

Schweizerisches Beurkundungsrecht

von

Christian Brückner

Dr.iur., Advokat und Notar, LL.M.,
Privatdozent an der Universität Basel

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1993
ISBN 3 7255 3159 5

Die vorliegende Datei von 2023 enthält den unveränderten, zitierfähigen Text mit eingetragenen Seitenzahlen der Druckversion von 1993. Das Werk ist im Buchhandel vergriffen und wird nicht neu aufgelegt.

****S. V****

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist herausgewachsen aus der Lehrveranstaltung "Beurkundungsrecht", die dem Verfasser seit 1981 an der Universität Basel anvertraut ist und die ihm den Kontakt mit angehenden und amtierenden Urkundspersonen der Kantone Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Solothurn und Aargau vermittelt hat. Da das eher knapp geregelte baselstädtische Beurkundungsrecht für eine selbständige wissenschaftliche Bearbeitung zu wenig Ansatzpunkte bot, lag der Versuch nahe, ein auch jenseits der Kantonsgrenzen verwendbares Werk zu schreiben. Max Guldener's "Schweizerisches Zivilprozessrecht" diente insofern als Vorbild, als es auch bei einem "Schweizerischen Beurkundungsrecht" darum gehen muss, die gesamtschweizerisch praktizierten und anerkannten Institute eines Rechtsgebietes darzustellen, dessen Konturen bis zu einem gewissen Grad unter der Varietät von 26 verschiedenen kantonalen Regelungen verborgen sind.

Abweichend von der üblichen Gestalt derartiger Gesamtdarstellung wurde eine besondere Form gewählt, nämlich diejenige der Ausformulierung von normativen Kernsätzen mit jeweils anschließender Erläuterung. Diese Form lässt die Pflichten der Urkundsperson besonders deutlich hervortreten. Das Bestreben geht dahin, zu den wesentlichsten Rechtsfragen eine möglichst deutliche Antwort in normativer Sprache zu formulieren und die solcherart formulierten Rechtsregeln unter Abstützung auf Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung zu begründen.

Das Buch will als Referenz- und Nachschlagewerk verstanden werden. Demgemäss sind einzelne Rechtsgedanken in verschiedenen Zusammenhängen wiederholt ausformuliert. Immerhin erschliesst sich dem Leser das Verständnis der Kapitel 8-13, d.h. des "besonderen Teils des Beurkundungsrechts", besser, wenn er vorweg die Ausführungen des ersten Kapitels mit der hier entwickelten allgemeinen Beurkundungstheorie zur Kenntnis genommen hat.

Das Beurkundungsrecht in der Schweiz ist geprägt durch die seit 1912 von Art. 55 SchlT ZGB anerkannte kantonale Autonomie. Seither haben Lehre und Rechtsprechung dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung zur Anerkennung und fortschreitenden Konkretisierung verholfen und dadurch die kantonale Autonomie schrittweise eingeschränkt.

Der Entwicklung des ungeschriebenen Bundes-Beurkundungsrechts stand eine Eigenheit des geschriebenen Bundesrechts hemmend im Wege, nämlich die in Art. 502 ZGB kodifizierte Befugnis

des unterzeichnungsfähigen Testators, sein öffentliches Testament ohne Unterschriftsleistung zu beurkunden. Diese Merkwürdigkeit hat seit eh und je einen Distanzierungsbedarf der Kantone zur Folge gehabt. Kein Kanton hat die Möglichkeit der unterschriftslosen Beurkundung durch eine unterzeichnungsfähige Partei in seiner Gesetzgebung vorgesehen - zu Recht nicht! -

****S. VI****

und alle Kantone hatten aus diesem Grund Anlass, die bundesrechtlich geordnete Beurkundung als einen separaten Rechtsbereich zu begreifen, der **keine Vorbildwirkung** für das kantonale Beurkundungsrecht hat. Gerade dieser Umstand führt zu einem gewissen Legitimations-Defizit, wenn unter dem Titel des bundesrechtlichen Begriffs der öffentlichen Beurkundung ein ungeschriebenes Bundes-Beurkundungsrecht entwickelt und als Massstab für die kantonale Gesetzgebung verständlich gemacht werden soll.

Das Beurkundungsrecht in der Schweiz ist sodann geprägt durch das weitgehende Fehlen einer Beurkundungswissenschaft. Neben den Impulsen, die von der Schweizerischen Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR) und damit im wesentlichen vom **zürcherischen Notariatsinspektorat** ausgehen, verfügt unter den Kantonen als einziger **Bern** über eine konstante beurkundungsrechtliche Diskussion auf wissenschaftlichem Niveau und über eine themen-spezifische Zeitschrift, den "Bernischen Notar" (BN). Entsprechende Zeitschriften in französischer und italienischer Sprache fehlen. Desgleichen fehlt eine kantonale Kommentierung oder eine umfassende systematische Arbeit in einer romanischen Sprache.

Betrachtet man die kantonale Judikatur, so stammt der verhältnismässig grösste Anteil publizierter Entscheidungen aus dem Kanton Bern. Eine reichhaltige und sorgfältig begründete Judikatur besteht sodann im Kanton Luzern, dem einzigen Kanton neben Bern, der über eine Kommentierung seines Beurkundungsrechts verfügt (SIDLER, Kurzkomentar zum luzernischen Beurkundungsgesetz, 1975). Als Kantone mit wichtigen publizierten Entscheiden treten ausserdem Graubünden, die welschschweizerischen Kantone und der Tessin hervor. In den kleineren deutschschweizerischen Kantonen mit Amtsnotariat, wozu insbesondere Basel-Landschaft, ferner die Kantone östlich von Zürich gehören (Thurgau, St. Gallen und die beiden Appenzell), ist die publizierte Judikatur weniger reichhaltig.

Angesichts der Reichhaltigkeit und hohen Qualität bernischer Rechtsquellen ist es natürlich, dass der Verfasser wesentliche Teile seiner Arbeit der Auseinandersetzung mit dem Beurkundungsrecht Berns verdankt. Soll jedoch eine Beurkundungstheorie vorgelegt werden, welche sich in der Praxis auch in Kantonen mit Amts- und mit Anwalts-Notariat als nützlich erweist, so ist in manchen Punkten eine gewisse Abweichung von bernischen Positionen unumgänglich.

Der Verfasser dankt für die Durchsicht des Manuskriptes und für zahlreiche kritische Stellungnahmen den Herren H. R. Adler, Grundbuchverwalter in Basel, K. Rebsamen, Handelsregisterführer in Basel, Dr. Christian Riesen, ehemaliger Grundbuchverwalter des Amtsbezirkes Seftigen/BE, Jürg Schmid, Notariatsinspektor des Kantons Zürich, Prof. Dr. G. Stratenwerth und Prof. Dr. Frank Vischer, beide in Basel, ferner Herrn cand. iur. Joachim Loitz für die Betreuung des Schlagwortregisters.

****S. VII****

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis XXXVII

Literaturverzeichnis XXXIX

Kapitel 1: Grundlagen - 1

Kapitel 2: Die am Beurkungsverfahren beteiligten und die weiteren davon berührten Personen - 120

Kapitel 3: Die Rechtsverhältnisse zwischen Urkundsperson, Staat und Verfahrensbeteiligten - 152

Kapitel 4: Gemeinsame Regeln für alle Beurkungsverfahren (allgemeiner Teil des Beurkungs-Verfahrensrechts) - 208

Kapitel 5: Inhalt und Gestalt der öffentlichen Urkunde - 354

Kapitel 6: Herstellung, Aushändigung, Aufbewahrung und Registrierung öffentlicher Urkunden - 405

Kapitel 7: Mangelhafte Beurkundungen - 419

Kapitel 8: Beurkundung individueller Erklärungen: Verfahren - 450

Kapitel 9: Beurkundung individueller Erklärungen: Gestalt der Urkunde - 590

Kapitel 10: Besonderheiten bei einzelnen Geschäften - 642

Kapitel 11: Protokollierung von Vorgängen - 769

Kapitel 12: Beurkundung bestehender Tatsachen in selbständigen Dokumenten - 864

Kapitel 13: Beurkundungen in Vermerkform - 908

Kapitel 14: Organisation des Beurkundungswesens - 967

Sachregister - 1003-1038

****S. IX****

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Kapitel 1: Grundlagen

§ 1 Aufgabenstellung

§ 2 Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Beurkundsrecht

1. Der bundesrechtliche Begriff der öffentlichen Beurkundung und seine kantonale Konkretisierung kraft Art. 55 SchlT ZGB

2. Bundesrechtliche Mindestanforderungen und Überwindung der Abwesenheits-Beurkundung

3. Begriffliche Strukturierung des Beurkungsverfahrens als Wegbereitung interkantonaler Rechtsharmonisierung

4. Maximalanforderungen, die von Bundesrechts wegen nicht überschritten werden dürfen

5. Der bundesrechtliche Beurkundungsbegriff - ein Komplex verfahrensrechtlicher (öffentlichrechtlicher) Normen des Bundes

6. Geschriebenes und ungeschriebenes Bundes-Beurkundsrecht

7. Schrittweise Beschränkung der kantonalen Regelungskompetenz

8. Normenkonkurrenz zwischen Bundes- und kantonalem Beurkundsrecht

9. Kantonale Nichtigkeitsgründe "oberhalb" der bundesrechtlichen Mindestanforderungen?

10. Bundesgerichtliche Kognition in Beurkungsfragen

11. Mangelnde Vorbildlichkeit des geschriebenen Beurkundsrechts des Bundes

§ 3 Zielsetzung der vorliegenden Darstellung

§ 4 Gliederung des Rechtsstoffes

1. Gliederung in der kantonalen Gesetzgebung
2. Ältere Lehre: Zweiteilung in die Beurkundung von Willenserklärungen und die Sachbeurkundungen; Unterteilung der letzteren in Beurkundungen von Vorgängen und von Zuständen
3. Problematische Subsumption der Wissenserklärungen
4. Martis Dreiteilung von 1989: Rechtsgeschäfte, Wissenserklärungen, Vorgänge/Zustände
5. Betrachtungsweise der vorliegenden Arbeit: Zweiteilung der Erklärungsbeurkundungen (Erklärungen zu Urkund und Erklärungen zu Protokoll)
6. Bestehende Tatsachen (Zustände, Tatbestände)
7. Einteilung des Stoffes in der vorliegenden Arbeit
8. Grafische Darstellung der vorliegenden Arbeit

§ 5 Begriffe

1. "Beurkunden"
2. "Öffentlich" beurkunden
3. Individuelle und veranstaltungsgebundene Erklärungen
4. Erklärungen zu Urkund (individuelle Erklärungen)
5. Erklärungen zu Protokoll (veranstaltungsgebundene Erklärungen)
 - a) Nachträgliche Protokollierung
 - b) Vorbereitete Protokollierung
 - c) Unterschriftsbedürftige Protokollerklärung
6. Protokollierte Veranstaltung
7. Der Gegensatz von Erklärung und Auskunft
8. Umfassende und teilweise Wahrheitsgewähr
9. Wahrnehmungs- und Überzeugungsbeurkundung
10. Beurkundungsverfahren
11. Notarielle Tätigkeiten
 - a) Ermitteln
 - b) Kontrollieren
 - c) Prüfen
 - d) Feststellen
 - e) Bezeugen
 - f) Ablehnen und Abbrechen
12. Urkundsperson und Notar als verschiedene Begriffe
 - a) Urkundsperson und Beurkundsrecht
 - b) Notar und Notariatsrecht
13. Beurkundende Personen
 - a) Bei der Beurkundung individueller Erklärungen
 - b) Bei den Sachbeurkundungen
 - c) Ablehnung der Auffassung von der notariellen Allein-Autorschaft
14. Urkunden-Adressat
15. Urschriften und Zirkulationsurkunden

§ 6 Die drei Zwecke der öffentlichen Beurkundung: Belegfunktion, Schutz vor Unbedacht und Verfahrenskontrolle

1. Belegfunktion
2. Schutz vor Unbedacht
3. Verfahrenskontrolle

§ 7 Historische Bedingtheit des Katalogs beurkundungsbedürftiger Geschäfte

§ 8 Geltungsgrund und Umfang des öffentlichen Glaubens notarieller Urkunden

1. Primärer Geltungsgrund: öffentlicher Wahrheitsbedarf
2. Bindung des öffentlichen Glaubens an persönliche Zeugnisse
 - a) Grundsatz
 - b) Öffentlicher Glaube des notariellen Zeugnisses
 - c) Öffentlicher Glaube des Inhalts privater Erklärungen: Vorschlag einer neuen Deutung
 - d) Öffentlicher Glaube des Inhalts privater Erklärungen: herrschende Auffassung
 - e) Voraussetzung des öffentlichen Glaubens: Wahrheitsfähigkeit der erklärenden Person
3. Unterschiedliche Beweiskraft verschiedener Inhalte öffentlichen Glaubens
 - a) Öffentlicher Glaube - keine Einheitsmünze
 - b) Öffentlicher Glaube von Erklärungen geringer Gewissheit
 - c) Keine Beschränkung des öffentlichen Glaubens auf Wahrnehmungsbeurkundungen

4. Keine vollstreckbaren öffentlichen Urkunden im schweizerischen Recht

§ 9 Amtsnotariat und freiberufliches Notariat

§ 10 Zum Berufsbild der Urkundsperson

§ 11 Haupt- und nebenberufliche Tätigkeit

Kapitel 2: Die am Beurkundungsverfahren beteiligten und die weiteren davon berührten Personen

§ 12 Übersicht

§ 13 Die verfahrensbeteiligten Personen: (a) Erbringer der Dienstleistung

1. Die Urkundsperson⁵
2. Die Hilfspersonen der Urkundsperson (Kanzleiangestellte)
3. Dolmetscher
4. Beurkundungszeugen (Inkraftsetzungszeugen)
5. "Sachverständige für ausländisches Recht" als neuer Begriff?
6. Weitere Sachverständige

§ 14 Die verfahrensbeteiligten Personen: (b) Nachfrager der Dienstleistung

1. Vorbemerkung
2. Die Klienten
 - a) Begriff
 - b) Arten von Klienten
 - c) Die Klienten als Träger des Beurkundungsanspruchs
3. Bei individuellen Erklärungen: die Sachbeteiligten als Klienten
 - a) Stellvertreter der Sachbeteiligten
 - b) Die "Erschienenen" ("les comparants")
 - c) Andere Teilnehmer
4. Bei Protokollierungen: Überblick
 - a) Die Klienten
 - b) Die veranstaltungsleitende Person
 - c) Die übrigen Veranstaltungsteilnehmer
5. Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen: Die Klienten

§ 15 Andere vom Beurkundungsverfahren berührte Personen

1. Auskunftspersonen
2. Urkunden-Adressaten
3. Drittbegünstigte
4. Drittbenachteiligte

Kapitel 3: Die Rechtsverhältnisse zwischen Urkundsperson, Staat und Verfahrensbeteiligten

§ 16 Das Rechtsverhältnis der Urkundsperson zum Staat

§ 17 Das Rechtsverhältnis zu den Klienten

§ 18 Beginn des beurkundungsrechtlichen Rechtsverhältnisses

§ 19 Interessewahrungspflicht der Urkundsperson gegenüber den Urkunden-Adressaten

§ 20 Keine Interessewahrungspflicht der Urkundsperson gegenüber Drittbegünstigten und -benachteiligten

§ 21 Das Rechtsverhältnis zu den Dolmetschern

§ 22 Das Rechtsverhältnis zu den Beurkundungszeugen

§ 23 Die Rechtsverhältnisse bei den Sachbeurkundungen

§ 24 Entschädigungsansprüche für Beurkundungstätigkeit

1. Leistungsentgelt und Auslagenersatz; Rechtsnatur
2. Tarifzwang; Geltungsbereich des Tarifs
3. Umfang der gemäss einer Tarifposition entschädigten Leistungen
4. Person des Gläubigers
5. Person des Schuldners
6. Gerichtsstand für die rechtliche Geltendmachung
7. Kostenvorschuss und Retention von Urkunden als Inkasso-Massnahmen

§ 25 Vermögensrechtliche Haftung aus Beurkundungstätigkeit

1. Bundesrechtliche und kantonale Verantwortlichkeitsregelung
2. Allgemeiner Haftungsgrund: Schuldhaftige Verletzung einer Amtspflicht
 - a) Grundsatz
 - b) Vorsätzliche Pflichtverletzung
 - c) Fahrlässige Pflichtverletzung
3. Einzelne Haftungstatbestände
 - a) Haftung wegen Unwahrheit der Urkunde

- b) Haftung wegen Ungültigkeit oder Nichtzustandekommen des Geschäftes
 - aa. Beurkundungstechnische Mängel
 - bb. Beratungs- und Belehrungsfehler
 - cc. Säumnis (Verletzung der Erledigungspflicht)
- c) Weitere Tatbestände
- 4. Der zu ersetzende Schaden
- 5. Herabsetzung der Ersatzpflicht
- 6. Person des Schuldners
- 7. Person des Gläubigers
- 8. Haftung für Drittpersonen
- 9. Gerichtsstand für die rechtliche Geltendmachung
- 10. Amtskautionshaftung als Haftungssubstrat

Kapitel 4: Gemeinsame Regeln für alle Beurkundungsverfahren (allgemeiner Teil des Beurkundungs-Verfahrensrechts)

§ 26 Überblick über Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Verfahrenstypen

§ 27 Beurkundungsvoraussetzungen

- 1. Grundsatz
- 2. Zulässiger Beurkundungsgegenstand
- 3. Sachliche Zuständigkeit
- 4. Örtliche Zuständigkeit
 - a) Grundsatz
 - b) Rechtsgrundlage und territorialer Umfang der örtlichen Beurkundungszuständigkeit
 - c) Hoheitliches Handeln anlässlich der Beurkundungstätigkeit
 - d) Hoheitliche Beurkundungstätigkeit ausserhalb des Kantons, welcher die Beurkundungsbefugnis verliehen hat
 - e) Kantonale Nichtanerkennung auswärts entstandener öffentlicher Urkunden in Grundbuchsachen
 - f) Beurkundungszuständigkeit im schweizerischen Internationalen Privatrecht (IPR)
 - g) Berücksichtigung der Urkundenwirkung am Bestimmungsort
- 5. Ersichtlichkeit des Beurkundungswillens
- 6. Kein Ausstandsgrund
 - a) Grundsatz und Zweck der Ausstandsvorschriften
 - b) Wirkungsweise der Ausstandsvorschriften
 - c) Die Ausstandsgründe im Überblick
 - d) Private Belange der Urkundsperson
 - e) Angelegenheit einer (nahestehenden) Person
 - f) Persönliches Nahestehen
 - g) Unschädlichkeit des "Nahestehens zu Nahestehenden"
 - h) Ersatz-Notar
 - i) Zwingende Geltung der Ausstandsregeln
 - j) Ablehnungsrecht der Klientschaft?
- 7. Kein Anlass zur Annahme von Unwahrhaftigkeit
- 8. Keine offensichtliche Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit des Urkundeninhaltes; keine Verletzung bestehender Rechte Dritter

§ 28 Pflichten der Urkundsperson gegenüber Klienten, Dritten, Staat: Begriffliches

§ 29 Beurkundungspflicht

- 1. Interessenlage
- 2. Grundsatz
- 3. Unbedingte Eintretenspflicht
- 4. Bedingte Eintretenspflicht
- 5. Pflicht zur Anhandnahme oder zur Ablehnung einer Beurkundung

§ 30 Erfüllung der Beurkundungspflicht durch Hilfspersonen

§ 31 Interessewahrungspflicht (Wahrung bestimmter Interessen der Klienten)

- 1. Grundsatz
- 2. Pflicht zum Schutz vor Unbedacht
- 3. Unparteilichkeitspflicht
 - a) Die Problematik
 - b) Grundsätze
- 4. Pflicht, auf eine gültige und zweckmässige Beurkundung hinzuwirken
- 5. Pflicht, eine kostengünstige Gestaltung vorzuschlagen
- 6. Erledigungspflicht

§ 32 Ermittlungspflicht

1. Sorgfältige und objektive Sachverhaltsermittlung
2. Gegenstände der notariellen Ermittlungspflicht: Überblick
 - a) Personelle Ermittlungen
 - aa. Identität von Verfahrensbeteiligten
 - aaa. Begriff der notariellen Identitätsermittlung
 - bbb. Umfang der Ermittlungspflicht
 - ccc. Besondere Ermittlungsregeln bei der Identifizierung anwesender natürlicher Personen
 - ddd. Besondere Ermittlungsregeln bei der Identifizierung abwesender natürlicher Personen
 - eee. Besondere Ermittlungsregeln bei der Identifizierung juristischer Personen
 - bb. Handlungsfähigkeit
 - aaa. Umfang der Ermittlungspflicht
 - bbb. Besondere Ermittlungsregeln
 - ccc. Konsequenzen aus dem Befund im Einzelfall
 - cc. Existenz juristischer Personen und Zeichnungsberechtigung ihrer Vertreter
 - aaa. Umfang der Ermittlungspflicht
 - bbb. Besondere Ermittlungsregeln
 - dd. Rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung einer in fremdem Namen handelnden Person
 - aaa. Umfang der Ermittlungspflicht
 - bbb. Besondere Ermittlungsregeln
 - ee. Vertretungsbefugnis gesetzlicher Vertreter
 - aaa. Umfang der Ermittlungspflicht
 - bbb. Besondere Ermittlungsregeln
 - ff. Zivilstand natürlicher Personen
 - aaa. Umfang der Ermittlungspflicht
 - bbb. Besondere Ermittlungsregeln
 - gg. Güterstand verheirateter Personen
 - b) Inhaltliche Ermittlungen

§ 33 Prüfungspflicht

§ 34 Pflicht zur Anwendung ausländischen Rechts

§ 35 Wahrheitspflicht der Urkundsperson

1. Grundsatz
2. Pflichtgemässe notarielle Sachverhaltsermittlung
3. Wahrheitsgemässe Beurkundung des Ermittlungsergebnisses
 - a) genaue Protokollierung notarieller Wahrnehmungen
 - b) Vorgehen bei Ungewissheiten tatbeständlicher Natur
 - c) Unteilbarkeit des Wissens der Urkundsperson

§ 36 Wahrheitspflichten der verfahrensbeteiligten Privatpersonen

§ 37 Klarheitspflicht

§ 38 Wahrung bestimmter Interessen Dritter (Treu und Glauben im Verkehr)

§ 39 Wahrung bestimmter Interessen des Staates

§ 40 Amts- und Berufsgeheimnis

1. Sachlicher Geltungsbereich
2. Persönlicher Geltungsbereich
3. Aufhebung der Geheimhaltungspflicht in Einzelfällen
 - a) Geheimhaltungsdispens des Geheimnisherrn
 - b) Geheimhaltungsdispens der Aufsichtsbehörde
 - c) Aufhebung der Geheimhaltungspflicht aufgrund einer Auskunftspflicht
 - d) Aufhebung der Geheimhaltungspflicht aufgrund einer Meldepflicht
4. Pflicht zur Vermeidung von Pflichtenkollisionen
5. Ausschluss Unbefugter vom Beurkundungsvorgang
6. Rechtsfolgen bei Verletzung des Amts- oder Berufsgeheimnisses

§ 41 Vermeidung falschen Anscheins geprüfter Gültigkeit

§ 42 Missbrauchsverhütung bei gewillkürter öffentlicher Beurkundung

§ 43 Keine Beurkundungen zu Reklamezwecken

§ 44 Einholung behördlicher Genehmigungen

§ 45 Einholung von Erklärungen Dritter

§ 46 Anmeldepflichten im Anschluss an die Beurkundung

Kapitel 5: Inhalt und Gestalt der öffentlichen Urkunde

§ 47 Gemeinsame inhaltliche Elemente aller Urkunden-Typen

1. Angabe von Name und Amtssitz der Urkundsperson
2. Datierung: Angabe des Beurkundungsortes
3. Datierung: Angabe der Beurkundungszeit
4. Notarunterschrift
5. Notariats-Siegel
6. Protokoll-Nummer

§ 48 Textgestaltung

1. Urkundensprache
 - a) Grundsatz: Urkundenerrichtung in der lokalen Amtssprache
 - b) Wichtiger Grund für die Wahl einer Fremdsprache
 - c) Sprachenfreiheit
 - d) Pflicht zur fremdsprachigen Beurkundung
 - e) Zweisprachige Urkunde
 - f) Einsprachige Urkunde mit notarieller Simultanübersetzung während des Beurkundungsvorgangs
 - g) Beizug eines Dolmetschers
 - h) Notarielle Bezeugung des Übersetzungsverfahrens im Beurkundungsvermerk
 - i) Angabe des Grundes für die Fremdsprachigkeit in der Urkunde
 - k) Sprachliche Anforderungen an Grundbuch- und Handelsregisterbelege
2. Sprachlicher Stil der Urkunde
3. Korrekturen
 - a) Unterscheidung inhaltsändernder und berichtigender Korrekturen
 - b) Grundsatz der äusserlichen Erkennbarkeit der erfolgten Korrektur
 - c) Auswechseln ganzer Seiten
 - d) Zulässigkeit inhaltsändernder Korrekturen nur während des Beurkundungsvorgangs
 - e) Zulässigkeit berichtigender Korrekturen nach Abschluss des Beurkundungsvorgangs
 - f) Keine Datierung von Korrekturen
 - g) Richtigstellung von Sachbeurkundungen in der Regel durch Neuerstellung der ganzen Urkunde

§ 49 Äussere Form der Urkunde

1. Papier
2. Schrift
3. Schrifttechnische Herstellung der Urkunde in einem Zug
4. Visierung mehrerer Blätter
5. Verbindung mehrerer Blätter bei Zirkulationsurkunden
6. Beilagen zur Urkunde

§ 50 Beilagen zur öffentlichen Urkunde; Verweis auf urkundenexterne Information

1. Begriffe
 - a) Hauptteil (Haupturkunde), Urkundenbeilage und Verweis
 - b) Begriffliche Einteilung der Beilagen
 - c) Erklärungsergänzende Beilagen
 - aa) Ergänzung der Haupturkunde durch konkretisierende Parteierklärungen
 - bb) Ergänzung der Haupturkunde durch Bezugnahme auf vorbestehende normative Texte
 - aaa) Konnexen und andere "urkundenexterne" Verträge
 - bbb) Bisherige Fassungen abzuändernder rechtsgeschäftlicher Gestaltungen
 - ccc) Gesetze, AGB, Reglemente
 - d) Beweiserleichternde Beilagen (Vollmachten etc.)
2. Verhältnis von Hauptteil der Urkunde und Beilagen
3. Notwendigkeit des Verweises auf die Urkundenbeilagen
4. Keine Rekapitulation von Beilagen-Inhalten im Hauptteil der Urkunde
5. Unwirksame Mitbeurkundung von Textbeilagen
6. Rechtswirksame Mitbeurkundung von Bildbeilagen (Plänen)
7. Datum von Beilagen

Kapitel 6: Herstellung, Aushändigung, Aufbewahrung und Registrierung öffentlicher Urkunden

§ 51 Unfertige und fertiggestellte Urkunde

§ 52 Erstellung und Verbleib der originalen Ersturkunde

§ 53 Mehrere Originale; Ausfertigungen; beglaubigte Kopien

§ 54 Zustellung öffentlicher Urkunden

§ 55 Inverwahrungnahme von öffentlichen Urkunden, insbesondere von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen

§ 56 Herausgabe von Ausfertigungen und Kopien öffentlicher Urkunden

§ 57 Notarielle Belegsammlung

1. Notarielle Aufbewahrungspflicht ohne zeitliche Beschränkung
2. Hauptaktensammlung (Urschriftensammlung)
3. Aufbewahrung der Nebenakten
4. Schutz des Beurkundungsgeheimnisses
5. Übergang der Belegsammlung in kantonalen Gewahrsam

§ 58 Notarielle Register und Verzeichnisse

Kapitel 7: Mangelhafte Beurkundungen

§ 59 Beurkundungsmängel und Formmängel

1. Regelungsbereich des Beurkundungsrechts
2. Regelungsbereich des Bundesprivatrechts
3. Mängelfolgen auf zwei Ebenen: Nichtenstehung der öffentlichen Urkunde und Ungültigkeit (Formmangel) des beurkundeten Geschäftes
4. Nichtenstehung der öffentlichen Urkunde wegen Verletzung kantonalen oder bundesrechtlicher Beurkundungsnormen
5. Ablehnung kantonalrechtlicher Regelungskompetenzen bezüglich der materiellrechtlichen Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes
6. Ablehnung einer beurkundungsrechtlichen Anfechtbarkeit öffentlicher Urkunden

§ 60 Beurkundungsrechtliche Verfahrens- und Urkundenmängel mit der Rechtsfolge der Nichtenstehung der öffentlichen Urkunde

1. Vorbemerkung
2. Katalog von Gründen für die Nichtenstehung der öffentlichen Urkunde

§ 61 Beurkundungsrechtliche Verfahrens- und Urkundenmängel mit der Rechtsfolge der Formungültigkeit des beurkundeten Geschäftes bzw. der mangelnden Belegwirkung einer Sachbeurkundung

1. Verfahrensmängel
 - a) Unterbliebene Lesung individueller Erklärungen
 - b) Fehlende Unterzeichnung seitens unterzeichnungsfähiger Erschienenener
 - c) Verletzung von Vorschriften über die Mitwirkung von Beurkundungszeugen
2. Mängel bezüglich des Inhalts und der Gestalt der Urkunde
 - a) Fehlende Identifikation oder unrichtige Angabe der Erschienenen, des Veranstalters (bei Protokollierungen) und jener Personen, welche unter beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht Erklärungen zu Protokoll abgeben
 - b) Unklarheit betreffend der Eigenschaft einzelner Erschienenener als Sachbeteiligte, Vertreter, Dolmetscher oder Zeugen
 - c) Unwahre Erklärungen der Erschienenen
 - d) Wesentliche inhaltliche Lücken (Verletzung des Formzwangs)
 - e) Fehlende Unterschriften unterzeichnungsfähiger Personen
3. Exkurs: Materiellrechtliche Mängel des Geschäftes, welche nicht notwendigerweise auf Beurkundungsmängel zurückgehen

§ 62 Beurkundungsrechtliche Verfahrens- und Urkundenmängel ohne Auswirkungen auf Entstehung der öffentlichen Urkunde und auf die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes

1. Fehlendes oder urkundlich nicht erwähntes Beurkundungsbegehren
2. Fehlende Unterschriftsbeglaubigung auf Vollmachten
3. Ordnungswidrigkeiten beim Beurkundungsvorgang für individuelle Erklärungen
 - a) Verletzung sekundärer Ausstandsvorschriften
 - b) Mangelhafte Belehrung
 - c) Mangelhafte Lesung
 - d) Geringfügige Unterbrechungen des Beurkundungsvorgangs
 - e) Verfrühte oder verspätete Beisetzung der Notarunterschrift
4. Mangelhafte Überzeugungsbildung der Urkundsperson
5. Ordnungswidrigkeiten bei der Gestaltung der Urkunde
 - a) Schreibfehler und redaktionelle Irrtümer
 - b) Fehlende Angabe der Gründe für die Fremdsprachigkeit oder für den Beizug eines Dolmetschers
 - c) Fehlender Beurkundungsvermerk
 - d) Fehlende oder irrtümliche Angabe des Beurkundungsortes
 - e) Verletzung von Vorschriften über Sprache, Formulierung, graphische Darstellung und schreibtechnischen Herstellung
 - f) Fehlende Schnürung und Siegelung

§ 63 Ersichtlichmachung der materiellrechtlichen Gültigkeit in der Urkunde selbst

1. Vorbemerkung
2. Pflicht zur Protokollierung vorgenommener Kontrollhandlung
3. Keine Pflicht, die Herkunft bestehenden Wissens anzugeben
4. Spätere Ersichtlichmachung durch Nachbeurkundungen
5. Exkurs: Unterschiedliche Formen der Wahrheitsfindung im Beurkundungsverfahren und im streitigen Prozess

Kapitel 8: Beurkundung individueller Erklärungen: Verfahren

§ 64 Beurkundungsvoraussetzungen:

1. Zulässige Gegenstände
2. Sachliche Zuständigkeit
3. Örtliche Zuständigkeit
4. Ersichtlichkeit des Beurkundungswillens sämtlicher Klienten
5. Kein Ausstand: Grundsatz
 - a) Private Belange der Urkundsperson
 - b) Angelegenheit einer (nahestehenden) Person
 - c) Persönliches Nahestehen
 - aa. Verwandtschaftliches Nahestehen und ähnliche Tatbestände (gemeinsamer Haushalt)
 - bb. Vertragliches Nahestehen
 - cc. Verbandsrechtliches Nahestehen
 - d) Berufsethische Ausstandsregeln
6. Kein begründeter Anlass zur Annahme, es würden beurkundungsrechtliche Wahrheitspflichten verletzt

§ 65 Vorbereitung des Beurkundungsvorgangs

1. Personelle Ermittlungen
2. Inhaltliche Ermittlung (Inhalt der Erklärungen zu Urkund)
3. Umfang der notariellen Prüfungspflicht
4. Entgegennahme der Klienteninstruktionen
 - a) Instruierende Personen
 - b) Zustellung des Urkundenentwurfs an die Sachbeteiligten oder deren Vertreter
5. Festlegung des Geschäftsinhaltes
 - a) Inhaltskontrolle und -prüfung
 - b) Weitere Amtspflichten
6. Belehrungspflicht: Begriff und Grundsatz
 - a) Verfahrensrechtliche Belehrung
 - b) Urkunden-Erläuterung
 - c) Rechtsfolgen-Belehrung
 - d) Ungewöhnlichkeits-Belehrung
 - aa) Grundsatz
 - bb) Abweichende Lehre
 - cc) Kritik der Lehre
 - dd) Rechts- und Tatsachenbelehrung als Abgrenzungskriterien?
 - ee) Beispiele gebotener Ungewöhnlichkeits-Belehrung
 - ff) Notarielle Pflicht, ungewöhnliche Ansinnen einer Partei nicht mit dem Anschein notarieller Eigeninitiative an die Gegenpartei weiterzuleiten
 - e) Erfüllung der Belehrungspflicht nur soweit erforderlich
 - f) Umfang der Belehrungspflicht bezüglich ausländischen Rechts
7. Notarielle Beratung
 - a) Begriff und Problematik der Beratungspflicht
 - aa) Begriff der Beratung
 - bb) Zielkonflikt bei der Normierung der Beratungspflicht
 - cc) Entwicklung der Lehre
 - dd) Notwendigkeit der Differenzierung gemäss Geschäftstypen
 - b) Umfang der Beratungspflicht
 - c) Haftung für Beratungsfehler
 - d) Steuerberatung
 - e) Unparteilichkeit bei der Beratung oder späterer Ausstand
8. Formulierungspflicht
 - a) Protokollierende Teile der Urkunde
 - b) Erklärungen der Erschienenen
 - c) Notarielle Verantwortung für Wahrheit, Klarheit und Widerspruchsfreiheit
 - d) Unparteilichkeit bei der Formulierung

e) Abmahnungsklausel

§ 66 Der Beurkundungsvorgang

1. Sinn und Zweck des Beurkundungsvorgangs
2. Materiellrechtliche Bedeutung der Erklärungsabgabe vor der Urkundsperson beim Vertragsschluss
 - a) Angebot und Annahme bei öffentlicher Vertragsbeurkundung
 - b) Bedeutung der Erklärungsabgabe im Sukzessivverfahren
 - c) Einseitige Beurkundung eines Zweiparteiengeschäftes
3. Ablauf
 - a) Ort und Zeit
 - b) Abschluss der Vorbereitungs-handlungen
 - c) Gleichzeitige Anwesenheit von Urkundsperson und Erklärenden
 - d) Lesung
 - aa) Sinn und Zweck der Lesung
 - bb) Umfang der Lesungspflicht
 - cc) Notarielle Vorlesung
 - dd) Stille Selbstlesung
 - ee) Geschwindigkeit und Kontrolle der Lesung
 - e) Bereinigung
 - f) Genehmigung
 - g) Unterzeichnung durch die Erklärenden (Inkraftsetzung)
 - h) Unterzeichnung durch die Urkundsperson
4. Umgang mit Urkunden-Beilagen während des Beurkundungsvorgangs
5. Besonderheiten bei letztwilligen Geschäften
6. Umgang mit fremdsprachigen Erschienenen im Beurkundungsverfahren
7. Umgang mit Hörbehinderten und Sprechbehinderten (Tauben, Stumme, Taubstumme)
8. Umgang mit Unterzeichnungsunfähigen (Lesebehinderten und Schreibbehinderten, d.h. mit Blinden, Analphabeten, Schreibunfähige)
 - a) Begriffliches
 - aa) Schreibunfähigkeit
 - bb) Unterzeichnungsunfähigkeit
 - cc) Unterschriftsleistung als Inkraftsetzung
 - dd) Die doppelte Identifikations-Funktion der Unterschrift
 - ee) Ungenügende Identifikationsfunktion der Unterschrift leseunfähiger Personen
 - ff) Praktische Nutzlosigkeit nicht-identifizierender Handzeichen gemäss Art. 15 OR und gemäss kantonalen Beurkundungsvorschriften
 - gg) Abgrenzung von Leseunfähigkeit und Fremdsprachigkeit
 - hh) Vermeidung des Begriffs des "ausserordentlichen Verfahrens"
 - b) Notarielle Vorlesung, nicht stille Selbstlesung
 - c) Mindestanforderungen an die Genehmigungserklärung
 - d) Funktion der Beurkundungszeugen
 - e) Anwesenheit der Beurkundungszeugen schon während der Vorlesung
 - e) Inhalt der Zeugenerklärung
 - f) Grundangabe für die unterschriftslose Beurkundung im Beurkundungsvermerk
 - g) Unzulässige Urkundenherstellung in Blindenschrift
9. Behinderte und Unbehinderte im gleichen Beurkundungsvorgang
10. Einheit des Beurkundungsvorganges (unitas actus)
11. Simultan- und Sukzessivbeurkundung

§ 67 Fertigstellung der Urkunde: die Siegelung

Kapitel 9: Beurkundung individueller Erklärungen: Gestalt der Urkunde

§ 68 Vorbemerkung

§ 69 Einheit und Mehrheit von Urkunden

§ 70 Redaktionelle Gestaltung

§ 71 Erster Teil der Urkunde: Ingress

1. Überschrift(en)
2. Protokollierung des Erscheinens vor der Urkundsperson
3. Bezeichnung der sachbeteiligten Personen und der Erschienenen in der Urkunde
4. Angabe von Name und Amtssitz der Urkundsperson
5. Keine Erwähnung der Handlungsfähigkeit
6. Angabe von Vertretungsverhältnissen aufgrund von Vollmacht oder gesetzlicher Stellvertretung

7. Angabe der Zeichnungsbefugnis erschienener natürlicher Personen für Handelsgesellschaften und juristische Personen
 8. Ersichtlichmachung der Gültigkeit durch Protokollierung von Kontrollhandlungen
 9. Ersichtlichmachung des Bestandes der Urkunde durch notarielle Bezeugung des Vorhandenseins der Beurkundungsvoraussetzungen
 10. Ersichtlichmachung von notariellen Zweifeln zwecks Vermeidung eines falschen Anscheins
- § 72 Zweiter Teil der Urkunde: Die individuellen Erklärungen
1. Rechtsgestaltende Willenserklärungen
 2. Mit Behaftungswillen abgegebene Wissenserklärungen
 3. Erwähnung von Beilagen
- § 73 Dritter Teil der Urkunde: Schlussteil
1. Der Beurkundungsvermerk
 - a) Wesentlicher Inhalt des Beurkundungsvermerks
 - b) Fakultative Inhalte des Beurkundungsvermerks
 - c) Dolmetscher- und Zeugenerklärungen innerhalb des Beurkundungsvermerks
 - d) Positionierung des Beurkundungsvermerks auf der Urkunde
 - e) Rechtliche Bedeutung des Beurkundungsvermerks
 - f) Anbringung des Beurkundungsvermerks in einer Nachbeurkundung
 2. Ort der Errichtung
 3. Datum der Errichtung
 4. Unterschriften aller zu Urkund erklärenden Personen
 5. Unterschriften von Dolmetschern und Beurkundungszeugen
 6. Unterschrift und Siegel der Urkundsperson
 7. Protokollnummer
- § 74 Vierter Teil der Urkunde: Dolmetscher- und Zeugenerklärungen
1. Form und Positionierung auf der Urkunde
 2. Dolmetscher- und Zeugenerklärungen in der Gestalt notarieller Protokollierung: Ingress
 3. Inhalt der Dolmetschererklärung
 4. Inhalt der Zeugenerklärung
- § 75 Anhang zur Urkunde: Beilagen
- § 76 Zulässige und unzulässige Varianten des Aufbaus und der Dokumentenherstellung
- § 77 Änderung öffentlich beurkundeter Rechtsverhältnisse
- § 78 Korrekturen an der Urkunde nach deren Siegelung

Kapitel 10: Besonderheiten bei einzelnen Geschäften

- § 79 Stiftung
1. Errichtung
 - a) Beurkundungsrechtliche Natur der Stiftungerrichtung
 - b) Zulässige Stellvertretung
 - c) Keine Stiftungerrichtung aufgrund erbvertraglicher Verpflichtungserklärung
 - d) Dotation der Stiftung mit Grundstücken
 - e) Keine notarielle Kontrollpflicht bezüglich des vorhandenen Dotationskapitals
 - f) Belehrungspflicht
 - g) Abmahnungspflicht bezüglich der Errichtung von Familienstiftungen
 - h) Gestaltung der Stiftungsurkunde
 2. Änderung der Stiftungsurkunde
 3. Fusion von Stiftungen
- § 80 Eheverträge
1. Gemeinsame Regeln für Ehe- und für Erbverträge
 2. Inhalt von Eheverträgen; häufige Beratungsthemen
 - a) Allgemeines
 - b) Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten
 - c) Insolvenzsicherung
 - d) Kontra-Indikation der Gütertrennung
 - e) Absprachen im Hinblick auf die Scheidung
 - f) Kombination mit erbvertraglichen Absprachen
 3. Der Beurkundungsvorgang
 4. Die Gestaltung der Urkunde
 5. Eheverträge mit Auswirkungen auf Rechte an Grundstücken
 6. Eheverträge nach ausländischem Recht

§ 81 Letztwillige Verfügung

1. Bundes- und kantonalrechtliche Verfahrensnormen
2. Der Beurkundungsvorgang
 - a) Haupt- und Nebenform: Grundregel
 - b) Verfahren bei Unterzeichnung der Urkunde durch einen unterzeichnungsfähigen Testator (Hauptform)
 - c) Inhalt und Position der Zeugenerklärung bei der Hauptform
 - d) Verfahren bei fehlender Unterzeichnungsfähigkeit der verfügenden Person (Nebenform)
 - e) Keine freie Wahl der Nicht-Unterzeichnung durch unterzeichnungsfähige Personen
 - aa) Lehre und Praxis
 - bb) Kritik: Wer nicht unterzeichnen wollte, obwohl er konnte, hat vermutlich gegen das Geschäft opponiert
 - cc) Missbrauchsgefahren
 - dd) Fehlende Erkennbarkeit des Missbrauchspotentials für Laien
 - ee) Kein sachlicher Grund für den Unterzeichnungsdispens
 - ff) Schlussfolgerung: Unterzeichnungsdispens nur aus sachlichem, in der Urkunde notariell zu bezeugendem Grund
 - f) Verfahren bei Fremdsprachigkeit der verfügenden Person
3. Die Gestaltung der Urkunde
4. Notarielle Pflichten bezüglich des weiteren Schicksals der letztwilligen Verfügung

§ 82 Erbvertrag

1. Unparteilichkeit bei der Vorbereitung
2. Inhalt
3. Kombination von ehedütern- und erbrechtlichen Absprachen im gleichen Vertrag (Ehe- und Erbvertrag)

§ 83 Grundstücksgeschäfte

1. Handänderungen, insbesondere der Grundstückkauf
 - a) Belehrung
 - b) Notwendiger Vertragsinhalt beim Grundstückkauf (Umfang des Formzwangs)
 - aa) Grundsatz
 - bb) Objektiv wesentliche Absprachen
 - cc) Subjektiv wesentliche Absprachen
 - dd) Absprachen innerhalb des Rahmens des Kaufs
 - ee) Bedingungen
 - ff) Vertragswesentlichkeit als unverzichtbare Voraussetzung der Beurkundungsbedürftigkeit
 - gg) Nicht beurkundungsbedürftige Punkte ausserhalb des Rahmens des Kaufs
 - hh) Keine Beurkundung von Vertragsgrundlagen und Motiven
 - ii) Konnexer Verträge ausserhalb des Rahmens: Verweisungspflicht
 - jj) Beurkundungsmaxime des Notars: So viel wie möglich!
 - kk) Urteilsmaxime des Richters: So wenig als nötig!
 - ll) Fakultative Titulierung mit dem Namen eines bestimmten Vertragstyps
 - mm) Verletzung des Formzwangs durch Aufspaltung des einheitlichen Geschäfts in mehrere Urkunden
 - nn) Zulässige und unzulässige Vertragsnachträge
 - c) Richtige und vollständige Beurkundung des Preises
 - d) Grundstücksbeschreibung bei Grundstücksgeschäften
 - e) Grundstücksbeschreibung bei Grenzverschiebungen
 - f) Vereinfachte Beurkundung bei Grenzverbesserungen und bei Handänderungen an kleinen Parzellen
 - g) Kontrolle der Verfügungsbefugnis des Veräusserers
 - h) Vorkehrungen gegen gesetzliche Pfandrechte und öffentlichrechtliche Lasten
 - i) Eintragungsbewilligung (Eintragungsermächtigung) gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB und ihr Widerruf; Grundbuchanmeldung und Anmeldungsrückzug
 - aa) Begriffliches
 - bb) Pflicht der Urkundsperson, ungesäumt anzumelden
 - cc) Verbindlichkeit der Weisung, nicht anzumelden
 - j) Grundstückstausch
 - k) Geschäfte über mehrere Grundstücken in verschiedenen Kantonen
2. Verpfändungen von Grundstücken
 - a) Ausstandsregeln
 - b) Beurkundungsvorgang
 - c) Gestaltung der Urkunde
 - d) Erwähnung künftiger Tatsachen in Gegenwartsform
 - e) Interimsbescheinigungen zuhanden von Grundpfandgläubigern
3. Begründung von Stockwerkeigentum

- § 84 Entkräftung des Schuldscheins gemäss Art. 90 OR
- § 85 Bürgschaftserklärung einer natürlichen Person
 - a) Umfang des Formzwangs
 - b) Notarieller Ausstand
 - c) Ehegattenzustimmung: Ermittlungs- und Kontrollhandlungen
 - d) Notarielle Belehrung
 - f) Schrifttechnische Gestaltung der Urkunde
 - g) Interessewahrung zugunsten des Gläubigers
- § 86 Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in das ganze Schuldnervermögen ohne vorgängige Betreibung
- § 87 Verpfändung
- § 88 Ausservertragliche individuelle Wissenserklärungen (zu Urkund)
 - 1. Zulässige Beurkundungsgegenstände
 - 2. Erklärung ("Affidavit") zuhanden einer Behörde
 - 3. Eidesstattliche Erklärungen für das Ausland
 - 4. Inventar gemäss Art. 195a ZGB
 - 5. Keine Beurkundung anderer privater Wissenserklärungen
 - 6. Unzulässige Beurkundung im Hinblick auf die Beweisführung in einem Verfahren mit kontradiktorischer Wahrheitsfindung

Kapitel 11: Protokollierung von Vorgängen

- § 89 Bedingungen protokollwirksamer Erklärungsabgabe
 - 1. Begriffliches
 - 2. Rechtliche Tragweite der Unterscheidung von Erklärungsbeurkundung und Protokollierung
 - 3. Protokollwirksame Erklärungsabgabe nur anlässlich der Veranstaltung
 - 4. Ausdrücklichkeit und Bestimmtheit der zu protokollierenden Äusserungen
 - 5. Beschlussfassung über Texte, die nicht vorgelesen werden: Eindeutige Identifikation und ersichtliche Zugänglichkeit
 - 6. Materiellrechtliche Erfordernisse, bestimmte Inhalte im vollen Wortlaut zu beschliessen oder zu Protokoll zu erklären
- § 90 Beurkundungsvoraussetzungen:
 - 1. Zulässige Gegenstände
 - 2. Sachliche Zuständigkeit
 - 3. Örtliche Zuständigkeit
 - 4. Beurkundungswille der Klientschaft
 - 5. Anwesenheit oder Vertretung der Klientschaft
 - 6. Beurkundungsvoraussetzung: Kein Ausstand
 - a) Private Belange der Urkundsperson
 - b) Angelegenheit einer Person und Nahestehen: Vorbemerkung
 - c) Angelegenheit einer Person
 - d) Nahestehende Person
 - aa. Verwandtschaftliches Nahestehen
 - bb. Vertragliches Nahestehen
 - cc. Verbandsrechtliches Nahestehen
 - e) Berufsethische Ausstandsregeln
 - 7. Kein begründeter Anlass zur Annahme, es würden beurkundungsrechtliche Wahrheitspflichten verletzt
- § 91 Vorbereitung der Protokollaufnahme
- § 92 Belehrungspflicht vor der Protokollaufnahme
- § 93 Beschlussfähigkeit
- § 94 Private Veranstaltungsleitung
- § 95 Der private Veranstaltungsleiter als Repräsentant des Veranstalters im Beurkundungsverfahren
- § 96 Identifikation der veranstaltungsleitenden Person und Prüfung ihrer Legitimation zur Repräsentation des Verbandes
- § 97 Kompetenzen der veranstaltungsleitenden Person
- § 98 Gebot der Offenheit - Unzulässigkeit verdeckter Protokollaufnahme
- § 99 Pflichten der Urkundsperson während der protokollierten Veranstaltung
 - 1. Identifikation von Anwesenden bei nachträglicher Protokollierung
 - 2. Identifikation von Anwesenden bei vorbereiteter und unterschrittsbedürftiger Protokollierung⁵²
 - 3. Entgegennahme von Erklärungen des Veranstaltungsleiters statt eigener Tatsachenermittlung der Urkundsperson
 - 4. Umgang mit Vollmachten bei Protokollierungen
 - 5. Nachträgliche Protokollierung: Protokollaufnahme

6. Vorbereitete Protokollierung: Lesung und Genehmigung
7. Unterschriftsbedürftige Protokollierung: Belehrung und Einholung der Unterschriften
8. Sachverhaltsermittlung
 - a) Besondere Ermittlungsregeln
 - b) Kontrollhandlungen
 - c) Keine Kontrolle von Handlungsfähigkeit und innerem Willen der Veranstaltungsteilnehmer
9. Belehrung während der Veranstaltung
- § 100 Pflichten der übrigen Beteiligten während der Protokollaufnahme
- § 101 Keine Einheit des Aktes bezüglich der Protokollaufnahme
- § 102 Fertigstellung der Urkunde
- § 103 Gestalt und Inhalt der Urkunde
 1. Äussere Gestaltung: Überblick
 2. Zulässige Mehrheit von Urkunden für die gleiche Veranstaltung
 3. Unterschiedliche Redaktionskompetenz bei unterschriftsbedürftigen und bei anderen Protokollen
 4. Erster Teil der Urkunde: Ingress
 5. Zweiter Teil der Urkunde - Darstellung der von der Urkundsperson wahrgenommenen rechtserheblichen Teile des protokollierten Vorgangs
 6. Dritter Teil der Urkunde: Schlussteil
 - a) Der Beurkundungsvermerk
 - b) Ort der Errichtung
 - c) Datum der Errichtung
 - d) Unterschriften aller zu unterschriftsbedürftigem Protokoll erklärenden Personen
 - e) Kein Erfordernis der Protokollunterzeichnung durch weitere Privatpersonen
 - f) Unterschrift und Siegel der Urkundsperson
 - g) Protokollnummer
 7. Beilagen
- § 104 Korrekturen an der Urkunde
- § 105 Delegation der Kompetenz zu redaktionellen Änderungen an die Urkundsperson
- § 106 Besonderheiten bei einzelnen Geschäften
 1. Versammlungsprotokolle
 - a) Errichtungsakt der Aktiengesellschaft und der GmbH (Art. 629 und 779 OR)
 - aa) Rechtsnatur und notwendiger Inhalt
 - bb) Insbesondere: Rechtsnatur der protokollierungsbedürftigen Feststellungen
 - cc) Kein Schutz der Gründer vor Unbedacht
 - dd) Erfordernis notarieller Identitäts- und Legitimationskontrolle; kein Nachreichen von Vollmachten
 - ee) Sacheinlage von Grundstücken
 - ff) Statutenredaktion: notarielle Nebenleistung
 - b) Andere Versammlungs- und Sitzungsprotokolle
 - aa) Rechtsnatur
 - bb) Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft
 - cc) Nachliberierung des Aktienkapitals
 - dd) Keine Stellvertretung bei Verwaltungsratsbeschlüssen; keine notarielle Protokollierung von Zirkularbeschlüssen
 - ee) Notarielle Protokolle: Notarunterschrift genügt
 - ff) Erfordernis der Einstimmigkeit bei allen notariell protokollierten Feststellungsbeschlüssen
 - gg) Vorgänge bei der GmbH
 - c) Vorgehen bei Protokollierung grosser Aktionärsversammlungen
 - d) Öffentliche Urkunden des Genossenschaftsrechts
 2. Wechselprotest
 3. Versteigerungen
 4. Wahlen, Verlosungen und andere Vorgänge unter (freiwilliger) notarieller Aufsicht
 5. Zeugen- und Übersetzerprotokolle bei der Beurkundung individueller Erklärungen
 6. Zu Protokoll abgegebene Zustimmungserklärungen (Zustimmung zu öffentlich beurkundeten Erklärungen zu Urkund)

Kapitel 12: Beurkundung bestehender Tatsachen in selbständigen Dokumenten

- § 107 Beurkundungsvoraussetzungen
 1. Zulässige Gegenstände
 - a) Nur rechtlich erhebliche Tatsachen
 - b) Nur Tatsachen, deren rechtlichen Bezug die Urkundsperson erkennt

- c) Nur offensichtliche, leicht verifizierbare, gegenwärtig bestehende Tatsachen
 - d) Keine Beurkundung der Tatsache, dass eine schriftliche Erklärung zu einem früheren Zeitpunkt abgegeben worden ist
 - e) Keine Beschränkung auf unmittelbar wahrgenommene Tatsachen
 - f) Keine Beurkundung von Rechtsmeinungen und Gutachten
 - g) Keine Beurkundung streitiger Tatsachen
 - h) Schutzwürdiges Beurkundungsinteresse
 - i) Katalog zulässiger Gegenstände
2. Sachliche Zuständigkeit
 3. Örtliche Zuständigkeit
 - a) Für Wahrnehmungsbeurkundungen
 - b) Für Überzeugungsbeurkundungen
 4. Beurkundungswille der Klientschaft
 5. Kein Ausstand
 - a) Vorbemerkung
 - b) Angelegenheit einer (nahestehenden) Person
 - c) Persönliches Nahestehen
- § 108 Amtspflichten anlässlich der Sachverhaltsermittlung
1. Ermittlungshandlungen
 2. Belehrung
 3. Keine Einheit des Aktes bezüglich der Sachverhaltsermittlung
- § 109 Erstellung und Gestalt der Urkunde
- § 110 Korrekturen nach Siegelung der Urkunde
- § 111 Beurkundungsmängel und ihre Rechtsfolgen
- § 112 Besonderheiten bei einzelnen Geschäften
1. Inventare
 - a) Grundsätzliches
 - b) Normalfall: Inventar in der Form der Beurkundung bestehender Tatsachen
 - c) Ausnahme: Inventar gemäss Art. 195a ZGB in der Form der Erklärungs-Protokollierung
 - d) Nutzniessungsinventar
 - e) Gemeinsamer Inhalt aller Inventare
 2. Eröffnung von letztwilligen Verfügungen, Erbverträgen und Eheverträgen
 3. Erbenbescheinigung (Erbschein, Erbschein; Art. 559 Abs. 1 ZGB)
 4. Erbgangsbeurkundung
 5. Certificat de coutume
 6. Andere Fälle notarieller Tatsachendokumentation:
 - a) "Keine Familienwohnung"
 - b) "Keine ausländische Beherrschung"
 - c) Einhaltung der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung; erfolgter Schuldenruf (bei Kapitalherabsetzung, Liquidation und Fusion von Aktiengesellschaften)
- Kapitel 13: Beurkundungen in Vermerkform**
- § 113 Begriffliches
1. Allgemeines
 2. Begriff der Beglaubigung im engeren Sinne
 3. Begriff des Herstellungsvermerks
 4. Begriff des Kontrollvermerks
 5. Bedeutung der begrifflichen Unterscheidung
- § 114 Notarielle Vermerke auf mehrseitigen Dokumenten
- § 115 Unterschriftsbeglaubigung: Beurkundungsvoraussetzungen
1. Beurkundungsgegenstand
 - a) In der Regel keine Beglaubigung undatierter Unterschriften
 - b) In der Regel keine Beglaubigung von Blankett-Unterschriften
 - c) Zurückhaltende Unterschriftsbeglaubigung unter lückenhaftem Text
 - d) Keine Beglaubigung historischer Unterschriften
 - e) Beglaubigungsgegenstand: Rechtstatsache der Autorschaft, nicht kriminaltechnische Echtheit und nicht Dokumentenechtheit der Schriftherstellung
 2. Sachliche Zuständigkeit
 3. Örtliche Zuständigkeit
 - a) - Grundsatz

- b) - Besonderheit bei Fernbeglaubigungen
- 4. Schutzwürdiges Beurkundungsinteresse und Missbrauchsverhütung
- 5. Beurkundungswille des Unterzeichners
- 6. Kein Ausstand
- § 116 Unterschriftsbeglaubigung: Sachverhaltsermittlung
 - 1. Gegenstand und Methoden der Sachverhaltsermittlung
 - 2. Identitätsermittlung, insbesondere bei Fernbeglaubigungen
 - 3. Ermittlung der Unterschriftenechtheit und des Unterzeichnungswillens im Anwesenheitsverfahren
 - 4. Ermittlung der Unterschriftenechtheit und des Unterzeichnungswillens im Abwesenheitsverfahren (Fernbeglaubigung)
 - 5. Handlungsfähigkeit des Unterschrifts-Autors
 - 6. Summarische Würdigung des unterzeichneten Textes
- § 117 Gestaltung und Inhalt des Beglaubigungsvermerks
- § 118 Unterschriftsbeglaubigungen für das Ausland
- § 119 Kein Ersatz des notariellen Echtheits-Zeugnisses durch blosse Protokollierung von Dritterklärungen und von Kontrollhandlungen
- § 120 Verfahren gemäss Art. 14 Abs. 3 und Art. 15 OR
- § 121 Beglaubigung von Firmenunterschriften
 - 1. Beurkundungswille der Klientschaft
 - 2. Ausstand
 - 3. Sachverhaltsermittlung
 - 4. Inhalt der Beglaubigung
 - 5. In der Regel keine blosse Beglaubigung persönlicher Unterschriften
- § 122 Herstellungsvermerke: Beurkundungsvoraussetzungen
 - 1. Zulässige Gegenstände
 - 2. Zuständigkeit
 - 3. Kein Ausstand
- § 123 Beglaubigte Kopie
- § 124 Beglaubigter Auszug
- § 125 Gestalt des Auszugs und des Herstellungsvermerks
- § 126 Kontrollvermerke: Beurkundungsvoraussetzungen
- § 127 Amtspflichten anlässlich der Sachverhaltsermittlung
- § 128 Beglaubigung manueller Abschriften
- § 129 Beglaubigung von Auszügen
- § 130 Konformität eines Statutenexemplars mit der beschlossenen Fassung
- § 131 Übersetzungsbeglaubigung
- § 132 Keine Beglaubigung von Fotografien
- § 133 Gestaltung des Kontrollvermerks
- § 134 Datumsbeglaubigung

Kapitel 14: Organisation des Beurkundungswesens

- § 135 Amtsnotariat und freiberufliches Notariat
- § 136 Zulassung zum Notariat
- § 137 Kantonale Erteilung des Befähigungsausweises
- § 138 Kantonale Verleihung des notariellen Amtes
 - 1. Persönliche Voraussetzungen
 - 2. Unabhängigkeit der Urkundsperson
 - a) Grundsatz
 - b) Unabhängigkeit beim Amtsnotariat
 - c) Unabhängigkeit beim freiberuflichen Notariat: selbständige Erwerbstätigkeit auf eigene Rechnung
 - d) Gesellschaftsverhältnisse zwischen Selbständigerwerbenden
 - e) Zulässige Anstellung bei einer anderen Urkundsperson
 - f) Unzulässige Anstellungsverhältnisse
 - 3. Unzulässige Nebenbeschäftigungen (Unvereinbarkeitsgründe)
- § 139 Anforderung an das Siegel
- § 140 Anforderung an das Notariatsbüro
- § 141 Beendigung des Amtes der Urkundsperson infolge Verzichts oder Todes
- § 142 Beendigung des Amtes der Urkundsperson infolge Bewilligungsentzuges
- § 143 Folgen der Beendigung der Amtstätigkeit
- § 144 Reklameverbot (Werbeverbot)

§ 145 Tarifstruktur

§ 146 Aufsicht

§ 147 Disziplinarwesen

1. Zweck des Disziplinarwesens

2. Geltungsbereich des Disziplinarrechts

a) Persönlicher Geltungsbereich

b) Sachlicher Geltungsbereich

c) Örtlicher Geltungsbereich

d) Zeitlicher Geltungsbereich

3. Disziplinarstatbestände

a) Verletzung geschriebener und ungeschriebener Vorschriften

b) Nicht-einwandfreie Amtsführung oder Berufsausübung

c) Verletzung der Würde und des Ansehens des Notarenstandes

4. Disziplinarstrafen

5. Keine Präjudizialität des Disziplinarentscheides für andere Verfahren

§ 148 Periodische notarielle Berichterstattung gegenüber der Aufsichtsbehörde

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	am Ende
a.M.	anderer Meinung
AG	Aargau, Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AI	Appenzell Innerrhoden
AR	Appenzell Ausserrhoden
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral = Bundesgerichtsentscheide
BE	Bern
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BeurkV	Beurkundungsverordnung
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BL	Basel-Landschaft
BN	Der Bernische Notar, Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare
BR	Baurecht, Mitteilungen des Seminars für Schweizerisches Baurecht
BS	Basel-Stadt
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
E.	Erwägung (in Gerichtsurteil)
EGZGB	Einführungsgesetz zum ZGB (mit anschliessender Angabe des Kantons)
Extraits	Extraits des principaux arrêts du tribunal cantonal et du Conseil d'Etat du canton de Fribourg
FR	Fribourg
GBV	Grundbuchverordnung
GE	Genf/Genève
GL	Glarus
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GR	Graubünden
HRegV	Handelsregisterverordnung
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987
JdT	Journal des Tribunaux
JU	Jura
KG	Kantonsgericht
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (ab 1974)
LN	Loi sur le notariat, Legge sul notariato
LU	Luzern
Maximen	Entscheidungen des Obergerichtes des Kantons Luzern (bis 1973)
MBVR	Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, Bern (bis 1975)
n.F.	neue Folge
ND	Notariatsdekret
NE	Neuenburg/Neuchâtel
NG	Notariatsgesetz
NV	Notariatsverordnung, Verordnung über das Notariat
NW	Nidwalden
OG	Obergericht
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
OW	Obwalden
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden
Pra	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PVG	Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden
RB	Rechenschaftsbericht Verwaltungsgericht Zürich
RDAF	Revue de Droit Administratif et de Droit Fiscal
Rep	Repertorio di giurisprudenza patria
RJN	Receuil de jurisprudence neuchâteloise

Brückner: Schweizerisches Beurkundungsrecht

RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft
SchlT	Schlusstitel
SemJud	Semaine judiciaire
SG	St. Gallen
SGGVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
SGGVP	St.Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
SH	Schaffhausen
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SO	Solothurn
SPR	Schweizerisches Privatrecht, Hrsg. von Max Gutzwiller, Hans Hinderling, Arthur Meier-Hayoz, Hans Merz, Paul Piotet, Roger Secrétan, Werner von Steiger, Frank Vischer, Basel und Stuttgart, 1977 ff.
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
SZ	Schwyz
TC	Tribunal cantonal (Kantonsgericht)
TG	Thurgau
TI	Tessin/Ticino
UR	Uri
V	Verordnung
VD	Waadt/Vaud
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VS	Wallis/Valais
ZBGR	Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZbjV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
ZGGVP	Gerichts- und Verwaltungsentscheide des Kantons Zug
ZH	Zürich
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung

****S. XXXIX****

Literaturverzeichnis

- BALBI GERHARD, Das Recht der öffentlichen Beurkundung in Nidwalden, Stans 1981
- BECK EMIL, Berner Kommentar zum ZGB, Bd. V, SchlT, Bern 1932
- BECKER H., Berner Kommentar zum OR (Art. 1-183: 1941, Art. 184-551: 1934)
- BLUMENSTEIN ERNST, Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit des bernischen Notariates, MBVR 11 (1913) S. 241 ff.
- BOLLA AUGUSTO, L'acte authentique cantonal comme titre pour les inscriptions au Registre Foncier, ZBGR 32 (1951) S. 241 ff.
- BOURGNON ETIENNE, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 68 (1987) S. 73-90
- BUCHER EUGEN, Berner Kommentar, Bd. I, Personenrecht, 1. Teilbd. (Art. 11-26 ZGB), Bern 1976
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil, 2. Aufl., Zürich 1988
- BUCHER EUGEN, Preisvereinbarung als Voraussetzung der Vertragsgültigkeit beim Kauf, in: Mélanges Paul Piotet, Bern 1990, S. 371-408
- BÜHLER ROLAND, Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege, ZBGR 63 (1982) S. 321-361
- CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976
- CAVIN PIERRE, Kauf, Tausch, Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht VII/1 (1977) S. 1 ff.
- COMMENT ALBERT, Grundstückkauf II, Formvorschriften, SJK Karte 225
- CORNUT ERIC, Der Grundstückkauf im IPR, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Privatrecht und Internationale Beziehungen, Band 40, Basel 1987
- DESCHENAUX HENRI, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht II, Basel 1967
- DRUEY JEAN-NICOLAS, Grundriss des Erbrechts, 2. Aufl., Bern 1988
- ESCHER ARNOLD, Zürcher Kommentar zum ZGB, Bd. III, Das Erbrecht, 3. Aufl., Zürich 1959
- ESCHER ARNOLD, Fragen der Formulierung von Ehe- und Erbverträgen und Testamenten, ZBGR 56 (1975) S. 1-9
- FISCHER ERICH ALFRED, Interimsurkunden im Grundpfandrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 110, Basel 1977
- FLÜCKIGER PAUL, Das Verurkundungsverfahren, in: Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare zu seinem fünfzigjährigen Bestehen, Bern 1953, S. 45 ff.
- FLUME WERNER, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, Berlin 1965
- FORSTMOSER PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Band I Lieferung 1 Zürich 1981
- FRIEDRICH HANS-PETER, Kantonales [baselstädtisches] Zivilrecht, in Handbund des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, S. 727-755
- FRIEDRICH HANS-PETER, "Interimstitel" im Hypothekarwesen, ZBGR 52 (1971) S. 1 ff.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., Zürich 1991
- GAUCH PETER, "Modifizierte Teilnichtigkeit", recht 1/1983, S. 95 ff.
- GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 3. Aufl., Zürich 1985
- GAUCH PETER, Vom Formzwang des Grundstückkaufes und seinem Umfang - Ausdehnung auf eine "Architektenverpflichtung" des Käufers und auf konnexe Werkverträge? (Anmerkungen zu LGVE 1985 I Nr. 12 und 13), Baurecht 1986, S. 80
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./JÄGGI PETER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Zürich 1983
- GEISER THOMAS, Neues Eherecht und Grundbuchführung, ZBGR 68 (1987) S. 16-28
- GIGER HANS, Berner Kommentar zum OR (Bern 1973/77/79)

- GIOVANOLI SILVIO, Berner Kommentar zum OR, 2. Aufl. 1978
- GMÜR/HAFTER, Berner Kommentar (2. Aufl. 1919)
- GREYERZ CHRISTOPH V., Öffentliche Urkunden im neuen Aktienrecht, BN 1984, S. 393-412
- GROSSEN JACQUES-MICHEL, L'acte authentique, notion du droit fédéral, ZBGR 48 (1967) S. 321-327
- GUHL THEO, Die Aufgaben der Urkundsperson im neuen Gesellschaftsrecht, ZBJV 73 (1937) S. 24
- GUHL THEO, Die interkantonale Bedeutung der öffentlichen Urkunde, MBVR 18 (1920) S. 257 ff. und 30
- GUHL THEO/MERZ HANS/ KUMMER MAX, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. A., Zürich 1980
- GUHL/MERZ/KUMMER/KOLLER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. A., Zürich 1991
- GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954
- HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST/SCHERRER WERNER/ZOBL DIETER, Zürcher Kommentar zum ZGB, Das Sachenrecht (1929-1977)
- HAUSHEER HEINZ/REUSSER RUTH/GEISER THOMAS, Berner Kommentar zum ZGB (Eherecht), Bern 1988
- HERZER PETER, Die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen in der Praxis der Kantone, Diss. Zürich 1979
- HESS MARKUS, Immobilien-Leasing und Formzwang, ZBGR 72 (1991) S. 1-19
- HOFSTETTER JOSEF, Auftrag und Geschäftsführung, SPR VII/2 (1979) S. 1 ff.
- HOMBERGER ARTHUR, Zürcher Kommentar zum ZGB, Zürich 1938
- HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, Erstabdruck ZBJV 103 (1967) S. 249 ff.; ergänzter Zweitabdruck ZGBR 69 (1988) S. 228-254
- HUHN DIETER/VON SCHUCKMANN HANS-JOACHIM, Beurkundungsgesetz sowie Dienstordnung für Notare und ergänzende Vorschriften: Kommentar, 2. Aufl., Berlin/New York 1987
- JÄGGI PETER, Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festgabe für Th. Guhl, Zürich 1950, S. 6
- KELLENBERGER ALFRED, Grenzen der Grundbuchführung, BN 1987, S. 81-99
- KELLERHALS FRANZ, Vollstreckbare öffentliche Urkunden aus schweizerischer Sicht - Bemerkungen zur Ausgangslage, BN 1993, S. 1-24
- KOLLER ALFRED, Probleme beim Verkauf vermieteter Wohnliegenschaften, ZBGR 72 (1991) S. 193-214
- KOLLER ALFRED, Vom Formmangel und seinen Folgen - Der formungültige Grundstückkauf, in: Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, S. 91-156
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum OR, Art. 1 und 2 (Bern 1980), Art. 18 (1985)
- KRATZER JEAN, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930
- KUMMER MAX, Berner Kommentar zu Art. 9 ZGB, Bern 1962
- LANZ FELIX WALTER, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343
- LEEMANN HANS, Berner Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, Bern 1920/1925
- LEUENBERGER CHRISTOPH, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: Der Grundstückkauf (Hrsg. A. Koller), St. Gallen 1989, S. 49-89
- LINDE TRUTZ, Unterschriftsbeglaubigungen in der Schweiz, ZBGR 53 (1972) S. 342-347
- LIVER PETER, Eigentum, in SPR V/1, Basel und Stuttgart 1977, S. 1 ff.
- LUSSY WALTER, Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf die Handelsregisterführung, BN 1992, S. 420
- MARTI HANS, Notariatsprozess - Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989
- MARTI HANS, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983
- MARTI HANS, Das Hauptverfahren im schweizerischen Notariatsprozess, ZBGR 64 (1983) S. 321-330

- MARTI HANS, Das neue bernische Notariatsrecht, BN 1981, S. 233-245
- MARTI HANS, Der Notar des Kantons Bern, in: Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare zu seinem fünfzigjährigen Bestehen, Bern 1953, S. 1 ff.
- MEIER WILLY, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zum ZGB, Sachenrecht, 3. Aufl. 1974
- MERZ HANS, Vertrag und Vertragsschluss, 1. Aufl., Freiburg 1988
- MOOSER MICHEL, La description de l'assiette d'une servitude, ZBGR 72 (1991) S. 257-266
- MÜLLER MANUEL, Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts in Grundbuchsachen, BN 1991 S. 213-222
- MUTZNER PAUL, Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Privatrecht, Referat zu den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1921, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff (mit Diskussionsprotokoll auf S. 226a ff.)
- OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, 4.A. Zürich 1975)
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar zum ZGB, V. Band: Das Obligationenrecht, 1. Halbband (Art. 1-183), 2.A., Zürich 1929
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar zum ZGB, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Art. 184-418), 2.A., Zürich 1936
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar zum ZGB, V. Band: Das Obligationenrecht, 3. Teil (Art. 419-529), 2.A., Zürich 1945
- PAOLETTO BRUNO, Die Falschbeurkundung beim Grundstückkauf, Diss. Zürich 1973
- PFÄFFLI ROLAND, Das Antragsprinzip im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Erbgangs, BN 1985, S. 63-77
- PFÄFFLI ROLAND, Die Auswirkungen des neuen Ehe- und Erbrechts auf die Grundbuchführung, BN 1986, S. 281-292
- PIOTET DENIS, La notion fédérale de l'acte authentique à l'épreuve de la doctrine, in: Mélanges en honneur de Jacques-Michel Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28
- PIOTET DENIS, La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics, Lausanner Diss. (Zürich, Juris) 1981
- PIOTET PAUL, Erbrecht, SPR IV/1 (1978) S. 1 ff.
- RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar zum ZGB, Bern 1975
- RINK FELIX, Die Tragweite der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung bei Grundstücksveräußerungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, Diss. Basel 1951
- RUF PETER, Die Bedeutung der Eröffnung von Eheverträgen für die Eigentumsübertragung von Grundstücken, BN 1985 S. 101-114
- SANTSCHI ALFRED, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) S. 1-16.
- SANTSCHI ALFRED, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Winterthur 1959
- SANTSCHI DANIEL, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992
- SCHAUB MARC-ANTOINE, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276
- SCHMID JÖRG, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17
- SCHMID JÖRG, Die Grundstückversteigerung, in: Der Grundstückkauf (Hrsg. A. Koller), St. Gallen 1989, S. 431-468
- SCHMID JÖRG, Zur interkantonalen Freizügigkeit öffentlicher Urkunden bei Verträgen über dingliche Rechte an Grundstücken - Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts (II. Zivilabteilung) vom 30. November 1987 i.S. Eheleute H. gegen Grundbuchamt Affoltern a.A. und Obergericht des Kantons Zürich, ZBGR 70 (1989) S. 265-271
- SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Fribourg 1988
- SCHMID JÖRG, Neues Eherecht und Grundbuchführung, ZBGR 68 (1987) S. 295-300

- SCHMIDLIN BRUNO, Der formungültige Grundstückkauf - Bemerkungen zur neueren Lehre und Rechtsprechung, ZSR 1990 I 223-260
- SCHNYDER BERNHARD, Private Rechtsgestaltung im neuen Ehe- und Erbrecht, BN 1986, S. 309-328
- SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht; Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529), Teilband V 1a (Art. 1-17 OR), 3.A., Zürich 1973
- SCHWANDER IVO, Das IPR des Grundstückkaufs / Grundstückerwerb durch Personen im Ausland, in: Der Grundstückkauf (Hrsg. A. Koller), St. Gallen 1989, S. 365-392
- SCHWENZER INGEBORG, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 11-17), Basel 1992
- SCYBOZ GEORGES, Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht VII/2, Basel und Stuttgart 1979, S. 315 ff.
- SECRETAN ROGER, Vente d'immeubles, JdT 1959 S. 32
- SIDLER KURT, Kurzkomentar zum luzernischen Beurkundungsgesetz, Luzern 1975
- SPIRO KARL, Die unrichtige Beurkundung des Preises beim Grundstückkauf, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 70, Basel 1964
- SPIRO KARL, Grundstückkauf und Formzwang, Replik zu BGE 90 II 154 ff., BJM 1965, S. 21
- STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 3. Aufl., Bern 1983
- STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, 3. Aufl., Bern 1984
- TUOR PETER, Berner Kommentar zum ZGB, Bd. III, Das Erbrecht, Bern 1952
- TUOR PETER/PICENONI VITO, Berner Kommentar zum ZGB, Bd. III, Erbrecht, 2. Abt.: Der Ergänzung, Bern 1973 (unveränderter Nachdruck der Aufl. 1959/1964/1966)
- VERBAND BERNISCHER NOTARE, Musterurkundensammlung, 4. Aufl., Bern 1991
- VISCHER FRANK, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962
- VOLKART C., Der Übernahmevertrag bei der Gesellschaftsgründung, ZBGR 19 (1938) S. 76
- VOLKEN PAUL, Das internationale Güterrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BN 1989, S. 433-453
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I., 3. Aufl., Zürich 1974 und 1979, mit Supplementband 1984
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts II., 3. Aufl., Zürich 1974, mit Supplementband 1984
- WATTER ROLF, Prospekthaftpflicht heute und morgen, Aktuelle juristische Praxis, AJP 1992, S. 4
- WEBER K. E., Locus regit actum und seine Bedeutung für die öffentliche Beurkundung, ZBGR 21 (1940) S. 1 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, Doppelverkauf und Eigentumserwerb - Wer zuerst kommt, mahlt zuerst?, BN 1985, S. 11-30
- WIEGAND WOLFGANG/BRUNNER CHRISTOPH, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 1-12
- WIELAND CARL, Zürcher Kommentar zum ZGB, Das Sachenrecht, Zürich 1909
- WILD W., Kantonale Beurkundung und Grundbuchführung, ZBGR 32 (1951) S. 30
- WISSMANN KURT, Das neue Ehegüterrecht, ZBGR 67 (1986) S. 321-368
- YUNG WALTER, Le contenu des contrats formels, Semjud 87/1965, S. 623 ff.
- ZELLWEGER CASPAR, Die Form der schuldrechtlichen Verträge im internationalen Privatrecht - Wurzeln und Rechtfertigung der Sonderanknüpfung, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Band 48, Basel 1990

****S. 1****

Kapitel 1: Grundlagen

§ 1 Aufgabenstellung

1 - Für die Darstellung eines "schweizerischen" Beurkundungsrechts muss als zentrale Aufgabe gelten, aus den das Beurkundungswesen tragenden Wert- und Zielvorstellungen, aus den kantonalen Normen und den geschriebenen eidgenössischen Vorschriften unter Berücksichtigung der bis heute erarbeiteten bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung jene Grundsätze herauszuarbeiten, welche im ganzen Gebiet der Schweiz Anerkennung verdienen.

2 - Dabei geht das Bestreben dahin, die einzelnen Normen wo immer möglich auf allgemeine Rechtsgedanken zurückzuführen. Der Trend zur interkantonalen Harmonisierung des Beurkundungsrechtes, d.h. das Herausarbeiten der interkantonal gemeinsamen und verbindenden Elemente und der Verzicht auf die besondere Betonung kantonaler Eigenarten ist heute unverkennbar. Vor allem vier Arbeiten sind zu nennen, welche in den vergangenen Jahrzehnten auf eine solche Harmonisierung hingewirkt haben, allen voran HANS HUBERS Aufsatz über die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes von 1967¹, sodann LOUIS CARLENS "Notariatsrecht der Schweiz" von 1976, JÖRG SCHMIDS Arbeit über "Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen" von 1988 und HANS MARTIS "Notariatsprozess - Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz" von 1989.

3 - JACQUES-MICHEL GROSSEN² hat auf HUBERS Arbeit repliziert, die bundesrechtlichen Mindestanforderungen könnten nicht durch die Praxis erarbeitet werden; statt dessen brauche es die Intervention des Bundesgesetzgebers. Dieser habe seinen Fehler von 1912 zu korrigieren: "Il n'était pas logique d'imposer la forme authentique et de lais-

Fn 1 - HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 103 (1976) S. 149 ff., ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254.

Fn 2 - JACQUES-MICHEL GROSSEN, L'acte authentique, notion du droit fédéral, ZBGR 48 (1967) S. 321-327.

****S. 2****

ser à vingt-cinq Etats la compétence d'en régler les modalités. [...] Il importe de sortir de cette situation curieuse dans laquelle la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour affirmer que le droit fédéral renferme des conditions implicites, cependant que les praticiens ne peuvent se procurer aucune connaissance certaine de ces conditions."³ - Die von GROSSEN geforderte Intervention des Bundesgesetzgebers scheint angesichts der in der Praxis feststellbaren Konvergenz der Vorstellungen je länger desto weniger wahrscheinlich⁴.

4 - Das Streben nach interkantonomer Harmonisierung entspricht angesichts des Abbaus internationaler Grenzen in der Zivilrechtspflege, wie er insbesondere mit dem Lugano-Übereinkommen⁵ Realität geworden ist, einem Gebot der Stunde. Die vorliegende Arbeit möchte als weiterer Schritt in dieser Richtung verstanden werden.

Fn 3 - JÖRG SCHMID, Freizügigkeit, ZBGR 70 (1989) S. 265-271 (270) weist darauf hin, dass der Bundesrat in den 20er Jahren "die vorbehaltlose Überlassung des Beurkundungsrechts an die Kantone im interkantonalen Liegenschaftsverkehr" als bedauerlich und eine vereinheitlichende gesetzliche Regelung als dringend notwendig erachtet habe. Eine Darstellung des Scheiterns einer entsprechenden bundesrechtlichen Gesetzesvorlage findet sich bei ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 29 f.

Fn 4 - DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28, vertritt die Auffassung, GROSSEN habe recht gehabt mit seiner Skepsis: Das Beurkundungswesen in der Schweiz könne nicht mit der Figur des "bundesrechtlichen Begriffs"

vereinheitlicht werden. PIOTET lehnt aber, im Gegensatz zu GROSSEN, die Intervention des Bundesgesetzgebers ab und vertraut stattdessen auf die kantonale Weiterentwicklung des Beurkundsrechts (S. 28).

Fn 5 - Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16.9.1988 (SR 0.275.11), für die Schweiz in Kraft getreten am 1.1.1992.

****§. 3****

§ 2 Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Beurkundsrecht

1. Der bundesrechtliche Begriff der öffentlichen Beurkundung und seine kantonale Konkretisierung kraft Art. 55 SchlT ZGB

5 - Die herrschende schweizerische Lehre geht seit langem⁶, die bundesgerichtliche Rechtsprechung in Zivilsachen seit 1958⁷, davon aus, dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht angehört⁸. Da Art. 55 des Schlusstitels zum ZGB den Kantonen die Kompetenz übertrug bzw. beließ⁹, durch kantonale Gesetzgebung zu bestimmen,

Fn 6 - Vgl. HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 92 zu Art. 657 mit weiteren Hinweisen; KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 720, N 35 zu Art. 9 ZGB; BECKER, Berner Kommentar (1941) N 1 vor Art. 11-16 OR.

Fn 7 - BGE 84 II 636; HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (231 ff.), hat aufgezeigt, dass die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts im Rahmen der Rechtsprechung zu den Urkundendelikten seit 1951 vom Bestehen eines bundesrechtlichen Begriffs der öffentlichen Urkunde ausging; dem Kassationshof hat sich die I. Zivilabteilung 1958 angeschlossen.

Fn 8 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 32 § 4, betont immerhin die originären kantonalen Regelungskompetenzen.

Fn 9 - Zur Frage, ob die kantonale Gesetzgebungskompetenz eine von Art. 55 SchlT ZGB auf die Kantone delegierte oder eine den Kantonen aufgrund der Bundesverfassung zustehende Kompetenz ist, vgl. die Stellungnahme des BAJ vom 3.11.1981, VPB 46 S. 48 Nr. 7 und ZBGR 64 (1983) S. 342-353 (342, Ziff. 1a): "Die öffentliche Beurkundung ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 22 f.). Diese wird durch Artikel 64 Absatz 3 BV, wonach die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung wie bis anhin den Kantonen verbleiben, nicht vorbehalten. Vielmehr betrifft diese Verfassungsbestimmung lediglich die streitige Gerichtsbarkeit (BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 1931, S. 589). Der Bund ist deshalb im Rahmen seiner Kompetenz gestützt auf Artikel 64 BV befugt, die nichtstreitige Gerichtsbarkeit zu ordnen. So enthält das Zivilgesetzbuch beispielsweise Bestimmungen über die Verschollenenerklärung, die Teilung der Erbschaft, die Bestellung und Aufhebung der Vormundschaft usw." - KNAPP, Komm. zu Art. 64 BV (1986) N 28 erblickt in bundesrechtlich vorgesehenen Gesetzgebungspflichten der Kantone delegierte, nicht originäre Kompetenzen der Kantone; eine solche Gesetzgebungspflicht ist den Kantonen in Art. 55 SchlT ZGB auferlegt. - A.M. DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28

****§. 4****

in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird, gilt, dass das Bundesrecht die (materiellrechtliche) Frage regelt, was die öffentliche Beurkundung **ist**. Dagegen beantwortet das kantonale Recht die (verfahrensrechtliche) Frage, wie eine öffentliche Urkunde hergestellt wird bzw. wie sie **entsteht**¹⁰. 1981 hielt das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten fest, es gehe "die neuere Rechtsprechung in Übereinstimmung mit der Lehre nun davon aus, dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung trotz Fehlens einer bundesrechtlichen Umschreibung dem Bundesrecht angehöre und dass sich nach diesem beurteile, was darunter zu verstehen ist und welchen Mindestanforderungen sie zu genügen habe (vgl. BGE 84 II 636 E. 1, 90 II 274 E. 5, 99 II 159 E. 2a, 106 II 146 E. 1)."

6 - Dabei herrscht die Vorstellung, die Kantone besässen verfahrensrechtliche Normierungsfreiheit, welche durch bundesrechtliche Leitplanken eingeschränkt ist. So spricht man von Mindestanforderungen¹¹, denen jedes kantonale Beurkundungsverfahren von Bundesrechts wegen zu genügen habe, ferner von Maximalanforderungen, über

(28): "Il n'y a cependant pas là matière à législation fédérale, faute de compétence constitutionnelle"; in gleichem Sinne PETER RUF in BN 1990, S. 23 oben, mit zustimmendem Verweis auf MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 30-32, welcher eine von BV wegen bestehende kantonale Rechtsetzungskompetenz annimmt und die bundesrätliche Genehmigungskompetenz demzufolge ablehnt; in gleichem Sinne wohl auch WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (S. 129 Anm. 3); SIDLER, Komm. LU (1975) S. 22, N. 12. - Die Kontroverse ist seit der Novellierung von Art. 52 SchlT ZGB vom 15.12.1989, i.K. seit 1.2.1991 (vgl. AS 1991 S. 363) gegenstandslos geworden. Seit 1991 ist die Genehmigungspflicht ausdrücklich kodifiziert: "Die kantonalen Anordnungen ... über die Errichtung öffentlicher Urkunden bedürfen der Genehmigung des Bundes." - Da das Bestehen eines ungeschriebenen Bundes-Beurkundungsrechts im Umfange der bundesrechtlichen Mindestanforderungen heute allgemein anerkannt - und damit als bundesverfassungsmässig anerkannt - ist, kann die eidgenössische Kompetenz zu einer über die Minima hinausgehenden gesetzlichen Regelung kaum mehr mit verfassungsrechtlichen Argumenten bestritten werden.

Fn 10 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 38, N 152, unter Verweis auf BECK, Berner Kommentar (1932) N 8 zu Art. 55 SchlT ZGB und LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 34 zu Art. 657 ZGB.

Fn 11 - Der Gedanke der Mindest- oder Minimalanforderungen taucht bereits 1921 auf im Referat von MUTZNER, Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Privatrecht, ZSR NF 40 (1921) S. 113a; vgl. im übrigen JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 38, N 153, unter Verweis auf BGE 106 II 147, 99 II 159, BGE vom 4.7.1972 in ZBGR 54 (1973) S. 367 ff., 90 II 218, 84 II 640, ferner auf HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, ZBGR 69 (1988) S. 238-254 (252 und 258), Stellungnahme des BAJ vom 3.11.1981, VPB 46 S. 48 Nr. 7 und ZBGR 64 (1983) S. 342-353 (345 ff.), BALBI, Beurkundung in Nidwalden (1981) S. 43, CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 89 f., DESCHENAUX, Der Einleitungstitel, SPR II (1967) S. 274, BECK, Berner Kommentar (1932) N 4 zu Art. 55 SchlT ZGB, JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930 S. 54 ff. - Anderer Meinung die frühere Praxis und Lehre: BGE 59 II 8 f., 57 II 147 f., GUHL, Die interkantonale Bedeutung der öffentlichen Urkunde, MBVR 18 (1920) S. 257 ff. und 305 ff. (258).

****§. 5****

welche hinaus das kantonale Recht den Beurkundungsvorgang nicht erschweren dürfe¹².

7 - In diesem Sinne sind **Mindestanforderungen** an die kantonale Regelung immer zugleich Mindestanforderungen an die einzelne Beurkundung; es geht um eine stets zu beobachtende Mindest-Strengung des Verfahrens: Bestimmte Verrichtungen müssen mindestens vorgenommen, bestimmte Modalitäten mindestens eingehalten werden, damit eine öffentliche Urkunde entsteht.

2. Bundesrechtliche Mindestanforderungen und Überwindung der Abwesenheits-Beurkundung

8 - Bei der von der Lehre seit ca. 1920 vertretenen Theorie der bundesrechtlichen Mindestanforderungen, welcher das Bundesgericht sich ab 1951 zögernd anzuschliessen begonnen hat¹³, drehte es sich der Sache nach vorwiegend um einen Punkt, in welchem gewisse Kantone besondere Mühe zeigten, jenen Anforderungen Rechnung zu tragen, die sich aus dem Verständnis der Form als Gültigkeitsform (im Gegensatz zur blossen Beweisform) ergeben. Es ging um die Frage, ob es genüge, dass die Urkundsperson bei Vertragsbeurkundungen den von den Parteien gefundenen und in privatschriftlichem Akt dokumentierten Konsens als solchen bezeuge, ohne einem mündlichen Erklärungsaustausch der Parteien persönlich beigewohnt zu haben. Die entsprechende Beurkundungsform, welche in der vorliegenden Arbeit als "Abwesenheits-Beurkundung" bezeichnet wird, lief praktisch so ab, dass die Parteien den bereits unterzeichneten Vertrag der Urkundsperson überbrachten oder überbringen liessen, dass sie ausserdem der Urkundsperson mitteilten, der Vertrag

enthalte ihren Willen und dass sie die Urkundsperson um "Beurkundung" ersuchten. Die Urkundsperson brachte alsdann unter den Parteiunterschriften einen Beurkundungsvermerk an, welcher besagte, dass der vorstehende Vertrag den wirklichen, übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien enthalte. - In einer anderen Verfahrensvariante wurde der Vertrag von den Parteien in persönlicher Anwesenheit eines Notariatsgehilfen unterzeichnet, worauf die Urkundsperson zu einem späteren Zeitpunkt den erwähnten Beurkundungsvermerk und ihre eigene Unterschrift beifügte.

Fn 12 - Vgl. in diesem Sinne MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 13, N 7 zu Art. 1 NG BE; derselbe, Notariatsprozess (1989) S. 35 und 36.

Fn 13 - Das Bundesgericht vollzog den Schritt definitiv erst mit BGE 90 II 274, d.h. im Jahre 1964, während es 6 Jahre zuvor im BGE 84 II 636 (Solco) noch nicht gewagt hatte, die kantonale Urkunde als nicht entstanden zu qualifizieren.

****§. 6****

9 - Die Abwesenheits-Beurkundung erlaubte eine notarielle Inhaltskontrolle des Vertrags unter dem Gesichtswinkel seiner Zweckmässigkeit, Widerspruchsfreiheit und Rechtmässigkeit. Auch notarielle Belehrung und sogar Beratung waren denkbar, bloss eben nicht notwendiger Verfahrensbestandteil. Schliesslich fehlte die unmittelbare notarielle Wahrnehmung der Erklärungsabgabe der Parteien innerhalb eines rechtlich strukturierten Verfahrensschrittes.

10 - Eine solche Abwesenheits-Beurkundung unterschied sich von der blossen Unterschriftsbeglaubigung dadurch, dass die Urkundsperson den Vertragsinhalt zur Kenntnis zu nehmen und sich in geeigneter Form davon zu überzeugen hatte, dass der Vertrag von den Parteien gewollt war. Letzteres war der hauptsächliche Inhalt des notariellen Zeugnisses, wobei sich die Urkundsperson bei dieser Bezeugung **nicht auf ihre eigene Wahrnehmung der erfolgten Lesung und Genehmigung anlässlich des Beurkundungsvorgangs**, sondern lediglich auf die ihr direkt oder indirekt übermittelte Erklärung der Parteien abstützen konnte, der Akt enthalte den Parteiwillen.

11 - Diese Abwesenheits-Beurkundung, bei welcher die eigentliche "öffentliche Beurkundung" ausschliesslich in der Beisetzung des Beurkundungsvermerks und der Notarunterschrift unter den privat errichteten und von der Urkundsperson nachträglich inhaltlich geprüften Akt¹⁴ bestand, hatte in einzelnen Kantonen Tradition¹⁵ und wollte dort nicht preisgegeben werden¹⁶.

Fn 14 - Vgl. dieses Verständnis der öffentlichen Beurkundung individueller Erklärungen noch bei WIELAND, Zürcher Kommentar (1909) S. 63 und 64; WIELAND erblickte die Rechtfertigung des Beurkundungsobligatoriums für Grundstücksgeschäfte nicht in der besonderen Bewusstmachungsfunktion und unmittelbaren notariellen Wahrnehmung anlässlich des Beurkundungsvorgangs. Laut WIELAND sollte die Urkundsperson lediglich dafür besorgt sein, dass der Geschäftsinhalt genau, klar und vollständig in die Urkunde Eingang finde, dass namentlich das Grundstück umfassend beschrieben und die rechtlichen Gültigkeitsvoraussetzungen und die allenfalls erforderlichen Zustimmungserklärungen etc. vorliegen sollten. Auch sollte die Urkundsperson unlautere Machenschaften verhüten "und dafür besorgt sein, dass Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zur Vollziehung gelangten" und "dass das Interesse jeder Partei gehörig wahrgenommen werde". - All dies erforderte nicht einen Beurkundungsakt im Anwesenheitsverfahren, sondern konnte als nachträgliche notarielle Qualitätskontrolle des privat vorbereiteten Vertragsentwurfs verstanden werden. Dabei konnte die notarielle Intervention vergleichbar derjenigen gedacht werden, welche die Testamentszeugen im Verfahren gemäss Art. 501 Abs. 2 ZGB haben, erweitert um eine notarielle Inhaltskontrolle des von den Parteien vorgelegten Geschäftes. - Zu einem solchen Verständnis bestand umso mehr Anlass, als bis zur Einführung des ZGB die meisten deutschschweizerischen Kantone kein Beurkundungsobligatorium für Grundstücksgeschäfte kannten.

Fn 15 - DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (22) weist darauf hin, dass die eidgenössischen Räte 1920 das im Revisions-Entwurf zum damaligen Art. 685 OR ent-

****S. 7****

12 - Die Abwesenheits-Beurkundung mag beeinflusst gewesen sein vom Verständnis der öffentlichen Beurkundung des französischen Rechts. Dieses versteht die besonderen Formen des Geschäftsschlusses als blossen **Beweisformen**¹⁷, wogegen das deutsche¹⁸ und mit ihm das schweizerische Recht des OR in den Geschäftsabschlussformen **Gültigkeitsformen** erblickt¹⁹.

haltene Requisit der persönlichen Anwesenheit der Urkundsperson bei Gründungsversammlungen von Handelsgesellschaften und Genossenschaften hatten fallen lassen, und zwar aus dem einzigen Grund, um in diesem Punkt nicht in die kantonalen Normierungskompetenzen einzugreifen. - Noch im Urteil des KG GR vom 18.1.1963, ZBGR 46 (1965) S. 33-37, kam die Meinung des Gerichtes zum Ausdruck, ein Analphabet, welcher nur ein Handzeichen (in casu: den Buchstaben M) hinsetze, müsse selber unmittelbar gegenüber der Urkundsperson seinen Inkraftsetzungswillen zu erkennen geben und die Urkundsperson habe den mit der Beisetzung des Zeichens verbundenen Verpflichtungswillen im Beurkundungsvermerk zu bezeugen. E contrario liess das Gericht damit seine Meinung erkennen, dass unterzeichnungsfähige Vertragsparteien auch in Abwesenheit der Urkundsperson unterschreiben dürfen. Der Akt wurde in casu als nichtig qualifiziert, aber nicht deswegen, weil der Analphabet sein "M" in Abwesenheit der Urkundsperson auf die Urkunde gesetzt hatte, sondern weil die Urkundsperson es unterlassen hatte, im Beurkundungsvermerk den Verpflichtungswillen des Analphabeten zu bezeugen.

Fn 16 - Noch heute sind nicht alle kantonalen Erlasse mit der nötigen Klarheit auf das Anwesenheitsverfahren hin ausformuliert. So heisst es in AR EGZGB Art. 9 Abs. 2 (bereinigte Fassung von 1986): "Die öffentliche Beurkundung im Sinne des Zivilgesetzbuches besteht in der Feststellung und Bestätigung der Urkundsperson, dass der Inhalt der Urkunde dem Willen der Parteien, die ihn erklärt haben, tatsächlich entspricht." Dieser Gesetzestext wird in Art. 15 Abs. 2 der V über die Gemeindeganzleien dahingehend ergänzt: "Im weiteren hat sich die Urkundsperson darüber zu vergewissern, ob der Inhalt der Urkunde dem tatsächlichen Willen der beteiligten Personen entspricht. Die Urkunde ist hierauf von sämtlichen Beteiligten vor der Urkundsperson zu unterzeichnen, sofern und soweit die Unterzeichnung gesetzlich erforderlich ist. Eine Ausnahme von der persönlichen Unterzeichnung vor der Urkundsperson darf nur gemacht werden zugunsten von Banken und Kreditinstituten, welche im Handelsregister eingetragen sind." - Eine Lesung in Anwesenheit der Urkundsperson wird vom Text der zitierten Erlasse nicht verlangt. - Vgl. die Kritik an der Regelung von AI bei HANS MARTI, Das Hauptverfahren im schweizerischen Notariatsprozess, ZBGR 64 (1983) S. 321-330 (321).

Fn 17 - Vgl. Art. 1317-1321 CCfr. - Wenn die öffentliche Urkunde als blosses Beweismittel im Prozess verstanden wird, so ist ihr Hauptzweck im notariellen Zeugnis der Echtheit (Authentizität) zu erblicken, wie dies im französischen Begriff des "acte authentique" auch tatsächlich zum Ausdruck kommt. Die Beurkundungsfunktion kann sich in diesem Falle auf die Prüfung und Bezeugung beschränken, dass die Parteien den Akt (in einer beliebigen Weise) als das von ihnen gewollte Geschäft anerkannt haben. Eine bewusstmachende Lesung in Anwesenheit der Urkundsperson und die notarielle Belehrung können in diesem Falle als entbehrlich betrachtet werden.

Fn 18 - Vgl. § 125 BGB.

Fn 19 - Vgl. VON TUHR/PETER, OR AT I (3.A. 1974/79) S. 235, Ziff. II/1.

****S. 8****

13 - Die von HANS HUBER nachgezeichnete Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an das Beurkundungsverfahren umfasst durchwegs Fälle, welche sich um die Abwesenheits-Beurkundung drehen²⁰. Der Abwesenheits-Beurkundung wurde sinngemäss mit dem Argument entgegengetreten, die Urkundsperson könne als Geschäftswillen und insbesondere als Vertragskonsens nur bezeugen, was die Parteien ihr gegenüber in persönlicher Anwesenheit erklärten. Jene Erklärungsabgabe der Parteien, welche von der Urkundsperson mit öffentlichem Glauben bezeugt werden sollte, müsse sich unterscheiden von der im privaten Schriftverkehr allgemein üblichen Erklärungsabgabe. Dass ein privatschriftlich unterzeichneter Vertrag den Parteikonsens wahrheitsgemäss wiedergibt, kann die Urkundsperson nicht besser als irgend ein privater Leser des Dokumentes erkennen und bezeugen.

14 - Noch im Solco-Entscheid von 1958 wagte das Bundesgericht aber nicht, die im Abwesenheitsverfahren zustandegekommene öffentliche Urkunde eines Basler Notars als bundesrechtswidrig zu erklären; es bestätigte lediglich die vom Appellationsgericht Basel-Stadt festgestellte Verletzung

kantonalen Rechts. HANS HUBER hat zwar (a.a.O. S. 244) die These vertreten, in einem künftigen Fall würde das Bundesgericht das Abwesenheitsverfahren von Bundesrechts wegen nicht mehr tolerieren; aber dieser Fall ist bis heute nicht zur Entscheidung gekommen. Noch 1993 - über ein Vierteljahrhundert nach HANS HUBERS Voraussage - fehlt ein bundesgerichtlicher Entscheid, der eine im Abwesenheitsverfahren erstellte öffentliche Urkunde von Bundesrechts wegen für nichtig erklärt. Als einzige autoritative Äusserung einer Bundesbehörde, welche die Abwesenheits-Beurkundung als bundesrechtswidrig bezeichnet, liegt bis heute die oben erwähnte Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz aus dem Jahre 1981 vor²¹.

Fn 20 - HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (231 ff.). Auch DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (21) konstatiert, dass "l'exigence fondamentale la plus souvent avancée en doctrine est la participation active de l'officier public à l'élaboration de l'acte authentique."

Fn 21 - DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (21, Anm. 12) bezeichnet die frühere Rechtsprechung mittlerweile als überholt (abandonnée), unter Verweis auf A. DE RIEDMATTEN, Le notaire valaisan, Diss. Bern 1938, S. 81, 86 ff. und JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930, S. 57. - Ein ausführlicher Überblick über die Entwicklung von Judikatur und Doktrin zur Frage der bundesrechtlichen Unzulässigkeit der Abwesenheits-Beurkundung findet sich in Ziff. 1881 ff.

§. 9

3. Begriffliche Strukturierung des Beurkundungsverfahrens als Wegbereitung interkantonaler Rechtsharmonisierung

15 - Zu den von verschiedener Seite unternommenen Vorstössen, die Abwesenheits-Beurkundung aus der schweizerischen Beurkundungskultur zu verbannen, gehört auch die begriffliche Strukturierung des Beurkundungsverfahrens in verschiedene Abschnitte. 1953 führte PAUL FLÜCKIGER in einer bernischen Publikation²² den Begriff des "Hauptverfahrens" ein, um damit jenen Solemnitäts-Akt bei der Beurkundung individueller Erklärungen zu bezeichnen, in welchem das Abwesenheitsverfahren unzulässig sein sollte, jenen Verfahrensabschnitt also, in welchem Vertragsparteien und Urkundsperson gemeinsam am gleichen Ort anwesend, gemeinsam den Urkundenentwurf zu lesen und zu unterzeichnen hatten. Um diesen für die gesamtschweizerische Vereinheitlichung des Beurkundungsrechts zentralen Begriff des "Hauptverfahrens" herum wurden weitere Begriffe entwickelt, so namentlich der Begriff des "Vorverfahrens"²³. Hauptverfahren und Vorverfahren waren - unter dem Gesichtswinkel der gesamtschweizerischen Rechtsvereinheitlichung und der föderalistischen Souveränität der Kantone - insofern die beiden elementaren Bezugspunkte, als das "Vorverfahren" rein kantonale geregelt (bzw. ungeregelt) blieb; hier sollte der Bund den Kantonen nicht dreinreden; für das "Vorverfahren" sollte es keine bundesrechtlichen Mindestanforderungen geben²⁴. Hier sollten die Kantone weiterhin allein zuständig bleiben, Verfahrensvorschriften aufzustellen - oder darauf zu verzichten. Die Rechtsvereinheitlichung und damit die Beschränkung der kantonalen Rechtsetzungszuständigkeit sollte auf das "Hauptverfahren" begrenzt bleiben.

16 - An die seit 1953 in die (deutsch-)schweizerische Beurkundungsterminologie eingehenden Begriffe des Haupt- und des Vorverfahrens reihten sich später weitere Begriffe von untergeordneter Bedeutung an,

Fn 22 - PAUL FLÜCKIGER, Das Verurkundungsverfahren, in: Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare zu seinem fünfzigjährigen Bestehen, Bern (1953) S. 45 ff.

Fn 23 - Vgl. ALFRED SANTSCI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) S. 4; SIDLER, Komm. LU (1975) S. 33; WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (9).

Fn 24 - Vgl. HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (238): "Ich vermag nicht zu erkennen, unter welchem Gesichtspunkt und mit welcher Begründung der Bund für die durch die Kantone zu ordnenden Beurkundungsverfahren ein förmliches Vorverfahren fordern könnte. ... Andererseits muss aber den Kantonen gestützt auf Art. 55 SchlT ZGB die Befugnis zukommen, das Vorverfahren förmlich auszugestalten."

****S. 10****

nämlich der Begriff des "Nachverfahrens" und derjenige des "Prüfungsverfahrens".

17 - Die Überzeugung von der Notwendigkeit beurkundungsrechtlicher Vereinheitlichung, insbesondere aber von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Abwesenheits-Beurkundung individueller Willenserklärungen hat mittlerweile derart an Boden gewonnen, dass auf die zum Zwecke der Rechtsvereinheitlichung eingeführten Begriffe des Haupt- und des Vorverfahrens nachgerade wieder verzichtet werden kann. Zwar ist ein Rechtsbegriff zweifellos von Nutzen, welcher die Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde in gleichzeitiger, ununterbrochener Anwesenheit der Erklärenden und der Urkundsperson erfasst. Man mag diesen Solemnitäts-Akt den "Beurkundungsvorgang"²⁵, das "Hauptverfahren"²⁶, die "Verhandlung"²⁷, la "procédure principale"²⁸, la "passation de l'acte"²⁹, l'"instrumentation"³⁰ oder anders³¹ nennen.

18 - In bezug auf Sachbeurkundungen hat aber ein solcher Terminus keine Berechtigung; denn bei den Sachbeurkundungen fehlt es am Solemnitäts-Akt schlechthin. Die notariell protokollierte Generalversammlung erhält durch die Anwesenheit der Urkundsperson keine andere Rechtsnatur, keine besondere Solemnität im Rechtssinne; sie ist mit und ohne Anwesenheit der Urkundsperson eine verbandsrechtlich geregelte Veranstaltung. Erst recht fehlt es an Momenten der Solemnität bei der Erstellung eines Erbenscheines oder einer Fotokopienbe-

Fn 25 - So die Terminologie in der vorliegenden Arbeit und gleichzeitig diejenige von LU BeurkG, Marginale zu § 33, ferner CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 92. - In der schweizerischen Lehre wird der Beurkundungsvorgang auch Beurkundungsakt oder Hauptverfahren genannt; vgl. HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (241; beide Begriffe); SIDLER, Komm. LU (1975) S. 36, N 60 (beide Begriffe); MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 146, N 3 zu Art. 11 ND BE; derselbe, Notariatsprozess (1989) S. 105 ff. (Hauptverfahren); BALBI, Beurkundung in Nidwalden (1981) S. 135 (Beurkundungsakt); in der kantonalen Gesetzessprache wird auf die Verwendung dieser Begriffe in der Regel verzichtet; eine Ausnahme macht BE ND Art. 11 (Marginale: Hauptverfahren).

Fn 26 - So BE ND Marginale zu Art. 11.

Fn 27 - So HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 222, N 30 zu § 13; interessanterweise vermeidet das deutsche BeurkG jedoch einen zusammenfassenden Begriff und betitelt die einschlägige Bestimmung statt dessen mit den drei Begriffen "Vorlesen, Genehmigen, Unterschreiben".

Fn 28 - So BE ND Marginale zu Art. 11, französischer Text.

Fn 29 - So NE LN Marginale zu Art. 44.

Fn 30 - So VD LN Art. 59.

Fn 31 - JU LN Art. 20 übernahm 1978 nicht den bernischen Begriff der "procédure principale", sondern überschrieb den einschlägigen Art. 20 mit den Worten "Marche à suivre pour recevoir les actes notariés (instrumenter)"; GE LN Art. 16 und 17 verwendet, analog zur Terminologie des deutschen BeurkG, die Begriffe "Lecture des actes" / "Signature".

****S. 11****

glaubigung. Der Versuch, in die Sachbeurkundungen ein "Hauptverfahren" (mit zwingend vorgeschriebenem Augenschein³²) und zusätzlich eine Serie weiterer Verfahrensschritte, vom "Prüfungsverfahren" über ein "Vorverfahren" bis zum "Nachverfahren", hineinzudeuten, muss als gekünstelt bezeichnet werden.

4. Maximalanforderungen, die von Bundesrechts wegen nicht überschritten werden dürfen

19 - Bei den **Maximalanforderungen** geht es darum, dass die Kantone die Zugänglichkeit der öffentlichen Beurkundung nicht ungebührlich erschweren oder gar vereiteln dürfen³³: Die Kantone müssen eine den Beurkundungsbedürfnissen angemessene Beurkundungsorganisation bereitstellen³⁴.

20 - Sodann darf die Beurkundung nicht prohibitiv teuer sein³⁵; das kantonale Recht darf fremdsprachigen Personen den Zugang zur öffentlichen Beurkundung nicht verwehren oder mit prohibitiven Auflagen verbinden³⁶.

Fn 32 - Vgl. den diesbezüglichen Hinweis bei MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 166, N 4a zu Art. 20 ND BE, wobei der Autor hier wohl nur bei Protokollierungen, nicht auch bei der Beurkundung bestehender Tatsachen und noch weniger bei den Überzeugungsbeurkundungen an ein "Hauptverfahren" mit "Augenschein" denkt.

Fn 33 - Es ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht im nicht publizierten BGE vom 2.5.1986 (mitgeteilt in BN 1987, S. 131, Nr. 3) die Vorschrift von TI LN Art. 42 ("Il pubblico istromento incomincia con le parole «Nel nome del Signore»") nicht unter dem beurkundungsrechtlichen Gesichtswinkel der Überschreitung der Maximalanforderungen, sondern nur unter dem grundrechtlichen Aspekt der Religionsfreiheit beurteilt hat; es hat die Gesetzesbestimmung offenbar nicht als verfassungswidrig qualifiziert, Verfassungswidrigkeit hingegen bezüglich der Disziplinarstrafe angenommen, welche einem in diesem Punkt ungehorsamen Tessiner Notar auferlegt worden war.

Fn 34 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 59, N 217, unter Verweis auf MUTZNER, Öffentliche Beurkundung, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (138a).

Fn 35 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 60, N 218, unter Verweis auf Art. 493 Abs. 7 OR und Art. 81 Abs. 3 Landwirtschaftsgesetz, ferner auf BGE 106 Ia 253, 103 Ia 88 f., CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 156, HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 31 zu Art. 657 ZGB, ESCHER, Zürcher Kommentar (3.A. 1959) N 4 zu Art. 499 ZGB (für die Verfügungen von Todes wegen), MUTZNER, Öffentliche Beurkundung, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (114 a und 117a).

Fn 36 - Vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 36; HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (230); KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 719, N 32a zu Art. 9 ZGB; EGGGER, Kommentar ZGB Art. 9, N 9.

****§. 12****

5. Der bundesrechtliche Beurkundungsbegriff - ein Komplex verfahrensrechtlicher (öffentlichrechtlicher) Normen des Bundes

21 - Zu dem Gesagten ist ergänzend folgendes beizufügen: Der dem Bundesrecht angehörende Begriff der öffentlichen Beurkundung kann nicht als ein blosser "Begriff" im Sinne einer statisch-abstrakten Vorstellung verstanden werden. Vielmehr umfasst "öffentliche Beurkundung" notwendigerweise Vorstellungen von einem Verfahrens**ablauf**. Öffentliche Beurkundung ist ein Verfahren. Hinter dem bundesrechtlichen "Begriff der öffentlichen Beurkundung" steht mithin ein Komplex bundesrechtlicher Verfahrensregeln.

22 - Was HANS HUBER in seinem klärenden Aufsatz von 1967³⁷ als den bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung dargestellt hat, war nichts weniger als die Ausformulierung von Verfahrensregeln für die Herstellung öffentlicher Urkunden, d.h. der Ansatz zu einer konkreten Ausformulierung des erwähnten Normenkomplexes bundesrechtlicher Beurkundungsregeln. Dies ging weit hinaus über die blosse Definition eines "Begriffs".

23 - Dieser Komplex ist dem das Privatrecht **ergänzenden öffentlichen Recht des Bundes** zuzurechnen³⁸. Gleich wie das kantonale Beurkundungsrecht dem öffentlichen Recht der Kantone angehört, so müssen die dem Bundesrecht eigenen Mindestanforderungen an das Beurkundungsverfahren

ren dem **öffentlichen** Recht des Bundes zugerechnet werden. Funktionell dienen diese Normen der Verwirklichung des Bundesprivatrechts.

Fn 37 - HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 103 (1967) S. 249, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254.

Fn 38 - Vgl. KNAPP, Komm. zu Art. 64 BV (1986) N 58: "Das ergänzende öffentliche Recht des Bundes regelt indessen auch reine Fragen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens. Es macht die Gültigkeit gewisser Rechtsgeschäfte von der öffentlichen Beurkundung abhängig, enthält Bestimmungen über die Organisation der kantonalen Verwaltung oder das kantonale Verwaltungsverfahren ... Diese Bestimmungen sind rein öffentlichrechtlicher Natur; sie schliessen definitionsgemäss jede anderslautende Regelung des kantonalen öffentlichen Rechts aus."

****S. 13****

6. Geschriebenes und ungeschriebenes Bundes-Beurkundsrecht

24 - Die bundesrechtlichen Verfahrensregeln lassen sich unterteilen in zwei Gruppen, nämlich in geschriebenes Recht (Verfahrensregeln im ZGB und im OR für letztwillige Geschäfte und für den Wechselprotest) und in ungeschriebenes, von Lehre und Judikatur entwickeltes Recht. Wenn von den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung gesprochen wird, so ist damit immer das **ungeschriebene**³⁹ **Bundes-Beurkundsrecht** gemeint.

25 - Es stellt sich die Frage nach dem gegenseitigen Verhältnis von Bundes- und von kantonalem Beurkundsrecht. Diesbezüglich gilt als anerkannt, dass das ergänzende öffentliche Recht des Bundes dem kantonalen öffentlichen Recht im Falle einer Normenkollision vorgeht⁴⁰.

7. Schrittweise Beschränkung der kantonalen Regelungskompetenz

26 - Mit der voranschreitenden Entwicklung bundesrechtlicher Regeln für die öffentliche Beurkundung ist der den Kantonen in Art. 55 SchlT ZGB erteilte Gesetzgebungsauftrag stillschweigend und schrittweise eingeschränkt bzw. zurückgenommen worden. Das kantonale Beurkundsrecht ist von einer ursprünglich umfassenden Geltung zurückgedrängt worden auf eine subsidiäre Geltung: Kantonale Verfahrensregeln im Bereiche der öffentlichen Beurkundung gelten nur insoweit, als sie von den bundesrechtlichen Regeln nicht abweichen; weichen sie davon ab, so gilt unmittelbar das entsprechende Bundesrecht. Lücken einer kantonalen Regelung werden ohne weiteres ausgefüllt durch die ungeschriebenen Normen des Bundes-Beurkundsrechts, sofern solche Normen zur betreffenden Frage bestehen; es bedarf hiezu keines kantonalen gesetzgeberischen Aktes, keiner kantonalen Ausführungsgesetzgebung und nicht der Fiktion eines mit dem Bundesrecht

Fn 39 - Von ungeschriebenem Bundesrecht spricht auch JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 30, N 124 und S. 38, N 154. - Zur Bindung der Kantone an stillschweigende, d.h. ungeschriebene prozessrechtliche Vorschriften des Bundes vgl. KNAPP, Komm. zu Art. 64 BV (1986) N 75.

Fn 40 - Vgl. KNAPP, Komm. zu Art. 64 BV (1986) N 48 und 59.

****S. 14****

übereinstimmenden, unmittelbar anwendbaren kantonalen Rechtes. Das lückenfüllende (ungeschriebene) Bundesrecht gilt unmittelbar in dem Sinne, dass Urkundspersonen und Verfahrensbeteiligte unmittelbar Bundesrecht anwenden. Im Streitfall ist die materielle Beurteilungs-Zuständigkeit des Bundesgerichts gegeben⁴¹, welches bei seiner Entscheidungsfindung Bundesrecht anwendet. Dies gilt auch dann, wenn eine Beurkundung zu gerichtlicher Beurteilung kommt und wenn dabei gerügt wird, das (richtig angewendete) kantonale Recht verletze das ungeschriebene Bundes-Beurkundsrecht.

27 - Die bundesrätliche Genehmigung der kantonalen Erlasse gemäss Art. 52 Abs. 3 SchlT ZGB steht der Prüfung der Frage, ob sich diese Erlasse mit dem Bundesrecht vertragen, nicht im Wege und bedeutet keine Beschränkung der richterlichen Kognition bezüglich der Bundesrechtskonformität des kantonalen Erlasses⁴².

8. Normenkonkurrenz zwischen Bundes- und kantonalem Beurkundsrecht

28 - Wo das ungeschriebene Bundes-Beurkundsrecht und das kantonale Beurkundsrecht übereinstimmen, besteht eine **Duplizität konkurrierender Normen**. In diesen Fällen wird ausschliesslich das kantonale Recht angewendet.

29 - Das kodifizierte Bundes-Beurkundsrecht wird unmittelbar angewendet in allen Beurkundungsfällen, für welche geschriebene bundesrechtliche Vorschriften bestehen. Auch in diesen Fällen behält das ungeschriebene Bundes-Beurkundsrecht bzw., wo es mit diesem übereinstimmt, das kantonale Beurkundsrecht seine Bedeutung als ergänzendes Recht.

Fn 41 - Vgl. diese Auffassung in BGE 90 II 274; so auch MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 36; WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars unter besonderer Berücksichtigung der Zusammenarbeit mit dem Treuhänder, ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (S. 130 Fussnote 10); unentschieden SIDLER, Komm. LU (1975) S. 43, N 83.

Fn 42 - Vgl. in diesem Sinne BGE 99 II 159-164, mit Verweis auf BGE 63 II 294 und BECK, Berner Kommentar (1932) N 11 zu Art. 52 SchlT ZGB.

****S. 15****

9. Kantonale Nichtigkeitsgründe "oberhalb" der bundesrechtlichen Mindestanforderungen?

30 - Die meisten kantonalen Beurkundungserlasse und mit ihnen das Bundesgericht und die herrschende Lehre⁴³ gehen grundsätzlich davon aus, dass die Kantone auch "oberhalb" der bundesrechtlichen Mindestanforderungen Verfahrensregeln vorsehen können, deren Verletzung zur Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde bzw. zur (kantonalrechtlichen) Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes⁴⁴ führt⁴⁵.

31 - Dieser Auffassung ist beizupflichten, soweit sie die kantonale Kompetenz zum Erlass besonders strenger oder ortsspezifischer Verfahrensregeln oberhalb der bundesrechtlichen Mindestanforderungen betrifft.

32 - Zu überdenken ist dagegen die Annahme einer kantonalen Normierungsfreiheit, die Verletzung solcher partikulärer Regeln mit der Rechtsfolge der Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde zu sanktionieren. Die Rechtssicherheit wird durch partikuläre kantonale Nichtentstehungstatbestände schwer beeinträchtigt, ohne dass dieser Beeinträchtigung ein relevantes kantonales Interesse gegenüberstünde. Die Freiheit der Kantone, Gleiches verschieden zu behandeln, ist zwar in gewissen Schranken zu respektieren, sollte im modernen Beurkundungswesen aber nicht zur verunsichernden Rechtsfolge führen, dass der Bürger aufgrund kantonaler Verfahrensvarianten in seinem Vertrauen auf ein gültig beurkundetes Geschäft getäuscht und um den Nutzen des beurkundeten Geschäftes geprellt wird, während eine vertragsreue Gegenpartei sich wegen des unverhofft entdeckten Formmangels der rechtlichen Bindung zu entziehen vermag.

33 - Einzelne Kantone kennen geradezu exzessive Kataloge von Nichtentstehungsgründen und ordnen Nichtigkeit bei Verletzung auch of-

Fn 43 - Vgl. BGE vom 26.1.1981 (nicht publiziert: "Aucune règle de droit fédéral n'empêche les cantons de soumettre la forme authentique à des conditions allant au-delà des exigences minimales du droit fédéral"); BGE 106 II 151 f. mit Hinweisen; LGVE 1983 I Nr. 13. - Vgl. ferner die Zusammenstellung bei JÖRG SCHMID, Beur-

kundung von Schuldverträgen (1988) S. 80, Anm. 253 und 256 mit Verweis auf MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 129 zu Art. 657 ZGB, HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 33 zu Art. 657 ZGB, BECK, Berner Kommentar (1932) N 15 zu Art. 55 SchlT ZGB, LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 36 zu Art. 657 ZGB.

Fn 44 - Zur begrifflichen Unterscheidung der Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde und der Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 45 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 36, unterstreicht, unter Berufung auf BGE 106 II 149 E. 2a, dass es kantonale rechtliche Urkunden-Nichtigkeit geben kann wegen Verletzung kantonaler Vorschriften, die "oberhalb" der bundesrechtlichen Mindestanforderungen liegen, die von Bundesrechts wegen also nicht nötig wären.

****S. 16****

fensichtlich unwesentlicher Vorschriften an. Als Beispiel sei FR NG Art. 53 (b) in Verbindung mit Art. 49 erwähnt, woraus sich theoretisch ergeben müsste, dass vor der freiburgischen Urkundsperson keine öffentliche Urkunde entstehen könnte, wenn **ein einziges der folgenden Requisite in der Urkunde fehlt**: Vorname des Notars; Geschäftssitz des Notars; Abstammung, Geburtsdatum oder Beruf einer Partei; Abweichung der urkundlich angegebenen Firmabezeichnung einer juristischen Person vom Handelsregistereintrag; Berufe von Stellvertretern, Vollmachtgebern, Dolmetschern und Zeugen - und anderes mehr.

34 - Als weiteres Beispiel sei die Gesetzgebung des Kantons Schwyz erwähnt. In § 15 EG ZGB SZ heisst es pauschal: "Beurkundungen und Beglaubigungen, die den Vorschriften nicht entsprechen, sind ungültig." Damit sind theoretisch sämtliche auch völlig nebensächlichen Normen der BeurkV zu Entstehungsbedingungen erhoben. Eine solcherart nebensächliche Verordnungsbestimmung ist beispielsweise die Vorschrift, dass Name, Vorname und Wohnort der Urkundsperson in "deutlich lesbarer Schrift" angegeben werden müssen (§ 9 BeurkV SZ) - eine Vorschrift, die im Kanton Schwyz von einzelnen Amtsnotaren in ständiger Praxis missachtet worden ist, weil die blossen Unterschriften der wenigen in diesem Kanton tätigen Amtsnotare in Verbindung mit ihren Amtssiegeln deren Identifikation ohne weiteres ermöglichen.

35 - Zu der hier beispielhaft herausgegriffenen Frage der Erforderlichkeit von Personalangaben über die Urkundsperson in der Urkunde äussert sich MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 139 folgendermassen: "Die Angaben über den Notar müssen gestatten, zweifelsfrei festzustellen, wer die Urschrift errichtet hat. **Weitergehende kantonale Vorschriften über die Personalangabe sind Ordnungsvorschriften.**" - Dabei ist MARTI nicht entgangen, dass verschiedene Kantone ihre weitergehenden Vorschriften ausdrücklich als Gültigkeitserfordernisse qualifiziert haben.

36 - Pflichtet man MARTI in seiner soeben zitierten Auffassung bei - was nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung klarerweise geboten ist - so schliesst sich folgende Erwägung an: Von Bundesrechts wegen beurteilt sich die **Notwendigkeit** einer beurkundungsrechtlichen Verfahrensregel im Sinne der bundesrechtlichen Mindestanforderungen. Darüber hinausgehende kantonale Anforderungen an das Beurkundungsverfahren sind in der Regel sinnvoll, von Bundesrechts wegen aber **nicht-notwendig**. Wenn ein Kanton in dem Bereich der solcherart **nicht-notwendigen Verfahrensanforderungen** mit der Sanktion der Urkundennichtigkeit (im Falle von Regelwidrigkeiten) eingreift, so erscheint diese Sanktion, gemessen am schützenswerten Klienteninteresse, auf die öffentliche Beurkundung vertrauen zu können und gemessen am Auslegungsgrundsatz "in favorem negotii",

****S. 17****

grundsätzlich als exzessiv und damit als ein Ausfluss willkürlicher⁴⁶ Gesetzgebung. - Richtigerweise wird man die Verknüpfung nebensächlicher Formwidrigkeiten mit dem Nichtentstehen der öffentlichen Urkunde bzw. mit Geschäftsungültigkeit, wo eine solche Sanktion in kantonalen Beurkundungserlassen vorgesehen ist, nicht als kantonale Ueberschreitung bundesrechtlicher "Maxima",

sondern als willkürliche Gesetzgebung qualifizieren. Es gibt bis heute keine Ansätze in der schweizerischen Beurkundungsdoktrin, welche postulieren, dass "oberhalb" der Einhaltung gewisser "Maxima" jede Urkunde von Bundesrechts wegen als entstanden zu gelten hat. Hingegen besteht eine reiche Bundesgerichtspraxis zur Frage willkürlicher (sinnloser) kantonaler Gesetzgebung. Diese Willkür-Rechtsprechung, nicht der unbestimmte Begriff beurkundungsrechtlicher "Maximalanforderungen", muss als Kriterium für die Beurteilung sinnloser kantonaler Sanktionsnormen herangezogen werden. Demgemäss erweist sich die Frage, ob die Kantone "oberhalb" der bundesrechtlichen Minimalanforderungen an die öffentliche Beurkundung Nichtentstehungsstatbestände vorsehen können, nicht als eine Frage der kantonalen Gesetzgebungskompetenz und ihrer Abgrenzung gegen die Bundeskompetenzen, sondern als eine Frage der inhaltlichen Qualität der kantonalen Regelung. Das von Bundesverfassungen wegen geltende Verbot willkürlicher Gesetzgebung schränkt nicht vom Regelungsgegenstand her die kantonalen Kompetenzen ein, sondern verpflichtet die Kantone zu vernünftiger Gesetzgebung innerhalb ihres legislatorischen Kompetenzbereichs.

37 - Gemäss dem Gesagten ist zu fordern, dass kantonale Nichtigkeit ignoriert und die Urkunde als entstanden betrachtet wird, wenn die bundesrechtlichen Mindestanforderungen eingehalten sind. Diese Lösung ist im Interesse der gesamtschweizerischen Rechtsharmonisierung und in demjenigen der Rechtssicherheit die angemessene. Es wäre stossend, dass eine zürcherische Bank ihrer Ansprüche gegenüber einem Bürgen verlustig ginge und auf Schadenersatzansprüche gegen

Fn 46 - Exzessive Formstrenge bei der kantonalen Regelung der öffentlichen Beurkundung kann grundsätzlich nicht unter dem Gesichtswinkel des überspitzten Formalismus, sondern muss unter demjenigen der gesetzgeberischen Willkür beim Bundesgericht gerügt werden; vgl. BGE vom 16.12.1991 (I. Zivilkammer, nicht publiziert) S. 7, mit Verweis auf BGE 114 Ia 40 E. 3. - Vereinzelt haben kantonale Gerichte die Beurkundungsformalien ihres eigenen Kantons als exzessiv betrachtet und sich darüber hinweggesetzt; vgl. das Urteil der Camera Civile TI vom 17.12.1970 i.S. Ferrari/Bernardi, Rep 1971 S. 287-292, wo eine kantonale Vorschrift als sinnlos ("priva di senso") und damit sinngemäss willkürlich und unbeachtlich erklärt wurde. Es handelte sich um die damals geltende Fassung von TI LN Art. 45 und 60, welche jede Erklärungsurkunde für nichtig erklärte, wenn sie nicht am Schluss mit Namen **und Vornamen** jeder Partei unterzeichnet war. Zutreffend hielt das kantonale Gericht fest, was eine Unterschrift sei, ergebe sich aus dem Bundesrecht und könne nicht vom kantonalen Notariatsgesetz in partikulärer Weise definiert werden.

****S. 18****

den Notar oder dessen Erben verwiesen wäre, weil der Bürge die Bürgschaftserklärung vor einem freiburgischen Notar zu Urkund erklärt hat, welcher es unterliess, die Abstammung des Bürgen in der Urkunde anzugeben, oder weil der Bürge vor einer Schwyzer Urkundsperson erschienen ist, welche es unterliess, ihren Vornamen in "gut lesbarer Schrift" in der Urkunde festzuhalten.

38 - Auch wenn die Zeit für die grundsätzliche Verneinung der Möglichkeit kantonaler Nichtentstehungsgründe oberhalb der bundesrechtlichen Mindestanforderungen vielleicht noch nicht reif ist, ist HANS HUBERS Hinweis von 1967 im Auge zu behalten, wonach "die Kantone in der Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens gar nicht so frei sind, wie man gemeinhin annimmt und wie man bisher vielfach geglaubt hat"⁴⁷. - Präzisierend ist beizufügen, dass die kantonale Normierungsfreiheit bezüglich der Verfahrensgestaltung in relativ weitem Umfang Anerkennung verdient, wogegen bezüglich der Rechtsfolge von Beurkundungsfehlern eine interkantonale Rechtsvereinheitlichung anzustreben ist. Diese Vereinheitlichung oder Harmonisierung hat sich an den bundesrechtlichen Mindestanforderungen zu orientieren. Jeder Urkunde, welche die bundesrechtlichen Mindestanforderungen erfüllt, ist grundsätzlich die Qualität der entstandenen öffentlichen Urkunde zuzuerkennen.

10. Bundesgerichtliche Kognition in Beurkungsfragen

39 - Wo Bundes-Beurkungsrecht und kantonales Beurkungsrecht übereinstimmen, kann die fehlerhafte Anwendung des Rechts nur als kantonalrechtliche Rüge verstanden werden; die bundesgerichtliche Kognition ist diesbezüglich auf die Willkürprüfung eingeschränkt⁴⁸.

Fn 47 - HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (235).

Fn 48 - So HANS MARTI, Das Hauptverfahren im schweizerischen Notariatsprozess, ZBGR 64 (1983) S. 321-330 (322) mit Verweis auf BGE 59 II 8 und 51 II 350. - Vgl. auch BGE 106 II 146 (150): "Diese Erwägungen [der Vorinstanz] stützen sich ausschliesslich auf kantonales Beurkungsrecht, mag die Vorinstanz bei dessen Auslegung auch von allgemeinen Grundsätzen ausgehen, die in Lehre und Rechtsprechung zu bundesrechtlichen Bestimmungen entwickelt worden sind. Die analoge oder ersatzweise Anwendung solcher [dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung angehöriger] Grundsätze macht kantonales Recht nicht zu Bundesrecht. Was die Beklagten gegen die Auslegung des Obergerichts in der Berufung vorbringen, ist daher gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. c OG nicht zu hören (vgl. BGE 89 I 488/489, 89 II

S. 19

40 - Die Berufung an das Bundesgericht ist hingegen in Streitfällen zulässig, in denen eine Abweichung des kantonalen Rechts vom Bundes-Beurkungsrecht geltend gemacht oder in denen wegen einer Lücke des kantonalen Beurkungsrechts unmittelbar ungeschriebenes Bundesrecht angerufen wird⁴⁹.

11. Mangelnde Vorbildlichkeit des geschriebenen Beurkungsrechts des Bundes

41 - Zum Abschluss der Betrachtungen über das Verhältnis von Bundes- und von kantonalem Beurkungsrecht sei darauf hingewiesen, dass der Bundesgesetzgeber gerade dort, wo er im Zivilgesetzbuch das Beurkungsverfahren selber geregelt hat, nämlich bei den letztwilligen Geschäften (Art. 499-503 für die öffentliche letztwillige Verfügung, Art. 512 für den Erbvertrag), keine glückliche Hand gehabt hat. Dass das ZGB für die letztwillige Verfügung lese- und unterzeichnungsfähiger Personen zwei Verfahrensvarianten mit innerlich schwer zu rechtfertigenden Unterschieden anbietet und dass es für die Beurkundung des Erbvertrages eine dritte Verfahrensnorm aufstellt, deren Gegensatz zu den Regeln für die letztwillige Verfügung ihrerseits nicht recht einleuchtet, ist bedauerlich. Die Unübersichtlichkeit, ja Unverständlichkeit dieser Verfahrensvorschriften des ZGB hat nicht nur immer wieder zu Verfahrensfehlern und damit zur Ungültigkeit öffentlich beurkundeter letztwilliger Geschäfte geführt, sondern stand und steht der gesamtschweizerischen Verfahrensharmonisierung hemmend im Wege. Die Verfahrensvorschriften des ZGB sind derart eigenartig, dass sie von keinem Kanton als Vorbild für die kantonale Beurkungsrechtsetzung betrachtet werden konnten. Mit gutem Grund haben die kantonalen Gesetzgeber ihre eigenen Verfahrensvorschriften gegenüber den ZGB-Verfahren klar abgegrenzt, so dass die ZGB-Verfahren bis heute ein isoliertes Sonderdasein - neben und im Gegensatz zu den kantonalen Verfahren - gefristet haben.

42 - Dem sollte richtigerweise nicht so sein. Das Beurkungsrecht des Bundes und dasjenige der Kantone entspringt den gleichen Wert- und Zielvorstellungen. Für die bundesrechtlichen und die kantonalen

271, 81 II 303/4)." - Zu Recht lehnte das Bundesgericht ab, kantonales Beurkungsrecht nur deshalb im Berufungsverfahren anzuwenden, weil es mit Regeln des Bundesbeurkungsrechtes inhaltlich übereinstimme. -

Fn 49 - So MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 36.

****S. 20****

Beurkundungsverfahren können nicht grundsätzlich verschiedene Normen gelten. Wenn zudem ein bundesrechtlicher Begriff der öffentlichen Beurkundung zum Massstab der kantonalen Normen erhoben wird, so muss dieser bundesrechtliche Begriff selbstverständlich sowohl die ZGB-Verfahren als auch die kantonalen Verfahren erfassen.

43 - Im Sinne einer anzustrebenden Harmonisierung aller Beurkundungsverfahren wird in der vorliegenden Arbeit demgemäss eine Verfahrensnorm empfohlen, welche möglichst einheitlich für alle kantonalen und für die ZGB-Verfahren Anwendung finden kann und welche durch ihre einheitliche Anwendung den Wertungszusammenhang des Beurkundungswesens im Bund und in sämtlichen Kantonen sinnfällig zum Ausdruck bringt. - Diese einheitliche Verfahrensnorm ist insbesondere gekennzeichnet durch das Postulat, dass die unterschriftslose Beurkundung der Erklärung unterzeichnungsfähiger Personen, die in allen Kantonen als unzulässig gilt, auch bei letztwilligen Verfügungen **unbedingt vermieden** werden soll; die bundesrechtliche Zulässigkeit dieser Verfahrensform ist als gesetzgeberischer Lapsus zu qualifizieren; der bundesrechtlichen Regelung ist in diesem Punkt kein Sinn abzugewinnen⁵⁰.

44 - Aber an Art. 502 Abs. 1 ZGB ist in absehbarer Zukunft nichts zu ändern. Der Bundesgesetzgeber hat dringendere Dinge als die Korrektur dieser Bestimmung⁵¹ auf der Traktandenliste.

§ 3 Zielsetzung der vorliegenden Darstellung

45 - Heute ist sowohl die Entwicklung der bundesrechtlichen Beurkundungsregeln als auch der Anpassungsprozess der kantonalen Normierungen so weit vorangeschritten, dass der Versuch gerechtfertigt erscheint, eine Arbeit über die in der Schweiz geltenden Beurkundungsregeln unter den Titel "Schweizerisches Beurkundsrecht" zu stellen. Damit ist vorgegeben, dass das primäre Bestreben nicht mehr auf die rechtsvergleichende Kompilation kantonaler Vorschriften gerichtet sein kann, sondern dass es - in Anknüpfung an die in Ziff. 2 genannten Arbeiten - um die Darstellung der Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz als eines einheitlichen, den bundesrechtlichen Anforderungen gerecht werdenden Normenkomplexes geht.

Fn 50 - Vgl. hierzu im einzelnen Ziff. 1950 ff. und 196 ff.

Fn 51 - Die Bestimmung müsste richtigerweise lauten: "Wenn der Erblasser die Urkunde nicht selbst lesen oder unterschreiben **kann**, so hat sie ihm der Beamte in Gegenwart der beiden Zeugen vorzulesen ..."

****S. 21****

46 - Die dabei gewählte Betrachtungsweise ist diejenige der Erörterung der Pflichten der Urkundsperson und der weiteren am Beurkundungsverfahren beteiligten Personen, wobei diese Pflichten so weitgehend als möglich aus dem Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung abgeleitet, nicht lediglich anhand einer Rechtsvergleichung kantonaler Vorschriften erörtert werden. Denn die Rechtsvergleichung bleibt wesensgemäss im Deskriptiven stecken; sie vermag nur selten zu verbindlichen normativen Aussagen vorzudringen.

47 - Die vorliegende Arbeit befasst sich mit Fragen der Organisation des Beurkundungswesens nur am Rande. Für diese wird im übrigen auf das kantonale Recht verwiesen. Desgleichen wird auf rechtsgeschichtliche Vertiefung verzichtet. Denn auch die Rechtsgeschichte ist eine deskriptive Wissenschaft, die wenig normative Ergebnisse zeitigt und die aus diesem Grund ausserhalb des Horizonts der vorliegenden Arbeit liegt. Historische Aspekte des schweizerischen Notariatsrechts sind im Werk von LOUIS CARLEN⁵² dargestellt⁵³.

§ 4 Gliederung des Rechtsstoffes

1. Gliederung in der kantonalen Gesetzgebung

48 - Die kantonale Gesetzgebung ist an den meisten Orten durch eine Unterscheidung von Organisations- und Verfahrensrecht gekennzeichnet. Die Organisation des kantonalen Beurkundungswesens wird in den Beurkundungsgesetzen als erster Teil behandelt, das Verfahren der öffentlichen Beurkundung als zweiter Teil. Zuweilen wird das Verfahren auch auf Verordnungsstufe geregelt, oder es wird das ganze Beurkundungswesen, mit einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen EG ZGB, auf die Verordnungsstufe verwiesen⁵⁴. Nicht immer ist klar

Fn 52 - CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 1-25: Zur Geschichte des Notariats.

Fn 53 - Vgl. auch CARLO AUGUSTO CANNATA, Aperçu historique du notariat européen, ZBGR 67 (1986) 193-207; MARTI, Die ersten Notare im Bernbiet, BN 46 (1985) 149-159; DIETER SCHLUMPF, Zur Geschichte des Basler Notariats, BJM 1981, S. 169-192.

Fn 54 - Zur Form der kantonalen Beurkundungserlasse vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 34, lit. d.

****§. 22****

ersichtlich, nach welchen Kriterien ein Kanton die einzelnen Normen der Gesetzes- und der Verordnungsstufe zugewiesen hat⁵⁵.

2. Ältere Lehre: Zweiteilung in die Beurkundung von Willenserklärungen und die Sachbeurkundungen; Unterteilung der letzteren in Beurkundungen von Vorgängen und von Zuständen

49 - Den älteren beurkundungsrechtlichen Darstellungen ist die grundsätzliche **Zweiteilung** der Beurkundungsfälle eigen, und zwar in einen Komplex, der als die Beurkundung von **Willenserklärungen** (oder von Rechtsgeschäften) bezeichnet wird, und einen anderen Komplex, die sogenannten **Sachbeurkundungen**. Der ersten Gruppe gehören vor allem die öffentlich beurkundeten Verträge und letztwilligen Verfügungen an, der zweiten Gruppe die Versammlungsprotokolle, die Erbgangsurkunden, die Unterschriftsbeglaubigungen und anderes.

50 - Die Sachbeurkundungen werden ihrerseits unterteilt in die Beurkundungen von **Vorgängen**⁵⁶ und in diejenige von **Zuständen**.

51 - Zu den hier genannten Vorgängen gehören insbesondere die Beurkundungen von Versammlungsbeschlüssen⁵⁷, Versteigerungen, Losziehungen, ferner der Wechselprotest (als Beurkundung der erfolglosen Präsentation eines Wechsels⁵⁸).

52 - Zu den Zuständen⁵⁹ gehören insbesondere die Erbgangsurkunden, Inventare, Beurkundung fehlender ausländischer Beherrschung,

Fn 55 - Die Unübersichtlichkeit der kantonalen Erlass-Strukturen ist noch heute darauf zurückzuführen, dass die Kantone im Jahre 1911 verpflichtet waren, ihre Beurkundungsvorschriften binnen kürzester Zeit an das auf den 1.1.1912 in Kraft tretende ZGB anzupassen, und dass in der gleichen Zeit auch zahlreiche andere Einführungserlasse auszuarbeiten und in Kraft zu setzen waren. Insofern ist der Charakter eiliger Improvisation erklärlich, welcher manchen kantonalen Beurkundungserlassen noch heute eigen ist.

Fn 56 - Vgl. etwa ZH EGZGB § 236.

Fn 57 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 164, N 1 zu Art. 19 ND BE, welcher die zu beurkundenden Vorgänge als einen Ablauf von Tatsachenfolgen bezeichnet.

Fn 58 - Demgegenüber deutet MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 134, den Wechselprotest im Falle der Zahlungsverweigerung als Beurkundung einer Willenserklärung, bei Unauffindbarkeit des Schuldners als Beurkundung eines Zustandes.

Fn 59 - Zur Terminologie in den Kantonen: ZH EGZGB § 236 und ZH NV § 1 Abs. 1 lit. b: Tatbestände und rechtliche Verhältnisse; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 164, N 1 zu Art. 19 ND BE: Beurkundung statischer Tatsachen.

****§. 23****

Negativbeurkundung bezüglich Familienwohnung im Sinne von Art. 169 ZGB, schliesslich gewisse aktienrechtliche Sachbeurkundungen⁶⁰.

3. Problematische Subsumtion der Wissenserklärungen

53 - Während die grundsätzliche Zweiteilung des Stoffes in die Beurkundung von Willenserklärungen und in die Sachbeurkundungen auf ersten Blick klar und einleuchtend erscheint, ergeben sich bei näherem Hinsehen Fragen. So ist es unbefriedigend, die Versammlungsprotokolle (als Untergruppe der Sachbeurkundungen) terminologisch aus den Beurkundungen von "Willenserklärungen" bzw. von "Rechtsgeschäftsbeurkundungen" auszugrenzen, wo doch in Versammlungsprotokollen meist auch Willenserklärungen enthalten sind - insbesondere die Abstimmungsvoten der Versammlungsteilnehmer - und wo die meisten notariell protokollierten Versammlungen genau gleich wie Verträge und letztwillige Verfügungen unter den weiten Begriff des privatrechtlichen Rechtsgeschäftes fallen⁶¹.

54 - Sodann wirft die erwähnte Zweiteilung die Frage nach der richtigen Einordnung der Beurkundung von **Wissenserklärungen** auf. Die Schwierigkeit besteht darin, dass Wissenserklärungen sowohl innerhalb von Verträgen als auch innerhalb von Versammlungsprotokollen vorkommen und dass es sie ausserdem als selbständige Beurkundungen gibt, insbesondere im Falle der eidesstattlichen Erklärung. Manche Bearbeiter beurkundungsrechtlicher Fragen mögen empfunden haben, dass verschiedene Wissenserklärungen beurkundungsrechtlich nicht der gleichen Fallgruppe zuzurechnen sind - man denke an so verschiedene Wissenserklärungen wie die orientierende Angabe der vorhandenen Nachkommen in einer letztwilligen Verfügung; die Erklärung des Grundstückkäufers, er habe die beurkundete Anzahlung bereits erhalten; die Erklärung des Versammlungsvorsitzenden, es seien sämtliche Aktionäre anwesend und die Versammlung demzufolge beschlussfähig; die Erklärung eines Versammlungsteilnehmers, die Summe der Verwaltungsratshonorare sei grösser als die ausbezahlte

Fn 60 - Art. 653g Abs. 2 OR: Vorliegen der gesetzlich verlangten Angaben in der Prüfungsbestätigung bei Kapitalerhöhungen; Art. 653i Abs. 2: Vorliegen der gesetzlich verlangten Angaben im Bericht des Revisors bei Streichung von Wandel- und Optionsrechten in den Statuten; Art. 734: Tatsache des gesetzteskonform erfolgten Kapitalherabsetzungsverfahrens.

Fn 61 - VON TUHR/PETER, OR AT I (1974/1979) § 20, S. 144/145.

****§. 24****

Dividende der Gesellschaft; schliesslich die eidesstattliche Erklärung eines schriftenlosen Flüchtlings, er sei unverheiratet (als Beleg für das Zivilstandsamt im Hinblick auf die Heirat in der Schweiz).

55 - Die Unsicherheit wird verdeutlicht, wenn etwa die Einordnung der Wissenserklärungen in der neueren bernischen Literatur betrachtet wird: MARTI beschränkte sich 1981 auf die oben erwähnte Zweiteilung, wobei er die beiden Hauptgruppen in traditioneller Weise als "Beurkundungen von Willenserklärungen" und als "Sachbeurkundungen" bezeichnete. Die Wissenserklärungen subsumierte er unter die Sachbeurkundungen⁶² und exemplifizierte diese Kategorie (d.h. die Wissenserklärungen) mit den Beispielen der Anerkennung einer Unterschrift, des Angebots bei einer Versteigerung und der Voten an einer Versammlung. Gerade diese Beispiele mussten aber Verwirrung stiften, weil die meisten Urkundspersonen bei der Beglaubigung einer vor ihnen anerkannten Unter-

schrift keine Wissenserklärung beurkunden, sondern die Unterschriftenechtheit bezeugen, ferner weil man Versteigerungsangebote und Abstimmungsvoten in der Regel als Äusserungen eines bestimmten Willens, nicht als solche vorhandenen Wissens qualifizieren wird, wodurch MARTIS Unterscheidung von Willens- und Wissenserklärungen einen Teil ihrer Sinnfälligkeit einbüßen musste.

4. Martis Dreiteilung von 1989: Rechtsgeschäfte, Wissenserklärungen, Vorgänge/Zustände

56 - Abweichend von dieser Klassierung schlug MARTI im "Notariatsprozess" (1989) eine **Dreiteilung**⁶³ der Beurkundungsfälle vor, nämlich in "Rechtsgeschäfte", "Wissenserklärungen" und "Vorgänge und Zustände". Diese Gruppierung wurde 1992 von DANIEL SANTSCHI übernommen⁶⁴.

Fn 62 - Vgl. MARTI, Das neue bernische Notariatsrecht, BN 1981, S. 233-245 (245): "Gegenstand einer Sachbeurkundung kann nicht nur ein Sachverhalt sein wie der Tod einer Person oder die Übereinstimmung eines Dokumentes mit einem anderen Dokument, sondern auch **Wissenserklärungen** aller Art (Anerkennung einer Unterschrift, Angebot bei einer Versteigerung, Voten an einer Versammlung)." - Die gleiche Subsumption der Wissenserklärungen unter die Sachbeurkundungen findet sich auch im Kommentar MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 164, N 2 lit. c zu Art. 19 ND BE.

Fn 63 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 25, § 3.

Fn 64 - Vgl. DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 28.

****§. 25****

5. Betrachtungsweise der vorliegenden Arbeit: Zweiteilung der Erklärungsbeurkundungen (Erklärungen zu Urkund und Erklärungen zu Protokoll)

57 - In der vorliegenden Darstellung wird versucht, durch eine Herausarbeitung der beurkundungsrechtlichen Eigenheiten verschiedener Erklärungsformen Klarheit zu gewinnen. Dass dabei die Unterscheidung von Willens- und Wissenserklärungen eine Rolle spielen muss, versteht sich; bloss geht die entscheidende Grenzlinie nicht entlang diesen beiden Begriffen. Denn Wissenserklärungen kommen, wie oben gezeigt, nicht nur in selbständigen Urkunden (z.B. eidesstattlichen Erklärungen) sondern ebenso und häufiger auch in den Beurkundungen von "Rechtsgeschäften" (Kaufverträgen, letztwilligen Verfügungen) und in denjenigen von "Vorgängen" (z.B. Versammlungsprotokollen) vor.

58 - Angesichts dessen, dass ein grosser Teil gerade der wichtigsten Beurkundungen **Erklärungen** wiedergibt, ist sodann eine Analyse der beurkundungsrechtlichen Qualität verschiedener Erklärungsformen geboten. Sowohl in einem Kaufvertrag als auch in einer Aktionärsversammlung werden Erklärungen abgegeben. Sowohl der öffentlich beurkundete Grundstückskauf als auch das notarielle Versammlungsprotokoll geben vorwiegend die Erklärungen der Anwesenden wieder, und in beiden Dokumenten finden sich, ebenfalls übereinstimmend, gewisse notarielle Angaben über äussere Abläufe und Sachverhalte (Erscheinen der Parteien, Ausweisprüfung, Ort und Zeit des Ablaufs etc.). Und doch - darüber besteht Einigkeit - gehören diese äusserlich so ähnlichen Akte zwei verschiedenen Kategorien von Beurkundungen an, womit gesagt ist, dass die hier und dort beurkundeten Erklärungen verschiedene beurkundungsrechtliche Qualität haben.

59 - Der Unterschied liegt darin, dass bei der ersten Gruppe (Verträge etc.) der **wirkliche innere Wille** der erklärenden Privatpersonen zum Ausdruck kommt oder zumindest kommen sollte; die Urkundsperson hat hier die Pflicht, den wirklichen Willen der Erklärenden zu ermitteln, die Erklärenden zur Wahrhaftigkeit anzuhalten und sie bei der Bildung eines fehlerfreien Willens durch notarielle Belehrung zu unterstützen (notarieller Übereilungsschutz bzw. Schutz vor Unbedacht). Er-

kennt die Urkundsperson die Unwahrheit einer abgegebenen Erklärung, so lehnt sie deren Beurkundung ab.

60 - Bei der zweiten Gruppe von Erklärungen (Erklärungen an Versammlungen etc.) kümmert sich die Urkundsperson nicht um den wirklichen inneren Willen. Sie hält die abgegebenen Erklärungen als **äusseren Vorgang** bzw. als Hergang fest, d.h. als ein blosses äusseres

****§. 26****

Geschehen (als das "Sprechverhalten" der Anwesenden). Was die Aktionäre bei ihren Voten denken, d.h. der wirkliche innere Wille der Sprechenden, geht die Urkundsperson nichts an - sie protokolliert ganz einfach, was gesagt wird und mischt sich in die Willensbildung der Anwesenden nicht durch individuelle Belehrungen ein. Ob der Aktionär, welcher sich über den zu späten Erhalt der Einladung beklagt, die Wahrheit sagt, ist für die Urkundsperson ebenfalls belanglos - sie hält ihn nicht zur Wahrhaftigkeit an und protokolliert eine unwahre Aktionärerklärung selbst dann, wenn deren Unwahrheit offenbar ist.

61 - In der vorliegenden Arbeit werden jene Erklärungsbeurkundungen, bei denen die Urkundsperson auf Wahrheit zu dringen und die Erklärenden durch Willens- und Wissensermittlung, ferner durch notarielle Belehrung vor Unbedacht zu schützen hat, als **Beurkundungen individueller Erklärungen** (Erklärungsbeurkundungen) bzw. als die Beurkundung von **Erklärungen zu Urkund** bezeichnet. - Die Beurkundungen, in welchen eine Erklärungsabgabe lediglich als äusserer Vorgang festgehalten wird, werden **Protokollierungen**, die abgegebenen Erklärungen **Erklärungen zu Protokoll** genannt.

62 - Auch die **Wissenserklärungen** sind in diese Zweiteilung der Erklärungsbeurkundungen zu integrieren. Ihre begriffliche Ausgliederung in einer dritten, selbständigen Gruppe ist demgegenüber weniger zweckmässig. Wissenserklärungen kommen entweder in der Form der Erklärung zu Urkund oder in derjenigen der Erklärung zu Protokoll vor. Im ersten Fall hat die Urkundsperson sich um das wirkliche innere Wissen der erklärenden Person zu kümmern, diese zur Wahrhaftigkeit anzuhalten und vor übereilter Erklärungsabgabe zu schützen; bei erkannter Unwahrheit der Wissenserklärung ist die Beurkundung abzulehnen; im zweiten Fall gibt es (in der Regel) keine solche Amtspflicht. - Die Quittierung für erhaltenen Kaufpreis in der Grundstückskaufsbeurkundung, ferner die eidesstattliche Erklärung bezüglich des Ledigseins sind Beispiele für die erste Fallgruppe, die Behauptung eines Aktionärs, eine Einladung zu spät erhalten zu haben, ist ein Beispiel für die zweite Gruppe.

63 - Im zweiten Fall (Wissenserklärung zu Protokoll) beurkundet die Urkundsperson die abgegebene Wissenserklärung auch dann, wenn sie deren Unwahrheit erkennt, und zwar ganz einfach deswegen, weil die Abgabe der betreffenden Erklärung im Zusammenhang einer bestimmten Veranstaltung als äusserer Vorgang von rechtlicher Bedeutung ist oder sein kann.

64 - Wenn in der vorliegenden Arbeit von **Protokollierungen** gesprochen wird, so wird damit die Gesamtheit jener Beurkundungsfälle verstanden, welche gemeinhin als die **Beurkundung von Vorgängen**, von **Hergängen** oder von **Abläufen** bezeichnet wird. Die meisten notariellen Protokolle geben nicht nur protokollierte Erklärungen, sondern auch nicht-verbale Abläufe wieder. Die Protokollierung um-

****§. 27****

fasst sowohl die Erklärungen zu Protokoll als auch die nicht-verbale Abläufe.

6. Bestehende Tatsachen (Zustände, Tatbestände)

65 - Die Protokollierungen sind ein Teil jener Gruppe, die oben als diejenige der Sachbeurkundungen bezeichnet wurde. Der andere Teil umfasst das, was MARTI als die **Beurkundung von Zuständen** bezeichnet. Diese Untergruppe könnte noch weiter unterteilt werden. So schlug BALBI⁶⁵ in Anlehnung an die Terminologie des Beurkundungsgesetzes NW die Unterteilung in "Beurkundungen von Tatbeständen" und in "Beurkundungen von Rechtsverhältnissen" vor, wobei dieser Autor zu den "Tatbeständen" etwa den Zustand einer Mietwohnung zählte, zu den "Rechtsverhältnissen" die von der Urkundsperson festgestellte Stimmberechtigung eines Aktionärs anlässlich einer Generalversammlung.

66 - In der vorliegenden Arbeit wird statt des Begriffs des "Zustandes" - jedoch gleichbedeutend mit diesem - derjenige der "**bestehenden Tatsache**" verwendet. Das beurkundungsrechtliche Charakteristikum bei diesen Sachverhalten liegt nicht in ihrer zeitlichen Zuständigkeit, nicht in ihrem zeitlichen Andauern (worauf der Begriff des "Zustandes" besonders hinzuweisen scheint), sondern in ihrem historischen Abgeschlossenheit, im Gegensatz zum Vorgang, der an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit abläuft.

67 - Bei den "bestehenden Tatsachen" handelt es sich regelmässig um tatbeständige und rechtliche Sachverhalte, die als objektive Wahrheit **ohne notwendigen Bezug zu einem bestimmten Ort und einer bestimmten Zeit** notariell bezeugt werden können. Dies ist wichtig, weil es für diese Beurkundungen in der Regel keine Schranken der örtlichen Zuständigkeit gibt. In ihrer Losgelöstheit von Ort und Zeit liegt die beurkundungsrechtliche Besonderheit der "bestehenden Tatsachen". Die meisten dieser Tatsachen können denn auch nicht durch einen Augenschein an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit verifiziert werden, sondern ergeben sich als notarielle Überzeugung aus der Einsichtnahme in Dokumente. Wenn die Urkundsperson den Tod einer Person als bestehende Tatsache beurkundet, so formuliert sie die Urkunde nicht als Protokollierung der Besichtigung einer Leiche an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit (was nur zulässig wäre, wenn diese Besichtigung innerhalb des örtlichen Zustän-

Fn 65 - BALBI, Beurkundung in Nidwalden (1981) S. 76 ff.

****S. 28****

digkeitsbereichs der Urkundsperson stattgefunden hätte), sondern sie bezeugt das Gestorbensein der betreffenden Person als eine ortsunabhängige Tatsache - als etwas rein Gedankliches. An welchem Ort die Person gestorben ist und wo sich ihre Leiche befindet, spielt dabei keine Rolle.

7. Einteilung des Stoffes in der vorliegenden Arbeit

68 - Aufgrund des Gesagten werden die Beurkundungsfälle in der vorliegenden Arbeit eingeteilt in drei Gruppen, nämlich

a) die **Beurkundungen individueller Erklärungen** (Erklärungen zu Urkund); sie werden behandelt in den Kapiteln 8-10;

b) die **Protokollierungen** (Beurkundung von Vorgängen bzw. Hergängen oder Abläufen, einschliesslich ihrer verbalen und nicht-verbalen Teile, wobei die verbalen Teile als "Erklärungen zu Protokoll" bezeichnet werden); sie werden behandelt in Kapitel 11;

c) die **Beurkundungen bestehender Tatsachen**; sie werden behandelt in Kapitel 12.

69 - Die Darstellung des Stoffes gewinnt an Übersichtlichkeit, wenn die **Beurkundungen in Vermerkform** (d.h. insbesondere die Beglaubigungen), welche zahlenmässig etwa die Hälfte aller

Beurkundungsfälle umfassen, gesondert erörtert werden. Bei den Vermerkbeurkundungen handelt es sich in der Regel um Beurkundungen bestehender Tatsachen, so dass die Vermerkbeurkundungen als Untergruppe der obigen Kategorie (c) dargestellt werden könnten. Immerhin passen nicht sämtliche Vermerkbeurkundungen unter diese Kategorie. Das Gemeinsame dieser Beurkundungen, welches in ihrer Anbringung auf einem bereits vorhandenen, meist privatschriftlichen Dokument besteht, ist derart dominierend, dass eine gesamthafte Erörterung der Vermerkbeurkundungen in einem eigenen Kapitel (Kapitel 13) näher liegt als ihre getrennte Behandlung im Rahmen der jeweiligen Sachbeurkundungen.

70 - Die Unterteilung der Beurkundungsfälle in die erwähnten drei Hauptgruppen erleichtert die Darstellung jener Regelungskomplexe, welche für alle Gruppen gemeinsam gelten, und jener Komplexe, die für die einzelnen Gruppen verschieden darzustellen sind. So können zweckmässigerweise die meisten Anforderungen an die äussere Gestalt der öffentlichen Urkunde in einem allgemeinen Teil des Beurkundungsrechts für die in selbständigen Dokumenten ausgefertigten

****§. 29****

öffentlichen Urkunden gemeinsam dargestellt werden. Entsprechend ist ein allgemeiner Teil für die verschiedenen in Vermerkform ausgefertigten Beurkundungstypen möglich, soweit die äussere Gestaltung der notariellen Vermerke beschrieben wird.

71 - Andere Regeln gehören **nicht** in einen allgemeinen Teil, sondern müssen fallgruppenweise differenziert behandelt werden. Hiezu zählen die Regeln über die notarielle Wahrheitsfindung⁶⁶, diejenigen über die Wahrheitspflichten der am Verfahren beteiligten Personen⁶⁷, die für die Urkundsperson geltenden Ausstandsregeln und die Regeln über die Formulierungskompetenz. Die Darstellung des beurkundungsrechtlichen Rechtsstoffes verliert an Übersichtlichkeit und Evidenz, wenn die diesbezüglichen Verschiedenheiten der Beurkundungskategorien nach dem Schema von Grundsatz und Ausnahme erörtert werden.

72 - Der hier aufgezeigten Einteilung entspricht die bereits angedeutete Kapiteleinteilung der vorliegenden Arbeit: In den Kapiteln 8-10 wird die Beurkundung individueller Erklärungen erörtert, und zwar getrennt bezüglich des Beurkundungsverfahrens (Kapitel 8), bezüglich der Gestalt der Urkunde (Kapitel 9) und bezüglich der beurkundungsrechtlichen Besonderheiten einzelner Geschäfte (Kapitel 10). Im Kapitel 11 werden die Protokollierungen (Beurkundung von Vorgängen) behandelt, im Kapitel 12 die Beurkundung bestehender Tatsachen und im Kapitel 13 die Vermerkbeurkundungen. Den erwähnten Kapiteln werden Erörterungen der beurkundungsrechtlichen Grundlagen (Kapitel 1-3) und der allgemeinen Lehren (Kapitel 4-7) vorangestellt. Das Werk wird abgeschlossen durch Hinweise zur Organisation des Beurkundungswesens (Kapitel 14).

Fn 66 - Das in manchen Beurkundungsgesetzen aufgestellte Postulat, die Urkundsperson dürfe nur beurkunden, was sie mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat, gilt uneingeschränkt nur für die Protokollierungstätigkeit und geht namentlich bei den Beurkundungen bestehender Tatsachen an der Realität vorbei. Gegenstand solcher Beurkundungen (Erbgangsbeurkundung, Inventare, erfolgter Schuldenruf gemäss Art. 734 OR, "keine ausländische Beherrschung", "keine Familienwohnung") sind meist Rechtsverhältnisse, die sich unmittelbarer Wahrnehmung entziehen und deren Grundlagen von den Urkundspersonen durch Erkundigungen bei Amtsstellen und Privatpersonen ermittelt werden.

Fn 67 - Erklärungen zu Urkund werden grundsätzlich stets unter Wahrheitspflicht abgegeben; die Urkundsperson hat die Beurkundung abzulehnen, wenn sie annehmen muss, es werde gelogen oder simuliert. Erklärungen zu Protokoll werden, wenn sie sich nicht auf den Verlauf des protokollierten Verfahrens selber beziehen, nicht unter Wahrheitspflicht abgegeben und können von der Urkundsperson zu Protokoll genommen werden, auch wenn die Unwahrhaftigkeit des Erklärenden offensichtlich ist.

****S. 30****

8. Grafische Darstellung der vorliegenden Arbeit

73 - Im Interesse der Übersichtlichkeit werden in der vorliegenden Darstellung die normativen Aussagen über die Rechte, Kompetenzen und Pflichten der Urkundspersonen und der an den Beurkundungsverfahren beteiligten weiteren Personen in Fettdruck [in der digitalen Fassung: Fett-Schrägdruck] wiedergegeben. Argumentative Erörterungen sind jeweils in normalem Druck eingeschoben und als Erläuterung gekennzeichnet.

§ 5 Begriffe

1. "Beurkunden"

74 - *Beurkunden heisst das schriftliche Festhalten von Information zwecks Sicherung oder Gestaltung von Rechten und Rechtsverhältnissen.*

75 - **Erläuterung:** In der vorliegenden Arbeit wird ein bestimmter **Zweck** der schriftlichen Dokumentation, nämlich die Sicherung oder Gestaltung von Rechten und Rechtsverhältnissen, als begriffswesentliches Element des Beurkundens qualifiziert⁶⁸. Die Niederschrift rechtlich erheblicher Tatsachen zu anderen Zwecken, etwa zwecks Erinnerungsstütze in einem persönlichen Tagebuch, ist nicht Beurkundung im Rechtssinne.

2. "Öffentlich" beurkunden

76 - *Die öffentliche Beurkundung im Sinne dieser Darstellung umfasst nicht die Herstellung öffentlicher Urkunden schlechthin (wozu auch öffentliche Register, Gerichtsurteile und andere Urkunden gehören), sondern aus-*

Fn 68 - Dieser Zweck wird in der Regel stillschweigend vorausgesetzt und in der rechtlichen Definition nicht ausdrücklich erwähnt; vgl. etwa JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 1, N 1: "Beurkunden heisst, rechtlich erhebliche Tatsachen durch Gedankenzeichen - regelmässig: in Schriftform - festlegen."

****S. 31****

schliesslich die notarielle Beurkundung von Erklärungen, die zu Urkund⁶⁹ abgegeben werden, ferner die Protokollierung von Vorgängen unter dem Gesichtswinkel ihres rechtmässigen Ablaufs, schliesslich die schriftliche Belegung bestehender Tatsachen für Zwecke des nicht-streitigen Rechtsverkehrs⁷⁰.

77 - *Die Beurkundung ist insofern eine öffentliche, als die Urkundsperson im Beurkundungsverfahren den Staat und damit die Öffentlichkeit vertritt und als die von den beurkundenden Personen⁷¹ zu leistende Wahrheitsgewähr gegenüber der Öffentlichkeit zu leisten ist⁷².*

78 - *Öffentliches Beurkunden unterscheidet sich von privatem Beurkunden unter anderem dadurch, dass eine kraft ihres öffentlichen Amtes zur Wahrheit verpflichtete Urkundsperson mitwirkt und als aussenstehende, d.h. sachlich nicht beteiligte Person die in eigener Sache zu Urkund erklärenden Personen durch Kontrollieren, Belehren und Ermahnen bei der Erfüllung ihrer Wahrheitspflichten leitet und, im Rahmen des Möglichen, kontrolliert.*

79 - **Erläuterung:** Die vom Bundesgericht entwickelte Definition der öffentlichen Beurkundung lautet: "Öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder geschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren."⁷³ - Eine Besonderheit der öffentlichen (notariellen)

Fn 69 - Zum Begriff der Erklärung zu Urkund vgl. Ziff. 88.

Fn 70 - Der für die öffentliche Urkunde charakteristische öffentliche Glaube gemäss Art. 9 ZGB kommt auch den Urkunden zu, die von Behörden innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs ausgefertigt werden, wie öffentlichen Registern, Registerauszügen, Erlassen, behördlichen Verfügungen, Urteilen, Protokollen, Bescheinigungen etc. Die vorliegende Darstellung befasst sich jedoch nur mit den von Urkundspersonen ausgefertigten öffentlichen Urkunden. Nur sie sind im folgenden unter dem Begriff der öffentlichen Urkunde gemeint.

Fn 71 - Zum Begriff der beurkundenden Person vgl. Ziff. 196 ff.

Fn 72 - Vgl. HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 462, N 10 zu § 36: Für die Richtigkeit der Tatsachenbescheinigung haftet der Notar jedem Dritten, dem die Bescheinigung vorgelegt wird.

Fn 73 - WIELAND, Zürcher Kommentar (1909) S. 64 zu Art. 657 ZGB, hatte die öffentliche Beurkundung als "Beurkundung durch ein nach Massgabe des kantonalen Rechts mit öffentlichem Glauben versehenes Organ" definiert. 1931 erweiterte HAAB (in: HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) S. 242, N 11 zu Art. 657) die Definition: "Festlegung der zu beurkundenden Tatsache durch eine Urkundsperson im Rahmen ihrer Zuständigkeit und in der vorgeschriebenen Form." - Das Bundesgericht, die schweizerische Lehre und die kantonale Gesetzgebung sind über diese formale Definition bis heute nicht hinausgegangen; vgl. BGE 99 II 161; 90 II 281. Ähnlich CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 88, SIDLER, Komm. LU (1975) S. 19, LU BeurkG § 1 lit. b ("Öffentliche Urkunde ist die Urkunde, die von einer Urkundsperson im vorgeschriebenen Verfahren errichtet wurde."). - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 30, N 24, bezeichnet die Definition als Leerformel, weil sie sich mit der Verweisung auf die "staatlich geforderte Form" und das "dafür vorgesehene Verfahren" begnügt; dies könne zum unzutreffenden Schluss führen, die Regelung von Form und Verfahren stehe im Belieben der Kantone. - Ver-

****§. 32****

Beurkundung liegt in der Tatsache der notwendigen **Erklärungs-Autorschaft**. Grundbuchverwalter und Handelsregisterführer machen ebenfalls Aufzeichnungen in einem rechtlich geordneten Verfahren. Die von diesen Beamten aufgezeichneten Registerinhalte haben jedoch - im Gegensatz zur notariellen Urkunde - nicht den Charakter von Erklärungen der aufzeichnenden Personen. Die Registerinhalte werden nicht den Registerführern als Autoren rechtlich zugerechnet, sondern sie werden als **objektive Wahrheit** betrachtet.

80 - Demgegenüber besteht der verbale Inhalt der notariellen Urkunde ausschliesslich aus persönlich zurechenbaren **Erklärungen**. Als Autoren stehen hinter einzelnen dieser Erklärungen die Urkundsperson allein, hinter anderen die privaten Verfahrensbeteiligten zusammen mit der mitbezeugenden Urkundsperson.

81 - Demgemäss kommt dem notariellen Zeugnis öffentlicher Glaube (und damit dem betreffenden Dokument die Qualität der öffentlichen Urkunde) nur zu, wenn die Identität der erklärenden Urkundsperson aus der Urkunde ersichtlich und von der Urkundsperson selber zutreffend bezeugt ist, und zwar mindestens durch deren Unterschrift. Den Erklärungen privater Verfahrensbeteiligter kommt die Qualität der Erklärung zu Urkund nur zu, wenn auch die Identität dieser Personen in der Urkunde notariell bezeugt - und richtig bezeugt - ist. Die wahrheitsgemässe, notariell bezeugte Zuordnung der privaten Erklärungen zu einem identifizierten Erklärungs-Autor ist wesentlicher Teil der Erklärungsbeurkundung. Die Urkundsperson kann die Worte von nicht identifizierten Personen (etwa von Votanten in einer grossen Versammlung) allenfalls im Sinne eines äusserlich wahrnehmbaren Vorgangs protokollieren, nicht aber als individuelle Erklärungen beurkunden.

82 - Zuweilen wird unter öffentlichem (notariellem) Beurkunden nur die Bezeugung jener Tatsachen verstanden, welche üblicherweise im Beurkundungsvermerk enthalten sind⁷⁴. Diese Begrifflichkeit muss

gleichet man die formale schweizerische Definition mit derjenigen, welche HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 74, N 3 zu § 1 geben ("Errichtung einer Zeugnisurkunde durch den Notar über Tatsachen und Vorgänge, die er selbst wahrgenommen hat"), so wird erkennbar, dass sich hinter der schweizerischen Leerformel "in der vorgeschriebenen Form" die alte - in der Definition unbeantwortet gelassene - Streit-

frage verbirgt, ob die Kantone eine Beurkundung individueller Erklärungen im Abwesenheitsverfahren, d.h. ohne notarielle Wahrnehmung der Urkundenlesung und -genehmigung, zulassen dürfen. Vgl. hiezu Ziff. 8 ff.

Fn 74 - So ZH NV § 29: "Die öffentliche Beurkundung erfolgt in der Weise, dass der Notar auf der Urkunde erklärt, sie enthalte den ihm mitgeteilten Parteiwillen, sei von den Parteien zur Kenntnis genommen, von ihnen als richtig anerkannt und unterzeichnet worden". Ähnlich GL EGZGB Art. 21 Abs. 3; ZG BeurkG § 19 Abs. 1: "Die öffentliche Urkunde wird durch die Beurkundungserklärung der Urkundsperson hergestellt"; GR NV Art. 37: "Die öffentliche Beurkundung erfolgt in der Weise, dass

****S. 33****

heute als überholt gelten. Sie ist mit den bundesrechtlichen Mindestanforderungen nicht vereinbar⁷⁵. - Vgl. zur Rechtsentwicklung in der hier berührten Frage der Abwesenheitsbeurkundung Ziff. 8 ff.

83 - Will man den Begriff des öffentlichen Beurkundens mit einem räumlich und örtlich definierten Vorgang in Beziehung bringen, so kann bei individuellen Erklärungen nur der Beurkundungsvorgang in seiner Gesamtheit als Beurkunden bezeichnet werden. Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen ist der Akt des Beurkundens in der Unterschriftsleistung der Urkundsperson unter der definitiven Fassung des Urkundenentwurfs zu erblicken; durch die Urkundenunterzeichnung leistet die Urkundsperson ihr rechtserhebliches Zeugnis.

84 - Die hier gegebene Begriffsbeschreibung des öffentlichen Beurkundens (im Sinne einer Tätigkeit) umfasst objektiv verifizierbare Erklärungen, die im Hinblick auf Rechtsgestaltung und -sicherung mit Wahrheitsgewähr seitens des Autors schriftlich festgehalten werden. Die beurkundete Information umfasst aber auch Inhalte, denen **kein öffentlicher Glaube zukommt**. Die von anderen Autoren angenommene begriffliche Übereinstimmung von "öffentlichem Beurkunden" und "mit öffentlichem Glauben bezeugen"⁷⁶ entspricht nicht der in der vorliegenden Arbeit verwendeten Terminologie. Stellt nämlich die Urkundsperson bei der Beurkundung individueller Erklärungen fest, dass die Erklärenden ihre Wahrheitspflicht verletzen, so hat sie, wenn sich die Erklärenden nicht zu wahrheitsgemässer Erklärungsabgabe

der Notar auf der Urkunde erklärt, diese enthalte den ihm mitgeteilten Parteiwillen und sei den Parteien zur Kenntnis gebracht und von ihnen unterzeichnet worden, und dass er seiner Erklärung Ortsangabe, Datum, Unterschrift und Stempel beisetzt." - Ähnlich GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 95/96.

Fn 75 - In gleichem Sinne JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 47, N 178: "Ein blosses Tätigwerden der Urkundsperson nach 'Abschluss' des Vertrages, ohne persönliche Mitwirkung am Hauptverfahren, vermöchte demgegenüber die Zwecke der öffentlichen Beurkundung nicht zu erfüllen," mit Verweis auf MUTZNER, Öffentliche Beurkundung, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (119a), FORSTMOSER, Aktienrecht (1981), § 9, N 148; Beispiele für die Verletzung der persönlichen Mitwirkungspflicht der Urkundsperson: ZBGR 39 (1958) S. 92 ff. und 41 (1960) S. 37 ff. (Genfer Cour de Justice; die Vertretung des Notars durch einen Angestellten wurde in beiden Fällen als Verletzung kantonalen Rechts angesehen, was mit der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung übereinstimmt, vgl. Ziff. 39). - Zur Pflicht persönlicher Anwesenheit der Urkundsperson im Beurkundungsvorgang vgl. auch Ziff. 1879 ff. - Nachwirkungen der alten Abwesenheitsbeurkundung finden sich noch bei MANUEL MÜLLER, Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts in Grundbuchsachen, BN 1991 S. 213-222 (213) in der Mahnung, der Beurkundungsvermerk dürfe nicht "am Schluss des Vertrags isoliert auf einem weiteren Blatt stehen, ohne Bezug zum Vertragsinhalt, wie beispielsweise 'dieser Vertrag wird öffentlich beurkundet'."

Fn 76 - Vgl. etwa BGE 110 II 1 ff. i.S. TIMON mit Verweis auf GMÜR/HAFTER, Berner Kommentar (2.A. 1919) N 21b zu Art. 9 ZGB und DESCHENAUX, Der Einleitungstitel, SPR II (1967) S. 277/78.

****S. 34****

bewegen lassen, die Beurkundung insgesamt auch dann abzulehnen, wenn die Unwahrheiten beliebige Nebensachen betroffen hätten, welche durch die Urkunde nicht mit öffentlichem Glauben bezeugt worden wären. Bereits bei der Nennung der Zahl seiner Nachkommen im Einleitungsteil einer öffentlichen letztwilligen Verfügung "beurkundet" der Testator unter Wahrheitspflicht, obgleich

diese Erklärung bloss orientierenden Charakter hat und nicht mit öffentlichem Glauben Beweis schafft. - Zum Geltungsgrund und Umfang des öffentlichen Glaubens vgl. Ziff. 303 ff.

3. Individuelle und veranstaltungsgebundene Erklärungen

85 - *Unter individuellen Willens- und Wissenserklärungen⁷⁷ werden jene Erklärungen verstanden, deren rechtliche Bedeutung sich wesentlich aus der Übereinstimmung der äusseren Erklärung mit dem inneren Willen und Wissen des erklärenden Individuums herleitet. Soweit solche individuelle Erklärungen in eine öffentliche Urkunde Eingang finden, werden sie in der vorliegenden Darstellung auch als "Erklärungen zu Urkund" bezeichnet.*

86 - *Unter veranstaltungsgebundenen Willens- und Wissenserklärungen werden jene Erklärungen verstanden, deren rechtliche Bedeutung sich wesentlich aus der Erklärungsabgabe im Rahmen einer bestimmten Veranstaltung⁷⁸, beispielsweise der Mitgliederversammlung eines Verbandes, herleitet. Bei den veranstaltungsgebundenen Erklärungen handelt es sich durchwegs um "Erklärungen zu Protokoll" in dem hienach erläuterten Sinne.*

87 - Erläuterung: Die rechtliche Tragweite der begrifflichen Unterscheidung besteht vorwiegend darin, dass für die individuellen Erklärungen (Erklärungen zu Urkund) die Urteilsfähigkeit der erklärenden Person und das Fehlen von Willensmängeln Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit der Erklärung darstellen, wogegen bei den veranstaltungsgebundenen Erklärungen (man denke an die Stimmabgabe bei einer Abstimmung) die äussere Tatsache der Erklärungsabgabe in einem bestimmten Veranstaltungs-Rahmen das wesentliche ist; hier sind Urteilsunfähigkeit und mangelhafter Wille des Erklärenden unschädlich.

Fn 77 - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 41 und 93, verwendet mit gleicher Bedeutung den Begriff der "privaten Erklärung".

Fn 78 - Zum Begriff der Veranstaltung vgl. Ziff. 112 ff.

****S. 35****

4. Erklärungen zu Urkund (individuelle Erklärungen)

88 - *Unter Erklärungen zu Urkund werden in der vorliegenden Arbeit die in einem Beurkundungsverfahren abgegebenen individuellen Erklärungen⁷⁹ verstanden, wobei sich diese Erklärungen in drei Gruppen unterteilen lassen, nämlich in*

(a) Willenserklärungen⁸⁰, durch welche die erklärende natürliche Person ihre eigenen Rechtsverhältnisse oder, im Falle von Stellvertretung oder Organschaft, diejenigen der im Beurkundungsverfahren vertretenen sachbeteiligten Person, gestaltet, insbesondere Erklärungen zum Zwecke des Vertragsschlusses, der Errichtung von letztwilligen Verfügungen und von Stiftungen, ferner

(b) vertragliche (mit Behaftungswillen abgegebene) Wissenserklärungen, welche von Vertragsschliessenden gegenüber der anderen Vertragspartei zu dem Zweck abgegeben werden, einen vertraglich erheblichen, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandenen Wissensstand zu belegen⁸¹, schliesslich

(c) ausservertragliche Wissenserklärungen, durch welche die erklärende Person nicht die Tatsache ihres eigenen Wissensstandes, sondern den Wissensinhalt mit öffentlichem Glauben schriftlich bezeugt.

89 - Erläuterung: Willenserklärungen machen den Hauptteil aller Erklärungen zu Urkund aus. Bezüglich des Erklärungsinhalts gibt es keine andere Beweisschaffungsmöglichkeit als diejenige der Erklärungsabgabe. Demgemäss kommt der schriftlichen Erklärung die für den öffentlichen Glauben erforderliche besondere Beweiseignung⁸² zu.

Fn 79 - In dem im vorigen Abschnitt erläuterten Sinn.

Fn 80 - ZH NV § 19 Abs. 3 schreibt vor, dass die Urkunden, welche [individuelle] Willenserklärungen zu Urkund enthalten, mit den Worten "Öffentliche Beurkundung" überschrieben werden, wogegen die Sachbeurkundungen gemäss § 39 Abs. 1 als "Öffentliche Urkunde" zu titulieren sind. In Basel-Stadt werden Erklärungen zu Urkund "verurkundet", Vorgänge und Tatsachen "beurkundet". Solche sprachlichen Feinheiten geniessen zu wenig überregionale Bekanntheit, als dass sie in die Terminologie des schweizerischen Beurkundsrechtes Eingang finden könnten.

Fn 81 - Solche Erklärungen werden in der vorliegenden Arbeit als die mit Behaftungswillen abgegebenen Wissenserklärungen bezeichnet; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 11, bezeichnet sie, soweit sie dem Erklärenden ungünstig sind, als aussergerichtliche Geständnisse.

Fn 82 - Zur besonderen Beweiseignung als Voraussetzung des öffentlichen Glaubens vgl. Ziff. 295 ff.

****S. 36****

90 - Gleich verhält es sich bei den mit Behaftungswillen abgegebenen Wissenserklärungen. Der Behaftungswille kann nicht anders als durch Erklärungsabgabe rechtsgenüch bewiesen werden. Dieser Wille, nicht der im gleichen Zusammenhang erklärte Wissensinhalt, geniess öffentlichen Glauben.

91 - Ein Sonderfall liegt vor bei der Beurkundung von Wissensinhalten ausserhalb von Vertragsschlüssen. Soweit hier keine besondere Beweiseignung besteht, kann derartigen Wissenserklärungen bezüglich ihres Inhalts grundsätzlich kein öffentlicher Glaube zukommen; man denke an die vom Testator zu Urkund erklärte Rekapitulierung seiner Verwandtschaftsverhältnisse in der Einleitung zu seiner letztwilligen Verfügung⁸³.

92 - Nur in eng umgrenzten Ausnahmesituationen können ausservertragliche Wissenserklärungen möglicherweise öffentlichen Glauben erlangen. Eine diesbezügliche Gerichtspraxis fehlt jedoch. Hauptbeispiel ist die Erklärung der eigenen Personalien zu Urkund, wenn ein schriftenloser Flüchtling in ein schweizerisches Zivilstandsregister eingetragen werden und wenn zu diesem Zweck ein Beweisstück öffentlichen Glaubens geschaffen werden soll. Die Vornahme solcher Beurkundungen ist beurkundungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn eine Wahrheitspflicht der erklärenden Person angenommen wird. Wird aber eine solche Wahrheitspflicht angenommen, so sollte, angesichts der Unmöglichkeit anderweitigen Beweises, angesichts also der besonderen Beweiseignung der Wissenserklärung in diesem typischen Sonderfall, auch der öffentliche Glaube Platz greifen können. Dies erst würde auch den in solche Erklärungsurkunden häufig aufgenommenen Verweis auf Art. 253 StGB rechtfertigen⁸⁴.

93 - Undeutlich sind die diesbezüglichen Ausführungen MARTIS⁸⁵, welcher solche Erklärungen offenbar generell als Erklärungen zu Protokoll, nicht als solche zu Urkund versteht. Bei einer solchen Qualifikation, d.h. bei der Subsumption solcher Beurkundungen unter den

Fn 83 - Trotzdem steht der Testator unter Wahrheitspflicht; weiss die Urkundsperson, dass die gemachten Angaben falsch sind, so darf sie diese nicht beurkunden. Hiedurch unterscheidet sich die zu Urkund abgegebene Wissenserklärung von der Protokollerklärung etwa eines Aktionärs anlässlich einer notariell protokollierten Generalversammlung.

Fn 84 - Vgl. Musterurkundensammlung des Verbandes bernischer Notare (4.A. 1991), Nr. 31, Urkunde über die Zivilstandsverhältnisse schriftenloser Personen, Ziff. 5: "Der Notar hat mich darauf aufmerksam gemacht, dass das Erschleichen einer Falschbeurkundung gemäss Art. 253 des Schweizerischen Strafgesetzbuches mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft wird."

Fn 85 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 164, N 1c zu Art. 19 ND BE. Dass die gleichen Erklärungen hier sowohl als Willens- wie auch als Wissenserklärungen bezeichnet werden, geht wohl auf einen Druckfehler zurück. Gemeint sind beide Male Wissenserklärungen.

****S. 37****

Begriff der Sachbeurkundung, hätte die Urkunde bezüglich des Erklärungsinhaltes keine qualifizierte Beweiswirkung⁸⁶, und sie hätte damit insgesamt keinen Sinn, sondern würde falschen Anschein schaffen. Weil aber die Vermeidung falschen Anscheins zu den Amtspflichten der Urkundsperson gehört⁸⁷, sollen ausservertragliche Wissenserklärungen in selbständigen Urkunden nur dann beurkundet werden, wenn eine besondere Beweiseignung⁸⁸ gegeben ist und wenn aus diesem Grunde der öffentliche Glaube auch dem Erklärungsinhalt zukommt. Dies ist bei den erwähnten Zivilstandserklärungen und möglicherweise in vereinzelt anderen Konstellationen der Fall⁸⁹.

5. Erklärungen zu Protokoll (veranstaltungsgebundene Erklärungen)

94 - Erklärungen zu Protokoll im Sinne dieser Darstellung sind ausdrückliche oder stillschweigende Willens- oder Wissensäusserungen, deren beurkundungsrechtliche Bedeutung in der äusseren Tatsache der Erklärungsabgabe an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit (in der Regel: anlässlich einer bestimmten Veranstaltung) liegt, nicht notwendigerweise jedoch darin, dass in ihnen ein wirklicher innerer Wille oder wirkliches Wissen zum Ausdruck kommt. Bestimmte Protokollerklärungen erfolgen ohne Wahrheitsgewähr⁹⁰.

Fn 86 - Folgerichtig verlangt MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 165, N 2 zu Art. 19 ND BE, denn auch keine Erklärungsgenehmigung und keine Urkundenunterzeichnung seitens der ihr Wissen erklärenden Person. - Nach der hier vertretenen Auffassung bedarf die mit öffentlichem Glauben beurkundete Wissenserklärung der Genehmigung und Unterzeichnung seitens der erklärenden Person.

Fn 87 - Vgl. Ziff. 1196 ff.

Fn 88 - Zur besonderen Beweiseignung als Voraussetzung des öffentlichen Glaubens vgl. Ziff. 295 ff.

Fn 89 - Die in Rechtsgeschäften häufig beurkundeten Wissenserklärungen bezüglich der Vertragsgrundlagen sind unproblematisch; dass solchen Erklärungen bloss orientierende Funktion, nicht öffentlicher Glaube zukommt, ist aus dem Zusammenhang des Geschäftes auch für den Laien ersichtlich. Niemand wird annehmen, dass eine öffentliche letztwillige Verfügung mit dem Zweck und der Wirkung beurkundet wurde, um die vom Testator einleitend genannte Zahl seiner Nachkommen mit öffentlichem Glauben zu belegen.

Fn 90 - Hiedurch unterscheidet sich ein protokolliertes Aktionärsvotum, etwa der Behauptung, der Aktionär sei im Zeitpunkt des Einladungsversands ferienabwesend gewesen, von einer zu Urkund abgegebenen Wissenserklärung, etwa der Nennung der Kinderzahl durch den Testator in der öffentlich beurkundeten letztwilligen Verfügung. Weiss die Urkundsperson, dass diese Erklärungen inhaltlich unwahr sind, so darf er dessen ungeachtet das (unwahre) Aktionärsvotum protokollieren, nicht je-

****S. 38****

95 - Die Beurkundung von Erklärungen zu Protokoll erfolgt in einer von drei Verfahrensformen, nämlich

- (a) als nachträgliche Protokollierung,**
- (b) als vorbereitete Protokollierung oder**
- (c) als Beurkundung einer unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung.**

a) Nachträgliche Protokollierung

96 - Nachträgliche Protokollierung liegt vor, wenn die Urkundsperson die anlässlich einer Veranstaltung tatsächlich erfolgten Äusserungen aufgrund eigener Wahrnehmung protokolliert⁹¹. Die Protokollierung ist insofern eine nachträgliche, als zuerst die Veranstaltungsteilnehmer sprechen, nachher die Urkundsperson das Gesprochene protokolliert.

b) Vorbereitete Protokollierung

97 - Vorbereitete Protokollierung liegt vor, wenn die Urkundsperson einen Protokollentwurf im voraus vollständig formuliert und wenn dieser Entwurf von sämtlichen Veranstaltungsteilnehmern anlässlich der Veranstaltung zur Kenntnis genommen und durch ausdrückliche mündliche Erklärung oder durch ein anderes, eindeutiges Zustimmungsverhalten, in der Regel durch Unterzeichnung, genehmigt wird⁹².

98 - Erläuterung: In den meisten kantonalen Erlassen und in der Lehre wird unter dem Begriff der Protokollierung nur die nachträgliche Protokollierung verstanden⁹³. Die Beurkundung von Erklärungen zu

doch die unwahre Erklärung des Testators beurkunden; denn im zweiten Fall hat die Urkundsperson im Rahmen ihrer Möglichkeiten auf die Wahrheit *aller* beurkundeten Erklärungsinhalte hinzuwirken.

Fn 91 - Beispiele nachträglicher Protokollierungen sind die Statutenänderungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, wo der Versammlungsverlauf und die Abstimmungsergebnisse nicht im voraus feststehen.

Fn 92 - Beispiele vorbereiteter Protokollierungen sind die meisten öffentlich beurkundeten Generalversammlungen kleiner Aktiengesellschaften, ferner in der Regel die nach revidierten Aktienrecht öffentlich zu beurkundenden Verwaltungsratsbeschlüsse (Art. 647 Abs. 1, 653g, 653i OR); für die letzteren gilt von Bundesrechts wegen das Erfordernis der Unterzeichnung durch Vorsitzenden und Gesellschafts-Protokollführer nicht, welches für die nicht-notariellen Verwaltungsratsprotokolle gemäss Art. 713 Abs. 3 gilt.

Fn 93 - Vgl. ND BE Art. 22, insbesondere Abs. 1 lit. c: "Die Urkunde über eine Versammlung enthält ... die gefassten Beschlüsse unter Angabe der Art des Abstimmungsverfahrens und der Abstimmungsergebnisse. Anträge und andere Erklärungen sind

****S. 39****

Urkund (individuellen Erklärungen) einerseits, diejenige von unterschrittsbedürftigen Protokollerklärungen (vgl. hierzu den folgenden Abschnitt) andererseits wird begrifflich nicht auseinandergehalten⁹⁴. Statt dessen werden alle vorbereiteten und vown den beteiligten Privatpersonen mitunterzeichneten Protokolle als Beurkundungen individueller Willenserklärungen interpretiert⁹⁵. Eine solche Betrachtungsweise und die damit verbundene Einteilung der Beurkundungsfälle ist nicht völlig sachgerecht.

99 - Mit der hier vorgeschlagenen Unterscheidung von **Erklärungen zu Urkund** (individuellen Erklärungen) und **Erklärungen zu Protokoll** (veranstaltungsgebundenen Erklärungen) soll eine beurkundungsrechtlich wesentliche Eigenschaft bestimmter Erklärungen verdeutlicht werden. Der in manchen Beurkundungserlassen verwendete Begriff der "Beurkundung von Willenserklärungen"⁹⁶ oder der gleichbedeutend verwendete Begriff der "rechtsgeschäftlichen Erklärung" ist zur systematischen Abgrenzung rechtlicher Kategorien ungeeignet, weil Willenserklärungen sowohl zu Urkund als auch zu Protokoll abgegeben werden. In dieser letzteren Unterscheidung, nicht in der Qualifikation der Erklärung als Willenserklärung, liegt der beurkundungsrechtlich wichtige Unterschied. Dies sei im folgenden verdeutlicht.

100 - Bei der Beurkundung von **Erklärungen zu Urkund** findet typischerweise

- (a) eine notarielle Ermittlung des wirklichen Willens der erklärenden Person statt, womit
- (b) die notarielle Belehrung über die Tragweite des Willensinhaltes und damit der notarielle Schutz der erklärenden Person vor Unbedacht einhergeht. Dabei steht die erklärende Person

nur auf Verlangen ... aufzunehmen." - Hierzu der Kommentar MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 170, N 8: "Die Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen i.S. von Art. 22 ND ist eine Beurkundung eines Vorganges. Daraus folgt: (a) die Urschrift wird weder der Versammlung noch den Unterzeichnern vorgelesen." - Neben diesen Regeln, welche für die nachträgliche Protokollierung charakteristisch sind, kennt das bernische Notariatsrecht nur noch die Beurkundung "als Willenserklärung", also mit Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung durch sämtliche Anwesenden.

Fn 94 - Vgl. in diesem Sinne etwa PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (357).

Fn 95 - Vgl. in diesem Sinne für die Simultangründung der Aktiengesellschaft ZH NV § 92 Abs. 1; nicht für die Gründung, nur für die späteren Gesellschaftsbeschlüsse enthält § 96 den klärenden Hinweis, die Beurkundung habe zum Ausdruck zu bringen, dass die Willensbildung auf Beschlüssen und nicht auf einzelnen Willenserklärungen der Beteiligten beruht. Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung gilt dies bereits für den Errichtungsakt; vgl. Ziff. 2963 ff.

Fn 96 - Vgl. etwa ZH EGZGB § 236 und ZH NV § 1 sowie §§ 12 ff.

****S. 40****

(c) unter umfassender Wahrheitspflicht. Erkennt die Urkundsperson eine Unwahrheit des Erklärungsinhalts, so lehnt sie die Beurkundung ab⁹⁷.

101 - Wird später Simulation der erklärenden Person nachgewiesen, so ist das beurkundete Geschäft nichtig. Denn bei der Beurkundung von Erklärungen zu Urkund müssen Urkundeninhalt und wirklicher innerer Wille bzw. wirkliches Wissen der Erklärenden übereinstimmen.

102 - Bei der Abgabe von **Erklärungen zu Protokoll** gibt es keine notarielle Pflicht zur Ermittlung des wirklichen Willens der erklärenden Person. Hier wird die Abgabe der Erklärung lediglich als äusserer Vorgang protokolliert, ohne dass sich die Urkundsperson darum zu kümmern hat, was die erklärende Person bei der Erklärungsabgabe denkt, weiss und will. Auch gibt es hier keine notarielle Belehrung über die Tragweite der Willensinhalte und keinen notariellen Schutz des Erklärenden vor Unbedacht. Einzig die Wahrheitspflicht der zu Protokoll erklärenden Person ist in bestimmten Konstellationen die gleiche wie bei den Erklärungen zu Urkund, nämlich bei den unterschriftsbedürftigen Protokollierungen (vgl. hierzu den folgenden Abschnitt) bezüglich des ganzen, von der Privatunterschrift abzudeckenden und der erklärenden Person als Erklärungs-Autorin zuzurechnenden Urkundeninhalts, bei den übrigen Protokollierungen bezüglich den von einer solchen Person gemachten Erklärungen über den Verlauf des protokollierten Verfahrens⁹⁸.

103 - Bei allen anderen Erklärungen zu Protokoll ist die Übereinstimmung von wirklichem innerem Willen und Wissen der Erklärenden mit dem Urkundeninhalt nicht erforderlich und für die Gültigkeit des beurkundeten Aktes irrelevant. So können beispielsweise Aktionäre an einer notariell protokollierten Generalversammlung offensichtliche Unwahrheiten über die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft zu Protokoll erklären, ohne dass die Urkundsperson mit Ermahnungen zur Wahrheit zu intervenieren oder die Protokollierung abzulehnen hätte. Die anlässlich einer protokollierten Veranstaltung abgegebenen Willenserklärungen, insbesondere die Abstimmungsvoten, erfolgen

Fn 97 - Vgl. in diesem Sinne WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (19): "Nach bundesgerichtlicher Praxis ist die öffentliche Urkunde [über Willenserklärungen] kein blosses Protokoll über abgegebene Erklärungen. In ihr werden nicht nur Erklärungen, sondern auch und insbesondere der wirkliche Wille der Parteien beurkundet (BGE 78 IV 112 = ZBGR 34 S. 60.). Mit der Beurkundung bekräftigt der Notar, dass die Erklärungen mit dem Willen der Parteien übereinstimmen und dass jede die Erklärung der andern als Ausdruck ihres wirklichen Willens auffasst. Weiss er, dass diese Übereinstimmung nicht vorliegt, so darf er die Erklärungen nicht als Ausdruck des Willens der Parteien beurkunden".

Fn 98 - Vgl. Ziff. 1107.

****S. 41****

ohne vorgängige notarielle Belehrung der Abstimmenden über die rechtliche Tragweite. Relevant ist hier die Erklärungsabgabe während der Veranstaltung, nicht der wirkliche innere Wille des Stimmenden. Was jemand bei der Stimmabgabe wirklich gewollt hat, ist belanglos; die abgegebene Stimme zählt als äusseres Faktum. Spätere Anfechtung der individuellen Stimmabgabe wegen Willensmängeln kommt nicht in Frage. Simulation ist unschädlich. Wer Ja stimmt und dabei Nein

denkt, hat trotzdem gültig Ja gestimmt und kann durch den späteren Nachweis seiner Simulation weder an seiner Stimmabgabe noch an der Gültigkeit des notariellen Protokolls etwas ändern.

104 - Sodann ist bei den Erklärungen zu Protokoll in der Regel der äussere Rahmen der **Veranstaltung**⁹⁹, innerhalb derer sie abgegeben werden, von entscheidender Bedeutung. Die Erklärungen zu Protokoll erlangen ihre rechtliche Bedeutung nicht durch die innere Tatsache ihrer Übereinstimmung mit dem wirklichen Willen und Wissen, sondern durch die äussere Tatsache ihrer Abgabe an einer bestimmten Veranstaltung.

c) Unterschriftsbedürftige Protokollerklärung

105 - *Beurkundung einer unterschriftsbedürftigen*¹⁰⁰ *Protokollerklärung liegt vor, wenn die Unterzeichnung der protokollierten Erklärung seitens der erklärenden Personen von Bundesprivatrechts wegen ausdrücklich vorgeschrieben ist, dergestalt, dass erst die unterschriftliche Bekräftigung die Protokollerklärung rechtswirksam werden lässt.*

106 - *Wo vom materiellen Recht die Erklärungsabgabe im Rahmen der protokollierten Veranstaltung verlangt wird, muss die Unterschrift des Erklärenden während dieser Veranstaltung geleistet werden; dies setzt voraus, dass das Protokoll entweder vorbereitet wurde oder dass es während der Veranstaltung geschrieben wird.*

107 - Erläuterung: Eine besondere Stellung innerhalb der Erklärungen zu Protokoll nehmen die **unterschriftsbedürftigen Protokollerklärungen** ein, d.h. jene Protokollerklärungen, welche gemäss zwingender Vorschrift der Unterzeichnung durch die erklärende Person(en) bedürfen und ohne diese Unterzeichnung als nicht abgegeben gelten. Es

Fn 99 - Zu diesem Begriff vgl. Ziff. 112 hienach.

Fn 100 - Mit dem Begriff der Unterschriftsbedürftigkeit wird auf die von Bundesprivatrechts wegen verlangte Unterschrift einer erklärenden Privatperson hingewiesen. - Daneben bedarf jedes notarielle Protokoll der Notarunterschrift, ferner gemäss kantonalen Beurkundungsvorschriften zuweilen der Unterschriften des Versammlungsvorsitzenden und weiterer Personen. Solche beurkundungsrechtlichen Erfordernisse werden in der vorliegenden Arbeit nicht mit dem Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung in Verbindung gebracht.

****S. 42****

handelt sich im wesentlichen um die Gründungserklärungen der Gründer der Aktiengesellschaft gemäss Art. 629 OR¹⁰¹ und der GmbH gemäss Art. 779 OR¹⁰², ferner um die Erklärungen der Beurkundungszeugen bei der Beurkundung von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen und von Willenserklärungen bestimmter kommunikationsbehinderter Personen, sofern solche Zeugenerklärungen notariell protokolliert werden. Auch die zwingend innerhalb der öffentlichen Urkunde zu erklärende Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Ehevertrag einer unmündigen Person gemäss Art. 184 ZGB ist als unterschriftsbedürftige Protokollerklärung zu qualifizieren, ferner die Ehegattenzustimmung zur Bürgschaftserklärung gemäss Art. 494 Abs. 1 OR, sofern diese Zustimmung vor der Urkundsperson abgegeben und ihre Abgabe in der Urkunde protokolliert wird.

108 - Wo das Bundesprivatrecht für eine Erklärung Schriftlichkeit und damit die Unterschriftsleistung der erklärenden Person verlangt (sofern nicht wegen Unterzeichnungsunfähigkeit das Verfahren gemäss Art. 15 OR zur Anwendung kommt), hat die Unterschrift Erklärungswirkung. Mit der Unterschriftsleistung übernimmt die unterzeichnende Person für ihre von der Unterschrift abgedeckten Erklärungen die Erklärungs-Autorschaft. Erst mit der Beisetzung der Unterschrift, nicht bereits mit dem Schreiben und mündlichen Genehmigen des zu unterzeichnenden Textes, wird die betreffende Erklärung rechtswirksam abgegeben, das Erklärte rechtlich "in Kraft gesetzt". Werden Erklärungen, für welche Schriftlichkeit vorgeschrieben ist, in öffentlicher Urkunde abgegeben, so enthält die gleiche Urkunde sowohl die rechtserhebliche Unterschrift der erklärenden Person als

auch das notarielle Zeugnis der erfolgten Unterschriftsleistung. Die unterschriftsbedürftige Erklärung zu Protokoll unterscheidet sich von der (in der Regel ebenfalls unterschriftsbedürftigen) Erklärung zu Urkund dadurch, dass die Urkundsperson keinen wirklichen inneren Willen der erklärenden Person zu ermitteln und diese Person nicht durch Belehrung vor Unbedacht zu schützen hat. Von der nicht-unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung unterscheidet sie sich durch das Unterschriftserfordernis. Die meisten Erklärungen von Veranstaltungsteilnehmern an notariell protokollierten Versammlungen, insbesondere die Abstimmungsvoten, sind nicht unterschriftsbedürftig.

109 - Erklärungs-Autorschaft ist nicht gleichbedeutend mit redaktioneller Autorschaft. In der Regel liegt die Redaktion vollumfänglich bei der Urkundsperson, zuweilen auch bei anderen Redaktoren, welche

Fn 101 - Vgl. hierzu Ziff. 2963 ff.

Fn 102 - Der gleichen Formvorschrift unterliegt bei der GmbH auch die Kapitalerhöhung gemäss Art. 786 OR. Auch dort liegt ein unterschriftsbedürftiges Protokoll vor. Vgl. hinten, Ziff. 3000 ff.

****S. 43****

den Urkudentext vorbereitet haben. Erklärungs-Autorschaft bedeutet jenes Verhältnis einer Person zu einem Text, welches als die Zuordnung des Textinhaltes als rechtserhebliche Erklärung zu dieser Person bezeichnet werden kann.

110 - Wo das **kantonale** Beurkundungsrecht im Sinne einer Ordnungsvorschrift die Mitunterzeichnung eines notariellen Protokolls durch bestimmte Privatpersonen verlangt, wie etwa die Mitunterzeichnung notarieller Gesellschaftsprotokolle durch den **Versammlungsvorsitzenden**¹⁰³, da kommt der betreffenden Privatunterschrift nicht rechtsgeschäftliche Unterschriftsfunktion zu. Vielmehr ist davon auszugehen, dass bei solchen Protokollen die Erklärungs-Autorschaft allein bei der Urkundsperson liegt. Der Privatunterzeichner bringt durch seine Unterschriftsleistung lediglich seine Protokollgenehmigung zum Ausdruck, d.h. er bestätigt die Richtigkeit und Genauigkeit der notariellen Protokollierungsarbeit, ohne aber dadurch als Erklärungs-Autor bzw. Mit-Autor neben die Urkundsperson zu treten.

111 - Man mag die hier vorgeschlagene Unterscheidung von Erklärungen zu Urkund und unterschriftsbedürftigen Protokollerklärungen aufs erste als überflüssige Komplizierung der Dinge empfinden. Die Rechtfertigung der Unterscheidung ist jedoch darin zu sehen, dass andernfalls namentlich die Errichtung der Aktiengesellschaft insgesamt nach den Regeln durchzuführen wäre, welche für die Beurkundung von Verträgen gelten. Gerade dies entspricht aber nicht der Praxis. So ist es üblich und anerkannterweise rechtmässig, die Statuten anlässlich der Gründung nicht im vollen Wortlaut zu lesen, sondern ihr blosses Vorhandensein und den Beschluss ihrer Inkraftsetzung zu protokollieren. Wäre der Gründungsvorgang als Beurkundung individueller Erklärungen zu Urkund zu interpretieren, so müssten die Gesellschaftsstatuten selbstverständlich - als zentrales *essentiale negotii* - im vollen Wortlaut gelesen und es müsste diese Lesung im Beurkundungsvermerk notariell bezeugt werden¹⁰⁴. Auch wird die Gründung, wenn sie als Protokollierung gedeutet wird, insofern erleichtert, als die Urkundsperson von der Ermittlungspflicht bezüglich des wirklichen Gründerwillens, ferner von der Belehrungspflicht bezüglich der individuellen Willensentschlüsse der einzelnen Gründer dispensiert wird.

Fn 103 - Vgl. in diesem Sinne BE ND Art. 22 Abs. 3: "Die Urschrift [des Versammlungsprotokolls] ist vom Vorsitzenden und vom allfälligen Protokollführer zu unterzeichnen; weigern sie sich, so hält der Notar diesen Umstand in der Urkunde fest, unter Angabe der ihm genannten Gründe."

Fn 104 - Dieses Vorgehen entspricht der zürcherischen Praxis; in Bern und Basel werden bei der Gründung der Aktiengesellschaft die Statuten nicht gelesen, sondern es wird ihr Vorhandensein anlässlich der Gründung festgestellt und ihre Inkraftsetzung beschlossen. Die Musterurkundensammlung des Verbandes bernischer Notare

(4.A. 1991), Nr. 741, empfiehlt für diesen Beschluss die Formulierung: "Wir setzen die Statuten mit dem Wortlaut fest, wie er im beiliegenden Exemplar enthalten ist".

****S. 44****

Die notarielle Belehrungspflicht beschränkt sich hier richtigerweise, wie bei allen Protokollierungen, auf jene äussere Gestaltung des Vorgangs, welche zur Erreichung rechtswirksamer Belege - bei der AG-Gründung also handelsregisterlich eintragungsfähiger Gründungsakten - einzuhalten ist. Ob die Gründung kommerziell geboten und steuerrechtlich sinnvoll ist etc., d.h. ob die Willensentschlüsse der Gründer subjektiv vernünftig und mit Bedacht zustandegekommen sind, dies zu ermitteln ist im Rahmen der Protokollierung nicht Aufgabe der Urkundsperson. Weil sich die Urkundsperson um den subjektiven Bedacht der einzelnen Gründer nicht zu kümmern hat, gelten auch nicht die weitgespannten, vor Parteilichkeit schützenden Ausstandsregeln wie bei Vertragsbeurkundungen, sondern nur die engen Ausstandsregeln, die für Protokollierungen massgebend sind. - Auch in Ansehung notariell protokollierter Erklärungen von Beurkundungszeugen, zustimmenden gesetzlichen Vertretern und zustimmenden Ehegatten ist ein Begriff erforderlich, welcher die besondere beurkundungsrechtliche Qualität solcher Erklärungen und deren Gegensatz zu den urkundlichen Erklärungen von Stiftern, Testatoren oder Grundstückveräusserern etc. deutlich macht.

6. Protokollierte Veranstaltung

112 - *Veranstaltungen im Sinne dieser Darstellung sind Verfahren, namentlich Versammlungen, die zum Zwecke der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten durchgeführt werden. Die notarielle Protokollierung von Veranstaltungen erfolgt zu den Zwecken*

(a) der Kontrolle und

(b) des Beweises des rechtserheblichen Verfahrensablaufs.

113 - *In der hier gewählten Terminologie wird die Protokollierung, d.h. das Beurkundungsverfahren, nicht als Veranstaltung bezeichnet, sondern die Beurkundung tritt, wenn Veranstaltungen protokolliert werden, als eigenes, beurkundungsrechtlich geregeltes Verfahren zu einem meist verbandsrechtlich geregelten Veranstaltungsverfahren hinzu und begleitet dieses.*

114 - Erläuterung: Wird eine (vom Beurkundungsverfahren verschiedene) Veranstaltung protokolliert, so kommt es auf den wirklichen inneren Willen der zu Protokoll erklärenden Personen von Beurkundungsrechts wegen nicht an, ebensowenig auf den Konsens bzw. auf die Übereinstimmung der abgegebenen Willenserklärungen. Gegenstand der Beurkundung ist bei Veranstaltungen nicht die übereinstimmende Willenserklärung, sondern die Tatsache ihrer Abgabe innerhalb der

****S. 45****

Veranstaltung, seien sie nun übereinstimmend oder nicht¹⁰⁵. Das Protokollierungsverfahren bei kleinen Versammlungen mit einem im voraus bekannten Verlauf würde ohne Notwendigkeit erschwert, wenn die Verlesung eines vorbereiteten Protokolls den Regeln betreffend Ausstand der Urkundsperson, Vorlesung durch die Urkundsperson, Einheit des Aktes, Identifikation der Erschienenen, Vollmachtenkontrolle, Unterschrift der Erschienenen etc. unterworfen würde, welche für die ganz anders gelagerten Beurkundungen von Erklärungen individueller Willenserklärungen gelten.

115 - Dies sei verdeutlicht: Liegt bei einer öffentlich zu beurkundenden Verwaltungsratssitzung ein vorbereitetes notarielles Protokoll vor, so genügt dessen Vorlesung seitens des Verwaltungsratspräsidenten dem Erfordernis der Veranstaltungs-Durchführung. Liest der Vorsitzende aus dem vorbereiteten Protokoll die zu fassenden Entschlüsse vor, und erhebt kein Anwesender Einspruch, so sind die Beschlüsse damit gefasst. Das vorgelesene Protokoll ist fortan die getreue Wiedergabe des Ver-

anstellungsverlaufs. Unterzeichnet die Urkundsperson anschliessend das Protokoll, so ist eine inhaltlich wahre und materiellrechtlich gültige öffentliche Urkunde entstanden.

116 - Qualifiziert man den Vorgang als Beurkundung individueller, übereinstimmender Willenserklärungen und stellt man ihn beurkundungsrechtlich auf die gleiche Ebene wie etwa die Beurkundung eines Grundstückkaufs, so wäre im dargestellten Beispiel nicht richtig protokolliert worden: Die Urkundsperson hätte selber vorlesen müssen! Das Requisit der notariellen Vorlesung ist aber sinnwidrig, wo doch das vorbereitete Protokoll als das Drehbuch für den tatsächlichen Versammlungsverlauf betrachtet werden darf. Wird protokolliert, der Vorsitzende habe etwas Bestimmtes gesagt, so kann es diesem Vorsitzenden nicht verwehrt sein, diese Aussage selber aus dem vorbereiteten notariellen Protokoll vorzulesen, die Aussage also mit lauter Stimme tatsächlich zu machen.

117 - Ein weiteres Beispiel möge den Unterschied zwischen Beurkundung von individuellen Erklärungen und vorbereiteter Protokollierung verdeutlichen. Bei einem öffentlich zu beurkundenden Verwaltungsratsbeschluss kann die Instruktion an die Urkundsperson dahin gehen, sie möge das Protokoll mit einem bestimmten Inhalt und unter Erwähnung bestimmter Sitzungsteilnehmer vorbereiten und bei einem Beschluss die bekannte Opposition eines Teilnehmers vermerken, welcher sein Stimmrecht in ablehnendem Sinne ausüben werde. - Bei voraussagegemäsem Verlauf findet die Sitzung mit den genannten Teilnehmern so statt, dass die Urkundsperson oder eine andere anwesen-

Fn 105 - Vgl. die abweichende Betrachtungsweise bei MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 80, N 5 zu Art. 28 NG BE und S. 171, N 10 zu Art. 22 ND BE.

****S. 46****

de Person das vorbereitete Protokoll vorliest oder dass alle Anwesenden es still selber lesen, anschliessend ihre Protokollgenehmigung erklären, worauf die Urkundsperson das Protokoll unterschreibt. Auch der Opponent unterschreibt und genehmigt das Protokoll, sofern seine Opposition im Urkundenentwurf richtig zum Ausdruck kommt. Befindet er sich in der Minderheit, so ist der protokollierte Beschluss gültig zustande gekommen; er aber hat sich möglicherweise einer Verantwortlichkeitsklage entzogen, indem er seine Opposition gegen einen temerären Beschluss zu Protokoll gegeben hat. - Wollte man die Urkunde als Beurkundung übereinstimmender Willensäusserungen interpretieren¹⁰⁶, so hätte es am Konsens der Erklärenden gefehlt, was der Beurkundung den Boden entzogen haben würde; davon aber kann keine Rede sein.

118 - Auch in jenen Kantonen, deren Beurkundungsrecht den Begriff der vorbereiteten Protokollierung nicht kennt, wird in der Praxis - praeter legem - mancherorts ein Verfahrensmodus befolgt, welcher der hier erörterten vorbereiteten Protokollierung weitgehend entspricht, und es werden die Anforderungen an die Beurkundung individueller Erklärungen nicht durchwegs eingehalten, weil die Andersartigkeit einer Beschlussfassung auch ohne dogmatische Reflexion auf der Hand liegt. Es besteht dann eine gewisse Diskrepanz zwischen geschriebenem Recht und gelebter Praxis.

119 - Eine vertiefte Begriffsbestimmung und die Begründung zu der hier vorgeschlagenen Terminologie findet sich hinten im Kapitel über die notariellen Protokolle (vgl. Ziff. 2689 ff.); der Sonderfall des Errichtungsaktes der Aktiengesellschaft gemäss Art. 629 OR ist in Ziff. 2963 ff. erörtert.

7. Der Gegensatz von Erklärung und Auskunft

120 - *Auskünfte sind alle mündlichen und schriftlichen Mitteilungen an die Urkundsperson, welche nicht im Rahmen eines Beurkundungsvorgangs oder einer Protokollaufnahme zu Urkund oder zu Protokoll erklärt werden.*

121 - Erläuterung: Die negative Begriffsumschreibung bedarf der Erläuterung. Während der Vorbereitung einer Vertragsbeurkundung erteilen die Beteiligten der Urkundsperson Auskünfte. In die-

sem Sinne besteht die Klienteninstruktion aus einer Summe von Auskünften. Die Auskunftserteilung hat keinen rechtsgeschäftlichen Charakter. Die

Fn 106 - Vgl. in diesem Sinne etwa MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 170/1, N 9 und 10 zu Art. 22 ND BE.

****S. 47****

Klienten geben der Urkundsperson über ihren Geschäftswillen Auskunft, aber sie erklären diesen Willen nicht rechtsverbindlich. Aufgrund der Auskünfte erstellt die Urkundsperson den Urkundenentwurf. Sein Inhalt - nur dieser, nicht die Gesamtheit der zuvor erteilten Auskünfte - wird anlässlich des Beurkundungsvorganges mit rechtlichem Bindungswillen erklärt - er wird zur beurkundeten Erklärung.

122 - Ein weiteres Beispiel sei genannt. Wenn der Testator bei der Vorbereitung seiner letztwilligen Verfügung der Urkundsperson mitteilt, er sei ledig, und wenn die Urkundsperson hierauf in der Urkunde in der Form der notariellen Eigenaussage bezeugt, vor ihr sei erschienen der Erblasser X, "ledig", etc., dann stützt sie sich auf eine Auskunft: Sie transformiert eine Klientenauskunft in ein notarielles Zeugnis. Formuliert sie statt dessen, vor ihr sei der Erblasser X. erschienen und habe erklärt: *"Ich, X., ledig, errichte hiermit meine letztwillige Verfügung..."*, dann geht die Information des Ledigseins als individuelle Erklärung in die Urkunde ein.

123 - Auskünfte können von Personen stammen, die am Beurkundungsverfahren beteiligt sind, ferner von Drittpersonen. Auskünfte können auch in notarielle Sachbeurkundungen einfließen, insbesondere in notarielle Inventare¹⁰⁷.

124 - Bei der Entgegennahme von Auskünften handelt die Urkundsperson nicht hoheitlich. Sie kann Auskünfte demgemäss auch ausserhalb ihres Kantons einholen, im Gegensatz zur hoheitlichen Entgegennahme von Erklärungen zu Urkund und zu Protokoll.

125 - Auskünfte können von Verfahrensbeteiligten auch während des Beurkundungsverfahrens bzw. während der Protokollaufnahme erteilt werden. Was der Vorsitzende einer grossen Versammlung der neben ihm am Präsidententisch sitzenden Urkundsperson persönlich erläutert, hat den Charakter der Auskunft und kann, wenn es nicht für alle Anwesenden hörbar proklamiert wurde, nicht als Erklärung zu Protokoll in die Urkunde aufgenommen werden. Gesetzlich vorgeschriebene, beurkundungsbedürftige Feststellungserklärungen müssen vom Vorsitzenden gegenüber allen Veranstaltungsteilnehmern, d.h. als ein Teil der Veranstaltung, nicht nur persönlich gegenüber der Urkundsperson, geäussert werden.

126 - Was der Urkundsperson in Schriftform zugeht, kann von ihr nicht als Erklärung des Autors beurkundet werden, und zwar weder in der Form der Erklärungsbearkundung noch in der Form der Protokollierung. Auch ist es unzulässig, das Vorliegen des privatschriftlichen

Fn 107 - Demgegenüber wird das Ehegüterrechtsinventar gemäss Art. 195a ZGB in der Regel in einem Beurkundungsvorgang als individuelle Wissenserklärung der Ehegatten beurkundet. Vgl. hierzu Ziff. 3155.

****S. 48****

Textes als bestehende Tatsache, im Sinne des "Erklärt-worden-seins" zu beurkunden¹⁰⁸.

8. Umfassende und teilweise Wahrheitsgewähr

127 - *Die Wahrheitsgewähr für beurkundete Erklärungen ist in der Regel eine umfassende. Dies bedeutet, dass die beurkundende Person [richtig: Partei]¹⁰⁹ den von ihr bezeugten Willen oder die von ihr vorbehaltlos bezeugten Tatsachen mit Gewissheit zu bezeugen hat.*

128 - Die umfassende Wahrheitsgewähr bedeutet keine Verantwortlichkeit für absolute Wahrheit; der entschuldbare Irrtum bleibt allemal vorbehalten¹¹⁰.

129 - Für einzelne Tatsachen leistet die Urkundsperson teilweise Wahrheitsgewähr, d.h. ihr Zeugnis beinhaltet nicht Gewissheit, sondern nur jenen Grad an Wahrscheinlichkeit, der als Glaubhaftigkeit bezeichnet wird. Dies trifft in zwei Fällen zu, nämlich

(a) bezüglich des Inhalts beurkundeter individueller Erklärungen; hier bezeugt die Urkundsperson, dass sie aufgrund gehöriger Sorgfalt bei der Sachverhaltsermittlung keine objektiven Gründe für die Annahme der Unwahrheit des Erklärungsinhaltes hat; ferner

(b) bezüglich des Inhalts protokollierter Erklärungen Dritter zum Veranstaltungsverlauf, welche von der Urkundsperson aufgrund unmittelbarer Wahrnehmung auf ihre Glaubhaftigkeit hin kontrolliert werden können; hier bezeugt die Urkundsperson, dass sie aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmungen keine Zweifel an der Wahrheit der protokollierten Erklärung hat bzw. dass ihr die betreffenden Protokollerklärungen als glaubhaft erschienen.

Fn 108 - Vgl. hierzu Ziff. 3064 ff.

Fn 109 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 196 ff.

Fn 110 - Als Beispiel sei die irrtümliche notarielle Bezeugung der Identität einer zu Urkund erklärenden Person erwähnt, wenn diese Person sich unter falschem Namen vorstellt und sich mit einem raffiniert gefälschten Pass ausweist. Die Möglichkeit solcher entschuldbarer Irrtümer der Urkundsperson entzieht dem notariellen Zeugnis nicht den öffentlichen Glauben im Sinne von Art. 9 ZGB; das Rechtsinstitut des öffentlichen Glaubens dient gerade dazu, das allemal bestehende Gewissheitsdefizit jeder menschlichen Aussage dadurch auszufüllen, dass der Verlass auf die Urkunde für jedermann zur Rechtspflicht erklärt wird - unter Vorbehalt der substantiierten Widerlegung des Urkundeninhaltes. Am Vorbehalt der Widerlegbarkeit (Art. 9 ZGB: Die Urkunde erbringt "vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist") zeigt sich, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der Unwahrheit in Kauf nimmt.

****S. 49****

130 - In beiden erwähnten Fällen tritt neben die teilweise notarielle Wahrheitsgewähr, und zusätzlich zu dieser, eine von bestimmten Privatpersonen zu leistende umfassende Wahrheitsgewähr: Die ihren Willen zu Urkund erklärenden Personen und die den Veranstaltungsverlauf zu Protokoll erklärenden Personen haben für ihre Aussagen volle Gewissheit zu gewährleisten. Die Summe der umfassenden privaten und der teilweisen notariellen Wahrheitsgewähr legitimiert den dem Urkundeninhalt rechtlich verliehenen öffentlichen Glauben.

131 - Erläuterung: Die [richtig: hier dargestellte] teilweise notarielle Wahrheitsgewähr ist bei der Beurkundung individueller Erklärungen anders zu umschreiben als bei den notariell begleiteten Vorgängen, deren Resultat als verfahrensrelevante Erklärung zu Protokoll gegeben wird. Im ersten Fall muss die Urkundsperson die Beurkundung immer dann vornehmen, wenn sie keine objektiven Gründe für die Annahme inhaltlicher Unwahrheit hat, und zwar auch dann, wenn sie subjektiv unter dem Eindruck steht, die Erschienenen seien nicht wahrhaftig¹¹¹. Im zweiten Fall soll die Urkundsperson beim Verdacht unwahrer Angaben die Vorlegung von Beweismitteln verlangen und die verdächtigen Erklärungen durch eigene Ermittlungstätigkeit kontrollieren.

132 - Die Unterscheidung drängt sich auf, weil innerer Wille seiner Natur nach für Aussenstehende nicht kontrollierbar ist und demgemäss keine notarielle Amtspflicht zu abschliessender, die Wahrheit gewährleistender Kontrolle gefordert werden kann. Dagegen sind die Erklärungen des Veranstaltungsleiters zum Einladungsversand, zur Präsenz und zur Beschlussfähigkeit insgesamt objektiv kontrollierbare Wissenserklärunen. Sobald hier der Verdacht einer Lüge entsteht, haben Kontrollhandlungen der Urkundsperson durchaus einen Sinn. War der Verdacht unbegründet, so wird der Veranstaltungsleiter einen Weg finden, die Wahrheit seiner Erklärungen durch das Beibringen von Unterlagen oder durch die bestätigenden Aussagen von Hilfspersonen so weit glaubhaft zu machen, dass die Veranstaltung weitergehen kann.

9. Wahrnehmungs- und Überzeugungsbeurkundung

133 - Unter Wahrnehmungsbeurkundungen werden in der vorliegenden Darstellung jene Beurkundungen verstanden, deren Hauptaussage in der Beschreibung einer unmittelbaren Wahrnehmung der Urkundsperson besteht¹¹².

Fn 111 - Näheres hiezu vgl. Ziff. 307 ff.

Fn 112 - Der Begriff der Wahrnehmung umfasst sinnlich unmittelbar rezipierte und vom Rezipienten selbst interpretierte Information. Unter der Unmittelbarkeit ist einerseits

****S. 50****

134 - Unter Überzeugungsbeurkundungen werden jene Beurkundungen verstanden, deren Aussage in der Beschreibung von Umständen besteht, von denen sich die Urkundsperson mit gehöriger Sorgfalt eine persönliche Tatbestands- oder Rechtsüberzeugung¹¹³ gebildet hat, insbesondere aufgrund ihrer Einsichtnahme in amtliche Register und in andere Dokumente, aber auch durch Einholung von mündlichen und schriftlichen Auskünften, durch Rückgriff auf bestehendes Wissen¹¹⁴ und eigene Lebenserfahrung sowie durch eigene Wahrnehmung. Mit der Überzeugungsbeurkundung beurkundet die Urkundsperson den Inhalt ihrer Überzeugung, nicht den Vorgang oder den Inhalt ihrer unmittelbaren Wahrnehmungen¹¹⁵.

135 - Erläuterung: Jede Beurkundung individueller Erklärungen und jede Protokollierung von Vorgängen gibt eine Reihe notarieller Wahrnehmungen wieder, insbesondere was den äusseren Ablauf des Beurkundungsvorgangs bzw. der protokollierten Veranstaltung anbelangt. Man denke an die notarielle Bezeugung des Erscheinens der Erklärenden und der erfolgten Erklärungsabgabe. Einzelne kantonale Beurkundungserlasse kennen, gemäss ihrem Wortlaut oder gemäss der einschlägigen Kommentierung¹¹⁶, nur die Wahrnehmungsbeurkundung¹¹⁷.

die selber gemachte Rezeption, andererseits die zeitliche und örtliche Nähe der Rezeption zu ihrer schriftlichen Bezeugung zu verstehen. Als notarielle Wahrnehmung soll nur beurkundet werden, was die Urkundsperson "hier und jetzt" wahrgenommen hat. Die notarielle Erinnerung an früher gemachte Wahrnehmungen soll demgegenüber als notarielles Wissen oder als notarielle Überzeugung, nicht als Wahrnehmung dargestellt werden.

Fn 113 - In diesem Sinne spricht ZH EGZGB § 236 von der Beurkundung rechtlicher Verhältnisse.

Fn 114 - Vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 58: "als Beweismittel kann auch das eigene Wissen der Behörde, z.B. über die Identität des Gesuchstellers, in Betracht fallen."

Fn 115 - Aufgrund dieser Definition ist eine Urkunde, in welcher die Urkundsperson lediglich den Vorgang ihrer Einsichtnahme in Dokumente und den Vorgang der Auskunftserteilung seitens bestimmter Personen an bestimmtem Ort und zu bestimmter Zeit beschreibt, ohne den Inhalt dieser Auskünfte bzw. die sich daraus ergebenden Tatsachen selber zu bezeugen, eine Wahrnehmungsurkunde.

Fn 116 - So kommentiert MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 167, N 6 zu Art. 20 ND BE: "Der Notar darf nur beurkunden, was er selbst **sinnlich** wahrgenommen hat." - Art. 29 NG BE lautet jedoch: "Der Notar darf nur ... Tatsachen beurkunden, die er selbst **vorschriftsgemäss** wahrgenommen hat"; das Erfordernis "vorschriftsgemässer" Wahrnehmung lässt auch andere als sinnliche Wahrnehmungen zu; dies wird vom Kommentator a.a.O., S. 82, N 6 zu Art. 29 ND BE, unter Inkaufnahme eines gewissen Widerspruchs zur oben zitierten Stelle denn auch eingeräumt: "Nicht selten beurkundet der Notar Tatsachen, die er nicht selbst sinnlich wahrgenommen hat (Tod einer Person, Abstammungsverhältnisse, Eheschluss)". - ROLAND PFÄFFLI, Das Antragsprinzip im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Erbgangs, BN 1985, S. 63-77 (74) bezeichnet es für Erbgangsbeurkundungen zu Recht als unnötig, dass die Dokumente, die zur notariellen Überzeugung geführt haben (Familien-scheine, Güterrechtsregisterauszüge usw.) in der Urkunde erwähnt werden.

****S. 51****

Es gibt jedoch kaum eine öffentliche Urkunde, welche sich auf die Wiedergabe unmittelbarer notarieller Wahrnehmungen beschränkt. Fast immer bezeugt die Urkundsperson neben einzelnen Wahrnehmungen auch eigene Überzeugungen, die nicht auf unmittelbarer Wahrnehmung beruhen.

136 - Dieser Realität tragen die Beurkundungserlasse einzelner Kantone ausdrücklich Rechnung¹¹⁸.

137 - Eine Einschränkung der notariellen Beurkundungszuständigkeit auf Wahrnehmungsbeurkundungen wäre realitätsfremd und entspricht in keinem Kanton der Praxis¹¹⁹. Mit der Betonung der notariellen Pflicht zu unmittelbarer Wahrnehmung will denn auch nicht die notarielle Überzeugungsbeurkundung grundsätzlich verboten werden, sondern es soll damit vor allem das Verfahren der Abwesenheits-Beurkundung

Fn 117 - Vgl. etwa LU BeurkG § 27: "Die Urkundsperson darf vorbehältlich Absatz 2 [betreffend den Wechselprotest] nur beurkunden, was sie mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat". - Wo dies der Fall ist, muss insbesondere bei Sachbeurkundungen zur Fiktion gegriffen werden, die Urkundsperson könne Tatsachen "sinnlich wahrnehmen, die sich ausserhalb des Kantons ... ereignet haben (Verwandtschaft aufgrund von Familienregistrauszügen; fehlende Ausschlagung aufgrund entsprechender Bescheinigungen der zuständigen Behörden; Tatsache, dass keine letztwillige Verfügung eröffnet worden ist aufgrund einer Bescheinigung der zuständigen Behörde am letzten Wohnsitz des Erblassers..." (so PETER RUF in BN 1990, S. 24, Nr. 6). - Wird auf die Fiktion verzichtet, so wird man ein Verwandtschaftsverhältnis oder das Ausbleiben einer Erbausschlagung ebensowenig als eine Tatsache bezeichnen können, "die sich ausserhalb des Kantons ereignet hat", als man diesbezüglich von "sinnlicher Wahrnehmung" der Urkundsperson wird sprechen wollen.

Fn 118 - Vgl. ZH NV § 35: "Das urkundliche Zeugnis über irgendeinen Vorgang oder ein tatsächliches oder rechtliches Verhältnis soll auf der Überzeugung des Notars beruhen, dass es der vollen Wahrheit entspricht." - Obgleich diese Bestimmung sich gemäss ihrer systematischen Stellung nur auf Sachbeurkundungen bezieht, muss sie auch für einzelne Elemente von Beurkundungen individueller Erklärungen gelten, so etwa für die Beurkundung der Identität der Erklärenden und für die Beurkundung ihres Geschäftswillens. Die Ermittlungspflicht der Urkundsperson bezüglich des wirklichen Willens der Vertragsparteien zielt darauf ab, dass sich die Urkundsperson von diesem (grundsätzlich nicht wahrnehmbaren) inneren Willen eine Überzeugung bildet und nicht bloss den äusseren Vorgang der Erklärungsabgabe beobachtend protokolliert.

Fn 119 - Vgl. etwa BGE 90 II 274, E. 6 (282): "Die öffentliche Beurkundung bewirkt nach Art. 9 ZGB, dass die Urkunde für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis erbringt, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Im Hinblick auf diesen Zweck und diese Wirkung gehört nach Bundesrecht zur öffentlichen Beurkundung eines Vertrages, dass die Urkundsperson in der von ihr errichteten Urkunde die Tatsachen und Willenserklärungen feststellt, die für das in Frage stehende Geschäft wesentlich sind. *Diese Feststellung kann sich nicht in allen Fällen auf unmittelbare sinnliche Wahrnehmungen der Urkundsperson stützen. Vielmehr muss sich diese in manchen Punkten auf die Angaben der Vertragsparteien verlassen oder auf Schlussfolgerungen abstellen, die sie aus sinnlich wahrnehmbaren Tatsachen zieht* (BGE 78 IV 111, 112). Dies gilt namentlich auch für den in der Vertragsurkunde festgestellten Parteiwillen." (Hervorhebung beigefügt).

****S. 52****

dung¹²⁰ für individuelle Erklärungen und Protokollierungen ausgeschlossen werden.

138 - Manche Beurkundungen sind als Kombination von Wahrnehmungs- und Überzeugungsbeurkundungen ausgestaltet. In diesem Falle sind die für die beiden Formen geltenden Regeln kumulativ einzuhalten. Als Beispiel seien drei Varianten einer Unterschriftsbeglaubigung vorgestellt. Lautet der Beglaubigungstext, die Urkundsperson beurkunde, dass die Unterschrift durch die durch ihren Pass ausgewiesene Person P am Tage X vor der Urkundsperson beigesetzt worden ist, so liegt eine reine Wahrnehmungsbeurkundung vor. Heisst es - in einer zweiten Variante - überdies, die Urkundsperson beglaubige die Echtheit der Unterschrift (d.h. deren rechtliche Zuordnung zu dem identifizierten Autor), so liegt in diesem Zeugnis eine Überzeugungsbeurkundung. Denn die Echtheit der Unterschrift ist als solche nichts Wahrnehmbares, sondern ein auf der Ebene des Gedanklichen liegende Schlussfolgerung bzw. Überzeugung der Urkundsperson. Die Beglaubigung erweist sich in diesem Fall als kombinierte Wahrnehmungs- und Überzeugungsbeurkundung. - Wird die Beglaubigung in einer dritten Variante als Fernbeglaubigung unter Abwesenden erstellt und lautet der Beglaubigungsvermerk demgemäss, die Urkundsperson beglaubige die Echtheit der ihr bekannten Unterschrift des Unterzeichners X, so liegt eine reine Überzeugungsbeurkundung vor. Inhalt der Beurkundung ist in diesem Falle nicht die Wahrnehmung einer vorhandenen Unterschrift (hiezubraucht es die Urkundsperson nicht: jeder spätere Inhaber des Dokuments wird diese Unterschrift

selber wahrnehmen und bedarf dazu nicht des notariellen Zeugnisses), sondern die (nicht auf früheren Wahrnehmungen beruhende) Überzeugung der Urkundsperson von der Herkunft der Unterschrift von einem bestimmten Autor.

139 - Mit der Einführung des Begriffs der Überzeugungsbeurkundung wird einer Auffassung entgegengetreten, welche von der Fiktion ausgeht, dass alle notarielle Bezeugung direkt oder indirekt auf Wahrnehmungen beruhen könne und müsse. Die Vorstellung von "indirekter Wahrnehmung" wird in der vorliegenden Arbeit abgelehnt. "Indirekte Wahrnehmung" ist keine Wahrnehmung.

140 - Dies soll verdeutlicht werden: Wenn eine Urkundsperson am Lageort des Grundstücks die Erbgangsurkunde bezüglich eines auswärts verstorbenen Eigentümers erstellt, so mag sie dies aufgrund amtlicher Dokumente tun, welche ihr von einer auswärtigen Amtsstelle übermittelt werden. Diese Dokumente mögen ihrerseits öffentliche Urkunden sein. So kann die Fiktion entstehen, die zweite Urkundsperson

Fn 120 - Vgl. hierzu Ziff. 8 ff.

****§. 53****

son beurkunde den Tod der auswärts gestorbenen Person als "indirekt wahrgenommene" Tatsache: Ein auswärtiger Arzt bescheinigte aufgrund seiner Wahrnehmung der Leiche den Tod; das auswärtige Zivilstandsamt registrierte aufgrund des ärztlichen Todesscheins den Tod in einem öffentlichem Register, der auswärtige Notar übernahm diesen Registerinhalt öffentlichen Glaubens in den von ihm erstellten Erbenschein und der Notar am Ort der gelegenen Sache übernimmt die gleiche Wahrheit aus dem Erbenschein in die von ihm erstellte Erbgangsurkunde. Wird aufgrund einer solchen Interpretation gesagt, der zweitgenannte Notar beurkunde den Tod einer auswärts gestorbenen Person aufgrund von eigenen (indirekten, dokumentengestützten) Wahrnehmungen, bzw. aufgrund einer ununterbrochenen Kette aufeinander abgestützter Urkunden öffentlichen Glaubens, so liegt eine unzutreffende Beschreibung des Sachverhalts vor. In Wirklichkeit beurkundet der zweite Notar eben keine Wahrnehmung¹²¹, sondern die aus Dokumenten gewonnene Tatsachenüberzeugung des Todes einer Person¹²². Hinzu kommt, dass solche Beurkundungen praktisch nie auf eine ununterbrochene Kette aufeinander abgestützter Urkunden öffentlichen Glaubens zurückgeführt werden können. In der Praxis ist die Kette fast immer irgendwo unterbrochen. - Vgl. zur Beurkundungsfähigkeit auswärts erlangten notariellen Wissens im übrigen Ziff. 714 ff.

10. Beurkundungsverfahren

141 - *Der Inbegriff notarieller Tätigkeiten, welche zu einer öffentlichen Urkunde führen, heisst Beurkundungsverfahren.*

142 - *Bei den Beurkundungen individueller Erklärungen und bei den Protokollierungen sind private Verfahrensbeteiligte mit bestimmten Verfahrensrechten und -pflichten während des Beurkundungsvorgangs bzw. während des Ablaufs der protokollierten Veranstaltung in das Verfahren einbezogen. Während dieser Phasen haben die Verfahrensbeteiligten gewisse verfahrensrechtliche Befugnisse und Pflichten, die sie an anderem Ort und zu anderer Zeit nicht haben, und sie erzeugen durch ihre Erklärungen und Handlungen Rechtswirkungen, die sie an anderem Ort und zu anderer Zeit nicht erzeugen können. Das Verfahren hebt die betreffenden Vorgänge von privatem*

Fn 121 - Es könnte sich nur um eine Dokumenten-Wahrnehmung handeln, die dann aber als solche beurkundet werden müsste: "... beurkundet das Vorliegen eines unzweifelhaft echten Auszugs aus dem Zivilstandsregister X., worin geschrieben steht ...".

Fn 122 - "... beurkundet, dass XY. verstorben ist ...".

****S. 54****

Geschehen ab und verleiht ihnen ihre besondere rechtliche Bedeutung. Während dieser Verfahrensabschnitte übt die Urkundsperson eine hoheitliche Funktion, diejenige der (beurkundungsrechtlichen) Verfahrensleitung aus.

143 - Erläuterung: Das Bestreben, die Beurkundungstätigkeit verfahrensrechtlich zu erläutern, führt zu aufschlussreichen Erkenntnissen. In der schweizerischen Beurkundungsdoktrin hat sich eine verfahrensrechtliche Betrachtungsweise insbesondere deshalb durchzusetzen vermocht, weil sie die begriffliche Grundlage bot, um das in einzelnen Kantonen geübte Abwesenheitsverfahren mit einer bundesrechtlichen Begrifflichkeit auszuschalten. Vgl. hiezu Ziff. 8 ff.

144 - Die in der Lehre seit 1953 entwickelte Unterteilung der öffentlichen Beurkundung individueller Erklärungen in drei¹²³, später in fünf Verfahrensabschnitte, nämlich (1) Beurkundungsbegehren¹²⁴, (2) Prüfungsverfahren¹²⁵, (3) Vorverfahren¹²⁶, (4) Hauptverfahren¹²⁷ und (5)

Fn 123 - Die drei Abschnitte waren Vorverfahren, Hauptverfahren, Nachverfahren.

Fn 124 - Es wird auch Beurkundungsantrag, Beurkundungsauftrag, Beurkundungsersuchen, Beurkundungsansuchen, Rogation oder Requisition genannt; dabei handelt es sich um das Begehren der Klientschaft an die Urkundsperson um Vornahme einer bestimmten Beurkundung.

Fn 125 - Im Prüfungsverfahren prüft die Urkundsperson, ob sie dem Beurkundungsbegehren Folge geben kann. Die Prüfung umfasst die Beurteilung der eigenen Zuständigkeit, des Fehlens von Ausschliessungs- und Ablehnungsgründen, der Identität, Handlungsfähigkeit und Vertretungsmacht der Erschienenen, schliesslich ihrer Legitimation zur Sache; vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 91 ff.

Fn 126 - Im Vorverfahren wird das Hauptverfahren materiell vorbereitet, d.h. der zu beurkundende Wille der Klientschaft wird ermittelt und der Urkundenentwurf wird formuliert. Die erforderliche Belehrung wird erteilt. Es werden alle weiteren Vorbereitungen getroffen, welche zur zügigen, unterbrochungslosen Durchführung des Beurkundungsvorgangs (des Hauptverfahrens) erforderlich sind; vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 97 ff.

Fn 127 - Das Hauptverfahren besteht in der Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde durch die zu Urkund erklärenden Personen in Anwesenheit der Urkundsperson und allfälliger Zeugen, ferner in der Unterzeichnung des Zeugenprotokolls durch die Zeugen und in der Beisetzung der Notarunterschrift; vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 105 ff. - Der Begriff des Hauptverfahrens lässt sich bei Protokollierungen auf die Protokollaufnahme eher anwenden als auf die anschliessende Urkundenherstellung, welche ohne verfahrensrechtlichen Rahmen zu beliebiger Zeit in den Räumen der Urkundsperson zu erfolgen pflegt. - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen ist es noch schwieriger, den Begriff des Hauptverfahrens mit einem klaren Sinn zu verbinden; MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 106, Ziff. 2 Abs. 2 und Ziff. 3 Abs. 2, verwendet den Begriff des Hauptverfahrens nur für jene Sachbeurkundungen, bei welchen die Urkundsperson einen Urkundenentwurf vorbereitet und anlässlich eines Augenscheines verifiziert, d.h. nur für vorbereitete Protokollierungen. Welchen Inhalt der Begriff des Hauptverfahrens bei nachträglichen Protokollierungen und bei der Beurkundung bestehender Tatsachen (wie etwa bei Erbgangsbeurkundungen) haben soll, ist aus MARTIS Erörterung nicht ersichtlich.

****S. 55****

Nachverfahren¹²⁸, hat in der Schweiz¹²⁹ Bedeutung erlangt als eine Systematisierung der rechtlichen Einordnung und als Hilfsmittel nicht nur zum Vergleich, sondern insbesondere zur Vereinheitlichung der kantonalen Beurkundungsnormierungen¹³⁰. Die historische Entwicklung dieser Terminologie kann folgendermassen nachgezeichnet werden:

145 - Die erstmalige Erwähnung der Begriffe "Hauptverfahren" und "Vorverfahren" in der schweizerischen Literatur findet sich wohl 1953 bei PAUL FLÜCKIGER, Das Verurkundungsverfahren, in: Notar und Recht, S. 45 ff. (53 ff.).

146 - In GULDENERS "Freiwilliger Gerichtsbarkeit" von 1954, welche auf FLÜCKIGERS Arbeit von 1953 Bezug nimmt, steht nichts von Vor-, Haupt- und Nachverfahren. Auf S. 95 erörtert Guldener lediglich die Pflichten anlässlich der Verlesung, ferner "den Vollzug" der Beurkundung dadurch, dass der Urkundsbeamte die schriftliche Erklärung abgibt, die Urkunde enthalte den "ihm mitgeteil-

ten Parteiwillen", und dass er die Urkunde unter Angabe von Ort und Zeit der Beurkundung unterzeichnet und siegelt. Die Verlesung (einschliesslich vielleicht der Notarunterschrift und Siegelung) wird von Guldener (S. 96 oben) als "das Beurkundungsverfahren" bezeichnet, nämlich als jener Verfahrensteil, der gemäss Vorschrift in verschiedenen Gesetzen "ohne wesentliche Unterbrechung zu Ende geführt" werden muss.

147 - HANS HUBER¹³¹ greift 1967 auf FLÜCKIGERS Terminologie zurück, um für seine Postulierung bundesrechtlicher Regeln, insbesondere die Anwesenheit und Mitwirkung der Urkundsperson im "Hauptverfahren", einen begrifflichen Aufhänger zu finden.

148 - ALFRED SANTSCHI weist in einem Aufsatz von 1968, Die Rechtsberatung durch den Notar, ohne Quellenangabe auf die drei Phasen des Vorverfahrens, des Hauptverfahrens und des Nachverfahrens hin.

149 - 1975 verwendet SIDLER, S. 33-39, die drei Begriffe des Vor-, Haupt- und Nachverfahrens im Sinne einer anerkannten Terminologie.

150 - Eine eigene, etwas abweichende Terminologie findet sich 1978 bei CARLEN, S. 90 und 92: Hier werden die dem Beurkundungsvorgang vorangehenden Verrichtungen gesamthaft als "Prüfungsverfahren"

Fn 128 - Das Nachverfahren umfasst die Registrierung der errichteten Urkunde in den Registern der Urkundsperson, ihre Inverwahrungnahme, die Erstellung von Ausfertigungen und gegebenenfalls die Anmeldung des beurkundeten Geschäftes beim einschlägigen öffentlichen Register (Grundbuchamt, Handelsregisteramt); vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 150 ff.; WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (26).

Fn 129 - Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo keine solchen Verfahrensabschnitte unterschieden werden.

Fn 130 - Vgl. hierzu Ziff. 15 ff.

Fn 131 - HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254.

****S. 56****

bezeichnet; den zentralen Akt nennt CARLEN den "Beurkundungsvorgang", wobei er den Begriff des Hauptverfahrens in Klammern erwähnt. - Der Begriff des "Nachverfahrens" findet sich in CARLENS Werk nicht.

151 - 1981 knüpfte das Bundesamt für Justiz¹³² die Konkretisierung bestimmter Verfahrensregeln für den Beurkundungsvorgang an den Begriff des Hauptverfahrens, unter Bezugnahme auf HANS HUBERS Arbeit von 1967. - Man kann in diesem behördlichen Exposé den bundesrechtlich abgestützten (vom Bundesgericht aber bis heute nicht bestätigten) Sieg des Anwesenheitsverfahrens über das Abwesenheitsverfahren erblicken¹³³.

152 - 1983 wurde die verfahrensrechtliche Terminologie, mit dem "Hauptverfahren" im Zentrum, zusätzlich untermauert durch eine Arbeit von HANS MARTI, Das Hauptverfahren im schweizerischen No-

Fn 132 - Stellungnahme des BAJ vom 3.11.1981, VPB 46 S. 48 Nr. 7 und ZBGR 64 (1983) S. 342-353.

Fn 133 - Die massgebende Passage, welche zugleich das Abwesenheitsverfahren plastisch beschreibt, wie es bis dahin im Kanton Solothurn geübt worden war, lautet (VPB 46 S. 51 f.): "2. Im weiteren stellt sich die Frage, ob der Bundesrat einer Regelung gemäss dem bisherigen § 33 der [solothurnischen] Amtsschreibereiverordnung die Genehmigung gemäss Artikel 52 Absatz 3 SchlT ZGB erteilen könnte. Nach der zur Diskussion stehenden Bestimmung ist es nicht notwendig, dass die Urkundsperson, das heisst der Amtsschreiber oder sein Stellvertreter, bei der Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien persönlich anwesend ist. Nur für gewisse Rechtsgeschäfte wird die persönliche Mitwirkung des Amtsschreibers lediglich "ordnungshalber" vorgeschrieben. Fraglich ist, ob eine solche Bestimmung sich noch im Rahmen von Artikel 55 SchlT ZGB bewege

oder nicht. - a. Dem Bericht des Grundbuchinspektorates des Kantons Solothurn vom 26. August 1981 ist zu entnehmen, dass nach der solothurnischen Praxis - die sich auf den zur Diskussion stehenden § 33 Amtsschreiberverordnung stützt - die Entgegennahme der Unterschriften (und offenbar auch das Vorlesen, eventuell Lesen der Urkunde, die Kenntnisnahme der Genehmigung der Urkunde seitens der Urkundsparteien und damit wohl auch die im Zusammenhang damit oft nochmals notwendige Rechtsbelehrung und -beratung, die zur Hauptsache meist schon im Vorverfahren stattfindet), also wesentliche Teile des eigentlichen Beurkundungsaktes bzw. solche Vorkehren, die in der Fachsprache der Urkundspersonen üblicherweise als zum sogenannten Hauptverfahren gehörend bezeichnet werden (vgl. Huber, a.a.O., S. 266 ff.), durch einen Sachbearbeiter der Amtsschreiberei besorgt werden. Die "Beurkundung" durch den Notar, das heisst durch den Amtsschreiber, erfolge erst später (am folgenden Abend und Morgen), jedenfalls in Abwesenheit der Vertragsparteien. Gemeint ist damit offenbar die Beisetzung der Beurkundungsformel und die Unterzeichnung der Urkunde durch die Urkundsperson. Der Amtsschreiber (oder sein Stellvertreter) wird sich dabei auf den Bericht und Antrag des Sachbearbeiters verlassen. Hinsichtlich einer derartigen Verfahrenspraxis erheben sich aus der Sicht des Bundesrechtes schwerwiegende Bedenken, auf die näher eingetreten werden soll. - b. Schon der Begriff bzw. die Umschreibung der öffentlichen Beurkundung lassen Zweifel hinsichtlich der Verträglichkeit der solothurnischen Beurkundungspraxis gemäss dem zur Diskussion stehenden § 33 Amtsschreiberverordnung mit dem Bundesrecht aufkommen."

****S. 57****

tariatsprozess, ZBGR 64 (1983) 321-330, ferner durch das in Kommentarform vorgelegte "Bernische Notariatsrecht" des gleichen Autors, jenes Werk, das bis heute als die umfassendste und scharfsinnigste beurkundungsrechtliche Arbeit in der Schweiz dasteht und welches mit seiner Betrachtungsweise - und damit auch mit seiner Terminologie - über die Grenzen des Kantons Bern hinaus Autorität erlangt hat.

153 - Einen weiteren terminologischen Ausbau erhielt die verfahrensrechtliche Betrachtungsweise in MARTIS jüngstem Werk, dem Notariatsprozess von 1989, wo sich nun erstmals die fünf in Ziff. 144 erwähnten Verfahrensabschnitte gesondert definiert und beschrieben finden.

11. Notarielle Tätigkeiten

154 - *Beschreibt man die notariellen Tätigkeiten ohne Hervorhebung ihres Verfahrensbezugs, so fällt insbesondere die Tätigkeitsfolge des Ermittelns, Formulierens und Bezeugens in Betracht. Die Ermittlungstätigkeit wird zuweilen ergänzt durch die Tätigkeit des tatbeständlichen Kontrollierens und diejenige des rechtlichen Prüfens¹³⁴.*

155 - *Bei der Beurkundung individueller Erklärungen wird die Ermittlung des Parteiwillens begleitet von den Tätigkeiten des Belehrens und eventuell des Beratens. Diese Tätigkeiten weiten sich zuweilen zur notariellen Mithilfe bei der Festlegung des Geschäftsinhaltes, d.h. zum Gestalten aus.*

156 - *Ebenfalls zu den notariellen Tätigkeiten gehört die Ablehnung einer Beurkundung, wenn die Voraussetzungen hiezu von Anfang an offensichtlich nicht bestehen, ferner der Abbruch der Beurkundung, wenn das Fehlen von Voraussetzungen erst später erkannt wird oder wenn notwendige Voraussetzungen während des Verfahrens wegfallen.*

157 - *Die erwähnten Tätigkeiten können im einzelnen folgendermassen beschrieben werden:*

Fn 134 - Die vorliegende Arbeit bemüht sich um eine Terminologie, bei welcher der Begriff des Kontrollierens auf tatbeständliche Aspekte, derjenige des Prüfens auf rechtliche Aspekte bezogen wird. Kontrollieren bedeutet - in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Sprachgebrauch - die **wiederholte** (nochmalige) Ermittlung eines Tatbestandes, der zu einem früheren Zeitpunkt bereits ermittelt bzw. bekannt geworden ist. Der Begriff des Ermittelns wird demgegenüber in umfassenden Sinne verwendet und bedeutet Beschaffung tatbeständlicher Information schlechthin.

****S. 58****

a) Ermitteln

158 - *Ermitteln im Sinne der vorliegenden Arbeit heisst Erarbeitung tatbeständlich verifizierter, d.h. wahrer Information über Tatsachen. Die notarielle Ermittlung ist abzugrenzen gegenüber der rechtlichen Beurteilung von Tatsachen. Im Beurkundungsverfahren ist die gleiche Unterscheidung von Tatbestand und rechtlicher Beurteilung nützlich, welche sich im Zivilprozess eingebürgert hat. Der Begriff des Ermitteln bezieht sich auf Tatbestände.*

159 - *Gegenstand der notariellen Ermittlung ist insbesondere die Identität der Beteiligten, in begrenztem Rahmen auch ihre Urteils- und Handlungsfähigkeit, bei Stellvertretern die Vertretungsmacht, bei individuellen Erklärungen der wirkliche Wille der Erklärenden, bei Protokollierungen der Veranstaltungsverlauf, insbesondere der Verlauf und das Ergebnis von Abstimmungen, bei Sachbeurkundungen der materielle Urkundeninhalt.*

160 - *Solange die Klientschaft sich erst vorläufig über die Möglichkeit einer Beurkundung erkundigt und keinen festen Beurkundungswillen äussert, pflegt die Urkundsperson keine aktiven Ermittlungen vorzunehmen, sondern begnügt sich mit jenen Angaben, welche ihr von der Klientschaft gemacht werden.*

161 - *Die notarielle Pflicht zu eigener Ermittlungstätigkeit beginnt mit dem Beginn des Beurkundungsverfahrens. Die Pflicht dauert bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Urkunde, wobei allerdings bei der Beurkundung individueller Erklärungen und bei vorbereiteten Protokollierungen die Ermittlungshandlungen bezüglich des Urkundeninhaltes meist während der Vorbereitung des Beurkundungsvorganges abgeschlossen werden, die Ermittlungshandlungen bezüglich der Identität, Urteils- und Handlungsfähigkeit der Erschienenen sowie bezüglich der Vertretungsmacht von Stellvertretern dagegen oft erst während des Beurkundungsvorganges zu Ende geführt werden.*

162 - Erläuterung: In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff der Ermittlung verwendet für jene Tätigkeiten, die oft auch mit den Begriffen der Wahrnehmung, Feststellung und Prüfung beschrieben werden. Der Begriff der Ermittlung hat den Nachteil, dass er Assoziationen an das Strafverfahren weckt, mit welchem die notarielle Sachverhaltserwahrung nichts zu tun hat. Er hat jedoch den eminenten Vorteil, dass er die Tätigkeiten der notariellen Wahrnehmung, der Beschaffung indirekter Information (durch Einsichtnahme in Schriftstücke, insbesondere in Register und Registerauszüge) und die Verifikation eingeholter Information mit einem einzigen Wort zu beschreiben vermag.

163 - Nach der hier verwendeten Terminologie stützt sich die notarielle Ermittlung auf zwei Tätigkeiten ab, nämlich

(a) auf die unmittelbare **Wahrnehmung** und

(b) auf die **indirekte Informationsbeschaffung**, wobei Wahrnehmung alle Information betrifft, bei welcher sinnliche Rezeption der Ur-

****S. 59****

kundsperson eine wichtige (nie die ausschliessliche) Rolle spielt. Demgegenüber umfasst die indirekte Informationsbeschaffung die Einsichtnahme in Dokumente, sofern der Dokumenteninhalt beurkundet wird. (Wird statt des Inhaltes der Akt der Einsichtnahme beurkundet, mit Beschreibung von Ort und Zeit der Einsichtnahme, Aussehen des betreffenden Dokumentes etc., so liegt diesbezüglich die Beurkundung einer Wahrnehmung vor). - Ausnahmsweise kommt als indirekte Informationsbeschaffung auch die Einholung mündlicher Auskünfte in Frage.

b) Kontrollieren

164 - Unter Kontrollieren wird die Verifikation einer bereits vorhandenen tatbeständlichen Information aufgrund von Beweismitteln verstanden.

165 - Erläuterung: Wenn der Versammlungsvorsitzende vor leerem Saal gegenüber der Urkundsperson erklärt, es seien sämtliche Aktionäre anwesend, und wenn die Urkundsperson hierauf Einsicht in die vorhandenen Vollmachten nimmt, so nimmt sie eine (tatbeständliche) Kontrolle der präsidialen Erklärung vor.

c) Prüfen

166 - Unter Prüfen wird die rechtliche Beurteilung der der Urkundsperson jeweils vorliegenden tatbeständlichen Information verstanden.

167 - Die Prüfungstätigkeit begleitet das Beurkundungsverfahren von seinem Anfang bis zu seinem Ende.

168 - Erläuterung: In der vorliegenden Darstellung wird der Begriff des Ermitteln für die Erhebung von Information, derjenige des Prüfens für die rechtliche Beurteilung vorhandener Information verwendet¹³⁵.

169 - Demgemäss hat die Urkundsperson die Identität der Erschienenen als eine Tatsache zu ermitteln, nicht rechtlich zu prüfen, wogegen die Abklärung der eigenen Zuständigkeit in der Regel ein Akt rechtlicher Prüfung, nicht tatbeständlicher Ermittlung ist.

170 - Wenn die Urkundsperson angefragt wird, ob sie eine bestimmte Beurkundung mit bestimmten Beteiligten vornehmen könne, und wenn sie sich hierauf ein Urteil bildet, ob ein zulässiger Beurkundungsgegenstand oder eine reklamehafte Veranstaltung vorliege, ob sie sel-

Fn 135 - Vgl. diesen Wortgebrauch auch bei MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 91: Die angerufene Behörde hat immer "als erstes zu prüfen, ob die rechtlichen Voraussetzungen für die Durchführung des verlangten Verfahrens gegeben sind."

****S. 60****

ber örtlich zuständig oder wegen Befangenheit im Ausstand sei, dann prüft sie die Beurkundungsvoraussetzungen.

171 - Wenn der Versammlungsvorsitzende gegenüber der Urkundsperson erklärt, die Einladungen an die Aktionäre seien rechtzeitig an einem bestimmten Datum versandt worden, und wenn die Urkundsperson diese Erklärung unter dem Gesichtswinkel der gesetzlichen und statutarischen Einladungsfristen beurteilt, so nimmt sie eine (rechtliche) Prüfung der präsidialen Erklärung vor.

d) Feststellen

172 - Feststellen heisst, durch tatbeständliche Ermittlung oder rechtliche Prüfung oder durch beides zusammen zu einem tatbeständlich und rechtlich abgesicherten Befund zu gelangen.

173 - Erläuterung: Mit dem Begriff des "Feststellens" wird hier ausschliesslich ein Akt der **Informationsbeschaffung** gemeint. Dabei bedeutet "Feststellen" die Beschaffung gesicherter, wahrer Information (im Gegensatz zu blossen Vermutungen und Hypothesen).

174 - In der gängigen beurkundungsrechtlichen Terminologie wird "Feststellen" jedoch oft auch in anderen, hier gemiedenen Bedeutungen verwendet, nämlich in der Bedeutung des Bezeugens. So mag eine Urkundsperson den Beurkundungsvorgang mit den feierlichen Worten einleiten: "Ich stel-

le fest, dass Käufer und Verkäufer anwesend sind," wobei der Begriff des Feststellens dann soviel heisst wie: "Ich erkläre mit der Überzeugung der Wahrheit [= ich bezeuge], dass ..."

175 - Eine dritte, hier ebenfalls gemiedene Wortbedeutung von "Feststellen" umfasst das Ermitteln **und** das Bezeugen (so etwa, wenn in einem Gesetz gesagt wird, die Urkundsperson habe einen bestimmten Sachverhalt festzustellen und wenn damit sowohl die Ermittlungspflicht als auch die urkundliche Zeugnispflicht gemeint ist).

176 - Ausserhalb des Beurkundungsrechts wird unter "Feststellen" auch das Klären unentschiedener Rechtslagen oder das Sichern von Rechten verstanden¹³⁶; man denke an ein gerichtliches Feststellungsurteil. Auch diese Wortbedeutung wird in der vorliegenden Arbeit gemieden.

Fn 136 - Unter den von GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 9, erwähnten obrigkeitlichen "Feststellungen" handelt es sich abwechselnd um Bezeugungen (nämlich bei den Beglaubigungen, Befundsaufnahmen und Inventaren) und um Rechtsgestaltungen (bei der Beurkundung beurkundungsbedürftiger Willenserklärungen, Zustellung privater Erklärungen, Verschollenerklärung, Ausstellung des Erbscheins).

****S. 61****

e) Bezeugen

177 - *Was die Urkundsperson im Sinne eines tatbeständlich und rechtlich abgesicherten Befundes festgestellt hat, kann sie in der Urkunde bezeugen bzw. beurkunden.*

178 - Erläuterung: Nicht alle Befunde, die während eines Beurkundungsverfahrens gemacht werden, gehen als ausdrückliche Bezeugungen in die Urkunde ein. Das Vorhandensein der Beurkundungsvoraussetzungen pflegt nicht ausdrücklich bezeugt zu werden, sondern ergibt sich als konkludentes Zeugnis aus dem Umstand, dass die Urkundsperson die Beurkundung vornimmt.

f) Ablehnen und Abbrechen

179 - *Stellt die Urkundsperson bei ihrer ersten Beurteilung der an sie herangetragenen Information das Fehlen einer Beurkundungsvoraussetzung fest, so lehnt sie die Vornahme der Beurkundung ab. Zeigt sich das Fehlen einer Beurkundungsvoraussetzung erst während des Verfahrens oder entfällt während des Verfahrens eine notwendige Beurkundungsvoraussetzung, so bricht die Urkundsperson das Verfahren ab.*

180 - Erläuterung: Da die tatbeständliche Ermittlungspflicht und die Pflicht zur rechtlichen Beurteilung des jeweils vorhandenen Informationsstandes an keine bestimmten Verfahrensabschnitte gebunden sind, obliegt der Urkundsperson auch jederzeit, das Vorhandensein der erforderlichen Beurkundungsvoraussetzungen im Auge zu haben. Erweist sich, dass bisher nicht nachgewiesene Voraussetzungen mit Sicherheit nicht mehr nachgewiesen werden können, weil sie tatsächlich fehlen, oder fallen bisher vorhandene Voraussetzungen dahin, so ist das Verfahren, unabhängig vom Verfahrensstadium, ohne weiteres abzubrechen.

12. Urkundsperson und Notar als verschiedene Begriffe

a) Urkundsperson und Beurkundungsrecht

181 - *Als Urkundspersonen werden in der vorliegenden Darstellung alle staatlichen und freiberuflichen Personen bezeichnet, welche Beurkundungstätigkeit mit beschränkter oder umfassender Beurkundungsbefugnis ausüben.*

****S. 62****

Beurkundungstätigkeit besteht in der Dokumentation von Ausschnitten des Rechtslebens in verbalen Texten. Im Mittelpunkt aller Beurkundungstätigkeit steht die notarielle Entgegennahme von Information, insbesondere (aber nicht ausschliesslich) durch eigene Wahrnehmung, und die schriftliche Dokumentation der entgegengenommenen Information. Damit ist eine Einwirkung der Urkundsperson auf die Willensbildung und Wahrhaftigkeit der zu Urkund erklärenden Personen, ferner auf das Verhalten der Teilnehmer an notariell protokollierten Veranstaltungen verbunden.

182 - Erläuterung: Neben der Beurkundungstätigkeit gibt es eine Reihe administrativer Funktionen, die von Gesetzes wegen oder aufgrund gefestigter Praxis von Urkundspersonen wahrgenommen werden. Soweit solche administrativen Tätigkeiten unmittelbar mit einer Beurkundung zusammenhängen, wie namentlich die Anmeldung beurkundeter Akte bei Grundbuch- und Handelsregisteramt und die Weiterleitung von Grundpfandtiteln an die Gläubiger, sind sie im Rahmen des Beurkundungsrechts zu erörtern.

b) Notar und Notariatsrecht

183 - Der Begriff des Notars¹³⁷ bezeichnet einen Berufsstand, der zusätzlich zur Beurkundungstätigkeit solche anderen Funktionen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (etwa Inventaraufnahmen, Aufbewahrung und Eröffnung von letztwilligen Verfügungen, Ehe- und Erbverträgen, Ausstellung von Erbscheinen, Vornahme von Erbschaftsverwaltungen, Erbteilungen, Willensvollstreckungen, Versteigerungen) ausübt und allenfalls weitere Dienstleistungen (Rechtsberatung, Vermögensverwaltung, Treuhandfunktionen) erbringt. Solche Tätigkeiten sind nicht Gegenstand des Beurkundungsrechtes.

184 - Erläuterung: Insofern solche Funktionen nach kantonaler Vorschrift oder Praxis den Notaren zugeordnet sind, bilden sie Gegenstand des Notariatsrechts. Der Begriff des Notariatsrechts geht über denjenigen des Beurkundungsrechts hinaus, indem er zusätzlich zur Beur-

Fn 137 - Gemäss GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 22, kannten 1954 neun Kantone das Institut des Notariats nicht; Urkundspersonen sind dort Gerichts- und Verwaltungsbeamte (Gerichtsschreiber, Gemeindepräsidenten, Bezirksschreiber). Von den 9 Kantonen ohne Notariat des Jahres 1954 (LU, OW, GL, ZG, BL, SH, AR, AI, SG) haben mittlerweile zwei - LU und ZG - ein freiberufliches Notariat eingeführt. Ein staatliches Amtsnotariat, d.h. eine Kategorie von Beamten, die sich ausschliesslich der öffentlichen Beurkundung sowie gewissen unpolitischen Verwaltungstätigkeiten (Konkursverwaltung, Erbschaftsverwaltung, Grundbuchführung) widmen, kennen die Kantone ZH, SZ, NW, GR und TG. Freiberufliches Notariat kennen die übrigen Kantone, und zwar überwiegend als vorwiegendes Nur-Notariat BE, VD und GE, als überwiegendes Anwalts-Notariat die Kantone UR, FR, SO, BS, AG, TI, VS, NE und JU.

****S. 63****

kundungstätigkeit auch die hier erwähnten Administrativfunktionen des kantonalen Notariats regelt. Dem Notariats-, nicht dem Beurkundungsrecht sind auch kantonale Vorschriften über die Zahlungsbereitschaft, Buchführungspflicht, Aufbewahrung von Testamenten, anderen Dokumenten und Wertgegenständen durch Notare zuzurechnen.

185 - Beurkundungstätigkeit ist zwar in ihrem Kern Entgegennahme und schriftliche Festhaltung von Information, d.h. Beweisschaffung. Ihr Zweck erschöpft sich aber in manchen Fällen nicht in der Beweisschaffung. Durch die Berichterstattung wirkt die Urkundsperson auf die zu beurkundende Realität ein. Bei der Beurkundung individueller Willenserklärungen¹³⁸ bemüht sich die Urkundsperson um die Ermittlung des wirklichen Willen der Sachbeteiligten und nimmt hiedurch, ferner durch die notarielle Belehrung und Beratung¹³⁹, auf die Bildung und die Inhalte eben dieses

Willens Einfluss. Ferner motiviert sie die verfahrensbeteiligten Personen, soweit dies erforderlich ist, zur Wahrhaftigkeit.

186 - Bei der Protokollierung rechtlich geregelter Vorgänge stellt sich die notarielle Berichterstattung zugleich als Rechtmässigkeitskontrolle und damit ebenfalls als eine ins reale Geschehen einwirkende Motivation der Beteiligten zu rechtmässigem Vorgehen dar. Die Scheu des Bürgers, in öffentlichen Urkunden wahrheitswidrig ein rechtmässiges Tun zu behaupten, führt zu seiner Motivation, sich solcherart rechtmässig zu verhalten, dass er sein reales Tun in der öffentlichen Urkunde wahrheitsgemäss offenlegen kann. Die mit der Beurkundungsbedürftigkeit des Aktes verbundene Wahrheitspflicht stimuliert die Beteiligten zu rechtmässigem Verhalten.

187 - Eine eigentliche Administrativtätigkeit ist der Urkundsperson sodann auferlegt beim **Wechselprotest**. Das selbständige Handeln der Urkundsperson besteht hier darin, dass sie den Wechsel gegenüber dem Schuldner oder dessen Zahlstelle zur Zahlung vorweist und einen Inkassoersuch durchführt. Die Präsentation des Wechsels ist - im Gegensatz zur notariellen Tätigkeit anlässlich einer Aktionärsversammlung - nicht blosse Protokollaufnahme, sondern exekutives Handeln der Urkundsperson.

188 - Solches Handeln liegt auch vor, wenn die Urkundsperson für eine das Kapital herabsetzende oder in Liquidation getretene oder fusionierte Aktiengesellschaft in deren Namen den **Schuldenruf** durchführt und sich selber als Adressatin für Forderungseingaben öffentlich auskündet.

Fn 138 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 85 f.

Fn 139 - Zur Unterscheidung der Begriffe der notariellen Belehrung und Beratung vgl. Ziff. 1728.

****S. 64****

189 - Kantonale Erlasse übertragen den Urkundspersonen zuweilen weitere Exekutivfunktionen. Erwähnt sei die durch Art. 963 Abs. 3 ZGB umschriebene Kompetenz der Kantone, die Urkundspersonen anzuweisen, beurkundete Geschäfte zur Eintragung **bei den zuständigen Ämtern anzu-melden**. Manche Kantone haben von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht.

190 - Bereits erwähnt wurden die den bernischen Notaren obliegende Eröffnung von Erbverträgen¹⁴⁰, Aufnahme von Inventaren auf dem Wege der Sachbeurkundung¹⁴¹ und Durchführung freiwilliger öffentlicher Versteigerungen¹⁴². Das zürcherische Recht weist den Notaren eine Reihe von Verwaltungsgeschäften der Erbschaftsverwaltung und Erbteilung zu, nämlich die Aufnahme von Inventaren¹⁴³ und die Vornahme von Siegelungen, die Erbschaftsverwaltung, die Aufnahme von öffentlichen Inventaren, die Durchführung des Rechnungsrufes gemäss Art. 592 ZGB, die amtliche Liquidation von Erbschaften, die Vertretung von Erbgemeinschaften, die Mitwirkung bei der Teilung von Erbschaften für den Gläubiger oder Erwerber eines Erbanspruches und die Mitwirkung bei der Losbildung.

191 - Zu den Verwaltungsgeschäften gehört auch die Aufbewahrung von Geld und Wertsachen, ferner die Vermögensverwaltung¹⁴⁴.

192 - Bei all diesen Aufgaben handelt es sich um exekutive Amtstätigkeit, nicht um Beurkundungstätigkeit.

193 - Exekutive Aufgaben im beschriebenen Sinne sind freiberuflichen Urkundspersonen namentlich in Gebieten ausserhalb der städtischen

Fn 140 - BE ND Art. 24-26; wenn der bernische Notar den Erbvertrag eröffnet, so hat er den Adressaten eine Rechtsmittelbelehrung zu erteilen und sie darauf hinzuweisen, dass sie innerhalb Monatsfrist bei ihm Einsprache gegen die Berechtigung der Vertragserben erheben können. Die anschliessend auszufertigende Eröffnungsurkunde enthält u.a. eine Aussage darüber, ob solche Einsprachen eingegangen sind.

Fn 141 - Zum Gegensatz der Inventaraufnahme auf dem Wege der Erklärungsbeurkundung und auf dem Wege der Sachbeurkundung vgl. hinten, Ziff. 3145 ff.

Fn 142 - BE ND Art. 27-29; bei der freiwilligen öffentlichen Versteigerung obliegt dem bernischen Notar die Festsetzung der Versteigerungsbedingungen, deren gesetzlich vorgeschriebene Publikation und die Anordnung des Ausrufs der Steigerungsgegenstände.

Fn 143 - Das zürcherische Recht (ZH NV §§ 54, 144, 145) qualifiziert die notarielle Inventur - im Gegensatz zum bernischen Recht - als Verwaltungstätigkeit, nicht als Beurkundungstätigkeit; die von den Erben abzugebenden und zu unterzeichnenden Erklärungen werden als solche zu Protokoll qualifiziert (§ 145 Abs. 1). - Das von einer Urkundsperson in der Form der öffentlichen Urkunde errichtete Nachlassinventar ist eine öffentliche Urkunde mit der Besonderheit, dass sich der öffentliche Glaube nicht auf die (rechtserhebliche) Frage der Vollständigkeit der erfassten Nachlassaktiven und Passiven und der Eigentums- und Schuldverhältnisse, sondern lediglich auf den (rechtlich nicht erheblichen) Umstand bezieht, dass die Urkundsperson genau diese Aktiven und Passiven anlässlich der Inventur vorgefunden hat; vgl. hierzu hinten, Ziff. 3145 ff.

Fn 144 - Vgl. hierzu die Vorschriften von ZH NV § 69-73.

****S. 65****

Agglomerationen anvertraut, wo ein Bedarf daran besteht, in der Person des ansässigen Notars einen lokalen Repräsentanten der kantonalen Hoheit verfügbar zu haben, welcher gewisse Aufgaben der öffentlichen Administration wahrnimmt. In vorwiegend städtischen Kantonen liegen derartige Aufgaben vermehrt bei staatlichen Ämtern; hier beschränkt sich die notarielle Tätigkeit weitgehend auf das Beurkunden im engen Sinne des Beweisschaffens.

194 - Eine gewisse Problematik der exekutiven Amtstätigkeit von Urkundspersonen liegt darin, dass die im Anschluss an solche Amtstätigkeit entstehende öffentliche Urkunde stets auch ein Beurkunden "in eigener Sache"¹⁴⁵ der Urkundsperson darstellt. Der Protestbeamte und die eine freiwillige öffentliche Versteigerung leitende Urkundsperson beurkunden nicht einfach Dinge, die sie wahrgenommen, sondern **die sie selber getan** haben. Machen sie in ihrem exekutiven Vorgehen Verfahrensfehler (was grundsätzlich nie ausgeschlossen werden darf¹⁴⁶), so wird die anschliessend auszufertigende öffentliche Urkunde unausweichlich zum schriftlichen Beweis des eigenen Fehlverhaltens der Urkundsperson und damit zur Grundlage ihrer Schadenersatzpflicht gegenüber der Klientschaft.

195 - Unter einem gesamtschweizerischen Gesichtspunkt ist die Erkenntnis bedeutsam, dass die Beurkundungstätigkeit im eigentlichen Sinn des Ermitteln und schriftlichen Dokumentierens von Information in allen Kantonen nach weitgehend gleichen Regeln abläuft und von Bundesprivatrechts wegen nach gleichen Regeln ablaufen muss, wogegen der Umfang zusätzlicher exekutiver Kompetenzen der Urkundspersonen gemäss kantonalem Notariatsrecht variiert und mit dem Normenkomplex des Beurkundungsrechtes grundsätzlich nichts zu tun hat. Wenn ein Kanton seinen Urkundspersonen administrative Kompetenzen wie die Eröffnung von Erbverträgen und die Durchführung öffentlicher Versteigerungen anvertraut, so kann er dies nicht aufgrund von Art. 55 SchlT ZGB tun, weil solche Kompetenzen nicht zur "Herstellung der öffentlichen Beurkundung" im Sinne des ZGB gehören.

Fn 145 - Immerhin liegt keine Verletzung des Gebotes der Distanz zwischen privatem und amtlichem Handeln vor; vgl. hierzu hinten, Ziff. 1630 ff. Beim Wechselprotest ist die Urkundsperson ausschliesslich in amtlicher Funktion tätig.

Fn 146 - Beispielsweise indem der Protestbeamte den ihm rechtzeitig zugestellten Wechsel nach Ablauf der Protestfrist präsentiert oder indem der mit der Versteigerung betraute Notar die Versteigerungsbedingungen nicht korrekt publiziert.

****S. 66****

13. Beurkundende Personen

196 - Beurkundende Personen sind jene Personen, denen bestimmte Urkundeninhalte im Sinne der Urkunden-Autorschaft rechtlich zugerechnet werden.

a) Bei der Beurkundung individueller Erklärungen

197 - Dies sind bei der Abgabe individueller Erklärungen

(a) die Urkundsperson bezüglich des von ihr mit umfassender Wahrheitsgewähr bezeugten Ablaufs des Beurkundungsvorgangs und des mit teilweiser Wahrheitsgewähr bezeugten Inhalts der Erklärungen der Erschienenen, ferner

(b) die zu Urkund erklärenden, vor der Urkundsperson erschienenen Personen bezüglich der von ihnen (mit umfassender Wahrheitsgewähr) zu Urkund erklärten Inhalte.

198 - Erläuterung: Wo der gleiche Erklärungsinhalt mehreren Unterzeichnern rechtlich zuzurechnen ist, sind die Unterzeichner als Mit-Autoren bzw. als mit-beurkundende Personen zu qualifizieren. Dabei kann die Erklärungs-Autorschaft mehrerer Mit-Autoren gleiche oder unterschiedliche rechtliche Bedeutung haben. Dies bedarf der Erläuterung:

199 - Gleiche Bedeutung liegt vor, wenn Käufer und Verkäufer den gleichen Vertragstext unterschreiben: der beidseits unterzeichnete Erklärungsinhalt wird durch die Unterschriftsleistung zum urkundlich erklärten Willensinhalt beider Parteien. Die Parteien bezeugen unterschriftlich ihren übereinstimmenden Geschäftswillen.

200 - Eine andere Bedeutung kommt der Notarunterschrift unter dem Kaufvertrag zu. Die Urkundsperson erklärt mit ihrer Unterschriftsleistung keinen eigenen Vertragswillen, sondern sie bezeugt die in der Urkunde beschriebene Durchführung des Beurkundungsvorganges und ihre eigene, notarielle Überzeugung, dass der von den Privaten erklärte Geschäftswille deren wirklicher innerer Wille sei. Der beurkundete Vertragsinhalt wird den unterzeichnenden Mit-Autoren in verschiedenem Sinne rechtlich zugerechnet, nämlich den Vertragsparteien als deren eigene Willenserklärungen, für deren Inhalt sie die umfassende Wahrheitsgewähr zu tragen haben, der Urkundsperson als Bezeugung des Ergebnis ihrer Ermittlungsarbeit und ihrer Rechtmässigkeitsprüfung.

201 - Der Urkundsperson obliegt **umfassende Wahrheitsgewähr** bezüglich all jener Urkundeninhalte, die sie ausschliesslich aufgrund eige-

****S. 67****

ner Sachverhaltsermittlung bezeugt, also bezüglich der Tatsache des stattgefundenen Beurkundungsverfahrens und der rechtserheblichen Einzelheiten seines Ablaufs. Zu diesem Ablauf gehört die Erklärungsabgabe der erschienenen Personen als äussere Tatsache. Die Urkundsperson bezeugt mit umfassender Wahrheitsgewähr, **dass** die Erschienenen die betreffenden Erklärungen abgegeben haben.

202 - Die Urkundsperson bezeugt ferner mit **teilweiser Wahrheitsgewähr** die Wahrheit der von den Erschienenen zu Urkund erklärten Inhalte, und zwar implizit in dem Sinne, dass die Urkundsperson aufgrund gehöriger Sorgfalt bei der Kontrolle der von den Erschienenen erklärten Inhalte keine objektiv begründeten Zweifel an deren Wahrheit hatte. - Dieses notarielle Zeugnis bedeutet insofern nur teilweise Wahrheitsgewähr, als die Urkundsperson den wirklichen Willen und das wirkliche Wissen der zu Urkund Erklärenden nicht mit letzter Gewissheit durchschauen kann und zur Vornahme der Beurkundung auch dann verpflichtet ist, wenn sie - ohne objektive Gründe - unter dem subjektiven Eindruck steht, die Erschienenen seien nicht rückhaltlos offen¹⁴⁷.

203 - Wenn die erschienenen Privatpersonen bei der Beurkundung von individuellen Erklärungen in der vorliegenden Arbeit ebenfalls als beurkundende Personen bezeichnet werden, so geschieht dies bezüglich der von ihnen erklärten Willens- und bestimmter Wissensinhalte. Die erschienenen Privatpersonen haben auch dann als die Autoren ihrer eigenen Erklärungen zu gelten, wenn die redaktionelle Autorschaft bei der Urkundsperson liegt¹⁴⁸. Die Erklärungs-Autorschaft der beteiligten Privaten wird durch ihre Unterschrift unter der Urkunde dokumentiert. Vorbehalten bleibt der Unterzeichnungsdispens und der speziell normierte Unterschriftersatz in den Fällen der Unterzeichnungsunfähigkeit¹⁴⁹, d.h. bei der Erklärungsabgabe durch Blinde, Analphabeten sowie körperlich schreibunfähige Personen.

Fn 147 - Vgl. das Beispiel in Ziff. 307 f.

Fn 148 - Abzulehnen ist die Auffassung von WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (17), wonach der Notar sich "gestützt auf seine Erwägungen über das zu wählende Rechtsgeschäft zu entscheiden" habe; welches Rechtsgeschäft gewählt bzw. abgeschlossen wird, liegt im Entscheid der Klienten als der Erklärungsautoren. Die Urkundsperson hat sie im Hinblick auf die Erklärungsabgabe zu belehren und allenfalls zu beraten, aber nicht selber den Entscheid zu treffen.

Fn 149 - Zur Unterscheidung der Schreibfähigkeit im Sinne natürlichen Könnens und der Unterzeichnungsfähigkeit im Sinne rechtlichen Vermögens vgl. Ziff. 2008 ff.

****S. 68****

b) Bei den Sachbeurkundungen

204 - *Bei den Protokollierungen ist die Urkundsperson beurkundende Person bezüglich des Ablaufs des protokollierten Vorgangs einschliesslich der zu Protokoll abgegebenen Erklärungen, unter Vorbehalt der nachgenannten Ausnahmen.*

205 - *Bei den unterschriftsbedürftigen Protokollierungen sind die unterzeichnungspflichtigen Privatpersonen beurkundende Personen bezüglich der von ihren Unterschriften gedeckten, ihnen zuzurechnenden Erklärungsinhalte¹⁵⁰.*

206 - *Bei der Protokollierung von verbandsrechtlich geregelten Veranstaltungen sind jene Personen, welche unter Wahrheitspflicht Erklärungen über den Verfahrensverlauf zu Protokoll geben, bezüglich dieser Erklärungen als Erklärungsautoren zu qualifizieren.*

207 - *Im übrigen ist die Urkundsperson bei Protokollierungen und bei der Beurkundung bestehender Tatsachen allein die beurkundende Person.*

208 - Erläuterung: Bei den nicht-unterschriftsbedürftigen **Protokollierungen** ist das Verhältnis von erklärender Person und Erklärungsinhalt in der Regel nicht dasjenige der beurkundungsrechtlichen Autorschaft. Der Aktionär, welcher in der Generalversammlung einen Antrag stellt oder sich zu einem Antrag mündlich äussert, ist Objekt, nicht Subjekt der urkundlichen Protokollierung. Die Urkundsperson als Erklärungsautorin hält das Sprechverhalten des Aktionärs im Protokoll fest. Da ein solcher Aktionär in der Urkunde nicht als urkundlich erklärendes Subjekt handelt, ist seine Identifikation und die Angabe seines Namens in der Urkunde nicht erforderlich.

209 - Bei den unterschriftsbedürftigen Protokollerklärungen hat die zu Protokoll erklärende Person als Erklärungsautorin zu gelten. Ihre Identität und damit die Zurechnung der Erklärung zu der betreffenden Person muss *aus diesem Grund*¹⁵¹ in der Urkunde notariell bezeugt sein.

Fn 150 - Vgl. hierzu MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 68, welcher die Beurkundungszeugen, übereinstimmend mit der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung, als beurkundende Personen qualifiziert: "Die in der Urkunde enthaltene und von den Zeugen unterschriebene Bescheinigung über ihre Feststellungen ist eine Beurkundung der Zeugen; sie treten hier neben dem Notar als zusätzliche Urkundspersonen auf." - Ein Unterschied der Auffassungen liegt möglicherweise darin, dass die Zeugen nach MARTIS Verständnis die Parteierklärungen

beurkunden, wogegen sie nach dem hier vertretenen Verständnis nur ihr eigenes Zeugnis beurkunden, d.h. beurkundende Personen bezüglich ihrer eigenen Erklärungen sind.

Fn 151 - Die notarielle Identifikationspflicht in bezug auf alle urkundlichen Erklärungsautoren ist darin begründet, dass ohne wahrheitsgemässe Angabe des Erklärungsautors in der Urkunde keine individuell zurechenbare Erklärung beurkundet ist. Die wahrheitsgemässe Angabe des Erklärungsautors ist unabdingbare Voraussetzung dafür, dass bestimmte Texte rechtlich als beurkundete Erklärungen qualifiziert werden können.

****S. 69****

210 - Erklärungsautorschaft ist auch anzunehmen für jene Protokollerklärungen privater Personen, die sich auf den Verfahrensablauf der protokollierten Veranstaltung beziehen und welche demgemäss unter Wahrheitspflicht abzugeben sind¹⁵². Verzichtet die Urkundsperson auf Ermittlung der Aktionärspräsenz aus eigener Wahrnehmung, so muss sie sich darum kümmern, wer ihr die ins Protokoll eingehende Erklärung über die Zahl der Versammlungsteilnehmer abgibt. Würde die Urkundsperson statt dessen lediglich protokollieren, eine ihr unbekannt Person, die nach ihrer eigenen Behauptung X geheissen habe, habe erklärt, es seien sämtliche Aktionäre anwesend, so läge keine notarielle Protokollierung der Aktionärspräsenz und demgemäss kein diesbezüglicher Beleg vor.

211 - Im übrigen ist die Urkundsperson die ausschliessliche Autorin der Protokollerklärungen. Ihre Autorschaft bezieht sich auf die schriftliche Festhaltung der Tatsache einer Erklärungsabgabe. Bezüglich des zu Protokoll erklärten **Inhaltes** ist die Rolle der wahrheitspflichtigen Autorschaft in beurkundungsrechtlichem Sinne unbesetzt, und es fehlt dem Erklärungsinhalt demgemäss der öffentliche Glaube.

c) Ablehnung der Auffassung von der notariellen Allein-Autorschaft

212 - Die hievor vertretene Auffassung weicht ab von den überlieferten Anschauungen. Die überlieferte, für das schweizerische Beurkundungsrecht und für das Urkundenstrafrecht charakteristische Betrachtungsweise lässt sich so zusammenfassen, dass bei der öffentlichen Beurkundung **die Urkundsperson allein als die beurkundende Person** zu gelten hat. Gemäss dieser herrschenden Auffassung ist die Urkundsperson die Urkundenautorin und damit auch die alleinige Erklärungs-Autorin bezüglich des Urkundeninhalts. Die Vertragsparteien teilen der Urkundsperson den übereinstimmenden Parteiwillen mit, worauf die Urkundsperson diesen Willen protokolliert und als notariell ermittelte Tatsache (protokollierend) beurkundet. Die Vertragsparteien unterzeichnen die Urkunde nicht als Erklärungs-Autoren, sondern als Protokoll-Genehmigende: sie bestätigen mit ihren Unterschriften die Richtigkeit der notariellen Ermittlungs- und Protokollierungsarbeit. In diesem Sinne deutete HANS HUBER die Privatunterschriften unter öffentlich beurkundeten Verträgen so, dass darin eine "Unterstreichung der entsprechenden Bestätigung der Urkundsperson"

Fn 152 - Zur Wahrheitspflicht bezüglich der Protokollerklärungen, die sich auf den Verfahrensablauf beziehen, vgl. Ziff. 1107.

****S. 70****

zum Ausdruck gebracht werde, welche "die Gefahr missbräuchlicher Beurkundungen wirksam [einschränkt]"¹⁵³.

213 - Gemäss dieser (herrschenden) Auffassung kommt den Erklärungen der Beteiligten bei einem öffentlich beurkundeten Vertrag mithin folgende rechtliche Bedeutung zu: Die Urkundsperson als Erklärungs-Autorin sagt: "Ich bezeuge, dass der hier dargestellte Geschäftswille der von mir ermittelte, wirkliche innere Wille der Vertragsparteien ist." - Die mitunterzeichnenden Vertragsparteien bringen mit ihrer Unterschriftsleistung zum Ausdruck: "Wir bezeugen, dass die Urkundsperson ein richtiges Protokoll erstellt und unseren wirklichen Willen zutreffend in öffentlicher Urkunde erklärt

hat." Bei dieser Deutung heissen die Parteiunterschriften nicht: "Wir wollen diesen Vertrag", sondern: "Wir attestieren der Urkundsperson, dass sie eine wahre Beurkundung vorgenommen hat." - Demgemäss erblickt das Bundesgericht in der Beurkundung individueller Erklärungen nichts weiter als die förmliche obrigkeitliche Feststellungen privater Erklärungen¹⁵⁴; öffentliche Beurkundung heisst also "obrigkeitliche Feststellung", nicht "private Erklärungsabgabe".

214 - Diese Interpretation der wechselseitigen Rollen von Urkundsperson und privaten Verfahrensbeteiligten findet ihren Niederschlag in der Auffassung, wonach die Kantone bestimmen können, ob bei der öffentlichen Beurkundung individueller Erklärungen die Parteiunterschriften erforderlich sind oder nicht. Ist nämlich die öffentliche Urkunde ausschliesslich bzw. primär die Eigenaussage der Urkundsperson, welche allenfalls von den Vertragsparteien im Sinne einer Protokollgenehmigung und Missbrauchsverhütung mitunterzeichnet wird, so sind die Parteiunterschriften nichts Wesentliches. Die Kantone können bei solcher Betrachtungsweise also von der Beisetzung der Parteiunterschriften dispensieren.

215 - Die Auffassung von der Unwesentlichkeit der Parteiunterschriften und damit von der alleinigen Erklärungs-Autorschaft der Urkundsperson findet sodann eine Stütze im unglücklichen Wortlaut von Art. 502 ZGB, wo die Errichtung der öffentlichen letztwilligen Verfügung ohne Unterschrift des Testators auch dann erlaubt zu werden scheint (und nach herrschender Lehre tatsächlich erlaubt wird), wenn der Testator fähig ist, die Urkunde selber zu lesen, zu verstehen und zu unterzeichnen.

216 - Die Auffassung von der alleinigen Erklärungs-Autorschaft der Urkundsperson findet eine weitere Stütze im herrschenden Urkun-

Fn 153 - HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (246); anderer Meinung JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930, S. 63.

Fn 154 - Vgl. in diesem Sinne HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (246).

****S. 71****

denstrafrecht, welches im falsch beurkundeten Grundstückkaufpreis den Tatbestand von **Art. 253, nicht denjenigen von Art. 251 StGB** verwirklicht sieht¹⁵⁵. Nach herrschender Auffassung erschleichen nämlich die Vertragsparteien eine falsche notarielle Beurkundung, d.h. sie veranlassen die Urkundsperson, eine inhaltlich unwahre (notarielle) Erklärung abzugeben. Die Urkundsperson allein ist nach dieser Auffassung die Falsch-Beurkundende; sie allein bezeugt (irrtümlich) etwas inhaltlich Unwahres, wofür die vorsätzlich Erschleichenden, d.h. die Klienten, die strafrechtliche Verantwortung zu übernehmen haben¹⁵⁶.

217 - Die Auffassung von der alleinigen Erklärungs-Autorschaft der Urkundsperson hat auch MAX KUMMER zu seiner (vom Bundesgericht nicht übernommenen¹⁵⁷) Lehre geführt, die öffentliche Urkunde genieße den öffentlichen Glauben nur bezüglich jener Inhalte, welche die Urkundsperson aufgrund eigener Wahrnehmung zu bezeugen vermöge, nur also bezüglich des äusseren Ablaufs der Vertragsbeurkundung, nicht bezüglich des wirklichen inneren Willens der Vertragsparteien. Auch für KUMMER existieren die Vertragsparteien bei der öffentlichen Vertragsbeurkundung gewissermassen nur als Statisten, nämlich als Personen, deren Auftritt und Wort von der Urkundsperson als äussere Tatsache protokolliert wird. Auch KUMMER erblickt in der öffentlichen Urkunde keine Eigen-Erklärungen der privaten Verfahrensbeteiligten und negiert damit deren Erklärungs-Autorschaft.

218 - Der Verfasser ist sich bewusst, dass es zur Klarheit und Praktikabilität des Rechts nichts beiträgt, wenn gefestigte Auffassungen ohne wichtigen Grund durch neuen Lehrmeinungen in Frage

gestellt werden. Trotzdem ist er der Überzeugung, dass sich ein Überdenken der hier erörterten Frage rechtfertigt. Für ein solches Überdenken spricht das gewandelte Verhältnis von Klientschaft und Urkundsperson im modernen Rechtsleben, verglichen mit den Verhältnissen in früheren Zeiten. Das Beurkundungswesen blickt auf Jahrhunderte zurück, in welchen der landesherrlich autorisierte Schreiber typischerweise den ungebildeten Angehörigen unterer Stände gegenüberstand. Die notarielle Aufgabe war es, im Laufe des Beurkundungsverfahrens die ursprünglichen Willensäusserungen solcher Leute, die oft unklar, widerspruchsvoll und lückenhaft waren, so zu klären, dass in der Urkunde

Fn 155 - Vgl. etwa Urteil des KG GR vom 24.10.1985, PKG (1985) S. 116, bestätigt durch den nicht publizierten BGE vom 22.10.1986; Urteil des KG-Ausschusses GR vom 9.6.1982, PKG (1982) S. 83; Urteil des OG LU vom 4.3.1985, LGVE 1985 I Nr. 12; BGE 84 IV 164.

Fn 156 - A.M. STRATENWERTH, Strafrecht BT II (3.A. 1984) S. 192, N 15, welcher die unrichtige Angabe des Grundstückkaufpreises als Falschbeurkundung gemäss Art. 251 StGB, begangen durch die zu Urkund erklärenden Privatpersonen in mittelbarer Täterschaft qualifiziert.

Fn 157 - Vgl. immerhin das dictum im BGE vom 31.1.1984, Pra 73 Nr. 129, welches sich der Lehre KUMMERS anschliesst.

****§. 72****

eine präzise und rechtlich zutreffende Erklärung festgehalten werden konnte. Solche ungebildeten Leute konnten nicht Redaktoren der Urkunde sein; diese Aufgabe oblag dem Notar allein. Damals konnte zutreffend gesagt werden, die Beurkundung sei obrigkeitliche Feststellung privater Äusserungen. Die Privaten erschienen damals als derart unmündig und zu klarer Äusserung unfähig, dass ihnen im Beurkundungsverfahren das Wort entzogen war: Nur die Urkundsperson kam zu Wort, ähnlich wie im Gerichtsurteil nur das Gericht zu Worte kommt, wobei die privaten Parteivorträge als Grundlage und Voraussetzung der hoheitlichen Feststellungen, nach pflichtgemässen Ermessen des Gerichtes bzw. im Beurkundungsverfahren des Notars, Berücksichtigung finden mussten.

219 - Das schweizerische Beurkundungsrecht hat an der Schwelle des 21. Jahrhunderts demgegenüber davon auszugehen, dass die Klientschaft typischerweise lese- und schreibkundig ist und über eine Schulbildung und geistige Beweglichkeit verfügt, welche derjenigen der Urkundsperson nicht unbedingt nachsteht. Die Klienten sind heute als **mündige, privatautonome Rechtssubjekte** ins Beurkundungsverfahren einzubeziehen. Sie müssen in öffentlich beurkundeten Verträgen und letztwilligen Verfügungen selber zu Wort kommen, und zwar als die Autoren ihrer Erklärungen, d.h. als selber erklärende Rechtssubjekte, nicht bloss als die Objekte notarieller Ermittlungs- und Protokollierungstätigkeit. Obrigkeitliches Gehabe von Notaren ist sowohl im freiberuflichen wie im staatlichen Notariat nicht mehr zeitgemäss. Öffentliche Beurkundung ist primär als eine **Dienstleistung zugunsten der Klientschaft**, nur sekundär als obrigkeitliche Regulierung des Rechtsverkehrs zu verstehen. Die Parteiunterschriften unter öffentlich beurkundeten Verträgen sind demgemäss als Bestätigung der rechtsgeschäftlichen Eigenerklärungen der Unterzeichner, nicht als blosser Zustimmung zur obrigkeitlichen Feststellungstätigkeit der Urkundsperson zu qualifizieren.

220 - Hinzu kommt ein weiteres: Trotz der Lehrmeinung, wonach die kantonalen Gesetzgeber frei seien, die zu Urkund erklärenden Privatpersonen von der Urkundenunterzeichnung generell zu dispensieren, hat kein einziger Kanton vom Erfordernis der Urkundenunterzeichnung tatsächlich dispensiert. **Sämtliche Kantone** verlangen die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde seitens der zu Urkund erklärenden Personen¹⁵⁸ - unter Vorbehalt der Unterzeichnungsunfähigkeit¹⁵⁹ aus objektiven Gründen¹⁶⁰.

Fn 158 - Vgl. **ZH** NV § 27 Abs. 1; NV § 28; **BE** ND Art. 11 Abs. 3; **LU** BeurkG § 37 Abs. 1 lit. c; **UR** NV Art. 26 Abs. 1; **SZ** BeurkV § 9 Abs. 1 lit. d und § 10 Abs. 1; **OW** BeurkG Art. 18 Abs. 1 lit. e; **NW** BeurkV § 29

Ziff. 4; **GL** EGZGB Art. 21 Abs. 2; **ZG** BeurkG § 16 Abs. 1; **FR** NG Art. 60 Abs. 4; **SO** NV § 30 Abs. 2; **BS** NG § 9; **BL** BeurkV § 16 Abs. 2; **SH** EG ZGB Art. 26 Abs. 1; **AR** GemeindekanzleienV, Art. 15 Abs. 2; **AI** BeurkV Art. 6

****S. 73****

221 - Diese übereinstimmende Regelung in allen Kantonen muss als Tatsache ernst genommen werden. Sie signalisiert eine *opinio necessitatis*. Eine Lehre, welche den Kantonen die Kompetenz zuerkennen möchte, auch anders zu legiferieren, erweist sich demgegenüber als realitätsfremde Theorie.

222 - Eine Auffassung wie die oben zitierte von HANS HUBER, welche in der Urkundsperson die einzige Urkundenautorin und in den Parteiunterschriften lediglich die Bekräftigung des notariellen Zeugnisses erblickt, steht in klarem Widerspruch zu zwingenden Erfordernissen des Verfahrensablaufs. Regelmässig verlangen die Kantone, dass die zu Urkund erklärenden Privaten die Urkunde als erste, die Urkundsperson als letzte unterzeichnen¹⁶¹. Im Zeitpunkt der Unterschriftsleistung "unterstreichen" die Privaten keineswegs eine "entsprechende Bestätigung der Urkundsperson", sondern sie unterzeichnen unmittelbar ihre eigenen, in der Urkunde schriftlich ausformulierten Erklärungen - noch bevor die Urkundsperson irgend etwas bestätigt hat. Erst nachher bezeugt die Urkundsperson mit ihrer Unterschrift, dass die Erschienenen ihre Erklärungen vor der Urkundsperson unterzeichnet haben. Die Notarunterschrift tritt also bestätigend zu den Privatunterschriften hinzu - nicht umgekehrt!¹⁶² - Die Vertragsparteien erklären einander im ersten Akt, durch die Beisetzung ihrer Privatunterschriften vor den Augen der Urkundsperson, den übereinstimmenden Vertragswillen im Sinne von Art. 1 OR, worauf im zweiten Akt die Urkundsperson mit ihrer Notarunterschrift protokollarisch sinngemäss erklärt, die Willenserklärungen der Vertragsparteien seien in notarieller Anwesenheit ausgetauscht worden.

Abs. 1 Ziff. 4; **GR** NV Art. 35 Abs. 1; **AG** NO § 34 Abs. 1 Ziff. 4; **TG** NV § 7 Abs. 1; **TI** LN Art. 41 Abs. 1; **VD** LN Art. 72 Abs. 1; **VS** NG Art. 30 Ziff. 5; **NE** LN Art. 24 Abs. 2s; **GE** LN Art. 17; **JU** LN Art. 36 Abs. 1.

Fn 159 - Zur Unterscheidung der Schreibfähigkeit im Sinne natürlichen Könnens und der Unterzeichnungsfähigkeit im Sinne rechtlichen Vermögens vgl. Ziff. 2008 ff.

Fn 160 - In manchen Kantonen wird nicht auf die objektive Unterzeichnungsunfähigkeit, sondern auf die Parteierklärung abgestellt, die erschienene Person könne nicht unterzeichnen; die Urkundsperson hat die Glaubhaftigkeit dieser Erklärung jedoch aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmung zumindest summarisch zu kontrollieren. Wird die Urkundsperson in diesem Punkt offensichtlich angelogen, so besteht die Verpflichtung, den Motiven für die Unaufrichtigkeit auf den Grund zu gehen.

Fn 161 - Vgl. etwa BS EGZGB § 237 Abs. 3: "Die Urkundsperson hat zuletzt zu unterzeichnen."

Fn 162 - Vgl. zum Unterzeichnungserfordernis auch hinten, Ziff. 305 ff., 1950 ff., 2436 ff.

****S. 74****

14. Urkunden-Adressat

223 - *Liegt der Zweck der öffentlichen Beurkundung darin, durch Zustellung der Urkunde an eine am Verfahren unbeteiligte Institution oder Person Rechte zu gestalten, so werden jene Institutionen oder Personen, für welche solche Zustellungen bestimmt sind, in der vorliegenden Arbeit die Urkunden-Adressaten genannt.*

224 - Erläuterung: Der Begriff des **Urkunden-Adressaten** ist nützlich zur Abgrenzung bestimmter, am Beurkundungsverfahren nicht beteiligter Personen mit qualifizierter Sachnähe gegenüber beliebigen Dritten. Die Urkundsperson schafft häufig einen Beleg auf Begehren der Person A zuhanden der Person B, beispielsweise eine Bürgschaftserklärung auf Begehren des Bürgen zuhanden des Gläubigers oder eine eidesstattliche Erklärung auf Begehren des Erfinders zuhanden eines ausländischen Patentamtes.

225 - Bei der Mehrzahl der Beurkundungen sind Urkundenadressaten vorhanden. Nur bei jenen individuellen Erklärungen, die ohne amtliche Eintragung bzw. Registrierung unmittelbar Recht schaffen, ohne hierzu einer Zustellung an Dritte zu bedürfen (z.B. letztwillige Verfügungen, Ehe- und Erbverträge), kann das Fehlen von Urkundenadressaten angenommen werden.

226 - Sachbeurkundungen werden meist auf Begehren des Klienten (des Bestellers) zuhanden eines Urkunden-Adressaten vorgenommen. Denn Sachbeurkundungen bleiben regelmässig nicht einfach als stiller Beleg bei den Akten des Bestellers, sondern erfüllen ihren Zweck dadurch, dass der Besteller die Urkunde einem Dritten zukommen lässt.

227 - In diesen Fällen kann die Person oder Institution, für welche die Urkunde bestimmt ist, nicht beliebigen Dritten gleichgestellt werden, auch wenn sie am Beurkundungsverfahren nicht beteiligt und in der Urkunde nicht erwähnt ist. Vielmehr nimmt die Urkundsperson in solchen Fällen eine Mittelstellung ein zwischen der Klientschaft und dem (abwesendem) Urkunden-Adressaten; sie hat auch die Interessen des Urkunden-Adressaten zu wahren und demgemäss von Formulierungen Abstand zu nehmen, welche den Urkunden-Adressaten über Inhalt und Tragweite der Urkunde täuschen könnten.

15. Urschriften und Zirkulationsurkunden

228 - *Unter Urschriften (franz.: minute) werden in der vorliegenden Arbeit jene öffentlichen Urkunden verstanden, die von Gesetzes wegen dauernd im Ge-*

****S. 75****

*wahrsam jener Urkundsperson zu bleiben haben, welche die Beurkundung vorgenommen hat und welche bei der Beendigung ihrer Berufstätigkeit einer staatlichen Stelle zur weiteren Aufbewahrung zu übergeben sind*¹⁶³.

229 - *Urschriften sind vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an Eigentum des Staates, d.h. des betreffenden Kantons. Die Klienten und Dritte erhalten von der Urkunde notarielle Ausfertigungen.*

230 - *Unter Zirkulationsurkunden werden in der vorliegenden Arbeit jene öffentlichen Urkunden verstanden, welche nicht im Gewahrsam der Urkundsperson verbleiben. Sie gehen mit ihrer Aushändigung in das sachenrechtliche Eigentum jener sachbeteiligten Person über, für welche das betreffende Dokument bestimmt ist. - Zirkulationsurkunden entstehen entweder unmittelbar im Beurkundungsvorgang als Originale (franz.: acte en brevet) oder sie werden von der Urkundsperson aufgrund der von ihr beurkundeten Urschrift hergestellt. Im zweiten Falle heissen sie Ausfertigungen (franz.: expédition).*

231 - Erläuterung: Elf Kantone¹⁶⁴ kennen das System der originalen, nicht für den Rechtsverkehr bestimmten Urschrift und der an Klientschaft, Grundbuch- und Handelsregisteramt herauszugebenden, für den Rechtsverkehr bestimmten Kopie; die Kopie heisst in der Regel **Ausfertigung**.

232 - Bei diesem System haben nur die Ausfertigungen den Charakter der Zirkulationsurkunden; sie werden ebenfalls als selbständige öffentliche Urkunden¹⁶⁵, nicht als beglaubigte Fotokopien qualifiziert, weil die Urkundsperson mit der Erstellung der Ausfertigung nicht nur deren textliche Übereinstimmung mit der Urschrift¹⁶⁶, sondern zusätz-

Fn 163 - In diesem technischen Sinne, d.h. nicht im blossen Sinne von "Original", wird der beurkundungsrechtliche Begriff der Urschrift verwendet in BE NG Art. 22 und ND Art. 34; UR NG Art. 28 Abs. 1; FR NG Art. 47 Abs. 1 und 70; VS NG Art. 37 und 39; von "Originalurkunde" statt von "Urschrift" sprechen ZH NV §§ 51, 52, 135-138; und SO NV § 44; die französischsprachigen Kantone kennen alle das Urschriften-System. Die dortige Terminologie unterscheidet drei Begriffe, nämlich die "minute" (Urschrift, welche im Gewahrsam der Urkundsperson bleiben muss), den "acte en brevet" (Originalurkunde, welche an die Klientschaft auszuhändigen ist, ohne

dass bei der Urkundsperson eine Urschrift verbleibt) und die "expédition" (Ausfertigung einer bei der Urkundsperson verbleibenden Urschrift); vgl. VD LN Art. 76, 80, 94 ff.; VS NG Art. 37, 39, 40; NE LN Art. 32; GE LN Art. 23, JU LN Art. 41; TI LN Art. 65: Atto originale (Urschrift) und "atto steso in forma di brevetto" (originale Zirkulationsurkunde), Art. 69 Abs. 2: "copia autentica di prima edizione" (erste Ausfertigung). - CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 102, verwendet den Begriff der Urschrift in untechnischem Sinn als Original, ohne auf den gesetzlich geregelten Verbleib des Dokumentes im Staatseigentum bzw. im Privateigentum einzugehen.

Fn 164 - ZH, BE, UR, FR, SO, TI, VD, VS, NE, GE, JU; - das Urschriftensystem besteht in Deutschland bundeseinheitlich.

Fn 165 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 186, N 1 zu Art. 34 ND BE.

Fn 166 - Die Ausfertigung braucht kein fotokopiegetreues Abbild der Urschrift zu sein. Abänderungen, Berichtigungen und Zusätze, die während des Beurkundungsvorgangs in die Urschrift aufgenommen wurden, dürfen und sollen in der Ausfertigung ohne

****S. 76****

lich die eigene Verantwortung für die Entstehung der Urschrift und deren fortdauernde Aufbewahrung bezeugt¹⁶⁷.

233 - Andere Kantone kennen das umgekehrte System der originalen Zirkulationsurkunde und der bei der Urkundsperson verbleibenden Beleg-Kopie; die letztere ist eine beglaubigte¹⁶⁸ oder unbeglaubigte¹⁶⁹ Fotokopie.

234 - Das Urschriftensystem hat eine besondere Rechtfertigung bei den Grundstücksgeschäften. Wird die Originalurkunde nur in einem Exemplar errichtet - was die Regel ist - so ist deren Aushändigung an eine einzige von mehreren Vertragsparteien zu sachenrechtlichem Eigentum problematisch. Denn es lässt sich schwer rechtfertigen, den primären, mit öffentlichem Glauben verbundenen Beleg des Geschäftsschlusses einer einzigen von mehreren Parteien zu Eigentum zu übertragen. Das Eigentumsrecht enthält auch die Befugnis der Vernichtung der Urkunde; eine solche Befugnis soll bei Mehrparteiengeschäften keiner einzelnen Partei zukommen.

235 - Eheverträge und letztwillige Verfügungen sollten dagegen in das sachenrechtliche Eigentum der Ehegatten bzw. des Testators übergehen können, Wechselprotesturkunden in das Eigentum des Wechselinhabers.

236 - Bei den notariellen Protokollen des Gesellschaftsrechts, insbesondere bei den Gründungen und Statutenänderungen von Aktiengesellschaften, sollte die Originalurkunde richtigerweise weder dem Verlustrisiko noch der mit dem Eigentumsrecht verbundenen privaten Vernichtungsbefugnis ausgeliefert werden. Hier ist einer Regelung der Vorzug zu geben, wonach die Originalurkunde im definitiven Staatseigentum verbleibt.

237 - Der staatlich gesicherte Schutz der Originalurkunde kann auch so gewährleistet werden, dass die Urkundsperson verpflichtet wird, die Originalurkunde beim Grundbuch- oder beim Handelsregisteramt einzureichen.

238 - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen ist die Aushändigung der Originalurkunde an die Klientschaft zu deren Privateigentum in der Regel unproblematisch; sie sollte vom kantonalen Recht richtigerweise generell toleriert werden. Bei den in Vermerkform angebrach-

besondere Kennzeichnung in den fortlaufenden Text an jenem Ort integriert werden, an welchen sie gehören. Unzulässig ist dagegen die Integration von Nachbeurkundungen späteren Datums in eine Ausfertigung, welche als diejenige einer früher datierten Urschrift dargestellt wird. Vgl. hierzu den Entscheid der Justizdirektion BE vom 10.1.1956, MBVR 54 S. 269 Nr. 77 und ZBGR 47 (1966) S. 208 f.

Fn 167 - Bei Fotokopien-Beglaubigungen wird demgegenüber nur die Erstellung ab einem im Zeitpunkt des Kopiervorgangs vorhandenen Original, nichts über den weiteren Verbleib, die Entstehung und die rechtliche Qualität des Originals bezeugt.

Fn 168 - So ZH NV § 138.

Fn 169 - So die baselstädtische Praxis.

****S. 77****

ten Beurkundungen **muss** die Originalbeurkundung dem Inhaber des den Vermerk tragenden Dokumentes ausgehändigt werden.

§ 6 Die drei Zwecke der öffentlichen Beurkundung: Belegfunktion, Schutz vor Unbedacht und Verfahrenskontrolle

239 - Vorbemerkung: In der vorliegenden Arbeit wird versucht, den einzelnen Beurkundungskategorien bestimmte Regelungsziele zuzuordnen. Eine solche Zuordnung ist erforderlich, wenn von den Regelungszielen her auf die konkreten Anforderungen an das Beurkundungsverfahren und die Urkundengestalt im Einzelfall Rückschlüsse gezogen werden sollen. Dabei ist die Frage nicht die, welche Funktionen eine öffentliche Urkunde zu erfüllen vermag (z.B. Erinnerungsstütze¹⁷⁰), sondern um welcher typischer Anliegen willen die Rechtsordnung für bestimmte Fälle - im Gegensatz zu anderen Fällen - die öffentliche Beurkundung verlangt und einfache Schriftform nicht genügen lässt.

Fn 170 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 20-25, nennt sieben Zwecke der öffentlichen Beurkundung, nämlich 1. Erinnerungsstütze; 2. Streitvermeidung durch inhaltliche Klarheit; 3. Beweisfunktion; 4. Schutz der Vertragsparteien vor Übereilung; 5. Notwendigkeit der Rechtsbelehrung; 6. Errichtung geeigneter Rechtsgrundausweise; 7. rechtspolizeiliche Funktion: Prüfung der Identität und Handlungsfähigkeit der vor der Urkundsperson erschienenen Personen. - An anderer Stelle (Notariatsprozess, S. 86) schreibt der gleiche Autor, die öffentliche Beurkundung diene der Rechtsgestaltung (Beurkundung von Verträgen und öffentlichen Versteigerungen) und der Rechtssicherung (Feststellungsurkunden). - Der gleiche Autor hatte die Zwecke der öffentlichen Beurkundung in dem früher erschienenen Bernischen Notariatsrecht, S. 56 und 57, noch weniger konzis und weniger katalogartig zu beschreiben versucht, aber auf eine klare Zuordnung einzelner Zwecke zu einzelnen Beurkundungsobligationen verzichtet: "Je nach der Art des Geschäftes steht der eine oder andere Zweck im Vordergrund, und die andern sind von untergeordneter Bedeutung oder können fehlen." Solche Unbestimmtheit verhindert zuweilen klare Rückschlüsse vom Zweck der öffentlichen Beurkundung auf ihre konkrete Ausgestaltung. - SIDLER, Komm. LU (1975) S. 21 Rz 10, stellt den Schutz vor Übereilung in den Vordergrund. In gleichem Sinne BGE 99 II 161 E. 2a, 82 II 553, 68 II 234 f., KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 716, N 24 zu Art. 9 ZGB; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 3 ff. zu Art. 657 ZGB. - PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (415) stellt, unter Berufung auf GUHL/MERZ/KUMMER, die Schaffung einer sicheren Beweisgrundlage, den Schutz vor Übereilung, Unachtsamkeit und Sorglosigkeit und die qualifizierte Wirkung im Rechtsverkehr in den Vordergrund und bezeichnet die Schaffung einer verlässlichen Grundlage für einen Registereintrag als Nebenzweck.

****S. 78****

1. Belegfunktion

240 - Jede öffentliche Beurkundung bezweckt die Schaffung eines schriftlichen Belegs öffentlichen Glaubens für den Rechtsverkehr. Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen ist diese Belegfunktion der einzige Zweck.

241 - Erläuterung: Primärer Zweck der öffentlichen Beurkundung ist die **Schaffung schriftlicher Belege mit rechtlich zuerkannter Wahrheitsgeltung**. Diese Wahrheitsgeltung wird auch als öffentlicher Glaube bezeichnet, wobei der Begriff hier etwas anderes bedeutet als im Grundbuchrecht. Notarielle Urkunden gelten nicht als öffentlich bekannt. Ihr öffentlicher Glaube bedeutet nur qualifizierte Beweiskraft, nicht Vermutung der Bekanntheit¹⁷¹. - In der vorliegenden Arbeit wird unter "öffentlichem Glauben" stets ausschliesslich die verstärkte Beweiskraft gemäss Art. 9 ZGB verstanden, nicht die Vermutung der Bekanntheit gemäss Art. 973 ZGB.

242 - Die rechtliche Zuerkennung des öffentlichen Glaubens erfolgt für die öffentlichen Urkunden des schweizerischen Bundesprivatrechts in Art. 9 ZGB, und zwar durch die den öffentlichen Urkunden in dieser Gesetzesvorschrift verliehene, verstärkte Beweiskraft¹⁷². Dabei bewährt sich Beweiskraft der öffentlichen Urkunde vor allem im nichtstreitigen Rechtsverkehr, d.h. in der **Belegfunktion** der Urkunde. Die öffentliche Urkunde hat sich in der Regel nicht durchzusetzen gegen prozessuale oder andere Bestreitungen, und sie hat nicht als akzessorisches Beweismittel irgend eine im Vordergrund stehende Behauptung zu stützen, sondern sie belegt ihren Inhalt im nichtstreitigen Rechtsverkehr unmittelbar durch sich selber.

243 - Untersucht man die **prozessuale Beweiskraft** öffentlicher Urkunden gegenüber der substantiierten Bestreitung, so fällt auf, dass die tatsächliche Beweiskraft **praktisch nicht grösser** ist als die Beweiskraft privatschriftlicher Urkunden. Die öffentliche Urkunde kann mit beliebigen Beweismitteln widerlegt werden¹⁷³. Zwar erbringen öffentliche

Fn 171 - Vgl. die Antinomie der Begriffe etwa im Beschluss der OG ZH vom 28.11.1988, ZR 88 S. 203 Nr. 64 und ZBGR 72 (1991), wo es in E. 3 heisst, ein Grundbuchplan, der noch nicht Bestandteil des eidgenössischen Grundbuches sei, sei zwar öffentliche Urkunde i.S. von Art. 9 ZGB und erbringe vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit nachgewiesen ist, genieße aber nicht den öffentlichen Glauben des eidgenössischen Grundbuchs i.S. von Art. 973 ZGB.

Fn 172 - Zur verstärkten Beweiskraft vgl. KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 716 N. 24 ff. zu Art. 9 ZGB.

Fn 173 - Ungenau ist demgemäss die Auffassung von JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 35, N 145, im Prozess sei ein "striker Beweis des Gegenteils" nötig, um die erhöhte Beweiskraft der öffentlichen Urkunde zu zerstören. - Nicht das "Gegenteil" der Urkundeninhaltes, sondern dessen blosse Unrichtigkeit ist darzutun, wobei es der freien richterlichen Beweiswürdigung anheimgestellt ist, auf-

****S. 79****

Urkunden gemäss Art. 9 ZGB vollen Beweis, "solange nicht die Unrichtigkeit ... nachgewiesen ist"; dies gilt aber weitestgehend auch für privatschriftliche Urkunden: auch der von den Prozessparteien ins Recht gelegte privatschriftliche Arbeitsvertrag oder Mietvertrag beweist Bestand und Inhalt des Rechtsverhältnisses so lange, als keine Partei etwas anderes nachzuweisen vermag¹⁷⁴.

244 - Steht der öffentlichen Urkunde im Prozess eine unsubstantiierte Bestreitung gegenüber - was der prozessualen Geltendmachung blossen Zweifels gleichkommt - so hält die Urkunde stand, genau gleich wie sie im nicht-streitigen Rechtsverkehr gegen blosse Zweifel standhält. Aber auch mit dieser Eigenschaft unterscheidet sie sich prozessual nicht grundsätzlich, sondern allenfalls graduell von prozessualen Beweismitteln in einfacher Schriftform.

245 - Zur Erhärtung des Gesagten sei auf die Beweiswürdigung verwiesen, welche die Gerichte im Kilintra-Fall (BGE 107 II 161, insbesondere 163 f.) einer Vertragsklausel mit folgendem Wortlaut zuteil werden liessen: "Die Gewährspflicht der Verkäufer für Sachmängel an den Kaufobjekten wird aufgehoben. Die Parteien sind über die Bedeutung dieser Bestimmung orientiert." - Im Bundesgerichtsentscheid findet sich kein Wort darüber, dass die öffentliche Urkunde gemäss Art. 9 ZGB den wirklichen Willen der Parteien mit öffentlichem Glauben bezeugt. Art. 9 ZGB wird in dem Entscheid weder in Betracht gezogen noch überhaupt erwähnt. Ebenso wenig scheinen sich die Gerichte darüber Gedanken gemacht zu haben, dass die zitierte Klausel von den Vertragsparteien vor einer zürcherischen Urkundsperson gelesen, genehmigt und unterzeichnet worden war. Statt dessen untersuchten die Gerichte unmittelbar und in freier Beweiswürdigung, welches der wirkliche innere Wille der Vertragsparteien gewesen sein mochte - in genau jener Manier, in welcher im Zivilprozess privatschriftliche Verträge ausgelegt zu werden pflegen.

246 - Wird die öffentliche Urkunde - und damit in der Regel zugleich die Urkundsperson - im Prozess in substantiierte Weise angegriffen, wozu auch die Substantiierung von Zweifeln an der Red-

lichkeit der Urkundsperson gehört, so kann sich die angegriffene Urkundsperson nicht hinter dem öffentlichen Glauben der Urkunde verschanzen.

grund welcher Beweismittel und Überlegungen die Unrichtigkeit des Urkundeninhalts als bewiesen betrachtet wird. Fn 174 - In diesem Sinne auch PIERRE ROCHAT, Quelques réflexions sur la profession de notaire, JDT 1966 III 90-102 (93): "Notre droit civil accorde à l'acte authentique une force probante qui ne dépasse guère celle du simple écrit légalisé et il ne lui reconnaît aucune force exécutoire particulière." - Anders LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 72, N 102, welcher sich gegen eine Ausdehnung des Beurkundungsbegriffes mit der Begründung ausspricht, dadurch würde im Prozess der Grundsatz der freien Beweiswürdigung erheblich eingeschränkt.

****S. 80****

Gegen begründeten Verdacht hat sie sich mit anderen Beweismitteln zu verteidigen als mit ihrem von ihr selber beurkundeten Zeugnis, ihre Amtspflichten rechtmässig erfüllt zu haben¹⁷⁵.

247 - Nicht in der prozessualen Beweisführung, sondern in der ausserprozessualen Belegfunktion unterscheiden sich die öffentlichen Urkunden grundsätzlich von Privaturkunden. Für das Grundbuchamt, für andere Ämter und für manche Private ist zuweilen nicht entscheidend, ob ein Rechtsverhältnis gültig besteht oder ob eine Unterschrift echt ist, sondern ob der Bestand des Rechtsverhältnisses und die Echtheit der Unterschrift **mit öffentlichem Glauben belegt** sind. Der breite Strom des täglichen Rechtsverkehrs ist auf qualifizierte Belege angewiesen; um die Schaffung solcher Belege geht es bei der öffentlichen Beurkundung. Ob und wie sich die Belege in der Ausnahmesituation der prozessualen Bestreitung beweismässig bewähren, ist eine sekundäre Frage.

248 - Die vom Gesetzgeber in Art. 9 ZGB formulierte Rechtsregel könnte dahingehend präzisiert werden, dass öffentliche Urkunden ausserprozessual ihre Belegfunktion mit dem ihnen verliehenen öffentlichen Glauben so lange einwandfrei erfüllen, als sie nicht prozessual falsifiziert sind. Die öffentlichen Urkunden erfüllen ihre ausserprozessuale Belegfunktion einwandfrei auch ohne vorherige prozessuale oder anderweitige Verifikation; denn das Beurkundungsverfahren selber hat verifizierenden Charakter. Sind öffentliche Urkunden aber einmal prozessual bestritten, so sind an ihre Widerlegung keine qualifizierten Anforderungen gestellt.

Fn 175 - Hieraus ergibt sich eine gewisse Einschränkung von MARTIS Ausführungen zur Beweiskraft des Beurkundungsvermerks (Notariatsrecht, S. 137, N 8 zu Art. 5 ND BE). - Man denke an eine ohne Unterschrift des Verstorbenen produzierte letztwillige Verfügung, welche die Urkundsperson angeblich am Spitalbett des Todkranken beurkundet haben will, wobei die Urkunde die Zeugenunterschriften zweier mittlerweile in ihre überseeische Heimat zurückgereisten, nicht mehr auffindbaren Personen trägt; bewirkt die Urkunde die massive Begünstigung einer der Urkundsperson nahestehenden Person, und behauptet die bestürzte Witwe, von einer solchen Zuwendungsabsicht wie überhaupt von der Verfügungsabsicht ihres verstorbenen Mannes nie etwas gewusst zu haben, so kann sich die solcherart ins Zwielicht geratende Urkundsperson gegen den Verdacht der Urkundenfälschung nicht einfach dadurch zur Wehr setzen, dass sie auf den öffentlichen Glauben des Beurkundungsvermerks verweist. - Wo in Gerichtsurteilen beweisrechtlich auf den öffentlichen Glauben einer Urkunde abgestellt wird, ist meist eine stillschweigend vorgenommene, umfassende richterliche Beweiswürdigung durchzuspüren: Weil und solange dem Richter die Korrektheit und Wahrhaftigkeit einer Urkundsperson aufgrund der Umstände als glaubhaft erscheint, ist er geneigt, die Urkunde mit Verweis auf Art. 9 ZGB zu schützen. Vgl. einen solchen Fall im Urteil des OG ZH vom 22.4.1980, ZR 82 24 S. 50, wo sich in einem umfassend geführten Beweisverfahren die Fadenscheinigkeit der klägerischen Angriffe und die Wahrheit der Urkunde erwiesen hatte; erst dieses Beweisverfahren erlaubte dem Gericht dann die lakonische Feststellung, die Urkunde erbringe gemäss Art. 9 ZGB vollen Beweis.

****S. 81****

249 - Es erweist sich, dass die privilegierte Wahrheitsgeltung der öffentlichen Urkunde im nichtstreitigen Rechtsverkehr zum Tragen kommt, dass die Privilegierung im prozessualen Streit dagegen weitgehend gegenstandslos wird.

250 - Eine diesbezüglich aufschlussreiche Spezialbestimmung findet sich in Art. 18 Abs. 2 BewV¹⁷⁶, wo es bezüglich der Belegung der Nicht-Ausländer-Eigenschaft von Grundstückserwerbern heisst:

"Art. 18 Prüfung und Beweiserhebung:

1 Grundbuchverwalter, Handelsregisterführer und Steigerungsbehörde überlassen eine nähere Prüfung der Bewilligungspflicht und gegebenenfalls die Beweiserhebung darüber der Bewilligungsbehörde, an die sie den Erwerber verweisen (Art. 18 Abs. 1 und 2 sowie 19 Abs. 2 BewG; Art. 14 Abs. 3 und 15 Abs. 3 Bst. a).

2 Öffentliche Urkunden erbringen für durch sie bezeugte Tatsachen vollen Beweis, wenn die Urkundsperson darin bescheinigt, sich über die Tatsachen aus eigener Wahrnehmung vergewissert zu haben, und wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Tatsachen nicht zutreffen (Art. 9 ZGB)."

251 - Die zitierte Bestimmung bezieht sich auf jenes notarielle Prüfungsverfahren, welches in klaren Fällen an die Stelle des umständlicheren Verfahrens der Bewilligungsbehörde treten kann. Wegen der erheblichen potentiellen Interessen an einer Falschbeurkundung soll die notarielle Bezeugung der Nicht-Ausländer-Eigenschaft aber nur dann Beweis schaffen, wenn die Urkundsperson ihre Ermittlungshandlungen in der Urkunde konkret nennt¹⁷⁷ und wenn für die in Abs. 1 genannten Behörden keine Anhaltspunkte für die inhaltliche Unrichtigkeit ersichtlich sind. Die Bestimmung bestätigt die in der vorliegenden Arbeit vertretene Auffassung, dass der öffentliche Glaube des notariellen Zeugnisses keine Einheitsmünze mit immer gleichem Wert ist.

252 - Zur Belegfunktion der öffentlichen Urkunden ist folgendes beizufügen: Öffentliche Urkunden sind in Teilbereichen des privaten Rechtsverkehrs die Scharnier- und Angelpunkte, auf denen gewisse Dinge sich bewegen. Nicht die Wirklichkeit als solche, nicht der gefundene Konsens oder der erfolgte Tod, sondern die zur öffentlich beurkundeten Information, zum beurkundeten Vertrag oder zur Todesbeurkund-

Fn 176 - Vgl. hiezu JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 35, N 143-145.

Fn 177 - Dies ist gemeint, wenn es heisst, die Urkundsperson habe in der Urkunde zu bescheinigen, "sich über die Tatsachen aus eigener Wahrnehmung vergewissert zu haben": Die Tatsache der Nicht-Ausländer-Eigenschaft entzieht sich der Wahrnehmung; sie ist stets nur eine gedankliche Schlussfolgerung aus wahrgenommenen Dokumenten und Privaterklärungen.

****§. 82****

ung, kurz: zum **schriftlich belegten Inhalt** gewordene Wirklichkeit, setzt die Mechanik des Rechtsverkehrs in Bewegung.

253 - Das Rechtsleben ist aber nicht auf irgendwelche schriftlichen Belege angewiesen, sondern es braucht Belege, auf welche Verlass ist. Dieser Verlass könnte theoretisch durch die Integration von Beweismitteln und Beweisargumenten in den schriftlichen Beleg bewirkt werden, welche dem Leser erlauben, aufgrund eigener Beweiswürdigung sich von der belegten Wahrheit selber zu überzeugen. In der Praxis ist solches jedoch nicht tunlich. Ob der belegte Inhalt objektiv wahr ist, mag kontrovers bleiben, ja sich menschlicher Erkenntnis letztlich entziehen. Die Rechtsordnung kommt nicht darum herum, für gewisse Abläufe auf schriftliche Belege abzustellen, die - unabhängig von ihrer objektiven Wahrheit oder Unwahrheit - **aufgrund rechtlicher Anordnung** als wahr **gelten** und die bis zum Beweis des Gegenteils von jedermann als wahr anerkannt werden **müssen**, letzteres im Sinne einer Rechtspflicht, nicht im Sinne philosophischer Erkenntnis. Die sich im Rechtsleben stellende Frage heisst nun nicht mehr, ob der belegte Inhalt wahr **ist**, sondern ob er aufgrund seiner

Dokumentierung in einem rechtlich geregelten Beurkundungsverfahren als wahr **gilt**. Statt objektive Wahrheit zu verlangen, begnügt sich die Rechtsordnung mit einem geregelten Verifikationsverfahren, eben dem Beurkundungsverfahren. Durch ihre Entstehung in einem rechtlich geregelten Verfahren erlangt die öffentliche Urkunde nicht notwendigerweise objektive Wahrheit, aber sie erlangt rechtlich angeordneten öffentlichen Glauben.

254 - Das von jedermann rechtlich geforderte Vertrauen und die gegenüber einer unbestimmten Öffentlichkeit geltende Wahrheit macht diese Urkunden zu "öffentlichen". Die Bezeichnung "öffentlich" meint heutzutage den gegenüber jedermann bestehenden öffentlichen Glauben, nicht ein öffentliches Errichtungsverfahren. Die Errichtung ist nur insofern noch öffentlich, als eine der Öffentlichkeit verantwortliche, vom Staat ernannte Urkundsperson mitwirken muss. Der Belegfunktion aller öffentlichen Urkunden wohnt insofern Öffentlichkeit inne, als die Urkunden durch die notarielle Mit-Autorschaft zum Zeugnis gegenüber beliebigen Dritten werden; bezeichnenderweise beginnen alte Urkunden zuweilen mit den Worten "Zu Wissen sei hiemit ..." oder "Es wird hiemit kundgetan, dass ...". Solche Urkunden lassen noch die Rhetorik der öffentlichen Proklamation erkennen, was den Gedanken zum Ausdruck bringt, dass die öffentliche Urkunde ihren Zweck nicht im Festhalten von stillen oder geheimen Rechtsverhältnissen zwischen Privaten erfüllt, sondern dass sie diese Rechtsverhältnisse mit öffentlichem Glauben gegenüber der Gesellschaft und ihren staatlichen Institutionen bezeugt. Wer seine Erklärungen öffentlich beurkunden lässt, tritt dadurch aus der Sphäre des Rein-Privaten heraus. Wo der Gesetzgeber öffentliche Beurkundung anordnet, will er das Geschäft

****S. 83****

schon in seiner Entstehungsphase aus der Sphäre des rein-privaten Geheimnisses herausholen.

255 - Bezüglich der Belegfunktion öffentlich beurkundeter Verträge ist folgendes beizufügen: Die Rechtswirkungen der beurkundungsbedürftigen privaten Rechtsgeschäfte werden insgesamt durch Willenserklärungen ausgelöst. Aber nicht der innere Wille einer Vertragspartei, auch nicht der übereinstimmende innere Wille beider Vertragsparteien schafft die vertraglichen Rechte und Pflichten, sondern der **gegenseitig geäußerte Wille** (Art. 1 OR). Und wiederum schafft nicht die Äusserung als solche, auch nicht eine gegenseitige übereinstimmende Äusserung, die vertragliche Bindung, sondern nur jene Äusserung, die den **inneren Willen der Erklärenden wiedergibt**. Sind Äusserungen nicht ernst gemeint oder erfolgen sie völlig unvernünftig oder - wegen sprachlichen Unvermögens - mit anderem Sinn, als was der Erklärende ausdrücken wollte, so ist eventuell keine oder eine anfechtbare vertragliche Bindung entstanden.

256 - Die Belegung des Vertragsschlusses in einfacher Schriftform lässt immer in einem gewissen Masse offen, ob die Vertragsparteien das wirklich Gewollte geschrieben, ob sie das Geschriebene wirklich gewollt haben. Der Leser der Privaturkunde muss sich selber, aufgrund persönlicher Beurteilung der Vertragsparteien und des belegten Geschäftsinhaltes, seine Meinung bilden, ob ein rechtswirksamer Vertrag vorliegt.

257 - Wird der Vertrag hingegen öffentlich beurkundet, so gilt die Ernsthaftigkeit der Vertragsparteien bezüglich des Erklärungswillens, ferner ihr richtiges Verständnis des belegten Textes, d.h. die Übereinstimmung von innerem Willen und Wortlaut der beurkundeten Erklärung, als **mit öffentlichem Glauben belegt**. Der schriftliche Beleg gilt in dieser Hinsicht als wahr¹⁷⁸.

2. Schutz vor Unbedacht

258 - *Wo das Gesetz die öffentliche Beurkundung für individuelle rechtsgeschäftliche Erklärungen verlangt, dient das Beurkundungsverfahren neben der Be-*

****S. 84****

legschaftung dem Schutz der Erklärenden vor Unbedacht¹⁷⁹ anlässlich der Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten.

259 - Erläuterung: Vom beurkundungsrechtlichen Willensermittlungsverfahren bei der Beurkundung von Verträgen, welches (im Rahmen der notariellen Möglichkeiten) unter anderem der Kontrolle der Übereinstimmung von beurkundeter Erklärung und wirklichem inneren Willen dient, führt ein direkter Weg zum dem zweiten Regelungsziel des Beurkundungsobligatoriums, nämlich zum **Schutz vor Unbedacht** (sogenannter Übereilungsschutz). Dieses Regelungsziel ist beschränkt auf die Beurkundungen individueller Willenserklärungen, welche auf die Begründung, Änderung und Aufhebung von Rechten und Pflichten abzielen¹⁸⁰, und sollte richtigerweise im Zusammenhang mit Sachbeurkundungen (einschliesslich der Protokollierungen¹⁸¹) nicht Erwähnung finden.

Fn 179 - Vgl. die Meinungsäusserung der Justizkommission LU vom 24.5.1968, ZBGR 50 (1969) 181: "Vom gesetzgeberischen Zweck aus betrachtet, dient sie [die öffentliche Beurkundung] im wesentlichen dem Schutz der Urkundsparteien vor *unbedachten* Rechtsgeschäften...". Gleichlautend auch das OG LU im Urteil vom 4.7.1968, Maximen XI S. 636 Nr. 623, ZBGR 51 (1970) 352-357 (355).

Fn 180 - Eine eigenartige Ausdehnung der notariellen Kompetenz findet sich im österreichischen Fortpflanzungsmedizin-Gesetz vom 14.5.1992 (in Kraft seit 1.7.1992). Die §§ 7 und 8 dieses Gesetzes betreffen die rechtliche Beratung der Wunscheltern sowie die Erfassung der Zustimmungserklärung zur Vornahme einer ärztlich assistierten Zeugung. Die Wunscheltern müssen sich einer eingehenden Beratung unterziehen (§ 7 Abs. 3), wobei als Berater u.a. die Notare vorgesehen sind. Äusserer Anlass der Beratung ist die vom Gesetz verlangte Zustimmungserklärung (§ 8 Abs. 1) der Wunscheltern zur Vornahme der künstlichen Zeugung; diese Erklärung muss in gewissen Fällen in öffentlicher Urkunde abgegeben werden. - Die gesetzliche Regelung ist eine Entfremdung der Beurkundungsfunktion insofern, als die zu erteilende Beratung sich materiell nicht auf eine Willenserklärung im Rahmen des Patienten-Arzt-Verhältnisses, nicht also auf die rechtliche Gestaltung des Arzt-Mandates bezieht, sondern auf die Folgen der ärztlich assistierten Zeugung. Diese ist ihrerseits kein Rechtsgeschäft, sondern ein gynäkologischer Eingriff mit der Konsequenz einer bestimmten familiären Situation in der Zukunft. Die notarielle Belehrungs- und Beratungspflicht wird eindeutig überspannt, wenn ein diesbezüglicher Aufklärungsbedarf der Wunscheltern auf dem Umweg über gesetzlich institutionalisierte Zustimmungs- und Beurkundungserfordernisse geschaffen und wenn der Urkundsperson auf diese Weise eine Intervention zugemutet wird, welche richtigerweise durch Familienberatungsstellen der ärztlichen Zentren wahrgenommen würde. - Vgl. ERWIN BERNAT, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Aufgaben für das Notariat, [Österreichische] NZ 1992, S. 244-246; derselbe: Die rechtliche Regelung von Fortpflanzungsmedizin und Embryonenforschung in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Fertilität (1992) 8, S. 223-229.

Fn 181 - Damit ist gesagt, dass das Beurkundungsobligatorium bei Verbandsgründungen und Verbandsbeschlüssen nicht dazu dient, die Gründer, den Verband oder seine Mitglieder vor Unbedacht zu schützen, sondern ausschliesslich dazu, den rechtmässigen Ablauf zu kontrollieren und belegkräftig zu dokumentieren.

****S. 85****

260 - Hat eine Vertragspartei beim Vertragsschluss in einfacher Schriftform eine von ihr nicht wirklich gewollte Erklärung unterzeichnet, so wird sie nach dem Vertrauensprinzip bei dieser Erklärung so behaftet, wie die Gegenpartei sie verstehen durfte. Das impliziert regelmässig eine Härte für die gegen ihren Willen behaftete Partei.

261 - Das Beurkundungsverfahren schafft mit seiner Verifikation der Übereinstimmung des wirklichen Parteiwillens und der geschriebenen Erklärung eine gewisse (nie vollständige) Sicherheit, dass keine Vertragspartei bei Erklärungen behaftet wird, die sie nicht wirklich gewollt hat.

262 - Da das Beurkundungsverfahren die Äusserungen wirklichen Willens in einem Dokument mit rechtlich zuerkannter Wahrheitsgeltung belegen soll, muss die Urkundsperson im Rahmen ihrer faktischen Möglichkeiten und innerhalb gewisser rechtlicher Grenzen kontrollieren, ob die Äusserungen der Beteiligten, d.h. deren Instruktionen gegenüber der Urkundsperson, den wirklichen inne-

ren Geschäftswillen wiedergeben, und sie hat dafür zu sorgen, dass der Text der Urkunde diesen Geschäftswillen richtig und verständlich wiedergibt.

263 - Diese Kontrolle der von den Parteien ausgehenden Instruktionen und sonstigen Äusserungen führt unumgänglich zur Auseinandersetzung der Urkundsperson mit dem daraus ersichtlich werdenden Geschäftswillen der Beteiligten. Hiedurch wird die Urkundsperson instandgesetzt, die Beteiligten auf die Tragweite, Risiken und Nachteile des beabsichtigten Geschäftes hinzuweisen (notarielle Belehrung) und ihnen gegebenenfalls andere Handlungsalternativen zur Wahl zu stellen (notarielle Beratung)¹⁸².

264 - Hält die Urkundsperson den ihr mitgeteilten Geschäftswillen der einen oder anderen Partei für unvernünftig, unvollständig oder widersprüchlich, so fehlt der Parteiinstruktion die erforderliche Plausibilität. Die Urkundsperson muss sich fragen, ob die Vertragspartei das Unplausible wirklich will oder ob ein Missverständnis vorliegt. Mit dieser Frage muss sie an die Klientschaft herantreten. Im Idealfall ergibt sich ein Gespräch, in dessen Verlauf die Vertragspartei entweder ihren Willen ändert oder die Urkundsperson sich aufgrund der besonderen Umstände davon überzeugt, dass die Klientschaft das unplausibel Scheinende tatsächlich will, ungeachtet der Belehrungen der Urkundsperson. Die Urkundsperson überzeugt sich in einem solchen Fall durch Fragen und Hinweise davon, dass die zu Urkund Erklärenden den Inhalt ihrer Erklärungen **bewusst** wollen, d.h. in bewusster Kenntnis der einschlägigen Tatsachen, Risiken und Nachteile.

265 - Der öffentlich beurkundete Vertrag belegt mithin die erfolgte **Willensäusserung nach einer von der Urkundsperson überwachten**

Fn 182 - Zur Unterscheidung der Begriffe der notariellen Belehrung und Beratung vgl. im übrigen Ziff. 1728

****S. 86****

Bewusstmachung der erklärten Willensinhalte¹⁸³; an diese Bewusstmachung knüpft das Gesetz die Vermutung der tatsächlichen Übereinstimmung des Vertragswortlautes mit dem inneren Willen der Parteien¹⁸⁴ (ob diese Übereinstimmung wirklich vorliegt, entzieht sich letztlich der Erkenntnis der Urkundsperson und wird von ihr in der Urkunde nicht mit umfassender Wahrheitsgewähr bezeugt).

266 - Der öffentlich beurkundete Vertrag dokumentiert beide Dinge, die erfolgten Willensäusserungen und deren Übereinstimmung mit dem wirklichen inneren Willen der Erklärenden, mit rechtlich zuerkanntem öffentlichem Glauben. Die Hauptfunktion der öffentlichen Beurkundung individueller Willenserklärungen¹⁸⁵ hat demgemäss zwei Seiten, nämlich die Belegfunktion nach aussen (Beleg, dass wirklicher Geschäftswille erklärt wurde) und die Bewusstmachungsfunktion nach innen (Bewusstmachung bei den zu Urkund erklärenden Personen, welche rechtlichen Wirkungen ihre Erklärungsabgabe auslösen wird).

267 - Noch in anderer Hinsicht leistet die öffentliche Beurkundung mehr als die einfache Schriftform. Erfolgt der Vertragsschluss in einfacher Schriftform, so kommt die rechtliche Bindungswirkung auch zustande, wenn ein Unterzeichner den Text der Urkunde nicht gelesen hat¹⁸⁶. Dies ist insbesondere der Fall bei der globalen Übernahme

Fn 183 - Vgl. Urteil des Tribunale d'appello TI vom 19.5.1978, Rep 1981, S. 385-398 (387): "Il suo intervento ... assicura che le parti hanno agito liberamente, **coscientemente**, ...".

Fn 184 - A.M. KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 722, N 43 zu Art. 9 ZGB; KUMMER erkennt dem öffentlich beurkundeten Geschäftswillen, d.h. dem materiellen Urkundeninhalt bei Verträgen, zwar "beachtliche" Beweiskraft aufgrund einer "tatsächlichen Vermutung der Richtigkeit" zu (N 44), nicht aber den öffentlichen Glauben im Rechtssinne; des öffentlichen Glaubens teilhaftig seien lediglich die von der Urkundsperson aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmung bezeugten Urkundeninhalte - also die von der Urkundsperson bezeugte äussere Tatsa-

che der Erklärungsabgabe durch die Parteien. Im Gegensatz zur Auffassung KUMMERS wird in der vorliegenden Arbeit davon ausgegangen, dass alle jene von den Vertragsschliessenden zu Urkund erklärten Willens- und Wissensinhalte öffentlichen Glauben geniessen, für welche das Bundesprivatrecht die öffentliche Beurkundung zwingend verlangt. Das Beurkundungsobligatorium für bestimmte Willens- und Wissensinhalte wäre nicht zu rechtfertigen, wenn damit als Korrelat nicht der öffentliche Glaube bezüglich der Erklärungsinhalte verbunden wäre. - Zutreffend ist die Auffassung KUMMERS jedoch für Protokollierungen; hier bezeugt die Urkunde lediglich die Tatsache der Erklärungsabgabe, nicht die Wahrheit des Erklärungsinhaltes. Gerade hierin liegt der wesentliche Unterschied zwischen beurkundeter Erklärung zu Urkund (für welche die erklärenden Privatpersonen umfassend wahrheitspflichtig sind) und beurkundeter Erklärung zu Protokoll (wo keine umfassende Wahrheitspflicht der Erklärenden besteht).

Fn 185 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 85 f.

Fn 186 - Vgl. BGE 64 II 355 ff.: "... wer ein Schriftstück unterschreibt und damit einem andern eine Erklärung abgeben will, ohne sich um dessen Inhalt zu kümmern, muss dieses gegen sich gelten lassen, sofern nicht dem Empfänger bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens vernünftigerweise bekannt sein musste, dass der Erklä-

****S. 87****

eines vorgeformten Inhaltes¹⁸⁷ (Globalzustimmung). Die Rechtswirksamkeit der ungelesen unterzeichneten privatschriftlichen Urkunde wird aus dem Vertrauensprinzip abgeleitet. Es soll das Vertrauen des Erklärungsempfängers in das geschützt werden, was er als Willenserklärung ansehen durfte¹⁸⁸.

268 - Im Falle der öffentlich zu beurkundenden Rechtsgeschäfte ist eine Inkraftsetzung aufgrund globaler Zustimmung zu einem nicht gelesenen Text, d.h. ohne konkrete Inhaltskenntnis, nicht möglich. Indem die Beurkundung individueller Willenserklärungen die erfolgte **Äusserung des bewusst gemachten Wollens** der Erklärenden zu belegen hat und indem der öffentlich beurkundete Vertrag zudem möglichst zuverlässig die Übereinstimmung des Vertragswortlautes mit dem inneren Willen der Parteien belegen soll, führt das Erfordernis öffentlicher Beurkundung dazu, dass die zu Urkund erklärenden Personen die von ihnen privatautonom zu treffende Regelung nur dann gültig in Kraft setzen können, wenn sie sich vor der Inkraftsetzung, d.h. vor der Unterzeichnung, den Geschäftsinhalt **konkret bewusst** gemacht haben¹⁸⁹.

rungsinhalt nicht gewollt sei ..."; in gleichem Sinne BGE 100 II 209 ff.; HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss (1.A. 1988, S. 117; 2.A. 1992 S. 124) N 224 mit Verweisen. Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten allerdings gewisse Einschränkungen, insbesondere dass der (ungelesen verbindliche) Inhalt nicht ungewöhnlich sein darf, vgl. BGE 109 II 217 und 456, 108 II 418; BUCHER, OR AT (2.A. 1988) S. 156.

Fn 187 - So SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) S. 371, N 476 zu Art. 1 OR, unter Verweis auf BGE 76 I 350: "Zu einer wirksamen Willenserklärung bedarf es nicht notwendig des Bewusstseins ihres Inhalts", weil der Geschäftswille auch nur darin bestehen kann, einem unbekanntem Vertragsinhalt, der von einem andern (innerhalb eines gegebenen Rahmens) geformt wird, zuzustimmen (BGE 34 II 528 f.).

Fn 188 - HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss (1.A. 1988, S. 117; 2.A. 1992 S. 124) N 224 mit Verweisen.

Fn 189 - Das Gesagte bedeutet die Ablehnung der Auffassung von LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 49-89 (54) N 45 und 46 (mit Verweis auf ALFRED KOLLER, BR 1989, S. 19 ff., KRAMER, Berner Kommentar (1980) N 211 zu Art. 1 OR, SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) N 496 zu Art. 1 OR, BGE 60 II 444, OG AG in SJZ 1968, S. 139, OG LU in LGVE 1986 I Nr. 8), wonach die beim Beurkundungsvorgang von den Erschienenen übersehenen oder überhörten Vertragsteile gemäss dem Vertrauensprinzip im Sinne einer Globalzustimmung vertragswirksam seien, die von ihnen "nicht gewollten" Urkundeninhalte dagegen ohne rechtliche Bedeutung seien; statt dessen würden die "wirklich gewollten" [nicht beurkundeten] Abreden gelten. - Mit der Anerkennung einer Globalzustimmung bzw. "wirklich gewollter" anstelle tatsächlich gelesener und beurkundeter Inhalte würde das beurkundungsrechtliche Erfordernis der Lesung des vollständigen Vertragsinhalts während des Beurkundungsvorgangs aus den Angeln gehoben. Richtigerweise muss der ganze während des Beurkundungsvorgangs gelesene oder vorgelesene Urkundeninhalt als von den Parteien konkret und bewusst gewollt gelten; dass er dies sei, wird von den Parteien und von der Urkundsperson unterschrieben und mit öffentlichem Glauben bezeugt. Ob die Parteien subjektiv den ganzen selbst zu lesenden Text sich im Einzelnen bewusst gemacht und ob sie die notarielle Vorlesung mit

****§. 88****

269 - Das mit der Bewusstmachung des konkreten Regelungsinhaltes **vor** seiner unterschriftlichen Inkraftsetzung verfolgte gesetzliche Regelungsziel wird in der Lehre als "Schutz der Parteien vor sich selbst"¹⁹⁰ und als Schutz der Parteien "vor Übereilung"¹⁹¹ umschrieben. Dabei geht es nicht um die Verhinderung der Eile in einem zeitlichen Sinn. Sonst hätte sich der Gesetzgeber mit einer zeitlichen Verzögerung der Vertragswirksamkeit wie beim Abzahlungskauf (Art. 226c OR) begnügen können. Mit Übereilung ist vielmehr die Eingehung von Verpflichtungen gemeint, die nicht im vollen Bewusstsein ihres Inhalts erfolgt.

270 - Wird die Sicherstellung des Inhaltsbewusstseins als die Kehrseite der mit öffentlichem Glauben versehenen schriftlichen Belegung des wirklichen Geschäftswillens und damit als ein essentielles Regelungsziel des Beurkundungsobligatoriums bei Vertragsschlüssen erkannt, so ergibt sich, dass ein ungelesen unterzeichneter Text nicht als öffentliche Beurkundung einer individuellen Erklärung qualifiziert werden kann; das Resultat ist möglicherweise eine notarielles Protokoll, nicht aber eine Erklärungsbeurkundung¹⁹².

271 - Aus dem Erfordernis konkreten Inhaltsbewusstseins folgt das, was man als "Schutz der Partei vor sich selber"¹⁹³ oder "Schutz vor Übereilung" bezeichnen mag, nämlich der **Schutz vor Unbedacht**. Die im Beurkundungsverfahren erfolgende Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes zwingt die Erklärenden, diesen Inhalt zu bedenken. Sie zwingt zu Bedacht¹⁹⁴.

wachen Sinnen verfolgt haben, ist allemal unbeweisbar und rechtlich ohne Belang. Fehlt es im Beurkundungsverfahren am äusseren, objektiven Vorgang der Lesung einzelner Klauseln, so fehlt es an der öffentlichen Beurkundung dieser Klauseln; ist aber ihre Lesung wahrheitsgemäss bezeugt, so kann es nicht darauf ankommen, was die Parteien bei dieser Lesung in ihrem Innern gedacht oder nicht gedacht haben. - Zur Bedeutung der Urkundenlesung und ihrer notariellen Bezeugung vgl. Ziff. 1914 ff.

Fn 190 - So BRUNO SCHMIDLIN, Der formungültige Grundstückkauf - Bemerkungen zur neueren Lehre und Rechtsprechung, ZSR 1990 I 223-260 (225).

Fn 191 - LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 49-89 (57) N 60; SCHMIDLIN, a.a.O.; BUCHER, OR AT (2.A. 1988) S. 161.

Fn 192 - Was dies bezüglich der Möglichkeit bedeutet, in der (vor der Urkundsperson gelesenen, d.h. bewusst gemachten) Urkunde auf (nicht gelesene und damit nicht bewusst gemachte) Urkundenbeilagen, urkundenexterne Dokumente und auf noch unbekannte Tatsachen und Vorgänge zu verweisen, wird in Ziff. 1413 ff. und 1380 ff. erörtert.

Fn 193 - So SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) S. 533, N 45 zu Art. 11 OR.

Fn 194 - In diesem Sinne SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) S. 533, N 45 zu Art. 11 OR: Die Formvorschrift will "den Abschluss erschweren, dem Erklärenden die Tragweite des Geschäftes zum Bewusstsein bringen und ihn veranlassen, die Ernsthaftigkeit seines Willens zu prüfen und dessen Inhalt zu klären."

****§. 89****

272 - Die Mitwirkung der Urkundsperson hat dagegen **keinen vormundschaftlichen Charakter**. Die Erklärenden sind die Herren ihres Willens und ihrer Erklärungen. Sie brauchen sich von der Urkundsperson nicht vorschreiben zu lassen, welcher Wille erklärt werden soll. Die Urkundsperson hat keine Kompetenz, den Erklärenden den Abschluss unvorteilhafter Geschäfte zu verwehren. Das einzige, was sich die Erklärenden gefallen lassen müssen, ist, dass ihnen die Urkundsperson den Geschäftsinhalt und seine Konsequenzen, Nachteile und Risiken, bewusst macht (notarielle Belehrung) und ihnen, zur Vertiefung solcher Bewusstmachung, gegebenenfalls günstigere Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigt (notarielle Beratung)¹⁹⁵. Beharren die Erklärenden nach einer solchen Bewusstseinsbildung auf ihrem Willen, so hat die Urkundsperson die Erklärungen gemäss dem Willen der Erklärenden zu beurkunden¹⁹⁶. Die Beurkundung kann und muss nur dann abgelehnt werden, wenn entweder die äusseren Umstände einer Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR¹⁹⁷ erkennbar

sind oder wenn die Unvernunft der Erklärenden zu ernsthaften Zweifeln an ihrer Urteilsfähigkeit Anlass gibt.

273 - Im Gegensatz zur Intervention des Vormundes, der sich über den Willen des Mündels - in dessen eigenem, objektivem Interesse¹⁹⁸ - hinwegsetzen kann, wird die Autonomie der Erklärenden im Beurkundungsverfahren voll zur Entfaltung gebracht. Die öffentliche Beurkundung soll den Erklärenden helfen, ihren eigenen Willen aufgrund zureichender Information und ohne affektive Verfälschungen, d.h. möglichst mängelfrei, zu bilden und zu erklären. Der "Schutz der Parteien vor sich selber" bedeutet im Beurkundungsverfahren einen Schutz vor mangelhaft gebildetem Geschäftswillen, d.h. einen Schutz vor ungenügender Bewusstmachung des Willensinhaltes und der tatsächlichen und rechtlichen Konsequenzen seiner vertraglichen Inkraftsetzung.

274 - Als Reflexwirkung des von der Urkundsperson zu bezeugenden Inhaltsbewusstseins der Erklärenden ("... die Erschienenen haben diesen Vertrag vor mir gelesen und genehmigt ...") ergibt sich deren Pflicht

Fn 195 - Zur Unterscheidung der Begriffe der notariellen Belehrung und Beratung vgl. Ziff. 1728.

Fn 196 - Art. 36 Abs. 3 NG BE bestimmt: "Der Notar haftet nicht, wenn die Urkundsparteien entgegen seiner Rechtsbelehrung gehandelt haben. Er kann einen entsprechenden Vorbehalt in die Urkunde aufnehmen." Das notarielle Ermessen muss diesbezüglich pflichtgemäss ausgeübt werden. Zu den Voraussetzungen für die Aufnahme einer solchen Abmahnungsklausel in die Urkunde vgl. Ziff. 1846 ff.

Fn 197 - Notlage, Unerfahrenheit oder Leichtsinns der einen Partei, Ausbeutung dieser Gegebenheiten durch die andere Partei.

Fn 198 - Art. 367 Abs. 1 ZGB; im Vormundschaftsrecht kann als Mündelinteresse nur das gelten, was nach Auffassung des Vormundes und der vormundschaftlichen Behörden als das Mündelinteresse erscheint; auch diese Auffassungen gehen naturgemäss stets aus subjektiven Wertungen hervor.

****S. 90****

zur **Wahrhaftigkeit** (Wahrheitspflicht) bei der Erklärungsabgabe. Der von Gesetzes wegen bestehenden Vermutung, dass die Parteien den Inhalt ihrer öffentlich beurkundeten Erklärungen **wirklich wollen**, entspricht die Pflicht der Parteien, den Inhalt ihres Willens auch **wirklich zu erklären**. Diese Wahrheitspflicht der Erklärenden ist unmittelbarer Ausfluss der Beleg-Funktion der öffentlichen Urkunde, d.h. der ihr rechtlich zuerkannten Wahrheitsgeltung. **Weil** die öffentliche Urkunde mit normativ zuerkannter Wahrheitsgeltung die Erklärungen des bewussten Vertragswillens belegt, **deshalb** muss von den Erklärenden Wahrhaftigkeit bei der Äusserung ihres inneren Willens verlangt werden.

275 - Die Verletzung der Wahrheitspflicht ist von Bedeutung namentlich im Falle der Simulation im Sinne von Art. 18 Abs. 1 OR. Der praktische Anlass zur Simulation besteht regelmässig darin, dass die Erklärenden **gegenüber Dritten** einen anderen Anschein des Geschäftes erwecken wollen, als was der Wirklichkeit entspricht. Gerade gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber Vorkaufsberechtigten, Gewinnanteilsberechtigten, Fiskus und anderen Behörden soll die öffentliche Urkunde ihre Belegfunktion mit öffentlichem Glauben erfüllen, d.h. ihre normativ zuerkannte Wahrheitsgeltung entfalten. Wird nachgewiesen, dass die Erklärenden etwas anderes zu Urkund erklärt haben als was ihr wirklicher Geschäftswille war, und betrifft die Simulation einen Vertragsbestandteil, der dem Beurkundungsobligatorium unterliegt, so wird die Urkunde einer Hauptfunktion der öffentlichen Vertragsbeurkundung - Belegung der Erklärung des bewussten, wirklichen Willens der Beteiligten - nicht gerecht. Zivilrechtliche Ungültigkeit des unrichtig beurkundeten Geschäftes muss die Folge sein. Simulation ist bei öffentlicher Beurkundung für die Gültigkeit des Geschäftes schädlich, wogegen sie das in einfacher Schriftform abgeschlossene Geschäft gemäss Art. 18 Abs. 1 OR nicht zu Fall bringt. Mit der Simulation durchkreuzen die Erklärenden einen Hauptzweck des Beurkun-

dungsobligatoriums, nämlich die Belegung des wirklichen Geschäftswillens. Erkennt die Urkundsperson simulierte Erklärungen als solche, so hat sie die Beurkundung abzulehnen.

276 - Mit der Wahrheitspflicht der Erklärenden und der Belegfunktion der öffentlichen Urkunde ist eine weitere Funktion des Beurkundungsobligatoriums verbunden, welche in der vorliegenden Arbeit als die **Deklarationspflicht** der Verfahrensbeteiligten bezeichnet wird. Dabei wird hier unter Deklaration eine Erklärungsabgabe verstanden, welche wesentlich als eine solche gegenüber Dritten, insbesondere zuhanden des Staates, ihre Bedeutung hat. Die Rechtsordnung verlangt von den Erklärenden in bestimmten Zusammenhängen eine wahrheitsgemässe Deklaration bestimmter Tatsachen oder Absprachen, und sie verlangt in diesen Fällen nicht nur wahrheitsgemässe, sondern vollständige und umfassende Deklaration.

****S. 91****

277 - Wo öffentliche Interessen massgeblich mit im Spiele sind, wird eine unvollständige oder wahrheitswidrige Deklaration mit Nichtigkeit des beurkundeten Geschäftes sanktioniert. Dies ist insbesondere der Fall beim Grundstückkaufpreis. Unter dem Aspekt der Deklarationspflicht sind auch die Feststellungsbeschlüsse zu würdigen, welche von den Beteiligten anlässlich der Gründung der Aktiengesellschaft und anlässlich späterer Kapitalerhöhungen zu Protokoll zu erklären sind.

278 - Die Deklarationspflicht ist insofern ein besonderer Aspekt des Beurkundungsobligatoriums, als die von der Rechtsordnung geforderte Deklaration unter Umständen mehr oder anderes verlangt, als was zum Schutz der unmittelbar Beteiligten vor Unbedacht erforderlich wäre und was in die notarielle Belehrung einbezogen wird. Wird der Grundstückkaufpreis durch konnexe, ihrerseits nicht beurkundungsbedürftige Verträge (Generalunternehmer-Verträge, Werkverträge, Liegenschaftsverwaltungsverträge, Maklerverträge, Bierlieferungsverträge, Darlehensverträge etc.) beeinflusst, so wird die Deklarationspflicht durch Beifügung der betreffenden Verträge als Urkunden-Beilagen oder durch einen blossen Verweis auf solche Verträge zureichend erfüllt. Eine notarielle Rechtsbelehrung über die Tragweite solcher konnexer Verträge und damit ein notarieller Schutz der Vertragsparteien vor Unbedacht ist in bezug auf die konnexen, ihrerseits aber nicht beurkundungsbedürftigen Verträge nicht erforderlich und beim blossen Verweis gar nicht möglich.

279 - Die Deklarationsfunktion ist auch heranzuziehen, wenn begründet werden muss, weshalb die blosser urkundliche Feststellung, der Kaufpreis sei bereits bezahlt oder durch Verrechnung getilgt, ohne gleichzeitige Nennung der betragsmässigen Höhe des Preises, nicht genügen kann¹⁹⁹. In einem solchen Falle wird keine Zahlungsverpflichtung begründet; der Grundstückserwerber verpflichtet sich nicht, denn er hat bereits bezahlt. Eine bereits erfolgte Zahlung bedarf zur Anerkennung ihrer Rechtmässigkeit keiner notariellen Feststellung, sowenig im Falle späterer Zahlung eine öffentlich beurkundete Quittung nötig ist, erst recht keine Quittung, welche den bezahlten Geldbetrag nennt²⁰⁰. Der Schutz der Parteien vor Unbedacht bleibt zwar ungenü-

Fn 199 - Vgl. in diesem Sinne WIEGAND/BRUNNER, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 1-12 (S. 7); ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 17; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 84 zu Art. 657 ZGB.

Fn 200 - Das Bundesgericht liess in seiner alten Praxis (vgl. etwa BGE 52 II 61, 50 II 148) denn auch zu, dass Akontozahlungen, die vor dem Vertragsschluss geleistet worden waren, in der öffentlichen Urkunde nicht erwähnt wurden. Diese Praxis wurde in BGE 84 IV 164 revoziert; in konstanter Rechtsprechung vertritt das Bundesgericht seither die Auffassung, das Schweigen der Urkunde über Akontozahlungen bewirke die Nichtigkeit des Vertrages.

****S. 92****

gend, wenn die Urkundsperson den wirtschaftlichen Wert der für das Grundstück bereits erbrachten Gegenleistung nicht erfährt. Aber man wird nicht dieses Ungenügen des notariellen Schutzes der

Parteien, sondern die ungenügende Deklaration einer wesentlichen Vertragsleistung zuhanden Dritter als den eigentlichen Grund für die Formungültigkeit des solcherart beurkundeten Grundstückskaufs qualifizieren müssen.

280 - Wird die Sicherstellung des konkreten Inhaltsbewusstseins und das diesbezügliche Obligatorium der Lesung und Genehmigung der öffentlichen Urkunde, unmittelbar vor ihrer Unterzeichnung, als ein Hauptzweck der Beurkundung erkannt, dann bleiben zwei **Ungereimtheiten**, die als rechtliche Konzessionen an die Bedürfnisse der Praxis verstanden, in ihrer Widersprüchlichkeit letztlich aber nicht gerechtfertigt werden können: die Zulässigkeit der Urkundenerrichtung durch **Stellvertreter** und die Zulässigkeit der Kommunikation zwischen Urkundsperson und zu Urkund erklärender Person durch die Vermittlung von **Dolmetschern**²⁰¹, die ihrerseits nicht Urkundspersonen sind²⁰².

281 - Von den beiden Ungereimtheiten ist die erste die folgenschwerere. Zulässig ist nämlich, dass die Parteien eines beurkundungsbedürftigen Vertrags beliebige Dritte durch blosser Erstellung einer Vollmacht (die ihrerseits nach schweizerischem Recht nicht öffentlich beurkundet zu sein braucht²⁰³) zur Teilnahme am Beurkundungsvorgang de-

Fn 201 - Unter dem Begriff des Dolmetschers werden hier die Sprach-Übersetzer und jene Personen zusammengefasst, welche die Verständigung mit Taubstummen herstellen.

Fn 202 - Angesichts dieser Problematik der Dolmetscher wird in der vorliegenden Arbeit die Erstellung von Dolmetscherprotokollen empfohlen, welche über das in der Praxis meistens Übliche hinausgehen, welche aber zur Qualität der mit Dolmetschern entstehenden Urkunden beitragen sollen; vgl. Ziff. 2250 ff.; ausserdem wird in der vorliegenden Arbeit postuliert, dass der Einbezug des Dolmetschers in eine öffentlichrechtliche Verfahrensstellung unter der Überwachung der Urkundsperson die Legitimation für den öffentlichen Glauben der durch Übersetzung übermittelten Zeugnisse gibt; vgl. Ziff. 538.

Fn 203 - Vgl. BGE 86 II 40; 81 II 227 i.S. Elsner/Blischke = ZBGR 37 (1956) S. 307 ff. Die Kantone dürfen auch nicht vorschreiben, dass die Unterschrift des Vollmachtgebers beglaubigt sein müsse; GAUCH/SCHLUEP, OR AT I, 5. Aufl. 1991, S. 90, N 533; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 61, N 226, mit Verweis auf BGE 99 II 159 ff., besonders 163; ferner MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 84 zu Art. 657 ZGB; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 16 zu Art. 657 ZGB; BECK, Berner Kommentar (1932) N 14 zu Art. 55 SchlT ZGB. - A.M. WIELAND, Zürcher Kommentar (1909) N 5 zu Art. 657 ZGB. - Vgl. auch Ziff. 1088. - Eine Ausnahme macht die Bevollmächtigung zur Verbürgung, welche gemäss Art. 493 Abs. 6 OR der öffentlichen Beurkundung bedarf. - Mit gutem Grund verlangt GR NV Art. 33 Abs. 2, dass bei Grundstücksgeschäften die Stellvertretung nur aus wichtigem Grund zugelassen werden und dass der Abhaltungsgrund in der Urkunde angegeben werden soll. Es handelt sich um eine Ordnungsvorschrift (vgl. Urteil des KG GR vom 1.7.1985, PKG 1985 Nr. 6, S. 24-33 [28]), die allgemeine

****§. 93****

legieren. Solche Bevollmächtigung²⁰⁴ macht es möglich, dass die Vertragsparteien, die durch das Beurkundungserfordernis vor Unbedacht geschützt werden sollten, das Geschäft ohne vorherige Kenntnis seines konkreten Inhaltes gültig zustandebringen. Jede über den Sinn ihres Tuns reflektierende Urkundsperson wird früher oder später ein Gefühl der Unbefriedigung, ja der Absurdität empfinden, wenn sie mit persönlich unbeteiligten Stellvertretern Beurkundungsritualien durchführt, die nach der Absicht des Gesetzgebers dem Schutze (abwesender) Sachbeteiligter dienen, bei deren Abwesenheit aber diesen Zweck gar nicht erfüllen können. Ob und wie gut ein Vollmachtgeber vor seinem eigenen Unbedacht geschützt ist, hängt dann ausschliesslich von der Integrität des Stellvertreters, nicht von der Urkundsperson und nicht vom Beurkundungsverfahren ab²⁰⁵.

282 - Die hierin liegende Ungereimtheit kann zur Frage führen, ob es dem modernen Recht mit dem Beurkundungswesen und mit dessen Sinnhaftigkeit ernst ist oder ob es sich nicht eher um das Mitschleppen historischer Institutionen aus einer Zeit des verbreiteten Analphabetismus handelt.

3. Verfahrenskontrolle

283 - *Wo das Gesetz die Protokollierung von Veranstaltungen in öffentlicher Urkunde verlangt, dient das Beurkundungsverfahren neben der Belegschaftung der Kontrolle des rechtmässigen Ablaufs der betreffenden Veranstaltung, nicht jedoch dem Schutz vor Unbedacht.*

Befolgung verdient, soweit der Vollmachtgeber geschäftsungeohnt und demgemäss besonders schutzbedürftig erscheint.

Fn 204 - Für sie dürfen gemäss Art. 10 ZGB auch die Kantone keine öffentliche Beurkundung verlangen; vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 17.

Fn 205 - Vgl. die kritischen Bemerkungen zur Zulässigkeit der Bevollmächtigung auch bei LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 75, N 115/116 (Vollmachten und Verkaufsaufträge "sollten in analoger Weise auch der öffentlichen Beurkundung unterstellt werden."); JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 124, N 445, mit Verweis auf JOSEF HOFSTETTER, Auftrag und Geschäftsführung, SPR VII/2 (1979) S. 1 ff. (42), BUCHER, Berner Kommentar (3.A. 1976) N 62 zu Art. 19 ZGB; ERIC CORNUT, Der Grundstückskauf im IPR, Basel 1987, S. 17 f., mit Verweis auf MAX KELLER, Das Schweizerische Schuldrecht I (1982) S. 61 und auf die zurückhaltende Kritik von SPIRO, Die unrichtige Beurkundung des Preises beim Grundstückskauf, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 70 (1964) S. 19.

****S. 94****

284 - Erläuterung: Es ist ein Hauptbestreben der vorliegenden Arbeit, die Sinngebung des Beurkundungsobligatoriums bei individuellen Erklärungen und bei der Protokollierung von Veranstaltung klar zu unterscheiden und jeder der beiden Kategorien einen Haupt-Sinn zuzuordnen, der Beurkundung individueller Erklärungen den Schutz der Erklärenden vor Unbedacht, der Protokollierung von Veranstaltungen die Verfahrenskontrolle. Bei der Errichtung und Statutenänderung der Aktiengesellschaft, bei der Protokollierung einer freiwilligen öffentlichen Versteigerung oder einer Losziehung oder bei der Aufnahme eines Wechselprotests hat sich die Urkundsperson nicht darum zu kümmern, ob die handelnden und erklärenden Personen ihren Willen mit Bedacht gebildet, d.h. ob sie sich die rechtliche Tragweite hinlänglich bewusst gemacht haben und ob sie das Erklärte aus mängelfreiem, wirklichem Willen heraus tatsächlich wollen.

285 - Vielmehr gewährleistet die Urkundsperson bei den Protokollierungen durch ihre Anwesenheit, durch ihr aufmerksames Beobachten und durch ihre schriftliche Dokumentation des Ablaufs, dass die privaten Beteiligten sich unter den Augen der Urkundsperson rechtmässig zu verhalten bemühen.

286 - Ferner wirkt die Urkundsperson aufgrund ihrer Rechtskenntnis und Verfahrensroutine darauf hin, dass allfällige Verfahrensfehler vermieden werden, welche einer ungeübten oder überforderten Veranstaltungsleitung allenfalls unterlaufen könnten.

§ 7 Historische Bedingtheit des Katalogs beurkundungsbedürftiger Geschäfte

287 - Die gesetzliche Festlegung des Kreises beurkundungsbedürftiger Geschäfte ist so stark historisch geprägt, dass den tatsächlichen Gegebenheiten des geltenden Rechts in mancherlei Hinsicht die innere Konsequenz fehlt. Historisch zu deuten ist insbesondere der Kreis der beurkundungsbedürftigen Geschäfte. Das Feld ist nicht abgesteckt nach modernen Zweckmässigkeitskriterien, sondern nach den Wertungen und Bedürfnissen vergangener Zeiten. Beurkundungsbedürftig sind **nicht** jene Geschäfte, die nach heutiger Auffassung gewisse Schwellen von Wichtigkeit und Kompliziertheit überschreiten. Komplexe Umstrukturierungen, Veräusserungen und Aufspaltungen von Unternehmungen mit der Verschiebung von Vermögenswerten in Milliardenhöhe werden ohne Beurkundungszwang geplant und durch-

****S. 95****

geführt. Das gleiche gilt für Arbeits-, Gesellschafts-, Leasingverträge etc., auch wenn sie für die Vertragsschliessenden von existentieller Bedeutung sind.

288 - Nicht das Wichtige und Komplizierte schlechthin ist also urkundspflichtig, sondern jene Geschäfte, die in einer vorindustriellen, weitgehend ländlichen Gesellschaft folgenschwer waren. Der in der schweizerischen Privatrechtsordnung vorzufindende Katalog beurkundungsbedürftiger Geschäfte passt in die Welt von Jeremias Gotthelf, nicht ins 20. Jahrhundert. Es ist jene Welt, in welcher die Innehabung von Rechten an Grund und Boden das wichtigste Unterscheidungsmerkmal zwischen Besitzenden und Nichtbesitzenden war, jene Welt also, in welcher die Weggabe von Grundeigentum den ersten Schritt zur Verarmung bedeuten konnte; in welcher sich ferner im Zusammenhang mit dem Eheschluss die Frage stellte, ob und wie sich die Familienvermögen von Mann und Frau vermischen und vererben sollten. Grundstücksgeschäfte, Ehe-, Erbverträge, Testamente und einige andere Rechtsgeschäfte (namentlich die Bürgschaft und die heute kaum mehr vorkommende Verpfändung) bildeten damals den Kreis der folgenschweren Geschäfte. Diese Rechtsgeschäfte unterliegen noch heute dem Beurkundungszwang.

289 - Antiquiert ist diese Abgrenzung des Kreises beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte insofern, als gesellschaftliche Stellung, Reichtum und Armut heute nicht mehr in gleichem Masse mit Grundbesitz verknüpft sind, wie dies in vergangenen Jahrhunderten der Fall war. Wenn der Gesetzgeber es heute noch für nötig erachtet, private Rechtssubjekte vor unbedachtem Vertragsschluss zu schützen, so leuchtet nicht ein, weshalb dieser Schutz primär an die Figur des Grundstückgeschäftes geknüpft werden sollte. Die Veräusserung grosser Aktienpakete, wertvoller Kunstschätze, der Abschluss von Generalunternehmer-Verträgen und Gesellschaftsverträgen ist ebenso folgenschwer, schlechte inhaltliche Gestaltung des Geschäftes ebenso verhängnisvoll wie ein unbedachtes Grundstückgeschäft.

290 - Historischen Gründen, nicht modernen Zweckmässigkeitsüberlegungen entspringt die vom Gesetzgeber gewählte Technik, den Kreis der beurkundungsbedürftigen Verträge durch Bezugnahme auf besondere Vertragstypen abzugrenzen (im ZGB: Art. 184: Ehevertrag; Art. 337: Gemeinde schaftsvertrag; Art. 512: Erbvertrag; Art. 682 [*richtig: 681b*]: Vertrag über Aufhebung oder Änderung des gesetzlichen Vorkaufsrechts zwischen Miteigentümern und Baurechtspartnern; Art. 712d: Stockwerkeigentumsbegründungsakt; Art. 731 in Verbindung mit Art. 746 und 776: Nutzniessung an Grundstücken und Wohnrecht; Art. 779a: Baurechtsvertrag; Art. 680 Abs. 2: Aufhebung und Abänderung gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen; Art. 799: Grundpfandvertrag; OR Art. 216: Grundstückkauf; Art. 243: Grundstücksschenkung; Art. 493: Bürgschaft natürlicher Personen; Art. 522 Verpfändung). Die Verknüp-

****S. 96****

fung des Beurkundungszwanges mit bestimmten Vertragstypen ist insofern antiquiert, als auch sie einer vorindustriellen, kleinräumigen Welt entspricht, in welcher die wichtigen und folgenschweren Verträge als etwas derart Überschaubares und Abgegrenztes betrachtet werden konnten, dass sie, wie Bilder mit Rahmen, nach wesentlichen Begriffsmerkmalen typisiert und definiert werden konnten.

291 - Diese Anschauungsweise entspricht nicht der Realität des modernen Geschäftslebens, wo zwischen Unternehmen und Unternehmensgruppen zuweilen Vertragswerke zum Zwecke langfristiger unternehmerischer Koordination geschaffen werden, die den Umfang eigentlicher Gesetzbücher, mit mehreren hundert Seiten Text und Dutzenden von Parteien annehmen und eine derartige Vielzahl von Leistungen verschiedener Beteiligter umschreiben, dass jeder Typisierungsversuch nur einen Teilaspekt des Ganzen beleuchten kann. Wenn dann in einem länderübergreifenden Ver-

tragswerk, das über mehrere Jahre hinaus unternehmerische Zusammenarbeit, Marktabgrenzungen, Lizenzen, Übertragung von Fabrikations- und Verkaufseinrichtungen etc. regelt, bestimmte Grundstückübertragungen - und nur diese - dem Beurkundungszwang unterworfen werden, so ist die Antwort auf den Sinn einer solchen Normierung nicht leicht zu finden. Dass gerade und nur die Grundstücksgeschäfte, wie einzelne Mosaiksteinchen eines grösseren Ganzen, vor einer Urkundsperson beurkundet werden müssen, mag zwar für den lokalen Grundbuchverwalter bequem sein, welcher einen den lokalen Gepflogenheiten entsprechenden Beleg erhält. Für die beteiligten Unternehmensgruppen ist die Frage nach dem Sinn des Beurkundungszwangs mit dieser blossen Belegfunktion jedoch nicht befriedigend beantwortet. Denn wenn die Belegfunktion zur Rechtfertigung des Beurkundungsbefehls in Grundbuchsachen ausreichend wäre, müssten konsequenterweise **alle** für das Grundbuchamt bestimmten Eintragungsbelege öffentlich beurkundet sein - was der Gesetzgeber wiederum nicht verlangt. Warum verbindet der Gesetzgeber den Beurkundungszwang gerade mit bestimmten (nicht allen) Grundstücksgeschäften, nicht vielmehr mit dem finanziellen Interessewert eines Vertragswerks, oder mit der Anzahl der daran beteiligten Parteien, oder mit der zeitlichen Dauer der Bindungswirkung (dergestalt, dass etwa Verträge mit mehr als fünfjähriger Bindungswirkung beurkundungsbedürftig wären)? Warum stellt er Grundstücksgeschäfte zwischen professionellen Vertragspartnern - den im Handelsregister eingetragenen Unternehmungen, staatlichen Liegenschaftsverwaltungen, Immobilienhändlern, Pensionskassen etc. - nicht vom Beurkundungszwang frei, solange keine schutzbedürftigen Privatpersonen beteiligt sind?

292 - Die historische Bedingtheit des Kreises beurkundungsbedürftiger Geschäfte verbietet es, den Umfang des Formzwangs im einzelnen aus abstrakten Prinzipien abzuleiten. Vielmehr muss der Gesetzgeber fest-

****§. 97****

legen, welche Geschäfte beurkundungsbedürftig sind. Beurkundungsbedürftigkeit kann nur im engen Rahmen klarer gesetzlicher Vorschriften bestehen. Es geht nicht an, aus den (reichlich zufällig erscheinenden) Beurkundungstatbeständen in ZGB und OR ein abstraktes Prinzip zu deduzieren, wonach dem Formzwang lauter Verträge mit vergleichbarer "Schutzbedürftigkeitssituation" unterliegen, und aus dem abstrakten Begriff der Schutzbedürftigkeitssituation alsdann einen generellen Formzwang auch für neue, im Gesetz nicht geregelte Verträge abzuleiten²⁰⁶. Ebenso wenig geht es an, den Umfang beurkundungsbedürftiger Absprachen, die beispielsweise im Zusammenhang mit einem Grundstückkauf getroffen werden und für dessen Abschluss subjektiv wesentlich (d.h. *conditio sine qua non*) sind, von der Schutzbedürftigkeitssituation abhängig zu machen. Gerade bei der häufigsten Kombination von konnexen Verträgen - dem Grundstückkauf und dem Werkvertrag anlässlich der Lieferung eines Neubaus - hat die Schutzbedürftigkeit der Parteien in der Regel nicht mit der existentiellen Bedeutung des vom Veräusserer wegzugebenden Grundeigentums zu tun, sondern mit der geschäftlichen Unerfahrenheit des Käufers und Bestellers, verglichen mit der professionellen Routiniertheit des liefernden Unternehmers; das "Gefährliche" ist der Werkvertrag, nicht der gleichzeitig abgeschlossene Grundstückkauf, wobei die Gefahr vor allem eine solche für den Besteller ist. In dieser Konstellation von der Schutzbedürftigkeitssituation des Grundstückveräusserers auf einen umfassenden Formzwang für die ganze Transaktion zu schliessen, wäre verfehlt und entspricht denn auch nicht der geltenden Praxis. Man hat sich damit abgefunden, dass die reelle Schutzbedürftigkeit und die vom Gesetz postulierte Beurkundungsbedürftigkeit häufig an verschiedenen Orten zu suchen sind.

293 - Trotz der relativen Zufälligkeit des Kreises beurkundungsbedürftiger Geschäfte ist es jedoch nötig und möglich, aus dem Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung Rückschlüsse auf das Beurkundungsverfahren und auf die erforderliche Gestalt der öffentlichen Urkunde zu ziehen. Dies ist der Ansatzpunkt und die Arbeitsmethode der vorliegenden Darstellung.

Fn 206 - Vgl. diesen Ansatz bei JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 84 ff., insbesondere N 318: "Zusammenfassend ist auf dem Gebiet der nicht typenreinen Verträge, namentlich der Innominatkontrakte, ein Zwang zur öffentlichen Beurkundung dann zu bejahen, wenn die im konkreten Einzelvertrag (als Haupt- oder Vorvertrag) enthaltenen Leistungspflichten eine typische Schutzbedürftigkeitslage im beschriebenen Sinne verwirklichen, welche der Gesetzgeber im Rahmen der einzelnen Vertragsverhältnisse erfasst und mit dem Beurkundungszwang verbunden hat." - Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Vgl. die zutreffende Kritik bei MARKUS HESS, Immobilien-Leasing und Formzwang, ZBGR 72 (1991) S. 1-19 (9).

****S. 98****

§ 8 Geltungsgrund und Umfang des öffentlichen Glaubens notarieller Urkunden

1. Primärer Geltungsgrund: öffentlicher Wahrheitsbedarf

294 - Öffentlicher Glaube wird bestimmten Informationen von der Rechtsordnung her verliehen, weil an der Wahrheit der betreffenden Information ein qualifiziertes öffentliches Interesse besteht. -

295 - Erläuterung: Da der öffentliche Glaube nicht objektive Wahrheit, sondern eine von der Rechtsordnung verliehene Wahrheitsgeltung bestimmter Informationen ist, muss er unter dem Gesichtswinkel des Zwecks dieser Verleihung betrachtet werden. Öffentlicher Glaube wird bestimmten Informationen verliehen, **weil diese Information durch die öffentliche Urkunde besser als durch irgend ein anderes Beweismittel bewiesen bzw. belegt wird.** Diese Tatsache kommt zum Ausdruck in der herrschenden Lehre, wonach sich die erhöhte Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde auf jenen Geschäftsinhalt beschränkt, für welchen das Bundesrecht die Form der öffentlichen Beurkundung vorschreibt²⁰⁷.

296 - Allerdings vermag die Anknüpfung an die besondere Beweiseignung die Verleihung des öffentlichen Glaubens zutreffender zu erklären als die Anknüpfung an den Zweck des Beurkundungsbefehls für bestimmte Geschäfte oder Urkundeninhalte. Denn innerhalb einer öffentlichen Urkunde genießt bei genauer Betrachtung nicht nur der beurkundungsbedürftige Geschäftsinhalt, sondern es genießen auch die meisten notariellen Erklärungen im Ingress und im Beurkundungsvermerk über das Erscheinen der Parteien und über den Ablauf des Beurkundungsvorganges öffentlichen Glauben; diese notariellen Erklärungen haben nichts zu tun mit dem Geschäftsinhalt, für den das Gesetz die Form der öffentlichen Beurkundung vorschreibt.

Fn 207 - So GAUCH/SCHLUEP, OR AT I (5.A. 1991) S. 90, N 535, mit Verweis auf BGE 110 II 2 f., 100 Ib 474, 96 II 167; LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 67, N 82, mit Verweis auf BGE 100 Ib 474; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 34, N 141; KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 723, N 48 zu Art. 9 ZGB (verstärkt beweiskräftig ist jener Urkundeninhalt, "um dessentwillen die Form der öffentlichen Urkunde gefordert ist"); HUBER in ZBJV 113 (1977) S. 90 f.

****S. 99****

297 - Erst recht versagt die Anknüpfung an die vom Gesetz statuierte Beurkundungsbedürftigkeit einzelner Geschäftselemente bei Geschäften, für welche die Beteiligten freiwillig, ohne gesetzliches Obligatorium, die Form der öffentlichen Beurkundung wählen (gewillkürte Form der öffentlichen Beurkundung); so kommt in einer öffentlich beurkundeten Schiffsverpfändung der beurkundeten Willenserklärung des Verpfänders öffentlicher Glaube zu, obwohl das schweizerische Recht (im Gegensatz zum deutschen) hierfür die Form der öffentlichen Beurkundung nicht vorschreibt. Denn auch bei fehlendem Beurkundungsbefehl ist die schriftlich dokumentierte Willenserklärung der optimale Beleg für den rechtserheblichen Geschäftswillen einer Person; kraft dieser besonderen Beweiseignung, nicht kraft einer von Gesetzes wegen vorgesehenen Beurkundungsbedürftigkeit, kommt der Schiffsverpfändung im Falle öffentlicher Beurkundung der öffentliche Glaube zu.

298 - Anders verhält es sich bei ausservertraglichen **Wissenserklärungen**. Nur in einigen typischen Ausnahmefällen ist eine solche Erklärung der optimale, anders nicht zu ersetzende Beweis für eine bestimmte Tatsache. Das Kriterium des Zwecks des gesetzlichen Beurkundungsobligatoriums versagt in diesen Fällen, um die Verleihung des öffentlichen Glaubens zu erklären. Die besondere Beweiseignung einer ausservertraglichen Wissenserklärung - und damit ihre Beurkundbarkeit mit öffentlichem Glauben bezüglich des Inhalts - ist nur dann anzunehmen, wenn eine bestimmte Tatsache **typischerweise** nicht anders als durch die Wissenserklärung einer Person bewiesen werden kann. Dies trifft etwa zu für die Belegung der Personalien eines schriftenlosen Flüchtlings.

299 - Dass nicht nur die notariellen Bezeugungen, sondern in öffentlich beurkundeten Verträgen auch die **von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen am öffentlichen Glauben teilhaben**, ist die in ständiger Rechtsprechung bestätigte Auffassung des Bundesgerichts²⁰⁸, der sich die vorliegende Arbeit anschliesst.

Fn 208 - Vgl. BGE 113 IV 81 E. 3b, 100 IV 242, 84 IV 164, 78 IV 110; in gleichem Sinne STRATENWERTH, Strafrecht BT II (3.A. 1984) S. 181, § 38, N 37.

****S. 100****

2. Bindung des öffentlichen Glaubens an persönliche Zeugnisse

a) Grundsatz

300 - *Der öffentliche Glaube notarieller Urkunden kommt nur solchen Inhalten zu, welche einer bestimmten Person als deren Erklärung²⁰⁹ zugerechnet werden können²¹⁰.*

301 - Erläuterung: Das hier Gesagte bedeutet eine Einschränkung gegenüber dem Begriff des öffentlichen Glaubens gemäss Art. 9 ZGB. Der öffentliche Glaube von Registern ist unabhängig von der Zurechnung des Registerinhalts zu einem bestimmten Erklärungs-Autor. Bei öffentlichen Registern liegt die Wahrheitsverantwortung in der Regel bei mehreren Beamten, von denen kein einzeln als Autor in Erscheinung tritt. Bei den notariellen Urkunden sind dagegen für jede Aussage ein oder mehrere Autoren namentlich genannt. Deren persönliche Beziehungen zum Erklärungsinhalt ist massgebend für die Frage, ob die Erklärung öffentlichen Glauben genießt.

b) Öffentlicher Glaube des notariellen Zeugnisses

302 - *Die Erklärungen der Urkundsperson erlangen öffentlichen Glauben aufgrund der Wahrheitsfähigkeit²¹¹ und Wahrheitspflicht²¹² der Urkundsperson*

Fn 209 - Die von einer Person unter Wahrheitspflicht abgegebene Erklärung wird in der vorliegenden Arbeit als Zeugnis oder Bezeugung bezeichnet.

Fn 210 - Hiedurch unterscheidet sich die notarielle Urkunde von anderen Dokumenten öffentlichen Glaubens, beispielsweise vom Grundbuch oder vom Handelsregister. Registerinhalte gelten nicht als die Erklärungen des Registerführers, sondern als objektive Wahrheit schlechthin.

Fn 211 - Der hier verwendete Begriff der Wahrheitsfähigkeit ist gleichbedeutend mit dem Umstand, dass die Urkundsperson den von ihr bezeugten Sachverhalt selber ermitteln bzw. überprüfen konnte; vgl. in diesem Sinne LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 67, N 82 mit Verweis auf BGE 110 II 2 f.; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 34, N 142; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 11.

Fn 212 - Vgl. ZH EGZGB § 238: "Der Notar ist für die Richtigkeit der von ihm bezeugten Tatsachen ... verantwortlich"; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 10, unterstreicht, dass amtliche Feststellungen nur dann öffentlichen Glauben geniessen, wenn die festgestellte Tatsache von der Behörde zu kontrollieren war.

****S. 101****

bezüglich der betreffenden Erklärungen, ferner aufgrund der Amtsträgerschaft, d.h. des der Urkundsperson staatlich verliehenen öffentlichen Glaubens²¹³, schliesslich aufgrund der besonderen Beweiseignung der abgegebenen Erklärung bezüglich ihres Inhaltes²¹⁴.

c) Öffentlicher Glaube des Inhalts privater Erklärungen: Vorschlag einer neuen Deutung

303 - Im Bereiche der öffentlichen Beurkundung ist der Geltungsgrund des öffentlichen Glaubens in mehreren Elementen zu erblicken, die kumulativ vorhanden sein müssen. Soweit die Erklärung einer Privatperson öffentlichen Glauben erlangt, beruht dies auf vier Elementen, nämlich

(a) auf der Wahrheitsfähigkeit und

(b) auf der Wahrheitspflicht dieser Person für die betreffenden Erklärung²¹⁵, ferner

(c) auf ihrem Einbezug in ein feierliches, von einem Amtsträger geleitetes und kontrolliertes²¹⁶ Verfahren und

Fn 213 - Das bernische Notariatsrecht verlangt zusätzlich, dass die Beurkundung im Rahmen eines Verfahrens, d.h. insbesondere aufgrund eines Beurkundungsbegehrens erstellt werde; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 129, N 3 zu Art. 2 ND BE; derselbe, Notariatsprozess (1989) S. 88 § 17.1; P. FLÜCKIGER, Das Verurkundungsverfahren, in: Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare (1953) S. 53: "Schildert der Notar Tatsachen, Vorgänge, Willenserklärungen, ohne rogiert worden zu sein, so bereichert er die Welt um eine mehr oder weniger schöne stilistische Übung, nicht um eine öffentliche Urkunde." - Zur Kritik an dieser Lehre vgl. Ziff. 517 ff.

Fn 214 - Die besondere Beweiseignung besteht nicht nur für die von der Urkundsperson beurkundeten **rechtserheblichen** Vorgänge und Tatsachen, sondern **für alle von der Urkundsperson aufgrund eigener Wahrnehmung beurkundeten Inhalte**, auch wenn diese nicht beurkundungsbedürftig sind und ohne Schaden hätten weggelassen werden können. Erwähnt die Urkundsperson in der Urkunde die Nummer eines von ihr eingesehenen Identifikationspapiers - wozu sie nicht verpflichtet ist - so kommt der beurkundeten Nummer trotzdem öffentlicher Glaube zu. Der öffentliche Glaube erstreckt sich nicht auf die Frage, welche Nummer jemandes Pass wirklich hat, sondern welche Passnummer der Urkundsperson zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen hat. Zur Beantwortung dieser Frage ist die beurkundete Erklärung der Urkundsperson optimal geeignet, d.h. besser als irgend ein anderes Beweismittel. Dies rechtfertigt die Verleihung des öffentlichen Glaubens.

Fn 215 - Zutreffend WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 (5/6): "Wahrheitspflicht für die Parteien und die Urkundsperson rechtfertigen es, der öffentlichen Urkunde privilegierte Beweiskraft zuzuerkennen."

Fn 216 - Vgl. ZH EGZGB § 239 Abs. 2: "Der Notar vergewissert sich, dass der Inhalt der von den Parteien vorgelegten oder für sie von ihm aufgesetzten Urkunde dem wirklichen Parteiwillen entspricht."

****S. 102****

(d) auf der besonderen Beweiseignung der abgegebenen Erklärung bezüglich ihres Inhaltes²¹⁷.

304 - Erläuterung: Die hier vertretene Auffassung ist gekennzeichnet durch die Hervorhebung der Beziehung der erklärenden Privatperson zu dem von ihr erklärten Inhalt (Wahrheitsfähigkeit) und durch diejenige der der Privatperson auferlegten Wahrheitspflicht. Der öffentlich beurkundete Grundstückkaufpreis geniesst öffentlichen Glauben nicht nur, weil die Urkundsperson das Ergebnis ihrer Parteibefragung amtlich bezeugt, sondern auch - und sogar vor allem - weil die erklärenden Privaten besser als irgend jemand sonst ihren eigenen Willen kennen und wahrheitsgemäss erklären können und weil sie bei dieser Erklärungsabgabe unter Wahrheitspflicht stehen und notariell erforderlichenfalls zur Wahrheit ermahnt werden.

d) Öffentlicher Glaube des Inhalts privater Erklärungen: herrschende Auffassung

305 - Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre erblicken den Geltungsgrund des öffentlichen Glaubens bezüglich des Inhalts beurkundeter Parteierklärungen ausschliesslich darin, dass die Urkundsperson sich durch pflichtgemässe Ermittlung des Parteiwillens eine Überzeugung vom Willensinhalt bilde. Den öffentlichen Glauben geniesse der Urkundeninhalt primär in seiner Eigenschaft als **Äusserung der notariellen Überzeugung**, nicht als Eigenerklärung der beteiligten Privaten; diese werden nicht als beurkundende Personen in dem vorn beschriebenen Sinne verstanden²¹⁸; vgl. BGE 113 IV 77-83 E. 3b (81): "Die in der Beurkundungsformel wiedergegebenen eigenen Wahrnehmungen des Notars [bezüglich des Erscheinens der Parteien und ihrer Erklärungsabgabe in Anwesenheit des Notars] sind namentlich deshalb rechtlich erheblich, **weil sie ihm [dem Notar] die Gewissheit verschaffen**, dass die in der Schrift genannten, handlungsfähigen Personen die fragliche Erklärung abgegeben haben und **diese ihrem Willen entspricht; gerade auch wegen dieser durch bestimmte Tatsachen be-**

Fn 217 - So ergeben sich Zahl und Namen der Nachkommen eines Testators mit besonderer Beweiseignung aus dem Zivilstandsregister, nicht aus diesbezüglichen Erklärungen des Testators in seinem Testament. Demgemäss kann diesen Erklärungen auch dann kein öffentlicher Glaube zukommen, wenn sie vor einer Urkundsperson zu Urkund abgegeben wurden. Anders verhält es sich mit den beurkundeten Willenserklärungen; für die Belegung des inneren Willens einer Person ist deren Erklärung der optimale und damit der besonders geeignete Beleg. Der Rechtsverkehr muss sich diesbezüglich auf die Urkunde abstützen können.

Fn 218 - Vgl. Ziff. 196 ff.

****S. 103****

gründeten Überzeugung des Notars kommt der notariellen Urkunde gemäss Art. 9 ZGB erhöhte Beweiskraft zu.²¹⁹ - Im früheren TIMON-Entscheid²²⁰ äusserte das Bundesgericht: "Die verstärkte Beweiskraft im Sinne von Art. 9 Abs. 1 ZGB beschränkt sich **in der Regel** auf das von der Urkundsperson als richtig Bescheinigte."

306 - Mit dem Wort "auch" ("gerade *auch* wegen dieser ... Überzeugung des Notars") und den Worten "in der Regel" deutet das Bundesgericht immerhin die Abstützung des öffentlichen Glaubens der Parteierklärung auch auf etwas anderes als die blossе notarielle Überzeugung und Richtig-Bescheinigung an; dieses andere kann nur in der Wahrheitspflicht der Privaten und in ihrem Einbezug in das feierliche Beurkundungsverfahren gesehen werden.

307 - Die Realitäten der Beurkundungspraxis lassen nämlich die alleinige Abstützung des öffentlichen Glaubens auf die notarielle Überzeugung kaum zu. Die Urkundsperson beurkundet zuweilen Parteierklärungen, von deren Wahrheit sie keineswegs überzeugt ist - und sie ist trotz subjektiver Skepsis zur Vornahme der Beurkundung immer dann verpflichtet, wenn sie keine **objektiven Gründe** für die Annahme einer Unwahrheit hat. Blossе subjektive Skepsis genügt nicht, um die Beurkundung abzulehnen.

308 - Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht, welches dem Verfasser zur Beurteilung unterbreitet worden ist. Ein Notar erhielt telefonisch vom Veräusserer die vollständigen Instruktionen für einen Grundstücksverkauf; die Beurkundung müsse wegen Bettlägerigkeit des Veräusserers in dessen Wohnung stattfinden. - Anlässlich des entsprechenden Hausbesuchs erwies sich der Veräusserer als voll bewegungsfähig; der Notar war bezüglich der Notwendigkeit des Hausbesuchs also angelogen worden. Der mitgeteilte Preis schien dem Notar eher niedrig, aber mangels einer Schätzung vermochte er die genannte Zahl nicht wirklich auf ihre Verkehrswertkonformität hin zu beurteilen. Sicherheitshalber erkundigte sich der Notar, ob seitens des Veräusserers ein Zuwendungswille bestehe, etwa aufgrund verwandtschaftlicher oder persönlicher Verbundenheit mit dem Erwerber. Dies wurde verneint. Die Parteien kannten sich nur aufgrund des Verkaufsinserates. Die Beziehun-

gen seien rein geschäftlich. Der Preis sei spontan vereinbart worden; dabei habe es sein Bewenden. Im weiteren Gespräch erwies

Fn 219 - Ähnlich schon BGE 100 IV 238, BGE 90 II 274 (282), 78 IV 112; vgl. auch JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 34, N 142, mit Verweis auf 110 II 2 f., 100 Ib 471, LGVE 1978 I Nr. 406 und 1986 I Nr. 12, S. 21 (OG LU); KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 722, N 42 zu Art. 9 ZGB, DESCHENAUX, Der Einleitungstitel, SPR II (1967) S. 277 f., ROLAND BÜHLER, Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege, ZBGR 63 (1982) S. 321 ff. (356f), BUCHER, OR AT (2.A. 1988) N 136 ff. zu Art. 16 ZGB.

Fn 220 - BGE 110 II 1.

****S. 104****

sich, dass beide Parteien die auf den Veräusserer zukommende Kapitalgewinnsteuer auf den Franken genau ausgerechnet hatten und sie als "tragbar" bezeichneten. Die notarielle Belehrung über die Wahrheitspflicht und die Rechtsfolgen einer unrichtigen Preisangabe liessen die Parteien als eine Pflichtübung über sich ergehen; der Notar stand intuitiv unter dem Eindruck, dass die Parteien ihm einen Teil des vereinbarten Kaufpreises verschwiegen und sich im stillen über seine Belehrungen mokierten. - In einem solchen Falle fehlt dem Notar möglicherweise die Überzeugung der Wahrheit der Parteierklärungen; er hat ein ungutes Gefühl, aber keine objektiven Anhaltspunkte, insbesondere keine Beweise für die unwahre Angabe des Preises seitens der Parteien. Hier darf der Notar - mangels **objektiver** Gründe für die Annahme der Unwahrheit - die Beurkundung nicht ablehnen.

309 - Auf solche Fälle fehlender notarieller Überzeugung weist ZH NV § 21 ausdrücklich hin: "Der Notar macht die Parteien auf die Straffolgen der Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB) aufmerksam, **wenn er den Eindruck gewinnt, dass die von ihnen abgegebenen Willenserklärungen nicht dem wahren Willen entsprechen.**" - Der Zürcher Notar muss demgemäss, trotz seines Eindrucks inhaltlicher Unwahrheit, die Parteierklärung beurkunden. Dabei handelt es sich nicht um eine Besonderheit des zürcherischen Beurkundungsrechts, sondern um eine in der Natur der Sache begründete, unvermeidbare Ungewissheit: Die notarielle Wahrheits-Überzeugung vom inneren Willen der zu Urkund erklärenden Personen besteht immer unter der stillschweigenden Einschränkung, dass die Urkundsperson keine zuverlässige Möglichkeit hat, die Wahrheit der Willenserklärungen anderer Personen zu kontrollieren.

310 - **Angesichts dieser Realitäten geht es grundsätzlich nicht an, den öffentlichen Glauben der zu Urkund erklärten Willens- und Wissensinhalte der erklärenden Privaten ausschliesslich mit der Wahrheits-Überzeugung der Urkundsperson zu begründen.**

311 - Dem Gesagten entspricht die übliche Formulierung von Vertragsurkunden. Der Ingress pflegt als Zeugnis der Urkundsperson, in deren direkter Rede, redigiert zu werden: "*Vor mir, der unterzeichneten Urkundsperson, sind erschienen ... und haben vor mir erklärt:*" - worauf in direkter Rede der Erschienenen deren Erklärung als deren Eigenaussage, nicht als notarielles Zeugnis, folgt: "*Ich, X, verkaufe, und ich, Y, kaufe das Grundstück Z zum Preise P ...*". - In Fällen wie dem beschriebenen könnte die Urkundsperson den Willensinhalt der Parteien keinesfalls in direkter Rede selber bezeugen. Bei subjektiv zweifelhaftem Eindruck wäre für die Urkundsperson eine Formulierung unzumutbar, die etwa lautete: "*Ich, Urkundsperson, bezeuge aufgrund meiner sorgfältigen Ermittlung des Parteiwillens, dass X und Y ihren wirklichen Vertragwillen folgendermassen vor mir erklärt haben: ...*" - Eine solche notarielle Bezeugung der privaten Willensinhalte wäre für eine wahrheits-

****S. 105****

treue Urkundsperson auch dann unzumutbar, wenn sie die Parteien auf gewisse Straffolgen hingewiesen hätte. - Besteht aber die notarielle Pflicht, trotz zweifelhaften Eindrucks von der Wahrhaf-

tigkeit der Erschienenen, beim Fehlen objektiver Anhaltspunkte für eine Lüge, deren Willenserklärungen zu beurkunden, dann kann der öffentliche Glaube dieser Parteierklärungen bezüglich der erklärten Inhalte **nicht ausschliesslich auf die notarielle Wahrheitsüberzeugung** abgestützt werden.

312 - Auch MAX KUMMER²²¹ geht zutreffend davon aus, dass sich die Urkundsperson vom inneren Willen der Vertragsparteien trotz sorgfältiger Ermittlung nie eine letztlich gewisse Überzeugung verschaffen kann²²². - Entscheidend muss statt dessen sein, dass die Verfahrensbeteiligten durch die Solemnität der Beurkundung und allfälligen Wahrheitsermahnungen seitens der Urkundsperson zur Wahrhaftigkeit angehalten waren und dass die Urkundsperson aufgrund der gesamten Umstände **keinen objektiven Grund** hatte, an der Wahrhaftigkeit der Verfahrensbeteiligten zu zweifeln. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, dann **verleiht die Rechtsordnung den Willenserklärungen der Privaten den öffentlichen Glauben** auch dann, wenn die Urkundsperson vom tatsächlichen Willen ihrer Klientschaft aus dem einfachen Grund keine positive Überzeugung gewonnen hat, dass sie letztlich in die Seele anderer Menschen nicht hineinblickt oder sogar den Eindruck einer Unwahrhaftigkeit erhalten hat, weil eine Reihe rechtlich nicht fassbarer Begleitumstände in ihr eine subjektive Skepsis geweckt haben.

313 - Mit der hier abgelehnten Lehre, welche den öffentlichen Glauben der Privaterklärungen ausschliesslich oder vorwiegend auf die Überzeugung der Urkundsperson von deren inhaltlicher Wahrheit abstützt, steht die herrschende **strafrechtliche Betrachtungsweise** im Einklang. Sie erblickt die Strafbarkeit für unwahre private Erklärungsabgabe (insbesondere für unrichtige Erklärung des Grundstückkaufpreises) in der Verwirklichung des Tatbestandes von Art. 253 StGB: Der Unrechtsgehalt wird also darin gesehen, dass die Privaten bei der Urkundsperson eine unrichtige Überzeugung erwecken und dass demzufolge eine unrichtige notarielle Überzeugung in die öffentliche Urkunde Eingang findet und des öffentlichen Glaubens teilhaftig werde.

Fn 221 - KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 722, N 43 zu Art. 9 ZGB.

Fn 222 - KUMMER zieht hieraus jedoch eine andere Schlussfolgerung als die hier vertretene. Gemäss KUMMER kann der öffentliche Glaube nur jenen Urkundeninhalten zukommen, welche die Urkundsperson nach Massgabe der Sachlage kraft eigener Kontrolle selber als richtig bescheinigen kann. Nach der Auffassung KUMMERS erhalten rechtsgeschäftliche Erklärungen, nur weil sie öffentlich beurkundet worden sind, keine verstärkte Beweiskraft für ihre Ernsthaftigkeit oder inhaltliche Richtigkeit; die Urkunde beweise bloss die Abgabe der Erklärung. - Mit dieser Schlussfolgerung weicht KUMMER von der Auffassung des Bundesgerichts ab.

****S. 106****

314 - Auch diese strafrechtliche Betrachtungsweise bedarf der Überprüfung. STRATENWERTH hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die zu Urkund erklärte Lüge von Privatpersonen richtigerweise als **mittelbare Falschbeurkundung** gemäss Art. 251 StGB ("... wer ... eine rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig ... beurkunden lässt..."), d.h. in ihrer Eigenschaft als **beurkundete Eigenaussage der lügenden Person**, zu betrachten ist, und dass Art. 253 StGB durch die nachträgliche Einfügung der Falschbeurkundung in den Art. 251 seinen Sinn verloren hat²²³. Der Unrechtsgehalt der unwahren Erklärung des Grundstückkaufpreises liegt demgemäss darin begründet, dass die lügende Privatperson unter Verletzung ihrer beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht eine unwahre Eigen-Erklärung in die Urkunde einbringt, welche ihr als Autorin zugerechnet wird und für welche sie als Autorin die umfassende Wahrheitsgewähr zu leisten hat.

315 - Gerade in diesem Punkte erweist sich die grundsätzliche Verschiedenheit von individuellen Erklärungen zu Urkund und veranstaltungsgebundenen Erklärungen zu Protokoll²²⁴. Das Protokoll einer Erklärung belegt die **Erklärungsabgabe in einem bestimmten äusseren Rahmen**; die zu Urkund dokumentierte Erklärung belegt den **wirklichen inneren Willen**, wie er von den Erklärenden unter Wahrheitspflicht erklärt und von der Urkundsperson in den Grenzen ihrer Möglichkeiten

verifiziert worden ist²²⁵. Dabei spielt es keine Rolle, dass die Urkundsperson den wirklichen inneren Willen der zu Urkund Erklärenden nicht mit letzter Gewissheit und demgemäss nicht mit umfassender Wahrheitsgewähr selber bezeugen kann, weil sie nicht in die Seele anderer Menschen hineinschaut; **das Zusammenwirken** der umfassenden Wahrheitspflicht der Erklärenden und der pflichtgemässen notariellen Willensermittlung - das Zusammenwirken also von **zwei Pflichten: Wahrheitspflicht der Erklärenden, Ermittlungspflicht der Urkundsperson** - reichen aus, um den beurkundeten Willenserklärungen zu Urkund die Belegwirkung gemäss Art. 9 ZGB zu verleihen; auf die Fiktion einer positiven notariellen Überzeugung von der inhaltlichen Wahrheit der Parteierklärungen braucht nicht zurückgegriffen zu werden; es genügt, dass die pflichtgemässe notarielle Ermittlung keine objektiven Anhaltspunkte für inhaltliche Unwahrheit zutage gefördert hat.

316 - Das Gesagte verlangt eine weitere Abgrenzung. Gemäss Art. 317 StGB macht sich die Urkundsperson bereits dann strafbar, wenn sie

Fn 223 - STRATENWERTH, Strafrecht BT II (3.A. 1984) S. 192, § 39, N 15.

Fn 224 - Vgl. diese zutreffende Unterscheidung zwischen Erklärungs-Beurkundung und Erklärungs-Protokollierung bei STRATENWERTH, Strafrecht BT II (3.A. 1984) S. 179, § 38, N 34.

Fn 225 - In diesem Sinne äussert sich auch der alte Kommentar GMÜR/HAFTER, N. 21 zu ZGB 9, ferner BGE 81 IV 243.

****S. 107****

die Beurkundung einer inhaltlichen Unwahrheit - beispielsweise eines unrichtigen Grundstückkaufpreises - **in Kauf nimmt**. Dolus eventualis genügt; nach Art. 317 Abs. 2 StGB ist sogar fahrlässige Tatbegehung strafbar. Strafrechtlich relevante Inkaufnahme und Fahrlässigkeit sind aber nicht bereits darin zu erblicken, dass die Urkundsperson in die Seele ihrer Klienten nicht hineinblickt und aus diesem Grunde nie völlig ausschliessen kann, angelogen zu werden. Vielmehr beginnt die strafbare Relevanz erst dort, wo für die Urkundsperson objektive Anhaltspunkte erkennbar sind oder bei gehöriger Sorgfalt erkennbar sein müssten²²⁶, dass der ihr bekanntgegebene Parteiwille **nicht richtig erklärt worden sein kann**. Solange solche Anhaltspunkte fehlen, steht die Urkundsperson unter der Beurkundungspflicht, der sie sich nicht unter Hinweis auf ihre gefühlsmässige Skepsis entziehen darf.

e) Voraussetzung des öffentlichen Glaubens: Wahrheitsfähigkeit der erklärenden Person

317 - *Wahrheitsfähigkeit liegt vor, wenn eine Person bezüglich eines bestimmten Erklärungsinhaltes (einer Information) sichere Kenntnis haben kann. Die Wahrheitsfähigkeit gilt von Rechts wegen als vorhanden*

(a) bezüglich des Willens einer Person: Wo jemand eine individuelle Willenserklärung²²⁷ zu Urkund abgibt, geht die Rechtsordnung davon aus, die erklärende Person sei fähig, mit Gewissheit ihren eigenen Willen zu kennen;

(b) bezüglich aller Information, welche von einer Urkundsperson im Rahmen ihres Pflichtenkreises mit gehöriger Sorgfalt ermittelt werden kann, insbesondere - aber nicht ausschliesslich - bezüglich jener Information, welche eine Urkundsperson aus eigener Wahrnehmung gewinnt.

318 - **Erläuterung:** Die Wahrheitsfähigkeit fehlt für alle Belange, welche sich objektivierbarer menschlicher Erkenntnis entziehen, beispielsweise für religiöse und philosophische Aussagen, für Werturteile, für manche medizinische Diagnosen, juristische Analysen etc. Solche Belange können nicht mit öffentlichem Glauben beurkundet werden.

Fn 226 - Die fahrlässige Tatbegehung gemäss Art. 317 liegt vor, wenn die Urkundsperson die falsche Beurkundung zwar nicht bewusst gewollt oder in Kauf genommen hat, sie aber aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit vorgenommen hat; vgl. SIDLER, Komm. LU (1975) S. 71, N 7 zu § 20 BeurkG LU, mit Verweis auf BGE 78 IV 112.

Fn 227 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 85 f.

****S. 108****

3. Unterschiedliche Beweiskraft verschiedener Inhalte öffentlichen Glaubens

a) Öffentlicher Glaube - keine Einheitsmünze

319 - Die Möglichkeit sicherer Kenntnis deckt sich mit der Möglichkeit, Irrtum auszuschliessen. Die öffentliche Urkunde geniesst grundsätzlich keinen öffentlichen Glauben bezüglich jener Inhalte, für welche Irrtum nicht ausgeschlossen werden kann. Hieraus ergibt sich die Polyvalenz mancher öffentlicher Urkunden in dem Sinne, dass nicht der ganze Text mit einheitlicher Geltungskraft gleichermassen öffentlichen Glauben geniesst; vielmehr haben verschiedene Teile der Urkunde unterschiedliche Beweiskraft.

320 - Auch unter den von der Urkundsperson mit öffentlichem Glauben abgegebenen Bezeugungen haben nicht alle die gleiche Beweiskraft. Öffentlicher Glaube ist nicht eine Einheitsmünze von stets gleichem Wert. Der Grad von Gewissheit der mit öffentlichem Glauben bezeugten Inhalte bewegt sich in einer Bandbreite, die praktisch von absoluter Gewissheit bis hinunter zu weitgehend fehlender Gewissheit reicht.

321 - Erläuterung: Das Gesagte sei illustriert am Beispiel einer verkürzt wiedergegebenen Bürgerschaftserklärung: *"Vor mir, der unterzeichneten Urkundsperson, ist erschienen Herr H., ausgewiesen durch seinen Pass,"* - bis hierhin: volle Gewissheit bezüglich der notariellen Wahrnehmung des Erscheinens einer Person, leicht herabgesetzte Gewissheit bezüglich der Echtheit des Passes und damit der Identität dieser Person, da der Pass gefälscht sein könnte, was die Urkundsperson nicht zu merken braucht; trotzdem besteht öffentlicher Glaube für alle bis dahin bezeugten Tatsachen, weil das Gewissheitsdefizit gering ist - *"ledig,"* - die Angabe des Zivilstands beruht in der Regel auf der Eigenerklärung des Bürgen und lässt sich aufgrund des Passes nicht kontrollieren, womit diesbezüglich eine in mittlerem Masse herabgesetzte Gewissheit besteht und demgemäss der öffentliche Glaube wohl fehlt - *"und hat vor mir erklärt:"* - das notarielle Zeugnis aus unmittelbarer Wahrnehmung geniesst öffentlichen Glauben, desgleichen grundsätzlich die implizit mitbezeugte Handlungsfähigkeit des Erklärenden, letztere jedoch unter dem Vorbehalt einer der Urkundsperson verborgen gebliebenen Urteilsunfähigkeit, also mit leicht herabgesetzter Gewissheit - *"Die X.-Bank hat meinem Neffen N einen Kredit von Fr. xx gewährt."* - Diese Erklärung des Bürgen ist zu einem Beweis irgendwelcher Art weder bestimmt noch geeignet, sondern hat rein informativen Charakter, also keinen Beweiswert, und sie geniesst keinen öffentlichen Glauben; dass die Bank einen solchen Kredit gewährt hat, ist nicht aufgrund der Bürgerschaftsurkunde, sondern aufgrund der Belege in Händen der Bank und ihres Schuldners zu beweisen. - *"Für*

****S. 109****

die Schuld meines Neffen aus dem erwähnten Kredit verbürge ich mich gegenüber der Bank bis zum Höchstbetrag von Fr. xx." - Diese Willenserklärung geniesst öffentlichen Glauben, desgleichen der Schlussteil, welcher notarielle Wahrnehmungen zusammenfasst: *"Dessen zu Urkund hat der Erschienenene..."*.

b) Öffentlicher Glaube von Erklärungen geringer Gewissheit

322 - Die Rechtsordnung verleiht in Ausnahmefällen auch Erklärungen von geringer Gewissheit den öffentlichen Glauben, wenn der praktische Bedarf an einem geltungskräftigen Beleg nicht anders gedeckt werden kann, d.h. wenn einer öffentlich beurkundeten Erklärung mangels anderer Beweismöglichkeiten im konkreten Fall die optimale Beweiskraft zukommt²²⁸.

323 - Erläuterung: Die Beweiskraft des notariellen Zeugnisses ist variabel. Sie ist abhängig

(a) von der besonderen Beweiseignung dieses Zeugnisses im Vergleich mit anderen typischen Beweismitteln bezüglich der zu belegenden Tatsache, ferner

(b) von der Qualität der notariellen Ermittlungsarbeit, die in bezug auf das notarielle Zeugnis geleistet wurde oder typischerweise zu vermuten ist. Dies bedarf der Verdeutlichung.

324 - Wenn die Urkundsperson bei der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft in der Form der Eigenaussage protokolliert: "Die Generalversammlung ist durch eingeschriebenen Brief vom 9. Juni 1982 einberufen worden"²²⁹, so ist dies kein auf eigene Wahrnehmung abgestütztes Zeugnis. Auch liegt auf der Hand, dass die Urkundsperson kaum die Möglichkeit gehabt haben dürfte, alle Voraussetzungen für die korrekte Einladung so umfassend zu ermitteln, dass die betreffende Tatsache durch die notarielle Aussage zweifelsfrei bezeugt, ein Irrtum ausgeschlossen wäre. In der Regel kann sich die Urkundsperson schon von der genauen Zusammensetzung des Aktionärskreises im Zeitpunkt des Einladungsversandes kein Bild aufgrund von eige-

Fn 228 - Man denke an die eidesstattliche Erklärung eines schriftenlosen Flüchtlings, der im Hinblick auf seine Aufnahme in ein schweizerisches Zivilstandsregister sein ihm selber vielleicht nur undeutlich bewusstes Geburtsdatum zu Urkund erklärt. Auch wenn manches dafür spricht, dass das erklärte Datum ungenau ist, muss dem Flüchtling ein Geburtsdatum zugeordnet werden, und der Flüchtling muss dieses Datum wenn möglich mit öffentlichem Glauben belegen.

Fn 229 - Vgl. dieses Formulierungsbeispiel bei MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 169, N 3 zu Art. 22 ND BE.

§. 110

ner Wahrnehmung, sondern bestenfalls aufgrund des Aktienregisters der betreffenden Aktiengesellschaft - einer privatschriftlichen Dokumentation ohne öffentlichen Glauben - machen. Es fehlt der Urkundsperson für die Belegung des korrekten Einladungsversandes die Wahrheitsfähigkeit. Hinzu kommt, dass für den Einladungsversand andere Beweismittel als das notarielle Zeugnis besser geeignet sind und typischerweise zur Verfügung stehen; dem notariellen Zeugnis fehlt also die besondere Beweiseignung.

325 - Prozessual genügt demgemäss die unsubstantiierte Bestreitung eines einzelnen Aktionärs, welcher behauptet, er habe keine Einladung erhalten, um der Aktiengesellschaft die Beweisführung bezüglich des Einladungsversandes aufzunötigen; das notarielle Zeugnis in dem erwähnten Protokoll hat in dem dargestellten Zusammenhang keine prozessuale Beweiskraft²³⁰.

326 - Bei einem anderen von MARTI angeführten Beispiel verhalten sich die Dinge gerade umgekehrt, indem die Aussagen von Privatpersonen ohne weiteres eine hohe prozessuale Beweiskraft erlangen - eine höhere, als das notarielle Zeugnis im vorherigen Beispiel. Wenn die Urkundsperson ein Abstimmungsergebnis mit der Formulierung protokolliert: "Nach Feststellung der Stimmenzähler ist der Antrag des Verwaltungsrates mit 91 zu 24 Stimmen angenommen worden"²³¹, so liegt bezüglich des Abstimmungsergebnisses kein notarielles Zeugnis, sondern eine Protokollerklärung Privater vor. Diese Protokollerklärung hat aber hohen Beweiswert. Im späteren Anfechtungsprozess wird die blosse Bestreitung des Anfechtungsklägers nicht genügen, welcher behauptet, so sei es wohl nicht gewesen. Will der Kläger das protokollierte Abstimmungsergebnis prozessual widerlegen, so muss er seinerseits Beweise für die Unrichtigkeit des Protokolls bzw. für ein anderes Abstimmungsergebnis vorlegen. Das blosse Anmelden von Zweifeln genügt nicht, um der beklagten

Gesellschaft zusätzlich zur Vorlegung des Protokolls eine weitergehende Beweisführung aufzunötigen. Die Beweislage ist also praktisch die gleiche, wie wenn die Urkundsperson die Stimmen selber ausgezählt und das Abstimmungsergebnis in der Form der notariellen Eigenaussage selber bezeugt (statt als Erklärung der Stimmenzähler zu Protokoll genommen) hätte.

327 - Zu bedenken ist auch, dass das von den Stimmenzählern zu Protokoll erklärte Abstimmungsergebnis im Falle einer offen durchgeführten Abstimmung von der Urkundsperson aufgrund eigener Wahrnehmung auf seine Glaubhaftigkeit hin beurteilt werden konnte und musste und dass der Vorgang auch für die übrigen Veranstaltungsteilnehmer wahrnehmbar gewesen ist, so dass die Protokollerklärung des

Fn 230 - Dies wird m.E. von MARTI, a.a.O. (vgl. vorherige Fussnote) übersehen.

Fn 231 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 169, N 3 zu Art. 22 NG BE.

****§. III****

Vorsitzenden nicht eine völlig unkontrollierte Behauptung, sondern eine von den übrigen Anwesenden und von der Urkundsperson stillschweigend als glaubhaft gebilligte Tatsachenbezeugung ist. Die Beweiskraft wird ferner dadurch erhöht, dass private Stimmenzähler usanzgemäss meist zu mehreren eingesetzt werden, einander also gegenseitig kontrollieren.

328 - Ein weiteres Beispiel sei angeführt. Wird kurz und bündig beurkundet, dass "nach den Feststellungen der Urkundsperson die Firma X. AG nicht im Sinne der Ausländer-Gesetzgebung ausländisch beherrscht" ist, so kommt dem notariellen Zeugnis gemäss Art. 9 ZGB grundsätzlich zwar öffentlicher Glaube zu; aber das geschriebene Bundesrecht selber lässt eine derart abstrakte notarielle Bezeugung nicht mit öffentlichem Glauben gelten, sondern verlangt die urkundliche Konkretisierung der notariellen Ermittlungs- und Kontrollhandlungen²³². Denn je mehr unmittelbare notarielle Wahrnehmungen in die Urkunde konkret beschrieben sind, desto kleiner wird das notarielle Beurteilungs- und Formulierungsermessen, desto glaubwürdiger wird für den Urkundenleser die in der Urkunde bezeugte Schlussfolgerung der Nicht-Ausländer-Eigenschaft. Keine notarielle Urkunde kann jedoch die mit der Sachverhaltserwahrung betraute Bewilligungsbehörde vollständig von ihrer Pflicht zur Beweiswürdigung dispensieren. So äussert ROLAND PFÄFFLI: "Die notariellen Bescheinigungen bilden lediglich ein Beweismittel. Es ist nicht möglich, dass eine Urkundsperson [mit öffentlichem Glauben abschliessend] feststellen kann, dass keine Bewilligungspflicht besteht."²³³ - Darin liegt kein Widerspruch zu Art. 9 ZGB. Der öffentliche Glaube ist nie eine abschliessende Feststellung der Wahrheit.

329 - Aber auch beim Erfordernis unmittelbarer notarieller Wahrnehmung geht es nicht um ein Alles oder Nichts, sondern um ein Mehr oder Weniger. So kann sich auch eine Beurkundung der Nicht-Ausländer-Eigenschaft nicht durchwegs auf eigene Wahrnehmungen der Urkundsperson abstützen; ohne die Abstützung der Urkundsperson auf Schriftstücke und mündliche Erläuterungen von Vertretern der betreffenden Institution und ohne ein gewisses Beurteilungsermessen der Urkundsperson ist nicht auszukommen.

330 - Während bei der Beurkundung der Nicht-Ausländer-Eigenschaft ein Mindestmass an eigener Wahrnehmung der Urkundsperson gefordert wird und in der Urkunde ersichtlich gemacht werden muss, geniesst die notarielle Tatsachenbeurkundung in anderen, nicht von Umgehungen bedrohten Belangen, den öffentlichen Glauben auch

Fn 232 - Vgl. Art. 18 Abs. 2 der Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewV), SR 211.412.411, im Wortlaut zitiert in Ziff. 250.

Fn 233 - BN 1988 S. 283, Ziff. 79.

****S. 112****

dann, wenn die Urkundsperson ihre Wahrnehmungen in der Urkunde nicht ersichtlich macht. Man denke an eine Erbgangsbeurkundung zuhanden des Grundbuchamtes. Niemand wird hier fordern, dass die Urkundsperson in der Urkunde darstellt, welche Register und Dokumente sie eingesehen hat, um sich ihre Überzeugung vom Tod des Erblassers und vom Umfang seines Grundstücksbesitzes zu bilden²³⁴.

331 - Es ergibt sich aus diesem Vergleich verschiedener mit öffentlichem Glauben ausgestatteter Zeugnisse, dass deren Belegwert keine situationsunabhängige Einheitsgrösse ist, sondern dass er vom Urkunden-Adressaten von Fall zu Fall beurteilt wird und je nach den Umständen verschieden gewichtet werden darf und muss.

c) Keine Beschränkung des öffentlichen Glaubens auf Wahrnehmungsbeurkundungen

332 - *Der öffentliche Glaube kommt Wahrnehmungs- und Überzeugungsbeurkundungen gleichermassen zu.*

333 - Erläuterung: Zu den Axiomen des schweizerischen Beurkundsrechts scheint die Auffassung zu gehören, dass die Beurkundung den höchsten Grad an Gewissheit hat, wenn sie Wahrnehmungsbeurkundung ist, und dass die Überzeugungsbeurkundung²³⁵ weniger zuverlässig sei²³⁶. Öffentlicher Glaube kommt aber beiden Urkundenarten zu.

334 - Zu den Regelungszielen des Beurkundsrechtes gehört es, die Fälle von Urkundeninhalten öffentlichen Glaubens, denen herabgesetzte Gewissheit zukommt, auf ein Minimum zu reduzieren, gleichzeitig aber dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen, d.h. die Kosten und den Nutzen notarieller Ermittlungstätigkeit in einem vernünftigen Verhältnis zu halten. Dabei sind Kompromisse in Kauf zu nehmen. In bestimmten typischen Situationen bedeutet der Verzicht auf völlige Gewissheit eine derartige Vereinfachung des Verfahrens, dass er als gerechtfertigt erscheint. Ein Beispiel ist die Unterschriftsbeglaubigung im Abwesenheitsverfahren. Indem der Urkundsperson

Fn 234 - Hier gilt die Feststellung von ROLAND PFÄFFLI, Zur Revision der Grundbuchverordnung mit besonderer Berücksichtigung des neuen Ehe- und Erbrechts, BN 1988 S. 221-237 (234): "In der Praxis stellt man fest: Je kürzer der Erbenschein ist, desto höher ist dessen Qualität".

Fn 235 - Zu den Begriffen der Wahrnehmungs- und der Überzeugungsbeurkundung vgl. Ziff. 133 ff.

Fn 236 - Vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 64: "Handelt es sich um die Feststellung von Rechten oder Rechtsverhältnissen, so kann die amtliche Feststellung nicht Anspruch auf unbedingte Zuverlässigkeit erheben, weil die Rechte und Rechtsverhältnisse nicht sinnlich wahrnehmbar sind."

****S. 113****

gestattet wird, die ihr zugesandte Unterschrift mit einem Muster zu vergleichen oder die Unterschrift aufgrund eigener Erinnerung an frühere Unterschriften des gleichen Unterzeichners zu beurteilen, werden Irrtümer in Kauf genommen, die sich im Anwesenheitsverfahren nicht einstellen können. Im Abwesenheitsverfahren kann eine raffinierte Fälschung nicht entdeckt werden. Im Anwesenheitsverfahren kann sie nicht entstehen. Indessen sind Fehlbeglaubigungen im Abwesenheitsverfahren äusserst selten. Das Fälschungsrisiko ist gering. Demzufolge wird eine leicht herabgesetzte Gewissheit in Kauf genommen. Der öffentliche Glaube bleibt der Abwesenheitsbeglaubigung trotzdem erhalten.

4. Keine vollstreckbaren öffentlichen Urkunden im schweizerischen Recht

335 - *Die in öffentlicher Urkunde erklärte Schuldanerkennung berechtigt den Gläubiger im Vollstreckungsverfahren nur zur provisorischen Rechtsöffnung, gleich wie dies eine privatschriftliche Schuldanerkennung tut. Der öffentliche Glaube gewährt kein vollstreckungsrechtliches Privileg²³⁷.*

336 - Erläuterung: Zur öffentlich beurkundeten Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen vgl. Ziff. 2653 ff. Diese Form des Forderungsinkassos ist dem schweizerischen Recht fremd; die Übernahme diesbezüglicher Vorbilder aus dem Ausland drängt sich nicht auf. Zwar wäre auch in der Schweiz denkbar, dass das Bestehen einer fälligen Zahlungsverpflichtung mit öffentlichem Glauben notariell bezeugt wird, worauf der Gläubiger unmittelbar die Pfändung durchführen lassen könnte, ohne zuvor betreiben und Rechtsöffnung beantragen zu müssen. Auch könnte das Beurkundungsverfahren dem Schuldner den nötigen Schutz vor Unbedacht gewähren, bevor er sich einer solchen raschen Zwangsvollstreckung durch öffentlich beurkundete Erklärung unterwirft. Hingegen verträge sich die Einschaltung der Urkundsperson im Vollstreckungsverfahren nur schwer mit ihrer Rolle der Unparteilichkeit und Neutralität. Das Ansehen der Urkundsperson als stets-Unparteiliche leidet, wenn sie anstelle des Rechtsöffnungsrichters jene Sachverhaltsprüfung vornimmt, welche dem Gläubiger zur raschen Vollstreckung verhilft. Die Erteilung des "grünen Lichts" zur Zwangsvollstreckung

Fn 237 - Dies im Unterschied zu gewissen ausländischen Rechtsordnungen; vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 36, N 146 f.

****S. 114****

- gegen den Willen des Schuldners, welcher aus irgend welchen Gründen nicht zahlen will oder nicht zahlen kann - ist nie blosse Belegschaftung, sondern hat immer (auch) einen imperativen Charakter, welcher von der Beurkundungstätigkeit ferngehalten werden sollte.

§ 9 Amtsnotariat und freiberufliches Notariat

337 - Die Einteilung der Urkundspersonen in die beiden Gruppen der staatlich beamteten und der freiberuflich tätigen ist bedeutsam aus mehreren Gründen.

338 - Das Leistungsangebot freiberuflich tätiger Urkundspersonen ist in der Regel breiter als dasjenige der staatlichen Beamten, namentlich bezüglich der Rechts- und Steuerberatung und bezüglich der Übernahme von Treuhandfunktionen.

339 - Die freie Notarwahl der Klientschaft und der wirtschaftliche Wettbewerb unter den freiberuflich tätigen Urkundspersonen führt, über die Gesetzmässigkeiten des Dienstleistungsmarktes, zuweilen zu einer rascheren und flexibleren Leistungserbringung freiberuflicher Urkundspersonen.

340 - In Gebieten mit Amtsnotariat hat der Klient nur insofern die freie Notarwahl, als er bei gleichzeitiger Zuständigkeit verschiedener Notariate die ihm am besten konvenierende Amtsstelle auswählen kann; innerhalb der Amtsstelle hat er jedoch nicht die Wahl des individuellen Sachbearbeiters, sondern muss sich von jenem Beamten bedienen lassen, der ihm zugeteilt wird²³⁸.

341 - Andererseits sind staatliche Amtsnotare zuweilen etwas unabhängiger gegenüber marktmächtigen Nachfragern notarieller Dienstleistungen als ihre freiberuflichen Kollegen.

342 - Was die professionelle Qualität der Beurkundungstätigkeit, insbesondere die Qualität der Rechtsgestaltungs-, Formulierungstätigkeit und der notariellen Belehrung anbelangt, so können keine verallgemeinernden Unterscheidungen getroffen werden. Entscheidend sind diesbezüglich nicht sosehr der Beamtenstatus oder die freiberufliche Tätigkeit, als vielmehr die Intelligenz der

Urkundsperson, ihre universitäre Rechtsausbildung oder deren Fehlen sowie die individuelle Berufserfahrung. Von einer Urkundsperson mit juristischem Hochschul-

Fn 238 - Vgl. ZH NV § 2a: "Soweit diese Verordnung Aufgaben dem Notar zuweist, obliegen sie dem Notariat."

****S. 115****

abschluss kann bessere Rechtsberatung und Geschäftsgestaltung erwartet werden als von einer Urkundsperson mit kaufmännischer Ausbildung und Notariatslehre. Aber der Hochschulabschluss ist, für sich allein genommen, keine Gewähr für praxisbezogenes Denken und juristische Klugheit. - Von einer Urkundsperson, die monatlich einige Dutzend Urkunden fertigt, kann mehr Erfahrung erwartet werden als von einer Urkundsperson, welche nur selten notariell zum Zuge kommt.

343 - Die Darstellung des schweizerischen Beurkundungsrechts darf sich nicht einseitig einer auf das freiberufliche oder auf das staatliche Amtsnotariat ausgerichteten Betrachtungsweise verschreiben, sondern muss sich bemühen, alle rechtlichen Aussagen jeweils für die beiden Formen zugleich zu formulieren, mit den nötigen Differenzierungen bei jeder einzelnen Fragestellung. Auch darf in einer solchen Darstellung nicht Partei ergriffen werden für die eine oder andere Form notarieller Berufsausübung, sondern es müssen beide Formen grundsätzlich gleichwertig behandelt werden. Schliesslich verbietet sich bei der Erörterung beurkundungsrechtlicher Normen die Annahme, die typische Urkundsperson sei unanfechtbar in ihrer Wahrheitstreue und Unparteilichkeit und sie sei eine Meisterin in ihrem professionellen Können; das Beurkundungsrecht muss gerade auch auf jene Urkundspersonen Bedacht nehmen, bei welchen solche hohen Qualifikationen fehlen, und es muss ein normatives System zur Verfügung stellen, welches den menschlichen und beruflichen Unzulänglichkeiten einzelner Urkundspersonen Rechnung trägt.

§ 10 Zum Berufsbild der Urkundsperson

344 - Während das Notariat in früheren Jahrhunderten verlängerter Arm des weltlichen Fürsten war, ist in neuerer Zeit eine Verschiebung des Berufsbildes erfolgt: Notare werden als die Repräsentanten der Wahrheit und Unparteilichkeit verstanden und dürfen sich aus diesem Grunde in keine politischen und wirtschaftlichen Abhängigkeiten begeben.

345 - Immer wieder wird versucht, die Vorzüge und Nachteile von Amtsnotariat, freiberuflichem Anwalts-Notariat und Nur-Notariat zu vergleichen. Das freiberufliche Notariat kann, wenn pro Kopf der Bevölkerung relativ zahlreiche Urkundsperson vorhanden sind, für sich den Vorteil der rascheren und flexibleren Dienstleistung in Anspruch nehmen, ferner denjenigen der akademischen Ausbildung und

****S. 116****

der anwaltlichen Erfahrung bei der Erbringung notarieller Beratung und Formulierung. Bei einer allzu grossen Zahl von Urkundspersonen fällt andererseits der Nachteil mangelnder notarieller Erfahrung im Einzelfall in Betracht. - Bei Amtsnotaren ist als Vorteil die etwas grössere Standfestigkeit gegenüber gewissen Zumutungen der Klientschaft, und in umgekehrter Richtung die grössere Tendenz zu unnötigen notariellen Zumutungen gegenüber der Klientschaft zu erwähnen. Dem Amtsnotar käme beispielsweise nicht in den Sinn, an Banken Interimsbescheinigungen mit persönlicher Haftungsübernahme auszustellen. Auch sind Amtsnotare selbstbewusster beim Insistieren auf persönlichem Erscheinen zu Unterschriftsbeglaubigungen etc. als dies ein freiberuflicher Notar in der Regel ist, welcher den Realitäten des Konkurrenzkampfes ausgesetzt ist. Ein konsequent durchgesetztes Verbot der Fernbeglaubigung kann wohl nur in Gebieten mit Amtsnotariat aufgestellt und durchgesetzt werden. Ein allzu rigides notarielles Selbstbewusstsein wird von der Klientschaft zuweilen aber auch als ein Nachteil empfunden und es werden die kategorischen Forderungen des

Notars zuweilen als mangelnde Bereitschaft gedeutet, zu einem vernünftigen, den tatsächlichen Risiken angemessenen Vorgehen Hand zu bieten. So käme keinem freiberuflichen Anwalts-Notar in den Sinn, von den Vertragsparteien systematisch die Beibringung von Handlungsfähigkeitszeugnissen zu verlangen. Die verschiedenen Verhaltensmuster von Amtsnotaren und freiberuflichen Notaren sind aus den Notariatsgesetzen meist nicht ersichtlich, prägen aber die "Atmosphäre" des Beurkundungswesens in den einzelnen Kantonen entscheidend.

346 - Für die Amtsnotare einerseits, die freiberuflichen Notare andererseits hat sich je eine bestimmte Palette zulässiger bzw. üblicher Neben- und Ergänzungstätigkeiten herausgebildet. Die wenigsten Urkundspersonen sind ausschliesslich als solche tätig, weil die Beurkundungen allzu unregelmässig anfallen, um eine dauerhafte volle Auslastung zu gewährleisten. **Die Beurkundungstätigkeit ist für die Mehrzahl der Urkundspersonen in der Schweiz eine Nebentätigkeit.** Diese Tatsache muss im Bewusstsein bleiben, wann immer eine Aussage über "den Notar" bzw. über "die Urkundsperson" gemacht wird: Die meisten dieser Personen sind nicht ausschliesslich und nicht vor allem Notare bzw. Urkundspersonen. - Diese Tatsache hinwiederum verbietet es, von den Urkundspersonen generell eine akademische Ausbildung zu verlangen. Namentlich in Gebieten mit staatlichem Amtsnotariat sind Kompromisse unvermeidbar, weil manche Urkundspersonen dort mit weiteren Amtstätigkeiten beschäftigt werden müssen, für welche eine kaufmännische oder eine Verwaltungsausbildung genügen²³⁹. Hinzu

Fn 239 - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 46, N 176, fordert für die Urkundspersonen generell eine "gründliche Rechtsausbildung", was wohl etwas zu

****S. 117****

kommt, dass einem Grossteil der notariellen Tätigkeit etwas Schablonen- und Routinehaftes eigen ist, so dass auch Amtsnotare ohne akademische Ausbildung, aber mit Berufserfahrung und gesundem Menschenverstand, die notarielle Formulierungs- und Belehrungsfunktion einwandfrei und professionell wahrzunehmen vermögen. - Die Ergänzungstätigkeiten umfassen bei den Amtsnotaren Schreibertätigkeiten (Gemeinde- und Amtsschreiber), Grundbuchführung sowie erbschafts- und konkursamtliche Funktionen²⁴⁰, bei den freiberuflichen Notaren Anwaltstätigkeit, Rechtsberatung, Vermögensverwaltung und Treuhandfunktionen.

§ 11 Haupt- und nebenberufliche Tätigkeit

347 - In den Kantonen mit ausschliesslichem oder vorwiegendem Nur-Notariat²⁴¹ wird zwischen haupt- und nebenberuflicher Notariatstätigkeit unterschieden, und es wird die nebenberufliche Notariatstätigkeit nach ihrer zulässigen Art, Honorierung, Haftung und Beaufsichtigung mehr oder weniger ausführlich geregelt²⁴². Die hauptberufliche Tätigkeit

weit geht; selbstverständlich können die Kantone eine akademische Rechtsausbildung von ihren Urkundspersonen verlangen; in den Kantonen mit freiberuflichem Notariat - aber nur in diesen! - ist dies denn auch durchwegs der Fall.

Fn 240 - Bei den Amtsnotaren sind die weiteren Amtstätigkeiten: ZH NV § 1: Grundbuchführung und Konkursbeamtung, wobei die Verordnung hier nur Beispiele nennt, ohne eine abschliessende Aufzählung zu geben.

Fn 241 - Der Begriff des Nur-Notars besagt nicht, dass jemand "nur Notar" sei, sondern dass er **nicht auch Rechtsanwalt** ist; vgl. hierzu Ziff. 3446 ff.

Fn 242 - BE NG Art. 15 definiert als hauptberufliche Tätigkeit die "öffentliche Beurkundung", Art. 19 als nebenberufliche Tätigkeit "Rechtsberatung, Vermögensverwaltung, Treuhandfunktionen und ähnliche Verrichtungen"; die Anwaltstätigkeit ist dem bernischen Notar gemäss NG BE Art. 3 Abs. 4 zwar erlaubt, wird aber nicht zur nebenberuflichen Notariatstätigkeit gerechnet; VD LN Art. 4 Ziff. 6-9 definiert die erlaubten Nebenbeschäftigungen erstaunlich weit: "Liquidier les successions ou autres indivisions et régimes matrimoniaux, établis des actes sous seing privé, gérer et administrer des biens immobiliers et mobiliers, faire, dans les limites d'un mandat particulier, toutes démarches pour la vente ou l'achat des biens immobiliers ou mobiliers"; GE LN Art. 4 defi-

niert den Kreis nebenberuflicher Tätigkeiten am engsten: auch Verwaltungsratsmandate sind dem Genfer Notar in der Regel verwehrt, ferner der Beruf des Anwalts und die Bürogemeinschaft mit einem Anwalt (Art. 5); einzige ausdrücklich erlaubte entgeltliche Nebenbeschäftigung ist das "enseignement juridique"; in Art. 1 heisst es zudem: "Ils [les notaires] peuvent donner des conseils et avis en matière juridique".

****S. 118****

umfasst im wesentlichen die Beurkundungstätigkeit, während zur nebenberuflichen Tätigkeit die Rechtsberatung, Vermögensverwaltung, Treuhandfunktionen und ähnliche Leistungen, nicht aber die prozessuale Anwaltstätigkeit gehört.

348 - Nur-Notare haben die Tendenz, ihre Beurkundungstätigkeit vor allem durch Verwaltungstätigkeiten zu ergänzen. Sie können als "Verwaltungs-Notare" charakterisiert werden, im Gegensatz zu den "Anwalts-Notaren", welche sich schwergewichtig mit Konfliktbewältigung und -vermeidung befassen.

349 - Wegen des mit der öffentlichen Vertrauensstellung des Nur-Notars verbundenen, besonderen Ansehens unterstehen Urkundspersonen in Kantonen mit freiberuflichem Nur-Notariat bei ihren nebenberuflichen Tätigkeiten in besonderem Masse der Pflicht, sich "standesgemäss notarialisch" zu verhalten²⁴³. Im Nur-Notar erblickt das Publikum den **jederzeit-Unparteilichen**. Beim Anwalts-Notariat wird in Kauf genommen, dass sich die Urkundsperson ausserhalb ihrer Beurkundungstätigkeit wie ein Anwalt, also parteilich interessewährend verhält.

350 - In Kantonen mit Anwalts-Notariat²⁴⁴ besteht kein Bedarf für die gesetzliche Umschreibung eines Rechtsbegriffs der "nebenberuflichen Notariatstätigkeit". In diesen Kantonen stehen den beiden rechtlich definierten Begriffen der Beurkundungstätigkeit und der Anwaltstätigkeit (im Sinne der gewerbsmässigen Prozessvertretung) die weiteren Tätigkeiten juristischer und anderer Ausrichtung ohne spezifische Zuordnung zur Beurkundungs- oder zur Anwaltsfunktion, und damit ohne begriffliche Umschreibung, zur Seite.

351 - In Kantonen mit staatlichem Amtsnotariat besteht ebenfalls kein solcher Abgrenzungsbedarf. Alle den Notaren zugewiesenen Funktionen sind staatliche Amtstätigkeit und als solche durch das kantonale öffentliche Recht geregelt, auch wo es sich nicht um Beurkundungstätigkeit handelt. Die Frage, ob sich Entschädigungsansprüche und Haftung nach kantonalem öffentlichem Recht oder nach Bundesprivatrecht richten, kann sich hier nicht stellen. Dass spezifische beurkundungsrechtliche Normen wie die Ausstandsregeln nur für die eigentliche Beurkundungstätigkeit gelten, versteht sich und erheischt keine begriffliche Unterscheidung zwischen "Haupt-" und "Nebenberuf" der

Fn 243 - Vgl. GE Urteil des Tribunal Administratif vom 30.4.1980, SemJud 1981 S. 7-12, mit Bezug auf den genferischen Nur-Notar (S. 11): "Lorsqu'il intervient à titre privé, le notaire est dans une situation semblable à celle de l'avocat; mais le caractère officiel de sa profession doit l'inciter à faire preuve d'une extrême prudence dans ses conseils et dans ses actes." - Ähnlich MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 55, N 6-9 zu Art. 19 NG BE.

Fn 244 - Vgl. die Übersicht über die Organisation in den verschiedenen Kantonen hinten, Ziff. 3446 ff.

****S. 119****

Amtsnotare. Soll das Berufsbild des Amtsnotars begrifflich gekennzeichnet werden, so ist es in erster Linie dasjenige eines Beamten; als Beamter nimmt der Amtsnotar alle Funktionen wahr, welche ihm das kantonale Recht zuweist. Hierzu kann neben der Beurkundungstätigkeit auch die Erbschaftsverwaltung, die Abwicklung von Konkursen, die Grundbuchführung und anderes gehören.

352 - Die dem Privatrecht unterstehende, meist nach Auftragsrecht honorierte²⁴⁵ nebenberufliche Notariatstätigkeit freiberuflicher Urkundspersonen ist abzugrenzen von den dem öffentlichen Recht unterstehenden **Nebenleistungen im Zusammenhang mit einer öffentlichen Beurkundung**. Diesbezüglich kann auf die Erörterungen in Ziff. 495 ff. und 501 ff. verwiesen werden.

Fn 245 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 53, N 1 zu Art. 19 NG BE; Urteil des KG VS vom 16.3.1977 i.S. Hoirs Valon, RVJ 1979 S. 135-142 betreffend Inkassotätigkeit eines Notars.

****S. 120****

Kapitel 2: Die am Beurkundungsverfahren beteiligten und die weiteren davon berührten Personen

353 - Frau und Mann in normativen Texten terminologisch gleichzustellen, gilt heute als berechtigtes Postulat¹, ist in einer Darstellung des schweizerischen Beurkundungsrechts jedoch mit Problemen verbunden. Die kantonalen Gesetze sprechen vom Notar durchwegs in der maskulinen Form. Im Berufsstand der Notare sind Frauen bis heute schwächer vertreten als in den meisten anderen akademischen Berufen. In der vorliegenden Arbeit wird die Lösung so gesucht, dass die am Beurkundungsverfahren beteiligte Hauptperson immer dann als Urkundsperson bezeichnet wird, wenn nicht auf die besonderen Verhältnisse eines Kantons und auf die abweichende kantonale Terminologie Bezug genommen wird. Als Eigenschaftswort für amtsspezifische Tätigkeiten und Pflichten der Urkundsperson wird der Begriff "notariell" verwendet.

§ 12 Übersicht

354 - Bei allen Beurkundungsverfahren können zwei Gruppen verfahrensbeteiligter Personen unterschieden werden, nämlich

- (a) die privaten Nachfrager der notariellen Dienstleistung und andere, mit diesen in Beziehung stehende Privatpersonen,
- (b) die Träger des Beurkundungsverfahrens mit ihren Hilfspersonen, welche die öffentliche Beurkundung als Dienstleistung erbringen.

Fn 1 - Vgl. die Richtlinien der Erziehungsdirektorenkonferenz der deutsch- und gemischtsprachigen Kantone der Schweiz und des Fürstentums Liechtenstein zur sprachlichen Gleichbehandlung von Frau und Mann vom 17.9.1992 (Bezugsquelle: Sekretariat Sulgeneckstr. 70, 3005 Bern).

****S. 121****

355 - Zum Kreis der Nachfrager gehören alle zu Urkund erklärenden Vertragsparteien, deren Stellvertreter, ferner die Teilnehmer notariell protokollierter Veranstaltungen und, bei der Beurkundung bestehender Tatsachen, jene Personen, in deren Interesse die Beurkundung erfolgt.

356 - Zum Kreise der leistungserbringenden Personen gehört vorweg die Urkundsperson selber, ferner deren unmittelbare Hilfspersonen (Kanzleiangestellte), aber auch weitere, im Einzelfall beizugezogene Beurkundungsgehilfen wie Beurkundungszeugen, Dolmetscher und von der Urkundsperson beizugezogene Sachverständige.

357 - Die auf der Seite der Nachfrager in Betracht fallenden Personen werden mit folgenden Begriffen erfasst: Unter dem Begriff der **Klientschaft** oder der Klienten sind die Träger des Beurkundungsanspruchs verstanden; bei jeder Beurkundung gibt es einen oder mehrere Klienten bzw. sollte es dies richtigerweise geben². Bei der Beurkundung individueller Willenserklärungen, insbesondere bei Vertragsbeurkundungen, werden die Klienten die **Sachbeteiligten** genannt, im Gegensatz zu ihren Stellvertretern. Bei den Sachbeurkundungen wird der Begriff der Sachbeteiligten dagegen nicht verwendet; würde man diesen Begriff etwa auf den Wechselprotest anwenden wollen, so müsste fraglich bleiben, ob nur der Gläubiger oder auch der Wechselschuldner als sachbeteiligt zu gelten hätte; hingegen steht ausser Frage, dass nur der Gläubiger, nicht auch der Schuldner Klient ist. - Die bei der Beurkundung individueller Erklärungen anlässlich des Beurkundungsvorgangs um die Urkundsperson versammelten natürlichen Personen heissen die **Erschienenen** (franz. les comparants); dieser Begriff fasst die anwesenden Sachbeteiligten und Stellvertreter zusammen und ent-

spricht dem luzernischen Begriff der Urkundspartei³ (welcher seinerseits vom vertragsrechtlichen Parteibegriff abweicht⁴).

Fn 2 - Das hier dargestellte Postulat "ohne Klient keine Beurkundung" entspricht sinngemäss demjenigen des bernischen Beurkundsrechts: "Ohne Rogation keine Beurkundung"; vgl. WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (10).

Fn 3 - LU BeurkG § 1 lit. e: "Urkundspartei ist die an der öffentlichen Beurkundung teilnehmende Partei oder der Stellvertreter einer Partei." - Diese Begriffsbeschreibung ist ausschliesslich auf die Beurkundung individueller Erklärungen zugeschnitten und umfasst hier die Sachbeteiligten und deren Stellvertreter; vgl. SIDLER, Komm. LU (1975) S. 53, N 1 zu § 1 BeurkG LU. Der luzernische Begriff der Urkundspartei umfasst die Antragsteller bei Sachbeurkundungen nicht. - Der bernische Begriff der Urkundspartei ist weiter (Art. 1 Abs. 1 ND BE: "Urkundspartei ist, wer in eigenem Namen oder als Vertreter Willenserklärungen beurkunden lässt oder den Notar mit der Feststellung von Vorgängen und Zuständen beauftragt") und umfasst zusätzlich bei den Sachbeurkundungen jene natürlichen und juristischen Personen, welche in der vorliegenden Arbeit als die Klienten bezeichnet werden. - Eine Eigenart des bernischen Begriffs der Urkundspartei liegt darin, dass er nur bei den Sachbeurkundungen, nicht auch bei den Vertragsbeurkundungen die Klientschaft mitumfasst, bzw. dass er bei den Vertragsbeurkundung nur die vor der Urkundsperson

****S. 122****

358 - Bei den Protokollierungen ist der Klient in der Regel der **Veranstalter**; der Begriff des Veranstalters steht, als Unterbegriff des Klientenbegriffs, bei den Protokollierungen also auf der gleichen Ebene wie der Begriff des Sachbeteiligten bei der Beurkundung individueller Erklärungen. Die den Veranstalter im protokollierten Verfahren und gegenüber der Urkundsperson vertretende Person heisst die **Veranstaltungsleiterin**, die übrigen Anwesenden die **Veranstaltungsteilnehmer**. Veranstaltungsleiter und Veranstaltungsteilnehmer stehen bei den Protokollierungen also auf der gleichen Ebene wie die Erschienenen bei den Beurkundungen individueller Willenserklärungen. Der Begriff der "Erschienenen" wird im Zusammenhang mit der Protokollierung von Veranstaltungen nicht verwendet.

359 - Bei den unterschäftsbedürftigen Protokollierungen, namentlich bei der Gründung von Gesellschaften, wo die Gründer ~~das Protokoll~~ den Errichtungsakt kraft gesetzlicher Vorschrift eigenhändig zu unterzeichnen haben, werden die privaten Unterzeichner der Urkunde als Erschienenene bezeichnet. Das gleiche gilt für Beurkundungszeugen und Dolmetscher, welche bei der Beurkundung von individuellen Erklärungen mitwirken; auch sie gehören gemäss der hier verwendeten Terminologie zu den Erschienenen.

360 - Im folgenden sollen die rechtlichen Begriffsmerkmale der Verfahrensbeteiligten dargestellt werden, wobei mit den Trägern der Beurkundungstätigkeit begonnen wird und die Nachfrager als zweite Gruppe dargestellt werden.

anwesenden (die "erschienenen") Personen umfasst, bei den Sachbeurkundungen dagegen die (meist abwesenden) Klienten. Eine weitere Eigenart des Begriffs der Urkundspartei - auch des luzernischen - liegt darin, dass er bei den Vertragsbeurkundungen vom Begriff der Vertragspartei abweicht; dies kann Verwirrung schaffen, weshalb in der vorliegenden Arbeit auf die Verwendung des Begriffs der Urkundspartei verzichtet wird. Der Begriff ist denn auch den meisten kantonalen Beurkundungserlassen fremd und hat sich in der Lehre ausserhalb der Kantone Bern und Luzern nicht eingebürgert.

Fn 4 - Wie verwirrend der Parteibegriff im Zusammenhang mit Stellvertretern sein kann, macht das Urteil des KGA GR vom 27.1.1989, PKG (1989) 37 S. 151-156, deutlich, wo es heisst: "Liest jemand die Beurkundungsformel, worin nur von den Parteien die Rede ist, so wird der Durchschnittsmensch daraus schliessen, die eigentliche Partei und nicht ein Parteivertreter sei bei der Beurkundung anwesend gewesen." (S. 153). - Ein Begriff der Urkundspartei, welcher Parteien und Parteivertreter gemeinsam umfasst, kann demgemäss zu Verwirrung Anlass geben.

§ 13 Die verfahrensbeteiligten Personen: (a) Erbringer der Dienstleistung

1. Die Urkundsperson⁵

361 - Bei jedem Beurkundungsverfahren ist die Mitwirkung einer Urkundsperson erforderlich⁶. Bei einzelnen Beurkundungsfällen kann die Urkundsperson gewisse, nie aber sämtliche Verrichtungen an Hilfspersonen delegieren. Die Aufteilung der Beurkundungsverantwortung auf ein Kollegium von mehreren Urkundspersonen ist, unter Vorbehalt gegenteiliger kantonaler Anordnung, nicht zulässig⁷.

362 - Einzelne Kantone kennen die Mitwirkung von zwei (oder mehr) Urkundspersonen bei Beurkundungsfällen mit erhöhten Falschbeurkundungsrisiko⁸; die weiteren Urkundspersonen machen hier den Beizug von Beurkundungszeugen überflüssig⁹. In solchen Fällen ist nicht die Teilung, sondern eine

Fn 5 - In der vorliegenden Arbeit wird im allgemeinen nur der Begriff der Urkundsperson verwendet, um die Einschränkung der Erörterungen auf die Beurkundungstätigkeit hervorzuheben; mit dem Begriff des Notars verbinden sich in manchen Kantonen auch nebenberufliche Funktionen, die ausserhalb der beurkundungsrechtlichen Betrachtung stehen. Hingegen ist um das Adjektiv "notariell" nicht herumzukommen, wenn eine Sache oder Tätigkeit als der Urkundsperson zugehörig bezeichnet werden soll. - Der Begriff des Notars wird verwendet, wenn spezifisch auf die Berufsangehörigen eines Kantons Bezug genommen wird, in welchem sie von Gesetzes wegen Notare heissen.

Fn 6 - So ausdrücklich HANS MARTI, Das Hauptverfahren im schweizerischen Notariatsprozess, ZBGR 64 (1983) S. 321-330 (324 a.E.).

Fn 7 - Vgl. in diesem Sinne BE NG Art. 8: "Jeder Notar übt seine hauptberufliche Tätigkeit ... im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung aus."

Fn 8 - Der Beizug mehrerer Urkundsperson bei Mehrparteigeschäften mit dem Zwecke, dass jede Partei von Notar ihres Vertrauens eine qualifizierte Belehrung und Interessewahrung erhält, entspricht zwar den Vorstellungen in einzelnen Kantonen (vgl. etwa TI LN Art. 1 Abs. 2: "Le parti possono fare capo anche a due o più notai qualunque sia la natura dell'atto"), steht aber im Widerspruch zum Konzept der einen, unparteilichen Urkundsperson, welche für Wahrheit und Rechtmässigkeit nach allen Seiten die volle Verantwortung trägt. Die Beurkundung eines Geschäftes durch mehrere "Partei-Notare", von denen jeder die Interessewahrungspflicht nur einseitig wahrnimmt, ist mit dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung jedenfalls nicht vereinbar.

Fn 9 - FR NG Art. 55: "Die notarielle Urkunde wird von einem oder mehreren Notaren aufgenommen." - Art. 57 Abs. 2: "Falls ein zweiter Notar mitwirkt, sind vorbehaltlich gegenteiliger bundesrechtlicher Bestimmungen keine Zeugen notwendig." - BS EGZGB § 232 Abs. 1: "Ist eine Person, deren Erklärung beurkundet wird, nach Ansicht der öffentlichen Urkundsperson taub, blind, stumm oder sonstwie unfähig zu sprechen, so sollen ein fernerer Notar oder zwei Zeugen beigezogen werden".

mehrfache, unparteiliche Vollverantwortung der verschiedenen Urkundspersonen¹⁰ anzunehmen.

363 - Bei allen Beurkundungsfällen obliegt der Urkundsperson die Leitung der Beurkundung. Beim Beurkundungsvorgang bei individuellen Erklärungen und anlässlich der Protokollaufnahme bei Protokollierungen¹¹ muss die Urkundsperson persönlich anwesend sein und den Vorgang mit eigenen Sinnen wahrnehmen.

364 - Bei den Protokollierungen obliegt die Leitung der zu protokollierenden Veranstaltung in der Regel einer Drittperson, der Veranstaltungsleiterin; Beurkundungsverantwortung und Veranstaltungsverantwortung liegen hier also bei verschiedenen Personen.

365 - Die entscheidende Qualifikation, welche die Urkundsperson von anderen Personen, namentlich von ihren Hilfspersonen unterscheidet, ist ihre staatliche Ernennung zur Urkundsperson. Mit dieser Ernennung ist der Urkundsperson der für öffentliche Urkunden begriffsnotwendige öffentliche Glaube verliehen. Solange die Ernennung einer Urkundsperson in Rechtskraft ist, sind die unter ihrer Leitung verfahrensrechtlich korrekt ausgefertigten Urkunden öffentliche Urkunden, ungeachtet der konkreten individuellen Qualifikation der Urkundsperson im Zeitpunkt der Beurkundung (berufliches Können, Handlungsfähigkeit etc.).

366 - Erläuterung: Bei jeder öffentlichen Beurkundung muss eine Urkundsperson mitwirken. Bei der Beurkundung individueller Willenserklärungen¹² muss sie beim Beurkundungsvorgang, d.h. anlässlich der Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde durch die Sachbeteiligten oder deren Stellvertreter anwesend sein. Sie muss die Urkunde selber unterzeichnen, entweder allein (bei allen nicht-unterschriftsbedürftigen Protokollen¹³ und bei den Beurkundungen beste-

Fn 10 - Im Ingress und im Beurkundungsvermerk sollen sich die mehreren Urkundsperson in der Wir-Form ausdrücken. Jede mitwirkende Urkundsperson hat die Urkunde in amtlicher Funktion zu unterzeichnen und ihren Notariatsstempel beizufügen. **Eine** der Urkundspersonen hat die Urschrift bzw. Originalurkunde fertigzustellen, d.h. sie zu schnüren, mit ihrem Nass-Siegel zu versehen und in ihrer Urschriftensammlung aufzubewahren. In diesem Sinne bestimmt TI LN Art. 68: "Qualora l'istromento pubblico sia rogato per il ministero di due notai, lo stesso dovrà portare il numero di rubrica di ogni notaio rogante. L'originale sarà depositato nei rogiti di uno qualsiasi dei notai, mentre gli altri ne devono conservare nella loro raccolta dei rogiti una copia autentica."

Fn 11 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 58, N 15 zu Art. 20; BGE 78 IV 109.

Fn 12 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 85 f.

Fn 13 - ND BE Art. 22 Abs. 2 verlangt bei notariellen Versammlungsprotokollen die Mitunterzeichnung durch den Vorsitzenden und den "allfälligen [privaten] Protokollführer". Eine solche Urkundengenehmigung durch die sonst für die (private) Protokollierung zuständigen Gesellschaftsorgane kann zur Qualität der notariellen Arbeit beitragen, erscheint aber von Beurkundsrechts wegen nicht als wesentlich. Bei nachträglicher Protokollierung ist ein solches Requisite auch entschieden unpraktisch: Zuweilen sind Präsident und Sekretär der Gesellschaft anschliessend an die nota-

****§. 125****

hender Tatsachen) oder mit anderen Personen zusammen (bei der Beurkundung individueller Erklärungen und bei unterschriftsbedürftiger Protokollierung).

367 - Bei der Protokollaufnahme muss sie den zu protokollierenden Vorgang selber begleiten, soweit nicht von Gesetzes wegen gewisse Ausnahmen, insbesondere die Delegation von Teilen des Verfahrens an Hilfspersonen, zugelassen sind.

368 - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen kann die Urkundsperson die Sachverhaltsermittlung an ihre Hilfspersonen delegieren. Die Beurkundung erfolgt aber auch in diesem Falle unter der Wahrheitsverantwortung der Urkundsperson. Die Urkunde muss von ihr persönlich unterzeichnet werden und ihr Amtssiegel tragen. - Da die Sachverhaltsermittlung delegiert werden kann, spielt es in diesen Fällen auch keine Rolle, welcher von mehreren Notaren in einer mehrköpfigen Kanzlei die Sachbeurkundung unterschreibt; wird der ursprünglich beigezogene Notar handlungsunfähig, so können Erbgangsbeurkundungen und Inventare auch von seinem Bürokollegen unterzeichnet und gesiegelt werden, ohne dass dieser die Ermittlungsarbeit zu wiederholen brauchte.

369 - In allen Fällen trägt die unterzeichnende Urkundsperson die Verantwortung für die beurkundsrechtlich korrekte Durchführung der Beurkundung. Die Wahrheitsverantwortung für individuelle Willens- und Wissenserklärungen liegt dagegen primär bei den Sachbeteiligten und ihren Stellvertretern, diejenige für rechtmässige Durchführung der notariell protokollierten Veranstaltungen primär bei den als Veranstaltungsleiter fungierenden natürlichen Personen.

riell protokollierte Versammlung mit anderen Dingen beschäftigt (Presseempfang, Betreuung der Aktionäre) oder sie möchten abreisen. Das Beurkundungsrecht darf einer Abreise des Veranstaltungsleiters unverzüglich nach Beendigung der protokollierten Veranstaltung nicht im Wege stehen. Muss die fertiggestellte Urkunde rasch ans Handelsregister gehen, so beginnt eine Odyssee der Urkundsperson, die nun mit dem Taxi den beiden Honoratioren der Gesellschaft noch auf den Bahnhof oder Flugplatz nacheilen und deren Unterschriften einholen muss - immer in der Hoffnung, es würden bei dieser Fahrt keine Kantonsgrenzen überschritten (was allerdings nicht schädlich wäre). Findet anschliessend das Handelsregister ein Haar in der Suppe, während die beiden Honoratioren bereits in London vor versammelter Finanzpresse die Umstrukturierung des Gesellschaftskapitals erläutern, so hat die Urkundsperson in der Schweiz Gewissensnöte, das präsidial und sekretarial mitunterzeichnete Protokoll aus dem Verkehr zu ziehen und durch ein verbessertes Dokument ohne die beiden Privatunterschriften zu ersetzen. - Selbstverständlich darf die Urkundsperson dies tun, wenn Schaden im Verzug liegt.

****S. 126****

2. Die Hilfspersonen der Urkundsperson (Kanzleiangestellte)

370 - Als Hilfspersonen werden in der vorliegenden Darstellung die der Urkundsperson arbeitsvertraglich oder beamtenrechtlich unterstellten, in einem Arbeitsverhältnis (Einzelarbeitsvertrag; Beamtung) stehenden Mitarbeiter verstanden, die nicht selber über ein Notariatspatent oder eine kantonale Ernennung zur Urkundsperson verfügen.

371 - Erläuterung: Die Hilfspersonen können die Urkundsperson in allen Beurkundungsfunktionen vertreten, mit Ausnahme derjenigen, die von der Urkundsperson persönlich wahrzunehmen sind.

372 - Die Hilfspersonen können anstelle oder neben der Urkundsperson nur solche zum Beurkundungsverfahren gehörende Tätigkeiten wahrnehmen, die auch die Urkundsperson selber wahrzunehmen vermöchte. Sie können also als Dolmetscher fungieren. Als Beurkundungszeugen sollen sie nicht beigezogen werden. Denn die Beurkundungszeugen sollen, wegen ihrer Kontrollfunktion gegenüber der Urkundsperson, von der Urkundsperson unabhängig sein¹⁴.

3. Dolmetscher

373 - Als Dolmetscher¹⁵ werden in der vorliegenden Darstellung jene Personen bezeichnet, welche die Verständigung zwischen Urkundsperson und einer zu Urkund oder zu Protokoll erklärenden Person herstellen, wenn die Verständigung anders nicht möglich ist. Es handelt sich einerseits um Übersetzer, andererseits um Personen, welche die Verständigung mit Tauben und Stummen in deren Zeichensprache herstellen¹⁶.

Fn 14 - Zur Bedeutung und Funktion der Beurkundungszeugen vgl. Ziff. 385 ff.

Fn 15 - Das bernische und das luzernische Beurkundungsrecht fassen Beurkundungszeugen, Dolmetscher und Taubstummenübersetzer unter dem Begriff der Nebenpersonen zusammen. Vgl. BE ND Art. 1 Abs. 2; LU BeurkG § 1 lit. f. - Der bernische Begriff der Nebenperson umfasst als weitere Gruppe noch den zur Inventaraufnahme beigezogenen Schätzer; vgl. BE ND Art. 23 Abs. 2. - Mit dem Begriff der Nebenperson wird zum Ausdruck gebracht, dass diese Personen nicht (nur) als privatrechtlich beauftragte Vertragspartner, sondern in einer verfahrensrechtlichen Pflichtenstellung gegenüber dem Staat handeln.

Fn 16 - BE ND Art. 12 Abs. 3 und 4 definiert diese Personen als "Sachverständige".

****S. 127****

374 - Als Dolmetscher kann jede Person handeln, welche bezüglich ihres Könnens¹⁷ und ihrer charakterlichen Integrität nach Beurteilung der Urkundsperson für die Übersetzungstätigkeit im Beurkundungsverfahren als geeignet erscheint¹⁸. Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Dolmetscher und Urkundsperson sind unschädlich, hingegen gelten für die Dolmetscher die gleichen Ausstandsregeln, welche von der Urkundsperson selber zu beachten sind¹⁹.

375 - Der Dolmetscher kann im gleichen Beurkundungsverfahren zugleich Beurkundungszeuge sein²⁰, sofern er über die für die Zeugen erforderlichen Qualifikationen²¹ verfügt.

376 - Erläuterung: Die Dolmetscher sind Gehilfen der Urkundsperson, nicht Gehilfen der Klientenschaft; wenn Dolmetscher von der Klientenschaft beigebracht werden, so ist gleichwohl erforderlich, dass sie während des Beurkundungsverfahrens als Vertrauenspersonen der Urkundsperson handeln; ob die Klientenschaft Vertrauen in das Können und die Integrität der Dolmetscher hat, ist unter dem Gesichtswinkel des Beurkundungsrechts nicht entscheidend.

377 - Versteht die Urkundsperson die fremde Muttersprache eines Erschienenen und kann sie sich in dieser Sprache selber verständlich machen oder können sich Urkundsperson und Erschienene in einer gemeinsam verstandenen, für beide Seiten fremden Sprache miteinander direkt verständigen, so bedarf es der Verständigungshilfe durch einen Dolmetscher nicht, und es soll kein Dolmetscher beigezogen werden. Der Beizug von Dolmetschern ist, wie hienach zu begründen sein wird, ultima ratio; es soll zu diesem Mittel nur gegriffen werden, wenn die direkte Verständigung zwischen Urkundsperson und Erschienenen anders unmöglich ist.

378 - Wird ein Dolmetscher benötigt, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb ein solcher nicht der Urkundsperson im Sinne der Ausstandsregeln nahestehen dürfte, weshalb er nicht Kanzleiangestellter oder naher Blutsverwandter der Urkundsperson sein dürfte - wo die Urkundsperson doch **selber** zum "Dolmetschen", d.h. zur unmittelbaren

Fn 17 - LU BeurkG § 24 Abs. 1 verlangt von den Dolmetschern Wahrnehmungsfähigkeit, nicht jedoch Schreibfähigkeit; richtigerweise sollte der Dolmetscher jedoch fähig sein, das Dolmetscherprotokoll oder die Dolmetscherklärung zu unterzeichnen.

Fn 18 - BE ND Art. 1 Abs. 2 und LU BeurkG § 24 Abs. 1 verlangen für Dolmetscher Handlungsfähigkeit; die Anforderung ist sachlich schwer zu begründen. Auch eine minderjährige Person kann im Falle der Sprachbeherrschung gültige Übersetzungsarbeit im Beurkundungsverfahren leisten.

Fn 19 - So BE ND Art. 1 Abs. 2 und MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 78. N 32 zu Art. 27 NG BE; in gleichem Sinne LU BeurkG § 24 Abs. 2, wonach Dolmetscher "zu den Parteien und ihren Stellvertretern" nicht nahestehen dürfen.

Fn 20 - So ausdrücklich LU BeurkG § 24 Abs. 3 und GL EGZGB Art. 22 Abs. 4: "Der Übersetzer kann Zeuge sein"; GE LN Art. 16: "Les témoins peuvent fonctionner comme interprètes".

Fn 21 - Vgl. diesbezüglich Ziff. 385 ff.

****S. 128****

eigenen Kommunikation in der fremden Sprache befugt ist. Dolmetscher helfen der Urkundsperson; sie kontrollieren sie nicht. Wo immer im kantonalen Recht für Dolmetscher die gleichen Ausstandsregeln postuliert werden wie für die Beurkundungszeugen, handelt es sich um Vorschriften, die im Lichte von Art. 4 BV als sinn- und zwecklos zu qualifizieren sind; ihre Missachtung kann für die Entstehung der öffentlichen Urkunde nicht schädlich sein²².

379 - Der Beizug von Dolmetschern ist ultima ratio; er soll nur erfolgen, wenn die Urkundsperson sich nicht selber mit den Verfahrensbeteiligten zu verständigen vermag oder wenn eine fremdsprachige Person es verlangt. Bereits oben wurde auf die **Ungereimtheit** hingewiesen, welche darin besteht, dass das Beurkundungsrecht die notarielle Bezeugung eines Sachverhaltes (der Erklärungsabgabe eines Erschienenen) mit öffentlichem Glauben zulässt, auch wenn die bezeugende Urkundsperson die betreffende Erklärung nicht selber, sondern durch Vermittlung eines Stellvertreters, d.h. einer Drittperson erfahren hat, die ihrerseits nicht Trägerin des öffentlichen Glaubens ist. Es rechtfertigt sich an dieser Stelle, die Problematik vertieft zu erörtern.

380 - Aufgrund von Art. 4 BV muss die öffentliche Beurkundung in der Schweiz allen handlungsfähigen, in der Schweiz ansässigen Personen zugänglich sein, auch den hier anwesenden Fremdsprachigen und den Kommunikationsbehinderten (Tauben, Stummen, Taubstummen, Analphabeten

und Schreibunfähigen), ungeachtet der Art ihrer Behinderung. Für die Fremdsprachigen hat der Bundesgesetzgeber diesen Grundsatz in Art. 55 Abs. 2 SchlT ZGB ausdrücklich festgehalten.

381 - Die Verwirklichung dieses Grundsatzes führt bei gewissen Fremdsprachigen und bei kommunikationsbehinderten Sachbeteiligten unvermeidlich zu einem Kompromiss, der bei der Beurkundung individueller Willenserklärungen²³ unbehinderter Personen nicht in Kauf genommen werden könnte und hier als Verfahrensmangel qualifiziert werden müsste.

382 - Der Kompromiss besteht darin, dass die Urkundsperson selber die Willensäusserungen der zu Urkund erklärenden Person nicht versteht und auch in den Dialog dieser Person mit dem Dolmetscher nicht hineinhören, sich diesbezüglich also keine Vorstellungen aus eigener Wahrnehmung bilden kann. Das bei der Beurkundung individueller Erklärungen abzugebende Zeugnis der Urkundsperson geht aber unter anderem dahin, dass die Erschienenen den Urkundentext übersetzt erhalten und genehmigt hätten. Während bei nichtbehinderten Sach-

Fn 22 - Beispiel einer solcherart sinn- und zwecklosen Norm ist BS EGZGB, § 238 Abs. 3: "Auf den Dolmetscher finden die nach den §§ 233, Abs. 1, 234 und 235 des Einführungsgesetzes für die Urkundsperson und die Zeugen geltenden Vorschriften Anwendung."

Fn 23 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 85 f.

****§. 129****

beteiligten der Verfahrensgrundsatz gilt, dass die Urkundsperson persönlich, d.h. nicht durch Hilfspersonen, anlässlich des Beurkundungsvorgangs die Bewusstmachung des Urkundeninhaltes (d.h. die Lesung) und die Genehmigungserklärungen der Sachbeteiligten wahrnimmt und überwacht, muss bei fehlender sprachlicher Kommunikationsmöglichkeit auf die Einhaltung dieses Grundsatzes verzichtet werden.

383 - Um dem Ziel eines mit Gewissheit wahren Urkundeninhaltes möglichst nahe zu kommen, sind beim Beizug von Dolmetschern gewisse Regeln zu beachten, welche hinten, Ziff. 1982 ff., näher dargestellt werden. Dolmetscher sollen, soweit dies erforderlich ist, auf ihre verfahrensrechtliche Wahrheitspflicht hingewiesen werden, und sie sollen, zwecks Verdeutlichung ihrer Pflichtenstellung, zur Unterzeichnung einer Dolmetschererklärung oder eines Dolmetscherprotokolls²⁴ angehalten werden.

4. Beurkundungszeugen (Inkraftsetzungszeugen)

384 - *Als Beurkundungszeugen²⁵ werden in der vorliegenden Darstellung jene Personen bezeichnet, welche aufgrund eigener Wahrnehmung die Inkraftsetzung des beurkundeten Geschäftes bezeugen. In ihrem Beurkundungszeugnis bringen sie zum Ausdruck, dass die zu Urkund erklärenden Personen in Anwesenheit der Urkundsperson und der Zeugen entweder unterschriftlich oder durch andere, äusserlich wahrnehmbare Akte den Urkundeninhalt bzw. das zu beurkundende Geschäft als ihren rechtserheblichen Willen erklärt haben.*

385 - *Als Beurkundungszeuge kann jede handlungsfähige, lese- und schreibfähige, nicht-nahestehende²⁶ Person handeln, welche kraft ihrer Sprach- und Schreibfähigkeit den von ihr zu bezeugenden Teil des Beurkundungsverfahrens voll zu erfassen und ihr Zeugnis schriftlich abzugeben fähig ist.*

Fn 24 - Vgl. hierzu hinten, Ziff. 2250 ff.

Fn 25 - Das bernische und das luzernische Beurkundsrecht fassen Beurkundungszeugen, Dolmetscher und Taubstummübersetzer unter dem Begriff der Nebenpersonen zusammen. Vgl. Anmerkung zu Ziff. 373.

Fn 26 - Zum Erfordernis des Nicht-Nahestehens vgl. den folgenden Abschnitt; die Erfordernisse der Handlungsfähigkeit sowie der Lese- und Schreibfähigkeit ergeben sich aus Art. 503 Abs. 1 ZGB; es handelt sich um Best-

immungen von allgemeiner beurkundungsrechtlicher Geltung. Das im ZGB noch immer aufgeführte Erfordernis der bürgerlichen Ehrenfähigkeit ist seit der Abschaffung der Nebenstrafe der Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit (Änderung des Strafgesetzbuches) von 1971 obsolet geworden.

****§. 130****

386 - Das Nicht-Nahestehen der Beurkundungszeugen muss vorhanden sein in deren Verhältnis zur Urkundsperson²⁷, zu den zu Urkund erklärenden Personen²⁸ und zu den erklärungsbegünstigten Personen; all diesen Personen darf ein Beurkundungszeuge nicht - im Sinne der Ausstandsregeln - nahestehen.

387 - Erläuterung: Beurkundungszeugen gibt es nur bei der Beurkundung individueller Erklärungen, nicht bei den Sachbeurkundungen.

388 - Beurkundungszeugen werden vom ZGB einerseits für die über den Tod hinauswirkenden, letztwilligen Rechtsgeschäfte verlangt, andererseits vom kantonalen Recht bei der Beurkundung individueller Willenserklärungen²⁹ gewisser kommunikationsbehinderter Sachbeteiligter.

389 - Bezüglich der **Funktion** der Beurkundungszeugen bestehen im schweizerischen Recht zwei gegensätzliche Auffassungen. Nach der einen, im Kanton Bern herrschenden Auffassung sind die Beurkundungszeugen Hilfs- bzw. Begleitpersonen der Urkundsperson³⁰; sie verleihen durch ihre Präsenz dem Beurkundungsverfahren höhere Feierlichkeit. Bei diesem Verständnis der Zeugenfunktion gibt es zwischen Beurkundungszeugen und Urkundsperson kein ausstands begründendes Nahestehen³¹. Es ist zulässig und sogar üblich, dass die eigenen Kanzleiangestellten der Urkundsperson als Zeugen fungieren.

390 - In dieser bernischen Auffassung sind die Zeugen blosse Statisten. Ihre Mitwirkung im Beurkundungsverfahren hat letztlich keinen Sinn. MARTI erkennt dies zutreffend, wenn er schreibt: "Die Mitwirkung von Zeugen ist ein alter Zopf. Historisch ist dieses Erfordernis ein Zeichen dafür, dass die Notariatsurkunde die alte Siegelurkunde noch nicht völlig verdrängt hat. Sachlich ist diese Mitwirkung eine leere Formalität, weil der Zeuge nichts zur Qualität der Beurkundung beiträgt. Er ist nicht in der Lage, den richtigen Gang des Verfahrens zu überwa-

Fn 27 - Vgl. ZH NV § 133 Abs. 1: "Es ist möglichst zu vermeiden, als Zeugen bei der öffentlichen Beurkundung gemäss Art. 501-503 ZGB Personal des Notariates beizuziehen"; BS EGZGB § 235 Abs. 1 Ziff. 3 empfiehlt - als Soll-Vorschrift - als Zeugen keine Angestellten oder Gesellschafter der Urkundsperson beizuziehen.

Fn 28 - Vgl. LU BeurkG § 24 Abs. 2: Nebenpersonen, zu welchen neben den Sachverständigen und Dolmetschern auch die Zeugen gehören, dürfen "zu den Parteien und ihren Stellvertretern" nicht nahestehen.

Fn 29 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 85 f.

Fn 30 - In diesem Sinne schreibt MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 68: "Instrumentszeugen urkunden; [...] sie treten hier neben dem Notar als zusätzliche Urkundspersonen auf."

Fn 31 - Im Einklang mit dieser Auffassung bezeichnet DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 252, N 749, das Verhältnis zwischen Urkundsperson und Zeugen im bernischen Beurkundungsrecht ausstandsrechtlich als nicht relevant, da Urkundsperson und Zeugen eine "gleichgerichtete Tätigkeit" ausüben.

****§. 131****

chen. [...] Sachlich ist es nicht begründet, die leere Formalität der Zeugen-Mitwirkung als Gültigkeitserfordernis zu qualifizieren"³².

391 - Die andere Auffassung, welche in den meisten übrigen Kantonen und im ZGB vorherrscht, erkennt den Zeugen eine **Kontrollfunktion** zu. Diese Deutung wird daraus ersichtlich, dass das ZGB und eine Reihe kantonalen Beurkundungserlasse die Zeugen nicht in jenen Fällen verlangen, in denen besondere Feierlichkeit ritualisiert werden soll, sondern in denen besondere Falschbeurkun-

dungsrisiken bzw. besondere Risiken späterer Urkundenanfechtung bestehen, nämlich bei den letztwilligen Geschäften und bei den Beurkundungen mit kommunikationsbehinderten (blinden, tauben, unterzeichnungsunfähigen) Personen. All diesen Beurkundungsfällen ist gemeinsam, dass hier eine deliktsbereite Urkundsperson mit besonderer Leichtigkeit Falschurkunden produzieren und den betreffenden Personen Erklärungen unterschieben könnte, die sie tatsächlich gar nie abgegeben haben: Letztwillige Geschäfte kommen typischerweise zum Tragen, wenn die erklärende (oder angeblich erklärende) Person verstorben ist und nicht mehr einvernommen werden kann; Geschäfte kommunikationsbehinderter Personen leiden aufgrund der jeweiligen Behinderung notwendigerweise daran, dass die erklärende Person den Urkundentext entweder nicht selber kontrollieren oder ihn nicht mit ihrer Unterschrift abdecken kann, dass also die rechtliche Erklärungs-Autorschaft von der erklärenden (oder angeblich erklärenden) Person nicht aufgrund eigener Wahrnehmung bezeugt wird - und dass eine solche Person bei ihrer allfälligen späteren Bestreitung, den Urkundeninhalt tatsächlich gekannt und gewollt zu haben, entsprechende Beweisschwierigkeiten hat. Behauptet ein Blinder nach Jahr und Tag, die Urkunde enthalte nicht den Text, welcher besprochen und vorgelesen worden sei, und behauptet die Urkundsperson das Gegenteil, so wird beim Fehlen weiterer Indizien mit grosser Wahrscheinlichkeit die Sachverhaltsdarstellung der Urkundsperson als die beweiskräftigere gelten. Dies schafft besondere Deliktsrisiken für charakterschwache Urkundspersonen - und es begründet das Erfordernis von Beurkundungszeugen, wo kantonale Erlasse ein solches Erfordernis kennen.

392 - Die hier beschriebene Deutung der Zeugenfunktion als Kontrollfunktion verdient gegenüber der bernischen Auffassung den Vorzug. Auch wenn das Zeugenerfordernis historische Wurzeln hat, kommt ihm im modernen Beurkundungswesen hinlänglicher praktischer Sinn zu, dass man es nicht ausschliesslich als historisches Relikt und als alten Zopf abqualifizieren sollte. Das Beurkundungsrecht darf sich nicht an Idealvorstellungen von charakterlicher Integrität und Unfehl-

Fn 32 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 70/71, Ziff. 6. - Vgl. in gleichem Sinne auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 128, N 4 zu Art. 1 ND BE.

****§. 132****

barkeit der Notare orientieren. Auch Urkundspersonen haben ihre Schwächen; auch vereinzelte Urkundspersonen kommen in Versuchung, wenn ihnen das Delinquieren allzu leicht gemacht wird. Die der Urkundsperson von Art. 502 Abs. 1 ZGB gegebene Möglichkeit, (angebliche) Erklärungen eines Testators ohne dessen Unterschrift als dessen letzten Willen urkundlich zu bezeugen und als dessen Nachlassregelung nach seinem Tod zum Tragen zu bringen, enthielte ein beachtliches Risikopotential bezüglich notarieller Delinquenz, wenn bei einer derartigen Beurkundung nicht noch zwei Zeugen mitzuwirken hätten. Die deliktische Unterschiebung nicht gewollter Erklärungen von Blinden und Analphabeten wäre vom Risikopotential her wohl weniger dramatisch, aber doch nicht derart fernliegend, dass dem Zeugenerfordernis in diesen Fällen jeder Sinn abgesprochen werden kann.

393 - Mit der Deutung der Zeugenfunktion als Kontrollfunktion steht im Einklang, dass auch für die Zeugen **Ausstandsregeln** gelten. Zeugen können typischerweise ihre Kontrollfunktion nur dann unbefangen und mit voller Glaubwürdigkeit ausüben, wenn sie weder der Urkundsperson³³ noch den erklärenden Personen³⁴ nahestehen. Auch dürfen sie selber von dem beurkundeten Geschäft keinen Vorteil haben und den erklärungsbegünstigten Personen nicht nahestehen³⁵.

394 - Beurkundungszeugen können in der gleichen Beurkundung als Dolmetscher oder Taubstummenübersetzer mitwirken³⁶.

5. "Sachverständige für ausländisches Recht" als neuer Begriff?

395 - Das deutsche Recht kennt den "Sachverständigen für ausländisches Recht". Sein Sachverstand ist von Bedeutung, wenn der deutsche Notar

Fn 33 - Das Unabhängigkeitserfordernis im Verhältnis zwischen Zeugen und Urkundsperson ist in Art. 503 ZGB nicht ausdrücklich kodifiziert, muss aber als allgemeiner Grundsatz gelten. Manche kantonalen Beurkundungserlasse erwähnten dieses Erfordernis, so ZH NV § 133 Abs. 1 für die letztwilligen Geschäfte, BS EGZGB § 233 Abs. 2 für die Verfahren mit Tauben, Blinden und Stummen und § 235 Abs. 1 für die letztwilligen Geschäfte (mit schwer verständlichen Unterscheidungen für die beiden Fallgruppen bezüglich der notwendigen Distanz zwischen Zeugen und Urkundsperson und bezüglich der Rechtsfolgen bei Regelwidrigkeiten; hinzu kommt, dass die Anforderungen an die Zeugenqualität und die Umschreibung der Rechtsfolgen des Beizugs unqualifizierter Zeugen bei letztwilligen Geschäften abschliessend vom ZGB geregelt werden und dass § 235 Abs. 2 EGZGB BS demgemäss als gegenstandslose Norm betrachtet werden muss).

Fn 34 - Art. 503 Abs. 1 ZGB.

Fn 35 - Art. 503 Abs. 2 ZGB.

Fn 36 - Vgl. Ziff. 375.

****S. 133****

seiner Klientschaft die notarielle Belehrung über ausländisches Recht zu erteilen hat. Solche Rechtsexperten treten, wenn sie einem deutschen Notar Rechtsauskünfte erteilen, nicht in eine beurkundungsrechtliche Verfahrens- oder Pflichtenstellung. Seit dem Inkrafttreten des IPRG³⁷ ist eine analoge Institution auch für das schweizerische Beurkundungswesen zu erwägen. Mit der Anerkennung solcher Sachverständiger eröffnet sich für die Urkundsperson die Möglichkeit, ihre Belehrungspflicht bezüglich ausländischen Rechts durch Beizug einer Sachverständigen-Äusserung zu erfüllen.

6. Weitere Sachverständige

396 - Das bernische Notariatsrecht³⁸ versteht unter Sachverständigen in erster Linie den Taubstummen-Übersetzer. Er wird in der vorliegenden Darstellung mit dem Begriff des Dolmetschers erfasst. Daneben erwähnt MARTI den sachverständigen Schätzer (der bei Inventuren zum Zuge kommt) und den sachverständigen Zeugen, nämlich den Arzt, welcher die Urteilsfähigkeit einer sachbeteiligten Person als Beurkundungszeuge bestätigt.

397 - Es fragt sich, welche dieser Personen aufgrund allgemeiner beurkundungsrechtlicher Grundsätze unter bestimmten Voraussetzungen als Verfahrensbeteiligte zu qualifizieren sind und in dieser Eigenschaft beurkundungsrechtlichen Pflichten unterstehen. Eine solche Pflichtenstellung ist unabhängig vom Vorhandensein ausdrücklicher kantonalen Vorschriften für die Beurkundungszeugen und für die Dolmetscher anzunehmen.

398 - Schätzer und Ärzte, welche in anderer als in der Zeugenfunktion die Urteilsfähigkeit einer Person beurteilen, können, wegen des Fehlens solcher Institutionen in den meisten Kantonen, nur dann als Verfahrensbeteiligte betrachtet werden, wenn das kantonale Recht für ihren öffentlich-rechtlichen Einbezug ins Beurkundungsverfahren eine ausdrückliche Grundlage enthält.

399 - Für den Schätzer, den Arzt und den Experten für ausländisches Recht brauchen keine Ausstandsregeln postuliert zu werden. Die Auskünfte dieser Personen können ihrer Natur nach nicht am öffentlichen Glauben teilhaben, sondern sind private Meinungsäusserungen, auch wenn sie in die Urkunde einfließen.

Fn 37 - Vgl. Art. 11 Abs. 3 IPRG.

Fn 38 - BE ND Art. 12 Abs. 3 und 4; MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 72, § 11.

****S. 134****

§ 14 Die verfahrensbeteiligten Personen: (b) Nachfrager der Dienstleistung

1. Vorbemerkung

400 - Die Darstellung des Beurkundungsrechtes würde vereinfacht, wenn ein für alle Beurkundungsverfahren einheitlicher Begriff der verfahrensbeteiligten Person gefunden werden könnte, der gleichlautende normative Aussagen bezüglich des notariellen Ausstands (Verbot des notariellen Nahestehens zu Verfahrensbeteiligten) und der Wahrheitspflicht (beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht für alle Verfahrensbeteiligten) erlauben könnte. Auf der Suche nach einem solchen Begriff müssten die Verfahrensbeteiligten abgegrenzt werden von anderen Personen, welche als blosse Auskunftspersonen, Informanten, Begünstigte etc. vom Beurkundungsverfahren zwar ihrgendwie berührt, aber verfahrensrechtlich nicht in dessen Ablauf einbezogen sind.

401 - Die Vielfalt der verfahrensrechtlichen Konstellationen bei den verschiedenen Beurkundungstypen schliesst einen einheitlichen Begriff der Verfahrensbeteiligung jedoch aus. Ausstandsregeln und Wahrheitspflichten können nicht an einen solchen einheitlichen Begriff anknüpfen, sondern müssen fallgruppenweise konkretisiert werden. Es ist unfruchtbare Mühe, der Frage nachzugehen, ob der Unterzeichner einer zu beglaubigenden Unterschrift, der Erbe im Falle der Erbgangsbeurkundung, der Votant an einer notariell protokollierten Aktionärsversammlung etc. Verfahrensbeteiligte sind. Wenn im folgenden von den am Beurkundungsverfahren beteiligten Personen die Rede ist, so geschieht dies in einem untechnischen Sinne, d.h. ohne Bezugnahme auf einen allgemeinen Rechtsbegriff der Verfahrensbeteiligung.

2. Die Klienten

a) Begriff

402 - *Der Begriff des Klienten und der Klientin wird in der vorliegenden Darstellung als technischer Begriff im hienach definierten Sinn verwendet.*

403 - *Klienten sind jene Personen, in deren schutzwürdigem Interesse die Beurkundung vorgenommen wird.*

****S. 135****

404 - Erläuterung: Will man der Beurkundungspflicht der Urkundsperson als Korrelat einen Beurkundungsanspruch des Bürgers gegenüberstellen, so heissen jene Personen Klienten, welche im konkreten Fall als die Träger dieses Beurkundungsanspruchs sind. Der Begriff des Klienten grenzt die Träger des Beurkundungsan-

Fn 39 - Zur Interpretation der Beurkundung von Bürgschafts- und Verpfändungserklärungen als ein- bzw. zweiseitige Geschäfte vgl. Ziff. 1864 ff.

Fn 40 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

****S. 136****

spruchs ab gegenüber Personen, die als Stellvertreter oder Organe in fremdem Namen auftreten oder welche als Übermittler eines Beurkundungsbegehrens fungieren, ferner gegenüber Personen, die - ohne selber an der Beurkundung beteiligt zu sein - an deren Ergebnis ein faktisches Interesse haben (eingesetzte Erben und Vermächtnisnehmer aus letztwilligen Verfügungen; Grundpfand- und Bürgschaftsgläubiger, die am Verfahren nicht teilnehmen³⁹).

b) Arten von Klienten

405 - *Als Klienten im erwähnten Sinne fallen vier Kategorien von Personen in Betracht, nämlich*

406 - *a) bei den individuellen Erklärungen und den unterschrittsbedürftigen Protokollierungen⁴⁰: jede Person, in deren Namen Erklärungen zu Urkund und zu Protokoll abgegeben werden; bei Verträgen also jede Vertragspartei, bei Gesellschaftsgründungen jeder Gründer;*

407 - *b) bei der Protokollierung einer Veranstaltung: der Veranstalter; bei Statutenänderungen einer Aktiengesellschaft also die Gesellschaft;*

408 - *c) bei Sachbeurkundungen mit Persönlichkeitsnähe: jene Person, deren Belange durch die Urkunde mit öffentlichem Glauben bezeugt werden;*

409 - *d) bei Sachbeurkundungen ohne Persönlichkeitsnähe (d.h. namentlich bei den Herstellungs- und Kontrollvermerken): jene Person, welche an der Bezeugung der betreffenden Sache mit öffentlichem Glauben ein schutzwürdiges Interesse hat.*

410 - **Erläuterung:** Bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen liegt der Beurkundungsanspruch ausschliesslich beim Testator, nicht bei den potentiellen Erben und Vermächtnisnehmern; nur der Testator heisst in diesem Falle Klient; nur er ist von der Urkundsperson als Klient zu behandeln.

411 - Bei den notariell protokollierten Beschlüssen von Verbandspersonen sind diese (als Veranstalter) die Träger des Beurkundungsanspruchs und damit die Klientinnen, nicht ihre Organe, Mitglieder oder Gläubiger.

412 - Beim Wechselprotest ist die aus dem Wechsel zur Zeit der Protesterhebung als Gläubigerin berechnigte Person die Trägerin des Beurkundungsanspruchs (nicht der Wechselschuldner und nicht ein Indossant, der den Wechsel weitergegeben hat), bei notariell protokollierten Versteigerungen der Veräusserer (nicht der Ausrufer und nicht die Ersteigerer).

413 - Unterschriften sind Äusserungen der Persönlichkeit des Unterzeichners. Für die Unterschriftsbeglaubigung natürlicher Personen liegt der Beurkundungsanspruch demgemäss ausschliesslich beim Unterzeichner (nicht bei einer allfälligen Drittperson, die das unterzeichnete Papier in Händen haben mag)⁴¹; der Unterzeichner ist der Klient.

414 - Ist die zu beglaubigende Unterschrift eine Firmenunterschrift, so liegt der Beurkundungsanspruch bei der Firma; sie ist die Klientin. Dies führt dazu, dass jedes Exekutivorgan der Firma die Unterschriftsbeglaubigung einholen kann, nicht nur die unterzeichnende natürliche Person selber⁴².

415 - Da die aktienrechtlichen Sachbeurkundungen gemäss Art. 653g Abs. 2, 653i Abs. 2 und 734 OR den Persönlichkeitsbereich der jeweiligen Aktiengesellschaft betreffen, liegt der Beurkundungsanspruch hier allein bei der Gesellschaft; sie ist die Klientin.

416 - Bei der Negativbeurkundung der Nicht-Ausländereigenschaft gemäss Bewilligungsgesetz liegt der Beurkundungsanspruch beim nicht-ausländischen Grundstückserwerber (nicht beim Veräusserer), bei der Negativbeurkundung der Nicht-Familienwohnung gemäss Art. 169 ZGB beim veräussernden Ehegatten (nicht beim Grundstückserwerber).

Fn 41 - Unrichtig erscheint demgemäss, die Unterschrift des Vermieters unter einem zur grundbuchlichen Vormerkung vorgesehenen, die Eintragungsbewilligung an das Grundbuch enthaltenden Mietvertrag ohne Wissen oder sogar gegen den Willen des Vermieters zu beglaubigen. - Wenn der Grundbuchverwalter auf eine notarielle Unterschriftsbeglaubigung in einem solchen Falle verzichten und die Echtheit der Vermieterunterschrift durch Vergleich mit anderen, beim Amt deponierten Unterschriften kontrollieren darf, so liegt hierin keine Rechtfertigung für die Urkundsperson, durch ihre Beglaubigungstätigkeit einen Beleg zu schaffen für einen Umstand, dessen notarielle Belegung vom relevanten Interessenträger nicht gewünscht wird. Wenn der Grundbuchverwalter selbständig die Echtheit einer Unterschrift kontrolliert, so handelt es sich um amtliche Aktenkontrolle; die Zustimmung des Aktenherstellers ist hiezu nicht erforderlich. Wenn dagegen die Urkundsperson die Echtheit einer

Unterschrift bezeugt, so schafft sie einen Beleg, für dessen Schaffung das Einverständnis des Unterzeichners unabdingbar ist.

Fn 42 - Ähnlich MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 87/88.

****S. 137****

c) Die Klienten als Träger des Beurkundungsanspruchs

417 - Die Urkundsperson darf beurkundend nur tätig werden, wenn für das konkrete Geschäft ein Träger des Beurkundungsanspruchs ersichtlich ist, und wenn die Urkundsperson aufgrund der gesamten Umstände Anlass zur Annahme hat, dieser Klient habe den Willen, die Beurkundung durch die betreffende Urkundsperson vornehmen zu lassen. Eine Ausnahme ist zulässig im Falle offengelegter Geschäftsführung ohne Auftrag.

418 - Die Urkundsperson soll die Vorbereitung einer Beurkundung ablehnen, wenn der Anstoss hiezu lediglich von einem potentiellen Drittbegünstigten (z.B. von einem Erben) ausgeht und wenn aufgrund der Umstände zweifelhaft ist, ob die Klientschaft tatsächlich beurkundungswillig ist.

419 - Der Beurkundungsanspruch enthält bezüglich einer konkreten Beurkundung auch den Anspruch, deren Abbruch zu verlangen⁴³. Sind bei einer Beurkundung mehrere anspruchsberechtigte Personen vorhanden, so kann jede dieser Personen den Abbruch der Beurkundung bezüglich ihrer eigenen Belange veranlassen. Anlässlich der Beurkundung eines Mehrparteienvertrags kann also jede Vertragspartei, solange sie noch nicht unterzeichnet hat, ihre eigene individuelle Erklärungsabgabe verweigern und damit ihren Einbezug in die Beurkundung verhindern; in der Regel - aber nicht notwendigerweise - fällt damit die Beurkundung insgesamt dahin.

420 - Erläuterung: - Mit dem Begriff des Beurkundungsanspruchs wird jene Verfahrensstellung umschrieben, die MARTI die Legitimation zur Rogation nennt⁴⁴. Der Begriff ist erforderlich, um die Klienten, denen der Beurkundungsanspruch zusteht und auf deren Beurkundungsbegehren die Urkundsperson tätig werden muss oder kann, abzugrenzen gegenüber potentiellen Drittbegünstigten, ferner gegenüber beliebigen Drittpersonen, auf deren Beurkundungsbegehren die Urkundsperson nicht eintreten soll⁴⁵.

421 - Der Beurkundungsanspruch ist bei den individuellen Erklärungen und bei den Sachbeurkundungen mit Persönlichkeitsnähe Ausfluss des Persönlichkeitsrechts der anspruchsberechtigten Person. Nur jene Person, deren persönliche Belange durch die Urkunde mit öffentlichem Glauben bezeugt werden, kann in diesen Fällen als Klientin anerkannt

Fn 43 - Vgl. WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (10): Das Beurkundungsbegehren kann jederzeit zurückgezogen werden.

Fn 44 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 86-88, § 16; in der vorliegenden Arbeit wird statt des Begriffs der Rogation derjenige des Beurkundungsbegehrens verwendet.

Fn 45 - Vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 86, § 16: Das Beurkundungsverfahren kann nicht auf Populargesuch hin eingeleitet werden. Nicht jedermann ist zur Veranlassung des Verfahrens berechtigt, sondern nur wer ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Beurkundung hat. - Das rechtlich schutzwürdige Interesse begründet den Beurkundungsanspruch.

****S. 138****

werden. Dritte dürfen sich nicht in den Eigenbereich der betreffenden Person dadurch einmischen, dass sie eine Beurkundung von deren persönlichen Belangen veranlassen⁴⁶.

422 - Dies erweist sich mit besonderer Deutlichkeit bei den individuellen Erklärungen und den unterschriftsbedürftigen Protokollierungen⁴⁷. Ob jemand eine solche Erklärung abgeben will, ist seine

Sache. Die Erklärung eigenen Wissens und Wollens ist stets eine höchstpersönliche Angelegenheit; die Bezeugung solcher Erklärungsabgabe mit öffentlichem Glauben steht im Verfügungsbereich der erklärenden Person, nicht allfälliger Drittbegünstigter.

423 - Mit dem Begriff des Beurkundungsanspruchs soll der primär verfahrensrechtlich verstandene Begriff der Rogations-Legitimation bzw. Begehrens-Legitimation erweitert werden. Das Begehren zur Vornahme einer Beurkundung wird der Urkundsperson oft informell zugetragen durch Personen, die in einer gewissermassen zufälligen Beziehung zum Beurkundungsgegenstand stehen: Organe, Hilfspersonen, Stellvertreter, Vermittler, Treuhänder oder Angehörige jener Person, in deren schutzwürdigem Interesse die Beurkundung vorzunehmen ist. Während es oft ohne Bedeutung ist und keiner Kontrollhandlungen bedarf, in welche Form das Begehren gekleidet ist und ob die im Einzelfall das Begehren überbringende natürliche Person zur Stellung des Beurkundungsbegehrens in einem verfahrensrechtlichen Sinne kompetent oder gültig bevollmächtigt ist, hat sich die Urkundsperson andererseits die Frage zu stellen, wer ihr als Klientschaft gegenübersteht und ob die gesamten Umstände auf deren gegenwärtigen Beurkundungswillen schliessen lassen. Auf das Vorhandensein dieses Willens, nicht auf das Beurkundungsbegehren als einmaligen, historisch abgeschlossenen Vorgang, kommt es an. Muss dieser Wille aber während des ganzen Beurkundungsverfahrens vorhanden sein, so muss es auch die Legitimation des Willenträgers. Diese während zeitlicher Dauer erforderliche Legitimation wird richtigerweise nicht als eine solche zum (historisch einmaligen) Beurkundungsbegehren beschrieben, sondern mit dem Begriff der Trägerschaft des Beurkundungsanspruchs bzw. kürzer mit demjenigen der Klientschaft gekennzeichnet.

424 - Die verfahrensrechtliche Bedeutung des Beurkundungsbegehrens ist eine geringere als diejenige des Gesuchs oder Antrags in anderen Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und als diejenige der Klageeinreichung im streitigen Prozess. Zwar steht ausser Frage, dass die

Fn 46 - In diesem Sinne MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 88, § 16.2: Die geschützte Privatsphäre darf auch nicht durch eine öffentliche Beurkundung durchbrochen werden.

Fn 47 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

****§. 139****

Urkundsperson nicht von Amtes wegen tätig werden darf⁴⁸. Aber das notarielle Handeln hat, im Gegensatz etwa zur Amtstätigkeit des Grundbuch- oder Handelsregisterführers oder zu derjenigen des Richters, nicht unmittelbare und irreversible Dispositionswirkung. Dem Beurkundungsvorgang pflegt ein Vorbereitungsstadium voranzugehen, in welchem weder über Rechte verfügt wird noch Pflichten oder Litispendenz⁴⁹ begründet werden. Für die notarielle Handlungsbefugnis genügt es, dass die Aufnahme der Vorbereitungshandlungen auf einen äusseren Anstoss⁵⁰ hin geschieht, welcher den Anschein der Rechtmässigkeit hat. Ob die Klientschaft wirklich beurkunden lassen will, zeigt sich im weiteren Verlauf und sollte spätestens anlässlich des Beurkundungsvorgangs feststehen, braucht aber auch dann noch nicht eindeutig zu sein⁵¹; denn sogar die Mitwirkung am Beurkundungsvorgang in fremdem Namen durch einen vollmachtlosen Geschäftsführer ohne Auftrag ist möglich⁵².

425 - Hat die Urkundsperson irrtümlich das Vorhandensein des Beurkundungswillens eines abwesenden Dritten angenommen, so entsteht im Verhältnis zu diesem kein beurkundungsrechtliches Rechtsverhältnis. Insbesondere haftet der Dritte nicht für Notariatstaxe und -auslagen. Die Amtspflichten der Urkundsperson gelten aber auch in einem solchen Falle; zu diesen Amtspflichten gehört es, die Bemühungen einzustellen, sobald der Irrtum erkannt wird.

426 - Zu vermeiden ist die Anhandnahme einer Testamentsbeurkundung auf Anstoss eines Begünstigten, wenn Anlass zum Verdacht be-

Fn 48 - Vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 28 ff. - LU BeurkG § 20 Abs. 1: Die Urkundsperson darf nur handeln, wenn sie dazu beauftragt ist.

Fn 49 - Vgl. immerhin MARTIS Lehre von der Rechtshängigkeit des Beurkundungsverfahrens, Notariatsprozess (1989) S. 89.

Fn 50 - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 28 und 35, spricht vom erforderlichen Parteienstoss.

Fn 51 - Zu weit geht wohl die Auffassung von MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 60, N 2 zu Art. 21 NG BE, wonach die Rogation spätestens zu Beginn des Hauptverfahrens vorhanden sein müsse. Lässt sich bei einem Mehrparteienvertrag - etwa bei einem Grundstückkauf oder einem Erbvertrag - eine Partei nur zögernd und unter dem Drängen der Gegenpartei auf die Beurkundung ein und hat die zögernde Partei bis zum Beginn des Beurkundungsvorgangs den Urkundenentwurf noch nicht zu Gesicht bekommen, so mag bei Beginn der UrkundenVorlesung noch offen sein, ob diese Partei überhaupt beurkunden will; ihr blosses Zuhören bei der notariellen Vorlesung kann unter solchen Umständen nicht als konkludent erklärte Rogation qualifiziert werden. An einer allseitigen (und damit: an einer gültigen) Rogation fehlt es demnach bei Beginn des Beurkundungsvorgangs. Entschliesst sich die zögernde Person während der Lesung zugunsten des Geschäftes und leistet sie nach erfolgter Lesung ihre Unterschrift, so liegt zwar ein Verfahren vor, das möglicherweise von einer krassen notariellen Pflichtwidrigkeit, insbesondere von notarieller Parteilichkeit, geprägt ist; hingegen wird man dem unterzeichneten Dokument nicht die Qualität der entstandenen öffentlichen Urkunde absprechen können.

Fn 52 - Vgl. hienach Ziff. 428.

****S. 140****

steht, dieser wolle den Testator mit notarieller Hilfe und Autorität zu einer letztwilligen Verfügung drängen, die nicht den inneren Intentionen des Testators entspricht. Ein solcher Verdacht ist begründet, sobald sich der Begünstigte einem Instruktionsgespräch der Urkundsperson unter vier Augen mit dem Testator ablehnend oder verzögernd in den Weg stellt.

427 - Unproblematisch und geradezu üblich ist die Anhandnahme von Grundpfand- und Bürgschaftsbeurkundungen auf Voranzeige der Gläubigerbank hin, der Verpfänder oder Bürge werde sich zum Beurkundungstermin melden.

428 - Geschäftsführung ohne Auftrag muss anlässlich eines Beurkundungsverfahrens in gleicher Weise wie im übrigen Rechtsverkehr als zulässig gelten⁵³, immerhin nur in den engen Schranken einer notariellen Interessenskontrolle (vgl. nachfolgende Ziffer). Wenn jemand im erkennbaren Interesse und gemäss der mutmasslichen Absicht einer zur Zeit nicht erreichbaren Person zu einer Beurkundung den Anstoss gibt oder individuelle Erklärungen abgibt, so entsteht eine öffentliche Urkunde ohne das Wissen des Trägers des Beurkundungsanspruchs. Man denke an die spontane Veranlassung eines Wechselprotests durch eine dem Wechselgläubiger wohlgesinnte Person während dessen Ortsabwesenheit oder an den Kauf einer überraschend angebotenen Parzelle, für deren Erwerb sich der jetzt gerade ortsabwesende Nachbar seit langem interessiert hat, durch einen Freund. Wird das Beurkundungsverfahren durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag ausgelöst, so ist dieser - trotz fehlender Legitimation zur Sache - zunächst als der Klient der Urkundsperson zu betrachten; er allein haftet für die Entschädigungsansprüche der Urkundsperson, solange nicht der Geschäftsherr durch Genehmigung in das Rechtsverhältnis eintritt.

429 - Steht die Urkundsperson einem Geschäftsführer ohne Auftrag gegenüber, so kann sie an der Frage nicht vorbeigehen, ob das vom Geschäftsführer veranlasste Geschäft aufgrund der erkennbaren Umstände der mutmasslichen Absicht des Geschäftsherrn entspricht. Denn die Urkundsperson muss in einem solchen Falle ihr Handeln auch gegenüber dem Geschäftsherrn verantworten können.

430 - Die grundsätzliche Zulässigkeit des notariellen Handelns auf Veranlassung eines Geschäftsführers ohne Auftrag macht deutlich, wie nebensächlich die Frage der Verfahrenslegitimation und damit auch diejenige des Beurkundungsbegehrens im Beurkundsrecht ist und wie sehr sich die öffentliche Beurkundung diesbezüglich von Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit unterscheidet. Die Klageeinreichung durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag ist wirkungslos.

Fn 53 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 136, N 5 zu Art. 5 ND BE.

****S. 141****

431 - Die Nebensächlichkeit der Legitimation und des Beurkundungsbegehrens macht auch erklärlich, dass an dieses Begehren im Beurkundungsrecht - im Gegensatz zu den meisten anderen Verfahren der streitigen und nichtstreitigen Gerichtsbarkeit - keinerlei formelle Anforderungen gestellt werden. Das Beurkundungsbegehren kann mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder konkludent, am Sitz der Urkundsperson oder auswärts⁵⁴, von einer sachbeteiligten oder von einer nicht-sachbeteiligten Person, im letzteren Falle aufgrund einer Vollmacht oder ohne eine solche gestellt werden⁵⁵. Allemal kann die Urkundsperson, solange kein Missbrauch zu befürchten und kein gegenteiliger Wille der Sachbeteiligten ersichtlich ist, in ihrer amtlichen Funktion tätig werden⁵⁶.

432 - Da es keine formellen Anforderungen an das Beurkundungsbegehren gibt, erübrigt sich dessen formelle Prüfung seitens der Urkundsperson⁵⁷. Die relevante Frage ist nicht die, ob das Begehren von einer identifizierten, handlungsfähigen und verfahrenslegitimierten Person in gebührender Form gestellt worden ist⁵⁸. Vielmehr hat die

Fn 54 - So MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 85: Der Ort der Aufgabe der Rogation ist unwesentlich. Der Notar kann von irgendeinem Ort in der Schweiz oder im Ausland aus rogiert werden.

Fn 55 - Vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 85: Die Rogation kann durch einen Stellvertreter oder Boten übermittelt werden.

Fn 56 - Angesichts der Formlosigkeit des Beurkundungsbegehrens hat die bernische Lehre - trotz der Bedeutung, welche diesem Verfahrensschritt in Art. 21 lit. b NG BE anscheinend beigemessen wird - richtigerweise darauf verzichtet, Theorien zu entwickeln zur Frage, welche verfahrensrechtliche Bedeutung bei Mehrparteiengeschäften einem bloss einseitig gestellten Beurkundungsbegehren zukommt, ferner welche Wirkung jenen notariellen Amtshandlungen zukommt, welche erfolgen, bevor ein gültiges, d.h. von sämtlichen Vertragsparteien gegenüber der Urkundsperson erklärtes Beurkundungsbegehren gestellt worden ist; auch fehlen in der bernischen Lehre klare Äusserungen zum Sachverhalt der ungültigen Rogation: BE NG Art. 21 lit. b verlangt nur, dass überhaupt ein Beurkundungsbegehren vorliege - dass es ein gültiges sei, wird nicht gefordert. Stellt sich bei einer Erbgangsbeurkundung nachträglich heraus, dass die Urkundsperson aufgrund eines Missverständnisses tätig geworden ist und dass die Erben die Beurkundung erst später oder durch eine andere Urkundsperson vornehmen lassen wollten, oder stellt sich nach Vornahme eines Wechselprotestes heraus, dass der Gläubiger den Wechsel der Urkundsperson bloss zur Aufbewahrung, nicht zum Protest, zukommen liess, so sind trotzdem öffentliche Urkunden entstanden.

Fn 57 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 91 ff., spricht von der Prüfung der Rogation, erörtert unter diesem Titel richtigerweise aber nicht eine Prüfung irgendwelcher Eigenschaften des Beurkundungsbegehrens, sondern die Prüfung, ob die Beurkundungsvoraussetzungen in casu vorliegen.

Fn 58 - Vgl. diesen Katalog der Prüfungsgegenstände bei den rechtlich geordneten Formen des Parteianstosses in anderen Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 35/36. - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 92/93, qualifiziert Identitäts-, Handlungsfähigkeits- und Legitimationskontrolle als Teile der Prüfung der Rogation, räumt aber ein, dass die entsprechenden Kontroll-

****S. 142****

Urkundsperson zu kontrollieren, ob die als Sachbeteiligte oder als Stellvertreter **in das Verfahren einzubeziehenden Personen** identifiziert werden können, ob sie handlungsfähig und zur verbindlichen Abgabe der beurkundungsbedürftigen Erklärungen zuständig sind; die entsprechenden notariellen Kontrollhandlungen und rechtlichen Prüfungen beziehen sich also auf die Verfahrensbeteiligten in ihrem Verhältnis zum Beurkundungsgegenstand, nicht auf die Ordnungsmässigkeit des Beurkundungsbegehrens⁵⁹.

433 - Der Fall der Erklärungsabgabe aufgrund einer behaupteten, jedoch momentan nicht nachweisbaren Vollmacht, ist gleich zu beurteilen wie derjenige der Beurkundung durch den Geschäftsführer ohne Auftrag⁶⁰.

434 - Liegt hingegen ein Vollmachtenschwindel, d.h. die Erklärungsabgabe vor der Urkundsperson in fremdem Namen aufgrund einer gefälschten Vollmacht, vor, so fehlt den abgegebenen Erklärungen der Charakter öffentlich beurkundeter individueller Erklärungen⁶¹. In der Regel dürfte das Geschäft wegen Verletzung des Formzwangs ungültig sein.

3. Bei individuellen Erklärungen: die Sachbeteiligten als Klienten

435 - *Sachbeteiligte sind jene Personen, in deren Namen individuelle Willens- oder Wissenserklärungen abgegeben werden.*

436 - *Bei öffentlich beurkundeten Verträgen sind die Vertragsparteien die Sachbeteiligten. Bei einseitigen Willenserklärungen (Stiftungserrichtung, letztwillige Verfügung, Bürgschaftserklärung, Verpfändungserklärung⁶²) sind jene Personen die Sachbeteiligten, in deren Namen und auf deren Rechnung die individuelle Erklärung abgegeben wird. Bei eidesstattlich abgegebenen Wissenserklärungen ist die erklärende Person sachbeteiligt.*

437 - Erläuterung: a) **Terminologisches:** Der Begriff der Sachbeteiligung ist vor allem im Zusammenhang mit individuellen Erklärungen

handlungen auch erst im Vorverfahren oder vor Beginn des Beurkundungsvorgangs vorgenommen werden können.

Fn 59 - Zur Prüfung der Ordnungsmässigkeit des Gesuchs vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 36 oben.

Fn 60 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 154, N 2 zu Art. 13 ND BE.

Fn 61 - Vgl. Ziff. 1546 f.

Fn 62 - Zur Interpretation der Beurkundung von Bürgschafts- und Verpfändungserklärungen als ein- bzw. zweiseitige Geschäfte vgl. Ziff. 1864 ff.

****S. 143****

nützlich. Hier leistet er eine Abgrenzung nach zwei Seiten: Er grenzt die Personen, deren Rechtsverhältnisse gestaltet werden, von ihren allfälligen Stellvertretern ab, und er grenzt die solcherart Beurkundungsverfahren beteiligten Personen ab gegenüber Dritten, namentlich gegenüber den Urkunden-Adressaten (Hypothekargläubiger, Bürgschaftsgläubiger) und den erklärungsbegünstigten, aber verfahrens-unbeteiligten Personen (Bürgschafts-Hauptschuldner, testamentarisch eingesetzte Erben und Legatäre etc.).

438 - Manche beurkundungsrechtlichen Regeln und Aussagen gelten gleichermassen für die Sachbeteiligten und für ihre allfälligen Stellvertreter. Dies führt zu dem verständlichen Bestreben, die beiden Gruppen zwecks sprachlicher Kürze unter einem einzigen Oberbegriff - demjenigen der Urkundspartei - zusammenzufassen⁶³.

439 - Auf eine solche begriffliche Zusammenfassung wird in der vorliegenden Arbeit verzichtet, da in anderen Zusammenhängen, namentlich im materiellen Vertrags- und im Prozessrecht, der Begriff der Partei ausschliesslich für die Sachbeteiligten verwendet wird und dazu dient, diese von ihren Vertretern abzugrenzen. Eine vom materiellen Vertrags- und vom Prozessrecht grundsätzlich abweichende Verwendung des Begriffs der "Partei" stiftet Verwirrung und ist für das Beurkundungsrecht demzufolge abzulehnen.

440 - Da manche individuellen Erklärungen bloss einseitig abgegeben werden (z.B. Stiftungserrichtung, letztwillige Verfügung), kann der Parteibegriff, welcher stets mindestens zwei einander gegenüberstehende Positionen voraussetzt, auch nicht allgemein für alle jene Personen verwendet werden, in deren Namen Erklärungen zu Urkund abgegeben werden. Der Begriff der "Partei" ist als allgemeiner Rechtsbegriff für das Beurkundungsrecht ungeeignet. Hingegen kann bei der Beurkun-

dung von Verträgen von Vertragsparteien, im Sinne des materiellen Vertragsrechts, gesprochen werden.

441 - b) Rechtliches: Die Sachbeteiligten können im Beurkundungsverfahren persönlich handeln, sofern ihnen die Handlungsfähigkeit im Sinne von Art. 17 [richtig: 12] ZGB zukommt. Sind sie handlungsunfähig, so können sie für alle nicht höchstpersönlichen Geschäfte durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Sind sie handlungsfähig, so können sie sich für alle nicht-höchstpersönlichen Geschäfte durch gewillkürte Stellvertreter (Bevollmächtigte) vertreten lassen.

442 - Wegen der Höchstpersönlichkeit des Geschäftes ist die persönliche Verfahrensteilnahme der Sachbeteiligten erforderlich (und damit das Handeln von Stellvertretern ausgeschlossen) für letztwillige Ver-

Fn 63 - Die sprachliche Vereinfachung, die mit einem solcherart definierten Begriff der Urkundspartei erzielt wird, wird hervorgehoben von SIDLER, Komm. LU (1975) N 1 zu Art. 1 des BeurkG LU.

****S. 144****

fügungen, Ehe- und Erbverträge (bei den letztgenannten allerdings nur für die letztwillig handelnden Parteien, obwohl beim Erbverzicht die nicht-letztwillig handelnde Partei zuweilen des notariellen Schutzes vor Unbedacht und demgemäss des persönlichen Kontaktes mit der Urkundsperson weit eher bedürfte).

a) Stellvertreter der Sachbeteiligten

443 - *Stellvertreter ist, wer nicht in eigenem, sondern im Namen eines Sachbeteiligten individuelle Erklärungen abgibt.*

444 - *Sämtliche Geschäfte, die von Bundesprivatrechts wegen durch Stellvertreter gültig abgeschlossen werden können, sind im Beurkundungsverfahren der Stellvertretung zugänglich*⁶⁴.

445 - *Als gewillkürter Stellvertreter einer sachbeteiligten Person kann nur fungieren, wer selber urteilsfähig ist; Handlungsfähigkeit ist nicht erforderlich.*

446 - *Unzulässig ist die Stellvertretung durch eine Person, die von einem allfälligen unbedachten Handeln der vertretenen sachbeteiligten Person einen persönlichen Vorteil haben könnte. Selbstkontrahieren und Doppelvertretung des Stellvertreters muss im Beurkundungsverfahren als grundsätzlich unzulässig gelten, sofern der Interessenkonflikt nicht ausgeschlossen werden kann*⁶⁵.

Fn 64 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 63, § 9.

Fn 65 - Zu Recht hat die Justizdirektion BE in einem Brief vom 12.5.1980 (vgl. BN 1981, S. 217, Nr. 18) festgehalten, dass beim Kaufvertrag zwischen den Parteien ein latenter Interessengegensatz besteht, der es ausschliesst, sowohl den Verkäufer als auch den Käufer durch die gleiche Person vertreten zu lassen. Die Urkundsperson, welche den Kaufvertrag mit einem für beide Parteien handelnden Bevollmächtigten beurkundet, verletzt die Interessenwahrungspflicht. - Die baselstädtische Beurkundungspraxis toleriert demgegenüber Doppelvertretung und Selbstkontrahieren unter der Voraussetzung, dass kein Ermessensspielraum des Vertreters besteht bzw. dass die Interessenkollision aufgehoben ist. Dies ist der Fall,

(a) wenn die Zustimmung eines weiteren Gesellschafters oder Organs vorliegt; dieses muss über- oder nebengeordnet sein, vgl. BGE 99 Ia 9; 95 II 442; 89 II 321;

(b) wenn die Zustimmung einer Behörde oder eines Beistandes oder

(c) der Beschluss der Generalversammlung der vertretenen Gesellschaft oder

(d) die Zustimmung der durch die Interessenkollision gefährdeten Person, z.B. in ausdrücklicher Vollmacht, vorliegt.

Ist von zwei kollektiv zeichnungsberechtigten Personen nur eine in eine Interessenkollision involviert, so wird zuweilen angenommen, dass durch die Mitwirkung des Unbeteiligten die Interessenkollision behoben sei; diese An-

nahme ist jedoch nicht begründet, da damit die Kollektivunterschrift zu einer Einzelunterschrift zusammenschumpft. Zwei kollektiv Zeichnungsberechtigte können auch, wegen des potentiellen Interessenkonflikts, nicht dem einen von ihnen eine Einzelvollmacht für ein bestimmtes Geschäft erteilen; die Einzelvollmacht zugunsten des A muss durch B und C (nicht durch A und B) unterzeichnet sein. - In anderen Kantonen wird für

****S. 145****

Der besondere Schutzzweck des Beurkundungsverfahrens erheischt in diesen Konstellationen besondere Sicherheitsvorkehrungen zugunsten der vor Unbedacht zu schützenden, abwesenden Sachbeteiligten.

447 - Erläuterung: Dass gewillkürte Stellvertretung zulässig ist, erscheint, wie vorn erwähnt, bei jenen Rechtsgeschäften als eine Ungereimtheit, bei denen das Beurkundungsobligatorium primär dem Schutz der Sachbeteiligten vor deren eigenem Unbedacht dient. Das Beurkundungsverfahren mit der zwingend vorgeschriebenen Bewusstmachung (Lesung und Genehmigung) unmittelbar vor der Geschäftsunterzeichnung verfehlt seinen Zweck, wenn ein Sachbeteiligter ohne Bedacht eine Vollmacht ausgefertigt hat und wenn die bevollmächtigte Person in der Folge die Interessen des Vollmachtgebers nicht redlich wahrnimmt. Es erscheint als zwecklos, den Bevollmächtigten zu Bedacht anzuhalten, wenn der sachbeteiligte Vollmachtgeber dem Risiko der unbedachten Vollmachtserteilung weiterhin ausgesetzt bleibt.

448 - Angesichts des Gesagten sollte das Beurkundungsrecht richtigerweise an die Person des Stellvertreters Anforderungen stellen, die über die bundesprivatrechtlichen Anforderungen bei nicht-beurkundungsbedürftigen Geschäften hinausgehen. Da das Beurkundungsverfahren die Sachbeteiligten vor Unbedacht schützen will, sollten jene Personen als Stellvertreter nicht in Frage kommen, die von einem allfälligen unbedachten Handeln der Sachbeteiligten einen persönlichen Vorteil haben könnten. Dies ist bei Doppelvertretung und beim Selbstkontrahieren meist der Fall.

b) Die "Erschienenen" ("les comparants")

449 - Der Begriff der Erschienenen umfasst jene Sachbeteiligten, Stellvertreter, Dolmetscher und Beurkundungszeugen, welche im Rahmen eines Beurkundungsverfahrens persönlich ihre Erklärungen zu Urkund oder in unterschriftsbedürftiger Protokollierung⁶⁶ zu Protokoll abgeben.

die Fälle der Doppelvertretung und des Selbstkontrahierens im Beurkundungsverfahren keine Abweichung von den allgemeinen Regeln des Vertragsschlusses als begründet erachtet; vgl. für LU: SIDLER, Komm. LU (1975) S. 82, mit Verweis auf BGE 98 II 219, E. 8 (generelle Zulässigkeit der Vertretung zweier Firmen durch eine Person, welche für beide Parteien als Organ zeichnungsberechtigt ist) und auf BGE 99 Ia 9 E. 3d ("Die Regeln des Selbstkontrahierens des Vertreters gelten auch für die Handlungsmacht des Organs einer juristischen Person, d.h. das Selbstkontrahieren des Organs einer juristischen Person ist ohne Ermächtigung oder Genehmigung seitens eines über- oder nebengeordneten Organs nicht zulässig, wenn es die Gefahr einer Benachteiligung der juristischen Person in sich birgt"). - In gleichem Sinne Urteil des KG GR vom 1.7.1985, PKG 1985 Nr. 6, S. 24-33 (32/33).

Fn 66 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

****S. 146****

450 - Zeugen und Dolmetscher erfüllen ihre Funktion nur, wenn sie persönlich erscheinen. Sachbeteiligte können sich vertreten lassen, womit sie vom Erscheinen dispensiert sind. Sie gehören in diesem Falle nicht zum Kreise der Erschienenen.

451 - Das Vorhandensein persönlich erscheinender natürlicher Personen ist bei der Beurkundung individueller Erklärungen unerlässlich. Kann ein Sachbeteiligter nicht selber vor der Urkundsperson erscheinen, so ist das Beurkundungsverfahren nur möglich, wenn statt des Sachbeteiligten ein Stellvertreter persönlich erscheint. Schriftliche Erklärungsabgabe unter Abwesen-

den, d.h. ohne persönliches Erscheinen, ist keine zulässig Form der Abgabe von Erklärungen zu Urkund.

452 - Das Vorhandensein persönlich erschienener Personen als notwendige Verfahrensvoraussetzung bei der Beurkundung von individuellen Erklärungen und unterschriftsbedürftigen Protokollierungen muss in der öffentlichen Urkunde unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden. Üblich ist zu diesem Behuf der Ingress: "Vor der Urkundsperson ist erschienen..."

453 - Erläuterung: Der Begriff des Erscheinens (vor der Urkundsperson) grenzt jene Personen, die zum Zwecke der Abgabe individueller Erklärungen und zur Erklärungsabgabe zu unterschriftsbedürftigem Protokoll mit der Urkundsperson zusammentreffen, ab gegenüber anderen Personen, die in anderem Zusammenhang mit der Urkundsperson zusammentreffen, ferner gegenüber jenen Personen, die anlässlich des Beurkundungsvorganges abwesend sind.

454 - Im Falle von Stellvertretung sind die Stellvertreter die Erschienenen, wogegen die Sachbeteiligten dann nicht Erschienenene sind.

455 - Keine Erschienenen sind die Teilnehmer an notariell protokollierten Veranstaltungen, wenn es sich um nachträgliche oder um vorbereitete Protokollierungen handelt. Die Anwesenheit dieser Personen ist eine solche an der zu protokollierenden Veranstaltung, nicht eine Anwesenheit "vor der Urkundsperson". Die betreffenden Personen unterstehen den Weisungen des Veranstaltungsleiters, nicht denjenigen der Urkundsperson⁶⁷.

456 - Wenn solche Protokolle keine unterschriftsbedürftigen Protokollerklärungen enthalten, sollen sie mit einem Ingress eingeleitet werden, welcher das Hinzutreten der Urkundsperson zu der protokollierten Veranstaltung und die Rechtsnatur dieser Veranstaltung deutlich macht: "Ich, die Urkundsperson, habe heute der Generalversammlung der Aktionäre der X-AG beigewohnt und über die gefassten Beschlüsse das nachfolgende Protokoll in öffentlicher Urkunde aufgenommen..."

Fn 67 - Bei unterschriftsbedürftigen Protokollen, bei welchen kraft Gesetzesvorschrift erst die Unterschrift der Veranstaltungsteilnehmer zur Rechtswirksamkeit der Urkunde führt, ist die Verwendung des Begriffs des Erschienenen jedoch angebracht, desgleichen der Urkundeningress "Vor mir, der Urkundsperson, sind erschienen...".

****S. 147****

In einem solchen Protokoll brauchen Veranstaltungsleiter und weitere Anwesende auch dann nicht als Erschienenene bezeichnet zu werden, wenn sie (unnötigerweise) das Protokoll mitunterzeichnen.

c) Andere Teilnehmer

457 - *Zuweilen enthält die öffentliche Urkunde Erklärungen, die zwar während des Beurkundungsvorgangs, aber weder zu Urkund noch zu Protokoll abgegeben werden.*

458 - *Ein Beispiel ist die Ehegattenzustimmung zur Bürgschaftserklärung gemäss Art. 494 Abs. 1 OR. Um den Zeitpunkt der Erklärungsabgabe (nämlich vor derjenigen des Bürgen⁶⁸) in der öffentlichen Urkunde selber zu belegen, ist es zweckmässig, den Vorgang der Erklärungsabgabe und ihres genauen Zeitpunktes in der Urkunde zu protokollieren, die Zustimmungserklärung selber jedoch unterhalb des Notariatsiegels auf der öffentlichen Urkunde hinsetzen zu lassen. In diesem Falle ist der Inhalt der Zustimmungserklärung nicht Gegenstand der notariellen Protokollierung.*

459 - Erläuterung: Zuweilen werden anlässlich der Beurkundung individueller Erklärungen auch Drittpersonen als Erklärende einbezogen, deren Erklärungen - ohne dem Beurkundungsobligatorium zu unterstehen - für die Rechtswirksamkeit der öffentlichen Urkunde erforderlich sind.

460 - Solche Erklärungen können, wenn die Erklärenden dies so wollen, zu Urkund abgegeben und in die Urkunde integriert werden. Bezeugt die Urkundsperson, dass eine solche Erklärung vor ihr zu Urkund abgegeben wurde, so bezeugt sie implizit, dass sie sich im Rahmen des Möglichen davon vergewissert hat, dass die Erklärung dem wirklichen Willen des Erklärenden entspricht. Denn bei der Erklärungsabgabe zu Urkund obliegt der Urkundsperson die Ermittlung des wirklichen Willens und der Schutz des Erklärenden vor Unbedacht.

461 - Solcher Schutz ist aber im Beispiel der Ehegattenzustimmung gemäss Art. 494 Abs. 2 OR vom Gesetz nicht verlangt und braucht von der Urkundsperson demgemäss auch nicht unaufgefordert gewährt zu werden. Die Urkundsperson kann sich damit begnügen, die Abgabe der Zustimmungserklärung als blossen Vorgang zu protokollieren. Hat sich die Urkundsperson um den wirklichen inneren Willen und um den Bedacht des zustimmenden Ehegatten nicht gekümmert, so ist dies in der Bürgschaftsurkunde zweckmässigerweise dadurch zum Ausdruck zu bringen, dass die Zustimmungserklärung unterhalb des Notariatsssiegels auf die Urkunde gesetzt wird.

Fn 68 - Art. 494 Abs. 1 OR: Der Ehegatte muss seine Zustimmung "vorgängig oder spätestens gleichzeitig" mit dem Bürgen abgeben, wobei als Zeitpunkt der Erklärungsabgabe jeweils die Unterschriftsleistung zu gelten hat.

****S. 148****

4. Bei Protokollierungen: Überblick

462 - Bei der nachträglichen Protokollierung von Veranstaltungen sind neben der Urkundsperson und ihren allfälligen Hilfspersonen in der Regel drei Kategorien von Personen zu nennen:

- (a) die Klientschaft - dies ist bei Verbandsbeschlüssen der Verband als physisch nicht ersichtliche Person;
- (b) der Veranstaltungsleiter bzw. -vorsitzende und
- (c) die übrigen Veranstaltungsteilnehmer.

Bei den Kategorien (b) und (c) handelt es sich durchwegs um natürliche Personen.

463 - Bei unterschriftsbedürftigen Protokollierungen, namentlich beim Errichtungsakt der Aktiengesellschaft⁶⁹, fehlt es meist an einem Veranstaltungsleiter; die Protokollierung wird unter der Leitung der Urkundsperson durchgeführt und gleicht insofern äusserlich einer Vertragsbeurkundung.

a) Die Klienten

464 - *Es ist auf das oben Gesagte, zu verweisen*⁷⁰.

465 - Erläuterung: Auch wenn die Klientschaft eine natürliche Person ist, wie dies beim Wechselprotest oder bei Versteigerungen ausnahmsweise vorkommt, ist sie in der Regel anlässlich des zu protokollierenden Vorganges nicht anwesend und tritt in diesem Vorgang nicht in Erscheinung.

b) Die veranstaltungsleitende Person

466 - *Die veranstaltungsleitende Person ist jene Person, welche die Verantwortung für die Durchführung der zu protokollierenden Veranstaltung trägt.*

Fn 69 - Zur Gründung der Aktiengesellschaft vgl. Ziff. 2963 ff.

Fn 70 - Vgl. Ziff. 402.

****S. 149****

c) Die übrigen Veranstaltungsteilnehmer

467 - Die übrigen Veranstaltungsteilnehmer - in der Regel die Verbandsmitglieder (Aktionäre, Gesellschafter); bei Losziehungen und Wahl-Auszählungen allfällige Hilfspersonen und weitere Anwesende; bei Versteigerungen die im Saal anwesenden potentiellen Bieter, Hilfspersonen etc. - sind jene Personen, welche an der zu protokollierenden Veranstaltung teilnehmen, ohne eigene Verfahrensverantwortung zu tragen.

5. Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen: Die Klienten

468 - Es ist auf das oben Gesagte zu verweisen.

469 - Bei Erbgangsbeurkundungen und Nachlassinventaren ist jeder einzelne Erbe als selbständig berechtigter Klient zu betrachten. Die Urkundsperson kann also auf Veranlassung eines einzelnen (von mehreren) Erben tätig werden.

§ 15 Andere vom Beurkundungsverfahren berührte Personen

470 - Die nachfolgend beschriebenen Personengruppen können bei den individuellen Erklärungen und bei den Sachbeurkundungen gleichermassen eine Rolle spielen.

1. Auskunftspersonen

471 - Gewisse Personen werden vom Beurkundungsverfahren berührt, ohne als dessen Teilnehmer oder als Verfahrensbeteiligte qualifiziert werden zu können. Dies trifft zu für all jene Personen, bei denen die Urkundsperson im Rahmen einer Inventaraufnahme oder einer anderen Sachbeurkundung Erkundigun-

****S. 150****

gen einholt. Sie werden in der vorliegenden Darstellung Auskunftspersonen genannt. Sie stehen nicht in beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht.

472 - Erläuterung: Die Urkundsperson tritt den Auskunftspersonen zwar in amtlicher Eigenschaft, aber nicht mit hoheitlicher Gewalt gegenüber. Sie hat keine Kompetenz, die Auskunftspersonen zur Wahrheit anzuhalten oder deren wirkliches Wissen zu erforschen. Sie kann sie lediglich auf die Straffolgen hinweisen, die bei (vorsätzlicher) Erschleichung einer Falschbeurkundung eintreten. Ein solcher Hinweis kann angebracht sein gegenüber Erben bei der Aufnahme eines Nachlassinventars.

473 - Erkundigt sich die Urkundsperson bei der Vorbereitung eines Grundstücksgeschäfts oder anlässlich einer Erbgangsbeurkundung oder einer Inventur bei Amtsstellen (beim Grundbuchamt und bei anderen Amtsstellen) und Privatpersonen ausserhalb des Kreises der Verfahrensteilnehmer über rechtserhebliche Tatsachen, so sind die angefragten Personen von dem Beurkundungsverfahren zwar faktisch berührt, befinden sich aber nicht in einer beurkundungsrechtlichen Pflichtenstellung.

2. Urkunden-Adressaten

474 - Ist die öffentliche Urkunde von ihrem Inhalt her zur Aushändigung an eine bestimmte, am Verfahren nicht teilnehmende Person oder Amtsstelle bestimmt, so wird diese Person oder Amtsstelle in der vorliegenden Arbeit als Urkunden-Adressat bezeichnet.

475 - Erläuterung: Zu den Urkunden-Adressaten gehören bei Bürgschafts- und Verpfändungserklärungen⁷¹ die Gläubiger, ferner die Amtsstellen, bei welchen eine Urkunde zwecks Eintragung, Registrierung, Bewilligungserhalt oder Genehmigung eingereicht werden soll, desgleichen alle an-

deren Personen und Institutionen, die für die Urkundsperson als voraussichtliche Empfänger der Urkunde erkennbar sind.

Fn 71 - Zur Interpretation der Beurkundung von Bürgschafts- und Verpfändungserklärungen als ein- bzw. zweiseitige Geschäfte vgl. Ziff. 1864 ff.

****S. 151****

3. Drittbegünstigte

476 - Drittbegünstigt sind jene Personen, welche, ohne Klient oder Urkunden-Adressat zu sein, von der Beurkundung einen eigenen Vorteil haben können.

477 - Erläuterung: Zu den Drittbegünstigten gehören bei der Beurkundung letztwilliger Verfügungen die Erben und Vermächtnisnehmer, bei der Beurkundung eines Rechtsverzichts der bisher Verpflichtete.

478 - Zuweilen besteht ein Interessengegensatz zwischen dem Drittbegünstigten, welcher auf die Durchführung der Beurkundung drängt, und dem Klienten, welcher zögert bzw. gedrängt wird. In einer solchen Situation hat die Urkundsperson den Klienten gegen das Drängen⁷² des Drittbegünstigten zu schützen. Kollusion der Urkundsperson mit einem Drittbegünstigten und Einflussnahme auf den Klienten im Interesse des Drittbegünstigten bedeutet eine notarielle Pflichtwidrigkeit.

4. Drittbenachteiligte

479 - Drittbenachteiligt sind jene Personen, welche, ohne Klient oder Urkunden-Adressat zu sein, von der Beurkundung zu ihrem Nachteil betroffen werden.

480 - Erläuterung: Zu den Drittbenachteiligten gehören insbesondere häufig die Nachkommen aus erster Ehe beim Ehe- und Erbvertrag eines Elternteils mit seinem zweiten Ehegatten, ferner alle anderen Personen, die bei letztwilligen Gestaltungen im Verhältnis zu ihren vom Gesetz vorgesehenen Ansprüchen oder im Verhältnis zu einer bisher geltenden gewillkürten Rechtsstellung verkürzt werden.

Fn 72 - Zutreffend weist SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) S. 533, N 45 zu Art. 11 OR darauf hin, die gesetzliche Vorschrift der öffentlichen Beurkundung wolle "den Abschluss **erschweren**, dem Erklärenden die Tragweite des Geschäftes zum Bewusstsein bringen und ihn veranlassen, die Ernsthaftigkeit seines Willens zu prüfen und dessen Inhalt zu klären." - Die Urkundsperson hat im Beurkundungsverfahren die bremsenden Tendenzen zu unterstützen, nicht die zum Abschluss drängenden.

****S. 152****

Kapitel 3: Die Rechtsverhältnisse zwischen Urkundsperson, Staat und Verfahrensbeteiligten

481 - Schweizer Beurkundungsdoktrin fasst das Rechtsverhältnis zwischen Urkundsperson und Verfahrensbeteiligten als ein öffentlichrechtliches auf¹. Die Urkundsperson übt eine amtliche Funktion der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit aus². In dieser Funktion wird sie zuweilen dem Richter verglichen, in dessen Händen die streitige Gerichtsbarkeit liegt³.

482 - Mit der Qualifikation des Rechtsverhältnisses als öffentlichrechtliches ist klargelegt, dass kein privatrechtlicher Vertrag (Auftrag) vorliegt. Wo die Urkundsperson als Beauftragte, ihre Klienten als Auftraggeber bezeichnet werden, handelt es sich um eine ungenaue Terminologie. Die in der schweizerischen Literatur verwendeten Begriffe der Rogation⁴ und der Requisition⁵ sowie die

deutschen Begriffe des Beurkundungs-Ansuchens und Beurkundungs-Ersuchens⁶ reflektieren das Bemühen, die Unterschiede zum privatrechtlichen Mandat terminologisch deutlich zu machen.

483 - In der vorliegenden Arbeit wird der Parteianstoss, auf den hin die Urkundsperson tätig wird, als das **Beurkundungsbegehren** bezeichnet.

Fn 1 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 18.

Fn 2 - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 93. - GULDENER, a.a.O. S. 7, und MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 42, N 4 weisen auf die Herkunft des Begriffs hin: iurisdictio voluntaria war im römischen Recht die Benützung der Prozessform zur Übertragung und Aufhebung unbestrittener Rechte (D. I, 16,2 pr.). - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 44, N 11, leitet gewisse rechtspolizeiliche Aufgaben der Urkundsperson (Kontrolle von Identität und Handlungsfähigkeit der zu Urkund erklärenden Personen; Aufbewahrung der Originalurkunden; Anmeldung der beurkundeter Geschäfte bei Registerämtern; notarielle Meldepflichten) aus dem Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit ab.

Fn 3 - So MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 13.

Fn 4 - In dem bis 1983 geltenden ND BE § 17 wurde der Begriff der Rogation noch verwendet. Seither ist er aus der Gesetzessprache der Kantone verschwunden; er hält sich noch in der Literatur.

Fn 5 - FR NG Art. 19.

Fn 6 - HUHN/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 75, N 5 zu § 1. - Das deutsche BeurkG lässt das Beurkundungsbegehren allerdings unerwähnt.

****S. 153****

484 - Indessen lohnt sich eine differenzierte Beschreibung der Rechtsbeziehungen zwischen Urkundsperson und Verfahrensbeteiligten. Der funktionelle Vergleich der Urkundsperson mit dem Zivil- und Strafrichter birgt die Gefahr in sich, dass wesentliche Unterschiede übersehen werden.

§ 16 Das Rechtsverhältnis der Urkundsperson zum Staat

485 - *Beim Amtsnotariat ist das Rechtsverhältnis der Urkundsperson zum Staat ein beamtenrechtliches.*

486 - *Freiberuflich tätige Urkundspersonen erhalten die Beurkundungsbefugnis von ihrem Kanton verliehen. Kraft dieser Verleihung⁷ unterstehen sie der Aufsicht und den Weisungen der kantonalen Aufsichtsbehörde über das Beurkundungswesen.*

487 - **Erläuterung:** Die freiberuflichen Urkundspersonen können sich der Aufsichts- und Weisungskompetenz des Staates nicht unter Berufung auf die Handels- und Gewerbefreiheit oder auf die persönliche Freiheit entziehen⁸.

§ 17 Das Rechtsverhältnis zu den Klienten

488 - *Die Rechtsbeziehungen der Klientschaft zum Gemeinwesen (bei staatlichem Amtsnotariat) und diejenigen zur freiberuflichen Urkundsperson (beim freiberuflichen Notariat) unterstehen, soweit sie die öffentliche Beurkundung zum*

Fn 7 - Dass es sich um eine Verleihung, nicht um eine Polizeierlaubnis handelt, wird zutreffend festgehalten in Verwaltungsgerichtsentscheid AG vom 27.5.1971, AGVE 1971 S. 297-303 (300).

Fn 8 - So Urteil des Verwaltungsgerichts BS vom 1.2.1985, BJM 1985 328: Der Notar ist Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das staatliche Aufgaben erfüllt; als solches hat er auch verwaltungsinterne Weisungen des Staates zu befolgen. - Die Beurkundungstätigkeit steht nicht unter dem Schutz von Art. 33 BV in Verbindung mit Art. 5 ÜbBV; vgl. Urteil des OG LU vom 22.5.1981, LGVE 1981 I Nr. 22, S. 42/43 und SIDLER (1975) S. 23, N 14 und S. 58, N 1 ff. zu § 5

****S. 154****

Gegenstand haben, insgesamt dem kantonalen öffentlichen Recht⁹, welches seinerseits den bundesrechtlichen Anforderungen zu genügen hat.

489 - Wo die öffentliche Beurkundung von staatlichen Beamten vorgenommen wird, treten die Klienten während des Beurkundungsverfahrens in ein besonderes (verwaltungsrechtliches) Rechtsverhältnis zu jenem Gemeinwesen, bei welchem die Beurkundungsfunktion im betreffenden Gebiet liegt. Das betreffende Gemeinwesen erfüllt die Beurkundungspflicht gegenüber dem Klienten durch eine seiner beamteten Urkundspersonen. Die Urkundspersonen ihrerseits erfüllen anlässlich der öffentlichen Beurkundungen Amtspflichten gegenüber diesem Gemeinwesen. Es besteht kein direktes Rechtsverhältnis im Sinne persönlicher Forderungsrechte und Schuldspflichten zwischen den Klienten und der beamteten Urkundsperson.

490 - Staatlich beamtete Urkundspersonen (Amtsnotare) erfüllen Amtspflichten, wobei sie diese Pflichten innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums auf Begehren der Klientschaft durch Zusage bestimmter Leistungen, Leistungsmodalitäten und Termine konkretisieren können. Solche Absprachen haben aber nicht vertraglichen Charakter. Der Amtsnotar ist nie persönlicher Vertragspartner der Klientschaft. Auch der Staat wird anlässlich des Beurkundungsverfahrens nicht zum Vertragspartner.

491 - Wo die öffentliche Beurkundung durch freiberufliche Urkundspersonen wahrgenommen wird, treten die Klienten in ein direktes, persönliches Rechtsverhältnis zu der im Einzelfall befassten¹⁰ Urkundsperson.

Fn 9 - So BGE 103 Ia 85 (87), 99 II 161, 90 II 278, 83 I 87, 73 I 371; kantonale Entscheide: KG GR, Urteil vom 17.11.1986, PKG 1986 22 S. 89-91 (89), Verwaltungsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 01.02.1985, BJM 1985, S. 328; Genf, Tribunal Administratif, Urteil vom 30.04.1980 i.S. Rose Marie C.; Verwaltungsgericht Aargau, Entscheidung vom 27.05.1971 i.S. Notar X., AGVE 1971 S. 297-303; OG LU, Urteil vom 04.07.1968, Maximen XI S. 636 Nr. 623 und ZBGR 51 (1970) S. 352-357; Literatur: WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (129); MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 15, N 5 zu Art. 2 NG BE; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 36 und 155; SIDLER, Komm. LU (1975) Anm. 1 zu § 18; ALFRED SANTSCHI, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Diss. Bern 1959, S. 7. - Die von GAUTSCHI, N. 31c zu Art. 394 OR und früher auch von kantonalen Instanzen (vgl. OG LU, Maximen IX Nr. 17 = ZBGR 25 [1944] S. 300) vertretene Ansicht, die Urkundsperson hafte nach Auftragsrecht, findet heute kaum mehr Gefolgschaft (vgl. etwa noch HANS-PETER FRIEDRICH, Kantonales [baselstädtisches] Zivilrecht, in Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, S. 727-755 [735]); Amtspflichten, Entschädigungsansprüche und Haftung der freiberuflichen Urkundsperson im Zusammenhang mit ihrer Beurkundungstätigkeit unterstehen demgemäss insgesamt dem kantonalen öffentlichen Recht; wo dieses auf das Obligationenrecht verweist, gilt dieses als Ergänzung des kantonalen Rechtes; hieraus folgt, dass Streitigkeiten über diese Gegenstände nicht der Berufung an das Bundesgericht unterliegen (vgl. Leuch, N. 3 zu Art. 7 ZPO BE). - Der öffentlichrechtliche Charakter ist auch in Deutschland anerkannt; vgl. HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 75, N 5 zu § 1.

Fn 10 - Nur zu dieser, nicht zur Kanzleigemeinschaft, wo mehrere Notare gemeinsam praktizieren; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 31, N 3 zu Art. 8. Dieser im bernischen

****S. 155****

492 - Das notarielle Handeln ist auch hier ein solches für den Staat, jedoch zugunsten und auf Kosten der Klientschaft. Statt vertraglicher Erfüllungspflichten gelten die öffentlichrechtlichen Interessewahrungspflichten. Diese umfassen in zeitlicher Hinsicht die Erledigungspflicht¹¹, ferner in inhaltlicher Hinsicht die Pflicht zur unparteilichen Interessewahrung¹² gegenüber den Parteien, insbesondere die Pflicht, bei der Beurkundung individueller Erklärungen schutzbedürftige Verfahrensbeteiligte vor Unbedacht zu schützen, und die Verschwiegenheitspflicht, schliesslich bei allen Beurkundungen, zu deren Vornahme die Klienten entschlossen sind, die

Pflicht, auf das Zustandekommen der öffentlichen Urkunde und die Formgültigkeit des beurkundeten Geschäftes hinzuwirken.

493 - Die Klientschaft hat demgemäss keine auftragsrechtliche Weisungsbefugnis gegenüber der Urkundsperson; sie kann dieser nicht vorschreiben, ob und wie sie die modalen Amtspflichten¹³ zu erfüllen hat, und sie kann sie von deren Einhaltung nicht dispensieren¹⁴.

494 - Macht die freiberuflich tätige Urkundsperson im Rahmen einer Beurkundung gegenüber der Klientschaft Zusagen bezüglich der Art der Amtspflichterfüllung, insbesondere bezüglich des Termins der Beurkundung und der Registeranmeldung oder - innerhalb des vom Tarif gegebenen Rahmens - bezüglich der Entschädigung, so sind solche Zusagen als die Konkretisierung der öffentlichrechtlichen Amtspflichten, nicht als separate privatrechtliche Verträge zu qualifizieren.

495 - Das gleiche muss gelten für Nebenleistungen, welche die Urkundsperson im Zusammenhang mit einer öffentlichen Beurkundung ausdrücklich zusagt oder aufgrund ihrer Amtspflicht oder stillschweigender Erwartung der Klientschaft spontan erbringt. Als solche Nebenleistungen sind zu betrachten:

a) die Beratung, welche im Hinblick auf eine öffentliche Beurkundung im Rahmen üblicher notarieller Berufserfahrung erteilt wird;

Recht ausdrücklich verankerte Grundsatz hat allgemeine Geltung für das freiberufliche Notariat, weil die öffentliche Beurkundung hier ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen Klientschaft und einer bestimmten Urkundsperson voraussetzt. Dies ist einer der grundlegenden Unterschiede zum staatlichen Notariat, wo der Klientenschaft grundsätzlich nicht eine in freier Notar-Wahl ausgewählte, selbstverantwortliche Person, sondern ein Amt mit wechselnden Mitarbeitern gegenübersteht.

Fn 11 - Vgl. BE NG Art. 32: "Der Notar hat ... die ihm übertragenen Geschäfte innert nützlicher Zeit zu erledigen." - Zum Begriff der Erledigungspflicht vgl. im übrigen Ziff. 919 ff.

Fn 12 - Vgl. BE NG Art. 32.

Fn 13 - Zum Begriff der modalen Amtspflichten vgl. Ziff. 834.

Fn 14 - Vgl. in diesem Sinne Genfer Tribunal Administratif, Entscheid vom 14.3.1979, RDAF 1981 S. 345-352 (352): "Admettre avec la commission de surveillance des notaires et le Conseil d'Etat qu'un notaire puisse se conformer aux instructions d'une partie contraires à la LN et attester des faits inexacts est gravement contraire aux devoirs de conseil et d'authenticité, ainsi qu'à la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. ATF 95 IV 116/119 = JdT 1969 I 111-114)".

*****S. 156*****

b) die Formulierung von Verträgen und anderen individuellen Willenserklärungen, deren gültiges Vorliegen für das zu beurkundende Geschäft oder dessen registerliche Eintragungsfähigkeit eine notwendige Voraussetzung und von der Urkundsperson von Amtes wegen zu prüfen ist (Formulierung von AG-Statuten¹⁵, von Sacheinlage- und Fusionsverträgen¹⁶ [nicht jedoch von Aktionärsbindungsverträgen, Treuhandverträgen, Geschäftsreglementen, Rangrücktrittserklärungen für Aktionärsdarlehen], sodann von Löschungsbewilligungen bezüglich beschränkter dinglicher Rechte, ferner von Gläubiger-Rücktrittserklärungen, Dienstbarkeitsverträgen, Handelsregister- und Grundbuchanmeldungen etc. [nicht jedoch von Liegenschaftsverwaltungsverträgen, Architektenverträgen, GU- und Werkverträgen für die Überbauung, Darlehensverträgen für die Finanzierung]);

c) Treuhandfunktionen anlässlich der Durchführung eines beurkundeten Geschäftes (Überwachung des urkundlich vereinbarten Zahlungsverkehrs, des Verkehrs mit Pfandtiteln, der Sicherstellung von Grundstückgewinnsteuern durch Rückbehalt eines Teils des Kaufpreises, der Folgebeurkundungen gemäss Bewilligungsgesetz sowie gemäss Art. 169 ZGB etc.¹⁷).

496 - Werden solche Nebenleistungen im Zusammenhang mit einer öffentlichen Beurkundung erbracht, so geschieht dies im Rahmen des öffentlichrechtlichen Beurkundungsverhältnisses, d.h. aufgrund einer von der Urkundsperson freiwillig eingegangenen Erweiterung ihrer Amtspflichten; es handelt sich nicht um hoheitliche, aber doch um amtliche Tätigkeit. Die vom öffentlichen Recht bestimmten modalen Amtspflichten¹⁸ der Urkundsperson (Wahrheitspflicht, Klarheitspflicht, Unparteilichkeitspflicht, Sorgfaltspflicht, Pflicht zur Wahrung von Treu und Glauben, Verbot der Schaffung falschen Anscheins) sind auch für solche Nebenleistungen massgebend und können

Fn 15 - Vgl. dieses Beispiel bei ALFRED SANTOSCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) 1-16 (15).

Fn 16 - Die Formulierung von Statuten, Sacheinlage- und Fusionsverträgen ist Nebenleistung jener Urkundsperson, welche die Gründung, Kapitalerhöhung oder einen Fusionsbeschluss öffentlich beurkundet, nicht jedoch jener Urkundsperson, welche lediglich die grundbuchliche Übertragung eines zur Sacheinlage oder zum Vermögen der absorbierten Gesellschaft gehörenden Grundstücks am Ort der gelegenen Sache beurkundet. - Mit der Bezeichnung der erwähnten Dokumente als Nebenleistungen ist nicht gesagt, dass sie in der Tarifposition für die Protokollierung der Gründung oder Fusion inbegriffen sind. Dies ist regelmässig nicht der Fall.

Fn 17 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 53, N 3 zu Art. 19, zieht den Kreis dieser Tätigkeiten, die nach bernischer Terminologie als die hauptberuflichen Tätigkeiten bezeichnet werden, gleich, mit einer einzigen Ausnahme, die darin besteht, dass er die Abfassung von AG-Statuten ausgrenzt. Es vermag indessen kaum zu überzeugen, für die Abfassung des Gründungsprotokolls einer AG und für die Durchführung der Gründung ein öffentlichrechtliches, für die Abfassung der dabei erforderlichen Statuten und die Einholung der Gründerunterschriften anlässlich der Gründung ein privatrechtliches Rechtsverhältnis anzunehmen.

Fn 18 - Zum Begriff der modalen Amtspflichten vgl. Ziff. 834.

****S. 157****

nicht durch Willenseinigung zwischen Urkundsperson und Klientschaft wegbedungen werden; dementsprechend müssen auch Entschädigungsanspruch und Haftung der Urkundsperson für solche Nebenleistungen nach öffentlichem Recht beurteilt, nicht einer getrennten privatrechtlichen Betrachtungsweise unterstellt werden¹⁹.

497 - Erläuterung: Die einzelnen Amtspflichten der Urkundsperson im Verhältnis zu den Klienten werden in den Kapiteln 4 ff. erörtert.

498 - Das Rechtsverhältnis zwischen der Urkundsperson (bzw. - bei Amtsnotariat - zwischen dem Staat) einerseits und den Klienten andererseits weist unterschiedliche Elemente auf. In wesentlichen Belangen kann das Rechtsverhältnis als ein verfahrensrechtliches beschrieben werden. In diesen Belangen unterstehen Urkundsperson und Klientschaft in gleicher Weise der öffentlichrechtlichen Verfahrensnorm, üben die mit ihrer Verfahrensposition verbundenen Kompetenzen aus und erfüllen die damit verbundenen Verfahrenspflichten. Solcherart verfahrensrechtlich ist die Zuordnung von Rechten und Pflichten anlässlich des Beurkundungsvorganges bei individuellen Erklärungen zu interpretieren. Wahrheitspflichten der Verfahrensbeteiligten und Vollzugspflichten der Urkundsperson sind nicht gegenseitige persönliche Rechte und Pflichten zwischen natürlichen Personen, sondern sind Verfahrenspflichten dieser Personen gegenüber dem Staat.

499 - Besonderer Erwähnung bedarf der Schutz der Sachbeteiligten vor eigenem Unbedacht. Da die Urkundsperson diese Funktion auch gegen den Willen des Schutzbedürftigen wahrzunehmen hat, kann man diesen nicht als Leistungsgläubiger betrachten, sowenig man das Mündel als Gläubiger vormundschaftlicher Dienstleistungen zu verstehen pflegt. Vielmehr handelt es sich bei der Ausübung dieser notariellen Funktion um eine Amtspflicht gegenüber dem Staat, aber im Interesse des schutzbedürftigen Privaten. Anders als der Vormund hat sich die Urkundsperson darauf zu beschränken, dem Schutzbefohlenen den Inhalt und die Tragweite seines Geschäftswillens bewusst zu

machen. Sie hat aber, im Gegensatz zum Vormund, den informierten, bewussten Willen des Schutzbedürftigen zu respektieren und ihn zu beurkunden.

500 - Ebenfalls Verfahrenspflicht gegenüber dem Staat, nicht persönliche Schuldpflicht gegenüber einer Privatperson ist die Pflicht der Urkundsperson, gewisse nicht-verfahrensbeteiligte Privaten vor Unredlichkeiten zu schützen. Diese Pflicht kann unter dem Begriff der Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zusammenge-

Fn 19 - Vgl. in diesem Sinne CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 135, unter Zitierung eines deutschen Gerichtsent-scheides: "Wenn eine einheitliche, in ihrer Gesamtheit zu betrachtende Tätigkeit des Notars Gesamtcharakter einer Amtshandlung hat, kann man nicht die eine unter diese Gesamttätigkeit fallende Handlung als amtliche, eine andere als nichtamtliche betrachten."

****S. 158****

fasst werden. Es geht um die Wahrung der Interessen von Vorkaufsberechtigten, Gewinnanteilsberechtigten, ferner um die Verhinderung von Geschäften, durch welche vertragliche Rechte Dritter verletzt oder in missbräuchlicher Weise umgangen werden. Auch diese notariellen Amtspflichten sind Pflichten gegenüber dem Staat, nicht gegenüber dem im Einzelfall davon profitierenden Dritten. Ein solcher Dritter kann sich an die fehlbare Urkundsperson allenfalls nach Deliktsgrundsätzen, nicht aber aufgrund persönlicher Erfüllungsansprüche halten²⁰.

501 - Bei den dem öffentlichen Recht unterstehenden **Nebenleistungen** zur öffentlichen Beurkundung geht es um folgendes: Drei Tätigkeiten können entweder auf privatvertraglicher Grundlage von Nur-Notaren "nebenberuflich", von Anwalts-Notaren "anwaltlich", oder im Rahmen einer öffentlichen Beurkundung (oder im Hinblick auf eine solche) als dem öffentlichen Recht unterstehende Nebenleistungen - und damit als Teil der notariellen Amtstätigkeit - erbracht werden, nämlich

- (a) Beratung,**
- (b) Formulierung gewisser nicht-beurkundungsbedürftiger Dokumente und**
- (c) Treuhandfunktionen beim Vollzug eines beurkundeten Geschäftes.**

Wann immer solche Leistungen im Zusammenhang mit oder im Hinblick auf eine öffentlichen Beurkundung erbracht werden, ist ihre Erbringung als Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Amtspflicht, nicht als diejenige einer privatrechtlichen Vertragspflicht zu qualifizieren²¹.

Fn 20 - Immerhin wird eine vermögensrechtliche Haftung der Urkundsperson aus Beurkundung eines Geschäftes, welches Rechte Dritter verletzt, nur mit äusserster Zurückhaltung, d.h. nur im Falle aktiver Tatbeteiligung im Sinne vorsätzlicher Komplizenschaft anzunehmen sein. Liegt eine fahrlässige Unterlassung vor, dergestalt, dass die Urkundsperson es aus Unachtsamkeit unterlassen hat, die privaten Verfahrensbeteiligten an einem die Rechte Dritter verletzenden Tun zu hindern, so ist keine vermögensrechtliche Haftung der Urkundsperson anzunehmen. Es kann als anerkannt gelten, dass Schäden, die durch private Verursachung entstehen, die aber bei effizienter staatlicher Kontrolle vermieden worden wären, nicht dem Staat oder der staatlichen Aufsichtsorgan (z.B. der Eidgenössischen Bankkommission oder der Versicherungs- oder Stiftungsaufsicht) haftpflichtrechtlich angelastet werden. - Aus allgemeinen Grundsätzen des Beurkundungsrechts ergibt sich weder eine Pflicht noch die Befugnis der Urkundsperson, Vorkaufsberechtigte gegen den Willen der Klienten auf den Eintritt des Vorkaufsfalles hinzuweisen. Unterbleibt dieser Hinweis, so begründet dies keine Notarhaftung gegenüber dem in seinen Rechten allenfalls verkürzten Vorkaufsberechtigten, sofern nicht spezielle bundesrechtliche Bestimmungen oder das kantonale Recht ausdrücklich etwas anderes statuieren. Vgl. in diesem Sinne das Urteil des TC VS vom 12.2.1975 i.S. Sierre/Truffer, RVJ 1975 S. 258.

Fn 21 - So auch Urteil des Appellationshofes BE vom 7.3.1964, ZBGR 47 (1966) 215-218 (218); in gleichem Sinne FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (325); ALFRED SANTSCHI, Die Rechtsbera-

****S. 159****

Übernimmt die Urkundsperson im Rahmen einer öffentlichen Beurkundung solche Verrichtungen, so ist hierin die einzelfallweise Erweiterung der Amtspflichten, nicht der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags zu erblicken²².

502 - Ob eine bestimmte Verrichtung im Einzelfall als notarielle Nebenleistung oder als Erfüllung eines privatrechtlichen Auftrags zu qualifizieren ist, ist nicht immer leicht zu bestimmen. Als notarielle Nebenleistung sollten jene Verrichtungen der Urkundsperson qualifiziert werden, für welche die Einhaltung der modalen Amtspflichten, insbesondere der Unparteilichkeitspflicht und der Pflicht zur Wahrung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr, als geboten erscheint. Aus dieser Wertung, nicht aus einer allenfalls vorhandenen Parteiabsprache, ist die Unterstellung einer Verrichtung unter das kantonale öffentliche Recht oder unter das Bundesprivatrecht herzuleiten. Was nach objektiver Beurteilung richtigerweise als notarielle Nebenleistung zu qualifizieren ist, ist zwingend eine Nebenleistung und kann nicht durch Parteiabsprache dem Anwendungsbereich der notariellen Amtspflichten entzogen werden.

503 - Wenn also ein Ehemann Beratung wünscht, wie er in der ehelich gespannten Situation seine vermögensrechtlichen Interessen gegenüber der Ehefrau güterrechtlich optimal absichern kann, muss die Urkundsperson von Anfang an für sich und für die Klientenschaft klarstellen, ob sie anwaltlich oder notariell berät - letzteres im Sinne einer notariellen Nebenleistung. Berät sie anwaltlich, so kann sie den Ehemann unter vier Augen empfangen und sich in völlig einseitiger Weise mit dessen persönlicher Interessenwahrung befassen, befindet sich aber bei einer allfälligen späteren Beurkundung im Ausstand. Berät sie notariell, so hat sie eine auch für die Ehefrau faire Lösung zu konzipieren und

tung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) 1-16 (15); derselbe, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Winterthur 1959, S. 63; MARTI, Der Notar des Kantons Bern, in: Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare zu seinem fünfzigjährigen Bestehen (1953) S. 1 ff. (21); in der bernischen Lehre werden die hier beschriebenen Nebenleistungen als Akzidentalien der öffentlichen Beurkundung bezeichnet.

Fn 22 - Vgl. Urteil des KG VD vom 20.10.1978, JdT 1978 III 116-121 (120): "On ne saurait faire une telle coupure dans l'activité du notaire et admettre, avec l'intimé, qu'en fournissant le renseignement demandé, le requérant a agi en vertu d'un mandat séparé." - Bedenklich erscheint die Äusserung der Verwaltungskommission des OG ZH vom 22.12.1971, welche den Amtsnotar als "nicht verpflichtet" bezeichnet, "jedem Ratsuchenden auch in komplizierten, einen grösseren Aufwand erfordernden Erbschaftssachen zu helfen. ... Es ist dem Notar freilich nicht untersagt, in seiner Freizeit als Privat-Person gegen Entgelt Ratschläge zu erteilen und Testamentsentwürfe zu verfassen, wenn er von den Erblassern oder anderen Dritten [!] ausdrücklich darum ersucht wurde." - Dies kann nicht richtig sein. Private Vorbereitung amtlicher Beurkundungen birgt gesteigerte Parteilichkeitsrisiken in sich und muss als unkontrollierbarer Wildwuchs bezeichnet werden.

****S. 160****

möglichst bald die Ehegatten gemeinsam zu empfangen und gemeinsam zu beraten, nicht den einen Gatten hinter dem Rücken des andern.

504 - Das Kriterium der gebotenen Unparteilichkeit hilft jedoch nicht immer, um notarielle Nebenleistung von privatrechtlicher Auftragserfüllung abzugrenzen. Es gibt Beratungsfragen, die ihrer Natur nach zu keiner beurkundungsrechtlich relevanten Parteinahme Anlass geben können. Berät die Urkundsperson in solchen Fragen, so liegt das Merkmal der notariellen Nebenleistung vor allem im Umfang der Beratung. Ratschläge, die im Rahmen notarieller Berufserfahrung üblicherweise, gewissermassen nebenher, erteilt zu werden pflegen, sind als Nebenleistungen zu betrachten. Individuelle Studien für ausgefallene Situationen sprengen diesen Rahmen und unterstehen demgemäss den privatrechtlichen Regeln des Auftrags. Das Gesagte gilt namentlich für Beratung im Vorfeld von einseitigen Willenserklärungen und von Protokollierungen. Begehrt ein Mann Beratung, wie er

testamentarisch seine Kinder aus erster Ehe maximal benachteiligen, seine zweite Ehefrau maximal begünstigen kann, oder fragt er, ob und wie er eine Stiftung errichten kann, oder fragt ein Einzelunternehmer, ob in steuerlicher Hinsicht die Umwandlung seines Betriebs in eine juristische Person günstig wäre und ob die Form der AG oder diejenige der GmbH besser geeignet sei, so haben sich die Antworten auf solche Fragen nicht am Kriterium der Unparteilichkeit zu messen. Nur der Umfang der erforderlichen Abklärungen und ihre Zugehörigkeit oder Nicht-Zugehörigkeit zur üblichen notariellen Berufserfahrung kann hier als Orientierungshilfe dienen.

505 - Als praktischer Test für die Unterscheidung von notarieller Nebenleistung und anwaltlicher Auftragserfüllung mag dem freiberuflichen Notar die Kontrollfrage dienen, ob ein staatlich beamteter Notar sich im Rahmen seiner Amtspflichten auf das betreffende Beratungsanliegen einlassen dürfte. Ist die Frage zu bejahen, so liegt tendenziell eine notarielle Nebenleistung vor, im umgekehrten Falle nicht. Keine Nebenleistung, sondern privatrechtliche Auftragserfüllung ist beispielsweise in folgenden Tätigkeiten zu erblicken: Eine Grundeigentümerin lässt abklären, ob eine denkmalgeschützte Liegenschaft von der Unterschutzstellung befreit, ob für das Gebäude eine Zweckentfremdungs- oder Abbruchbewilligung oder ob für geschützte Bäume eine Fällungebewilligung erhältlich ist. Eine Unternehmung lässt im Hinblick auf eine Umstrukturierung Gestaltungsvarianten unter dem Gesichtswinkel steuerlicher Optimierung darstellen und durchrechnen. Solche Abklärungen sind wesensgemäss anwaltlicher Natur und können nicht als Nebenleistungen zur Beurkundungstätigkeit betrachtet werden, auch wenn im weiteren Verlauf Grundstückkaufverträge, Gesellschaftsgründungen oder Statutenänderungen beurkundet werden.

§. 161

506 - Als wesensgemäss notariell erscheint dagegen die Konzipierung sachenrechtlicher Gestaltungen, auch bei grosser Kompliziertheit, wenn etwa im Hinblick auf eine Gesamtüberbauung eine Studie über rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten verlangt wird - unter Einbezug von Variantenvergleichen mit Baurechten verschiedener Hierarchiestufen, Stockwerkeigentumspartellen und einem Geflecht von Dienstbarkeiten und dinglichen Verknüpfungen etc.

507 - Keine Abgrenzungsprobleme stellen sich bei Verrichtungen, die wesensgemäss nicht Teil der Beurkundungstätigkeit und demgemäss nicht Nebenleistungen sein können. Hierzu gehört Maklertätigkeit, Annoncieren von Verkaufs- und Kaufangeboten, Verhandlung mit Geldgebern und anderen Drittpersonen.

508 - Die im Hinblick auf eine (mögliche) Beurkundung erteilte Beratung und Formulierungsarbeit ist und bleibt auch dann Amtstätigkeit, wenn es zu der Beurkundung nicht kommt. Vorbehalten bleiben anderslautende Absprachen mit der Klientschaft. Für die Qualifikation der Tätigkeit als Amtstätigkeit oder als privatvertraglich erbrachte Leistung ist nicht das Vorliegen oder Fehlen eines Beurkundungsbegehrens massgebend, sondern das Ziel, auf welches die Tätigkeit ausgerichtet ist. Zielt die Tätigkeit darauf ab, der Klientschaft die Entscheidungsfindung zu erleichtern, ob und gegebenenfalls was beurkundet werden soll, so liegt in der Regel notarielle Amtstätigkeit vor, für welche die Urkundsperson eine Entschädigung gemäss Notariatstarif zu fordern hat und aus welcher sie nach Massgabe der kantonal-öffentlich-rechtlichen Notariatshaftung haftbar werden kann. Allerdings stellen sich in der Praxis Haftungsfragen kaum jemals, wenn die Beurkundung ausbleibt; denn die kausale Schadensverursachung durch Beratungs- und Formulierungsfehler wird in der Regel erst dann tatbeständlich fassbar, wenn sie sich in einer Beurkundung materialisiert hat.

§ 18 Beginn des beurkundungsrechtlichen Rechtsverhältnisses

509 - *Am Beginn der Beurkundung steht in der Regel ein informeller Erklärungsaustausch (klientenseitige Anfrage, notarielle Zusage), welcher einer Willens-*

****S. 162****

einigung äusserlich gleicht. Seltener ist ein förmliches, an die Urkundsperson gerichtetes Beurkundungsbegehren²³.

510 - Der informelle Erklärungsaustausch ist auch in jenen Kantonen, in welchen keine unbedingte Beurkundungspflicht besteht²⁴, nicht als Vertragsschluss zu deuten. Sobald die Urkundsperson die Anhandnahme der Beurkundung zugesagt hat, steht sie für die Durchführung der Beurkundung in den notariellen Amtspflichten gegenüber dem Staat, nicht in einem Vertragsverhältnis gegenüber der Klientschaft.

511 - Erläuterung: Die Lehre vom Beurkundungsbegehren (auch Rogation, Requisition oder Beurkundungs-Ansuchen genannt) betrachtet dieses Begehren als bedeutsamen Verfahrensschritt. Die Bedeutung darf aber nicht überbewertet werden. Einerseits gelten die modalen Amtspflichten (Unparteilichkeitspflicht, Schweigepflicht, Verbot des Selbsteintritts in angekündigte Geschäfte²⁵) bereits bei Kontakten mit potentieller Klientschaft, bevor ein Begehren gestellt wurde. Die Beurkundung darf andererseits vorbereitet werden, bevor das Vorhandensein eines gültigen, von allen Trägern des Beurkundungsanspruchs mitgetragenen Beurkundungsbegehrens feststeht. Schliesslich ist zu bedenken, dass in manchen Kantonen, namentlich in solchen mit freiberuflichem Anwalts-Notariat, die einzelnen Urkundspersonen unter keiner unbedingten Amtspflicht stehen, an jedem Werktag des Jahres für die fristwahrende Anhängigmachung eines Verfahrens empfangsbereit zu sein. Die **Gewährleistung ununterbrochener Empfangsbereitschaft**, wie sie von Betreibungs-, Handelsregister- und Grundbuchämtern, von Gerichten, Polizeibehörden, Kantonsspitalern und anderen staatlichen Einrichtungen verlangt wird, wird angesichts der anders gearteten Funktion der öffentlichen Beurkundung von solchen Urkundspersonen **nicht zwingend verlangt**.

512 - Als praktische Folge ergibt sich hieraus die Obliegenheit der Beurkundungs-Klientschaft, sich zu allererst nach der Ortsanwesenheit und zeitlichen Verfügbarkeit einer Urkundsperson zu erkundigen. Sendet ein Wechselinhaber den Wechsel wenige Tage vor Fristablauf der ferienabwesenden Urkundsperson zum Protest, und bleibt der Wechsel bis nach Fristablauf unprotestiert liegen, so hat der Klient sich wegen Missachtung der erwähnten Obliegenheit den Schaden selber zuzuschreiben.

Fn 23 - Vgl. hierzu Ziff. 855.

Fn 24 - Zur Beurkundungspflicht und ihren Schranken vgl. Ziff. 845.

Fn 25 - Einer Überbewertung der Rogation entsprang die praktisch sanktionslose Erledigung eines Tatbestandes, wie er in der Berliner Zeitung vom 08.07.1993, Nr. 157, S. 24 (Rubrik "Brandenburg"), i.S. Konrad Fuchs/Notar Peter Gläser mitgeteilt wurde: Fuchs war im Besitz einer günstigen Offerte für ein Grundstück in Potsdam und erkundigte sich bei Notar Gläser über die Voraussetzungen der Beurkundung. Der Notar setzte sich umgehend mit der Verkäuferin in Verbindung, machte ihr eine etwas bessere Kaufofferte und erwarb das Grundstück selber. - Seine Amtspflichtverletzung wurde von der Aufsichtsbehörde als nicht gravierend qualifiziert, weil er noch nicht förmlich rogiert gewesen war.

****S. 163****

513 - Die der Klientschaft obliegende Erkundigung führt in der Regel zu dem erwähnten Erklärungsaustausch, durch welchen die Urkundsperson - im Falle ihrer Anwesenheit und zeitlichen Verfügbarkeit - die Vornahme der Beurkundung zusagt, oder - bei Arbeitsüberlastung, Interessenkonflikt oder anderen derartigen Gründen - ablehnt oder zeitlichen Aufschub verlangt; möglicherweise führt die Erkundigung der Klientschaft auch nicht zu einem solchen Erklärungsaustausch, weil das Notariatsbüro vorübergehend geschlossen oder die Urkundsperson persönlich nicht sogleich erreichbar ist.

514 - Obliegt aber der Klientschaft die erwähnte Erkundigung, so hat die **notarielle Zusage der Anhandnahme** entscheidende rechtliche Bedeutung. Mit dieser Zusage, nicht mit dem Eintreffen

eines einseitigen Beurkundungsbegehrens im Briefkasten der Urkundsperson, beginnt die notarielle Erledigungspflicht. Die Zusage kann gegeben werden, bevor die Klientschaft eine Erklärung abgegeben hat, die als Beurkundungsbegehren qualifiziert werden könnte. Die Urkundsperson kann beispielsweise ihre Verfügbarkeit für einen Wechselprotest an einem bestimmten Tag zusagen, obwohl der Klient noch nicht weiss, ob der Wechsel überhaupt zum Protest kommt.

515 - Unabhängig von der Erteilung einer solchen Zusage muss die Urkundsperson von Amtes wegen als verpflichtet gelten, **auf jedes von ihr wahrgenommene Beurkundungsbegehren innert nützlicher Frist zu reagieren**, sei es durch Anhandnahme der Beurkundung oder durch die Mitteilung, die sofortige Anhandnahme sei nicht möglich oder es bestünden Hinderungsgründe (mangelnde Zuständigkeit, Ausstand etc.). Diese Reaktionspflicht, welche ein Ausfluss der Eintretenspflicht²⁶ ist, kann sich aber nur auf die von der Urkundsperson oder ihren Hilfspersonen tatsächlich wahrgenommenen Beurkundungsbegehren beziehen; sie umfasst nicht die Pflicht, Empfangsbereitschaft für eingehende Post und Telefonate dauernd aufrecht zu erhalten.

516 - Aus dem Gesagten ergeben sich zwei Varianten des Beginns des beurkundungsrechtlichen Rechtsverhältnisses, nämlich

(a) der häufigere Fall der notariellen Zusage und der anschliessenden klientenseitigen Instruktion und

(b) der seltenere Fall des nicht vorbesprochenen, klientenseitigen Beurkundungsbegehrens und der anschliessenden notariellen Zusage oder Anhandnahme; die Anhandnahme ist konkludente Zusage.

517 - Da das beurkundungsrechtliche Rechtsverhältnis im wesentlichen durch öffentlichrechtliche notarielle Amtspflichten bestimmt ist, haben Zeitpunkt, Inhalt, Form und Mängelfreiheit des Beurkundungsbegehrens bzw. des Austauschs von Anfrage und Zusage nicht jene rechtliche Bedeutung, die dem Erklärungsaustausch zu Beginn eines privatrechtlichen Vertragsver-

Fn 26 - Vgl. hierzu hinten, Ziff. 843.

****§. 164****

hältnisse zukommt. Fertigt die Urkundsperson aufgrund eines Missverständnisses eine beglaubigte Fotokopie statt eine Unterschriftsbeglaubigung aus oder erstellt sie auf Anstoss eines Nicht-Erben die Erbgangsbeurkundung, so steht sie bei ihrer Verrichtung trotzdem in allen Amtspflichten und erstellt eine öffentliche Urkunde; fehlte es an der Äusserung des Beurkundungswillens jener Person, für welche die Urkundsperson irrtümlich zu handeln glaubte, so hat die Urkundsperson keinen Entschädigungsanspruch und braucht die gefertigte Urkunde nicht auszuhändigen; entschliesst sich die betreffende Person nachträglich zum Bezug der Urkunde, so bezieht und bezahlt sie eine Urkunde, die von Anfang an als öffentliche Urkunde zustandegekommen war²⁷.

§ 19 Interessewahrungspflicht der Urkundsperson gegenüber den Urkunden-Adressaten

518 - *Zwischen Urkundsperson (bzw. bei Amtsnotariat: zwischen dem Staat) und den Urkundenadressaten besteht kein Rechtsverhältnis. Von Amtes wegen ist die Urkundsperson jedoch zur Wahrung der Interessen der Urkundenadressaten im nachgenannten Umfang verpflichtet.*

519 - *Diese Interessenwahrung bezieht sich nicht auf die inhaltliche Ausgewogenheit und wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit des beurkundeten Gegenstandes aus der Sicht des Urkunden-Adressaten, sondern ausschliesslich auf den Bestand der öffentlichen Urkunde²⁸ und die materiellrechtliche Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes sowie auf die sprachliche und rechtliche Verständlichkeit und Klarheit der Urkunde für den Urkunden-Adressaten. Die Urkundsperson*

hat das Nötige vorzukehren, damit der Urkunden-Adressat die Urkunde und deren rechtliche Tragweite bei aufmerksamer Lektüre richtig versteht.

520 - *Bei dieser Interessenwahrung hat sich die Urkundsperson von den Erwartungen und Verständnismöglichkeiten leiten zu lassen, die von dem konkreten Urkunden-Adressaten typischerweise anzunehmen sind.*

521 - Erläuterung: Die hier festgehaltene Amtspflicht deckt sich weitgehend mit dem hinten beschriebene Verbot der Schaffung eines falschen Anscheins amtlich geprüfter Gültigkeit. Die Wahrung der Interessen des Urkunden-Adressaten erheischt jedoch, dass sich die Urkundsperson von den typischen Erwartungen und Verständnismöglichkeiten des konkreten

Fn 27 - Zu den Rechtsfolgen eines fehlenden oder mangelhaften Beurkundungsbegehrens vgl. Ziff. 1556 ff.

Fn 28 - Im Sinne der "entstandenen öffentlichen Urkunde"; vgl. Ziff. 1480 ff.

****§. 165****

Adressaten leiten lässt, wogegen das allgemeine Verbot der Schaffung falschen Anscheins eine Sorgfaltspflicht der Urkundsperson nach Massgabe der Fragestellung begründet, welcher Missbrauch mit der Urkunde zum Nachteil beliebiger Dritter getrieben werden kann. Die Urkundsperson steht gegenüber dem Urkunden-Adressaten in einer positiven Amtspflicht (Handlungspflicht), wogegen das allgemeine Verbot, falschen Anschein zu schaffen, als eine gegenüber jedermann geltende Unterlassungspflicht zu beschreiben ist.

522 - Beispiele für die gegenüber dem Urkunden-Adressaten bestehende Pflichtenstellung der Urkundsperson sind die notarielle Gewähr für die Gültigkeit der von ihr beurkundeten Bürgschaftserklärung, ferner die Gewähr für die Unterzeichnungskompetenz der Unterzeichner rechtsgeschäftlicher Erklärungen, wenn die Urkundsperson deren Unterschriften beglaubigt.

523 - So handelt eine Urkundsperson pflichtwidrig, wenn sie auf der Garantieerklärung einer schweizerischen Firma zugunsten eines ausländischen Urkunden-Adressaten (des Garantiebegünstigten) lediglich die Echtheit der persönlichen Unterschriften der unterzeichnenden Personen beglaubigt, sich über deren Zeichnungsbefugnis für die betreffende Firma aber ausschweigt, sofern den Unterzeichnern diese Befugnis tatsächlich abgeht (etwa, wenn eine international wirksame Garantie des Stammhauses von zwei Prokuristen unterschrieben wurde, welche nur für eine Zweigniederlassung zeichnungsberechtigt sind, oder wenn ein kollektiv Zeichnungsberechtigter allein unterschrieben hat). Denn der ausländische, mit der schweizerischen Beglaubigungspraxis nicht vertraute Urkunden-Adressat darf erwarten, dass die unter einer Firma-Unterschrift beigesetzte notarielle Beglaubigung die Gültigkeit der Firmaunterschrift, nicht nur die Echtheit der persönlichen Unterschriften, bezeuge.

524 - Unzulässig ist auch die Erstellung von Sachbeurkundungen - etwa zuhanden ausländischer Zoll- oder Devisenbehörden - wenn durch Verwendung mehrdeutiger Ausdrücke oder durch sorgfältig redigierte Unvollständigkeit für den Urkunden-Adressaten ein irreführender Anschein geschaffen wird. Das im schweizerischen Bankenrecht herausgearbeitete Verbot der Erstellung irreführender Bescheinigungen muss analog auch für die Urkundspersonen Geltung haben.

525 - Jeder Urkunden-Adressat im In- und im Ausland soll sich darauf verlassen können, dass die gesiegelte Urkunde einer schweizerischen Urkundsperson nach Treu und Glauben richtig und das beurkundete Geschäft gemäss notarieller Beurteilung gültig ist und dass die gewählten Formulierungen und die Urkundengestaltung nicht mit dem Seziermesser juristischer Feinanalyse auf Irreführungsversuche hinterfragt werden müssen.

****S. 166****

§ 20 Keine Interessewahrungspflicht der Urkundsperson gegenüber Drittbegünstigten und -benachteiligten

526 - Zwischen Urkundsperson (bzw. bei Amtsnotariat: zwischen dem Staat) und den Drittbegünstigten und -benachteiligten besteht kein Rechtsverhältnis.

527 - Dagegen besteht eine aus der Belehrungspflicht fliessende Hinweispflicht gegenüber dem Klienten, wenn dieser bei der Benachteiligung Dritter über das rechtlich zulässige Mass hinausgehen will. Denn solche Gestaltungen tragen den Keim zu künftigen Konflikten in sich; im Rahmen der Belehrungspflicht hat die Urkundsperson darauf hinzuwirken, dass solche Konflikte vermieden werden.

528 - Erläuterung: Es gibt keine Amtspflicht der Urkundsperson, die wirtschaftlichen Interessen Drittbegünstigter zu wahren. Weist die Urkunde Mängel auf, welche sich zum Nachteil bestimmter Drittbegünstigter (und zum entsprechenden Vorteil anderer Personen) auswirken, so haftet die Urkundsperson aus einem solchen Grunde nicht gegenüber den betreffenden Drittbegünstigten. Bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen dient das Beurkundungsverfahren dazu, dem Willen des Testators künftige Geltung zu verschaffen, nicht dagegen dazu, den Erben und Vermächtnisnehmern die vom Testator gewollten Vermögensteile zu verschaffen.

529 - Es gibt auch keine Amtspflicht der Urkundsperson, die wirtschaftlichen Interessen Drittbegünstigter zu wahren, bzw. deren Benachteiligung zu verhindern oder auf das rechtlich zulässige Mass zu begrenzen.

530 - Zur notariellen Pflicht, eine Abmahnungsklausel in die Urkunde aufzunehmen, wenn andernfalls in den Augen Dritter der falsche Anschein geprüfter Gültigkeit entstehen könnte, vgl. Ziff. 1846 ff.

§ 21 Das Rechtsverhältnis zu den Dolmetschern

531 - Die Dolmetscher treten mit der Aufnahme ihrer Tätigkeit in einem Beurkundungsverfahren in ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis gegenüber dem Staat. Sie sind nicht (bzw. nicht nur) als privatrechtlich Beauftragte zu qualifizieren.

****S. 167****

532 - Als Verfahrensbeteiligte unterstehen sie der Weisungskompetenz der Urkundsperson, nicht derjenigen der zu Urkund erklärenden Privatpersonen. Die Urkundsperson, nicht der fremdsprachige Erschienene, instruiert den Dolmetscher, welche Äusserungen des Erschienenen übersetzt werden sollen und welche Äusserungen nicht übersetzt zu werden brauchen.

533 - Die Dolmetscher stehen unter der Wahrheits- und der Unparteilichkeitspflicht. Die Urkundsperson hat sie auf diese beiden Pflichten erforderlichenfalls hinzuweisen.

534 - Zweifelt die Urkundsperson daran, dass ein Dolmetscher diese Pflichten nach bestem Wissen und Gewissen zu erfüllen bestrebt ist, oder wird Unfähigkeit bezüglich der zu leistenden Verständigungshilfe (z.B. sprachliches Unvermögen eines Dolmetschers) erkennbar, so hat die Urkundsperson den betreffenden Dolmetscher seiner Funktion zu entheben. Der betreffende Dolmetscher hat keinen Anspruch auf weitere Verfahrensteilnahme, auch keinen Anspruch auf Erläuterung des notariellen Entscheides; die Urkundsperson handelt nach freiem Ermessen.

535 - Erläuterung: Zu unterscheiden ist zwischen zivil- und beamtenrechtlichen Rechtsverhältnissen einerseits, dem beurkundungsrechtlichen Rechtsverhältnis andererseits. Dolmetscher können

zivilrechtlich die Angestellten, beamtenrechtlich die Untergebenen der Urkundsperson sein, oder sie können aufgrund eines Auftragsverhältnisses oder ohne ein derartiges Vertragsverhältnis an der Beurkundung mitwirken. Der Entschädigungsanspruch der Dolmetscher unterliegt freier Vereinbarung; hieran wird die privatrechtliche Seite des Rechtsverhältnisses deutlich. Das Beurkundungsrecht schliesst nicht aus, dass eine private Partei den Dolmetscher anheuert und honoriert. Über einen solchen privatrechtlichen Auftrag überlagert sich aber, sobald der Dolmetscher seine Funktionen aufnimmt, das öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis und die aus dem öffentlichen Beurkundungsrecht abgeleitete Pflichtenstellung, insbesondere die Wahrheits- und Unparteilichkeitspflicht des Dolmetschers, und damit auch seine Ausstandspflicht, wenn er einer Partei nahesteht oder seine Funktion in eigenen Belangen ausüben müsste²⁹.

536 - Es ist empfehlenswert, dass die Urkundsperson den Dolmetscher erforderlichenfalls mit einer gewissen Feierlichkeit auf die öffentlichrechtliche Pflichtenstellung hinweist, ähnlich wie es der Richter tut, bevor er Dolmetscher, Zeugen oder Experten im Gerichtssaal zu Worte kommen lässt. Dem Dolmetscher soll klar werden, dass er nicht gefälligkeitshalber irgend eine Assistenz oder Aushilfe leistet, sondern dass er als Teilnehmer rechtlich in ein Verfahren einbezogen wird.

Fn 29 - Die Ausstandspflicht des Dolmetschers im Verhältnis zu den Parteien (zu Recht nicht auch im Verhältnis zur Urkundsperson) wird ebenfalls postuliert im Kreisschreiben der Verwaltungskommission des OG ZH vom 15.3.1974 über die Errichtung öffentlicher Urkunden in einer fremden Sprache, ZR 74 S. 14, Ziff. 2.

****S. 168****

537 - Weder die Urkundsperson noch die Erschienenen können dem Dolmetscher einen Dispens von seinen öffentlichrechtlichen Verfahrenspflichten erteilen.

538 - Verletzt ein Dolmetscher schuldhaft die Wahrheitspflicht und bewirkt er dadurch das Zustandekommen einer inhaltlich unwahren Urkunde, d.h. einer Urkunde, welche die Erklärungen des fremdsprachigen Erschienenen in der Urkunde unrichtig wiedergibt, so macht sich der Dolmetscher eines Urkundendelikt im Sinne der Art. 251-253 StGB schuldig. Als Korrelat zu der strafrechtlich sanktionierten Wahrheitspflicht des Dolmetschers muss gelten, dass die Erklärungen des Dolmetschers in der Dolmetschererklärung³⁰, er habe die Übersetzungsarbeit nach bestem Wissen und Gewissen vollständig und richtig besorgt und sich davon überzeugt, dass die zu Urkund erklärenden Personen den Urkundeninhalt verstanden hätten³¹ -, dass diese Erklärung, wenn sie innerhalb der Urkunde notariell protokolliert wird, in ihrer Eigenschaft als Protokollerklärung zum Verfahren am öffentlichen Glauben der Urkunde teilhat. Diese Teilhabe am öffentlichen Glauben bedarf als Legitimation der oben postulierten Unterstellung des Dolmetschers unter die öffentlichrechtlichen Verfahrenspflichten. Würde der Dolmetscher als eine bloss privatrechtlich beauftragte Person³² betrachtet, so könnte seiner Protokollerklärung wohl der öffentliche Glaube nicht zuerkannt werden. Dann fehlte in der Urkunde das öffentlich beglaubigte Zeugnis der Lesung und Genehmigung durch den Erschienenen überhaupt. Denn die Urkundsperson, welche in den Dialog zwischen Dolmetscher und Erschienenen nicht hineinhört, kann das betreffende Zeugnis nicht selber mit öffentlichem Glauben abgeben, wenn nicht, als Vorbedingung, dem diesbezüglichen Zeugnis des Dolmetschers öffentlicher Glaube zukommt.

Fn 30 - Vgl. hiezu im einzelnen hinten, Ziff. 2250 ff.

Fn 31 - Im Kreisschreiben der Verwaltungskommission des OG ZH vom 15.3.1974 über die Errichtung öffentlicher Urkunden in einer fremden Sprache, ZR 74 S. 14, Ziff. 2, wird zusätzlich verlangt, der Dolmetscher habe zu bescheinigen, dass die fremdsprachige Person erklärt habe, die Urkunde enthalte ihren Willen. - Da der Text Willenserklärungen enthält, ist eine solche ausdrückliche, separate Bestätigung jedoch nicht unerlässlich.

Fn 32 - Auf die öffentlichrechtliche Verfahrensstellung weist das bernische Notariatsrecht hin, indem es die Dolmetscher, Taubstummenübersetzer ("Sachverständige") und Schätzer mit einem besonderen verfahrensrechtlichen Begriff, demjenigen der Nebenpersonen, bezeichnet; vgl. BE ND Art. 1 Abs. 2.

§ 22 Das Rechtsverhältnis zu den Beurkundungszeugen

539 - *Für die Beurkundungszeugen³³ gilt das oben für die Dolmetscher Gesagte³⁴ sinngemäss.*

540 - *Die Beurkundungszeugen stehen unter der Wahrheitspflicht. Die Urkundsperson hat sie auf diese Pflicht erforderlichenfalls hinzuweisen.*

541 - *Wegen ihrer Kontrollfunktion sollen Beurkundungszeugen weder in einem arbeitsvertraglichen Rechtsverhältnis noch in einer beamtenrechtlichen Unterstellung gegenüber der Urkundsperson stehen. Desgleichen sollen sie unabhängig sein von allfälligen Urkunden-Adressaten und Drittbegünstigten.*

542 - *Ungeachtet der Kontrollaufgabe unterstehen die Beurkundungszeugen der Verfahrensleitung der Urkundsperson. Die Urkundsperson bestimmt, welche Elemente des Beurkundungsverfahrens durch die Zeugen zu bestätigen sind.*

543 - Erläuterung: Auch bei den Beurkundungszeugen kann sich die unabdingbare öffentlichrechtliche Pflichtenstellung im Beurkundungsverfahren mit einem privatrechtlichen Auftragsverhältnis überlagern. Keinesfalls darf die Zeugenfunktion ausschliesslich als die Erfüllung eines privatrechtlichen Auftrags gedeutet werden. Die Urkundsperson soll die Zeugen erforderlichenfalls mit einer gewissen Feierlichkeit auf ihren rechtlichen Einbezug in das Verfahren hinweisen.

544 - Für das Zeugengeld haftet mangels vertraglicher Absprache in erster Linie die Urkundsperson bzw., beim Amtsnotariat, der Staat, welche sich ihrerseits durch Weiterbelastung des Zeugengeldes an die Klientschaft schadlos halten. Manche Urkundspersonen pflegen ihre Klienten darauf hinzuweisen, dass der Beizug und die Entschädigung tauglicher Zeugen die Sache der Klienten ist. Bei letztwilligen Geschäften ist es nützlich, wenn die Zeugen die letztwillig verfügenden Personen, deren Geisteszustand und deren familiäre Verhältnisse kennen und dementsprechend bei der späteren Zeugenbefragung anlässlich einer allfälligen gerichtlichen Anfechtung konkrete Auskunft geben können. Werden statt dessen routinemässig immer die gleichen, der Urkundsperson bekannten Personen als Zeugen aufgeboden und üben solche Personen die Zeugenfunktion dutzendweise aus, so kann später keine Erinnerung an irgend ein bestimmtes Geschäft mehr erwartet werden; dies ist als Nachteil zu bewerten.

Fn 33 - Zur Bedeutung und Funktion der Beurkundungszeugen vgl. Ziff. 385 ff.

Fn 34 - Vgl. Ziff. 531 f.

545 - In der Regel geben die Beurkundungszeugen ihr Zeugnis dadurch ab, dass sie das von der Urkundsperson vorbereitete Zeugenprotokoll bzw. die Zeugenerklärung vorbehaltlos unterzeichnen. Faktisch beschränkt sich die Aufgabe der Beurkundungszeugen also darauf, den ihnen zur Unterzeichnung vorgelegten Erklärungstext auf seine Richtigkeit hin zu kontrollieren, indem sie sich gegenwärtigen, ob dieser Text die soeben gemachten Wahrnehmungen richtig wiedergibt. Im Zweifelsfalle erfüllt der Beurkundungszeuge seine Wahrheitspflicht dadurch, dass er die Unterzeichnung des ihm unterbreiteten Erklärungstextes verweigert oder dass er den Text mit den erforderlich scheinenden Abänderungen selber neu ausfertigt oder durch die Urkundsperson neu ausfertigen lässt, bevor er unterzeichnet. Die Verweigerung der Unterzeichnung ist namentlich denkbar, wenn bei einem letztwilligen Geschäft der Beurkundungszeuge aufgrund seiner Wahrnehmung Zweifel an der Verfügungsfähigkeit der sachbeteiligten Personen erhält.

546 - Ob der Beurkundungszeuge die ihm zur Unterschrift vorgelegte Zeugenerklärung unverändert unterzeichnen will, ist sein selbständiger Entscheid, den er nach bestem Wissen und Gewissen trifft.

Es gibt keine Rechtspflicht zur Unterzeichnung der Zeugenerklärung, weder gegenüber den Sachbeteiligten noch gegenüber der Urkundsperson oder dem Staat. Da nur das freiwillig geleistete Beurkundungszeugnis seinen verfahrensrechtlichen Zweck erfüllt, kann auch eine grundlose Verweigerung der Unterschrift unter das Zeugenprotokoll nicht rechtswidrig sein.

§ 23 Die Rechtsverhältnisse bei den Sachbeurkundungen

547 - Bei den Sachbeurkundungen steht die Urkundsperson gegenüber dem Staat in der Wahrheitspflicht, welche die Pflicht zu sorgfältiger Sachverhaltsermittlung einschliesst. Gegenüber dem Klienten steht die Urkundsperson in der Erledigungspflicht³⁵, d.h. in der Pflicht, die angeforderte Beurkundung vorzunehmen und die fertige Urkunde innert nützlicher Frist auszuliefern.

Fn 35 - Vgl. BE NG Art. 32: "Der Notar hat ... die ihm übertragenen Geschäfte innert nützlicher Zeit zu erledigen." - Zum Begriff der Erledigungspflicht vgl. im übrigen Ziff. 919 ff.

****S. 171****

548 - Bei der Protokollaufnahme von Veranstaltungen handelt die Urkundsperson gegenüber den Veranstaltungsteilnehmern hoheitlich. Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen findet mit Ausnahme der Urkundenerstellung (Unterzeichnung und Siegelung) kein hoheitliches Handeln statt.

549 - Erläuterung: Bei der Beurkundung individueller Erklärungen findet ein Beurkundungsverfahren unter der hoheitlichen Leitung der Urkundsperson statt: Sie führt den Vorsitz. - Bei der Protokollierung von Veranstaltungen präsidiert eine andere Person. Die Rolle der Urkundsperson erscheint in vermehrtem Masse als eine dienende. Aber auch hier handelt die Urkundsperson insofern hoheitlich, als sie in Ausübung ihrer dem Staat geschuldeten Amtspflichten den Vorgang möglichst genau beobachtet und ihn wahrheitsgemäss protokolliert. - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen liegt im wesentlichen eine blosser Dienstleistung vor, deren Erbringung zwar in amtlicher, jedoch im wesentlichen nicht in hoheitlicher Funktion erfolgt.

§ 24 Entschädigungsansprüche für Beurkundungstätigkeit

1. Leistungsentgelt und Auslagenersatz; Rechtsnatur

550 - Beurkundungstätigkeit ist entgeltlich³⁶, desgleichen die Vorbereitung einer nicht erfolgten Beurkundung³⁷.

551 - Beim Amtsnotariat hat der Staat, bei freiberuflichem Notariat die Urkundsperson einen Anspruch auf ein Leistungsentgelt und auf Ersatz der entstandenen Auslagen³⁸.

552 - Der Anspruch auf Leistungsentgelt und Auslagenersatz für Beurkundungstätigkeit ist sowohl beim Amtsnotariat als auch beim freiberuflichen Notariat ein solcher aus kantonalem öffentlichem Recht.

Fn 36 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 95, N 1 zu Art. 33 NG BE.

Fn 37 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 96, N 5 zu Art. 33 NG BE.

Fn 38 - BE NG Art. 33 Abs. 1.

****S. 172****

553 - Kein Entschädigungsanspruch besteht für Leistungen und Auslagen, die bei objektiver Beurteilung schon im Zeitpunkt ihrer Vornahme offensichtlich unnötig waren³⁹.

2. Tarifzwang; Geltungsbereich des Tarifs

554 - Die Entschädigung für Beurkundungsleistungen richten sich nach kantonalem Tarif; dieser Tarif⁴⁰ ist Teil des kantonalen öffentlichen Rechts⁴¹.

555 - Der Tarif ist, unter Vorbehalt der hienach genannten Ausnahmen, bindend für Urkundspersonen und deren Klienten für alle Beurkundungstätigkeit⁴² und die im Zusammenhang mit einer Beurkundung erbrachten Nebenleistungen⁴³, nicht jedoch für weitere Tätigkeiten wie auftragsrechtliche Rechtsberatung, selbständige Treuhandfunktionen, Willensvollstreckung⁴⁴. In diesen weiteren Bereichen können sich weder Urkundsperson noch Klientschaft auf den Notariatsstarif berufen, auch wenn er entsprechende Tarifpositionen aufweist. Der Tarif ist in diesen weiteren Bereichen lediglich als Orientierungshilfe⁴⁵ und, sofern der Tarif regelmässig angewendet wird, als Ausdruck der

Fn 39 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 99, N 11 zu Art. 33 NG BE; vorbehalten bleiben Bemühungen, die von der Klientschaft trotz ausdrücklichem Hinweis auf die mangelnde Beurkundungsbedürftigkeit verlangt werden. Hiezu gehören insbesondere Beurkundungen von Geschäften, die zur ihrer Gültigkeit dieser Form nicht bedürfen.

Fn 40 - Die vom Bundesgericht entwickelten Anforderungen an die kantonalen Tarife können folgendermassen zusammengefasst werden: Der Tarif muss nach sachlich haltbaren Gesichtspunkten ausgestaltet sein und darf keine Unterscheidungen treffen, für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist (BGE 97 I 205). Die im konkreten Fall erhobene Entschädigung muss in einem vernünftigen Verhältnis zur erbrachten Leistung stehen (BGE 97 I 205). Ein offensichtliches Missverhältnis ist als übermässige Erschwerung des Zugangs zur öffentlichen Beurkundung zu betrachten und demgemäss eine Verletzung des Bundesprivatrechts (BGE 96 I 716 E 3; 83 I 89 f. E 6). - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 98, N 10 zu Art. 33 NG BE.

Fn 41 - Bezüglich der den Tarifen zugrundezulegenden Bemessungskriterien vgl. Ziff. 3512 ff.

Fn 42 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 65, N 6 vor Art. 25.

Fn 43 - Zu diesem Begriff vgl. Ziff. 495 und 501 ff. - Zu den Nebenleistungen gehört die Abwicklung des Zahlungsverkehrs, d.h. die Überwachung des Zug-um-Zug-Prinzips anlässlich der Grundbuchanmeldung einer Grundstücksveräusserung durch notarielle Entgegennahme des Kaufpreises am Tage der Grundbuchanmeldung.

Fn 44 - Vgl. BGE 78 II 123-130 i.S. Erben S./Blattmann. Kantonalrechtliche Notariatsstarife können nur Gebühren für die eigentliche Amtstätigkeit von Urkundspersonen verbindlich regeln, nämlich die Gebühren für die eigentliche Beurkundungstätigkeit, ferner für jene Verrichtungen, zu deren Vornahme die Urkundsperson von Gesetzes wegen verpflichtet sind, wie z.B. Aufbewahrung letztwilliger Verfügungen.

Fn 45 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 101, N 9 zu Art. 34 NG BE.

****S. 173****

Üblichkeit im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR und des Ortsgebrauchs im Sinne von Art. 5 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren.

556 - Die Urkundsperson kann die tarifkonforme Entschädigung herabsetzen oder erlassen, wenn dies aus sozialen Gründen⁴⁶ oder im Sinne einer ehrenamtlichen Leistung zugunsten einer gemeinnützigen Institution⁴⁷ geschieht. Freiberufliche Urkundspersonen nehmen eine solche Befugnis zuweilen auch praeter legem in Anspruch zugunsten von Klienten, welche die Urkundsperson mit der Beurkundung von Geschäften ohne Binnenbeziehung zur Schweiz betrauen.

557 - Die Urkundsperson kann die Entschädigung ferner herabsetzen, wo die kantonale Praxis oder bestehende Weisungen für bestimmte Fallgruppen eine solche Abweichung vom geltenden Tarif vorsehen.

558 - In anderen Fällen darf sie die Entschädigung nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde ermässigen.

559 - Die Herabsetzung erfolgt gemäss den im Tarif oder in Weisungen vorgesehenen Kriterien; fehlen solche, so erfolgt sie nach pflichtgemässigem Ermessen der Urkundsperson.

560 - Unzulässig ist das Angebot ermässiger Gebühren zum Zwecke des Klientenfangs⁴⁸.

561 - Erläuterung: Die Kantone können den Notariatstarif auf notarielle Verrichtungen auch ausserhalb der Beurkundungstätigkeit anwendbar erklären, sofern es sich um amtliche Verrichtungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Monopolcharakter handelt, wie beispielsweise die Aufnahme von Nachlassinventaren, die Eröffnung von Ehe- und Erbverträgen und letztwilligen Verfügungen oder die Durchführung freiwilliger öffentlicher Versteigerungen⁴⁹.

Fn 46 - Art. 7 GD BE sieht eine Pflicht des Notars zur Herabsetzung auf ein tragbares Mass vor, wenn sich der Klient in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen befindet.

Fn 47 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 97, N 6 zu Art. 33 NG BE.

Fn 48 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 97, N 6 zu Art. 33 NG BE; Weisung des OG LU als Aufsichtsbehörde über die Urkundsperson vom 21.10.1974, LGVE 1974 I Nr. 226, S. 261/262: "Es liegt im Wesen einer staatlichen Gebührenverordnung, dass ihr Zwangscharakter zukommt. [...] «Triftige Gründe» [für die Gebührenreduktion im Einzelfall] im Sinne dieser Bestimmung liegen vor, wenn die Urkundsperson einer bedürftigen Partei entgegenkommen will oder freundschaftliche Beziehungen bestehen oder wenn eine Partei beteiligt ist, die einen gemeinnützigen Zweck verfolgt". Dem kann bezüglich der "freundschaftlichen Beziehungen" nicht beige-pflichtet werden; andernfalls würde eine Sprachregelung gefördert, gemäss welcher jeder geworbene Klient zum "Freund" der Urkundsperson aufrückte. - Klientenfang ist als Motiv der Gebührenreduktion dann nicht zu vermuten, wenn die verbleibende Gebühr für die Urkundsperson nicht kostendeckend ist.

Fn 49 - Vgl. BS Notariatstarif § 1: "Dieser Tarif ist anwendbar, wenn ein Notar mit der Herstellung einer öffentlichen Urkunde oder mit einem andern Geschäft der freiwilligen Gerichtsbarkeit beauftragt wird."

****S. 174****

562 - Fälle der Herabsetzung mit aufsichtsrechtlicher Bewilligung sind denkbar, wenn eine Entschädigungsforderung in einem Einzelfall, gemessen an der notariellen Leistung, als übersetzt erscheint. In der Regel liegen Unvollkommenheiten des kantonalen Tarifs vor, welche von der Aufsichtsbehörde richtigerweise durch eine konstante Praxis korrigiert werden. Wird eine solche Praxis publiziert oder in Weisungen zusammengefasst, so können sich in späteren Fällen die entsprechenden Reduktionsgesuche erübrigen.

563 - Unterbleibt die Beurkundung aus einem Grund, den die Urkundsperson zu vertreten hat (beispielsweise, weil die Urkundsperson in den Ausstand zu treten hat), und erwächst der Klientschaft aus den bereits ergangenen Vorbereitungsarbeiten kein Nutzen, so soll die Urkundsperson auf eine Honorarstellung verzichten. Unterbleibt die Beurkundung aus anderen Gründen, so ist die Urkundsperson zur Honorarstellung berechtigt, wobei sie mangels klarer diesbezüglicher kantonaler Regelungen eine angemessene Herabsetzung im Verhältnis zu den Tarifpositionen für die vollzogene Beurkundung vornehmen, d.h. sich vorwiegend am ergangenen Zeitaufwand, nicht am Interessewert des Geschäftes, orientieren soll. Auch in diesem Falle ist der Entschädigungsanspruch ein öffentlichrechtlicher⁵⁰.

564 - Wo Beurkundungs-Tourismus ausländischer Klientschaft stattfindet, gehen manche freiberuflichen Urkundsperson davon aus, der Entschädigungsanspruch sei frei verhandelbar, der kantonale Tarif bloss Orientierungshilfe⁵¹. Amtsnotariate beteiligen sich an solchem Preiswettbewerb kaum, sondern halten sich an die geltenden Tarife.

Fn 50 - Vgl. Entscheid der Notariatskammer BE vom 3.3.1987, BN 1988 S. 217-224.

Fn 51 - In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der Beurkundungs-Tourismus weder der Klientschaft noch den davon profitierenden Urkundspersonen vorzuwerfen, sondern ausschliesslich der Rigidität und Unangemessenheit der Notariatstarife am Herkunftsort zuzuschreiben ist. Wo ein lokaler Notariatstarif die Klientschaft zum Ausweichen in andere Kantone oder gar ins Ausland treibt, ist dieser Tarif zu korrigieren. Die Nichtanerkennung auswärts entstandener öffentlicher Urkunden ist kein legitimes Mittel, um einen übersetzten einheimischen Tarif durchzusetzen. Bedenklich wird das Ausweichen dann, wenn es nicht durch die Verschiedenheit der Tarife, sondern durch die Missachtung des Tarifs, d.h. durch ein Unterbieten des geltenden Tarifs seitens

der auswärtigen Urkundsperson veranlasst ist. Kommt deutsche Klientschaft zum schweizerischen Notar, weil dieser bereit ist, den in seinem Kanton geltenden Tarif zugunsten ausländischer Klientschaft zu missachten und zu unterbieten, so ist aus deutscher Sicht die Vermutung gerechtfertigt, der schweizerische Notar habe auf die Beurkundung nicht jene Sorgfalt verwendet und er habe nicht jene Verantwortung übernommen, welche für die Anerkennung seiner Urkunde in Deutschland Voraussetzung wäre. Es ist wohl denkbar, dass deutsche Gerichte in Zukunft einer schweizerischen Urkunde die Anerkennung versagen, wenn sie in der Schweiz zu Dumping-Gebühren errichtet wurde.

****S. 175****

3. Umfang der gemäss einer Tarifposition entschädigten Leistungen

565 - Das durch die einzelne Tarifposition festgelegte Leistungsentgelt umfasst gemäss kantonal-er Vorschrift oder Praxis in der Regel die Entschädigung

(a) für alle üblichen, im Hinblick auf eine Beurkundung getätigten Vorbereitungshandlungen (was bei der Beurkundung individueller Erklärungen und bei den Protokollierungen ein Instruk-tionsgespräch mit sämtlichen Klienten oder ihren Vertretern einschliesst),

(b) für die Durchführung der Beurkundung,

(c) für die Herstellung der Originalurkunde und, wo diese von Gesetzes wegen im Gewahrsam der Urkundsperson verbleibt, für die Herstellung einer Ausfertigung zuhanden der Verfahrens-beteiligten,

(d) gegebenenfalls für die Einholung amtlicher (insbesondere steueramtlicher) Visen, die für die Eintragungsfähigkeit des Geschäftes in einem Register erforderlich sind, schliesslich

(e) gegebenenfalls die Grundbuch- oder Handelsregisteranmeldung des Geschäftes⁵².

566 - Das Leistungsentgelt für eine tarifarisch umschriebene Leistung umfasst in der Regel nicht die Vorbereitungsarbeiten, welche den üblichen Rahmen übersteigen, wie namentlich mehrmali-ge oder aussergewöhnlich lange⁵³ Instruktionsgespräche mit der Klientschaft, umfangreiche rechtliche und tatbeständliche Abklärungen, ferner die Herstellung weiterer Ausfertigungen, die Herstellung beglaubigter Fotokopien der Originalurkunde sowie Treuhandfunktionen beim Vollzug beurkundeter Geschäfte (Überwachung des Zahlungsverkehrs, treuhänderische Abho-lung und Überbringung von Pfandtiteln, Ausfertigung und Überbringung von Interimsbeschei-nigungen).

567 - Erläuterung: Das Leistungsentgelt wird mit unterschiedlichen Begriffen - Honorar, Taxe, Gebühr⁵⁴ - umschrieben, was an der rechtlichen Qualifikation jedoch nichts ändert. Ungeachtet der Terminologie im jeweiligen Kanton gilt, dass der Anspruch ein kantonal-öffentlichrechtlicher, nicht ein Auftragshonorar im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR ist⁵⁵.

Fn 52 - So BE NG Art. 33 Abs. 2 und MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 96, N 5 zu Art. 33 NG BE.

Fn 53 - Das Amtsnotariat wird tendenziell etwas grosszügiger sein, auch aussergewöhnlich lange Instruktionsge-spräche als mit der ordentlichen Taxe abgegolten zu betrachten; freiberufliche Notare handeln regelmässig "ver-dienstbewusster".

Fn 54 - So BE NG Art. 33 Abs. 1.

Fn 55 - BGE 103 Ia 85, 83 I 87; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 96, N 2 zu Art. 33 NG BE.

****S. 176****

568 - Die kantonalen Notariatstarife umschreiben die entschädigungsberechtigten Leistungen mit Begriffen, welche zum Teil eine kantonal-eigenständige Prägung erkennen lassen. Die meisten Tar-ife sind lückenhaft und werden ergänzt durch Weisungen, Grundsätze lokaler Notarenverbände und Präjudiziensammlungen, nach welchen dann die Lücken des jeweiligen Tarifs nach Bedarf ausge-füllt werden. Die wiederkehrende Frage geht dahin, welche einzelnen Verrichtungen von einer be-

stimmten Tarifposition mitumfasst werden und für welche Verrichtungen die Urkundsperson separat Rechnung zu stellen hat.

569 - Manche Tarife sehen auch Positionen vor für "artfremde" Verrichtungen, die zwar häufig von Urkundspersonen erbracht werden, die aber nicht zur Beurkundungstätigkeit gehören und für welche kein Monopol der Urkundspersonen besteht; als Beispiel ist die Willensvollstreckung zu erwähnen⁵⁶. Wo immer ein Kanton mit freiberuflichem Notariat solche Positionen für freiberufliche Urkundspersonen vorsieht, ist ein unzulässiges Übergreifen des kantonalen Rechtes in den ausschliesslichen Regelungsbereich des Bundesprivatrechts anzunehmen; denn für die freiberuflich tätige Urkundsperson muss der Entschädigungsanspruch für Leistungen, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Beurkundungstätigkeit stehen, auf Bundesprivatrecht, nicht auf kantonales öffentliches Recht abgestützt werden.

570 - Als Regel muss gelten, dass das Leistungsentgelt für eine tarifarisch umschriebene Leistung alle jene Verrichtungen abdeckt, welche im Zusammenhang mit dieser Leistung notwendigerweise von der Urkundsperson erbracht werden müssen und auf welche seitens der Klientschaft nicht verzichtet werden kann. Wo beispielsweise die kantonale Praxis verlangt, dass vor der Grundbuchanmeldung ein Handänderungssteuer-Visum betreffend Bezahlung dieser Steuer eingeholt werde, obliegt die Einholung dieses Visums der Urkundsperson; die Aushändigung der Urkunde an die Verfahrensbeteiligten zum Zwecke privater Einholung des Visums wäre mit einer ordentlichen Geschäftsabwicklung kaum vereinbar. Demgemäss sollte für eine derartige, mit der Beurkundung notwendigerweise zusammenhängende Verrichtung kein separates Leistungsentgelt gefordert werden. Andererseits soll der kantonale Gesetz- oder Verordnungsgeber bei der Festlegung des Tarifs derartige notwendige Zusatzleistungen mitberücksichtigen und für deren angemessene Entschädigung Sorge tragen.

Fn 56 - Vgl. BGE 78 II 123-130 i.S. Erben S./Blattmann. - Die vom Bundesgericht festgestellte Unverbindlichkeit eines kantonalen Anwaltstarifs für die ausschliesslich nach Bundesprivatrecht zu beurteilenden und zu entschädigenden Leistungen des Willensvollstreckers muss auch in bezug auf kantonale Notariatstarife gelten, sofern die Leistung von einer freiberuflich tätigen Urkundsperson erbracht wird. Verrichtungen kantonalen Amtsstellen sind demgegenüber grundsätzlich als Amtshandlungen zu betrachten und nach öffentlichrechtlichen Grundsätzen zu entschädigen.

****S. 177****

571 - Das gleiche muss gelten für gewisse Verrichtungen, die, obgleich nicht unverzichtbar, üblicherweise von der Urkundsperson erbracht werden. Hierzu gehört die Anmeldung eines von der Urkundsperson beurkundeten Geschäftes bei Grundbuch- oder Handelsregisteramt. Die tarifarische Entschädigung umfasst in einem solchen Falle auch die Erstellung der Grundbuch- und Handelsregisteranmeldung (wo diese nicht vom Amt selber ausgefertigt wird), nicht jedoch die Unterschriftsbeglaubigungen auf solchen Anmeldungen.

572 - Nicht notwendigerweise zur Abwicklung eines Geschäftes gehört hingegen die Herstellung zusätzlicher Ausfertigungen oder Fotokopien der Originalurkunde, die Überwachung des Zahlungsverkehrs und die Abholung und Überbringung von Pfandtiteln. Diese Dinge können die Klienten, wenn sie Kosten sparen wollen und wenn sie gegenseitiges Vertrauen haben, auch selber durchführen oder darauf verzichten. Werden solche Verrichtungen gewünscht, so sind sie separat entschädigungspflichtig.

573 - Separate Entschädigung ist auch geschuldet für zusätzliche Beurkundungen ("keine Familienwohnung" im Sinne von Art. 169 ZGB; "keine ausländische Beherrschung" im Sinne der Ausländergesetzgebung etc.) und für die notarielle Einholung von Bewilligungen und Zustimmungserklärungen, Rangrücktrittserklärungen, Löschungsbewilligungen etc. von Behörden und Dritten.

4. Person des Gläubigers

574 - Gläubiger ist beim Amtsnotariat der Staat, beim freiberuflichen Notariat die für die betreffende Beurkundung verantwortliche Urkundsperson persönlich⁵⁷.

575 - Erläuterung: Das Erfordernis der Unabhängigkeit und Selbständigkeit der freiberuflichen Urkundsperson verbietet es, den Entschädigungsanspruch als einen solchen der Notariats- oder Anwaltskanzlei zu qualifizieren, d.h. Solidargläubigerschaft bzw. Gläubigerschaft zu gesamter Hand einer einfachen Gesellschaft oder einer Kollektivgesellschaft anzunehmen.

576 - Desgleichen ist die Haftung aus fehlerhafter Beurkundungstätigkeit immer eine solche der fehlbaren Urkundsperson persönlich; Solidarhaftung ihrer Büropartner ist ausgeschlossen.

577 - Verrechenbar sind demgemäss nur Forderungen zwischen dieser Urkundsperson und den Klienten in einer bestimmten Angelegenheit,

Fn 57 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 31, N 3 zu Art. 8 und S. 96, N 3 zu Art. 33 NG BE.

****S. 178****

nicht auch die Forderungen und Verpflichtungen zwischen den letztgenannten und anderen Mitgliedern der Notariatskanzlei⁵⁸.

578 - Der ausschliesslichen Zuständigkeit der verantwortlichen Urkundsperson für die Geltendmachung ihrer Entschädigungsansprüche entspricht das Postulat, dass solche Ansprüche nicht rechtsgeschäftlich zedierbar sind; insbesondere kommt ihre Zession an Inkasso-Institutionen nicht in Frage⁵⁹. Hingegen können sie auf einen Büro-Nachfolger übertragen werden, und sie sind vererblich⁶⁰.

5. Person des Schuldners

579 - Schuldner der Entschädigung aus Beurkundungstätigkeit ist der Klient⁶¹; sind in einer Sache mehrere Klienten vorhanden, so haften sie gegenüber der Urkundsperson solidarisch. In ihrem gegenseitigen Verhältnis untereinander tragen sie die Schuld anteilmässig, sofern nichts anderes vereinbart ist.

580 - Erläuterung: Die Solidarhaftung ist in einzelnen Kantonen gesetzlich vorgesehen⁶², muss aber als allgemeiner Grundsatz auch dort gelten, wo eine ausdrückliche Vorschrift fehlt. Die Solidarhaftung hat ihren Grund nicht in der finanziellen Absicherung der Urkundsperson, sondern in der Rechtsnatur der Beurkundungsleistung. Diese ist bei Mehrparteiengeschäften stets eine Leistung für alle Verfahrensbeteiligten gemeinsam. Die Unabhängigkeit der Urkundsperson von einzelnen Verfahrensbeteiligten - als Voraussetzung für ihre Unparteilichkeit - erfordert, dass sie nicht für bestimmte Teilbeträge von einzelnen Beteiligten abhängt.

581 - Im internen Verhältnis zwischen mehreren Klienten ist die anteilmässige Schuldpflicht zu verstehen als eine hälftige bei Austauschgeschäften (Kauf- und Tauschverträgen), wobei sich eine Mehrheit von

Fn 58 - Zulässig ist die Verrechnung des öffentlichrechtlichen Anspruchs der Urkundsperson mit privatrechtlichen Ansprüchen des Klienten; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 97, N 6 zu Art. 33 NG BE.

Fn 59 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 97, N 6 zu Art. 33 NG BE bezeichnet die Zession als standeswidrig.

Fn 60 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 97, N 6 zu Art. 33 NG BE.

Fn 61 - In diesem Sinne muss auch BE NG Art. 33 Abs. 1 ausgelegt werden; wenn diese Vorschrift jene Personen als haftbar erklärt, welche das Begehren um notarielle Tätigkeit gestellt haben, so sind damit nicht jene natürlichen Personen gemeint, welche das Beurkundungsbegehren übermitteln haben, sondern die Klienten, in deren Namen das Begehren befugterweise gestellt werden konnte; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 96, N 4 zu Art. 33 NG BE, verdeutlicht dies mit dem Satz, Gebührenschuldner sei "der Klient".

Fn 62 - So BE NG Art. 33 Abs. 1.

****S. 179****

Beteiligten auf der Veräusserer- oder Erwerberseite in ihre Hälfte nach den Quoten ihrer Beteiligung am veräusserten Gegenstand zu teilen haben. Bei Erbverträgen dürfte mangels anderer Absprache eine ausschliessliche Schuldpflicht jener Person anzunehmen sein, deren Nachlass Vertragsgegenstand ist, bei Schenkungsverträgen eine hälftige Schuldpflicht von Schenker und Beschenktem.

582 - Sieht eine Vertragsurkunde die Übernahme der gesamten Beurkundungskosten durch eine einzelne Partei vor, so ändert dies an der Solidarhaftung der übrigen gegenüber der Urkundsperson nichts. Möchte die Urkundsperson aus bestimmten Gründen ihr Entschädigungsinkasso nicht primär bei der betreffenden Partei vornehmen, so hat sie dies den Verfahrensbeteiligten im Rahmen der notariellen Belehrung mitzuteilen. Unterlässt sie einen diesbezüglichen Hinweis, so dürfen die Verfahrensbeteiligten davon ausgehen, dass die Urkundsperson mit der primären Geltendmachung ihrer Ansprüche gegenüber der in der Urkunde bezeichneten Partei einverstanden ist. In diesem Fall soll die Urkundsperson sich zuerst an diese Partei, erst nach erfolgloser Mahnung an die andere Partei halten⁶³.

6. Gerichtsstand für die rechtliche Geltendmachung

583 - *Sind Entschädigungsansprüche⁶⁴ aus Beurkundungstätigkeit und den im Zusammenhang mit einer Beurkundung erbrachten Nebenleistungen⁶⁵ streitig, so ist deren rechtskräftige Beurteilung durch Instanzen des betreffenden Kantons vorzunehmen. Die Zwangsvollstreckung erfolgt im ordentlichen Vollstreckungsverfahren am Wohnsitz des Schuldners.*

584 - *Das kantonale Recht kann für die Beurteilung der Tarifkonformität einer Entschädigungsforderung einerseits, für die Beurteilung der übrigen Tat- und Rechtsfragen andererseits verschiedene Instanzen vorsehen. Wo keine solche Zweiteilung des Verfahrens vorgesehen ist, entscheidet die gleiche Instanz über die Entschädigungsforderung unter allen tatbeständlichen und rechtlichen Gesichtswinkeln.*

585 - *Freiberufliche Urkundspersonen haben, wo das kantonale Recht keine anderweitige Regelung vorsieht, ihre Entschädigungsforderungen vor jenem Zivilgericht geltend zu machen, welches für den Büro-Ort örtlich zuständig*

Fn 63 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 96, N 4 zu Art. 33 NG BE.

Fn 64 - Das hier Gesagte gilt gleichermassen für das Leistungsentgelt und den Auslagenersatz; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 96, N 2 zu Art. 33 NG BE.

Fn 65 - Zu diesem Begriff vgl. Ziff. 495 und 501 ff.

****S. 180****

ist⁶⁶. Das betreffende Zivilgericht übt bei der Beurteilung der Entschädigungsforderung eine verwaltungsgerichtliche Funktion aus.

586 - Erläuterung: Beim Amtsnotariat ist die Beurkundungstaxe gegenüber dem Staate geschuldet. Festsetzung und rechtliche Überprüfung der festgesetzten Gebühr erfolgen im Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren.

587 - In den übrigen Kantonen kann der Gesetzgeber gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar ohne Verletzung verfassungsrechtlicher Grundsätze auch freiberuflichen Urkundspersonen die Befugnis zu verleihen, ihre Honorarforderung durch **Verfügung** festzulegen und der Klientschaft

mit Rechtsmittelbelehrung, unter Setzung einer Beschwerdefrist, in der Gestalt eines Verwaltungsaktes zu eröffnen. Eine derartige Verfügungskompetenz in eigener Sache, d.h. die Festlegung eigenen, privaten Erwerbseinkommens durch den Erlass einer Administrativverfügung, kann aber nicht als optimale Regelung qualifiziert werden⁶⁷. Der Sache besser angemessen ist eine Streiterledigung im kontradiktorischen Verfahren gleichgeordneter Verfahrensparteien⁶⁸, d.h. im **zivilprozessualen Verfahren**.

Fn 66 - So BE NG Art. 33 Abs. 4: "Hat der Gebührenschuldner seinen Wohnsitz ausserhalb des Kantons, so können die bestrittene Gebühr und die mit ihr verbundenen Auslagen beim Richter am Büro-Ort geltend gemacht werden." - Anders wurde entschieden in einem Urteil des OG ZH vom 17.12.1971, ZR 70 Nr. 118, S. 324, wo die zürcherischen Zivilgerichte am Wohnsitz des beklagten Klienten sich als zuständig betrachteten zur Beurteilung der Gebührenforderung eines aargauischen Gemeindeführers für die Beurkundung des Kaufs eines aargauischen Grundstücks. In dieser Entscheidung wurde ausgeführt (S. 325, E. 4): "Würde die Zuständigkeit der zürcherischen Zivilgerichte zur Beurteilung der vorliegenden Klage verneint, weil sie nicht gehalten seien, öffentliches Recht eines andern Kantons anzuwenden, wäre der Kläger schutzlos, da er im Kanton Aargau mangels örtlicher Zuständigkeit der dortigen Zivilgerichte den im Kanton Zürich wohnenden Beklagten nicht ins Recht fassen könnte. Die Zuständigkeit der zürcherischen Zivilgerichte ist daher zu bejahen." In gleichem Sinne schützte das Tribunal cantonal FR im Urteil vom 2.6.1961, ZBGR 47 (1966) S. 221-223, die auf Art. 59 BV gestützte Einrede der Unzuständigkeit von Beklagten mit Wohnsitz im Kanton Genf anlässlich der Beurteilung einer freiburgischen Beurkundungsgebühr. - Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass jeder Kanton durch sein eigenes Recht den prozessualen Rechtsschutz für seine Urkundspersonen zu gewähren hat. Fehlt es an den nötigen rechtlichen Grundlagen, so sind diese innerhalb des Beurkundungskantons zu schaffen, nicht auswärtige Zivilgerichte zu involvieren.

Fn 67 - Eine solche Verfügungskompetenz wird den freiberuflichen Urkundsperson vom kantonalen Recht denn auch nur ausnahmsweise verliehen, z.B. in GR; vgl. Urteil des KG GR vom 17.11.1986, ZB 47/86, PKG 1986 22 S.89-91; ebenso in TI; vgl. BGE vom 19.2.1987, Rep 1989 S. 116-118 und Urteil der Camera civile TI vom 24.10.1977, Rep 1978 S. 369/370.

Fn 68 - Dies ist wohl MARTIS Meinung, wenn er die notarielle Entschädigungsforderung "nach ihrer rechtlichen Natur" der Zuständigkeit des Zivilrichters zuordnet; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 103, N 5 zu Art. 35 NG BE.

****S. 181****

588 - Die Übertragung der Beurteilungskompetenz an die innerkantonale Ziviljustiz ändert aber nicht daran, dass der beurteilte Anspruch allemal ein solcher aus kantonalem öffentlichem Recht⁶⁹ ist. Er kann als solcher demgemäss weder vor einem ausserkantonalen Zivil- oder Verwaltungsgericht geltend gemacht, noch kann das kantonale Urteil auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht weitergezogen werden.

589 - Der ausserhalb des Kantons wohnhafte Schuldner kann sich seinerseits nicht auf Art. 59 BV berufen, wenn er vor einem Gericht des Beurkundungskantons eingeklagt wird⁷⁰.

590 - Die Aufteilung der Beurteilungskompetenz für Entschädigungsforderungen auf zwei parallele Instanzen kann zweckmässig sein, wenn die eine Instanz⁷¹ die **Tarifkonformität** der Rechnungstellung⁷², die andere Instanz **alle übrigen** Tatbestands- und Rechtsfragen beurteilt. In solchen Fällen ist die zweitgenannte Instanz an den Tarifierungsentscheid der Tarifierungsinstanz gebunden⁷³, jedoch allein zuständig für den Erlass des vollstreckbaren Urteils⁷⁴. Der Tarifierungsentscheid kann, da er nur einen Teilbereich des Honorarstreits betrifft, kein vollstreckbares Urteil und kein Rechtsöffnungstitel sein⁷⁵.

591 - Vereinfachend kann in solchen Fällen gesagt werden, die Tarifierungsinstanz beurteile die Höhe, die Urteilsinstanz den Bestand der notariellen Entschädigungsforderung. Es darf jedoch nicht übersehen

Fn 69 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 96, N 2 zu Art. 33 NG BE.

Fn 70 - Vgl. BGE 105 Ia 393 E 2, 4; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 103, N 6 zu Art. 35 NG BE.

Fn 71 - Die Tarifierungsinstanz ist kein mit Art. 58 BV unvereinbares Ausnahmegericht; vgl. BGE 83 I 85 E 3; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 103, N 9 zu Art. 35 NG BE.

Fn 72 - Besteht eine Tarifierungs- oder Aufsichtsinstanz, welche im Streitfall über die Tarifkonformität der Notariatsrechnung zu entscheiden hat, so darf diese Instanz im Vorfeld der notariellen Rechnungsstellung keine stillen Auskünfte und Empfehlungen an eine anfragende Urkundsperson bezüglich der angemessenen Höhe der Rechnung abgeben, da die betreffende Instanz hiedurch ihre Befangenheit für den Fall des anschliessenden Streites schafft. Die behördliche Intervention vor der Rechnungsstellung bedarf der klaren rechtlichen Grundlage und kann nur in einem geordneten Verfahren, unter Gewährung des rechtlichen Gehörs gegenüber allen von der Entschädigungsforderung betroffenen Parteien, stattfinden; die Intervention ist nur sinnvoll, wenn sich aus ihr ein für die Parteien bezüglich der Tarifkonformität verbindlicher Entscheid ergibt.

Fn 73 - Vgl. BGE 83 I 83; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 103, N 8 zu Art. 35 NG BE.

Fn 74 - Da die Tarifierungsinstanz kein vollstreckbares Urteil erlässt, hat ihre Tätigkeit einen streitschlichtenden, **vermittelnden** ("mässigenden") Charakter; man spricht aus diesem Grund auch vom Moderationsverfahren und von der Moderationsinstanz; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 103, N 8 zu Art. 35 NG BE.

Fn 75 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 103, N 11 zu Art. 35 NG BE; der Tarifierungsentscheid schafft jedoch, wenn hiefür die gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht vorhanden ist, einen Rechtsöffnungstitel für die Verfahrens- und Parteikosten des Tarifierungsverfahrens; vgl. MARTI, a.a.O., S. 104 oben.

****S. 182****

werden, dass sowohl Höhe als auch Bestand der Entschädigungsforderungen aus verschiedenen Gründen streitig sein können und dass es auf den Grund des Streites, nicht auf die daraus resultierenden Konsequenzen für Höhe oder Bestand der notariellen Entschädigungsforderung ankommt. Wenn die Klientschaft einen Teil der Notariatsrechnung nicht bezahlt, weil sie eine notarielle Teilleistung als unnötig betrachtet oder geltend macht, die Urkundsperson sei zu deren Erbringung nicht beauftragt gewesen, oder weil sie Gegenforderungen gegen die Urkundsperson zur Verrechnung stellt oder eine Reduktion der Notariatsrechnung wegen schlechter Amtspflichterfüllung verlangt, so liegt allemal die Höhe des notariellen Entschädigungsanspruchs, nicht jedoch die Anwendung des Tarifs im Streit; alle diese Fragen gehören nicht vor die Tarifierungsinstanz, sondern vor die Urteilsinstanz⁷⁶.

7. Kostenvorschuss und Retention von Urkunden als Inkasso-Massnahmen

592 - Die Urkundsperson kann vor der Anhandnahme der Beurkundung oder während des Verfahrensverlaufs einen Kostenvorschuss verlangen, welcher den voraussichtlichen Entschädigungsanspruch ganz oder teilweise deckt⁷⁷; kein Vorschuss soll verlangt werden für Entschädigungsforderungen, für welche ein Erlass aus sozialen Gründen angezeigt ist⁷⁸.

Fn 76 - Wird die Kompetenzzuweisung an die Begriffe von Höhe und Bestand bzw. Schuldpflicht als solcher angeknüpft, wie dies in BE NG Art. 35 der Fall ist, so ergeben sich Abgrenzungsfragen, die nur kasuistisch, nicht mit innerer Kohärenz beantwortet werden können; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 102, N 1-4 zu Art. 35 NG BE.

Fn 77 - Vgl. Ziff. 864.

Fn 78 - BE NG Art. 33 Abs. 3; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 97, N 7 zu Art. 33 NG BE. - Vgl. auch JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 58, N 211-215, welcher darauf hinweist, dass nur bei Bedürftigkeit sämtlicher Verfahrensbeteiligter der notarielle Anspruch auf Kostenvorschuss entfällt, ferner dass nur der Anspruch auf Vorschuss, nicht derjenige auf die Vergütung schlechthin entfällt. - Die Kantone können ihre Urkundspersonen von Verfassungsrechts wegen zwar zu unentgeltlicher Amtstätigkeit im Armenrecht verpflichten, tun es aber nicht. Die Honorarreduktion oder der gänzliche Erlass soll in Sozialfällen zwar als generelle Ordnungsregel überall gelten, jedoch soll die Regel ohne formelle Reglementierung angewendet werden, und es soll ihre Anwendung ins Ermessen der mit der Sache befassten Urkundsperson gestellt sein.

****S. 183****

593 - Aufgrund ausdrücklicher Ermächtigung durch das kantonale Gesetzes- oder Verordnungsrecht⁷⁹ ist es der Urkundspersonen gestattet, fertige Urkunden zurückzubehalten, bis ihre Honorar- und Spesenforderungen bezahlt oder sichergestellt sind⁸⁰.

594 - Erfolgt trotz Zurückbehaltung der Urkunde keine Bezahlung oder Sicherstellung der betreffenden Forderung und bleibt die Urkunde unabgeholt und unbezahlt im Gewahrsam der Urkundsperson, so wird die zurückbehaltende Urkundsperson zur Depositarin des Aktes. Ihn der Zwangsverwertung zuzuführen, ihn zu vernichten oder an Dritte herauszugeben, ist ihr nicht gestattet.

595 - Erläuterung: Wo das kantonale Recht der Urkundsperson ein Zurückbehaltungsrecht an ausgefertigten Urkunden einräumt, handelt es sich nicht um ein Retentionsrecht im Sinne von Art. 895 ZGB, sondern um eine der Urkundsperson eingeräumte, öffentlichrechtlich zu deutende, Zwangsmassnahme zur ausserprozessualen Durchsetzung des notariellen Entschädigungsanspruchs. Das Zurückbehaltungsrecht kann als eine Analogie zur privatrechtlichen Zurückbehaltung einer Zug um Zug geschuldeten Vertragsleistung verstanden werden.

596 - Eine Zwangsverwertung zurückbehaltener Urkunden, zwecks Befriedigung des notariellen Entschädigungsanspruchs, kommt aus mehreren Gründen nicht in Frage. Zum einen verletzt die Offenlegung des Urkundeninhalts gegenüber Dritten die notarielle Geheimhaltungspflicht; manche öffentlichen Urkunden betreffen den höchstpersönlichen Bereich der Sachbeteiligten. Die Nichtbezahlung des Honorars seitens der Pflichtigen kann unter keinen Umständen die Offenlegung des Urkundeninhalts gegenüber beliebigen Dritten rechtfertigen.

597 - Zum anderen haben die meisten öffentliche Urkunden keinen realisierbaren Geldwert; das Interesse Dritter, eine solche Urkunde zu ersteigern, könnte nur ein solches der Neugier oder des Missbrauchs sein.

598 - Die einzigen Urkunden, welche einen echten kommerziellen Wert haben, sind Inhaberschuldbriefe. Befindet sich die Urkundsperson rechtens in deren Besitz und ist die Entschädigungsforderung noch offen, so könnte hier eine Versteigerung als Inkassomassnahme theoretisch zielführend sein. Dies hinwiederum müsste als eine krasse Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes betrachtet werden. Denn der Honorarschuldner würde gegenüber dem Ersteigerer für den vollen Nennwert des Schuldbriefes haftbar. Dieser Nennwert übersteigt in der Regel die notarielle Entschädigungsforderung um ein Mehrhun-

Fn 79 - Die Regelung dieses Zurückbehaltungsrecht gilt als ausschliesslich kantonale Domäne; vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 79, N 283.

Fn 80 - So BS ~~NG~~ [richtig: Notariatstarif] § 9 Abs. 2; noch weitergehend FR NG Art. 32: Bis zur vollen Bezahlung der Gebühren besteht das Zurückbehaltungsrecht an allen im notariellen Besitz befindlichen Akten mit Ausnahme von Identitätspapieren.

****S. 184****

dertfaches. Also kommt auch bei Schuldbriefen keine Zwangsverwertung in Frage.

§ 25 Vermögensrechtliche Haftung aus Beurkundungstätigkeit

599 - Vorbemerkung: Im folgenden wird die vermögensrechtliche Haftung aus fehlerhafter Beurkundungstätigkeit einschliesslich fehlerhaft erbrachter Nebenleistungen⁸¹ dargestellt. Die dem Privatrecht unterstehende Vertragshaftung freiberuflicher Urkundspersonen aus nebenberuflicher Tätigkeit und aus anderer Tätigkeit ist nicht Gegenstand der Darstellung.

1. Bundesrechtliche und kantonale Verantwortlichkeitsregelung

600 - Für Schäden, welche durch die Urkundsperson eines Kantons bei ihren amtlichen Verrichtungen verursacht werden, haftet der betreffende Kanton nur dann und nur insoweit, als eine geschriebene Norm des kantonalen öffentlichen Rechts dies vorsieht⁸².

601 - Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so muss sich der Geschädigte nach den Regeln des Zivilrechts unmittelbar an die fehlbare Urkundsperson halten⁸³. Deren Haftung richtet sich - unter Vorbehalt anderweitiger kantonalen

Fn 81 - Zu diesem Begriff vgl. Ziff. 495 und 501 ff.

Fn 82 - Vgl. WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (130); HANS-RUDOLF SCHWARZENBACH, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz mit Kommentar zum zürcherischen Haftungsgesetz, 2. Aufl., Zürich 1985, S. 10; derselbe, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 9. Aufl. Bern (1983) S. 213; IMBODEN/RHINOW, Verwaltungsrechtsprechung II, 5. Aufl. (1976) S. 449.

Fn 83 - Vgl. WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (130).

****S. 185****

Regelung - nach Bundesprivatrecht, d.h. nach den Regeln von Art. 41 ff. OR⁸⁴.

602 - Erläuterung: Der Bundesgesetzgeber hat die Kantone in Art. 61 OR ermächtigt, die Schadenersatzpflicht kantonalen Beamter (wozu unter dem Gesichtswinkel des Schadenersatzrechtes auch die beamteten und freiberuflichen Urkundspersonen gehören⁸⁵) durch kantonales Recht zu regeln. Hat ein Kanton von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und die Schadenersatzpflicht seiner Urkundspersonen kantonal-öffentlichrechtlich geregelt, so kommt das Bundesprivatrecht für die Beurteilung der Verantwortlichkeit nicht zur Anwendung⁸⁶. Die Kantone können die vermögensrechtliche Haftung für mangelhafte Beurkundungstätigkeit innerhalb ihres Gebietes präzisieren und im Verhältnis zu den bundesrechtlichen Standards verschärfen, nicht jedoch wegbedingen⁸⁷; denn ein Beurkundungswesen, bei welchem für fehlerhafte Pflichterfüllung nicht gehaftet würde, würde den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung nicht gerecht.

Fn 84 - Vgl. WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (130); CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 134; Verwaltungsgerichtsentscheid AG vom 27.5.1971, AGVE 1971 S. 297-303 (300). - GE LN Art. 11 (zivilrechtliche Notarhaftung gemäss OR, unter ausdrücklicher Ausschluss der Staatshaftung).

Fn 85 - Die Beurkundungstätigkeit gilt nicht als gewerbliche Verrichtung im Sinne von Art. 61 Abs. 2 OR, für welche die Verantwortlichkeitsregeln des Bundesprivatrechts zwingend unmittelbar zur Anwendung kommen; vgl. WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (130); diese neueren Lehrmeinungen bedeuten die Ablehnung einer älteren Lehre von GAUTSCHI, Kommentar, N 31c und 53c zu Art. 394 OR und, ihm folgend, BALBI, Beurkundung in Nidwalden (1981) S. 204.

Fn 86 - Vgl. BGE 96 II 45; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 106, N 2 zu Art. 36 NG BE unter Verweis auf BGE 90 II 274 (278) und 70 II 221; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 134; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1929) N 12 zu Art. 61 OR; H. BECKER, Komm. OR, N 7 zu Art. 61 OR.

Fn 87 - So BGE 90 II 278; Urteil des KG VD vom 20.10.1978, JdT 1978 III 116-121 (118); a.M. WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (130), nach dessen Meinung die Kantone die vermögensrechtliche Verantwortung des Notars sogar ausschliessen könnten; ähnlich das Urteil des OG LU vom 4.7.1968, Maximen XI S. 636 Nr. 623, ZBGR 51 (1970) S. 352-357: "Zudem herrscht bei allen Regelungen aufgrund der Ermächtigungsnorm des Art. 61 OR die Tendenz vor, die Haftung der staatlichen Funktionäre im Verhältnis zur Haftung nach Art. 41 OR höchstens gleich streng oder milder, aber auf keinen Fall strenger zu ordnen" (mit Verweis auf VON BÜREN, OR, S. 292, welcher an der zitierten Stelle aber darauf hinweist, dass die Freistellung des Beamten wettgemacht wird durch die unmittelbare Staatshaftung. - Gerade sie gilt für freiberufliche Urkundspersonen nicht).

****S. 186****

603 - Die meisten Kantone haben von dieser Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht⁸⁸. Die Verantwortlichkeit der Urkundspersonen der betreffenden Kantone richtet sich in diesen Fällen ausschliesslich nach kantonalem öffentlichem Recht⁸⁹. Verweist das kantonale Verantwortlichkeitsrecht auf die Regeln von Art. 41 ff. OR, so gelten diese als Teil des kantonalen Verantwortlichkeitsrechts (bundesprivatrechtliche Regeln als ergänzendes kantonales Recht)⁹⁰; die Anwendung bundesrechtlicher Regeln als ergänzendes kantonales Recht kann nicht durch zivilrechtliche Berufung vor das Bundesgericht gebracht werden⁹¹.

604 - Hat ein Kanton bezüglich der Haftung seiner Urkundspersonen überhaupt nicht legiferiert, so kommt nach Auffassung des Bundesgerichts unmittelbar Bundesrecht zur Anwendung (Art. 41 ff. OR), und es kann der Streit in diesem Falle auf dem Berufungsweg an das Bundesgericht weitergezogen werden⁹².

Fn 88 - So etwa LU, NW, OW, UR, BE, FR, BS, NE, TI, VD, ZG, GR; vgl. CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 134; WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars unter besonderer Berücksichtigung der Zusammenarbeit mit dem Treuhänder, ZBGR 67 (1986) S. 129 (131); HANS-PETER FRIEDRICH, Kantonales [baselstädtisches] Zivilrecht, in Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, S. 727-755 (739); Urteil des OG BL vom 16.2.1993 i.S. R. Finanz AG/H. (nicht publ.) S. 16 E. 5.

Fn 89 - Kantonales Recht gilt auch für die Verjährung; in Ermangelung einer kantonalen Verjährungsnorm gilt Art. 60 OR als ergänzendes kantonales Recht; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 107, N 10 zu Art. 36 NG BE.

Fn 90 - Vgl. GUHL/MERZ/KOLLER, OR (8.A. 1991) S. 180; WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (130); MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 107, N 9 zu Art. 36 NG BE; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 135; SIDLER, Komm. LU (1975) S. 42, N 82.

Fn 91 - So WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (130); MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 108, N 15 zu Art. 36 NG BE.

Fn 92 - Man kann sich fragen, ob die Unterscheidung zwischen völligem Schweigen des kantonalen Rechts einerseits, dessen blosser Verweis auf die Regeln des Bundesrechts andererseits, zu rechtfertigen vermag, dass der Streit im ersten, nicht aber im zweiten Falle bundesrechtlich berufungsfähig sein soll. Richtiger dürfte sein, die Haftung für die Verletzung öffentlichrechtlicher Amtspflichten grundsätzlich den Regeln des kantonalen öffentlichen Rechts zuzuordnen und hier nötigenfalls subsidiär auf die Regeln von Art. 41 OR als ergänzendes kantonales Recht zurückzugreifen (unabhängig davon, ob das kantonale Recht irgendwo einen Verweis auf Art. 41 ff. OR enthält oder nicht), bei der Verletzung allgemeiner Rechtspflichten (Körperverletzung, Sachbeschädigung etc.) dagegen grundsätzlich eine privatrechtliche Schadensregelung Platz greifen zu lassen, sofern nicht eine ausdrückliche Gesetzgebung die Rechtsfolgen auch in diesen Fällen öffentlichrechtlich regelt. Die Notarhaftung wird meist ausgelöst durch die Verletzung öffentlichrechtlicher Amtspflichten und sollte nach der hier vertretenen Auffassung demgemäss immer als kantonal-öffentlichrechtliche Frage betrachtet werden, selbst wenn das kantonale Recht völlig schweigt.

****S. 187****

605 - In jedem Verantwortlichkeitsstreit stellt sich die Frage nach der im Einzelfall verletzten beurkundungsrechtlichen Norm. Diese Norm gehört, wo ein Verfahren gemäss den Regeln von Art. 498 ff. ZGB (letztwillige Geschäfte) oder 1034 ff. OR (Wechselprotest) vorliegt, dem Bundesprivatrecht, sonst dem kantonalen Recht an. Wo ausschliesslich die Verletzung kantonalen Verfahrensrechts streitig ist, überprüft das Bundesgericht diese Norm bzw. deren Verletzung (als Vorfrage zur Haftungsfrage) nicht.

606 - Wird hingegen zusätzlich oder ausschliesslich eine Verletzung von Regeln des Bundes-Beurkundungsrechts behauptet, indem geltend gemacht wird, das konkrete Beurkundungsverfahren sei den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung nicht gerecht geworden, so tritt das Bundesgericht praxisgemäss⁹³ auf die Rüge im zivilrechtlichen Berufungsverfahren ein.

2. Allgemeiner Haftungsgrund: Schuldhafte Verletzung einer Amtspflicht

a) Grundsatz

607 - *Haftungsbegründender Tatbestand ist die Verletzung einer beurkundungsrechtlichen Amtspflicht⁹⁴, wodurch ein Vermögensschaden kausal verursacht wird⁹⁵. Die Haftung besteht nur gegenüber solchen Personen, welche durch die verletzte Amtspflicht rechtlich geschützt sind. Verschulden der Urkundsperson ist beim freiberuflichen Notariat stets eine zusätzliche Haftungsvoraussetzung⁹⁶, beim Amtsnotariat in den meisten Kantonen ebenfalls.*

608 - Erläuterung: Da die beurkundungsrechtlichen Amtspflichten zum überwiegenden Teil Handlungspflichten sind und da das pflichtgemässe Handeln zugunsten bestimmter, in einem beurkundungsrechtlichen Rechtsverhältnis zum Staat oder zur Urkundsperson stehenden Privatpersonen geschieht, hat der Tatbestand der notariellen Amtspflichtver-

Fn 93 - Vgl. BGE 90 II 274, wo die unmittelbare Anwendung der sich aus dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung ergebenden Regeln durch die Urkundsperson und im Falle der Normverletzung deren unmittelbare Überprüfung durch das Bundesgericht im Verfahren der zivilrechtlichen Berufung bejaht wurde; vgl. hierzu auch Ziff. 26.

Fn 94 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 106, N 3 zu Art. 36 NG BE.

Fn 95 - BE NG Art. 36 Abs. 1: "Der Notar haftet den Beteiligten für den Schaden, den er rechtswidrig verschuldet hat."

Fn 96 - So BE NG Art. 36 Abs. 1; BS NG § 41.

****S. 188****

letzung oft Ähnlichkeit mit dem privatrechtlichen Tatbestand der Verletzung einer Vertragspflicht. Haftungsgrund ist nicht die Missachtung einer allgemeinen gesetzlichen Pflicht⁹⁷, sondern die Nichterfüllung von Pflichten aus einem Rechtsverhältnis, in welchem die Urkundsperson zum Staat (Amtsnotariat) oder zur Klientschaft (freiberufliches Notariat) steht⁹⁸. Dass diese Leistung nicht von Vertrags wegen einer privaten Klientschaft geschuldet, sondern dass sie ihr aufgrund einer öffentlichrechtlichen Amtspflicht zu erbringen ist, ändert nichts daran, dass sie zu erbringen ist und dass sie fehlerfrei zu erbringen ist.

609 - Hieraus ergibt sich, dass Beweislast und Beweisthematik im Verantwortlichkeitsstreit Ähnlichkeit zu derjenigen bei fehlerhafter Vertragserfüllung aufweisen. Hat der Kläger seinen Schaden nachgewiesen, ferner dessen kausalen Zusammenhang mit einer ausgebliebenen oder fehlerhaften Leistung der Urkundsperson, so bemüht sich die beklagte Urkundsperson oder der Staat anschliessend darzutun, dass alle mit der betreffenden Beurkundung verbundenen Amtspflichten vollständig und richtig erfüllt wurden oder dass für fehlerhafte Erfüllung kein Verschulden vorliegt.

610 - Obgleich die Haftung aus mangelhafter Beurkundungstätigkeit dem Grundsatz nach eine Deliktshaftung ist, ist der Anspruch des Klägers in der Regel auf ein Schadenersatzleistung gerichtet, der demjenigen des vertragsrechtlichen **Erfüllungsinteresses** entspricht. Der Kläger verlangt, durch die Schadenersatzzahlung in jenen Vermögensstand versetzt zu werden, in dem er sich bei richtiger Erfüllung der notariellen Amtspflicht befände. Bezeichnet man die Haftung der Urkundsperson als eine deliktsrechtliche, so darf man nicht aus den Augen verlieren, dass es sich um eine atypische Deliktshaftung handelt; vom Streitgegenstand und von der Beweisthematik her steht die Ähnlichkeit zum Prozess wegen schlechter Vertragserfüllung im Vordergrund.

611 - Atypisch ist die deliktsrechtliche Betrachtungsweise auch, wo es um die Erörterung der gebotenen Sorgfalt geht. Zwar ist die Beobach-

Fn 97 - So die Definition des Deliktes bei VON TUHR/PETER, OR AT I (3.A. 1974/79) S. 407); auch sind die haftungsbegründenden notariellen Unterlassungen in der Regel nicht Verletzungen von "Schutzvorschriften", wie

dies für das ausservertragliche Haftpflichtrecht typisch ist (vgl. die Beispiele bei OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht I (4.A. 1975) S. 88: Pflicht des Bahnpersonals, die Eisenbahnbarrieren zu schliessen; Pflicht des Automobilisten, nachts das Fahrzeug zu beleuchten).

Fn 98 - Dies ist die Definition der Vertragshaftung bei VON TUHR/PETER, OR AT I (3.A. 1974/79) S. 406; sie trifft auf das Beurkundungsverhältnis nur insofern nicht zu, als dieses dem öffentlichen Recht untersteht und nicht als Vertrag gedeutet werden kann. Trotzdem handelt es sich um ein besonderes Rechtsverhältnis, welches die Urkundsperson bzw. den Staat individuell mit der Klientschaft verbindet und in dessen Rahmen die Haftpflichtfrage jeweils zu beurteilen ist.

****S. 189****

tung gehöriger Sorgfalt Amtspflicht⁹⁹, und die Verletzung einer Amtspflicht ist unerlaubte Handlung. Jedoch lässt sich die notarielle "lex artis", namentlich bei der Beratung und Belehrung¹⁰⁰ der Klientschaft und bei der Formulierung der Urkunde, nicht in Einzelschriften über richtige Amtsführung konkretisieren¹⁰¹. Statt der negativen, deliktsrechtlichen Betrachtungsweise, wonach die Urkundsperson für Verletzungen der lex artis haftet, folgt man richtigerweise einer positiven Betrachtungsweise, wonach sie für die Einhaltung der lex artis einzustehen hat¹⁰².

612 - Haftungsvoraussetzung ist der **adäquate Kausalzusammenhang** zwischen der notariellen Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden. Soweit die Pflichtwidrigkeit in einer Unterlassung besteht, lautet die Frage nach dem Kausalzusammenhang¹⁰³, um welchen Betrag das Vermögen des Klägers mit hoher Wahrscheinlichkeit¹⁰⁴ grösser wäre, wenn die Urkundsperson ihre Amtspflicht erfüllt hätte. Wäre der Schaden auch bei pflichtgemäsem Handeln der Urkundsperson eingetreten, so ist die Pflichtverletzung nicht ursächlich¹⁰⁵. Ist die Bürgschaft wegen eines Beurkundungsfehlers ungültig, so entfällt die Schadenersatzpflicht der Urkundsperson gegenüber dem Gläubiger, wenn

Fn 99 - So WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (132).

Fn 100 - Zur Unterscheidung der Begriffe der notariellen Belehrung und Beratung vgl. Ziff. 1728

Fn 101 - In gleicher Weise ist bei fehlerhafter Diagnose und Therapie, wenn sie seitens beamteter Spitalärzte erfolgt, der ärztliche Kunstfehler kaum je als Verletzung einer konkreten Amtspflicht, sondern als Verletzung der allgemeinen beruflichen Sorgfaltspflicht zu würdigen.

Fn 102 - In diesem Sinne auch FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (336), welcher festhält, dass "der Notar einen «Standard» zu gewährleisten hat."

Fn 103 - Hierbei handelt es sich um eine Hypothese; in einem nicht-juristischen Sinne können der Unterlassung, d.h. einer Nicht-Ursache, keine kausalen Folgen zugerechnet werden; vgl. in diesem Sinne FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (329); OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht I (4.A. 1975) S. 88 ff.

Fn 104 - Im Erfordernis der hohen Wahrscheinlichkeit liegt der wichtigste Schutz der Urkundsperson vor Haftung wegen unrichtiger Belehrung und Beratung. Dem Kläger dürfte nur selten der Nachweis gelingen, dass er beim Erhalt richtiger Belehrung und Beratung auf das Geschäft verzichtet oder es anders abgeschlossen haben würde. Vgl. das Beispiel bei FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (328 ff.): Unterlassener notarieller Hinweis auf eine Schenkungssteuer bei Erlass eines Teils der Kaufpreisschuld war nicht haftungsbegründend, weil das Gericht es als "keineswegs sicher" betrachtete, dass die Parteien das Geschäft bei Kenntnis der Steuer anders gestaltet haben würden.

Fn 105 - So SEIBOLD/HORNIG, Kommentar zur [deutschen] Bundesnotarordnung, 5. Aufl. München (1976) S. 306, N 42 zu § 19.

****S. 190****

der Bürge im Zeitpunkt der Fälligkeit der Bürgschaft zahlungsunfähig ist.

613 - Die persönliche Haftung der Urkundsperson setzt stets **Verschulden** voraus¹⁰⁶. Das Verhalten der Urkundsperson hat jenem Mass von Sorgfalt zu entsprechen, das unter den gegebenen Umständen objektiv geboten gewesen wäre. Der Urkundsperson reichen nicht nur eine leichtfertige Handlung, sondern auch mangelnde Fähigkeit zum Verschulden¹⁰⁷. Die Urkundsperson muss ihrer Aufgabe gewachsen sein und insbesondere die einschlägigen Erlasse sowie die publizierten Entscheide des Bundesgerichts und der Gerichte und Aufsichtsbehörden des eigenen Kantons kennen¹⁰⁸. Angesichts des Monopolcharakters der Beurkundungsfunktion ist ein strenger Massstab anzulegen¹⁰⁹. Diese Strenge darf hinwiederum nicht zu überspannten Anforderungen führen, wenn die von der Urkundsperson zu konzipierende und auszuförmulierende Rechtsgestaltung unübersichtlich und komplex ist und wenn der Urkundsperson für die Bewältigung der Aufgabe nur eine begrenzte Zeit eingeräumt wurde¹¹⁰. Die Zurückhaltung der schweizerischen Judikatur bei der Kunstfehlerhaftung muss bei sehr komplizierten und unübersichtlichen Verhältnissen auch der Urkundsperson zugute kommen, wenn der Fehler aus mangelndem Überblick oder mangelnder Voraussicht entstanden ist.

b) Vorsätzliche Pflichtverletzung

614 - *Die Haftung wird begründet durch vorsätzliche Verletzung von Amtspflichten, namentlich durch vorsätzliche Verletzung der Wahrheitspflicht (notarielle*

Fn 106 - So FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (336).

Fn 107 - Es gilt ein "objektiver Verschuldensbegriff"; ein Versagen bedeutet auch dann ein Verschulden, "wenn der Fehlbare alles getan hat, was ihm persönlich möglich war und ihm kein Willensfehler zur Last fällt." Vgl. FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (336), mit Verweis auf OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht I (4.A. 1975) S. 144.

Fn 108 - So WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (135).

Fn 109 - So Urteil des KG VS vom 12.3.1984, RVJ 1984 127-135 (131) E. 6c und 6d; Urteil des KG VD vom 20.10.1978, JdT 1978 III 116-121 (120); CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 136; SIDLER, Komm. LU (1975) S. 142, N 2.

Fn 110 - FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (335) erwähnt einen notariellen Koordinationsfehler, bei welchem die Haftung verneint wurde: Die Urkundsperson unterliess rechtliche Vorkehren, was dazu führte, dass die Stockwerkeigentümer des Hauses X später in einem streitigen Verfahren dazu gezwungen werden mussten, den Stockwerkeigentümern des Hauses Y Parkplätze einzuräumen, entsprechend den ihnen bekannten Plänen der Bauherrschaft.

****S. 191****

Beurkundung wider besseres Wissen); wo Vorsatz vorliegt, dürfte auch ein Straftatbestand, insbesondere ein Urkundendelikt oder Komplizenschaft zu einem Betrug vorliegen.

c) Fahrlässige Pflichtverletzung

615 - *Die Haftung wird ferner begründet durch fahrlässige Verletzung bzw. Nichterfüllung oder Schlechterfüllung von Amtspflichten, insbesondere durch Verletzung der Sorgfaltspflicht.*

616 - **Erläuterung:** Für das Mass der gebotenen Sorgfalt vgl. vorn, Ziff. 613.

3. Einzelne Haftungstatbestände

a) Haftung wegen Unwahrheit der Urkunde

617 - *Bei allen Beurkundungen kann Schaden entstehen, weil Vorgänge und Tatsachen, zu deren Belegung die Urkunde bestimmt ist, unwahr dargestellt sind. Die Urkundsperson haftet für*

den Schaden, den sie den Klienten und Drittpersonen aufgrund solcher Unwahrheit schuldhaft verursacht.

618 - Erläuterung: Die Haftung besteht gegenüber beliebigen Dritten, welche durch den falschen Schein der Urkunde getäuscht werden und infolge dieser Täuschung Schaden erleiden. Denn der öffentliche Glaube der Urkunde gilt gegenüber jedermann. Die Haftung der Urkundsperson findet ihre Schranke am Erfordernis der adäquaten Verursachung. Das fehlerhafte Verhalten der Urkundsperson musste dem bewirkten Schaden (bzw. der Schaden muss dem verursachenden Verhalten) solcherart "adäquat" sein, dass dieses Verhalten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet war, den eingetretenen Erfolg zu bewirken, so dass der Eintritt dieses Erfolges als durch die fragliche Ursache wesentlich begünstigt erscheint¹¹¹. Als nicht adäquat fallen insbesondere Verwendungen der unwahren Urkunde in Betracht, welche nur infolge eines raffinierten deliktischen Verhaltens der Klientschaft oder Dritter zu Schaden füh-

Fn 111 - So FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (328/329); OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht I (4.A. 1975) S. 72/73, mit Verweis auf BGE 89 II 250, 66 II 173, 57 II 39, 208, 545.

****S. 192****

ren, wie beispielsweise eine hochstaplerische Verwendung der von der Urkundsperson irrtümlich zu früh abgegebenen Interimsbescheinigung zum Zwecke eines Kreditbetrugs¹¹².

b) Haftung wegen Ungültigkeit oder Nichtzustandekommen des Geschäftes

619 - Bei den Beurkundungen individueller Erklärungen und bei den Protokollierungen kann Schaden entstehen, weil das beurkundete Geschäft ungültig ist. Die Urkundsperson haftet für den Schaden, den sie hiedurch den Klienten und allfälligen Urkunden-Adressaten schuldhaft verursacht.

620 - Keine Haftung besteht bei Unterschriften- und Kopienbeglaubigungen für die Unwahrheit oder Ungültigkeit des von der beglaubigten Unterschrift gedeckten bzw. des kopierten Textes¹¹³; war jedoch aus dem Text oder aufgrund der Umstände eine beabsichtigte deliktischer Verwendung der Urkunde für die Urkundsperson erkennbar oder wirkte die Urkundsperson bei einem Delikt vorsätzlich mit, so haftet sie nach Deliktsregeln für ihren Tatbeitrag.

621 - Erläuterung: Das Dahinfallen des beurkundeten Geschäftes kann zu indirekter Schädigung Dritter führen, wenn direkt Beteiligte unter Ausnützung des falschen Anscheins von Urkunde oder Urkundenkopien Kredit erhältlich gemacht haben, insbesondere wenn der Kaufs-Prätendent das zu kaufende Grundstück verpfändet und die Darlehensvaluta bezieht, bevor die grundbuchliche Eintragungsfähigkeit des Kaufvertrags (und damit die käuferische Verpfändungsbefugnis) feststeht. In solchen Fällen sind die notariellen Fehler dann nicht kausal, wenn der Kausalverlauf durch deliktisches Verhalten des Kaufs-Prätendenten unterbrochen wurde, so dass dieses Verhalten als die Hauptursache des Schadens erscheint. Nur wenn eine so weitgehendes Wissen der Urkundsperson um die unredlichen Absichten des Kaufs-Prätendenten anzunehmen ist, dass von eigentlicher Gehilfen- oder Mittäterschaft gesprochen werden kann, ist in einem solchen Falle die Schadenersatzpflicht auch der Urkundsperson (neben dem deliktisch handelnden Haupttäter) zu bejahen¹¹⁴.

Fn 112 - Vgl. einen solchen Fall im Urteil des OG BL vom 16.2.1993 i.S. R. Finanz AG/H. (nicht publ.).

Fn 113 - So ausdrücklich BE NG Art. 36 Abs. 4 und MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 107, N 5 zu Art. 36 NG BE.

Fn 114 - Vgl. einen solchen Fall im Urteil des OG BL vom 16.2.1993 i.S. R. Finanz AG/H. (nicht publ.), wo die Notarhaftung, trotz fehlerhafter Erstellung einer Interimsbescheinigung, mangels adäquater Kausalität verneint wurde. Der Hauptverantwortliche hatte sich mit der Interimsquittung offenbar Geld beschafft, indem er eine un-

deutliche Schreibweise dazu benützte, eine Person als künftige Grundpfandgläubigerin darzustellen, die in der Interimsquittung eher auf der Zeile des Grundpfand-

S. 193

aa. Beurkundungstechnische Mängel

622 - Die Haftung der Urkundsperson wird begründet durch beurkundungstechnische Mängel¹¹⁵, sofern diese die Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes oder den mangelnden öffentlichen Glauben der Urkunde nach sich ziehen.

623 - Erläuterung: Bei den beurkundungstechnischen Mängeln handelt es sich um die Verletzung von Vorschriften, welche den äusseren Ablauf des Verfahrens und die Gestalt der Urkunde regeln (Missachtung der Ausstandsregeln, Beurkundungsvorgang mit Unterbrechungen, unwahre Beurkundung aufgrund unsorgfältiger Sachverhaltsermittlung oder unsorgfältiger Urkundenformulierung, Nicht-Beurkundung beurkundungsbedürftiger [wesentlicher, vertragstypischer] Absprachen, fehlende Unterschriften oder fehlendes Siegel unter der Urkunde, Missachtung des Zeugenerfordernisses oder Beizug untauglicher Zeugen, sinnentstellende Schreibfehler in der Urkunde etc.).

bb. Beratungs- und Belehrungsfehler

624 - Beratungs- und Belehrungsfehler^{116, **3-117} sind dann haftungsbegründend, wenn sie sich in mangelhafter inhaltlicher Gestaltung des beurkundeten Rechtsgeschäftes oder in mangelhafter Durchführung des protokollierten Verfahrens auswirken; zu diesen Fehlern gehört auch mangelhaft gewährter Schutz vor Unbedacht, wenn wegen unterlassener Belehrung ein Geschäft zustandekommt, das im Klienteninteresse richtigerweise hätte unterbleiben sollen.

625 - Erläuterung: Im Vordergrund stehen unterlassene oder unsorgfältige Grundbuchnachsichtigung¹¹⁸, unterlassene Hinweise der Urkunds-

schuldners genannt war. Wenn eine "Gläubigerin" ihre "Rechte aus der Interimsbescheinigung" an einen Dritten zediert, während aus dem Dokument ersichtlich ist, dass es sich in Wirklichkeit um die Schuldnerin handelt, so trifft die Urkundsperson keine Haftung, selbst wenn sie die Interimsbescheinigung zu Unrecht, d.h. vor der Grundbuchanmeldung ausgehändigt hat.

Fn 115 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 106, N 4b zu Art. 36 NG BE, spricht in diesen Fällen von einer nicht vorschriftsgemäss vorgenommenen Beurkundung.

Fn 116 - Zur Unterscheidung der Begriffe der notariellen Belehrung und Beratung vgl. Ziff. 1728

Fn 117 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 106, N 4c zu Art. 36 NG BE, erwähnt die formell oder materiell unrichtige Rechtsbelehrung; ergänzend ist die **unterlassene** Rechtsbelehrung, ferner die **unrichtig erteilte Beratung** zu nennen; WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (132) hält die Urkundsperson sogar - unter Haftungsfolge im Unterlassungsfall - zu einer eigentlichen Beratung verpflichtet. "Der Notar muss insbesondere auch auf Möglichkeiten aufmerksam machen, die die Parteien nicht berücksichtigt haben."

Fn 118 - Vgl. solche Haftungsfälle in den Entscheiden des Appellationshofes BE vom 7.3.1964, ZBGR 47 (1966) 215-218 (falsche notarielle Auskunft über eine als belanglos bezeich-

S. 194

person auf Vorkaufs-¹¹⁹ und Gewinnbeteiligungsrechte¹²⁰ oder auf öffentlichrechtliche Bewilligungserfordernisse, welche das Geschäft im nachhinein für eine Partei oder für alle Parteien als unerwartet nachteilig und damit als ungewollt erscheinen lassen.

626 - Die Urkundsperson haftet nicht für einen Geschäftsinhalt, den die Beteiligten entgegen notarieller Abmahnung gewählt haben¹²¹, sofern die Urkundsperson die Nachteile der betreffenden Gestaltung in ihrer vollen Tragweite deutlich gemacht hatte¹²².

cc. Säumnis (Verletzung der Erledigungspflicht)

627 - Schadenersatzpflicht wegen Säumnis, d.h. wegen Verletzung der Erledigungspflicht¹²³, kann eintreten, wenn die Urkundsperson die übertragenen Geschäfte nicht innert nützlicher Frist erledigt¹²⁴ oder wenn sie verbindlich gemachte Terminzusagen nicht einhält. Wurden keine solchen Zusagen gemacht, so kann das unbegründete Zuwarten mit einzelnen Verrichtungen haftungsbegründend sein. Der Klientschaft ist immerhin zuzumuten, dass sie die Urkundsperson auf relevante Termine aufmerksam macht oder dass sie rechtzeitig mahnt. Nimmt eine handlungsfähige, ortsansässige Klientschaft die notarielle Säumnis während längerer Zeit unbeantwortet hin, so hat sie die sich die damit verbundenen Nachteile mindestens teilweise selbst zuzuschreiben.

nete Baubeschränkung, die bei sorgfältiger Grundbuchnachschatung als faktisches Bauverbot erkennbar gewesen wäre) und in BGE 90 II 274 (Beurkundung der auf dem Kaufobjekt lastenden Grundpfänder in Abweichung vom grundbuchlichen Eintragsstand, mit der Folge der grundbuchlichen Beanstandung des Geschäfts; das Unglück wollte es, dass die Insolvenz einer Partei vor der erfolgten Korrektur eintrat). Der Insolvenzschaden muss grundsätzlich als adäquat-kausal verursacht gelten.

Fn 119 - Vgl. Urteil der Cour d'appel FR vom 25.10.1971, Extraits 1971, S. 35-38, wo ein Hotel verkauft wurde, dessen Küche auf einer mit dem Nachbarn gemeinsam im Miteigentum gehaltenen Parzelle stand. Die Urkundsperson unterliess den Hinweis auf das gesetzliche Vorkaufsrecht des Nachbarn und auf den daraus fliessenden Abklärungsbedarf. Nach vollzogener Beurkundung übte der Nachbar das Vorkaufsrecht aus, worauf das Hotel - mangels Küche - nicht mehr bewirtschaftet werden konnte. Der Vertrag wurde zwar erfolgreich angefochten und das Geschäft rückgängig gemacht, scheint aber käuferseitig trotzdem den Ruin, d.h. eine Insolvenz zur Folge gehabt zu haben.

Fn 120 - Vgl. einen solchen Haftungsfall im Urteil des KG VD vom 20.10.1978, JdT 1978 III 116-121 (Klient hatte von der Urkundsperson auf Anfrage die ausdrückliche - und falsche - Auskunft erhalten, er müsse den Veräusserungsgewinn nicht mit seinen Geschwistern teilen; Haftung der Urkundsperson wurde bejaht, da die Auskunft für den Verkäufer entscheidendes Motiv zum Verkauf gewesen war).

Fn 121 - Vgl. BE NG Art. 36 Abs. 3; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 139.

Fn 122 - Zur Möglichkeit, die notarielle Abmahnung in der Urkunde zu erwähnen, vgl. Ziff. 1847.

Fn 123 - Zum Begriff der Erledigungspflicht vgl. Ziff. 919 ff.

Fn 124 - Vgl. Ziff. 880.

****S. 195****

628 - Erläuterung: Das klientenseitige Zuwarten kann nur dann als haftungsmindernd berücksichtigt werden, wenn die Klientschaft wusste oder hätte wissen können, dass die betreffenden notariellen Verrichtungen binnen einer bestimmten Frist vorzunehmen waren. Kein Selbstverschulden liegt beispielsweise vor, wenn rechtsunkundige Klienten den Entwurf zu einem Ehevertrag unterzeichnen und an die Urkundsperson retournieren und wenn dies in der (für die Urkundsperson erkennbaren) irrigen Meinung geschieht, der Vertrag sei damit gültig abgeschlossen. Lässt die Urkundsperson in der Folge das Geschäft liegen und stirbt einer der Ehegatten, so kann dem aus dem Nichtzustandekommen des Geschäftes geschädigten überlebenden Ehegatten kein Selbstverschulden wegen unterlassener Mahnung zugerechnet werden¹²⁵.

c) Weitere Tatbestände

629 - Andere Tatbestände sind von geringerer Bedeutung; zu nennen sind:

630 - Verletzung der Beurkundungspflicht¹²⁶. - Ein Haftungstatbestand wegen Verletzung der Beurkundungspflicht (Eintretens- und Anhandnahmepflicht) ist nur ausnahmsweise denkbar. Erfüllt die Klientschaft ihre Obliegenheit, sich nach der zeitlichen Verfügbarkeit der Urkundsperson zu erkundigen¹²⁷, so lösen sich Probleme aufseiten der Urkundsperson, ohne dass es zu einer Pflicht-

verletzung und zu einem Konflikt kommt: Die Klientschaft wendet sich rechtzeitig an eine andere Urkundsperson.

631 - Adressiert die Klientschaft ein schriftliches Beurkundungsbegehren ohne Voranzeige an die Urkundsperson und bleibt das Begehren ohne Folge, weil es der Urkundsperson nicht innert nützlicher Frist zur Kenntnis kommt (etwa wegen Ferienabwesenheit), so ist ein allfälliger Schaden dem Selbstverschulden der Klientschaft, nicht einer Pflichtverletzung der Urkundsperson zuzuschreiben. In einem solchen Falle haftet die Urkundsperson nicht.

632 - Hat die Urkundsperson die Anhandnahme der Beurkundung oder hat sie zusätzlich die Einhaltung bestimmter Termine (z.B. eines Termins für den Wechselprotest) zugesagt, so ist in der Nichteinhaltung einer solchen Zusage die Verletzung der Erledigungspflicht (notarielle Säumnis), nicht eine Verletzung der Beurkundungspflicht zu erblicken.

Fn 125 - Vgl. ein solches Beispiel bei FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (329/330).

Fn 126 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 106, N 4a zu Art. 36 NG BE.

Fn 127 - Vgl. hierzu Ziff. 512.

****S. 196****

633 - Verletzung der Geheimhaltungspflicht¹²⁸: Geheimnisbruch führt meist zu Unannehmlichkeiten, nur ausnahmsweise zu einem vermögensrechtlich quantifizierbaren Schaden.

634 - Verletzung der Unparteilichkeitspflicht: Parteilichkeit hinterlässt meist keine aktenkundigen Spuren; sie ist als Tatbestand nachträglich ebenso schwer zu beweisen, wie es der Kausalzusammenhang zu einem Schaden und dessen Quantifizierung ist. Demgemäss finden sich in der schweizerischen Rechtsprechung keine Urteile, in denen eine Urkundsperson wegen Parteilichkeit zu Schadenersatz verurteilt worden wäre.

635 - Keiner besonderen Regeln bedürfen die Fälle, in welchen die Klientschaft zur Verwirklichung widerrechtlicher oder unsittlicher Ziele die Urkundsperson täuscht, namentlich eine falsche öffentliche Beurkundung erschleicht (Art. 253 StGB). Lässt sich die Urkundsperson aufgrund eigener Fahrlässigkeit täuschen, so haftet sie für ihre fahrlässig begangenen Beurkundungsfehler in den Schranken der oben dargestellten Grundsätze¹²⁹. Wirkt eine Urkundsperson dagegen am widerrechtlichen Tun der Klientschaft vorsätzlich mit, so haftet sie solidarisch für den ganzen Deliktsschaden.

636 - Verletzung der Interessewahrungspflicht bei Vollzugshandlungen: In Kantonen mit Grundstückgewinnsteuern, die bei längerer Besitzesdauer zu reduzierten Sätzen erhoben werden, kann der Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung satzbestimmend, eine späte Anmeldung für den Veräusserer vorteilhaft sein. Buchführungspflichtige Veräusserer mögen gegenteils auf die Anmeldung im "alten" Geschäftsjahr Gewicht legen, um den Grundstücksgewinn gegen Verluste dieses oder des Vorjahres aufzurechnen¹³⁰. Sofern die Urkundsperson von der Klientschaft nicht auf die steuerliche Relevanz eines bestimmten Anmeldestermins ausdrücklich hingewiesen wurde, dürfte eine Haftung für "falsche" Terminierung der Grundbuchanmeldung nicht gegeben sein; denn es fehlt die Adäquanz der Schadensverursachung. Die Adäquanz fehlt auch dann, wenn die Urkundsperson sich bei der Grundbuchanmeldung unbestreitbarer Säumnis schuldig gemacht hat.

Fn 128 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 106, N 4d zu Art. 36 NG BE.

Fn 129 - BE NG Art. 36 Abs. 2 schränkt die notarielle Haftung in diesen Fällen auf grobes Verschulden ein; es ist fraglich, ob diese Einschränkung unter dem Gesichtswinkel der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung zulässig sein kann.

Fn 130 - Vgl. diese Beispiele bei FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (335).

****S. 197****

4. Der zu ersetzende Schaden

637 - Enthält die Urkunde¹³¹ unwahre Angaben über Vorgänge und bestehende Tatsachen, zu deren Belegung die Urkunde bestimmt ist, so hat die Urkundsperson den Schaden zu ersetzen, welcher den Klienten oder Dritten aus rechtmässiger Verwendung der unwahren Urkunde erwächst, ferner den Schaden, den solche Personen dadurch erleiden, dass sie im irrigen Vertrauen auf die Wahrheit der Urkunde zu ihrem Nachteil bestimmte Dispositionen treffen oder unterlassen.

638 - Handelt der Inhaber der unwahren Urkunde in Kenntnis ihrer Unwahrheit deliktisch, so haftet die fahrlässige Urkundsperson für den Ausfall des Geschädigten, der diesem nach rechtlicher Geltendmachung seiner Ansprüche gegen den unmittelbaren Schädiger verbleibt. Hatte die Urkundsperson die unwahre Urkunde in vorsätzlicher Komplizenschaft mit einem solchen Delinquenten ausgefertigt, so haftet sie mit diesem solidarisch (Art. 50 OR).

639 - Erweist sich das beurkundete Geschäft wegen eines beurkundungstechnischen Mangels als ungültig und bieten alle Beteiligten Hand zu einer mängelfreien Wiederholung der Beurkundung, so beschränkt sich der von der Urkundsperson zu ersetzende Schaden auf die Beurkundungskosten und allfällige zusätzliche Kosten der gescheiterten Beurkundung (Fahrkosten und Erwerbsausfall der Beteiligten).

640 - Die Urkundsperson hat keinen Anspruch darauf, die Wiederholung der Beurkundung analog zu einer werkvertraglichen Garantieleistung selber durchzuführen¹³².

641 - Kann der Beurkundungsfehler nicht durch Wiederholung des Aktes gutgemacht werden, so hat die haftbare Urkundsperson dem Geschädigten jenen Vermögensstand herzustellen, welcher bestehen würde, wenn der Beurkundungsfehler nicht begangen worden wäre. Als Schaden fällt in

Fn 131 - Das hier Gesagte bezieht sich auch auf die notarielle Tatsachenbezeugung in Urkunden, welche im Hauptteil Erklärungen zu Urkund wiedergeben, ferner auf den Inhalt beurkundeter Erklärungen, insbesondere des Grundstückkaufpreises, wenn die Unwahrheit für die Urkundsperson erkennbar war bzw. von der Urkundsperson bei gehöriger Sorgfalt hätte erkannt werden sollen. Als Beispiel sei der Fall erwähnt, in welchem ein ungetreuer Verkaufsbevollmächtigter, nach Vereinbarung des Kaufpreises und mit Wissen der Urkundsperson, durchsetzte, dass der Käufer einen Teil der vereinbarten Summe dem Bevollmächtigten persönlich als "Maklerprovision" bezahlte und nur die Restsumme als Kaufpreis beurkunden liess. Dass hier die Hinterziehung eines Kaufpreisbestanteils zum Nachteil des Vollmachtgebers stattfand und dass die Beurkundung des Kaufpreises unwahr war, war für die Urkundsperson erkennbar, womit ihre Haftung gegenüber dem Vollmachtgeber grundsätzlich begründet war.

Fn 132 - Bietet die Urkundsperson der Klientschaft die kostenlose Wiederholung der gescheiterten Beurkundung an, so liegt darin allein noch keine Anerkennung fehlerhaften Verhaltens; vgl. SEIYBOLD/HORNIG, Kommentar zur [deutschen] Bundesnotarordnung, 5. Aufl. München (1976) S. 306, N 44 zu § 19.

****S. 198****

Betracht sowohl die Verminderung von Aktiven als auch die Vermehrung von Passiven und ein allenfalls entgangener Gewinn¹³³.

642 - Als entstandene Verluste (damnum emergens) fallen namentlich jene Verluste in Betracht, welche die Klienten und allfällige Urkunden-Adressaten (Grundpfand- und Bürgschaftsgläubiger) dadurch erleiden, dass sie in berechtigtem Vertrauen auf die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes Verfügungen getroffen haben, d.h. sich bestimmter Vermögenswerte entäussert haben, deren Rücknahme anschliessend trotz zumutbarer schadensmindernder Anstrengungen nicht mehr gelingt.

643 - Als entgangener Gewinn (*lucrum cessans*) fällt bei zweiseitigen Verträgen in erster Linie die Wertdifferenz zwischen dem Vertragsobjekt, bewertet zu Verkehrswerten, und dem dafür versprochenen Kaufpreis in Betracht.

644 - Erläuterung¹³⁴: Bei **Unwahrheits-Schäden** dürfte ein deliktisches Verhalten von Privatpersonen die Haupt-Schadensursache sein. Deren Haftung, nicht diejenige der fahrlässig handelnden Urkundsperson, steht dann im Vordergrund. Handelte die Urkundsperson dagegen vorsätzlich als Komplizin, so haftet sie solidarisch.

645 - Bei Säumnis-Schäden haftet die Urkundsperson nur gegenüber den Sachbeteiligten, bei **Ungültigkeits-Schäden**, d.h. Schäden aus dem Dahinfallen eines fehlerhaft beurkundeten Geschäftes zusätzlich auch den Urkunden-Adressaten, nicht jedoch den allfälligen Drittbegünstigten (nicht also gegenüber Erben, wenn eine letztwillige Verfügung ungültig ist)¹³⁵.

646 - Der Schaden dürfte in erster Linie in Verlusten aus Dispositionen bestehen, welche diese Personen im Vertrauen auf die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes getroffen haben. Als ein solcher Verlust fällt beispielsweise in Betracht die Darlehensvergabe, welche der Bürgschaftsgläubiger im irrigen Vertrauen auf die Gültigkeit der Bürgschaft tätigt. Hier haftet die Urkundsperson für den Darlehens-Ausfall des Gläubigers, soweit sie nicht dartun kann, dass auch der vermeintliche Bürge insolvent gewesen wäre¹³⁶. Beim nichtigen Grundstückkauf haftet die Urkundsperson dem Käufer für verlorene Anzahlungen, wenn solche wegen Insolvenz des Verkäufers nicht zurückerlangt werden können. Allgemein haftet die Urkundsperson bei unwirksa-

Fn 133 - So auch CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 136.

Fn 134 - Zu dem von der Urkundsperson zu ersetzenden Schaden vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 107, N 8 zu Art. 36 NG BE; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 136.

Fn 135 - Vgl. hierzu, Ziff. 662 ff.

Fn 136 - Insofern tritt die Urkundsperson nicht an die Stelle des Bürgen, d.h. ihre Schadenersatzpflicht tritt nicht an die Stelle der Bürgen-Verpflichtung, sondern sie bemisst sich an jenem Betrag, den der Gläubiger aufgrund seines Vertrauens in die Gültigkeit der Bürgschaft verloren hat. Ist der vermeintliche Bürge nachweislich insolvent, so würde dem Gläubiger auch eine gültig beurkundete Bürgschaft keine Deckung verschafft haben, womit sein Darlehensausfall nicht als ein von der Urkundsperson zu ersetzender Schaden qualifiziert werden kann.

****S. 199****

men Beurkundungen für jene Verluste, die einer Partei aus dem Umstand entstehen, dass wegen Insolvenz der andern Partei bestimmte Ansprüche, insbesondere Bereicherungsansprüche, nicht durchgesetzt werden können.

647 - Ausnahmsweise mag auch eine Haftung wegen entgangenem Gewinn, d.h. wegen Ausfallens eines für den Kläger günstigen Geschäftes bestehen. Der Richter sollte in solchen Fällen mit der Zusprechung einer Schadenersatzsumme allerdings zurückhaltend sein, weil der Schaden der einen Vertragspartei dem Vorteil der anderen Vertragspartei entspricht, den diese aus der Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes zieht. Es ist stossend, dass den Parteien, die ursprünglich gemeinsam als Beurkundungsklienten an die Urkundsperson herangetreten sind, auf deren Kosten aus dem Beurkundungsfehler die kumulativen wirtschaftlichen Vorteile der Urkundengültigkeit und -ungültigkeit erwachsen sollten.

648 - Kein Ungültigkeits-Schaden ist zu ersetzen, wenn das fehlerhaft beurkundete Geschäft aus einem anderen Grund, beispielsweise wegen eines Willensmangels oder wegen Übervorteilung oder Widerrechtlichkeit ohnehin dahingefallen wäre. Bestand der entgangene Gewinn der einen Partei im entgangenen Übervorteilungs-Profit, so kann die Urkundsperson hierfür nicht haftbar gemacht werden.

649 - Bei **Gestaltungs-Schäden**, d.h. den Schäden aus **fehlerhafter Beratung und Belehrung oder aus unterbliebener Belehrung**, und bei **Schäden wegen säumnisbedingten Nichtzustandekommens der Beurkundung** haftet die Urkundsperson ausschliesslich gegenüber den Sachbeteiligten, da nur diese durch die verletzten Amtspflichten geschützt sind.

650 - Hatte die Klienteninstruktion auf Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten gelaute und entsteht wegen Säumnis der Urkundsperson bis zum Ableben des einen Ehegatten keine Urkunde¹³⁷, oder entsteht unter der Beratung der Urkundsperson eine Urkunde, wel-

Fn 137 - Vgl. einen solchen Fall bei FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (329/30). Die Notarhaftung scheint in diesem (von LANZ ohne Quellenangabe zitierten) Gerichtsentcheid verneint worden zu sein, weil die Begünstigungsmöglichkeiten ohnehin bereits vollumfänglich ausgeschöpft waren und der im Urkundenentwurf vorgesehene Eingriff in Pflichtteilsansprüche von Nachkommen nicht als Bemessungskriterium für den behaupteten Schaden anerkannt werden konnte. - Generell ist davon auszugehen, dass ein wegen notarieller Fehler unterbliebener Eingriff in Pflichtteilsrechte keine Notarhaftung zu begründen vermag, weil der Gesetzgeber mit dem Schutz des Pflichtteils gesetzgeberische Wertungen und Zielvorstellungen erkennen lässt, deren Durchkreuzung auch dann nicht haftbar machen kann, wenn die Urkundsperson sich eines fehlerhaften Verhaltens schuldig gemacht hat und wenn die klaglose Hin- nahme der Pflichtteilsverletzung durch die verletzten Erben möglich oder sogar wahrscheinlich gewesen wäre.

****S. 200****

cher diese Zielvorgabe nachweislich mangelhaft verwirklicht, so wird Schadenersatz nur mit Zurückhaltung zuzuerkennen sein. Die vom Kläger hinterher als optimal bezeichnete Variante, aufgrund derer er seine Vermögensdifferenzrechnung anstellt, wäre möglicherweise mit anderen Nachteilen, Unsicherheiten etc. behaftet gewesen. Solche Aspekte dürfen nicht ausser Acht gelassen werden. Einer Zusprechung namhafter Schadenersatzbeträge dürfte auch hier die Erwägung im Wege stehen, dass der Nachteil des Ehegatten sein Gegenstück im Vorteil anderer Erben hat und dass der betreffenden Familie aus dem Beurkundungsmangel nicht auf Kosten der Urkundsperson ein substanzieller Vermögenszuwachs zuteil werden sollte. Bezeichnenderweise gibt es in der schweizerischen Judikatur denn auch keine Präjudizien in dieser Richtung.

651 - Ein Schaden kann auch dadurch verursacht worden sein, dass ein für die eine Partei nachteiliges Geschäft zustande gekommen ist, welches bei richtiger Beratung und Belehrung des Geschädigten nicht abgeschlossen worden wäre. Ist der Nachteil der einen Partei identisch mit dem Vorteil der andern und bietet das materielle Recht keinen Ansatz zur rückgängigmachung des Geschäftes wegen Willensmängeln oder Übervorteilung, so dürfte der Richter eine Haftung der Urkundsperson nur mit äusserster Zurückhaltung annehmen. Denn es erschiene widersprüchlich, das Geschäft im Verhältnis zwischen den Vertragsparteien als rechtmässig, d.h. nicht-anfechtbar zu qualifizieren, das notarielle Handeln dagegen, welches das Geschäft nicht verhindert hat, als widerrechtliche Pflichtverletzung. Kann das Geschäft aber durch Anfechtung erfolgreich rückgängig gemacht werden, so beschränkt sich der von der Urkundsperson zu ersetzende Schaden auf die entstandenen Auslagen. Diese umfassen insbesondere die Prozesskosten für die Vertragsanfechtung.

652 - Hält die in ihren Erwartungen getäuschte Partei am Geschäft fest¹³⁸, so kann die Abweichung der tatsächlichen Umstände von den ursprünglichen Erwartungen der Klientschaft nicht als ein von der Urkundsperson auszugleichender Schaden betrachtet werden. Bevor

Fn 138 - So, wenn der Käufer nach Vollzug des Geschäfts gewahr wird, dass das erworbene Grundstück mit Dienstbarkeiten belastet ist, welche von der Urkundsperson weder erwähnt noch in die Urkunde aufgenommen worden waren, und wenn der Käufer trotzdem am Geschäft zu den vereinbarten Konditionen festhält. Der Hypothese, bei Kenntnis der Dienstbarkeit hätte der Käufer einen niedrigeren Preis auszuhandeln vermocht, fehlt die erforderliche hohe Wahrscheinlichkeit, wenn das tatsächliche Verhalten des Käufers dessen Interesse am Geschäft auch mit den beurkundeten Konditionen beweist; vgl. einen solches Beispiel bei FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (328), ferner Urteil

des Appellationshofes BE vom 7.3.1964, ZBGR 47 (1965) 215-218, wo die Klagabweisung allerdings mit Erwägungen über die mangelnde gerichtliche Zuständigkeit begründet worden ist.

****S. 201****

die Klientschaft sich mit einem Schadenersatzanspruch an die Urkundsperson halten kann, hat sie den Tatbeweis zu erbringen, dass sie das Geschäft in der beurkundeten Gestalt nicht will, indem sie das Geschäft wegen Willensmangels oder wegen Übervorteilung rückgängig zu machen versucht.

653 - Wurde ein Grundstück zum Zwecke der Neuüberbauung gekauft und wusste die Urkundsperson im Zeitpunkt der Beurkundung nachweislich, dass für die bestehende Altbaute keine Abbruchbewilligung oder für die Neubaute keine Baubewilligung erhältlich sein würde, so bemisst sich ihre Schadenersatzpflicht aus unterbliebener Belehrung nicht am hypothetischen Vermögensstand des Erwerbers unter Annahme des Bewilligungserhalts, also nicht am positiven Vertragsinteresse der Erwerbers. Die Urkundsperson kann nicht haftbar gemacht werden für das Ausbleiben einer nicht erhältlichen Bewilligung, sondern allenfalls für die Liquidation des für den Erwerber sinnlos gewordenen Erwerbs, d.h. für sein negatives Interesse. Behält der Erwerber das Grundstück und führt er es anderen Zwecken als den ursprünglich geplanten zu, so kann von einem zu ersetzenden Schaden nicht gesprochen werden.

654 - Entsprechendes gilt für **fehlerhafte Steuerberatung**¹³⁹ in jenen Fällen, in denen die Urkundsperson das zu beurkundende Geschäft steuerlich optimal zu gestalten übernimmt. Übersieht die Urkundsperson hiebei die steuergünstigste Gestaltungsvariante und bleibt das Geschäft bestehen, so sind die durch das Geschäft ausgelösten Steuern allemal von der Klientschaft, nicht von der Urkundsperson, zu bezahlen, und sie sind von der Urkundsperson nicht zu ersetzen. Sind Steuerfolgen, auf welche die Urkundsperson bei gehöriger Sorgfalt hätte hinweisen müssen, derart gravierend, dass das Geschäft wegen Grundlagenirrtums oder mit einer vergleichbaren Begründung rückgängig gemacht wird, so hat die Urkundsperson die Transaktionskosten des Geschäftes und seiner Rückgängigmachung, ferner allfällige Streiterledigungskosten zu tragen, wenn die Rückgängigmachung gegen Widerstand durchzusetzen ist.

655 - Bei **Protokollierungen** sind vor allem Unwahrheits-Schäden denkbar, etwa bei notarieller Mitwirkung an einem überbewerteten Apport bei der AG-Gründung¹⁴⁰. In diesem Falle tritt die bundesprivatrechtliche Gründungs-Haftung gemäss Art. 753 OR an die Stelle der kantonal-beurkundungsrechtlichen Haftung.

656 - Auch Ungültigkeits-Schäden sind denkbar. Sie können aus fehlerhafter Beratung und Belehrung herrühren. Man denke an den (sehr

Fn 139 - Zu notariellen Belehrungspflicht bezüglich der steuerlichen Folgen des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1750, zur Steuerberatung Ziff. 1818.

Fn 140 - Zur Gründung der Aktiengesellschaft vgl. Ziff. 2963 ff.

****S. 202****

unwahrscheinlichen) Fall der Statutenänderung einer Publikumsaktiengesellschaft, anlässlich derer der Verwaltungsratspräsident es unterlässt, eine Beschlussfassung der Versammlung herbeizuführen, weil er der irrigen Auffassung ist, es gehe lediglich darum, die vom Verwaltungsrat genehmigten Änderungen den Aktionären zu erläutern. Versäumt es die Urkundsperson in einem solchen Falle, den Veranstaltungsleiter auf das Erfordernis einer Beschlussfassung hinzuweisen, und muss die Versammlung aus diesem Grunde wiederholt werden, so kann die Urkundsperson möglicherweise zur Mittragung eines Teils der Veranstaltungskosten herangezogen werden; den Hauptteil dieser Kosten hätte in einem solchen Fall allerdings wohl die Aktiengesellschaft zu übernehmen wegen des Selbstverschuldens ihres Präsidenten.

657 - Keine von der Urkundsperson zu ersetzende Schäden sind hingegen die Nachteile, welche der Gesellschaft aus dem vorläufigen Unterbleiben der Beschlussfassung erwachsen. Scheitert die Durchführung einer Kapitalerhöhung, weil die Urkundsperson den Verwaltungsrat anlässlich der notariellen Protokollierung seines Durchführungsbeschlusses auf offensichtliche Verfahrensmängel nicht hinweist, so haftet die Urkundsperson gegenüber der Gesellschaft nicht für die Beibringung des ihr nun möglicherweise entgehenden Erhöhungskapitals.

5. Herabsetzung der Ersatzpflicht

658 - *Bezüglich der Herabsetzung der Schadenersatzpflicht gelten die allgemeinen haftpflichtrechtlichen Regeln. Die Schadenersatzpflicht der Urkundsperson wird insbesondere herabgesetzt, wenn der Schaden auch bei pflichtgemäßem Handeln eingetreten wäre, ferner bei Selbstverschulden des Geschädigten bzw. bei kausaler Schadensverursachung oder -mitverursachung durch Umstände, welche der Geschädigte zu vertreten hat.*

659 - Erläuterung: Bezüglich der Obliegenheit der Klientschaft, bei Gefahr im Verzug die Urkundsperson auf Fristen hinzuweisen oder zu mahnen vgl. Ziff. 925 ff.

****S. 203****

6. Person des Schuldners

660 - *Für die Fehler von Amtsnotaren haftet gemäss kantonaler Regelung meist der Kanton (Staatshaftung gemäss kantonalem Verantwortlichkeitsrecht), wobei der Kanton auf die Urkundsperson bei grobem Verschulden allenfalls Regress nehmen kann¹⁴¹; freiberufliche Urkundspersonen haften für ihre Fehler in den meisten Kantonen persönlich, unter Ausschluss der Staatshaftung¹⁴².*

661 - Erläuterung: Bei freiberuflichen Urkundsperson ist auch die Solidarhaftung allfälliger Büropartner auszuschliessen, und dies selbst dann, wenn sich mehrere Urkundspersonen als Kollektivgesellschaft freiwillig, d.h. gemäss Art. 553 OR¹⁴³, im Handelsregister eintragen liessen. Die diesbezügliche Vorschrift von Art. 8 Abs. 2 NG BE¹⁴⁴ muss als Ausdruck einer Regel gelten, welche für das freiberufliche Notariat in allen Kantonen Geltung hat. Denn die Klientschaft tritt an eine bestimmte Urkundsperson im Vertrauen auf deren berufliches Können heran, nicht wegen des breiten Haftungssubstrates der Bürogemeinschaft. Eine Solidarhaftung der Partner kann bei Beurkundungsverhältnissen, im Gegensatz zu Anwaltsmandaten, regelmässig auch nicht auf den Wortlaut eines Vollmachtsformulars abgestützt werden. Denn die Urkundsperson handelt nicht aufgrund privatrechtlicher Bevollmächtigung bzw. Mandatierung; es werden keine Beurkundungsvollmachten unterzeichnet.

Fn 141 - Ein Regressurteil findet sich im Urteil des Verwaltungsgerichts ZH vom 26.1.1978, RB 1978 24 31-34; ein Notar-Stellvertreter hatte als Zeugin für eine letztwillige Verfügung die Ehefrau des Bedachten beigezogen, ohne zu bemerken, dass dadurch Art. 503 Abs. 2 ZGB verletzt wurde. Wegen 15jähriger einwandfreier Amtsführung wurde seine Ersatzpflicht gegenüber dem regressberechtigten Kanton auf einen Viertel der dem Geschädigten bezahlten Summe festgesetzt. - Nach den in der vorliegenden Arbeit dargestellten Grundsätzen hätte indessen der Kanton gar nicht gehaftet; vgl. Ziff. 666.

Fn 142 - So BS NG § 41; vgl. auch CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 134/135.

Fn 143 - Eine Eintragung als kommerzielle Kollektivgesellschaft gemäss Art. 552 OR kommt für Urkundspersonen nicht in Frage, ebensowenig demgemäss die Eintragungspflicht, und zwar unabhängig von der Grösse ihres gemeinschaftlich betriebenen Büros. Die Notariatstätigkeit ist als Ausübung eines freien Berufes aufgrund fest verankerter Tradition nicht eintragungspflichtig; vgl. BGE 106 Ib 311 ff., 315, E. 3c; 100 Ib 345 ff., 347, E. 1; 97 I 167 ff., 170 E. 3a; ROBERT PATRY, Grundlagen des Handelsrechts, SPR VIII/1 (1976) S. 82 f.; EDUARD HIS, Berner Kommentar (1940) N 61 zu Art. 934 OR.

Fn 144 - "Jeder Notar übt seine hauptberufliche Tätigkeit, auch im Falle einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft mit andern Notaren oder Anwälten, im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung aus."

****S. 204****

7. Person des Gläubigers

662 - Als Schadenersatzgläubiger gegenüber der Urkundsperson oder - im Falle des Amtsnotariats - gegenüber dem Staat fallen nur Personen in Betracht, zu deren Schutz die verletzte beurkundungsrechtliche Norm bestimmt ist.

663 - Schadenersatzgläubiger infolge Unwahrheit der Urkunde können die Klienten und Dritte sein¹⁴⁵.

664 - Schadenersatzgläubiger bei säumnisbedingtem Nichtzustandekommen der Beurkundung können nur die Klienten¹⁴⁶, bei Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes zusätzlich auch die Urkunden-Adressaten sein.

665 - Erläuterung: Die öffentliche Beurkundung dient bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen und bei der Beurkundung von Schenkungsverträgen ausschliesslich dem Schutz des Verfügenden. Mit der fehlerfreien Beurkundung soll seinem Willen in qualifizierter Weise Nachachtung verschafft und gleichzeitig soll der Verfügende vor Unbedacht geschützt werden. Nicht zum Kreise der geschützten Personen gehören die Erben, Vermächtnisnehmer und Beschenkten. Fällt die Erbeinsetzung oder das Vermächtnis infolge eines Beurkundungsmangels dahin, so haben solche Personen keinen Schadenersatzanspruch gegenüber der Urkundsperson. Die Urkundsperson hat den Begünstigten nicht den Wert des Nachlasses oder des Vermächtnisses zu verschaffen.

666 - Verallgemeinernd kann gesagt werden, dass bei Geschäften, welche eine Begünstigung (Liberalität) enthalten, der Schutzzweck der öffentlichen Beurkundung nicht in der rechtlichen Sicherung des Begünstigten gesehen werden kann. Scheitert ein Erbvertrag, so hat die Urkundsperson den Vertragserben nicht den Nachlasswert zu verschaffen. Scheitert ein Grundstückskauf, bei welchem der Veräusserer aufgrund persönlichen Nahestehens zu einem Preis unter dem Verkehrswert zu verkaufen beabsichtigte, so hat die Urkundsperson nicht den Wert der infolge des Beurkundungsmangels ausbleibenden Zuwendung zu ersetzen.

667 - Ähnliches gilt bei persönlichen Rechten Dritter: Hätte die gültige Beurkundung das Vorkaufsrecht oder den Gewinnanspruch eines Dritten ausgelöst, so kann dieser Dritte nicht deswegen Schadenersatz von der Urkundsperson verlangen, weil ihm die Chance infolge feh-

Fn 145 - Da der Schadenersatzanspruch nicht höchstpersönlicher Natur ist, muss er als vererblich und übertragbar gelten; vgl. in diesem Sinne MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 108, N 13d zu Art. 36 NG BE; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 137.

Fn 146 - Und gegebenenfalls deren Erben in ihrer Eigenschaft als Rechtsnachfolger in der Klientenstellung, nicht jedoch in ihrer Eigenschaft als Drittbegünstigte der Urkunde; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 108, N 13 (d) zu Art. 36 NG BE.

****S. 205****

lerhafter Beurkundung des zwischen Käufer und Verkäufer abgeschlossenen Veräusserungsgeschäftes entgeht¹⁴⁷.

668 - Diese Einschränkung des Gläubigerkreises gilt in bezug auf die Haftung, soweit diese ausschliesslich aufgrund fehlerhafter Beurkundungstätigkeit beurteilt wird. Hat sich die Urkundsperson unter Verweis auf ein von ihr unwirksam beurkundetes Geschäft selber an Dritte gewandt, um eine Finanzierung für die Klientenschaft erhältlich zu machen, so entsteht aus solcher Vermittlungstätigkeit ein zusätzlicher Haftungstatbestand, der jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Darstellung ist.

8. Haftung für Drittpersonen

669 - Beim Amtsnotariat gehören die Hilfspersonen der Urkundsperson ebenfalls zum Kreis der Beamten oder staatlich Angestellten; für fehlerhafte Beurkundungstätigkeit haftet demgemäss der Kanton unabhängig davon, ob die Urkundsperson oder eine andere, dem Amt angehörige Person für den Beurkundungsfehler die Hauptverantwortung trägt.

670 - Beim freiberuflichen Notariat richtet sich die Haftung für Hilfspersonen unmittelbar nach Art. 55 OR, sofern der Kanton von der Ermächtigung von Art. 61 OR nicht Gebrauch gemacht und keine kantonalrechtliche Verantwortlichkeitsregelung für seine Urkundsperson erlassen hat. Andernfalls richtet sich die notarielle Haftung für Hilfspersonen nach dem kantonalen Recht¹⁴⁸,

Fn 147 - BE NG Art. 36 bezeichnet als mögliche Gläubiger die "Beteiligten"; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 108, N 13 zu Art. 36 NG BE versteht darunter neben den Personen, die rogiert haben (d.h. den Klienten) und den Urkunden-Adressaten (Bürgschafts- und Grundpfandgläubiger), abweichend von der hier vertretenen Auffassung, auch Vermächtnisnehmer und Dritte, welche durch das unter notarieller Mitwirkung abgeschlossene rechtswidrige oder unsittliche Rechtsgeschäft geschädigt wurden. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Subsumption von Erben, Vermächtnisnehmern und weiteren Personen, die weder am Verfahren teilgenommen noch als Urkunden-Adressaten die Urkunde empfangen sollten, unter den gesetzlichen Begriff der "Beteiligten" i.S. von Art. 36 NG BE nicht naheliegt. - Ähnlich weit und unbestimmt findet sich der Gläubigerkreis umschrieben bei CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 137, welcher - unabhängig von der Art der Urkunde und des Fehlers - ebenfalls allen "Beteiligten" Gläubigerstellung zuerkennt, einschliesslich eingesetzter Erben und einschliesslich Dritter, "die durch ein unter Mitwirkung des Notars abgeschlossenes rechtswidriges oder unsittliches Geschäft geschädigt wurden." - Letzteres kann nur dort zutreffen, wo die Urkundsperson als Mittäterin an rechtswidrigen Handlungen beteiligt ist und für dieses Handeln solidarisch mithaftet. Bezüglich blosser Beurkundungsfehler muss der Kreis der Schadenersatzgläubiger enger gezogen werden.

Fn 148 - A.M. CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 137, welcher die Geschäftsherrenhaftung des freiberuflichen Notars uneingeschränkt als eine zivilrechtliche bezeichnet.

****S. 206****

welches seinerseits den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung zu genügen hat¹⁴⁹.

671 - Die notarielle Haftung für Dolmetscher, die nicht zu den Hilfspersonen im Sinne von Art. 55 OR gehören, beschränkt sich auf die gehörige Sorgfalt bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung¹⁵⁰.

672 - Selbstverschulden der Geschädigten kommt schadenersatzmindernd in Anschlag, wenn die Geschädigten die fehlbare Person gegenüber der Urkundsperson empfohlen oder sie selber beigezogen haben.

673 - Ein allfälliger Regressanspruch der freiberuflichen Urkundsperson gegenüber dem fehlbaren Mitarbeiter richtet sich zwingend nach den Regeln des Bundesprivatrechts, da das Anstellungsverhältnis des Mitarbeiters eines freiberuflichen Notars ein privatrechtliches ist¹⁵¹.

9. Gerichtsstand für die rechtliche Geltendmachung

674 - Gerichtsstand und Verfahren richten sich in den Fällen der Staatshaftung nach den einschlägigen öffentlichrechtlichen Verfahrensnormen des betreffenden Kantons.

Fn 149 - Als kantonalrechtliche Regelungen der Geschäftsherrenhaftung seien erwähnt: BE NG Art. 36 Abs. 1: "Für das Verschulden seiner Mitarbeiter haftet er [der Notar] wie für eigenes". Der bernische Notar kann sich nicht damit exkulpieren, er habe die Hilfsperson sorgfältig ausgewählt, instruiert und beaufsichtigt. Vgl. in diesem Sinne FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (336), welcher die Auffassung vertritt, dem bernischen Notar sei, im Gegensatz zum Geschäftsherrn gemäss Art. 55 OR, der "Befreiungsbeweis ebenso versagt wie der Exkulpationsbeweis". Haftungsvoraussetzung

scheint allerdings ein Verschulden der Hilfspersonen zu sein (was gemäss Art. 55 OR nicht unbedingt erforderlich wäre). Gemeint ist wohl, dass für die Beurteilung des Verschuldens von Hilfspersonen die gleichen Kriterien anzulegen sind wie für eigenes Verhalten des Notars. - Im deutschen Recht erweist sich der öffentlichrechtliche Amtsscharakter der Beurkundungstätigkeit dadurch, dass der Notar ausschliesslich für sich selbst haftet und dass eine Haftung für Hilfspersonal gemäss §§ 278 und 831 BGB nicht stattfindet. Für Fehler seiner Hilfspersonen muss der deutsche Notar nur einstehen, wenn ihn zugleich eigenes Verschulden trifft. Solches eigenes Verschulden kann vor allem in unsorgfältiger Auswahl und Beaufsichtigung oder in unzweckmässiger bürotechnischer Organisation liegen; vgl. HUHNS/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 78, N 18 zu § 1.

Fn 150 - CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 137, scheint diese Beschränkung auch in bezug auf Angestellte der Urkundsperson für massgeblich zu erachten; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 108, N 12 zu Art. 36 NG BE möchte die Sorgfaltspflicht der Urkundsperson, abweichend von den obligationenrechtlichen Regeln, auf die gehörige Instruktion einschränken, was wohl den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung nicht gerecht wird.

Fn 151 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 108, N 11 zu Art. 36 NG BE.

****S. 207****

675 - Gegen freiberuflich tätige Notare erfolgt die Rechtsdurchsetzung für alle Haftungsansprüche, unter Vorbehalt anderweitiger Gerichtsstands- oder Schiedsabreden zwischen den Konfliktparteien, im Zivilprozess vor dem Wohnsitzrichter der Urkundsperson¹⁵²; gründet der Schadenersatzanspruch auf kantonalem öffentlichem Recht, so ist der Weiterzug ans Bundesgericht auf dem Berufungswege ausgeschlossen¹⁵³.

676 - Vorbehalten bleibt der Gerichtsstand am Sitz der Gesellschaft bei Gründungshaftung gemäss Art. 753 und 761 OR¹⁵⁴.

10. Amtskautions als Haftungssubstrat

677 - Einzelne Kantone verlangen von ihren Urkundspersonen die Leistung einer Kautions¹⁵⁵, andere die Beibringung einer Berufshaftpflicht-Versicherungspolice¹⁵⁶ zur Deckung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche.

Fn 152 - So ausdrücklich BE NG Art. 39; vgl. BS NG § 41 und HANS-PETER FRIEDRICH, Kantonales [baselstädtisches] Zivilrecht, in Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 1984, S. 727-755 (735); MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 108, N 14 zu Art. 36 und S. 110 zu Art. 39 NG BE.

Fn 153 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 108, N 15 zu Art. 36 NG BE.

Fn 154 - Die Gründungshaftung der Urkundsperson ist nach herrschender Auffassung zwingend eine solche aus Bundesprivatrecht, nicht aus kantonalem Beurkundungs- bzw. Beamtenrecht; vgl. Entscheid des Instruktionsrichters der Cour Civile VD vom 2.5.1984 i.S. Polychrom, JdT 1984 III 82-85 (84) (fehlerhafte Gründung einer AG mit Sitz in Waadt durch einen Genfer Notar); DENIS PIOTET, La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics, Diss. Lausanne, 1981, S. 87-93 und weitere Hinweise in Anm. 282 daselbst.

Fn 155 - BE NG Art. 38 und BE ND Art. 47 verlangen Sicherheitsleistung in einem Betrag zwischen 100'000 und 300'000 Franken. Die Kautions wird gegenüber dem Kanton gestellt, haftet aber unmittelbar den geschädigten Privaten, vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 203, N 7 zu Art. 48 ND BE.

Fn 156 - So LU BeurkG § 7 Abs. 1; vgl. auch Weisung des OG LU als Aufsichtsbehörde über die Urkundsperson vom 4.12.1980, LGVE 1980 I 609, S. 678/679.

****S. 208****

Kapitel 4: Gemeinsame Regeln für alle Beurkundungsverfahren (allgemeiner Teil des Beurkundungs-Verfahrensrechts)

§ 26 Überblick über Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Verfahrenstypen

678 - Der Beurkundung individueller Erklärungen und den Protokollierungen ist gemeinsam, dass ein nach Ort, Zeit und Teilnehmern bestimmter Vorgang im Zentrum des Verfahrens steht, anläss-

lich dessen die Urkundsperson mit eigener Wahrnehmung den in die Urkunde einzubringenden Sachverhalt ermittelt. Bei den individuellen Willenserklärungen ist dies der Beurkundungsvorgang¹, bei den Protokollierungen die Protokollaufnahme anlässlich der zu protokollierende Veranstaltung. Gewisse Verrichtungen der Urkundsperson pflegen diesen beiden Vorgängen typischerweise vorauszugehen, andere nachzufolgen, wobei sich für diese vorausgehenden und nachfolgenden Verrichtungen nicht in gleichem Masse Verfahrensregeln namhaft machen lassen wie für den Beurkundungsvorgang und die Protokollaufnahme.

679 - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen gibt es keinen derartigen zentralen Akt. Hier spielt sich die notarielle Sachverhaltsermittlung oft an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten ab. Der unmittelbaren Wahrnehmung kommt nicht die gleiche Bedeutung zu wie in den soeben beschriebenen Fällen. Auch Erkundigungen bei

Fn 1 - Dies ist die von CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 92, gewählte Bezeichnung, welche in der vorliegenden Darstellung übernommen wird. Vgl. zur Terminologie Ziff. 17.

****S. 209****

Ämtern und Privaten können eingeholt und deren Ergebnis in die Urkunde eingebracht werden.

680 - Die Beurkundung individueller Erklärungen unterscheidet sich von den Protokollierungen unter anderem dadurch, dass nur bei der ersten Gruppe anlässlich des Beurkundungsvorgangs notwendigerweise ein Akt der Inkraftsetzung stattfinden und durch die Erschienenen bezeugt werden muss, in der Regel durch ihre Unterschriftsleistung auf der Urkunde. Demgegenüber findet bei nachträglicher und bei vorbereiteter Protokollierung kein derartiger Akt urkundlicher Inkraftsetzung statt; die zu protokollierenden Beschlüsse und Erklärungen erlangen ihre Rechtskraft durch ihre faktische Vornahme im Rahmen der betreffenden Veranstaltung, nicht durch die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde. Die Urkunde kann in diesen Fällen auch erst nachträglich ausgefertigt und von der Urkundsperson allein unterzeichnet werden. Unterbleibt die Erstellung der Urkunde, so ist der betreffende Beschluss trotzdem am Datum der betreffenden Veranstaltung gültig gefasst, bloss bis auf weiteres nicht rechtsgenügend belegt². - Unterbleibt hingegen die urkundliche Aufzeichnung und Unterzeichnung einer öffentlich zu beurkundenden individuellen Erklärung, so ist die Erklärung nicht formgerecht abgegeben, der beurkundungsbedürftige Vertrag nicht abgeschlossen worden. In diesem Falle fehlt es nicht nur am rechtsgenügenden Beleg, sondern am Zustandekommen des Rechtsgeschäftes.

681 - Bei allen Beurkundungsverfahren ist nach den erforderlichen Beurkundungsvoraussetzungen zu fragen. Alsdann sind die Regeln für die Durchführung des Verfahrens und anschliessend diejenigen für die Gestaltung der Urkunde darzustellen. Diesem Aufbau folgen sowohl die unmittelbar anschliessenden gemeinsamen Regeln für alle Verfahren (der allgemeine Teil des Beurkundsrechts), als auch die hinten separat dargestellten Regeln für die einzelnen Verfahren.

Fn 2 - Insofern drängt sich eine Einschränkung auf gegenüber MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 58, N 17 zu Art. 20, der die Auffassung vertritt, die öffentliche Urkunde wirke konstitutiv. Bei nachträglichen Protokollierungen entfalten die gefassten Beschlüsse ihre Rechtswirkung vom Datum der Protokollaufnahme, nicht erst von demjenigen der späteren Protokoll-Erstellung an. MARTI ist insofern beizupflichten, als eine beurkundungsbedürftige Veranstaltung, an welcher keine Urkundsperson zwecks Protokollaufnahme anwesend ist, rechtlich wirkungslos bleiben muss.

****S. 210****

§ 27 Beurkundungsvoraussetzungen

1. Grundsatz

682 - Die Urkundsperson darf eine öffentliche Beurkundung nur vornehmen, wenn die Beurkundungsvoraussetzungen gegeben sind.

683 - Erläuterung: Unter den Beurkundungsvoraussetzungen werden hier, im Anschluss an MARTI³, eine Reihe von Gegebenheiten verstanden, deren Vorhandensein für die ordnungsgemässe Durchführung des Beurkundungsverfahrens erforderlich ist. Die Urkundsperson hat während jedes Verfahrensstadiums das Vorhandensein der Beurkundungsvoraussetzungen zu prüfen bzw. im Auge zu behalten.

684 - Dies bedeutet nicht, dass beim Fehlen von Beurkundungsvoraussetzungen keine öffentliche Urkunde entstehen könnte. Die Folgen von Beurkundungsmängeln sind nach anderen Kriterien als nach demjenigen des Vorhandenseins oder Fehlens von Beurkundungsvoraussetzungen zu beschreiben.

2. Zulässiger Beurkundungsgegenstand

685 - Das Vorhandensein eines zulässigen Beurkundungsgegenstandes ist Beurkundungsvoraussetzung.

686 - Erläuterung: Die zu beurkundenden Erklärungen, Vorgänge oder Sachverhalte müssen zum Kreis der zulässigen Gegenstände öffentlicher Beurkundung gehören.

687 - Nicht alles, was sich in geschriebenes Wort fassen lässt, kann Gegenstand öffentlicher Beurkundung sein, sondern nur solche Erklärungen, Vorgänge und Tatsachen, die einerseits von rechtlicher Bedeutung sind, die andererseits gerade wegen dieser rechtlichen Bedeutung, d.h. in einem rechtlichen Zusammenhang schriftlich bezeugt werden, die zudem der notariellen Ermittlung zugänglich sind und sich ihrer Natur nach mit öffentlichem Glauben bezeugen lassen. In der vorliegenden Arbeit wird die Befindlichkeit des Gegenstandes ausserhalb eines aktuellen Streitens als eine Frage des zulässigen Beurkundungsgegenstandes erörtert. Dabei ist nicht zu verkennen, dass die Grenzen

Fn 3 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 91.

****S. 211****

zu anderen Fragestellungen fliessend sind, insbesondere zur Frage nach der sachlichen Zuständigkeit der Urkundsperson (im Gegensatz etwa zur Ermittlungszuständigkeit eines Gerichtes) und zur Frage der Missbrauchsverhütung.

688 - Die zulässigen Gegenstände werden hinten, für die verschiedenen Beurkundungsbereiche getrennt, dargestellt; für die individuellen Erklärungen vgl. Ziff. 1611 ff., für die Protokollierungen Ziff. 2709 ff., für die Beurkundung bestehender Tatsachen Ziff. 3052 ff. und für die Unterschriftsbeglaubigungen Ziff. 3247 ff.

3. Sachliche Zuständigkeit

689 - Die sachliche Zuständigkeit der Urkundsperson ist Beurkundungsvoraussetzung. Die Zuständigkeit besteht für alle öffentlichen Beurkundungen, für welche das kantonale oder das Bundesrecht nicht anderen Instanzen eine ausschliessliche Beurkundungsbefugnis verleiht.

690 - Erläuterung: Unter dem Begriff der **sachlichen Zuständigkeit** ist die Frage zu erörtern, welche Instanz innerhalb einer Behördenorganisation welche öffentliche Beurkundung vorzunehmen hat⁴.

691 - In der Regel umschreibt der Begriff "Notar", "notaire" bzw. "notaio" eine Urkundsperson mit umfassender Beurkundungsbefugnis⁵, d.h. mit umfassender sachlicher Zuständigkeit. Eine für manche Kantone charakteristische Aufteilung sachlicher Zuständigkeiten liegt in der exklusiven Zuweisung der Grundstücksgeschäfte an das Amtsnotariat, unter Ausschluss freiberuflicher Urkundspersonen⁶, ferner an der Zuordnung beschränkter Beurkundungsbefugnisse für Wechselproteste⁷, für Beglaubigungen⁸ und für gewisse andere Geschäfte an andere Amtspersonen. Daneben gibt es Beurkundungen, die überhaupt nicht in die sachliche Zuständigkeit von Urkundspersonen fallen, wie etwa die Beurkundung der Erklärung der Freigabe eines Kindes zur Adoption gemäss Art. 265a Abs. 2 ZGB.

Fn 4 - Vgl. diese Definition der sachlichen Zuständigkeit bei JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 77, N 276.

Fn 5 - LU BeurkG § 1 lit. g definiert die Beurkundungsbefugnis als die Befugnis zur Vornahme öffentlicher Beurkundungen.

Fn 6 - Vgl. die Übersicht über die sachliche Zuständigkeit zur Beurkundung von Grundstückkaufverträgen bei LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 62-65.

Fn 7 - LU BeurkG § 1 lit. i spricht von der Protestbefugnis bestimmter Urkundspersonen.

****S. 212****

692 - Die Frage nach der sachlichen Zuständigkeit ist zu unterscheiden von derjenigen nach den **zulässigen Beurkundungsgegenständen**. Mit der Definition des Kreises zulässiger Beurkundungsgegenstände sollen jene Erklärungen und Sachverhalte ausgegrenzt werden, für welche die Rechtsordnung eine Dokumentation mit öffentlichem Glauben nicht kennt (Beispiel: religiöse Glaubenssätze; mathematische Formeln)⁹.

693 - Verleiht das kantonale Recht verschiedenen Amtsträgern beschränkte oder unbeschränkte Beurkundungsbefugnisse, so ist auch die Regelung der sachlichen Beurkundungszuständigkeiten der verschiedenen Stellen Sache des kantonalen Rechts¹⁰.

694 - Die begriffliche Trennung von zulässigem Beurkundungsgegenstand und sachlicher Zuständigkeit der Urkundsperson ist allerdings nur sinnvoll bei den individuellen Erklärungen, weil gewisse dieser Erklärungen bestimmten Ämtern oder Urkundspersonen, andere Erklärungen anderen Ämtern oder Urkundspersonen zur Beurkundung zugewiesen sind. Bei den Sachbeurkundungen fallen Zulässigkeit des Beurkundungsgegenstandes, d.h. die Beurkundbarkeit schlechthin, mit der sachlichen Zuständigkeit der Urkundsperson so weitgehend zusammen, dass eine getrennte Abhandlung der sachlichen Zuständigkeit nicht als erforderlich erscheint.

4. Örtliche Zuständigkeit

a) Grundsatz

695 - *Die örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson ist Beurkundungsvoraussetzung. Die Urkundsperson ist örtlich zuständig für alle Verrichtungen, für welche sie sachlich zuständig ist und welche kein hoheitliches Auftreten ausserhalb ihres örtlichen Tätigkeitsgebietes erfordern.*

Fn 8 - LU BeurkG § 1 lit. h: "Beglaubigungsbefugnis".

Fn 9 - CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 78, gebraucht eine eigene Terminologie, indem er unter sachlicher Zuständigkeit die "Anwendungsfälle der öffentlichen Beurkundung" versteht: Der Notar sei sachlich zuständig für

die Beurkundung jener Verträge, für welche das ZGB und das OR die öffentliche Beurkundung vorschreiben und abschliessend aufzählen.

Fn 10 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 77, N 276, mit Verweis auf BRUNO SCHMIDLIN, Komm. OR (1986) N 79 zu Art. 11 OR, MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 95 und 107 zu Art. 657 ZGB, HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 22 zu Art. 657 ZGB, SIDLER, Komm. LU (1975) S. 22 und 23, N 12 und 15, KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 717, N 27 f. zu Art. 9 ZGB, BECK, Berner Kommentar (1932) N 7 zu Art. 55 SchlT ZGB, WIELAND, Zürcher Kommentar (1909) N 1 und 5 zu Art. 657 ZGB.

****§. 213****

696 - Erläuterung: Die Urkundsperson gilt als örtlich zuständig für alle Beurkundungen, für die sie sachlich zuständig ist und die sie in ihrem örtlichen Tätigkeitsgebiet¹¹ vornehmen kann. Ferner sehen kantonale Beurkundungsgesetze, mit Billigung des Bundesgerichtes¹², eine besondere örtliche Zuständigkeit für die Beurkundung von Grundstücksgeschäften am Orte der gelegenen Sache vor¹³.

697 - Spricht man von örtlicher Zuständigkeit der Urkundsperson, so muss man sich der Verschiedenheit des Zuständigkeitsbegriffs im Vergleich zu seiner Bedeutung im Prozessrecht bewusst sein. Im Prozessrecht bedeutet die örtliche Zuständigkeit, dass ein Verfahren **aufgrund seiner personellen und sachlichen Elemente** in den Kompetenzbereich dieses Gerichtes, nicht in denjenigen eines funktionell gleichartigen Gerichtes an einem anderen Ort, fällt. Die örtliche Zuständigkeit knüpft im Prozessrecht an bestimmte Merkmale der Streitsache (Wohnsitz der Parteien, Belegenheit des Streitobjektes u.a.m.) an. "Wenn im Prozessrecht von örtlicher Zuständigkeit die Rede ist, so steht die Frage zur Erörterung, welches einzelne Gericht zur Entscheidung über einen bestimmten Rechtsstreit berufen ist. Die Antwort auf diese Frage geben im Prozessrecht die Regeln über den Gerichtsstand ... In diesem Sinne ist der Begriff der örtlichen Zuständigkeit der Kautelarjurisprudenz [und damit dem Beurkundungsrecht] fremd ... Jeder Notar ist für jede Beurkundung örtlich zuständig, für die er auch sachlich zuständig ist."¹⁴

698 - Im Unterschied zum Richter hat die Urkundsperson - ausser bei der Beurkundung von Grundstücksgeschäften - keine Merkmale der zu beurkundenden Angelegenheit zu beachten, welche die Angelegenheit in den örtlichen Kompetenzbereich eben dieser Urkundsperson, im Gegensatz zu Urkundspersonen an anderen Orten, bringen. Grund-

Fn 11 - Die meisten kantonalen Gesetze ermächtigen ihre Urkundspersonen, im ganzen Kantonsgebiet tätig zu sein, in der Regel mit einer Ausnahme für die Beurkundung von Grundstücksgeschäften; vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 24 Anm. 1; ZH EGZGB § 237 Abs. 1; BE NG Art. 17.

Fn 12 - BGE 113 II 501 i.S. Peter und Linda H.-T. gegen Grundbuchamt Affoltern am Albis und OG ZH; 47 II 383, 46 II 391; VEB 28 Nr. 62 E 3, 29 Nr. 97 und 98; ZBGR 44 (1963) S. 108 ff. - Die Kritik an dieser Praxis ist bis heute nicht verstummt; vgl. BECK, Berner Kommentar (1932) N 24 ff. zu Art. 44; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 24; KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 718, N 28 zu Art. 9 ZGB.

Fn 13 - BE NG Art. 18: Rechtsgeschäfte zur Begründung oder Änderung von dinglichen Rechten an bernischen Grundstücken sowie Vorverträge, Vorkaufsverträge, Kaufrechtsverträge und Rückkaufrechtsverträge, welche sich auf solche Grundstücke beziehen, können nur durch einen Notar mit Büro im örtlichen Tätigkeitsgebiet der gelegenen Sache beurkundet werden.

Fn 14 - HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum deutschen BeurkG, N. 1 zu § 2, S. 122; auch GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 24 bezeichnet die Beschränkung der Amtstätigkeit auf einen bestimmten Bezirk nicht als Frage der örtlichen Zuständigkeit.

****§. 214****

sätzlich kann jede Urkundsperson **sämtliche Geschäfte beurkunden**, die **in ihrem örtlichen Tätigkeitsgebiet** zur Beurkundung gebracht werden und für welche sie sachlich zuständig ist. Örtliche und sachliche Zuständigkeit decken sich demgemäss im Beurkundungsrecht weitgehend, im Gegensatz zum Prozessrecht.

699 - Dass die Urkundsperson ihre Amtstätigkeit, soweit sie hoheitlichen Charakter hat, nur innerhalb des Territoriums jenes Gemeinwesens ausüben kann, von welchem sie ihre hoheitliche Amtsgewalt verliehen erhielt, hat mit örtlicher Zuständigkeit im prozessualen Sinne nichts zu tun. Auch die Zivil- und Strafgerichte tagen und urteilen nur innerhalb jener Kantone, denen sie angehören. Auch sie dürfen Zeugeneinvernahmen, Verhandlungen und mündlichen Urteilseröffnungen nur im eigenen Kanton, nicht in Nachbarkantonen oder im Ausland vornehmen. Im Prozessrecht wäre es unüblich, diese Beschränkung der hoheitlichen Amtstätigkeit auf Verrichtungen innerhalb des eigenen Gemeinwesens mit dem Begriff der örtlichen Behördenzuständigkeit in Verbindung zu bringen. Dass in diesem Sinne bei Urkundspersonen von örtlicher Zuständigkeit gesprochen wird, muss als eine Besonderheit der beurkundungsrechtlichen Terminologie gelten¹⁵.

700 - Unter Vorbehalt dieser Einschränkung lässt sich sagen, dass die örtliche Beurkundungszuständigkeit für den **innerkantonalen** Bereich kantonalem Recht untersteht¹⁶, im **interkantonalen** Verhältnis dem Bundesrecht¹⁷ und im **internationalen** Verhältnis dem Bundes- und Staatsvertragsrecht. Was gemäss gebräuchlicher Terminologie als die örtliche Zuständigkeit für Beurkundungen von Grundstücksgeschäften am Ort der gelegenen Sache bezeichnet wird, müsste richtigerweise nicht als (bundesrechtliche) Frage der interkantonalen Beurkundungszuständigkeit, sondern als kantonalrechtliche Frage der Nichtanerkennung auswärtiger Urkunden verstanden werden. Die vorliegende Arbeit folgt jedoch der herrschenden Terminologie und erörtert die betreffende Frage unter dem Titel örtlicher Beurkundungszuständigkeit.

Fn 15 - Wenn MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 47, N 5 zu Art. 17, ausführt, das Notariatsrecht kenne, im Gegensatz zum Zivilprozessrecht, keine Prorogation, so ist dieser Gegensatz zum Zivilprozess lediglich auf die andere Terminologie im Beurkundungsrecht zurückzuführen. Auch im Zivilprozess können die Parteien nicht bewirken, dass ein kantonales Gericht ausserhalb seines Kantons tätig wird.

Fn 16 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 78, N 277, mit Verweis auf BECK, Berner Kommentar (1932) N 7 und 18 in fine zu Art. 55 SchlT ZGB; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 96 ff. zu Art. 657 ZGB, KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 718, N 28 zu Art. 9 ZGB.

Fn 17 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 21.

****S. 215****

b) Rechtsgrundlage und territorialer Umfang der örtlichen Beurkundungszuständigkeit

701 - *Das örtliche Tätigkeitsgebiet wird vom öffentlichen Recht jenes Kantons bestimmt, welcher der Urkundsperson die Beurkundungsbefugnis verleiht¹⁸. Die Zuständigkeit zu hoheitlicher Beurkundungstätigkeit kann über die Grenzen des verleihenden Kantons nicht hinausgehen.*

702 - Erläuterung: Die Bestimmung des örtlichen Tätigkeitsgebietes ist notwendiger Inhalt der kantonalen Verleihung, d.h. die Verleihung muss sich stets auf ein abgegrenztes Gebiet beziehen. Dieses Gebiet kann die Grenzen des verleihenden Kantons nicht überschreiten¹⁹. In der Regel bezieht sich die Beurkundungsbefugnis auf das ganze Gebiet des verleihenden Kantons²⁰. Beschränkungen auf ein Teilgebiet dieses Kantons gibt es mancherorts für Grundstücksgeschäfte²¹.

Fn 18 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 63, N 231, mit Verweis auf ERNST BLUMENSTEIN, Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit des bernischen Notariates, MBVR 11 (1913) S. 241 ff. (242).

Fn 19 - So ROLAND PFÄFFLI, Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 1991, BN 1991 S. 270; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 63, N 231; WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (11); MARTI, Das Hauptverfahren im schweizerischen Notariatsprozess, ZBGR 64 (1983) S. 321 (323 f.); SIDLER, Komm. LU (1975) S. 24, N 21; ESCHER, Zürcher Kommentar (3.A. 1959) N 7 zu Art. 499 ZGB. - Jene Kantone, welche ihren Urkundsperson erlauben, auch ausserhalb des Kantonsgebietes tätig zu sein, verwechseln den Fähigkeitsausweis (der die Fähigkeit zur Berufsausübung ohne örtliche Begrenzung attestieren kann) mit der kantonalen Amtsverleihung. -

Unzulässige Verletzungen ausserkantonaler Gebietshoheit müssten demgemäss aus den nachgenannten Bestimmungen resultieren, sofern sie jemals angewendet würden: TI LN Art. 2 Abs. 2: "Il notaio ticinese può ricevere fuori territorio del Cantone atti pubblici aventi come oggetto diritti reali relativi a fondi siti nel Cantone"; NE LN Art. 29: "Le notaire neuchâtelois peut passer hors du canton les actes relatifs aux droits réels immobiliers qui sont de sa compétence en vertu des articles 27 et 28, à l'exclusion de tous autres actes."

Fn 20 - Vgl. LU BeurkG § 3 Abs. 1; dazu SIDLER, Komm. LU (1975) S. 55, N 1 zu § 3, welcher darauf hinweist, dass "die Beurkundungsbefugnis mit der Gebietshoheit zusammenhängt und dass sich daher die vom Kanton Luzern verliehene Befugnis, öffentliche Urkunden zu errichten, auf das Kantonsgebiet beschränkt."

Fn 21 - Vgl. etwa ZH NV § 5 und 6 (Beschränkung auf den jeweiligen Notariatskreis), BE NG Art. 18 (Beschränkung auf den Amtsbezirk der gelegenen Sache). - Den betreffenden Kantonen obliegt in einem solchen Falle die Regelung, welche Urkundsperson im Kanton örtlich zuständig ist, wenn ein Grundstück in mehreren Teilgebieten des Kantons gelegen ist. Einzelne Kantone regeln potentielle Kompetenzkonflikte zwischen mehreren Urkundspersonen gemäss dem Schwerpunkt des Geschäftes (so BE NG Art. 18 Abs. 2; vgl. dazu Entscheid der Notariatskammer BE vom 26.6.1990, BN 1990, S. 101), andere lassen die Frage ungeregelt und vertrauen auf das Einvernehmen zwischen den Urkundsperson im konkreten Fall (so ZH EGZGB § 237 und ZH NV § 6); vgl. auch ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 21, Fussnote 80.

****S. 216****

c) Hoheitliches Handeln anlässlich der Beurkundungstätigkeit

703 - Das hoheitliche Handeln umfasst die Leitung des Beurkundungsvorgangs bei der Beurkundung individueller Erklärungen, die Vornahme von Wahrnehmungen in amtlicher Eigenschaft, insbesondere die Sachverhaltsermittlung (Protokollaufnahme) bei den zu protokollierenden Erklärungen und Vorgängen²² sowie bei allen Beurkundungen die Beisetzung der Notarunterschrift und die Siegelung der Urkunde²³.

704 - Zum nichthoheitlichen Handeln gehört alle notarielle Amtstätigkeit, die nicht in der vorhergehenden Ziffer als hoheitlich bezeichnet wurde, so beispielsweise die Entgegennahme der Klienteninstruktion²⁴, die Beratung, die Anmeldung beurkundeter Geschäfte bei Registerämtern und das Einholen von Information im Hinblick auf die Dokumentation bestehender Tatsachen in Überzeugungsbeurkundungen²⁵.

705 - Die Urkundsperson kann ohne Überschreitung ihrer örtlichen Zuständigkeit Überzeugungsbeurkundungen erstellen aufgrund eines Wissens, welches sie durch Wahrnehmungen ausserhalb ihres Kantons erlangt hat. Auswärts durchgeführte Ermittlungshandlungen dürfen jedoch in der Urkunde nicht protokolliert werden.

706 - Erläuterung: Hoheitlicher Charakter ist bei individuellen Erklärungen nur dem eigentlichen Beurkundungsvorgang eigen, bei Protokollierungen der beobachtenden Sachverhaltsermittlung an Ort und Stelle des betreffenden Vorganges.

707 - Das hoheitliche Element besteht bei der Beurkundung individueller Erklärungen darin, dass die Erklärenden gegenüber dem die Beurkundungsbefugnis verleihenden Kanton (dieser vertreten durch die Urkundsperson) in ein besonderes Gewaltverhältnis - das Beurkundungsverhältnis - treten. Wichtige Amtspflichten der Urkundsperson und sämtliche wesentlichen beurkundungsrechtlichen Pflichten der

Fn 22 - So sinngemäss ROLAND PFÄFFLI in BN 1989 S. 403 (für BE), ferner Stellungnahme des OG LU als Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen, LVGE 1988 I 20 S. 34-35, ferner Stellungnahme des Dep. des Innern AG vom 21.07.1972, AGVE 1972 S. 525; der Sitz der Gesellschaft und der Ort des vorzunehmenden Handelsregistereintrags spielt für die Zuständigkeit der Urkundsperson keine Rolle.

Fn 23 - In diesem Sinne MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 47, N 8 zu Art. 17; vgl. ZH NV § 11. - Mit der Unterzeichnung und Siegelung leistet die Urkundsperson das mit öffentlichem Glauben versehene, notarielle Zeugnis; "da die öffentliche Beurkundung einen Ausfluss der staatlichen Hoheit darstellt, ist die Ausstattung einer Person mit dem öffentlichen Glauben auch dann, wenn es sich nicht um einen Beamten handelt, als Verleihung einer

gewissen staatlichen Machtbefugnis zu betrachten." (KG GR, Urteil vom 17.11.1986, ZB 47/86, PKG 1986 22 S. 89-91 [90]).

Fn 24 - So sinngemäss auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 48, N 9 zu Art. 17 und, in bezug auf Grundstückgeschäfte, S. 51, N 4 zu Art. 18.

Fn 25 - Zum Begriff der Überzeugungsbeurkundung vgl. Ziff. 134 ff.

****S. 217****

zu Urkund Erklärenden werden in der Regel während des Beurkundungsvorgangs erfüllt, auch wenn die Erfüllung schon vor dem Beurkundungsvorgang umfassend vorbereitet wurde. Zu diesen Pflichten gehört insbesondere die Wahrheitspflicht der zu Urkund Erklärenden.

708 - Bei den Protokollierungen besteht das hoheitliche Element darin, dass die Urkundsperson durch ihre Anwesenheit, durch allfällige Belehrung und durch die Sachverhaltsermittlung eine Rechtmässigkeitskontrolle ausübt.

709 - Wird eine notarielle Wahrnehmung in der Urkunde festgehalten, so muss es sich um eine in amtlicher Eigenschaft und damit hoheitlich gewonnene Wahrnehmung handeln. Nur was die Urkundsperson in amtlicher Eigenschaft wahrgenommen hat, kann sie als Wahrnehmung beurkunden. Ermittlungs- und Kontrollhandlung dürfen aufgrund des Gesagten in der Urkunde nur dann protokolliert werden (z.B. durch die Angabe "*die vor mir anerkannte Unterschrift*" oder "*die Unterschrift des sich durch seinen Pass ausweisenden X.*"), wenn sie innerhalb des notariellen Zuständigkeitsgebietes erfolgt sind.

710 - Was die Urkundsperson ausserhalb ihres örtlichen Zuständigkeitsgebietes wahrnimmt, darf nicht als Wahrnehmung beurkundet werden, kann aber zu einem notariellen Wissen führen, welches die Urkundsperson in eine Überzeugungsbeurkundung einbringt. Die Zulässigkeit der Wissens- und Überzeugungsbildung ausserhalb des örtlichen Zuständigkeitsgebietes führt dazu, dass die Urkundsperson beispielsweise eine Person und deren Unterschrift im Ausland kennenlernen und später an ihrem schweizerischen Amtsort im Abwesenheitsverfahren als "bekannt" beglaubigen kann. Nicht die Erinnerung an auswärtige Ermittlungs- und Kontrollhandlungen (Wahrnehmungen), sondern das daraus entstandene, "nachhause gebrachte" inhaltliche Wissen der Urkundsperson (das Wissen um die bestehende Tatsache bzw. die Tatsache als solche) ist am Beurkundungsort beurkundungsfähig. Da bei der Beurkundung individueller Erklärungen und bei der Protokollierung von Vorgängen stets eine Reihe notarieller Wahrnehmungen mit Inhalt, Ort und Zeit in der Urkunde erwähnt werden müssen, können Erklärungsbeurkundungen und Protokollierungen nur für Beurkundungsvorgänge und Veranstaltungen erstellt werden, welche im örtlichen Zuständigkeitsgebiet der Urkundsperson stattgefunden haben.

711 - Inventarisiert eine Urkundsperson des Kantons X. den Befund des Nachlass-Kontenstandes aufgrund ihrer persönlichen Vorsprache bei der kontoführenden Bank im Kanton Y. und protokolliert sie diese Vorsprache in der Urkunde unter Angabe des auswärtigen Ermittlungsortes, so liegt darin keine Verletzung der Hoheit des Kantons Y., sondern eine ordnungswidrige Urkundenformulierung im Kanton X. Die Hoheit der Kantone ist nicht verletzt, wenn ausserkantonale Urkundspersonen im Kantonsgebiet offenen Auges jene Wahrnehmungen

****S. 218****

gen machen, die jedem Bürger erlaubt sind, und wenn sie solche Wahrnehmungen alsdann zuhause in öffentlicher Urkunde protokollieren. Bloss fehlt solcher Protokollierung der öffentliche Glaube, da eine auswärts gemachte Wahrnehmung nicht in amtlicher Eigenschaft gemacht werden konnte und demgemäss nicht mit öffentlichem Glauben beurkundungsfähig ist.

712 - Wollte man die Bildung beurkundungsrelevanten notariellen Wissens ausserhalb des Beurkundungskantons als grundsätzlich unzulässig qualifizieren, so würde dadurch der Grundsatz der Einheit des notariellen Wissens in Frage gestellt. Die Wissens- und Überzeugungsbildung der Urkundsperson ist eine ganzheitliche, nicht verfahrensgebundene. Dementsprechend wirkt der öffentliche Glaube des notariellen Zeugnisses gegenüber jedermann, nicht nur "inter partes" wie beim Zivil- und Strafprozess. Wenn die Urkundsperson auf einer privaten Reise im Ausland erfahren hat, dass ein von ihr zu beurkundender Kaufpreis simuliert ist, so hat sie die Beurkundung abzulehnen. Sie darf nicht ihr privates und ihr amtliches (innerhalb des Verfahrens nach bestimmten Beweisregeln erlangtes) Wissen unterscheiden. Andererseits kann es dann auch nicht entscheidend darauf ankommen, an welchem Ort die Urkundsperson ihr in die Urkunde einflussendes Wissen erlangt hat.

713 - Wenn einzelne Kantone verlangen, dass die Urkundsperson "auswärtige Tatsachen", z.B. den Tod einer auswärts verstorbenen Person oder den Kontenstand bei einer auswärtigen Bank nur aufgrund von Dokumenten beurkunden dürfe, die von der Urkundsperson innerhalb des eigenen Kantons eingesehen wurden, so liegt hierin keine Beschränkung örtlicher Zuständigkeit, sondern eine kantonalrechtliche Formalisierung der notariellen Tatsachenermittlung, die unter dem Gesichtswinkel der bundesrechtlichen Mindestanforderungen nicht als unabdingbar erscheint.

714 - Einen zwar amtlichen, aber **keinen hoheitlichen Charakter**²⁶ hat dagegen die notarielle Beratungstätigkeit²⁷. Privaten, d.h. nicht-amtlichen Charakter hat die Erlangung von notariellem Wissen ausserhalb des örtlichen Zuständigkeitsgebietes, beispielsweise auswärtige Grund-

Fn 26 - Hierin liegt kein Widerspruch. Auch andere kantonale Amtstätigkeiten werden durch Beamte zuweilen ausserhalb der Kantongrenzen wahrgenommen; Konkurs- und Erbschaftsbeamte können sich beispielsweise zum Einholen von Erkundigungen in andere Kantone und ins Ausland begeben, ohne hiedurch fremde Hoheitsrechte zu verletzen; beamtete Lehrer können mit ihren Schülern in andere Kantone reisen, Kantonsärzte können im amtlicher Eigenschaft ausserkantonalen Instanzen zusammentreffen etc. Die territoriale Hoheit wird erst verletzt, wenn Beamte unter Beanspruchung von hoheitlicher Gewalt die Grenze überschreiten (Strafverfolgungsbeamte, Polizei, Richter, Gerichtswibel, Pfändungsbeamte etc.).

Fn 27 - Zur Unterscheidung der Begriffe der notariellen Belehrung und Beratung vgl. Ziff. 1728

****S. 219****

bucheinsicht, Vorsprache bei auswärtigen Amtsstellen und Privatpersonen, Besichtigung auswärtiger Liegenschaften und Bank-Schrankfächer etc. Von Beurkundungsrechts wegen kann jede schweizerische Urkundsperson überall im In- und Ausland Wissen gewinnen, welches anschliessend - im Rahmen der Zulässigkeit von Überzeugungsbeurkundungen - als notarielles Wissen an ihrem Amtssitz beurkundungsfähig ist, beispielsweise um die Aktiven und Passiven eines Nachlasses zu erwahren. Für derartige Erkundigungen ist die Bewegungsfreiheit der Urkundsperson nicht territorial eingeschränkt. Bloss dürfen, wie gesagt, die auswärts vorgenommenen Ermittlungshandlungen nicht als solche in der Urkunde erwähnt werden, sondern nur deren Resultat als notarielles Wissen.

d) Hoheitliche Beurkundungstätigkeit ausserhalb des Kantons, welcher die Beurkundungsbefugnis verliehen hat

715 - *Ausdehnungen der notariellen Zuständigkeit über die Kantongrenzen hinaus sind aufgrund interkantonalen Abkommen²⁸ möglich²⁹, ferner aufgrund einzelfallweiser Ermächtigung, welche seitens der zuständigen Behörden des Ursprungskantons und des Gastgeberkantons abgesprachen worden sein muss.*

716 - **Erläuterung:** Die **Ausdehnung der Beurkundungsbefugnis** über die Kantongrenzen hinaus **durch interkantonale Abkommen** und ein-

Fn 28 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 63, N 231. - Vgl. den Vorbehalt interkantonalen Abkommen in ZH NV § 7. - ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 23, Fussnote 88, erwähnt zwei solche Konkordate, nämlich zwischen SG und TG einerseits, SG und AI andererseits.

Fn 29 - A.M., d.h. bejahend hinsichtlich der notariellen Kompetenz, auch ohne interkantonale Übereinkünfte ausserhalb des notariellen Heimatkantons Geschäfte über "Heimat"-Grundstücke zu beurkunden: MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 105 zu Art. 657 ZGB unter Verweis auf SJZ 15 88 Nr. 61 und ZBJV 76 S. 32, sowie PAUL FLÜCKIGER, Das Verurkundungsverfahren, in: Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare zu seinem fünfzigjährigen Bestehen, Bern (1953) S. 45 ff. (57); ferner Entscheid des Bundesrates in: SJZ 12 (1916) S. 358 f. (aargauischer Notar beurkundete in Zürich einen Kaufvertrag über ein im Aargau gelegenes Grundstück; der Bundesrat hielt dies für zulässig, sofern das aargauische Recht nicht dagegenstand; das zürcherische Recht sei unbeachtlich). - Eine solche Auffassung verkennt den hoheitlichen Charakter des Beurkundungsvorgangs. Eine bundesrechtliche Ausdehnung der Beurkundungsbefugnis der örtlich zuständigen Urkundsperson zur "ambulanten" Vornahme von Grundstückkäufen am auswärtigen Aufenthaltsort der Parteien war 1926 von der Expertenkommission für die Revision des Obligationenrechts vorgeschlagen worden, setzte sich aber nicht durch. Ein neuer Anlauf zur Gesetzgebung wurde seither nicht unternommen; vgl. ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 28.

****S. 220****

zelfallweise, zwischen den Justizdirektionen abgesprochene Ermächtigungsverfügungen ist zu verstehen als Entsendung der Urkundsperson seitens ihres Verleihungskanton in den auswärtigen Konkordatskanton, nicht als selbständige Beleihung mit der Beurkundungsbefugnis durch den Gastgeberkanton. Hievon zu unterscheiden ist die Möglichkeit der Kantone, auswärtige Personen unmittelbar mit der innerkantonalen Beurkundungsbefugnis zu beleihen³⁰; eine Frage des kantonalen Rechts des "Ursprungskantons" ist es dann, ob dieser die Beleihung seiner eigenen Urkundspersonen mit der Beurkundungsbefugnis eines anderen Kantons toleriert oder ob er darin eine Unvereinbarkeit mit der Beurkundungsbefugnis aus eigenem kantonalem Recht erblickt³¹.

717 - Sowohl bei der Beurkundungstätigkeit innerhalb ihres "Ursprungskantons" wie bei einer Tätigkeit ausserhalb desselben hat sich die Urkundsperson an die örtlich geltenden Verfahrensvorschriften zu halten. Der Satz "locus regit actum quoad formam" gilt auch im interkantonalen Verhältnis³².

718 - Voraussetzung für die einzelfallweise Ermächtigung ist ein wichtiger Grund. Ein solcher kann bei einer freiwilligen öffentlichen oder nicht-öffentlichen Versteigerung gegeben sein, wenn in *ei-nem* Zuge Grundstücke in verschiedenen Kantonen versteigert und grundbuchfähige Urkunden noch während der Anwesenheit sämtlicher Bieter gefertigt werden sollen; denn es wäre in einem solchen Falle dem Veräusserer nicht zuzumuten, mit der rechtlichen Bindung der Höchstbietenden zuwarten zu müssen, weil auswärtige Kantone die am Versteigerungsort entstandenen Urkunden der dortigen Urkundspersonen nicht als grundbuchfähig anerkennen.

Fn 30 - In diesem eingeschränkten Sinne trifft die Meinung von SCHMID zu, wonach der "Ursprungskanton" die Beleihung seiner eigenen Urkundspersonen mit auswärtiger Beurkundungsbefugnis nicht verhindern kann; vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 65, N 233.

Fn 31 - Wenn ein Kanton seinen eigenen Urkundspersonen die Annahme auswärtiger Beurkundungsbefugnisse verbietet, so liegt hierin nicht eine Beschränkung der persönlichen Freiheit, sondern es handelt sich um eine (zulässige) Bedingung der Verleihung mit der innerkantonalen Beurkundungsbefugnis. Vgl. ein solches Verbot etwa in NW § 14 Abs. 2 BeurkV und BALBI, Beurkundung in Nidwalden (1981) S. 82 (mit Verweis auf BGE 46 II 394 und 47 II 383). - Für die Kompetenz der Kantone, ihren eigenen Urkundspersonen die Annahme der Beurkundungsbefugnis aus fremdem kantonalem Recht zu verbieten sprechen sich aus MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 46/47, N 2 zu Art. 17 NG BE, HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 28 zu Art. 657 ZGB; BECK, Berner Kommentar (1932) N 27 zu Art. 55 SchlT ZGB.

Fn 32 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 63, N 230 und S. 65, N 234, mit Verweis auf MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 101 zu Art. 657 ZGB, KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 718, N 28 zu Art. 9 ZGB.

****S. 221****

e) Kantonale Nichtanerkennung auswärts entstandener öffentlicher Urkunden in Grundbuchsachen

719 - *Die Kantone können in ihrem kantonalen Recht vorsehen, dass ausserkantonal entstandene öffentliche Urkunden über Rechte an innerkantonalen Grundstücken im Kanton keine Anerkennung finden. Die Nichtanerkennung umfasst in diesem Falle sowohl die grundbuchliche Eintragungsfähigkeit als auch die gerichtliche Durchsetzung³³ des auswärts beurkundeten Geschäftes.*

720 - Erläuterung: Seine eigentliche Bedeutung hat der Begriff der örtlichen Beurkundungszuständigkeit bei den **Grundstückgeschäften**³⁴. Die örtliche Unzuständigkeit auswärtiger Urkundspersonen kann unter dem Gesichtswinkel der Nichtanerkennung ausserkantonaler öffentlicher Urkunden³⁵ bzw. als Beschränkung der Freizügigkeit

Fn 33 - In BGE 113 II 501 (505, E. 3b Abs. 2), führte das Bundesgericht aus, auch von den Befürwortern der Urkunden-Freizügigkeit (zitiert wird BECK, Berner Kommentar (1932) N 28 f. zu Art. 55 SchlT ZGB) werde "nicht in Abrede gestellt, dass der Ehevertrag nur zur obligatorischen Verpflichtung führt, das Nötige vorzukehren, um in den verschiedenen Kantonen die für die Eintragung erforderliche Form zu erfüllen". Man wird aus dem Dictum nicht ableiten dürfen, das Bundesgericht stehe auf dem grundsätzlichen Standpunkt, ausserkantonal beurkundete Grundstücksgeschäfte seien im Belegenheitskanton gerichtlich durchsetzbar. JÖRG SCHMID, Freizügigkeit, ZBGR 70 (1989) S. 265-271 (271, Anm. 20) weist darauf hin, dass das Bundesgericht seit BGE 47 II 388 eine Spaltung der Beurkundungszuständigkeit für gerichtlich durchsetzbaren Verpflichtungsgeschäfte einerseits, grundbuchlich eintragungsfähige Rechtsgrundaussweise andererseits ablehnt. SCHMID sieht diese bundesgerichtliche Auffassung in BGE 113 II 501 bestätigt.

Fn 34 - Vgl. in diesem Sinne ZH NV § 91 Abs. 2.

Fn 35 - Zwar sind die Kantone gemäss Art. 55 SchlT ZGB grundsätzlich verpflichtet, die in einem anderen Kanton gültig errichtete Urkunde zu anerkennen; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 48, N 10 zu Art. 17; VEB 28 Nr. 62, 29 Nr. 98; ZBGR 44 (1963) S. 108 ff.; jedoch gilt bei den Grundstücksgeschäften eine vom Bundesgericht seit 46 II 395 in ständiger Rechtsprechung gebilligte andere Betrachtungsweise (vgl. neuestens Urteil vom 30.11.1987, Praxis 77 S. 236 Nr. 59, wo ausgeführt wird, dass der Wortlaut von Art. 55 SchlT ZGB einer kantonalen Regelung mit einer Beschränkung der örtlichen Zuständigkeit zur Vornahme der öffentlichen Beurkundung nicht entgegenstehe und somit nicht ausschliesslich die sachliche Zuständigkeit der Beurkundungsnorm betreffe; eine kantonale Vorschrift, welche für Rechtsgeschäfte über dingliche und vormerkbare Rechte an Grundstücken nur die Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache zuständig erkläre, sei deshalb mit dem Bundesprivatrecht vereinbar). - Vgl. die Kritik an dieser Auffassung bei GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 24, der darauf hinweist, dass die öffentliche Beurkundung lediglich als Form von Verträgen (Art. 11 OR) erscheint, dass die Grundsätze des Privatrechts aber den Abschluss von Verträgen gestatten, ohne die Möglichkeit des Vertragsabschlusses räumlich zu beschränken; durch die von GULDENER als bedenklich bezeichnete Rechtsprechung werde auch die Möglichkeit in Frage gestellt, einen Vertrag über Rechte an Grundstücken, die in mehreren Kantonen gelegen sind, uno actu abzuschliessen (Tausch). Dingliche Rechte an Grundstücken können auch Gegenstand des Ehevertrags, des Erbvertrags, der Apportgründung der AG, der Stiftungserrichtung

****S. 222****

der öffentlichen Urkunde³⁶ gewürdigt werden. Die meisten Kantone anerkennen auswärts errichtete öffentliche Urkunden über Geschäfte mit innerkantonalen Grundstücken nicht an³⁷.

721 - Die meisten Kantone regeln die örtliche Zuständigkeit für Grundstücksgeschäfte objekt-, nicht personenbezogen, d.h. der normative Ansatz liegt primär im Objekt des einheimischen Grundstücks, über welches keine auswärtige Urkundsperson eine wirksame Urkunde soll errichten können, nicht in einer Beschränkung des Pflichten- und Kompetenzbereichs der dem eigenen öffentlichen Recht unterstellten, einheimischen Urkundspersonen und nicht im Gedanken des Schutzes der Verfahrensbeteiligten. Nicht die im Kanton ansässige Bevölkerung soll grundsätzlich vor den Risi-

ken ortsunkundiger (auswärtiger) Urkundspersonen geschützt werden, sondern die im Kanton gelegenen Grundstücke sollen der Amtstätigkeit auswärtiger Urkundspersonen entzogen sein.

722 - Demgemäss verbieten die kantonalen Gesetzgeber den Einwohnern des Kantons in der Regel nicht grundsätzlich, sich von ortsunkundigen Urkundspersonen bedienen zu lassen³⁸ - sofern die Dienstleistung ein auswärtiges Grundstück betrifft. Den Kaufvertrag über ein in Deutschland gelegenes Grundstück³⁹ kann der Basler vor dem Basler Notar oder vor dem Notar eines anderen Kantons abschliessen⁴⁰. Manche kantonalen Gesetzgeber nehmen hieran keinen Anstoss und

sein. Es kann gemäss GULDENER nicht verlangt werden, dass diese Rechtsgeschäfte im Kanton abgeschlossen und beurkundet werden, in dem das Grundstück gelegen ist.

Fn 36 - Vgl. die Betrachtungsweise unter dem Gesichtswinkel der Freizügigkeit öffentlicher Urkunden bei JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (10 f.); derselbe: Zur interkantonalen Freizügigkeit öffentlicher Urkunden bei Verträgen über dingliche Rechte an Grundstücken, ZBGR 70 (1989) S. 265-271; derselbe: Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 62 ff. (N 227 ff.); SCHWANDER, IPR des Grundstückkaufs (1989) S. 380, N 1115.

Fn 37 - So ZH EGZGB § 237 Abs. 2.; BE NG Art. 18 Abs. 1; LU BeurkG § 3 Abs. 1;

Fn 38 - Vgl. in diesem Sinne ZH NV § 155: "Bezieht sich ein Rechtsgeschäft auch auf Grundstücke eines anderen zürcherischen Amtskreises, so soll die Beurkundung nur erfolgen, wenn ein Grundbuchauszug mit den in § 154 erwähnten Angaben vorliegt oder **in Ermangelung eines solchen die Parteien die Beurkundung trotzdem und unter Entlastung des Urkundsbeamten verlangen.**"

Fn 39 - Allerdings nur das Verpflichtungsgeschäft; gemäss Art. 11 Abs. 2 EGBGB findet der locus-regit-actum-Grundsatz keine Anwendung auf Rechtsgeschäfte, durch welche dingliche Rechte **begründet** oder über dingliche Rechte **verfügt** wird, insbesondere also nicht auf die Auflassung. Hiefür ist bezüglich deutscher Grundstücke allein der deutsche Notar zuständig; vgl. ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 95.

Fn 40 - Die grundsätzliche Zuständigkeit schweizerischer Urkundspersonen für die Beurkundung von Geschäften über ausländische Grundstücke wird bejaht von ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 110 ff.

****S. 223****

sehen sich nicht veranlasst, ihre eigenen Kantoneinwohner zu deren besserem persönlichen Schutz von der Tür des einheimischen Notars weg- und zum grundstücknahen Notar in Deutschland zu schicken⁴¹.

723 - Die objektbezogene Nichtanerkennung auswärtiger öffentlicher Urkunden kann angesichts dieses unbestreitbaren normativen Befunds nicht als eine privatrechtlich begründbare Regelung der örtlichen Zuständigkeit gelten, sondern erscheint als **Wahrung kantonaler Gebietshoheit**, deren Legitimation im öffentlichen Recht der Kantone bzw. **in öffentlichen kantonalen Interessen** zu suchen ist.

724 - Es zeigt sich an diesem Phänomen, dass das Beurkundungsobligatorium bei den Grundstücksgeschäften einen stärker hoheitlichen und rechtspolizeilichen⁴² Charakter hat als bei anderen Geschäften. Indem ein Kanton die Grundstücksbeurkundungen über innerkantonale Grundstücke seinen eigenen Urkundspersonen vorbehält und auswärts erstellten Urkunden die Anerkennung versagt, behält er eine gewisse Kontrolle über den Grundstücksverkehr in seinem Gebiet. Die eigenen Urkundspersonen unterstehen der innerkantonalen Aufsicht und können besser als ausserkantonale Urkundspersonen diszipliniert und für die Durchsetzung kantonaler öffentlicher Interessen in Pflicht genommen werden. Als solche öffentliche Interessen fallen insbesondere in Betracht das notarielle Hinwirken auf Steuerehrlichkeit, notarielle Hilfstätigkeit beim Steuerinkasso für Handänderungs- und Grundstücksgewinnabgaben, notarielle Pflichten bei der Durchsetzung von Bewilligungserfordernissen für Ausländer, bei der Durchsetzung von Sperrfristen und Pfandbelastungsgrenzen, ferner die notarielle Unterordnung unter die Gebräuche und die notarielle Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der ortsansässigen Grundbuchämter⁴³.

725 - Die Nichtanerkennung ausserkantonaler errichteter öffentlicher Urkunden über innerkantonale Grundstücke kann sich primär auf die Gesetzgebung der Mehrzahl der Kantone, sodann auf einen Teil der

Fn 41 - Allerdings besteht keine Beurkundungspflicht schweizerischer Urkundspersonen bezüglich auswärtiger Grundstücke, vorbehaltlich der Notzuständigkeit für ausländische Grundstücke in den Fällen von Art. 3 IPRG; vgl. SCHWANDER, IPR des Grundstückkaufs (1989) S. 379, N 1112.

Fn 42 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 25, unterstreicht die rechtspolizeilichen Aufgaben mit Verweis auf FORSTMOSER, Aktienrecht (1981) S. 253, N 139 und ALFRED SIEGWART, Komm. zum OR, Zürich (1945) N 1 zu Art. 636 OR, lässt aber in diesem Zusammenhang die notarielle Kontrolle des innerkantonalen Grundstücksverkehrs unerwähnt.

Fn 43 - Es ist diese Summe öffentlicher Interessen, nicht bloss ein fiskalisches Interesse des Kantons, welche die Abwehr auswärts errichteter öffentlicher Urkunden erklärt. In diesem Sinne kann gesagt werden, die öffentliche Beurkundung diene nicht fiskalischen Zielen; vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 58, N 63, JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 14, N 45, mit Verweis auf BGE 94 II 273, 50 II 150.

****S. 224****

älteren Lehre⁴⁴ und bis heute auf die Zustimmung des Bundesgerichtes⁴⁵ stützen, welches sich den in diesem Punkte weitgehend übereinstimmenden kantonalen Beurkundungsvorschriften verständlicherweise ebensowenig entgegenstellen, wie es sich mit der vorwiegend zivilrechtlich (und damit an den Realitäten vorbei-)argumentierenden Lehre auseinandersetzen mag. Die neuere Lehre hat - mit wenigen Ausnahmen⁴⁶ - für die Nichtanerkennung solcher Urkunden kein Verständnis mehr und äussert sich überwiegend kritisch^{47,48}.

Fn 44 - Vgl. den Überblick über die Argumente bei JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 69/70, N 246-254, mit Verweis auf HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 26 zu Art. 657 ZGB; MARTI, Der Notar des Kantons Bern, in: Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare zu seinem fünfzigjährigen Bestehen (1953) S. 1 ff. (25); PAUL FLÜCKIGER, Das Verurkundungsverfahren, in: Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare zu seinem fünfzigjährigen Bestehen, Bern (1953) S. 45 ff. (57); W. WILD, Kantonale Beurkundung und Grundbuchführung, ZBGR 32 (1951) S. 301 ff. (316); K.E. WEBER, Locus regit actum und seine Bedeutung für die öffentliche Beurkundung, ZBGR 21 (1940) S. 1 ff. (16); JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930 S. 74 f.; ERNST BLUMENSTEIN, Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit des bernischen Notariates, MBVR 11 (1913) S. 241 ff. (244); WIELAND, Zürcher Kommentar (1909) N 6 zu Art. 657 ZGB.

Fn 45 - Leitentscheid ist der im Jahr 1920 ergangene BGE 46 II 391 ff. = ZBGR 2 (1921) S. 50; hier stand die Gültigkeit einer von einem Waadtländer Notar beurkundeten Promesse de vente über ein im Kanton Fribourg gelegenes Grundstück zur Diskussion. Das Bundesgericht führte aus, Art. 55 SchlT ZGB enthalte keine interkantonale Kollisionsnorm. Der Konflikt sei zu lösen "en application des principes généraux du droit international". - 1921 folgte BGE 47 II 383 ff. Hier handelte sich um ein Kaufversprechen über ein im Kanton Thurgau gelegenes Grundstück; der Vertrag war von einem Notar des Kantons Bern nach bernischem Recht öffentlich beurkundet worden. Das thurgauische Gericht, bei welchem auf Erfüllung geklagt worden war, erklärte ihn als nicht rechtsverbindlich; der Vertrag hätte nach den Bestimmungen des thurgauischen Rechts von einem thurgauischen Urkundsbeamten beurkundet werden müssen. Im Berufungsverfahren bestätigte das Bundesgericht diesen Entscheid, im Gegensatz zu einem von Prof. Eugen Huber erstatteten Gutachten. Das ZGB habe sich offensichtlich bemüht, die Kompetenzen der Kantone so wenig wie möglich einzuschränken. Die Kantone können deshalb verlangen, dass die auf den Erwerb eines dinglichen Rechts an einem auf ihrem Gebiet gelegenes Grundstück gerichteten Verträge nach ihrem Recht und von einem ihrer Urkundsbeamten öffentlich beurkundet werden. - In späteren Entscheidungen liess sich das Bundesgericht auf eine vertiefte Überprüfung der Fragen nicht mehr ein; vgl. BGE vom 16.11.1937 in ZBGR 21 (1940) S. 16 ff., zuletzt 106 II 40, 110 II 160. - Der jüngste einschlägige Entscheid ist das Urteil des Bundesgerichts (II. Zivilabteilung) vom 30. November 1987 i.S. Eheleute H. gegen Grundbuchamt Affoltern a.A. und OG ZH, BGE 113 II 501.

Fn 46 - Vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 49-53; derselbe, Notariatsrecht (1983) S. 49, N 2 zu Art. 18 NG, wobei MARTI jedoch ausdrücklich Eheverträge und andere "atypische Grundstücksgeschäfte" von dieser Bestimmung ausnimmt, auch wenn sie zur Begründung oder zum Übergang dinglicher Rechte an bernischen Grundstücken führen, vgl. Notariatsrecht (1983) S. 51, N 6 und Notariatsprozess (1989) S. 52/53. - Ähnlich auch

WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (11).

****S. 225****

726 - Von Bundeszivilrechts wegen lassen sich keine ernsthaften Gründe für die Nichtanerkennung auswärts beurkundeter Grundstücksgeschäfte seitens des Belegenheitskantons anführen. Die in BGE 46 II 395 f. gezogene Analogie zum IPR vermag im interkantonalen Verhältnis nicht zu überzeugen, die Unzumutbarkeitstheorie⁴⁹ ebensowenig.

727 - Auch MARTIS Qualitäts-Theorie (die Beratung und Belehrung der Vertragsparteien durch die ortskundige Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache gewährleistete eine höhere Beurkundungsqualität⁵⁰) überzeugt nicht restlos. Der im Grundbuch ersichtliche Zustand des

Fn 47 - Vgl. JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (10 f.); GUHL/MERZ/KOLLER, OR (8.A. 1991) S. 117; GAUCH/SCHLUEP, OR AT I, 5. Aufl. 1991, S. 89, N 528; CASPAR ZELLWEGER, Die Form der schuldrechtlichen Verträge im internationalen Privatrecht - Wurzeln und Rechtfertigung der Sonderanknüpfung, Basel 1990, S. 117; JÖRG SCHMID, Zur interkantonalen Freizügigkeit öffentlicher Urkunden bei Verträgen über dingliche Rechte an Grundstücken, ZBGR 70 (1989) 265-271; derselbe, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Fribourg 1988, S. 62-77, mit Verweis auf GUHL/MERZ/KUMMER, OR (7. A. 1980) S. 107; ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 22 ff., besonders S. 35 und 132; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 100 ff. zu Art. 657 ZGB; KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 718, N 28 zu Art. 9 ZGB; GULDENER, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954, S. 24; LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 32 zu Art. 657 ZGB; derselbe, SJZ 13 S. 275 und 17 S. 322; MUTZNER, Öffentliche Beurkundung, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (122a ff.).

Fn 48 - Der Bundesrat selbst scheint zu einem gewissen Zeitpunkt verblüfft gewesen zu sein, dass sich sein Beauftragter zwecks Grundstücks-Beurkundung an den Ort der gelegenen Sache in einen entfernten Kanton deplazieren musste; er liess zur Verifikation dieser Merkwürdigkeit eigens ein Rechtsgutachten erstellen und publizieren; vgl. Justizabteilung, Gutachten vom 5.2.1959 zur örtlichen Beurkundungszuständigkeit für den Vertrag zwischen dem Bundesrat und der Gemeinde Zernez über den Nationalpark, VEB 29 (1959/60) S. 173, Nr. 98.

Fn 49 - Unzumutbarkeitstheorie: Mit Rücksicht auf die gravierenden Differenzen in den kantonalen Beurkundungsverfahrensrechten könne einem hochentwickelten Kanton nicht zugemutet werden, die Urkunden aus einem unterentwickelten Kanton als grundbuchliche Rechtsgrundaussweise entgegenzunehmen; so sinngemäss - mit etwas anderen Worten - BGE 47 II 387 f. und GUHL in: Diskussion zum Referat MUTZNER, Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Privatrecht, Referat zu den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1921, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (235a). - Eine Unterscheidung der Qualität einer Beurkundung gemäss ländlichem oder städtischem Beurkundungsort mochte in früheren Jahrhunderten vertretbar gewesen sein; vgl. die Novelle 73 aus dem Jahre 538 n. Chr., welche die Anforderungen an Zeugen für bestimmte Verträge nur für städtische Verhältnisse einführt, wogegen es auf dem Lande "in Rücksicht auf die dort herrschende Einfalt sowie auf den Mangel an Schreibkundigen und Zeugen" bei der bisherigen Übung sein Bewenden haben sollte (zitiert nach CASPAR ZELLWEGER, Die Form der schuldrechtlichen Verträge im internationalen Privatrecht - Wurzeln und Rechtfertigung der Sonderanknüpfung, Basel 1990, S. 4).

Fn 50 - Dies ist das wichtigste heute vorgetragene Argument gegen die volle Urkunden-Freizügigkeit, vgl. BGE 113 II 501 ff., E. 3a; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 50, N 2 zu Art. 18 NG; derselbe, Notariatsprozess (1989) S. 50.

****S. 226****

Grundstücks kann angesichts der angestrebten und teilweise bereits erreichten Vereinheitlichung des Grundbuchwesens in der ganzen Schweiz mindestens dem Grundsatz nach von Urkundspersonen aller Kantone ermittelt, verstanden und den Vertragsparteien erläutert werden. Auch über den Planungszustand, über bevorstehende Umzonungen und Güterzusammenlegungen etc. kann sich ein auswärtiger Notar erkundigen, sofern man diese Dinge überhaupt als Inhalt der notariellen Belehrungspflicht betrachten will⁵¹. Was sodann die lokalen Gegebenheiten des Liegenschaftsmarktes anbelangt, so ist ein besserer Kenntnisstand einheimischer Urkundspersonen nicht als derart gesi-

chert zu betrachten, die notarielle Belehrungspflicht über die lokalen Gebräuche auch nicht derart eminent wichtig, dass sich deswegen die Nichtanerkennung auswärtiger Urkunden aufdrängt.

728 - Soweit eine Belehrungspflicht der Urkundsperson über die lokalen Gegebenheiten des Marktes, lokale Immobiliensteuern⁵² etc. besteht, muss jede Urkundsperson, in- und auswärtige, sich gegebenenfalls orientieren, bevor sie die Vertragsparteien zum Beurkundungsvorgang aufbietet.

729 - Aber gerade in ländlichen Gebieten mit einem in der ansässigen Bevölkerung gut verwurzeltem Notariat erhalten auswärtige Vertragsparteien von den einheimischen Notaren manchmal nur dürftige Hinweise auf lokale Gegebenheiten und müssen sich mit einem ortsansässigen Notariat abfinden, das die Tendenz zu einer gewissen Parteilichkeit zugunsten der einheimischen Vertragsparteien zuweilen nicht verkennen lässt.

730 - Alle übrigen Argumente zugunsten der Nichtanerkennung auswärtiger Urkunden⁵³ befassen sich nicht mit den Vorteilen einer solchen Regelung, sondern versuchen lediglich, die kantonale Abwehrhaltung mit dem Wortlaut von Art. 55 SchlT ZGB in Einklang zu bringen.

731 - Den Kern der Sache traf die Justizdirektion BE mit ihrer Äusserung, es sei nicht zu übersehen, dass die "Beschränkung der örtlichen Zuständigkeit auch eine existenzsichernde Wirkung für das ortsansässige Notariat hat, die indessen staatspolitisch nicht unerwünscht sein kann. Ohne diese Beschränkung hätten wohl die meisten Notare ihren Geschäftssitz in den grossen wirtschaftlichen Zentren, was der Erhaltung eines leistungsfähigen Landnotariats abträglich wäre."⁵⁴ -

Fn 51 - Von Bundesrechts wegen ist eine solcherart ausgedehnte Belehrungspflicht nicht anzunehmen; vgl. Ziff. 1749.

Fn 52 - Zu notariellen Belehrungspflicht bezüglich der steuerlichen Folgen des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1750, zur Steuerberatung Ziff. 1818 und 654.

Fn 53 - Vgl. den Überblick bei JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 69, N 246-248.

Fn 54 - Entscheid der Justizdirektion BE vom 16.6.1980, BN 145 (147).

****S. 227****

Dem ist beizufügen, dass es bei voller Urkunden-Freizügigkeit wohl ebenso wenige freiberufliche Notare ausserhalb der grossen Agglomerationen gäbe wie es dort Rechtsanwälte gibt⁵⁵. Kraft der Nichtanerkennung auswärtiger öffentlicher Urkunden bleibt der Bevölkerung von Land- und Berggebieten im ansässigen Notar ein persönlich bekannter Jurist in unmittelbarer Nähe erhalten, der nicht nur für Beurkundungen, sondern für praktisch sämtlichen Rechts- und Lebensfragen konsultiert werden kann. Die Involviertheit des "Dorf-Notars" in die Gesamtheit der örtlichen Grundstückangelegenheiten, in die Mehrzahl der Nachlässe, in zahlreiche Ehe- und Familienfragen und in weitere Rechtsprobleme der ansässigen Bevölkerung macht ihn zu einer wichtigen Institution⁵⁶. Andererseits ist die Gefahr von Machtmissbrauch und Parteilichkeit solcher Notare angesichts ihrer gesellschaftlichen Integration in die örtliche Oberschicht nicht zu verkennen. Der berufsethische Appell zu unparteilicher Integrität muss hier von den Notarenverbänden und von den Aufsichtsbehörden mit besonderer Intensität vorgetragen werden.

732 - Würdigt man die Nichtanerkennung ausserkantonaler errichteter öffentlicher Urkunden über inerkantonale Grundstücke unter gewerbepolitischen Aspekten und unter dem Gesichtswinkel des öffentlichen kantonalen Interesses an der Kontrolle des Grundstückverkehrs, so kann ihr ein Sinn nicht abgesprochen werden. Würdigt man sie im Licht privatrechtlicher Argumente (höhere Qualität des Beurkundungsverfahrens im Interesse der Sachbeteiligten - auch der Auswärtigen), so ist sie schwerlich zu rechtfertigen. Immer ist im Auge zu behalten, dass die Kantone auswärts entstandenen öffentlichen Urkunden über einheimische Grundstücke die Anerkennung versagen **dürfen**, dass sie dies aber nicht **müssen**. Wenn der Kanton A dem im Kanton B beurkundeten Grundstückkauf

oder der dort beurkundeten güterrechtlichen Auseinandersetzung über ein Grundstück im Kanton A die Anerkennung und grundbuchliche Eintragungsfähigkeit durch sein internes kantonales Recht **nicht versagt**, so liegt hierin keine Verletzung von Bundeszivil- oder -verfassungsrecht. Einzelne Kantone, z.B. Solothurn, sind denn auch durchaus bereit, auswärts beurkundete Eheverträge unmittelbar grundbuchlich zu vollziehen. Eine solche liberale Haltung ist zu begrüssen.

Fn 55 - Bezeichnenderweise sind die meisten "Land-Notare" Nur-Notare.

Fn 56 - Es ist allzu einseitig, die Erhaltung eines leistungsfähigen Landnotariats ausschliesslich unter dem Gesichtswinkel notarieller Standesinteressen zu würdigen; vgl. in diesem Sinne JÖRG SCHMID, Freizügigkeit, ZBGR 70 (1989) S. 265-271 (268) mit Verweis auf ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 25 f.

****S. 228****

f) Beurkundungszuständigkeit im schweizerischen Internationalen Privatrecht (IPR)

733 - Im internationalen Verhältnis steht das schweizerische internationale Privatrecht auf dem Standpunkt, dass die einzuhaltende Form für ein Rechtsgeschäft grundsätzlich durch den Abschlussort bestimmt wird ("locus regit actum quoad formam"⁵⁷). Dies bedeutet, dass die Urkundspersonen in der Schweiz auch Rechtsgeschäfte von Personen im Ausland öffentlich beurkunden können, jedoch nach den am Beurkundungsort geltenden Verfahrensvorschriften⁵⁸. - Als Abweichungen vom Grundsatz "locus regit actum" bleiben vorbehalten

(a) für Inlandsbeurkundungen die Anwendung ausländischer Verfahrensvorschriften gemäss Art. 11 Abs. 3 IPRG⁵⁹,

(b) für Geschäfte über inländische Grundstücke Art. 119 Abs. 3 IPRG.

734 - Eine von der Klientschaft getroffene Prorogation des ausländischen Verfahrensrechtes ist nicht möglich; sie würde dem Grundsatz "locus regit actum quoad formam" widersprechen⁶⁰; zulässig ist hingegen die

Fn 57 - Art. 124 IPRG; vgl. aber die Einschränkungen für Grundstücke gemäss Art. 119 Abs. 3 IPRG; IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, 2. Aufl. St. Gallen (1990) Rz 229, S. 124.

Fn 58 - Gewisse Kompromisse werden von der Praxis in der Schweiz zugelassen in bezug auf die Eidesstattliche Erklärung und die Unterschriftsbeglaubigung nach angelsächsischer Art. Wenn das ausländische Recht am Bestimmungsort der Urkunde die nach schweizerischer Form errichtete Urkunde nicht gelten lässt, wohl aber eine nach ausländischen Anforderungen in der Schweiz errichtete Urkunde, so kann eine an Zweckmässigkeitskriterien orientierte Hilfestellung der schweizerischen Urkundsperson gegenüber der Klientschaft gerechtfertigt werden. Die schweizerischen Beurkundungsvorschriften wollen letztlich nicht eine abstrakte Gerechtigkeit verwirklichen, sondern praktische Belegbedürfnisse der Klientschaft erfüllen. Vgl. in diesem Sinne ZH NV § 34: "Verlangen die Parteien aus beachtlichen Gründen (z.B. um besondern Anforderungen im Auslande zu genügen) eine Beurkundung, die von den gesetzlichen Zuständigkeits- und Formvorschriften abweicht, so ist ihnen nur zu entsprechen, wenn eine solche Urkunde keinen falschen Rechtsschein erweckt und zu keinem Missbrauch Anlass geben kann und die Parteien den Staat ausdrücklich von jeder Haftbarkeit befreien." - Zur eidesstattlichen Erklärung und zur Unterschriftsbeglaubigung nach angelsächsischer Form vgl. auch Ziff. 2673 ff.

Fn 59 - In dessen erweiterter, der öffentlichen Beurkundung angemessenen Auslegung; vgl. Ziff. 1070 ff.

Fn 60 - Eine Frage des materiellen Rechtes ist es hingegen, ob die Bürgschaft einer natürlichen Person der öffentlichen Beurkundung bedarf; vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 43. Wenn ein Bürge aufgrund einer gemäss IPR zulässigen Rechtswahl sich nach ausländischem materiellem Recht verbürgt, und wenn das ausländische materielle Recht hierfür keine öffentliche Beurkundung verlangt, kann die Bürgschaft in der Schweiz in einfacher Schriftform gültig stipuliert werden; vgl. BGE 111 II 175/181 i.S. Nietzke.

****S. 229****

Anwendung des ausländischen Verfahrensrechtes von Amtes wegen, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen⁶¹.

735 - Keine Frage der Zuständigkeit im internationalen Verhältnis, sondern eine solche beurkundungsrechtlicher Amtspflichten ist es, ob und wie weit die schweizerische Urkundsperson zur Beurkundung der Rechtsgeschäfte von Personen im Ausland Hand bietet, wenn keine sachliche und persönliche Anknüpfung des Beurkundungsfalles zur Schweiz gegeben ist, sondern die Sache sich als **Beurkundungstourismus**⁶² darstellt. Freiberufliche Notare sind dem Beurkundungstourismus als Gastgeber in der Regel wohlgesinnt, besonders wenn es sich um bedeutende Geschäfte handelt, Amtsnotare etwas weniger. Häufigster Gegenstand solcher Beurkundungen zugunsten des Auslands sind Übertragungen und Verpfändungen von Anteilen an deutschen Gesellschaften mit beschränkter Haftung⁶³, seltener kommen auch

Fn 61 - Vgl. Ziff. 1070 ff.

Fn 62 - Vgl. diesen Begriff bei JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (16), mit Verweis auf SCHÜTZE, Internationales Notarverfahrensrecht, DNotZ 1992, S. 66 ff. (71); entgegen SCHÜTZES Meinung ist der deutsche Beurkundungstourismus übrigens nicht vorwiegend auf Zürich ausgerichtet. Luzerner, Zuger, Graubündner und baselstädtische Urkundspersonen kommen ebenso häufig und vielleicht häufiger zum Zuge, besonders bei längeren fremdsprachigen Texten, deren stundenlange Vorlesung in Zürich nicht beliebt zu sein scheint.

Fn 63 - Vgl. JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (15): Der deutsche Bundesgerichtshof entschied im Urteil vom 16.2.1981 i.S. Lehmann Maschinenfabrik GmbH, BGHZ 80, S. 76 ff., (= NJW 1981, S. 1160 = DNotZ 1981, S. 451 ff. = ZBGR 62 [1981] S. 317-320), das in § 53 Abs. 2 des deutschen GmbHG vorgeschriebene Beurkundungserfordernis könne auch durch einen ausländischen Notar erfüllt werden, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen **gleichwertig** sei. Gleichwertigkeit liege vor, "wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Gedanken des deutschen Beurkundungsrechts entspricht." Diese Voraussetzung sei für das Zürcher Notariat gegeben, da dort "das Beurkundungswesen in den Händen eines gut ausgebildeten Beamtennotariats" liege, und da auch das Verfahrensrecht in wesentlichen Punkten dem deutschen Recht entspreche. Der Entscheid wurde vom Landgericht Köln mit Beschluss vom 13.10.1989 (in: Der Betrieb 1989, S. 2214 f.) in bezug auf die Beurkundung einer Verschmelzung mehrerer GmbH nach § 10 ff. des deutschen KapitalerhöhungsG durch einen Zürcher Notar bestätigt. - Angesichts der von den deutschen Gerichten angestellten Erwägungen ist von einer Gleichwertigkeit schweizerischer öffentlicher Urkunden mindestens in jenen Kantonen auszugehen, in denen drei Voraussetzungen erfüllt sind: 1. die für die Auslandsbeurkundung verantwortliche Urkundsperson ist mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis ausgestattet; 2. zur Berufszulassung ist eine akademische Rechtsausbildung erforderlich; 3. das Beurkundungsverfahren für individuelle Erklärungen wird dem bundesrechtlichen Mindestanforderung der Anwesenheitsbeurkundung gerecht (Einheit des Aktes mit persönlicher Anwesenheit der Urkundsperson; Belehrung, Lesung, Genehmigung und

****§. 230****

Verpflichtungsgeschäfte bezüglich deutscher Grundstücke⁶⁴ in der Schweiz zur Beurkundung. Ob die in der Schweiz errichtete öffentliche Urkunde am ausländischen Bestimmungsort anerkannt wird, bestimmt sich nach dem internationalen Privatrecht des Anerkennungsstaates⁶⁵.

736 - Zur Erstellung öffentlicher Urkunden, deren materielle Rechtswirkungen einem ausländischen Recht unterstehen, soll die schweizerische Urkundsperson nur Hand bieten, wenn sie die beurkundeten Rechtswirkungen versteht und den Klienten erläutern kann.

737 - Der Grundsatz von § 17 Abs. 3 des deutschen Beurkundungsgesetzes, welche die Urkundsperson von der Belehrung der Klienten über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen dispensiert⁶⁶, kann auf der Grundlage des schweizerischen IPRG nicht generell anerkannt werden. Da das schweizerische Beurkundungsrecht jedoch nicht nur auf Urkundspersonen mit abgeschlossenem juristischen Studium, sondern auch auf Urkundspersonen ohne Universitätsstudium ausgerichtet sein muss, können die Amtspflichten nicht unbesehen in Anlehnung an das Zivilprozessrecht formuliert werden. Denn im Zivilprozess stehen mindestens in den oberen Instanzen akademisch ausgebildete Richter stets zur Verfügung.

738 - Die notarielle Pflicht zur Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts und zur Belehrung der Klientschaft über ausländisches Recht ist demgemäss dahingehend zu konkretisieren, dass die Urkundsperson, bei vorhandenen juristischen Fähigkeiten, dieses ausländische Recht auf Kosten der Klientschaft selber ermitteln soll bzw.

Unterzeichnung der Urkunde in einem Zug). - Schweizer Notare halten sich bei Beurkundungen für deutsche Klientschaft mit Vorteil an das deutschrechtliche Requisite der **Vorlesung** der Urkunde. Ferner sollen sie sich nicht zu einer "Mitbeurkundung" von Beilagen nach deutschem Recht verleiten lassen, sondern die mit öffentlichem Glauben auszustattenden Beilagen **vor** der Notarunterschrift und dem Siegel in die Urkunde integrieren.

Fn 64 - JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (15), erläutert die Rechtslage im Verhältnis zu Deutschland wie folgt: Nach deutschem IPR kann ein deutsches Grundstück, wenn die Parteien Schweizer Recht wählen, in der Schweiz nach den Vorschriften von Art. 216 OR verkauft werden; § 313 BGB, der die notarielle Form verlangt, gilt nicht als Norm des deutschen ordre public. In jüngster Zeit wird die Zulässigkeit einer Schweizer (Zürcher) Beurkundung stillschweigend vorausgesetzt (Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15.2.1990, DNotZ 1991, S. 410 f., Nr. 5. - Demgegenüber kann die Erklärung der dinglichen Einigung (Auflassung) nur vor einem deutschen Notar erfolgen; vgl. Beschluss OLG Köln vom 29.11.1971, OLGZ 1972, S. 321 f., Nr. 93; Beschluss des Kammergerichts Berlin vom 27.5.1986, OLGZ 1986, S. 319 f., Nr. 90.

Fn 65 - Unter Einschluss von Staatsverträgen; vgl. JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (15), welcher darauf hinweist, dass das Lugano-Übereinkommen im Verhältnis zu **Deutschland** zu Beginn des Jahres 1993 noch nicht gilt.

Fn 66 - Deutsches BeurkG § 17 Abs. 3 2. Satz: "Zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er [der Notar] nicht verpflichtet."

****§. 231****

selber die erforderlichen Erkundigungen einholen soll; fehlt der Urkundsperson die hierzu erforderliche juristische Ausbildung, so muss ihr gestattet sein, von der Klientschaft den Nachweis des ausländischen Rechts zu verlangen⁶⁷ und, wenn auch die Klientschaft hierzu nicht imstande ist, die Beurkundung entweder abzulehnen oder sie, unter Aufnahme eines ausdrücklichen Dispenses von der Rechtsermittlung und -belehrung, vorzunehmen.

739 - Die Urkundsperson hat von der Beurkundung abzusehen, wenn sie aus Unkenntnis des massgebenden ausländischen Rechtes definitiv unfähig ist, den Akt nach den Zielvorgaben der Klientschaft sinnvoll zu formulieren bzw. eine von der Klientschaft vorgeschlagene Formulierung auf seine Recht- und Zweckmässigkeit hin zu beurteilen. Ist nämlich der Urkundsperson der Geschäfts- oder der Urkundeninhalt nicht klar, so kann sie auch das Inhaltsbewusstsein der Erklärenden anlässlich des Beurkundungsvorgangs weder kontrollieren noch in der Urkunde bezeugen. Damit entfällt der Hauptzweck der öffentlichen Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen.

740 - Für die vom materiellen Recht postulierte (oder nicht postulierte) Beurkundungsbedürftigkeit von Verträgen des Grundstückverkehrs gilt im internationalen Verhältnis - nach schweizerischer Auffassung, wie sie nunmehr in Art. 119 Abs. 3 IPRG kodifiziert ist - die *lex rei sitae*⁶⁸; d.h. der Belegenheitsstaat⁶⁹ regelt abschliessend, ob Geschäfte über inländische Grundstücke der öffentlichen Beurkundung bedürfen. Aus dieser international-privatrechtlichen Maxime ergibt sich, dass Veräusserungsverträge über in der Schweiz liegende Grundstücke unter allen Umständen der öffentlichen Beurkundung bedürfen; das

Fn 67 - Dies in Anwendung von Art. 16 Abs. 1 IPRG.

Fn 68 - Art. 119 Abs 3 IPRG; vgl. auch INGEBORG SCHWENZER, Kommentar OR (Basel 1992) S. 121, N 32 zu Art. 11 OR; CASPAR ZELLWEGER, Die Form der schuldrechtlichen Verträge im internationalen Privatrecht - Wurzeln und Rechtfertigung der Sonderanknüpfung, Basel 1990, S. 115; ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 92 ff.; in gleichem Sinne für die Zeit vor dem Inkrafttreten des IPRG schon BGE 106 II 36 (39 f.), 82 II 553; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 157 zu Art. 657 ZGB.

Fn 69 - Keiner öffentlichen Beurkundung bedarf der Grundstückskauf in Österreich (§ 883 ABGB; allerdings setzt die Grundbucheintragung gemäss § 432 ABGB einen öffentlich beglaubigten oder beurkundeten Vertrag voraus), Italien (Art. 1350 CCit), Frankreich, ferner im angelsächsischen Bereich; öffentliche Beurkundung wird verlangt in der BRD, in Portugal und in der Schweiz, de facto auch in Spanien; vgl. ERIC CORNUT, Der Grundstückskauf im IPR, Basel 1987, S. 8 ff. - Zum italienischen Recht vgl. auch die Meinungsäusserung des BAJ vom 23.11.1981, VPB 46 Nr. 8 S. 59, wo der zwischen zwei in der Schweiz wohnhaften Italienern in einfacher Schriftform über ein italienisches Grundstück abgeschlossene Kaufvertrag als grundsätzlich gültig und in der Schweiz klagbar qualifiziert wurde.

****S. 232****

Beurkundungspflicht von Art. 657 ZGB und Art. 216 OR gilt als Ausfluss des schweizerischen Ordre public⁷⁰.

741 - Die erwähnte international-privatrechtliche Maxime begründet jedoch keine ausschliessliche Beurkundungszuständigkeit schweizerischer Urkundspersonen für Geschäfte über schweizerische Grundstücke; die Maxime besagt bloss, dass Grundstücksgeschäfte über schweizerische Grundstücke in einer Art beurkundet werden müssen, die dem schweizerischen Begriff der öffentlichen Beurkundung gerecht wird, d.h. der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz äquivalent, gleichwertig ist⁷¹. Auch kann daraus nicht abgeleitet werden, dass ausländischen öffentlichen Urkunden über in der Schweiz gelegene Grundstücke von Bundesrechts wegen die Anerkennung versagt werden muss. Unter dem "schweizerischen Recht" versteht Art. 119 Abs. 3 IPRG den Gesamtkomplex des einschlägigen Bundesrechts und des kantonalen Rechts, also insbesondere die Art. 657 ZGB, Art. 216 OR, Art. 55 SchlT ZGB und die kantonale Beurkundungserlasse. **Aus den letzteren⁷², nicht aus den bundesprivatrechtlichen Vorschriften und nicht aus dem ungeschriebenen Bundesbeurkundungsrecht⁷³**, ergibt sich in den meisten Kantonen die Nichtanerkennung⁷⁴ ausländischer

Fn 70 - So MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 4 a.E. zu Art. 657 ZGB; CASPAR ZELLWEGER, Die Form der schuldrechtlichen Verträge im internationalen Privatrecht - Wurzeln und Rechtfertigung der Sonderanknüpfung, Basel 1990, S. 117, mit Verweis FRANK VISCHER, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, S. 156, SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) S. 65, Allgemeine Einleitung, N 189; ERIC CORNUT, Der Grundstückskauf im IPR, Basel 1987, S. 105-109, mit Verweis auf BGE vom 23.2.1972 (vgl. auch den vorinstanzlichen Entscheid des AppG BS vom 31.8.1971, BJM 1973, S. 56-59) i.S. Ring Hotelverwaltungs AG/Beach Motels Ltd. (Kauf eines Grundstücks in Israel mit Rechtswahl auf schweizerisches Recht; Form des schweizerischen Rechts nicht erfüllt) und BGE 102 II 143 i.S. Overterra (spanisches Grundstück, erfolgreiche Beurkundung in der Schweiz gemäss spanischen Formvorschriften). Vgl. auch BGE vom 31.1.1979 i.S. Bongni, Semjud 1980, S. 49-58 (gültige promesse de vente in einfacher Schriftform über ein Grundstück in Spanien, unterzeichnet zwischen Schweizern in der Schweiz).

Fn 71 - SCHWANDER, IPR des Grundstückskaufs (1989) S. 380, N 1115, hält für wesentlich, "ob die Urkundspersonen des betreffenden ausländischen Staates im allgemeinen von ihrer Ausbildung und von der Kontrolle her, welcher sie unterworfen sind, sowie aufgrund der Funktion, die sie im ausländischen Rechtsverkehr erfüllen, Gewähr dafür bieten, dass die wesentlichen Elemente des bundesrechtlichen Beurkundungsbegriffes normalerweise von ihnen eingehalten werden."

Fn 72 - So auch SCHWANDER, IPR des Grundstückskaufs (1989) S. 380, N 1114.

Fn 73 - Für die grundsätzliche Anerkennung ausländischer öffentlicher Urkunden über Geschäfte mit schweizerischen Grundstücken spricht sich, mit sorgfältiger Begründung, ERIC CORNUT, Der Grundstückskauf im IPR, Basel 1987, S. 113 f., aus.

Fn 74 - SCHWANDER, IPR des Grundstückskaufs (1989) S. 380, N 1114, möchte die kantonale Abwehrbefugnis gegenüber ausserkantonalen Urkunden darauf beschränkt sehen, dass der Kanton der auswärtigen Urkunde die unmittelbare Eintragungsfähigkeit im Grundbuch aberkennt. Hingegen sollte es dem Kanton nicht zustehen, auch die gerichtliche Klagbarkeit des auswärts beurkundeten Geschäftes auszuschliessen; in

****S. 233****

öffentlicher Urkunden über schweizerische Grundstücke. Das schweizerische Bundesrecht verbietet die Anerkennung ausländischer öffentlicher Urkunden über Geschäfte mit schweizerischen Urkun-

den nicht; die Abwehr ausländischer Urkunden ist ausschliesslich im kantonalen Recht begründet und findet im Bundesrecht keine Stütze. Art. 119 Abs. 3 IPRG⁷⁵ ermächtigt die Kantone zu einer solchen Abwehrhaltung, ohne ihnen gleichzeitig von Bundesrechts wegen eine Pflicht zur Abwehr aufzuerlegen.

742 - Abgesehen von einer im kantonalen Gesetzesrecht verankerten Nichtanerkennung kann die ausländische öffentliche Beurkundung, wenn sie ausschliesslich unter privatrechtlichen Gesichtspunkten gewürdigt wird, einer inländischen Beurkundung durchaus gleichwertig sein und die privatrechtlichen Beurkundungszwecke gleich gut erfüllen wie eine inländische; sie muss darum von Bundesprivatrechts wegen im schweizerischen Inland als zivilrechtlich wirksam anerkannt werden dürfen. Bei der Nichtanerkennung handelt es sich um eine vom IPRG und vom Bundesgericht zugelassene kantonale Abwehrhaltung, nicht um ein bundesprivatrechtliches Prinzip. Die Nichtanerkennung hat ihren Grund in den öffentlichen Kontrollinteressen der Kantone bezüglich des Grundstückverkehrs in ihrem Hoheitsgebiet und in der Erhaltung eines leistungsfähigen Land-Notariats.

743 - Zur Verdeutlichung des Gesagten sei darauf hingewiesen, dass beispielsweise Grundstückskaufverträge über in Deutschland gelegene Grundstücke vor schweizerischen Urkundspersonen gültig abge-

gleichem Sinne (und damit abweichend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung) äussert sich ein Teil der Lehre, nämlich JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 75/76, N 268 und 269, ferner derselbe, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (14), allerdings unter Hinweis auf die dogmatische Komplikation, die entstehen muss, wenn das Geschäft in ein gerichtlich klagbares, aber grundbuchlich nicht eintragungsfähiges Verpflichtungsgeschäft und in einen weiteren, eintragungsfähigen Rechtsgrundaussweis für das Grundbuch aufgeteilt wird (womit man dem deutschen System von Kaufsurkunde und Auflassungsurkunde nahekäme); ferner ERIC CORNUT, Der Grundstückskauf im IPR, Basel 1987, S. 114 f., MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 158 zu Art. 657 ZGB; JEAN-ADRIEN LACHENAL, Registre foncier et Droit international privé, ZBGR 41 (1960) S. 10; ADOLF SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts II (4.A. 1958) S. 590; BECK, Berner Kommentar (1932) N 29 zu Art. 55 SchlT ZGB, LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 32 zu Art. 657 ZGB, MUTZNER, Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Privatrecht, Referat zu den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1921, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (133a). - Der Gedanke der Duplizität einer örtlich nicht gebundenen, gerichtlich klagbaren Verpflichtungsurkunde und einer ortsgebundenen Grundbuchurkunde (Verfügungsgeschäft) ist dem schweizerischen Immobiliarsachenrecht fremd und dürfte mit aller Wahrscheinlichkeit, trotz der Wünschbarkeit einer internationalen Öffnung des Beurkundungswesens, in der Schweiz in absehbarer Zeit nicht Fuss fassen.

Fn 75 - Die Bestimmung hat im Gesetzgebungsverfahren relativ spät auf Antrag kantonalen Grundbuchbeamter Eingang in den Gesetzesentwurf gefunden.

****§. 234****

schlossen werden können und werden⁷⁶. Schweizerische Urkundspersonen sehen keinen Hinderungsgrund, und sie werden weder von ihren Aufsichtsbehörden noch durch eine bundesgerichtliche Rechtsprechung daran gehindert, Kaufverträge über Grundstücke öffentlich zu beurkunden, die ausserhalb der Schweiz gelegen sind. Solange der Belegenheitsstaat die in der Schweiz errichtete öffentliche Urkunde anerkennt, kann die Beurkundung sinnvoll sein; unter dem Gesichtswinkel des schweizerischen Beurkundungsrechtes ist sie zulässig.

744 - Dies hinwiederum macht deutlich, dass die Nichtanerkennung auswärtiger Urkunden bezüglich schweizerischer Grundstücke ihre Rechtfertigung nicht in Normen des schweizerischen Beurkundungsrechtes, namentlich nicht in beurkundungsrechtlichen Regeln über örtliche und sachliche Beurkundungszuständigkeit hat. Würde die schweizerische Rechtsordnung die Beurkundung von Grundstücksgeschäften am Ort der gelegenen Sache als einen Ausfluss öffentlicher Ordnung im privatrechtlichen Schutzinteresse der Vertragsparteien betrachten, so müsste den hiesigen Urkundspersonen die Beurkundung von Geschäften über ausländische Grundstücke prinzipiell untersagt sein. Dass die schweizerische Rechtsordnung ein solches Beurkundungsverbot nicht kennt, macht deut-

lich, wie wenig die Nichtanerkennung auswärtiger öffentlicher Urkunden über innerkantonale Grundstücke mit dem privatrechtlichen Schutz der Vertragsparteien zu tun hat.

g) Berücksichtigung der Urkundenwirkung am Bestimmungsort

745 - Urkunden, deren Rechtswirkung ausserhalb des Tätigkeitsgebietes der Urkundsperson zum Tragen kommt, sollen nur ausgefertigt werden, wenn diese Urkunden von den Behörden des Bestimmungsortes voraussichtlich als öffentliche Urkunden und wenn die darin beurkundeten Geschäfte als gültig anerkannt werden⁷⁷. Ist das eine oder andere nicht der Fall, so soll die Urkundsperson die Beurkundung ablehnen mit der Begründung, dass sie zur

Fn 76 - So ausdrücklich HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum deutschen BeurkG, N. 198 zu § 17, mit Verweis auf deutsche Judikatur, welche die zivilrechtliche Gültigkeit derartiger ausländischer Beurkundungen anerkennt.

Fn 77 - Zur Unterscheidung zwischen Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde und Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1480 ff.

****§. 235****

Erstellung einer nutzlosen Urkunde⁷⁸ nicht Hand bietet und dass eine solche Urkunde einen falschen Anschein zu schaffen geeignet ist⁷⁹.

746 - Erläuterung: Aus der hier dargestellten Regel ergibt sich die Pflicht, die Beurkundung von Grundstücksgeschäften abzulehnen, wenn das Grundstück in einem Kanton oder einem ausländischen Staat liegt, welcher auswärtige öffentliche Urkunden in Grundbuchsachen nicht anerkennt.

747 - Soll die Urkunde in einem anderen als im Beurkundungskanton oder soll sie im Ausland Rechtswirkungen entfalten, so kann der auswärtige Urkunden-Adressat eine Bescheinigung der zuständigen Stelle des Errichtungskantons verlangen, wonach die Urkunde durch eine am Errichtungsort zuständige Urkundsperson und unter Einhaltung der dort massgebenden Vorschriften erstellt worden ist⁸⁰.

5. Ersichtlichkeit des Beurkundungswillens

748 - Beurkundungsvoraussetzung ist, dass der Beurkundungswille der Klientschaft für die Urkundsperson ersichtlich ist. Bei Vertragsbeurkundungen muss der Beurkundungswille sämtlicher Vertragsparteien ersichtlich sein.

Fn 78 - Grundstücksverträge über ausserkantonale gelegene Grundstücke müssen, wenn der Belegenheitskanton die Beurkundung nicht anerkennt, als nicht rechtswirksam beurkundet, und damit als formungültig angesehen werden. Ihre Beurkundung ist abzulehnen; vgl. Ziff. 909.

Fn 79 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 48, N 11 zu Art. 17: "Der Notar hat aber abzuklären, ob seine örtliche Zuständigkeit auch von jenem Staat anerkannt wird, in welchem die öffentliche Urkunde Wirkungen entfalten soll. Anerkennt dieser Staat die Zuständigkeit des bernischen Notars nicht an ..., muss der Notar den Klienten kraft der Rechtsbelehrungspflicht entsprechend orientieren." - Nach der in der vorliegenden Darstellung vertretenen Ansicht soll die Urkundsperson sogar, zur Vermeidung der Entstehung einer unnützen oder falschen Anschein erweckenden Urkunde, die Beurkundung ablehnen; ähnlich GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 38: Eine Amtshandlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist abzulehnen, wenn eine Voraussetzung ihrer privatrechtlichen Wirksamkeit offensichtlich fehlt. - Zur Pflicht der schweizerischen Urkundsperson, ausländisches Recht und gegebenenfalls ausländische Verfahrensregeln anzuwenden vgl. Ziff. 1070 ff.

Fn 80 - Vgl. die reziproke Bestimmung von Art. 30 HRegV, ferner JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 65, N 235 f., mit dem zutreffenden Hinweis auf BGE 107 II 213 bzw. darauf, dass die bescheinigende Stelle die Einhaltung der lokalen Verfahrensvorschriften nur mit jener beschränkten Kognition zu überprüfen hat, welche dem Grundbuch- oder Handelsregisteramt im eigenen Kanton zukäme.

****S. 236****

749 - Erläuterung: Die öffentliche Beurkundung erfolgt nicht von Amtes wegen, sondern ausschliesslich auf Parteianstoss⁸¹ hin.

750 - Der Anstoss muss von der Klientschaft stammen⁸². Tritt die Klientschaft nicht in direkten Kontakt mit der Urkundsperson, sondern lässt sie sich vertreten, so muss die Vertretungsbefugnis des Stellvertreters glaubhaft sein. Eine Ausnahme gilt für die Fälle offengelegter Geschäftsführung ohne Auftrag.

751 - Die Übermittlung des Beurkundungswillens des Berechtigten an die Urkundsperson unterliegt keinen Formerfordernissen⁸³. Hieraus folgt, dass weder die Form einer ausdrücklichen Willenserklärung noch diejenige einer persönlichen bzw. direkten Übermittlung erforderlich ist. Auch Drittpersonen (Vermittler, Mäkler, Treuhänder, Angehörige, Angestellte oder Hilfspersonen des Berechtigten) können den Anstoss zur notariellen Tätigkeit geben. Angesichts der Formfreiheit des Parteianstosses brauchen sich solche Personen auch nicht durch eine schriftliche Vollmacht auszuweisen. Es genügt, dass die gesamten Umstände auf das Vorhandensein des Beurkundungswillens des Berechtigten schliessen lassen, d.h. dass dieser Wille aufgrund der gesamten Umstände mit hinlänglicher Deutlichkeit ersichtlich wird.

752 - Bei Vertragsbeurkundungen muss der Beurkundungswille sämtlicher Vertragsparteien ersichtlich sein. Besteht Grund zur Annahme, eine Partei habe vom Beizug der Urkundsperson keine Kenntnis oder sei damit nicht einverstanden, so darf die Beurkundung - ausser im Falle offengelegter Geschäftsführung ohne Auftrag - nicht an die Hand genommen werden.

753 - Die informelle Glaubhaftigkeit des Beurkundungswillens genügt für die Anhandnahme und Vorbereitung der Beurkundung, nicht jedoch für die Inkraftsetzung des Geschäftes. Im Zeitpunkt der Urkundenunterzeichnung muss die Urkundsperson aufgrund sorgfältiger Ermittlung die Überzeugung erlangt haben, dass Stellvertreter tatsächlich vertretungsbefugt sind und im Rahmen ihrer Vertretungsmacht handeln. Leichtfertiges notarielles Abstellen auf eine gefälschte, unbe-

Fn 81 - Zur allgemeinen Regel des erforderlichen Parteianstosses in der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 28.

Fn 82 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 86, § 16: "Legitimiert zur Rogation sind daher nur Personen, welche ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an solchen Beurkundungen haben."

Fn 83 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 129, N 2 zu Art. 2 ND BE: "Die Rogation ist formfrei. Sie kann schriftlich, mündlich oder durch konkludentes Verhalten erfolgen, insbesondere durch Teilnahme an einer Beurkundung." In gleichem Sinne derselbe, Notariatsprozess (1989) S. 84/85, § 15.2.

****S. 237****

glaubigte Vollmacht, wodurch der "Vollmachtgeber" an seinem Vermögen geschädigt wird, lässt die Urkundsperson haftbar werden⁸⁴.

6. Kein Ausstandsgrund

a) Grundsatz und Zweck der Ausstandsvorschriften

754 - Beurkundungsvoraussetzung ist, dass kein Ausstandsgrund⁸⁵ besteht.

755 - Erläuterung: Zweck der Ausstandsregeln ist es, mangelhafte öffentliche Beurkundungen zu vermeiden in Fällen, in welchen Mängel wegen einer besonderen Nähe der Urkundsperson zum Beurkundungsgegenstand typischerweise zu befürchten sein können⁸⁶.

756 - Zu vermeiden ist nicht nur die tatsächliche Befangenheit im konkreten Einzelfall, sondern jeder Anschein einer möglichen Befangenheit und zwar im Interesse des öffentlichen Ansehens und der Autorität der Urkundspersonen und des Beurkundungswesens⁸⁷.

757 - Bei der **Beurkundung individueller Erklärungen** besteht das primäre Risiko in der **Parteilichkeit** der Urkundsperson anlässlich der Beratung und Belehrung⁸⁸ der Beteiligten und anlässlich der Urkundenformulierung. Parteilichkeit ist eine Pflichtwidrigkeit, die sich relativ leicht einstellen kann, die der Urkundsperson selber nicht immer klar bewusst zu werden braucht und die in der öffentlichen Urkunde kaum nachweisbare Spuren hinterlässt. Die Ausstandsregeln bei der Beurkundung individueller Erklärungen müssen deshalb verhältnismässig streng formuliert, der Kreis der Ausstand-Tatbestände relativ weit gefasst sein.

Fn 84 - Vgl. einen solchen Fall im Urteil des Appellationshofs des KG FR vom 4.12.1991, Revue Fribourgeoise de Jurisprudence 1992, S. 47-59, wo die Haftung einer Urkundsperson bejaht wurde, welche die Errichtung von Schuldbriefen aufgrund gefälschter Vollmachten beurkundet hatte. Durch die nicht autorisierte Pfandbelastung war der Grundeigentümer zu Schaden gekommen.

Fn 85 - Zur Ausstandspflicht im allgemeinen und zu derjenigen des bernischen Notars im besonderen vgl. DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992.

Fn 86 - Eine singuläre Deutung findet sich in einem Walliser Entscheid vom 29.4.1966, RVJ 1967 S. 96, wo die Ausstandspflicht mit dem Spielen des freien Wettbewerbs zwischen den Notaren begründet wird: "Dans l'idée du législateur, il faut éviter que des notaires, administrateurs de la Banque cantonale ou conseillers d'une commune, puissent bénéficier d'un privilège et porter atteinte, en raison du cumul des fonctions, à la libre concurrence."

Fn 87 - So einlässlich Entscheid des Verwaltungsgerichtes AG vom 9.12.1983 i.S. Maurer, AGVE 1985, S. 365-371.

Fn 88 - Zur Unterscheidung der Begriffe der notariellen Belehrung und Beratung vgl. Ziff. 1728

§. 238

758 - Bei den **Sachbeurkundungen** besteht das primäre Risiko in der **Entstehung inhaltlich unwahrer Urkunden**. Bei den Protokollierungen besteht ein zusätzliches Risiko **mangelhafter notarieller Verfahrenskontrolle**. Diese Risiken sind geringer als das zuvor erwähnte Parteilichkeitsrisiko. Die Ausstandsregeln können bei den Sachbeurkundungen demgemäss anders - weniger streng - gefasst sein.

759 - Das mit den Ausstandsregeln bei den Sachbeurkundungen auszuschaltende Risiko ist in der Regel nicht dasjenige der kriminellen Falschbeurkundung. Eine Urkundsperson, welche hiezu bereit wäre, würde auch ein fremdes Siegel benützen und die Unterschrift eines anderen Notars fälschen, um ihr Nahestehen zum Beurkundungsgegenstand zu verbergen. Der Prävention strafbarer Handlungen dienen primär die Normen des Strafrechts, nicht die beurkundungsrechtlichen Ausstandsvorschriften.

760 - Die Ausstandsregeln bei den Sachbeurkundungen sollen vielmehr das notarielle Handeln in jenen Situationen ausschliessen, in welchen ein gewisses **tatbeständliches Beurteilungsermessen und ein redaktionelles Formulierungsermessen** vorhanden sind und in welchen aus diesem Grund mangelhafte Urkunden zu befürchten sein könnten, **ohne** dass eine Urkundsperson sich strafbarer Handlungen schuldig zu machen braucht.

761 - Solche Ermessensfreiräume sind vorhanden bei den meisten Protokollierungen, ferner bei bestimmten Beurkundungen bestehender Tatsachen, insbesondere bei gewissen Überzeugungsbeurkundungen⁸⁹. Dies sei illustriert:

762 - Wenn ein im Anstellungsverhältnis stehender junger Notar bei der Protokollierung der Generalversammlung einer von seinem Büro-Senior präsierten Aktiengesellschaft gewisse Verfahrensmängel bemerkt, mit denen sein Senior sich aber nicht aufhalten möchte, so ist denkbar, dass der junge Notar die Irregularität übersieht, indem er - im Rahmen seines Beurteilungsermessens -

"ein Auge zudrückt", oder dass er die Irregularität - im Rahmen seines Formulierungsermessens - im Protokoll nicht klar zum Ausdruck bringt.

763 - Ein weiteres Beispiel sei genannt. Wenn beurkundet werden soll, dass ein veräussertes Grundstück nicht die Familienwohnung des Veräusserers im Sinne von Art. 169 ZGB sei, so lassen sich bezüglich des Begriffs der Familie und desjenigen der Wohnung, ferner bei der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse Ermessensfreiräume denken, welche zu einer mangelhaften Urkunde führen können, ohne dass geradezu eine strafbare Falschbeurkundung vorliegt.

764 - Solchen Befangenheitsrisiken hat das Beurkundungsrecht und haben die Ausstandsregeln Rechnung zu tragen. In den genannten

Fn 89 - Zum Begriff der Überzeugungsbeurkundung vgl. Ziff. 134 ff.

****S. 239****

Fällen ist von Beurkundungsrechts wegen festzulegen, bei welchen persönlichen und sachlichen Konstellationen eine bestimmte Urkundsperson nicht amtlich tätig sein, sondern die Beurkundung einer anderen, unbefangenen Urkundsperson überlassen soll.

765 - Geringere Befangenheitsrisiken sind vorhanden in jenen Fällen von Sachbeurkundungen, in welchen kein nennenswertes Beurteilungs- und Formulierungsermessen gegeben ist. Ermessensfreiräume fehlen durchwegs bei den in Vermerkform vorgenommenen Beurkundungen - mit einer Ausnahme, der Unterschriftsbeglaubigung im Abwesenheitsverfahren. Für die Vermerk-Beurkundungen reduzieren sich die Ausstandsvorschriften demgemäss im wesentlichen auf das Gebot der Distanz zwischen öffentlicher Beurkundungsfunktion und privaten Belangen der Urkundsperson. Darauf ist hienach einzugehen.

766 - Bei einzelnen Sachbeurkundungen, die in der Gestalt selbständiger Urkunden ausgefertigt werden, gibt es ebenfalls kein ins Gewicht fallendes Beurteilungs- und Formulierungsermessen. Hierzu gehören die Erbgangsbeurkundung sowie die Beurkundung des erfolgten Schuldenrufs. Hier kann die Urkundsperson dem Klienten kaum unrechtmässige Vorteile verschaffen, ohne sich gleichzeitig einer nachweisbaren strafbaren Handlung schuldig zu machen.

767 - Aus Gründen der normativen Klarheit und Einfachheit ist es indessen angebracht, bei den Beurkundungen bestehender Tatsachen einheitliche Ausstandsregeln zu formulieren. Eine Regelung, welche von Fall zu Fall gemäss den jeweils vorhandenen Ermessensfreiräumen und Befangenheitsrisiken die Ausstandsgründe weiter oder enger definieren wollte, wäre nicht praktikabel.

768 - Es drängt sich demgemäss auf, die Ausstandsregeln gruppenweise einheitlich zu fassen

- (a) für die Beurkundung individueller Erklärungen,
- (b) für die Protokollierung von Vorgängen,
- (c) für die Beurkundung bestehender Tatsachen in selbständigen Dokumenten und
- (d) für die Beurkundung bestehender Tatsachen in Vermerkform.

769 - Allemal geht es darum, jene qualifizierte Sachnähe, welche der Urkundsperson die Beurkundungstätigkeit verbietet, normativ zu fassen. In der vorliegenden Darstellung wird dies mithilfe der drei Grundbegriffe der privaten Belange, der Angelegenheit einer Person und des Nahestehens einer Person versucht. Der Inhalt dieser Begriffe muss für die verschiedenen Beurkundungsfälle mit gewissen Differenzierungen bestimmt werden.

****S. 240****

b) Wirkungsweise der Ausstandsvorschriften

770 - Die Ausstandsvorschriften behindern freiberufliche Urkundsperson bei der Akquisition von Beurkundungsgeschäften zuweilen einschneidend, während die Einhaltung dieser Vorschriften den Klienten oft gleichgültig ist. Da die Einhaltung der Vorschriften stets auch im öffentlichen Interesse liegt und dem öffentlichen Ansehen des Beurkundungswesens dient, kann es keinen klientenseitigen Dispens geben.

771 - Erläuterung: Die Wirkungsweise der Ausstandsregeln ist im freiberuflichen Notariat eine andere als bei staatlichen Amtstätigkeiten⁹⁰. Für den staatlichen Beamten bedeutet der Ausstand im Einzelfall eine Verringerung der Arbeitslast, zuweilen eine Inkonvenienz, weil er sich in seine privaten Angelegenheiten nicht durch andere Beamte hineinschauen lassen möchte. Für den freiberuflichen Notar bedeutet Ausstand eine meist unerwünschte Verringerung seines Erwerbseinkommens. Dem freiberufliche Notar fallen die Ausstandsregeln besonders lästig, weil sie ihm gerade im Verhältnis zu jenen Personen im Wege stehen, bei denen er die stärkste Akquisitionskraft hat. Aus diesem Grund, nicht wegen der besonderen Kompliziertheit der Materie, müssen sich Aufsichtsbehörden immer neu mit Fragen des notariellen Ausstandes befassen. Die Frage ist fast immer die, ob ein bestimmter Notar beurkunden **darf**, nicht ob sich ein Privater die Unterwerfung unter die Amtsgewalt ebendieses Notars gefallen lassen muss. Die letztere Frage ist praktisch meist ohne Bedeutung, weil der Klientschaft

Fn 90 - A.M. DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 20, welcher den zentralen Ansatzpunkt für die Entwicklung der beurkundungsrechtlichen Ausstandsregeln in der Analogie zur streitigen Gerichtsbarkeit erblickt; dieser Ansatzpunkt findet sich auch bei JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 43, N 167, welcher daraus ableiten möchte, dass im Beurkundungsverfahren die Art. 4 und 22 OG zu beachten seien. - DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (25/26, insbesondere Anm. 28) scheint diese Auffassung von SCHMID abzulehnen, stimmt mit SCHMID aber darin überein, dass die für die streitige Gerichtsbarkeit aus Art. 4 und 58 abgeleiteten Ausstandsregeln analog auch für das Beurkundungsverfahren massgebend seien; allerdings könne von Bundesrechts wegen nichts Zusätzliches verlangt werden. - Dem ist entgegenzuhalten, dass das Bundesgericht Art. 58 BV, welcher dem Bürger einen Anspruch darauf gibt, dass seine Streitsache vor einem unabhängigen Richter beurteilt wird, auf das Verfahren vor unabhängigen Gerichten beschränkt und eine Ausdehnung auf das Verwaltungsverfahren ablehnt; vgl. DANIEL ARN, Die Ausstandspflicht im bernischen Gemeindefrecht, BVR 1989 S. 115-144 (118) mit Verweis auf BGE 114 Ia 50 ff. und A. KÖLZ, Kommentar BV, N 21 zu Art. 58. Die Anwendung von Art. 58 BV auf das Beurkundungsverfahren drängt sich demgemäss nicht auf, sondern die beurkundungsrechtlichen Ausstandsregeln sind als eigenständiger Normenkomplex zu betrachten, der seine Rechtsgrundlage aus Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung, nicht aus den Regelungen der streitigen Gerichtsbarkeit ableitet.

****S. 241****

im Rahmen der freien Notarwahl bzw. der freien Wahl des beizuziehenden Amtsnotariats in aller Regel die faktische Möglichkeit gegeben ist, sich durch Nicht-Einlassung - ohne Grundangabe - der Beurkundung durch eine missliebige Urkundsperson zu entziehen.

772 - In der Theorie mag man die Ausstandsregeln als eine Einschränkung der Beurkundungspflicht betrachten⁹¹. In der Praxis des freiberuflichen Notariats werden die Ausstandsregeln aber kaum jemals als Einschränkung einer Pflicht empfunden, sondern als Hindernis bei der Akquisition von Geschäften, zuweilen gerade von den besten.

773 - Aus diesem Grund sind klare Regeln vonnöten, welche sich auf die unbedingt notwendigen Ausstandsgründe beschränken, dann aber auch konsequent durchgesetzt werden. Ein knappes Bündel klarer und strikte durchgesetzter Ausstandsregeln ist einem ausufernden Wust gutgemeinter

Vorschriften vorzuziehen, welche durch Ausnahmebestimmungen und Spezialbewilligungen durchlöchert oder sanktionslos umgangen werden.

c) Die Ausstandsgründe im Überblick

774 - Ausstandsgründe sind vorhanden,

(a) wenn die Urkundsperson dergestalt in eigener Sache tätig werden müsste, dass die begriffsnotwendige⁹² Distanz zwischen notarieller Beurkundungsfunktion und privaten Belangen der Urkundsperson⁹³ entfielen, ferner

(b) wenn die Beurkundung die Angelegenheit einer der Urkundsperson nahestehenden Person zum Gegenstand hat.

775 - Erläuterung: Die Regelung des notariellen Ausstandes lässt sich in den Satz zusammenfassen: *Die Urkundsperson kann nicht handeln in eigenen privaten Belangen und in den Angelegenheiten nahestehender Personen.*

776 - Der erstgenannte Ausstandsgrund der privaten Belange ergibt sich aus dem Begriff der öffentlichen Beurkundung als einer unabhängigen, neutralen Amtstätigkeit in **fremden** Belangen. Dieser Ausstandsgrund gilt von Bundesrechts wegen einheitlich in allen Kantonen. Bei

Fn 91 - Dies ist die Betrachtungsweise von LU BeurkG § 20 Abs. 3 lit. a.

Fn 92 - Die notwendige Kennzeichnung der öffentlichen Beurkundung durch das Begriffspaar öffentlich/privat ergibt sich besonders deutlich aus der Definition von GULDENER, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* (1954) S. 93: "Die öffentliche Beurkundung ist eine förmliche obrigkeitliche Feststellung einer privaten Erklärung". - Hierbei ist der Begriff des Privaten weit zu verstehen. Auch das Gemeinwesen kann im Beurkundungsverfahren "privat", d.h. in eigener Sache und in eigenem Interesse handeln.

Fn 93 - Zu diesem Erfordernis vgl. Ziff. 1630 ff.

****S. 242****

notariellem Handeln in eigenen Belangen entsteht keine öffentliche Urkunde, bzw. es fehlt den urkundlichen Erklärungen der Urkundsperson in bezug auf ihre eigenen privaten Belange der öffentliche Glaube. Dieser Ausstandsgrund kann demgemäss ohne Bezugnahme auf die kantonale Gesetzgebung dogmatisch abschliessend erörtert werden.

777 - Einer kantonal variierenden Regelung sind hingegen die Begriffe der "Angelegenheit" und des "Nahestehens" zugänglich. Wie weit der Kreis der ausstands begründenden Angelegenheiten gezogen werden soll und welche persönlichen Beziehungen noch als Nahestehen qualifiziert werden sollen, hängt zum Teil von den lokalen Gegebenheiten und Auffassungen ab. In städtischen Verhältnissen mit zahlreichen freiberuflichen Notaren ist eine strengere Regelung angezeigt als in ländlichen Verhältnissen oder in Gebieten mit Amtsnotariat, wo der Bevölkerung nur wenige Urkundspersonen wahlweise zur Verfügung stehen.

778 - Während bei der Definition und Auslegung der Begriffe der Angelegenheit und des Nahestehens ein Abstellen auf örtliche (kantonale) Verschiedenheiten geboten ist, sind andererseits die Rechtsfolge der Regelverletzung richtigerweise in allen Kantonen einheitlich zu definieren. Die interkantonale Rechtssicherheit gebietet, dass nur Verletzungen im Kernbereich der Ausstandsregeln zur Nichtenstehung der öffentlichen Urkunde führen und dass dieser Kernbereich in allen Kantonen gleich verstanden wird. Es kann auf das in Ziff. 30 ff. Gesagte verwiesen werden.

779 - In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff der privaten Belange der Urkundsperson nachstehend, d.h. innerhalb des allgemeinen Teils, materiell erörtert, wogegen für die Begriffe der Angelegenheit und des Nahestehens eine nach Beurkundungskategorien differenzierte Darstellung ange-

zeigt ist. Diese beiden Begriffe werden demgemäss hinten in den Kapiteln 8, 11, 12 und 13 für die Beurkundungen individueller Erklärungen, die Protokollierungen, die Beurkundung bestehender Tatsachen und die Vermerkbeurkundungen getrennt erörtert.

d) Private Belange der Urkundsperson

780 - *Der erste dieser Grundbegriffe umfasst die privaten Belange der Urkundsperson. Wegen der begriffsnotwendigen Distanz zwischen öffentlicher Beurkundungsfunktion und Privatbereich kann die Urkundsperson nicht in ihren privaten Belangen amtlich tätig sein.*

781 - *Zu den privaten Belangen der Urkundsperson gehören ihre privaten Verhältnisse und ihr privates Handeln, wobei der Begriff des Privaten hier alles Nicht-Amtliche umfasst, insbesondere die Erklärungsabgabe zu Urkund*

****S. 243****

oder zu Protokoll in anderer als in notarieller Eigenschaft⁹⁴, Veranstaltungsteilnahme in nicht-notarieller Eigenschaft, die eigenen Verwandtschaftsverhältnisse, das eigene Vermögen, die eigene Erbenqualität, die Echtheit der eigenen Unterschrift.

782 - *Sind private Belange der Urkundsperson wesentlicher Inhalt des Beurkundungsgegenstandes, so entsteht keine öffentliche Urkunde; dem in privaten Belangen abgelegten notariellen Zeugnis fehlt der öffentliche Glaube⁹⁵.*

783 - Erläuterung: Der Ausstandsgrund der privaten Belange hat nicht notwendigerweise etwas zu tun mit Befangenheitsrisiken, sondern gilt aufgrund des begriffsnotwendigen Dualismus der öffentlichen Beurkundung als einer obrigkeitlichen Funktion in (fremden) privaten Belangen auch dann, wenn eine die Qualität der Beurkundung beeinträchtigende Befangenheit der Urkundsperson klarerweise ausgeschlossen ist⁹⁶.

784 - Die Urkundsperson wäre in ihren privaten (d.h. nicht-amtlichen) Belangen auch dann ins Beurkundungsverfahren einbezogen, wenn sie nicht in eigenem Namen, sondern als Stellvertreterin einer anderen Person oder als Organ einer juristischen Person Erklärungen abgäbe.

785 - Keine private (nicht-amtliche) Verfahrensteilnahme liegt vor, wenn die Urkundsperson gewisse Tätigkeiten selber übernimmt und in die

Fn 94 - Die Teilnahme am Beurkundungsverfahren als sachbeteiligte Person, als Stellvertreter oder Organ einer juristischen Person wird als formelle Verfahrensbeteiligung bezeichnet und abgegrenzt von der materiellen Verfahrensbeteiligung, nämlich vom rechtlichen oder wirtschaftlichen Interesse am Beurkundungsgegenstand. - Auf die Begriffe der formellen und materiellen Verfahrensbeteiligung wird in der vorliegenden Arbeit im Zusammenhang mit den Ausstandsregeln nicht abgestellt, weil sie nicht bei allen Beurkundungsfällen in gleichem Sinne verwendbar sind. Dass die Urkundsperson eine Aktionärsversammlung protokollieren darf, wenn ihr Ehegatte als Aktionär anwesend ist, lässt sich mit dem Begriff der Verfahrensbeteiligung nicht erklären; denn der Ehegatte ist zweifellos verfahrensbeteiligt. - Wenn unter mehreren Miterben ein einzelner das Beurkundungsbegehren für die Erstellung einer Erbgangsurkunde an die Urkundsperson richtet, so ergeben sich ebenfalls keine sinnvollen Ausstandsregeln daraus, dass man diesen (zufälligen) Auftraggeber als Verfahrensbeteiligten, die übrigen Miterben als Unbeteiligte bezeichnet; hieran wird erkennbar, dass die Stellung des Beurkundungsbegehrens grundsätzlich kein taugliches Kriterium für die Formulierung der Ausstandsregeln ist. DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 34, nennt diese Art von Selbstbeteiligung den nächstliegenden Ausstandsgrund.

Fn 95 - Vgl. in diesem Sinne NG BE Art. 21 lit. c, wonach die Selbstbeteiligung des Notars das Entstehen der öffentlichen Urkunde verhindert.

Fn 96 - Dies wird deutlich, wenn man an die Beurkundung einer eigenen Erklärung oder an die Beglaubigung der eigenen Unterschrift durch die Urkundsperson selbst denkt: Solches ist grundsätzlich unmöglich, nicht weil die Urkundsperson ihren wirklichen eigenen Willen oder die Echtheit ihrer eigenen Unterschrift nicht zu ermitteln vermöchte, sondern weil die "Beurkundung" der eigenen privaten Erklärung oder Unterschrift nichts weiter

aussagt, als was diese private Erklärung oder Unterschrift bereits unbeurkundet bedeuten - weil eine solche "Beurkundung" über den privaten Glauben nicht hinausgehen, keinen öffentlichen Glauben schaffen kann.

****S. 244****

notarielle Funktion integriert, welche andernfalls auch von Privaten wahrgenommen werden könnten, wie Übersetzungsarbeit (Dolmetscher- und Taubstummenübersetzerfunktion), Bewertung von Vermögensstücken (notarielle Schätzung) und Stimmzählung bei notariell protokollierten Beschlüssen.

786 - Der Begriff der privaten Belange umfasst auch, aber nicht nur, jene Gegenstände, die im Sinne des folgenden Abschnitts als "Angelegenheit" einer Person umschrieben werden. Mit der Regel, dass die Urkundsperson nicht in ihren eigenen privaten Belangen amtlich tätig sein darf, ist also auch gesagt, dass sie nicht in eigenen "Angelegenheiten" amtlich handeln kann.

e) Angelegenheit einer (nahestehenden) Person

787 - *Die Urkundsperson darf nicht tätig sein in den "Angelegenheiten"⁹⁷ nahestehender Personen.*

788 - *Eine Beurkundung ist die "Angelegenheit"*

(a) bei der Beurkundung individueller Erklärungen und bei den Protokollierungen: jener Personen, die Erklärungen abgeben oder in deren Namen oder unter deren Verantwortung Erklärungen abgegeben werden, welche unter beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht abzugeben sind;

(b) bei der Beurkundung individueller Willenserklärungen: der von der Erklärung begünstigten Personen (z.B. der Bürgschafts- und Grundpfandgläubiger sowie der Hauptschuldner bei der Beurkundung von Bürgschafts- und Verpfändungserklärungen; der eingesetzten Erben und Legatäre bei der Beurkundung letztwilliger Verfügungen);

(c) bei der Beurkundung bestehender Tatsachen: jener Personen, die an der Erstellung einer inhaltlich unwahren Urkunde typischerweise ein Falschbeurkundungsinteresse haben könnten.

789 - Erläuterung: Der Begriff der "Angelegenheit" dient - ebenso wie derjenige der nahestehenden Person bzw. des "Nahestehens" - der normativen Erfassung schädlicher Sachnähe. Mit dem Begriff der Angelegenheit wird versucht, die **sachliche** Beziehung zwischen Personen und dem Beurkundungsgegenstand normativ zu erfassen; es geht um

Fn 97 - Vgl. diesen Begriff in ZH NV § 74 Abs. 1 bezüglich der Angelegenheit Nahestehender, wogegen ZH NG § 34 sowohl bezüglich der eigenen Belange des Notars als auch bezüglich der Angelegenheiten Nahestehender ohne die hier vorgeschlagene Differenzierung von "Sache" spricht. - Dem Textvergleich von Gesetz und Verordnung kann ein Ansatzpunkt zu solcher Differenzierung aber durchaus entnommen werden.

****S. 245****

die Beziehung zwischen Personen und Gegenständen bzw. um die Interessen von Personen an Gegenständen.

790 - Mit der Anknüpfung an die Abgabe wahrheitspflichtiger Erklärungen zu Urkund und zu Protokoll wird jene Sachnähe erfasst, welche in der Lehre auch als die formelle Verfahrensbeteiligung bezeichnet wird. Hier geht es nicht um bestimmte wirtschaftliche oder persönliche Interessen einer Person am Beurkundungsgegenstand, sondern um jene Position, welche das Beurkundungsverfahren als die Angelegenheit der betreffenden Person erscheinen lässt. In Betracht fallen diejenigen Personen, welche anlässlich der Beurkundung in bestimmte öffentlichrechtliche Pflichtenstellungen

treten. Von den beiden wichtigsten Pflichten, nämlich der Wahrheitspflicht und der Pflicht zur Bezahlung der Beurkundungsgebühr, kann nur die erste als Kriterium der ausstands begründenden Verfahrensnähe einer Person dienen. Das Beurkundungsverfahren kann unter dem Gesichtswinkel des notariellen Ausstandes als die Angelegenheit jener Personen qualifiziert werden, welche unter beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht vor der Urkundsperson Erklärungen zu Urkund oder zu Protokoll abgeben, ferner jener weiteren (abwesenden) Personen, in deren Namen⁹⁸, auf deren Rechnung oder unter deren Verantwortung solche Erklärungen abgegeben werden, also der Klienten und ihrer Stellvertreter⁹⁹.

791 - Erklärungsabgabe **unter der Verantwortung** einer abwesenden Person liegt beispielsweise vor, wenn der Erklärende ein **unterbeauftragter Stellvertreter** ist. Bei mehrstufigen Stellvertretungsverhältnissen ist die Beurkundung die Angelegenheit der Stellvertreter aller Stufen, da jeder Stellvertreter Einfluss auf die Erklärungsabgabe vor der Urkundsperson nehmen kann.

792 - Die Interessenlage ist bei der Beurkundung individueller Erklärungen anders zu beurteilen als bei den Protokollierungen. In der ersten Fallgruppe umfasst der hier definierte Personenkreis jene Per-

Fn 98 - die Urkundsperson befindet sich also auch im Ausstand, wenn sich eine ihr nahestehende Person durch einen Bevollmächtigten vertreten lässt. - Vgl. einen solchen Fall in BN 1991 S. 223 (Schuldbrieferrichtung für eine Erbengemeinschaft, welcher die Ehefrau der Urkundsperson angehörte, wobei sich alle Erben durch Bevollmächtigte vertreten liessen; Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes, aber disziplinarische Massregelung des bernischen Notars durch Verweis).

Fn 99 - Bei der Beurkundung individueller Erklärungen ist das Verfahren auch die Angelegenheit des Willensvollstreckers, des Erbschaftsliquidators und des Liquidators im Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung, wenn einer dieser Funktionsträger für die von ihm vertretenen Personengemeinschaften Erklärungen abgibt oder durch Stellvertreter abgeben lässt; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 74, N 13 zu Art. 27 NG BE. Die Urkundsperson kann in einer der genannten Funktionen also auch keine Vollmacht an einen Dritten ausstellen und anschliessend die Erklärung des Bevollmächtigten beurkunden.

****S. 246****

sonen, die typischerweise ein Interesse an notarieller Parteilichkeit haben können. Bei den Protokollierungen umfasst er jene Personen, welche typischerweise an notarieller Nachlässigkeit bei der Kontrolle des rechtmässigen Ablaufs interessiert sein könnten - welche von der Urkundsperson ein Hinwegsehen über Unstimmigkeiten oder Verfahrensfehler oder die Nichterwähnung solcher Mängel in der Urkunde erhoffen könnten. Die Ausstandsregeln dienen bei den individuellen Erklärungen also der Ausschaltung privater Parteilichkeitsinteressen, bei den Protokollierungen derjenigen Interessen an notarieller "Kulanz". Solche Kulanzinteressen sind bei den Protokollierungen typischerweise beim Veranstalter¹⁰⁰ und, falls ein solcher vorhanden ist, beim Veranstaltungsleiter zu vermuten.

793 - Die hier vorgeschlagene Begrifflichkeit lehnt sich an die deutsche Dogmatik an. Sie weicht stellenweise ab von der üblichen schweizerischen Darstellungsweise. Inwiefern dies der Fall ist, sei im folgenden gezeigt, und es sei anschliessend versucht, die hier vorgeschlagene Begrifflichkeit zu rechtfertigen.

794 - Die im schweizerischen Beurkundungsrecht **herrschende Begrifflichkeit** knüpft an den zentralen Begriff der "Beteiligung"¹⁰¹ an. Der Kernsatz aller Regeln des notariellen Ausstandes im schweizerischen Recht lautet: Die Urkundsperson befindet sich im Ausstand, wenn sie selbst oder wenn bestimmte ihr nahestehende Personen "beteiligt" sind.

795 - Dem Begriff der Beteiligung bedarf inhaltlicher Bestimmung: Beteiligung **woran?** - Die Antwort auf diese Frage führt zu zwei Unterbegriffen. Es wird unterschieden zwischen der **formellen** und der **materiellen** Beteiligung. Formelle Beteiligung bedeutet Teilnahme am Beurkundungs-

verfahren als Sachbeteiligter, Vertreter, Zeuge etc.¹⁰². Materielle Beteiligung bedeutet das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses am Beurkundungsgegenstand. GULDENER¹⁰³ bezeichnet als

Fn 100 - Der Veranstalter des protokollierten Vorganges ist regelmässig der Klient und fällt in dieser Eigenschaft auch unter die hier erwähnte Gruppe (a).

Fn 101 - Vgl. diesen begrifflichen Ansatz in folgenden Erlassen: BE NG Art. 27; BS EGZGB § 233: "Die öffentliche Urkundsperson kann als solche nicht tätig sein in Angelegenheiten, bei welchen 1. sie selbst, ihre Verlobte, ihr jetziger oder vormaliger Ehegatte oder eine mit den Genannten in gerader Linie oder im ersten Grade der Seitenlinie verwandte oder verschwägerte Person *beteiligt* ist ...". -Auch in der Lehre wird der notarielle Ausstand meist an den Begriff der Beteiligung angeknüpft, so bei GULDENER, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* (1954) S. 35; DANIEL SANTSCHI, *Die Ausstandspflicht des Notars*, Langenthal 1992, S. 54-73 und 176-200; CARLEN, *Notariatsrecht* (1976) S. 117; SIDLER, *Komm. LU* (1975) S. 30, N 40.

Fn 102 - BE NG Art. 27 Abs. 2 umschreibt die formelle Beteiligung dahingehend, dass beteiligt ist, "wer eine ihn betreffende Beurkundung vornehmen lässt ... sowie der bei der Beurkundung einer Willenserklärung mitwirkende Vertreter."

Fn 103 - GULDENER, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* (1954) S. 35.

****S. 247****

materiell beteiligt denjenigen, "dessen Rechte und Pflichten durch die vorzunehmende Amtshandlung berührt werden". Das bernische Notariatsgesetz sagt etwas enger, materiell beteiligt sei derjenige, "zu dessen Gunsten oder Lasten eine Verfügung getroffen wird"¹⁰⁴.

796 - Die ausstands begründende Beteiligung ist mithin eine solche am Beurkundungsverfahren (formelle Beteiligung) oder am Beurkundungsgegenstand (materielle Beteiligung).

797 - Diese Begrifflichkeit vermag die geltenden Ausstandsregeln in den meisten, aber nicht in allen Fällen zureichend zu begründen. Dies wurde hievor bereits illustriert am Beispiel der notariell protokollierten Aktionärsversammlung, an welcher der Ehegatte der Urkundsperson teilnimmt. Nach den Regeln in manchen Kantonen befindet sich die Urkundsperson in diesem Falle nicht im Ausstand. Um dies zu begründen, ist man gezwungen, den Ehegatten, trotz seiner Aktionärsstellung und trotz seiner Verfahrensteilnahme, als Nicht-Beteiligten zu qualifizieren. Damit tut man aber dem Wortsinn der Beteiligung Gewalt an. Denn nach geltendem Sprachgebrauch lässt sich vernünftigerweise nicht bestreiten, dass ein Aktionär, dessen Voten und Stimmabgaben notariell protokolliert werden, am Protokollierungsverfahren beteiligt ist und dass seine Rechte durch die Versammlungsbeschlüsse berührt werden; nach geltendem Sprachgebrauch müsste man ihn mithin als formell und materiell beteiligt betrachten, bzw. man muss für den Rechtsbegriff der ausstands begründenden Beteiligung eine vom geltenden Sprachgebrauch abweichende Sinngebung postulieren.

798 - Mit der hier vorgeschlagenen Begrifflichkeit lassen sich die geltenden Ausstandsregeln der meisten Kantone rechtlich erfassen, ohne dass dem geltenden Wortsinn der verwendeten Begriffe Gewalt angetan werden muss. Es lässt sich sagen, die Generalversammlung der Aktiengesellschaft sei die Angelegenheit der Gesellschaft und des *Versammlungsvorsitzenden*¹⁰⁵, nicht aber diejenige der übrigen Anwesenden, der Gesellschaftsorgane oder der Gesellschaftsgläubiger. Die Urkundsperson darf also das notarielle Protokoll aufnehmen, wenn ihr Ehegatte als Aktionär anwesend ist oder wenn ihr Arbeitgeber (z.B.

Fn 104 - BE NG Art. 27 Abs. 2; mit dieser Definition werden bei letztwilligen Verfügungen die Erben und die Enterbten, die Vermächtnisnehmer und jene Personen, deren früher ausgesetzte Vermächtnisse gestrichen werden, in den Kreis der materiell Beteiligten einbezogen; ausserhalb dieses Kreises bleibt hingegen der Erbe, dessen Erbenstellung durch Erbgangsbeurkundung oder dessen Erbe durch Nachlassinventur im Sinne einer Sachbeurkundung bezeugt wird (sofern er nicht durch Auftragserteilung bzw. Rogation in den Kreis der Beteiligten eingetreten).

Fn 105 - Beurkundsrechtlich muss die Veranstaltung stets auch als Angelegenheit des Veranstaltungsleiters gelten, weil in der Kontrolle seiner Leitungsfunktion ein Hauptzweck der öffentlichen Beurkundung liegt. Dies gilt jedenfalls für die Fälle nachträglicher Protokollierung.

****§. 248****

der Senior-Partner eines mehrköpfigen Notariatsbüros) dem Verwaltungsrat angehört. Sie befindet sich hingegen im Ausstand, wenn sie selber als Aktionärin - und damit in ihren "privaten Belangen" - anwesend oder vertreten ist¹⁰⁶ oder wenn ihr Arbeitgeber die Veranstaltung präsidiert. Ferner darf die Urkundsperson die eigene Unterschrift nicht beglaubigen, weil diese zu den "privaten Belangen" der Urkundsperson gehört; sie darf die Unterschrift nahestehender Personen beglaubigen¹⁰⁷, weil die Echtheit der Unterschrift nicht eine ausstands begründende "Angelegenheit" ist.

799 - Die Unterscheidung zwischen den "privaten Belangen der Urkundsperson" und der "Angelegenheit einer Person" mag auf ersten Blick schwer verständlich erscheinen. Die privaten Belange der Urkundsperson umfassen alles der Urkundsperson privat zuzurechnende Handeln und alle ihr in irgend einer Weise privat zuzurechnenden Umstände, auch wenn diesbezüglich keine parteilichkeitsrelevante Interessenlage vorhanden ist. Mit dem Begriff der privaten Belange wird die notwendige **Rolleenteilung** zwischen Beurkundungsfunktion und Privatsache erläutert, welche verlangt, dass die Urkundsperson ihr amtliches Handeln und ihre privaten Umstände auseinanderhält und dass sie nie in amtlicher Eigenschaft eigene Privatsachen behandelt. Die "privaten Belange" der Urkundsperson meinen also deren sämtliche Privatsachen, während mit dem Begriff der "Angelegenheit einer Person" nur solche Gegenstände gemeint sind, an welchen die betreffende Person typischerweise ein Interesse hat.

f) Persönliches Nahestehen

800 - *Die Urkundsperson darf nicht tätig sein, wenn die Beurkundung die Angelegenheit einer ihr nahestehenden Person betrifft.*

801 - Erläuterung: Ist festgelegt, wessen "Angelegenheit" der Beurkundungsgegenstand, so muss ergänzend festgelegt werden, welche

Fn 106 - So zutreffend GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 35; einzelne kantonale Regelungen sind in diesem Punkt weniger restriktiv; bei Publikumsgesellschaften lässt sich nicht kontrollieren, ob Aktien, die der Urkundsperson gehören, an der Versammlung anonym vertreten werden. Diese Unmöglichkeit der Kontrolle und Durchsetzung sollte aber nicht zum Verzicht auf die Norm schlechthin führen. Die Urkundsperson soll ihre Amtspflichten auch in Bereichen gewissenhaft einhalten, in welchen sie nicht kontrolliert werden kann.

Fn 107 - Betrachtet man bereits den **Anschein** der Neutralität, den die Urkundsperson in der Öffentlichkeit erweckt, als wichtig, so sollte die Urkundsperson von der Beglaubigung der Unterschrift ihrer nächsten Angehörigen absehen. Das Ansehen, welches das Beurkundungswesen in der Öffentlichkeit genießt, hängt nicht nur ab von der Vermeidung realer, sondern auch von derjenigen scheinbarer Befangenheitsrisiken.

****§. 249****

Personen, deren Angelegenheiten beurkundet werden, der Urkundsperson in ausstands begründender Weise "nahestehen".

802 - Während der Begriff der Angelegenheit die Nähe von Personen zum Beurkundungsgegenstand beschreibt, geht es beim Begriff des Nahestehens um die Nähe von Personen zu anderen Personen.

803 - Die hier vorgeschlagene Begrifflichkeit erlaubt eine differenzierende Inhaltsbestimmung des ausstands begründenden Nahestehens für die verschiedenen Kategorien von Beurkundungsfällen. Bei der Beurkundung individueller Erklärungen, insbesondere bei Vertragsbeurkundungen ist das

schädliche Nahestehen unter dem Aspekt des Parteilichkeitsrisikos zu definieren. Gehört die Urkundsperson dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft an, so soll sie keinen Grundstückkauf dieser Gesellschaft beurkunden; denn ihre Verbindung zur Käuferin schafft das Risiko parteilicher Beratung, Belehrung und Vertragsformulierung. Parteilichkeit ist nachträglich nur in ganz krassen Fällen beweisbar, die Versuchung zu moderater Parteilichkeit also nicht gehemmt durch die Furcht vor späterer Notariatshaftung. Dies erheischt eine strenge Ausstandsvorschrift: Unter dem Parteilichkeitsaspekt steht jedes Organmitglied nahe, unabhängig davon, ob es als zeichnungsberechtigt im Handelsregister eingetragen ist oder nicht.

804 - Geht es hingegen um die Protokollierung der Generalversammlung, so schafft blosse Organmitgliedschaft der Urkundsperson oder einer ihr nahestehenden Person im Verwaltungsrat der betreffenden Gesellschaft kein relevantes Befangenheitsrisiko. Bei der Protokollierung hat die Urkundsperson Verfahrenskontrolle auszuüben und wahrheitsgemäss Bericht zu erstatten. Diesbezügliche Pflichtverletzungen sind in aller Regel nachträglich beweisbar, die Versuchung zur Missachtung der Amtspflichten also gering. Die typischen Umstände bei Protokollierungen gestatten es, hier die Organmitgliedschaft nicht als ausstandsbegründendes Nahestehen zu qualifizieren.

805 - Hingegen kann die Urkundsperson nicht die Sitzung eines Verwaltungsrates, dem sie selber angehört, in öffentlicher Urkunde protokollieren; denn wenn sie in diesem Falle ihre eigene Anwesenheit und vielleicht sogar ihre eigenen Verwaltungsrats-Voten protokollierte, so würde sie gleichzeitig in ihren privaten Belangen und in amtlicher Funktion handeln. Dies ist nicht zulässig¹⁰⁸. Sich selber als privates Verwaltungsratsmitglied als abwesend und sich gleichzeitig als Urkundsperson als anwesend zu betrachten, ist ebenfalls nicht denkbar¹⁰⁹.

Fn 108 - Vgl. Ziff. 780 ff.

Fn 109 - Bei einer Generalversammlung ist hingegen möglich, dass die Urkundsperson in amtlicher Funktion anwesend, als private Aktionärin abwesend ist. Wegen der Unpersönlichkeit der Aktionärsposition können an Generalversammlungen nur jene anwesenden natürlichen Personen als anwesende Aktionäre mitgezählt werden,

****§. 250****

806 - In Kantonen mit staatlichem Amtsnotariat sind die hievordargestellten Differenzierungen von geringer Bedeutung, weil Amtsnotare nur selten in Verwaltungsräten sitzen und weil eine allfällige Ausstandspflicht für die Urkundsperson keine Einkommenseinbusse zur Folge hat¹¹⁰.

g) Unschädlichkeit des "Nahestehens zu Nahestehenden"

807 - *Das Nahestehen zu einer Person, die ihrerseits einer Person nahesteht, deren Angelegenheit Gegenstand der Beurkundung ist, begründet keinen Ausstand*¹¹¹.

808 - Erläuterung: Bildlich kann die Ausstandssituation auf eine Dreiecksbeziehung zurückgeführt werden: Der Beurkundungsgegenstand ist aufgrund einer qualifizierten Interessenlage die "Angelegenheit" der Person A; die Person A ist aufgrund qualifizierter persönlicher Beziehung eine "nahestehende Person" zur Urkundsperson - folglich befindet sich die Urkundsperson im Ausstand. Dabei gilt der Grundsatz, dass das Nahestehen zu Nahestehenden keinen Ausstand begründet¹¹²; nur das persönliche Nahestehen der Urkundsperson zu einer Person, deren "Angelegenheit" von der Beurkundung betroffen wird, ist schädlich.

welche ihre Aktionärsrechte ausüben wollen und welche sich demgemäss als Aktionäre für eine bestimmte Anzahl von Aktien zählen lassen **wollen**. Kein Aktionär ist verpflichtet, an einer Generalversammlung teilzunehmen. Wer sich in anderer als in Aktionärsseigenschaft - etwa als Platzanweiser, als Geschäftsleitungsmitglied oder eben als Urkundsperson - im Versammlungslokal aufhält, kann, auch wenn er Aktien besitzt, nicht gegen seinen Willen als anwesender Aktionär mitgezählt werden, sondern kann sich berechtigterweise auf den Standpunkt stellen, er wolle heute seine Aktionärsrechte nicht ausüben. - Eine entsprechende Zweiteilung von persönlicher Anwesenheit als Urkundsperson und von

Abwesenheit als Organmitglied ist undenkbar bei der Sitzung eines Verwaltungsrates, dem die Urkundsperson angehört. Denn der Verwaltungsrat ist ein eng personenbezogenes Gremium mit grundsätzlicher Pflicht sämtlicher Mitglieder zur Sitzungsteilnahme. Demgemäss müssen die Mitglieder immer als anwesend gelten, wenn sie sich während einer Sitzung im Versammlungslokal aufhalten.

Fn 110 - Vgl. etwa die Regelung in ZH NV § 74-79.

Fn 111 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 73, N 11 und S 76, N 24 Abs. 2 zu Art. 27.

Fn 112 - In gleichem Sinne wird etwa gesagt, es gelte das Verbot der Kombination von Ausstandsgründen; vgl. Entscheid der Notariatskammer BE vom 3.3.1987 mit redaktionellen Nachbemerkungen von PETER RUF, BN 1988, S. 179 (182 und 184).

****S. 251****

h) Ersatz-Notar

809 - In Kantonen mit freiberuflichem Notariat, in denen die gesetzlichen Ausstandsvorschriften als zu undifferenziert empfunden werden, gibt es die Usanz des **Ersatz-Notars**. Dabei geht es um folgendes: Der mit der Vorbereitung der Beurkundung befasste, aber im Ausstand befindliche Notar überlässt die Leitung des Beurkundungsvorganges (bei den individuellen Erklärungen) bzw. die Protokollaufnahme (bei den Protokollierungen) einem nicht im Ausstand befindlichen Berufskollegen¹¹³.

810 - Den beteiligten Urkundspersonen fehlt ein Unrechtsbewusstsein in der Regel, weil die kantonalen Normierungen keine klaren gesetzlichen Grundlagen für das Erfordernis kennen, dass der für den Beurkundungsvorgang bzw. die Protokollaufnahme verantwortliche Notar auch die Vorbereitung und den Vollzug des Geschäftes notwendigerweise selber vorzunehmen hätte. Da anerkanntermassen sowohl die Vertragsparteien selbst als auch Angestellte des Notars und Drittpersonen (Rechtsanwälte, Treuhandgesellschaften) an den Vorbereitungsarbeiten mitwirken, insbesondere Entwürfe ausarbeiten können, vermögen manche Urkundspersonen nicht einzusehen, weshalb diese Arbeiten nicht auch gerade so gut - ja noch besser - durch eine andere, formell zwar befangene aber materiell umso besser mit der Angelegenheit vertraute Urkundsperson ausgeführt werden dürfen.

811 - Einer solchen Betrachtungsweise ist entgegenzuhalten, dass beim Ersatznotariat die für den Beurkundungsvorgang verantwortliche Urkundsperson regelmässig in den Hintergrund tritt und sich von einer ernsthaften materiellen Befassung mit dem Geschäft für dispensiert hält, insbesondere was den Schutz einzelner Parteien vor Unbedacht und vor den Risiken der Befangenheit der vorbereitend befasst gewesenen Urkundsperson anbelangt. Ja, es gilt geradezu als unschicklich, sich als Ersatznotar in das Geschäft einzumischen und seinem Berufskollegen, welcher den Akt vorbereitet hat, Belehrungen zu erteilen bzw. eine echte Kontrolle auszuüben. Insofern ist das Ersatznotariat eine offensichtliche Gesetzesumgehung. Gerade weil Urkundspersonen öffentliche Vertrauensträger sind und gegenüber dem Publikum als Exponenten der Integrität dastehen sollten, ist die Verbreitung

Fn 113 - Vgl. den Hinweis auf eine solche Praxis im Kanton Bern bei MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 75, N 20 und S. 78, N 33 zu Art. 27 NG BE, ferner die Ausführungen im Entscheid der Justizdirektion BE vom 16.6.1980, BN 145 ff., wo ein Fall des "Leihens von Unterschriften" disziplinarisch geahndet und zugleich festgehalten wurde: "Das sogenannte 'Unterschriftenleihen' scheint eine recht verbreitete Gepflogenheit zu sein und meist nur als Akt der Kollegialität verstanden zu werden." Der Fall betraf allerdings nicht die Unterschriftenleihe an einen im Ausstand befindlichen, sondern an einen örtlich unzuständigen Notar.

****S. 252****

eines derartigen Missbrauchs ärgerlich. Er macht deutlich, dass einzelnen Urkundsperson das Honorar aus einem akquirierbaren Geschäft wichtiger ist als eine mit Sinn und Geist der öffentlichen Beurkundung vereinbare Amtsausübung.

812 - Allenfalls tolerierbar ist eine solche Praxis bei den Protokollierungen, wo in der Regel keine Unparteilichkeitsrisiken bestehen. - Bei der Beurkundung individueller Erklärungen kann das Ersatz-Notariat nur dann toleriert werden, wenn die fraglichen Erklärungen ausschliesslich von rechts- und sachkundigen Parteien abgegeben werden, für welche die notarielle Unparteilichkeit eine untergeordnete Rolle spielt, also für gewisse Verträge des Grundstücksverkehrs zwischen Firmen, Liegenschaftshändlern und anderen branchenkundigen Personen.

813 - Im Widerspruch zum Schutzzweck der öffentlichen Beurkundung und deshalb unzulässig ist das Ersatznotariat bei höchstpersönlichen Geschäften, bei welchen die Unparteilichkeit der Urkundsperson besonders wichtig ist, wie bei Ehe-, Erbverträgen und letztwilligen Verfügungen, ferner bei anderen Geschäften, wenn eine der Parteien rechtsunkundig ist und des neutralen notariellen Schutzes vor Unbedacht bedarf. Dieser Schutz ist bereits - und vor allem - während der Vorbereitung der Beurkundung zu gewähren. Während des Beurkundungsvorgangs ist es kaum möglich, ein parteilich vorbereitetes Geschäft auf die rechte Bahn zurückzuführen, besonders wenn eine derartige Initiative des Stipulators den das Geschäfts vorbereitenden Kollegen in den Augen der Klientschaft blossstellen müsste.

814 - Begrifflich ausgeschlossen ist das Ersatz-Notariat bei der Beurkundung bestehender Tatsachen. Die Urkundsperson darf nur unter solche Sachbeurkundungen ihre Unterschrift setzen, für welche sie die Ermittlungshandlungen selber oder durch eigene Hilfspersonen, d.h. in eigener Wahrheitsverantwortung durchgeführt hat.

815 - Bezüglich der fehlenden Legitimation des Ersatznotariats im Vergleich zur Vorbereitung des Geschäftes durch Drittpersonen ohne Beurkundungsbefugnis ist beizufügen, dass der befangene Notar in der Vorbereitungsphase tendenziell bereits seine notarielle Autorität wirken lässt und das Erscheinen eines Berufskollegen beim Beurkundungsvorgang als eine vom Gesetzesbuchstaben verlangte, materiell aber belanglose Formalität darstellt. Demgegenüber legen Rechtsanwälte, Banken, Treuhänder und Hilfspersonen der Urkundsperson anlässlich der Vorbereitung eher offen, dass sie parteilich oder dass sie nur vorläufig handeln und dass die Beurteilung des Geschäftes durch eine unparteiliche Urkundsperson noch folgen muss.

****§. 253****

i) Zwingende Geltung der Ausstandsregeln

816 - *Die Ausstandsregeln gelten zwingend; weder die Verfahrensbeteiligten noch die Aufsichtsbehörden können von ihrer Einhaltung dispensieren*¹¹⁴.

817 - Erläuterung: Dass die Ausstandsregeln zwingend gelten müssen, ergibt sich daraus, dass der Schutz vor Unbedacht nur dann gewährleistet ist, wenn auch der unbedachte Ausstandsdispens gegenüber einer befangenen Urkundsperson ausgeschlossen wird.

j) Ablehnungsrecht der Klientschaft?

818 - Nicht unter den Ausstandsregeln ist die ganz andere Frage zu erörtern, ob die Urkundsperson in bestimmten anderen Konstellationen subjektiver Befangenheit die Vornahme der Beurkundung ablehnen **darf** oder ob den verfahrensbeteiligten Privaten in solchen Situationen ein **Ablehnungsrecht** zuzuerkennen ist. DANIEL SANTSCHI¹¹⁵ befürwortet dies und formuliert die Regel: "Ferner darf die Urkundsperson auf Antrag eines Beteiligten oder auf eigenen Antrag keine öffentliche Beurkundung vornehmen, wenn eine andere, nicht in Abs. 2 genannte Person, die sie sonstwie befangen erscheinen lässt, beteiligt ist".

819 - Dem ist folgendes entgegenzuhalten: In der Praxis des freiberuflichen Notariats besteht für ein derartiges Ablehnungsrecht seitens der Klientschaft kein Bedarf, weil die Klientschaft sowieso nicht

gezwungen ist, sich auf ein Beurkundungsverfahren vor einer bestimmten Urkundsperson einzulassen. Seitens der Urkundsperson besteht überall dort kein Bedarf, wo die Beurkundungspflicht nur eine bedingte¹¹⁶ ist.

820 - Auf die Ausstandsregeln wird im Zusammenhang mit den einzelnen Beurkundungsfällen zurückzukommen sein.

Fn 114 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 71, N 2 zu Art. 27; auch GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 34/35, lässt für die öffentliche Beurkundung nur zwingende Unfähigkeitsgründe, nicht die ins Partei-ermessen gestellten Ablehnungsgründe gelten. Dem schliesst sich die vorliegende Arbeit an.

Fn 115 - DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 115/116.

Fn 116 - Vgl. zum Begriff der bedingten Beurkundungspflicht Ziff. 845 ff.

****S. 254****

7. Kein Anlass zur Annahme von Unwahrhaftigkeit

821 - *Die Beurkundung darf nur vorgenommen werden, wenn kein begründeter Anlass zur Annahme besteht, es würden beurkundungsrechtliche Wahrheitspflichten verletzt¹¹⁷. Bei der Beurkundung individueller Erklärungen bedeutet jede Simulation eine Verletzung der Wahrheitspflicht; dies muss zur Ablehnung der Beurkundung führen¹¹⁸.*

822 - Erläuterung: Sobald die Urkundsperson begründeten Anlass zur Annahme hat, eine wahrheitspflichtige Person gebe unwahre Erklärungen ab, ist dem Verdacht nachzugehen. Erweist er sich als begründet und ist die betreffende Person zu wahrheitsgemässer Erklärungsabgabe nicht bereit, so ist die Beurkundung abzuberechnen, ungeachtet der Frage, ob sich die Unredlichkeit auf rechtserhebliche oder auf andere Tatsachen bezogen hat.

823 - Von Beurkundungsrechts wegen muss von allen zu Urkund und zu unterschrittsbedürftigem Protokoll erklärenden Personen umfassende Wahrhaftigkeit gefordert werden, soweit solche Äusserungen der erwähnten Personen Eingang in die Urkunde finden¹¹⁹. Von Strafrechts wegen kann zwar nicht jede Unwahrhaftigkeit während eines Beurkundungsverfahrens zu einer Sanktion führen: Wenn ein Erblasser in seiner öffentlich beurkundeten letztwilligen Verfügung einleidend ein fantasievoll übertriebenes Eigenvermögen behauptet oder wenn er wider besseres Wissen behauptet, seine ehelichen Nachkommen seien seine einzigen Nachkommen, kann keine Strafbarkeit angenommen werden; denn es fehlt solchen Angaben die für die Strafbarkeit voraussetzende besondere Beweiseignung¹²⁰; der Urkunde fehlt bezüglich solcher Inhalte auch der öffentliche Glaube¹²¹. Trotzdem darf die Urkundsperson solche Unwahrheiten nicht hinnehmen, sofern sie diese als solche erkennt.

Fn 117 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 81, N 6 zu Art. 29 NG BE: "Hat der Notar Verdacht, dass die Erklärung unwahr sein könnte, so ... darf er erst urkunden, wenn seine eigenen Zweifel behoben sind."

Fn 118 - Vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 94.

Fn 119 - Vgl. in diesem Sinne Urteil des KG GR vom 1.7.1985, PKG 1985 Nr. 6, S. 24-33 (28), ferner BGE 90 II 274 (282): "Selbst wenn man eine solche Pflicht [zur notariellen Erforschung des wirklichen Parteiwillens] im Gegensatz zu BGE 78 IV 112 verneinen wollte, verträge es sich mit dem Wesen der öffentlichen Beurkundung doch auf jeden Fall nicht, dass die Urkundsperson in der öffentlichen Urkunde eine Feststellung trifft, von der sie weiss, dass sie nicht stimmt"; unter "Feststellung" verstand das Gericht damals auch die Beurkundung des Willensinhalts der Vertragsparteien.

Fn 120 - Zur besonderen Beweiseignung als Voraussetzung des öffentlichen Glaubens vgl. Ziff. 295 ff.

Fn 121 - Vgl. hierzu vorn, Ziff. 303.

****S. 255****

824 - Dass die beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht der zu Urkund erklärenden Personen über die strafrechtlich sanktionierte Wahrheitspflicht hinausgeht, hat einerseits zu tun mit der anzustrebenden Ernsthaftigkeit und Feierlichkeit des Beurkundungsverfahrens, in welchem unabhängig von der rechtlichen Erheblichkeit und Beweiseignung der einzelnen Aussagen grundsätzlich weder fantasiert noch gemogelt werden darf. Hinzu kommt die Notwendigkeit der Wahrheit unter dem Gesichtswinkel der notariellen Belehrung und des Schutzes vor Unbedacht. Wenn der Erblasser die Zusammensetzung seiner Verwandtschaft und seines Vermögens falsch angibt, dann kann die Urkundsperson keine zutreffende Testamentsberatung erteilen und sie kann den Erblasser über die einschlägigen erbrechtlichen Vorschriften und Rahmenbedingungen nicht zutreffend belehren.

825 - Im Gegensatz zum Richter im kontradiktorischen Prozess kann die Urkundsperson bei widersprüchlichen und zweifelhaften Äusserungen der Verfahrensbeteiligten nicht mit den Methoden der Beweiswürdigung Wahres (Bewiesenes) von Unwahr (Unbewiesenem und Widerlegtem) trennen, und das Wahre alsdann beurkunden, sondern sie hat die Äusserungen der Verfahrensbeteiligten als solche zu beurkunden, und es darf kein konkret begründeter Verdacht der Unwahrheit bestehen bleiben.

8. Keine offensichtliche Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit des Urkundeninhaltes; keine Verletzung bestehender Rechte Dritter

826 - *Die Beurkundung darf nicht vorgenommen werden, wenn das zu beurkundende Geschäft offensichtlich einen unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Inhalt hat¹²² oder wenn durch dieses Geschäft bestehende Rechte Dritter verletzt werden.*

Fn 122 - Vgl. LU BeurkG § 20 Abs. 3 lit. c: Ablehnungspflicht, wenn das, was beurkundet werden soll, rechtlich unmöglich oder widerrechtlich ist oder gegen die guten Sitten verstösst. - In gleichem Sinne JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 45, N 172, unter Verweis auf BGE 90 II 283, WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (14 und 17 ff), SIDLER, Komm. LU (1975) S. 71, N 7 zu § 20, ALFRED SANTSCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) S. 7 ff., HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 248 ff. (249), HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 41 zu Art. 657. - Vgl. auch MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 93; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 94.

****S. 256****

827 - *Das gleiche gilt für den Fall, dass die Urkunde aufgrund der für die Urkundsperson erkennbaren Umstände offensichtlich zu einem widerrechtlichen oder sittenwidrigen Zweck verwendet werden soll.*

828 - *Ist die Sachlage für die Urkundsperson aufgrund objektiver, offensichtlicher Umstände zweifelhaft, so soll sie von der Klientschaft näheren Aufschluss verlangen. Wird dieser ohne einleuchtende Begründung verweigert, so ist die Beurkundung abzulehnen.*

829 - **Erläuterung:** Mit dem Erfordernis der Offensichtlichkeit ist gesagt, dass die Urkundsperson nur zu einer summarischen Prüfung verpflichtet ist. Die einlässliche und abschliessende Prüfung im Streitfall bleibt dem Richter vorbehalten¹²³. Eine offensichtliche Zweifelhafteigkeit muss zu weiterer Abklärung führen. Legen die für die Urkundsperson erkennbaren Umstände mit erheblicher Wahrscheinlichkeit einen widerrechtlichen Geschäftszweck nahe, so darf die Urkundsperson darüber nicht mit der Begründung hinweggehen, bei summarischer Überprüfung sei die Widerrechtlichkeit nicht geradezu offensichtlich gewesen.

830 - Nur die Verletzung von **bestehenden Rechten Dritter** (beispielsweise der Erfüllungsanspruch aus einem über das Grundstück bereits abgeschlossenen Kaufvertrag) rechtfertigt die Ableh-

nung der Beurkundung. Kein Ablehnungsgrund ist die Verkürzung Dritter in ihren Anwartschaften wie namentlich in erbrechtlichen Pflichtteilsanwartschaften¹²⁴.

831 - Da die Ablehnung der Beurkundung aus einem der hier genannten Gründe hoheitlichen Charakter hat, muss sich die notarielle Entscheidungsfindung an klaren Grundsätzen orientieren; ein freies Beurteilungsermessen wird rechtsstaatlichen Anforderungen nicht gerecht. So geht es nicht an, dass die Urkundsperson, wenn sie bezüglich einer Beurkundung lediglich subjektiv ein ungutes Gefühl hat, die Klientschaft mit einer ausweichenden Begründung wie Zeitmangel weg- und zu einer anderen Urkundsperson weiterverweist. Vielmehr hat die Urkundsperson näheren Aufschluss zu verlangen, bis objektive Gründe für die Ablehnung ersichtlich oder die Zweifel behoben sind. Verweigert die Klientschaft, die von ihr geforderten, zumutbaren Aufschlüsse zu erteilen, so liegt hierin ein objektiver Ablehnungsgrund.

832 - Rechts- und sittenwidriger Verwendungszweck der Urkunde ist namentlich bei Beglaubigungen denkbar. Man denke an einen fiktiven Mietvertrag mit übersetztem Mietzins, auf welchem die Unterschriften zwecks Grundbuchvormerkung beglaubigt werden sollen, wenn

Fn 123 - So MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 94.

Fn 124 - So MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 94, welcher darauf hinweist, dass die Pflichtteilsverletzung oft nicht mit Gewissheit vorhersehbar ist; unterlässt der Pflichtteilsberechtigte die Herabsetzungsklage, so bleibt die letztwillige Verfügung rechtswirksam.

****S. 257****

für die Urkundsperson erkennbar ist, dass das Dokument lediglich zur Erzielung eines hohen Verkaufspreises oder zur Täuschung von Kreditinstituten über die tatsächliche Rendite verwendet werden soll¹²⁵.

§ 28 Pflichten der Urkundsperson gegenüber Klienten, Dritten, Staat: Begriffliches

833 - Eine Reihe von Amtspflichten umschreiben Dinge, welche die Urkundsperson zu tun hat; es sind **Handlungspflichten**. Hiezu gehört als allgemeinste Pflicht die Beurkundungspflicht. Sie wird anschliessend erörtert. Die weiteren Handlungspflichten werden im Zusammenhang mit den einzelnen Beurkundungsverfahren, nicht im vorliegenden allgemeinen Teil, behandelt.

834 - Im allgemeinen Teil des Beurkundungsrechts können hingegen die meisten **modalen Amtspflichten** behandelt werden, jene Regeln nämlich, welche die Art und Weise beschreiben, in welcher die Beurkundungstätigkeit abzulaufen hat. Hiezu gehört allen voran die Unparteilichkeitspflicht, ferner gehören dazu die Wahrheits- und Klarheitspflicht, die Pflicht zur Wahrung von Treu und Glauben, die Pflicht zur Vermeidung falschen Anscheins¹²⁶, die Geheimhaltungspflicht und die allgemeine Sorgfaltspflicht.

Fn 125 - Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung erblickt MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 94, in der Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Dokumenteninhaltes keinen Grund, die Unterschriftsbeglaubigung abzulehnen.

Fn 126 - Vgl. hiezu Ziff. 1196 ff.

****S. 258****

§ 29 Beurkundungspflicht

1. Interessenlage

835 - Die Beurkundungspflicht (auch Urkundspflicht genannt) bedarf der Erörterung vorwiegend im Hinblick auf das freiberufliche Notariat. Hier sind die realen Verhältnisse geprägt durch die weitgehend freie Notarwahl¹²⁷ seitens der Klientschaft einerseits, durch die Konkurrenzsituation unter mehreren Urkundspersonen als Anbieter entgeltlicher Dienstleistungen andererseits.

836 - Die rechtliche Normierung der Beurkundungspflicht aufseiten der freiberuflichen Notare entspricht in jenen Fällen keinem dringenden Bedürfnis, in welchen die Notare ein erhebliches Eigeninteresse an der Akquisition des Beurkundungsgeschäftes haben, d.h. namentlich in den Fällen grosser, finanziell lukrativer Geschäfte.

837 - Die Rechtsregeln zur Beurkundungspflicht haben jedoch sicherzustellen, dass sich die freiberuflichen Notare auch der schwierigen oder finanziell uninteressanten Beurkundungsgeschäfte mit der nötigen Bereitschaft, Raschheit und Sorgfalt annehmen und dass die Klientschaft in solchen Fällen nicht von Tür zu Tür weitergeschickt wird.

838 - Beim staatlichen Amtsnotariat bedarf die Beurkundungspflicht keiner besonderen Erörterung. Die Vornahme der öffentlichen Beurkundung ist hier eine Amtspflicht, welche beim Vorliegen der einschlägigen Voraussetzungen genau gleich zu erfüllen ist wie andere Amtspflichten. Bei grösseren Amtsnotariaten mit mehreren Urkundspersonen obliegt die Beurkundungspflicht der Amtsstelle, nicht dem einzelnen Beamten: Die Klientschaft hat keine freie Notarwahl, sondern muss sich mit jener Urkundsperson zufrieden geben, welche ihr im Rahmen der Behördenorganisation für die Bearbeitung ihres Geschäftes zugewiesen wird. Der mit der Sache befasste Amtsnotar hat kein eigenes Honorarinteresse.

839 - Amtsnotariate pflegen auch bei starker Arbeitsbelastung kaum zu unterscheiden zwischen lukrativen und weniger lukrativen Geschäften, so dass ein normatives Gegensteuern gegen unerwünschte Selektion

Fn 127 - Vgl. WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (9 f.); Vereinbarungen, welche die freie Notarwahl der Klientschaft einschränken, so insbesondere die vertragliche Zusicherung von späteren Beurkundungsaufträgen müssen als unzulässig qualifiziert werden.

****S. 259****

tion lukrativer Geschäfte nicht erforderlich ist. Amtsnotariate pflegen sich einer unzumutbaren Arbeitslast statt durch Selektionierung guter Geschäfte durch die Bekanntgabe der Wartezeit bis zur Geschäftsbearbeitung zu erwehren. Ist diese Wartezeit - welche nach dem Prinzip der Rechtsgleichheit¹²⁸ für grosse und kleine Geschäfte einigermassen einheitlich angesetzt zu werden pflegt - für einen Klienten unerträglich, so wird er von sich aus ein weniger belastetes Notariat aufsuchen.

2. Grundsatz

840 - *Die Beurkundungspflicht ist das Korrelat zum Beurkundungsmonopol der Urkundsperson¹²⁹. Ihre Tragweite im Einzelfall hängt von der faktischen Monopolstellung einer bestimmten Urkundsperson in bezug ein bestimmtes Geschäft bzw. davon ab, ob der Klientschaft der Beizug einer anderen Urkundsperson möglich ist und zugemutet werden kann¹³⁰.*

841 - Zu unterscheiden sind die generelle Pflicht der Urkundsperson, auf bestimmte Anfragen einzutreten und sie zu prüfen (Eintretenspflicht), und die spezielle Pflicht, ein bestimmtes Geschäft, nach Prüfung der ihr einstweilen mitgeteilten Tatsachen, an die Hand zu nehmen (Anhandnahmepflicht) oder abzulehnen (Ablehnungspflicht).

842 - Erläuterung: Eintretens- und Anhandnahmepflicht sind zu unterscheiden von der Erledigungspflicht¹³¹. In Ziff. 509 ff. wird erörtert, dass dem beurkundungsrechtlichen Rechtsverhältnis meist die nota-

Fn 128 - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 42, N 165, leitet die Beurkundungspflicht ganz allgemein aus dem Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV) ab, unter Verweis auf MARTI, Der Notar des Kantons Bern, in: Notar und Recht, Festschrift des Verbandes bernischer Notare zu seinem fünfzigjährigen Bestehen (1953) S. 1 ff.: "Der Zugang zur freiwilligen Gerichtsbarkeit darf nicht vom Belieben des damit betrauten Notars abhängig sein; sie muss jedermann in gleicher Weise zur Verfügung stehen."

Fn 129 - So WILLY MEIER, Wahrheitsuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (10); MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 66, N 1 zu Art. 25.

Fn 130 - Einzelne Kantone qualifizieren den Beizug einer anderen Urkundsperson als Amtspflicht der verhinderten Urkundsperson: TI LN Art. 10: "In caso di temporaneo impedimento, il notaio dovrà farsi sostituire, per il compimento di tutti gli atti che gli incombono, da altro notaio da lui designato, possibilmente nel distretto di sua residenza." GE LN Art. 2 Abs. 2: "En cas d'empêchement temporaire, tout notaire peut se faire substituer par un autre notaire du canton, tant pour la réception des actes authentiques que pour la délivrance des expéditions ou extraits".

Fn 131 - Zum Begriff der Erledigungspflicht vgl. Ziff. 919 ff.

****S. 260****

rielle Zusage der Anhandnahme vorausgeht. Unter dem Begriff der Beurkundungspflicht wird die notarielle Pflicht verstanden, die erwähnte Zusage unter bestimmten Voraussetzungen zu geben. Unter dem Begriff der Erledigungspflicht wird die Pflicht verstanden, eine zugesagte Beurkundung ohne Säumnis voranzubringen.

3. Unbedingte Eintretenspflicht

843 - Beim Amtsnotariat, ferner in Gebieten, in denen nur eine einzige freiberufliche Urkundsperson am Orte erreichbar ist oder wo ein numerus clausus¹³² freiberuflicher Urkundspersonen besteht, gilt für Geschäfte mit Ortsbezug die unbedingte Eintretenspflicht.

844 - Erläuterung: Die Konsequenz der unbedingten Eintretenspflicht ist die Pflicht der Urkundsperson, bei temporärer Verhinderung geeignete Vorkehren zu treffen, damit potentielle Klientschaft durch einen Vertreter betreut wird¹³³. In diesem Fall eine Abwesenheitsvertretung zu organisieren. Eingehende Post ist an die vertretende Urkundsperson umleiten zu lassen. Wenn möglich sollen auch telefonische Anfragen durch einen Telefonbeantworter entsprechend umgeleitet werden.

4. Bedingte Eintretenspflicht

845 - Stehen innerhalb des örtlichen Tätigkeitsgebietes, welchem die nachgesuchte Beurkundung aufgrund örtlicher Belegenheit eines Grundstücks oder auf-

Fn 132 - Ein gesetzlich verankerter numerus clausus besteht in Fribourg gemäss FR NG Art. 2: "Die Höchstzahl der zugelassenen Notare beträgt 42. Notare, die das 70. Altersjahr überschritten haben, werden nicht mitgezählt." - GE LN Art. 40 verlangt von den angehenden Notaren einen "stage de 4 ans et 3 mois dans une étude de notaire, dont 3 ans au moins à Genève"; Art. 44 räumt der Ernennungsbehörde zudem eine an Willkür grenzende Ermessensfreiheit ein: "Le Conseil d'Etat choisit, parmi les candidats remplissant les conditions requises, ceux qui lui paraissent les plus aptes à revêtir les fonctions de notaire." Diese Rechtslage führt zu einem faktischen numerus clausus. In anderen Kantonen wird eine faktische Beschränkung der Zahl der Notare durch institutionalisierte

Engpässe bei den vorgeschriebenen Grundbuch- und Handelsregistervolontariaten und durch die besondere Schwierigkeit des Notariatsexamens erreicht.

Fn 133 - Vgl. eine solche Vorschrift in GE LN Art. 2 Abs. 2: "En cas d'empêchement temporaire, tout notaire peut se faire substituer par un autre notaire du canton ...".

****S. 261****

grund der Ansässigkeit der Klientschaft örtlich in erster Linie zuzuordnen ist, mehrere Urkundspersonen zur Verfügung, und ist die notarielle Dienstleistung innerhalb des Bezirks anderweitig gewährleistet, so gilt für die einzelne Urkundsperson die bedingte Beurkundungspflicht. Die Urkundsperson kann aus wichtigen Gründen¹³⁴, im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens, das Eintreten auf Beurkundungsbegehren insgesamt oder auf die Begehren neuer Klienten ablehnen. Solche Gründe für das Nichteintreten sind insbesondere Ortsabwesenheit, Krankheit, starke anderweitige Beanspruchung¹³⁵.

846 - *Das selektive Nichteintreten auf Geschäfte ist nicht zulässig, wenn es aufgrund des geringen Interessewertes oder aufgrund vergleichbarer anderer subjektiver Erwägungen der Urkundsperson geschieht¹³⁶, sofern nicht aufseiten der Klientschaft eine missbräuchliche Ausübung der freien Notarwahl vorliegt. Ein solcher Missbrauch liegt vor, wenn eine Klientschaft mit wiederkehrenden Beurkundungsbedürfnissen sich für die bedeutenderen Geschäfte regelmässig an andere Urkundspersonen hält als für die kleinen Geschäfte.*

847 - *Keine Eintretenspflicht besteht für Beurkundungen ohne örtliche Beziehung zum örtlichen Tätigkeitsgebiet der Urkundsperson, d.h. für Geschäfte, bei denen keine beteiligte Person ihren Wohnsitz oder Aufenthalt im örtlichen Tätigkeitsgebiet der Urkundsperson hat, kein im örtlichen Tätigkeitsgebiet gelegenes Grundstück betroffen ist¹³⁷ und kein Vorgang zu protokollieren ist, für dessen Durchführung innerhalb des örtlichen Tätigkeitsgebietes sachliche Gründe ersichtlich sind.*

Fn 134 - So SO § 11. - LU BeurkG § 20 Abs. 2 gestattet die Ablehnung "aus vertretbaren Gründen". - In gleichem Sinne JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 43, N 165; - BE NG Art. 26 Abs. 2 spricht von Verhinderung durch wesentliche Gründe; - GE LN Art. 2 Abs. 2: "empêchement temporaire", ohne Unterscheidung zulässiger und unzulässiger Hinderungsgründe. - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 69, N 7 zu Art. 26 nennt als solche Gründe, die er als fakultative Hinderungsgründe bezeichnet, Krankheit, Militärdienst, amtliche Verpflichtungen, begründete Abwesenheit usw. - In Kantonen mit vorwiegendem Nur-Notariat wird die Beurkundungspflicht des einzelnen Notars stärker betont als in Kantonen mit Anwalts-Notaren; regelmässig ist die Zahl der Nur-Notare pro Kopf der Wohnbevölkerung geringer als diejenige der Anwalts-Notare, so dass die freie Notarwahl für Klientschaft in Kantonen mit vorwiegendem Anwalts-Notariat mehr Ausweichmöglichkeiten eröffnet, die notarielle Beurkundungspflicht entsprechend weniger Bedeutung hat. So spricht FR NG Art. 19 von der Ablehnungsbefugnis aus "rechtmässigem Weigerungsgrund", wobei nicht deutlich ist, ob damit nur die Ausstandsgründe und die Ablehnungspflicht bei verbotenen Geschäften oder auch Opportunitätsgründe gemeint sind (Fribourg kennt einen numerus clausus von 42 Notaren für das ganze Kantonsgebiet, FR NG Art. 2).

Fn 135 - So MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 94.

Fn 136 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 94: Subjektive Gründe rechtfertigen keine Ausnahme von der Urkundspflicht.

Fn 137 - Eine Amtspflicht für die Beurkundung eines Kaufvertrages über ein Grundstück im Ausland besteht grundsätzlich nicht, vorbehaltlich einer Notzuständigkeit im Sinne von Art. 3 IPRG; vgl. SCHWANDER, IPR des Grundstückkaufs (1989) S. 379, N 1112.

****S. 262****

848 - *Die Urkundsperson erfüllt ihre Eintretenspflicht dadurch, dass sie die an sie gerichteten Beurkundungsbegehren und die auf eine mögliche Beurkundung abzielenden Anfragen prüft und dem potentiellen Klienten mitteilt, ob sie die Beurkundung vornehmen kann. Im Falle eines*

*ablehnenden Bescheides soll die Urkundsperson einen Hinweis für das zweckmässige weitere Vorgehen geben*¹³⁸.

849 - *Wird die Vornahme der Beurkundung abgelehnt, so soll für Prüfung und weiterführenden Hinweis in der Regel keine Entschädigungsforderung an die anfragende Person gestellt werden, insbesondere dann nicht, wenn der Hinderungsgrund aufseiten der Urkundsperson besteht, bzw. wenn er von dieser zu vertreten ist.*

850 - Erläuterung: Die Eintretenspflicht besteht unabhängig davon, ob ein Beurkundungsbegehren gestellt oder ob eine blosser Anfrage bezüglich der Erforderlichkeit öffentlicher Beurkundung¹³⁹ oder der zeitlichen Verfügbarkeit der Urkundsperson gestellt wurde. Die Amtspflichten der Urkundsperson bestehen insofern bereits **vor der Stellung eines Beurkundungsbegehrens** und damit **vor und ausserhalb eines Beurkundungsverfahrens**. Die notariellen Amtspflichten werden zu eng umschrieben, wenn die hier unter dem Titel der Eintretenspflicht dargestellten Obliegenheiten ausschliesslich als Rechtsfolgen des Beurkundungsbegehrens verstanden werden.

851 - In den Kantonen mit staatlichem Amtsnotariat hat das einseitige Beurkundungsbegehren ähnliche Wirkungen wie im streitigen Prozess die Einreichung der Klage. Bestehen keine rechtlichen Ablehnungsgründe (welche die vom Begehren erfasste Amtsstelle zu prüfen und worüber sie dem Gesuchsteller erforderlichenfalls mit einer beschwerdefähigen Verfügung Bescheid zu geben hat), so ist hier das Beurkundungsverfahren gültig eingeleitet¹⁴⁰.

852 - Eine abweichende Regelung drängt sich auf in den Kantonen mit freiberuflichem Notariat.

853 - Ist in einem Bezirk ausnahmsweise nur eine einzige freiberufliche Urkundsperson tätig, so hat sie für eine Reihe von Geschäften ein faktisches Monopol und muss aus diesem Grunde alle verlangten Beurkundungen vornehmen, auch wenn sie hiezu nicht disponiert ist. Die Figur des einseitigen, von der Klientschaft ausgehenden Beurkun-

Fn 138 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 96, § 19.2.

Fn 139 - Die von MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 84, N 2 zu Art. 30 NG BE, erwähnte Belehrung, ob eine öffentliche Beurkundung nötig ist, dürfte in der Regel erteilt werden, bevor die Klientschaft ein Beurkundungsbegehren gestellt hat; die Urkundsperson ist zu einer solchen unentgeltlichen Auskunft, wenn sie ohne Kontroll- und Abklärungsaufwand erteilt werden kann, auch dann verpflichtet, wenn erst eine Erkundigung, kein Beurkundungsbegehren an sie gerichtet worden ist.

Fn 140 - In diesem Sinne MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 89, § 17 Ziff. 2, welcher die Rechtswirkung des Beurkundungsbegehrens als Rechtshängigkeit des Beurkundungsverfahrens bezeichnet.

****S. 263****

dungsbegehrens vermag in solchen Situationen den Ablauf zutreffend zu beschreiben.

854 - Stehen dagegen mehrere Urkundspersonen miteinander im Wettbewerb, so gibt es keine Monopolstellung, und es ist in diesen Gebieten demgemäss die Eintretenspflicht einer bestimmten Urkundsperson für ein bestimmtes Geschäft nur mit jenen Einschränkungen anzunehmen, die in den oben formulierten Grundsätzen zum Ausdruck kommen¹⁴¹.

855 - Daraus ergibt sich, dass Beurkundungen in der Praxis meist nicht aufgrund eines einseitigen Begehrens der Klientschaft, sondern aufgrund eines Erklärungsaustauschs zwischen Klientschaft und Urkundsperson - Anfrage und Zusage - an die Hand genommen werden, wobei dieser Erklärungsaustausch demjenigen beim privatrechtlichen Vertragsschluss äusserlich gleichsieht.

856 - Dies gilt auch für die Nicht-Anhandnahme. Auch hier ist der Konsens zwischen Urkundsperson und abgewiesener Klientschaft, d.h. das informelle Gespräch oder der private Brief die übliche Form, in welcher die Urkundsperson deutlich macht, dass sie die betreffende Beurkundung nicht vornehmen kann oder will.

857 - Nur wo im kantonalen Recht eine klare gesetzliche Grundlage besteht, kann die Urkundsperson ihre Ablehnung - auf Verlangen des Klienten - in die Form einer beschwerdefähigen Verfügung kleiden; dies ist in den Kantonen mit Amtsnotariat regelmässig möglich, in den übrigen Kantonen nur ausnahmsweise¹⁴².

858 - Wo das kantonale Recht keine Grundlage für Nichteintretens- oder Ablehnungsverfügungen gibt, kann die abgewiesene Klientschaft nur mit aufsichtsrechtlichen Mitteln (Anzeige an die Aufsichtsbehörde) gegen die sich weigernde Urkundsperson vorgehen; die Anzeige oder Aufsichtsbeschwerde verschafft der sich beschwerenden Klientschaft keine Parteistellung im Aufsichtsverfahren.

859 - In Gebieten mit freiberuflichem Notariat kann die missbräuchliche Ausübung der freien Notarwahl etwa vorkommen, wenn eine Unternehmung für Kapitalerhöhungen, Grundstückwerb und Hypothezierungen regelmässig eine ihr nahestehende Urkundsperson berücksichtigt, das Beglaubigungsnotariat und die kleinen Wechselproteste dagegen an andere Adressen verteilt. Die den Notariatstarifen zugrundeliegende Mischrechnung, welche für das Beglaubigungs-

Fn 141 - BE NG Art. 25; BS NG § 1 Abs. 1: Die Notare sind für die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständig, soweit die Gesetze nicht andere Stellen damit betrauen. Sie haben innerhalb dieses Geschäftskreises alle rechtlich massgebenden Tatsachen und Willenserklärungen zu beurkunden, über welche nach gesetzlicher Vorschrift oder nach dem Willen der Parteien eine öffentliche Urkunde zu errichten ist.

Fn 142 - So im Kanton Bern, vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 69, N. 10 zu Art. 26 NG BE.

****S. 264****

notariat einen oft nicht kostendeckenden Sozialtarif und als Kompensation hierfür bei Kapitalerhöhungen und Grundstücksgeschäften eine den Zeitaufwand zuweilen deutlich übersteigende Entschädigung vorsieht, gibt der einzelnen Urkundsperson gegebenenfalls ein Ablehnungsrecht, wenn sie Anlass zur Annahme hat, dass sie selektiv nur für kleine Geschäfte beigezogen wird.

5. Pflicht zur Anhandnahme oder zur Ablehnung einer Beurkundung

860 - *Ist die Urkundsperson auf ein Beurkundungsbegehren eingetreten, so ist sie zur Anhandnahme der Beurkundung verpflichtet, wenn die Beurkundung nicht aufgrund der konkreten Umstände abgelehnt werden muss oder inopportun ist. Insbesondere¹⁴³ folgende Ablehnungsgründe sind zu nennen:*

861 - *Die Beurkundung muss abgelehnt werden,*

- wenn eine Beurkundungsvoraussetzung fehlt;

- wenn aufgrund der konkreten Umstände aus beurkundungsrechtlichen Gründen keine öffentliche Urkunde zustande kommen kann;

- wenn aufgrund der konkreten Umstände voraussichtlich kein materiellrechtlich gültiges Geschäft zustandekommen wird (beispielsweise, wenn eine handlungsunfähige Partei rechtsgeschäftliche Erklärungen beurkunden lassen möchte¹⁴⁴ oder wenn eine sich als bevollmächtigt ausgebende Person weder ihre Vollmacht nachweisen noch für deren gegenwärtiges Fehlen einen glaubhaften Grund dartun kann) oder wenn aufgrund solcher Umstände die nachgesuchte Sachbeurkundung in ihren wesentlichen Teilen keinen öffentlichen Glauben geniessen wird;

- wenn das beurkundete Geschäft einen widerrechtlichen¹⁴⁵ oder unsittlichen Inhalt hat¹⁴⁶ oder wenn es in einer für die Urkundsperson erkennbaren Weise zu widerrechtlichen oder unsittlichen Zwecken abgeschlossen wird;

Fn 143 - Die nachfolgend genannten Ablehnungsgründe, d.h. die Gründe, aus denen eine Urkundsperson in die freie Notarwahl der Klientschaft beschränkend eingreifen und sich selber aus dieser Wahl ausschliessen darf, sind nicht abschliessend.

Fn 144 - ZH NV § 14 Abs. 2; BE NG Art. 26 Abs. 1 lit. c.; vorbehalten bleiben die Regeln über das notarielle Vorgehen bei zweifelhafter Urteilsfähigkeit von Personen, die eine letztwillige Verfügung öffentlich beurkunden lassen möchten; vgl. hierzu Ziff. 2400 f.

Fn 145 - Widerrechtlich ist auch die Ausnützung von Gesetzeslücken, wenn dadurch die Regelungsziele des Gesetzes durchkreuzt werden (Gesetzesumgehung), **und wenn zusätzlich** der betreffende Umgehungstatbestand durch rechtskräftige Entscheide als unzulässiges Vorgehen qualifiziert worden ist; vgl. Entscheid der Notariatskammer BE vom 05.03.1991 i.S. W., BN 1991 225, ZBGR 73 (1992) 203. Es kann hingegen nicht

****§. 265****

- wenn die entstehende Urkunde voraussichtlich einen falschen Anschein amtlich geprüfter Gültigkeit oder Wahrheit erwecken wird;

- wenn die Beurkundung zu missbräuchlichen Zwecken wie beispielsweise zu Reklamezwecken nachgesucht wird.

862 - Die Ablehnungspflicht aus den erwähnten Gründen besteht nur in klaren Fällen, d.h. wenn der Mangel des Geschäftes bereits bei summarischer Prüfung offensichtlich und eine gegenteilige rechtliche Würdigung nicht vertretbar ist¹⁴⁷. In Zweifelsfällen entscheidet die Urkundsperson nach freiem Ermessen, ob sie die Beurkundung an die Hand nimmt oder ob sie ablehnt¹⁴⁸.

863 - Die Beurkundung soll abgelehnt werden:

- wenn die Urkundsperson sich befangen fühlt oder in den Augen Dritter als befangen¹⁴⁹ erscheinen¹⁵⁰ könnte, ohne dass ein förmlicher Ausstandsgrund vorliegt, d.h. wenn die Urkundsperson am Beurkundungsgegenstand ein erhebliches eigenes Interesse hat, wozu auch jede massgebliche Kapitalbeteiligung an einer rechtsgeschäftlich handelnden juristischen Person gehört¹⁵¹, ferner wenn die Urkundsperson einzelnen Beteiligten in besonderer Weise nahesteht¹⁵² oder mit ihnen verfeindet¹⁵³ ist¹⁵⁴;

die Pflicht der Urkundsperson sein, Unterlassungen des Gesetzgebers in Pionierarbeit zu korrigieren, sofern nicht bereits ein Gericht sich rechtskräftig zu der betreffende Frage geäussert hat; blosse Lehrmeinungen können nicht genügen, um einen bestimmten Umgehungstatbestand als widerrechtlich erscheinen zu lassen und eine notarielle Ablehnungspflicht zu begründen.

Fn 146 - BE NG Art. 26 Abs. 1 lit. b.

Fn 147 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 68, N 2 zu Art. 26 NG BE.

Fn 148 - Das freie Entscheidungsermessen ist der Urkundsperson zuzubilligen, weil die Grenze zwischen den klarerweise abzulehnenden und den klarerweise beurkundungspflichtigen Geschäften nicht scharf gezogen werden kann. In der Grauzone, in welcher verschiedene Auffassungen möglich sind, muss sowohl die Anhandnahme wie die Ablehnung der Beurkundung zulässig sein, ohne dass sich die Urkundsperson durch die Wahl des einen oder anderen Vorgehens einer Pflichtwidrigkeit schuldig macht. Der Urkundsperson darf in solchen Zweifelsfällen kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie im Zeitpunkt ihres Entscheides nicht voraussah, wie die Disziplinarbehörde den Sachverhalt zu einem späteren Zeitpunkt beurteilen wird.

Fn 149 - Den Tatbestand der allgemeinen Befangenheit, im Sinne einer Generalklausel, welche über die formellen Ausstandsgründe hinausgeht, kennt ZH NV § 78, wobei diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur auf Mehrparteiengeschäfte, d.h. auf Verträge anzuwenden ist, nicht dagegen auf letztwillige Verfügungen, Stiftungserrichtungen, eidesstattliche Erklärungen, und nicht auf Sachbeurkundungen.

Fn 150 - Vgl. das Abstellen auf den blossen äusseren Schein in ZH NV § 78 Abs. 1. - Um des öffentlichen Ansehens des Beurkundungswesens willen hat die Urkundsperson sich im Einzelfalle so zu verhalten, dass bei Dritten kein Anschein der Befangenheit entsteht.

Fn 151 - Vgl. diesen Tatbestand in ZH NV § 78 Abs. 2, hier jedoch eingeschränkt auf die Beurkundung von Verträgen, bei welchen die juristische Person Partei ist. - Richtigerweise soll sich die Urkundsperson in diesen Fällen aber auch einer Protokollierung enthalten.

****S. 266****

- wenn eine Beurkundung aus sprachlichen Gründen die Fähigkeiten der betreffenden Urkundsperson übersteigt, sofern der Klientschaft der Beizug einer fremdsprachlich befähigten Urkundsperson zugemutet werden kann;

- wenn die Urkunde voraussichtlich unnütz sein wird, so beispielsweise wenn die Urkunde zur Einreichung bei einer Behörde bestimmt ist, von welcher der Urkundsperson bekannt ist, dass sie die Rechtswirksamkeit oder den öffentlichen Glauben der Urkunde nicht anerkennen wird. 864 - Die Urkundsperson darf die Beurkundung ablehnen, wenn ein von ihr verlangter Kostenvorschuss nicht geleistet wird¹⁵⁵.

865 - Hat die Urkundsperson die Anhandnahme der Beurkundung zugesagt, so steht sie bis zum Abschluss des Verfahrens in allen beurkundungsrechtlichen Amtspflichten. Ein Rücktritt von der übernommenen Beurkundung in unmittelbarer oder analoger Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR ist nicht möglich.

866 - Erläuterung: Das Verhältnis von Ausstandsregeln und Anhandnahmepflicht wird in der vorliegenden Arbeit folgendermassen verstanden:

867 - Die Ausstandsregeln umfassen jenen engen Kernbereich typischer Konstellationen gravierender Befangenheit, in welchem die Vornahme der Beurkundung durch die betreffende Urkundsperson zwingend als Verfahrensfehler mit schädlichen Folgen für die Wirksamkeit der Urkunde zu qualifizieren ist. Die Absenz von Ausstandsgründen wird in diesem Sinne als eine notwendige Beurkundungsvoraussetzung verstanden. Fehlt es an einer Beurkundungsvoraussetzung, so **darf** die Urkundsperson nicht tätig werden. Es handelt sich hierbei nicht um eine Einschränkung ihrer Beurkundungspflicht, d.h. nicht um eine der Urkundsperson verliehene Befugnis, sich der grundsätzlich bestehenden Pflicht zur Amtstätigkeit in einem besonderen Falle zu entziehen, sondern um ihre **positive Pflicht**, das Zustandekommen einer unwirksamen oder anderweitig fehlerhaften oder unerwünschten Beurkundung zu verhindern, soweit diese Verhinderung im Einflussbereich der Urkundsperson liegt.

Fn 152 - ZH NV § 78 nennt in diesem Zusammenhang die "besonders enge Freundschaft".

Fn 153 - ZH NV § 78 Abs. 2 schränkt diesen Tatbestand ein auf "arge Feindschaft"; vgl. ferner den Hinweis auf den Ausstandsgrund der Feindschaft bei GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 35, unter Verweis auf GR NotV Art. 18 Ziff. 5.

Fn 154 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 69, N 8 zu Art. 26 postuliert eine Belehrungspflicht des solcherart befangenen Notars, bezeichnet ihn aber als beurkundungspflichtig, wenn die Klientschaft trotz Belehrung auf dem Beurkundungsbegehren beharrt. Vgl. auch a.a.O. S. 77, N 31 zu Art. 27 NG BE.

Fn 155 - BE NG Art. 26 Abs. 2.

****S. 267****

868 - Neben dem engen Kernbereich typischer Konstellationen gravierender Befangenheit, wie sie in den Ausstandsregeln zum Ausdruck kommen, gibt es eine Reihe weiterer Befangenheits-Konstellationen, welche nicht unter dem Gesichtswinkel der Beurkundungsvoraussetzung bzw. der Urkundenwirksamkeit zu würdigen sind, sondern unter demjenigen der Einschränkung der freien Notarwahl seitens der Klientschaft bzw. der Einschränkung der Beurkundungspflicht seitens der Urkundsperson. In diesen Fällen soll oder darf die Urkundsperson in die freie Notarwahl der Klientschaft eingreifen, indem sie sich selber aus dieser Wahl ausschliesst.

869 - Diese weiteren Tatbestände werden hier erfasst mit den Regeln des Ablehnen-**Sollens** bzw. des Ablehnen-**Dürfens**. Richtigerweise werden diese Regeln an die Urkundsperson, nicht an deren Klientschaft adressiert: Ob ein Geschäft abgelehnt werden soll oder darf, braucht im Sinne generell-

abstrakter Normierung nur als Präzisierung der Notar-Pflichten festgelegt zu werden. Passt einer Klientschaft die Beurkundung bei einer ihr missliebigen Urkundsperson nicht, so kann sie im Rahmen ihrer freien Notarwahl ohne Angabe von Gründen jederzeit ihre Mitwirkung am Verfahren verweigern; es bedarf diesbezüglich keiner normativen Definition klientenseitiger Rekusationsbefugnisse¹⁵⁶.

870 - Ob die Urkundsperson die Beurkundung im Einzelfall ablehnen soll oder darf, hängt unter anderem davon ab, ob der Beizug einer anderen Urkundsperson für die Klientschaft innert der verfügbaren Zeit möglich und zumutbar ist. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Urkundsperson die Klientschaft an eine andere Urkundsperson oder einen Notar-Stellvertreter innerhalb des gleichen Notariatsbüros oder innerhalb des gleichen Amtes¹⁵⁷ weiterweisen kann. Erfolgt eine solche interne Weiterverweisung, so besteht kein Verdacht, die Urkundsperson wolle sich vor unangenehmen oder nicht-lukrativen Geschäften drücken; vielmehr darf hier das Vorliegen objektiver, einleuchtender Gründe aufseiten der ablehnenden Urkundsperson vermutet werden. In solchen Fällen erscheint der Eingriff in die

Fn 156 - Hiedurch unterscheidet sich der Regelungsbedarf im Beurkundsrecht von demjenigen im Prozessrecht: Weil die Prozessparteien zur Austragung ihres Streites vor einer bestimmten richterlichen Behörde in der Regel gezwungen sind und sich dem Verfahren nicht durch Nicht-Einlassung entziehen können, muss ihnen ein Rekusationsrecht gegenüber befangenen Richtern von Gesetzes wegen verliehen werden. Dieser Unterschied ist ein wesentlicher Grund, aus welchem die Ausstandsregeln des Prozessrechtes **nicht** zum Ansatzpunkt für diejenigen des Beurkundungsverfahrens gemacht werden können; vgl. jedoch die umgekehrte Betrachtungsweise bei DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 20, Ziff. 59 und S. 117, Ziff. 390.

Fn 157 - In diesem Sinne ~~verpflichtet~~ [richtig: *entbindet*] ZH NV § 78 Abs. 1 die befangene Urkundsperson von der "persönlichen Behandlung" des Geschäftes, womit gleichzeitig die Möglichkeit der amtsinternen Weiterverweisung anerkannt ist.

S. 268

Wahlfreiheit der Klientschaft als geringfügig, so dass auch eine nur geringe Befangenheit aufseiten der Urkundsperson ihren Selbst-Ausschluss von der Notarwahl zu rechtfertigen vermag.

§ 30 Erfüllung der Beurkundungspflicht durch Hilfspersonen

871 - *Die Urkundsperson ist befugt, die Vorbereitung des Geschäfts, die Entgegennahme der Klienteninstruktion und die Formulierung und Erstellung des Urkundenentwurfs, ferner die Siegelung und die nach der Siegelung zu erfüllenden Obliegenheiten an arbeits- oder beamtenrechtlich unterstellte Hilfspersonen übertragen*¹⁵⁸.

872 - *Unübertragbar ist die Leitung des Beurkundungsvorganges bei der Beurkundung individueller Erklärungen, ferner die Sachverhaltsermittlung (Protokollaufnahme) bei den Protokollierungen*¹⁵⁹, *schliesslich die eigenhändige*¹⁶⁰ *Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde.*

873 - *Wenn die Urkundsperson einzelne Verrichtungen an Hilfspersonen überträgt, so ist sie für deren sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung verantwortlich.*

874 - Erläuterung: Bei der Beurkundung individueller Erklärungen kann sich die Urkundsperson anlässlich des Beurkundungsvorgangs nicht durch Hilfspersonen vertreten lassen, weil sie im der Beurkundungsvermerk selber und aus eigener Wahrnehmung bezeugen muss, dass die Erschienenen den Akt vor ihr gelesen, genehmigt und unterzeichnet haben. Dieses notarielle Zeugnis und der diesem Zeugnis verliehene öffentliche Glaube sind für die Beurkundung individueller Erklärungen begriffswesentlich.

875 - Bei den Protokollierungen ergibt sich das Erfordernis persönlicher Protokollaufnahme durch die Urkundsperson selbst ebenfalls daraus, dass die Bezeugung eigener Wahrnehmung begriffswesentlich zur Protokollierung gehört.

Fn 158 - Erfolgt die Siegelung durch eine Hilfsperson, so wird deren Handeln der Urkundsperson zugerechnet. Demgemäss ist im urkundlichen Zeugnis, die Urkundsperson habe die Urkunde gesiegelt, keine Unwahrheit zu erblicken.

Fn 159 - Vorbehalten bleibt die Zulässigkeit der Wechsel-Protestaufnahme durch Hilfspersonen gemäss kantonaler Vorschrift oder Usanz.

Fn 160 - Das Verbot des Unterschriftersatzes durch Stempel oder Aufdrucke muss als allgemeine Regel des Beurkundsrechts gelten; einzelne Kantone haben dieses Verbot ausdrücklich kodifiziert, so ZH NV § 46 Abs. 1.

****S. 269****

876 - Die Pflicht zu persönlicher Mitwirkung hat ihren Grund nicht vor allem darin, dass die Urkundsperson zur Leitung des Beurkundungsvorgangs und zur unmittelbaren Wahrnehmung beruflich besser qualifiziert ist als eine Hilfsperson, sondern daraus, dass die Fähigkeit, mit öffentlichem Glauben den Vorgang zu bezeugen, nur der Urkundsperson - kraft ihrer staatlichen Ernennung - rechtlich verliehen ist.

§ 31 Interessewahrungspflicht (Wahrung bestimmter Interessen der Klienten)

1. Grundsatz

877 - *Die Urkundsperson hat bestimmte Interessen der Klienten nach bestem Wissen und Gewissen zu wahren*¹⁶¹.

878 - Erläuterung: Unter dem Begriff der Interessewahrungspflicht wird primär jene öffentlich-rechtliche Amtspflicht der Urkundsperson verstanden, welche bei einer analogen privatrechtlichen Betrachtungsweise als die Pflicht zur richtigen Vertragserfüllung zu qualifizieren wäre. Weil die Urkundsperson gegenüber den Klienten nicht in vertraglicher Erfüllungspflicht steht, bedarf die zum Teil analoge Inhaltsbestimmung ihrer Pflichten eines öffentlichrechtlichen Begriffs, eben desjenigen der Interessewahrungspflicht.

879 - Die Interessewahrungspflicht umfasst jedoch mehr und zum Teil anderes, als was Inhalt einer privatvertraglichen Erfüllungspflicht sein könnte. Im einzelnen kann ihr Inhalt folgendermassen bestimmt werden:

880 - a) Bei allen Geschäften steht die Urkundsperson in der **Erledigungspflicht**, d.h. in der Amtspflicht, die übertragenen Geschäfte innert nützlicher Frist zu erledigen¹⁶². Die Erledigungspflicht umfasst auch die Pflicht, einen allfälligen Nichteintretens- oder Ablehnungsbescheid bezüglich einer nachgesuchten Beurkundung innert nützlicher Frist mitzuteilen¹⁶³.

Fn 161 - So sinngemäss BE NG Art. 32.

Fn 162 - So ausdrücklich BE NG Art. 32.

Fn 163 - Zum Begriff der Erledigungspflicht vgl. Ziff. 919 ff.

****S. 270****

881 - b) **Vor der Beurkundung** sind die Interessen der zu Urkund erklärenden Personen zu wahren, **vor unbedachtem Geschäftsschluss geschützt** zu werden; der Schutz vor Unbedacht führt unter Umständen dazu, dass die Beurkundung unterbleibt¹⁶⁴. Die speziellen diesbezüglichen Amts-

pflichten (Ermittlung des wirklichen Willens der Beteiligten; Belehrungspflicht¹⁶⁵) sind Ausfluss aus der allgemeinen Interessewahrungspflicht.

882 - c) Findet die Beurkundung statt, so ist das **Interesse** aller Beteiligten **an einer gültigen, ihre Zwecke erfüllenden Urkunde** zu wahren. Auch dieses Interesse wird konkretisiert in speziellen Amtspflichten, insbesondere in der Belehrungspflicht, ferner in der Pflicht der Urkundsperson, die relevanten Sachverhalte zutreffend zu ermitteln, schliesslich in der Formulierungspflicht, aus welcher die Pflicht abzuleiten ist, eine materiell- und registerrechtlich eintragungsfähige Urkunde zu formulieren.

883 - d) Bei Mehrparteengeschäften ist das Interesse jeder Partei an **unparteilicher Tätigkeit der Urkundsperson** anlässlich der Vorbereitung der Beurkundung, anlässlich des Beurkundungsvorgangs und anlässlich des Vollzugs des beurkundeten Geschäftes zu wahren, soweit die Urkundsperson mit letzterem befasst ist; das gegenläufige Interesse einzelner Beteiligter an parteilicher Vereinnahmung der Urkundsperson zur Durchsetzung einseitiger Vorteile ist rechtlich nicht schützenswert und darf von der Urkundsperson in keinem Verfahrensstadium berücksichtigt werden.

884 - Die Interessewahrungspflicht wird in der vorliegenden Arbeit als eine Pflicht bezeichnet, **bestimmte** Interessen der Beteiligten zu wahren, um deutlich zu machen, dass es nicht Aufgabe der Urkundsperson sein kann, **alle** Interessen der einzelnen Beteiligten wahrzunehmen. So kann sich die Interessewahrungspflicht nicht auf die wirtschaftliche Günstigkeit oder Vorteilhaftigkeit der beurkundeten Rechtsgestaltung für den einen oder anderen Sachbeteiligten beziehen¹⁶⁶, auch nicht auf die

Fn 164 - Kein notariell zu wahrendes Interesse ist dasjenige einzelner Beteiligter am Zustandekommen des zu beurkundenden Geschäftes: Wo der Schutz vor Unbedacht erheischt, dass vom Abschluss des Geschäftes abgeraten wird, hat die Urkundsperson abzuraten.

Fn 165 - Zur Belehrungspflicht als Ausfluss der allgemeinen notariellen Interessewahrungspflicht vgl. PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (418).

Fn 166 - Vgl. BGE 50 II 147; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 93, N 7 zu Art. 32 NG BE; ALFRED SANTSCHI, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Winterthur 1959, S. 96. - Der Satz versteht sich von selbst: Besondere Günstigkeit des Geschäftes für die eine Partei geht meist einher mit besonderer Ungünstigkeit für die andere Partei. Die notarielle Unparteilichkeitspflicht verbietet, dass sich die Urkundsperson in der einen oder anderen Richtung für Günstigkeit einsetzt; nur die Bewusstmachung von allfälligen Unausgewogenheiten kann Inhalt der notariellen Interessewahrungspflicht sein.

****S. 271****

Ausgewogenheit der Rechtsgestaltung im Sinne eines "gerechten" Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, Chancen und Risiken der Sachbeteiligten. Hierin zeigt sich der wesensmässige Unterschied der öffentlichrechtlichen Interessewahrungspflicht gegenüber einer privatvertraglichen Erfüllungspflicht. Die Urkundsperson ist bei der Interessewahrung gerade im delikatesten und wichtigsten Punkt, nämlich beim Schutz Schutzbedürftiger vor Unbedacht, an keine Parteianweisungen gebunden, und kann es nicht sein. Sie hat auch eine Partei, welche sich in blinder Leichtgläubigkeit einem Vertragsgegner ausliefert und von den notariellen Belehrungen nichts wissen will, die erforderliche Belehrung zu erteilen - nötigenfalls gegen den gemeinsamen Protest beider Parteien.

885 - Im folgenden seien vier aus der Interessewahrungspflicht abzuleitende spezifische Pflichten einzeln erörtert. Weitere daraus abzuleitende Pflichten werden im Zusammenhang mit den einzelnen Verfahren besprochen.

2. Pflicht zum Schutz vor Unbedacht

886 - *Die Urkundsperson hat die zu Urkund erklärenden Personen vor unbedachtem Geschäftsabschluss zu schützen; der Schutz vor Unbedacht kann dazu führen, dass die Beurkundung unterbleibt.*

887 - Erläuterung: Bei der **Beurkundung individueller Erklärungen** ist der Schutz Sachbeteiligten vor Unbedacht der primäre Inhalt der Interessewahrungspflicht. Dabei ist im Auge zu behalten, dass sich die Verhandlungsziele der Parteien in der Regel mindestens teilweise entgegenstehen. Es gibt diesbezüglich nicht "ein" Parteiinteresse, das die Urkundsperson wahren könnte. Sie kann auch nicht mehrere gegensätzliche Interessen gleichzeitig wahren.

888 - Vielmehr hat sie zu ermitteln, ob einzelne Sachbeteiligte des notariellen Schutzes gegen andere Sachbeteiligte bedürfen. Die notarielle Interessewahrung erhält dadurch eine quasi-parteiliche Zielrichtung: Der Schwache wird gegen den Starken in Schutz genommen. Dies braucht bei einem Geschäft nicht durchwegs zugunsten der einen und zulasten der anderen Vertragspartei zu wirken. Möglicherweise bedarf der Verkäufer des notariellen Schutzes, wenn ihm der Käufer riskante Zahlungsbedingungen beliebt machen möchte, und der Käufer des Schutzes, wenn ihm der Verkäufer bei der Sachgewährleistung etwas Unangemessenes zumuten möchte.

889 - Zuweilen versucht aber die eine Partei, den Vertrag durchwegs zu ihren Gunsten zu beeinflussen. In einem solchen Fall hat die

****S. 272****

Urkundsperson vorwiegend oder ausschliesslich zugunsten der anderen Partei zu intervenieren. Dies ist der richtig verstandene "Schutz vor Unbedacht" - "Unbedacht" hier verstanden als das unbedachte Eingehen des Naiven, Leichtgläubigen auf den wohlbedacht kaschierten Egoismus der wort- und formulierungsgewandten Gegenpartei.

890 - Der Schutz vor Unbedacht ist für die Urkundsperson oft unbequem. Wer Schwache schützen will, macht sich zum Feind der Starken. Schutz des Unerfahrenen vor Unbedacht verlangt zuweilen, dem Erfahrenen die Suppe zu versalzen. Freiberufliche Notare tun dies noch weniger gern als ihre staatlich beamteten Kollegen. Denn die Unerfahrenen sind die einmaligen Klienten, welche ausnahmsweise ein beurkundungsbedürftiges Geschäft abschliessen; die Erfahrenen dagegen sind die institutionellen Klienten, die Liegenschaftshändler, Bauunternehmer und Pensionskassen, von denen Folgeaufträge zu erwarten sind - sofern der Notar sie zu zufriedenstellend bedient.

891 - Der Schutz vor Unbedacht erfolgt durch Bewusstmachung der Chancen und Risiken, Vor- und Nachteile, Unausgewogenheiten und Abweichungen von marktüblichen Konditionen¹⁶⁷ - durch nichts mehr und nichts weniger. Die Urkundsperson ist weder Vormund noch Erzieherin der Vertragsparteien¹⁶⁸.

892 - Bei Grundstücksgeschäften bedeutet dies insbesondere, dass die Urkundsperson auf erhebliche Abweichungen des Kaufpreises von ortsüblichen Marktwerten ausdrücklich hinzuweisen hat. Die Urkundsperson kann sich nicht auf den Standpunkt stellen, die wirtschaftliche Seite des Geschäftes sei im Direktkontakt zwischen den Vertragsparteien, ohne Mitwirkung der Urkundsperson, ausgehandelt worden und gehe die Urkundsperson nichts an. Wenn eine Vertragspartei grosszügig sein oder ihre Interessen nicht energisch wahrnehmen will, so ist das ihre Sache; dass sie sich hierüber aber bewusst sei, dies sicherzustellen ist Sache der Urkundsperson.

893 - Eine besonders häufige Unausgewogenheit ist die *tel quel*-Klausel, d.h. die Wegbedingung aller Gewährleistung seitens des Veräusserers beim Verkauf von Neubauten. Hier hat die Urkundsperson die Parteien ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, wenn die Gewährleistung zum Nachteil der einen Vertragspartei von jenen Regeln abweicht, die sich als dispositives Recht dem

Gesetz entnehmen lassen. Wohl ist die Abweichung vom dispositiven Gesetzesrecht schon im Begriff der "Wegbedingung" der Gewährleistung enthalten. Aber

Fn 167 - Zu der in diesem Zusammenhang bestehenden Amtspflicht, auf Ungewöhnlichkeiten des Geschäftes bewusstmachend hinzuweisen (Ungewöhnlichkeitsbelehrung) vgl. Ziff. 1753 ff.

Fn 168 - Vgl. in diesem Sinn DIETER HUHN / HANS-JOACHIM VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 268, N. 46 zu § 17.

****S. 273****

die Urkundsperson hat dem Erwerber bewusst zu machen, dass eine solche Wegbedingung jedenfalls beim Handwechsel von Neubauten nicht den Billigkeitsvorstellungen des Gesetzgebers entspricht - was immer der veräussernde Bauunternehmer von knapp kalkulierten Pauschalpreisen reden mag, welche eine Gewährleistung nicht gestatteten¹⁶⁹.

894 - Der Schutz vor Risiken im **Geschäftsvollzug** mag an folgendem Beispiel exemplifiziert werden: Routinemässig ist in Kantonen, welche gesetzliche Pfandrechte für Säumnisse des Grundstückverkäufers kennen (Grundstückgewinnsteuern, in BS nur bei Verkauf durch Ausländer), ein Auftrag an die Urkundsperson zu beurkunden (oder ausdrücklich den Parteien zur Diskussion zu stellen), welche die Urkundsperson mit der Abzweigung eines entsprechenden Betrags vom Kaufpreis beauftragt und die Kaufpreisregulierung Zug um Zug der Urkundsperson anvertraut. In gleichem Sinne muss die Urkundsperson als verpflichtet gelten, bei der Handänderung von Neubauten auf das Risiko von Baupfandrechten hinzuweisen und die geeigneten Massnahmen zu deren Verhinderung, im Interesse des Käufers, vorzuschlagen¹⁷⁰.

3. Unparteilichkeitspflicht

a) Die Problematik

895 - Die Unparteilichkeitspflicht ist ein besonders delikater Aspekt des Beurkundungsrechts, ihre Verletzung vielleicht die am häufigsten begangene und die am seltensten geahndete notarielle Sünde. Besonders die freiberuflichen Notare müssen in diesem Punkt strenge Disziplin beobachten. Denn Parteilichkeit verkauft sich besser als Unparteilichkeit. Die Unparteilichkeit hat keinen Markt.

896 - Unparteilichkeit steht begrifflich in einem scheinbaren Gegensatz zum oben erörterten Schutz des Schutzbedürftigen vor Unbedacht. Der notarielle Schutz der unbeholfenen, schutzbedürftigen Partei gegenüber einer raffiniert-egoistisch agierenden Gegenpartei ist ohne Par-

Fn 169 - Ist der Veräusserer einer Baute nicht deren Ersteller, was namentlich beim Handwechsel von Altbauten der Fall ist, so hat die Urkundsperson umgekehrt die *tel quel*-Klausel als das Übliche zu betrachten und ein bewussteinbildendes Gespräch nur aufzunehmen, wenn eine über die gesetzlichen Gewährleistungsregeln hinausgehende Gewähr stipuliert werden sollte.

Fn 170 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 93 N. 6.

****S. 274****

teinahme nicht möglich - Parteinahme für den Unbeholfenen. Der Gegensatz ist insofern nur ein scheinbarer, als richtig verstanden Unparteilichkeit den Schutz des Schutzbedürftigen in sich schliesst: Die Urkundsperson stellt durch ihre bewusstmachenden Belehrungen die "Waffengleichheit" zwischen Vertragsparteien her, die mit verschiedenem intellektuellem Rüstzeug, mit verschiedener Erfahrung und verschiedenem Verhandlungsgeschick je ihre eigenen Interessen zu wahren versuchen.

897 - Die Unparteilichkeitspflicht darf nicht dazu herhalten, notarielle Indifferenz gegenüber krass unausgewogenen Vertragsgestaltungen zu legitimieren. MARTI, Das neue bernische Notariatsrecht,

BN 1981, S. 233-245 (237/238) äusserte sich wie folgt: "Der Notar hat die Interessen der Beteiligten nach bestem Wissen und Gewissen **gleichmässig und unparteiisch** zu wahren. [...] Von allen Berufspflichten ist diese Pflicht wohl die schwierigste; sie erfordert namentlich bei gegensätzlichen Interessen (z.B. Kaufvertrag) **viel Takt und manchmal auch Zurückhaltung**." - Takt gegenüber wem? Zurückhaltung in bezug worauf? - Dem Verfasser der vorliegenden Arbeit scheint es, dass die Verknüpfung der Unparteilichkeitspflicht mit dem Postulat, die Interessen der Parteien seien "gleichmässig" zu wahren, allzu leicht dazu führen kann, dass dem Schutzbedürftigen der notarielle Schutz vorenthalten wird. Wer kann ausschliessen, dass Urkundsperson, welche MARTIS Sätzen lesen, den empfohlenen notariellen "Takt" vor allem darin erblicken, krasse Einseitigkeiten des Geschäftes, durch welche die unerfahrene Vertragspartei übervorteilt wird, nicht beim Namen nennen zu sollen, und dass sie die "Zurückhaltung" darin erblicken, auf die Frage der unerfahrenen Partei, ob der Notar das Geschäft in jeder Hinsicht als normal und in Ordnung beurteile und ob er dem Fragesteller den Abschluss empfehlen könne - dass der Notar auf diese Frage, auch angesichts einer anstehenden Übervorteilung, eine zurückhaltend-ausweichende Antwort gibt? - Auch wenn MARTI seine Empfehlung von "Takt und Zurückhaltung" nicht in diesem Sinne gemeint hat, so ist ein diesbezügliches Missverständnis nicht völlig von der Hand zu weisen.

898 - Wenn das freiberufliche Notariat mit seinen umfassenderen Dienstleistungen die Legitimation gegenüber dem Amtsnotariat behalten will, dann müssen diese Dienstleistungen "notariell", d.h. von Anfang bis Ende unparteilich erbracht werden.

899 - Die konsequente Konkretisierung der Unparteilichkeitspflicht in der vorliegenden Arbeit erfolgt im Bewusstsein, dass das positive Recht mancher Kantone, und noch mehr die gelebte Praxis, in diesen Belangen zum Teil recht permissiv - allzu permissiv! - ist und dass die hier entwickelten Grundsätze mancherorts auf Widerspruch stossen dürften. Die Betonung der Unparteilichkeitspflicht erfolgt gleichzeitig aber in der Überzeugung, dass das freiberufliche Notariat ohne konsequente

****S. 275****

Beobachtung der Unparteilichkeit an einem Legitimationsdefizit leidet¹⁷¹. Wenn der freiberufliche Notar sich in der Behandlung der an ihn herangetragenen Geschäfte nicht von allem Anfang an und grundsätzlich vom Rechtsanwalt zu unterscheiden vermag, dann braucht es ihn nicht: Dann tun Parteianwälte für die Beratung und Formulierung, Amtsnotare für die Lesung und Genehmigung der Geschäfte den Dienst gleich gut und besser.

b) Grundsätze

900 - *Die Urkundsperson ist zur Unparteilichkeit verpflichtet in ihrem Verhältnis zu den Sachbeteiligten, den Urkunden-Adressaten und, bei Protokollierungen, im Verhältnis zu den verschiedenen Veranstaltungsteilnehmern*¹⁷².

901 - *Die Unparteilichkeitspflicht bedarf der Konkretisierung*¹⁷³ *in zweierlei Hinsicht, nämlich (a) inhaltlich als Pflicht zur unparteilichen Interessewahrung*¹⁷⁴ *und (b) verfahrensmässig als Pflicht, bei Mehrparteigeschäften längerdauernde einseitige Klientenkontakte zu vermeiden und die übrigen Beteiligten über erfolgte einseitige Kontakte offen zu orientieren.*

Fn 171 - MARTI, Das neue bernische Notariatsrecht, BN 1981, S. 233-245 (234) äussert sich zur Legitimationsfrage folgendermassen: "Wir Berner Notar müssen den Beruf so ausüben, dass unser Berufsnotariat jedem Amtsnotariat stets überlegen bleibt. Das ist die einzige Rechtfertigung des Berufsnotariates." Zu den unabdingbaren Erfordernissen überlegener Berufsausübung zählt MARTI, a.a.O. S. 246, auch die Unparteilichkeit.

Fn 172 - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 43, N 166, leitet die Unparteilichkeitspflicht aus dem Zweck der öffentlichen Beurkundung (Schutz vor Unbedacht) ab und zählt "ein Minimum an Unparteilichkeit" zu den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung. Sofern damit gesagt sein soll, dass von Bundesrechts wegen oberhalb dieses "Minimums" Parteilichkeit zulässig sein könne, muss widersprochen werden. Vgl. auch BS NG § 2, 1.Satz: Die Notare sollen diejenigen, welchen sie ihre Hilfe leihen, **unparteiisch** und nach bestem Wissen und Gewissen beraten und fördern; Genfer Tribunal Administratif, Entscheid vom 14.3.1979, RDAF 1981 S. 345-352 (351): "N'étant le représentant d'aucune partie, le notaire doit observer une attitude impartiale et désintéressée: il veille dès lors à la sauvegarde des intérêts de toutes les parties et évite que l'une d'elles ne soit avantagée au préjudice de l'autre".

Fn 173 - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 43, N 167, schlägt vor, für die Konkretisierung der notariellen Unparteilichkeitspflicht auf die Regeln über die richterliche Unbefangenheit zurückzugreifen (Art. 4 und 22 OG, ferner die zu Art. 4 und 58 BV entwickelten Grundsätze). Angesichts der ganz andersartigen Tätigkeit der Urkundsperson und der wesentlich grösseren Parteilichkeitstendenzen im Beurkundungswesen können diese Regeln jedoch keineswegs ausreichen.

Fn 174 - BE NG Art. 32: "Der Notar hat die Interessen der Beteiligten nach bestem Wissen und Gewissen gleichmässig und unparteiisch zu wahren..."

****S. 276****

902 - Hat die Urkundsperson eine Urkunde errichtet und ist in der Folge die Entstehung der öffentlichen Urkunde oder die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes oder die Rechtmässigkeit der protokollierten Veranstaltung streitig, so darf die Urkundsperson in einem solchen Rechtsstreit keine der Parteien anwaltlich vertreten.

903 - Erläuterung: Die Unparteilichkeitspflicht ist keine Handlungspflicht, sondern sie betrifft die Art und Weise, in welcher die Urkundsperson gewisse amtlichen Handlungspflichten zu erfüllen hat; in diesem Sinne ist die Unparteilichkeitspflicht eine modale Amtspflicht¹⁷⁵.

904 - Das Verbot anwaltlicher Tätigkeit bei Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit einer Urkunde ist Ausfluss der Unparteilichkeitspflicht, lässt sich aber auch damit begründen, dass die Urkundsperson nicht die Gültigkeit ihrer Urkunden und damit letztlich die Professionalität ihres eigenen Handelns im Rechtsstreit selber vertreten soll¹⁷⁶.

905 - Unzulässig ist demgemäss die Vertretung der eingesetzten Erben durch den Anwalts-Notar gegen die das Testament anfechtenden gesetzlichen Erben, und zwar sowohl im Testamentsungültigkeits- wie im Herabsetzungsprozess, ferner die Vertretung einer Prozesspartei bei der Anfechtung eines vom Anwalts-Notar notariell protokollierten Generalversammlungsbeschlusses¹⁷⁷.

906 - Hingegen darf der Anwalts-Notar im Erbteilungsprozess einen Erben vertreten, sofern das von diesem Notar beurkundete Testament allseitig anerkannt und seine Auslegung unbestritten ist; in einem solchen Falle ist nicht das Testament Gegenstand des Rechtsstreites, d.h. es steht nicht die Qualität der notariellen Arbeit zur Beurteilung¹⁷⁸.

907 - Die Erörterung der Unparteilichkeitspflicht anlässlich der Beratung im Hinblick auf eine mögliche Beurkundung, anlässlich der Ermittlung des Parteiwillens bei Vertragsbeurkundungen, anlässlich der Formulierung der Urkunde, der Belehrung der Verfahrensbeteiligten und anlässlich des Vollzugs beurkundeter Geschäfte erfolgt im Zusammenhang mit den betreffenden Vorgängen.

Fn 175 - Zum Begriff der modalen Amtspflichten vgl. Ziff. 834.

Fn 176 - Es gilt sinngemäss der englische Satz: "A lawyer who represents himself has a fool for a client". Selbstvertretung ist oft das Gegenteil von qualifizierter Anwaltstätigkeit. - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 93, N 8 zu Art. 32 NG BE, leitet das Verbot anwaltlicher Vertretung im erwähnten Zusammenhang aus dem Erfordernis ab, der Notar müsse allen Streitparteien als unbeteiligter Zeuge zur Verfügung stehen.

Fn 177 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 94, N 8 zu Art. 32 NG BE.

Fn 178 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 94, N 8 zu Art. 32 NG BE.

****S. 277****

4. Pflicht, auf eine gültige und zweckmässige Beurkundung hinzuwirken

908 - Die Urkundsperson ist verpflichtet, alles Erforderliche zu tun, um von Beurkundungsrechts wegen das Zustandekommen einer öffentlichen Urkunde zu gewährleisten, ferner auf die Verfahrensbeteiligten Einfluss zu nehmen, damit sie zu einer materiellrechtlich gültigen Gestaltung des Geschäftes Hand bieten.

909 - Wäre das zu beurkundende Geschäft offensichtlich rechtsungültig, so hat die Urkundsperson die Beurkundung abzulehnen¹⁷⁹.

910 - Erläuterung: Die Schaffung eintragungsfähiger Urkunden gehört bei den immer komplizierter werdenden Anforderungen an die zum Eintrag gelangenden Geschäfte zu den schwierigsten Aufgaben der Urkundsperson. Angesichts der nicht immer konstanten Praxis von Grundbuch- und Handelsregisterämtern, und angesichts der bekanntermassen sehr abweichenden Praxis solcher Ämter in verschiedenen Kantonen kann der Urkundsperson aus Beanstandungen seitens eines Amtes oft kein Vorwurf gemacht werden.

911 - Bei den für einen Registereintrag bestimmten Urkunden umfasst die hier beschriebene Pflicht namentlich die Pflicht, eine vom Anmeldungstag an unbeanstandet eintragungsfähige Urkunde zu schaffen.

912 - Bei Zweifeln an der Rechtsgültigkeit der Beurkundung ist die Beurkundung vorzunehmen; die notariellen Zweifel sind in der Urkunde dann zum Ausdruck zu bringen, wenn andernfalls ein falscher Anschein notariell geprüfter Gültigkeit entstehen und Dritte getäuscht werden könnten.

913 - Bei den für eine ausländische Behörde bestimmten Urkunden hat die Urkundsperson die Klientschaft auf die besonderen Belegbedürfnisse dieser Behörde aufmerksam zu machen, soweit solche aufgrund notarieller Berufserfahrung bekannt sind, insbesondere auf eine allenfalls erforderliche Überbeglaubigung (Superlegalisation) der Notarunterschrift¹⁸⁰.

914 - Soweit die Interessewahrungspflicht auf das Zustandekommen einer gültigen Urkunde abzielt, ist sie im Rahmen der notariellen Belehrungspflicht näher zu erörtern¹⁸¹.

Fn 179 - Vgl. ZH NV § 20 Abs. 3 (allgemeine Regel) und § 161 Abs. 2 (ungültige Bürgschaft); a.M. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 94, welcher eine Beurkundungspflicht annimmt, sofern das rechtsunwirksame Geschäft nicht verwerflich erscheint und die gehörig belehrten Klienten auf der Beurkundung bestehen.

Fn 180 - So ZH NV § 49.

Fn 181 - Zur notariellen Pflicht, eine Abmahnungsklausel in die Urkunde aufzunehmen, wenn andernfalls in den Augen Dritter der falsche Anschein geprüfter Gültigkeit entstehen könnte, vgl. Ziff. 1846 ff.

****S. 278****

5. Pflicht, eine kostengünstige Gestaltung vorzuschlagen

915 - Die Urkundsperson ist verpflichtet, eine Gestaltung vorzuschlagen, welche keine unnötigen Beurkundungskosten verursacht.

916 - Erläuterung: Die rechtsunkundige Klientschaft vertraut darauf, dass die Urkundsperson nur solche gebührenpflichtigen Vorgänge vorschlägt, die zur Erreichung des angestrebten Ziels nötig und nützlich sind. Die Urkundsperson verletzt ihre Interessewahrungspflicht, wenn sie beispielsweise eine Erbteilung¹⁸², die Errichtung einer Grunddienstbarkeit oder den Verkauf einer Immobilien-Aktiengesellschaft öffentlich beurkundet, ohne hiezu von der (informierten) Klientschaft ausdrücklich aufgefordert worden zu sein.

917 - Vorgängig jeder öffentlichen Testamentsbeurkundung soll die Klientschaft auf die Möglichkeit des handschriftlichen letztwilligen Verfügens hingewiesen und es sollen die einschlägigen Unterschiede der beiden Formen so erläutert werden, dass die Klientschaft die Angebrachtheit der notariellen Form im konkreten Fall selber zu beurteilen vermag. Die Urkundsperson handelt pflichtwidrig, wenn sie die notarielle Form kurzerhand als die einzig zuverlässige Form des Testierens bezeichnet oder die handschriftliche Form mit unsachlichen Hinweisen abqualifiziert. Die notarielle Form ist zu empfehlen bei anfechtungsgefährdeten Verhältnissen, insbesondere bei grossen Vermögen, die nicht überwiegend gemäss gesetzlicher Erbfolge vererbt werden sollen, ferner bei Schreibunfähigkeit oder bei ärztlich zu bezeugender Urteilsfähigkeit des Testators. Die handschriftliche Form ist zu empfehlen bei kleinen Vermögen und voraussichtlich unstreitigen Verhältnissen, ferner bei Verfügungen, welche unbedeutende Abweichungen von der gesetzlichen Erbfolge oder blosse Teilungsvorschriften zum Gegenstand haben. Zwischen diesen Fallgruppen liegt ein breites Feld, in dem sich die Nachteile der handschriftlichen Form und die Kosten der notariellen Form die Waage halten und ein Ermessensentscheid zu treffen ist.

918 - Unnötig ist es, im Zusammenhang mit Grundpfandrechten komplizierte und unübersichtliche Gestaltungen vorzuschlagen, um der Klientschaft auf diese Weise unbedeutende Gebührenbeträge zu ersparen. So braucht nicht die Übertragung eines Schuldbriefs vorgeschlagen zu werden, mit komplizierter Schuldneränderung, Gläubigeränderung und eine Reihe anderer Änderungen, bloss weil ein solches

Fn 182 - Vgl. einen solchen Fall im Entscheid des Consiglio di disciplina notarile TI vom 31.8.1983, Rep 1985 S. 176-180 (mit Freispruch des fehlbaren Notars und berechtigter Kritik des Referenten STEFANO BOLLA).

****S. 279****

Flickwerk am alten Titel nach geltendem Tarif für die Klientschaft um einige hundert Franken billiger sein mag als die viel einfachere Löschung des alten Titels und die anschliessende Errichtung eines neuen¹⁸³.

6. Erledigungspflicht

919 - *Die Erledigungspflicht schliesst - im Rahmen des Zumutbaren - die Pflicht zur sofortigen Anhandnahme und Erledigung von Unterschriftsbeglaubigungen unter Anwesenden während der üblichen Bürozeiten in sich.*

920 - *Die Erledigungspflicht umfasst ferner die Pflicht zur sofortigen Anhandnahme dringlicher Geschäfte, wenn deren Dringlichkeit objektiver Natur ist und nicht auf schuldhaftes Säumnis der Klientschaft zurückzuführen ist.*

921 - *Die Zusage aussergewöhnlich rascher Bedienung im Falle wichtiger Klienten oder im Falle von Geschäften mit hohem Interesewert ist zulässig, wenn dadurch die seit längerem wartenden Geschäfte nicht ungebührlich verzögert werden. Unzulässig ist die selektive Zusage kurzer Fristen für bedeutende Geschäfte und das gleichzeitige Geltendmachen von Überlastung gegenüber Klienten mit wertmässig weniger bedeutenden Anliegen.*

922 - *Im übrigen soll die Urkundsperson die Geschäfte nach der Reihenfolge ihres Eingangs bearbeiten und alte, erledigungsfähige Dossiers erledigen, bevor neue Geschäfte in Angriff genommen werden.*

923 - *Hat die Klientschaft wegen Überlastung, Abwesenheit oder Krankheit der Urkundsperson eine längere Wartezeit zu gewärtigen, so ist die Urkundsperson verpflichtet, auf diesen Umstand hinzuweisen, sobald er erkennbar wird, gegebenenfalls vor der Anhandnahme des Geschäftes.*

924 - Bei Anwalts-Notaren bedeutet eine starke Belastung mit Anwaltstätigkeit und eine entsprechend reduzierte Verfügbarkeit für Beurkundungen keine notarielle Pflichtwidrigkeit. Der Anwalts-Notar bestimmt den Umfang seiner Beurkundungstätigkeit im Verhältnis zu seiner Anwaltstätigkeit frei¹⁸⁴.

925 - Bei der Beurteilung vermögensrechtlicher Haftung der Urkundsperson wegen Verletzung der Erledigungspflicht, d.h. in der Regel wegen schuldhafter Säumnis, ist zu prüfen, ob die Klientenschaft ihrerseits der Obliegenheit der Mahnung nachgekommen ist. Eine solche, aus der Schadensminderungspflicht abzuleitende Obliegenheit ist immer dann anzunehmen, wenn eine Mahnung oder der Hinweis auf die vermögensrechtlichen Konsequenzen der Säumnis

Fn 183 - Wo das aufwendige Flickwerk mit geringeren Gebühren honoriert wird als die einfache Neuerrichtung, liegt ein Mangel am geltenden Tarif vor.

Fn 184 - Bzw. er fügt sich ins Unvermeidliche und obliegt vorwiegend der Anwaltstätigkeit, wenn keine Beurkundungsbegehren an ihn herangetragen werden.

****S. 280****

oder auf die Relevanz der Einhaltung einer bestimmten Frist die Entstehung von Schaden hätte verhüten können.

926 - Erläuterung: Die Verfügbarkeit für Unterschriftsbeglaubigungen muss jeder Urkundsperson als persönliche Ehrensache gelten. Auch Passanten haben einen Anspruch, rasch bedient zu werden. In grossen Notariatsbüros ist diese Dienstleistung organisatorisch leicht sicherzustellen. In kleinen Büros überschreitet ein unangemeldetes Beglaubigungsbegehren häufiger den Rahmen des Zumutbaren.

927 - Objektive, von der Klientenschaft nicht verschuldete Dringlichkeit liegt vor bei unerwarteter Verschlechterung des Gesundheitszustandes einer testierwilligen Person, etwa wenn von ärztlicher Seite eine risikoreiche operative Sofortmassnahme vorgeschlagen wird. Ist die Urkundsperson allein am Ort, so ist ihr zuzumuten, in einem solchen Fall andere Termine umzubieten¹⁸⁵.

928 - Werden Wechsel der Urkundsperson wenige Stunden vor Fristablauf zur Protesterhebung überbracht, so besteht keine absolute Pflicht zur Anhandnahme. Gegenüber kleinen Notariaten, seien diese freiberuflich oder staatlich, kann der Wechselinhaber nicht von der Verfügbarkeit einer Urkundsperson oder eines Protestbeamten am gleichen Tage ausgehen. Hier ist dem Wechselinhaber zuzumuten, den Wechsel einige Tage vorher zu überbringen bzw. die erforderliche Protestierung voranzuzeigen, damit die Urkundsperson sich einrichten kann. - Erhielt die Urkundsperson den Wechsel mit klarem Auftrag zur Protesterhebung rechtzeitig zugestellt, so ist sie für fristgerechte Protestierung verantwortlich¹⁸⁶.

929 - Die Amtspflicht, jedes einzelne Geschäft innert nützlicher Frist zu erledigen, schliesst nicht aus, dass die Urkundsperson für bestimmte Geschäfte auf konsensualer Basis kurze Termine oder eine unverzügliche Beurkundung - beispielsweise die Protokollierung einer Generalversammlung oder die Beurkundung eines Grundstückkaufs binnen weniger Stunden nach dem ersten Klientenkontakt - zusagt und an eine solche Zusage dann unter Heranziehung vertragsrechtlicher Grundsätze gebunden ist. Für freiberuflich tätige Urkundspersonen ist eine solche persönliche Verpflichtungsfähigkeit anzunehmen. Jedoch dürfen die älteren Pendenzen unter solchen Einsätzen nicht leiden.

930 - Ein bedeutsamer Unterschied zwischen Amtsnotariat und freiberuflichem Notariat besteht in der ungleichen Verfügbarkeit der Beurkundungs-Dienstleistung für die Bevölkerung. Wo freiberufliche Urkundspersonen miteinander im Wettbewerb stehen, ist Kulanz,

Fn 185 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 94, N 9 zu Art. 32 NG BE (Gebot, die Geschäfte unter Umständen nicht nach der Reihenfolge ihres Einganges, sondern nach ihrer Dringlichkeit zu behandeln).

Fn 186 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 94, N 9 zu Art. 32 NG BE.

****§. 281****

Klientenfreundlichkeit und - zumindest bei bedeutenderen Geschäften - die Einsatzbereitschaft auch ausserhalb der Bürozeiten die Regel. Amtsnotariate haben demgegenüber die Tendenz, die Beurkundungsbegehren genau nach der Reihenfolge ihres Eingangs zu bearbeiten und auch bei längeren klientenseitigen Wartezeiten nervöse Hektik zu vermeiden.

931 - Die aus der Schadensminderungspflicht des Schadenersatzklägers abzuleitende Obliegenheit der Klientschaft, auf relevante Fristen und Termine hinzuweisen und im Falle notarieller Säumnis zu mahnen, wo dies sinnvoll ist, muss im Verhältnis zwischen Klientschaft und Urkundsperson analog zu den haftpflichtrechtlichen Regeln gemäss Art. 44 OR gelten¹⁸⁷.

§ 32 Ermittlungspflicht

932 - *Die Urkundsperson hat bei jeder Beurkundung das Vorhandensein der Beurkundungsvoraussetzungen und dasjenige der zu beurkundenden Tatsachen zu ermitteln (Ermittlungspflicht¹⁸⁸).*

933 - Erläuterung: Das Vorhandensein der Beurkundungsvoraussetzungen pflegt in der Urkunde nicht ausdrücklich erwähnt zu werden, ist aber gleichwohl von der Urkundsperson zu ermitteln bzw. zu prüfen.

1. Sorgfältige und objektive Sachverhaltsermittlung

934 - *Für alle Beurkundungen gilt folgende allgemeine Ermittlungsregel: Bei der Vorbereitung der Beurkundung hat die Urkundsperson den massgeblichen Sachverhalt mit gehöriger Sorgfalt zu ermitteln, indem sie sich auf ihre eige-*

Fn 187 - Nicht völlig verständlich ist unter diesem Aspekt das Urteil des KG VS vom 10.9.1969 i.S. Fournier/Couchepin, RVJ 1970 65-78, wo einem Klienten Schadenersatz wegen notarieller Verletzung der Erledigungspflicht zugesprochen wurde, nachdem sich dieser Klient den notariellen Kontaktierungsversuchen entzogen und sogar die vom Notar stammende Post refüsiert hatte.

Fn 188 - Meist wird in diesem Zusammenhang von der Prüfungspflicht gesprochen. Zur Rechtfertigung des hier verwendeten Begriffs des Ermitteln anstelle desjenigen des Prüfens vgl. Ziff. 168.

****§. 282****

ne Wahrnehmung, auf objektiv kontrollierbare Tatsachen und Belege, auf die Regeln der rationalen Logik sowie auf ihre eigenen Kenntnisse und Erfahrungen abstützt.

935 - *Zu dieser allgemeinen Ermittlungsregel treten bei bestimmten Gegenständen zusätzliche besondere Ermittlungsregeln hinzu. Sie werden in der vorliegenden Arbeit als die besonderen Ermittlungsregeln bezeichnet.*

936 - *Für Teilbereiche der öffentlichen Beurkundung fehlen besondere Ermittlungsregeln; insbesondere gilt die Vorschrift unmittelbarer Wahrnehmung, welche zu den besonderen Ermittlungsregeln zu zählen ist¹⁸⁹, nicht für alle Beurkundungsgegenstände.*

937 - Erläuterung: Es ist nicht möglich, die pflichtgemässe notarielle Sachverhaltsermittlung in einfache Vorschriften zu fassen, etwa in die Regel, der Notar könne mit öffentlichem Glauben nur beurkunden, was er

(a) entweder unmittelbar selber wahrgenommen oder was er

(b) aus anderen öffentlichen Urkunden (Familienregisterauszügen, Ehescheinen etc.) erfahren habe¹⁹⁰. Einerseits kann nicht übersehen werden, dass in den meisten öffentlichen Urkunden auch solche Tatsachen notariell bezeugt werden, von denen sich die Urkundsperson weder durch eigene Wahrnehmung noch aus Dokumenten öffentlichen Glaubens ihre Überzeugung gebildet hat. Sodann fehlt bereits dem Begriff der Wahrnehmung ein klar definierter rechtlicher Gehalt.

938 - Die Bedeutung der notariellen Wahrnehmung wird gemeinhin überschätzt. Der Begriff der Wahrnehmung umfasst sinnlich unmittelbar rezipierte und vom Rezipienten selbst interpretierte Information. Unter der Unmittelbarkeit ist einerseits die selber gemachte Rezeption, andererseits die zeitliche und örtliche Nähe der Rezeption zu ihrer schriftlichen Bezeugung zu verstehen. Als notarielle Wahrnehmung soll nur beurkundet werden, was die Urkundsperson "hier und jetzt" wahrgenommen hat. Die notarielle Erinnerung an früher gemachte Wahrnehmungen soll demgegenüber als notarielles Wissen oder als notarielle Überzeugung, nicht als Wahrnehmung dargestellt werden. - Ihrer Natur nach entziehen sich der Wahrnehmung alle mittelbar

Fn 189 - BE NG Art. 29 Abs. 1 spricht von "vorschriftsgemässer Wahrnehmung" im Sinne einer allgemeinen Ermittlungsregel, was insofern etwas zu eng ist, als die Urkundsperson nicht selten Tatsachen beurkundet, die sie selber nicht wahrgenommen hat (Tod einer Person, Abstammungsverhältnisse, Eheschluss) und für welche es keine Wahrnehmung geben kann; vgl. in diesem Sinne MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 82, N 6 zu Art. 29 NG BE. Der in der vorliegenden Arbeit verwendete Begriff der Sachverhaltsermittlung umfasst alle Arten notarieller Informationsbeschaffung und -kontrolle, nicht nur die notarielle Wahrnehmung.

Fn 190 - Dies ist wohl auch nicht die Auffassung von MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 80-82, N 1-7 zu Art. 29 NG BE.

****S. 283****

erhaltenen Informationen. Hierzu gehören alle im Gedanklichen verankerten Tatsachen, insbesondere alle Rechtstatsachen, beispielsweise die Identität der Erschienenen, Firma und Sitz juristischer Personen, Ausmasse und Pfandbelastung von Grundstücken. Aber auch Tatsachen der äusseren Wirklichkeit werden oft beurkundet, ohne dass die Urkundsperson sie selber wahrgenommen hätte: bei der Erbgangsbeurkundung beurkundet die Urkundsperson lauter Sachverhalte (Tod des Erblassers, Umfang seines Grundbesitzes, Eigentumsübergang der Grundstücke auf die Erben), die sie nicht selbst wahrgenommen hat, und sie pflegt das, was sie tatsächlich wahrgenommen hat (Aussehen, Datierung und Inhalt von Registerauszügen und Todesbescheinigungen etc.) nicht als Tatsachen zu beurkunden. Auch grundlegende Dinge wie Datum und Uhrzeit einer Veranstaltung sind als solche der Wahrnehmung nicht zugänglich; trotzdem wäre es unangebracht, dass die Urkundsperson in der Urkunde jene Wahrnehmungen (z.B. Einsichtnahme in einen Kalender, Blick auf eine Uhr) wiedergäbe, aufgrund derer sie die relevanten Zeitangaben bezeugt. - Hinzu kommt, dass kaum jemals die unmittelbare sinnliche Rezeption, sondern deren gedankliche Interpretation und rechtliche Einordnung Inhalt des notariellen Zeugnisses ist. Wenn die Urkundsperson bezeugt, sie habe der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft beigewohnt, so ist der Kerngehalt des Bezeugten nichts sinnlich Wahrgenommenes - die Urkundsperson beschreibt in der Urkunde weder das wahrgenommene Lokal noch die wahrgenommene Menschenmenge -, sondern sie bezeugt ihre eigene Interpretation von diversen Wahrnehmungen, woraus sie im Ergebnis die Überzeugung gewonnen hat, dass die betreffende Menschenmenge an dem betreffenden Ort weder eine Lehrveranstaltung noch ein Parteikongress, sondern die Aktionärsversammlung der Firma X. ist¹⁹¹.

2. Gegenstände der notariellen Ermittlungspflicht: Überblick

939 - *Die Urkundsperson hat die Urteils- und Handlungsfähigkeit jener Personen zu ermitteln, welche individuelle Erklärungen zu Urkund abgeben. Die Ermittlungspflicht beschränkt sich hier, sofern keine besonderen Gründe für*

Fn 191 - Da notarielle Wahrnehmung immer ein Zusammenspiel von sinnlicher Rezeption, gedanklicher Interpretation und rechtlicher Einordnung, nie sinnliche Rezeption allein ist, wird in der vorliegenden Arbeit das Eigenschaftswort "sinnlich" im Zusammenhang mit notarieller Wahrnehmung nicht verwendet.

****S. 284****

weitergehende Massnahmen vorliegen, auf die Kontrolle des Alters bzw. der Volljährigkeit¹⁹² und auf eine Beurteilung der Urteilsfähigkeit gemäss dem persönlichen Eindruck. In der Urkunde unterbleibt die Erwähnung von Urteils- und Handlungsfähigkeit unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen in Zweifelsfällen¹⁹³.

940 - Die Urkundsperson hat bei allen Personen, welche in fremdem Namen handeln, deren Vertretungsmacht zu ermitteln (Vollmacht, vormundschaftliche Ausweise über gesetzliche Vertretung, Zeichnungsberechtigung für Firmen, Ermächtigungsbeschlüsse beim Handeln für Vereine¹⁹⁴, Stiftungen und öffentlichrechtliche Körperschaften und Anstalten). In der Urkunde ist die Tatsache des Vertretungsverhältnisses und das Beweismittel anzugeben, aufgrund dessen sich die Urkundsperson vom Bestand des Vertretungsverhältnisses überzeugt hat.

941 - Inhaltliche Ermittlungen: Bei der Beurkundung individueller Erklärungen hat die Urkundsperson - im Rahmen ihrer Möglichkeiten - den wirklichen Willen und das wirkliche Wissen der erklärenden Personen zu ermitteln. In der Urkunde sind keine Angaben zu machen, auf welche Weise dies geschehen ist; jedoch ist die anlässlich des Beurkundungsvorgangs erfolgte Lesung und Genehmigung des Urkundeninhaltes im Beurkundungsvermerk zum Ausdruck zu bringen.

942 - Bei der Protokollierung von Veranstaltungen hat die Urkundsperson den rechtlich erheblichen Veranstaltungsverlauf durch eigene Wahrnehmung zu ermitteln. In der Urkunde ist zum Ausdruck zu bringen, dass die Urkundsperson bei der Veranstaltung persönlich anwesend war.

943 - Bei anderen Sachbeurkundungen hat die Urkundsperson die zu beurkundenden Tatbestände zu ermitteln. Je nach dem Inhalt und Zweck der Sachbeurkundung sind in der Urkunde die erfolgten Ermittlungshandlungen ausführlich, summarisch oder gar nicht zu beschreiben.

944 - Erläuterung: In der vorliegenden Darstellung wird unterschieden zwischen

- (a) personellen Ermittlungen und
- (b) inhaltlichen Ermittlungen.

Fn 192 - Im internationalen Verhältnis beurteilt sich die Handlungsfähigkeit nach dem Wohnsitzrecht der betreffenden Person; IPRG Art. 35. - Vgl. auch ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 83.

Fn 193 - Vgl. Ziff. 1003.

Fn 194 - Die Kompetenzen des Vorstandes von Vereinen richten sich nach den Statuten (Art. 69 ZGB). Die Zuständigkeit des Vorstandes, über Rechte an Grundstücken zu verfügen bzw. den Verein zu einer solchen Verfügung zu verpflichten, muss deshalb darin enthalten sein; andernfalls ist der Vorstand nur mit Zustimmung der Vereinsversammlung legitimiert, entsprechende grundbuchliche Verfügungen vorzunehmen; vgl. in diesem Sinne Stellungnahme der Justizdirektion BE vom 7.6.1988, BN 1988 S. 271, Ziff. 49, mit Verweis auf HUBER, ZBGR 52 (1971) S. 380-382.

****S. 285****

Die personellen Ermittlungen beziehen sich auf die Identität gewisser am Beurkundungsverfahren beteiligter Personen, auf ihre Urteils- und Handlungsfähigkeit, Vertretungsmacht, ihren Zivil- und Güterstand. Die inhaltlichen Ermittlungen beziehen sich bei den individuellen Erklärungen auf den Erklärungsinhalt, insbesondere den Parteiwillen bei Vertragsbeurkundungen, bei den Sachbeurkundungen auf den zu protokollierenden Vorgang oder die bestehenden Tatsachen, welche von der Urkundsperson zu bezeugen sind.

945 - Die personellen Ermittlungen sind bei der öffentlichen Beurkundung ein wesentlicher Inhalt des Verfahrens, nicht bloss Vorprüfung von Verfahrensvoraussetzungen. Die Urkundsperson hat die Personalien und weiteren personenbezogenen Verhältnisse der Beteiligten nicht vor allem zu dem Zweck zu ermitteln, um über eine allfällige Ablehnung der Beurkundung im Sinne des Nicht-Eintretens zu entscheiden, sondern zum Zweck, diese Dinge in der Urkunde zuhanden späterer Urkundenleser positiv zu bezeugen¹⁹⁵.

946 - Die personellen Ermittlungen sind in gleicher Weise für alle Personen durchzuführen, welche individuelle Erklärungen und welche unterschriftsbedürftige Protokollerklärungen abgeben. Aus diesem Grund werden die Erörterungen zu den personellen Ermittlungen im vorliegenden allgemeinen Teil des Beurkundungsrechts zusammengefasst. Die inhaltlichen Ermittlungen werden dagegen in den folgenden Kapiteln getrennt erörtert für die individuellen Erklärungen, die Protokollierungen, die Beurkundungen bestehender Tatsachen und die Vermerkbeurkundungen.

a) Personelle Ermittlungen

aa. Identität von Verfahrensbeteiligten

aaa. Begriff der notariellen Identitätsermittlung

947 - Vorbemerkung zur Terminologie: Unter dem Rechtsbegriff der Identität einer Person wird die Zuordnung von Personalien zu einer Person verstanden. Die Personalien in dem hier verwendeten Sinn umfassen den Namen bzw. die Firma und die weiteren kennzeichnenden

Fn 195 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 92 f., betrachtet demgegenüber die personellen Ermittlungen als einen Teil dessen, was er das Prüfungsverfahren nennt, nämlich als Teil der "Prüfung der Rogation".

****§. 286****

Informationen, unter denen die Person bei den staatlichen Registern eingetragen ist und unter denen sie am Rechtsverkehr teilnimmt¹⁹⁶.

948 - "Identifikation", "Prüfung" bzw. "Ermittlung der Identität" und "identifizieren" bedeutet nicht bloss die Ermittlung und Nennung von Personalien, sondern die Ermittlung der **Zusammengehörigkeit** bzw. **Zuordnung** von Personalangaben zu einer Person oder zu etwas Realem, das von dieser Person stammt. Dieses Reale, das im Rahmen der notariellen Identifikationstätigkeit im Beurkundungsverfahren zuzuordnen ist, besteht meist in **Erklärungen** der betreffenden Person. Keine beurkundungsrechtliche Identifikation kann und braucht demgemäss stattzufinden bezüglich der Klienten, welche Herstellungs- und Kontrollvermerke¹⁹⁷ verlangen¹⁹⁸.

949 - Im Beurkundungsverfahren interessiert mithin nicht die Identität einer Person als historische Tatsache, sondern die **Zuordnung bestimmter Urkundeninhalte zu bestimmten Personen**. Notarielle Identitätsermittlung bzw. Identifizierung bedeutet, die Personalien jener Personen zu ermitteln, deren notariell bezeugte oder mitbezeugte Erklärungen oder Handlungen in der Urkunde zum Ausdruck kommen oder deren Unterschriften in der Urkunde beglaubigt werden, jener Personen also, denen die beurkundeten Erklärungen und Handlungen oder denen die beglaubigten Unterschriften rechtlich zuzuordnen sind.

950 - Beurkundet die Urkundsperson in einer Erbgangsbeurkundung, wer die Erben sind, so findet keine Identifizierung statt, weil in der Urkunde keine Erklärungen und keine Handlungen der Erben zum Ausdruck kommen. Auch wenn sich die Urkundsperson durch sorgfältige Abklärung davon überzeugt, dass es die in der Urkunde genannten Erben gibt und dass die in der Urkunde genannten Personalien richtig sind, liegt keine Identifizierung im beurkundungsrechtlichen Sinne vor.

951 - Bei der Identifizierung anwesender natürlicher Personen ist die Existenz offensichtlich. Hier beschränkt sich die Identifizierung auf die Ermittlung der ihnen zugehörenden Personalien. Bei der

Identifizierung abwesender natürlicher und bei derjenigen juristischer Personen kann die Existenz fraglich sein. Dann hat sich die Urkundsperson auch hierum ermittelnd zu kümmern.

Fn 196 - In diesem Sinne umschreibt GE LN Art. 14 die notarielle Identifizierungspflicht wie folgt: "Le nom, l'état, la demeure et la capacité civile des parties doivent être connus du notaire ...".

Fn 197 - Zu den Begriffen des Herstellungs- und des Kontrollvermerks vgl. Ziff. 292 ff. und 3223 ff.

Fn 198 - So ausdrücklich LU BeurkG § 25 Abs. 2: "Die Feststellung der Identität ist nicht erforderlich, wenn eine Abschrift, ein Auszug, eine andere Wiedergabe eines Schriftstückes oder eine Übersetzung amtlich zu beglaubigen ist."

****§. 287****

952 - Wo die Urkundsperson verpflichtet ist, die Identität einer Person zu ermitteln bzw. zu kontrollieren, hat sich die Ermittlung auf beide Aspekte, denjenigen der vorhandenen Person und denjenigen der kennzeichnenden Information (der Personalien) zu beziehen. Sowenig die Urkundsperson einen Menschen ohne Ausweis identifizieren kann, sowenig ist ihr die Identifizierung aufgrund eines blossen Ausweises gestattet, wenn sie sich nicht zugleich von der Existenz des Menschen überzeugen kann.

953 - Für die notarielle Identifikationspflicht gelten folgende allgemeinen Regeln:

bbb. Umfang der Ermittlungspflicht

954 - *Die Urkundsperson hat grundsätzlich alle natürlichen Personen¹⁹⁹ zu identifizieren, welche vor ihr erscheinen und Erklärungen zu Urkund²⁰⁰ oder zu unterschriftsbedürftigem Protokoll²⁰¹ abgeben²⁰², ferner jene Personen, die eine von der Urkundsperson protokollierte Veranstaltung leiten, schliesslich jene Personen, deren Unterschrift sie beglaubigt²⁰³.*

955 - *Bei glaubhafter Dringlichkeit und wenn aufgrund der Umstände kein Verdacht eines Identitätsswindels gegeben ist, darf die Beurkundung auch erfolgen, wenn die vom Erschienenen angegebene²⁰⁴ Identität zur Zeit nicht kontrolliert werden kann. In diesem Falle soll das Fehlen der Kontrolle in der Urkunde deutlich gemacht werden²⁰⁵. Die Urkundsperson hat sich zu vergegenwärtigen, dass im Falle eines Identitätsswindels kein Schaden durch falschen*

Fn 199 - Bezüglich der entsprechenden Amtspflichten gegenüber juristischen Personen und Handelsgesellschaften vgl. Ziff. 1015 ff.

Fn 200 - Unter Beschränkung auf die [individuellen] Willenserklärungen (d.h. auf Erklärungen zu Urkund) wird die Identifizierung gefordert von ZH EGZGB § 239 und ZH NV § 13 Abs. 1; LU BeurkG § 25 Abs. 1 (Identifikationspflicht bezüglich Urkundspartei und Nebenpersonen; bei den in § 41 geregelten Versammlungsbeschlüssen wird die Feststellung der Identität von Versammlungsteilnehmern nur vorgeschrieben, "falls dies [von Beteiligten] gefordert wird"; dass der Vorsitzende in jedem Falle zu identifizieren ist, wird vom luzernischen Gesetzgeber wohl stillschweigend vorausgesetzt). - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 20, bezeichnet die Identifikation der Erklärenden als bundesrechtliche Anforderung an die öffentliche Beurkundung, welche sich aus dem Wesen der Beurkundung ergibt.

Fn 201 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

Fn 202 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 41.

Fn 203 - Mit der Unterschriftbeglaubigung bezeugt die Urkundsperson immer auch die Identität des Unterzeichners, also auch seine aktuelle Existenz.

Fn 204 - Keine Beurkundung kann stattfinden, wenn der Erschienene sich weigert, seinen bürgerlichen Namen anzugeben. Die Öffentlichkeit der Beurkundung schliesst es aus, dass die Klientschaft ihre Identität gegenüber der Urkundsperson verbirgt.

Fn 205 - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 94, verlangt zusätzlich, dass der Erschienene auf die Bedeutung des Mangels aufmerksam gemacht wird. Die Bedeutung liegt darin, dass die Urkunde bei gewissen Amtsstellen nicht akzeptiert werden dürfte.

****S. 288****

Anschein der Urkunde entstehen kann. Insbesondere ist es zweckmässig, die Urkunde bis zu der nachzuholenden Identitätskontrolle nicht an die Klientschaft auszuhändigen.

ccc. Besondere Ermittlungsregeln bei der Identifizierung anwesender natürlicher Personen

956 - *Bei der Ermittlung der Identität der persönlich vor der Urkundsperson erschienenen Verfahrensbeteiligten, d.h. bei der Aufnahme ihrer Personalien, gilt die Pflicht zur Einsichtnahme in ein einschlägiges Ausweispapier, sofern die Urkundsperson die Identität nicht aufgrund bestehenden persönlichen Wissens bereits kennt*²⁰⁶.

957 - Erläuterung: Zu kontrollieren ist die Identität der anlässlich des Beurkundungsvorganges erschienenen Personen²⁰⁷. Die Identität der allenfalls abwesenden, durch Stellvertreter vertretenen Sachbeteiligten muss und kann von der Urkundsperson nicht durch eigene Wahrnehmung kontrolliert werden. Da jedoch die öffentliche Urkunde in den Augen Dritter den Anschein der Existenz der darin erwähnten Sachbeteiligten erweckt und da die öffentliche Urkunde keinen falschen Anschein erwecken soll, muss die Urkundsperson gehörige Sorgfalt darauf verwenden, dass bezüglich Abwesender kein Identitätsschwindel in die Urkunde Eingang findet. Konkret bedeutet dies, dass die Urkundsperson bei begründetem Zweifel an der Identität, insbesondere an der Existenz einer abwesenden sachbeteiligten Person, die Beurkundung ablehnen muss, bis der Zweifel behoben ist. Diese Regel muss auch in jenen Kantonen gelten, in denen sie nicht ausdrücklich kodifiziert ist²⁰⁸.

958 - Bezüglich der Kontrolle der angegebenen Personalien persönlich erschienener natürlicher Personen gilt, dass die Urkundsperson bestehendes eigenes Wissen an die Stelle aktueller Kontrollhandlungen treten lassen darf. Verfügt sie über solches Wissen, so brauchen keine Kontrollhandlungen vorgenommen, also keine Ausweispapiere kon-

Fn 206 - ZH NV § 13 Abs. 2 lässt grundsätzlich nur amtliche Ausweispapiere zu und untersagt die Berücksichtigung des Dienstbüchleins ausdrücklich, erlaubt der Urkundsperson andererseits aber die Beurkundung bei nicht schlüssiger Identitätskontrolle, sofern in der Urkunde ein entsprechender Vorbehalt angebracht wird (Abs. 3); vgl. auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 154, N 4c zu Art. 13 ND BE, ferner BS NG § 3 Abs. 2, 1. Satz: "Die Notare haben die Identität der Parteien, der für dieselben handelnden Vertreter und allfälliger Mitwirkender sorgfältig zu prüfen, und wenn sie sich von der Identität überzeugt haben, den Grund ihrer Überzeugung in der Urkunde namhaft zu machen."

Fn 207 - So BE ND Art. 13 Abs. 1.

Fn 208 - Dies ist etwa der Fall in BE ND Art. 13, wo die Identifikation Abwesender nicht erwähnt wird.

****S. 289****

troliert zu werden²⁰⁹. Die betreffenden Personen werden dann in der Urkunde als "persönlich bekannt" aufgeführt²¹⁰.

959 - Mit den Worten "persönlich bekannt" bezeugt die Urkundsperson weder, dass sie eine Person seit langem, noch dass sie sie gut oder aufgrund persönlicher Beziehungen kenne, sondern ausschliesslich, dass sie eine sichere Überzeugung von der Existenz und der örtlichen, familiären oder beruflichen Zugehörigkeit einer Person des betreffenden Namens hat²¹¹.

960 - Das notarielle Zeugnis "persönlich bekannt" ist immer dann zulässig, wenn die Urkundsperson aufgrund eigenen Wissens imstande ist, selber die volle Wahrheitsgewähr für die Identität einer in der Urkunde handelnden Person zu übernehmen. Mit dem Zeugnis "persönlich bekannt" dispensiert sich die Urkundsperson von der Notwendigkeit, das Zustandekommen dieses Wissens bzw. der betreffenden Überzeugung in der Urkunde zu beschreiben.

961 - Manche Urkundspersonen pflegen bei der unmittelbar aufeinanderfolgenden Beurkundung eines Kaufs, einer Verpfändungserklärung und allfälliger weiterer Akten die Erschienenen im zuerst unterzeichneten Dokument als "ausgewiesen durch das Ausweispapier X.", in den weiteren, wenige Minuten danach unterzeichneten Urkunden als "persönlich bekannt" zu anzugeben. Eine solche Darstellungsweise ist zulässig und veranschaulicht, dass die "persönliche Bekanntheit" keine lange vorbestehende persönliche Beziehung meint.

Fn 209 - Wenn man mit MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 154 N. 4 zu Art. 13 ND BE, den Rückgriff der Urkundsperson auf ihr eigenes Wissen als eine Form der Identitätskontrolle bezeichnet, so muss bewusst bleiben, dass eben keine Kontrollhandlung vorliegt, womit der Urkunde die Ersichtlichkeit abgeht, wie die Urkundsperson zu ihrer Aussage, d.h. zu ihrem Wissen gelangt ist.

Fn 210 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 136, N 5 zu Art. 5 ND BE. Ein Fall unrichtiger Beurkundung persönlicher Bekanntheit findet sich in BGE 113 IV 77-83 E. 5, wobei aus dem Urteil allerdings nicht hervorgeht, wie viel oder wie wenig die Urkundsperson von den betreffenden Personen gewusst hat.

Fn 211 - A.M. Justizkommission LU, Stellungnahme vom 6.4.1965, Maximen XI S. 436 Nr. 405, ZBGR 48 (1967) S. 225/226: "Unter persönlich Bekannten versteht man ganz allgemein Personen, die man seit längerer Zeit näher kennt, so dass über deren Identität kein Zweifel bestehen kann," (mit Verweis auf P. FLÜCKIGER, Das Verurkundungsverfahren, in Festschrift "Notar und Recht", 1953, S. 54, ZBGR 12 (1931) S. 66, 31 (1950) S. 305). - Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung genügt es, dass über die Identität kein Zweifel bestehen kann. Das Erfordernis eines näheren Kennens während längerer Zeit ist rechtlich nicht abgestützt; es ist auch nicht klar zu definieren und müsste zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen. Es müsste sich dann die Frage stellen, ob das Kennenlernen auf einer mehrtägigen Ferienreise oder Tischnachbarschaft während eines privaten Nachtessens persönliche Bekanntheit im Sinne der luzernischen Auffassung zu begründen vermag, und warum nicht auch ein Kennenlernen zwecks Beurkundung zu persönlicher Bekanntheit führen kann.

****S. 290****

962 - An der Zulassung der Identitätsfeststellung aufgrund des bestehenden Wissens der Urkundsperson zeigt sich, dass die Urkundsperson auch Dinge mit öffentlichem Glauben beurkunden kann, von deren Realität sie nicht aufgrund aktueller Wahrnehmung, sondern aufgrund vorbestehenden Wissens überzeugt ist. Der Rückgriff auf vorbestehendes Wissen kann beurkundungsrechtlich in gewissen Fällen also die aktuelle eigene Wahrnehmung ersetzen²¹². Wenn der Urkundsperson gestattet ist, gültigkeitsrelevante Tatsachen kurzerhand aufgrund ihres vorbestehenden Wissens zu beurkunden, so ist sie diesbezüglich von einer aktualisierenden Kontrollhandlung dispensiert²¹³.

Fn 212 - Vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 58: "Als Beweismittel kann auch das eigene Wissen der Behörde, z.B. über die Identität des Gesuchstellers, in Betracht fallen."

Fn 213 - Beurkundet die Urkundsperson Tatsachen aus eigenem Wissen, so übernimmt sie die volle Wahrheitsverantwortung, wogegen diese Verantwortung sich auf die wahrhaftige Beurkundung des mit gehöriger Sorgfalt vorzunehmenden Kontrollvorganges beschränkt, wenn die Urkundsperson einen solchen Vorgang protokolliert. - Obwohl die auf Wissen abgestützte Beurkundung eine weitergehende Wahrheitsverantwortung der Urkundsperson impliziert, besteht aus der Sicht des Gesetzgebers und der Behörden eine Präferenz für die Protokollierung aktueller Kontrollvorgänge. Wissen ist immer zweifelhaft, Irrtümer mögen entschuldbar sein; sie mögen die Urkundsperson von ihrer Verantwortung entlasten und trotzdem eine unrichtige Beurkundung nach sich ziehen. Wo es der Rechtspraxis in besonders hohem Masse auf die Vermeidung von Irrtümern ankommt, wird der Urkundsperson die Sachbeurkundung aus eigenem Wissen untersagt bzw. die so gefertigte Urkunde als nicht belegkräftig abqualifiziert, und es wird die Protokollierung eines Kontrollvorganges verlangt, selbst wenn die Urkundsperson dadurch zur Kontrolle von Dingen gezwungen wird, welche sie nach ihrer eigenen Überzeugung zweifelsfrei bereits weiss. Ein Beispiel hierfür bietet die "Lex-Friedrich-Beurkundung", wo es nicht genügt, dass die Urkundsperson von ihrem Umgang mit einer bestimmten Firma oder Pensionskasse mit Gewissheit weiss, dass die ausländische Beherrschung nicht gegeben ist. Ungeachtet solchen Wissens wird sie gezwungen, bestimmte Kontrollhandlungen immer neu zu repetieren und deren Vornahme zu protokollieren; vgl. hierzu die Ausführungen in BGE 100 Ib 465-476 (466/7: "La dichiarazione emessa dal notaio Y. era una dichiarazione generale [d.h. ohne Angabe seiner Ermittlungshandlungen] ...; come tale, detta dichiarazione era inadeguata a provare che presso l'acquirente nessuna persona con domicilio o sede all'estero esercitava un'influenza preponderante sulla società. Nel caso di un acquisto da parte di una società immobiliare l'autorità non può contentarsi di una dichiarazione generica rilasciata dal notaio rogante, ma ha l'obbligo di esaminare le prove a suo sostegno"; diese Auffassung ist in

der Folge durch den neuen Art. 18 der BewV vom 1.10.1984, SR 211.412.411, sinngemäss kodifiziert worden). - Gemäss schweizerischer Beurkundungspraxis ist die Sachbeurkundung aufgrund bestehenden Wissens, ohne Vornahme und Protokollierung einer aktuellen Kontrollhandlung, zulässig bezüglich der Personalien von Personen, der Echtheit von Unterschriften, der Vertretungsbefugnis von Zeichnungsberechtigten und gesetzlichen Vertretern (Eltern minderjähriger Kinder) (nicht aber derjenigen von Bevollmächtigten und Vormündern), ferner bei gewissen Sachbeurkundungen von geringer Tragweite wie bei der Beurkundung, dass das veräusserte Grundstück nicht die Familienwohnung im Sinne von Art. 169 Abs. 1 ZGB enthalte.

****S. 291****

963 - Da die Urkundsperson die Identität der in der Urkunde erwähnten Personen aus eigenem Wissen bezeugen darf und da besondere Vorschriften fehlen, wann und wie die Urkundsperson dieses Wissen zu erlangen hat, besteht die Möglichkeit, bei zunächst unbekanntem Personen so weitgehende Ermittlungshandlungen bezüglich der Identität anzustellen, bis sich die Urkundsperson persönlich von der Richtigkeit der angegebenen Personalien überzeugt hat und anschliessend die betreffenden Personen, ohne Protokollierung der vorgenommenen Kontrollhandlungen, als "persönlich bekannt"²¹⁴ zu beurkunden.

964 - Dieses Verfahren sollte die Ausnahme bleiben, weil es der Identitätsprüfung auf atypischem Wege Vorschub leistet. Das Verfahren wird in der Praxis gerade dann gewählt, wenn die Kontrollhandlungen sich auf atypische Weise vollzogen haben - etwa durch das Zeugnis von Drittpersonen, deren Vertrauenswürdigkeit für die Urkundsperson ausser Zweifel steht²¹⁵, oder durch Berücksichtigung anderer derartiger Indizien, deren Beweiskraft für die Urkundsperson evident, in der Urkunde aber schwer zum Ausdruck zu bringen ist²¹⁶.

965 - Die Urkundsperson genügt ihrer Sachverhaltsermittlungspflicht, wenn sie die Identität natürlicher Personen aufgrund ihrer Einsichtnahme in einen der folgenden **Ausweise** vornimmt, wobei stets eine Würdigung der gesamten Umstände vorzunehmen, die Anforderungen an das Ausweispapier entsprechend anzupassen sind²¹⁷:

966 - Für Personen mit Wohnsitz in der Schweiz: Pass, Identitätskarte, Auto-Fahrausweis²¹⁸, Ausländerbewilligungen A, B und C²¹⁹, Flüchtlingsausweis²²⁰.

Fn 214 - Zu den Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Angabe "persönlich bekannt" vgl. Ziff. 959.

Fn 215 - Solche Drittpersonen werden auch Identitätszeugen genannt; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 154, N 4b zu Art. 13 ND BE; die Erwähnung von Identitätszeugen in der Urkunde ist nicht zu empfehlen, vgl. Ziff. 976.

Fn 216 - Man denke etwa an ein kurzes Telefongespräch, das die zu identifizierende Person während des Beurkundungsvorganges mit ihrem Vorgesetzten führt. Reicht sie anschliessend den Hörer der Urkundsperson, welche diesen Vorgesetzten und seine Stimme gut kennt, so genügt das telefonische Zeugnis des Vorgesetzten für die Überzeugungsbildung der Urkundsperson. Würde ein solches telefonisches Identitätszeugnis als Kontrollhandlung protokolliert, so müsste dies bei späteren Urkundenlesern mehr Misstrauen als Vertrauen schaffen.

Fn 217 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 154, N 4c zu Art. 13 ND BE: Die Anforderungen an das Ausweispapier richten sich nach dem Inhalt der Urkunde. Für die Beurkundung einer Bürgschaft sind strengere Anforderungen nötig als für die Beglaubigung der Unterschrift auf einer Erklärung über den Austritt aus der Landeskirche. Je grösser das Täuschungsrisiko, desto strengere Anforderungen sind an den Ausweis zu stellen.

Fn 218 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 154, N 4c zu Art. 13 ND BE. - Der Auto-Fahrausweis sollte nur ausnahmsweise, d.h. wenn ein Identitätsschwindel ausgeschlossen erscheint und wenn die Beurkundung nicht von grosser Tragweite ist, akzeptiert werden.

****S. 292****

967 - Ausweise ohne Fotos können nur genügen, wenn das zu beurkundende Geschäft von geringer Tragweite oder, im Falle eines Identitätsschwindels, als reversibel erscheint²²¹. Sind amtliche Ausweise nicht zur Hand, wird aber ein wichtiger Grund für die sofortige Beurkundung glaubhaft ge-

macht, so mögen auch Ausweise in die Identitätskontrolle einbezogen werden, die von ihrer Bestimmung her nicht der Identifikation dienen, wie etwa Dienstbüchlein²²², Geburtsschein, Familienbüchlein, ferner private Ausweise: Kreditkarten, Mitgliederausweise, Abonnemente, Versicherungsausweise.

968 - Personen mit Wohnsitz im Ausland haben sich nach Möglichkeit durch ein amtlich ausgefertigtes Ausweispapier zu identifizieren, das dem Pass oder der schweizerischen Identitätskarte entspricht. Die Urkundsperson soll auf ein solches Ausweispapier nur verzichten, wenn der Klient für dessen Nichtvorhandensein und für die Dringlichkeit der Beurkundung wichtige Gründe glaubhaft macht.

969 - Ablauf der Gültigkeitsdauer eines vorgelegten Ausweispapiers schadet nicht grundsätzlich. Die Urkundsperson würdigt aufgrund der Umstände, ob ein abgelaufener Ausweis für die Identitätskontrolle des Klienten noch ausreicht.

970 - Identifikationspapiere unbekannter Personen, Vollmachten und vorgelegte Handelsregisterauszüge sind aufgrund ihres äusseren Erscheinungsbildes auf ihre Echtheit summarisch zu kontrollieren. Die Urkundsperson-

Fn 219 - Bei Grundstücksgeschäften haben beteiligte Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz diese Bewilligungspapiere vorzuzeigen; vgl. Art. 15 Abs. 4 der Grundbuchverordnung.

Fn 220 - ZH Notariatsverordnung § 13 Abs. 2 bestimmt: "Von Personen, die ihm nicht persönlich bekannt sind, verlangt er [der Notar] die Vorlegung amtlicher Identitätsausweise. Dabei muss er Schriftenempfangsscheine, Führerbewilligungen und ähnliche Ausweise nicht als genügend annehmen [aber er darf!]. Die Verwendung des Dienstbüchleins als Ausweisschrift ist untersagt."

Fn 221 - MARTI, Notariatsrecht (1983) N 4 zu Art. 13 ND, nennt als solchen Akt die Erklärung des Kirchausstretts in öffentliche Urkunde.

Fn 222 - ZH NV § 13 Abs. 2 untersagt die Berücksichtigung des Dienstbüchleins.

****S. 293****

son, welche eine offensichtliche, leicht erkennbare Fälschung solcher Dokumente nicht bemerkt, verletzt ihre Sorgfaltspflicht. Kriminaltechnische Kontrolle gehört hingegen nicht zu den notariellen Ermittlungspflichten.

971 - Bei den Identifikationspapieren von Personen, die der Urkundsperson völlig unbekannt sind und von deren Belangen die Urkundsperson keinerlei Kenntnis hat, sind die im Ausweis enthaltenen, den Träger des Papiers beschreibenden Angaben, namentlich das Passfoto und die Unterschrift, anhand der physischen Erscheinung des Dokumententrägers zu kontrollieren, und es ist umgekehrt die Erscheinung des Dokumententrägers einschliesslich seiner Unterschrift anhand des vorgelegten Identifikationspapiers zu kontrollieren. Die Urkundsperson, welche das offensichtliche Abweichen von Foto oder Unterschrift im Ausweispapier von der tatsächlichen Erscheinung einer Person und von ihrer anlässlich der Beurkundung vollzogenen Unterschrift nicht bemerkt, verletzt ihre Sorgfaltspflicht.

972 - Die Pflicht zum Unterschriftenvergleich besteht nicht, wenn die Passbildkontrolle eine positive Übereinstimmung von Person und Bild ergibt und wenn die Urkundsperson einen Erschienenen - ohne ihn bis dahin persönlich kennengelernt zu haben - mit hinlänglicher Bestimmtheit zu "orten" vermag, um einen Identitätsschwindel ausschliessen zu können. - Wo dies nicht möglich ist, ergibt sich die Empfehlung, dass die Identifikationspapiere bis zur Unterzeichnung der Urkunde in Griffweite der Urkundsperson auf dem Tisch bleiben und dass die Urkundsperson nach dem Vollzug der Unterschriften nochmals in die Identifikationspapiere zwecks Unterschriftenvergleich Einsicht nimmt.

973 - Die Identitätskontrolle schafft, wenn die Urkundsperson die sich ausweisende Person nicht persönlich kennt, immer nur eine relative Gewissheit; die Vorlegung gefälschter Ausweise ist praktisch meistens, theoretisch nie völlig auszuschliessen, so dass die Identitätskontrolle je nach der Qualität des Ausweispapiers lediglich graduell zu mehr oder weniger Gewissheit führt.

974 - Gibt eine erschienene Person ihre Personalien zutreffend an, unterbleibt aber deren Kontrolle seitens der Urkundsperson, so beschlägt diese Versäumnis nicht die materiellrechtliche Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes²²³.

975 - Kann die Identität ausnahmsweise nicht kontrolliert werden, weil eine unbekannte Person keine Ausweispapiere auf sich trägt, dann braucht dies eine sofortige Beurkundung nicht unter allen Umständen auszuschliessen. Die Urkundsperson würdigt aufgrund der Umstände, ob für eine sofortige Beurkundung, ohne Beibringung von Ausweispapieren, ein wichtiger Grund glaubhaft gemacht wird. Fehlt es an einem solchen, so ist der Versuch eines Identitätsschwindels nicht auszuschliessen und die Anhandnahme der Beurkundung abzulehnen. Liegt ein wichtiger Grund vor, so ist in der Urkunde deutlich zu machen, dass die Identitätskontrolle unterblieben ist: "Der Erschienene hat mir, der Urkundsperson, seine Personalien folgendermassen angegeben..., diese aber nicht durch ein Ausweispapier belegt." Denn beim Vorliegen wichtiger Gründe hat der Erschienene Anspruch auf die sofortige öffentliche Beurkundung seines Willens, auch wenn er an Ort und Stelle seine Identität nicht durch einen Ausweis kontrollierbar zu machen vermag.

Fn 223 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 154, N 5 zu Art. 13 ND BE.

****S. 294****

976 - Gewisse Kantone lassen die Identitätskontrolle aufgrund des Zeugnisses von Drittpersonen, sogenannten **Identitätszeugen**²²⁴, zu. Die Erwähnung von Identitätszeugen in der Urkunde ist jedoch in der Regel nicht empfehlenswert, und zwar aus folgenden Gründen:

977 - Identitätszeugen unterstehen nur dann einer beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht, wenn das kantonale Recht hierfür eine ausdrückliche Grundlage bietet. In diesem Falle sind die Identitätszeugen ihrerseits zu identifizieren und mit ihren Personalien in der Urkunde zu nennen. Ihre Mitwirkung ist verfahrensrechtlich formalisiert. Man kann sie formelle Identitätszeugen nennen. Gegen ihren Beizug ergeben sich keine Einwendungen.

978 - Unterbleibt ein formeller Einbezug der Identitätszeugen ins Verfahren mangels gesetzlicher Grundlage, so sind sie rechtlich als blosser Auskunftspersonen zu qualifizieren. Ihre Glaubwürdigkeit ist für den späteren Urkundenleser weder abschätzbar, noch ist sie in einem solchen Falle rechtlich definiert. Der Leser erkennt dann lediglich, dass die Urkundsperson offenbar nicht volle Wahrheitsverantwortung aus eigenem Wissen zu übernehmen fähig war und dass sie deswegen eine Kontrollhandlung (die Einholung eines Identitätszeugnisses) protokolliert hat. Da aber der informelle, nicht unter verfahrensrechtlicher Wahrheitspflicht stehende Identitätszeuge beim späteren Urkundenleser kein Vertrauen schafft, wird mit der Protokollierung eines informellen Identitätszeugnisses nicht die Mängelfreiheit des Beurkundungsverfahrens, sondern gegenteils seine Fragwürdigkeit ersichtlich gemacht. Die Protokollierung informeller Identitätszeugnisse ist aus diesem Grund nicht sinnvoll.

979 - Kein Identitätszeugnis und unproblematisch ist hingegen die Identitätsermittlung durch **Hilfspersonen** der Urkundsperson. Sie ist zulässig. Hat eine Hilfsperson die Identität während der Vorbereitung des Beurkundungsvorganges ermittelt, beispielsweise einen Pass eingesehen, so braucht die Urkundsperson dies anlässlich des Beurkundungsvorganges nicht zu wiederholen. Die erwähnten Handlungen der Hilfsperson werden der Urkundsperson zugerechnet.

ddd. Besondere Ermittlungsregeln bei der Identifizierung abwesender natürlicher Personen

980 - Die Urkundsperson darf individuelle Erklärungen, die vor ihr im Namen von notariell nicht-identifizierten (abwesenden) Personen²²⁵ abgegeben werden, nur

Fn 224 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 136, N 5 zu Art. 5 und S. 154, N 4 zu Art. 13 ND BE. - GE LN Art. 14: "Le nom, l'état, la demeure et la capacité civile des parties doivent être connus du notaire ou lui être attestés dans l'acte par deux témoins majeurs, ayant l'exercice de leurs droits civils et domiciliés en Suisse."

Fn 225 - Der Begriff der Person ist hier in einem weiteren Sinne als in demjenigen des Personenrechts zu verstehen; er umfasst neben den natürlichen Personen (allen Erschiene-

****§. 295****

dann beurkunden, wenn sie aufgrund der gesamten Umstände keinen begründeten Zweifel an der vom Erschienenen behaupteten Identität der abwesenden Person hat²²⁶. In der Urkunde sind die Personalien der abwesenden Person zu nennen. Die Urkundsperson darf die Identität einer solchen Person unter den gleichen Voraussetzungen urkundlich bezeugen, unter welchen sie die Unterschrift einer abwesenden, ihr jedoch persönlich bekannten²²⁷ Person beglaubigen kann.

981 - Bei gewissen Geschäften ist es geboten, vom Erschienenen den Nachweis der Identität seines Vollmachtgebers, insbesondere die Beglaubigung der Unterschrift des abwesenden Vollmachtgebers oder den dokumentarischen Nachweis der Existenz einer juristischen Person zu verlangen; dies gilt namentlich für (abwesende) Personen, welche über grundbuchlich eingetragene dingliche Rechte verfügen oder welche als Erwerber solcher Rechte im Grundbuch eingetragen werden sollen, ferner für Personen, in deren Namen eine Aktiengesellschaft gegründet werden soll.

982 - Erläuterung: Das notarielle Zeugnis "persönlich bekannt" ist nicht beschränkt auf die Identifikation erscheinender Personen im Anwesenheitsverfahren, sondern darf auch verwendet werden in bezug auf Abwesende (Vollmachtgeber, Unterzeichner bei Unterschriftsbeglaubigungen im Abwesenheitsverfahren). Im besagten Zeugnis ist demgemäss nicht die Bezeugung enthalten, die Urkundsperson kenne das Gesicht der betreffenden Person oder sie habe eine erschienene Person aufgrund ihres Aussehens visuell identifiziert.

983 - Das notarielle Zeugnis "persönlich bekannt" enthält auch nicht die Aussage, die Urkundsperson habe zu irgend einem Zeitpunkt ein Ausweispapier der betreffenden Person eingesehen. Gerade bei Personen, welche der Urkundsperson seit langem und gut bekannt sind, dürfte es an einer solchen Kontrollhandlung vollkommen fehlen.

nen) und den juristischen Personen auch die Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, ferner die Erbengemeinschaften und Vermögensmassen, für welche ein Erbschaftsverwalter oder Nachlassliquidator oder der Liquidator bei einem Nachlassvergleich mit Vermögensabtretung handelt, nicht jedoch einfache Gesellschaften, Stockwerkeigentümergeinschaften, andere Verbindungen ohne juristische Persönlichkeit sowie Einzel-firmen (vgl. BS GedrW Nr. 36: Die Eintragung von Grundstücken im Grundbuch auf den Namen einer Einzel-firma ist unzulässig).

Fn 226 - Bei den stellvertretungsfeindlichen Geschäften stellt sich das Problem des nicht-identifizierten abwesenden Vollmachtgebers nicht; bei der Bürgschaft stellt es sich nicht wegen der Beurkundungsbedürftigkeit der Vollmacht gemäss Art. 493 Abs. 6 OR, durch welche die notarielle Identifikation des Vollmachtgebers gewährleistet ist. Es erweist sich, dass die Situation des nicht-identifizierten abwesenden Vollmachtgebers eine Ausnahme darstellt. Sie muss beurkundungsrechtlich zuweilen in Kauf genommen werden, ist aber unerwünscht, weil sie eine Urkunde entstehen lässt, deren Bestand aufgrund ihres eigenen Wortlautes bis zu einem gewissen Grade fragwürdig ist.

Fn 227 - Zu den Voraussetzungen und zur Bedeutung des notariellen Zeugnisses der persönlichen Bekanntheit vgl. Ziff. 959 ff.

****S. 296****

984 - Die Identifizierung abwesender Personen kommt nur vor bei der Unterschriftsbeglaubigung im Abwesenheitsverfahren. Sie wird unter Ziff. 3315 ff. erörtert.

eee. Besondere Ermittlungsregeln bei der Identifizierung juristischer Personen

985 - Es ist auf das unten, Ziff. 1015 ff., Gesagte zu verweisen.

bb. Handlungsfähigkeit

aaa. Umfang der Ermittlungspflicht

986 - *Bei der Beurkundung individueller Erklärungen und unterschriftsbedürftiger Protokolle hat die Urkundsperson - im Rahmen der notariellen Möglichkeiten - anlässlich der Vorbereitung und der Durchführung des Beurkundungsvorgangs die Handlungsfähigkeit der erklärenden Personen zu ermitteln²²⁸. Die Ermittlungspflicht ist insofern eine eingeschränkte, als die Urkundsperson die Urteilsfähigkeit einer Person grundsätzlich vermuten²²⁹, erkennbare Anhaltspunkte für deren Fehlen jedoch nicht ignorieren darf.*

987 - *Abwesende, im Beurkundungsverfahren durch Stellvertreter vertretene Personen, werden in diese Ermittlung nicht einbezogen. Hat die Urkundsperson jedoch aufgrund persönlicher Kenntnis oder aufgrund der Äusserungen eines Stellvertreters oder des Aussehens oder Inhalts einer Vollmacht Zweifel an der Handlungsfähigkeit des abwesenden Vollmachtgebers, so soll sie die Beurkundung ausstellen und den Bevollmächtigten zum Nachweis der Rechtsgültigkeit seiner Vollmacht auffordern. Dieser Nachweis ist zu leisten durch die Beibringung einschlägiger Belege betreffend die Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers.*

988 - *Bei Ausländern richtet sich die Handlungsfähigkeit nach schweizerischem Recht²³⁰.*

989 - Erläuterung: In manchen kantonalen Beurkundungserlassen ist vorgeschrieben, die Urkundsperson habe die Handlungsfähigkeit der Erschienenen oder deren Testierfähigkeit gemäss Art. 467 ZGB²³¹ fest

Fn 228 - So LU BeurkG § 26: Handlungsfähigkeit und andere nötige Eigenschaften sind möglichst zuverlässig zu ermitteln; Angabe des Befundes in der Urkunde wird nicht gefordert. - In gleichem Sinne GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 41.

Fn 229 - Zur Vermutung der Urteilsfähigkeit vgl. Fussnote in Ziff. 995.

Fn 230 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 128, N 5 zu Art. 1 ND BE; BGE 61 II 320. - Dieser Grundsatz muss auch unter dem seither in Kraft getretenen IPRG weitergelten. Für die Tätigkeit von Dolmetschern ist Art. 36 Abs. 1 IPRG analog anzuwenden, obgleich diese Tätigkeit nicht rechtsgeschäftlichen Charakter hat.

Fn 231 - ZH NV § 14 Abs. 2.

****S. 297****

zustellen oder zu kontrollieren²³² bzw. sich vom Vorliegen dieser Umstände zu vergewissern²³³.

990 - Die Vorschrift ist auslegungsbedürftig, wobei den im Beurkundungsverfahren vorhandenen Möglichkeiten Rechnung zu tragen ist. Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung kann nicht mit letzter Sicherheit verhindern, dass eine urteilsunfähige Person rechtlich unwirksame Erklärungen - mit dem äusseren Anschein der Wirksamkeit - zu Urkund abgibt²³⁴. Mit dem Begriff des Sich-Vergewisserns wird klargestellt, dass es naturgemäss nur um die auf Beurteilungsermessen beruhende Überzeugungsbildung der Urkundsperson, nicht um eine objektivierte Ermittlungshandlung gehen kann. Dabei darf und muss sich die Urkundsperson auf die allgemein geltende Vermutung

der Urteilsfähigkeit jeder volljährigen Person abstützen, sofern keine Anhaltspunkte für das Fehlen der Urteilsfähigkeit erkennbar sind.

bbb. Besondere Ermittlungsregeln

991 - *Bezüglich der Ermittlung der Handlungsfähigkeit natürlicher Personen gilt als besondere Ermittlungsregel, dass die Urkundsperson sich von der Volljährigkeit im Rahmen der Aufnahme der Personalien und der Ausweiskontrolle zu überzeugen hat.*

992 - *Für die Ermittlung der Urteilsfähigkeit bestehen keine besonderen Regeln. Wo sich bei gehöriger Aufmerksamkeit im Umgang mit der betreffenden Person²³⁵ keine Anhaltspunkte für die Urteilsunfähigkeit ergeben, darf und muss die Urkundsperson vom Vorliegen der Urteilsfähigkeit ausgehen.*

Fn 232 - So ZH EGZGB § 239 Abs. 1 mit der Einschränkung "soweit erforderlich"; BE ND Art. 13 Abs. 1.

Fn 233 - So ZH NV § 14 Abs. 1.

Fn 234 - Vgl. das Bundesgerichtsurteil vom 21.9.1990, BN 1991 S. 272, wo ein bernischer Notar im Beurkundungsvermerk bezeugt hatte, dass er die Urkunde "den ihm persönlich bekannten und handlungsfähigen Urkundsparteien" vorgelesen hatte. Die Urteilsfähigkeit des Verkäufers wurde von den Gerichten anschliessend in freier Beweiswürdigung aufgrund der Aussagen aussenstehender Zeugen verneint und das Geschäft für nichtig erklärt.

Fn 235 - Im Gegensatz zur Urkundsperson hat der Grundbuchverwalter oft keinen persönlichen Umgang mit den Parteien des Grundstücksgeschäftes. Er braucht solchen Umgang auch nicht zu suchen; solange er ihn nicht hat, entfällt für ihn jegliche Pflicht, den konkreten Geisteszu-

****§. 298****

993 - *Wenn die Urkundsperson Zweifel an der Handlungsfähigkeit einer vor ihr zu Urkund oder zu unterschrittsbedürftigem Protokoll erklärenden Person hat, sind geeignete Kontrollmassnahmen nach zwei Richtungen hin vorzunehmen²³⁶: Negativ ist sicherzustellen, dass für die betreffende Person keine vormundschaftliche Massnahme besteht; die betreffende Person ist demgemäss zur Beibringung eines Handlungsfähigkeitszeugnisses²³⁷ aufzufordern. Positiv ist das Vorliegen der Urteilsfähigkeit zu ermitteln. Dies geschieht durch ein vertiefendes Gespräch, nötigenfalls durch die Aufforderung an die Klientschaft zur Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses oder eines psychiatrischen Gutachtens²³⁸.*

994 - *Erläuterung:* Wie weit die Urkundsperson bei der Kontrolle der Handlungsfähigkeit natürlicher Personen zu gehen hat, ist nach dem öffentlichrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit einzelfallweise zu bestimmen.

995 - Die Handlungsfähigkeit **volljähriger Personen wird vermutet²³⁹. Ergibt das erkennbare Umfeld, dass ein Beteiligter in normalen familiären und beruflichen Beziehungen steht und verhält sich dieser Beteiligte im Kontakt mit der Urkundsperson vernünftig, dann hat die Urkundsperson auf eigentliche Kontrollhandlungen zu verzichten. Eine volljährige Klientin, welche zu keinen Zweifeln Anlass gibt, braucht sich keine Testgespräche seitens der Urkundsperson zum Zwecke der Abklärung der Urteilsfähigkeit gefallen zu lassen.**

996 - Bei Unmündigen soll die Urkundsperson in erster Linie nach der ausgeübten Beschäftigung fragen; besucht ein Unmündiger die normalen Schulen oder absolviert er eine Berufslehre, und gibt er im Gespräch zu keinen Zweifeln Anlass, so ist Urteilsfähigkeit anzunehmen. Bei Entmündigten hat sich die Urkundsperson über den Entmündigungsgrund zu erkundigen.

stand zu beurteilen. Solange ein nach dem Grundbuch Verfügungsberechtigter nicht zufolge eines förmlichen Entscheides der zuständigen Behörde in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt ist, hat der Grundbuchverwalter der Grundbuchanmeldung Folge zu leisten, auch wenn er in privater Eigenschaft zufälligerweise Kenntnis davon hat, dass vormundschaftliche Massnahmen eingeleitet sind. Die Prüfungspflicht und -befugnis des Grundbuchverwalters ist diesbezüglich

enger, als diejenige der Urkundsperson. Vgl. in diesem Sinne BGE vom 24.2.1986, Pra 1986 Nr. 142 und BN 1986, S. 342. - Handeln die grundbuchlich Verfügenden aber ausnahmsweise direkt gegenüber dem Grundbuch, so erwächst dem Grundbuchverwalter eine Prüfungspflicht, welche auch den konkreten Geisteszustand in Betracht zieht. Vgl. in diesem Sinne MANUEL MÜLLER, Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts in Grundbuchsachen, BN 1991 S. 213-222 (213, mit Verweis auf BGE 112 II 26 ff.), der Grundbuchverwalter habe die Handlungsfähigkeit nur dann zu prüfen, wenn offensichtlich ist, dass eine Partei urteilsunfähig ist, z.B. wenn eine völlig betrunkene Person auf dem Grundbuchamt erscheint und eine Erklärung unterzeichnen will.

Fn 236 - Vgl. Art. 13 Abs. 1 ND BE: "Der Notar prüft die ... Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien ...".

Fn 237 - Das Handlungsfähigkeitszeugnis ist die Bescheinigung der zuständigen Vormundschaftsbehörde, dass für die betreffende Person keine vormundschaftlichen Massnahmen bestehen.

Fn 238 - Ein vereinfachtes Verfahren ist üblich bei den letztwilligen Geschäften, die mit Beurkundungszeugen beurkundet werden. Hier können Ärzte und Pfleger aus der nächsten Umgebung der zu Urkund erklärenden Person als Zeugen beigezogen werden und die Urteilsfähigkeit dieser Person in der Zeugenerklärung zum Ausdruck bringen. Vgl. Ziff. 2400 f.

Fn 239 - Vgl. BGE 117 II 231 E. 2b, vom 23.05.1991 = ZBGR 73 (1992) 225 i.S. B.; BGE 105 II 212 f., 91 II 338, 74 II 205 E. 1. Wer also Urteilsunfähigkeit behauptet, hat diese zu beweisen.

****S. 299****

997 - Die Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit soll von der Urkundsperson in der Urkunde nicht ausdrücklich bezeugt werden, weil das notarielle Zeugnis in diesem Punkt keinen öffentlichen Glauben schafft²⁴⁰.

998 - Nur wo die Urkundsperson **begründeten Anlass zu Zweifeln** hat, ist sie verpflichtet, die Handlungsfähigkeit der Beteiligten in weiterem Umfang zu kontrollieren. Dies geschieht in erster Linie durch das persönliche Gespräch, bei welchem sich die Urkundsperson bemüht, einen möglichst klaren Eindruck vom Geisteszustand der betreffenden Klientschaft zu erhalten. Erforderlichenfalls sind weitere Personen, etwa der gleichzeitig anwesende Ehegatte, von dem Testgespräch auszuschliessen, damit die Urkundsperson sich ohne Einflussnahme solcher weiterer Anwesender ihre Meinung vom Geisteszustand der betreffenden Person bilden kann.

999 - Gelangt die Urkundsperson zu keiner klaren Schlussfolgerung, verbleiben also weiterhin Zweifel an der Urteilsfähigkeit, so ist von der Klientschaft einerseits ein Handlungsfähigkeitszeugnis einzuverlangen²⁴¹, andererseits eine ärztliche Äusserung über den Geisteszustand der betreffenden Person. Bei nur leichten Zweifeln mag ein knappes Arztzeugnis genügen, bei erheblichen Zweifeln sollte ein eigentliches psychiatrisches Gutachten eingeholt werden. Solange die Klientschaft die einverlangten Dokumente nicht an die Urkundsperson übergeben hat, ist die Beurkundung auszustellen²⁴².

Fn 240 - Vgl. BGE 117 II 231, E. 2b vom 23.05.1991 = ZBGR 73 (1992) 225 i.S. B.: "Le juge n'est pas lié par les déclarations des témoins instrumentaires qui certifient, conformément aux art. 501 et 502 CC, que le testateur leur a paru capable de disposer. Dans ce sens, le Tribunal fédéral a jugé (ATF 39 II 199/200 consid. 5) que, sous l'empire de la loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881, il était inadmissible, comme l'avait fait l'autorité cantonale, d'attacher une importance décisive aux déclarations de l'officier public et des témoins d'un testament pour décider de la capacité du disposant." - A.M. (Umkehr der Beweislast) ROLAND PFÄFFLI, Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 1991, BN 1991 272; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 155, N 10 zu Art. 13 ND BE.

Fn 241 - Da das Handlungsfähigkeitszeugnis nur das Nichtbestehen vormundschaftlicher Massnahmen bescheinigt und da es auch noch zu Zeitpunkten ausgestellt wird, während welcher vormundschaftliche Massnahmen bereits geprüft werden, kann es nicht positiv das Bestehen der Handlungsfähigkeit beweisen. Eine notarielle Amtspflicht, von den erklärenden Personen systematisch die Beibringung von Handlungsfähigkeitszeugnissen zu verlangen, muss als unverhältnismässig belastend qualifiziert werden. Amtsnotare mögen der Klientschaft derartiges eher zumuten können als ihre freiberuflichen Kollegen. Nur im Falle notarieller Zweifel an der Handlungsfähigkeit einer erschienenen Person besteht ein hinlänglicher Anlass, die Beibringung des Zeugnisses zu fordern.

Fn 242 - Vgl. CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 90: Die Urkundsperson habe die Beurkundung zu unterlassen, wenn sie von der Urteilsfähigkeit eines Erklärenden **nicht überzeugt** ist. In gleichem Sinne § 11 Abs. 1 des

deutschen BeurkG: "Fehlt einem Beteiligten **nach der Überzeugung des Notars** die erforderliche Geschäftsfähigkeit, so soll die Beurkundung abgelehnt werden. Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten soll der Notar in der Niederschrift feststellen".

****§. 300****

1000 - Für den häufigsten Fall zweifelhafter Handlungsfähigkeit, nämlich denjenigen der Beurkundung letztwilliger Geschäfte alter oder schwerkranker Personen, vgl. Ziff. 2400 f.

ccc. Konsequenzen aus dem Befund im Einzelfall

1001 - *Führen die im vorherigen Abschnitt dargestellten Kontrollmassnahmen zur eindeutigen Bejahung der Handlungsfähigkeit, so hat die Urkundsperson die Beurkundung vorzunehmen. In der Urkunde ist weder auf die anfänglichen notariellen Zweifel noch auf die erfolgten Kontrollmassnahmen hinzuweisen. Dagegen soll die Urkundsperson die einschlägigen Belege zu ihren Akten nehmen.*

1002 - *Führen die Kontrollmassnahmen zum klaren Befund herabgesetzter oder fehlender Urteilsfähigkeit, so ist die Beurkundung in der Regel abzulehnen²⁴³. Vorbehalten bleibt die Beurkundung von letztwilligen Verfügungen²⁴⁴, wenn eine für den Geschäftsabschluss hinlängliche Urteilsfähigkeit anzunehmen ist, ferner die Beurkundung von Geschäften, bei denen eine herabgesetzt urteilsfähige Person begünstigt wird.*

1003 - *Bleibt für die Urkundsperson unklar, ob das für das konkrete Geschäft erforderliche Mass an Urteilsfähigkeit vorhanden ist, so gebieten ihr einzelne kantonale Erlasse, die Beurkundung vorzunehmen und die notariellen Zweifel in der Urkunde zu protokollieren²⁴⁵. - Eine solche Vorgehensweise soll aber letzter Ausweg sein. Denn sie führt zu einer unklaren und damit konfliktträchtigen Rechtslage; dies läuft dem Sinn der öffentlichen Beurkundung zuwider.*

1004 - *Besser ist es allemal, dass die Urkundsperson eine Klärung der eigenen Überzeugung anstrebt und sich entweder zur Annahme hinlänglicher Urteilsfähigkeit oder zur Annahme ihres Fehlens entscheidet; anschliessend ist entweder vorbehaltlos zu beurkunden oder die Beurkundung abzulehnen.*

1005 - *Die Erklärung eines Unmündigen oder Entmündigten ist zu beurkunden, wenn sie ein Rechtsgeschäft zum Gegenstand hat, das nicht durch den gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden kann, wie namentlich letztwillig-*

Fn 243 - Vgl. ZH NV § 20 Abs. 1: "Der Notar verweigert die Beurkundung, wenn er die Überzeugung gewinnt, dass eine Partei nicht urteilsfähig ist." - In gleichem Sinne BE NG Art. 26; MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 94. - LU BeurkG § 20 Abs. 3 lit. d verlangt demgegenüber die Ablehnung der Beurkundung bereits, wenn Zweifel an der Handlungsfähigkeit bestehen; das dürfte zu weit gehen.

Fn 244 - Vgl. Ziff. 2400 ff.

Fn 245 - Vgl. ZH NV § 20 Abs. 2: Bei zweifelhafter Urteilsfähigkeit hat der Notar die Beurkundung vorzunehmen; "doch hält er seine Bedenken in einem Vorbehalt auf der Urkunde fest." - So auch GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 94; ferner § 11 Abs. 1 des deutschen BeurkG: "Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten soll der Notar in der Niederschrift feststellen." - In gegenteiligem Sinne ordnet LU BeurkG § 20 Abs. 3 lit. d an, die Urkundsperson habe die Beurkundung abzulehnen, wenn Zweifel an der Handlungsfähigkeit bestehen. - Dies dürfte als eine übermässige und damit bundesrechtswidrige Erschwerung des Zugangs zur öffentlichen Beurkundung qualifiziert werden.

****S. 301****

ge Verfügungen²⁴⁶, Ehe-²⁴⁷ und Erbverträge²⁴⁸, oder ein solches, zu dessen Vornahme die unmündige oder entmündigte Person auch ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters befugt ist²⁴⁹.

1006 - Die Urkundsperson darf keine individuellen Erklärungen von Personen beurkunden, die während des Beurkundungsvorgangs offensichtlich unter Alkohol- oder Betäubungsmittel einfluss stehen²⁵⁰.

1007 - Erläuterung: Erweist sich aus den einverlangten Dokumenten, dass keine vormundschaftliche Massnahme besteht und dass der beigezogene Arzt eine genügende Urteilsfähigkeit in bezug auf das konkrete Geschäft feststellt, so ist die Beurkundung an die Hand zu nehmen, und es sind die erwähnten Belege als Nebenakten²⁵¹ bzw. im Klientendossier dauerhaft aufzubewahren. Ihre Beifügung an die Urkunde als Beilage ist nicht zu empfehlen, da dies einer Blossstellung der betreffenden Klientschaft in den Augen der Urkunden-Leser gleichkäme; die zu Urkund erklärende Person braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass ärztliche Äusserungen über ihren Geisteszustand beliebigen Urkundenlesern bekannt werden.

1008 - Urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen können mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter gewisse Rechtshandlungen gültig vornehmen (Art. 19 Abs. 1 ZGB). Es muss ihnen demgemäss möglich sein, als sachbeteiligte Personen an einem Beurkundungsverfahren teilzunehmen und individuelle Erklärungen zu Urkund abzugeben. Allzu restriktiv ist wohl CARLENS Auffassung, die Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter müsse bereits im Zeitpunkt der Beurkundung vorliegen²⁵²; zutreffend dagegen MARTI, der auf die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter hinweist²⁵³; allerdings soll sich die Urkundsperson auf eine Vornahme der Beurkundung in Erwartung nachträglicher Genehmigung durch den gesetzlichen Vertreter nur bei Dringlichkeit einlassen. - Bei Erbteilung und Veräusserung von Grundstücken gemäss Art. 404 ZGB

Fn 246 - Als Mindestalter ist für die letztwillige Verfügung gemäss Art. 467 ZGB das zurückgelegte 18. Altersjahr zu beachten.

Fn 247 - Die untere Altersgrenze für den Ehevertrag ergibt sich aus dem Ehemündigkeitsalter gemäss Art. 96 ZGB (20 oder 18 für den Mann, 18 oder 17 für die Frau); vor Erreichen der Ehemündigkeit beider Parteien soll kein Ehevertrag beurkundet werden.

Fn 248 - Art. 468 ZGB verlangt für die letztwillig handelnde Partei beim Erbvertrag Mündigkeit; vgl. SIDLER, Komm. LU (1975) S. 81, N 2b zu § 26 BeurkG LU.

Fn 249 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 94.

Fn 250 - SIDLER, Komm. LU (1975) S. 81, N 2b zu § 26 BeurkG LU, verweist auf den Fall, in welchem "ein Beteiligter, wenn möglich mit 'Nachhilfe' von Alkohol, stundenlang bearbeitet wurde, um dann schliesslich einzulenken; was, wie in der Expertenkommission gesagt wurde, gar nicht so selten vorkommt."

Fn 251 - Zum Begriff der Nebenakten vgl. Ziff. 1462 und 1465.

Fn 252 - CARLEN, NOTARIATSRECHT (1976) S. 191.

Fn 253 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 155, N 8 zu Art. 13 ND BE.

****S. 302****

muss der gesetzliche Vertreter von Anfang an mitwirken; die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde folgt der Beurkundung nach.

1009 - Keine Zustimmung gesetzlicher Vertreter ist erforderlich, wenn eine urteilsfähige unmündige oder entmündigte Person eine öffentliche letztwillige Verfügung errichtet oder an einem Erbvertrag als letztwillig handelnde Person mitwirkt²⁵⁴.

1010 - Da die öffentliche Beurkundung individueller Willenserklärungen die Überzeugung der Urkundsperson impliziert, die erklärende Person sei in hinlänglichem Masse urteilsfähig, ist bei der Beurkundung der höchstpersönlicher Erklärungen Unmündiger und Entmündigter Zurückhaltung zu üben. Bei Minderjährigen können gewisse Altersgrenzen als Anhaltspunkte für die Praxis dienen. Obgleich das Privatrecht keine Altersgrenzen präzisiert, können die strafrechtlichen Altersgrenzen (Art. 82 und 89 StGB) als Anhaltspunkte herangezogen werden: Kinder unter 7 Jahren sind zum Beurkundungsverfahren grundsätzlich nicht zuzulassen. Kinder im Alter zwischen 7 und 15 Jahren können ausnahmsweise, beim Vorliegen wichtiger Gründe, zu einer öffentlichen Beurkundung zugelassen werden. Nach dem 15. Altersjahr bestehen keine Probleme mehr.

1011 - Die Zulassung urteilsfähiger Unmündiger und Entmündigter zum Beurkundungsverfahren hat sich auf die höchstpersönlichen, vertretungsfeindlichen Geschäfte zu beschränken. Wo Vertretung möglich ist, hat die Urkundsperson stets zu verlangen, dass der gesetzliche Vertreter direkt handle, nicht die unmündige oder entmündigte Person mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Denn die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vermag eine allenfalls vorhandene Geschäftsunfähigkeit des Unmündigen oder Entmündigten nicht zu heilen. Handelt der gesetzliche Vertreter direkt, so kommt es auf die Geschäftsfähigkeit der sachbeteiligten Person nicht an.

1012 - Wer als **Stellvertreter, Zeuge** oder **Dolmetscher**²⁵⁵ am Beurkundungsverfahren teilnimmt, darf zu keinerlei Zweifeln an seiner Urteilsfähigkeit Anlass geben. Zeugen müssen zudem mündig, d.h. voll handlungsfähig sein²⁵⁶. Diese Personen üben weder eigene noch höchstper-

Fn 254 - Vertretungsfeindliche Geschäfte können nur persönlich getätigt werden (letztwillige Verfügung, Erbvertrag als Erblasser); vgl. SIDLER, Komm. LU (1975) S. 81, N 2b zu § 26 BeurkG LU, mit Verweis auf ESCHER, Zürcher Kommentar (3.A. 1959) N 4 Vorb. zu Art. 467-469 ZGB, N1, 6 und 7 zu Art. 468 ZGB, PETER TUOR, Komm. ZGB, Bd. III, Das Erbrecht (1952) N 5 Vorb. zu Art. 467-469 ZGB. - Persönliches Handeln ist ferner nötig beim Ehevertrag, wobei Urteilsfähigkeit genügt.

Fn 255 - Beurkundungszeugen können zugleich Dolmetscher sein, wenn sie in ihrer Person die Voraussetzungen für die Zeugentauglichkeit und für die Dolmetscherfunktion für die betreffende Beurkundung vereinigen; vgl. Ziff. 375.

Fn 256 - Das Erfordernis der Handlungsfähigkeit für Zeugen gilt für die letztwilligen Geschäfte gemäss der ausdrücklichen Vorschrift von Art. 503 Abs. 1 ZGB, sollte aber analog auch für die Zeugen nach kantonalem Recht bei den Behinderten-Beurkundungen gelten.

****§. 303****

sönliche Rechte aus. Sie sind ersetzbar. Bestehen Zweifel an ihrer Handlungsfähigkeit (bei Stellvertretern und Dolmetschern: an ihrer Urteilsfähigkeit), so sind andere Personen beizuziehen, gegenüber welchen solche Zweifel nicht bestehen.

1013 - Die in der öffentlichen Urkunde implizit enthaltene Bestätigung, die Urkundsperson habe keine Zweifel an der Urteilsfähigkeit der Verfahrensbeteiligten gehabt, bezieht sich nur auf jene Beteiligten, die in den Beurkundungsvorgang persönlich einbezogen waren. Handelt ein Sachbeteiligter durch einen Stellvertreter und erhält die Urkundsperson den abwesenden Sachbeteiligten nicht persönlich zu Gesicht, dann enthält die Beurkundung auch keine implizite Meinungsäusserung der Urkundsperson über den Geisteszustand des Sachbeteiligten. Hingegen hat die Urkundsperson den Nachweis der Rechtsgültigkeit der Vollmacht zu verlangen, wenn sie aufgrund eigener Kenntnis oder aufgrund des Aussehens oder des Inhalts der Vollmacht oder der Äusserungen des Bevollmächtigten Anlass hat, an der Gültigkeit zu zweifeln, weil der Vollmachtgeber handlungsunfähig sein könnte.

1014 - Wo nach Auffassung der Urkundsperson eine Bevormundung oder Verbeiständung einer zu Urkund erklärenden Person objektiv geboten sein könnte, obliegt ihr - wenn sie die Beurkundung ohne formelle vormundschaftliche Schutzvorkehrungen vornimmt -, selber bis zu einem gewissen Gra-

de informell-bevormundend tätig zu sein, d.h. nur solche Verfügungen zu beurkunden, bei welchen die verfügende Person keine lebzeitigen Verpflichtungen eingeht und keine lebzeitig wirksamen Vermögensentäusserungen bewirkt. Ferner obliegt ihr, bei den letztwilligen Dispositionen nur solche zu beurkunden, die zur Klärung, Erleichterung und Vereinfachung des Erbanges beitragen, ohne zugleich erhebliche Abweichungen von der gesetzlichen Erbfolge zu bewirken.

cc. Existenz juristischer Personen und Zeichnungsberechtigung ihrer Vertreter

aaa. Umfang der Ermittlungspflicht

1015 - Bei der Beurkundung individueller Erklärungen und unterschriftsbedürftiger Protokollerklärungen, die namens von juristischen Personen oder Handelsgesellschaften abgegeben werden, hat die Urkundsperson anlässlich der Vorbereitung und der Durchführung des Beurkundungsvorgangs die Zeichnungsberechtigung oder Bevollmächtigung der vor ihr erscheinenden natürlichen Personen zu ermitteln, welche die betreffenden Erklärungen abgeben.

Zeugen müssen sich nicht primär durch ihr fachliches Können qualifizieren, sondern sie üben eine Kontrollfunktion gegenüber der Urkundsperson aus, wofür eine gewisse Reife der Persönlichkeit mit sachlichen Gründen gefordert werden kann.

****S. 304****

1016 - Die Beurkundung der Zeichnungsberechtigung oder Bevollmächtigung umfasst das doppelte Zeugnis der Urkundsperson,

(a) dass die unterzeichnende Person für die betreffende Firma zeichnungsbefugt oder von ihr bevollmächtigt ist und - darin implizit eingeschlossen -

(b) dass die betreffende Firma existiert.

1017 - Bei glaubhafter Dringlichkeit und wenn keine Missbräuche und kein rechtswidriges Handeln zu befürchten sind, darf die Urkundsperson die Erklärungsabgabe namens ausländischer Firmen auch beurkunden, wenn die Zeichnungsberechtigung oder Bevollmächtigung zur Zeit nicht kontrolliert werden kann.

1018 - Bei der Protokollierung der Beschlüsse der Generalversammlung oder des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft oder der Gesellschafterversammlung einer GmbH hat sich die Urkundsperson über die rechtliche Existenz der Gesellschaft zu vergewissern²⁵⁷.

1019 - Erläuterung: Das schweizerische Beurkundungsrecht erlaubt der Urkundsperson, die Zeichnungsberechtigung, d.h. die Vertretungsmacht der erscheinenden natürlichen Personen für eine Personengesellschaft oder juristische Person, **aus eigenem Wissen**, d.h. unter **Verzicht auf aktualisierende Kontrollhandlungen und deren Protokollierung**, zu bezeugen. Kann und will die Urkundsperson selber die Wahrheitsverantwortung für das Vorhandensein der Zeichnungsberechtigung übernehmen, so formuliert sie etwa: *"Erschienen sind X und Y, welche für die Z AG, Aktiengesellschaft mit Sitz in S, die rechtsverbindliche Kollektivunterschrift zu zweien führen, was hiermit beurkundet wird."* Bei einer solchen Beurkundung wird die Zeichnungsberechtigung als etwas der Urkundsperson Bekanntes bezeugt, analog zu dem auf eigenes Wissen abgestützten Identitätszeugnis "persönlich bekannt"²⁵⁸.

1020 - Soll das Vorhandensein der Zeichnungsberechtigung in qualifiziertem Masse **ersichtlich** gemacht werden, so werden Kontrollhandlungen vorgenommen und protokolliert. Daraus ergibt sich eine gewisse Beschränkung der Wahrheitsverantwortung der Urkundsperson. Denn keine der gängigen Kontrollhandlungen schafft vollen Beweis. Streng genommen würde nur eine telefonische Rückfrage beim zuständigen Handelsregisteramt während des Beurkundungsvorganges beweisen können, dass die betreffende juristische Person (noch) existiert und die erschienene Person (noch) Zeichnungsberechtigte jener Firma ist, für welche sie zu handeln behauptet. Jedoch ist ein Handeln

durch unbefugte Personen gemäss der Natur des Geschäftes, aufgrund der Lebenserfahrung und den faktischen Wahrscheinlichkeiten meist auszuschliessen. Die Handelsregisterämter könnten den Ansturm von An-

Fn 257 - So ZH NV § 96a Abs. 1 (Fsg. 24.9.1992).

Fn 258 - Zu den Voraussetzungen und zur Bedeutung des notariellen Zeugnisses der persönlichen Bekanntheit vgl. Ziff. 959 ff.

****§. 305****

fragen nicht bewältigen, wenn jedes Handeln von Zeichnungsberechtigten von den Urkundsperson datumsgenau kontrolliert werden sollte. Ja, die Erstellung von Registerauszügen müsste grundsätzlich als sinnlos erscheinen, wenn deren Aussagekraft bereits am Tage danach bezweifelt werden sollte.

1021 - Die Urkundsperson darf im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens unterscheiden einerseits zwischen Routinegeschäften bekannter Firmen, andererseits den ungewöhnlichen oder besonders umfangreichen Geschäften, ferner den Geschäften unbekannter Firmen. Es bedeutet keine Verletzung der Sorgfaltspflicht, wenn die Urkundsperson sich die Existenz bekannter Unternehmungen und die Zeichnungsberechtigung ihrer Mitarbeiter nicht mit formeller Umständlichkeit belegen lässt, sondern sich auf die telefonische Voranzeige einer bekannten Stimme oder die briefliche Voranzeige einer bekannten Unterzeichnerin aus der betreffenden Firma verlässt und aufgrund solcher Umstände das Vorliegen eines Schwindels ausschliesst.

1022 - Die Vergewisserung über die Existenz einer juristischen Person, deren Organbeschlüsse notariell protokolliert werden, kann entweder aufgrund des bestehenden Wissens der Urkundsperson erfolgen, wenn sie die betreffende juristische Person kennt, oder aufgrund geeigneter Dokumente, insbesondere aufgrund eines neueren Handelsregisterauszugs.

bbb. Besondere Ermittlungsregeln

1023 - *Hatte die Urkundsperson von einer Firma und von deren Zeichnungsberechtigten bis anhin keine Kenntnis, so wird die Zeichnungsbefugnis zweckmässigerweise aufgrund eines vorgelegten Handelsregisterauszugs kontrolliert. Ein solcher Auszug ist einer summarischen Echtheitskontrolle gemäss seinem äusseren Anschein zu unterziehen.*

1024 - *Die Urkundsperson ist nicht verpflichtet, die aus einem neueren Handelsregisterauszug ersichtlichen Tatsachen durch persönliche Einsichtnahme beim betreffenden Handelsregisteramt oder durch telefonische Rücksprache mit dieser Amtsstelle zu kontrollieren.*

1025 - *Die erfolgte Kontrollhandlung braucht in der Urkunde nicht erwähnt zu werden; jedoch ist die Beifügung des Handelsregisterauszugs zur Urkunde als Beilage nützlich, weil sie für den Urkundenleser den Umfang der notariellen Kontrollhandlung ersichtlich macht und ihm zusätzliche Information über die betreffende Firma vermittelt.*

1026 - *Werden Erklärungen abgegeben im Namen von Firmen, deren Zeichnungsberechtigte gemäss Handelsregistereintrag extern alle Rechtshandlungen vornehmen können, die der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes mit sich bringen kann, so ist keine Einsichtnahme in firmeninterne Ermächtigungs-*

****S. 306****

beschlüsse erforderlich²⁵⁹. Die Urkundsperson soll jedoch in die internen Ermächtigungsbeschlüsse Einsicht nehmen, wenn Erklärungen von Vereinen, Stiftungen und juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu beurkunden sind²⁶⁰.

1027 - Nehmen ausländische Firmen am Beurkundungsverfahren teil, so soll ein der Urkundsperson vorgelegter ausländischer Handelsregisterauszug in Original oder Fotokopie der Urkunde als Beilage beigelegt werden. Ausländische Handelsregistereintragungen gelten in der Schweiz nicht als öffentlich bekannt. Deshalb soll die Urkundsperson in der Urkunde ersichtlich machen, dass und wie sie sich von der Existenz der ausländischen Firma und von der Zeichnungsberechtigung ihrer Vertreter überzeugt hat.

1028 - Handelt es sich um Firmen aus Ländern, die keine dem Handelsregister vergleichbare Institution kennen, so hat die Urkundsperson ein beglaubigtes Exemplar des Gründungsaktes oder der Statuten zum Beweis der Firmenexistenz, ferner einen belegkräftigen Organbeschluss zum Beweis der Vertretungsmacht der erschienenen natürlichen Personen einzuverlangen. Diese Dokumente sollen der Urkunde als Beilagen beigelegt werden.

1029 - Erläuterung: Der Inhalt des schweizerischen Handelsregisters gilt als öffentlich bekannt. Dies gestattet es der Urkundsperson, sofern sie von der Existenz einer im Handelsregister eingetragenen Firma Kenntnis hat, auf die Protokollierung besonderer Ermittlungshandlungen zu verzichten. Sie darf auch die Zeichnungsberechtigung der vor ihr erschienenen Organmitglieder solcher Firmen aufgrund ihres bestehenden Wissens beurkunden. Hat sie von der Firma und ihren Zeichnungsberechtigten keine hinlängliche Kenntnis, so hat sie von den Erschienenen den erforderlichen Nachweis, und zwar zweckmässigerweise die Beibringung eines neuen Handelsregisterauszugs, zu verlangen, welcher die Existenz der Firma und die Zeichnungsberechtigung der Erschienenen belegt.

dd. Rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung einer in fremdem Namen handelnden Person

aaa. Umfang der Ermittlungspflicht

1030 - Bei der Beurkundung individueller Erklärungen und unterschriftsbedürftiger Protokollerklärungen hat die Urkundsperson anlässlich der Vorbereitung und der Durchführung des Beurkundungsvorgangs die Vertretungsbefugnis gewillkürter Stellvertreter zu ermitteln²⁶¹.

Fn 259 - So ZH NV § 16 Abs. 1.

Fn 260 - So ZH NV § 16 Abs. 3.

Fn 261 - So ZH EGZGB § 239 Abs. 1; BE ND Art. 13 Abs. 1; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 93.

****S. 307****

1031 - Bei glaubhafter Dringlichkeit darf die Beurkundung auch erfolgen, wenn die Bevollmächtigung zur Zeit nicht kontrolliert werden kann. In diesem Falle soll das Fehlen der Vollmacht in der Urkunde deutlich gemacht werden²⁶². Bezüglich der Rechtswirkungen des beurkundeten Geschäftes kommen die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung²⁶³. In diesem Falle hat die Urkundsperson geeignete Vorkehrungen zu treffen, dass im Falle eines Schwindels kein Schaden entsteht. Insbesondere ist es zweckmässig, die Urkunde bis zu der nachzuholenden Vollmachtenkontrolle oder bis zum Eintreffen der Genehmigung nicht an die Klientschaft auszuhändigen und nicht bei einem Registeramt anzumelden. Zur Vermeidung von

Missbrauch soll in der Zwischenzeit auch von der Aushändigung von Fotokopien der unterzeichneten und gesiegelten Urkunde abgesehen werden.

1032 - *Das mancherorts vorgeschriebene Beiheften der Vollmacht an die Urkunde, als Beilage derselben, entbindet die Urkundsperson nicht von der sorgfältigen Kontrolle der Vollmacht. Durch solche Beiheftung wird die Vollmachtenkontrolle nicht in den Verantwortungsbereich der Verfahrensbeteiligten und der Urkunden-Adressaten verschoben.*

1033 - Erläuterung: Einzelne Notariatserlasse scheinen davon auszugehen, dass die Beurkundung erst vorgenommen werden dürfe, wenn die Urkundsperson vom Vorhandensein einer rechtsgültigen Bevollmächtigung Gewissheit erlangt und in eine schriftliche Vollmacht Einsicht genommen hat²⁶⁴.

1034 - Wie bei der Zeichnungsberechtigung (vgl. hiezu vorn, Ziff. 1020) ist aber auch bei der rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung eine sofortige und vollständige Gewissheit oft weder möglich noch nötig. Verschiedene Gesichtspunkte sind zu berücksichtigen:

1035 - Einerseits muss in dringenden Fällen auch ein nur mündlich Bevollmächtigter oder jemand, der zunächst als Geschäftsführer ohne Auftrag, in Erwartung der späteren Genehmigung des Geschäftes durch den Prinzipal, handelt, Erklärungen in öffentlicher Urkunde abgeben und das Datum des Geschäftsschlusses sichern können.

1036 - Andererseits hat die Urkundsperson dafür zu sorgen, dass keine Urkunden in Umlauf geraten, die ein rechtsungültiges Geschäft verkörpern und die demgemäss Schaden anrichten können²⁶⁵.

Fn 262 - So ZH EGZGB § 239 Abs. 2.

Fn 263 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 154, N 2 zu Art. 13 ND BE.

Fn 264 - Vgl. beispielsweise Art. 13 ND BE: "Der Notar prüft...bei Vertretungsverhältnissen die Vertretungsbefugnis." - Noch deutlicher MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 92: "Handelt die Urkundspartei für einen Dritten, vergewissert sich der Notar, ob die Urkundspartei aufgrund gesetzlicher oder durch Vollmacht belegter Vertretung für den Dritten zu handeln befugt ist. Fehlen die nötigen Ausweise, veranlasst der Notar, dass sie beigebracht werden."

Fn 265 - Vgl. einen Schadensfall im Urteil des Appellationshofs des KG FR vom 4.12.1991, Revue Fribourgeoise de Jurisprudence 1992, S. 47-59, wo die Haftung einer Urkundsperson bejaht wurde, welche die Errichtung von Schuldbriefen aufgrund gefälsch-

****S. 308****

1037 - Die beiden gegenläufigen Anliegen führen zu folgender Lösung: Bei dringenden Handeln ohne Möglichkeit sofortiger Vollmachtenkontrolle darf beurkundet werden aufgrund der Eigenerklärung des Bevollmächtigten, er sei bevollmächtigt oder er werde die Genehmigung des Prinzipals beibringen, sofern die Urkundsperson die Urkunde bis zu der nachzuholenden Vollmachtenkontrolle oder bis zum Eintreffen der Genehmigung in ihrer Hand behält. Das gleiche gilt bei Vollmachten, auf denen die Unterschrift des Vollmachtgebers nicht beglaubigt und der Urkundsperson auch nicht persönlich bekannt ist²⁶⁶.

1038 - Die Beibringung der zur Kontrolle erforderlichen Belege ist Sache des Erschienenen, nicht diejenige der Urkundsperson. Die Urkundsperson erfüllt ihre Amtspflicht, wenn sie dem Erschienenen klar sagt, was sie braucht.

1039 - Die Beurkundung ist abzulehnen, wenn für das Fehlen der Vollmacht keine glaubhaften Gründe mitgeteilt werden oder wenn sich aus der Kontrolle der Vollmacht oder den gesamten Umständen der Verdacht eines rechtswidrigen Handelns ergibt.

1040 - Ein solcher Verdacht entsteht, wenn die vorgelegte Vollmacht ein altes Datum aufweist und wenn der Erschienene diesen Umstand nicht einleuchtend zu erklären vermag, oder wenn das zu beurkundende Geschäft für den Vollmachtgeber offensichtlich unvorteilhaft, oder wenn es für den

Bevollmächtigten selber vorteilhaft ist²⁶⁷. Argwohn entsteht auch, wenn für eine angebliche mündliche Bevollmächtigung, für die erwartete spätere Genehmigung und zeitliche Dringlichkeit keine glaubhaften Gründe dargetan werden.

1041 - Die über den Tod des Vertretenen hinaus erteilte Vollmacht gemäss Art. 35 Abs. 1 OR ist im Beurkundungsverfahren nicht anders zu behandeln als bei Vertragsschluss in einfacher Schriftform; der Bevollmächtigte kann gestützt auf eine solche Vollmacht unmittelbar die Erben rechtswirksam vertreten. Eine Ausnahme gilt bei der Verfügung über dingliche Rechte an Grundstücken. Nach dem Tod der gemäss Art. 963 ZGB verfügungsberechtigten Person müssen zunächst die

ter Vollmachten beurkundet hatte. Durch die nicht autorisierte Pfandbelastung war der Grundeigentümer zu Schaden gekommen.

Fn 266 - Das hier Gesagte gilt nicht für Geschäfte, die mit einem ausdrücklichen Genehmigungsvorbehalt oder unter einer Bedingung abgeschlossen werden, sofern sie durch kontrollierbar handlungsbefugte Personen unterzeichnet werden. Solche Urkunden dürfen den Unterzeichnern im Original oder in Fotokopie ausgehändigt werden.

Fn 267 - Gemäss dem oben, Ziff. 446, Gesagten kann die Beurkundung individueller Erklärungen nicht stattfinden, wenn der Erklärende als Bevollmächtigter eines abwesenden Sachbeteiligten und zugleich als Selbstbeteiligter handelt (Selbstkontrahieren des Stellvertreters), ferner wenn der Stellvertreter für mehrere Parteien zugleich handelt (Doppelvertretung). Der Schutzzweck der öffentlichen Beurkundung würde durch solche Vorgehensweise vereitelt.

****S. 309****

Erben als neue Eigentümer eingetragen werden und es muss die Eintragungsbewilligung bzw. die Vollmacht zu deren Erteilung neu von den Erben ausgestellt werden²⁶⁸. Eine weitere Ausnahme gilt für alle Geschäfte dann, wenn die Urkundsperson erkennt, dass die bevollmächtigte Person die Vollmacht offensichtlich nicht im Interesse der Erben, sondern im Interesse Dritter (insbesondere des Bevollmächtigten selbst) ausübt. In diesem Falle hat die Urkundsperson davon auszugehen, dass die Erben bei Kenntnis der Bevollmächtigung diese unverzüglich widerrufen haben würden. Die Vornahme der Beurkundung wäre in einem solchen Falle mit Treu und Glauben nicht vereinbar.

bbb. Besondere Ermittlungsregeln

1042 - *Die beigebrachten Vollmachten sind summarisch bezüglich ihrer Echtheit, ferner bezüglich ihres Inhaltes zu kontrollieren.*

1043 - *Die Echtheitskontrolle beschränkt sich auf den äusseren Anschein. Eine offensichtlich gefälschte Vollmacht darf nicht akzeptiert werden. Kriminaltechnische Untersuchungen sind dagegen nicht erforderlich.*

1044 - *Hat die Urkundsperson keinen direkten Kontakt mit dem Vollmachtgeber, und kennt sie dessen Unterschrift nicht, so soll sie grundsätzlich auf der notariellen Beglaubigung der Unterschrift des Vollmachtgebers bestehen. Dabei handelt die Urkundsperson im Rahmen ihrer Ermittlungspflicht nach pflichtgemäsem Ermessen.*

1045 - *Bei schriftlich vorgelegten Vollmachten ist die Urkundsperson zur Kenntnisnahme ihres Inhaltes und ihres Datums verpflichtet, ferner zur Kontrolle, ob das Handeln des Bevollmächtigten von der Vollmacht gedeckt ist und ob die Datierung mit dem zu beurkundenden Geschäft in einem glaubhaften Zusammenhang steht.*

1046 - **Erläuterung:** Bezüglich des Zustandes, Datums, der Authentizität (im Gegensatz zur Fotokopie), der Beglaubigung der Unterschrift des Vollmachtgebers etc. gibt es keine besonderen Regeln. Die Urkundsperson hat sich von der Tatsache der Bevollmächtigung aufgrund ihrer Würdi-

gung der Umstände mit gehöriger Sorgfalt und Objektivität zu überzeugen. Dabei kann auch bestehendes Wissen einbezogen werden, so etwa, wenn die Urkundsperson vom Vollmachtgeber zu einem früheren Zeitpunkt über das bevorstehende Auftreten des Bevollmächtigten orientiert wurde oder wenn sie die Bevollmächtigung aufgrund der gesamten Umstände als rechtmässig erkennt.

1047 - Das Vorhandensein oder Fehlen einer Unterschriftsbeglaubigung auf der Vollmacht ist für die Entstehung der öffentlichen Urkunde und

Fn 268 - Vgl. ROLAND PFÄFFLI, Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 1983, BN 1983, S. 252, Nr. 23, unter Verweis auf SJZ 79, S. 246.

****S. 310****

für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes irrelevant²⁶⁹; nur auf die tatsächliche Identität des Unterzeichners mit der zur Vollmachtserteilung zuständigen Person kommt es letztlich an. Dass diese Identität aber von der Urkundsperson bezeugt wird oder in anderer Weise aus der Urkunde ersichtlich ist, kann Voraussetzung für die grundbuchliche oder handelsregisterliche Eintragungsfähigkeit des beurkundeten Geschäftes sein. Fehlt eine genügend abgesicherte Identifikation des Vollmachtgebers, so kann sie zuhanden des Urkunden-Adressaten jederzeit nachgeholt²⁷⁰ werden.

1048 - Bestehen Zweifel daran, ob das beabsichtigte Handeln des Stellvertreters durch die Vollmacht gedeckt ist, so hat die Urkundsperson die Beurkundung auszustellen, bis die Zweifel durch ergänzende Erklärungen des Vollmachtgebers beseitigt sind²⁷¹. In dringenden Fällen ist unverzügliche Beurkundung zulässig, wobei geeignete Sicherheitsvorkehr zu treffen, insbesondere die Urkunde von der Urkundsperson bis zur Klärung des Umfangs der Vollmacht, zurückzubehalten ist, damit nicht eine Urkunde in Umlauf gerät, die möglicherweise falschen Anschein schafft.

ee. Vertretungsbefugnis gesetzlicher Vertreter

aaa. Umfang der Ermittlungspflicht

1049 - *Bei der Beurkundung individueller Erklärungen und unterschriftsbedürftiger Protokollerklärungen hat die Urkundsperson anlässlich der Vorbereitung und der Durchführung des Beurkundungsvorgangs die Vertretungsbefugnis gesetzlicher Vertreter zu ermitteln*²⁷².

Fn 269 - Die Kantone dürfen keine abweichenden Vorschriften aufstellen; vgl. BGE 99 II 159-164, insbesondere 163; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 61, N 172. - FR NG Art. 56 Abs. 2 gestattet der Urkundsperson die Annahme unbeglaubigter Vollmachten, "wenn deren Echtheit von den bei der Beurkundung Anwesenden anerkannt wird"; eine solche Anerkennung dispensiert die Urkundsperson nicht von der Pflicht, die Risiken einer allfälligen Vollmachtenfälschung mit gebührender Sorgfalt selber zu beurteilen und eine Schädigung des präsumptiven (abwesenden) Vollmachtgebers zu verhüten.

Fn 270 - In BGE 99 II 154 hatte die aargauische Urkundsperson wahrheitswidrig beurkundet, ein Erschienener habe sich durch eine beglaubigte Vollmacht legitimiert; in Wirklichkeit hatte die gleiche Urkundsperson die Unterschrift des Vollmachtgebers erst einige Tage danach auf der Vollmacht beglaubigt. - Zu Recht hat das Bundesgericht die Urkundennichtigkeit wegen Verletzung eines kantonalen Beglaubigungserfordernisses abgelehnt. Die von notarieller Seite begangene Falschbeurkundung im Ingress konnte ebenfalls nicht zur Nichtigkeit führen; vgl. diesbezüglich Ziff. 1088.

Fn 271 - LU BeurkG § 20 Abs. 3 lit. d verlangt - wohl zu weitgehend -, die Urkundsperson habe die Beurkundung abzulehnen, wenn Zweifel an der Berechtigung zur Erklärungsabgabe bestehen.

Fn 272 - So BE ND Art. 13 Abs. 1.

****S. 311****

1050 - *Bei glaubhafter Dringlichkeit darf die Urkundsperson auch beurkunden, wenn die Handlungsbefugnis des Erschienenen zur Zeit nicht kontrolliert werden kann. In diesem Falle hat die*

Urkundsperson geeignete Vorkehren zu treffen, dass im Falle eines Schwindels trotzdem kein Schaden entsteht.

Erläuterung: Es kann auf das oben zum Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht Gesagte verwiesen werden.

bbb. Besondere Ermittlungsregeln

1051 - *Die Vertretungsbefugnis wird ermittelt in den Fällen von Vormundschaft, Beiratschaft und Beistandschaft durch Einsichtnahme in eine vormundschaftliche Ernennungsurkunde, bei Handeln im Rahmen der elterlichen Gewalt durch Einsichtnahme in das Familienbüchlein.*

1052 - *Ist die elterliche Gewalt durch das Familienbüchlein nachgewiesen, so ist damit gleichzeitig auch die Identität des vertretenen Kindes festgestellt. Weitere Ermittlungshandlungen erübrigen sich.*

1053 - *Wird der Urkundsperson eine vormundschaftliche Ernennungsurkunde vorgelegt, so ist die Urkundsperson zu deren summarischer Kontrolle, d.h. zur Kenntnisnahme des Urkunden-Inhaltes verpflichtet, ferner zur Überprüfung, ob das Handeln der erschienenen Person von der Ernennung gedeckt ist und ob die Datierung mit dem vormundschaftlichen Amt des Erschienenen in einem glaubhaften Zusammenhang steht.*

1054 - *Überschreitet ein Geschäft die Verwaltung von Kindesvermögen im Sinne von Art. 318 Abs. 1 ZGB oder kann die Urkundsperson einen Interessenkonflikt zwischen den handelnden Eltern und dem von ihnen vertretenen Kind nicht ausschliessen, so hat sie den gesetzlichen Vertreter aufzufordern, eine Unbedenklichkeitsbestätigung seitens der zuständigen Vormundschaftsbehörde beizubringen.*

1055 - Erläuterung: Die notarielle Prüfung, ob sich ein beurkundungsbedürftiges Grundstücksgeschäft im Rahmen der blossen Vermögensverwaltung hält und ob Interessenkonflikte ausgeschlossen sind, ist im Falle des Handelns von Eltern für ihre minderjährigen Kinder von besonderer Bedeutung. In den anderen Fällen von gesetzlicher Vertretung (Vormundschaft, Beiratschaft, Beistandschaft) liegt die letzte Prüfungsverantwortung gemäss Art. 421 Ziff. 1 ZGB bei der Vormundschaftsbehörde.

ff. Zivilstand natürlicher Personen

aaa. Umfang der Ermittlungspflicht

1056 - *Bei der Beurkundung individueller Erklärungen und unterschriftsbedürftiger Protokollerklärungen hat die Urkundsperson anlässlich der Vorbereitung und der Durchführung des Beurkundungsvorgangs den Zivilstand der sach-*

S. 312

beteiligten natürlichen Personen zu ermitteln, sofern dieser für das zu beurkundende Geschäft eine rechtliche Bedeutung haben kann.

1057 - Erläuterung: Der Zivilstand natürlicher Personen, d.h. die Frage ihres Verheiratetseins oder Nichtverheiratetseins, ist gemäss einzelnen kantonalen Notariatserslassen in jeder Urkunde stereotyp zu erwähnen. Es handelt sich um eine Ordnungsvorschrift.

bbb. Besondere Ermittlungsregeln

1058 - *Für die Ermittlung des Zivilstandes natürlicher Personen gibt es keine besonderen Regeln. Üblich ist das Abstellen auf die mündlichen Auskünfte der erschienenen Personen. Diese Auskünfte sind von der Urkundsperson mit gehöriger Sorgfalt zu würdigen.*

1059 - *Eine weitergehende Kontrolle braucht nicht stattzufinden, sofern sich nicht aus den gesamten Umständen der Verdacht eines Betrugs aufdrängt.*

1060 - Erläuterung: Auch wo die Urkundsperson bei der urkundlichen Angabe des Zivilstandes nur auf die mündliche Angabe der Erschienenen abstellt, handelt sie nicht ordnungswidrig, wenn sie den Zivilstand im Urkundeningress in der Aussageform des notariellen Zeugnisses, anschliessend an die Namen der Erschienenen, nennt.

1061 - Gewisse Vorsichtsmassregeln sind geboten bei der Beurkundung der Bürgschaftserklärungen von Personen, die sich als unverheiratet bezeichnen und deren Verbürgung im Falle einer diesbezüglichen Lüge nichtig wären. Hierauf ist bei der Erörterung der Bürgschaft näher einzugehen²⁷³.

gg. Güterstand verheirateter Personen

1062 - *Bei der Beurkundung individueller Erklärungen hat die Urkundsperson anlässlich der Vorbereitung und der Durchführung des Beurkundungsvorgangs den Güterstand aller sich als verheiratet bezeichnenden Personen zu ermitteln, wenn dieser Güterstand im Zusammenhang mit dem zu beurkundenden Geschäftes von Belang sein kann²⁷⁴, und zwar aufgrund der Erklärung der erschienenen Person, bei gemeinsam handelnden Ehegatten aufgrund ihrer übereinstimmenden Erklärung.*

1063 - *Eine weitergehende Kontrolle findet nicht statt.*

1064 - Erläuterung: Das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Ehevertrages, welcher die Verfügungsfähigkeit eines Sachbeteiligten über Vermögensstücke beschränken könnte, indem diese möglicher-

Fn 273 - Vgl. hinten, Ziff. 2639 ff.

Fn 274 - BS GedrW Nr. 35: "Beim Grundstückerwerb durch einen im Ausland lebenden ausländischen Ehegatten gilt dasjenige Recht, das am ausländischen Wohnsitz die äusseren Beziehungen der Ehegatten regelt."

****S. 313****

weise Gesamtgut darstellen, kann nach der Abschaffung des Güterrechtsregisters nicht mehr zuverlässig kontrolliert werden. Ob eine verheiratete Person mit ihrem Ehegatten einen Ehevertrag abgeschlossen hat, können nur die betreffenden Ehepartner selber wissen - und auch sie erinnern sich, wenn der Vertragsschluss Jahre zurückliegt, oft nur ungenau oder gar nicht und können insbesondere meist keine klaren Angaben über den Inhalt ihres Ehevertrages machen.

1065 - Sofern der Inhalt des Ehevertrages für das heute zu beurkundende Geschäft bedeutsam sein kann, soll sich die Urkundsperson darum zu bemühen, von den Parteien die Beibringung des Vertrages zu erlangen. Dies kann aber nicht zur Bedingung für die Vornahme der heutigen Beurkundung gemacht werden. Behaupten die Erklärenden, sie stünden in keinem Gemeinschaftsgüterstand, so hat die Urkundsperson diese Behauptung genau gleich zu akzeptieren, wie die Behauptung, es sei nie ein Ehevertrag abgeschlossen worden. Richtigerweise wird im Ingress der Urkunde erwähnt, dass die Erschienenen "nach ihrer eigenen Erklärung im Güterstand X" leben²⁷⁵.

b) Inhaltliche Ermittlungen

1066 - Gegenstand und Umfang der Ermittlungspflicht bezüglich der Erklärungen zu Urkund und zu Protokoll, der Protokollaufnahme bei Veranstaltungen und bezüglich bestehender Tatsachen werden in den diesen Beurkundungsfällen gewidmeten Kapiteln (Kapitel 6-13) erörtert.

Fn 275 - Vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des OG ZH an die Notariate und Grundbuchämter über neues Eherecht und Grundbuch vom 16.12.1987, ZR 15 (1987) S. 34-40, Ziff. 1.1: "Es gehört zu den Aufgaben der Urkundsperson, die am Rechtsgeschäft beteiligten verheirateten Personen nach deren Güterstand **zu befragen**, um Klarheit über die Geschäftsfähigkeit unter dem Gesichtspunkt des Ehegüterrechtes zu erhalten. Die Urkundsperson ist zu **keinen weiteren Abklärungen oder Nachforschungen über den Güterstand einer verheirateten Partei verpflichtet**, es sei denn, es sei ihr bekannt, dass die Ehegatten unter einem anderen Güterstand leben."

****S. 314****

§ 33 Prüfungspflicht

1067 - *Die Urkundsperson hat zu prüfen:*

(a) bei allen Beurkundungen: das Vorhandensein der Beurkundungsvoraussetzungen sowie

(b) bei der Beurkundung individueller Erklärungen und bei der Protokollierung von Veranstaltungen: die Rechtmässigkeit und Gültigkeit des Geschäftes, bei der Beurkundung bestehender Tatsachen: die Begründetheit der in das notarielle Zeugnis einflussenden Rechtsüberzeugungen.

1068 - **Erläuterung:** Unter Prüfungspflicht wird in der vorliegenden Darstellung die notarielle Pflicht zu rechtlicher Prüfung bestimmter Sachverhalte verstanden.

1069 - Die Prüfungspflicht ist nicht auf bestimmte Verfahrensabschnitte der öffentlichen Beurkundung, insbesondere nicht auf ein zeitlich abgrenzbares Prüfungsverfahren²⁷⁶ beschränkt, sondern ist während des ganzen Beurkundungsverfahrens wahrzunehmen.

§ 34 Pflicht zur Anwendung ausländischen Rechts

1070 - *Die Beurkundung individueller Willenserklärungen und die Protokollierung rechtlich geregelter Vorgänge, die ausländischem Recht unterstehen, ist von der schweizerischen Urkundsperson vorzunehmen, wenn die Klientschaft im örtlichen Tätigkeitsgebiet der Urkundsperson domiziliert ist oder wenn eine andere hinlängliche Binnenbeziehung des Geschäftes zum schweizerischen Beurkundungsort vorliegt.*

1071 - *Beurkundungen nach ausländischem materiellem Recht sollen erst vorgenommen werden, nachdem sich die Urkundsperson über die einschlägigen ausländischen Rechtsregeln so weit informiert hat, als dies zur Formulierung der Urkunde und zur Belehrung der Klientschaft erforderlich ist. Für den Nachweis des ausländischen Rechts kann die Urkundsperson die Mitwirkung der Klientschaft verlangen, oder sie kann von der Klientschaft die Kosten*

Fn 276 - Vgl. zum Begriff des Prüfungsverfahrens Ziff. 144.

****S. 315****

vorschiessen lassen für eine notarielle Erkundigung bei einer rechtskundigen ausländischen Stelle oder bei einem schweizerischen Institut für internationales bzw. ausländisches Recht.

1072 - *Die Urkundsperson hat das in ihrem Kanton geltende Beurkundungs-Verfahrensrecht anzuwenden und die Urkunden nach den hier geltenden Vorschriften zu gestalten. Eine Ausnahme von dieser Regel ergibt sich aus Art. 11 IPRG²⁷⁷: Abweichende Anforderungen auswärtiger Urkunden-Adressaten können und sollen gegebenenfalls angewendet werden, wenn die am*

Beurkundungsort vorgeschriebene Verfahrens- oder Urkundenform im Ausland nicht anerkannt wird und wenn aus diesem Grund ein schützenswerter Rechtsanspruch dort nicht durchgesetzt oder ein schützenswertes Recht nicht begründet oder abgeändert werden könnte²⁷⁸.

1073 - Erläuterung: Die Amtspflicht zur Anwendung ausländischen Rechts und die Art seiner Feststellung ergibt sich seit dem seit 1.1.1989 geltenden IPRG, insbesondere aus Art. 16.

1074 - Bezüglich der Anwendung ausländischer Verfahrensvorschriften ist Art. 11 Abs. 3 IPRG etwas zu eng formuliert. Ausländisches Verfahrensrecht darf und soll nicht nur dann angewendet werden, wenn dies zur Durchsetzung bestehender Rechtsansprüche nötig ist, sondern auch - und dies ist der typische Fall der notariellen Belegschaftung -, wenn es zur Begründung oder Änderung, d.h. zur nichtstreitigen Gestaltung von Rechten im Ausland erforderlich ist, wie etwa im Rahmen einer Patentanmeldung oder einer Markenregistrierung.

1075 - Indem Art. 11 Abs. 3 IPRG die Beurkundung eidesstattlicher Erklärungen (was auch beeidigte Erklärungen einschliessen muss) für das Ausland nun ausdrücklich legalisiert, hat die dem ausländischen Recht konforme Abnahme eines Eides durch Urkundspersonen in der Schweiz von Bundesrechts wegen eine gesetzliche Grundlage erhalten. Unabhängig von der (durch das IPRG nicht beantworteten) Frage, ob ein Meineid im Beurkundungsverfahren nach schweizerischem Recht strafbar ist, muss der beeidigten Erklärung (für ausländische Urkundenverwendung) gestützt auf Art. 11 IPRG der Charakter der verfahrensrechtlichen Rechtmässigkeit zuerkannt werden; die Urkundsperson schafft in einem solchen Falle keinen falschen Anschein.

Fn 277 - So DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (21): "L'officier public n'est, en vertu du droit fédéral, autorisé à passer outre les prescriptions de la loi cantonale que dans les cas visés à l'art. 11 de la loi fédérale sur le droit international privé."

Fn 278 - Art. 11 Abs. 3 IPRG lautet: "Die schweizerischen Gerichte oder Behörden können Urkunden nach einer Form des ausländischen Rechts ausstellen oder einem Gesuchsteller die eidesstattliche Erklärung abnehmen, wenn eine Form nach schweizerischem Recht im Ausland nicht anerkannt wird und deshalb ein schützenswerter Rechtsanspruch dort nicht durchgesetzt werden könnte." - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 48, N 11 zu Art. 17, steht mit seiner abweichenden Auffassung noch auf dem Boden des Rechtszustandes vor dem Inkrafttreten des IPRG.

****S. 316****

1076 - Auch wo gestützt auf Art. 11 IPRG ausländische Verfahrensregeln durch eine schweizerische Urkundsperson angewendet werden, sind bei der Beurkundung individueller Erklärungen die fundamentalen Grundsätze des schweizerischen Beurkundungsrechts zu respektieren, nämlich die Wahrheitspflicht, die Bekanntgabe des Urkundeninhaltes an die Erschienenen in persönlicher Anwesenheit der Urkundsperson sowie die Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde durch die Erschienenen und die Urkundsperson²⁷⁹. Ferner darf durch die Anwendung ausländischer Formen kein falscher Anschein geschaffen werden²⁸⁰.

1077 - Die Notwendigkeit der Anwendung ausländischen Verfahrensrechts begegnet der praktizierenden Urkundsperson am häufigsten bei Unterschriftsbeglaubigungen für den anglo-amerikanischen Bereich, die nach dortigen Anforderungen in der Gestalt der beeidigten Erklärung (Beschwörung des Text-Inhalts), unter Verzicht auf die dem schweizerischen Beurkundungsrecht eigene Identifikation des Unterzeichners und der notariellen Echtheitsbezeugung verlangt werden. Die der Urkundsperson unterbreiteten, englischsprachigen Formulare lassen für eine Unterschriftsbeglaubigung nach schweizerischem Recht oft ebensowenig Raum wie für einen korrekten Ingress und Schlussteil, wie er für eine individuelle Erklärung erforderlich wäre. Gestützt auf Art. 11 Abs. 3 IPRG darf die schweizerische Urkundsperson solche Formulare so ausfüllen und unterzeichnen, wie dies vom Urkunden-Adressaten in Übersee gemäss seinem dortigen Recht verlangt wird.

Fn 279 - Vgl. in diesem Sinne SCHWANDER, IPR des Grundstückkaufs (1989) S. 380, N 1113.

Fn 280 - Vgl. TI LN Art. 3: "Il notaio può, per fondati motivi [als welche wohl nur die Formerfordernisse am ausländischen Wirkungsort der Urkunde denkbar sind], su richiesta delle parti stendere un atto pubblico in deroga alle norme della presente legge sulla competenza e la forma alla sola condizione che un simile atto **non crei una falsa apparenza**, nè possa provocare abusi; la deroga deve essere menzionata nell'atto e nella rubrica." - Eine Ausdehnung der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit (competenza) kann durch Parteibegehren nicht bewirkt werden.

****§. 317****

§ 35 Wahrheitspflicht der Urkundsperson

1. Grundsatz

1078 - Die Urkundsperson hat bei der urkundlichen Bezeugung ihrer Feststellungen nach bestem Wissen und Gewissen Wahrheit anzustreben^{281,282}.

1079 - Sie darf nur solche Tatsachen in der Gestalt des notariellen Zeugnisses, d.h. als eigene Aussage beurkunden, von deren Wahrheit sie überzeugt ist²⁸³.

1080 - Keine vorbehaltlose notarielle Wahrheitsüberzeugung ist in der Regel möglich bezüglich des Inhaltes der Willens- und Wissenserklärungen der zu Urkund und zu Protokoll erklärenden Privatpersonen; hier bezeugt die Urkundsperson mit umfassender Wahrheitsgewähr bloss die äussere Tatsache der erfolgten Erklärungsabgabe, während die Wahrheitsgewähr bezüglich des erklärten Inhaltes in erster Linie bei den erklärenden Privatpersonen liegt; dementsprechend werden die Erklärungen der Privaten in der Urkunde denn auch als deren eigene Aussagen, nicht als Aussagen der Urkundsperson dargestellt.

1081 - Erläuterung: Die notarielle Wahrheitspflicht umfasst die doppelte Pflicht,
(a) durch pflichtgemässe Sachverhaltsermittlung **wahre Information zu schaffen** und
(b) durch genaue Beurkundung der solcherart gewonnenen Information eine **wahre Urkunde zu schaffen**²⁸⁴. Es genügt also nicht, dass die Urkundsperson irgendwelche unkontrollierten, subjektiven Vorstellungen gemäss dem eigenen Fürwahrhalten zu Papier bringt; sie darf

Fn 281 - BE NG Art. 29; GL EGZGB Art. 21 Abs. 6; - BS NG § 6: "Ist die Übereinstimmung von Buchauszügen oder Abschriften mit dem Original oder das Dasein und die Beschreibung eines tatsächlichen Zustandes oder Vorganges zu beurkunden, so hat sich der Notar vorerst von der Richtigkeit seiner Angaben genau zu überzeugen."

Fn 282 - Vgl. ZH EGZGB § 238: "Der Notar ist für die Richtigkeit der von ihm bezeugten Tatsachen ... verantwortlich".

Fn 283 - Weniger weit geht BE NG Art. 29 Abs. 1, wo verlangt wird, dass der Notar die beurkundeten Erklärungen und Tatsachen "vorschriftsgemäss wahrgenommen hat."

Fn 284 - Die Strafbarkeit gemäss Art. 317 Ziff. 1 StGB (vorsätzliche Begehung) kann sich nur auf die Verletzung dieser zweitgenannten Pflicht beziehen, d.h. auf die Beurkundung im Wissen oder unter Inkaufnahme (dolus eventualis) der Unwahrheit. Die Strafbarkeit gemäss Art. 317 Ziff. 2 StGB (fahrlässige Begehung) kann sich dagegen nur auf die pflichtwidrige Sachverhaltsermittlung beziehen; vgl. in diesem Sinne STRATENWERTH, Strafrecht BT II (3.A. 1984) S. 348, N 12, ferner MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 83, N 10 zu Art. 29 NG BE und BGE 102 IV 52, 78 IV 109; SIDLER, Komm. LU (1975) S. 71, N 7 zu § 20 BeurkG LU.

****§. 318****

nur beurkunden, wovon sie sich durch sorgfältige Ermittlungsarbeit überzeugt hat.

2. Pflichtgemässe notarielle Sachverhaltsermittlung

1082 - Der aus der Wahrheitspflicht abzuleitende Massstab, an dem sich die gehörige Sorgfalt der Urkundsperson bei der Sachverhaltsermittlung zu messen hat, ist vorn im Zusammenhang mit den

einzelnen Gegenständen der Ermittlungspflicht erörtert. Es kann auf das dort Gesagte verwiesen werden (Ziff. 932 ff.), bezüglich der Willensermittlung bei der Beurkundung individueller Willenserklärungen Ziff. 1671 ff.

3. Wahrheitsgemässe Beurkundung des Ermittlungsergebnisses

a) genaue Protokollierung notarieller Wahrnehmungen

1083 - *Soweit die Urkunde als die Darstellung eigener Wahrnehmungen der Urkundsperson ausgestaltet ist, muss die Darstellung der wiedergegebenen Tatsachen auch dann wahr und genau sein, wenn deren Wiedergabe nicht erforderlich gewesen wäre, d.h. wenn diesen Tatsachen keine Rechtserheblichkeit zukommt.*

1084 - *Es ist unzulässig, die Wahrnehmung von Hilfspersonen oder Dritten als die eigene Wahrnehmung der Urkundsperson darzustellen.*

1085 - Erläuterung: Die Urkundsperson hat bei der Protokollierung ihrer eigenen Handlungen und bei der Beurkundung ihrer eigenen Feststellungen umfassende Wahrheitsgewähr zu leisten. Eine Unterscheidung in rechtserhebliche und unerhebliche Tatsachen kommt diesbezüglich nicht in Frage. Denn wenn die Urkundsperson in unerheblichen Belangen lügt oder falschen Bericht erstattet, zerstört sie das öffentliche Vertrauen in ihre Person und sie schädigt das Vertrauen in die Institution der öffentlichen Beurkundung insgesamt.

1086 - Das Verbot, Wahrnehmungen von Hilfspersonen oder Dritten als die eigene Wahrnehmung auszugeben, führt insbesondere dazu, dass Unterschriftsbeglaubigungen keinen Beurkundungsvermerk "Vor mir beigelegt..." oder "Vor mir anerkannt..." tragen dürfen, wenn die Urkundsperson den Unterzeichner nur durch eine Hilfsperson emp-

****S. 319****

fangen liess²⁸⁵. Mit den Worten "Vor mir ..." wird allemal eine persönliche Begegnung der Urkundsperson mit der Klientschaft beschrieben.

1087 - Hingegen ist die stichwortartige Beschreibung einer Kontrollhandlung (z.B. "Ausweis: Pass") auch dann wahr, wenn nicht die Urkundsperson selber, sondern deren Hilfsperson den Pass kontrolliert hat.

1088 - Notarielle Irrtümer bzw. irrtümliche Ungenauigkeiten bei der urkundlichen Beschreibung des Ablaufs des Beurkundungsvorgangs müssen gegebenenfalls disziplinarisch sanktioniert werden, dürfen aber nicht die Entstehung der öffentlichen Urkunde oder die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes beschlagen²⁸⁶. Es wäre ungerechtfertigt, durch die zuletzt genannten Sanktionen auf der Ebene des Zivilrechts die verfahrensbeteiligten Privaten für die notarielle Verfehlung zu "bestrafen"²⁸⁷.

b) Vorgehen bei Ungewissheiten tatbeständlicher Natur

1089 - *Fehlt der Urkundsperson die erforderliche Gewissheit bezüglich einer Tatsache, deren Kontrolle und wahrheitsgemässe Bezeugung von den Beteiligten und Dritten erwartet zu werden pflegt, so hat die Urkundsperson von der Beurkundung in der Regel abzusehen.*

1090 - *Ausnahmsweise kann die Beurkundung durchgeführt und die Urkunde an die Klienten herausgegeben werden, wenn Gewähr besteht, dass nicht durch falschen Anschein geprüfter Gültigkeit Dritte getäuscht werden.*

1091 - *Auf ein unübliches Gewissheitsdefizit ist in der Urkunde ausdrücklich hinzuweisen.*

1092 - Erläuterung: Von der Beurkundung ist abzusehen, wenn durch die an einem Gewissheitsdefizit leidende Urkunde ein falscher Schein amtlich geprüfter Gültigkeit entstehen könnte. Ob dies der Fall ist, hängt von der Art und Tragweite der ungewissen Tatsache ab.

1093 - Es gibt übliche, vom Rechtsverkehr regelmässig in Kauf genommene Gewissheitsdefizite; auf sie ist in der öffentlichen Urkunde nicht aufmerksam zu machen. Daneben gibt es unübliche Gewissheitsdefi-

Fn 285 - Zur erforderlichen Wahrheit der Angaben im Beurkundungsvermerk vgl. BGE 113 IV 77-83 (acht Monate Gefängnis für eine Urkundsperson, welche wider besseres Wissen in Beurkundungsvermerken selbständiger Urkunden und in Unterschriftsbeglaubigungen das persönliche Erscheinen von Personen bezeugt hatte, die in Wirklichkeit nicht erschienen waren; die beglaubigten Unterschriften waren echt gewesen).

Fn 286 - Vorbehalten bleibt der Nichtentstehungsgrund der notariellen Urkundenfälschung im Sinne von Art. 317 StGB; vgl. hierzu Ziff. 1507 ff. - Zur Unterscheidung zwischen Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde und Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 287 - Vgl. einen solchen Fall in BGE 99 II 159.

****§. 320****

zite. Sie müssen, wenn überhaupt beurkundet wird, klar zum Ausdruck gebracht werden.

1094 - Übliche Gewissheitsdefizite und allgemein in Kauf genommene Ungültigkeitsrisiken begegnen in der Praxis namentlich bezüglich der Handlungsfähigkeit²⁸⁸, des Zivilstandes²⁸⁹, der Vertretungsmacht der erklärenden Personen²⁹⁰, ferner bezüglich des versteckten Dissenses, der Absenz von Willensmängeln und der Möglichkeit deliktischen Handelns (Ausweisfälschung, Vollmachtenfälschung etc.). Die diesbezüglichen Ungültigkeitsrisiken können ohne unverhältnismässigen Aufwand nicht vollständig beseitigt werden. Sie werden vom Rechtsverkehr in Kauf genommen und haben demgemäss als übliche, in der Urkunde nicht besonders zu erwähnende Risiken zu gelten.

1095 - Unüblich ist das Gewissheitsdefizit demgegenüber, wenn beispielsweise ein Bevollmächtigter seine Rechtsstellung durch Vorlegung einer Vollmacht alten Datums oder durch eine Vollmacht mit einer der Urkundsperson unbekanntem, unbeglaubigten Unterschrift des Vollmachtgebers nachweist oder wenn ein Stellvertreter behauptet, er sei mündlich bevollmächtigt worden. Auf solche Irregularitäten des Vollmachtsnachweises ist in der Urkunde ausdrücklich aufmerksam zu machen, wenn überhaupt beurkundet wird.

1096 - Ob in einem solchen Falle beurkundet werden darf, ist im Abschnitt über die Vermeidung des falschen Scheins geprüfter Gültigkeit zu erörtern; vgl. Ziff. 1196 ff.

c) Unteilbarkeit des Wissens der Urkundsperson

1097 - *Im Beurkundungsverfahren fällt alles Wissen, über welches die Urkundsperson verfügt, in Betracht, unabhängig von der Quelle, aus welcher ihr dieses Wissen zugekommen ist.*

1098 - *Verfügt eine Urkundsperson über Wissen, das sie wegen anderweitiger Geheimhaltungspflichten im Beurkundungsverfahren nicht offenlegen kann, welches ihr aber die Beurkundung in dem von den Sachbeteiligten nachgesuchten Sinne verunmöglicht, so hat sie in den Ausstand zu treten und für ihre Person die Teilnahme am Beurkundungsverfahren abzulehnen.*

Fn 288 - Die Urkundsperson darf sich damit begnügen, die Urteilsfähigkeit einer volljährigen Person zu vermuten, solange keine Indizien für das Vorliegen einer Urteilsunfähigkeit erkennbar sind.

Fn 289 - Die Urkundsperson darf sich diesbezüglich in der Regel mit den mündlichen Erklärungen der Erschienenen begnügen.

Fn 290 - Eine gültig erteilte Vollmacht kann bis zum Zeitpunkt der Beurkundung bereits wieder gültig widerrufen worden sein, ohne dass der Inhaber der Vollmacht diesen Umstand gegenüber der Urkundsperson offenlegt.

****S. 321****

1099 - Erläuterung: Eine Trennung von amtlich erlangtem, "offiziell" Wissen und anderen Kenntnissen (welche die Urkundsperson aus den Medien, aus persönlichem Gespräch, aus ihrer Anwaltstätigkeit oder Amtstätigkeit in anderen Ämtern erlangt haben mag) ist nicht statthaft²⁹¹. Das Beurkundungsverfahren ist diesbezüglich mit den Verfahren kontradiktorischer Wahrheitsfindung nicht vergleichbar.

1100 - Bei den Verfahren kontradiktorischer Wahrheitsfindung entstehen zweierlei Wahrheiten, nämlich die im Verfahren gemäss verfahrensrechtlichen Beweisregeln erstellte "Verfahrenswahrheit" auf der einen Seite, das persönlich-subjektive Fürwahrhalten der Richter oder Beamten andererseits. Eine Information, die unter Verletzung von Verfahrensregeln in den Verfahrensstoff hineingelangt, ist aus demselben wieder zu entfernen - selbst wenn der Richter keinen Zweifel an ihrer Wahrheit hat. Der Richter muss in einem solchen Falle sein privates Wissen und sein amtliches Nichtwissen klar trennen. Die prozessualen Beweisregeln führen dazu, dass ein Richter als Privatperson zuweilen weiss, was er als Amtsperson "nicht weiss".

1101 - Zu einer derartigen Unterteilung ihres Wissens in amtliches und privates Wissen, oder in "Anwalts-" und "Notariatswissen", ist die Urkundsperson nicht befugt. Während das Prozessverfahren Wahrheit nur inter partes schafft und also zwischen der "Verfahrenswahrheit inter partes" und der objektiven, ausserprozessualen Wahrheit unterschieden werden kann und zuweilen sogar werden muss, beansprucht die öffentliche Urkunde Wahrheitsgeltung gegenüber jedermann - gegenüber der Öffentlichkeit²⁹².

1102 - Sodann fehlen im Beurkundungsverfahren formalisierte Beweisregeln. Jedes Wissen, das der Urkundsperson auf irgendeine Weise zukommt, ist relevant. Gerade weil die Vorbereitung des Beurkundungsvorganges verfahrensrechtlich nicht strukturiert ist, kann die Urkundsperson keine Unterscheidung treffen zwischen Informationen, die ihr innerhalb und ausserhalb eines bestimmten Verfahrens zugekommen sind. Für die Wahrung von Treu und Glauben steht sie - ebenso wie für die Wahrheit ihrer Zeugnisse innerhalb der Urkunde - mit ihrer ganzen Person ein. Sie kann nicht Dinge beurkunden, die gemäss ihrer privaten Kenntnis eine Treuwidrigkeit oder Unwahrheit darstellen, und sie könnte ein solches Verhalten nicht damit rechtfertigen, dass der Vorgang aufgrund ihrer amtlich erlangten Kenntnisse als korrekt zu beurteilen gewesen ist.

Fn 291 - Vgl. in diesem Sinne den Entscheid des Genfer Tribunal Administratif vom 30.4.1980 i.S. Mme Rose Marie C., SemJud 1981 S. 7-12, insbesondere S. 12: "...et ne saurait faire abstraction de faits ou de rapports juridiques connus de lui," ferner gleichlautend der Entscheid der gleichen Instanz vom 14.3.1979, RDAF 1981 S. 345-352 (351).

Fn 292 - Vgl. hiezu auch Ziff. 2719.

****S. 322****

1103 - Die Unteilbarkeit des notariellen Wissens ist begründet in der unverzichtbaren Glaubwürdigkeit der Urkundsperson. Die Urkundsperson bezeugt bestimmte Dinge mit öffentlichem Glauben als wahr. Die Wahrheits-Bezeugung steht im Zentrum der Beurkundungstätigkeit²⁹³. Für die Wahrheitsbezeugung mit öffentlichem Glauben disqualifiziert sich, wer gegen sein persönliches Wissen Zeugnis ablegt²⁹⁴.

§ 36 Wahrheitspflichten der verfahrensbeteiligten Privatpersonen

1104 - *Bei der Beurkundung individueller Erklärungen unterstehen sämtliche Erschienenen, welche solche Erklärungen abgeben, d.h. die Sachbeteiligten und deren Stellvertreter, in beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht*²⁹⁵.

1105 - Die Wahrheitspflicht besteht gegenüber dem Staat bzw. der Öffentlichkeit; diese wird im Beurkundungsverfahren vertreten durch die Urkundsperson²⁹⁶.

Fn 293 - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 43, N 168 zählt die Wahrheitspflicht zu-treffend zu den bundesrechtlichen Anforderungen an die öffentliche Beurkundung, unter Verweis auf HANS HUBER, ZBGR 68 (1987) S. 49 (Anmerkung zu BGE 111 III 33 ff.): "Die das Recht der öffentlichen Beurkundung beherrschende Wahrheitspflicht..."

Fn 294 - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 44, N 170: Die Urkundsperson darf "in der öffentlichen Urkunde keine Feststellung treffen, von der sie weiss, dass sie nicht stimmt" (unter Berufung auf BGE 90 II 281); in gleichem Sinne PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechts-belehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (416).

Fn 295 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 81, N 6 zu Art. 29 NG BE: "Die Übereinstimmung der Urkunde mit den Willenserklärungen allein genügt nicht. Die Erklärungen der Urkundsparteien sollen ihrerseits wahr sein." - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 90 § 17.4: "Mit der Rogation beginnt für die Urkundspartei die Wahrheits-pflicht gegenüber dem Notar." - Richtigerweise müsste man diese Rechtspflicht als Wahrhaftigkeitspflicht be-zeichnen. Nicht die Erklärung objektiver Wahrheit ist Inhalt der Rechtspflicht, sondern die Erklärungsabgabe gemäss dem subjektiven Fürwahrhalten, d.h. die wahrhaftige Erklärungsabgabe. Inhalte, an deren Wahrheit der Erklärende zweifelt oder von deren Unwahrheit er überzeugt ist, dürfen erklärt werden, aber nicht in der indika-tivischen Form des Behauptens, sondern unter Signalisierung des Zweifels oder der Unwahrheit.

Fn 296 - In diesem Sinne wohl auch MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 90, § 17.4. Die Wahrheitspflicht der Verfahrensbeteiligten kann nicht als eine gegenüber der Urkundsperson persönlich bestehende Pflicht qualifiziert werden.

S. 323

1106 - Wird bei der Beurkundung individueller Erklärungen ein Sachbeteiligter durch einen Stellvertreter vertreten, so gilt die beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht grundsätzlich nicht nur für den erschienenen Stellvertreter, sondern auch für den abwesenden Sachbeteiligten. Immerhin äussert sich auch hier die Unvollkommenheit des Beurkundungsverfahrens, welche sich einstellt, sobald durch Stellvertreter gehandelt wird. Die Urkundsperson kann den abwesenden Sachbeteiligten nicht zur Wahrheit ermahnen und sie hat nicht die Möglichkeit des direkten Gesprächs, um den wirklichen Willen zu erforschen und die Wahrheit der abgegebenen Erklärungen zu kontrollieren.

1107 - Bei den Protokollierungen stehen die für die Durchführung der Veranstaltung verant-wortlichen Personen unter Wahrheitspflicht bezüglich jener Erklärungen, welche sich auf den Verfahrensverlauf beziehen (erfolgter Einladungsversand, Zahl der Anwesenden, erreichte Quoren, Zahl und Gültigkeit eingetroffener Vollmachten, Stimmenverhältnisse bei Abstimmun-gen, etc.). Stellt die Urkundsperson fest, dass eine solche Person trotz Ermahnung zur Wahrheit unwahre Erklärungen zum Verfahrensverlauf abgibt, so ist das eingeleitete Beurkundungsver-fahren abzubrechen. - Erklärungen von Veranstaltungsteilnehmern, die sich nicht auf den Ver-fahrensverlauf beziehen, sondern auf den Inhalt der zu fassenden Beschlüsse, wie Erläuterung von Anträgen, Mitteilungen über Belange des betreffenden Verbandes etc., unterstehen auch dann keiner beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht, wenn sie rechtserheblich sind und nota-riell protokolliert werden²⁹⁷.

1108 - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen sind unwahre Auskünfte gegenüber der Urkundsperson rechtswidrig, wenn die Auskunftsperson das Entstehen einer unwahren öffentli-chen Urkunde beabsichtigt oder in Kauf nimmt (Erschleichen einer falschen Beurkundung, Art. 253 StGB).

1109 - Erläuterung: Aus den Urkundendeliktstatbestände des Strafrechtes ergibt sich die Unterlas-sungspflicht (das Verbot), unwahre Urkunden zu schaffen: das Lügenverbot gemäss Art. 251 und 253 StGB. Geschütztes Rechtsgut ist die Urkunde, nicht die Wahrheit als geistiger Wert.

1110 - Die beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht ist demgegenüber als eine positive Handlungspflicht zu verstehen. Die im Strafrecht unumgängliche Unterscheidung zwischen strafbarer und strafloser schriftlicher Lüge kann nicht dazu dienen, die beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflichten der zu Urkund erklärenden Personen zu relativieren. Stellt die Urkundsperson fest, dass eine zu Urkund erklärende Person trotz Ermahnung zur Wahrheit an einer nachweislich unwahren Erklärungsabgabe festhält, so ist das eingeleitete Beurkundungsverfahren abzubrechen, und zwar auch dann, wenn die betreffende Erklärung weder rechtserheblich (im Sinne des strafrechtlichen Urkundenbegriffs) ist noch durch ihre Beurkundung öffentlichen Glauben (im Sinne von Art. 9 ZGB) gewinnt.

Fn 297 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 82, N 6 zu Art. 29 NG BE.

****S. 324****

1111 - Die beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht ist als positive Verhaltenspflicht zu qualifizieren, und zwar bezogen auf die Erklärungsabgabe gegenüber der Urkundsperson. Der Urkundsperson muss eine rechtliche Grundlage zur Verfügung stehen, die Verfahrensbeteiligten mit amtlicher Autorität zur Wahrheit zu ermahnen und das Beurkundungsverfahren gegebenenfalls abzubrechen, wenn die Entstehung eines unwahren Dokumentes zu befürchten ist²⁹⁸. Die Urkundsperson muss hiezu auch dann befugt sein - und sie hat hiezu gegebenenfalls als verpflichtet zu gelten -, wenn die Erfüllung eines Straftatbestandes nicht zu gewärtigen ist²⁹⁹.

1112 - Auch die an einem Beurkundungsverfahren teilnehmenden Stellvertreter stehen in der beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht. Wahrheitswidrige Instruktion der sachbeteiligten Vollmachtgeber kann den gutgläubigen Stellvertretern hingegen nicht als Verschulden zugerechnet werden. Der Vollmachtgeber seinerseits entgeht seiner beurkundungs-strafrechtlich sanktionierten Wahrheitspflicht nicht dadurch, dass er einen gutgläubigen, falsch instruierten Stellvertreter vorschickt, sondern er macht sich in diesem Falle der mittelbaren Falschbeurkundung³⁰⁰ oder des Erschleichens einer falschen Beurkundung schuldig.

1113 - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen werden in der Regel keine Privaterklärungen zu Urkund oder zu Protokoll abgegeben, sondern es werden gegenüber der Urkundsperson Auskünfte erteilt. Auskunftspersonen können nicht als Verfahrensbeteiligte in beurkundungsrechtlichem Sinne gelten. Ihre Auskünfte haben nicht den Charakter der Erklärungsabgabe innerhalb eines Verfahrens. Solche Auskunftserteilung kann demzufolge nicht mit dem Begriff der positiven beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht, sondern nur mit dem negativen Begriff des Verbots gemäss Art. 253 StGB erfasst werden.

Fn 298 - Vgl. Genfer Tribunal Administratif, Entscheid vom 14.3.1979, RDAF 1981 S. 345-352 (351): "Lors de la rédaction et de l'instrumentation d'un acte, tout officier public a l'obligation de respecter les formes et l'ordre requis par la loi (art. 8 à 14 LN) et de n'attester que les faits constatés par lui. ... et ne saurait faire abstraction de faits ou de rapports juridiques connus de lui. Il est ainsi tenu de refuser son ministère, si une déclaration de volonté apparaît inexacte. La violation de ces devoirs et de la LN est susceptible d'entraîner la responsabilité disciplinaire du notaire".

Fn 299 - In diesem Sinne postuliert MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 81, N 6 zu Art. 29 NG BE, eine Verpflichtung der Urkundsperson, mit der Beurkundung zuzuwarten, bis die allfälligen Zweifel behoben sind.

Fn 300 - So STRATENWERTH, Strafrecht BT II (3.A. 1984) S. 185, N 46; BGE 71 IV 137.

****S. 325****

§ 37 Klarheitspflicht

1114 - Bei der Formulierung öffentlicher Urkunden ist die Urkundsperson verpflichtet, Klarheit anzustreben³⁰¹. Erfordert ist jene Klarheit des Wortlautes, die im Zeitpunkt der Beurkundung sprachlich möglich und rechtlich nötig ist.

1115 - Die Urkundsperson darf unklare oder mehrdeutige Formulierungen auch dann nicht in die Urkunde aufnehmen, wenn die zu Urkund erklärenden Personen dies verlangen³⁰².

1116 - Erläuterung: Die Regel ist zu verdeutlichen in ihrem Gegensatz zur (zulässigen) Unklarheit bei anwaltlicher Formulierungstätigkeit. Bei Vertragsverhandlungen sieht eine Partei oft Risiken und Chancen, an welche die Gegenpartei nicht denkt, und bemüht sich aufgrund ihres Wissensvorsprungs, die Gespräche um heikle Punkte herumzumanövrieren und Vertragsformulierungen zu finden, welche durch ihre Lückenhaftigkeit, Mehrdeutigkeit oder Unklarheit ein Maximum an Vertragsvorteilen für die wissende Partei bieten, ohne dass die Gegenpartei sich dieses Umstandes bewusst wird und entsprechende Gegenleistungen verlangt. Für den verhandlungsführenden und formulierenden Rechtsanwalt gibt es keine Rechtspflicht, die Gegenpartei alles wissen zu lassen, woran er selber denkt, und es gibt keine Rechtspflicht, die Erwägungen offenzulegen, aus denen er eine bestimmte Formulierung vorschlägt oder nicht vorschlägt.

1117 - Im Gegensatz zum Rechtsanwalt hat die Urkundsperson die zu Urkund erklärenden Personen rückhaltlos und offen auf alle vertragswesentlichen Punkte, auch auf die heiklen und vielleicht noch nicht diskutierten, anzusprechen. Bemühte sich eine Partei in kluger Voraussicht um lückenhafte oder unklare Formulierungen, bei welchen sie später die nichtsahnende Gegenpartei zu deren Nachteil behaften kann, so ist die Rolle der Urkundsperson notwendigerweise diejenige der Aufklärerin: Sie hat die Karten aufzudecken und der ahnungslosen Partei die Risiken bewusst zu machen, welche mit der betreffenden Formulierung verbunden sind.

1118 - Die Urkundsperson darf unklare Formulierungen aber auch dann nicht in die Urkunde aufnehmen, wenn sämtliche Parteien dies übereinstimmend verlangen, etwa weil sie eine nichtssagen- de Formulier-

Fn 301 - Vgl. ZH EGZGB § 239 Abs. 3; BE NG Art. 29 Abs. 2; FR NG Art. 24 Abs. 3; ferner WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (20); MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 82, N 8; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 94, verlangt, dass die Urkunde den Willen des Erklärenden deutlich zum Ausdruck bringt.

Fn 302 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 82, N 8 zu Art. 29 NG BE.

****S. 326****

ung für einen bedeutsamen, den Parteien beidseits wohlbekannten Inhalt wählen möchten, um die Aufmerksamkeit von Bewilligungs- oder Steuerbehörden nicht auf die Tragweite einer bestimmten Absprache hinzulenken. Denn es gibt zuweilen das Anliegen und redaktionstechnisch auch durchaus die Möglichkeit, im Verhältnis zwischen den Parteien die Form der öffentlichen Beurkundung für eine bestimmte Absprache zu erfüllen, die Formulierung aber so zu wählen, dass Dritte die Bedeutung nicht richtig zu erkennen vermögen.

§ 38 Wahrung bestimmter Interessen Dritter (Treu und Glauben im Verkehr)

1119 - Die besonderen Amtspflichten der Urkundsperson in bezug auf die Interessewahrung der Urkunden-Adressaten wurden oben, Ziff. 518, dargestellt.

1120 - Eine weitere Kategorie von Schutzbefohlenen der Urkundsperson sind jene am Beurkundungsverfahren nicht beteiligten Personen, deren Rechte durch das beurkundete Geschäft berührt werden; die Urkundsperson ist von Amtes wegen verpflichtet, eine Verletzung bestehender Rechte Dritter zu verhindern³⁰³.

1121 - Erhält die Urkundsperson Kenntnis von schutzbedürftigen Rechten Dritter, so darf sie mit diesen Drittpersonen nicht ohne die Ermächtigung seitens der Sachbeteiligten oder ihrer Stellvertreter den Kontakt aufnehmen.

1122 - Hat die Urkundsperson Kenntnis von nur möglicherweise bestehenden Rechten Dritter, bestreiten die zu Urkund erklärenden Personen das Bestehen solcher Rechte mit einer glaubhaften Begründung und verweigern sie der Urkundsperson zugleich die Ermächtigung, die (bestrittenerweise, potentiell) Drittberechtigten über das abzuschliessende Geschäft zu informieren, so ist die Urkundsperson zur Beurkundung verpflichtet; sie darf die Vornahme der Beurkundung nicht solange ablehnen, bis die Rechtslage abschliessend geklärt ist.

1123 - Erläuterung: Auch wenn den Schutz von Drittinteressen nicht als das primäre Ziel des Beurkundungswesens qualifizieren kann, so wäre

Fn 303 - CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 114; VS Art. 15: Die Verurkundung ist abzulehnen, wenn der Notar vermutet, "dass das vorgesehene Rechtsgeschäft Drittpersonen in ihren Rechten verletzen würde". BS NG § 1 Abs. 2: "Sie [die Notare] dürfen zu nichts die Hand bieten, was mit Recht und guter Sitte unvereinbar ist; vielmehr haben sie in ihrem Bereiche nach Kräften dafür zu sorgen, dass im Rechtsleben öffentliche Treue und Glauben gewahrt wird."

****S. 327****

doch unerträglich, dass eine öffentliche Urkundsperson, und damit indirekt der Staat, eine Rechtsgestaltung zu verwirklichen mithilft, welche eine Verletzung bestehender Rechte Dritter darstellt. Bei arglistigem Tun wirkt die Urkundsperson nicht mit.

1124 - Zu solcherart schutzberechtigten Dritten gehören bei Kaufgeschäften die Vorkaufsberechtigten, die Erstkäufer (im Falle eines Zweitverkaufs bzw. Doppelverkaufs der gleichen Sache vor Vollzug eines bereits stipulierten Verkaufsversprechens³⁰⁴) und die Gewinnanteilsberechtigten. Wollen die Sachbeteiligten in einer für die Urkundsperson erkennbaren Weise die Rechtsausübung solcher Personen vereiteln, so ist die Beurkundung abzulehnen. Die Urkundsperson kann sich nicht mit der Erwägung rechtfertigen, die um ihre Rechte verkürzten Dritten hätten es in der Hand, Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Der Schadenersatzanspruch ist oft kein gleichwertiger und vor allem kein gleichartiger Ersatz, und er bedarf zu seiner Durchsetzung meist eines aufwendigen und riskanten Zivilprozesses.

1125 - Nicht zum Kreise schutzberechtigter Dritter gehören bei der Beurkundung letztwilliger Geschäfte die Inhaber erbrechtlicher Anwartschaften³⁰⁵. Die Beurkundung einer pflichtteilsverletzenden letztwilligen Verfügung stellt keine Widerrechtlichkeit und keine Verletzung von Treu und Glauben dar. Der Erblasser schuldet seinen Pflichtteilserben nichts, weder bestimmte Nachlassquoten noch einen bestimmten Wert der Erbschaft. Sein Bestreben, den Erbgang anders zu ordnen als was von Gesetzes wegen vorgesehen ist, kann aus diesem Grund nicht widerrechtlich sein, solange es offen geschieht und keine Hinterziehung von Nachlasswerten stattfindet. Hier hat die Urkundsperson zwar auf die Anfechtbarkeit im Rahmen ihrer Belehrungspflicht hinzuweisen, aber sie darf die Beurkundung nicht ablehnen.

1126 - Unzulässig ist die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung, wenn sich diese in erkennbarer Weise auf Vermögen bezieht, welches den Pflichtteilserben hinterzogen werden soll. Der rechtliche Unterschied zwischen Pflichtteilsverkürzung und Nachlasshinterziehung

Fn 304 - Dies jedenfalls dann, wenn der erste Käufer mit seinen vertraglichen Leistungen nicht im Verzug ist. Käuferverzug dürfte als Entscheidungsmotiv dem Urteil der II. Zivilkammer SG vom 26.6.1970, SGGVP 1970 Nr. 7, S. 24-27, zugrund gelegen haben, wo finanzielle Haftung des Kantons wegen rechtswidrig abgelehnter Beurkundung eines Zweitverkaufs bejaht wurde. In casu hatt der Verkäufer am 12.4.1965 ein erstes Mal zu Fr. 140'000.-- verkauft, den Kauf aber nicht vollziehen können. Am 9.9.1966 wollte der Verkäufer einen zweiten Kaufvertrag über das gleiche Grundstück mit einem anderen Käufer zum Preis von Fr. 100'000.-- beurkunden lassen. Der Beamte verweigerte die Beurkundung, da keine Verzichtserklärung des ersten Käufers vorgelegt wurde. Hierauf desinteressierte sich auch der zweite Käufer. Der Verkäufer konnte erst am 3.5.1968 an einen dritten Interessenten zu Fr. 85'000.-- verkaufen.

Fn 305 - Gleicher Meinung CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 114: "Es ist dem Notar erlaubt, eine letztwillige Verfügung zu verurkunden, die das Pflichtteilsrecht verletzt."

****S. 328****

besteht darin, dass der erste Tatbestand als Schaffung eines rechtmässigen, aber anfechtbaren (von den Erben umgestaltbaren) Rechtszustandes, der zweite als die Vorbereitungshandlung zu einer rechtswidrigen Sachlage zu qualifizieren ist.

1127 - Dem nur möglicherweise (aus unklarem oder bestrittenem Rechtsgrund) berechtigten Dritten darf durch das Beurkundungsobligatorium nicht eine Verhinderungs- oder Verzögerungsmöglichkeit und damit ein faktisches Druckmittel zugespielt werden, aus seinem (möglicherweise nicht bestehenden) Recht Vorteile zu erlangen³⁰⁶.

§ 39 Wahrung bestimmter Interessen des Staates

1128 - *Der Urkundsperson obliegt die Wahrung zweier verschiedener Kategorien staatlicher Interessen, nämlich*

1129 - 1. *die Wahrung des allgemeinen staatlichen Ordnungsinteresses und*

1130 - 2. *die Wahrung bestimmter staatlicher Fiskalinteressen.*

1131 - *Das von der Urkundsperson zu wahrende staatliche Ordnungsinteresse wird konkretisiert durch das Verbot der Mitwirkung an rechts- oder sittenwidrigen Geschäften, ferner durch eine vom kantonalen Recht zuweilen vorgesehene Pflicht zur Strafanzeige in bestimmten Situationen, wenn der Urkundsperson in ihrer amtlichen Funktion strafbare Handlungen zur Kenntnis kommen*³⁰⁷.

1132 - *Die Wahrung staatlicher Fiskalinteressen wird konkretisiert durch gewisse notarielle Meldepflichten*³⁰⁸.

1133 - *Im Rahmen der Rechtsberatung und der Gestaltung der beurkundeten Geschäfte ist die Urkundsperson zur Steuerberatung befugt, aber nicht ver-*

Fn 306 - A.M. CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 114: "Zweifelt der Notar daran, ob ein Geschäft rechtswidrig ist oder gegen die guten Sitten verstösst, wird er die Verurkundung ablehnen." - In gleichem Sinne VS Art. 15, wonach die Beurkundung abzulehnen ist, wenn der Notar vermutet, "dass das vorgesehene Rechtsgeschäft Drittpersonen in ihren Rechten verletzen würde". Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung kann eine blosser Vermutung nicht genügen, um die notarielle Weigerung zu rechtfertigen.

Fn 307 - BS NG § 8 Abs. 1: "Die Notare haben alle strafbaren Handlungen, von denen sie in ihrer amtlichen Stellung Kenntnis erhalten, zuständigen Ortes anzuzeigen."

Fn 308 - Vgl. hiezu hinten, Ziff. 1182.

****S. 329****

*pflichtet*³⁰⁹. *Übernimmt sie solche Beratung, so muss die Beratung qualitativ einwandfrei sein*³¹⁰, d.h. die Urkundsperson ist in diesem Falle zur Aufzeigung der einschlägigen Gestaltungsmög-

lichkeiten und der damit verbundenen Vor- und Nachteile steuerlicher und anderer Art verpflichtet; es besteht grundsätzlich keine Pflicht der Urkundsperson, Gestaltungen zu empfehlen, welche dem Staat einen nachhaltigen Steuerertrag beschieren. Hingegen erteilt sie keine Hinterziehungsberatung.

1134 - Erläuterung: Die notarielle Pflicht zur **Strafanzeige** bedarf der einschränkenden Interpretation. Vgl. hierzu hinten, Ziff. 1184.

1135 - Für die notarielle Pflicht, staatliche **Fiskalinteressen** zu wahren, gilt folgendes: Obgleich die Urkundsperson bezüglich der Hinterziehung von Einkommens- und Vermögenssteuern keine Anzeigepflicht hat, sondern diesbezüglich unter Geheimhaltungspflicht steht, ist ihr aufgrund ihrer staatlichen Amtsverleihung jede Mitwirkung und Mithilfe bei Hinterziehungshandlungen verwehrt, und zwar auch in der Form der Beratung. Entsprechende Beratungsanliegen werden an die Urkundsperson namentlich im Rahmen der Nachlassplanung herangetragen, wenn steuerhinterzogenes Vermögen vorhanden ist, welches nach dem Wunsch der Sachbeteiligten rechtlich abgesichert und konfliktfrei, aber ausserhalb des erbsteuerlich erfassten Nachlasses auf bestimmte Erben und Legatäre übergehen soll. Die pflichtgemäss handelnde Urkundsperson tritt auf solche Beratungsanliegen nicht ein, und sie lehnt die Vornahme von Beurkundungen ab, welche spezifisch darauf abzielen, steuerhinterzogenes Vermögen unter Wahrung des Geheimnisses bestimmten Destinatären zukommen zu lassen.

§ 40 Amts- und Berufsgeheimnis

1136 - Die staatlich beamtete Urkundsperson untersteht dem Amtsgeheimnis³¹¹, die freiberuflich tätige dem Berufsgeheimnis³¹².

Fn 309 - Zu notariellen Belehrungspflicht bezüglich der steuerlichen Folgen des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1750, zur Steuerberatung Ziff. 1818 und 654.

Fn 310 - Unzutreffend wohl ALFRED SANTSCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) 1-16 (11), welcher in dem Umfang, in welchem die Beratung nicht zu den gesetzlichen Amtspflichten der Urkundsperson gehört, eine mildere Haftung für Beratungsfehler postuliert.

Fn 311 - Art. 320 Abs. 1 StGB.

Fn 312 - Art. 321 Abs. 1 StGB: "... Notare ... sowie ihre Hilfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, werden, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft." - BE NG Art. 31: "Der Notar hat über Tatsachen, welche ihm die Beteiligten beruflich anvertraut haben oder die er für sie beruflich erfahren hat, Stillschweigen zu bewahren. Er darf unbefugten Dritten keine Einsicht in Schriftstücke gewähren, welche solche Tatsachen enthalten." - LU BeurkG § 19 Abs. 1: Verschwiegenheitspflicht der Notare über ihre notarielle Tätigkeit und die Wahrnehmungen, welche sie dabei machen. - BS NG § 7: "In allen Fällen, wo die Parteien Verschwiegenheit erwarten, hat der Notar sie auf das strengste zu beobachten, insbesondere auch bei Errichtung oder Aufhebung von Eheverträgen, letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen". - GE LN Art. 7: "Le notaire ne peut révéler les secrets qui lui sont confiés en vertu de sa profession ou dont il a eu connaissance dans l'exercice de celle-ci."

****§. 330****

1137 - Erläuterung: Der zur Durchsetzung der Geheimhaltungspflicht geschaffene Straftatbestand gehört seit Inkrafttreten des Strafgesetzbuches (1942) dem Bundesrecht an; unter welchen Voraussetzungen die Geheimnisverletzung strafbar ist, bestimmt sich ausschliesslich nach Bundesrecht. Der Begriff des strafrechtlich geschützten Amts- bzw. Berufsgeheimnisses der Urkundspersonen gehört demgemäss dem Bundesrecht an. Kantonale Vorschriften über die Geheimhaltungspflicht müssen seit 1942 als Konkretisierung des bundesrechtlichen Begriffs des strafrechtlich geschützten Amts- bzw. Berufsgeheimnisses der Urkundspersonen betrachtet werden und können nur in jenem Rahmen Bestand haben, der durch das Bundesrecht vorgegeben ist.

1. Sachlicher Geltungsbereich

1138 - *Die von der Geheimhaltungspflicht erfasste Information umfasst alles, was die Urkundsperson im Hinblick auf eine Beurkundung von den Sachbeteiligten und von deren Vertretern erfährt, ferner alles, was sie bei deren Vorbereitung, Durchführung und beim Vollzug des beurkundeten Geschäftes aus Mitteilungen der erwähnten Personen oder durch eigene Sachverhaltsermittlung erfährt.*

1139 - *Der Geheimhaltung unterliegt Information auch dann, wenn die Beurkundung, für welche die Information entgegengenommen wurde, nicht stattfindet.*

1140 - *Von der Geheimhaltung ausgenommen sind Tatsachen, die allgemein³¹³ bekannt sind oder von jedermann in einem öffentlichen Register eingesehen werden können³¹⁴. Keine Geheimhaltungspflicht besteht gegenüber Personen und Stellen, denen eine Information im Rahmen der notariellen Geschäftserledigung offengelegt werden muss.*

Fn 313 - Individuelle Kenntnis entbindet nicht von der Geheimhaltungspflicht. Auch die Bestätigung einer dem Dritten persönlich bereits bekannten Tatsache verletzt das Geheimnis; BGE 75 IV 73.

Fn 314 - BE NG Art. 31 Abs. 4.

****S. 331****

1141 - Erläuterung: Der Gegenstand der Geheimhaltungspflicht kann weder aufgrund der Herkunft noch aufgrund des Inhaltes einer Information bestimmt werden. Die Geheimhaltungspflicht umfasst nicht nur, und nicht alles, was die Verfahrensbeteiligten der Urkundsperson mitteilen ("anvertrauen"), sondern auch Dinge, welche die Urkundsperson von Dritten und aufgrund eigener Ermittlung erfährt³¹⁵. Ferner umfasst die Geheimhaltungspflicht nicht nur, und nicht alles, was die persönlichen Angelegenheiten der Verfahrensbeteiligten betrifft, sondern auch Belange Dritter, von welche die Urkundsperson im Rahmen eines Beurkundungsverfahrens Kenntnis erhält, so beispielsweise Dinge, welche ein Verfahrensbeteiligter in bezug auf seine Verwandten der Urkundsperson anvertraut.

1142 - Kriterium der Geheimhaltungspflicht ist, gemäss dem Wortlaut des Gesetzes, dass eine bestimmte Information der Urkundsperson "in ihrer Eigenschaft als Beamte" bzw. "infolge ihres Berufes" von der Klientschaft "anvertraut" worden ist, oder dass sie die Information "in ihrer amtlichen Stellung" bzw. "in Ausübung ihres Berufes wahrgenommen" hat³¹⁶.

1143 - Hierzu gehört vorweg die Tatsache der Klientenbeziehung als solcher.

1144 - Geheimnisgeschützt ist sodann die Gesamtheit der nicht allgemein bekannten Information über die Verfahrensbeteiligten und die diesen nahestehenden Personen, deren Verhältnisse, Absichten, Motive, welche der Urkundsperson anlässlich vorbereitender Abklärungen oder nach gestelltem Beurkundungsbegehren bis zum Abschluss eines Beurkundungsverfahrens zukommt.

1145 - Geheimnisgeschützt ist auch die Tatsache, dass die Urkundsperson ihrerseits den Verfahrensbeteiligten bestimmte Dinge mitgeteilt, sie in bestimmter Weise belehrt, ihnen zu dem Geschäft oder der gewählten Gestaltung zugeraten oder davon abgeraten hat.

1146 - Das Beurkundungsgeheimnis besteht nicht, soweit eine Offenlegung von Information für die Errichtung der Urkunde und den Vollzug des beurkundeten Geschäftes erforderlich ist³¹⁷. In diesem Umfang

Fn 315 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 89, N 4 zu Art. 31 NG BE; STRATENWERTH, Strafrecht BT I (3.A. 1983) S. 150, § 7 Ziff. 17; der Begriff des "Wahrnehmens" im Sinne von Art. 320 und 321 StGB umfasst nicht nur sinnliche Wahrnehmung, sondern alle Arten des Informationszuganges.

Fn 316 - Art. 320 und 321 StGB; STRATENWERTH, Strafrecht BT I (3.A. 1983) S. 150, § 7 Ziff. 17.

Fn 317 - BS NG § 12 enthält eine besondere Bestimmung über das Urkundengeheimnis: "Solche fernere Ausfertigungen einer notarialischen Urkunde darf der Notar an Dritte nur mit Zustimmung der Parteien, und bei deren Weigerung nur infolge richterlichen Entscheides verabfolgen." - Ähnlich GE LN Art. 10 (protection du secret des actes); zur Kenntnisgabe von Urkunden an andere Personen als die Verfahrensbeteiligten und ihre Erben wird auch hier eine richterliche Dispenszuständigkeit (Président du Tribunal de première instance) vorgesehen, während der Dispens für die

****S. 332****

ist stets das stillschweigende Einverständnis der geheimnisberechtigten Personen anzunehmen³¹⁸.

2. Persönlicher Geltungsbereich

1147 - Der Geheimhaltungspflicht unterstehen die Urkundsperson, ihre Mitarbeiter, Hilfspersonen, ferner die Dolmetscher³¹⁹ und die Beurkundungszeugen.

1148 - Die Urkundsperson sorgt gegenüber ihren Mitarbeitern, Hilfspersonen und den Dolmetschern für die Durchsetzung der Geheimhaltung durch sorgfältige Auswahl, arbeits- oder beamtenrechtliche Instruktion und Überwachung³²⁰, gegenüber den Beurkundungszeugen³²¹ durch sorgfältige Auswahl und verfahrensrechtliche Belehrung³²².

1149 - Bei Geschäften mit mehreren Beteiligten besteht keine Geheimhaltungspflicht bezüglich der das Geschäft betreffenden Information gegenüber einzelnen Verfahrensbeteiligten; die Urkundsperson darf alle geschäftsbezogene Information, die sie vom einen Beteiligten erhält, den andern Beteiligten offenbaren. Verlangt ein Beteiligter, dass geschäftsrelevante Information anderen Beteiligten nicht offengelegt werde, so hat die Urkundsperson gegebenenfalls die Beurkundung abzulehnen³²³.

mündliche Offenbarung von Berufsgeheimnissen in BS von der Justizkommission, in GE von der Commission de surveillance (Art. 7) erteilt wird.

Fn 318 - BS NG § 7 verlangt vom Notar demgemäss Verschwiegenheit nur dort, "wo die Parteien Verschwiegenheit erwarten, ..., insbesondere auch bei Errichtung oder Aufhebung von Eheverträgen, letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen".

Fn 319 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 128, N 6 zu Art. 1 ND BE.

Fn 320 - Die Einschränkung dieser Sorgfaltspflicht auf die Instruktion, welche in Art. 31 Abs. 2 BE NG vorgesehen ist, stellt einen ungenügenden Schutz des Amtsgeheimnisses dar. Erkennt die Urkundsperson die Unzuverlässigkeit, Schwatzhaftigkeit oder Prahlucht eines Mitarbeiters, Dolmetschers oder Beurkundungszeugen, so ist es mit der Belehrung bezüglich der Geheimhaltungspflicht nicht getan, sondern die Urkundsperson hat solche Personen von aller geschützten Information fernzuhalten.

Fn 321 - Zur Bedeutung und Funktion der Beurkundungszeugen vgl. Ziff. 385 ff.

Fn 322 - Die Beurkundungszeugen sind nicht als Untergebene der Urkundsperson zu betrachten; ihnen gegenüber hat die Urkundsperson keine arbeits- oder beamtenrechtliche Instruktions- und Beaufsichtigungskompetenz und -pflicht, sondern nur die beurkundungsrechtliche Pflicht sorgfältiger Auswahl und gehöriger Belehrung.

Fn 323 - Vgl. in diesem Sinne Genfer Tribunal Administratif, Entscheid vom 14.3.1979, RDAF 1981 S. 345-352 (351): "Son rôle [celui du notaire] de conseil lui imposait tout d'abord soit d'informer dès le début l'acheteur des droits des créanciers de Mme M., soit de refuser son ministère" (in casu hatte die Verkäuferschaft verlangt, dass ihre Verschuldung der Käuferschaft nicht offengelegt werde, wobei es sich offenbar um Grundpfandschulden gehandelt hatte).

****S. 333****

1150 - Wer Anspruch auf Aushändigung einer notariellen Urkunde oder auf die Erstellung einer Kopie hiervon hat oder hatte, ist auch später berechtigt, eine Kopie aus der notariellen Protokollsammlung des entsprechenden dortigen Belegs zu verlangen, gegen Erstattung der Kosten.

1151 - Gegenüber den Urkunden-Adressaten besteht keine Geheimhaltungspflicht bezüglich des Urkunden-Inhaltes, sofern die Urkundsperson zur Zustellung einer Urkunden-Ausfertigung an den Urkunden-Adressaten beauftragt oder von Amtes wegen dazu verpflichtet ist. Die Geheimhaltungspflicht besteht jedoch bezüglich aller Information, welche nicht in die Urkunde Eingang gefunden hat.

1152 - Erläuterung: Die Geheimhaltung betrifft nicht nur die einzelne Urkundsperson als Individuum, sondern einen bestimmten Personenkreis berechtigter ("interner") Informationsträger³²⁴, der abzugrenzen ist von allen übrigen, geheimnis-externen Personen. Alle berechtigten Informationsträger³²⁵ unterstehen ihrerseits wiederum dem notariellen Amts- oder Berufsgeheimnis oder einer anderweitig, strafrechtlich gleichermassen sanktionierten Geheimhaltungspflicht.

1153 - Zum innersten Kreis berechtigter Geheimnisträger gehören die Mitarbeiter und Hilfspersonen³²⁶ der Urkundsperson, ferner die Revisoren, wenn die Buchhaltung einer Urkundsperson revidiert wird. Dieser Kreis umfasst auch Volontäre und temporäre Arbeitskräfte³²⁷, ferner - beschränkt auf das betreffende Geschäft - die beigezogenen Dolmetscher und Beurkundungszeugen³²⁸.

1154 - Zum Kreis berechtigter Geheimnisträger gehören sodann die Mitglieder der Aufsichtsbehörde³²⁹, wenn ihnen aufgrund ihrer amtli-

Fn 324 - In diesem Sinne verbiete BE NG Art. 31 Abs. 1 dem Notar, "unbefugten", d.h. betriebs-externen Dritten Einblick in geschützte Information zu gewähren.

Fn 325 - Nicht zu den geheimnisverpflichteten Informationsträgern gehören die Klienten und ihre Stellvertreter bzw. jene Personen, welche die notarielle Dienstleistung in Anspruch nehmen bezüglich der Information, welche ihnen während des Beurkundungsverfahrens zukommt.

Fn 326 - Die Begriffe der Mitarbeiter und Hilfspersonen umfassen die mit der notariellen Tätigkeit befassten Personen auf allen Stufen, also Associés, Notariatsgehilfen, Schreibkräfte, nicht jedoch Ausläufer und Büroreinigungspersonal; vgl. STRATENWERTH, Strafrecht BT I (3.A. 1983) S. 150, § 7 Ziff. 16. Da die letztgenannten Personen zum geheimnis-externen Kreis gehören, ist ihnen gegenüber das Geheimnis zu wahren, d.h. es sind geheimnisrelevante Akten ausserhalb der Bürozeiten unzugänglich zu machen, sofern bei solchen Personen Neugierde festgestellt wird.

Fn 327 - Der Beizug von Schreibkräften, die von Unternehmen für Temporärarbeit zur Verfügung gestellt werden, ist rechtlich zulässig, sofern die Urkundsperson die nötige Instruktion bei Arbeitsbeginn erteilt. Aus Gründen der praktischen Durchsetzung der Geheimhaltung ist vom Beizug solcher Temporärkräfte jedoch abzuraten.

Fn 328 - So BE NG Art. 31 Abs. 2.

Fn 329 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 90, N 10c zu Art. 31 NG BE.

****S. 334****

chen Stellung³³⁰ geheimnisgeschützte Information zukommt. Die Informationsberechtigung der Aufsichtsbehörde ergibt sich unmittelbar aus dem Begriff der Aufsicht und bedarf keiner ausdrücklichen Regelung im kantonalen Gesetzesrecht.

1155 - Zum Kreis berechtigter Geheimnisträger gehören sodann im Falle des freiberuflichen Notariats die Fiskalbehörden, jedoch beschränkt auf die Steuerfaktoren der Urkundsperson und damit auf deren Buchhaltung³³¹. Die Urkundsperson darf den Fiskalbehörden keinen Einblick in Urkunden, Belegsammlung und Klientendossiers gewähren, sofern nicht diesbezüglich eine gesetzlich verankerte Meldepflicht (z.B. für die Veranlagung von Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuern bei Grundstücksgeschäften) besteht. Auch die Klientenkonti und -depots, d.h. die der Urkundsperson treuhänderisch anvertrauten Vermögenswerte, die im Eigentum der Klientschaft stehen, dürfen den Fiskalbehörden im Rahmen der Steuerveranlagung des Notars nicht offengelegt werden. Die Fiskalbehörden sind nicht berechtigt, Auskünfte und Belege zu verlangen, durch welche die Angelegenheiten von Notariatsklienten offenbart würden³³².

1156 - Zum Kreis berechtigter Geheimnisträger sollten schliesslich richtigerweise auch alle schweizerischen Zivil- und Verwaltungsjustizbehörden, ferner die Betreibungsbehörden gezählt werden, mit deren amtlicher Hilfe Beurkundungsgebühren und -spesen gegenüber dem Schuldner rechtlich geltend gemacht werden³³³.

1157 - Die Bestreitung oder Nichtbezahlung einer Notariatsrechnung impliziert klientenseitig die Inkaufnahme der rechtlichen Geltendmachung und muss in diesem Sinne als beschränkter Geheimhaltungsdispens qualifiziert werden. Dieser Geheimhaltungsdispens bezieht sich ausschliesslich auf jene Information, die unter dem Gesichtswinkel des Honorarstreits und -inkassos von Belang ist, nämlich auf die Tatsache der Klientenbeziehung und diejenige der Geltendmachung der Gebührenforderung, ferner auf die gebührenrelevante Natur und den Umfang der erbrachten Leistungen und auf die Widerlegung der vom Schuldner allenfalls geltend gemachten Einwendungen. Die Einholung eines Geheimhaltungsdispenses bei der Aufsichtsbehörde vor

Fn 330 - Dieser rechtliche Rahmen ist Voraussetzung. Die Urkundsperson, welche mit einem Mitglied der Aufsichtsbehörde im Privatgespräch über Klienten spricht, verletzt die Geheimhaltungspflicht; das Mitglied der Aufsichtsbehörde würde solche Information nicht in seiner amtlichen Stellung erfahren, und sie wäre insofern nicht mehr durch Art. 320 StGB geschützt.

Fn 331 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 90, N 10d zu Art. 31 NG BE; vgl. in diesem Sinne auch die Stellungnahme des OG LU als Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen vom 7.3.1975, LGVE 1975 I Nr. 278, S. 344/345.

Fn 332 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 90, N 10d zu Art. 31 NG BE.

Fn 333 - So sinngemäss MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 90, N 11 zu Art. 31 NG BE.

****S. 335****

jedem Honorarstreit ist mancherorts Übung³³⁴, muss aber als inhaltslose und rechtlich nicht begründbare Formalität qualifiziert werden³³⁵. Denn die Entschädigungsansprüche der Urkundsperson bzw. - beim Amtsnotariat - des Staates dürfen grundsätzlich nicht an der Geheimhaltungspflicht scheitern³³⁶. Zählt man die schweizerischen Justizbehörden, angesichts ihrer Unterstellung unter das Amtsgeheimnis gemäss Art. 320 StGB, zum geheimnis-internen Personenkreis und geht man ferner davon aus, dass der Honorarstreit auf Antrag des Klägers allemal unter Ausschluss der Öffentlichkeit zu führen ist³³⁷, so besteht kein Bedarf nach einem aufsichtsrechtlichen Geheimnisdispens³³⁸.

3. Aufhebung der Geheimhaltungspflicht in Einzelfällen

1158 - *Der Grundsatz der Geheimhaltungspflicht wird eingeschränkt durch bestimmte Mitteilungsbefugnisse bzw. Mitteilungspflichten der Urkundsperson.*

1159 - *Die Geheimhaltungspflicht von Amtsnotaren kann gemäss Art. 320 Ziff. 2 StGB aufgehoben werden durch die schriftliche Einwilligung der vorgesetzten Behörde. Eine entsprechende Entbindung durch private Einwilligung des Geheimnisherrn ist im Strafgesetzbuch nicht vorgesehen.*

Fn 334 - Vgl. MARTIN STERCHI, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, S. 144, N 4c zu Art. 41 (dort für Anwälte; die Problemstellung ist weitgehend die gleiche wie für Urkundspersonen).

Fn 335 - Zu Recht sieht das bernische Notariatsrecht einen solchen Geheimhaltungsdispens nicht vor; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 90, N 12 zu Art. 31 NG BE.

Fn 336 - Abzulehnen und jedenfalls nicht auf Urkundspersonen zu übertragen ist die für das Honorarinkasso von Anwälten entwickelte, von STERCHI, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, S. 144, N 4c zu Art. 41, dargestellten Praxis, wonach der Geheimhaltungsdispens nicht erteilt werden könne, wenn sich der Honorarstreit um Bagatellbeträge dreht. STERCHIS Begründung, dass der Anwalt "gehalten ist, angemessene Vorschüsse zu verlangen" und aus diesem Grund mit seinem Honorarinteresse bei kleinen Beträgen hinter das Geheimhaltungsinteresse des Klienten zurücktreten müsse, vermag nicht ohne weiteres zu überzeugen. Im Vor-

dergrund muss auch bei Bagatellbeträgen die Zahlungspflicht der Klientschaft stehen; nimmt sie um eines Bagatellbetrages willen das Inkassoverfahren mit seiner allfälligen Offenlegung geheimer Information in Kauf, so stellt sie dadurch ihr geringes Interesse an der Geheimhaltung unter Beweis.

Fn 337 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 90, N 11 zu Art. 31 NG BE.

Fn 338 - An eine Interessenabwägung und damit an einen durch die Aufsichtsbehörde allenfalls zu erteilenden Geheimhaltungsdispens ist zu denken, wenn die Urkundsperson das Honorarinkasso vor ausländische Behörden tragen muss, da diese nicht unter den vom schweizerischen Recht geregelten Geheimhaltungspflichten stehen und also wohl als "externe" Institutionen qualifiziert werden müssen.

****S. 336****

1160 - Die Geheimhaltungspflicht freiberuflicher Urkundspersonen wird aufgehoben durch die Einwilligung der geheimnisberechtigten Personen³³⁹ oder durch einen Geheimhaltungsdispens seitens der Aufsichtsbehörde, ferner durch eine der Urkundsperson im Einzelfall behördlich auferlegte Auskunftspflicht (namentlich prozessuale Zeugnispflicht) und durch gesetzlich auferlegte Melde- bzw. Anzeigepflichten.

1161 - Die Aufhebung bezieht sich, als Ausnahme von der Geheimhaltungspflicht, nur auf bestimmte Informationen, und sie wirkt nur zugunsten bestimmter informationsberechtigter Personen.

1162 - Erläuterung: Liegt ein Geheimhaltungsdispens vor, so ist die Weitergabe der geheimnisgeschützten Information in jenem Umfang und an jene Personen gerechtfertigt, welche vom konkreten Dispens abgedeckt sind³⁴⁰.

1163 - Bei der Beurkundung von Verträgen ist die der Urkundsperson im Rahmen des betreffenden Verfahrens zukommende Information "**parteioffentlich**", d.h. die Urkundsperson ist befugt, solche Information sämtlichen Verfahrensbeteiligten offenzulegen, soweit sie zum Schutze der Verfahrensbeteiligten vor Unbedacht und zwecks Belehrung hiezu verpflichtet ist. Dies ergibt sich aus der notarielle Unparteilichkeitspflicht, welche eine notarielle Wahrung von "Parteigeheimnissen" gegenüber anderen Verfahrensbeteiligten ausschliesst. Die Urkundsperson hat gegebenenfalls rechtzeitig klar zu machen, dass sie selber nicht erfahren darf, was andere Verfahrensbeteiligte nicht erfahren sollen.

1164 - Die Klienten und ihre Stellvertreter, ferner bei Protokollierungen die Veranstaltungsteilnehmer stehen unter keiner beurkundungsrechtlichen Geheimhaltungspflicht. Teilt die Urkundsperson also Information an die Verfahrensbeteiligten mit, so verlässt diese Information damit den geschlossenen Kreis geheimnispflichtiger Personen. Die Information wird dadurch aber nicht zur öffentlich bekannten. Während die Klienten und ihre Stellvertreter solche Information - in ihrer Eigenschaft als Geheimnisherren - nach eigenem Ermessen weitergeben dürfen, kommt der Urkundsperson die Stellung der geheimnisverpflichteten Person weiterhin zu.

1165 - Bei letztwilligen Verfügungen gilt nach dem Tode des Erblassers die Pflicht der Urkundsperson, ein bei ihr vorhandenes Original der zuständigen Nachlassbehörde einzureichen³⁴¹. Ist die Urkundsperson nicht Aufbewahrerin des Originals bzw. der für die Nachlassabwicklung bestimmten Ausfertigung, so hat sie grundsätzlich nichts heraus

Fn 339 - Vgl. GE LN Art. 7 Abs. 2: "Sans y être tenu, le notaire peut toutefois révéler un secret en cas de consentement de l'intéressé ...".

Fn 340 - Vgl. STRATENWERTH, Strafrecht BT I (3.A. 1983) S. 151, § 7 Ziff. 21.

Fn 341 - Art. 556 Abs. 1 ZGB.

****S. 337****

zugeben, auch nicht Fotokopien beurkundeter Verfügungen aus ihrer Protokollsammlung und erst recht nicht Fotokopien aus ihrem Beratungsdossier.

1166 - Unabhängig vom Beurkundungsgeheimnis und aus anderem Rechtsgrund obliegt der Urkundsperson die **Geheimhaltung bzw. die Nichtverwertung von Registerinhalten**, von denen sie aufgrund ihrer amtlichen Stellung als Urkundsperson Kenntnis erlangt hat. So haben die ansässigen Urkundspersonen an den meisten Orten freien Zugang zu den Grundbuchämtern ihres Bezirkes. Anwalts-Notare können sich auf diese Weise über den Grundstücksbesitz und die damit zusammenhängenden Rechtsverhältnisse und Belege (z.B. frühere Kaufverträge) ihrer Klienten oder allfälliger Gegenparteien informieren. Durch ihren freien Zugang zum Grundbuchamt unterstellt sich die Urkundsperson dem grundbuchlichen Amtsgeheimnis. Grundsätzlich muss demzufolge alle Beschaffung von Information, welche nicht unmittelbar einer bevorstehende Beurkundung dient, als Amtsmissbrauch der Urkundsperson qualifiziert werden. Sie darf solche Informationen aber auch dann, wenn sie ihr rechtmässig, d.h. zufällig und ohne missbräuchliche Ausforschungstätigkeit, im Grundbuchamt zugekommen sind, nur zum Zwecke jener Beurkundung verwenden, für welche diese Information rechtmässigerweise eingeholt werden durfte. Eine Weitergabe oder Verwertung solcher Information zu anderen Zwecken bedeutet eine Verletzung des grundbuchlichen Amtsgeheimnisses, nicht des Notariatsgeheimnisses.

a) Geheimhaltungsdispens des Geheimnisherrn

1167 - *Der Geheimhaltungsdispens kann nur vom Geheimnisherrn oder von der Aufsichtsbehörde erteilt werden. Geheimnisherrschaft ist in höchstpersönlichen Angelegenheiten unvererblich, in vermögensrechtlichen Angelegenheiten vererblich*³⁴².

1168 - *Die Einwilligung des Berechtigten ist an keine Form gebunden; jedoch sichert sich die vorsichtige Urkundsperson den Beweis der Einwilligung durch deren schriftliche Einholung.*

1169 - Erläuterung: Das Gesagte bedeutet konkret, dass den Erben nicht die Geheimnisherrschaft anfällt über die Information, welche der Erblasser der Urkundsperson anlässlich der Nachlassgestaltung anvertraut hat.

1170 - Die Entstehungsgeschichte der **letztwilligen Verfügung** gehört grundsätzlich dem unvererblichen Geheimnisbereich des Erblassers an, in den einzudringen weder Erben noch Vermächtnisnehmer noch ent-

Fn 342 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 89, N 8 zu Art. 31 NG BE.

****S. 338****

erbte Personen befugt sind. Das Berufsgeheimnis der Urkundsperson an diesen Informationen endet erst, wenn sie gegebenenfalls durch eine zuständige kantonale Behörde, namentlich durch eine Gerichtsbehörde in einem laufenden Beweisverfahren, zur Aktenedition bzw. zur Zeugenaussage, konform mit dem kantonalen Verfahrensrecht, aufgefordert wurde. Spontane Äusserungen der Urkundsperson über Wahrnehmungen, die sie anlässlich der Vorbereitung einer letztwilligen Verfügung im Umgang mit dem Erblasser gemacht hat, müssen als rechtswidrige Geheimnisverletzung qualifiziert werden.

1171 - Möchte die Urkundsperson von sich aus bestimmte Kenntnisse aus dem Testaments-Beratungsdossier nach Ableben des Erblassers den Erben oder Dritten verfügbar machen, so hat sie sich um einen Dispens seitens der Aufsichtsbehörde zu bemühen.

b) Geheimhaltungsdispens der Aufsichtsbehörde

1172 - Gemäss Art. 321 kann die Aufsichtsbehörde eine freiberuflich tätige Urkundsperson durch Erteilung einer schriftlichen Bewilligung von der Geheimhaltungspflicht entbinden³⁴³; die bundesrechtliche Strafbarkeit der im Rahmen des Dispenses handelnden Urkundsperson entfällt in diesem Falle auch dann, wenn das kantonale Recht die entsprechende Kompetenz der Aufsichtsbehörde nicht in ausdrücklichen Gesetzesvorschriften verankert hat³⁴⁴.

1173 - Erläuterung: Der Sinn einer solchen schriftlichen Bewilligung liegt nicht vor allem in der Verschiebung der Verantwortung von der Urkundsperson auf die Aufsichtsbehörde³⁴⁵, sondern in der Schaffung eines schriftlichen Belegs, dass die Offenbarung der geheimen Information aufgrund einer Interessenabwägung stattgefunden hat. Hinzu kommt, dass die Aufsichtsbehörde kraft ihrer Distanz zur konkreten Angelegenheit besser als die involvierte Urkundsperson in der Lage ist, die erforderliche Interessenabwägung objektiv vorzunehmen.

1174 - Klammert man Honorarstreitigkeiten aus³⁴⁶, so geht es bei der Interessenabwägung kaum jemals um die persönlichen Interessen³⁴⁷ der

Fn 343 - Vgl. GE LN Art. 7 Abs. 2: "Sans y être tenu, le notaire peut toutefois révéler un secret ... s'il a obtenu l'autorisation écrite de la commission de surveillance, qui n'est donné que si la révélation est indispensable à la protection d'intérêts supérieurs publics ou privés."

Fn 344 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 90, N 12 zu Art. 31 NG BE, vertritt demgegenüber die Auffassung, die bernischen Aufsichtsbehörden könnten den Notar nicht zur Preisgabe eines Berufsgeheimnisses ermächtigen, da das Notariatsgesetz keine solche Ausnahme kenne.

Fn 345 - Vgl. STRATENWERTH, Strafrecht BT I (3.A. 1983) S. 151, § 7 Ziff. 22.

Fn 346 - Dass das Honorarinkasso vor schweizerischen Justizbehörden richtigerweise ohne aufsichtsrechtlichen Geheimhaltungsdispens zulässig sein muss, wird oben, Ziff. 1157, begründet.

§. 339

Urkundsperson, welche abzuwägen wären gegenüber den Geheimhaltungsinteressen der Klientenschaft, sondern eher um öffentliche Interessen und Privatinteressen Dritter, welche den Dispens allenfalls rechtfertigen. Man denke an eine Urkundsperson, die anlässlich einer erbrechtlichen Beratung zur Auffassung gelangt, ein Klient bedürfe des vormundschaftlichen Schutzes, und welche eine entsprechende Anzeige an die zuständigen Behörden machen möchte; oder man denke an eine Urkundsperson, die Kenntnis von einem Streit um die Testamentsauslegung erhält und gewahr wird, dass sich aus ihrem Klientendossier die streitigen Fragen beantworten lassen.

1175 - Die Urkundsperson darf Anfragen von Behörden im Auslande und von ausländischen diplomatischen und konsularischen Vertretungen in der Schweiz über die aus Büchern und Akten des Notariates sich ergebenden Verhältnisse in der Regel nur aufgrund eines aufsichtsrechtlichem Geheimhaltungsdispenses beantworten³⁴⁸. Eine Ausnahme hievon macht die Übersendung von Ausfertigungen oder Fotokopien letztwilliger Verfügungen und Erbverträge an das mit einem Nachlass aktuell befasstes Nachlassgericht oder eine vergleichbare Behörde, wenn sich die Urkundsperson von der Zuständigkeit der betreffenden Behörde zweifelsfrei überzeugt hat; denn die systematische Beanspruchung einer Aufsichtsbehörde mit Dispensgesuchen, die ohne behördliches Beurteilungsermessen mit Sicherheit zu erteilen sind, müsste als unverhältnismässige Erschwerung der Verwaltungstätigkeit qualifiziert werden.

Fn 347 - Vgl. die Einschränkung der Dispensationsmöglichkeit auf Fälle eines erheblichen "persönlichen Interesses" des Fürsprechers in Art. 41 des bernischen Fürsprechergesetzes. - Die im bernischen Fürsprecher-Gesetz vorgesehenen Dispensationsgründe der Selbstverteidigung gegen Angriffe gegen die Ehre und gegen Vorwürfe in einem Disziplinar- oder Strafverfahren sind für Urkundspersonen kaum relevant. Wird der Urkundsperson beispielsweise in den Medien vorgeworfen, sie habe bei einem Akt der Erbschleicherei oder an einem Rechtsge-

schäft mit Übervorteilungs-Charakter mitgewirkt, so verteidigt sie sich richtigerweise nicht durch persönliche Stellungnahmen gegenüber der Öffentlichkeit, sondern dadurch, dass sie ein Disziplinarverfahren gegen sich selber einleitet. Die Disziplinarbehörden, d.h. die Aufsichtsbehörden haben vom Amtes wegen Zugang zur geheimen Information und können die Unbegründetheit der erhobenen Vorwürfe von Amtes wegen feststellen. Der betreffende Entscheid kann alsdann der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, ohne dass damit geheime Klienteninformation offenbart zu werden braucht.

Fn 348 - Es handelt sich um einen Grundsatz von allgemeiner Tragweite. Vgl. ZH NV § 83.

****§. 340****

c) Aufhebung der Geheimhaltungspflicht aufgrund einer Auskunftspflicht

1176 - Gemäss Art. 321 StGB steht die Geheimhaltungspflicht freiberuflicher Urkundspersonen unter dem generellen Vorbehalt der eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.

1177 - Besteht in einem Kanton eine klare gesetzliche Grundlage für die Zeugnispflicht der Urkundsperson, so ist es Sache des Gerichtes, über die Durchführung einer solchen Zeugeneinvernahme zu entscheiden.

1178 - Urkundspersonen fallen nicht unter den Begriff der Rechtspflegebehörde im Sinne von Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ergänzungsleistungen (ELG, SR 831.30); eine Auskunftspflicht der Urkundsperson gegenüber den Sozialversicherungsbehörden kann nicht auf diese Bestimmung abgestützt werden, auch nicht in den Kantonen mit Amtsnotariat.

1179 - Erläuterung: Die kantonalen Gesetzgeber können durch ausdrückliche Vorschriften auf Gesetzesstufe³⁴⁹, d.h. insbesondere in den kantonalen Zivil- und Strafprozessordnungen, aber auch in ihren Beurkundungserlassen³⁵⁰ die notarielle Schweigepflicht und damit das Zeugnisverweigerungsrecht aufheben³⁵¹.

1180 - Abzulehnen ist die Auffassung, die Zeugnispflicht der Urkundsperson könne von einem aufsichtsrechtlichen Geheimhaltungsdispens abhängen, dessen Beantragung im freien Ermessen der Urkundsperson stehe³⁵². Ob die Urkundsperson vor Gericht aussagen **muss** oder ob sie es **nicht darf**, muss unabhängig vom individuellen Ermessen der Urkundsperson nach objektiven Grundsätzen bestimmt werden.

Fn 349 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 89, N 7 zu Art. 31 NG BE; Entscheid des OG LU als Aufsichtsbehörde über die Urkundsperson vom 1.10.1981, LGVE 1981 I Nr. 20, S. 40/41: "Das Gebot der Geheimhaltung für die in Art. 321 Ziff. 1 StGB aufgezählten Personen, zu denen auch die Notare gehören, sei von derartiger Bedeutung, dass es der Gesetzgeber ausdrücklich zu sagen habe, wenn es auf dem Gebiet des Prozessrechts nicht gelten solle", unter Verweis auf HAUSER, Der Zeugenbeweis im Strafprozess, S. 207 f.; derselbe, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, S. 156; gleicher Ansicht: BLASS, Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte, Diss. Zürich, S. 137; GULDENER, Zivilprozessrecht, 3.A., S. 344).

Fn 350 - So GE LN Art. 7 Abs. 3: "Le notaire doit témoigner en justice sur les faits constatés par lui dans un acte authentique qu'il a instrumenté, si l'exactitude de ces faits est contestée."

Fn 351 - Das Zeugnisverweigerungs-"Recht" ist nicht als eine nach freiem Ermessen auszuübende private Befugnis, sondern als Ausfluss der Geheimhaltungspflicht, und damit grundsätzlich als eine Pflicht, zu qualifizieren. Vgl. in diesem Sinne (allerdings mit gewissen Einschränkungen) STRATENWERTH, Strafrecht BT I (3.A. 1983) S. 152, § 7 Ziff. 24.

Fn 352 - Vgl. diese Auffassung im Entscheid des OG LU vom 25.4.1983 als Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen, LGVE 1983 I 14, S. 27-29.

****§. 341****

Falls vorgängig der gerichtlichen Zeugeneinvernahme eine Interessenabwägung über deren Zulässigkeit stattzufinden hat, muss diese und damit der Geheimhaltungsdispens vom befassten Gericht

von Amtes wegen bei der zuständigen Notariats-Aufsichtsbehörde beantragt werden können. Auf den guten oder schlechten Willen der Urkundsperson zu einer solchen Antragstellung darf es nicht ankommen.

1181 - Art. 13 Abs. 1 ELG lautet: "Auskunfts- und Schweigepflicht: Die Verwaltungs- und Rechtspflegebehörden des Bundes, der Kantone und Gemeinden sind verpflichtet, den mit der Ausrichtung von Leistungen im Sinne dieses Gesetzes betrauten öffentlichen Organen alle erforderlichen Auskünfte unentgeltlich zu erteilen." - Zu diesen Auskünften würden, wenn sie durch Urkundspersonen erteilt werden müssten (was nicht der Fall ist), namentlich Auskünfte über die Vermögensverhältnisse von Klienten gehören, welche diese Verhältnisse gegenüber der Urkundsperson im Hinblick auf familien- und erbrechtliche Beurkundungen oder im Hinblick auf einen Grundstückskauf oder eine Hypothekierung offengelegt haben. Unter dem Gesichtswinkel des erwähnten Bundesgesetzes sind aber auch die Vermögensverhältnisse Dritter, nämlich diejenigen der nächsten Angehörigen von Leistungsbezüglern relevant. Wenn also die Urkundsperson "Rechtspflegebehörde" im Sinne des ELG wäre, müsste sie auch Auskünfte über die Vermögensverhältnisse der Eltern einer unterstützten Person erteilen, sofern die Urkundsperson für diese Eltern beispielsweise einen Ehe- und Erbvertrag beurkundet hat. Dass eine derart weitgespannte Auskunftspflicht das Vertrauensverhältnis der Sachbeteiligten zur Urkundsperson zerstören und damit dem Beurkundungswesen namentlich in familien- und erbrechtlichen Angelegenheiten die Grundlage entziehen müsste, ist offensichtlich.

d) Aufhebung der Geheimhaltungspflicht aufgrund einer Meldepflicht

1182 - *Durch ausdrückliche Vorschrift auf Gesetzesebene können Bund und die Kantone gewisse Meldepflichten der Urkundspersonen zum Zwecke der Wahrung von Fiskalinteressen vorsehen. Die Meldepflichten müssen sich beschränken auf indirekte Steuern, welche durch die Errichtung einer öffentlichen Urkunde oder durch das beurkundete Rechtsgeschäft oder dessen Vollzug ausgelöst werden (kantonale und eidgenössische Stempelsteuern³⁵³, Handänderungsabgaben), ferner auf die unmittelbar mit dem Geschäft zusammenhängenden direkten Steuern (Erbschaftssteuern bei notarieller Inventur;*

Fn 353 - Vgl. die notarielle Meldepflicht gemäss Art. 36 des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben bei der Gründung und Kapitalerhöhung von Kapitalgesellschaften.

****S. 342****

Schenkungssteuer bei notariell beurkundetem Schenkungsvertrag; Grundstückgewinnsteuer bei Grundstücksgeschäften³⁵⁴.

1183 - *Keine Anzeigepflicht und keine Anzeigebefugnis kann bestehen bezüglich von Sachverhalten, welche für die Veranlagung anderer, mit dem beurkundeten Geschäft nicht unmittelbar zusammenhängender Steuern relevant sind (Einkommens- und Vermögenssteuern natürlicher Personen, Ertrags- und Kapitalsteuern juristischer Personen, Warenumsatzsteuer etc.)*³⁵⁵. ***Diesbezügliche kantonale Vorschriften wären als bundesrechtswidrig zu qualifizieren, weil sie die Vertrauensstellung der Urkundsperson und damit eine wesentliche Bedingung für ein funktionsfähiges Beurkundungswesen untergraben müssten***³⁵⁶.

1184 - *Die in gewissen Kantonen den Urkundspersonen auferlegte Pflicht, strafbare Handlungen zur Anzeige zu bringen, von denen sie bei ihrer beruflichen Tätigkeit Kenntnis erhalten, ist so einschränkend als möglich auszulegen.*

1185 - Erläuterung: Die Pflicht zur Strafanzeige kann nur auf klarer gesetzlicher Grundlage bestehen. Sie sollte Sachverhalte ausklammern, welche der Urkundsperson durch klientenseitiges, per-

sönliches Anvertrauen zur Kenntnis gelangt sind. Was ihr ein Klient im Vertrauen auf das Amtsgeheimnis persönlich bekennt, sollte - im Interesse der ungetrübten Vertrauensbeziehung - nicht zur Anzeige gebracht werden müssen.

1186 - Um diesbezüglichen Pflichtenkollisionen zu entgehen, wird die Urkundsperson gegebenenfalls die Klientschaft auf bestehende Anzeigepflichten hinweisen, bevor vertrauliche Mitteilungen erfolgt sind, welche den Charakter eines Geständnisses im strafprozessualen Sinne haben. Ergibt sich aus vertraulichen Mitteilungen eines Klienten der blosse Verdacht einer strafbaren Handlung, so ist die Urkundsperson allemal nicht anzeigepflichtig; nur der klarerweise zutage liegende Straftatbestand kann anzeigepflichtig sein.

Fn 354 - Vgl. hiezu hinten im Abschnitt über die Meldepflichten (als Einschränkung des notariellen Amtsgeheimnisses).

Fn 355 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 65, N 8 vor Art. 25 bezeichnet sämtliche fiskalischen Meldepflichten als mit der Vertrauensstellung des Notars unverträglich. - Ungenau BS NG § 8 Abs. 2, wo den Notaren vorgeschrieben wird, in allen ihren Verrichtungen Sorge zu tragen, dass der Staat nicht um die gesetzlichen Gebühren und Steuern verkürzt werde. Diese pauschale Norm wird eingeschränkt durch BS GedrW Nr. 34b vom 10.04.1986, welche die Notare anweist, alle Verträge, auf Grund deren ein Eigentumsübergang im Grundbuch eingetragen werden soll, der Finanzverwaltung zum Visum vorzulegen; ausgenommen sind die steuerfreien Erbteilungsverträge.

Fn 356 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 65, N 8 zu Art. 25 NG BE, hält bereits die notariellen Meldepflichten bezüglich des Emissionsstempels bei Gründung und Kapitalerhöhung von Kapitalgesellschaften und bezüglich der Erbschafts- und Schenkungssteuern als "mit der Vertrauensstellung des Notars unverträglich".

****S. 343****

4. Pflicht zur Vermeidung von Pflichtenkollisionen

1187 - *Die Urkundsperson ist verpflichtet, Pflichtenkollisionen zu vermeiden, welche durch die freiwillige Übernahme von Willensvollstreckungen und ähnlichen Aufgaben in vorhersehbarer Weise entstehen können.*

1188 - **Erläuterung:** Anlässlich einer Testamentsberatung ist es denkbar, dass die Klientschaft der Urkundsperson das Vorhandensein steuerhinterzogenen Vermögens offenbart. Eine solche Offenbarung hindert die Durchführung der Beurkundung nicht, solange die Klientschaft von der Urkundsperson keine besonderen Vorkehrungen zur Perpetuierung und Bewahrung des rechtswidrigen Zustandes verlangt, solange also eine letztwillige Verfügung vorbehaltlos für das ganze (deklarierte und undeklarierte) Vermögen getroffen wird.

1189 - Lässt der Erblasser jedoch seinen Willen erkennen, das undeklarierte Vermögen undeklariert auf die Erben übergehen zu lassen, so darf sich die Urkundsperson nicht als Willensvollstreckerin einsetzen lassen. Denn in der Funktion der Willensvollstreckerin ist sie gegenüber den Steuerbehörden zur Deklaration des ganzen Nachlasses, nach bestem eigenem Wissen und Gewissen, verpflichtet. Sie kann sich in jener Situation nicht auf die notarielle Geheimhaltungspflicht berufen. Um die notarielle Geheimhaltungspflicht nicht verletzen zu müssen, obliegt ihr in einem solchen Falle die Ablehnung des Willensvollstreckeramtes.

5. Ausschluss Unbefugter vom Beurkundungsvorgang

1190 - Einzelne kantonale Erlasse schreiben vor, dass der Beurkundungsvorgang in einem Raum durchgeführt werden muss, der Gewähr für die Wahrung des Amtsgeheimnisses bietet, ferner, dass sich ohne Zustimmung der Urkundsperson keine Personen im Beurkundungsraum aufhalten dürfen, die nicht mitwirken müssen³⁵⁷. Mit solchen Vorschriften wird die Feierlichkeit des Beurkundungsvorganges unterstrichen.

Fn 357 - So BE ND Art. 15; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 160, N 2, verdeutlicht das Dekret dahingehend, dass die Vorschrift auch bei Beurkundungen ausserhalb des Notariatsbüros gilt.

****§. 344****

1191 - Wo keine besonderen Umstände etwas anderes erfordern, sind diese Regeln als unmittelbarer Ausfluss des Beurkundungsgeheimnisses selbstverständlich. Sie gelten nicht nur für den Beurkundungsvorgang, sondern für jedes Gespräch der Urkundsperson mit der Klientschaft.

1192 - Es handelt sich um Ordnungsregeln. Muss dringlich eine letztwillige Verfügung in der Allgemeinabteilung eines Spitals beurkundet werden und ist es nicht möglich, den Patienten zu separieren oder seine Zimmergenossen zu entfernen, so ist - mit Zustimmung des Klienten - die Anwesenheit anderer Personen zu tolerieren. Bei stiller Selbstlesung, welche gemäss Art. 500 Abs. 1 bei der Testamentserrichtung allemal zulässig ist, kann das Mithören Unbefugter vermieden werden. Ist der Testator nicht mehr lesefähig, so mag sich die Urkundsperson eines diskreten Tonfalls befleissigen.

6. Rechtsfolgen bei Verletzung des Amts- oder Berufsgeheimnisses

1193 - *Die Rechtsfolgen bei der Verletzung des Amts- oder Berufsgeheimnisses bestehen in Straf- und Disziplinarsanktionen³⁵⁸; nur ausnahmsweise treten vermögensrechtliche Haftungsfolgen ein.*

1194 - **Erläuterung:** Vermögensrechtliche Schadenersatzpflicht³⁵⁹ ist in der Regel nicht gegeben. Die Geheimnisverletzung ist als Tat zwar rechtswidrig, hingegen bedeuten die aus dem Geheimnisverrat fliessenden Vermögensnachteile für den Geheimnisherrn in der Regel keinen Schaden im Rechtssinne. Hat der Geheimnisverrat vermögensrechtliche Nachteile des Geheimnisherrn, beispielsweise dessen Einbezug in ein Nach- und Strafsteuerverfahren, zur Folge, so sind diese Vermögensnachteile die blossse Konsequenz aus der Wiederherstellung eines rechtmässigen Zustandes. Hält die Urkundsperson anlässlich der Vorbereitung der Kapitalerhöhung oder Fusion grosser Publikumsge-

Fn 358 - Im freiberuflichen Notariat unterliegen nur die Urkundspersonen selber, nicht ihre Hilfspersonen, der disziplinarrechtlichen Haftung; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 91, N 16 zu Art. 31 NG BE.

Fn 359 - Zur vermögensrechtlichen Haftung aus Geheimnisverletzung vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 91, N 15 zu Art. 31 NG BE; für ihre Mitarbeiter und Hilfspersonen haftet die freiberuflich tätige Urkundsperson gemäss Art. 101 OR, wobei diese Bestimmung als ergänzendes kantonales Recht Anwendung findet. Für die Mitarbeiter staatlicher Amtsnotariate gelten die einschlägigen kantonalrechtlichen Regeln über die Staats- und Beamtenhaftung.

****§. 345****

sellschaften nicht dicht, und formiert sich in der Öffentlichkeit demzufolge frühzeitige Opposition, so dass die Transaktion nicht zustande kommt, oder zieht sich eine der Fusionsparteien wegen der Indiskretion irreversibel aus dem Projekt zurück, so wird letztlich kaum beweisbar sein, dass der durch die Indiskretion bewirkte Ablauf unter Abwägung aller Umstände ein Schaden für irgend jemanden gewesen ist.

1195 - Als Schadenersatz fallen allenfalls Entschädigungen für Inkonvenienzen in Betracht; für sie kann die fehlbare Urkundsperson gegebenenfalls belangt werden. Im übrigen beschränkt sich ihre Haftung auf die straf- und disziplinarrechtlichen Konsequenzen der Geheimnisverletzung.

§ 41 Vermeidung falschen Anscheins geprüfter Gültigkeit

1196 - Die Urkundsperson hat bei der Erstellung öffentlicher Urkunden einschliesslich solcher in Vermerkform darauf zu achten, dass bei Dritten kein falscher Anschein notariell geprüfter Wahrheit und Rechtsgültigkeit³⁶⁰ entsteht. Dieser Grundsatz kann folgendermassen konkretisiert werden:

1197 - a) Bei der Vorbereitung einer Beurkundung sollen, solange das Geschäft nicht gültig zustandegekommen ist, keine Entwürfe mit den Emblemen des Notariats, namentlich nicht auf Notariats-Büropapier mit vorgedrucktem Briefkopf "öffentliche Urkunde" oder mit Siegelaufrucken an die Klientschaft abgegeben werden.

1198 - b) Bei mangelhaften Kontrollmöglichkeiten: Entziehen sich Sachverhalte, welche im Beurkundungsverfahren regelmässig kontrolliert zu werden pflegen, im Einzelfall ausnahmsweise der Kontrolle, so darf eine Urkunde nur aus wichtigem Grund und unter Hervorhebung der fehlenden Kontrolle errichtet werden. Dritte sollen bei jeder öffentlichen Urkunde die übliche Kontrolle aller normalerweise von der Urkundsperson kontrollierten Sachverhalte voraussetzen dürfen, solange nichts anderes ausdrücklich vermerkt ist.

1199 - c) Bei der Formulierung der Urkunde sollen bloss Absichten, Wünsche und Anwartschaften der Erklärenden nicht mit Begriffen bezeichnet wer-

Fn 360 - Vgl. HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 463, N 11 zu § 36.

****S. 346****

den, welche für durchsetzbare Rechte und Pflichten verwendet werden³⁶¹; eine Ausnahme von dieser Regel macht die Formulierung letztwilliger, pflichtteilsverletzender Geschäfte³⁶².

1200 - d) Urkunden, welche zur Anmeldung bei einer Amtsstelle³⁶³ bestimmt sind, sind den Berechtigten im Original oder in Kopie erst auszuhändigen, wenn die Anmeldung erfolgt ist und wenn sich die Urkundsperson ausserdem davon überzeugt hat, dass der nachgesuchte Amtshandlung keine Hindernisse im Wege stehen. Dritte sollen bei solchen Urkunden die Eintragungsfähigkeit voraussetzen dürfen. Fehlt sie, so erweckt die Urkunde einen falschen Anschein³⁶⁴.

1201 - e) Unterschriftsbeglaubigungen: Da der Unterschied zwischen einer öffentlich beurkundeten Erklärung und einer privatschriftlichen Erklärung mit notariell beglaubigter Unterschrift nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden darf, enthält sich die Urkundsperson der Unterschriftsbeglaubigung auf privaten Akten, wenn für diese Beglaubigung kein wichtiger Grund ersichtlich ist.

1202 - Aus dem gleichen Grunde vermeidet sie in der Regel, anlässlich der Unterschriftsbeglaubigung auf einem mehrseitigen Dokument das ganze Dokument urkundenmässig zu binden oder es gar mit einem Deckblatt mit den Emblemen des Notariats zu versehen.

1203 - Wegen der Gefahr der Irreführung muss die Unterschriftsbeglaubigung unter privatschriftlichen Erklärungen, die zu ihrer Rechtswirksamkeit der öffentlichen Beurkundung bedürften, als unzulässig gelten. Denn sowohl Urkunden-Adressaten wie Dritte werden hiedurch zur unrichtigen Schlussfolgerung verleitet, das Dokument sei aus notarialischer Sicht formgültig.

1204 - Erläuterung: Wann immer die Urkundsperson ein Dokument in ihrer amtlichen Eigenschaft als "Notar" oder "Urkundsperson" unter-

Fn 361 - BS GedrW Nr. 38a erweist sich als Anwendung des gleichen Grundsatzes: In Verträgen über die Bestellung eines im Grundbuch vorzumerkenden Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechtes darf nicht zum voraus

für die Zeit nach Ablauf der maximal zulässigen Eintragungsdauer von 10 Jahren vereinbart sein, die Vormerkung erneut eintragen zu lassen (vgl. hiezu BGE 73 II 158). - Als Absicht kann eine solche Verlängerung im Vertrag durchaus erwähnt werden, aber sie darf nicht als Verpflichtung formuliert werden, da dies einen falschen Anschein rechtlicher Bindung schafft.

Fn 362 - Die Rechtfertigung für diese Ausnahme mag darin erblickt werden, dass den in ihrem Pflichtteil verkürzten Erben anlässlich der Testamentseröffnung regelmässig sachkundiger Rat durch die eröffnende Behörde zuteil wird. Die Erben werden demzufolge nicht Unanfechtbarkeit des Testamentes bezüglich seines Inhaltes annehmen, bloss weil es öffentlich beurkundet ist.

Fn 363 - Die hier formulierte Regel ist bei Grundstücksgeschäften dann gegenstandslos, wenn Notariat und zuständiges Grundbuchamt in der gleichen Amtsstelle zusammengefasst sind, und wo die vom Eigentümer erklärte Eintragungsbewilligung gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB die Bedeutung der Grundbuchanmeldung hat.

Fn 364 - Zur Einschränkung dieser Pflicht vgl. Ziff. 1224.

****S. 347****

zeichnet oder mitunterzeichnet, wann immer sie ihr Amtssiegel auf ein Dokument setzt oder ein Dokument mit anderen Kennzeichen ihres Amtes versieht³⁶⁵, erweckt sie bei Dritten, denen das Dokument später vorgelegt wird, den Anschein, es handle sich bei dem Dokument um eine notarielle Urkunde öffentlichen Glaubens. Fehlt dem Dokument in seinen wesentlichen Teilen der öffentliche Glaube, so leistet die Urkundsperson unredlichen Machenschaften Vorschub³⁶⁶. Sie muss sich dieses Risikos bewusst sein und im Rahmen ihrer Möglichkeiten vermeiden, dass bei Dritten der falsche Anschein notariell geprüfter Gültigkeit entsteht, wo es an der nötigen Kontrolle gefehlt hat³⁶⁷.

1205 - Bei mangelhaften Kontrollmöglichkeiten ist es nicht damit getan, dass die Urkundsperson in der Urkunde auf die unterbliebene Kontrolle oder auf ihre bestehenden Zweifel hinweist. Es besteht keine Gewähr, dass Dritte solchen Vorbehalten die nötige Aufmerksamkeit schenken. Die gesiegelte Zirkulationsurkunde hat im Rechtsverkehr von ihrer äusseren Gestalt her eine derartige Autorität, dass Dritte es unterlassen mögen, den Urkundentext auf den genauen Umfang des öffentlichen Glaubens hin sorgfältig zu analysieren. Eine solche Analyse kann Dritten nicht in allen Fällen zugemutet werden. Hat die Urkundsperson begründete Zweifel an der Echtheit von Vollmachten oder von anderen Unterlagen oder hat sie begründete Zweifel an der Wahrheit der Parteierklärungen, so ist die Beurkundung abzulehnen und es ist den Klienten aufzugeben, die bestehenden Zweifel durch geeignete Beweismittel zu zerstreuen³⁶⁸. Die Beurkundung unter Vorbehalten kann nur dann als zulässig gelten, wenn die Klientschaft ihrerseits wichtige Gründe für eine sofortige Beurkundung dardat, welche das Interesse an einer vorgängigen Klärung der Zweifel überwiegen.

Fn 365 - In gewissen Kantonen ist es üblich, dass Urkundspersonen Erbteilungsverträge und andere privatschriftliche Akte, auf denen sie lediglich die Unterschriften beglaubigt haben, mit einem Deckblatt versehen, welches die volle Adresse des Notariatsbüros aufweist und dadurch den falschen Anschein erweckt, das Dokument sei eine öffentliche Urkunde.

Fn 366 - In diesem Sinne ZH NV § 34: "Verlangen die Parteien aus beachtlichen Gründen (z.B. um besonderen Anforderungen im Auslande zu genügen) eine Beurkundung, die von den gesetzlichen Zuständigkeits- und Formvorschriften abweicht, so ist ihnen nur zu entsprechen, wenn eine solche Urkunde keinen falschen Rechtschein erweckt und zu keinem Missbrauch Anlass geben kann und die Parteien den Staat ausdrücklich von jeder Haftbarkeit befreien."

Fn 367 - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 64/65, fordert, dass öffentliche Urkunden, welche unrichtige Feststellungen enthalten und aus diesem Grund zu Täuschungen Anlass geben können, wenn möglich eingezogen werden sollen.

Fn 368 - In diesem Sinne bedarf ZH NV § 38 einer einschränkenden Auslegung; die Vorschrift lautet: "Wenn Zweifel über die Echtheit der Unterlagen bestehen, sind in der Urkunde die gebotenen Vorbehalte anzubringen."

****S. 348****

§ 42 Missbrauchsverhütung bei gewillkürter öffentlicher Beurkundung

1206 - Die Urkundsperson hat von der Beurkundungen abzusehen, wenn die missbräuchliche Verwendung der Urkunde zu befürchten ist. Die Befürchtung ist begründet, wenn kein schutzwürdiges Beurkundungsinteresse ersichtlich ist, namentlich wenn ein Beurkundungsbedarf weder aufgrund gesetzlicher Vorschrift besteht noch im Hinblick auf die Belegschaft gegenüber einer Amtsstelle oder einer privaten Institution, welche Belege in öffentlicher Urkunde zu erheben pflegt.

1207 - Erläuterung: Gewillkürte öffentliche Beurkundung kommt zuweilen vor im Bereich der Sachbeurkundungen, insbesondere beim freiwilligen Beizug der Urkundsperson zur Protokollierung von Vorgängen wie Losziehungen, Eröffnung von Bankschrankfächern und dergleichen. Zur Beurkundung nicht beurkundungsbedürftiger individueller Erklärungen wird die Urkundsperson dagegen kaum jemals beigezogen. Sie hat zu solchen Beurkundungen nur mit Zurückhaltung Hand zu bieten.

1208 - Zwar sind die Vertragsparteien von Bundesprivatrechts wegen frei, eine qualifizierte Form vorzubehalten, auch wo das Gesetz keine solche vorschreibt³⁶⁹. Von Beurkundungsrechts wegen findet die Freiheit zur gewillkürten Wahl der öffentlichen Beurkundung jedoch ihre Schranken an der Amtspflicht der Urkundsperson, mögliche Missbräuche zu verhüten.

1209 - Missbrauch ist zu vermuten, wenn die Vertragsparteien nicht das ganze Geschäft, d.h. nicht die Gesamtheit der gegenseitigen Leistungsversprechen öffentlich beurkunden lassen wollen und wenn sie sich diesbezüglich der notariellen Willensermittlung entziehen. Mit der Beurkundung blosser Teilaspekte eines umfassenderen Geschäftes entsteht in den Augen Dritter - denen die Urkunde vermutlich vorgezeigt werden soll - ein falscher Anschein.

1210 - Die Vermutung des Missbrauchs ist durch die Klientschaft zu widerlegen. Die Vermutung wird etwa widerlegt, wenn am Wirkungsort der Urkunde für derartige Geschäfte Beurkundungsbedürf-

Fn 369 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 168, N 590 und S. 267, N 884: Die Parteien sind "souverän", nicht nur bezüglich des Vorbehalts der Form, sondern auch bezüglich des Umfangs der von ihnen festzulegenden Beurkundungsbedürftigkeit einzelner Absprachen (mit Verweis auf LUDWIG HÄSEMEYER, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, Objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft, Frankfurt a.M. 1971, S. 205, WERNER FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, Berlin 1965, S. 264).

****S. 349****

tigkeit besteht. So verlangen deutsche Geldinstitute, dass Schiffshypotheken auf schweizerischen Rhein- und Hochseeschiffen in öffentlicher Urkunde errichtet werden, weil in Deutschland ein entsprechendes Formerfordernis gilt, und dies, obgleich am schweizerischen Beurkundungsort für solche Geschäfte die einfache Schriftform genügt.

1211 - Werden Unterschriftsbeglaubigungen und Erstellung beglaubigter Fotokopien zum erkennbaren Zweck begehrt, Privatpersonen durch das amtliche Aussehen des beglaubigten Dokumentes zu beeindrucken, so liegt Missbrauch vor. Die notarielle Kontrollfrage geht dahin, ob der Urkundenadressat die Echtheit der Unterschrift oder der Fotokopie bestritten habe oder voraussichtlich bestreiten werde. Ist dies nicht der Fall, so liegt kein Grund zur vorsorglichen Beglaubigung vor. Die Beurkundung ist abzulehnen.

§ 43 Keine Beurkundungen zu Reklamezwecken

1212 - Missbräuchlich ist die Inanspruchnahme der öffentlichen Beurkundung insbesondere dann, wenn sie Reklamezwecken dient oder dazu bestimmt ist, einem Dokument den Anschein amtlicher Erstellung, Kontrolle oder Mitwirkung in den Augen von Drittpersonen zu verleihen, die nicht zum Kreis der Urkunden-Adressaten gehören³⁷⁰.

1213 - Erläuterung: Bestimmte Beurkundungen mit (teilweisem) Reklamecharakter haben Tradition und gelten, trotz des hier formulierten Grundsatzes, im allgemeinen als zulässig, so insbesondere die notarielle Mitwirkung bei Verlosungen und bei der Bescheinigung der Auflagenhöhe einer Zeitung.

Fn 370 - BS GedrW Nr. 17: "Bei Gesuchen um Beurkundung von Tatsachen geschäftlicher Art hat der Notar stets zu prüfen, ob ihnen ein relevantes Interesse zu Grunde liege; eine Beurkundung, die zu reinen Reklamezwecken verwendet werden soll, ist abzulehnen."

****S. 350****

§ 44 Einholung behördlicher Genehmigungen

1214 - Wo das beurkundete Geschäft zu seiner Rechtswirksamkeit einer behördlichen Genehmigung oder Bewilligung bedarf, soll die Urkundsperson weder das Urkundenoriginal noch Fotokopien davon an Private herausgeben, bis die Rechtswirksamkeit des Geschäftes feststeht. Wird die Urkunde vorzeitig herausgegeben, so muss der Genehmigungsvorbehalt aus der Urkunde klar ersichtlich sein.

1215 - Erläuterung: Es geht um die Vermeidung von Missbrauch mit einer ihrem äusseren Anschein an perfekte öffentliche Urkunde, der aber wegen einer fehlenden behördlichen Genehmigung die Rechtswirksamkeit fehlt. Solche Urkunden sollen nicht in den privaten Umlauf gelangen.

1216 - Bemüht sich die Urkundsperson kraft gesetzlicher Amtspflicht oder privater Ermächtigung um solche Genehmigungen und Bewilligungen, so ist auch diese Tätigkeit Teil ihres öffentlich-rechtlichen Amtes, nicht Erfüllung eines Auftrags gemäss Art. 394 OR³⁷¹. Auch bei dieser Tätigkeit ist die Urkundsperson zur Interessewahrung sämtlicher Parteien und zur Unparteilichkeit verpflichtet. Möchte eine Vertragspartei wegen nachträglich aufkommender Vertragsreue das behördliche Bewilligungsverfahren stören, so hat die Urkundsperson das Mögliche zu tun, um das Verfahren trotzdem so zu Ende zu führen, wie dies nach Treu und Glauben zu geschehen hat.

§ 45 Einholung von Erklärungen Dritter

1217 - Erfordert der Vollzug eines beurkundeten Geschäftes gewisse Erklärungen Dritter wie Löschungsbewilligungen von beschränkt dinglich Berechtigten für abbezahlte Grundpfänder oder gegenstandslos gewordene Dienstbarkeiten, Rücktrittserklärungen von Grundpfandgläubigern hinter ein zu erhöhendes gesetzliches Baurechtszinsenpfandrecht etc., so kann sich die Urkundsperson von den Verfahrensbeteiligten ermächtigen lassen, die betreffenden Dritter-

Fn 371 - Vgl. vorn, Ziff. 488 ff.

****S. 351****

klärungen zu formulieren³⁷² und den Dritten zur Unterzeichnung zuzustellen³⁷³. Die Verantwortung für den Erhalt solcher Erklärungen bleibt aber diejenige jener Verfahrensbeteiligten, denen aufgrund der konkreten Umstände deren Einholung obliegt.

1218 - Die Urkundsperson soll die Einholung von Erklärungen Dritter dann nicht selber übernehmen, wenn durch solche Erklärungen die privaten Interessen der Dritten beeinträchtigt, namentlich wenn ein Verzicht auf vermögenswerte Rechte bewirkt würde.

1219 - In den zuletzt genannten Fällen kann die Urkundsperson sich ermächtigen lassen, die Dritten um eine Stellungnahme anzugehen, wobei die Urkundsperson die angefragten Dritten gegebenenfalls nach dem Grundsatz der Unparteilichkeit über deren rechtliche Möglichkeiten zu belehren und sich jegliches Drängens und Überredens zu enthalten hat.

1220 - Erläuterung: Da die Urkundsperson von ihrer öffentlichrechtlichen Aufgabe her generell zur Unparteilichkeit verpflichtet ist, geht es nicht an, dass sie im einseitigen Interesse von Verfahrensbeteiligten ihre Autorität und Überredungsgabe einsetzt, um bei rechtsunkundigen Drittpersonen beispielsweise den Verzicht auf die Ausübung eines Vorkaufsrechts oder den Verzicht auf eine zur Zeit nicht ausgeübte, aber weiterhin geldwerte Nutzniessung zu erwirken. Sobald mit Drittpersonen Verhandlungen zu führen, sobald ihnen nach Treu und Glauben gewisse Gegenleistungen für die abverlangte Verzichtserklärung angeboten werden müssten, hat sich die Urkundsperson jeder parteilichen Intervention zu enthalten.

1221 - Nicht zu verwechseln mit der fakultativen und eventuell problematischen Intervention der Urkundsperson gegenüber Dritten ist die **Belehrungspflicht** gegenüber den Verfahrensbeteiligten. Wenn die Nutzniessung einer mittlerweile ins Altersheim gezogenen Person den Verkauf eines Grundstücks erschwert oder wenn der Verkäufer die Sache unter keinen Umständen dem Vorkaufsberechtigten überlassen will, so hat die Urkundsperson über die mit solchen Handlungszielen verbundenen rechtlichen Schwierigkeiten und Konsequenzen **vor Abschluss der Beurkundung** hinzuweisen. Befindet sich ein Verfahrensbeteiligter nach rechtswirksamem Geschäftsabschluss überraschend in einer Rechtslage, die er nicht erwartet hat und welche von den mit der Beurkundung verfolgten Gestaltungszielen erheblich abweicht, so liegt möglicherweise eine haftungsbegründende Pflichtverletzung der Urkundsperson wegen mangelnder Belehrung vor.

Fn 372 - Ein Rechtsgrund für die erteilte Löschungsbewilligung ist nicht zu erwähnen; vgl. ROLAND PFÄFFLI, BN 1988 S. 273, Ziff. 52, mit Verweisen auf die herrschende Lehre und Praxis. - Anders die (praxisfremde und abzulehnende) Auffassung von PIOTET, La renonciation à une servitude et le registre foncier, JdT I (1987) S. 669-671.

Fn 373 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 103, § 21 Ziff. 5.

****S. 352****

§ 46 Anmeldepflichten im Anschluss an die Beurkundung

1222 - Zur Vermeidung des falschen Anscheins der Gültigkeit sollen Urkunden, welche zur Anmeldung bei einer Amtsstelle bestimmt sind, den Berechtigten im Original oder in Kopie erst ausgehändigt werden, wenn die Anmeldung erfolgt ist und wenn sich die Urkundsperson ausserdem davon überzeugt hat, dass der nachgesuchte Amtshandlung keine Hindernisse im Wege stehen. Dritte sollen bei solchen Urkunden die Eintragungsfähigkeit voraussetzen dürfen. Fehlt sie, so erweckt die Urkunde einen falschen Anschein.

1223 - Auch ohne ausdrückliche kantonrechtliche Vorschrift soll sich die Urkundsperson demgemäss als verpflichtet betrachten, die von ihr beurkundeten, bei einem schweizerischen Amt anzumeldenden Geschäfte selber dort anzumelden³⁷⁴, sobald die Eintragungsfähigkeit der Urkunde vorhanden ist³⁷⁵. Vorbehalten bleibt eine ausdrückliche gegenteilige Instruktion der Klientschaft, bei Grundstücksgeschäften der über Rechte an Grundstücken verfügenden Person[en]³⁷⁶. Obwohl die Urkundsperson zur Anmeldung der von ihr beurkundeten Geschäfte keiner Vollmacht seitens der Klienten bedarf³⁷⁷, soll sie sich, angesichts der klientenseitigen Befugnis zu

gegenteiliger Instruktion³⁷⁸, von deren Einverständnis vergewissern. Dies geschieht am besten mündlich während des Beurkundungsvorgangs.

Fn 374 - Für die Grundbuchanmeldung bedarf die Urkundsperson jedenfalls dann keiner Vollmacht seitens der verfügenden Person, wenn ihr die Anmeldung durch das kantonale Recht zur Pflicht gemacht ist.

Fn 375 - Bei Grundbuchgeschäften muss, als Voraussetzung der Eintragungsfähigkeit, also insbesondere die schriftliche Erklärung der verfügenden Person gemäss Art. 963 Abs.1 ZGB vorhanden, und es müssen jene Steuerbeträge von den Pflichtigen entrichtet oder der Urkundsperson zur Verfügung gestellt worden sein, welche nach kantonalem Recht vor der Grundbuchanmeldung zu bezahlen oder sicherzustellen sind; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 65, N 9 vor Art. 25. - Die schriftliche Erklärung gemäss Art. 963 Abs. 1 bedarf nicht der öffentlichen Beurkundung. Als allgemeiner Grundsatz gilt, was in einer baselstädtischen Weisung zum Ausdruck kommt: BS GedrW Nr. 28b: "Die Einwilligung kann in das Rechtsgrundgeschäft aufgenommen werden. Sie kann auch gesondert, in blosser Schriftform, abgegeben und vom Notar oder vom Eigentümer eingereicht werden." - Vgl. zur Eintragungsbewilligung, zur Grundbuchanmeldung und zu deren Widerruf bzw. Rückzug Ziff. 2582 ff.

Fn 376 - BS NG § 4 Abs. 2: "Bedarf es zur Genehmigung oder zum Vollzug eines notarialischen Geschäftes der Anmeldung bei einer Behörde, so hat der Notar, welcher die Urkunde errichtet hat, dafür zu sorgen, dass diese Anmeldung vorgenommen werde, die Parteien würden denn anders verfügen."

Fn 377 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 45, N 13 zu Art. 16; im bernischen Recht ist die Ermächtigung zur Anmeldung im Gesetz ausdrücklich enthalten.

Fn 378 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 45, N 14 zu Art. 16

****§. 353****

1224 - Erläuterung: Es handelt sich um Ordnungs- und Vorsichtsmassregeln, die nach sachgerechtem Ermessen zu handhaben sind. Bei gut bekannten, vertrauenswürdigen Klienten schafft die Aushängung öffentlicher Urkunden vor dem registertechnischen Vollzug kein nennenswertes Risiko.

1225 - Die Grundbuch- und Handelsregisteranmeldung selbst beurkundeter Akte gehört zu den öffentlichrechtlich geregelten Amtstätigkeiten der Urkundsperson³⁷⁹. Die öffentlichrechtliche Unparteilichkeitspflicht gilt auch bei diesen Vorkehren; unzulässig ist insbesondere die Verzögerung von Anmeldungen und Zahlungen³⁸⁰, wenn dadurch einer einzelnen Vertragspartei Zinsvorteile, Bedienzeiten oder Widerrufsmöglichkeiten eingeräumt werden, welche nicht durch eine ausdrückliche Zustimmung vonseiten der anderen Partei gedeckt sind.

1226 - Erlässt das Grundbuchamt in bezug auf die Anmeldung eine Abweisungsverfügung, so sind gemäss Art. 103 Abs. 1 GBV (in der seit 1.1.1988 gültigen Fassung) nicht nur "der Anmeldende", sondern auch "alle übrigen, die von der Abweisung berührt sind", legitimiert, Beschwerde zu erheben. Zu den berührten Personen gehört die Urkundsperson immer dann, wenn die Abweisungsverfügung entweder ihre amtlichen Befugnisse in Frage stellt³⁸¹ oder wenn andere Mängel an der Anmeldung oder den Anmeldebelegen zur Abweisung geführt haben, welche die Frage der richtigen Erfüllung der notariellen Berufspflichten aufwerfen³⁸².

Fn 379 - In diesem Sinne zählt MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 45, N 17 zu Art. 16, solche Registeranmeldungen zur hauptberuflichen Tätigkeit, im Gegensatz zu den privatrechtlich gedeuteten Nebentätigkeiten, die im Auftragsverhältnis erfolgen.

Fn 380 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 64, N 2 vor Art. 25.

Fn 381 - So die Regeste von BGE 112 II 430 ff.: "Ein Notar ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Abweisung einer Anmeldung legitimiert, wenn die Eintragung aus formellen Gründen verweigert wurde, welche die amtlichen Befugnisse des Notars in Frage stellen."

Fn 382 - In diesem Sinne nun BGE 116 II 136 ff., welcher mit der Ausdehnung der Legitimation auch die der Urkundsperson zur Verfügung stehenden Beschwerdegründe erweitert hat: "Die Legitimation des Notars zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde wegen Abweisung einer Grundbuchanmeldung beurteilt sich gemäss Art. 103 Abs. 1 GBV in Verbindung mit Art. 103 lit. a OG. Sofern die berufliche Tätigkeit des Notars zur Diskussion steht, ist die Frage nicht ausschlaggebend, ob die Anmeldung aus formellen oder materiellen Gründen abgewie-

sen wurde." - Vgl. auch MANUEL MÜLLER, Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts in Grundbuchsachen, BN 1991 S. 213-222 (220).

****S. 354****

Kapitel 5: Inhalt und Gestalt der öffentlichen Urkunde

§ 47 Gemeinsame inhaltliche Elemente aller Urkunden-Typen

1. Angabe von Name und Amtssitz der Urkundsperson

1227 - Die Personalien der Urkundsperson sollen im Ingress selbständiger Urkunden mit Namen, Vornamen¹, akademischem Titel (wo vorhanden), Ort des Amtssitzes² und mit der Funktionsbezeichnung (Notar, Notar-Stellvertreter, gesetzlicher Stellvertreter eines Notars, Urkundsbemter, Urkundsperson etc.)³ angegeben werden. Amtsnotare haben zusätzlich das Amtsnotariat anzugeben, welchem sie angehören.

1228 - Diese Elemente, nichts weniger und nichts mehr, sollen in der Urkunde vorhanden sein. Überflüssig und zu vermeiden ist die Angabe des Zivilstandes, des Heimortes und der privaten Wohnadresse.

Fn 1 - So BE ND Art. 1 lit a; Familienname und Vorname sind so anzugeben, wie sie in der Berufsausübungsbewilligung enthalten sind; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 136, N 4 zu Art. 5 ND BE. - GE LN Art. verlangt "les nom et lieu de résidence du notaire".

Fn 2 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 136, N 4 zu Art. 5 ND BE, begründet dieses Erfordernis damit, dass sich aus der Urkunde jederzeit mit Leichtigkeit ersehen lassen soll, ob der Notar örtlich zuständig war; ist die örtliche Zuständigkeit durch behördlichen Akt für einen Einzelfall erweitert worden, so soll auch dieser Akt in der Urkunde erwähnt und der Urkunde beigelegt sein, um die erweiterte örtliche Zuständigkeit aus der Urkunde selbst ersichtlich zu machen. Hat eine Urkundsperson mehrere Büros an verschiedenen Orten, so ist jenes zu nennen, in welchem der Beurkundungsvorgang stattgefunden hat.

Fn 3 - So ZH NV § 30.

****S. 355****

1229 - Wenn Name oder Amtssitz der Urkundsperson im Ingress nicht genannt werden, so muss - als Bedingung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde - die Identität der Urkundsperson aufgrund des Briefkopfes, des Beurkundungsvermerks oder des Siegels, nötigenfalls in Verbindung mit der Notarunterschrift, zumindest bestimmbar sein⁴.

1230 - Diese Bestimmbarkeit ist auch erforderlich bei den Vermerkbeurkundungen; hier ergibt sich die Identität der Urkundsperson in der Regel aus der Notarunterschrift in Verbindung mit der aus dem Siegel ersichtlichen Information.

1231 - Erläuterung: Da zumindest ein Teil jeder öffentlichen Urkunde das persönliche, mit Wahrheitsgewähr geleistete Zeugnis der Urkundsperson darstellt, muss sich die Urkundsperson in der Urkunde mit ihrem Namen als diejenige bekennen, die sie ist. Die Urkundsperson muss aufgrund der Urkunde eindeutig bestimmbar sein. Dabei kann nicht verkannt werden, dass bei nachträglicher Identifikation der Urkundsperson stets in grösserem oder geringerem Umfang urkunden-externe Information mitberücksichtigt werden muss; denn die zu identifizierende Urkundsperson ist als historisch einmalige Persönlichkeit selber "urkunden-extern". Wird gefragt, wer ein Notar "Paul Müller" gewesen ist, der in Basel im Jahre 1930 eine bestimmte Urkunde unterzeichnet hat, so führt der Weg über die Notariatsmatrikel beim Justizdepartement, über den dort auch heute noch möglichen Unterschriften- und Siegelvergleich zu einer Person, deren Lebens- und Wirkungsdaten sich im einzelnen aus den departementalen (urkunden-externen) Aufzeichnungen erkennen lassen. Die in der Urkunde "urkunden-intern" aufzuzeichnenden Identifikations-Merkmale der Urkundsperson

können und sollen nichts weiter als einen genügenden Aufhänger geben, welcher jedem späteren Urkundenleser unter Benützung der amtlichen Register und Matrikel im Beurkundungskanton jederzeit die eindeutige Identifikation jener Urkundsperson ermöglicht, deren Zeugnis in der Urkunde enthalten ist. Als Minimalerfordernis genügen für diesen Zweck in der Regel die Unterschrift der Urkundsperson und die Angabe des Beurkundungsortes, wobei letzterer sich aus dem Siegel, aus dem vorgedruckten Urkunden-Kopf, aus dem Ingress, der Datierung oder anderen Angaben innerhalb der Urkunde ergeben kann.

1232 - Sodann trägt die Individualisierung der Urkundsperson zur Individualisierung der Urkunde bei⁵.

Fn 4 - Vgl. Ziff. 1507.

Fn 5 - Hierauf weist JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 57, N 207, hin, ferner auf die Nützlichkeit der Identifizierung der Urkundsperson zwecks Kontrolle, ob die sachliche und örtliche Zuständigkeit gegeben war und ob keine Ausstandsgründe vorgelegen haben. - Diese Dinge sind jedoch von sekundärer Bedeutung neben dem Umstand, dass das notarielle Zeugnis notwendigerweise ein

****S. 356****

1233 - Beim Erfordernis der Namens- und Amtssitz-Angabe im Urkunden**ingress** bei selbständigen Urkunden handelt es sich um eine Ordnungsregel. Wenn diese Angaben im vorgedruckten Urkundenkopf enthalten sind, brauchen sie im maschinen- oder handgeschriebenen Urkundentext nicht wiederholt zu werden.

1234 - Keine der üblicherweise in der Urkunde erwähnten Personalangaben ist für sich allein genommen Bedingung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde. Es genügt, wenn die Urkundsperson aufgrund sämtlicher Angaben in der Urkunde, eventuell sogar in Verbindung mit Indizien, die ausserhalb der Urkunde liegen, auch später noch eindeutig identifiziert werden kann.

1235 - Der Mindeststandard bei selbständigen Urkunden ist allemal derjenige, der auch für die Vermerkbeurkundungen unabdingbar ist, nämlich jene identifizierende Information, welche sich aus Notarunterschrift und Amtssiegel⁶ ergibt. Das Vorhandensein dieser Information ist Bedingung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde⁷.

1236 - Wo kantonale Gesetzgeber die Angabe von Namen, Vornamen und Wohnort der Urkundsperson in leserlicher Schrift, d.h. zusätzlich zur Unterschrift und zum Amtssiegel, verlangen⁸, käme es gesetzgeberischer Willkür⁹ gleich, derartige Requisite als Bedingungen für die Entstehung der öffentlichen Urkunde zu qualifizieren.

2. Datierung: Angabe des Beurkundungsortes

1237 - *Bei jeder öffentlichen Urkunde soll im Rahmen ihrer Datierung der Unterzeichnungsort angegeben werden*¹⁰.

persönliches Zeugnis ist; fehlt es an der Identifikation des Erklärungs-Autors, so liegt keine urkundliche Erklärung, sondern allenfalls eine unpersönliche Textaussage vor; dies verhindert die Entstehung der öffentlichen Urkunde.

Fn 6 - Für die aus diesem Erfordernis abzuleitenden Mindestanforderungen an den Inhalt des Siegels vgl. Ziff. 3484 ff.

Fn 7 - So auch JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 57, N 207.

Fn 8 - Vgl. eine solche Vorschrift ein SZ BeurkV § 9 Abs. 2.

Fn 9 - Zur Willkür im Bereich kantonaler Verfahrensanforderungen "oberhalb" der bundesrechtlichen Mindestanforderungen vgl. Ziff. 30 ff.

Fn 10 - ZH EGZGB § 240 Abs. 2 und NV § 30 Abs. 1; BE ND Art. 5 Abs. 1 lit. e; GE LN Art. 12; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 47, N 7 zu Art. 17: "Da der Beurkundungsort für die örtliche Zuständigkeit entscheidend ist, muss er in der Urkunde angegeben werden." Dies ist allerdings nicht zwingend. - CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 106 qualifiziert das Erfordernis der Ortsangabe als Ordnungsvorschrift; dem ist beizupflichten. Es gibt keine überzeugenden Gründe, aus denen ein im übrigen mängelfrei beurkundetes Geschäft wegen fehlender Ortsangabe ungültig sein müsste. Wenn immer möglich ist die Gültigkeitsfrage in favorem instrumenti zu entscheiden. -

****S. 357****

1238 - Bei individuellen Erklärungen fällt der Unterzeichnungsort mit dem Ort zusammen, an welchem der Beurkundungsvorgang stattgefunden hat, bei unterschriftsbedürftigen Protokollen¹¹ mit dem Ort, an welchem die protokollierte Veranstaltung stattgefunden hat.

1239 - Bei Protokollen, welche nachträglich von der Urkundsperson ausgefertigt und von ihr allein unterzeichnet werden, kann der Unterzeichnungsort vom Ort der protokollierten Veranstaltung verschieden sein. Anzugeben ist hier der Ort der Protokollaufnahme (im Sinne eines rechtserheblichen Elementes des protokollierten Vorganges) und zusätzlich der Ort der notariellen Unterschriftsleistung (im Sinne einer Angabe über das Beurkundungsverfahren).

1240 - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen spielt der Ort der Sachverhaltsermittlung keine Rolle. Hier ist ausschliesslich der Ort der notariellen Unterzeichnung anzugeben, auch wenn relevante Teile der Sachverhaltsermittlung - etwa die Identitätskontrolle bei einer Unterschriftsbeglaubigung - an einem andern Ort stattgefunden haben.

1241 - Als Ort anzugeben ist eine Ortschaft oder politische Gemeinde, nicht eine Strasse und Hausnummer¹².

1242 - Erläuterung: Bei nachträglicher Protokollierung ist zu unterscheiden zwischen dem im Urkundeningress möglichst genau zu beschreibenden Veranstaltungsort, wobei hier auch die Angabe von Strasse und Hausnummer sinnvoll ist, und der Ortsangabe ihm Rahmen der Urkundendatierung. Die beiden Ortsangaben müssen verschieden sein, wenn die Urkundsperson das Protokoll an einem andern als am Veranstaltungsort unterschreibt.

3. Datierung: Angabe der Beurkundungszeit

1243 - Bei jeder öffentlichen Urkunde ist im Rahmen ihrer Datierung ein Datum (Tag, Monat, Jahr) anzugeben¹³. Werden am gleichen Tag mehrere Urkunden in einem Zusammenhang errichtet, aufgrund dessen die Reihenfolge der Beurkundungen rechtliche Bedeutung hat, so soll die Uhrzeit jeder Beurkundung

Einzelne kantonale Erlasse qualifizieren die fehlende Ortsangabe als Ungültigkeits- bzw. Nichtigkeitsgrund, so BS EGZGB § 236 Abs. 1 und § 9 NG;

Fn 11 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

Fn 12 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 137, N 7 zu Art. 5 ND BE hält die Angabe des Beurkundungsorts für zweckmässig.

Fn 13 - ZH EGZGB § 240 Abs. 2 und NV § 30; GL EGZGB Art. 21 Abs. 5; GE LN Art. 12.

****S. 358****

angegeben werden¹⁴, sofern sich die Reihenfolge nicht aus dem Text der Urkunden klar ergibt¹⁵.

1244 - Bei der Beurkundung individueller Erklärungen ist das anzugebende Datum dasjenige des Beurkundungsvorganges, d.h. dasjenige der Leistung der Unterschriften der zu Urkund erklärenden Personen.

1245 - *Werden individuelle Erklärungen im Sukzessivverfahren¹⁶ abgegeben, so soll jede Unterschrift mit dem Tag ihrer Beisetzung datiert werden¹⁷. Die Unterschrift der Urkundsperson muss in diesem Falle an jenem Tag beigesetzt und mit jenem Datum datiert werden, an welchem die zuletzt beigesetzte Unterschrift einer erklärenden Person datiert ist. Wird bei Sukzessivbeurkundungen nur ein einziges Datum gesetzt, so muss es demjenigen der zuletzt beigesetzten Unterschrift einer erklärenden Person entsprechen.*

1246 - *Bei Protokollen hat die Urkunde das Datum der protokollierten Veranstaltung anzugeben. Bei nachträglicher Protokollierung soll¹⁸ zusätzlich das Datum der Urkundenerstellung angegeben werden, wenn an einem späteren Tag erfolgt.*

1247 - *Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen soll als Datum dasjenige der notariellen Urkundenunterzeichnung angegeben werden.*

1248 - *Die Urkundsperson soll bei den nachträglichen Protokollierungen zwischen dem protokollierten Vorgang und der Fertigstellung der Urkunde möglichst wenig Zeit verstreichen lassen; wenn möglich soll die Urkunde am Tag des protokollierten Vorganges fertiggestellt werden. Das gleiche gilt für Unterschriftsbeglaubigungen, wenn die Unterschrift vor der Urkundsperson beigesetzt oder durch den Unterzeichner persönlich anerkannt wurde; die Beglaubigung soll in diesem Falle das Datum der Unterschriftsbeisetzung oder -anerkennung tragen und also an diesem Tag von der Urkundsperson fertiggestellt werden.*

1249 - Erläuterung: Bei der Beurkundung individueller Erklärungen erfordert die Datierung der Urkunde die Angabe des Tages, an wel-

Fn 14 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 137, N 7 zu Art. 5 ND BE; ZH NV § 30 verlangt stets die Angabe auch der Stunde der Beurkundung, wobei unter Beurkundungszeit bei mehrstündigen Beurkundungen der Augenblick der Unterschriftsleistung zu verstehen ist.

Fn 15 - Der Bedarf nach Angabe der Uhrzeit kann insbesondere bei Protokollierungen bestehen, wenn beispielsweise die erfolgte Wahl eines Verwaltungsratsmitglieds Voraussetzung für dessen Mitwirkung beim unmittelbar anschliessenden Beschluss über die Durchführung einer Kapitalerhöhung ist. Meist ergibt sich die Reihenfolge der protokollierten Veranstaltungen aber aus dem Urkundentext.

Fn 16 - Zu den Begriffen der Simultan- und der Sukzessivbeurkundung vgl. Ziff. 2062 ff.

Fn 17 - Vgl. Ziff. 2062 f.

Fn 18 - § 37 Abs. 2 des deutschen BeurkG verlangt, dass das Protokoll kumulativ Ort und Tag der Wahrnehmungen des Notars sowie Ort und Tag der Errichtung der Urkunde angibt. Eine solche Vorschrift kann für das schweizerische Beurkundsrecht nicht als zwingend anwendbar gelten, ist aber eine Ordnungsregel von allgemeiner Tragweite, weil nur mit der kumulativen Angabe die wünschbare Genauigkeit und Wahrheit der Beurkundung erreicht wird.

****§. 359****

chem der Beurkundungsvorgang stattgefunden hat¹⁹. Die Datierung ist ein Erfordernis von allgemeiner Tragweite und muss als Bedingung für die Urkundenentstehung qualifiziert werden²⁰. Zur Begründung vgl. Ziff. 1516.

1250 - Vorbehalten bleiben weniger strenge, ausdrückliche kantonale Regelungen. Bezeichnen nämlich kantonale Beurkundungserlasse die Datierung ausdrücklich als blosser Ordnungsvorschrift, so ist das Vertrauen des Bürgers auf die Gültigkeit der undatierten öffentlichen Urkunde zu schützen, und es darf die fehlende Datierung nicht als Ungültigkeitsgrund gewertet werden.

1251 - Das Urkundendatum muss bei lebzeitigen Geschäften mindestens von der Unterschrift der Urkundsperson gedeckt sein, bei Geschäften von Todes wegen gemäss Art. 501 Abs. 1 ZGB auch von den letztwillig verfügenden Personen.

1252 - Die (noch) undatierte, von allen Unterzeichnern bereits unterzeichnete Urkunde ist nicht nichtig, sondern sie ist eine **unfertige** Urkunde²¹. Es muss als zulässig gelten, dass die Urkundsperson (oder eine ihrer Hilfspersonen) das Datum des Beurkundungsvorganges noch nachträglich einfügt und auf diese Weise die Urkunde fertigstellt. Die vom Zivilgesetzgeber für die letztwilligen Geschäfte verlangte zeitliche Abfolge, wonach das Datum **vor** den Unterschriften auf die Urkunde gesetzt werden müsse, muss als eine besondere Solemnitätsform für die über den Tod hinauswirkenden Willenserklärungen

Fn 19 - So BE ND Art. 5 Abs. 1 lit. e; wo kantonale Erlasse zusätzlich zum Datum noch die Angabe der Stunde der Beurkundung verlangen, handelt es sich um eine blosser Ordnungsvorschrift. Es besteht kein Anlass, für die Datierung von Rechtsgeschäften inter vivos diesbezüglich strenger zu sein, als was das Bundesrecht für die Rechtsgeschäfte von Todes wegen verlangt.

Fn 20 - So auch JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 57, N 208 und 209 unter Verweis auf BRUNO SCHMIDLIN, Komm. OR (1986) N 74 zu Art. 11 OR, ROLAND BÜHLER, Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege, ZBGR 63 (1982) S. 321 ff. (343), HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 248 ff. (274), JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930, S. 63. - Zur Wichtigkeit der Datumsangabe vgl. BGE 113 IV 77-83 E. 3c; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 105, stellt bezüglich der Datumsangabe auf das kantonale Recht ab, welches nach seiner Meinung dieses Requisite als Gültigkeitserfordernis oder als Ordnungsvorschrift bezeichnen könne. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 137, N. 7 und 8 zu Art. 5 ND BE, bezeichnet die Datumsangabe als einen Teil des Schlussverbals und das Erfordernis des Schlussverbals insgesamt als eine Ordnungsvorschrift, so dass nach Auffassung MARTIS, in Übereinstimmung mit Art. 21 NG BE, die undatierte öffentliche Urkunde eines bernischen Notars zivilrechtlich gültig wäre. Strenger äussert sich der gleiche Autor im "Notariatsprozess" von 1989, S. 143: "Die Orts- und Zeitangabe ist ein notwendiger Bestandteil der Beurkundung. Mindestens die Angabe der Gemeinde und des Datums sind Gültigkeitsvorschriften." - BS EGZGB § 236 Abs. 1 Ziff. 1 bezeichnet die Datumsangabe als Gültigkeitserfordernis.

Fn 21 - Zur unfertigen Urkunde vgl. Ziff. 1418 ff.

****S. 360****

betrachtet werden. Für Geschäfte inter vivos lässt sich ein solches Erfordernis nicht begründen²².

1253 - In Einzelfällen kann das Datum auf einem Schriftstück eine Willenserklärung sein (so möglicherweise das Ausstelldatum beim Check, wo durch Nachdatierung die Verfallszeit willentlich verlängert wird, was zulässig ist, vgl. Art. 1115 OR). Bei der öffentlichen Beurkundung individueller Erklärungen und bei notariellen Protokollen hat die von der Urkundsperson vorzunehmende Datierung aber den Charakter einer Sachbeurkundung. Sie untersteht der notariellen Wahrheitspflicht. Das neben der Notarunterschrift stehende Datum hat den Tag anzugeben, an welchem diese Unterschrift beigesetzt wurde²³. Vor- und Nachdatierung ist nicht nur notarielle Pflichtverletzung, sondern macht solche Urkunden insgesamt nichtig²⁴.

1254 - Bei zwei- und mehrseitigen Verträgen, die im **Sukzessivverfahren**²⁵ unterzeichnet werden, muss als Ordnungsregel gelten, dass jede Unterschrift mit dem Tag ihrer Beisetzung datiert wird. Aus der Urkunde soll der besondere Verfahrensablauf ersichtlich sein²⁶; wird nur ein einziges Datum gesetzt, so muss es den Tag der **zuletzt** beigesetzten Unterschrift zutreffend angeben, jenen Tag also, an welchem der Vertrag für alle Beteiligten bindend wurde. Da die Urkundsperson verpflichtet ist, unmittelbar nach dem Eintritt der Bindungswirkung des beurkundeten Rechtsgeschäftes selber zu unterzeichnen, darf das von ihr beigesetzte Datum kein späteres sein als das letzte Datum, mit dem ein Verfahrensbeteiligter seine Unterschrift datiert hat²⁷.

1255 - Bei nachträglich ausgefertigten Protokollen soll die Urkundsperson keine längere Zeit verstreichen lassen bis zur Fertigstellung der Urkunde. Sonst würde dem Bericht die Tatbestandsnähe fehlen. Die erhöhte Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit der öffentlichen Urkun-

Fn 22 - A.M. HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (247), ferner JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 57, N 209; diese Autoren betrachten die Vorschrift von Art. 500 Abs. 3 ZGB für alle Beurkundungen individueller Erklärungen als massgeblich; das Datum müsse demgemäss zwingend - im Sinne einer Bedingung für das Entstehen der Urkunde - spätestens während des Beurkundungsvorgangs auf der Urkunde angebracht werden.

Fn 23 - Bezüglich der (Un-)Sitte, bei nachträglicher Protokollierung die Urkunde trotz späterer notarieller Unterzeichnung vom Tag der protokollierten Veranstaltung zu datieren, vgl. Ziff. 1587.

Fn 24 - Vgl. BGE 113 IV 77 (82), E. 3c.

Fn 25 - Zu den Begriffen der Simultan- und der Sukzessivbeurkundung vgl. Ziff. 2062 ff.

Fn 26 - Vgl. in diesem Sinne die Weisung der Justizkommission Basel-Stadt vom 25.2.1982: "Bei Unterzeichnung einer öffentlichen Urkunde sind alle Unterzeichnungsdaten aufzuführen."

Fn 27 - Vgl. hierzu den Aufsatz von MAX GULDENER, Müssen bei öffentlicher Beurkundung von Verträgen die Kontrahenten gleichzeitig anwesend sein? ZBGR 38 (1957) S. 347ff.

****§. 361****

de beruht u.a. darauf, dass die Urkundsperson aus **frischer** eigener Anschauung schreibt und bestätigt, was sie wahrgenommen hat. Das menschliche Erinnerungsvermögen ist unzuverlässig. Die Verlässlichkeit der notariellen Berichterstattung wächst, wenn die Urkundsperson am gleichen Tag oder in nächster zeitlicher Nähe zum relevanten Tatbestand das Protokoll ausfertigt und unterzeichnet.

1256 - Bei der Beurkundung **bestehender Tatsachen**, bei welcher sich die notarielle Tatbestandsaufnahme zuweilen über Wochen hinziehen kann, kann als einziges relevantes Urkundendatum dasjenige der **Fertigstellung der Urkunde** gelten. Dies gilt auch für Beglaubigungsvermerke.

1257 - **Unterschriftsbeglaubigungen**, welche die persönliche Unterschriftsleistung oder Unterschriftsanerkennung durch den Unterzeichner vor der Urkundsperson bezeugen, sollen, in Analogie zu den Protokollierungen, vom Tage der Begegnung von Urkundsperson und Unterzeichner datiert werden.

4. Notarunterschrift

1258 - *Jede öffentliche Urkunde hat die eigenhändige Unterschrift der beurkundenden Urkundsperson zu tragen.*

1259 - *Die Unterschrift muss unterhalb jener Textteile angebracht werden, welche durch das notarielle Zeugnis abzudecken sind, also unterhalb des Beurkundungsvermerks und unterhalb der Unterschriften der zu Urkund erklärenden Personen; denn mit ihrer Unterschrift bekräftigt die Urkundsperson ihre Bezeugung, dass die betreffenden Personen vor ihr den Urkundentext gelesen und unterzeichnet haben.*

1260 - **Erläuterung:** Die Beisetzen der Notarunterschrift wird als "Vollzug"²⁸ der Beurkundung bezeichnet²⁹. Es handelt sich um ein Gültigkeitserfordernis³⁰. Erst durch die notarielle Unterschrift erhält der Beurkundungsvermerk den erforderlichen Zeugnischarakter und die

Fn 28 - Der Begriff hat in diesem Zusammenhang nicht die übliche Bedeutung der von Verwirklichung oder Ausführung, sondern meint etwa soviel wie Fertigstellung.

Fn 29 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 50, N 185, mit Verweis auf BRUNO SCHMIDLIN, Komm. OR (1986) N 74 zu Art. 11 OR, MARTI, Das Hauptverfahren im schweizerischen Notariatsprozess, ZBGR 64 (1983) S. 321 (329), MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 110 zu Art. 657 ZGB, HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 248 ff. (271).

Fn 30 - So BE NG Art. 21 lit. f; vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 143 Ziff. 9; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 105 mit Verweisen.

****S. 362****

Urkunde bezüglich der einschlägigen Teile dadurch die verstärkte Beweiskraft³¹.

1261 - Die Urkundsperson unterschreibt mit jener Unterschrift, welche sie bei der zuständigen kantonalen Behörde deponiert hat³².

1262 - Bezüglich der Möglichkeit, fehlende Unterschriften nachträglich auf der Urkunde beizusetzen und den Mangel zu heilen vgl. Ziff. 1425.

1263 - Zusätzlich zum bundesrechtlichen Erforderniss der Notarunterschrift kann das kantonale Recht Ordnungsregeln aufstellen über den Detaillierungsgrad der Personal- und Funktionsangaben der Urkundsperson, wobei die Vorschriften dahin gehen können, dass diese Angaben bei der Unterschrift oder an einem andern Ort in der Urkunde zu machen sind³³.

5. Notariats-Siegel

1264 - *Wo immer die Urkundsperson in ihrer amtlichen Funktion auf einer Zirkulationsurkunde unterschreibt, hat sie ihr Amtssiegel oder den entsprechenden Stempel in unmittelbarer Nähe der Unterschrift auf das Blatt zu setzen*³⁴.

1265 - *Das Siegel findet Verwendung, wenn mehrseitige Urkunden durch Schnur oder Siegelband dauerhaft zusammengefügt werden sollen; die Schnurenden werden durch das darübergepresste Siegel fest mit dem Papier verbunden. Unterschreibt die Urkundsperson einen Text auf einem einzigen Blatt oder eine Vermerkbeurkundung, so genügt die Anbringung des Stempels. Der Stempel lässt in Schwarzweiss das gleiche Bild und den gleichen Text erkennen, den das Siegel in plastischem Relief aufweist*³⁵.

Fn 31 - Vgl. BGE 113 IV 77-83 (81) E. 3c.

Fn 32 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 137, N 9 zu Art. 5 ND BE; derselbe, Notariatsprozess S. 143; es handelt sich um eine Ordnungsregel. Bei manchen Urkundsperson verändert sich die Unterschrift im Laufe der Jahre, ohne dass ein neues Specimen bei der kantonalen Behörde deponiert wird. Die Einsichtnahme von Ämtern und Dritten in das deponierte Specimen zwecks Kontrolle der Identität oder Echtheit einer Notarunterschrift dürfte derart selten sein, dass dem deponierten Specimen keine praktische Bedeutung zukommt.

Fn 33 - In diesem Sinne verlangt ZH NV § 153 von Urkundsbeamten, die aufgrund spezieller obergerichtlicher Ermächtigung Grundstücksgeschäfte beurkunden, ohne selber Notare zu sein, eine besondere, für den Urkundenleser informative Unterzeichnungsformel.

Fn 34 - Unverzügliche Siegelung der von der Urkundsperson unterzeichneten Urkunde wird gefordert von ZH EGZGB § 240 Abs. 2. - GL EGZGB Art. 21 Abs. 5: Amtssiegel oder Stempel erforderlich.

Fn 35 - LU BeurkG § 12 Abs. 1: Die Notare führen ein Siegel oder [recte: und] einen Stempel, die vom Obergericht zu beziehen sind.

****S. 363****

1266 - *Das Siegel ist auf zirkulationsfähigen³⁶ Urkunden die Ergänzung der Notar-Unterschrift; es ist ausschliesslich in dieser Funktion zu verwenden. Es soll nicht isoliert, d.h. nicht ohne danebenstehende Notar-Unterschrift, beigesetzt werden*³⁷.

1267 - Erläuterung: Wo in der vorliegenden Arbeit vom Siegel gesprochen wird, wird in der Regel auch der entsprechende Stempel mitumfasst.

1268 - Zu den inhaltlichen und formalen Anforderungen an das Notariats-Siegel vgl. Ziff. 3484 ff.

1269 - Das Siegel ist stets Ergänzung der Notar-Unterschrift; Siegel und Unterschrift gehören zusammen; keines der beiden Elemente soll isoliert beigesetzt werden. Mit der Beisetzung des Siegels zur Notar-Unterschrift bezeugt die Urkundsperson, dass die betreffende Unterschrift in amtlicher,

notarieller Eigenschaft abgegeben wurde und ein **notarielles Zeugnis öffentlichen Glaubens** abdeckt³⁸. Wann immer die Urkundsperson schriftliche Erklärungen abgibt, ohne mit öffentlichem Glauben Zeugnis abzulegen, ist auf die Verwendung des Siegels zu verzichten³⁹. Auf den öffentlichen Glauben, nicht auf die amtliche Funktion⁴⁰, kommt es an. Notarielle Anfragen bei Ämtern zum Zwecke der Erstellung eines Inventars ergehen zwar in amtlicher Eigenschaft, sollen aber nicht gesiegelt werden.

Fn 36 - Das Erfordernis der Siegelung besteht nur für Zirkulationsurkunden, nicht für die im Gewahrsam der Urkundsperson verbleibenden Urschriften; vgl. ZH NV § 47.

Fn 37 - Vgl. SO NV § 6 Abs. 2: Der Notariatsstempel soll nur im Beurkundungsverfahren und nicht zu andern Zwecken verwendet werden. Ausnahmen sind aufgrund kantonaler Vorschrift möglich, vgl. BE NV Art. 10 Abs. 2: "Urschriften, die nicht in Verwahrung des Notars bleiben, und Ausfertigungen sind auf jedem Blatt mit dem Siegel zu versehen", d.h. abzustempeln; die Beifügung der Notarunterschrift neben jeder Stempelung ist hier nicht Vorschrift.

Fn 38 - In diesem Sinne MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 25, N 6 zu Art. 5: Das Siegel bekräftigt die Unterschrift des Notars.

Fn 39 - Vgl. OG LU als AB über die Urkundspersonen, Stellungnahme vom 21.5.1979, LGVE 1979 I S. 592: "Das Abstempeln der Urkunde ist ein formal wesentlicher Bestandteil jeder öffentlichen Beurkundung, denn jede öffentliche Urkunde muss den Stempel oder das Siegel der Urkundsperson tragen. [...] Verwendet ein Notar diesen Stempel ausserhalb einer öffentlichen Beurkundung, so schafft er die ernsthafte Gefahr, dass eine Partei oder ein Dritter irrtümlich zur Auffassung gelangt, das betreffende Schriftstück stelle eine öffentliche Urkunde dar. Es ist daher mit den Pflichten eines Notars nicht vereinbar, den Beurkundungsstempel anders als für eine öffentliche Beurkundung zu verwenden." - In gleichem Sinne HUH/VON SCHUCKMANN, S. 490, für das deutsche Beurkundungsrecht: Immer wenn die Urkundsperson mit öffentlichem Glauben Wahrheit bezeugt, muss sie ihr Amtssiegel beifügen - und nur dann darf sie es. Auf Interimsbescheinigungen (im deutschen Beurkundungsrecht Rangbestätigungen genannt), ferner auf rechtsgutachterlichen Äusserungen und selbstverständlich in blossen Korrespondenzen darf das Siegel nicht verwendet werden (S. 489).

Fn 40 - Allzu weit deshalb FR NG Art. 10 Abs. 3: "Der Notar darf sein Siegel nur auf Urkunden setzen, die er in seiner Funktion als Träger eines öffentlichen Amtes erstellt."

****S. 364****

1270 - Die im Urschriftensystem bei der Urkundsperson verbleibenden Urschriften brauchen, solange sie nicht ausgehändigt und in den Rechtsverkehr gebracht werden, nicht gesiegelt zu werden⁴¹.

6. Protokoll-Nummer

1271 - *Jede öffentliche Urkunde hat eine Protokollnummer, d.h. den Verweis auf die chronologisch fortlaufend nummerierte Belegsammlung oder ein entsprechendes Journal der Urkundsperson.*

1272 - Erläuterung: Die Protokollnummer erleichtert die Identifikation der Urkunde als Produkt historisch-kontinuierlicher notarieller Amtstätigkeit. Sie bildet den Aufhänger, mit welchem jede öffentliche Urkunde in ihrer Einmaligkeit innerhalb der fortlaufenden Amtstätigkeit einer bestimmten Urkundsperson zugeordnet und verankert ist.

1273 - Das Requisit der Protokollnummer muss als Ordnungsvorschrift von allgemeiner Tragweite gelten, das in allen Kantonen verbindlich ist. Das Fehlen der Protokollnummer kann jedoch für die Gültigkeit der Urkunde nicht schädlich sein.

§ 48 Textgestaltung

1274 - Vorbemerkung: Alle kantonalen Vorschriften über die äussere Form öffentlicher Urkunden, welche die **Erhöhung der Haltbarkeit und Fälschungssicherheit** der Urkunde bezwecken, haben den Charakter von Ordnungsvorschriften.

Fn 41 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 144, N 3 zu Art. 10 ND BE; das deutsche BerukG § 44, verlangt die Siegelung für alle mehrblättrigen Urkunden, damit auch in der Urschriftensammlung des Notars keine einzelnen Blätter verloren gehen (oder ausgetauscht werden) können; obwohl das Gesetz keine Vorschrift darüber enthält, in welchem Zeitpunkt die Siegelung erfolgen muss, herrscht die Meinung, die Siegelung habe unmittelbar nach Abschluss der Niederschrift - d.h. unmittelbar nach dem Beurkundungsvorgang - zu erfolgen; vgl. HUHNS/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 530, N 16 zu § 44.

****S. 365****

1275 - Hierzu gehören die Vorschriften über Papierqualität und -format, das Verbot der Verwendung bestimmter Schreibgeräte wie Bleistift⁴² oder Alkohol-Umdruck, ferner die Vorschrift, dass leere Zeilenenden und Absätze so abzustreichen sind, dass keine nachträglichen Einfügungen von dritter Hand unbemerkt erfolgen können. Auch die Regeln, dass mehrere Blätter der gleichen Urkunde mit Schnur und Siegel oder mit einem amtlichen Umschlag⁴³ miteinander zu verbinden oder dass sämtliche Blätter von den Unterzeichnern der Urkunde handschriftlich zu visieren sind (womit der unbemerkte spätere Austausch einzelner Blätter erschwert wird), gehören zu diesen Ordnungsvorschriften⁴⁴.

1. Urkundensprache

a) Grundsatz: Urkundenerrichtung in der lokalen Amtssprache

1276 - *Wenn keine sachlichen Gründe etwas anderes erfordern, ist die öffentliche Urkunde in der am Beurkundungsort massgebenden Amtssprache zu errichten*⁴⁵.

1277 - Erläuterung: Einzelne Kantone verlangen die Verwendung ihrer Amtssprache prinzipiell, d.h. ohne Begründung aus dem besonderen Verwendungszweck der Urkunde⁴⁶. Die kantonalen Regeln zur

Fn 42 - Im Urteil des TC FR vom 11.8.1961, ZBGR 47 (1966) S. 150-152 wurde eine von der Urkundsperson mit Bleistift eingefügte und von den Parteien mitunterzeichnete Ergänzung als nichtig qualifiziert, jedoch nicht weil die Schrift mit Bleistift hergestellt war, sondern weil die Urkundsperson diese Ergänzung anschliessend ausradiert und durch einen von den Parteien nicht mitunterzeichneten Anhang an den bisherigen Urkundentext ersetzt hatte. Das Gericht fand, eine Inhaltsermittlung des ausradierten Textes durch ein radiologisches Gutachten laufe dem Zweck der öffentlichen Beurkundung zuwider. Dieser bestehe unter anderem darin, ein "moyen de preuve indiscutable" zu schaffen. Die Beweisqualität gehe einem Text ab "dès le moment où ... le notaire l'a effacé volontairement de telle manière qu'il est devenu illisible et même invisible."

Fn 43 - So ZH NV § 47 Abs. 2 (Fsg. 24.9.1992).

Fn 44 - Vgl. hierzu MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 135, 145-147.

Fn 45 - Vgl. z.B. BE ND Art. 4 Abs. 1; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des OG ZH vom 15.3.1974 über die Errichtung öffentlicher Urkunden in einer fremden Sprache, ZR 74 S. 14.

Fn 46 - Vgl. die Übersicht bei CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 96, welcher darauf hinweist, dass die deutschsprachigen Kantone bezüglich der Zulassung fremdsprachiger Beurkundungen zum Teil etwas toleranter sind als die französischsprachigen und der

****S. 366****

Urkundensprache können nur als Ordnungsvorschriften Geltung haben⁴⁷. Kantonale Vorschriften, welche die Entstehung der öffentlichen Urkunde oder die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes von der Verwendung einer bestimmten Sprache abhängig machen, überschreiten die bundesrechtli-

chen Maxima, indem sie die Zugänglichkeit der öffentlichen Beurkundung in bundesrechtswidriger Weise erschweren⁴⁸.

b) Wichtiger Grund für die Wahl einer Fremdsprache

1278 - Bei Erklärungsbeurkundungen soll statt in der lokalen Amtssprache in einer von Urkundsperson und Klientschaft gemeinsam verstandenen Fremdsprache beurkundet werden, wenn die Klientschaft die lokale Amtssprache nicht versteht.

1279 - Erläuterung: Der Klientschaft soll die Möglichkeit gegeben werden, ihre Erklärungen in einer ihr unmittelbar verständlichen Sprache zu beurkunden. Vorbehalten bleiben entsprechende Fremdsprachenkenntnisse der Urkundsperson und abweichende kantonale Vorschriften.

Tessin. CARLEN verweist auf einen Tessiner Entscheid, Rep 1959, S. 35, wo ein französisch beurkundeter Akt als nichtig erklärt wurde!

Fn 47 - Vgl. DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (21): Art. 55 Abs. 2 SchlT ZGB "astreint les cantons à autoriser l'instrumentation d'actes en langue étrangère, au moins si tous les déclarants maîtrisent une autre langue que celle de l'officier public, mais ne les oblige pas à renoncer à prescrire une traduction authentique dans une langue officielle", mit Verweis auf B. BERTONI, De l'acte authentique en droit civil suisse, SJZ 1921 S. 148a, MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 148-149, BECK, Berner Kommentar (1932) N 59 zu Art. 55 SchlT ZGB, PETER TUTOR, Komm. ZGB, Bd. III, Das Erbrecht (1952) N 12-13 zu Art. 499 ZGB, C ROSSIER, La forme authentique du testament, Diss. Lausanne 1964, S. 93 ff., E. GAUTSCHI, Die öffentliche Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen nach dem schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 1932, S. 133 ff.

Fn 48 - In diesem Sinne PIOTET, a.a.O. (vgl. vorhergehende Fussnote): "Plusieurs réglementations cantonales présentent des problèmes de compatibilité avec le droit fédéral parce qu'elles ne paraissent pas permettre l'authentification directe des déclarations de volonté dans une langue non officielle", mit Verweis auf bundesrechtswidrige Vorschriften in FR EGZGB Art. 11 Abs. 2 und NG Art. 59, GE LN Art. 13, NW BeurkV Art. 28, NE LN Art. 37 (für die Urschriften bei lebzeitigen Geschäften), TI LN Art. 58, SO EG ZGB Art. 12. PIOTET bezweifelt auch die Bundesrechtskonformität der Vorschrift von VD LN Art. 66, wo bei zweisprachigen Urkunden dem französischen Text der Vorrang eingeräumt wird. Denn Art. 55 SchlT ZGB erheischt, dass auch in einer anderen Sprache mit öffentlichem Glauben beurkundet werden kann.

****S. 367****

1280 - Die Beurkundung mit Hilfe eines Dolmetschers soll, wenn die Klientschaft nichts anderes verlangt, nur dann stattfinden, wenn die Beurkundung in einer allen Beteiligten verständlichen Sprache nicht möglich ist. In diesem Fall liegt die Wahl der lokalen Amtssprache als Urkundensprache nahe.

c) Sprachenfreiheit

1281 - Von Bundesrechts wegen kann die Urkunde in jeder Sprache abgefasst sein⁴⁹, welche die Urkundsperson genügend beherrscht⁵⁰.

1282 - Vermag die Urkundsperson den Urkundeninhalt nicht aufgrund eigener Sprachkenntnisse zu verstehen, so kann sie in der betreffenden Sprache (als ausschliesslicher Urkundensprache) keine einsprachige öffentliche Urkunde schaffen⁵¹. Möglich ist in diesen Fällen die Schaffung einer zweisprachigen öffentlichen Urkunde⁵².

1283 - Erläuterung: Dass die Urkundsperson die einsprachige öffentliche Urkunde nur in einer Sprache ausfertigen darf, welche sie selber versteht, ist in folgender Erwägung begründet: Die Urkundsperson bezeugt in den protokollierenden Teilen, d.h. im Ingress und im Beurkundungsvermerk, in eigener Rede den Ablauf des Beurkundungsvorgangs, insbesondere, dass die Erschienenen ihre Erklärungen vor der Urkundsperson abgegeben haben. Dieses notarielle Zeugnis genießt öffentlichen Glauben⁵³. Es widerspräche einer elementaren Anforderung an die öffentliche Beurkun-

dung, wenn die Urkundsperson lediglich durch das Medium des Dolmetschers (dessen Zeugnis keinen öffentlichen Glauben genießt) in der Urkunde ein schriftliches Zeugnis mit öffentlichem Glauben abgibt, das sie selber als geschriebenen Text nicht versteht. Einer solchen Urkunde könnte der öffentliche Glaube und damit die Qualität der öffentlichen Urkunde nicht zukommen⁵⁴.

Fn 49 - Die Urkundensprache braucht nicht mit der Sprache übereinzustimmen, in welcher die Instruktion erteilt wurde; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 133, N 1 zu Art. 4 ND BE.

Fn 50 - Vgl. BE ND Art. 4 Abs. 1; MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 148: "Grundsatz ist, dass der Notar die Urschrift nur in einer Sprache abfassen darf, welche er hinreichend beherrscht. Ihm gegenüber gibt es keine Übersetzung der Urschrift." - Gleicher Auffassung EDWIN GAUTSCHI, Die öffentliche Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen nach dem schweizerischen ZGB, Diss. Zürich 1932, S. 132 und 136.

Fn 51 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 133, N 3 zu Art. 4 ND BE.

Fn 52 - Vgl. hierzu Ziff. 1291 ff.

Fn 53 - Vgl. BGE 113 IV 77-83 (81).

Fn 54 - A.M. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 53, N 193.

****S. 368****

d) Pflicht zur fremdsprachigen Beurkundung

1284 - Bei Erklärungsbeurkundungen ist eine Amtspflicht der Urkundsperson zur fremdsprachigen Beurkundung anzunehmen, wenn eine fremdsprachige, der lokalen Amtssprache nicht mächtige Klientenschaft verlangt, ihre Erklärungen in einer ihr verständlichen Sprache urkundlich dokumentieren zu lassen. Beherrscht die Urkundsperson die betreffende Fremdsprache, so soll sie die Urkunde einsprachig in der Fremdsprache abfassen. Beherrscht sie die Fremdsprache nicht, so ist ein Dolmetscher beizuziehen und zweisprachig zu beurkunden.

1285 - Erläuterung: Art. 55 Abs. 2 ZGB verpflichtet die Kantone, für die Errichtung von öffentlichen Urkunden in fremder Sprache ordnende Bestimmungen aufzustellen. Der Bundesgesetzgeber geht davon aus, dass in Fremdsprachen beurkundet werden kann und - unter bestimmten Voraussetzungen - muss. Die Kantone sind nicht befugt, die Urkundensprache auf eine oder mehrere Landes- oder Amtssprachen der Schweiz zu beschränken⁵⁵. Fremdsprachliche Beurkundung muss immer dann zulässig sein, wenn hierfür ein wichtiger, sachlicher Grund besteht⁵⁶.

1286 - Die bundesprivatrechtliche Verpflichtung ist zunächst eine solche der Kantone, ordnende Bestimmungen aufzustellen, sodann aber auch eine unmittelbar anwendbare Handlungspflicht für die Urkundspersonen in der Schweiz.

1287 - Sind im gleichen Beurkundungskreis mehrere Urkundsperson mit verschiedenen Fremdsprachenkenntnissen tätig, so empfiehlt sich eine gegenseitige Absprache dergestalt, dass die Klientenschaft zur Erstellung einsprachiger Urkunden in den Sprachen Deutsch, Französisch, Italienisch und Englisch zu einer Urkundsperson mit entsprechenden Sprachkenntnissen gewiesen wird. Einsprachige Beurkundung kommt allenfalls noch in spanischer Sprache in Frage.

1288 - Beurkundungen in anderen Sprachen sollen in der Regel zweisprachig erstellt werden. Die öffentliche Urkunde einer schweizerischen Urkundsperson in chinesischer oder russischer Sprache (und in entsprechender Schrift), ohne beigefügte Übersetzung in einer der schweizerischen Amtssprachen, müsste als eine zu vermeidende Irregularität bezeichnet werden, und zwar auch dann, wenn die Urkundsperson die betreffende Fremdsprache beherrscht. Irregulär ist die Urkunde in diesem Falle, weil sie als schweizerische öffentliche Urkunde den von der schweizerischen Rechtsordnung verliehenen

Fn 55 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 53, N 193. Auch SIDLER, Komm. LU (1975) S. 96, N 6 zu § 34 verlangt, dass primär in einer Sprache beurkundet wird, welcher die Beteiligten mächtig sind.

Fn 56 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 53, N 193.

****S. 369****

öffentlichen Glauben geniesst, für durchschnittliche Urkundenleser in der Schweiz aber unverständlich ist. Der öffentliche Glaube eines Schriftstückes soll richtigerweise nicht von der sprachlichen Verständlichkeit des Textes im Verleihungskanton losgelöst werden.

1289 - Für Beurkundungen in rätoromanischer Sprache sind die Klienten an eine sprachkundige Urkundsperson im Kanton Graubünden zu verweisen.

1290 - Beherrscht eine Urkundsperson eine unkurante Fremdsprache, so kann ihr dennoch nicht zugemutet werden, unter dem Titel der Beurkundungspflicht sämtliche in ihrem Einzugsgebiet anfallenden Beurkundungen von Touristen, Gastarbeitern, Flüchtlingen oder Asylanten des betreffenden Idioms vorzunehmen; die betreffende Urkundsperson fände sich möglicherweise überlaufen mit zeitaufwendigen Bagatellbeurkundungen, namentlich zum Zwecke der Kommunikation mit den Behörden des Herkunftslandes solcher Klienten.

e) Zweisprachige Urkunde

1291 - *Die zweisprachige öffentliche Urkunde ist eine Urkunde, deren landessprachlicher Teil der Urkundsperson, deren fremdsprachlicher Teil der Klientschaft (oder, bei der Beurkundung bestehender Tatsachen, dem Urkunden-Adressaten) und deren beide Teile dem Dolmetscher verständlich sind.*

1292 - Erläuterung: Die zweisprachige Urkunde ist eine wirksame öffentliche Urkunde. Bei zweisprachigen Erklärungsbeurkundungen bezeugt die Urkundsperson mit öffentlichem Glauben, dass die Erklärungsabgabe der Klientschaft unter Mitwirkung des Dolmetschers in notarieller Anwesenheit stattgefunden hat. Der Dolmetscher bezeugt in der Dolmetschererklärung - ohne öffentlichen Glauben, aber unter beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht -, dass die erklärende Person den Urkundeninhalt in der übersetzten Fassung verstanden und ihre Genehmigung geäußert hat, ferner dass die übersetzte Fassung mit dem landessprachlichen Text inhaltlich übereinstimmt. Das Gewissheitsdefizit, welches wegen des mangelnden öffentlichen Glaubens der Dolmetschererklärung verbleibt, wird wettgemacht durch die Möglichkeit späterer Nachkontrolle der geleisteten Übersetzungsarbeit. Analysiert man den Umfang des öffentlichen Glaubens, welcher den verschiedenen Urkundenteilen zukommt, so sind Abweichungen vom Normalfall nicht zu verkennen. Der fremdsprachige Teil kann von der Urkundsperson nicht mit öffentlichem Glauben mitbezeugt werden, weil sie ihn nicht versteht. Der landessprachliche Teil enthält nicht das, was die erklärende Person selber erklärt hat und wird demgemäss von dieser Person nicht mitbezeugt. Der landessprachliche Teil kann aber auch von der Urkundsperson nicht als die Willenserklärung der

****S. 370****

Klientschaft mitbezeugt werden, weil die Urkundsperson nicht aus eigenem Sprachverständnis beurteilen kann, was die Klientschaft erklärt hat. Das notarielle Zeugnis und der öffentliche Glaube beschränkt sich demgemäss auf die Tatsache, dass die fremdsprachige Person zum Beurkundungsvorgang erschienen ist, den fremdsprachigen Urkundenteil gelesen und ihre Genehmigung unterschriftlich zu erkennen gegeben hat, ferner dass der Dolmetscher die Richtigkeit und Vollständigkeit der landessprachlichen Übersetzung bestätigt hat.

1293 - Die zweisprachige Urkunde nach zürcherischer Usanz⁵⁷ beginnt mit einem Ingress in einer von der Urkundsperson verstandenen Sprache; es folgt die fremdsprachige Parteierklärung und deren Übersetzung. Jede Partei unterschreibt jenen Text, den sie sprachlich versteht. Es folgt die Dolmetschererklärung, in welchem der Dolmetscher die nach bestem Wissen und Gewissen vorge-

nommene Übersetzungsarbeit bestätigt, samt Dolmetscherunterschrift⁵⁸, anschliessend der notarielle Beurkundungsvermerk und die Notarunterschrift, worin die Besonderheiten des Verfahrensablaufs festzuhalten sind (z.B.: "... die Urkunde enthält den durch Vermittlung des Dolmetschers ermittelten und erklärten Willen des X. ...")⁵⁹. - Auf diese Weise können beispielsweise auch japanische Texte durch Japaner ohne Fremdsprachenkenntnisse in der Schweiz öffentlich beurkundet werden. Die Richtigkeit der Übersetzung kann später durch Dritte jederzeit kontrolliert werden⁶⁰.

Fn 57 - Im Kreisschreiben der Verwaltungskommission des OG ZH vom 15.3.1974 über die Errichtung öffentlicher Urkunden in einer fremden Sprache, ZR 74 S. 14, wird die Erstellung zweisprachiger Urkunden nicht nur erlaubt, sondern zwingend vorgeschrieben für alle Fälle, in denen sich die an einem Beurkundungsakt Mitwirkenden nicht in der gleichen Sprache verständigen können; je nach Sprachkenntnissen der Urkundsperson ist mit oder ohne Beizug eines Dolmetschers vorzugehen. - Man wird die Zweisprachigkeit der Urkunde in diesen Fällen allerdings nicht als bundesrechtliches Mindestanforderung qualifizieren können. Vielmehr handelt es sich um eine kantonale Ordnungsvorschrift.

Fn 58 - Vgl. hiezu das in der vorhergehenden Fussnote zitierte Kreisschreiben, S. 15: "Falsch ist, wenn die Erklärung des Übersetzers unterhalb der Unterschrift der Urkundsperson plaziert wird und wenn der Übersetzer seine Erklärung erst nach der Unterzeichnung der Urkunde durch die Urkundsperson unterzeichnet. Falsch ist sodann, wenn die Urkundsperson zu jeder Fassung der Urkunde eine Beurkundungsformel aufsetzt und unterzeichnet. Die öffentliche Beurkundung ist ein einziger Akt, auch wenn die Urkunde in mehr als einer Sprache errichtet wird. Beurkundungsformel (je nach Bedürfnis nur in der deutschen oder auch noch in der fremden Sprache) und Unterschrift der Urkundsperson müssen die Gesamtheit der öffentlichen Urkunde decken."

Fn 59 - Gemäss dem hievorigen zitierten zürcherischen Kreisschreiben hat die Urkundsperson, wenn sie selber die Übersetzung besorgt, im Beurkundungsvermerk zu bescheinigen, "dass die fremdsprachige Urkunde die gewissenhafte Übersetzung der deutschen Fassung sei."

Fn 60 - Vgl. ZH EGZGB § 242 Abs. 1 und, fast gleichlautend, NV § 32 Abs. 1: "Ist die Urkunde in einer fremden Sprache zu errichten, weil ein Mitwirkender die deutsche Sprache nicht versteht oder weil es die Parteien verlangen, so zieht der Notar

****§. 371****

f) Einsprachige Urkunde mit notarieller Simultanübersetzung während des Beurkundungsvorgangs

1294 - Beherrscht die Urkundsperson sowohl die lokale Urkundensprache als auch eine von der Klientschaft gesprochene weitere Sprache, so ist die Beurkundung im Verfahren der notariellen Simultanübersetzung zulässig. Die notarielle Simultanübersetzung ist der Beurkundung mittels Beizug eines Dolmetschers vorzuziehen; jedoch hat die Klientschaft das Recht, den Beizug eines Dolmetschers auch dann zu verlangen, wenn die Urkundsperson die Simultanübersetzung anbietet⁶¹.

1295 - Erläuterung: Mancherorts ist üblich, den Anforderungen von Grundbuch- und Handelsregisteramt nach Belegen in der lokalen Amtssprache dadurch entgegenzukommen, dass das Unterzeichnungsexemplar⁶² in dieser Amtssprache formuliert wird und dass die Urkundsperson den dieser Sprache nicht mächtigen Erschienenen die Urkunde anlässlich des Beurkundungsvorganges mündlich abschnittsweise vorübersetzt. Man denke an einen Franzosen, der sein Ferienhaus im Berner Oberland seinem Sohn schenkt, wobei Vater und Sohn kein Wort Deutsch verstehen und die deutschsprachige Urkunde vom Notar mündlich übersetzt erhalten. Wenn sämtliche zu Urkund oder zu unterschreibensbedürftigem Protokoll erklärenden Personen und die Urkundsperson gemeinsam jener Sprache mächtig sind, in welche die Urkundsperson mündlich übersetzt, ist das Vorgehen beurkundungsrechtlich nicht zu rechtfertigen und muss als Ordnungswidrigkeit qualifiziert werden. Richtiger wäre in dem erwähnten Beispiel die Beurkundung in französischer Sprache und die zusätzliche Erstellung einer beglaubigten Übersetzung seitens der Urkundsperson zuhanden des Grundbuchamtes. Nur dieses Verfahren erlaubt eine nachträgliche Kontrolle, dass die Übersetzung

richtig und vollständig war und dass die zu Urkund Erklärenden den beurkundeten Geschäftsinhalt verstanden haben⁶³.

einen Übersetzer bei, **sofern er der fremden Sprache** [d.h. der Urkundensprache!] **nicht mächtig ist...**". - Die zweisprachige Urkunde wird auch vorgesehen von FR NG Art. 51 Abs. 2, GE LN Art. 13 Abs. 1.

Fn 61 - Dieses Recht wird ausdrücklich anerkannt im Kreisschreiben der Verwaltungskommission des OG ZH vom 15.3.1974, ZR 74, S. 14 ff., über das Verfahren bei der Errichtung öffentlicher Urkunden in einer fremden Sprache (Ziff. 1).

Fn 62 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 1343.

Fn 63 - Dass beim Beizug Dritter als Dolmetscher in einer den fremdsprachigen Erklärenden unverständlichen Sprache beurkundet werden muss, hat seinen Grund darin, dass die einsprachige Originalurkunde stets in einer von der Urkundsperson verstandenen Sprache zu formulieren ist. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Beurkundung in einer den Erklärenden unverständlichen Sprache, wenn - wie in dem dargestellten Beispiel - dafür die zwingende Notwendigkeit fehlt.

****S. 372****

g) Beizug eines Dolmetschers

1296 - Können sich Urkundsperson und zu Urkund erklärende Personen nicht in einer gemeinsam verstandenen Sprache verständigen, so ist der Beizug eines Dolmetschers⁶⁴ unumgänglich. Er hat anlässlich der Instruktion die Erklärungen der Erschienenen in eine der Urkundsperson verständliche Sprache zu übersetzen, in der Regel in die lokale Amtssprache, die in diesem Falle zugleich die Urkundensprache ist.

1297 - Erläuterung: Dolmetscher können vor allem bei den Erklärungsbeurkundungen, ferner bei den vorbereiteten und den unterschriftsbedürftigen Protokollen mitwirken.

h) Notarielle Bezeugung des Übersetzungsverfahrens im Beurkundungsvermerk

1298 - Wird aufgrund notarieller Simultanübersetzung oder mit Hilfe eines Dolmetschers in der lokalen Amtssprache beurkundet, so hat die Urkundsperson in der Urkunde festzuhalten, dass und wie der Urkundentext der der Urkundensprache nicht mächtigen Unterzeichnerin übersetzt worden ist.

1299 - Ebenfalls im Beurkundungsvermerk oder in einer separaten Dolmetschererklärung ist in diesem Falle von der übersetzenden Person zu erklären, dass sie den Urkundentext anlässlich des Beurkundungsvorganges nach bestem Wissen und Gewissen, vollständig und genau, mündlich übersetzt und sich überdies davon überzeugt hat, dass die fremdsprachige Person den Inhalt der Urkunde vollständig und richtig verstanden und genehmigt hat⁶⁵.

1300 - Erläuterung: Es handelt sich um Ordnungsvorschriften.

i) Angabe des Grundes für die Fremdsprachigkeit in der Urkunde

1301 - Wird die Urkunde in einer Sprache abgefasst, welche nicht die Muttersprache sämtlicher Unterzeichner ist, oder wird sie wegen Fremdsprachigkeit einer erklärenden Person in zwei Sprachen gleichzeitig abgefasst, so soll in der Urkunde angegeben werden, für welche Unterzeichner welche Urkundensprachen Fremdsprachen sind, und es soll ferner deren bestätigende Erklärung zu Protokoll genommen werden, dass sie die Urkunde aufgrund eigener Fremd-

Fn 64 - Beurkundungszeugen können zugleich Dolmetscher sein, wenn sie in ihrer Person die Voraussetzungen für die Zeugentauglichkeit und für die Dolmetscherfunktion für die betreffende Beurkundung vereinigen; vgl. Ziff. 375.

Fn 65 - Vgl. hierzu hinten, Ziff. 2250 ff.

****S. 373****

sprachenkenntnis oder aufgrund der Übersetzungsarbeit der Urkundsperson oder eines beigezogenen Dolmetschers verstanden haben.

1302 - Erläuterung: Kantonale Vorschriften, wonach bei Beurkundung in einer Fremdsprache in der Urkunde ausdrücklich festzuhalten sei, die Parteien hätten die fremdsprachige Beurkundung gewünscht; sie und die Urkundsperson seien der Sprache mächtig etc.⁶⁶, sind Ordnungsvorschriften, welche das zu regelnde Problem nicht vollständig erfassen. Nicht die Fremdsprachigkeit der Urkunde (in ihrem Verhältnis zur Amtssprache am Beurkundungsort) ist das relevante Faktum, sondern die Fremdsprachigkeit einzelner oder aller Unterzeichner im Verhältnis zur Urkundensprache. Solche Fremdsprachigkeit kann auch bestehen, wenn die Urkunde in der lokalen Amtssprache formuliert ist, wenn beispielsweise Franzosen ohne Deutschkenntnisse vor einem Berner Notar individuelle Erklärungen in deutscher Urkundensprache abgeben (was nach den oben dargestellten Grundsätzen eine Ordnungswidrigkeit darstellt). Hierüber soll die Urkunde genauen Aufschluss geben.

k) Sprachliche Anforderungen an Grundbuch- und Handelsregisterbelege

1303 - *Da die Belege bei Grundbuch- und Handelsregisteramt in einer schweizerischen Landessprache eingereicht werden müssen, sind Urkunden, die gemäss den vorstehenden beurkundungsrechtlichen Regeln in einer anderen Sprache formuliert werden mussten, dem Amt in beglaubigter Übersetzung einzureichen*⁶⁷.

1304 - Erläuterung: Die grundbuchlichen und handelsregisterlichen Anforderungen können nicht dazu führen, dass die zu Urkund oder

Fn 66 - Vgl. etwa BE ND Art. 4 Abs. 1, ferner BS EGZGB § 236 Abs. 4: "In einer andern als der deutschen Sprache darf die Urkunde nur dann abgefasst werden, wenn sämtliche Parteien oder ihre Vertreter dies verlangen und wenn sie und die Mitwirkenden erklären, dieser andern Sprache mächtig zu sein. Die Urkundsperson hat sich zu überzeugen, dass dies zutrifft; das Begehren und diese Feststellung sollen in die Urkunde aufgenommen werden."

Fn 67 - Kantonale Regelungen, welche die Einreichung von Originalurkunden in bestimmten Sprachen bei Handelsregister- und Grundbuchämtern verlangen und die Einreichung von notariell beglaubigten Kopien und Übersetzungen verbieten, müssen als bundesrechtswidrig qualifiziert werden; vgl. die bei MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 133, N 4 zu Art. 4 ND BE erwähnten kantonalen Erlasse, ferner den diesbezüglichen Vorbehalt in BE ND Art. 4 Abs. 2. Andererseits besteht kein Rechtsanspruch des Bürgers, die Belege bei Grundbuch- und Handelsregisterämtern in einer anderen als deren lokaler Amtssprache ohne Mitlieferung einer beglaubigten Übersetzung einzureichen; vgl. in diesem Sinne den Entscheid des Vorstehers des Département de Justice VS vom 21.2.1967, RVJ 1967 S. 96-98.

****S. 374****

zu unterschrittsbedürftigem Protokoll erklärenden Personen zur Abgabe ihrer schriftlichen Erklärungen in einer Sprache gezwungen werden, die sie nicht verstehen, solange eine von diesen Erklärenden und der Urkundsperson gemeinsam verstandene Urkundensprache zur Verfügung steht.

2. Sprachlicher Stil der Urkunde

1305 - *Die öffentliche Urkunde soll in einfacher Sprache, unter Vermeidung unnötiger Fremdwörter und Fachausdrücke sowie ungebräuchlicher Abkürzungen*⁶⁸ *formuliert werden.*

1306 - Erläuterung: Öffentliche Urkunde sollen laienverständlich sein. Es liegt kein Verdienst in der Verwendung mittelalterlicher Floskeln.

3. Korrekturen

a) Unterscheidung inhaltsändernder und berichtiger Korrekturen

1307 - *Inhaltsändernde Korrekturen werden in der vorliegenden Arbeit alle Änderungen am Text genannt, welche nicht lediglich berichtigen Charakter haben.*

1308 - *Berichtigende Korrekturen werden jene Änderungen genannt, durch welche ein auch für Dritte erkennbarer Schreibfehler behoben und dadurch eine Textversion hergestellt wird, die aufgrund der fehlerhaften Erstfassung nahelag.*

1309 - **Erläuterung:** Während des Beurkundungsvorgangs können die Beteiligten sich zu einer vom vorliegenden Entwurf abweichenden Gestaltung des Geschäftes entschliessen, beispielsweise die Frist für die Restzahlung verlängern oder verkürzen. Ist die sofortige Neuerstellung des betreffenden Blattes nicht möglich, so wird die neue Formulierung in das Unterzeichnungsexemplar von Hand eingetragen. Es handelt sich um eine inhaltsändernde Korrektur. Die inhaltsändernden Korrekturen lassen sich nicht leicht in allgemeiner Weise beschreiben. Äus-

Fn 68 - So ZH NV § 44 Abs. 1.

****S. 375****

seres Merkmal der meisten inhaltsändernden Korrekturen ist, dass der unkorrigierte Text für einen Dritten nicht als fehlerhaft erkennbar gewesen wäre oder dass die angebrachte Korrektur für einen Dritten nicht nahelegen hätte.

1310 - Entdecken die Beteiligten statt dessen, dass ein Wort orthographisch falsch geschrieben ist oder dass ein Wort mehrmals nacheinander geschrieben oder ausgelassen worden ist, und berichtigen sie einen solchen Fehler, so handelt es sich um eine berichtigende Korrektur. Gemeinsames äusseres Merkmal aller berichtigen Korrekturen ist, dass der Fehler für einen Dritten erkennbar ist und dass die angebrachte Korrektur aufgrund der Urkunde allein oder in Verbindung mit anderen Erkenntnismitteln naheliegt.

1311 - Als Beispiel einer berichtigen Korrektur sei ein öffentlich beurkundetes Stockwerkeigentümer-Reglement erwähnt, in welchem, in Anlehnung an Art. 647d Abs. 2 ZGB, der fehlerhafte Satz steht: "Bauliche Änderungen, die einem Stockwerkeigentümer den Gebrauch seiner Sache zum bisherigen Zweck und dauernd erschweren, können nicht ohne seine Zustimmung durchgeführt werden." - Der Vergleich mit dem Gesetz zeigt, dass vor dem Wort "und" das Wort "erheblich" vergessen wurde; ohne diese Ergänzung ist das Wort "und" offensichtlich sinnlos. Die auch für einen Dritten naheliegende richtige Fassung ergibt sich hier aus der Urkunde in Verbindung mit dem ZGB. - Wäre "zum bisherigen Zweck dauernd" beurkundet worden, so läge von Anfang an ein sinnvoller Text vor, der mangels eines klar ersichtlichen Irrtums nicht auf dem Wege der Korrektur um die beiden Wörter "erheblich und" ergänzt werden könnte.

1312 - Die Berichtigung falsch geschriebener Zahlen ist meist als inhaltsändernde Korrektur zu qualifizieren. Ausnahmsweise kann eine berichtigende Korrektur angenommen werden, wenn sich die richtige Zahl aus dem Urkundenzusammenhang ableiten lässt.

1313 - Bestehen zwischen einer urkundlich genannten Zahl und ihrer Wiederholung in Worten Diskrepanzen, wie sie sich bei mehrfacher Änderung des Urkundenentwurfs unbemerkt einschleichen können, so gilt der von den Parteien wirklich gewollte Betrag (in der Regel der in Zahlen geschriebene). Der daneben irrtümlich stehengebliebene Betrag in Worten hat als nicht geschrieben zu gelten.

1314 - Keine Korrektur liegt vor, wenn ein am Beurkundungsverfahren nicht beteiligter Dritter oder wenn die Beteiligten selber nach Jahr und Tag an der Urkunde herummanipulieren. Grundsätzlich

ist der Eigentümer der Urkunde befugt, auf das Urkundenpapier zu schreiben und den Urkundentext zu verändern, sofern dies nicht in Täuschungsabsicht geschieht⁶⁹. Der Eigentümer der Urkunde darf diese grundsätz-

Fn 69 - Solche rechtmässigen, beurkundungsrechtlich aber unerwünschten Manipulationen an Originalurkunden sind ausgeschlossen in jenen Kantonen, welche den definiti-

****S. 376****

lich auch vernichten. Solches Schreiben und Ändern ist nicht als Teil eines informell verlängerten Beurkundungsverfahrens, sondern als eine mit dem Verfahren nicht in Beziehung stehende äussere Einwirkung auf die Urkunde und damit nicht als deren Korrektur zu betrachten.

b) Grundsatz der äusserlichen Erkennbarkeit der erfolgten Korrektur

1315 - Korrekturen am Unterzeichnungsexemplar und an der gesiegelten Urkunde dürfen nicht durch Rasur, sondern müssen in einer Weise vorgenommen werden, welche die aufgehobene Erstfassung lesbar belässt und die Korrektur als solche erkennbar macht⁷⁰.

1316 - Erläuterung: Der Sinn dieser Regel liegt in der Vermeidung verdeckter Manipulationen. Die öffentliche Urkunde gewinnt an Wahrheitsgeltung, wenn im Falle von Korrekturen der historische Werdegang für Dritte erkennbar bleibt.

c) Auswechseln ganzer Seiten

1317 - Das Auswechseln von ganzen Seiten ist im Rahmen der Urkundenbereinigung, d.h. während des Beurkundungsvorgangs und in ununterbrochener Anwesenheit der Erschienenen und der Urkundsperson zulässig.

1318 - Nach dem Weggang der Klientschaft muss das Auswechseln von Seiten auch dann als notarielle Pflichtwidrigkeit bezeichnet werden, wenn es mit der Klientschaft so abgesprochen wurde und eine bloss Reinschrift der definitiven Textfassung darstellt, die während des Beurkundungsvorgangs erarbeitet wurde⁷¹.

1319 - Erläuterung: Im Zeitalter der Textverarbeitung ist das Auswechseln von Seiten zu einer derart verbreiteten Unsitte geworden, dass aus einem solchen Vorgang, wenn er mit Ermächtigung der Erschienenen erfolgt, nachträglich weder die Nichtenstehung der Urkunde noch die Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes abgeleitet werden kann. Die

ven Verbleib des Originals bei der Urkundsperson bzw. in einem staatlichen Archiv vorschreiben.

Fn 70 - Vgl. ZH NV § 44 Abs. 1; BE ND Art. 7 Abs. 1; BS NG § 10.

Fn 71 - Zusätzlich liegt eine Verletzung der notariellen Wahrheitspflicht vor, wenn nachträglich Seiten ausgetauscht und Textinhalte in die Urkunde eingebracht werden, welche während des Beurkundungsvorgangs **nicht gelesen** worden waren; vgl. solche Fälle in den Entscheiden der Notariatskammer des Kantons Bern vom 26.6. und 11.9.1990, BN 1990 S. 109 (Besprechung ROLAND PFÄFFLI), 1991 S. 225 f. und 271; disziplinarische Bestrafung der Urkundsperson mit Busse; Wiederholung der Beurkundung infolge Nichtigkeit der inhaltlich un- wahr gewordenen Ersturkunden.

****S. 377****

verfahrensrechtliche Ordnungswidrigkeit liegt darin, dass der korrigierte Text in der Regel von den Erschienenen (und meist auch von der Urkundsperson) nicht nochmals gelesen wird, sondern dass die korrigierten Seiten nachträglich direkt durch Hilfspersonen der Urkundsperson in die Urkunde integriert werden.

d) Zulässigkeit inhaltsändernder Korrekturen nur während des Beurkundungsvorgangs

1320 - Inhaltsändernde Korrekturen können nur während des Beurkundungsvorganges vorgenommen werden⁷². Um den Umfang einer solchen Korrektur abschliessend zu definieren, ist die Anzahl der gestrichenen und der neu beigefügten Wörter oder Buchstaben in unmittelbarer räumlicher Nähe zur Korrektur auf der Urkunde selbst⁷³ zu bescheinigen⁷⁴.

1321 - Dabei sind die Korrekturkompetenzen zu beachten. Sie liegen für die Erklärungen der Urkundsperson (d.h. für den Ingress, in der Regel auch für den Beurkundungsvermerk) bei dieser allein, für die individuellen Erklärungen und für die unterschriftsbedürftigen Protokollerklärungen gemeinsam bei den erklärenden Personen und der Urkundsperson⁷⁵.

1322 - Jede solche Korrektur ist von den änderungskompetenten Personen eigenhändig zu versieren⁷⁶, entweder mit voller Unterschrift⁷⁷ oder mit Unterschriften-Initialen.

Fn 72 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 140, N 3 zu Art. 7 ND BE. - Ein Fall unzulässiger inhaltsändernder Korrektur (notarielles Einflicken ergänzender Angaben über bestehende Vorkaufsrechte und Gewinnanteilsrechte bezüglich des Vertragsgegenstandes) nach Beendigung des Beurkundungsvorgangs und in Verletzung der Korrekturkompetenzen findet sich im Disziplinarscheid des RR AG vom 23.9.1974 i.S. Notar X., AGVE 1974 S. 566-569. Der RR stellte fest, die nachträgliche Einfügung von Textteilen, welche anlässlich des Beurkundungsvorgangs nicht gelesen worden waren, stelle "zumindest disziplinarrechtlich eine Urkundenfälschung dar" (S. 568/9). - Damit wollte wohl gesagt sein, dass die nachträgliche Anbringung inhaltsändernder Korrekturen zwar den Urkundenleser über den Zeitpunkt der Vornahme der Korrektur täuscht, dass aber diese Täuschung für sich allein nicht strafrechtlich, sondern nur disziplinarrechtlich relevant sein sollte. Der beurkundungsrechtlich versierte Urkundenleser muss annehmen, dass die Urkunde mit allen undatierten inhaltsändernden Korrekturen während des Beurkundungsvorgangs entstanden ist. Wird nachträglich inhaltsändernd korrigiert, ohne dass das spätere Datum für jede Korrektur klar ersichtlich gemacht wird, so liegt eine Täuschung vor, für deren Ahndung aber die Sanktionen des Strafrechts als unverhältnismässig hart erscheinen.

Fn 73 - Unwirksam ist die Korrektur, wenn sie auf einem Beiblatt erfolgt; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 140, N 1 zu Art. 7 ND BE.

Fn 74 - Vgl. BE ND Art. 7 Abs. 2; BS NG § 10.

Fn 75 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 140, N 3 zu Art. 7 ND BE.

Fn 76 - Vgl. BE ND Art. 7 Abs. 2; BS NG § 10.

Fn 77 - Volle Unterschrift verlangt ZH NV § 44 Abs. 2.

****S. 378****

1323 - Erläuterung: Textänderungen, mit denen inhaltliche Änderungen des beurkundeten Geschäftes vorgenommen werden sollen, welche von den anlässlich des Beurkundungsvorganges beurkundeten Willens- und Wissensäusserungen⁷⁸ der Parteien abweichen, können nur in einem neuen Beurkundungsverfahren, d.h. in einer Nachbeurkundung vorgenommen werden⁷⁹. Eine von den zu Urkund Erklärenden erteilte Ermächtigung, wonach die Urkundsperson solche Textänderungen später allein, ohne Mitwirkung der übrigen Urkundenunterzeichner, solle vornehmen dürfen, ist rechtlich wirkungslos⁸⁰.

1324 - Unzulässig bzw. unwirksam ist demgemäss jede Urkundenkorrektur, welche den von den Beteiligten anlässlich des Beurkundungsvorgangs bewusst erklärten Geschäftsinhalt verändert, ergänzt oder auch nur redaktionell verdeutlicht.

1325 - Als bewusst erklärter Inhalt hat jener Urkundeninhalt zu gelten, der aufgrund des Urkundentextes von den Parteien anlässlich der Lesung vernünftigerweise als der Textsinn verstanden werden musste.

Fn 78 - Für die Korrekturmöglichkeit spielt es keine Rolle, ob die Textänderung eine Willens- oder eine Wissensäusserung der erklärenden Personen betrifft und ob diese Äusserungen unter dem Gesichtswinkel der Beurkundungsbedürftigkeit geschäftstypisch und vertragswesentlich sind oder nicht. Was immer in der Urkunde als Eigenaussage der Erschienenen formuliert ist, darf nachträglich nicht von der Urkundsperson inhaltlich geändert oder ergänzt werden. - Allzu eng ist diesbezüglich der Entscheid der Notariatskammer BE vom 21.2.1989, ZBGR 74 (1993) S. 23-32 und BN 1989, S. 386-396, soweit darin zum Ausdruck kommt, die beurteilte notarielle Manipulation sei unzulässig gewesen, weil sie die "massgeblichen vertraglichen Willensäusserungen" der Parteien betroffen habe.

Fn 79 - In der vorliegenden Arbeit wird folgende begriffliche Unterscheidung getroffen: Nachbeurkundung ist jener Beurkundungsvorgang, bei welchem ein Fehler der Ersturkunde korrigiert oder eine Ergänzung angebracht wird, für welche die Erklärenden rückwirkende Rechtswirksamkeit ab Datum der Ersturkunde (ex tunc) wollen. Nachtragsbeurkundung ist ein Beurkundungsvorgang, bei welchem ein bestehendes, öffentlich beurkundetes Rechtsverhältnis mit Wirkung ex nunc abgeändert wird. Die Nachtragsbeurkundung (bzw., was das gleiche ist, Beurkundung eines Nachtrags) kommt häufig vor bei Stiftungsurkunden, letztwilligen Verfügungen, Ehe- und Erbverträgen, Baurechten und Grundpfändern.

Fn 80 - So zutreffend Entscheid der Notariatskammer BE vom 21.2.1989, ZBGR 74 (1993) S. 23-32 und BN 1989, S. 386-396; vgl. die analoge Situation bei den Protokollierungen, Ziff. 2959 ff. - Ein flagranter Fall unzulässiger Urkundenergänzung ist beschrieben im Urteil des TC FR vom 11.8.1961, ZBGR 47 (1966) S. 150-152, wo im Rahmen eines Grundstückkaufs zusätzlich ein Kaufrecht zugunsten des Käufers begründet werden sollte. Die Urkundsperson schrieb in Anwesenheit der Parteien mit Bleistift zwischen die Zeilen 31 und 32 die Worte hinein: "Droit d'emption en faveur de l'acheteur" und sagte zu den Parteien: "Je trouverai la formule, sie vous êtes d'accord". Dann unterschrieben Parteien und Urkundsperson den vorhandenen Text. Nach dem Weggang der Parteien radierte die Urkundsperson die bleistiftgeschriebene Einfügung aus und fügte unterhalb der vorhandenen Unterschriften den Text einer Kaufrechtsbestellung mit Preisangabe und Ermächtigung zur Grundbuchvormerkung an. Diesen Text unterschrieb die Urkundsperson allein. - Das Gericht qualifizierte das Kaufrecht als nichtig.

****S. 379****

e) Zulässigkeit berichtigender Korrekturen nach Abschluss des Beurkundungsvorgangs

1326 - Berichtigende Korrekturen können auch nach Abschluss des Beurkundungsvorganges vorgenommen werden. Wo nach kantonalem Recht die Originalurkunde bei der Urkundsperson verbleibt, ist die Urkundsperson zur alleinigen Vornahme solcher Korrekturen gemäss den vorgenannten Regeln kompetent⁸¹, wobei die Beifügung eines Korrekturvisums nicht erforderlich ist⁸².

1327 - Erläuterung: Die in der ersten Zeit nach der Fertigstellung der Urkunde allenfalls noch angebrachten und von den kompetenten Personen unterzeichneten, berichtigenden Korrekturen am Urkundenwortlaut erfolgen dem Sinne nach in einer informellen Verlängerung des Beurkundungsverfahrens und müssen als ein angehängter Teil desselben verstanden werden. Mit solchen nachträglichen Korrekturen können die Beteiligten eine Änderung des Wortlauts oder der Schreibweise des beurkundeten Inhaltes bewirken, nicht jedoch eine Änderung, auch nicht eine Ergänzung oder Präzisierung des Inhaltes selbst⁸³. Die Korrekturvisen der beteiligten Privaten brauchen nicht anlässlich eines Beurkundungsvorgangs vor der Urkundsperson beigesetzt zu werden, sondern können auch auf dem Korrespondenzweg oder durch Mitarbeiter der Urkundsperson eingeholt werden. - Bei der Anbringung berichtigender Korrekturen an fertiggestellten öffentlichen Urkunden, mit Visum der änderungskompetenten Personen, sind demgemäss **zeitliche Schranken** zu beachten. Die Urkundsperson darf zu keinen Änderungen Hand bieten, die in so weitem zeitlichem Abstand vom Beurkundungsvorgang liegen, dass die persönliche Erinnerung der Beteiligten an den Beurkundungsvorgang nicht mehr gewährleistet ist. Korrekturen kommen also höchstens während einiger Wochen seit dem Beurkundungsvorgang in Frage, so etwa noch während der Behandlung der Urkunde durch das Grundbuch- oder Handelsregisteramt. Entdecken Parteien oder Urkundsperson nach

Fn 81 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 148, N 14 zu Art. 11 ND BE; a.M. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 63, welcher die Auffassung vertritt, nachträgliche Änderungen bedürften ausnahmslos des Einverständnisses aller Beteiligten; das Zeugnis der Urkundsperson könne nur insofern Anspruch auf Zuverlässigkeit erheben, als es unter dem Eindruck des Beurkundungsverfahrens und innerhalb desselben erfolge. Dem ist entgegenzuhalten, dass die nachträgliche Korrektur von Schreibfehlern die Zuverlässigkeit des notariellen Zeugnisses nicht in Frage stellt; würde in der nachträglichen Korrektur ein grundsätzliches Risiko der Unzuverlässigkeit erblickt, so könnte auch das Einverständnis der Beteiligten nicht helfen.

Fn 82 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 140, N 4 zu Art. 7 ND BE.

Fn 83 - So verbietet BE ND Art. 3 sinnändernde Streichungen und Beifügungen, bzw. erklärt, dass sie als nicht erfolgt gelten müssen.

****S. 380****

Monaten oder Jahren Irrtümer in alten Urkunden, so können sie auf den beurkundeten Wortlaut nicht mehr zurückkommen.

f) Keine Datierung von Korrekturen

1328 - Die berichtigende Korrektur braucht nicht datiert zu werden. Wird (in Verletzung der oben dargestellten Regeln) nachträglich eine inhaltsändernde Korrektur angebracht, so muss sie datiert werden.

1329 - Erläuterung: Die berichtigende Korrektur dient dazu, einen auch für Dritte offensichtlichen Fehler in naheliegender Weise zu beheben. Es kommt ihr insofern keine Rechtserheblichkeit zu, als sie nur einen Urkundeninhalt verdeutlicht, der aufgrund späterer Auslegung in der gleichen Weise ebenfalls erkannt werden könnte. Mangels Rechtserheblichkeit der berichtigenden Korrektur spielt das Korrekturdatum keine Rolle. - Werden hingegen inhaltsändernde Korrekturen nachträglich angebracht, so ist nicht nur die Korrektur rechtserheblich, sondern auch die gewählte Vorgehensweise, d.h. die Tatsache der nachträglichen Beifügung. Es handelt sich beurkundungsrechtlich um eine unzulässige Vorgehensweise. Wird die Korrektur wahrheitsgemäss datiert, so ist dadurch der beurkundungsrechtliche Mangel ersichtlich gemacht. Wird die Korrektur nicht datiert, so ist der Mangel aus dem Urkundentext nicht ersichtlich; hingegen wird der Urkundenleser insofern getäuscht, als er annehmen muss, die undatierten Korrekturen seien während des Beurkundungsvorgangs angebracht worden.

g) Richtigstellung von Sachbeurkundungen in der Regel durch Neuerstellung der ganzen Urkunde

1330 - Bei jenen **Sachbeurkundungen**, welche von der Urkundsperson allein unterzeichnet werden (d.h. bei allen nicht unterschriftsbedürftigen Protokollen und bei den Beurkundungen bestehender Tatsachen), ist die Vernichtung der fehlerhaften Urkunde und die Erstellung einer fehlerfreien, unter gleichem Datum und gleicher Protokollnummer wie die vernichtete, zulässig und angebracht, solange nicht Fotokopien oder Abschriften der fehlerhaften Urkunde in die Hände Dritter gelangt sind.

****S. 381****

§ 49 Äussere Form der Urkunde

1. Papier

1331 - Bei der Wahl des Urkundenpapiers hält sich die Urkundsperson an allenfalls bestehende Vorschriften, ferner an die Usanzen des Rechtsverkehrs.

1332 - Die Urkunde soll auf weissem Papier in einem konventionellen Format (insbesondere A4⁸⁴) ausgefertigt sein. Recycling-Papier ist wegen seiner ungewissen Haltbarkeit nicht zu verwenden⁸⁵.

1333 - Die öffentliche Urkunde soll auf selbständiges Papier ausgefertigt werden, das, mit Ausnahme eines allfälligen Vordrucks des notariellen Briefkopfs oder der Wörter "öffentliche Urkunde", keine anderen vorbestehenden Texte enthält. Ausnahmen von dieser Ordnungsregel können toleriert werden namentlich bei Wechselprotesten, die auf vorgedrucktem Formular ausgefüllt werden dürfen, ferner bei Bürgschaftserklärungen.

2. Schrift

1334 - Die öffentliche Urkunde ist in einer in der Schweiz allgemein gebräuchlichen, d.h. von jedermann lesbaren Schrift herzustellen⁸⁶.

1335 - Die schriftechnische Herstellung des Urkundentextes soll, mit Ausnahme der Unterschriften, mit einem einzigen, einheitlichen, gut lesbaren und nicht radierbaren Schreibmittel⁸⁷ erfolgen. Kombination verschiedener Schreibmaschinen oder Collage gedruckter, fotokopierter und neu schreibmaschinen-

Fn 84 - BE NV Art. 9 Abs. 1: Urschriften auf "Papier in guter Qualität A4", Art. 9 Abs. 2: Grundbuchbelege auf Papier der Staatskanzlei.

Fn 85 - Vgl. die diesbezügliche Empfehlung im Zirkular der Notariatskammer Basel-Stadt vom 1.3.1991, Ziff. 2.

Fn 86 - Ausgeschlossen sind damit u.a. die Blindenschrift sowie chinesische, arabische und kyrillische Schriftzeichen als Träger der verbalen Urkundeninformation. Zulässig ist hingegen die Verdeutlichung des verbalen Textes durch mitbeurkundete Skizzen und Pläne. - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 163, N 164, mit Verweis auf MUTZNER, Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Privatrecht, Referat zu den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1921, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (118a), KUMMER, Berner Kommentar (1962) S. 719, N 32 zu Art. 9 ZGB.

Fn 87 - BE NV Art. 10 Abs. 1: Maschinenschrift, gut lesbare Handschrift oder dokumentenechte maschinelle Vervielfältigung.

****S. 382****

geschriebener Passagen ist zu vermeiden, soweit nicht die Verwendung vorgedruckter Formulare einer besonderen Usanz entspricht oder durch kantonale Notariatsgesetze ausdrücklich zugelassen wird⁸⁸.

1336 - Besteht ein wichtiger Grund für sofortige handschriftliche Erstellung, so kann die öffentlichen Urkunde von Hand geschrieben werden⁸⁹. In diesem Falle ist auf gute Lesbarkeit zu achten⁹⁰, und es ist ein dokumentenechtes Schreibmittel (Tinte, Kugelschreiber)⁹¹ und eine dunkle Schriftfarbe⁹² zu wählen.

1337 - Besteht keine derartige Dringlichkeit, so ist der Urkundentext mit Textverarbeitungs-Drucker, mit Schreibmaschine, durch Fotokopie oder mit einem anderen, haltbare Kopien hervorbringenden Vervielfältigungsverfahren herzustellen⁹³.

1338 - Die Urkundenschrift soll in einer üblichen Schreibmaschinen-Schriftgrösse gewählt werden; von fototechnischen Vergrößerungen und Verkleinerungen ist abzusehen.

1339 - Wichtige Zahlen wie Preise und Urkundendatum sollen in Worten wiederholt werden⁹⁴.

1340 - Erläuterung: Die mit modernen Kopiergeräten mögliche Vergrößerung und Verkleinerung hat in der öffentlichen Urkunde nichts zu suchen. In der öffentlichen Urkunde soll, im Gegensatz zu den Standardverträgen von Banken, Versicherungen und Transportunternehmern, nichts "Kleingedrucktes" vorhanden sein. Das Kleingedruckte vermittelt dem Leser regelmässig den Eindruck, es

handle sich um einen vorbestehenden, unabänderlichen Normenkomplex, der bei Vertragsabschluss nicht notwendigerweise zur Kenntnis genommen zu werden braucht, sondern auf den in Zukunft, bei Bedarf, zurückzugreifen sein würde. Die öffentliche Urkunde kennt keine solche Unterscheidung zwischen individuell kontrahiertem Volltext und "kleingedruckten" (unabänderlichen) Standardbedingungen. Der ganze Inhalt der öffentlichen Urkunde ist gewissermassen mit gleicher Lautstärke zu lesen, mit gleicher Aufmerksamkeit bewusst zu machen und demgemäss in gleicher Schriftgrösse auszufertigen. Die in der Praxis weitherum tolerierte Verwendung von Bankformularen für die

Fn 88 - Vgl. bernische NV, Art. 10 Abs. 3 für Wechselproteste auf vorgedrucktem Formular.

Fn 89 - Vgl. BS NG § 10, 1.Satz: "Notarialische Urkunden sollen von Hand geschrieben, gedruckt oder mit direkter Schreibmaschinenschrift hergestellt sein."

Fn 90 - NV BE Art. 10; BS NG § 10, 3. Satz: Die Schrift muss gut lesbar sein.

Fn 91 - ZH NV § 45; BE ND Art. 6 Abs. 1 verlangt haltbare Schrift.

Fn 92 - Vgl. § 26 der deutschen Notariatsordnung.

Fn 93 - BS GedrW Nr. 2a, Fassung vom 25.2.1982: "Die Schrift muss haltbar und gut leserlich sein, daher sind nicht abgenützte Farbbänder von ausschliesslich schwarzer Farbe dafür zu verwenden. Daneben ist die Herstellung notarialischer Urkunden durch Vervielfältigung mittels Matrizen oder Fotokopien nach beliebigen Verfahren zulässig, sofern Papier und Farbe haltbar sind."

Fn 94 - BS NG § 10, 4.Satz: Zahlen und Daten sind wenigstens einmal in Worten zu schreiben.

****§. 383****

Beurkundung von Bürgschaftserklärungen trägt dem soeben Gesagten insbesondere dann ungenügend Rechnung, wenn das Bürgschaftsformular eine Schriftgrösse aufweist, die erheblich kleiner ist als die Schreibmaschinenschrift des Ingresses und des Schlussteils.

3. Schrifttechnische Herstellung der Urkunde in einem Zug

1341 - Jede öffentliche Urkunde muss papier- und schrifttechnisch in einem Zug ('aus einem Guss')⁹⁵ hergestellt sein. Ausnahmen gelten für die in Vermerkform ausgefertigten Beurkundungen⁹⁶, ferner für die Bürgschaft und den Wechselprotest⁹⁷.

1342 - Der Urkundentext soll zusammenhängend, ohne (unnötige) Zwischenräume und Lücken⁹⁸ solcherart ausgefertigt werden, dass das unbemerkte, inhaltsverfälschende Einfügen weiterer Wörter und ganzer Sätze später nicht leichthin möglich ist⁹⁹. Demgemäss sollen leere Stellen - wenn sie nicht vermieden werden können - in einheitlicher Weise mit einem notariellen Schreibmittel abgestrichen¹⁰⁰ werden, und es sollen die verwendeten Blätter entweder konsequent einseitig oder konsequent beidseitig beschriftet werden¹⁰¹.

1343 - Aus den Anforderungen an die fertige Urkunde ergeben sich diejenige an das Unterzeichnungsexemplar¹⁰², d.h. an jenen Entwurf, welcher durch

Fn 95 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 138, N 2 zu Art. 6 ND BE verlangt, dass die Urkunde in einem fortlaufenden Kontext geschrieben sei.

Fn 96 - BE NV Art. 10 Abs. 4 erlaubt für Beglaubigungen die Verwendung eines Stempels. Es handelt sich um eine Ausnahme vom Erfordernis der Maschinen- oder Handschrift, die aber den Bedürfnissen der Praxis gerecht wird, indem sie die rasche und schrifttechnisch saubere Anbringung von Beglaubigungen auch auf bereits gehefteten, mehrblättrigen Dokumenten erlaubt, welche nicht in eine Schreibmaschine gespannt werden können.

Fn 97 - BE NV Art. 10 Abs. 3 erlaubt die Beurkundung von Bürgschaftserklärungen und die Erstellung von Wechselprotesten auf vorgedruckten Formularen. - Vgl. auch Ziff. 2630.

Fn 98 - So ZH NV § 44 Abs. 1.

Fn 99 - BE ND Art. 6 Abs. 1 verlangt das Ausstreichen leerer Stellen.

Fn 100 - So BE ND Art. 6 Abs. 1.

Fn 101 - Als unzulässig muss die sogenannte Blanko-Urkunde gelten, welche in ZH NV § 23 folgendermassen erwähnt wird: "Will eine Partei eine Willenserklärung nur in Hauptpunkten beurkunden und sich die Ergänzung ihrer Erklärung durch Einsetzen von Zahlen, Daten oder anderen Angaben vorbehalten, so muss die Urkunde klar ergeben, welche Angaben beurkundet worden sind."

Fn 102 - Das Unterzeichnungsexemplar wird auch Entwurf der Urschrift genannt; vgl. BE ND Art. 3 und MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 132, N 1b zu Art. 3 ND BE.

****S. 384****

die spätere Beifügung von Unterschriften und Notariatssiegel zur öffentlichen Urkunde zu werden bestimmt ist. Weist ein Entwurf Korrekturen und Rasuren auf, ist er schriftechnisch nicht aus einem Guss¹⁰³ hergestellt oder ist er auf nicht haltbarem Papier oder mit nicht dokumentenechten Schreibmitteln hergestellt, so soll er nicht als Unterzeichnungsexemplar verwendet werden.

1344 - *Das Unterzeichnungsexemplar kann von der Urkundsperson, ihren Hilfspersonen oder von Dritten hergestellt werden. Die Urkundsperson trägt die Verantwortung dafür, dass nur ein den Anforderungen an die fertige Urkunde entsprechender Entwurf als Unterzeichnungsexemplar verwendet wird¹⁰⁴.*

1345 - Erläuterung: Die schriftechnische Herstellung der Urkunde aus einem Guss, d.h. das äusserlich einheitliche Aussehen des Dokumentes gibt eine gewisse Gewähr gegen Fälschungen. Das Zusammenheften mehrerer Blätter von verschiedenen Papierformaten und -qualitäten und mit Textteilen in verschiedenen Schriftarten wäre ordnungswidrig; das Dokument sähe wie eine Fälschung aus. Ein solcher Anschein muss vermieden werden.

1346 - Beschränkt sich die Urkundsperson darauf, auf einem vorgedruckten Formular (beispielsweise auf dem Bürgschaftsformular einer Bank) mit der Schreibmaschine einen Ingress und einen Schlussteil anzubringen, so lässt eine derartige Gestaltung der Urkunde die Möglichkeit offen, dass die Urkundsperson sich die Erklärungsinhalte nur flüchtig während des Beurkundungsvorgangs zu Bewusstsein gebracht hat und dass es demgemäss an der nötigen gedanklichen Durchdringung des Erklärungsinhalts seitens der Urkundsperson - und damit zugleich an der erforderlichen Belehrung gegenüber den Erschienenen - **gefehlt** hat. Mit dem Beifügen von Ingress, Datum, Unterschriften und Siegel auf einem vorgedruckten Formular rückt die Urkunde in ihrem äusserlichen Erscheinungsbild in die Nähe der blossen Unterschriftsbeglaubigung, bei welcher die Urkundsperson lediglich die Beifügung der Unterschriften durch identifizierte Personen bezeugt. Als Ordnungsregel muss demgemäss gelten, dass jede öffentliche Urkunde, welche individuelle Erklärungen beinhaltet, **von Anfang bis Ende** mit Schreibmitteln der Urkundsperson bzw. ihrer Kanzlei hergestellt wird.

1347 - Ausnahmen mögen gerechtfertigt sein, wenn sehr lange Texte durch die Sachbeteiligten und deren rechtskundige Sachverständige ausserhalb des Beurkundungsverfahrens sorgfältig festgelegt wurden und im Beurkundungsverfahren durch Stellvertreter in Kraft gesetzt werden, wie dies etwa bei der Errichtung von BVG-Stiftungen, bei der

Fn 103 - Aus diesem Grunde soll auch die von MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 140, N 2 zu Art. 7 ND BE, erwähnte Ergänzung des Unterzeichnungsexemplars während des Beurkundungsvorgangs, durch handschriftliches Einfügen von Texten und Zahlen auf leer gelassenen Zeilen, wenn immer möglich vermieden werden.

Fn 104 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 132, N 2 zu Art. 3 ND BE.

****S. 385****

Abänderung von Stiftungsurkunden und bei der Beurkundung sehr langer Erklärungen für ausländische Klientschaft zuweilen der Fall ist. Wenn der schweizerischen Urkundsperson der beurkundungsbedürftige Teil einer deutschen GmbH-Transaktion mit einem Textumfang von 100 und mehr

Schreibmaschinenseiten in sorgfältig durchkorrigierter Fremderstellung zur Beurkundung unterbreitet wird, so ist das integrale Neuschreiben dieser Texte schon wegen der Möglichkeit neuer Schreibfehler riskant und unzweckmässig. Die Einfügung auswärts geschriebener Texte zwischen ein von der Urkundsperson erstelltes Titel- und Abschlussblatt (mit Ingress und Schlussteil nach schweizerischer Usanz) erscheint in solchen Ausnahmefällen als vertretbar.

4. Visierung mehrerer Blätter

1348 - Einzelne Beurkundungserlasse schreiben vor, dass bei mehrblättrigen Urkunden jedes Blatt von den zu Urkund Erklärenden manuell visiert¹⁰⁵ oder von der Urkundsperson mit ihrem Amtstempel abgestempelt wird¹⁰⁶. Es handelt sich um Ordnungsvorschriften; bei Zirkulationsurkunden bietet die Verbindung der mehreren Blätter durch Schnur und Siegel den besseren Schutz gegen fälschenden Seitentausch; bei der geschnürten Urkunde ist das zusätzliche Visieren und Abstempeln der einzelnen Blätter überflüssig.

1349 - Die Vorschrift, wonach die Erschienenen jedes einzelne Blatt eigenhändig zu visieren haben, ist allerdings geeignet, sicherzustellen, dass das Unterzeichnungsexemplar anlässlich des Beurkundungsvorgangs in der endgültigen Fassung vorhanden ist.

5. Verbindung mehrerer Blätter bei Zirkulationsurkunden

1350 - *Umfasst eine selbständige, zur Zirkulation bestimmte öffentliche Urkunde mehrere Blätter, so sind diese durch eine Schnur miteinander zu verbinden*¹⁰⁷.

Fn 105 - So ZH NV § 27 Abs. 2 (Visum durch die zu Urkund Erklärenden).

Fn 106 - So BE NV Art. 10 Abs. 2.

Fn 107 - So ZH NV § 47 Abs. 2; für Urschriften drängt sich das Schnüren nicht auf, weil es die spätere Anfertigung sauberer Fotokopien behindert; vgl. ZH NV § 47 Abs. 3. - Einzelne Kantone lassen als Alternative zum Schnüren auch das Unterzeichnen

****S. 386****

*Die Enden der Schnur sind durch einen Klebesiegel (Oblatensiegel) mit dem Papier so zu verbinden, dass ein späteres Austauschen einzelner Blätter ohne Siegelbruch bzw. Beschädigung der Schnur nicht möglich ist*¹⁰⁸.

1351 - *Bei den in Vermerkform ausgefertigten Beurkundungen gilt folgendes: Herstellungs- und Kontrollvermerke auf mehrseitigen Dokumenten erfordern die Verbindung aller vom Vermerk umfassten Blätter mit Schnur und Siegel, analog zur Verbindung der Blätter einer selbständigen Urkunde.*

1352 - *Unterschriftsbeglaubigungen auf einem mehrseitigen Dokument erfordern dann eine Verbindung der Blätter mit Schnur und Siegel, wenn das Dokument von seinem Inhalt, Zustand und Verwendungszweck her durch den unbefugten Austausch von Blättern zu Missbräuchen oder rechtswidrigen Machenschaften Anlass geben könnte. Ist kein solcher Missbrauch zu befürchten, so soll die Verbindung der Blätter mit Schnur und Siegel unterbleiben.*

1353 - Erläuterung: Die Begründung für ein differenzierendes Vorgehen bei den Unterschriftsbeglaubigungen liegt darin, dass hier eine Interessenabwägung stattzufinden hat. Da in der Öffentlichkeit der Unterschied zwischen Inhalts-Beurkundung und blosser Unterschriftsbeglaubigung nicht allgemein bekannt ist, schafft die Verbindung eines mehrseitigen Dokumentes mit Schnur und Siegel in den Augen mancher Personen den falschen Anschein notariell geprüfter (inhaltlicher) Rechtmässigkeit und Gültigkeit, obwohl der Unterschriftsbeglaubigung diese Bedeutung nicht zukommt. Zur Vermeidung dieses falschen Scheins soll das Dokument demgemäss nur dann mit Schnur und

Siegel zusammengeheftet werden, wenn hiefür ein wichtiger Grund vorliegt. Dieser wichtige Grund ergibt sich zuweilen aus den Umständen, wenn ein besonderes Fälschungsrisiko zu befürchten ist.

6. Beilagen zur Urkunde

1354 - Im Zirkulationsurkundensystem können Dokumente, die während des Beurkundungsvorgangs vorhanden waren, jedoch nicht gelesen wurden, als Beilagen der Urkunde beigefügt werden. Die Beifügung erfolgt so, dass der beurkundete Text (der Urkunden-Hauptteil) durch die Unterschriften der Erschienenen und die Notarunterschrift abgeschlossen wird. Dahinter wer-

sämtlicher Blätter durch die Urkundsperson zu, so ZG BeurkG § 25: "Besteht die öffentliche Urkunde aus mehreren Blättern oder Bogen, so sind diese entweder mit einer durch das Siegel zusammengehaltenen Schnur zu heften, oder es sind alle Blätter von der Urkundsperson einzeln zu unterzeichnen."

Fn 108 - BS NG § 11 Abs. 1: umfasst eine notarialische Urkunde mehrere Blätter, so sind diese durch eine Schnur, welche vom Notariatssiegel gehalten wird, zu verbinden.

****S. 387****

den die Beilagen angefügt und mit Schnur und Siegel mit dem Urkunden-Hauptteil verbunden. Die Schnurenden werden durch das Klebesiegel mit dem Papier verbunden, wobei dieses Siegel in der Regel neben die Notarunterschrift und demgemäss nicht auf das letzte Blatt des Gesamtdokumentes gesetzt wird.

1355 - Erläuterung: Zum Begriff und zur rechtlichen Bedeutung von Beilagen vgl. den nachfolgenden Paragraphen.

§ 50 Beilagen zur öffentlichen Urkunde; Verweis auf urkundenexterne Information

1356 - Für den Umgang mit Beilagen während des Beurkundungsvorgangs vgl. Ziff. 1967 ff., während der Protokollaufnahme Ziff. 2702.

1. Begriffe

a) Hauptteil (Haupturkunde), Urkundenbeilage und Verweis

1357 - Als Beilagen zur Urkunde werden jene Dokumente bezeichnet, die im Anschluss an die Haupturkunde, d.h. räumlich hinter den Unterschriften der Erschienenen und hinter der Notarunterschrift, mit der Haupturkunde urkundenmässig (in der Regel mit Schnur und Siegel) verbunden¹⁰⁹ werden.

1358 - Unter Haupturkunde wird hier der von den Sachbeteiligten oder ihren Vertretern und von der Urkundsperson gelesene und unterzeichnete Teil der Urkunde verstanden, im Gegensatz zu anschliessenden Zeugen- und Dolmetschererklärungen und zu den angefügten Urkunden-Beilagen.

1359 - Unter Verweis wird die Erwähnung einer Beilage oder die Erwähnung urkundenexterner Information in der Haupturkunde verstanden. Der Verweis kann ein Teil der Parteierklärungen sein (dies ist in der Regel der Fall, wenn auf erklärungsergänzende Beilagen und erklärungs-ergänzende urkunden-

Fn 109 - Notwendigkeit der urkundenmässigen Verbindung gewisser Dokumente: ZH NV § 48.

****S. 388****

externe Information verwiesen wird), oder er kann Teil der notariellen Erklärungen sein (so in der Regel bezüglich beweisleichternder Beilagen).

1360 - Erläuterung: Die Urkundenbeilagen sind zu unterscheiden von den integrierten Dokumenten, die **vor** den Parteiunterschriften in die Haupturkunde eingefügt werden (wie vorgedruckte Bürgschaftsformulare) und die kraft Lesung und Abdeckung durch die Unterschriften einen Bestandteil der Haupturkunde bilden¹¹⁰.

1361 - Die Urkundenbeilagen sind ferner abzugrenzen von den Nebenakten, die, ohne mit der Urkunde verbunden zu werden, während des Beurkundungsverfahrens eine Rolle spielen und zusammen mit der Urschrift oder in einer getrennten Aktensammlung im Gewahrsam der Urkundsperson bleiben.

1362 - Schliesslich sind die Urkundenbeilagen abzugrenzen von weiteren Dokumenten, welche der Urkundsperson während des Beurkundungsvorgangs vorgelegt wurden, von ihr aber nicht dauerhaft aufbewahrt werden.

b) Begriffliche Einteilung der Beilagen

1363 - Beilagen können in die beiden Hauptgruppen der **erklärungsergänzenden** und der **beweisleichternden Beilagen** unterteilt werden. Für die Einzelheiten wird auf das Folgende verwiesen.

c) Erklärungsergänzende Beilagen

aa) Ergänzung der Haupturkunde durch konkretisierende Parteierklärungen

1364 - Konkretisierende Parteierklärungen sind Texte, die von den Erklärenden ad hoc formuliert wurden und allgemeinere Anordnungen im Urkunden-Hauptteil näher bestimmen.

1365 - Erläuterung: Als solche Texte fallen etwa Inventarlisten, Pflichtenhefte und Terminlisten für "Due-diligence"-Prüfungen und für den Leistungsaustausch in Betracht. Solche Beilagen finden sich vor allem bei grösseren und komplexen Transaktionen.

Fn 110 - Zur rechtlichen Bedeutung des Unterschieds zwischen Mitbeurkundung und blosser Beifügung als Beilage vgl. Ziff. 1389 f.

****S. 389****

bb) Ergänzung der Haupturkunde durch Bezugnahme auf vorbestehende normative Texte

1366 - Vorbestehende normative Texte sind Texte, welche von den Erschienenen nicht im Rahmen des Beurkundungsverfahrens formuliert wurden, sondern welche vor und ausserhalb des zu beurkundenden Geschäftes bereits bestehen, für dieses aber als rechtlicher Rahmen, als Geschäftsgrundlage oder Motiv von Bedeutung sind, oder welche aufgrund einer beurkundeten Parteierklärung zwischen den Parteien Verbindlichkeit erlangen bzw. von den Parteien anerkannt werden.

1367 - Erläuterung: Bei vorbestehenden, nicht von den Parteien im Hinblick auf die Beurkundung formulierten Texten wird die Beurkundungsbedürftigkeit oft verneint, weil die Parteien diese Texte im Rahmen der Beurkundung nicht verändern, diesbezüglich also keine Gestaltung treffen und dementsprechend nicht vor Unbedacht zu schützen sind. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass in der Anerkennung urkundenexterner Texte zuweilen einschneidende Rechtsgestaltungen zu Lasten der anerkennenden Person bewirkt werden, auch wenn diese Person aufgrund der Umstände

keine Möglichkeit hat, die betreffenden Texte zu ändern oder sich ihrer Anerkennung zu entziehen. Im einzelnen handelt es sich um folgende Gruppen von Dokumenten:

aaa) Konnexen und andere "urkundenexterne" Verträge

1368 - Konnexen urkundenexterne Verträge sind jene Verträge, die für den Abschluss des beurkundungsbedürftigen Geschäftes für die eine oder andere Partei im Sinne einer *conditio sine qua non* subjektiv wesentlich sind. Andere urkundenexterne Verträge sind beispielsweise Miet- und Versicherungsverträge, welche das verkaufte Grundstück betreffen und auf den Erwerber übergehen.

1369 - Erläuterung: Für die hier erwähnten Verträge besteht keine Beurkundungsbedürftigkeit, sofern sie **ausserhalb des Rahmens des beurkundungsbedürftigen Geschäftes** liegen. Solche externen Verträge sollen in der öffentlichen Urkunde durch einen Verweis erwähnt werden, wenn das zu beurkundende Geschäft mit jenen anderen Verträgen im Zusammenhang der *conditio sine qua non* steht (subjektive Wesentlichkeit des externen für das beurkundete Geschäft), wenn also das beurkundungsbedürftige Geschäft nur abgeschlossen wird bzw. nur erfüllt werden und Bestand behalten soll, weil und solange jene anderen Absprachen zustandekommen, erfüllt werden und Bestand behalten. Die Beifügung solcher Verträge als Urkundenbeilagen kann zuweilen nützlich sein, indem sie dem Urkundenleser orientierende Zusatzinformation verschafft. Erforderlich ist die Beifügung nicht.

****S. 390****

bbb) Bisherige Fassungen abzuändernder rechtsgeschäftlicher Gestaltungen

1370 - Werden Stiftungsurkunden, Eheverträge, Erbverträge, Baurechtsverträge, Grundpfandverträge etc. abgeändert, so kann das Beifügen der bisherigen Fassung(en) als Beilage nützlich sein, um dem Urkundenleser jederzeit eine umfassende Information über den aktuellen Regelungsstand zu gewährleisten.

1371 - Erläuterung: Ausserhalb des aktuellen Gestaltungswillens liegen auch die Inhalte vorbestehender Regelungen, die durch das jetzt zu beurkundende Geschäft **aufgehoben oder abgeändert** werden sollen. Zwar kann der Änderungswille nur dann als vernünftiger, inhaltsbewusster Wille gelten, wenn der bisherige Regelungszustand dem Erklärenden bis zu einem gewissen Grad bewusst ist. Auf diesen bisherigen Zustand soll also in der Urkunde ausdrücklich Bezug genommen, und diese Bezugnahme soll - im Sinne einer Ordnungsregel - durch Beifügung des bisher gültigen Vertrags zur neuen Urkunde für jeden Urkundenleser mit konkretem Inhalt erfüllt werden. Die Beilegung dient aber der blossen Orientierung. Zu diesem Zweck genügt eine unbeglaubigte Fotokopie. Es handelt sich nicht um eine Gültigkeitsvoraussetzung¹¹¹; denn Gegenstand der aktuellen Beurkundung ist lediglich der Änderungswille, nicht der vorbestehende Regelungskomplex.

ccc) Gesetze, AGB, Reglemente

1372 - Die letzte Gruppe erklärergänzender Beilagen umfasst die meist vorgedruckten, individuell nicht abänderbaren Texte von Gesetzen, Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Reglementen etc., auf welche in der Urkunde verwiesen wird und welche zur Verdeutlichung allenfalls der Urkunde als Beilagen beigelegt werden.

1373 - Erläuterung: Als vorbestehende normative Texte fallen etwa die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Bank in Betracht, welche im Rahmen einer Bürgschaftsbeurkundung vom Bürgen mit einem einzigen Satz anerkannt, nicht aber in extenso vor der Urkundsperson gelesen werden. Ähnliches kommt vor bei der Beurkundung von Verpfändungserklärungen beim Grundpfand. Beim

Kauf einer Stockwerkeigentumsparzelle erklärt der Käufer zuweilen, er kenne und anerkenne das Reglement und die Hausordnung.

Fn 111 - Ist der abzuändernde Akt nicht zur Hand, so braucht dies die Beurkundung der Änderung nicht zu hindern. Wenn möglich soll mindestens der Titel und das Datum des abzuändernden Aktes in der Änderungsurkunde genannt werden. Haben die Erschienenen das Bestehen eines früheren Aktes vergessen, was etwa bei Eheverträgen und letztwilligen Verfügungen vorkommen kann, so hindert auch dies die Gültigkeit des neu beurkundeten Geschäftes nicht; es ist als stillschweigende Aufhebung des früheren Aktes zu interpretieren, soweit es dem früheren Akt widerspricht.

****§. 391****

1374 - Auch solche Texte liegen in der Regel ausserhalb des zu beurkundenden rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillens, verdeutlichen aber dessen Grundlage oder verkörpern bewusste oder ungelesen mitgewollte Inhalte. Es handelt sich um vorbestehende Regelungskomplexe, die weder durch noch für die Beurkundung geschaffen werden, sondern die den Rahmen für das beurkundete Geschäft bilden und dessen Inhalt normativ mitbestimmen. Die Wiedergabe solcher Inhalte in Urkundenbeilagen kann ausnahmsweise nützlich sein. Erforderlich ist sie nicht. Die Aufnahme solcher Texte in die Haupturkunde ist zu vermeiden, da sie ihren Text unnötig belastet.

d) Beweiserleichternde Beilagen (Vollmachten etc.)

1375 - *Die letzte Gruppe von Beilagen hat mit dem Willensinhalt der Erklärenden nichts zu tun, sondern dient der blossen Ersichtlichmachung der Geschäftsgültigkeit.*

1376 - Erläuterung: Es handelt sich um Vollmachten, Handelsregisterauszüge, vormundschaftliche Ernennungsurkunden etc., welche die Geschäftsfähigkeit und Handlungsbefugnis der Erschienenen für den späteren Urkundenleser erkennbar machen.

2. Verhältnis von Hauptteil der Urkunde und Beilagen

1377 - *Die beurkundungsbedürftigen Absprachen innerhalb eines von Gesetzes wegen beurkundungsbedürftigen Geschäftes, nämlich die für den betreffenden Geschäftstyp objektiv wesentlichen Absprachen, ferner die weiteren, innerhalb des Rahmens dieses Geschäftes liegenden, subjektiv wesentlichen Absprachen¹¹², müssen in ihren Grundsätzen in der Haupturkunde enthalten sein. Sie können nicht in der Haupturkunde ausgespart und stattdessen in einer Beilage wiedergegeben sein¹¹³. Eine Ausnahme gilt für Planskizzen und Pläne; vgl. hiezu Ziff. 1403 hienach.*

Fn 112 - Vgl. zu dieser Abgrenzung der beurkundungsbedürftigen Elemente speziell für den Grundstückkauf Ziff. 2500 ff.

Fn 113 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 51, N 188, mit Verweis auf BGE vom 16.11.1937, ZR 37 (1938) Nr. 129, S. 263 f., eine Konventionalstrafe betreffend, ferner ZBGR 41 (1960) S. 202 und 55 (1974) S. 390 f. (OG ZH, teilweise unter Bezugnahme auf kantonales Recht.). - Vgl. BGE vom 16.12.1991 (I. Zivilkammer, nicht publiziert), welcher eine waadtländische Bürgschaftsbeurkundung betraf.

****§. 392****

1378 - *Was ohne Schaden für die Gültigkeit des Geschäftes als Beilage gestaltet werden darf, könnte auch überhaupt als separates Dokument gestaltet sein. Die Beifügung von Dokumenten als Beilagen zur öffentlichen Urkunde dient der redaktionellen Abrundung des Aktes und der besseren Orientierung künftiger Urkundenleser, verändert aber die Rechtslage nicht im Vergleich zur getrennten Dokumentation der betreffenden Absprachen in öffentlicher Urkunde und separaten Privaturkunden. Urkundenbeilagen sind insofern nicht von höherer Geltungskraft als urkundenexterne Dokumente, auf welche in der Urkunde verwiesen wird.*

1379 - Jene Absprachen innerhalb eines beurkundungsbedürftigen Geschäftes, denen sowohl die objektive als auch die subjektive Wesentlichkeit fehlt, sind nicht beurkundungsbedürftig. Sie können zur Belegung des Kenntnisstandes der Vertragsparteien und zur Orientierung dritter Urkundenleser in einer die Haupturkunde ergänzenden Beilage dokumentiert oder in einfacher Schriftform oder mündlich kontrahiert werden; sie können auch überhaupt offen bleiben, ohne dass das Geschäft deswegen nichtig oder anfechtbar wäre.

1380 - Erläuterung: Das Verhältnis von Haupturkunde zu erklärungsergänzenden Textbeilagen steht in einer sinnfälligen Analogie zum Verhältnis von Grundsatzgesetzgebung und untergeordneter Ausführungsgesetzgebung. Die Grundsätze einer beurkundungsbedürftigen Geschäftsgestaltung, d.h. ihre geschäftstypischen Kerninhalte¹¹⁴ müssen in der Haupturkunde enthalten sein. Nur untergeordnete Einzelheiten (z.B. wörtliche Fassungen von Dienstbarkeiten, Zinsanpassungsformeln, Inventarlisten, Modalitäten des Leistungsaustauschs, vollständiger Baubeschrieb beim Kauf einer noch nicht gebauten Stockwerkeigentumsparzelle¹¹⁵) können in Beilagen festgehalten bzw. geregelt sein. Denn die Beilagen erfüllen, da sie räumlich hinter den Unterschriften der erklärenden Personen und hinter der Notarunterschrift beigefügt sind, die Anforderungen an die öffentliche Beurkundung nicht und

Die öffentliche Urkunde verwies für die "conditions de l'acte", welche die Umschreibung der zu verbürgenden Hauptschuld enthielten, auf ein Bankformular; dieses war anlässlich des Beurkundungsvorgangs nicht gelesen worden, und es war mit der Haupturkunde nicht urkundenmässig verbunden. Zutreffend hielten die Gerichte fest, dass aufgrund eines solchen Verweises die Umschreibung der Hauptschuld und damit ein wesentliches Vertragselement unbeurkundet geblieben und die Bürgschaft ungültig war.

Fn 114 - JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (9) spricht von der Beurkundungsbedürftigkeit der **Grundzüge** (hier in bezug auf den Baubeschrieb beim Kauf geplanter Stockwerkeigentumseinheiten).

Fn 115 - JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (9) fordert in diesem Falle die Angabe folgender Absprachen in der Haupturkunde: Fertigstellungspflicht des Verkäufers/Unternehmers; Grundzüge der geplanten Stockwerkeigentumseinheit (etwa: 4-Zimmerwohnung im 5. Obergeschoss/West mit einer Wohnfläche von ca. ... m²); voraussichtliche Wertquote; summarische Umschreibung der Nebenräume.

****§. 393****

geniessen bezüglich ihres Inhalts nicht den öffentlichen Glauben. Sie müssen **als privatschriftliche Vertragsbestandteile gelten**.

1381 - Gemäss dem Gesagten ist es unzulässig, beim Grundstückkauf die Bezeichnung des Grundstücks, soweit sie verbal erfolgt, oder die Nennung des Preises aus der Haupturkunde auszugliedern und in einer Beilage wiederzugeben. Das Geschäft wäre bei einer solchen Darstellung nicht gültig beurkundet. Zulässig ist hingegen, beim Verkauf eines Grundstücks mit Zugehör die Inventarliste der Zugehörstücke in einer Beilage darzustellen und im Text der Haupturkunde darauf zu verweisen.

1382 - Der Einbezug privatschriftlicher Dokumente in die öffentliche Urkunde als Beilagen hat praktische Vorteile, indem er sicherstellt, dass diese Dokumente auch tatsächlich ausformuliert vorliegen. Zuweilen führt Nachlässigkeit oder Taktik die Vertragsparteien dazu, solche Dokumente fragmentarisch oder ununterzeichnet zu belassen und sich der Illusion hinzugeben, man sei sich in allem Wesentlichen einig; leicht entsteht dann im Bereich der nicht beurkundungsbedürftigen Absprachen anlässlich der weiteren Konsensfindungsbemühungen Ärger und Enttäuschung. Solches bleibt den Parteien erspart, wenn die Urkundsperson die Herbeischaffung ausformulierter und ununterzeichneter Nebenverträge verlangt und deren Beifügung zur öffentlichen Urkunde durchsetzt.

1383 - Zulässig ist unter dem Gesichtswinkel der Erfüllung des Beurkundungsobligatoriums ferner, **selbständig vorbestehende Texte**¹¹⁶ und **Texte fremder Autoren** (Gesetzestexte, Reglemente, Allgemeine Geschäftsbedingungen; Verträge und Vertragsentwürfe zwischen Drittparteien etc.), auf welche die heute Erklärenden Bezug nehmen oder welche sie zum "mitgewollten" Inhalt ihrer heutigen Erklärungen erheben, nicht in die Haupturkunde aufzunehmen, sondern als Beilagen anzufügen.

1384 - Das gleiche muss für früher ergangene Texte der heute Erklärenden gelten, d.h. für **bisherige Fassungen** von Verträgen, welche heute abgeändert werden sollen.

1385 - Die Rechtfertigung der Beifügung solcher Texte als Urkundenbeilagen ist darin zu sehen, dass es störend wirkt, den Fluss des Vertragstextes, wie er sinngemäss aus dem Mund der Vertragsparteien heute gesprochen bzw. als deren Rede schriftlich dargestellt ist, zu unterbrechen und umständliche Listen, Fremdttexte oder Pläne - als von den Vertragsparteien "mitgewollt" - einzublenden. Es ist natürlicher, solche Fremdttexte hinten anzufügen und in der Haupturkunde darauf

Fn 116 - Unter selbständig vorbestehenden Texten werden hier solche Texte verstanden, die nicht von den Parteien im Hinblick auf das heute abzuschliessende Geschäft erstellt wurden.

****§. 394****

zu verweisen. Die Haupturkunde darf aber nicht bloss den Verweis, sondern sie muss die beurkundungsbedürftigen Kerninhalte enthalten; der Verweis führt zu deren ausführlicherer Konkretisierung.

3. Notwendigkeit des Verweises auf die Urkundenbeilagen

1386 - *Auf Beilagen, die mit einer Zirkulationsurkunde urkundenmässig verbunden, d.h. mit Schnur und Siegel angefügt werden, soll im Text der Haupturkunde verwiesen werden.*

1387 - *Die Verweisung auf erklärungsergänzende Beilagen soll als Parteierklärung der Erschienenen beurkundet werden, diejenige auf beweis erleichternde¹¹⁷ Beilagen als Erklärung der Urkundsperson im Anschluss an die Parteierklärungen oder im Beurkundungsvermerk.*

1388 - *In der Verweisung sollen die betreffenden Beilagen mit Titel und Datum erwähnt werden¹¹⁸ und es soll aus dem Text des Urkunden-Hauptteils der Zweck der Beifügung und die Gesamtzahl der Urkundenbeilagen eindeutig ersichtlich wird.*

1389 - **Erläuterung:** Die **rechtliche Bedeutung der erklärungsergänzenden Textbeilagen** (im Gegensatz zu den Bildbeilagen, für welche das in Ziff. 1403 ff. Gesagte gilt) ergibt sich aus dem **Verweis** in der Haupturkunde. Durch den Verweis erklären die beteiligten Privaten mit öffentlichem Glauben, dass sie den Inhalt der betreffenden Beilage als rechtswirksame Gestaltung ihres vertraglichen Rechtsverhältnisses global in Kraft setzen bzw. anerkennen wollen¹¹⁹. Keine entscheidende Rolle spielt dabei, ob die Beteiligten oder die Urkundsperson in der Haupturkunde bezeugen, die Beilagen seien gelesen worden, oder sie seien den Beteiligten inhaltlich bekannt. Die im Verweis enthaltene Inkraftsetzungserklärung entfaltet ihre Rechtswirkung auch dann, wenn die Beilagen von den Beteiligten nicht gelesen worden sind. Dabei ist nur die Erklärung des Verweises mit öffentlichem Glauben bezeugt; nur diese Erklärung ist öffentlich beurkundet. Die Beilagen-Inhalte haben die Rechtswirkung privatschriftlich vereinbarter Absprachen. Für den Urkundenleser bildet die Verbindung der öffentlich beurkundeten Kernpunkte eines Vertragswerks mit den beigefügten privatschriftlichen Ausführungsbestimmungen ein übersichtliches

Fn 117 - Zur Unterscheidung von erklärungsergänzenden und beweis erleichternden Beilagen vgl. Ziff. 1363 ff.

Fn 118 - So ZH NV § 48.

Fn 119 - Zur Globalzustimmung vgl. Ziff. 267.

****§. 395****

Ganzes. Die praktische Nützlichkeit einer solchen Urkundengestaltung liegt auf der Hand.

1390 - Wo zur Vertragsgültigkeit die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit einer versprochenen Leistung erforderlich und wo die Leistung nur im Zusammenspiel von urkunden-interner und -externer Information abschliessend bestimmt werden kann, soll die Urkundsperson hinlängliche Bestimmbarkeit nur dann als gegeben annehmen, wenn die urkunden-externe Information dauerhaft dokumentiert und künftigen Urkundenlesern zugänglich ist, namentlich also, wenn sie entweder der Urkunde als Beilage beigefügt wird oder wenn es sich um den Inhalt eines öffentlich zugänglichen Registers (Grundbuch, Handelsregister, Zivilstandsregister) handelt¹²⁰. Ein urkundlicher Verweis auf unzugängliche oder geheime Dokumente soll nur ausnahmsweise und aus wichtigen Gründen¹²¹ in die Urkunde aufgenommen werden.

1391 - Im Spezialfall des **Grundstückkaufs** lassen ein Teil der Lehre und Rechtsprechung eine gewisse Rücksichtnahme auf jenes Phänomen erkennen, welches in der vorliegenden Arbeit als Deklarationspflicht (bezüglich des Kaufpreises)¹²² bezeichnet wird. Für die praktizierende Urkundsperson ergibt sich hieraus die Empfehlung, gegenüber der Klientschaft darauf zu dringen, dass alle zum Kaufvertrag gehörenden Absprachen - auch die subjektiv oder objektiv nicht-wesentlichen -, welche den Kaufpreis tatsächlich beeinflussen oder potentiell zu beeinflussen geeignet sind, in den Text der Haupturkunde aufgenommen werden, und dass auf alle konnexen, ihrerseits nicht beurkundungsbedürftigen Verträge, welche den Kaufpreis möglicherweise beeinflussen, in der Haupturkunde verwiesen wird. Als **Faustregel** für die Urkundsperson gilt demzufolge, bei der Beurkundung des Geschäftes möglichst alle ihr bekannt gewordenen Willensinhalte der Parteien in den Hauptteil der Urkunde aufnehmen; im Gegensatz dazu soll der Richter bei nachträglicher Urkundenanfechtung, in favorem

Fn 120 - Man denke an einen Verweis auf die beim kantonalen Vermessungsamt liegenden Pläne, wenn der bereits vermessene, aber grundbuchlich noch nicht verselbständigte Teil einer Parzelle verkauft wird. Etwas Vergleichbares findet bei jedem gewöhnlichen Grundstückkauf insofern statt, als mit der Angabe der grundbuchlichen Parzellenummer auf ein umfassendes Informationspaket verwiesen wird, welches beim Grundbuchamt eingesehen werden kann und welches in der Urkunde niemals vollständig rekapituliert werden könnte.

Fn 121 - Als Beispiel kann der bei einer Unternehmensumstrukturierung zugrundeliegende Rahmenvertrag dienen, welcher den Exekutivorganen von Tochtergesellschaften bei den auf unterer Konzernstufe abzuschliessenden Vollzugsvereinbarungen, z.B. bei Grundstückübertragungen zu Steuerwerten zwischen untergeordneten Konzerneinheiten, nicht zugänglich zu sein brauchen, auf welche aber doch verwiesen werden soll.

Fn 122 - Zur Deklarationsfunktion der öffentlichen Urkunde und zur Deklarationspflicht vgl. Ziff. 276 ff.

****§. 396****

negotii¹²³, den Kreis der zwingend beurkundungsbedürftigen Elemente möglichst eng ziehen.

4. Keine Rekapitulation von Beilagen-Inhalten im Hauptteil der Urkunde

1392 - *Das Resümieren des Inhalts von Urkunden-Beilagen im Hauptteil der Urkunde ist zu unterlassen*¹²⁴.

1393 - **Erläuterung:** Was der Urkunde als Beilage beigefügt wird, muss im Hauptteil der Urkunde durch einen Verweis identifiziert sein, und es soll beurkundet werden, welches die rechtliche Bedeutung des Beilageninhalts im Verhältnis zur Haupturkunde ist. So soll beurkundet werden, ob und inwiefern ein beigefügter Werkvertrag *conditio sine qua non* für den Grundstückkaufvertrag ist. Ein solcher Verweis genügt¹²⁵. Die Anreicherung des Verweises durch ein *Résumé* des Dokuments, auf

welches verwiesen wird, kann nicht als "Mitbeurkundung" des urkunden-externen Aktes gelten¹²⁶ und schafft Unklarheit, insbesondere wenn zwischen der öffentlich beurkundeten "allgemeinen Umschreibung" und dem privatschriftlichen vollständigen Vertragstext Divergenzen entstehen. Letzteres ist beinahe notwendigerweise der Fall, weil ein Résumé immer im einen oder anderen Punkt

Fn 123 - Vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 71, N 99, mit Verweis auf BGE 113 II 405, 89 II 191, GAUCH, Formzwang - Ausdehnung auf "Architektenverpflichtung" und konnexe Werkverträge? BR (1986) S. 80 ff. (82).

Fn 124 - Vgl. allerdings die gegenteilige Empfehlung bei LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 60, N 69: Bei einem Kauf-/Werkvertrag sei auch der werkvertragliche Teil "zumindest in einer allgemeinen Umschreibung von den Parteien zu genehmigen und von der Urkundsperson zu unterzeichnen", mit Verweis auf GAUCH, Formzwang - Ausdehnung auf "Architektenverpflichtung" und konnexe Werkverträge? BR (1986) S. 80 ff. (84).

Fn 125 - Vgl. in diesem Sinne die Weisung der luzernischen AB über die Urkundspersonen, LGVE 1985 I Nr. 13.

Fn 126 - Eine solche Resümierungspflicht kann auch nicht aus dem BGE vom 16.11.1937, ZR 37 (1938) Nr. 129, abeleitet werden, wo das Bundesgericht ausgeführt hatte, zur Formwahrung müsse "zum allermindesten gefordert werden, dass der Hinweis des beurkundeten Vertrages ganz bestimmte Punkte des privatschriftlichen Vertrages nennt." - Diese Äusserung des Bundesgerichtes ist richtigerweise ohne Auswirkungen auf die Rechtsentwicklung der vergangenen 50 Jahre geblieben. Etwas grundsätzlich anderes ist das Verhältnis von öffentlich beurkundeten Kernabsprachen und erklärungsergänzenden Beilagen innerhalb ein- und desselben Vertrags, dessen Inhalte aber nicht insgesamt öffentlich beurkundet werden; vgl. hierzu Ziff. 1380, ferner JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (9), Ziff. III/4.

****§. 397****

mehr, weniger oder anderes sagt als der Volltext. Es besteht kein Anlass, die ohnehin schon unübersichtliche Diskussion zum Umfang des Formzwangs weiter zu komplizieren mit einer neuen Figur der "Beurkundung allgemeiner Umschreibungen" privatschriftlich stipulierter Verträge.

5. Unwirksame Mitbeurkundung von Textbeilagen

1394 - Wird in der Haupturkunde auf die Beilage nicht bloss verwiesen, sondern wird auch bezeugt, dass diese anlässlich des Beurkundungsvorgangs gelesen worden sei, so macht dieses Zeugnis die Beilage trotzdem nicht zum öffentlich beurkundeten Willensinhalt der zu Urkund Erklärenden, solange nicht zusätzlich das formale Requisit der Partei- und Notarunterschrift und des Siegels, anschliessend an diese Dokumente, erfüllt ist.

1395 - Erläuterung: Das schweizerische Beurkundungsrecht kennt, im Gegensatz zum deutschen, nicht die "Mitbeurkundung" von Urkunden-Beilagen, welche anlässlich des Beurkundungsvorgangs in vollem Umfang gelesen und der Urkunde unterhalb der Unterschriften (bzw. dahinter) mit Schnur und Siegel beigefügt werden, und welche dann, kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift¹²⁷, gleichermassen am öffentlichen Glauben und an der Urkundenwirkung teilhaben wie der Urkunden-Hauptteil oberhalb der Unterschriften. Vorbehalten bleibt die Mitbeurkundung von Bildmaterial, welches der Haupturkunde als Beilage beigefügt wird; vgl. Ziff. 1403.

1396 - Öffentlich beurkundet ist nach schweizerischem Beurkundungsrecht nur die in dem oberhalb der Notarunterschrift stehenden Verweis enthaltene Willenserklärung der Erschienenen, den Beilageninhalt rechtlich für und gegen sich gelten zu lassen, ferner das Zeugnis der erfolgten Lesung mit der Bedeutung, die Erschienenen hätten vom Inhalt der Beilage Kenntnis genommen. Dieses Zeugnis hat den Charakter einer Wissenserklärung. Die Kombination der im Verweis enthaltenen Willenserklärung mit der öffentlich beurkundeten Wissenserklärung, den Inhalt des beigelegten Dokumentes zu kennen, macht diesen Dokumenteninhalt nicht zum öffentlich beurkundeten Willensinhalt. Als öffentlich beurkundeter Willensinhalt kann nur gelten, was in der Haupturkunde oberhalb der Unterschriften der Erschienenen

Fn 127 - Deutsches BeurkG § 9 Abs. 2: "Erklärungen in einem Schriftstück, auf das in der Niederschrift verwiesen und das dieser beigefügt wird, gelten als in der Niederschrift selbst enthalten."

****§. 398****

und der Urkundsperson als Erklärung der Erschienenen dargestellt ist¹²⁸.

1397 - Wenn erklärungsergänzende Textbeilagen von den Vertragsparteien unterzeichnet werden, so haben solche Parteiunterschriften den Charakter von Privatunterschriften ausserhalb des Beurkundungsverfahrens. Um als urkundenwirksame (öffentlich beurkundete) Unterschriften gelten zu können, müssten die Privatunterschriften **oberhalb der Notarunterschrift** stehen, und es müsste ihre Beisetzung während des Beurkundungsvorgangs von der Urkundsperson notariell bezeugt sein. Für Privatunterschriften auf Beilagen ist dies regelmässig nicht der Fall.

1398 - Die aus dem Gesagten zu ziehenden Konsequenzen können an folgendem Beispiel illustriert werden: Die Parteien eines Grundstückkaufes können ihren Konsens heute schon rechtswirksam dahingehend beurkunden lassen, dass als Preis eines Parzellenabschnitts diejenige Summe vereinbart gelten solle, welche sich zu einem bestimmten Quadratmeterpreis aufgrund der vom beauftragten Geometer zu ermittelnden Fläche ergeben werde¹²⁹.

1399 - Unzulässig und unwirksam wäre dagegen, **nach** Vorliegen der betreffenden Vermessung den zwischen den Parteien nun zahlenmässig genau bekannten und übereinstimmend gewollten Preis der ur-

Fn 128 - Vgl. Urteil des KG GR vom 1.7.1985, PKG 1985 S. 24-33: "Vom bundesrechtlichen Begriff der Urkunde ausgehend ist bei formbedürftigen Rechtsgeschäften die Unterschrift so anzubringen, dass sie den Inhalt der Urkunde deckt" (mit Verweis auf BGE 106 II 149 und 103 II 147). - Etwas Abweichendes kann für deutsche Klientschaft kraft Art. 11 Abs. 3 IPRG bewirkt werden, wenn Beilagen zu öffentlichen Urkunden mit Wirkungsort in Deutschland gemäss § 9 Abs. 2 des deutschen BeurkG anlässlich des Beurkundungsvorganges vorgelesen und im Sinne des deutschen Beurkundungsrechtes mitbeurkundet werden. Die erwähnte deutsche Gesetzesbestimmung lautet: "Erklärungen in einem Schriftstück, auf das in der Niederschrift [= Haupturkunde] verwiesen und das dieser beigefügt wird, gelten als in der Niederschrift enthalten". - Um die Rechtswirkung der Mitbeurkundung, d.h. der Erhebung einer Beilage zum öffentliche beurkundeten Willensinhalt nach deutschem Verfahrensrecht sicherzustellen, soll in der Haupturkunde erklärt werden, die Vorlesung der Beilagen und deren Beifügung zur Haupturkunde erfolge gestützt auf Art. 11 Abs. 3 IPRG in Anwendung von § 9 Abs. 2 des deutschen BeurkG. - Vgl. den Wortlaut von Art. 11 Abs. 3 IPRG in der Fussnote zu Ziff. 1072. Besser ist aber wohl, die beurkundungsbedürftigen Dokumente vor den Unterschriften und dem Siegel in die Haupturkunde zu integrieren.

Fn 129 - Empfehlenswert ist bei einer solchen Vertragsformulierung die Angabe einer Bandbreite, d.h. eines Mindest- und eines Höchstpreises mit der Massgabe, dass bei einem resultierenden Kaufpreis ausserhalb dieser Bandbreite eine neuerliche Konsensfindung und eine Nachtragsbeurkundung stattfinden solle. Denn die Parteien müssen von der Art und dem Wert der vereinbarten Leistungen eine einigermaßen präzise Vorstellung gehabt haben, damit der Schutzzweck der öffentlichen Beurkundung als erfüllt und die beurkundeten Erklärungen als Ausdruck eines tatsächlich vorhanden gewesenen Konsenses gelten können.

****§. 399****

kundlichen Deklaration dadurch zu entziehen, dass das Gutachten als Beilage (ohne öffentlichen Glauben) beigefügt und dem Urkundenleser eine Rechenoperation aufgegeben würde.

1400 - Dies bedeutet, dass man einen Grundstückkauf gültig abschliessen und beurkunden kann, bevor der Preis frankenmässig abschliessend bestimmt ist, sofern ein Konsens über die Modalitäten seiner Bestimmung besteht und in die öffentliche Urkunde Eingang findet. Ist der Preis aber zwischen den Parteien frankenmässig bereits bestimmt, so kann der Grundstückkauf nur gültig abgeschlossen werden, wenn dieser Preis in der Urkunde deklariert wird¹³⁰. - Daran wird deutlich, dass

der vertragswesentliche Mindest-Konsens gemäss Art. 2 OR und der beurkundungsbedürftige Mindestinhalt gemäss Art. 11 OR verschiedene Dinge sind¹³¹.

1401 - Zusammenfassend kann gesagt werden, dass für das gültige Zustandekommen eines beurkundungsbedürftigen Geschäftes die Darstellung eines strikten Mindestinhaltes im Hauptteil der Urkunde genügt, jenes Mindestinhaltes geschäftstypischer und objektiv wesentlicher Absprachen nämlich, welche für die sinnvolle Bewusstmachung des Geschäftes während des Beurkundungsvorgangs und für die Gewährung des notariellen Schutzes vor Unbedacht im Einzelfall als unabdingbar erscheinen. In diesem Mindestumfang müssen die relevanten Geschäftsinhalte in der Urkunde selber erwähnt werden; ein Verweis auf Beilagen oder urkunden-externe Informationsträger ist ungenügend. Für Grundstücke als Vertragsgegenstände muss in diesem Sinne die geographische Belegenheit und mindestens ihre ungefähre Fläche im Hauptteil der Urkunde genannt werden; der blosser Verweis auf die im Grundbuch unter einer bestimmten Parzellennummer zugängliche Information genügt nicht.

1402 - Darüber hinaus muss bei Grundstückkäufen der vereinbarte Preis in der Haupturkunde enthalten sein, und zwar so vollständig und

Fn 130 - So auch MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 84 zu Art. 657 ZGB (Bestimmbarkeit des Preises genügt nur, "wenn im Zeitpunkt der Beurkundung der Preis noch nicht feststeht"), unter Verweis auf BGE 84 IV 165; in diesem Sinne ist die Auffassung von BRUNO SCHMIDLIN, Komm. OR (1986) N 106 zu Art. 11 OR, zu präzisieren, wonach die formbedürftigen Geschäftspunkte in bestimmter oder zumindest bestimmbarer Weise zu bezeichnen seien, "ohne dass es weiterer Beweismittel bedürfte". Eine von den Parteien vereinbarte, noch vorzunehmende Vermessung führt in Verbindung mit der vereinbarten Preisberechnungsformel zu einem weiteren Beweismittel, das aber im Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht vorhanden ist und **aus diesem Grunde** nicht in die Urkunde integriert werden kann und muss.

Fn 131 - So BRUNO SCHMIDLIN, Der formungültige Grundstückkauf - Bemerkungen zur neueren Lehre und Rechtsprechung, ZSR 1990 I S. 225-260 (259), welcher die Uneinigkeit der Lehre über den Umfang des Formzwangs der "Vermengung zwischen den subjektiven Formpunkten und subjektiven Konsenspunkten beim Abschluss des Vertrages" zuschreibt.

****S. 400****

bestimmt, wie dies aufgrund des Standes der Willenseinigung der Parteien im Beurkundungszeitpunkt möglich ist. Bestehen konnexe Absprachen ausserhalb des Rahmens des Kaufgeschäfts, welche tendenziell die Kaufpreisgestaltung beeinflussen können, ohne dass sie als Voraus- oder Zusatzleistungen oder Rabatte auf den kaufrechtlichen Leistungsaustausch in Erscheinung treten, so soll auf solche Absprachen in der Haupturkunde mit einem **Verweis** hingewiesen werden¹³². Erscheinen solche Leistungen als Voraus-, Zusatzleistungen oder Rabatte, so müssen sie in der Urkunde genannt sein¹³³.

6. Rechtswirksame Mitbeurkundung von Bildbeilagen (Plänen)

1403 - *Planskizzen und Pläne können auch dann rechtswirksam als Beilagen beigefügt werden, wenn sie zum beurkundungsbedürftigen Kernbestand des Geschäftes gehören, d.h. wenn die räumliche Belegenheit, Form und Ausdehnung eines Vertragsgegenstandes, namentlich eines Grundstücks, nur durch den Text der Haupturkunde in Verbindung mit dem Plan eindeutig bestimmbar ist.*

Fn 132 - A.M. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 51, N 188, welcher die Frage der rechtswirksamen Verweisung ausschliesslich unter dem Gesichtswinkel des Schutzes vor Unbedacht, nicht unter demjenigen der Preis-Deklarationspflicht würdigt. Nach SCHMIDS Auffassung gibt es nur zwei Alternativen, nämlich

(a) die beurkundungsbedürftigen Inhalte; sie müssen, auch wenn sie nur als Beilagen beigelegt und also nicht in die Haupturkunde integriert werden, anlässlich des Beurkundungsvorgangs gelesen und von den Parteien und der Urkundsperson unterzeichnet werden; ferner gibt es

(b) die nicht-beurkundungsbedürftigen Inhalte; sie brauchen nicht gelesen, und auf sie braucht auch nicht verwiesen zu werden. SCHMID lässt dabei offen, welche rechtliche Bedeutung gelesene und unterzeichnete Dokumente haben, welche als Beilagen, d.h. **hinter** dem Beurkundungsvermerk und dem Notariatsiegel beigelegt werden. Da das schweizerische Recht keine dem § 9 Abs. 2 des deutschen BeurkG entsprechende gesetzliche Grundlage für die Mitbeurkundung von Texten in der Gestalt ihrer Beilegung kennt, können solche Beilagen in der Schweiz nicht als öffentlich beurkundet gelten. Soweit sich in solchen Beilagen beurkundungsbedürftige Inhalte vorfinden, ist das Beurkundungsobligatorium verletzt, und es liegt insofern ein Formmangel vor. - Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es, im Rahmen der Kaufpreis-Deklarationspflicht, die zusätzliche Ordnungsregel, dass auf alle möglicherweise kaufpreisbeeinflussenden Absprachen und konnexen Verträge innerhalb der Haupturkunde verwiesen wird.

Fn 133 - Vgl. hiezu Ziff. ~~400~~ [richtig: 2509] ff.

****S. 401****

1404 - Erläuterung: Bildbeilagen können auch dann zum öffentlich beurkundeten Willensinhalt gerechnet werden, wenn sie **hinter** den Unterschriften der Erschienenen und hinter der Notarunterschrift angefügt sind. Bedingung ist eine Verweisungserklärung in Gestalt einer Willenserklärung der Erschienenen (nicht bloss in Gestalt einer notariellen Feststellungserklärung bezüglich des Vorliegens der Beilagen während des Beurkundungsvorgangs und ihrer Beifügung an die Urkunde), ferner die urkundenmässige Verbindung der Bildbeilagen mit der Haupturkunde, in der Regel mit Schnur und Siegel.

1405 - Die Begründung für diese Ausnahme¹³⁴ von der für die Textbeilagen geltenden Regel liegt darin, dass es störend wirkt, den verbalen Urkudentext zu unterbrechen und Pläne einzufügen. Der Vertragstext ist kein Bilderbuch. Graphische Verdeutlichungen sollen, soweit sie erforderlich sind, am Schluss angehängt werden; im verbalen Text ist darauf zu verweisen.

1406 - Dass graphische Darstellungen nicht durch ihre Integration in die Haupturkunde von den Unterschriften der Urkundenunterzeichner räumlich gedeckt sein müssen, sondern hinter diesen Unterschriften beigelegt sein dürfen - und dass sie bei einer solchen Gestaltung der Urkunde trotzdem als mitbeurkundet¹³⁵ gelten, d.h. dass sie als Inhalt der in der Haupturkunde verbal dargestellten Willenserklärungen den öffentlichen Glauben geniessen - ist folgendermassen begründet: Die Unterschrift hat ihre übliche Funktion dadurch, dass sie einen **Text** deckt, jenen Text nämlich, **unter** dem sie steht. Auch wenn der Text maschinell geschrieben ist, erscheint die Unterschrift als dessen (verbale, d.h. textliche) Fortsetzung und als sein Abschluss. - Demgegenüber ist eine graphische Darstellung für sich allein genommen nie eine

Fn 134 - Gemäss der hier vertretenen Auffassung ergibt sich diese Ausnahme aus dem Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung; sie gilt von Bundesrechts wegen. - Dem scheint BGE 106 II 146 entgegenzustehen. In jenem Fall hatten die Obwaldner Gerichte eine erklärungsergänzende Planskizze als nicht mitbeurkundet qualifiziert, weil sie nicht die Notarunterschrift trug. In der Haupturkunde war auf die Planskizze jedoch verwiesen worden. Das Bundesgericht korrigierte den (fehlerhaften) kantonalen Obergerichtsentscheid nicht, weil es die Anforderungen an die Mitbeurkundung von Plänen als eine Frage des kantonalen Rechts betrachtete; diese bundesgerichtliche Betrachtungsweise vermag aus den in Ziff. 1495 dargestellten Erwägungen ihrerseits nicht zu überzeugen. Vgl. die Kritik an diesem BGE bei HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss (1.A. 1988, S. 193; 2.A. 1992 S. 211) N 381; MERZ bezeichnet den Entscheid der Obwaldner Gerichte zu Recht als "schwer verständlich". - Die Verwaltungskommission des OG ZH folgte aus BGE 106 II 146 in einem Kreisschreiben vom 15.9.1982, ZR 1982 S. 106 (107), unter Verzicht auf eine Kritik, wohl allzu weitgehend: "Enthält das kantonale Recht keine Bestimmung, die Pläne und Texte unterschiedlich behandelt, so ist es keineswegs überspitzter Formalismus, wenn Planbeilagen gleich wie Schriftstücke als Urkunden behandelt und den Vorschriften über das Beurkundungsverfahren unterworfen werden."

Fn 135 - Zum Begriff des Mitbeurkundens von Urkunden-Beilagen vgl. Ziff. 1395.

****S. 402****

Erklärung im Rechtssinne. Sie wird zu einer Erklärung auch nicht dadurch, dass jemand seine Unterschrift auf das gleiche Blatt setzt. Ein Bild kann nicht im Rechtssinne unterzeichnet werden. Die Unterschrift auf oder unter einem Bild hat keine von der Rechtsordnung klar definierte Bedeutung, insbesondere macht sie den "Inhalt" des Bildes nicht zum rechtlichen Erklärungsinhalt des Unterzeichners.

1407 - Um Erklärungsinhalt werden zu können, muss das Bild durch einen Erklärungstext verbal bezeichnet und erläutert werden. Die verbale Erklärung muss angeben, dass und inwiefern das Bild rechtsverbindlicher Willens- oder Wissensinhalt bestimmter Personen ist.

1408 - Angesichts der Unabdingbarkeit eines hinweisenden Erklärungstextes muss es als genügend betrachtet werden, wenn **dieser Text** von den Unterschriften der Erklärenden gedeckt ist. Eine zusätzliche "Unterzeichnung" des Bildes kann nicht gefordert werden. Sie hätte bloss identifizierende Funktion, indem sie belegen würde, dass gerade dieses und kein anderes Bild dasjenige ist, welches im verweisenden Text der Haupturkunde gemeint ist. Aber diese Identifizierung wird durch das notarielle Schnüren und Siegeln rechtsgenügend geleistet und braucht nicht zusätzlich durch eine irgendwie geartete "Bild-Unterzeichnung" bekräftigt zu werden.

1409 - Mit der Unterzeichnung des hinweisenden Erklärungstextes erklären die Parteien: "Wir wollen die im beigefügten Plan bildlich dargestellten Abschnittsgrenzen - diese Grenzen sind unser Willensinhalt, und wir erklären sie als solchen". - Damit der unterzeichnete, auf den Plan hinweisende Erklärungstext diese Erklärungswirkung hat, braucht der Plan keineswegs ebenfalls noch unterzeichnet zu werden; seine Identifikation durch urkundenmässige Beifügung mit Schnur und Siegel genügt. Die Identifikation wird durch das im Beurkundungsvermerk enthaltene notarielle Zeugnis rechtsgenügend geleistet. Hier bezeugt die Urkundsperson, dass der beigefügte Plan eben jener ist, welcher während des Beurkundungsvorgang vorhanden gewesen und von den Erschienenen als erklärter Willensinhalt gemeint ist.

1410 - Im Sinne einer Ordnungsregel ist bei der Beifügung von Plänen zu öffentlichen Urkunden jedoch zu empfehlen, die Unterschriften der Erschienenen und die Notarunterschrift auf den Plänen beizusetzen¹³⁶. Dies entspricht gemäss Feststellung des Bundesgerichtes in BGE 106 II 146 der Gepflogenheit in den meisten Kantonen¹³⁷.

Fn 136 - Für eine Mitunterzeichnung beigelegter Pläne - nicht aber notwendigerweise für deren Einfügung in den Hauptteil der Urkunde **vor** dem Notariatssiegel und dem Beurkundungsvermerk - sprechen sich aus LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 60, N 69; HANS HUBER, Redaktionelle Bemerkungen zu BGE 106 II 146, ZBGR 62 (1981) S. 55.

Fn 137 - Den Parteiunterschriften auf beigelegten Plänen sollte indessen keine allzu grosse Bedeutung beigemessen werden. Stammen die Pläne vom zuständigen Geometer

****S. 403****

1411 - Die betreffenden Unterschriften brauchen immerhin nicht während des Beurkundungsvorgangs auf die Pläne gesetzt zu werden. Ihre Bedeutung ist keine rechtliche; die Privatunterschriften auf einem vom Geometer angefertigten Plan signalisieren gewissermassen die geistige Besitzergreifung des Arbeitsergebnisses des Geometers durch die Vertragsparteien.

1412 - Keiner der Autoren, welche die Unterzeichnung der Pläne postulieren, scheint zu berücksichtigen, dass die "Unterzeichnung" eines Bildes etwas grundsätzlich anderes ist als diejenige eines Textes¹³⁸.

und sind sie von diesem datiert und unterzeichnet, so fühlen sich manche Leute durch eine natürliche Scheu gehemmt, ihre eigene Unterschrift beizusetzen. Unterschreiben bedeutet nach verwurzelter Anschauung Inan-

spruchnahme der Autorschaft; geschieht dies zu Unrecht, so kann der Straftatbestand der Urkundenfälschung erfüllt sein. Es entspricht demgemäss einem natürlichen Empfinden, dass nur die Unterzeichnung des von den Parteien gewollten verbalen Verweises, nicht die Mitunterzeichnung des vom Geometer bereits unterschriebenen Planes korrekt sein kann.

Fn 138 - MICHEL MOOSER, La description de l'assiette d'une servitude, ZBGR 72 (1991) S. 257-266 (259/260) ist der Auffassung, zur rechtswirksamen Mitbeurkundung von Plänen sei erforderlich, dass diese "ont été soumises à la procédure d'instrumentation", wozu MOOSER die Unterzeichnung des Plans durch die Erschienenen und durch die Urkundsperson anlässlich des Beurkundungsvorganges versteht; MOOSER folgt dabei der Meinung von PAUL-HENRI STEINAUER, La forme authentique en droit fédéral, in Journée juridique à l'intention des notaires, Fribourg 1989, S. 16. - Im Sinne der vorliegenden Arbeit spricht sich aus MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 144: "Sind sie [die Pläne] in der Urschrift von den Urkundsparteien als richtig anerkannt worden, gehören sie zur Willenserklärung. Verschiedene kantonale Rechte verlangen in diesem Falle, dass die Pläne von den Urkundsparteien (und meist auch vom Notar) zu unterzeichnen sind." - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 50, N 185, vertritt nochmals eine andere, von der Praxis in den meisten Kantonen abweichende Auffassung, dass nämlich Bildinhalte (gleich wie Textinhalte) nur dann als mitbeurkundet gelten können, wenn sie in die Haupturkunde, d.h. vor sämtlichen Unterschriften und vor dem Beurkundungsvermerk eingefügt sind. SCHMID verweist dabei auf ROLAND BÜHLER, Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege, ZBGR 63 (1982) S. 321 ff. (344), der an der betreffenden Stelle jedoch nicht Planbeilagen, sondern AG-Statuten im Auge hat, ferner auf das Kreisschreiben der VerwKomm des OG ZH vom 15.9.1982, ZR 82 (1983) Nr. 39. - HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (253) hatte die Frage offen gelassen, ob die Unterzeichnung mitbeurkundeter Pläne zu den bundesrechtlichen Mindestanforderungen gehöre.

****S. 404****

7. Datum von Beilagen

1413 - In Kantonen mit Zirkulationsurkunden-System sollen nur Dokumente als Beilagen beigelegt werden, welche anlässlich des Beurkundungsvorganges bzw. der Protokollaufnahme den Verfahrens- bzw. Veranstaltungsteilnehmer zur Hand waren. Daraus ergibt sich, dass die Beilagen in diesem Falle kein späteres Datum als dasjenige des Beurkundungsvorganges (bei individuellen Erklärungen) bzw. als dasjenige der protokollierten Veranstaltung (bei Protokollen) tragen sollen.

1414 - In Kantonen mit Urschriftensystem ist es möglich, auch Dokumente späteren Datums als Beilagen zur Urschrift zu legen und Kopien davon gegebenenfalls mit den Ausfertigungen zu verbinden. Als solche Beilagen späteren Datums fallen Dokumente in Betracht, welche auf die Urkunde Bezug nehmen und für das darin bezeugte Geschäft von rechtlicher Bedeutung sind, wie Vertragsannahme- und Genehmigungserklärungen, behördliche Genehmigungsbeschlüsse und Bescheinigungen, Eintragungsmittelungen¹³⁹.

1415 - Bezüglich des **zulässigen Datums** von Beilagen müssen für die im Gewahrsam der Urkundsperson verbleibenden Urschriften einerseits, für ursprüngliche Zirkulationsurkunden andererseits unterschiedliche Regeln. Das Notariatsiegel neben der Notarunterschrift, durch welches die Beilagen mit der Haupturkunde verbunden sind, muss unter dem gleichen Datum als beigelegt gelten, von welchem die Notarunterschrift datiert ist. Das Datum der Notarunterschrift ist bei ursprünglichen Zirkulationsurkunden dasjenige des Beurkundungsvorganges bzw. der Protokollaufnahme¹⁴⁰. Demgemäss muss die Urkunde unter diesem Datum, d.h. unmittelbar nach Abschluss des Beurkundungsvorganges bzw. der Protokollaufnahme als gesiegelt gelten. Die Beilagen dürfen kein späteres Datum tragen.

1416 - Die Ausfertigung einer früher erstellten Urschrift trägt hingegen ihr eigenes, späteres Datum und darf aus diesem Grund auch Akten als Beilagen umfassen, welche erst nach der Unterzeichnung der Urschrift, aber vor dem Datum der Ausfertigung, ergangen sind.

1417 - Beide Male gilt das Prinzip des "**Redaktionsschlusses**" für Urkundenbeilagen im Zeitpunkt der Datierung und Siegelung jener Haupturkunde (ursprüngliche Zirkulationsurkunde oder Ausfertigung einer Urschrift), mit welcher die Beilagen urkundenmässig verbunden werden.

Fn 139 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 141, N 3 zu Art. 8 ND BE.

Fn 140 - Das hier Gesagte gilt für alle Beurkundungen individueller Erklärungen, ferner für die vorbereiteten und unterschrittsbedürftigen Protokolle, schliesslich für alle nachträglichen Protokollierungen, welche gemäss der Empfehlung in Ziff. 2940 mit dem Datum der protokollierten Veranstaltung datiert werden; das Gesagte trifft nicht zu auf die Beurkundung bestehender Tatsachen.

****S. 405****

Kapitel 6: Herstellung, Aushändigung, Aufbewahrung und Registrierung öffentlicher Urkunden

§ 51 Unfertige und fertiggestellte Urkunde

1418 - *Eine Urkunde, welche alle erforderlichen Unterschriften der erklärenden Personen, nicht aber die Notarunterschrift aufweist, ist eine unfertige öffentliche Urkunde. Zu ihrer Fertigstellung bedarf sie zusätzlich der Unterschrift und - im Falle von Zirkulationsurkunden - des Siegels der Urkundsperson.*

1419 - *Bei den individuellen Erklärungen und der Beurkundung vorbereiteter Protokolle endet der verfahrensrechtlich strukturierte Ablauf mit dem Abschluss des Beurkundungsvorgangs bzw. der Protokollaufnahme, d.h. mit der Beisetzung der notariellen Unterschrift unter den von den Erschienenen soeben auf dem gleichen Dokument abgegebenen Unterschriften.*

1420 - *Die weitere Fertigstellungspflicht der Urkundsperson wird ausserhalb verfahrensrechtlicher Strukturierung erfüllt¹. Sie umfasst die urkundenmässige Verbindung mehrerer Blätter und die Siegelung der mit den nötigen Unterschriften versehenen Urkunde; beides erfolgt in der Regel in den Amtsräumen der Urkundsperson ohne Anwesenheit der Klienten.*

1421 - *Während die anlässlich des Beurkundungsvorgangs bzw. der Protokollaufnahme zu erfüllenden Amtspflichten von der Urkundsperson persönlich wahrgenommen werden müssen, kann die Siegelung auch durch Dritte (Hilfspersonen der Urkundsperson, im Falle ihres Ablebens durch Büro-Nachfolger) vorgenommen werden.*

1422 - **Erläuterung:** Bei individuellen Erklärungen verbleibt die allseits unterzeichnete Urkunde nach Abschluss des Beurkundungsvorganges zunächst als eine Mehrzahl loser Blätter in Händen der Urkundsperson;

Fn 1 - Aus diesem Grunde drängt sich diesbezüglich auch der Begriff eines "Nachverfahrens" nicht auf.

****S. 406****

son; dass diese nicht nachträglich einzelne Blätter austausche, wird von ihr erwartet und kraft Art. 9 ZGB vermutet; dass die Urkundsperson eine derartige Manipulation faktisch vornehmen könnte, ist unbestreitbar².

1423 - Das gleiche trifft zu bei den vorbereiteten Protokollen.

1424 - Nachträglich auszufertigende Protokolle können nach Abschluss der protokollierten Veranstaltung aufgrund von Handnotizen oder anderen Gedächtnisstützen erstmals entworfen und ausgearbeitet werden, sofern nicht ein ausgearbeiteter Protokollentwurf bereits als Drehbuch für die Durchführung der Veranstaltung gedient hat³.

1425 - Vergass die Urkundsperson die Beisetzung ihrer Unterschrift anlässlich des Beurkundungsvorgangs bei der Beurkundung individueller Erklärungen oder zu unterschriftsbedürftigem Protokoll, so kann sie das Unterlassene später noch nachholen. Die Beisetzung der Notarunterschrift in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten ist nicht Bedingung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde.

1426 - Vergass die Urkundsperson die Beisetzung des Beurkundungsvermerks, so kann auch dieser nachträglich noch beigelegt werden, im Sinne einer nachgetragenen Sachbeurkundung der Urkundsperson. Der Nachtrag ist unter dem Datum seiner Beifügung zu datieren und wie eine Vermerkbeurkundung selbständig von der Urkundsperson zu unterzeichnen. Da die Urkundsperson in einem solchen Nachtrag lediglich Tatsachen bezeugt, welche am Tage des mit den Parteien durchgeführten Beurkundungsvorganges vorhanden waren, behält das Geschäft sein altes Datum. Die nachträgliche Beifügung eines vergessenen Beurkundungsvermerks kann also auch nach erfolgter Grundbuchanmeldung noch erfolgen, ohne dass das Anmeldungsdatum dadurch berührt wird. Wird der Vermerk nicht auf der Zirkulationsurkunde auf dem Grundbuchamt beigelegt, sondern auf der Urschrift, welche bei der Urkundsperson verbleibt, so ist dem Grundbuchamt eine ergänzte Ausfertigung nachzureichen und die unvollständige

Fn 2 - Das in diesem Punkte gegenüber den Urkundspersonen zum Ausdruck gelangende öffentliche Vertrauen erklärt auch, weshalb die Erschienenen während des Beurkundungsvorganges nicht je einzeln das Original des Urkundenentwurfs einzusehen und dessen dokumentarische Identität zu kontrollieren brauchen, sondern dass die Lesung und Genehmigung anhand von Fotokopien erfolgen kann. Wird mit Fotokopien gearbeitet, welche in ununterzeichneter Form in Händen der Erschienenen bleiben, so sind unbemerkte nachträgliche Manipulationen seitens der Urkundsperson schwerer denkbar, als wenn beim Beurkundungsvorgang nur ein einziges Originalexemplar vorhanden ist und zirkuliert. Solche Fälschungsrisiken sind aber vernachlässigbar gering.

Fn 3 - Zur Empfehlung an die Urkundsperson, solche Drehbücher während der Veranstaltung handschriftlich nachzuführen und unmittelbar nach Abschluss der Veranstaltung durch Beisetzung der Notarunterschrift zu einem vorläufigen Notprotokoll zu machen, vgl. Ziff. 2895.

****§. 407****

Ausfertigung zurückzuziehen, auch dies ohne Schaden für das weiterbestehende Datum der Grundbuchanmeldung.

§ 52 Erstellung und Verbleib der originalen Ersturkunde

1427 - *Die von den Erschienenen und von der Urkundsperson oder von dieser allein original unterzeichnete Urkunde verbleibt in den Kantonen mit Urschriftensystem - als Eigentum des Kantons - im Gewahrsam der Urkundsperson⁴, während die Klienten Ausfertigungen⁵ ausgehändigt erhalten.*

1428 - *In den übrigen Kantonen haben die Klienten einen Anspruch auf Aushändigung der Originalurkunde. Sie werden mit deren Entgegennahme in sachenrechtlichem Sinne deren Eigentümer.*

1429 - *Die Qualifikation der Urkunde als Original ist ausschliesslich in der Authentizität der Unterschriften begründet. Ob der übrige Urkudentext mit direkter Hand- oder Schreibmaschinenschrift oder ob er mit Fotokopie oder Durchschlag oder Buchdruck oder in anderer Weise hergestellt ist, spielt keine Rolle.*

1430 - *Die für das Grundbuch- und das Handelsregisteramt bestimmten Rechtsgrundaussweise werden mancherorts im Original an diese Ämter zugestellt. Von Bundesrechts wegen können diese Ämter aber keine Originale verlangen⁶, sondern müssen die beantragten Amtshandlungen auch gestützt auf Ausfertigungen oder, in den Kantonen mit dem System der originalen Zirkulationsurkunde, auf notariell beglaubigte Kopien vornehmen.*

1431 - Erläuterung: Das **Urschriftensystem** dient der Sicherung der Urkundenexistenz. In diesem System nimmt die Urschrift nicht am Rechtsverkehr teil. Sie wird im Rechtsverkehr durch die Ausfertigung vertreten. Bei Beschädigung oder Verlust einer Ausfertigung kann die Urkundsperson weitere Ausfertigungen erstellen⁷.

Fn 4 - Vgl. BE ND Art. 9 Abs. 1.

Fn 5 - Zum Begriff der Ausfertigung vgl. Ziff. 231 f.

Fn 6 - So auch PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (366) für die dem Handelsregisteramt bei Gründung und Kapitalerhöhung einzureichenden Belege, unter Hinweis darauf, dass die nicht beurkundungsbedürftigen Generalversammlungsprotokolle - sofern vom Protokollführer der Gesellschaft originalunterzeichnet - zuhanden des Handelsregisteramtes nicht beglaubigt zu werden brauchen; BGE vom 29.4.1988, Pra 1988 Nr. 204.

Fn 7 - So HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 532, N 2 zu § 45.

****S. 408****

1432 - Als verwahrungspflichtige Urschriften bezeichnet das bernische Recht⁸ alle öffentlichen Urkunden mit Ausnahme von

- (a) Vermerkkurkunden⁹,
- (b) Bürgschaften,
- (c) eidesstattlichen Erklärungen,
- (d) Verfügungen von Todes wegen¹⁰,
- (e) Urschriften über die Handänderung kleiner Grundstücke¹¹ und
- (f) Wechselprotesten¹².

1433 - Die Urkundsperson darf Urschriften nur gestützt auf eine Verfügung der Aufsichtsbehörde oder auf diejenige eines zuständigen Richters herausgeben, und auch dies nur, sofern solche Instanzen eine bloss vorübergehende Vorlegung verlangen¹³. Zur Herausgabe zu zeitlich unbegrenzter Verwendung ist die Urkundsperson nicht befugt. Vor der Aushändigung hat sie eine Ausfertigung zu erstellen und, mit dem Vermerk der Aushändigung der entsprechenden Urschrift, in ihre Urschriftensammlung aufzunehmen¹⁴.

1434 - Urschriften, die herausgegeben werden, sind im Hinblick auf ihre Zirkulationsfunktion zu siegeln¹⁵.

Fn 8 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 144, N 1 zu Art. 10 ND BE.

Fn 9 - BE ND Art. 10 Abs. 1: "Urschriften, welche einem bestehenden Aktenstück nachgetragen werden."

Fn 10 - Gemäss BE ND Art. 10 Abs. 2 müssen die Urschriften von Verfügungen von Todes wegen auf Verlangen dem Testator, Erbverträge den Vertragschliessenden, zum Zwecke der Vernichtung ausgehändigt werden. Der Notar hat dies zu protokollieren und das Protokoll seiner Urschriftensammlung beizufügen.

Fn 11 - Gemäss § 6 des Dekrets über das öffentliche Verurkundungsverfahren bei Übertragung des Eigentums an kleinen Grundstücken vom 16.11.1925.

Fn 12 - Das deutsche Recht weicht insofern ab, als dort auch die Bürgschaften und eidesstattlichen Erklärungen in Urschrift beim Notar verbleiben; vgl. HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 533, N 4 zu § 45.

Fn 13 - Vgl. BE ND Art. 9 Abs. 2.

Fn 14 - So BE ND Art. 9 Abs. 3; Deutsches BeurkG § 45 Abs. 1.

Fn 15 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 144, N 3 zu Art. 10 ND BE.

****S. 409****

§ 53 Mehrere Originale; Ausfertigungen; beglaubigte Kopien

1435 - *Das Beurkundungsverfahren führt beim Urschriftensystem zur Entstehung einer einzigen Urschrift; die Erstellung mehrerer Urschriften ist ausgeschlossen.*

1436 - *Wo originale öffentliche Urkunden als Zirkulationsurkunden erstellt und der Klientschaft ausgehändigt werden, ist ausnahmsweise die Erstellung mehrerer Originale¹⁶ möglich.*

1437 - *Werden mehrere Originale erstellt, so ist in jedem Exemplar ein individualisierender Vermerk anzubringen, beispielsweise: die Urkunde sei das erste von drei Originalen.*

1438 - *In der notariellen Protokollsammlung und im Register ist die Anzahl der erstellten Originale festzuhalten. Zwecks Individualisierung der einzelnen Exemplare empfiehlt sich ferner, jedem Original eine eigene Protokollnummer zu geben¹⁷.*

1439 - *Die Erstellung mehrerer Originale erheischt nicht die wiederholte Lesung jedes einzelnen Exemplars anlässlich des Beurkundungsvorgangs.*

1440 - Erläuterung: Beim Urschriftensystem erübrigt sich die Erstellung mehrerer Originale¹⁸. Jede berechnigte Partei erhält eine originale Ausfertigung¹⁹. Die Urkundsperson bleibt in der zeitlich nicht beschränkten Verantwortung der intakten Aufbewahrung der Urschrift.

1441 - Beim Zirkulationsurkunden-System kann ein legitimes Interesse am Besitz einer Originalurkunde bei allen jenen Personen bestehen, die im Urschriftensystem Anrecht auf eine Ausfertigung hätten. Wo ein schützenswertes Interesse besteht, soll die Urkundsperson zur Erstel-

Fn 16 - Von mehreren Originalen der gleichen Urkunde kann nur bei der Beurkundung von individuellen Willenserklärungen (Verträgen, letztwilligen Verfügungen, Stiftungserrichtungen) gesprochen werden. Nur bei diesen Geschäften ist die unterschriebliche Inkraftsetzung auf einer bestimmten Urkunde ein seiner Natur nach einmaliger, unwiederholbarer Vorgang. Bei Sachbeurkundungen kann die gleiche Tatsache von der Urkundsperson und von weiteren Unterzeichnern wiederholt bezeugt werden, wodurch mehrere selbständige Urkunden entstehen.

Fn 17 - Vgl. BS NG § 12: "Fertigt ein Notar mehrere Exemplare einer notarialischen Urkunde aus, so ist in jeder die Zahl der gleichzeitig gefertigten Exemplare anzugeben. Ebenso sind nachträgliche Abschriften als solche zu bezeichnen. Solche fernere Ausfertigungen einer notarialischen Urkunde darf der Notar an Dritte nur mit Zustimmung der Parteien, und bei deren Weigerung nur infolge richterlichen Entscheides verabfolgen."

Fn 18 - Das bernische Recht sieht vor, dass nur ein einziges Original, die Urschrift, erstellt werden darf; BE NG Art. 22.

Fn 19 - Zum Begriff der Ausfertigung vgl. Ziff. 231 ff.

****S. 410****

lung einer entsprechenden Anzahl von Originalurkunden Hand bieten.

1442 - Bei den als Zirkulationsurkunden gestalteten Sachbeurkundungen einschliesslich der notariellen Protokolle steht der mehrfachen Bezeugung des gleichen Sachverhalts oder Vorgangs in mehreren gleichlautenden, selbständigen Originalurkunden nichts Grundsätzliches im Wege. Um Missbräuche zu verhüten, wird die Urkundsperson abklären, für welche Urkunden-Adressaten die mehreren verlangten Urkunden bestimmt sind und ob für diese Adressaten eine beglaubigte Fotokopie nicht den gleichen Dienst tut. Ist letzteres der Fall, dann soll auf mehrfache Protokollierung des gleichen Vorgangs verzichtet und es sollen beglaubigte Kopien erstellt werden.

§ 54 Zustellung öffentlicher Urkunden

1443 - *Die Übersendung öffentlicher Urkunden durch die Urkundsperson an inländische Amtsstellen kann mit einfacher Post erfolgen. Einschreibung ist nur dann empfehlenswert, wenn die Beweisbarkeit der erfolgten Absendung aus einem besonderen Grunde rechtserheblich ist, etwa wenn mit der Zustellung eine Fristsetzung oder sonst eine datumsrelevante Rechtswirkung verbunden ist.*

1444 - *Versicherung der Sendung ist nicht erforderlich, sofern die öffentliche Urkunde nicht ein Wertpapier mit einem bezifferbaren Geldwert ist.*

1445 - *Schuldbriefe und protestierte Wechsel sollen durch Boten oder, im Falle des Postversandes, als versicherte Wertsendungen zugestellt werden.*

1446 - *Die Übersendung öffentlicher Urkunden an Behörden und Private im Ausland kann nach den hievordargestellten Grundsätzen erfolgen, sofern das kantonale Recht nicht eine Zustellung im direkten Gerichtsverkehr oder eine solche auf diplomatischen Weg vorschreibt²⁰.*

1447 - Erläuterung: Die Zustellung öffentlicher Urkunden auf postalischem Weg ist für freiberufliche Urkundspersonen das Gegebene. Im Verkehr mit dem Ausland mögen insbesondere Amtsnotariate an staatsvertragliche und andere Rechtsnormen des Urkundenverkehrs gebunden sein, wogegen freiberufliche Urkundspersonen sich diesbezüglich wie Privatpersonen verhalten. Demgemäss fehlt in den Kantonen mit freiberuflichem Notariat meist eine Regelung über die Zustellungen.

Fn 20 - Vgl. eine solche Vorschrift in ZH NV § 81.

****§. 411****

1448 - In einzelnen Kantonen (z.B. BE) werden öffentliche Urkunden grundsätzlich mit eingeschriebener Post versandt.

§ 55 Inverwahrungnahme von öffentlichen Urkunden, insbesondere von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen

1449 - *Von Beurkundungsrechts wegen ist beim Urschriftensystem jede Urkundsperson bzw. jedes Notariatsbüro und jedes Amtsnotariat verpflichtet, die selber errichteten, nicht für die Zirkulation bestimmten Urkunden dauerhaft in Verwahrung zu nehmen.*

1450 - *Eine notarielle Pflicht zur Entgegennahme und Verwahrung von öffentlichen Urkunden, die andernorts errichtet wurden, besteht von Beurkundungsrechts wegen nicht, wird aber, gestützt auf Art. 505 Abs. 2 ZGB, von manchen Kantonen den Urkundspersonen für letztwillige Verfügungen und Erbverträge auferlegt²¹.*

1451 - *Nimmt die Urkundsperson letztwillige Verfügungen und Erbverträge in Verwahrung, so soll sie geeignete organisatorische Massnahmen treffen, damit mit diesen Urkunden bestimmungsgemäss umgegangen wird²², und sie*

Fn 21 - Vgl. etwa ZH NV § 112. Wo die Urkundspersonen vom kantonalen Recht zur Verwahrung letztwilliger Verfügungen verpflichtet werden, sollen sie die Testamentsklientschaft auf diese Möglichkeit der Deponierung hinweisen; vgl. in diesem Sinne ZH NV § 135. - Eine kantonale Amtspflicht der Urkundsperson, bei der Inverwahrungnahme eigenhändiger letztwilliger Verfügungen deren Formgültigkeit zu überprüfen und die Klientschaft gegebenenfalls auf Mängel hinzuweisen, ist nur anzunehmen, wenn sie im kantonalen Recht ausdrücklich kodifiziert ist (vgl. in diesem Sinne etwa ZH NV § 113 Abs. 2), ferner von Vertragsrechts wegen dann, wenn die Klientschaft um Testamentsberatung nachgesucht und von der Urkundsperson solche erhalten hat. Eine Form- und Inhaltsprüfung offen eingereicherter letztwilliger Verfügungen soll nur erfolgen, wenn die Klientschaft diese ausdrücklich wünscht.

Fn 22 - Vgl. BS NG § 18: "Eigenhändige letztwillige Verfügungen, die ihnen [den Notaren] zur Aufbewahrung übergeben werden, haben die Notare in chronologischer Reihenfolge mit dem Datum der Hinterlage unter einer fortlaufenden Ordnungsnummer in ein Verzeichnis einzutragen und zugleich ein alphabetisches Register der Testatoren anzufertigen. In dem chronologischen Verzeichnis ist eine Kolonne für Bemerkungen offenzuhalten, worin z.B. die Übergabe der Verfügung durch den Notar an das Erbschaftsamt zur Aufbewahrung oder der Rückzug beim Notar notiert, auf die neue Ordnungsnummer im Falle erneuter Hinterlage verwiesen wird und dergleichen mehr. ... Die Notare haben das Protokoll der letztwilligen Verfügung, der Erb- und Eheverträge sowie die bei ihnen hinterlegten Urkunden dieses Inhalts unter

****S. 412****

soll die Klientschaft informieren über den Umfang, in welchem das betreffende Notariatsbüro oder Amtsnotariat die jeweiligen Todesfälle systematisch verfolgt und für die rechtzeitige Einlieferung der Urkunde gemäss Art. 556 ZGB Gewähr bieten kann²³. Die Klientschaft ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass sie bei Wohnsitzwechsel die Urkunde beziehen und zweckmässigerweise bei jener Amtsstelle am neuen Wohnort hinterlegen soll, welche die dortigen Todesfälle laufend registriert²⁴. Die diesbezügliche Verantwortung liegt bei der Klientschaft.

1452 - Erläuterung: Das vom Schweizerischen Notarenverband geschaffene Zentrale Testamentenregister (ZTR), welches zur Zeit beim Sekretariat des SNV, Thunstrasse 73, 3006 Bern, geführt wird, will dem Risiko vorbeugen, dass letztwillige Verfügungen unbemerkt und damit für den betreffenden Erbgang wirkungslos bleiben. Es bleibt abzuwarten, ob dieses Register einen hinlänglichen Bekanntheitsgrad bei den Urkundspersonen und bei den Nachlassbehörden aller Kantone erreichen wird, dass die Meldung letztwilliger Verfügungen einerseits, die Anfrage bei Todesfällen andererseits als berufliche und amtliche Sorgfaltspflichten Anerkennung gewinnen. Erst im Zusammenspiel mit solcherart anerkannten Sorgfaltspflichten wird das Register den ihm zgedachten Nutzen erbringen können.

1453 - Bei der Einreichung von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen zur Verwahrung an die durch das kantonale Recht gemäss Art. 505 Abs. 2 hiezu bezeichnete Stelle entsteht zwischen der Klientschaft und der aufbewahrenden Stelle ein Rechtsverhältnis, das dem kantonalen öffentlichen Recht untersteht. Die Aufbewahrungsgebühr richtet sich in diesen Fällen in der Regel nach einem Tarif, der dem kantonalen öffentlichen Recht angehört. Die Pflichten des Aufbewahrers gehen über diejenigen hinaus, welche sich aus dem privatrechtlichen Hinterlegungsvertrag gemäss Art. 472 ff. OR ergeben. Einzelne Kantone haben besondere Schutzvorkehrungen vorgesehen, damit die in den hinterlegten Verfügungen getroffenen Nachlassregelungen gemäss dem ursprünglichen Willen des Testators bei dessen Tod zum Tragen kommen. - Die Verweigerung der Rückgabe an den Testator im Falle seiner zweifelhaften Urteilsfähigkeit, wie sie dem Notar in ZH NV § 124

persönlichen Verschluss zu nehmen." - GL EGZGB Art. 23 Abs. 4 und 5 begegnet der Vergessensgefahr so, dass die Urkundsperson von allen selber beurkundeten letztwilligen Verfügungen das Original an Klientschaft, eine beglaubigte Fotokopie sofort nach Beurkundung der Regierungskanzlei zur Aufbewahrung zu übergeben hat.

Fn 23 - Vgl. ZH NV § 127-129, wo den zürcherischen Notaren die Pflicht auferlegt wird, die Testatorenkartei einmal jährlich durchzusehen und mit Rückfragen bei den einschlägigen Ämtern, ausnahmsweise auch bei Privatpersonen zu überprüfen, ob der Testator noch am Leben ist.

Fn 24 - Diese Belehrung wird zweckmässigerweise auch mit der Depotbescheinigung schriftlich an die Klientschaft abgegeben; vgl. in diesem Sinne ZH NV § 116 Abs. 2.

****S. 413****

aufgelegt ist, dürfte allerdings vor Bundesrecht nicht standhalten. Die amtliche Inverwahrungnahme letztwilliger Verfügungen gemäss Art. 505 Abs. 2 ZGB darf durch das kantonale Recht weder mit Schutzvorkehrungen vormundschaftsähnlicher Natur noch mit Eingriffen in die Privatautonomie und das Eigentumsrecht des Hinterlegers an seiner letztwilligen Verfügung verbunden werden.

§ 56 Herausgabe von Ausfertigungen und Kopien öffentlicher Urkunden

1454 - *Die Urkundsperson darf die in ihrer Kanzlei erstellten oder der Kanzlei zur Aufbewahrung anvertrauten öffentlichen Urkunden, Abschriften und Auszüge daraus nur an berechnigte Personen herausgeben²⁵. Die Regeln über die notarielle Verschwiegenheitspflicht sind zu beachten.*

1455 - *Die Verschwiegenheitspflicht wird nicht verletzt durch die Herausgabe von Kopien an Personen, welche das Original seinerzeit (mit-)unterzeichnet haben.*

1456 - **Erläuterung:** Ein typischer Falle unberechnigter Neugierde ist die Erkundigung potentieller Erben nach dem Vorliegen letztwilliger Anordnungen und nach deren Inhalt, mit oder ohne behauptete Ermächtigung durch den mittlerweile schwer erkrankten Erblasser. Eine Herausgabe kommt nicht in Frage, ja nicht einmal die Bestätigung gegenüber dem Anfrager, dass die Urkundsperson von derartigen Anordnungen Kenntnis hat.

1457 - Wurden originale Zirkulationsurkunden, welche die Unterschriften mehrerer Parteien tragen, z.B. Eheverträge, bei der Urkundsperson in Verwahrung gegeben, so darf das Original nur sämtlichen Einlieferern gemeinsam, oder dem einen mit Ermächtigung der andern, herausgegeben werden. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so sind nur Fotokopien herauszugeben, die bei Bedarf beglaubigt werden können.

Fn 25 - Vgl. LU BeurkG § 19 Abs. 2: Urkunden und Abschriften, Auszüge und andere Wiedergaben dürfen nur an Berechnigte herausgegeben werden; GE LN Art. 10: nur an die "personnes intéressés en nom direct [d.h. die Sachbeteiligten], à leurs héritiers ou ayants droit".

S. 414

§ 57 Notarielle Belegsammlung

1. Notarielle Aufbewahrungspflicht ohne zeitliche Beschränkung

1458 - *Die Urkundsperson hat ihre Beurkundungstätigkeit dauerhaft zu dokumentieren durch die Führung einer Belegsammlung und eines oder mehrerer dazugehörender Register²⁶.*

1459 - **Erläuterung:** Der in Deutschland gebräuchliche Begriff der "Urkundenrolle", die Vorstellung von einer chronologischen Einschreibung aller gefertigten Urkunden auf ein fortlaufendes Papier, verleiht der herausgegebenen Zirkulationsurkunde den Charakter ihrer Verwurzelung, ihrer historisch einmaligen, unverwechselbaren, eindeutig bestimmten Herkunft.

1460 - Der Gedanke der Urkundenrolle oder des Urkundenbuches, in welchem die Originalurkunden mit den originalen Parteiunterschriften chronologisch eingetragen werden und im Gewahrsam der Urkundsperson verbleiben, findet sich noch heute verwirklicht in den Kantonen mit dem Urchriftensystem. Die Mehrheit der Kantone hat dieses System jedoch abgewandelt, indem die Klientschaft bzw. die als Urkundenadressaten anvisierten Registerämter die Originalurkunden erhalten, wogegen in der Hauptakten-Sammlung der Urkundsperson eine Fotokopie verbleibt.

Fn 26 - Zu den Registern vgl. den nächsten Paragraphen. - Zusätzlich ist in manchen Kantonen die Führung eines Journals verlangt, welches die Geschäfte im Zeitpunkt ihrer Anhandnahme chronologisch zu erfassen hat. - BE NG Art. 24 bezeichnet die notariellen Register als öffentliche Urkunden, wohl mit dem normativen Ziel, Manipulationen in den Strafbereich von StGB 317 zu bringen. - BS NG § 13: "Jeder Notar hat die von ihm gerichteten notariellen Urkunden in seine Protokolle aufzunehmen oder aufnehmen zu lassen und führt ein besonderes Verzeichnis der von ihm vollzogenen Beglaubigungen."

****S. 415****

2. Hauptaktensammlung (Urschriftensammlung)

1461 - Die Belegsammlung umfasst die Aktensammlung, bestehend aus Originalen, Abschriften oder Fotokopien²⁷ sämtlicher als selbständige Dokumente ausgefertigter öffentlichen Urkunden (also ohne die in Vermerkform ausgefertigten Urkunden) und der dazugehörigen rechtserheblichen Belege.

1462 - Erläuterung: Die Belegsammlung kann, je nach der kantonalen Regelung, entweder als einheitliche chronologische²⁸ Sammlung gestaltet sein oder es können Hauptakten (die eigentlichen Urkunden bzw. Urkundenkopien) getrennt von den Nebenakten (Vollmachten, Handlungsfähigkeitszeugnissen, Handelsregisterauszügen, Einzahlungsbescheinigungen etc.) aufbewahrt werden²⁹. Auch können die Hauptakten nach Sachgebieten und Geheimhaltungsbedürfnissen unterschieden und in getrennten Sammlungen abgelegt werden, so etwa alle Grundbuchgeschäfte in der Sammlung A³⁰, alle Wechselproteste in der Sammlung B, alle ehe- und erbrechtlichen Geschäfte in der Sammlung C und alle übrigen Urkunden in der Sammlung D³¹.

1463 - Verlangt das kantonale Recht, dass die Belegsammlung zu einer möglichst umfassenden Dokumentation der beurkundeten Geschäfte, auch ihres Vollzuges, ausgestaltet werde, so können solche späteren Ereignisse allenfalls in Form handschriftlicher Vermerke in die Belegsammlung integriert werden. Aus der Hauptakten-Sammlung soll jedoch

Fn 27 - ZH NV § 138 verlangt für solche Abschriften und Fotokopien die Beglaubigung. In anderen Kantonen, z.B. in Basel-Stadt, fehlt eine solche Vorschrift, so dass die Belegsammlung aus unbeglaubigten Fotokopien besteht; das periodische Einbinden dieser Fotokopien in Buchform und die eigenhändige notarielle Bestätigung in jedem solchen gebundenen Buch, dass es sich um die vollständige Kopiensammlung für einen bestimmten Zeitraum und ein bestimmtes Sachgebiet handelt, hat in einem solchen Falle ebenfalls Beglaubigungswirkung. - GL EGZGB Art. 23 Abs. 1 und 2: Erfüllung der Protokollierungspflicht durch Führung einer Kopiensammlung.

Fn 28 - Zum Erfordernis der chronologischen Ordnung vgl. ZH NV § 52.

Fn 29 - ZH NV §§ 37 und 53 verpflichten den Notar, diese sogenannten Nebenakten in uneingebundenen Ordnern, d.h. getrennt von den Hauptakten, aber mit den gleichen Nummern wie diese, aufzubewahren.

Fn 30 - So ZH NV §§ 51 und 52: Öffentliche Urkunden über die grundbuchlich zu vollziehenden Rechtsgeschäfte sind in das Urkundenbuch A einzureihen und bilden Bestandteil der Grundbuchakten; die übrigen öffentlichen Urkunden werden in das Urkundenbuch B eingebunden.

Fn 31 - Das baselstädtische Recht (§§ 2 und 3 der Protokollverordnung) kennt 4 Arten von Belegsammlungen:

- (a) das Allgemeine Protokoll,
- (b) das Erb- und Güterrechtsprotokoll,
- (c) das Bürgschaftenprotokoll und
- (d) das Wechselprotestprotokoll, ferner als blosses Register das Beglaubigungsverzeichnis.

****S. 416****

der Zustand der Urkunde erkennbar bleiben, in welchem sie sich nach Abschluss des Beurkundungsvorgangs bzw. nach der darauffolgenden Siegelung befunden hat.

3. Aufbewahrung der Nebenakten

1464 - Die Belegsammlung umfasst in der Regel auch die Nebenakten.

1465 - Erläuterung: Die aufzubewahrenden Nebenakten umfassen alle Dokumente, deren Vorhandensein oder notarielle Kontrolle für die Beurkundung rechtserheblich war, soweit solche Dokumente nicht ohnehin der öffentlichen Urkunde als Beilagen mit Schnur und Siegel beigelegt sind oder als Belege an eine Amtsstelle in der Schweiz eingereicht und dort dauerhaft aufbewahrt wer-

den. Hiezu gehören bei den aktienrechtlichen Protokollen beispielsweise die Kapital-Einzahlungsbescheinigungen und Gründervollmachten, Handlungsfähigkeitszeugnisse, ferner alle weiteren Dokumente, deren Vorhandensein während der Beurkundung oder Protokollaufnahme der Notar in der Urkunde bezeugt³².

1466 - Das zürcherische Recht verlangt bei fremdsprachigen Urkunden auch die Aufbewahrung einer deutschen Übersetzung³³.

1467 - In einzelnen Kantonen besteht eine unbefriedigende Regelung insofern, als nur die Hauptakten aufbewahrt werden müssen und für die Nebenakten keine Normen statuiert sind. Dies hat die Konsequenz, dass die Nebenakten in zufälliger Zusammensetzung, meist unvollständig, in den einzelnen Klientendossiers der Urkundsperson verstreut sind und in der Regel nur während einer relativ kurzen Zeit - ohne diesbezügliche Rechtspflicht der Urkundsperson - greifbar bleiben. Unbefriedigend ist die Ablage von Nebenakten in verstreuten Klientendossiers auch deshalb, weil das Klientendossier nicht der Amtsaufsicht unterliegt; es gibt keine sinnfälligen Rechtsregeln, wann Aufsichtsbehörde und Dritte in diese Dossiers Einsicht nehmen können, und es gibt meist keine ausdrücklichen Regeln für die Frist,

Fn 32 - Die Vorschrift von ZH NV § 37 Abs. 2, wonach die Urkundsperson bei Beurkundungen von erheblicher Tragweite die schriftlichen Unterlagen zu den Akten einverlangen und, wo sie ihm nicht überlassen würden, die Beurkundung ablehnen kann, hat im Zeitalter der Fotokopie als überholt zu gelten. Verweigert die Klientschaft jedoch ohne einsehbaren Grund etwa die Überlassung einer Originalvollmacht, so kann die Ablehnung der Beurkundung wegen des Verdachts eines beabsichtigten Missbrauchs geboten sein.

Fn 33 - ZH NV § 32 Abs. 2.

****S. 417****

während welcher die Klientendossier für abgeschlossene Beurkundungen aufbewahrt werden müssen.

1468 - Werden die Nebenakten getrennt von den Hauptakten abgelegt, so mag das kantonale Recht, zur Entlastung der Archive, als zulässig erklären, dass die Nebenakten nach einer bestimmten Zeit vernichtet werden dürfen. Die Hauptakten müssen dagegen in allen Kantonen ohne zeitliche Begrenzung aufbewahrt werden.

4. Schutz des Beurkundungsgeheimnisses

1469 - *Belegsammlung und Register sind kanzleiintern gegen die Neugierde Unbefugter zweckmässig zu schützen.*

1470 - **Erläuterung:** Die Urkundsperson hat Vorkehr zu treffen, dass die Belegsammlung kanzleiintern keiner unbefugten Neugierde zugänglich ist. Während einzelne Kantone vorschreiben, dass die abgelegten Urkunden mit ehe- und erbrechtlichen Beurkundungsgegenständen unter besonderem Verschluss zu halten sind, ist noch wichtiger, die mit Registern versehenen, weit in die Vergangenheit zurückreichenden Aktensammlungen unter Verschluss zu bringen. Solche Sammlungen sind eine besondere Anziehung für unbefugte Neugier.

5. Übergang der Belegsammlung in kantonalen Gewahrsam

1471 - *Periodisch oder bei Beendigung der Amtstätigkeit hat die Urkundsperson ihre Belegsammlung der Aufsichtsbehörde oder einer anderen, durch das kantonale Recht bezeichneten Amtsstelle zur bleibenden Archivierung abzuliefern*³⁴.

1472 - **Erläuterung:** Schon vor der Ablieferung an den Kanton zur Archivierung steht die Belegsammlung der Aufsichtsbehörde jederzeit zur Einsicht offen. Ferner ist den Klienten Zugang zu

gewähren zu den Belegen jener Beurkundungen, bei welchen sie beteiligt waren. Im übrigen ist die Belegsammlung durch das notarielle Berufs- bzw. Amtsgeheimnis geschützt.

Fn 34 - LU BeurkG § 16 Abs. 1: Protokollbuch und Aktensammlung bleiben nach Berufsaufgabe beim Notar. Nötigenfalls kann die Aufsichtsbehörde die Ablieferung an das Obergericht verfügen.

****S. 418****

§ 58 Notarielle Register und Verzeichnisse

1473 - Die Urkundsperson hat in einem oder in mehreren Registern ihre Beurkundungstätigkeit unverzüglich nach Siegelung jeder Urkunde³⁵ chronologisch und lückenlos zu dokumentieren³⁶, und sie hat gemäss kantonaler Vorschrift den Zugang zu den Registern und zu den Belegsammlungen durch chronologische und alphabetische Verzeichnisse zu erschliessen.

1474 - Erläuterung: Die notariellen Register³⁷ haben Tagebuch- bzw. Journalcharakter. Von Bundesrechts wegen ist als Mindeststandard zu verlangen, dass die Register über alle vollzogenen Geschäfte Auskunft geben. Die Kantone können weitergehende Vorschriften aufstellen und beispielsweise auch die Registrierung abgebrochener Beurkundungsverfahren verlangen. Ein Rogations-Journal im Sinne einer Eingangskontrolle der eingegangenen Beurkundungsbegehren, analog zum grundbuchlichen Tagebuch, ist nicht erforderlich, da dem Beurkundungsbegehren jene formale Eindeutigkeit oft abgeht, welche für die Grundbuchanmeldung typisch ist.

Fn 35 - Vgl. BE NV Art. 14 Abs. 1: Pflicht zur Registrierung "unmittelbar nach der Beurkundung".

Fn 36 - Für die zu führenden Verzeichnisse und Register vgl. ZH NV § 58-67; BE NV Art. 12 sieht 4 Typen von Registern vor:

- (a) Register für die bei der Urkundsperson verbleibenden Urschriften,
- (b) für die herausgegebenen Urschriften,
- (c) für letztwillige Verfügungen und Erbverträge, auch wenn kombiniert mit anderen Rechtsgeschäften;
- (d) Wechselprotestregister.

Fn 37 - BE NG Art. 24, mit Verweis auf Art. 12 ff. NV. Die dem bernischen Notar vorgeschriebenen Register werden in BE NG Art. 24 als öffentliche Urkunden qualifiziert; der bernische Notar wird also von Gesetzes wegen verpflichtet, in den vorgeschriebenen Registern gewisse Vorgänge notariell zu protokollieren, d.h. diese Vorgänge mit öffentlichem Glauben zu bezeugen.

****S. 419****

Kapitel 7: Mangelhafte Beurkundungen

§ 59 Beurkundungsmängel und Formmängel

1. Regelungsbereich des Beurkundungsrechts

1475 - Das Beurkundungsrecht regelt das Beurkundungsverfahren, ferner die Anforderungen an die äussere Gestalt der öffentlichen Urkunde und an jenen Mindestinhalt, der unabhängig von den beurkundungsbedürftigen Elementen einzelner Geschäfte in jeder öffentlichen Urkunde vorhanden sein muss.

1476 - Erläuterung: Es ist zu unterscheiden zwischen dem materiellrechtlichen Mindestinhalt, der für jeden Geschäftstyp verschieden, aufgrund der Beurkundungsbedürftigkeit der jeweiligen wesentlichen Geschäftsteile, bzw. (bei Sachbeurkundungen) aufgrund des Belegbedarfs des Urkundenadressaten oder der Öffentlichkeit definiert wird, und dem beurkundungsrechtlichen Mindestinhalt, der für jede Kategorie von Beurkundungsfällen (individuelle Erklärungen, Protokollierungen, Beurkundung bestehender Tatsachen und notarielle Vermerke) einheitlich definiert wird.

2. Regelungsbereich des Bundesprivatrechts

1477 - *Das materielle Bundesprivatrecht regelt, welche Geschäfte und Vorgänge beurkundungsbedürftig sind. Es bestimmt ferner den materiellen Mindestinhalt, den die öffentliche Urkunde enthalten muss, damit ein beurkundungsbedürftiges Geschäft gültig zustandekommen kann: Das Bundesrecht regelt den Umfang des Formzwangs.*

1478 - Erläuterung: Der Umfang des Formzwangs bedeutet bei der Beurkundung individueller Erklärungen etwas anderes als bei den

****S. 420****

Protokollierungen und wiederum etwas anderes als bei der Beurkundung bestehender Tatsachen. Bleiben bei der Beurkundung individueller Erklärungen, etwa eines Grundstückkaufes, die Namen der Vertragsparteien oder die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragsinhalte unbeurkundet, so kommt das beurkundungsbedürftige Geschäft nicht gültig zustande; es fehlt in diesem Falle am rechtswirksamen Vertragsschluss.

1479 - Unterlässt die Urkundsperson dagegen bei der Protokollierung einer Aktionärsversammlung anzugeben, wie die Abstimmung über die Statutenänderung ausgefallen ist, so ist trotzdem gültig abgestimmt worden; das Versäumte kann von der Urkundsperson später in einem Nachtrag der Urkunde beigelegt und die Protokollierung dadurch zu voller Rechtswirkung gebracht werden. Unterlässt die Urkundsperson bei einer Unterschriftsbeglaubigung die Angabe, wie sie sich von der Echtheit überzeugt hat, so mögen gewisse Urkundenadressaten die Beglaubigung als ungenügend zurückweisen. Bei den **Sachbeurkundungen** kann demgemäss der Umfang des Formzwangs nicht unter dem Gesichtswinkel der Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes, sondern unter demjenigen der Belegwirkung der Urkunde gegenüber dem Urkundenadressaten oder gegenüber der Öffentlichkeit erörtert werden. Ob der inhaltlich unvollständigen Urkunde die volle oder eine eingeschränkte oder gar keine Belegwirkung zukommt, ist wiederum eine Frage des materiellen Rechts, nicht eine solche des Beurkundungsrechts.

3. Mängelfolgen auf zwei Ebenen: Nichtigkeit der öffentlichen Urkunde und Ungültigkeit (Formmangel) des beurkundeten Geschäftes

1480 - *Das Beurkundungsrecht regelt die Bedingungen für das Zustandekommen (die Entstehung) der öffentlichen Urkunde. Sind wesentliche beurkundungsrechtliche Regeln bezüglich des Beurkundungsverfahrens oder bezüglich des beurkundungsrechtlichen Mindestinhaltes der Urkunde verletzt, so entsteht keine öffentliche Urkunde.*

1481 - *Das materielle Recht regelt die Rechtsfolgen, die bei Missachtung des Beurkundungsobligatoriums eintreten, d.h. die Folgen der Formmängel des einzelnen Geschäftes.*

1482 - Erläuterung: Gemäss der hier getroffenen Unterscheidung wird in der vorliegenden Darstellung eine Terminologie verwendet, welche beurkundungsrechtliche Mängel unter dem Gesichtswinkel der Entstehung oder Nichtigkeit der öffentlichen Urkunde erörtert,

****S. 421****

materiellrechtliche Mängel (Missachtung des Beurkundungsobligatoriums) unter dem Gesichtswinkel des Formmangels bzw. der Formungültigkeit des beurkundeten Geschäftes¹ und der mangelhaften Belegwirkung von Sachurkunden.

1483 - Die dargestellte Terminologie lässt Art. 11 Abs. 2 OR² als materiellrechtliche Norm erkennen, welche sich auf die Formgültigkeit des (beurkundeten oder nicht beurkundeten) Geschäftes

bezieht, nicht aber auf die Frage, ob das Beurkundungsverfahren im konkreten Einzelfall zur Entstehung einer öffentlichen Urkunde geführt hat³.

1484 - In diesem Sinne können eine öffentlich beurkundete Bürgschaftserklärung, bei welcher der Haftungshöchstbetrag nicht angegeben ist, oder der Errichtungsakt für eine Aktiengesellschaft, in welchem die Zeichnungserklärungen für die Übernahme der Aktien fehlen, zwar als "entstandene öffentliche Urkunden" qualifiziert werden; die betreffenden Geschäfte sind jedoch auf der Ebene des materiellen Rechts formungültig.

1485 - Die Entstehung der öffentlichen Urkunde ist bei beurkundungsbedürftigen Geschäften Bedingung, nicht aber Gewähr für das Zustandekommen des beurkundeten Geschäftes. Auch bleibt die öffentliche Urkunde eine entstandene öffentliche Urkunde, wenn das beurkundete Geschäft in der Folge wegen Konsens- oder Willensmängeln zu Fall gebracht wird.

1486 - Von Beurkundungsrechts wegen sollte richtigerweise nur die Frage der Entstehung oder Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde gestellt werden. Eine dazwischenliegende Rechtsfolge der (beurkundungsrechtlichen) Anfechtbarkeit ist abzulehnen⁴, weil die Entstehung

Fn 1 - Dem entspricht die Einteilung der Mängel bei KOLLER, Der formungültige Grundstückskauf (1989) S. 96, N 182 und 183, in Verfahrensmängel und Inhaltmängel. Als häufigsten Inhaltmangel nennt KOLLER die unrichtige Beurkundung des Kaufpreises beim Grundstückskauf (S. 97, N 185).

Fn 2 - Art. 11 Abs. 2 OR: "Form der Verträge. - I. Erfordernis und Bedeutung im allgemeinen: Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab."

Fn 3 - In gleichem Sinne KOLLER, Der formungültige Grundstückskauf (1989) S. 99, N 193: "Art. 11 Abs. 2 OR regelt nach dem Gesagten ausschliesslich (subsidiär) die Rechtslage bei Nichteinhaltung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form, sagt aber nicht, wann die Form eingehalten ist, wann nicht."

Fn 4 - KOLLER, Der formungültige Grundstückskauf (1989) S. 98, N 190, betrachtet, im Sinne der hier vertretenen Auffassung, die Art der Ungültigkeit "ohne Einschränkung als eine Frage des Bundesrechts. Dem kantonalen Gesetzgeber fehlt in dieser Hinsicht jede Regelungsbefugnis; eine solche lässt sich auch nicht aus Art. 55 SchlT ZGB ableiten." - In gleichem Sinne JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 33, N 134. - Gegenteiliger Auffassung DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grosen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (26/27), welcher eine kantonalrechtliche Anfechtung in Analogie zur

****S. 422****

der öffentlichen Urkunde nicht in der Disposition privater Verfahrensbeteiligter liegen darf⁵.

1487 - Auf der Ebene des materiellen Zivilrechts stellt sich die Frage der Formgültigkeit, der Anfechtbarkeit und der Nichtigkeit des inhaltlich unvollständig oder unrichtig beurkundeten Geschäftes, ferner die Frage der Belegwirkung der inhaltlich lückenhaften oder fehlerhaften Sachurkunde. Diese Fragen sind ausschliesslich nach Bundesrecht zu beantworten. Art. 55 SchlT ZGB ermächtigt die Kantone nicht, die materiellrechtlichen Rechtsfolgen zu regeln, welche sich ergeben, wenn eine öffentliche Urkunde beurkundungsrechtlich zwar entstanden ist, in bezug auf das beurkundete Geschäft oder den protokollierten Vorgang aber inhaltliche Mängel oder Lücken aufweist.

4. Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde wegen Verletzung kantonaler oder bundesrechtlicher Beurkundungsnormen

1488 - *Die beurkundungsrechtliche Frage, ob im Einzelfall die Bedingungen für die Entstehung einer öffentlichen Urkunde erfüllt sind, beantwortet sich bei den*

Anfechtung des formfehlerhaften letztwilligen Geschäfts gemäss Art. 520 ZGB postuliert und auf die in einzelnen kantonalen Gesetzen vorgesehene, beurkundungsrechtliche Anfechtbarkeit hinweist (LU BeurkG Art. 32 Abs. 2, NW BeurkV Art. 44 Abs. 2, ZG BeurkG Art. 9, BS EGZGB Art. 233-234). - Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen

Auffassung verfängt die Analogie zu Art. 520 ZGB gerade deswegen nicht, weil eine Varietät kantonaler Anfechtungstatbestände, welche zu den bekannten bundesrechtlichen hinzutreten, eine heillose Verwirrung und Rechtsunsicherheit schaffen müsste. Gerade weil es bundesrechtliche Anfechtungsmöglichkeiten gibt, sollen nicht zusätzlich noch kantonalrechtliche Anfechtungstatbestände Anerkennung finden.

Fn 5 - Zutreffend geht KOLLER, Der formungültige Grundstückkauf (1989) S. 141, N 346, davon aus, dass Formvorschriften generell zu beachten sind und nicht zur freien Disposition der Parteien stehen. - Die gegenteilige, hier abgelehnte Auffassung, wird etwa veranschaulicht durch die Bestimmung von BS EGZGB § 230 [richtig: 233] Abs. 3: "Anerkennung des Geschäftes schliesst die Anfechtung [wegen Verletzung einer Ausstandsregel] aus." - Die in der Theorie manchem Gesetz- und Verordnungsgeber nützlich erscheinende Mittellösung zwischen Entstehung und Nichtentstehung der Urkunde hat in der praktischen Realität keinen Raum und wird nicht benötigt. - Demgemäss ist auch jene Lehre abzulehnen, welche es als beurkundungsrechtliche (und damit in der Regel als kantonalrechtliche) Frage betrachtet, ob ein Beurkundungsmangel nur zur Anfechtbarkeit inter partes oder zu einer von Amtes wegen zu berücksichtigenden Nichtigkeit führt, auf welche sich auch Dritte berufen können. Vgl. in diesem Sinne jedoch BGE 106 II 146; gegenteiliger Auffassung KOLLER, Der formungültige Grundstückkauf (1989) S. 143, N 355.

****§. 423****

kantonalen Verfahren gemäss den kantonalen Vorschriften und zugleich gemäss den bundesrechtlichen Mindestanforderungen, bei den Verfahren gemäss ZGB ausschliesslich nach Bundesrecht.

1489 - Erläuterung: Wenn zwischen der beurkundungsrechtlichen Frage der Entstehung oder Nichtentstehung einer öffentlichen Urkunde und der materiell-privatrechtlichen Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines beurkundeten Geschäftes bzw. der Belegwirkung der Sachurkunde unterschieden wird, so darf diese Unterscheidung nicht als eine solche gemäss kantonalem Recht und Bundesrecht gedeutet werden⁶. Unter Beurkundungsrecht sind in diesem Zusammenhang sowohl die kantonalen Beurkundungsnormen als auch das geschriebene und ungeschriebene Bundes-Beurkundungsrecht zu verstehen⁷. Eine Urkunde kann "nichtentstanden" sein, weil sie **bundesrechtlichen** Mindestanforderungen nicht gerecht wird, etwa weil sie im Verfahren der Abwesenheits-Beurkundung⁸ errichtet wurde.

5. Ablehnung kantonalrechtlicher Regelungskompetenzen bezüglich der materiellrechtlichen Gültigkeit des beurkundeten Geschäfts

1490 - Die von zahlreichen Kantonen in Anspruch genommene und von der Praxis anerkannte Kompetenz, in kantonalen Beurkundungserlassen die Formgültigkeit des beurkundeten Geschäftes zu regeln, ist abzulehnen.

1491 - Erläuterung: Im Ergebnis übereinstimmend mit dem hier Gesagten postulieren KOLLER und SCHMID, die Kantone könnten von Beurkundungsrechts wegen zwar kantonale Gültigkeitsvorschriften aufstellen, aber die Folgen der Verletzung solcher Vorschriften, d.h. die Formungültigkeits-Konsequenzen müssten sich ausschliesslich nach Bundesrecht bestimmen⁹. Beide Autoren möchten die kantonale Regelungs-

Fn 6 - Insofern missverständlich die Äusserung von KOLLER, Der formungültige Grundstückkauf (1989) S. 96, N 183, welcher als Verfahrensmängel lediglich die Nichteinhaltung kantonaler Verfahrensvorschriften erwähnt; in Sinne der hier vertretenen Auffassung äussert sich SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) N 101 und 102 zu Art. 11 OR.

Fn 7 - So sinngemäss auch JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 30, N 125 am Ende.

Fn 8 - Vgl. hiezu Ziff. 8 ff.

Fn 9 - So KOLLER, Der formungültige Grundstückkauf (1989) S. 98, N 190-193; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 174, N 616. - In gleichem Sinne die Stellungnahme des OG LU als AB über die Urkundspersonen vom 11.3.1983, LGVE 1983 I 13, S. 26, wo unter Verweis auf SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar

****S. 424****

kompetenz auf die beurkundungsrechtliche Frage des Urkundenmangels einschränken, die aus dem Urkundenmangel zu ziehenden Rechtsfolgen für das beurkundete Geschäft dagegen dem Bundesprivatrecht anheimstellen. Die vorliegende Arbeit folgt dieser Betrachtungsweise sinngemäss.

1492 - Die dem bernischen und freiburgischen Beurkundungsrecht entnommene und hier als sachlogische Betrachtungsweise von allgemeiner Geltung vertretene Unterscheidung führt hinaus über jene andere Auffassung, welche die Frage der mängelfreien Beurkundung und diejenige der Formgültigkeit eines beurkundungsbedürftigen Geschäftes vermengt und bei Mängeln auf der einen oder anderen Ebene einheitlich von "Formungültigkeit" spricht¹⁰. Stattdessen wird in der vorliegenden Arbeit das Begriffspaar der Gültigkeit und Ungültigkeit (bzw. der Formgültigkeit und Formungültigkeit) ausschliesslich auf das beurkundete **Geschäft**, nicht auf die öffentliche Urkunde als solche bezogen. Der Begriff der "ungültigen Urkunde" wird nicht verwendet. Gültig oder ungültig ist nur das Geschäft, nicht die Urkunde. Die Urkunde ihrerseits ist entweder eine öffentliche Urkunde oder sie ist keine¹¹.

(1973) N 102 zu Art. 11 OR, als fraglich bezeichnet wurde, ob das kantonale Recht für bundesrechtliche Tatbestände (d.h. insbesondere für Verträge) die zivilrechtlichen Folgen der Nichtbeachtung von Beurkundungsvorschriften regeln darf. - Schon OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1936) N 13 zu Art. 217 OR, ist der Auffassung, dass sich beim Grundstückkauf die Ungültigkeit infolge Formmangels ausschliesslich nach Bundesrecht beurteilt.

Fn 10 - Die gleiche Vermengung liegt vor bei den Begriffen der Formvorschrift und des Formmangels, soweit unter "Formvorschrift" sowohl die materiellrechtlichen Regeln über die Formbedürftigkeit eines Geschäftes als auch die Verfahrensregel über die öffentliche Beurkundung verstanden werden und soweit unter "Formmangel" sowohl die fehlende als auch die fehlerhafte öffentliche Beurkundung verstanden wird. Bei der Erörterung beurkundungsrechtlicher Aspekte kann eine solche Vermengung nicht hingenommen werden. Aus der Sicht der Urkundsperson, namentlich ihrer Haftung, macht es einen Unterschied, ob sie einen Beurkundungsfehler gemacht hat oder ob die Vertragsparteien ihr nicht den ganzen vereinbarten Kaufpreis offengelegt haben.

Fn 11 - Gewisse Schwierigkeiten bereitet die dogmatische Einordnung des auswärts beurkundeten und demzufolge ungültigen Grundstückgeschäftes. Die Nichtanerkennung des auswärts beurkundeten Geschäftes durch die Justiz- und Administrativbehörden des Belegenheitskantons kann nicht als ein beurkundungsrechtlicher Urkundenmangel qualifiziert werden. Das Recht des Belegenheitskantons B hat nicht darüber zu befinden, ob dem im Abschlusskanton A erstellten Dokument die Qualität der öffentlichen Urkunde zukommt. Denn bezüglich des Entstehens und Nichtentstehens der öffentlichen Urkunde gilt im interkantonalen Verhältnis der Satz "locus regit actum" uneingeschränkt. - Die Nichtanerkennung auswärts beurkundeter Grundstückgeschäfte kann sich demgemäss nur auf die privatrechtliche Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes beziehen. Die Gesetzgebung jener Kantone, welche ausserkantonale beurkundeten Grundstückgeschäften die Anerkennung versagen, geht mithin von einem stillschweigenden verfassungsrechtlichen Vorbehalt aus, der den

****S. 425****

1493 - Aufgrund des Gesagten ist die Bürgschaftsurkunde, welche vor einem Notariatsgehilfen ohne Beurkundungsbefugnis erstellt wurde, keine öffentliche Urkunde. Wurde die Bürgschaft vor einer zuständigen Urkundsperson gelesen und unterzeichnet, fehlt dagegen die Angabe des Haftungshöchstbetrages, so liegt eine öffentliche Urkunde vor, aber das Geschäft ist nicht gültig zustandegekommen.

1494 - Der beurkundungsrechtliche Begriff der nicht-entstandenen Urkunde hat im konkreten Einzelfall allerdings nur Sinn, wenn ein Versuch zur Schaffung einer öffentlichen Urkunde unternommen wurde und zu einem sichtbaren Resultat, d.h. zu einem Dokument geführt hat, welches nach Form und Inhalt den Anspruch öffentlichen Glaubens erkennen lässt. Solange kein Beurkundungsversuch unternommen wurde - etwa, wenn ein Grundstückkauf in einfacher Schriftform dargestellt wurde - liegt kein Beurkundungsmangel, d.h. kein beurkundungsrechtlicher Verfahrensmangel -

sondern es liegt die Verletzung des materiellrechtlichen Beurkundungsobligatoriums vor und damit nichts weiter als ein formungültiges oder formmangelhaftes Geschäft.

1495 - Aufgrund der hier vertretenen Auffassung wäre der in BGE 106 II 146 beurteilte Fall wohl in umgekehrtem Sinne zu entscheiden gewesen: In einem Kaufrechtsvertrag über einen Grundstücksabschnitt im Kanton Obwalden hatten die Parteien auf einen der öffentlichen Urkunde als Beilage beigefügten Plan verwiesen. Der Plan hatte anlässlich des Beurkundungsvorgangs vorgelegen, war aber von der Urkundsperson nicht mitunterzeichnet worden. Die Obwaldner Gerichte erblickten hierin eine Verletzung kantonaler Gültigkeitsvorschriften und erklärten den Vertrag für nichtig. Das Bundesgericht bestätigte dies mit der Begründung, der Erlass einer solchen Gültigkeitsvorschrift liege in der kantonalen Gesetzgebungskompetenz. - Nach der hier vertretenen Auffassung wäre die beurkundungsrechtliche Frage nach der Urkundenentstehung zu stellen gewesen. Zweifellos lag eine entstandene öffentliche Urkunde vor. Es hätte sich die weitere beurkundungsrechtliche Frage angeschlossen, ob die in der Planskizze dargestellte Flächenbestimmung des Kaufrechtsgegenstandes innerhalb oder ausserhalb dieser öffentlichen Urkunde lag, ob also die Planskizze mitbeurkundet¹² war. Dies wäre nach dem in Ziff. 1403 ff. Gesagten zu bejahen gewesen. Die strenger kantonale Vorschriften wären in diesem Punkt als Ordnungsvorschriften, die von Kanton angeordnete Sanktion der Geschäftsungültigkeit als sinnlose und damit willkürliche Gesetzgebung zu betrachten gewesen; das Geschäft

Kantone erlaubt, die privatrechtliche Gültigkeit auswärts beurkundeter Geschäfte in Abhängigkeit vom Beurkundungsort selbständig zu regeln.

Fn 12 - Zum Begriff des Mitbeurkundens von Urkunden-Beilagen vgl. Ziff. 1395.

****S. 426****

hätte demgemäss als gültig qualifiziert werden sollen. - Wurde die Planskizze jedoch, im Sinne des bundesgerichtlichen Resultats und entgegen der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung, als nicht-mitbeurkundet und der Kaufrechtsgegenstand demgemäss nicht in bestimmbarer Weise als öffentlich beurkundet betrachtet, so hätte sich im letzten Argumentationsschritt die materiellrechtliche Ungültigkeit des Geschäftes aus Art. 11 Abs. 2 OR, d.h. ausschliesslich aus einem bundesprivatrechtlichen Grund¹³, ergeben müssen.

6. Ablehnung einer beurkundungsrechtlichen Anfechtbarkeit öffentlicher Urkunden

1496 - *Kantonalrechtliche Vorschriften, welche bei Beurkundungsmängeln gewissen verfahrensbeteiligten Privaten die Befugnis einräumen, entweder das Geschäft anzufechten oder es durch eine Genehmigungserklärung mit sofortiger Wirkung zu heilen, sollten längerfristig aus den betreffenden Erlassen entfernt werden.*

1497 - Erläuterung: Die Unterscheidung zwischen Urkundenentstehung und materiellrechtlicher Gültigkeit des beurkundeten Geschäfts folgt der Betrachtungsweise einzelner Kantone¹⁴. Gemäss dieser klaren und überzeugenden Betrachtungsweise reduziert sich die beurkundungsrechtliche Fragestellung bei Beurkundungsmängeln auf ein Ja/Nein, d.h. auf die Frage, ob eine öffentliche Urkunde entstanden ist oder nicht.

1498 - Einzelne Kantone sehen jedoch in ihren Beurkundungserlassen neben den beiden Rechtsfolgen der Nichtigkeit und der Gültigkeit noch eine mittlere Variante der Anfechtbarkeit oder der Genehmigungsmöglichkeit mangelhaft beurkundeter Geschäfte vor¹⁵. Ein solcher Begriff

Fn 13 - Vgl. die Kritik des Falles bei HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss (1.A. 1988, S. 193; 2.A. 1992 S. 211) N 381; derselbe: in ZBJV 118 (1982) S. 139 ff.; kritisch auch HANS HUBER in ZBGR 62 (1981) S. 55.

Fn 14 - Vgl. BE NG Art. 21 unter dem Titel "Mangel der Urkunde": "Keine öffentliche Urkunde entsteht: wenn ... (a-f)"; FR NG Art. 53: "Die notarielle Urkunde hat nicht den Charakter einer öffentlichen Urkunde: a) falls ..."; VD LN Art. 99: "L'acte notarié n'a pas le caractère d'acte authentique: a) si ...".

Fn 15 - Vgl. etwa BS EGZGB § 233 Abs. 3 mit Bezug auf die Verletzung gewisser Ausstandsvorschriften: "Bei Missachtung dieser Vorschriften kann die Beurkundung durch eine Partei oder ihre Rechtsnachfolger im Klageweg angefochten und vom Gericht nach freiem Ermessen, wenn nicht überwiegende Gründe die Aufrechterhaltung empfehlen, ganz oder teilweise ungültig erklärt werden. Die Klage verjährt mit Ablauf eines Jahres von dem Zeitpunkt an gerechnet, da der Kläger von dem Anfechtungs-

****§. 427****

beurkundungsrechtlicher Anfechtbarkeit schafft Rechtsunsicherheit, ohne dass damit unter dem Gesichtswinkel der Gerechtigkeit oder der Rechtslogik etwas zu gewinnen ist. Er wird in der vorliegenden Arbeit abgelehnt. Beurkundungsmängel sind in erster Linie als Verletzungen öffentlichen Rechts und damit als Verletzungen öffentlicher Interessen zu qualifizieren. Ihre Rechtsfolgen im Einzelfall dem Ermessen von Privaten anheimzustellen, denen die Möglichkeit der Anfechtung - oder der Nicht-Anfechtung und damit der Heilung - des fehlerhaft durchgeführten Beurkundungsverfahrens in die Hand gegeben wird, vermag nicht zu befriedigen.

1499 - Die kantonalrechtlichen Normen, welche bei bestimmten Beurkundungsmängeln die Anfechtung der öffentlichen Urkunde vorsehen, sind wohl durchwegs toter Buchstabe geblieben. Dem Verfasser ist kein publizierter Entscheid bekannt, in welchem ein beurkundetes Geschäft aufgrund kantonalrechtlich kodifizierter Anfechtungsbefugnisse angefochten worden ist. Die übliche Prozesskonstellation ist vielmehr diejenige, dass jene Vertragspartei, welcher das beurkundete Geschäft nachträglich unbequem geworden ist, sich der Erfüllung unter Berufung auf den Beurkundungsmangel widersetzt. Die am Vertrag weiterhin interessierte Partei tritt hierauf in die Klägerrolle, worauf die Gegenpartei als Beklagte den Beurkundungsmangel einwendet. Will eine Partei aus dem Beurkundungsmangel Konsequenzen ziehen, so geschieht dies im Rechtsstreit um die Vertragserfüllung, nicht in einem selbständigen Urkunden-Anfechtungsprozess.

1500 - Hinzu kommt, dass das Institut der kantonalrechtlichen Anfechtbarkeit allemal einer normativ aufwendigen Regelung bedürfte: Form, Frist und Legitimation zur Anfechtung müssten geregelt werden, und zwar wohl für verschiedene Beurkundungsmängel verschieden, und nochmals mit Varianten von Kanton zu Kanton. Angesichts des faktischen Fehlens von Urkunden-Anfechtungsprozessen kann sich im Gebiet der Schweiz aber keine diesbezügliche Gerichtspraxis bilden.

1501 - Richtigerweise sollte deshalb davon ausgegangen werden, dass es neben den bundeszivilrechtlichen, der Parteidisposition unterliegenden Anfechtungsmöglichkeiten (insbesondere gemäss Art. 23 ff. OR) **keine weiteren, kantonal-beurkundungsrechtlichen Anfechtungstatbestände** gibt, sondern dass auf der Ebene des kantonalen Rechts nur die beurkundungsrechtliche Frage des Entstandenseins oder Nichtentstandenseins der öffentlichen Urkunde, im Sinne eines Ja/Nein ohne Mittelbereich der Anfechtbarkeit, geregelt sein kann.

grund Kenntnis erhielt, jedenfalls aber mit dem Ablauf von 10 Jahren seit dem Tage der Beurkundung. Anerkennung des Geschäftes schliesst die Anfechtung aus."

****S. 428****

§ 60 Beurkundungsrechtliche Verfahrens- und Urkundenmängel mit der Rechtsfolge der Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde

1. Vorbemerkung

1502 - Die Rechtsfolgen von Beurkundungsmängeln sind auf vier verschiedenen Ebenen angesiedelt:

1. Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde;
2. zivilrechtliche Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes;
3. disziplinarische Verantwortlichkeit der Urkundsperson;
4. strafrechtliche Verantwortlichkeit der Urkundsperson und der beteiligten Privatpersonen.

1503 - Von diesen vier Ebenen haben die beiden letztgenannten eine disziplinierende Zielrichtung (Durchsetzung der Beurkundungsdisziplin).

1504 - Zivilrechtliche Ungültigkeit sollte dagegen richtigerweise nur dann Platz greifen, wenn der Beurkundungsmangel zur Verletzung oder Gefährdung eines zivilrechtlich schutzwürdiger Interesses, insbesondere des Schutzes vor Unbedacht und vor Parteilichkeit, der Wahrheit, Klarheit oder ähnlicher zivilrechtlich relevanter Belange geführt hat. Die berufliche und amtliche Beurkundungsdisziplin von Urkundspersonen sollte nicht zulasten schutzwürdiger Interessen privater Verfahrensbeteiligter mit der Rechtsfigur der Geschäftsungültigkeit durchgesetzt werden. Die Erziehung von Urkundspersonen zu sorgfältiger und gesetzeskonformer Beurkundung von Testamenten und Verträgen soll so wenig als möglich auf Kosten von (frustrierten) Erben, Vermächtnisnehmern und Vertragsparteien erfolgen. Die Klienten der Urkundsperson sind bei Geschäftsungültigkeit die primär Leidtragenden. Jede richterliche Aufhebung eines öffentlich beurkundeten Geschäftes wegen eines Beurkundungsmangels läuft einem Hauptzweck des Beurkundungswesens (Erhöhung der Rechtssicherheit durch Schaffung gültiger Belege) diametral zuwider, sofern einzelne oder alle der beteiligten Privaten sich aufgrund ihres Beurteilungsvermögens in guten Treuen auf die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes verlassen durften.

1505 - Auch die Mängelfolge der Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde dient nicht der Durchsetzung von Beurkundungsdisziplin. Vielmehr ist sie verknüpft mit der Kompetenzordnung der Behörden-

****S. 429****

organisation einerseits, mit der Institution des öffentlichen Glaubens andererseits. Aus der Kompetenzordnung der Behördenorganisation ergibt sich, dass unzuständige Personen keine öffentlichen Urkunden schaffen können, auch wenn das Produkt ihres Handelns äusserlich wie eine öffentliche Urkunde aussieht. Aus der Institution des öffentlichen Glaubens (Art. 9 ZGB) ergibt sich, dass als öffentliche Urkunden nur solche Dokumente anerkannt werden können, welche nach Form und Inhalt den Anspruch öffentlichen Glaubens erkennen lassen¹⁶; aber auch wenn diese Erkennbarkeit gegeben ist, können Dokumente mit bestimmten gravierenden Mängeln, welche ihre Glaubwürdigkeit ernsthaft in Frage stellen, im Rechtsverkehr von niemandem - weder von den Parteien noch von Ämtern oder von Gerichten - als öffentliche Urkunden anerkannt und behandelt werden.

1506 - Im Interesse der Rechtssicherheit sollten die Gründe für die Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde nach Möglichkeit abschliessend beschrieben werden¹⁷. Der nachstehende Katalog bemüht sich um eine abschliessende Erfassung, wobei eine weitere Konkretisierung und Entwicklung durch Lehre und Rechtsprechung unumgänglich bleibt.

2. Katalog von Gründen für die Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde

1507 - Keine öffentliche Urkunde entsteht:

1. wenn die Beurkundung keinen zulässigen Beurkundungsgegenstand betrifft;

Fn 16 - Die Urkundsperson kann und will nicht für jede ihrer schriftlichen Behauptungen öffentlichen Glauben beanspruchen. Primäres Indiz für einen solchen Anspruch ist die Beisetzung des Siegels neben der Notarunterschrift; weiteres Indiz ist die Verwendung gebräuchlicher Urkunden-Ingresse und Beurkundungsvermerke. - A.M. FRIEDRICH, "Interimstitel" im Hypothekarwesen, ZBGR 52 (1971) S. 1-31 (20): "Was die Rechtsnatur dieser Tatsachenbescheinigungen der Urkundsperson [d.h. der Interimsbescheinigungen] anbetrifft, so sind sie öffentliche Urkunden im Sinne von Art. 9 ZGB; sie haben die verstärkte Beweiskraft. Das gilt auch dort, wo sie nicht in der für notarielle Urkunden vorgeschriebenen äusseren Form (Siegelung und Protokollierung) abgegeben werden; denn als öffentliche Urkunde kann jede schriftliche Äusserung gelten, die von der sachlich und örtlich zuständigen Urkundsperson in der Absicht erfolgt, in amtlicher Eigenschaft eine rechtserhebliche Tatsache festzuhalten." - Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass für die Qualifikation eines Dokumentes als öffentliche Urkunde nicht nur auf die Absicht der Urkundsperson, sondern zudem stets auch auf die äussere Gestalt der Urkunde abzustellen ist.

Fn 17 - Vgl. dieses Postulat für das bernische Recht bei MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 59, N 2 zu Art. 21 NG BE.

****S. 430****

2. wenn die Urkundsperson sachlich unzuständig ist¹⁸;

3. wenn die Urkundsperson ausserhalb der Schranken ihrer örtlichen Zuständigkeit handelt, d.h. wenn sie einzelne oder alle für die Beurkundung notwendigen hoheitlichen Verrichtungen ausserhalb ihres Amtsgebietes durchführt¹⁹;

4. wenn die Urkundsperson in eigenen privaten Belangen²⁰ handelt, d.h. wenn die notwendige Distanz²¹ zwischen privatem Handeln und Beurkundungsfunktion nicht gewahrt ist²²;

5. wenn die Urkundsperson die individuellen Erklärungen von Personen beurkundet, welche dem innersten Kreis verwandtschaftlich nahestehender Personen angehören, nämlich die Erklärungen von Verwandten in gerader Linie, diejenigen von Geschwistern und diejenigen des Ehegatten, oder wenn die Urkundsperson eine Veranstaltung protokolliert, die von einer dieser Personen geleitet wird;

6. wenn die Urkundsperson individuelle Erklärungen beurkundet, deren Abgabe sie nicht in persönlicher Anwesenheit wahrgenommen hat, ferner wenn sie Vorgänge protokolliert, deren Ablauf sie nicht in persönlicher Anwesenheit wahrgenommen hat²³, schliesslich wenn diese persönliche Anwesenheit der Urkundsperson in der Urkunde nicht notariell bezeugt ist²⁴; vorbehalten bleibt der Wechselprotest aufgrund der Wahrnehmungen einer Hilfsperson;

Fn 18 - BE NG Art. 21 lit. a.

Fn 19 - BE NG Art. 21 lit. a; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 73, Anm. 99, unter einem Vorbehalt, welcher in Lehre und Praxis keine Beachtung gefunden hat, dass nämlich die für Grundstücksgeschäfte örtlich allein zuständige Urkundsperson ein solches Geschäft auch ausserhalb des Belegenheitskantons beurkunden können. - Vgl. jedoch die Gesetzesbestimmungen der Kantone TI LN Art. 29 und NE LN Art. 29, im Wortlaut wiedergegeben in der Anmerkung zu Ziff. 701.

Fn 20 - Zum Umfang der privaten Belange vgl. Ziff. 781 ff. - Privates Handeln führte zur Nichtentstehung der Urkunde in einem bernischen Fall, wo der Notar als Bevollmächtigter einer Partei aufgetreten war und in amtlicher Eigenschaft seine eigene private Erklärung beurkundet hatte; vgl. Urteil der JD BE vom 7.10.1991, ZBGR 74 (1993) S. 37-39 und BN 1991 S. 312. Zu Recht wurde festgehalten, dass der Mangel die ganze Urkunde be-

schlug, nicht nur die eigene Willenserklärung der Urkundsperson. Zumindest für die Beurkundung individueller Erklärungen muss dieser Grundsatz allgemein gelten.

Fn 21 - Zu diesem Erfordernis vgl. Ziff. 1630 ff.

Fn 22 - BE NG Art. 21 lit. c.; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 78, N 35 zu Art. 27 NG BE. - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 73, bezeichnet die Verletzung von Ausstandsregeln bei Amtshandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich als einen Nichtigkeitsgrund, macht aber (S. 74) für die öffentliche Beurkundung diesbezüglich einen Vorbehalt.

Fn 23 - Vgl. Ziff. 1879 ff.

Fn 24 - Vgl. hierzu Ziff. 2118.

****§. 431****

7. wenn bei der Beurkundung individueller Erklärungen der Grundsatz der Einheit des Beurkundungsvorgangs verletzt wurde²⁵;

8. wenn individuelle Erklärungen beurkundet oder Vorgänge protokolliert werden, anlässlich derer die Urkundsperson den amtlichen Charakter ihrer Anwesenheit gegenüber den Beteiligten nicht offengelegt hat, d.h. im Falle der Incognito-Beurkundung, ferner wenn die Vornahme notarieller Amtshandlungen durch eine individuell erklärende Person anlässlich der Erklärungsabgabe oder durch die Veranstaltungsleiterin anlässlich der Veranstaltung abgelehnt wird, d.h. im Falle der aufgedrängten Beurkundung;

9. wenn die Identität der Urkundsperson aufgrund der Angaben in der Urkunde nicht eindeutig bestimmbar ist²⁶;

10. wenn die Urkunde in einer oder mehreren Sprachen abgefasst ist, von denen die Urkundsperson keine versteht²⁷;

11. wenn das Datum fehlt²⁸;

12. wenn die Unterschrift der Urkundsperson fehlt²⁹;

13. wenn sich die Urkundsperson bei der Beurkundung einer Falschbeurkundung im Sinne von Art. 317 StGB schuldig gemacht hat³⁰;

Fn 25 - Zur Abgrenzung der für die Urkundenentstehung schädlichen, wesentlichen Unterbrechungen vgl. Ziff. 2054 ff., zu den unschädlichen (geringfügigen) Unterbrechungen Ziff. 2058 ff.

Fn 26 - ND BE Art. 5 Abs. 1 lit. a (als Ordnungsvorschrift); vgl. auch Ziff. 1227 ff.

Fn 27 - Vgl. Ziff. 1281 ff.

Fn 28 - ND BE Art. 5 lit. e erblickt im Erfordernis des Datums eine blosser Ordnungsvorschrift; auch GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 75, erblickt im Fehlen der Datumsangabe keinen Nichtigkeitsgrund. DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (23) möchte das Fehlen des Datums von Bundesrechts wegen als unschädlich betrachten, "i l'acte peut être situé dans le temps [...] par d'autres moyens de preuve".

Fn 29 - BE NG Art. 21 lit. f; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 74.

Fn 30 - Vgl. DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (26); dieser Autor zieht auch die Möglichkeit einer blossen Teilnichtigkeit des beurkundeten Geschäftes in Betracht. - Ähnlich schon GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 76/77. GULDENER unterscheidet allerdings nicht zwischen Nichtenstehung der Urkunde und Geschäftsungültigkeit. - Nach der hier vertretenen Auffassung verhindert die notarielle Falschbeurkundung im Sinne von Art. 317 StGB die Entstehung der Urkunde, wogegen Simulation der Parteien und damit die Straftatbestände der Art. 251 und 253 StGB nur die Geschäftsgültigkeit beschlagen. - Ausserhalb der geltenden Praxis liegt wohl GULDENERS Vorschlag, die Nichtigkeitsfolge nur eintreten zu lassen, wenn das Delikt durch ein

Strafurteil ausgewiesen ist. Die zivilrechtlichen Folgen des Formmangels können mit dem meist schleppenden und von Opportunitätserwägungen nicht völlig freien Gang der überlasteten Strafjustiz nicht verknüpft werden.

****S. 432****

14. wenn die Urkundsperson ein schriftliches Zeugnis in nicht-amtlicher Funktion abgibt oder wenn dieses Zeugnis in einer Gestalt dokumentiert ist, welche nach den Anschauungen des Rechtsverkehrs keinen Anspruch auf öffentlichen Glauben erkennen lässt.

1508 - Erläuterung: Der hier dargestellte Katalog von Nichtentstehungsgründen knüpft an die Regelung in Art. 21 NG BE an, geht über diesen jedoch in einzelnen Punkten hinaus. In anderen Punkten geht er weniger weit.

1509 - Ziffern 1.-3. des Kataloges beschreiben jene Nichtentstehungsgründe, welcher in Art. 21 lit. a NG BE in knapperer Formulierung, inhaltlich jedoch gleichbedeutend, unter dem Begriff der **notariellen Unzuständigkeit** zusammengefasst sind.

1510 - Die Verletzung von Ausstandspflichten soll nach bernischem Recht nur dann die Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde zur Folge haben, "wenn der Notar wegen Selbstbeteiligung ausgeschlossen war" (Art. 21 lit. c NG BE), d.h. wenn er in eigenen privaten Belangen handelt. Dieser Fall ist in Ziff. 4 hievon abgedeckt. Zusätzlich muss Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde auch dann postuliert werden, wenn die Urkundsperson für Personen aus jenem Kreise Nahestehender tätig ist, für welche die Urkundsperson gemäss Art. 503 Abs. 1 ZGB im Falle letztwilliger Geschäfte keine öffentliche Urkunde zu schaffen vermag. Beim Handeln für eine dieser Personen ist ein so relevantes Befangenheitsrisiko anzunehmen, dass der öffentliche Glaube der Urkunde in Frage gestellt ist. Die der bundesrechtlichen Vorschrift zugrundeliegende Wertung muss auch für die Beurkundungen nach kantonalem Verfahrensrecht Geltung haben. Es sollte darin eine bundesrechtliche Mindestanforderung an die öffentliche Beurkundung erblickt werden.

1511 - Eine weitere Entstehungsbedingung ist die **unmittelbare notarielle Wahrnehmung** (genauer: die persönliche Anwesenheit der Urkundsperson anlässlich des relevanten Vorganges) bei gewissen Beurkundungen. Art. 21 lit. d NG BE postuliert Nichtentstehung, "wenn der Notar die beurkundeten Willenserklärungen oder Vorgänge und Zustände nicht selbst wahrgenommen hat". Die Vorschrift geht insofern zu weit, als sie die Überzeugungsbeurkundung auszuschliessen scheint. Nur bei der Beurkundung individueller Erklärungen und bei der Aufnahme notarieller Protokolle ist jedoch die persönliche Anwesenheit der Urkundsperson an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit zwecks Wahrnehmung einer äusseren Realität erforderlich. Nur hier kann die Abwesenheits-Beurkundung als schädlich für die Entstehung der öffentlichen Urkunde gelten. Das Erfordernis unmittelbarer notarieller Wahrnehmung ist demzufolge einzuschränken auf den Beurkundungsvorgang bei der Beurkundung individueller Erklärungen und auf die Protokollaufnahme bei notariellen Proto-

****S. 433****

kollierungen. In diesen beiden Konstellationen ist die unmittelbare notarielle Wahrnehmung Entstehungsbedingung.

1512 - Keine öffentliche Urkunde entsteht, wenn die Urkundsperson **incognito** anwesend war, d.h. ohne Offenlegung ihrer amtlichen Funktion. Das Anstössige einer solchen (kaum jemals vorkommenden) Konstellation liegt nicht vor allem im Fehlen eines gültigen Beurkundungsbegehrens, sondern in der Verheimlichung der amtlichen Funktion. Man denke an eine kontroverse Aktionärsversammlung, welcher die Urkundsperson angeblich als blosser Rechtsberaterin des Vorsitzenden beiwohnt und von welcher sie alsdann ein notarielles Protokoll erstellt; solches müssen sich die übrigen Anwesenden nicht gefallen lassen. Einem derart regelwidrig erstellten Protokoll kann kein öf-

fentlicher Glaube zukommen. Dem Dokument fehlt die Qualität der öffentlichen Urkunde auch dann, wenn die Urkundsperson im Auftrag des Veranstaltungsleiters gehandelt hat.

1513 - Das gleiche gilt für den (theoretisch denkbaren, in der Praxis kaum anzutreffenden) Tatbestand der **aufgedrängten** Beurkundung individueller Erklärungen und der aufgedrängten Protokollierung von Veranstaltungen. Man denke an eine streitige Aktionärsversammlung oder Verwaltungsratssitzung, zu welcher ein Mitglied die Urkundsperson mitbringt und gegen den Protest des Vorsitzenden ankündigt, zur Wahrung ihrer Rechte lasse sie den Sitzungsverlauf notariell protokollieren. - Fehlt es bei der Veranstaltung an einem rechtlich geregelten Vorsitz (wie etwa beim Errichtungsakt der Aktiengesellschaft oder bei Versammlungen von Stockwerkeigentümern oder Unterechtsnehmern ohne gewählten Verwalter), so genügt der Einspruch eines einzigen Anwesenden, um der notariellen Protokollierungstätigkeit den Boden zu entziehen und eine trotzdem angefertigte Urkunde zur nicht-öffentlichen Urkunde zu disqualifizieren.

1514 - Die **Identifikation der Urkundsperson**, d.h. die Erkennbarkeit der verantwortlichen Urkundsperson aus der Urkunde selbst ist Entstehungsbedingung, weil jede öffentliche Urkunde einer bestimmten Urkundsperson als deren Wahrheitszeugnis zurechenbar sein muss. In der Regel kommt der blossen Notarunterschrift eine hinlängliche Identifikationswirkung zu, um die eindeutige Bestimmung der verantwortlichen Urkundsperson zu ermöglichen. Ist die Unterschrift leserlich und charakteristisch, so genügt sie zur Identifikation der Urkundsperson, und es können durch das kantonale Recht richtigerweise keine weiteren Personalangaben als Entstehungsbedingung postuliert werden.

1515 - Da die Notarunterschrift aber unleserlich und uncharakteristisch sein kann, sind das Requisit der notariellen Unterzeichnung und dasjenige der notariellen Identifikation als zwei selbständige Erfordernisse zu qualifizieren.

****S. 434****

1516 - In der vorliegenden Darstellung wird die **Datierung** der öffentlichen Urkunde zu den Entstehungsbedingungen gezählt. In diesem Punkt wird über die Anforderungen von Art. 21 NG BE hinausgegangen³¹. Die Begründung liegt einerseits in der Erwägung, dass das vom Bundesgesetzgeber in Art. 500 Abs. 3 ZGB aufgestellte Requisit der Datierung von allgemeiner Tragweite ist und richtigerweise auch für die kantonalen Verfahren Geltung haben muss, andererseits im Umstand, dass eine öffentliche Beurkundung nur als historisch fixierter Akt denkbar ist. Während der Mathematiker seine Formeln als abstrakte Wahrheit ohne historischen Bezug formulieren kann, spielt der Zeitpunkt der Entstehung bei der öffentlichen Urkunde eine fundamentale Rolle. Die öffentliche Urkunde ist nicht überzeitliche Wahrheit, sondern sie ist die zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgte Erklärung der Urkundsperson und allenfalls weiterer Personen. Die öffentliche Urkunde belegt nicht nur, **dass** etwas erklärt wurde, sondern sie hat auch zu belegen, dass es von bestimmten Personen - mindestens von der Urkundsperson - **zu einem bestimmten Zeitpunkt erklärt** wurde. - Im Falle der vorhandenen, aber **unrichtigen Datierung** (Fehldatierung) sind die Rechtsfolgen differenziert zu beurteilen. Irrtümliche (fahrlässige) Fehldatierung sollte die Entstehung der öffentlichen Urkunde nicht verhindern. Hier gilt der Grundsatz "in favorem instrumenti". Unbemerkte Fehldatierungen kommen namentlich vor, wenn der Urkundenentwurf mit Datum ausgedruckt und nachher der Unterzeichnungstermin verschoben wird. Solche Fehler dürfen nicht mit der gravierenden Rechtsfolge der Urkunden-Nichtentstehung sanktioniert werden. - **Vorsätzliche** Fehldatierung erfüllt dagegen den Tatbestand von Art. 317 StGB und ist für die Entstehung der öffentlichen Urkunde demgemäss schädlich. Bei vorsätzlicher Fehldatierung dürfte meist auch ein unredlicher Zweck seitens der Klientschaft vorliegen, wie namentlich "Schieben" des Datums mit der Absicht einer Steuerersparnis. Die Sanktion der Urkunden-Nichtentstehung trifft in solchen Fällen eine mitschuldige Klientschaft.

1517 - Das Requisit der **Notarunterschrift** entspricht Art. 21 lit. f NG BE³².

1518 - Die **Urkundenfälschung und die Falschbeurkundung gemäss Art. 317 StGB** entzieht der Urkunde den öffentlichen Glauben insgesamt, auch wenn sich die Unwahrheit nicht auf den Inhalt des Geschäftes, sondern nur auf die Angaben über den Ablauf des Beurkundungs-

Fn 31 - ND BE Art. 5 lit. e verlangt die Datierung nur als Ordnungsvorschrift. - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 143, äussert sich strenger als das bernische Gesetz: "Die Orts- und Zeitangabe ist ein notwendiger Bestandteil der Beurkundung. Mindestens die Angabe der Gemeinde und des Datums sind Gültigkeitsvorschriften." - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 75, erblickt im Fehlen der Datumsangabe keinen Nichtigkeitsgrund.

Fn 32 - Zur Unabdingbarkeit der Notarunterschrift vgl. auch Ziff. 81.

****S. 435****

vorgangs oder unwesentliche Äusserlichkeiten³³ bezieht. Steht beispielsweise fest, dass die Urkundsperson wahrheitswidrig die Anwesenheit von Personen protokolliert hat, die nicht vor ihr erschienen sind, so geht dem Dokument der Charakter der öffentlichen Urkunde insgesamt ab. In Abwandlung einer bekannten Parömie kann gesagt werden: "Semel mendax semper mendax" oder zu Deutsch: "Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht ...". Wenn die Urkundsperson innerhalb einer Urkunde an einer Stelle nachweislich gelogen hat, so muss der öffentliche Glaube der betreffenden Urkunde insgesamt als zerstört gelten.

§ 61 Beurkundungsrechtliche Verfahrens- und Urkundenmängel mit der Rechtsfolge der Formungültigkeit des beurkundeten Geschäftes bzw. der mangelnden Belegwirkung einer Sachbeurkundung

1. Verfahrensmängel

a) Unterbliebene Lesung individueller Erklärungen

1519 - *Erklärt eine erschienene Person vor der Urkundsperson ausdrücklich oder konkludent, dass sie den Inhalt eines vorliegenden Textes genehmige und ihm durch ihre Unterschriftsleistung Rechtsverbindlichkeit verleihe, ohne dass der Text in Anwesenheit der Urkundsperson (nochmals) gelesen wird, so bewirkt die wahrheitsgemässe notarielle Protokollierung des Vorganges die Entstehung*

Fn 33 - In BGE 99 II 159 hat das Bundesgericht anders entschieden. § 7 EGZGB AG verlangte, dass Stellvertreter bei Grundstücksgeschäften eine beglaubigte Vollmacht vorzuweisen hätten. In casu fehlte die Beglaubigung. Die aargauische Urkundsperson beging mit dem urkundlichen Angabe "laut beglaubigter Vollmacht" unzweifelhaft eine Falschbeurkundung, ungeachtet der tatsächlichen Echtheit der Vollmacht und ihrer anschliessend noch nachgereichten Beglaubigung. Das Bundesgericht unterstrich zwar zutreffend, dass es auf das Vorhandensein der Beglaubigung nicht ankommen konnte, trat auf den Tatbestand der Falschbeurkundung aber nicht näher ein und qualifizierte das Geschäft als gültig.

****S. 436****

eines notariellen Protokolls; hingegen liegt keine Erklärungsbeurkundung vor. Verlangt das Bundesrecht für das betreffende Geschäft die Form der notariellen Erklärungsbeurkundung (Beurkundung individueller Erklärungen), so ist durch die blosse Protokollierung im dargestellten Sinne das Formerfordernis nicht erfüllt, das Geschäft also nicht gültig beurkundet³⁴.

1520 - **Erläuterung:** Gemäss Art. 21 lit. e NG BE soll für die Entstehung der öffentlichen Urkunde schädlich sein, "wenn die Urkundsparteien [d.h. die Erschienenen] nicht in der vorgeschriebenen Weise Kenntnis vom Inhalt der Urkunde erhalten oder ihre Zustimmung nicht in der vorgeschriebe-

nen Form erteilt haben," d.h. wenn es bei der Beurkundung individueller Erklärungen u.a. an der vom einschlägigen Verfahrensrecht verlangten Lesung fehlt.

1521 - In der vorliegenden Darstellung wird dieser Beurkundungsmangel differenziert betrachtet. Fehlt es an der Anwesenheit der Urkundsperson während der Lesung und Unterzeichnung, so entsteht keine öffentliche Urkunde³⁵. Dies ist der im vorherigen Paragraphen unter Nr. 6 behandelte Fall.

1522 - Sind Urkundsperson und Urkundenunterzeichner gemeinsam an einem Ort anwesend, spielt sich der massgebliche Vorgang aber so ab, dass die Erschienenen lediglich bestätigen, den Inhalt der Urkunde zu kennen und zu wollen, oder dass sie ihre bereits früher beigesetzte Unterschrift als die ihrige anerkennen, so kann eine öffentliche Urkunde mit der Qualität eines Protokolls zustande kommen, wenn nämlich die Urkundsperson den wirklichen Ablauf wahrheitsgemäss in der Urkunde bezeugt. Eine solche Urkunde hat aber nicht den Charakter der Erklärungsbeurkundung. Ist das Geschäft eine von Gesetzes wegen beurkundungsbedürftige individuelle Erklärung, so ist das Formerfordernis nicht erfüllt. Das Geschäft ist in einem solchen Falle nicht gültig beurkundet.

1523 - Zum Fall der stillen Selbstlesung anstelle der vorgeschriebenen notariellen Vorlesung vgl. Ziff. 1563.

Fn 34 - Vgl. solche Fälle in den beiden unpublizierten BGE vom 16.1.1991 in Sachen X/Z und vom 26.1.1981 in Sachen Banque R. gegen L. und Cons. (je I. Zivilkammer), beide in bezug auf Bürgschaftsurkunden waadtländischer Notare, wobei im Entscheid von 1991 der Hauptteil der Bürgenerklärung in einem Formular enthalten war, auf welches die notarielle Urkunde verwies, ohne dass das Formular vor der Urkundsperson gelesen wurde. Im Entscheid von 1981 lag eine Bürgschaftsurkunde vor, in welcher die tatsächlich erfolgte Lesung notariell nicht bezeugt war. In beiden Fällen bestätigte das Bundesgericht die kantonalen Urteile, welche die Ungültigkeit der beurkundeten Geschäfte angenommen hatten (in casibus aufgrund von VD LN Art. 72 Abs. 2 ["Le notaire lit l'acte aux parties ..."] und Abs. 4 ["Ces opérations ... sont mentionnées dans l'acte"] und Art. 99, wonach keine öffentliche Urkunde zustande kommt, wenn die erwähnten Vorschriften verletzt sind).

Fn 35 - Vgl. einen solchen Fall im Urteil des KG GR vom 16.12.1965, PKG 1965 5 S. 17-19; die nicht vor der Urkundsperson unterzeichnete Urkunde konnte nicht zu einem gültigen Kaufvertrag führen.

****S. 437****

b) Fehlende Unterzeichnung seitens unterzeichnungsfähiger Erschienenener

1524 - *Unterlässt eine unterzeichnungsfähige³⁶ Person die Unterzeichnung ihrer individuellen, in der Urkunde schriftlich enthaltenen Erklärung während des Beurkundungsvorganges, so fehlt es an der rechtswirksamen urkundlichen Erklärungsabgabe dieser Person und damit an der Beurkundung ihrer Willensäusserung³⁷.*

1525 - *Die Unterzeichnung vor Beginn oder nach Abschluss des Beurkundungsvorganges genügt dem Erfordernis der öffentlichen Beurkundung nicht.*

1526 - *Vorbehalten bleibt die gemäss Art. 502 Abs. 1 ZGB als rechtswirksam geltende unterschriftslose Erklärungsabgabe des unterzeichnungsfähigen Testators, sofern die dort vorgesehenen Zeugenerfordernisse eingehalten sind.*

1527 - **Erläuterung:** Wann immer eine Person trotz vorhandener Unterzeichnungsfähigkeit nicht unterschreibt, ist zu vermuten, dass sie nicht unterschreiben **wollte** - und damit, dass sie das Geschäft nicht in Kraft setzen wollte. Diese Vermutung gehört dem materiellen Privatrecht, nicht dem Beurkundungsrecht an. Die Unterschriften der Erschienenen unter öffentlich beurkundeten individuellen Erklärungen sind demgemäss nicht als beurkundungsrechtliche Bedingungen für die Entstehung der öffentlichen Urkunde, sondern als zivilrechtliche Gültigkeitserfordernisse für das beurkundete Geschäft zu qualifizieren.

1528 - Wird während des Beurkundungsvorgangs ein klientenseitig bereits vorgängig unterzeichneter Text bloss nochmals gelesen und mündlich genehmigt, so fehlt dem Verfahren die Beurkundungswirkung bezüglich der betreffenden Parteierklärung. Denn die Urkundsperson vermag in diesem Falle die erforderliche unmittelbare Abfolge der bewusstmachenden Lesung und Unterzeichnung nicht aus eigener Wahrnehmung zu bezeugen.

1529 - Wird während des Beurkundungsvorgangs die Beisetzung einer privaten Unterschrift vergessen, so führt das Erfordernis der Einheit des Aktes zur Unwirksamkeit einer allfälligen nachträglichen Beisetzung.

Fn 36 - Zur Unterscheidung der Schreibfähigkeit im Sinne natürlichen Könnens und der Unterzeichnungsfähigkeit im Sinne rechtlichen Vermögens vgl. Ziff. 2008 ff.

Fn 37 - BE NG Art. 21 lit. e und MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 61, N 9 zu Art. 21 qualifizieren die Unterschriftsleistung unterzeichnungsfähiger Personen als Bedingung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde. Dabei wird übersehen, dass ohne private Unterschriftsleistung zumindest eine notarielle Protokollierung der mündlichen Erklärungsabgabe zustandekommen kann. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 74, bezeichnet jede Beurkundung individueller Erklärungen unterzeichnungsfähiger Personen als nichtig, wenn die Unterschrift der erklärenden Person fehlt; dieser Autor macht, im Gegensatz zum bernischen NG von 1982, noch keinen Unterschied zwischen Nichtentstehung der Urkunde und Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes.

****S. 438****

zung dieser Unterschrift. Dies gilt auch dann, wenn die Urkundsperson bei diesem Vorgang nochmals anwesend ist und einer nochmaligen Urkundenlesung der Klientin beiwohnt. Die nachträgliche Unterzeichnung durch eine von mehreren Parteien hat nur dann Beurkundungswirkung, wenn dies im Verfahren der Sukzessivbeurkundung erfolgt und wenn der Beurkundungsvermerk nicht den Anschein gleichzeitiger Lesung und Unterzeichnung der Urkunde durch sämtliche Unterzeichner erweckt.

c) Verletzung von Vorschriften über die Mitwirkung von Beurkundungszeugen

1530 - *Wird ein letztwilliges Geschäft unter Verletzung der bundesrechtlich vorgeschriebenen Zeugenerfordernisse beurkundet, so ist materiellrechtliche Ungültigkeit des Geschäftes die Folge.*

1531 - *Werden kantonale Zeugenerfordernisse bei der Beurkundung individueller Erklärungen kommunikationsbehinderter Personen verletzt, so sollte diese Vorschriftswidrigkeit, ungeachtet anderweitiger kantonaler Anordnung, weder dem Entstehen der öffentlichen Urkunde noch der materiellrechtlichen Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes im Wege stehen.*

1532 - Erläuterung: Da beim Fehlen der in den Art. 501 und 502 ZGB vorgeschriebenen Zeugen oder beim Fehlen ihrer Zeugentauglichkeit die letztwillige Verfügung nach einhelliger Auffassung nicht gültig beurkundet ist, da andererseits die Erklärung des Erblassers trotzdem zutreffend protokolliert sein mag, muss die Rechtsfolge fehlender Zeugen auf der Ebene der materiellrechtlichen Geschäftsgültigkeit, nicht auf der Ebene der Urkundenentstehung gesucht werden.

1533 - Die kantonale rechtlichen Vorschriften für den Beizug von Zeugen bei Kommunikationsbehinderungen einzelner Erschienenen sind derart uneinheitlich, wobei mehrere Kantone für diese Fälle vom Erfordernis von Zeugen (oder von demjenigen des Beizugs einer zweiten Urkundsperson überhaupt absehen), dass aus der Verletzung solcher Erfordernisse im Interesse der interkantonalen Rechtsharmonisierung und der Rechtssicherheit richtigerweise keine Ungültigkeitsfolgen für das beurkundete Geschäft abgeleitet werden, und zwar auch dann nicht, wenn der betreffende kantonale Erlass gemäss seinem Wortlaut die Verletzung der Vorschrift mit Nichtigkeit des Geschäftes sanktionieren möchte. Vgl. zu der hier vorgeschlagenen Beschränkung der kantonalen Normierungskompetenz Ziff. 30 ff.

****S. 439****

2. Mängel bezüglich des Inhalts und der Gestalt der Urkunde

a) Fehlende Identifikation oder unrichtige Angabe der Erschienenen, des Veranstalters (bei Protokollierungen) und jener Personen, welche unter beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht Erklärungen zu Protokoll abgeben

1534 - *Die öffentliche Beurkundung einer individuellen Erklärung umfasst das doppelte notarielle Zeugnis, (a) dass die Erklärung mit einem bestimmten Inhalt vor der Urkundsperson abgegeben wurde und (b) von wem sie abgegeben wurde. Das zweitgenannte Zeugnis darf in der Urkunde nicht fehlen. Es muss wahr sein.*

1535 - *Die notarielle Protokollierung verbandsrechtlich geregelter Veranstaltungen umfasst das doppelte notarielle Zeugnis, (a) dass die Veranstaltung zu einem bestimmten Zeitpunkt mit einem bestimmten, rechtserheblichen Ablauf stattgefunden hat und (b) welchem Verband bzw. welchem Veranstalter die Veranstaltung zuzurechnen ist. Das zweitgenannte Zeugnis darf in der Urkunde nicht fehlen.*

1536 - *Bei Protokollierungen muss zudem die Identität jener Personen notariell bezeugt sein, die rechtserhebliche Erklärungen unter beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht abgeben. Solche Erklärungen sind diejenigen über den Verfahrensverlauf, ferner die unterschriftsbedürftigen Protokollerklärungen.*

1537 - Erläuterung: Bei **individuellen Erklärungen** ist ohne die zutreffende notarielle Bezeugung der Erklärungs-Autorschaft die betreffende Erklärung zwar als anonym gesprochenes Wort notariell protokolliert, nicht aber öffentlich beurkundet³⁸ im Sinne der Definition der

Fn 38 - Vgl. Urteil des KG GR vom 1.7.1985, PKG 1985 Nr. 6, S. 24-33 (27): "Von Bundesrechts wegen muss verlangt werden, dass die Urkundsperson in der von ihr zu errichtenden Urkunde alle Tatsachen und Willenserklärungen feststellt, die für das in Frage stehende Rechtsgeschäft wesentlich sind. Dazu gehört auch die einwandfreie Bezeichnung der Parteien, ..., folglich auch die Angabe des Vertretungsverhältnisses, wenn eine Partei sich durch einen Dritten vertreten lässt" (unter Verweis auf BGE 45 II 565 und BGE vom 4.7.1972 i.S. Holderbank/Nägeli, ZBGR 54 (1973) S. 369). - Es handelte sich insofern um ein obiter dictum, als die Urkundsperson in casu wahrheitswidrig und offensichtlich vorsätzlich das Erscheinen (nicht erschienener Personen) und zudem falsche Personalien bezeugt und sich dadurch der Falschbeurkundung gemäss Art. 317 StGB schuldig gemacht hatte, was a priori das Entstehen der öffentlichen Urkunde, nicht bloss die Ungültigkeit der Erklärungsbeurkundung verhindern musste. - DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grosven, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (23)

****S. 440****

Erklärungsbeurkundung von Ziff. 81³⁹. Die Bedeutung der öffentlichen Beurkundung wird verkannt, wenn die unzutreffende Nennung einer zu Urkund erklärenden Person als unschädliche Nebensache qualifiziert wird, solange sich aus den gesamten Umständen ergibt, wer aus der Erklärung berechtigt und verpflichtet werden sollte⁴⁰. Bei solcher Betrachtungsweise würde in letzter Konsequenz der ganze Urkundentext und der Beurkundungsvorgang aus dem Formzwang entlassen, solange nur irgendwie bewiesen werden könnte, wer die Parteien und ihre Stellvertreter waren, dass sie den Vertrag wirklich gewollt haben und durch die Urkundsperson vor Unbedacht geschützt gewesen sind. Die Einhaltung des Formzwangs lässt sich nicht trennen vom konkreten Urkundentext, seiner inhaltlichen Wahrheit und seiner richtigen Lesung im Beurkundungsvorgang.

1538 - Bleibt bei der **Protokollierung einer Veranstaltung** unbezeugt, welchem Verband die Veranstaltung zuzurechnen ist, so mag zwar ein notarielles Protokoll über einen äusseren Vorgang und, mit diesem beschränkten Inhalt, eine öffentliche Urkunde entstehen, nicht aber ein Beleg, welcher

bezüglich der rechtlichen Zurechnung der Veranstaltung zum betreffenden Verband eine Aussage mit öffentlichem Glauben macht. Die Veranstaltung wäre in einem solchen Falle nicht als eine solche des betreffenden Verbandes notariell protokolliert. Aus diesem Grund muss die Identität des Klienten (des Veranstalters) aus der Urkunde nicht nur als private Behauptung eines Veranstaltungsteilnehmers ersichtlich, sondern sie muss notariell bezeugt sein.

verkennt die Bedeutung der zutreffenden Identifikation der erklärenden Personen, wenn er sie nur mit der "individualisation de l'acte authentique" in Verbindung bringt. Die notarielle Bezeugung der Erklärungs-Autorschaft hat auch, aber nicht primär mit der Individualisierung der Urkunde zu tun.

Fn 39 - CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 104, bezeichnet die Angabe von Vor- und Familiennamen sämtlicher Komparenten (d.h. der Erschienenen gemäss der in der vorliegenden Arbeit verwendeten Terminologie, was die Sachbeteiligten, deren allfällige Vertreter, ferner die Zeugen und Dolmetscher umfasst), als wesentlich, unter Verweis auf ausdrücklich kodifizierte derartige Erfordernisse in 14 Kantonen. Nach der hier vertretenen Auffassung muss die Erklärungsautorschaft auch ohne ausdrückliche kantonale Vorschrift notariell bezeugt sein, damit die Erklärung als öffentlich beurkundet gelten kann.

Fn 40 - Vgl. diese Auffassung bei WIEGAND/BRUNNER, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 1-12 (S. 6); diese Autoren nehmen an, dass selbst dann, wenn der Mangel der unrichtigen Personenbezeichnung vor der Grundbucheintragung entdeckt würde, die vertragliche Bindung der Parteien bestünde. Sie substituieren dabei die vom Bundesgericht in BGE 112 II 330 (Parsonzer-Entscheid) gegebene Begründung, wo die urkundliche Nennung des angeblich erschienenen Stellvertreters A. (anstelle des wirklich erschienenen Stellvertreters B.) der verkaufenden Migros-Genossenschaft zur grundsätzlichen Annahme der Nichtigkeit geführt hatte, die Rückabwicklung der vertragsreug gewordenen Käuferin aber wegen Rechtsmissbrauchs nicht gewährt wurde.

****§. 441****

1539 - Sodann muss die Erklärungs-Autorschaft notariell bezeugt sein für jene Protokollerklärungen, welche durch Veranstaltungsteilnehmer - in der Regel durch den Veranstaltungsleiter - zum Verfahren gemacht werden, wie Erklärungen über die Rechtzeitigkeit des Einladungsversands, die Anzahl der anwesenden Personen und der vertretenen Stimmen, das Erreichen des Beschlussquorums, die Ergebnisse der Abstimmungen. Wird bezüglich solcher Belange auf die Bezeugung eigener Wahrnehmungen der Urkundsperson verzichtet und stattdessen die blosser Erklärung einer Privatperson als genügend akzeptiert, so kann der Protokollierung dieser Erklärung die Belegwirkung des öffentlichen Glaubens nur zukommen, wenn die Urkundsperson aufgrund ihrer eigenen Identitätsermittlung in der Urkunde bezeugt, wer die betreffende Erklärung abgegeben hat.

1540 - Das gleiche gilt für jene unterschriftsbedürftigen Protokollerklärungen, deren notarielle Protokollierung gesetzlich vorgeschrieben ist, d.h. beispielsweise für die Zustimmungserklärung des gesetzlichen Vertreters zum Ehevertragsschluss einer unmündigen oder entmündigten Person gemäss Art. 184 ZGB und für die Zeichnungserklärungen der Gründer der Aktiengesellschaft gemäss Art. 629 OR.

1541 - Die Begründung für die materiellrechtliche Schädlichkeit des fehlenden notariellen Identitätszeugnisses im Protokoll liegt darin, dass die unter Wahrheitspflicht zu Protokoll erklärenden Personen nur dann bei dieser Pflicht behaftet werden können, wenn sie sich mit ihrer wirklichen Identität zu erkennen geben. Weigert sich eine solche Person, ihre Identität gegenüber der Urkundsperson offenzulegen und sich auszuweisen, so liegt darin mindestens faktisch ein Versuch, sich der Wahrheitspflicht und den Sanktionen ihrer Verletzung zu entziehen. In einem solchen Falle kann die Protokollerklärung der betreffenden Person keine Beweiskraft haben. Eine allfällige Protokollierung der Erklärung bleibt rechtlich wirkungslos, weil sie nur die Tatsache der anonymen Erklärungsabgabe belegt, nicht aber den einer wahrheitspflichtigen Person zurechenbaren Erklärungsinhalt.

1542 - Unschädlich ist es, wenn eine zu Urkund oder unter Wahrheitspflicht zu Protokoll erklärende Person ihre Identität gegenüber der Urkundsperson erst nachträglich nachweist, indem sie bei-

spielsweise ein vergessenes Ausweispapier erst nach dem Beurkundungsvorgang oder nach der protokollierten Veranstaltung präsentiert. Bezeugt die Urkundsperson die Identität der betreffenden Person in einem Nachtrag, der mit der ersten Urkunde urkundenmässig verbunden ist, so belegt die Urkunde als ganze die Zurechnung der Erklärungen zu der wahrheitspflichtigen Person rechtsgenügend, und zwar auch dann, wenn der notarielle Nachtrag ein späteres Datum als die erste Beurkundung trägt.

****S. 442****

b) Unklarheit betreffend der Eigenschaft einzelner Erschienenener als Sachbeteiligte, Vertreter, Dolmetscher oder Zeugen

1543 - Für alle in der öffentlichen Urkunde genannten Sachbeteiligten muss deren Sachbeteiligten-Eigenschaft, für die Stellvertreter die Vertreter-Eigenschaft, für die Dolmetscher die Dolmetscher-Eigenschaft und für die Beurkundungszeugen die Zeugen-Eigenschaft klar und zutreffend aus der Urkunde hervorgehen.

1544 - Erläuterung: Bei den Dolmetschern und den Beurkundungszeugen wird deren verfahrensrechtliche Eigenschaft durch die Urkundsperson aufgrund eigener Wahrnehmung bezeugt. Die Vertreter-Eigenschaft Bevollmächtigter kann häufig von der Urkundsperson nicht mit öffentlichem Glauben bezeugt werden, sondern ergibt sich aus den vorgelegten Dokumenten, insbesondere aus Vollmachten. Die Sachbeteiligten-Eigenschaft abwesender Personen kann von der Urkundsperson in der Regel nicht kontrolliert werden. Sie ergibt sich meist aus der Unterschriftsbeglaubigung auf der Vollmacht oder aus dem Handelsregisterauszug, sofern eine sachbeteiligte Person im Handelsregister eingetragen ist. Andernfalls geht ihre Existenz und ihre Sachbeteiligte Eigenschaft als unkontrollierte und unkontrollierbare Behauptung des anwesenden Vertreters in die Urkunde ein.

1545 - Werden in der Urkunde sachbeteiligte Personen als Stellvertreter bezeichnet oder ist das Umgekehrte der Fall, so liegt entweder eine der Urkundsperson zur Last fallende Falschbeurkundung gemäss Art. 317 StGB vor (was der Urkunde den öffentlichen Glauben insgesamt entzieht)⁴¹, oder es liegt ein Schwindel auf privater Seite vor, was den Erklärungen der betreffenden Privatperson die Glaubhaftigkeit und damit die Rechtswirksamkeit entzieht (vgl. hierzu die folgende Ziffer), oder es liegt ein fahrlässiger Irrtum der Verfahrensbeteiligten vor. Im letzten Falle sollte wegen des Grundsatzes "in favorem negotii" die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes angenommen werden können, wenn die wirklichen Verhältnisse durch Umstände ausserhalb der Urkunde zweifelsfrei beweisbar sind.

c) Unwahre Erklärungen der Erschienenen

1546 - Täuscht eine erschienene Person die Urkundsperson über die eigene Identität (Identitätsschwindel) oder handelt sie als falsche Stellvertreterin aufgrund

Fn 41 - Vgl. die Annahme der Nichtigkeit wegen unrichtiger Angabe eines Stellvertreters in BGE 112 II 330 i.S. Migros-Genossenschaft/Frau N.

****S. 443****

einer gefälschten Vollmacht⁴², so entfällt die Glaubhaftigkeit und damit die rechtsgestaltende Belegwirkung für sämtliche von dieser Person in der Urkunde gemachten Erklärungen. Verletzt eine zu Urkund erklärende Person ihre Wahrheitspflicht, so geht den unwahr beurkundeten Erklärungen der öffentliche Glaube und damit die Rechtsgestaltungs- und Belegwirkung ab.

1547 - Erläuterung: Keine Entstehungsbedingung für die öffentliche Urkunde kann sein, dass die privaten Verfahrensbeteiligten ihre individuellen Erklärungen wahrheitsgemäss abgeben. Auch bei

Simulation des Kaufpreises entsteht eine öffentliche Urkunde; wird der Mangel entdeckt, so erweist sich ein beurkundungsbedürftiger, wesentlicher Vertragsbestandteil als nicht-beurkundet, womit die materiellrechtliche Gültigkeit des Geschäftes entfällt.

d) Wesentliche inhaltliche Lücken (Verletzung des Formzwangs)

1548 - Fehlen bei der Beurkundung beurkundungsbedürftiger Verträge objektiv oder subjektiv wesentliche Absprachen im Urkundentext, so ist Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes die Folge.

1549 - Fehlen bei der Protokollierung beurkundungsbedürftiger Veranstaltungen urkundliche Angaben über die für die Rechtswirkung der protokollierten Handlungen und Beschlüsse wesentlichen Voraussetzungen oder sind die Beschlüsse unvollständig, unklar oder überhaupt nicht protokolliert, so kommt dem Protokoll keine genügende Belegwirkung zu. Das Geschäft ist ungenügend belegt.

1550 - Erläuterung: Geschäftsungültigkeit wegen inhaltlich lückenhafter Beurkundung kommt praktisch nur beim Grundstückskauf vor. Bezüglich des Umfangs des Formzwangs bei diesem Vertragstyp vgl. Ziff. 2500 ff.

1551 - Bei Protokollierungen gehört das Datum der Veranstaltung zu den allemal beurkundungsbedürftigen Tatsachen. Bei den aktienrechtlichen Protokollierungen sind die Feststellungen über den rechtzeitigen Einladungsversand (sofern nicht eine Universalversammlung vorliegt), ferner über die Zahl der Anwesenden, schliesslich das Vorliegen der im Gesetz für den betreffenden Vorgang vorgeschriebenen Dokumente protokollierungsbedürftig.

Fn 42 - Vom Vollmachtenschwindel zu unterscheiden ist das wahrheitsgemäss offengelegte vollmachtslose Handeln als Geschäftsführer ohne Auftrag, d.h. das im Hinblick auf spätere Genehmigung durch den momentan nicht erreichbaren Prinzipal abgeschlossene Geschäft.

****§. 444****

e) Fehlende Unterschriften unterzeichnungsfähiger Personen

1552 - Fehlen unter den individuellen Erklärungen die Unterschriften der erklärenden Personen und waren diese Personen unterzeichnungsfähig, so sind ihre Erklärungen nicht gültig beurkundet. Das gleiche gilt bei unterschriftsbedürftigen Protokollerklärungen.

1553 - Vorbehalten bleibt die gemäss Art. 502 Abs. 1 ZGB als rechtswirksam geltende unterschriftslose Erklärungsabgabe des unterzeichnungsfähigen Testators, sofern die dort vorgesehenen Zeugenerfordernisse eingehalten sind.

1554 - Erläuterung: Es kann auf das vorn, Ziff. 1524 ff. Gesagte verwiesen werden.

3. Exkurs: Materiellrechtliche Mängel des Geschäftes, welche nicht notwendigerweise auf Beurkundungsmängel zurückgehen

1555 - Zu den materiellrechtlichen Mängeln des beurkundeten Geschäftes, nicht zu den Urkunden-Nichtigkeitsgründen, zählen Tatbestände wie fehlende Urteilsfähigkeit, fehlende Handlungsfähigkeit einer mitwirkenden Person, Willensmängel; Widerrechtlichkeit, Unsittlichkeit oder Unmöglichkeit des beurkundeten Geschäftes⁴³. Solche Mängel können die Ungültigkeit des Geschäftes zur Folge haben, ohne dass eine notarielle Pflichtwidrigkeit oder ein beurkundungsrechtlicher Verfahrensmangel vorliegt. Das rechtmässig durchgeführte Beurkundungsverfahren erhöht zwar die Wahrscheinlichkeit der Geschäftsgültigkeit, aber sie gewährt diese nicht mit letzter Sicherheit⁴⁴.

Fn 43 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 77.

Fn 44 - Insofern bedarf die Aussage von MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 13, der Präzisierung, wonach die sorgfältige Beachtung der Vorschriften des Notariatsprozesses eine formell gültige öffentliche Urkunde gewährleistet: Gewährleistet ist lediglich die Entstehung der öffentlichen Urkunde, nicht die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes.

****S. 445****

§ 62 Beurkundungsrechtliche Verfahrens- und Urkundenmängel ohne Auswirkungen auf Entstehung der öffentliche Urkunde und auf die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes

1. Fehlendes oder urkundlich nicht erwähntes Beurkundungsbegehren

1556 - Der im bernischen NG genannte Nichtentstehungsgrund des fehlenden Beurkundungsbegehrens⁴⁵ bedarf nach der hier vertretenen Auffassung der Einschränkung. Soweit die genannte Vorschrift die Incognito-Beurkundung und die aufgedrängte Beurkundung ausschliesst, ist sie von allgemeiner Tragweite⁴⁶. Im übrigen kann das Vorliegen eines Beurkundungsbegehrens nicht zu den Entstehungsbedingungen der öffentlichen Urkunde gezählt werden⁴⁷. Die Formlosigkeit des Parteianstosses (insbesondere in Kantonen mit freiberuflichem Anwalts-Notariat, wo Sachbeurkundungen wie Unterschrifts- und Kopienbeglaubigungen zuweilen im Rahmen anwaltlicher Betreuung ohne Rücksprache mit der Klientschaft vorgenommen werden), die begriffliche Konturlosigkeit des Beurkundungsbegehrens, die fehlende Praxis zu Rechtsfolgen eines unvollständigen, eines von der Urkundsperson missverstandenen, eines irrtümlich oder von einer unzuständigen Person gestellten Beurkundungsbegehrens⁴⁸ - dies alles schliesst es aus, dem Vorhandensein eines (gültigen) Beurkundungsbegehrens eine derart entscheidende Rechtswirkung zuzuerkennen. Wird aber

Fn 45 - BE NG Art. 21 lit. b: "Keine öffentliche Urkunde entsteht, ... wenn der Notar ohne Auftrag eine Urkunde errichtet hat."

Fn 46 - Vgl. hierzu oben, Ziff. 1512 ff.

Fn 47 - Vgl. BE NG Art. 21 lit. b; diese Vorschrift entspringt einer Überbewertung des Beurkundungsbegehrens. In der vorliegenden Arbeit wird gezeigt, dass die Beurkundungstätigkeit häufig ohne formelles Beurkundungsbegehren beginnt. Das Beurkundungsbegehren ist, im Gegensatz etwa zur zivilprozessualen Klageeinreichung, kein verfahrensrechtlich klar definierter Vorgang.

Fn 48 - Der Fall einer Urkunde, die mangels Beurkundungsbegehrens nicht den Charakter der öffentlichen Urkunde hat, dürfte in der schweizerischen Gerichtspraxis noch nie zu einem Entscheid Anlass gegeben haben.

Fn 49 - Bezeichnenderweise verlangt auch das bernische Recht kein **gültiges** bzw. mängelfreies Beurkundungsbegehren: irgendeines genügt. Es braucht insbesondere nicht von

****S. 446****

auf das Requisit der Gültigkeit des Beurkundungsbegehrens verzichtet⁴⁹, so ist auf das Requisit des Beurkundungsbegehrens im Katalog der Urkunden-Entstehungsbedingungen überhaupt zu verzichten. Der Ausschluss von Incognito- und von aufgedrängten Beurkundungen genügt.

1557 - Ausserhalb des Bereichs von Incognito- und von aufgedrängten Beurkundungen sind Beurkundungen ohne gültigen Auftrag praktisch nur bei den Sachbeurkundungen, und hier vor allem bei den Beurkundungen bestehender Tatsachen, denkbar. Die Urkundsperson erhält beispielsweise einen Anmeldebeleg vom Grundbuch zurück mit der Aufforderung, für die nachträgliche Beglaubigung der Unterschrift auf einer Vollmacht besorgt zu sein. Die Urkundsperson kennt die betreffende Unterschrift und beglaubigt sie ohne Rücksprache mit der Klientschaft als "bekannt". Oder die Urkundsperson stellt aufgrund des ihr unrichtig übermittelten Telefonanrufes in einem ihr vertrauten Nachlass eine Erbgangsbeurkundung aus und meldet diese beim Grundbuchamt an. Erst bei der Rechnungstellung zeigt sich, dass die Erben von diesem Vorgang nichts gewusst haben, nun aber das Geschehene akzeptieren und die Rechnung bezahlen. - Man wird die in diesen Fällen ent-

standenen Dokumente als öffentliche Urkunden anerkennen. Der Regel, dass die Urkundsperson nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Parteianstoss hin tätig werden darf, ist wenn nötig mit den Mitteln des Disziplinarrechts Nachachtung zu verschaffen, nicht durch die allzu weit gehende Rechtsfolge der Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde.

1558 - Die **urkundliche Angabe**, von wem das Beurkundungsbegehren stammt (und damit implizit die Angabe, dass ein Beurkundungsbegehren vorliegt), ist bei der Beurkundung bestehender Tatsachen in selbständigen Urkunden empfehlenswert⁵⁰, bei der Beurkundung individueller Erklärungen und bei der Protokollierung von Veranstaltungen überflüssig⁵¹, beim Wechselprotest bundesrechtliche Ordnungsvorschrift⁵² und bei den Vermerkbeurkundungen unüblich. Entstehungsbedingung ist diese Angabe in keinem Falle.

einer legitimierten Person zu stammen. In gleichem Sinne GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 77: "Die Wirksamkeit einer obrigkeitlichen Feststellung ist auch nicht davon abhängig, dass eine legitimierte Person um ihre Vornahme nachgesucht hat." Ferner derselbe a.a.O. S. 78: "Anordnungen, die nur auf Antrag des Berechtigten vorgenommen werden dürfen, sind selbst dann nicht nichtig, wenn sie von Amtes wegen oder auf Antrag eines Unberechtigten ergehen."

Fn 50 - Die Angabe hat hier informativen Charakter und ermöglicht dem Urkundenleser zuweilen die Überprüfung des Fehlens von Ausstandsgründen.

Fn 51 - Der Grund liegt darin, dass die Erschienenen mit ihrer Unterschriftsleistung vor der Urkundsperson das Vorhandensein des Beurkundungswillens bestätigen.

Fn 52 - Art. 1036 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 1041 OR.

****§. 447****

2. Fehlende Unterschriftsbeglaubigung auf Vollmachten

Vgl. hiezu Ziff. 1042 ff.

3. Ordnungswidrigkeiten beim Beurkundungsvorgang für individuelle Erklärungen

a) Verletzung sekundärer Ausstandsvorschriften

1559 - *Die Verletzung anderer als der in Ziff. 1507 Nr. 4 und 5 genannten Ausstandsvorschriften sollte sowohl bezüglich der Urkundenentstehung als auch bezüglich der Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes richtigerweise als unschädlich betrachtet werden.*

1560 - **Erläuterung:** Manche Kantone sehen bei der Verletzung solcher Ausstandsvorschriften Nichtigkeit vor, bei der Verletzung tertiärer Ausstandsvorschriften blosser Anfechtbarkeit bzw. die heilende Wirkung des Zeitablaufs oder der ausdrücklichen Urkundengenehmigung der durch die Regelwidrigkeit in ihren Interessen gefährdeten Partei(en). Im Sinne des in Ziff. 30 ff. Gesagten sollten derartige kantonale Nichtigkeitsgründe "oberhalb" der bundesrechtlichen Mindestanforderungen nicht anerkannt werden.

b) Mangelhafte Belehrung

1561 - *Unterbliebene oder unrichtige notarielle Belehrung hindert weder die Entstehung der öffentlichen Urkunde noch die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes.*

1562 - **Erläuterung:** Vgl. Ziff. 1778 f.

c) Mangelhafte Lesung

1563 - *Schreibt das kantonale Recht die notarielle Vorlesung vor, so liegt in der stillen Selbstlesung der Urkunde durch die individuell Erklärenden eine Ordnungswidrigkeit, welche auf die*

Entstehung der öffentlichen Urkunde und auf die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes richtigerweise ohne Einfluss

****S. 448****

bleiben sollte. Das gleiche gilt für den Fall notarieller Vorlesung, wenn stille Selbstlesung vorgeschrieben ist, ferner für den Fall, dass die Vorlesung nicht durch die Urkundsperson selber, sondern ordnungswidrig durch eine andere Person (z.B. eine Vertragspartei oder eine Hilfsperson der Urkundsperson) vorgenommen wird.

1564 - Ablenkung und mangelhafte Aufmerksamkeit einer erschienenen Person während der Lesung ist für die Entstehung der öffentlichen Urkunde und für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes unschädlich.

1565 - Erläuterung: Einzelne kantonale Regelungen sind strenger und postulieren Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde, wenn die Lesung der Urkunde anlässlich des Beurkundungsvorgangs abweichend von der vorgeschriebenen Form erfolgt⁵³. Solche Strenge ist als willkürliche Gesetzgebung abzulehnen⁵⁴.

1566 - Bei Ablenkungen und mangelhafter Aufmerksamkeit handlungsfähiger Personen während der Lesung bestehen allenfalls Anfechtungsmöglichkeiten im Rahmen von Art. 23-28 OR. Vgl. Ziff. 1917 ff.

1567 - Ist eine Person schwer alkoholisiert oder schlafend oder befindet sie sich in einem Betäubungs- oder Dämmerzustand oder in einem anderen Zustand offensichtlicher, vollständiger Urteilsunfähigkeit, so kann deren Verhalten nicht die Bedeutung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung haben. Beurkundet die Urkundsperson in einem solchen Falle trotzdem, die betreffende Person habe "vor der Urkundsperson erklärt...", so läge eine Falschbeurkundung im Sinne von Art. 317 StGB und damit ein Grund für die Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde vor.

d) Geringfügige Unterbrechungen des Beurkundungsvorgangs

1568 - Unterbrechungen der Beurkundungsvorganges, welche dessen Einheit im Sinne des Einheitsbegriffs nicht zerstören, sind für die Entstehung der öffentlichen Urkunde und für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes unschädlich⁵⁵.

Fn 53 - Vgl. BE NG Art. 21 lit. e: "Keine öffentliche Urkunde entsteht, ... wenn die Urkundsparteien nicht in der vorgeschriebenen Weise [d.h. in BE im Normalfall durch notarielle Vorlesung] Kenntnis vom Inhalt der Urkunde erhalten..."

Fn 54 - Vgl. Ziff. 30 ff. - Für die Gültigkeit des vorschriftswidrig selbstgelesenen (statt notariell vorgelesenen) Aktes spricht sich auch GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 75, aus, wobei er allerdings die Nichtigkeit aufgrund gegenteiliger gesetzlicher Bestimmungen vorbehält.

Fn 55 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 75 und 96.

****S. 449****

1569 - Erläuterung: Zur Abgrenzung der für die Urkundenentstehung schädlichen, wesentlichen Unterbrechungen vgl. Ziff. 2054 ff., zu den unschädlichen (geringfügigen) Unterbrechungen Ziff. 2058 ff.

e) Verfrühte oder verspätete Beisetzung der Notarunterschrift

1570 - Die Beisetzung der Notarunterschrift vor der Beisetzung sämtlicher privaten Unterschriften auf der Urkunde oder nach Beendigung des Beurkundungsvorganges (d.h. nach Weggang

der Erschienenen) sind Ordnungswidrigkeiten ohne Einfluss auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde und auf die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes.

1571 - Erläuterung: Die Beisetzung der Notarunterschrift vor dem Vorhandensein sämtlicher Parteiunterschriften ist eine gravierende Ordnungswidrigkeit, sollte aber im Interesse der Rechtssicherheit nicht als schädlich qualifiziert werden. Vgl. Ziff. 1957 ff. - Die Ordnungswidrigkeit ist gravierend, weil die Urkundsperson mit der Beisetzung ihrer Unterschrift unter dem Beurkundungsvermerk in der Regel das Vorliegen sämtlicher anderer Unterschriften bezeugt und weil dieses Zeugnis beim Fehlen einzelner Unterschriften in die Nähe der Falschbeurkundung von Art. 317 StGB führt, sofern nicht davon ausgegangen wird, dass sich die Urkundsperson die Zeugniswirkung ihrer Unterschrift durch die Zurückhaltung der Urkunde in ihrem Gewahrsam bis zum Eintreffen der letzten Parteiunterschrift vorbehalten kann.

1572 - Weniger gravierend ist die nachträgliche Beifügung einer während des Beurkundungsvorgangs vergessenen Notarunterschrift⁵⁶.

4. Mangelhafte Überzeugungsbildung der Urkundsperson

1573 - Mangelhafte notarielle Überzeugungsbildung bei Überzeugungsbeurkundungen sind für die Entstehung und Belegwirkung der öffentlichen Urkunde und für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäfts unschädlich. Das gleiche gilt

Fn 56 - Vgl. hierzu Ziff. 1425; allerdings darf der Beurkundungsvermerk dann nicht besagen, die Urkundsperson habe "unmittelbar nach" der Beisetzung der Parteiunterschriften selber unterzeichnet. Vgl. einen Fall solcher Falschbeurkundung im BGE vom 12.3.1976, RVJ 1976 S. 397-404, wo die betreffende Unwahrheit mit 7 Monaten Gefängnis geahndet wurde.

****S. 450****

*für die Beurkundung individueller Erklärungen, wenn die Urkundsperson subjektive, sachlich jedoch nicht begründbare Zweifel an der Wahrheit des Erklärungsinhaltes, insbesondere des erklärten Geschäftswillens hat*⁵⁷.

1574 - Erläuterung: Mangelhafte notarielle Überzeugungsbildung tritt in der Gestalt ungenauer Ermittlungsarbeit oder leichtfertiger Annahme persönlicher Bekanntheit (letzteres insbesondere bei Unterschriftsbeglaubigungen im Abwesenheitsverfahren) auf. Aus Gründen der Rechtssicherheit kann der Urkunde die Qualität als öffentliche Urkunde und die Belegwirkung nicht wegen mangelhafter notarieller Ermittlungsarbeit abgehen. Denn für den Urkundenleser ist das Vorhandensein der notariellen Überzeugung und die Berechtigung einer solchen Überzeugung in der Regel nicht erkennbar. Das Rechtsinstitut des öffentlichen Glaubens gemäss Art. 9 ZGB zielt gerade darauf ab, an die Stelle einer konkreten Beweisführung über die Berechtigung einer bestimmten Überzeugung das notarielle Zeugnis treten zu lassen. Dieses Zeugnis genießt öffentlichen Glauben auch bezüglich solcher Inhalte, deren Ermittlung oder Herleitung in der Urkunde nicht beschrieben ist.

1575 - Erweist sich später die Unwahrheit einer notariell bezeugten Tatsache und ergibt sich zudem, dass die Unwahrheit der Urkundsperson bewusst war oder auf fahrlässige Sachverhaltsermittlung zurückgeht, so liegt ein Fall von Art. 317 StGB vor. Damit verliert die Urkunde insgesamt den Charakter der öffentlichen Urkunde⁵⁸.

5. Ordnungswidrigkeiten bei der Gestaltung der Urkunde

a) Schreibfehler und redaktionelle Irrtümer

1576 - Schreibfehler und redaktionelle Irrtümer im Urkundentext sind weder für die Entstehung der öffentlichen Urkunde noch für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes schädlich, sofern

die beurkundungs- und materiellrechtlich relevanten Inhalte durch Auslegung ermittelt werden können und im Urkundentext eine Stütze haben.

1577 - Erläuterung: Wird der Betrag eines Barlegates oder der Grundstückkaufpreis während der Vorbereitung der Beurkundung geändert, so mag im Urkundenentwurf der wirklich gewollte Betrag in Ziffern

Fn 57 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 76.

Fn 58 - Vgl. Ziff. 1507 Nr. 13 und Ziff. 1518.

****S. 451****

stehen, während ein anderer, überholter Betrag daneben in Worten stehengeblieben ist. Ein solcher Schreibfehler ist unschädlich, obwohl er ein gewichtiges Indiz dafür darstellt, dass die Urkunde anlässlich des Beurkundungsvorgangs nicht mit der nötigen Genauigkeit gelesen wurde.

1578 - Sind vereinbarte Beträge sowohl in Zahl als auch in Worten falsch beurkundet oder ist der angegebene Name eines Vermächtnisnehmers nicht bloss verstümmelt geschrieben, sondern ist es derjenige einer anderen Person, so ist eine Tatsache unrichtig beurkundet, und es ist bezüglich dieser Tatsache der Formzwang nicht eingehalten. Vgl. auch Ziff. 1897 f.

b) Fehlende Angabe der Gründe für die Fremdsprachigkeit oder für den Beizug eines Dolmetschers

1579 - *Unschädlich ist die fehlende Angabe der Gründe, aus denen eine von der Amtssprache am Beurkundungsort abweichende Urkundensprache gewählt oder ein Dolmetscher beigezogen wurde*⁵⁹.

1580 - Erläuterung: Die meisten Beurkundungserlasse schreiben vor, dass bei fremdsprachigen Beurkundungen angegeben wird, welche Beteiligten welche Sprachen verstanden haben, oder dass die fremdsprachige Beurkundung klientenseitig verlangt wurde. Solche Angaben sind für den Urkundenleser informativ. Sie können für die spätere Beurteilung wichtig sein, wenn eine beteiligte Person das Geschäft unter Berufung auf Dissens oder Willensmängel mit der Behauptung anfight, den Urkundeninhalt nicht verstanden zu haben. Eine weitergehende Tragweite darf solchen Angaben jedoch nicht zugemessen werden. Ihr Fehlen kann die Entstehung der öffentlichen Urkunde nicht verhindern.

c) Fehlender Beurkundungsvermerk

1581 - *Die notarielle Protokollierung des Beurkundungsvorgangs, d.h. die Bezeugung der erfolgten Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung vor der Urkundsperson, allenfalls in Gegenwart von Dolmetschern oder Zeugen, wird bei der Beurkundung individueller Erklärungen gemäss ständiger Praxis und kantonaler Vorschrift unterhalb der Parteierklärungen, zuweilen unterhalb der Parteiunterschriften, als selbständiger Abschnitt dargestellt. Ein solcherart*

Fn 59 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 75.

****S. 452****

*redaktionell verselbständigter Beurkundungsvermerk im Schlussteil der Urkunde ist weder für die Entstehung der öffentlichen Urkunde noch für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes unabdingbar. Es genügt, dass Lesung und Unterzeichnung der Urkunde durch die zu Urkund erklärenden Personen in Anwesenheit der Urkundsperson aus dem Urkundentext in seiner Gesamtheit ersichtlich sind, dies jedoch in Gestalt der notariellen Bezeugung*⁶⁰.

1582 - *Bezüglich der Zeugenanwesenheit genügt deren Ersichtlichkeit aus den Zeugenerklärungen.*

1583 - Erläuterung: Für die Entstehung der öffentlichen Urkunde genügt es, wenn die Urkundsperson wahrheitsgemäss einen Ablauf des Beurkundungsvorgangs bezeugt, bei welchem die zu Urkund erklärenden Personen den Urkundeninhalt in Anwesenheit der Urkundsperson zur Kenntnis nehmen **konnten**. Dass sie ihn tatsächlich zur Kenntnis genommen haben, kann nicht Bedingung für die Urkundenentstehung sein. Ergibt sich aus der Urkunde, dass die Erschienenen der Urkundensprache nicht mächtig waren, fehlt aber ein Hinweis darauf, dass ihnen die Urkunde durch Übersetzung zur Kenntnis gebracht wurde, so ist demgemäss keine öffentliche Urkunde entstanden⁶¹. Ist die Übersetzung hingegen in der Urkunde bezeugt, so entkräften spätere Behauptungen der Klientschaft, der Dolmetscher sei unfähig oder schlecht zu verstehen gewesen und die Klientschaft habe die Urkunde demgemäss nicht oder nicht richtig verstanden, die Urkunde nicht.

1584 - Sind Lesung und Unterzeichnung vor der Urkundsperson aus dem gesamten Urkundentext in der Gestalt des notariellen Zeugnisses ersichtlich, so bleiben im übrigen notarielle Irrtümer bzw. irrtümliche Ungenauigkeiten bei der urkundlichen Beschreibung des Ablaufs des Beurkundungsvorgangs ohne Einfluss auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde und die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes.

Fn 60 - In Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung zählt CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 105, die urkundliche "Feststellung, dass die gesetzlichen Beurkundungsvorschriften eingehalten wurden" zu den Gültigkeitsvorschriften. Ob dieser Autor einen eigentlichen Beurkundungsvermerk im Schlussteil der Urkunde verlangt, wird aus seiner anschliessenden Äusserung nicht restlos klar: "Die öffentliche Beurkundung ist wesentlich getragen von der Beurkundungsformel." - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 75, zählt das ganze oder teilweise Fehlen der vorgeschriebenen Beurkundungserklärung (d.h. des Beurkundungsvermerks) nur dann zu den Nichtigkeitsgründen, wenn das kantonale Recht dies ausdrücklich so anordnet. - Anders ND BE Art. 5 Abs. 1 lit. d: hier als blosser Ordnungsvorschrift, vgl. auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 137, N 8 zu Art. 5 ND.

Fn 61 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 134, N 6 zu Art. 4 ND BE, bezeichnet das tatsächliche Verständnis als entscheidend; im Gegensatz dazu wird in der vorliegenden Arbeit das Entstehungskriterium in der Ersichtlichkeit des Verstehen-Könnens aus der Urkunde selbst gesehen.

****S. 453****

d) Fehlende oder irrtümliche Angabe des Beurkundungsortes

1585 - *Unschädlich ist die fehlende oder irrtümliche Angabe des Ortes der Urkundenerrichtung⁶², ferner die irrtümlich unrichtige Datierung der Urkunde.*

1586 - Erläuterung: Bezüglich der irrtümlichen Urkunden-Datierung kann auf das vorn, Ziff. 1516 Gesagte verwiesen werden. - Fehlt es an einer Ortsangabe in der Urkunde, so ist in der Regel die Errichtung am Berufsdomizil der amtierenden Urkundsperson, jedenfalls aber ein Ort innerhalb ihres örtlichen Zuständigkeitsgebiets, zu vermuten. Angesichts dieser Vermutung ist die urkundliche Angabe des Errichtungsortes zum Beweis der vorhandenen Zuständigkeit nicht unabdingbar. Bezüglich der materiellrechtlichen Wirkungen der Urkunde ist es rechtlich nicht erheblich, an welchem genauen Ort innerhalb des notariellen Zuständigkeitsgebietes beurkundet wurde.

1587 - Bei Protokollierungen ist der Ort der Protokollaufnahme häufig ein rechtserheblicher Sachverhalt, welcher als solcher in der Urkunde anzugeben ist. Erfolgen Protokollaufnahme und notarielle Unterzeichnung an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten, so sollen im Interesse der Wahrheit und der Genauigkeit beide Orte und beide Daten angegeben werden. Wo jedoch die notarielle (Un-)Sitte besteht, Protokolle auch bei späterer Unterzeichnung an einem anderen Ort ausschliesslich mit dem Ort und dem Tag der Protokollaufnahme zu datieren, ist eine blosser Ordnungswidrigkeit, nicht eine Falschbeurkundung im Sinne von Art. 317 StGB anzunehmen.

e) Verletzung von Vorschriften über Sprache, Formulierung, graphische Darstellung und schreibtechnischen Herstellung

1588 - *Unschädlich sind alle Mängel der redaktionellen und schreibtechnischen Herstellung der Urkunde, welche weder die Bewusstmachung des Inhaltes (bei*

Fn 62 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 75; GULDENER möchte auch bei fehlender Angabe der Errichtungszeit, d.h. bei fehlendem Datum keine Urkunden-Nichtigkeit annehmen. In der vorliegenden Arbeit wird für diesen Fall Urkunden-Nichtigkeit postuliert; vgl. Ziff. 1551. - DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (23) betrachtet die Angabe des Beurkundungsortes als gleichermassen bedeutsam wie diejenige der Beurkundungszeit und relativiert die Bedeutung beider Elemente, indem er das beurkundete Geschäft als gültig betrachten möchte, "si l'acte peut être situé dans le temps ou dans l'espace par d'autres moyens de preuve."

****S. 454****

individuellen Erklärungen) noch die Wahrheit und Klarheit des notariellen Zeugnisses in Frage stellen oder den Anspruch der Urkunde, als Dokument öffentlichen Glaubens zu gelten, undeutlich machen.

1589 - Erläuterung: Als unschädlich muss die Beurkundung in einer anderen als der Amtssprache am Beurkundungsort auch dann gelten, wenn das kantonale Recht ausdrücklich das Gegenteil anordnet. Kantonale Anordnungen, wonach öffentliche Urkunden nur in der lokalen Amtssprache entstehen können, stehen im Widerspruch zu Art. 55 Abs. 2 SchlT ZGB.

1590 - Als unschädlich müssen auch die fehlende Wiederholung von Zahlen in Worten, die fehlende Ausstreichungen von Zwischenräumen⁶³, die fehlende unterschriftliche Visierung der einzelnen Blätter, die Urkundenherstellung auf einem anderen als dem von der Staatskanzlei ausgegebenen, mit einer Stempelsteuer belegten amtlichen Papier, die Verwendung verschiedener Schreibmittel innerhalb der gleichen Urkunde (z.B. Formularvordruck und Schreibmaschinenschrift) etc. gelten.

f) Fehlende Schnürung und Siegelung

1591 - *Das Fehlen des Notariatsiegels und dasjenige der vorgeschriebenen Schnürung bzw. anderweitigen Verbindung mehrerer Blätter einer Urkunde verhindert die Entstehung der öffentlichen Urkunde nicht*⁶⁴.

1592 - Erläuterung: Fehlende Siegelung und urkundenmässige Verbindung mehrerer Blätter stellen gravierende Pflichtverletzungen der Urkundsperson und erhebliche Urkundenmängel dar, können aber im Interesse der Rechtssicherheit und unter dem Gesichtswinkel des "favor instrumenti" nicht schädlich sein, sofern aus dem Urkundentext ersichtlich ist, dass die Urkundsperson in ihrer amtlichen Eigenschaft unterschrieben hat, und solange die fliegenden Blätter in ihrer originalen Gestalt vollständig vorhanden sind.

Fn 63 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 75.

Fn 64 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 75.

****S. 455****

§ 63 Ersichtlichmachung der materiellrechtlichen Gültigkeit in der Urkunde selbst

1. Vorbemerkung

1593 - *Die Entstehung der öffentlichen Urkunde und die materielle Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes hängen in der Regel⁶⁵ nicht davon ab, dass sämtliche relevanten Gültigkeitsvoraussetzungen aus der Urkunde und deren Beilagen ersichtlich werden.*

1594 - *Zu den Amtspflichten der Urkundsperson gehört jedoch, das Vorliegen der Gültigkeitsvoraussetzungen aus der Urkunde und deren Beilagen ersichtlich werden zu lassen, soweit eine solche Ersichtlichmachung rechtlich gefordert oder nach bewährter Praxis üblich ist. Dabei lassen sich die Grenzen der erforderlichen Ersichtlichmachung nicht in allgemeinen Begriffen scharf definieren.*

1595 - Erläuterung: Zum Verständnis beurkundungsrechtlicher Vorschriften ist es nützlich, den Unterschied zwischen der Formgültigkeit des beurkundeten Geschäftes bzw. der Wahrheit von Sachbeurkundungen einerseits, der äusseren Ersichtlichkeit von Gültigkeit und Wahrheit aus der Urkunde andererseits im Auge zu behalten.

1596 - Die öffentliche Urkunde hat bezüglich des von der Urkundsperson bezeugten Inhaltes und bezüglich der von Verfahrensbeteiligten unter Wahrheitspflicht abgegebenen Erklärungen qualifizierte Beweiskraft im Sinne von Art. 9 Abs. 1 ZGB. Die der Urkunde normativ verliehene Belegfunktion ist aber keine feste Grösse, die ihr unabhängig von Art und Formulierung der beurkundeten Zeugnisse zukommt.

1597 - Vom Standpunkt eines späteren Urkundenlesers aus erscheinen jene Urkundeninhalte als besonders glaubwürdige Information, die auf unmittelbare Wahrnehmung der Urkundsperson zurückgehen. Geringere Zuverlässigkeit kommt jenen Inhalten zu, die auf bestehendes Wissen⁶⁶, Lebenserfahrung und Schlussfolgerungen der Urkundsperson zurückgehen. Die qualitative Differenzierung rührt daher, dass nach herrschender Auffassung Irrtümer und Ungenauigkeiten bei der

Fn 65 - Vgl. die Ausnahme bezüglich der notwendigen Ersichtlichkeit der Anwesenheitsbeurkundung, Ziff. 1507 Nr. 6.

Fn 66 - Vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 58: "Als Beweismittel kann auch das eigene Wissen der Behörde, z.B. über die Identität des Gesuchstellers, in Betracht fallen."

****S. 456****

Protokollierung des soeben Wahrgenommenen weniger leicht entstehen als bei der Äusserung von Wissen, von Erfahrung und von Überlegungen.

1598 - Die Beweiskraft von Urkundeninhalten hängt, aus der Sicht des späteren Urkundenlesers, demnach entscheidend davon ab, wie die beurkundete Information seinerzeit ermittelt wurde. Der Urkundenleser kann vielleicht die objektive Wahrheit der beurkundeten Inhalte durch eigene Kontrollhandlungen oder aus eigenem Wissen abschätzen. Wo ihm dies dagegen nicht möglich ist und wo er sich ausschliesslich auf die Belegfunktion der Urkunde verlassen muss, da genügt ihm unter Umständen nicht, dass die Urkunde objektiv wahr ist. Er möchte den Wahrheitsgehalt bzw. die Zuverlässigkeit und Glaubwürdigkeit der beurkundeten Information aus der Urkunde selbst abschätzen können.

1599 - Dieser Umstand führt dazu, dass das Beurkundungsrecht eine Reihe von Regeln kennt, die nicht der Wahrheitsfindung, sondern der **Ersichtlichmachung** des Wahrheitsgehaltes in der Urkunde selbst dienen. Die geltenden Regeln können folgendermassen zusammengefasst werden:

2. Pflicht zur Protokollierung vorgenommener Kontrollhandlung

1600 - *Wo es ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich und für den späteren Urkundenleser besonders bedeutsam ist, ist der Urkundsperson aufgegeben, den Wahrheitsgehalt der zu beurkundenden Information durch eigene Wahrnehmung unmittelbar vor der Beurkundung (nochmals) zu kontrollieren und die erfolgten Wahrnehmungen als solche in der Urkunde zu protokollieren.*

1601 - Erläuterung: Ein Anwendungsfall der hier dargestellten Regel ist die notarielle Pflicht, in der Urkunde zum Ausdruck bringen, auf welche Weise die Urkundsperson die Identität jener Personen ermittelt hat, deren Identität sie in der Urkunde bezeugt⁶⁷.

1602 - Als allgemeine Ordnungsregel muss sodann gelten, dass die Urkundsperson in den Schranken der Verhältnismässigkeit jene Wahrnehmungen und Unterlagen, aufgrund derer sie eine Überzeugungsbeurkundung⁶⁸ abgibt, in der Urkunde beschreibt⁶⁹.

Fn 67 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 155, N 6 zu Art. 13 ND BE.

Fn 68 - Zum Begriff der Überzeugungsbeurkundung vgl. Ziff. 134 ff.

Fn 69 - So ZH NV § 36.

****S. 457****

1603 - Zu beschreiben sind insbesondere Wahrnehmungen in der äusseren Natur (im Gegensatz zur Einsicht in Register und Dokumente), zu deren Vornahme sich die Urkundsperson an einen bestimmten Ort ausserhalb ihres Büros begibt (sogenannter Augenschein). In solchen Fällen sollen Ort und Zeit der Wahrnehmung in der Urkunde festgehalten werden⁷⁰. Keiner Angabe von Ort und Zeit bedarf die Einsichtnahme in Dokumente und Register. Ist die Zahl der beigezogenen Dokumente gross, wie etwa bei einem Nachlassinventar, so unterbleibt jede Beschreibung von Unterlagen und Wahrnehmungsvorgängen.

3. Keine Pflicht, die Herkunft bestehenden Wissens anzugeben

1604 - *Wo eine Kontrolle besonders aufwendig oder unmöglich ist oder wo Irrtümer kaum zu befürchten oder von geringer Tragweite sind, darf die Urkundsperson die von ihr für wahr gehaltenen Sachverhalte unmittelbar aus eigenem Wissen, eigener Erfahrung oder Überlegung, oder gestützt auf eingeholte Erkundigungen, beurkunden, ohne dass sie zu aktualisierenden Kontrollhandlungen und zu deren Protokollierung in der Urkunde verpflichtet ist.*

1605 - Erläuterung: In den hier erwähnten Bereichen darf und muss sich der Urkundenleser auf den beurkundeten Inhalt einfach deswegen verlassen, weil die Urkundsperson ihn als wahr bezeugt; wie die Urkundsperson zu ihrer Bezeugung gelangt, wie gut das notarielle Zeugnis im Bestreitungsfall einem Widerlegungsversuch standzuhalten vermöchte, braucht aus der Urkunde nicht ersichtlich ersichtlich zu werden. Ein Beispiel ist die Unterschriftsbeglaubigung im Abwesenheitsverfahren, wo die Urkundsperson die Unterschrift kurzerhand als "bekannt" beglaubigt, ohne im Beglaubigungsvermerk zu beschreiben, wo und wann sie zu dieser Kenntnis gelangt ist.

4. Spätere Ersichtlichmachung durch Nachbeurkundungen

1606 - *Wurden Kontrollhandlungen unterlassen oder wurde ihre Angabe in der Urkunde unterlassen, so kann ein daraus stammender Mangel der Urkunde*

Fn 70 - So ZH NV § 36 Abs. 2.

****S. 458****

durch Nachholung der Kontrollhandlung und durch nachträgliche Ergänzung der Urkunde auf dem Weg einer Nachbeurkundung⁷¹ geheilt werden. Die Nachbeurkundung kann in Vermerkform auf der mangelhaften Originalurkunde beigefügt werden. Sie ist vom Tage ihrer Beifügung zu datieren, erneut notariell zu unterzeichnen und zu siegeln.

1607 - Erläuterung: Die begriffliche Unterscheidung zwischen objektiver Wahrheit des Urkundeninhalts und der Ersichtlichkeit der Beweiskraft erlaubt folgende Aussage: Für die Gültigkeit öffentlich beurkundeter Rechtsgeschäfte (individuelle Erklärungen) genügt in der Regel das Vorhandensein objektiver Wahrheit. Für die Verwendbarkeit der Urkunde im Rechtsverkehr, namentlich gegenüber Amtsstellen, die gestützt auf die Urkunde handeln sollen, kommt es aber zusätzlich auf die Ersichtlichkeit der Beweiskraft aus der Urkunde selbst an. Fehlt es an den hiezu erforderlichen Angaben in der Urkunde, so können diese auch nachträglich noch beurkundet werden. Das zunächst mit ungenügender Ersichtlichkeit beurkundete Geschäft bleibt, wenn die Inhalte objektiv wahr sind, vom alten Datum an gültig; der Beurkundungsvorgang braucht nicht wiederholt zu werden. Dies ist namentlich dann bedeutsam, wenn eine am Beurkundungsvorgang seinerzeit beteiligte Person mittlerweile gestorben, handlungsunfähig oder anderen Sinnes geworden ist.

1608 - Aufgrund des Gesagten ist es beispielsweise möglich, den vergessenen Beurkundungsvermerk auf einem Grundstückkauf nachträglich noch beizusetzen, ohne dass die Kaufsbeurkundung deswegen unter einem neuen Datum wiederholt zu werden braucht.

5. Exkurs: Unterschiedliche Formen der Wahrheitsfindung im Beurkundungsverfahren und im streitigen Prozess

1609 - Die Möglichkeit, fehlende Wahrheits-Ersichtlichkeit durch nachträgliche Kontrollhandlungen und deren nachträgliche Protokollierung zu heilen, unterscheidet das Beurkundungsverfahren grundsätzlich von den Verfahren kontradiktorischer Wahrheitsfindung. Regelwidrig durchgeführte Zeugenbefragungen und Beweiserhebungen im streiti-

Fn 71 - Zur begrifflichen Unterscheidung von Nachbeurkundungen (Korrekturen oder Ergänzungen der Ersturkunde) und Nachtragsbeurkundungen (spätere Änderung eines öffentlich beurkundeten Rechtsverhältnisses durch eine neue Beurkundung mit Wirkung ex nunc) vgl. Ziff. 1323.

****S. 459****

gen Prozess können nicht nach Urteilsfällung nachgeholt werden. Denn bei der kontradiktorischen Wahrheitsfindung geht es nie lediglich um Wahrheit, sondern stets um Schaffung von Rechtsfrieden, bei Beweislosigkeit rechtserheblicher Tatsachen sogar um diesen primär. Wurden bei der Wahrheitsfindung Regeln verletzt, so hindert dies die Schaffung des Rechtsfriedens. Jede Regelverletzung im streitigen Prozess schafft neuen Unfrieden. Aus diesem Grund ist die Wahrheitsfindung im streitigen Prozess an Verfahrensregeln gebunden, und aus diesem Grund gibt es im streitigen Prozess zuweilen eine für das Urteil massgebliche "Verfahrens-Wahrheit", welche vom persönlichen Fürwahrhalten der Richter abweicht. Das Prozessrecht kennt sodann ausdrückliche Regeln für den Umgang mit der Beweislosigkeit, die sogenannten Beweislastregeln.

1610 - Im Beurkundungsverfahren haben die Regeln der Wahrheitsfindung eine andere Bedeutung; dem Beurkundungsrecht ist die Eventualität der Beweislosigkeit fremd. Die Regeln zur Wahrheitsfindung dienen ausschliessung der Erhöhung der Glaubhaftigkeit der zu beurkundenden Information und der Ersichtlichmachung der Beweiskraft. Versäumtes kann demgemäss ohne verfahrensrechtliche Schranken nachgeholt werden.

****S. 460****

Kapitel 8: Beurkundung individueller Erklärungen: Verfahren

§ 64 Beurkundungsvoraussetzungen:

1. Zulässige Gegenstände

1611 - Folgende individuellen Erklärungen sind zulässige Gegenstände öffentlicher Beurkundung:

1612 - Willensäusserungen zwecks Begründung vertraglicher Pflichten und zwecks Verfügung über Rechte, sofern das Gesetz keine andere Form zwingend vorschreibt;

1613 - vertragliche Wissenserklärungen, d.h. Erklärungen, welche von Vertragschliessenden gegenüber anderen Vertragsparteien zu dem Zweck abgegeben werden, einen vertraglich erheblichen, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorhandenen Wissensstand zu belegen, sofern das Gesetz für den betreffenden Vertrag keine andere Form zwingend vorschreibt;

1614 - ausservertragliche Wissenserklärungen (im engen Rahmen typischer, von der Praxis zu entwickelnden Fälle).

1615 - Erläuterung: a) Vertragliche Willens- und Wissenserklärungen. - Da das Obligationenrecht den Vertragsparteien die Wahl der öffentlichen Beurkundung auch dann freistellt, wenn das Gesetz diese Form nicht verlangt, müssen grundsätzlich alle Verträge als zulässiger Gegenstand öffentlicher Beurkundung gelten. Zwei Ausnahmen sind zu beachten, nämlich das allfällige gesetzliche Erfordernis einer anderen Form, aufgrund dessen die öffentliche Urkunde als unnützes oder irreführendes Dokument erscheinen müsste¹, ferner das allgemeine Miss-

Fn 1 - So hat sich die Urkundsperson etwa der Beurkundung von Erklärungen zu enthalten, welche rechtswirksam nur vor einem Gericht oder vor einer Administrativbehörde abgegeben werden können (gerichtliche Vergleiche, Ehescheidungs-Nebenfolgenkonvention, Eheversprechen etc.).

****S. 461****

brauchsverbot, welches die öffentliche Beurkundung ausschliesst, wenn kein schutzwürdiges Beurkundungsinteresse ersichtlich ist.

1616 - b) Ausservertragliche Wissenserklärungen. - Nicht beliebige ausservertragliche Wissenserklärungen können als zulässige Gegenstände öffentlicher Beurkundung in der Form der individuellen Erklärung gelten, sondern nur solche, die durch den qualifizierten Beleg-Bedarf eines für die Urkundsperson ersichtlichen Urkunden-Adressaten gerechtfertigt sind. Die öffentliche Beurkundung steht den Privaten nicht zur Verfügung, um für beliebige Behauptungen erhöhte Glaubwürdigkeit zu erlangen².

1617 - Der Bedarf an qualifiziertem Beleg besteht namentlich dann, wenn bestimmte Tatsachen im Hinblick auf eine Registereintragung (Zivilstandsregister, Markenregister, Patentregister) belegt werden müssen und wenn für die Belegung dieser Tatsachen mangels objektiver Beweismöglichkeiten auf das subjektive Wissen einer bestimmten Person abgestellt werden muss. In diesen Fällen rechtfertigt das Drittinteresse an qualifiziertem Beleg, dass die zu Urkund erklärende Person sich einer strafrechtlich sanktionierten Wahrheitspflicht unterzieht, und es rechtfertigt sich demgemäss, der öffentlichen Urkunde den öffentlichen Glauben bezüglich des erklärten **Inhaltes, nicht nur bezüglich der Tatsache des subjektiven Wissensstandes des Erklärenden oder derjenigen seiner Erklärungsabgabe, zuzuerkennen³.**

Fn 2 - Vgl. in diesem Sinne BGE 100 Ib 465-476 (E. 5b, S. 474): "L'art. 9 CC intende conferire all'atto pubblico una forza probante accresciuta nella misura in cui cio sia necessario per garantire l'attuazione del diritto civile.

Non v'è per il diritto federale motivo di estendere ulteriormente tale valore probatorio qualificato. *Altrimenti chiunque potrebbe assicurare alle proprie allegazioni di fatto, di qualsiasi natura esse siano, una forza probante particolare, facendosele attestare in un atto pubblico, il che non è certo il senso dell'art. 9 CC* ("Andernfalls könnte sich jedermann für seine eigenen Tatsachenbehauptungen, welcher Natur diese auch seien, die besondere Beweiskraft sichern, indem er seine Behauptungen in einer öffentlichen Urkunde bescheinigen lässt; das kann gewiss nicht der Sinn von Art. 9 ZGB sein", mit Verweis auf KUMMER, Berner Kommentar (1962) N 51 zu Art. 9 ZGB).

Fn 3 - In BGE 110 II 1 (3) (i.S. TIMON) wird festgehalten, der öffentliche Glaube beschränke sich "in der Regel auf das von der Urkundsperson als richtig Bescheinigte", ferner (unter Berufung auf GMÜR/HAFTER, Berner Kommentar (2.A. 1919) N 21b zu Art. 9 ZGB), "nicht alles, was in der Urkunde steht, [sei] als verurkundet anzusehen, sondern nur der Inhalt, den zu bezeugen die Urkunde ihrer Natur nach bezweckt". Der vom Bundesgericht beurteilte Fall betraf die im Ingress zu einem Grundstückgeschäft zwischen den Parteien A und B angegebenen Vertragsmotive bzw. -grundlagen. Die Partei B hielt diese Angaben später einem Dritten - C - entgegen und machte geltend, der Beweis der in der Urkunde angegebenen Sachverhalte sei durch diese mit öffentlichem Glauben geführt, auch gegenüber C. Dies war selbstverständlich nicht der Fall. - Bei den im vorliegenden Abschnitt erörterten Wissenerklärungen bezweckt die Urkunde demgegenüber, den Erklärungsinhalt zu bezeugen. Dass die Urkundsperson hier den Erklärungsinhalt ihrerseits nicht mit voller Wahrheitsgewähr, sondern nur aufgrund ihres Gesprächs mit dem Klienten in beschränktem Umfang als

****S. 462****

1618 - Nur der öffentliche Glaube bezüglich des Inhalts, d.h. die qualifizierte Beweiskraft der Urkunde bezüglich des erklärten Inhaltes, kann die Beurkundung ausservertraglicher Wissenerklärungen rechtfertigen. Dieser öffentliche Glaube kann seinerseits nur für typische, von der Praxis zu definierende Fallgruppen angenommen werden, wie beispielsweise für die Status-Erklärungen eines schriftenlosen Flüchtlings zwecks Eintragung ins Zivilstandsregister, ferner für die diversen von ausländischen Behörden verlangten notariellen Affidavits und eidesstattlichen Erklärungen.

1619 - Ausservertragliche Wissenerklärungen im Sinne vorsorglicher Zeugenaussagen, zum Zwecke der Beweisführung in einem streitigen, auf kontradiktorische Wahrheitsfindung ausgerichteten Prozessverfahren, sollen nicht zu Urkund erklärt werden. Ihre allfällige Beurkundung wäre gegebenenfalls als Erklärungsaufnahme zu Protokoll zu qualifizieren; sie könnte bezüglich des Erklärungsinhaltes keinen öffentlichen Glauben geniessen.

1620 - Ganz allgemein sollen Sachverhalte, die bereits Gegenstand eines Konfliktes, vielleicht sogar eines Prozesses sind, nicht öffentlich beurkundet werden⁴. Sobald ein Rechtsverhältnis streitig ist, obliegt dessen Feststellung dem Richter im Verfahren kontradiktorischer Wahrheits- und Rechtsfindung. Für dieses Verfahren sind der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beider Parteien und die Regeln über die prozessuale Wahrheitsfindung im Falle der Beweislosigkeit kennzeichnend, welche für die notarielle Wahrheitsfindung nicht gelten. Wo Konflikte ausgebrochen sind, ist demgemäss für die einseitige notarielle Wahrheitsfindung kein Raum^{mehr⁵}.

richtig zu bescheinigen vermag, ändert nichts an der Inhaltsbeurkundung; bei Willenserklärungen wird regelmässig ebenfalls eine Beurkundung des erklärten Inhaltes angenommen, obwohl die Urkundsperson den wirklichen Willen der Klienten nur in beschränktem Masse zu ergründen vermag.

Fn 4 - So ZH NV § 42: "Begehren um Ausstellung von Urkunden über tatsächliche Verhältnisse soll der Notar nur entsprechen, wenn es sich um ausser Streit liegende Gegenstände handelt..."

Fn 5 - Mit dem Gesagten wird die Auffassung MARTIS abgelehnt, das Verfahren der öffentlichen Tatsachenbeurkundung könne "in Konkurrenz mit der vorsorglichen Beweisführung" treten (Notariatsprozess (1989) S. 27, § 3.2). MARTIS lässt die Frage offen, wo eine solche notarielle Kompetenz zur Einmischung in kontradiktorische Prozessverfahren ihre Grenzen finden soll. Auf der Grundlage von MARTIS Auffassung verbliebe kein valables Kriterium, dem Notar die öffentliche Beurkundung von Zeugen- (und sogar Partei-) Aussagen während eines bereits angehobenen Zivil- oder Strafprozesses zu untersagen. - Eine derartige Konkurrenz von öffentlicher Beurkundung und richterlicher Wahrheitsfindung kann nicht in Frage kommen. - Vorbehalten bleiben allfällige kantonale Prozessregeln, wie sie etwa in § 157 ZPO BS vorzufinden sind; vgl. diesbezüglich Fussnote bei Ziff. 3076.

****S. 463****

2. Sachliche Zuständigkeit

1621 - *Es kann auf das vorn, Ziff. 689, Gesagte verwiesen werden.*

3. Örtliche Zuständigkeit

1622 - *Es kann auf das vorn, Ziff. 695, Gesagte verwiesen werden.*

4. Ersichtlichkeit des Beurkundungswillens sämtlicher Klienten

1623 - *Beurkundungsvoraussetzung ist, dass der Beurkundungswille der Klientschaft für die Urkundsperson ersichtlich ist. Bei Vertragsbeurkundungen muss der Beurkundungswille sämtlicher Vertragsparteien ersichtlich sein.*

1624 - *Die Urkundsperson darf Vorbereitungshandlungen zum Beurkundungsvorgang nur an die Hand nehmen, wenn dies von ihr verlangt wird, und sie darf solche Vorbereitungshandlungen nur so lange weiterführen, als die Annahme begründet erscheint, sämtliche Klienten bzw. die als Vertreter oder Organe für die Berechtigten handelnden Personen seien mit der Beurkundung durch die betreffende Urkundsperson einverstanden⁶.*

1625 - *Der Beurkundungswille der zu Urkund erklärenden Personen wird durch die Abgabe der individuellen Erklärungen im Beurkundungsvorgang bestätigt⁷.*

1626 - *Der Beurkundungswille einer Person, welche für das betreffende Geschäft offensichtlich handlungsunfähig ist, ist unmassgeblich; in diesem Fall darf die Urkundsperson die Beurkundung nicht vornehmen⁸. Bestehen an der Handlungsfähigkeit lediglich Zweifel, so hat die Urkundsperson die Beurkundung vorzunehmen und ihre Zweifel in der Urkunde ersichtlich zu machen⁹.*

Fn 6 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 87, § 16.1: Bei zweiseitigen Rechtsgeschäften muss der Notar von allen Parteien registert werden.

Fn 7 - So BE ND Art. 2 Abs. 2: "Der Auftrag kann stillschweigend erfolgen, insbesondere durch Teilnahme am Beurkundungsverfahren". In gleichem Sinne MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 129, N 2 zu Art. 2 ND BE; derselbe, Notariatsprozess (1989) S. 84/85.

Fn 8 - So ZH EGZGB § 239 Abs. 2.

Fn 9 - ZH EGZGB § 239 Abs. 2 stellt die Vornahme der Beurkundung in diesem Falle in das Ermessen der Urkundsperson. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten vermag dies nicht zu befriedigen.

****S. 464****

1627 - Erläuterung: Wenn gesagt wird, der Beurkundungswille könne stillschweigend, insbesondere durch Teilnahme am Beurkundungsverfahren, erklärt werden¹⁰, so bedarf dies der Verdeutlichung. Äussert eine Vertragspartei ihren Beurkundungswillen erst während des Beurkundungsverfahrens (spätestens durch die Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde), so musste der Anstoss zur Beurkundung notwendigerweise von anderer Seite her an die Urkundsperson herangetragen worden sein. Denn der Beurkundungsvorgang kann nicht stattfinden, ohne dass zuvor jemand hiezu ausdrücklich den Anstoss gegeben und die Urkundsperson instruiert hätte. Wird die Teilnahme am Beurkundungsvorgang als rechtzeitige Äusserung des Beurkundungswillens qualifiziert, so wird dadurch zwar in Kauf genommen, dass die betreffende Vertragspartei nicht persönlich in die Instruktion des Geschäftes einbezogen gewesen ist. Die Unparteilichkeitspflicht gebietet jedoch, dass die Urkundsperson sämtliche Vertragsparteien in die Vorbereitung einbezieht und von allen

Seiten Instruktion einholt. Die Teilnahme am Beurkundungsvorgang sollte demgemäss die **Bestätigung** eines schon vorher vorhandenen und ersichtlich gewesenen Beurkundungswillens sein.

5. Kein Ausstand: Grundsatz

1628 - Die Urkundsperson befindet sich im Ausstand und kann nicht in amtlicher Eigenschaft tätig sein,

(a) in ihren eigenen privaten Belangen;

(b) in den Angelegenheiten nahestehender Personen¹¹.

1629 - Das Nahestehen zu einer nahestehenden Person begründet keinen Ausstand¹².

Fn 10 - Vgl. in diesem Sinne BE ND Art. 2 Abs. 2: "Der Auftrag kann stillschweigend erfolgen, insbesondere durch Teilnahme am Beurkundungsverfahren".

Fn 11 - Vgl. BS EGZGB § 230-234; GedrW Nr. 10, 11, 12.

Fn 12 - In gleichem Sinne wird etwa gesagt, es gelte das Verbot der Kombination von Ausstandsgründen; vgl. Entscheid der Notariatskammer BE vom 3.3.1987 mit redaktionellen Nachbemerkenungen von PETER RUF, BN 1988, S. 179 (182 und 184); vgl. auch Ziff. 808.

****§. 465****

a) Private Belange der Urkundsperson

1630 - Die Urkundsperson kann nicht ihr eigenes privates Handeln, insbesondere nicht die eigene private Erklärungsabgabe beurkunden¹³.

1631 - Erläuterung: Die Notwendigkeit der Distanz zwischen öffentlicher Beurkundungsfunktion und privaten Belangen hat nichts zu tun mit Befangenheit im Sinne von Parteilichkeit oder fehlender Wahrheitsfähigkeit. Wenn die Urkundsperson in privater Eigenschaft eine Stiftung errichtet, kann sie besser als jedermann sonst ihren eigenen Willen bezeugen. Trotzdem kommt ihr amtliches Handeln hier nicht in Frage, weil die öffentliche Beurkundung begrifflich den Dualismus von Beurkundungsfunktion und privatem Handeln stillschweigend, aber nichtsdestoweniger zwingend, voraussetzt.

1632 - Bezüglich des Begriffs der privaten Belange kann im übrigen auf das im allgemeinen Teil, Ziff. 780 ff. Gesagte verwiesen werden.

b) Angelegenheit einer (nahestehenden) Person

1633 - Die Beurkundung individueller Erklärungen ist die Angelegenheit aller beim Beurkundungsvorgang anwesenden Personen, welche vor der Urkundsperson Erklärungen zu Urkund abgeben, sei dies in eigenem Namen oder als Stellvertreter für Abwesende.

1634 - Die Beurkundung individueller Erklärungen ist ausserdem die Angelegenheit aller abwesenden Personen, in deren Namen, auf deren Rechnung oder unter deren Verantwortung solche Erklärungen abgegeben werden, schliesslich jener Personen, welche am Beurkundungsgegenstand ein rechtliches Begünstigungsinteresse¹⁴ und damit am Zustandekommen der Urkunde ein Interesse haben.

Fn 13 - Vgl. einen Fall unwirksamer notarieller Selbstbeurkundung im Walliser Entscheid vom 23.2.1982, RVJ 1982 S. 236-244, wo ein Notar als Bürge neben seine private Bürgenunterschrift sein eigenes Notariatsiegel gesetzt hatte. Unbefriedigend an dem Entscheid war, dass der Notar von seiner groben Amtspflichtverletzung profitiert hat, indem jede Haftung seinerseits wegen des Selbstverschuldens der Gläubigerin verneint wurde: "La

nullité du cautionnement saute aux yeux et la banque aurait pu et dû s'en rendre compte au premier coup d'oeil si elle avait fait preuve d'un minimum d'attention. La demande doit, dès lors, être rejetée."

Fn 14 - NG BE Art. 27 Abs. 2 lässt auch die Benachteiligung in Betracht fallen ("...zu dessen Gunsten **oder Lasten** eine Verfügung getroffen wird..."), was nach der hier vertretenen Auffassung zu weit geht; auch der Bundesgesetzgeber qualifiziert in Art. 503 Abs. 2 ZGB nur die Begünstigung, nicht die Benachteiligung als ausstands-begründend. Dass die Urkundsperson nicht beurkunden soll, wenn sie selbst oder Nahestehende am Zustandekommen der Urkunde interessiert sind, ist ein Grundsatz von höherer Legitimität als der nur äusserlich ähnliche, materiell aber andersartige Grundsatz, die Urkundsperson solle nicht beurkundend tätig sein, wenn sie selbst

****S. 466****

1635 - Erläuterung: Der Begriff der ausstands begründenden Angelegenheit ist bei der Beurkundung individueller Erklärungen weit zu fassen. Hier bezwecken die Ausstandsregeln primär, den rechts- und geschäftsunkundigen Verfahrensbeteiligten unparteiliche Belehrung und Vertragsformulierung zu gewährleisten. Parteilichkeit der Urkundsperson ist relativ leicht möglich, jedoch schwer zu kontrollieren und hinterlässt kaum je solcherart klare Spuren, dass die fehlbare Urkundsperson später zur Rechenschaft gezogen werden könnte. Nur weit ausgreifende und streng angewandte Ausstandsvorschriften können hier die Erreichung des Zwecks gewährleisten.

1636 - Ob im konkreten Fall ein Begünstigungsinteresse tatsächlich vorliegt, spielt keine Rolle. Wesentlich ist, ob ein solches Interesse typischerweise zu vermuten ist¹⁵.

1637 - Das ausstands begründende Begünstigungsinteresse ist bei allen jenen Personen anzunehmen, deren Rechtsstellungen und rechtliche Anwartschaften durch die Beurkundung konkret verbessert werden - bei letztwilligen Verfügungen also bei eingesetzten Erben und Vermächtnisnehmern -, ferner bei jenen weiteren, von der Urkunde rechtlich betroffenen Personen, deren Rechtsstellung bei parteilicher Haltung der Urkundsperson günstiger gestaltet werden könnte, als es in der Urkunde tatsächlich geschieht - d.h. beispielsweise für alle künftigen gesetzlichen Erben des Testators. Bei Bürgschafts- und Verpfändungserklärungen liegt ein analoges, ausstands begründendes Begünstigungsinteresse bei den Gläubigern und bei den Hauptschuldnern.

1638 - Die Einsetzung als Willensvollstrecker gilt im schweizerischen Beurkundsrecht¹⁶ nicht als ausstands begründende Begünstigung¹⁷.

oder Nahestehende an der Verhinderung der Beurkundung interessiert sein könnten. Durch die Vornahme der Beurkundung führt die Urkundsperson den Tatbeweis, dass sie sich nicht vom Verhinderungsinteresse leiten lässt.

Fn 15 - Die Ausstandsregeln dienen auch dem Ansehen der Urkundsperson und des Beurkundungswesens in der Öffentlichkeit, so dass jeder Anschein einer möglichen Befangenheit vermieden werden soll. Vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichtes AG vom 9.12.1983 i.S. Maurer, AGVE 1985, S. 365-371 (Vermeidung jeder "Besorgnis der Befangenheit").

Fn 16 - Anders das deutsche BeurkG, welches in § 27 die Einsetzung zum Willensvollstrecker (in deutscher Terminologie: zum Testamentsvollstrecker) als ausstands begründende Begünstigung bezeichnet. Dieser Entscheid des Gesetzgebers wird von HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar, S. 432, N 7 zu § 27 bedauert: "In der Praxis wird die Bestimmung oft umgangen, meist in der Weise, dass in dem notariellen Testament lediglich 'Testamentsvollstreckung nach Massgabe einer besonderen Urkunde' angeordnet wird und dass der Erblasser dann den Notar in einem eigenhändigen oder in einem vor einem anderen Notar errichteten Testament zum Testamentsvollstrecker ernennt. Hierfür besteht ein Bedürfnis. Der Notar ist unter Umständen seit Jahrzehnten Vertrauensperson des Erblassers. ... Die Möglichkeit, dass der Notar sich zum Testamentsvollstrecker ernennen lässt, nur um sich den Vorteil der Testamentsvollstreckergebühren zuzuwenden, sollte man demgegenüber gering einschätzen."

****S. 467****

Dass Urkundspersonen sich in den von ihnen beurkundeten letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen selber als Willensvollstrecker einsetzen lassen, ist üblich und kann insofern toleriert werden, als eine solche Einsetzung kaum die Gefahr parteilicher Belehrung schafft.

1639 - Die Beurkundung ist nicht als die "Angelegenheit" von Übersetzern und Schätzungsexperten zu qualifizieren. Diesen Personen kommt die Funktion von Gehilfen der Urkundsperson zu. Ihre Verfahrensteilnahme ist insofern keine "private". Diese Personen dürfen der Urkundsperson nahe stehen.

c) Persönliches Nahestehen

1640 - *Der Begriff des Nahestehens ist folgendermassen zu umschreiben:*

aa. Verwandtschaftliches Nahestehen und ähnliche Tatbestände (gemeinsamer Haushalt)

1641 - *Verwandtschaft ist ausstandsbegründend, wenn eines der in Art. 503 Abs. 1 ZGB genannten Verwandtschaftsverhältnisse zwischen der Urkundsperson und einer natürlichen Person vorliegt, als deren Angelegenheit die Beurkundung zu qualifizieren ist: Aszendenz und Deszendenz in gerader Linie, Geschwisterschaft, gegenwärtige Ehe¹⁸.*

1642 - *Wo die Kantone weitere Verwandtschaftsverhältnisse als ausstandsbegründend bezeichnen, sollten die betreffenden Vorschriften als Ordnungsvorschriften qualifiziert werden.*

1643 - *Da bei der Beurkundung individueller Erklärungen Parteilichkeit der Urkundsperson relativ leicht möglich ist, besteht ein sachlicher Grund, hier den Kreis ausstandsbegründender Verwandtschaftsverhältnisse weit zu ziehen und der Urkundsperson, im Sinne von Ablehnungspflichten, welche in*

Fn 17 - Vgl. ZH NV § 134: "Bei öffentlichen Testamenten und Erbverträgen darf sich der Notar nicht als Willensvollstrecker empfehlen", womit e contrario gesagt ist, dass er das Mandat grundsätzlich annehmen darf; NG BE Art. 27 Abs. 3 letzter Satz: "Der Notar ist ... nicht ausgeschlossen, wenn er in der Urkunde mit weiteren haupt- oder nebenberuflichen Geschäften betraut wird." - § 7 des deutschen BeurkG erklärt Beurkundungen von Willenserklärungen insoweit als unwirksam, als sie darauf gerichtet sind, dem Notar oder gewissen ihm nahestehenden Personen einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen. Die Benennung des Notars zum Testamentsvollstrecker wird als Begünstigung verstanden, die gemäss § 7 von dem benannten Notar nicht selber rechtswirksam beurkundet werden kann; vgl. HUH/VON SCHUCKMANN, N. 5 zu § 7 BeurkG.

Fn 18 - So ZH NG § 34 und ZH NV § 74 lit. a, c, § 75 lit. a; NG BE Art. 27 Abs. 1 lit. b.

****S. 468****

die freie Notarwahl der Klientschaft eingreifen¹⁹, nicht jedoch die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes beschlagen, auch das Handeln in den Angelegenheiten entfernterer Verwandter zu untersagen.

1644 - *Als allgemeine Ordnungsvorschriften dieser Art sollte, auch ohne ausdrückliche Verankerung in einzelnen kantonalen Erlassen, die Ausstandspflicht anerkannt werden bei*

- *Schwiegereltern- und -kindschaft²⁰;*
- *direkter Schwägerschaft²¹ (d.h. Ehe mit einem Geschwisterteil; Geschwisterschaft mit dem Ehegatten);*
- *Stiefeltern- und -kindschaft²²;*
- *Pflegeeltern- und -kindschaft;*
- *Halb- und Adoptivgeschwisterschaft²³;*
- *Verlöbnis²⁴ und Konkubinat²⁵*

zu einer Person, in deren Angelegenheit beurkundet wird.

bb. Vertragliches Nahestehen

1645 - *Gegenwärtig bestehende Vertragsverhältnisse sind bei Mehrparteien-Geschäften ausstands begründend, die Urkundsperson zu einzelnen zu Urkund*

Fn 19 - Vgl. zur Abgrenzung zwischen zwingenden Ausstandsgründen auf der Ebene der Beurkundungsvoraussetzungen und dem Eingriff der Urkundsperson in die freie Notarwahl der Klientschaft aus persönlichen, bei der Urkundsperson liegenden Gründen, vorn Ziff. 866 ff.

Fn 20 - So ZH NV § 74 lit. b und d (wobei der Verwandtenkreis auch auf Schwieger-Grosseltern und -Urgrosseltern und Schwieger-Grosskinder ausgedehnt wird); NG BE Art. 27 Abs. 1 lit. b: die Ehegatten der Aszendenten, Deszendenten (Verwandte in gerader Linie) und Geschwister. Dies schliesst - als schwer einsehbare Konsequenz - die notarielle Tätigkeit zugunsten des Schwiegersohnes, nicht aber zugunsten des Schwiegervaters aus; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 76, N 21 zu Art. 27 NG BE.

Fn 21 - So NG BE Art. 27 Abs. 1 lit. b: die Ehegatten der Aszendenten, Deszendenten (Verwandte in gerader Linie) und Geschwister.

Fn 22 - Anders MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 76, N 22 zu Art. 27 NG BE. MARTIS Auffassung ist aufgrund des Gesetzeswortlautes dahingehend einzuschränken, dass notarielle Tätigkeit für Stiefeltern, welche gegenwärtige Ehegatten eines noch lebenden Aszendenten sind, unzulässig ist.

Fn 23 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 76, N 23 zu Art. 27 NG BE.

Fn 24 - So DANIEL SANTOSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 38, N 109.

Fn 25 - Vgl. ZH NG § 20 lit. c, wo dieser Tatbestand etwas weiter definiert wird und alle Personen umfasst, die mit der Urkundsperson in gemeinsamem Haushalt leben. Als Soll-Vorschrift verdient diese Regel (unter Einschluss aller im gemeinsamen Haushalt mit der Urkundsperson zusammenlebenden Personen) allgemeine Beachtung. In diesem Sinne auch DANIEL SANTOSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 51, N 152.

****§. 469****

erklärenden Personen oder von diesen vertretenen Sachbeteiligten in einem der nachfolgenden Vertragsverhältnis steht:

- einfache Gesellschaft²⁶, sofern diese von Dauer ist und wesentliche wirtschaftliche Verhältnisse der Gesellschafter erfasst; dies ist namentlich der Fall bei Büro-Partnerschaften von Notaren und Rechtsanwälten, welche den Charakter von Gewinn- und Verlustgemeinschaften haben: jeder Gesellschafter steht jedem anderen nahe;

- Arbeitsvertrag, sofern die Urkundsperson in diesem Vertragsverhältnis die Arbeitnehmerin ist²⁷;

- aktuelles oder abgeschlossenes Anwaltsmandat in einer den Beurkundungsgegenstand unmittelbar berührenden Sache²⁸;

1646 - *Andere Vertragsverhältnisse wie Darlehen, Mietverhältnisse, Kauf- und Werkverträge, ferner ständige Beratungs- oder Interessewahrungsfunktionen²⁹ der Urkundsperson zugunsten einer zu Urkund erklärenden Partei begründen kein Nahestehen im Sinne der Ausstandsvorschriften, wohl aber unter Umständen die Befugnis der Urkundsperson, in die freie Notarwahl der Klientschaft einzugreifen und diese an eine bezüglich des betreffenden Geschäftes weniger befähigte Urkundsperson weiterzuweisen³⁰.*

1647 - *Bei einseitig abgegebenen individuellen Erklärungen (Errichtung von letztwilligen Verfügungen und Stiftungen, Grundpfand- und Bürgschafterrichtung ohne Gläubigermitwirkung, eidesstattliche Erklärungen) sind vertragliche Beziehungen zu der erklärenden Person - mit Ausnahme eines Arbeitsvertrages, aufgrund dessen die Urkundsperson Angestellte der zu Urkund erklärenden Person ist - nicht ausstands begründend.*

Fn 26 - Bezüglich des verbandsrechtlichen Nahestehens bei anderen Gesellschaftsformen vgl. hienach Ziff. 1655 ff.

Fn 27 - DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 50, N 148, weicht in diesem delikaten Punkt einer klaren Stellungnahme aus mit der Bemerkung, die freiberufliche Urkundsperson sei in der Regel selbständigerwerbend. - Nicht nur das bernische Beurkundungsrecht sondern auch dasjenige anderer Kantone lässt in diesem Punkt eine ausdrückliche Normierung vermissen. Gewiss kommt es keinem für die Ausstandsproblematik sensiblen Notar in den Sinn, seinen Ehevertrag, seinen Grundstückskauf oder eine von ihm präsierte Generalversammlung durch den von ihm angestellten Junior öffentlich beurkunden zu lassen; es ist diesbezüglich eine ungeschriebene Regel anzunehmen.

Fn 28 - Ähnlich ZH NG § 20 Abs. 2: Ausstandsbe gründend ist gesetzliche Vertretung oder [rechtsgeschäftliche] Bevollmächtigung.

Fn 29 - Vgl. den Ausstandsgrund der "privaten Beratung und Interessenwahrung" in ZH NV § 79, wobei hier auch andere als rein vertraglich begründete Beziehungen erwähnt werden: Testamentsvollstreckung, Erbenvertretung, Erbteilung.

Fn 30 - Vgl. zur Abgrenzung zwischen zwingenden Ausstandsgründen auf der Ebene der Beurkundungsvoraussetzungen und dem Eingriff der Urkundsperson in die freie Notarwahl der Klientschaft aus persönlichen, bei der Urkundsperson liegenden Gründen, vorn Ziff. 866 ff.

****S. 470****

1648 - Hingegen soll die Urkundsperson in diesen Fällen keiner erklärungsbegünstigten Drittperson, namentlich nicht dem Pfand- oder Bürgschaftsgläubiger mit einem der dargestellten Vertragstypen vertraglich nahestehen. Es ist also unbedenklich, dass eine freiberufliche Urkundsperson die Bürgschaftserklärung oder die Grundpfanderrichtung ihrer eigenen Anwalts-Klientschaft öffentlich beurkundet, nicht jedoch, dass der Anwalt der Gläubigerbank dies tut. Gleicherweise ist es unbedenklich, dass der Anwalt des Testators dessen letztwillige Verfügung beurkundet, nicht jedoch, dass der Anwalt eines der Erben oder eines Vermächtnisnehmers dies tut³¹.

1649 - Erläuterung: Das vertragliche Nahestehen sollte allemal nur als Element von Ordnungsvorschriften gewürdigt werden³². Das Vorhandensein von Vertragsbeziehungen ist zum Teil geheimnisgeschützt, allemal schwer zu beweisen und sollte im Interesse der Rechtssicherheit demgemäss nicht die Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes zu Folge haben.

1650 - Auch wenn bei vertraglichem Nahestehen die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes grundsätzlich nicht in Frage gestellt wird, bleibt zu unterscheiden von krassen Fällen, in welchen das Handeln der Urkundsperson zumindest als disziplinarisch und allenfalls haftungsrechtlich relevant erscheint, und den weniger krassen Fällen, in welchen ein Eingriff in die freie Notarwahl der Klientschaft um des öffentlichen Ansehens des Beurkundungswesens im Sinne einer blossen Soll-Vorschrift geboten ist.

1651 - Freiberufliche Anwalts-Notare haben - im Sinne einer klaren Rechtspflicht - bezüglich aller Angelegenheiten in den Ausstand zu treten hat, in welchen sie einen Klienten anwaltlich-einseitig beraten oder gegenüber Dritten vertreten. Eine doppelte Moral ist abzulehnen, welche darin bestünde, dass der gleiche Jurist zunächst mit seinem Anwaltsklienten eine für diesen günstige Rechtsgestaltung entwirft, anschliessend in die Rolle der neutralen Urkundsperson tritt (oder zu treten vorgibt) und die Gegenpartei in eine weitere Beratungsphase einbezieht, die nun notariellen Charakter hätte. Der Anwalts-Notar hat

Fn 31 - Mit der Formulierung dieser Regel wird die Unsitte abgelehnt, gemäss welcher namentlich freiberufliche Urkundspersonen Erbeinsetzungen und Legate zugunsten wohlthätiger Institutionen beurkunden, deren Stiftungsräten und Verwaltungen sie selber angehören. Auch wenn oft nichts dagegen einzuwenden wäre, dass die Urkundsperson die ihr selber nahestehenden Institutionen nennt, wenn sie von der Klientschaft um die Empfehlung unterstützungswürdiger Destinatäre angefragt wird, so müssen solche Beurkundungen doch den Trend zu unzulässigen Beeinflussungsversuchen unterstützen und das öffentliche Ansehen des Beurkundungswesens beein-

trächtigen. Die Gemeinnützigkeit einer Institution kann von der ihr nahestehenden Urkundsperson nicht als Legitimation für beurkundungsrechtlich fragwürdige Beeinflussungsversuche angerufen werden.

Fn 32 - In diesem Sinne auch DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 53 unten.

****S. 471****

also den bisherigen Anwalts-Klienten fortab als "nahestehende Person" im Sinne der Ausstandsregeln zu betrachten, sobald er ihn bezüglich des Beurkundungsgegenstandes anwaltlich beraten hat³³.

1652 - Die Missachtung des Ausstandsgrundes der anwaltlichen Parteilichkeit muss ungeachtet der positivrechtlichen kantonalen Ausstandsvorschriften als eine schwere Pflichtverletzung betrachtet werden³⁴.

1653 - Kein Ausstandsgrund liegt vor, wenn die Urkundsperson für eine beteiligte Partei wiederholt beurkundend tätig ist und aus den Beurkundungsaufträgen, welche ihr diese Partei zuhält, ein regelmässiges Honorareinkommen erzielt. Dass solche Konstellationen Abhängigkeiten erzeugen können, die denjenigen eines Arbeitsverhältnisses nahekommen, liegt auf der Hand. Aber der Tatbestand der mandatsrechtlichen Abhängigkeit lässt sich normativ nicht sinnvoll bestimmen und bleibt demgemäss ausserhalb des Kreises formeller Ausstandsgründe.

1654 - Die Beschränkung der Ausstandspflicht bei einseitig abgegebenen individuellen Erklärungen auf die Fälle des notariellen Nahestehens zu urkunden-begünstigten Personen begründet sich daraus, dass der Hauptzweck der Beurkundung im Schutz der zu Urkund erklärenden Partei vor Unbedacht liegt. Die am Beurkundungsverfahren nicht teilnehmenden Urkunden-Adressaten, ferner bei letztwilligen Verfügungen die Erben und Vermächtnisnehmer bedürfen dieses Schutzes von Beurkundungsrechts wegen nicht. Die Verkürzung der vor Unbedacht zu schützenden, verfahrensbeteiligten Partei in ihrem Schutzanspruch ist nur zu befürchten, wenn enge Beziehungen der Urkundsperson zu Drittbegünstigten eine **Parteilichkeit zu Ungunsten der zu Urkund erklärenden Partei** gewärtigen lässt. Steht die Urkundsperson der ein-

Fn 33 - Dieses Nahestehen bezieht sich nur auf die Beurkundungen individueller Erklärungen. Bei den Protokollierungen und bei den übrigen Sachbeurkundungen hat die unparteiliche notarielle Beratung keine Bedeutung, so dass das Risiko ausstandsbegründender Parteilichkeit als ausgeschlossen erscheint. Der Anwalts-Notar darf also anwaltliche Beratung über eine Unternehmens-Umstrukturierung geben und anschliessend die erforderlichen Gesellschaftsgründungen und -fusionen notariell protokollieren. Hingegen soll er nicht den einen Ehegatten im Ehetrennungsverfahren anwaltlich betreuen und anschliessend für beide Ehegatten die Gütertrennung beurkunden.

Fn 34 - Wird die notarielle Ausstandspflicht aus den gleichen Grundsätzen wie die richterliche Ausstandspflicht abgeleitet, wie dies bei DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 19-21, geschieht, so gerät gerade jener Befangenheitstatbestand aus dem Blickfeld, mit welchem sich die Normierung des freiberuflichen Notariats in erster Linie befassen sollte, nämlich die anwaltliche bzw. "nebenberufliche" Beratung der einen Partei durch die Urkundsperson im Hinblick auf eine anschliessende Mehrparteien-Beurkundung. SANTSCHI behandelt diesen Tatbestand nicht ausdrücklich, sondern lässt ihn nur in dem "allgemeinen Aufgangsausstandsgrund" aufscheinen, den er dahingehend umschreibt, dass "die Urkundsperson zu einem beliebigen Beteiligten in einem Verhältnis steht, das sie als befangen erscheinen lassen kann" (a.a.O. S. 53 unten).

****S. 472****

zigen im Verfahren vor Unbedacht zu schützenden Partei nahe, so kann darin kein Nachteil erblickt werden.

cc. Verbandsrechtliches Nahestehen

1655 - *Verbandsrechtliche Rechtsverhältnisse sind in folgenden Fällen ausstandsbegründend:*

1656 - (a) *Beim Vorliegen einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft³⁵ steht jeder Gesellschafter jedem anderen nahe, sofern das Gesellschaftsverhältnis wesentliche wirtschaftliche Verhältnisse der Gesellschafter erfasst³⁶;*

1657 - (b) *bei Mitgliedschaft in den Exekutivorganen von Verbandspersonen (Verwaltungsrat, Stiftungsrat, Vereinsvorstand; Gemeinderat; Regierungsrat) steht jedes Organmitglied der Verbandsperson (nicht jedoch den andern Organmitgliedern und nicht den Verbandsmitgliedern) nahe³⁷;*

1658 - *Ausnahmen sind, wie beim vertraglichen Nahestehen, zu postulieren für die einseitig abgegebenen individuellen Erklärungen. Hier soll die Urkundsperson der erklärungsbegünstigten Drittperson nicht in einschlägiger Weise nahestehen, wohl aber darf sie der erklärenden Person selber, für deren Schutz vor Unbedacht sie zu sorgen hat, nahestehen. Bei Verpfändungserklärungen zwischen Aktiengesellschaften darf die Urkundsperson also dem Verwaltungsrat der verpfändenden Partei angehören; sie soll jedoch nicht demjenigen der Pfandgläubigerin angehören.*

1659 - Erläuterung: Uneinheitlich ist in den Kantonen die Frage geregelt, ob die Organschaft als solche oder nur die mit Vertretungsberechtigung nach aussen oder mit besonderen Geschäftsleitungsfunktionen³⁸ ver-

Fn 35 - NG BE Art. 27 Abs. 1 lit. c.; die nachfolgende Einschränkung ergibt sich aus der Gesetzesnorm nicht unmittelbar, ist aber auf dem Wege der Auslegung zu gewinnen.

Fn 36 - Als nicht ausstandsbegründend sollten solche Gesellschaftsverhältnisse dann betrachtet werden, wenn sie sich auf blosse Teilbereiche der wirtschaftlichen Verhältnisse der Urkundsperson beschränken (vergleichbar einem einzelnen Anwaltsmandat, von welchem der Anwalt ebenfalls nicht einkommensmässig abhängig ist), wie etwa auf die Innehabung eines Grundstücks durch eine nicht-kommerzielle Kollektivgesellschaft oder auf Innehabung einer Kommandite, sofern diese nicht den Hauptteil des Vermögens oder der Ertrag daraus das Haupteinkommen des Kommanditärs darstellt.

Fn 37 - Anders NG BE Art. 27 Abs. 1 lit. d, wo nur die Zeichnungsberechtigung für die juristische Person das Nahestehen begründet; MARTI Notariatsrecht, (1983) S. 76, N 25 und S. 77, N 27 zu Art. 27.

Fn 38 - Vgl. den Entscheid der VerwG AG vom 11.8.1975, AGVE 1975 S. 146-152, wo gestützt auf den Verordnungswortlaut die Grundpfandbeurkundung eines Notars als zulässig bezeichnet wurde, welche dem Verwaltungsrat, aber nicht dem geschäftsleitendem Ausschuss der Gläubigerbank angehört hatte. Das VerwG deutet am Ende seiner Erwägungen Bedenken an, war aber der Auffassung, dass nur der Gesetzgeber für Abhilfe sorgen könne.

****S. 473****

bundene Organschaft das Nahestehen begründet. Richtigerweise wird die Vertretungsberechtigung (Zeichnungsbefugnis) in diesem Zusammenhang als irrelevant betrachtet; die blosse Organmitgliedschaft begründet das Nahestehen zur juristischen Person. Die Zeichnungsbefugnis ist allenfalls von Belang für die externe Erkennbarkeit der Organmitgliedschaft, nicht aber für die Interessennähe des Organmitglieds zum Verband. Der Ausstandsgrund besteht zeitlich vom Eintritt bis zum Ausscheiden der Urkundsperson aus dem betreffenden Organ, unabhängig von den Daten der betreffenden handelsregisterlichen Publikationen³⁹.

1660 - Unschädlich ist bei juristischen Personen die Eigenschaft des nicht-beherrschenden Gesellschafters. Die Urkundsperson kann Erklärungen einer AG, GmbH oder Genossenschaft beurkunden, deren nicht-beherrschender Aktionär, Gesellschafter oder Genossenschafter sie ist.

1661 - Vorbehalten bleibt der Ausstandsgrund der beherrschenden Beteiligung. Besteht eine solche, so ist das Risiko parteilicher Beurkundungstätigkeit zu gross, als dass die Hauptaktionärin-Urkundsperson selber die Verträge "ihrer" Gesellschaft beurkunden dürfte. Da der Ausstandsgrund der beherrschenden Beteiligung in den meisten Beurkundungserlassen nicht erwähnt und in der

Praxis oft nicht kontrollierbar ist, muss er als blosser Ordnungsregel, jedoch mit Geltung in allen Kantonen, postuliert werden.

1662 - Andere Konstellationen des persönlichen Nahstehens wie Freundschaft und Feindschaft sind normativ nicht zu erfassen, in der Praxis kaum zu kontrollieren, und sollten als Ausstandsgründe deshalb normativ ausser Betracht fallen. Haben einzelne Verfahrensbeteiligte vom Vorhandensein solcher Beziehungen Kenntnis und nehmen sie daran Anstoss, so steht ihnen frei, ihre Teilnahme am Beurkundungsverfahren vor der betreffenden Urkundsperson zu verweigern.

d) Berufsethische Ausstandsregeln

1663 - *Wo eine grössere Zahl freiberuflicher Urkundspersonen in örtlicher Nähe praktizieren, sind auch ohne ausdrückliche Gesetzesvorschriften weitergehende*

Fn 39 - Vgl. hierzu Entscheid der Notariatskammer BE vom 3.3.1987, BN 1988, S. 170-178 (unzulässige Beurkundungstätigkeit durch einen bernischen Notar, der nach Rücktritt aus dem Verwaltungsrat irrtümlich geglaubt hatte, seine Unterschrift sei im Handelsregister bereits gelöscht; der mangels Verschulden ergangene Freispruch wurde kritisiert in den redaktionellen Nachbemerkungen von PETER RUF, a.a.O. S. 178).

****§. 474****

*Ausstandsregeln im Sinne einer (rechtlich nicht sanktionierten) notariellen Standesethik zu postulieren*⁴⁰.

1664 - Erläuterung: Die Urkundsperson sollen sich von Beurkundungen fernhalten oder jedenfalls die Beteiligten auf den Sachverhalt hinweisen und ihnen den Beizug einer andern Urkundsperson anheimstellen, wenn sie durch Freundschaft, Feindschaft, verdeckte oder indirekte Vermögensinteressen mit dem Geschäft in einer Beziehung steht, die ihre Unparteilichkeit in Frage stellen könnte oder einer beteiligten Person (oder der Urkundsperson) die Beurkundung unangenehm macht. Wo für eine Beurkundung mehrere Urkundspersonen in Frage kommen, hat die Klientschaft eine echte, freie Notarwahl. Dies eröffnet der einzelnen Urkundsperson den in Ziff. 845 beschriebenen Ermessensspielraum bei der Ablehnung neuer Geschäfte. A fortiori muss in solchen Fällen ein Ablehnungsermessen zuerkannt werden, wenn sich die Urkundsperson in irgend einer Weise befangen fühlt. Verschweigt die Urkundsperson das Vorliegen eines derartigen, gesetzlich nicht umschriebenen Ausstandsgrundes, so kann dies der Urkundenentstehung nicht schaden⁴¹.

6. Kein begründeter Anlass zur Annahme, es würden beurkundungsrechtliche Wahrheitspflichten verletzt

1665 - *Wer eine individuelle Erklärung zu Urkund abgibt, ist zur Erklärungsabgabe nach bestem Wissen und Gewissen verpflichtet. Diese beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht ist eine umfassende. Sie beschränkt sich nicht auf rechtserhebliche Tatsachen.*

Fn 40 - So LU BeurkG § 20 Abs. 3 lit. b: Die Urkundsperson hat in den Ausstand zu treten, "wenn sie sich aus einem anderen sachlich vertretbaren Grund befangen fühlt". - DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 53, N 155 empfiehlt die Annahme eines allgemeinen Auffangausstandsgrundes, die die Ausstandspflicht immer und nur dann auslöst, wenn die Urkundsperson zu einem beliebigen Beteiligten in einem Verhältnis steht, das sie als befangen erscheinen lassen kann. - Vgl. in gleichem Sinne auch BALBI, Beurkundung in Nidwalden (1981) S. 103. - Allzu streng wohl MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 73, N 10 zu Art. 27, der Ausstandsgründe, welche über die gesetzlichen Tatbestände hinausgehen, für das bernische Recht ablehnt; die scharfe Zweiteilung Beurkundungspflicht/Ausstandspflicht, unter Verneinung eines dazwischenliegenden Ermessensbereichs, ist nur in jenen Ausnahmefällen gerechtfertigt, in denen für eine zeitgerechte Beurkundung nur eine einzige Urkundsperson überhaupt in Frage kommt.

Fn 41 - So zutreffend DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 53, N 155 a.E.

****S. 475****

1666 - Hat die Urkundsperson begründeten Verdacht, es werde nicht der wirkliche Wille oder das wirkliche Wissen erklärt, so schiebt sie, unabhängig von der Rechtserheblichkeit der vermuteten Unwahrhaftigkeit, die Durchführung des Beurkundungsvorganges so lange auf, bis die Zweifel behoben sind⁴².

1667 - Erläuterung: Urkundenstrafrechtlicher Ahndung unterliegt die unwahre Erklärungsabgabe nur, wenn der daraus hervorgehende Urkundeninhalt rechtserheblich sowie beweisgeeignet und -bestimmt ist. - Beurkundungsrechtlich muss dagegen umfassende Wahrhaftigkeit der Beteiligten gefordert werden, unabhängig von der Rechtserheblichkeit, Beweiseignung und -bestimmung der betreffenden Erklärungsinhalte⁴³.

§ 65 Vorbereitung des Beurkundungsvorgangs

1668 - Vorbemerkung: Die Vorbereitung des Beurkundungsvorganges umfasst typischerweise sechs notarielle Tätigkeiten, nämlich

- 1.) gewisse tatbeständliche Ermittlungen bezüglich der verfahrensbeteiligten Personen und rechtliche Prüfungen bezüglich der Beurkundungsvoraussetzungen,
- 2.) die Entgegennahme der Klienteninstruktionen durch die Urkundsperson,
- 3.) (eventuell) die notarielle Beratung,
- 4.) die Festlegung des Geschäftsinhaltes,
- 5.) die notarielle Belehrung und
- 6.) die Formulierung des Urkundenentwurfs.

Diese Tätigkeiten sind in der Praxis oft nicht voneinander zu trennen und erfolgen meist nicht in zeitlich gestaffelten Abschnitten, sondern teilweise gleichzeitig, teilweise in zufälliger Abfolge. Zuweilen vermag die Klientschaft ihren Geschäftswillen erst aufgrund der notariellen Beratung⁴⁴ anhand eines Urkundenentwurfs zu konkretisieren.

Fn 42 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 81, N 6 zu Art. 29 NG BE.

Fn 43 - Vgl. hierzu Ziff. 1104 ff.

Fn 44 - Hierauf weist JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 45, N 172, hin. - Zur notariellen Beratung vgl. Ziff. 1783 ff..

****S. 476****

1669 - In den kantonalen Gesetzen sind die verschiedenen Elemente oft in einem einzigen Paragraphen zusammengefasst⁴⁵. Es dient jedoch der dogmatischen Klarheit, die Elemente zum Zwecke ihrer rechtlichen Erörterung einzeln darzustellen.

Die verschiedenen Vorbereitungshandlungen lassen sich einzeln wie folgt darstellen:

1. Personelle Ermittlungen

1670 - Bezüglich der notariellen Pflicht zur Vornahme personeller Ermittlungen kann auf das vorn Gesagte verwiesen werden, nämlich für die Identität auf Ziff. 954 ff., die Urteils- und Handlungsfähigkeit auf Ziff. 986 ff., die Existenz juristischer Personen und Zeichnungsberechtigung ihrer Vertreter auf Ziff. 1015 ff., die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung einer in fremdem Namen handelnden Person auf Ziff. 1030 ff., die Vertretungsbefugnis gesetzlicher Vertreter auf Ziff. 1049 ff., den Zivilstand natürlicher Personen auf Ziff. 1056 ff., den Güterstand verheirateter Personen auf Ziff. 1062 ff.

2. Inhaltliche Ermittlung (Inhalt der Erklärungen zu Urkund)

1671 - Die Urkundsperson entnimmt den Inhalt der zu beurkundenden Erklärungen den Auskünften der Klientschaft oder ihrer Vertreter, d.h. der Klienteninstruktion, welche sie mit gehöriger Sorgfalt würdigt⁴⁶.

Fn 45 - Vgl. etwa BS NG § 3: "Bei der Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen haben die Notare den Willen der Parteien sorgfältig zu ermitteln, ihn erschöpfend und verständlich in Schrift zu fassen, die Urkunde vollständig zur Kenntnis der Parteien und allfälliger Mitwirkender zu bringen und sich vor der Unterzeichnung, nötigenfalls durch Befragen der Parteien und durch Erläuterung des Inhalts, zu vergewissern, dass die Fassung verstanden und gebilligt worden ist, und dass bei Verträgen Übereinstimmung über alle wesentlichen Punkte besteht."

Fn 46 - In der Lehre wird die Ermittlung des Parteiwillens "mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt" verlangt; vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 59, N 67; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 44, N 170.

****S. 477****

1672 - Dabei hat sich die Urkundsperson im Rahmen ihrer Möglichkeiten⁴⁷ zu vergewissern⁴⁸, dass die erhaltene Instruktion dem wirklichen Willen und Wissen des Erklärenden entspricht⁴⁹.

1673 - Während des Beurkundungsvorgangs ist die Urkundsperson verpflichtet, der Lesung und Genehmigung des Urkundentextes seitens der Erschienenen beizuwohnen und sich von diesen Vorgängen in eigener Wahrnehmung zu vergewissern.

1674 - Erläuterung: Bei den individuellen Erklärungen erfolgt die Ermittlung des Erklärungsinhaltes typischerweise in drei Phasen. In der ersten Phase wird die Klienteninstruktion entgegengenommen und unter den Gesichtswinkeln der Widerspruchsfreiheit, Ernsthaftigkeit und Vernünftigkeit gewürdigt. - Für diesen Teil der Sachverhaltsermittlung (d.h. für die erstmalige Ermittlung des wirklichen Willens und Wissens der Sachbeteiligten und ihrer allfälligen Stellvertreter) gibt es keine besonderen Rechtsregeln. Der Urkundsperson steht kein anderes Mittel der Wahrheitsfindung zu Gebot als das Gespräch mit der Klientschaft⁵⁰. Die Klienteninstruktion kann in beliebiger Weise, mündlich oder schriftlich, direkt oder indirekt (im letzteren Fall: durch Vermittlung von Stellvertretern der Sachbeteiligten oder von Hilfspersonen der Urkundsperson) übermittelt werden; die notarielle Würdigung der Klienteninstruktion ist durch keine Verfahrensvorschriften geregelt.

1675 - In der zweiten Phase formuliert die Urkundsperson den Urkundenentwurf aufgrund der von ihr bis dahin ermittelten Inhalte der Klienteninstruktion. Dabei ist sie nicht nur befugt, sondern verpflichtet, eine unvollständige Klienteninstruktion in dem Sinne selbständig

Fn 47 - Soweit die Klienteninstruktion nicht widersprüchlich oder unglaubwürdig erscheint, muss sich die Urkundsperson auf die erhaltenen Angaben verlassen; vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 59, N 67.

Fn 48 - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 94, spricht davon, dass die Urkundsperson sich zu überzeugen hat.

Fn 49 - Bezüglich der Inhaltskontrolle und der Pflicht zum Abbruch des Verfahrens bei objektiven Anhaltspunkten für Unwahrhaftigkeit der Klientschaft vgl. Ziff. 1714 ff. - Zur notariellen Wahrheitspflicht bei der Ermittlung des wirklichen Parteiwillens vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 44, N 170, mit Verweis auf BGE vom 8.12.1951 in ZBGR 33 (1952) S. 75 ff., E. 2, BGE 78 IV 112, WILLY MEIER, Wahrheitsuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (12), ROLAND BÜHLER, Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege, ZBGR 63 (1982) S. 321 ff. (345), FORSTMOSER, Aktienrecht (1981) S. 12 f. § 9, N 150.; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 91.

Fn 50 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 44, N 170; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 95; WILLY MEIER, Wahrheitsuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (12), hält fest, dass die Urkundsperson zu weiteren Abklärungen, ins-

besondere zu Gesprächen mit Dritten nicht verpflichtet ist. Dem ist beizufügen, dass die Urkundsperson wegen des Amtsgeheimnisses zu solchen Gesprächen auch gar nicht befugt ist.

****§. 478****

zu ergänzen, als sie einen nach Ortsübung und notarieller Erfahrung vollständigen Vertragstext entwirft, der auch jene üblicherweise geregelten Punkte abdeckt, an welche die Klientschaft bei der Erteilung der Instruktion nicht gedacht hat. Auf solche von der Urkundsperson selbständig eingebrachte Klauseln sind die Klienten ausdrücklich hinzuweisen. Die Urkundsperson hat sich spätestens anlässlich des Beurkundungsvorgangs davon zu vergewissern, dass die Klienten bzw. ihre Stellvertreter diese Klauseln verstanden haben und tatsächlich wollen⁵¹.

1676 - Anlässlich der dritten Phase, d.h. anlässlich der Lesung des Urkundenentwurfs im Beurkundungsvorgang, haben die zu Urkund erklärenden Personen zu kontrollieren, ob der Entwurf ihren Willen und ihr Wissen wahrheitsgemäss wiedergibt. Durch ihre Urkundengenehmigung, die ausdrücklich erklärt werden kann, im Unterzeichnungsakt aber stets auch implizit enthalten ist, geben sie der Urkundsperson zu erkennen, dass sie deren Ermittlungs- und Formulierungsarbeit im Sinne der Textgenehmigung⁵² gutheissen. Dies hinwiederum ist für die Urkundsperson die Bestätigung, dass sie die wirklichen Willens- und Wissensinhalte der Erschienenen in der ersten Phase richtig ermittelt und mit ihrer Formulierungsarbeit in der zweiten Phase eine inhaltlich wahre Urkunde geschaffen hat⁵³.

1677 - Die Wahrheit der zu Urkund erklärten Inhalte wird verfahrensmässig also durch eine doppelte Informationskontrolle sichergestellt. In der ersten Phase kontrolliert die Urkundsperson die Klienteninstruktion⁵⁴, in der dritten Phase kontrollieren die Klienten die notarielle Formulierungsarbeit. Das kumulative Zusammenwirken dieser Kontrollen vermag den öffentlichen Glauben der Urkunde bezüglich der erklärten Willensinhalte zu begründen.

Fn 51 - Unterbleibt ein solcher Hinweis und behauptet eine Partei später, die betreffende Klausel überlesen oder überhört und nicht wirklich gewollt zu haben, so liegt allenfalls eine Verletzung der notariellen Belehrungspflicht, nicht jedoch eine solche der Wahrheitspflicht vor; a.M. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 59, N 66.

Fn 52 - Zum Begriff der Textgenehmigung vgl. Ziff. 1712.

Fn 53 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 81, N. 4 zu Art. 29 NG BE, fasst diese Bedeutung der Urkundengenehmigung seitens der erklärenden Personen im Satz zusammen: "Diese zweite Gewähr für die Wahrheit der öffentlichen Urkunde soll bewirken, dass der Notar eine richtige Wahrnehmung macht" - womit MARTI die richtige Wahrnehmung des Willens und Wissens der zu Urkund erklärenden Personen meint.

Fn 54 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 41: "Bei der öffentlichen Beurkundung privater Erklärungen erstreckt sich die Prüfungspflicht des Urkundsbeamten ... auf die Übereinstimmung von Geschäftswille und Erklärung;" ferner a.a.O. S. 94: "Die Beurkundung darf nur vorgenommen werden, nachdem sich der Urkundsbeamte davon überzeugt hat, dass die Erklärung dem Willen des Erklärenden entspricht."

****§. 479****

1678 - Zu den weiteren Amtspflichten anlässlich der Klienteninstruktion vgl. hinten, Ziff. 1686 ff.

3. Umfang der notariellen Prüfungspflicht

1679 - *Gemäss dem in Ziff. 1068 ff. Gesagten hat die Urkundsperson das Vorhandensein der Beurkundungsvoraussetzungen zu prüfen, ferner alle typischen rechtlichen Voraussetzungen für die Rechtmässigkeit und Gültigkeit des zu beurkundenden Geschäftes.*

1680 - *Unter dem Gesichtswinkel der typischen rechtlichen Voraussetzungen ist in erster Linie die inhaltliche Vollständigkeit der Urkunde zu prüfen, soweit eine allfällige Unvollständigkeit für*

die Gültigkeit des Geschäftes schädlich wäre und soweit die Unvollständigkeit für die Urkundsperson ersichtlich ist.

1681 - Zu prüfen ist ferner die rechtliche Zulässigkeit und Erfüllbarkeit des beabsichtigten Geschäftes in der von den Vertragsparteien beabsichtigten Gestalt.

1682 - Erläuterung: Wenn die Vertragsparteien einzelne Absprachen vor der Urkundsperson verheimlichen, so entziehen sie die betreffenden Vertragsinhalte der notariellen Prüfung. Die Verantwortung für die Rechtsfolgen liegt allein bei den Vertragsparteien.

1683 - Wenn die Vertragsparteien der Urkundsperson umfassend und wahrheitsgemäss Auskunft geben, aber ihre Absicht bekunden, bestimmte Absprachen in separaten öffentlichen Urkunden oder privatschriftlich zu treffen, so obliegt der Urkundsperson die Prüfung des Umfangs des Beurkundungszwangs. Sie hat darauf hinzuwirken, dass der ganze beurkundungsbedürftige Inhalt des Geschäftes in ein- und derselben Urkunde beurkundet wird.

1684 - Schliesslich hat die Urkundsperson zu prüfen, ob das Geschäft in der beabsichtigten Gestalt zulässig und erfüllbar ist. Hiezu gehört bei Grundstückkäufen insbesondere die Prüfung der Einhaltung von Pfandbelastungsgrenzen und Wiederveräusserungs-Sperrfristen, bei Verkäufen und Käufen von Ausländern die Einhaltung der Bewilligungserfordernisse und generell alles, was für die unbeanstandete Grundbucheintragung wesentlich ist - alles also, was nach erfolgter Grundbuchanmeldung auch vom Grundbuchverwalter geprüft werden wird.

1685 - Kein Gegenstand der notariellen Prüfungspflicht, sondern allenfalls der Belehrungspflicht ist die Verwendbarkeit des Grundstücks für die vom Erwerber in Aussicht genommenen Zwecke. Ob ein Altbau abgebrochen, ob er seinem bisherigen Zweck entfremdet werden darf,

****S. 480****

ob überbauungsbehindernde Bäume entfernt werden dürfen, ob die öffentliche Grundstückerschliessung und Zoneneinteilung eine bauliche Nutzung in naher Zukunft erlaubt etc., braucht von der Urkundsperson nicht im Rahmen der Vorbereitung des Beurkundungsvorgangs abschliessend geprüft zu werden; diesbezüglich genügen belehrende Hinweise an die Erwerberin, damit sich diese noch vor Vertragsunterzeichnung selber orientieren kann.

4. Entgegennahme der Klienteninstruktionen

1686 - Vorbemerkung: Die inhaltliche Vorbereitung des Beurkundungsvorganges erfolgt im Kontakt zwischen Urkundsperson und Verfahrensbeteiligten. Die Tätigkeit der Urkundsperson wird dabei etwa mit den Begriffen der Ermittlung des Parteiwillens und der Formulierung des Urkundenentwurfs charakterisiert. Statt von der Ermittlung des Parteiwillens wird häufig auch von dessen "Erforschung", im deutschen Beurkundungsrecht von der "Aufklärung" des Parteiwillens gesprochen.

1687 - Die "Erforschung des Parteiwillens" ist indessen ein Begriff, welcher in der Realität meist keine Entsprechung findet. Bei Routinegeschäften des Grundstücksverkehrs ergibt sich der Geschäftswille der Beteiligten in der Regel eindeutig aus einer kurzen mündlichen oder schriftlichen, an die Urkundsperson gerichteten Instruktion und bedarf keiner weiteren "Erforschung". Bei komplexeren Grundstückstransaktionen und bei familien- und erbrechtlichen Gestaltungen ist dieser Wille oft nichts Vorgegebenes, das als solches "erforscht" oder "ermittelt" werden könnte, sondern er ist etwas, was sich im Beurkundungsverfahren teilweise erst bildet, fortbildet und konkretisiert. Bei Mehrparteienverträgen gibt es zunächst nicht einen einzigen Parteiwillen, sondern es gibt so viele Willensinhalte wie es Vertragsparteien gibt.

1688 - Worum es in Wirklichkeit geht, ist die **Festlegung des Geschäftsinhaltes aufgrund der Klienteninstruktionen**. Dabei können die Klienteninstruktionen in der Mehrzahl gedacht werden - sie stammen zuweilen von verschiedenen Seiten und können widersprüchlich sein -, wogegen der schlussendlich beurkundete Geschäftsinhalt notwendigerweise in der Einzahl steht. Die Verfahrensbeteiligten haben sich bis zum Beurkundungsvorgang auf einen einzigen Geschäftsinhalt zu einigen. Aufgabe der Urkundsperson ist es, bei der Erarbeitung dieses einen Geschäftsinhaltes unparteilich, belehrend, formulierend, ferner - im Rahmen ihrer Möglichkeiten - bewusstseinsbildend nach den Regeln der Wahrheit und Klarheit mitzuwirken.

****S. 481****

a) Instruierende Personen

1689 - *Zur Vorbereitung des Beurkundungsvorganges gehört die Entgegennahme der Klienteninstruktion durch die Urkundsperson. Der Vorgang ist an keine Formerfordernisse gebunden, jedoch hat sich die Urkundsperson unter dem Gesichtswinkel der Interessewahrung der Sachbeteiligten von folgenden Regeln leiten zu lassen:*

1690 - *Die notarielle Unparteilichkeit erfordert von der Urkundsperson Offenheit nach allen Seiten. Die Urkundsperson darf keine geheimen Instruktionen entgegennehmen, sondern sie hat die von der einen Partei erhaltene Instruktion, wenn sie darauf eingeht, den andern Beteiligten unter Angabe von Herkunft und Inhalt offenzulegen.*

1691 - *Bei Routinegeschäften, die zu Marktkonditionen abgeschlossen und in Standardformulierungen beurkundet werden, wie dies namentlich bei der Mehrzahl der Grundstückkäufe und -verpfändungen der Fall ist, ist die Entgegennahme der Instruktion vonseiten einer einzigen Vertragspartei oder vonseiten einer Drittperson (Mäkler, Bank) üblich und zulässig.*

1692 - *Bei Geschäften, die nicht zu Standardkonditionen abgeschlossen werden, darf die Urkundsperson die Instruktion von einer einzigen Vertragspartei oder von einem Dritten entgegennehmen, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, die instruierende Person übermittle wahrheitsgemäss den übereinstimmenden Vertragswillen sämtlicher Parteien. Die Annahme ist namentlich gerechtfertigt, wenn die instruierende Person sich bei der Instruktion auf einen schriftlichen, von allen Parteien unterzeichneten Text stützt, welcher die wesentlichen Punkte des Geschäftes enthält.*

1693 - *Zulässig ist bei zweiseitigen Geschäften auch die Entgegennahme der Instruktion vonseiten jener Vertragspartei, welche durch das Geschäft die andere (zunächst nicht in die Instruktion einbezogene) Partei offensichtlich begünstigen möchte.*

1694 - *Die Urkundsperson sollte dagegen die Instruktion nicht vonseiten einer einzigen von mehreren Vertragsparteien oder vonseiten eines Dritten entgegennehmen, wenn die instruierende Person durch das Geschäft begünstigt wird. Die Urkundsperson soll den Begünstigungswillen grundsätzlich nicht aus dem Munde des potentiell Begünstigten, sondern von der betreffenden Partei selber oder von einem am Geschäft nicht interessierten Stellvertreter entgegennehmen. Nur so ist der von Beurkundungsrechts wegen angestrebte Schutz einer sich verpflichtenden, einer sich entreichernden oder sich belastenden Person zu gewährleisten.*

1695 - Erläuterung: Für die Entgegennahme der Klienteninstruktion gilt die Unparteilichkeitspflicht. Diese Pflicht wird verletzt, wenn sich die Urkundsperson auf diskrete Gespräche mit einem einzelnen Beteiligten, hinter dem Rücken der andern, einlässt. Solche geheimen Kontakte sind ebenso unzulässig wie es im Zivilprozess nicht-protokollierte Privataudienzen des Gerichtspräsidenten mit einer einzelnen Prozesspartei sind.

****S. 482****

1696 - Wird die Instruktion für eine letztwillige Verfügung der Urkundsperson im angeblichen Auftrag des Testators von einer Drittperson, insbesondere von einem durch die Verfügung zu begünstigenden Erben oder Vermächtnisnehmer übermittelt, so ist eine solche Person darauf hinzuweisen, dass die Instruktion nur vorläufig zu den Akten genommen werden kann, dass aber die Urkundsperson den Begünstigungswillen der sachbeteiligten Person im direkten Gespräch mit dieser zu ermitteln hat.

b) Zustellung des Urkundenentwurfs an die Sachbeteiligten oder deren Vertreter

1697 - *Erhielt die Urkundsperson die Instruktion nicht von den Sachbeteiligten oder deren Vertretern oder erhielt sie die Instruktion nicht vonseiten sämtlicher Sachbeteiligten übermittelt, so soll sie den aufgrund solch einseitiger oder aufgrund von Dritt-Instruktion formulierten Urkundenentwurf im nächsten Schritt sämtlichen Vertragsparteien zur Stellungnahme übermitteln und dabei offenlegen, von wem sie Auftrag und Instruktion erhalten hat. Von dieser Zustellung kann in dringlichen Fällen abgesehen werden, wenn die an der Instruktion nicht teilnehmenden Vertragsparteien geschäftsgewohnt sind und wenn deren Einverständnis mit der Instruktion aufgrund der Umstände vermutet werden darf.*

1698 - *Hat die eine Vertragspartei oder hat ein Dritter sich gegenüber der Urkundsperson darauf berufen, im Namen und Auftrag sämtlicher Vertragsparteien die Instruktion zu erteilen, so soll die Urkundsperson eine solche Behauptung, solange sie von den Vertragsparteien nicht bestätigt wurde, nicht als Tatsache hinstellen.*

1699 - Erläuterung: Der Schutz vor Unbedacht erheischt, dass die Sachbeteiligten oder deren Vertreter den Urkundeninhalt nicht erstmals während des Beurkundungsvorgangs unter den dort vorherrschenden psychologischen Rahmenbedingungen zur Kenntnis erhalten. Es kann vorkommen, dass eine am Geschäftsabschluss interessierte Partei - beispielsweise ein Grundstückkäufer - die Beurkundung im Alleingang vorbereiten zu lassen versucht und gegenüber der Urkundsperson das Einverständnis der Gegenpartei vortäuscht bzw. deren Widerstand gegen den Geschäftsschluss verschweigt. Gelingt es einer solcherart interessierten Partei in der Folge, die widerstrebende Gegenpartei zum Gang ins Notariatsbüro zu überreden, so mag deren Widerstand unter dem Eindruck der notariellen Autorität und der vermeintlichen Zwangsläufigkeit der Umstände unartikuliert bleiben oder zusammenbrechen.

1700 - Ähnliche "Schlepper-Techniken" mögen vorkommen, wenn ein Ehegatte den andern zum Abschluss eines für diesen nachteiligen

****S. 483****

Ehevertrags oder wenn Eltern ihre Nachkommen zum Abschluss eines für diese nachteiligen Erbvertrags zu bewegen hoffen.

1701 - Aus der notariellen Interessewahrungspflicht ergibt sich die Pflicht, durch ein klares Vorgehen derartigen Manövern gewisser Klienten einen Riegel zu schieben. Das gebotene Vorgehen besteht darin, dass sich die Urkundsperson nach Erhalt der ersten einseitigen Instruktion oder nach Erhalt der Instruktion von einem Dritten bemüht, den Direktkontakt mit allen Sachbeteiligten herzustellen, diesen den Urkundenentwurf zur unverbindlichen Stellungnahme zu unterbreiten und ihnen - ausserhalb der Amtsräume des Notariats - Gelegenheit und Zeit zum Nachdenken zu geben. Lässt eine Urkundsperson zu, dass einzelne Sachbeteiligte erstmals anlässlich der Beurkundungsvorgangs mit dem Urkundentext gewissermassen überfallen werden, so erfüllt sie ihre Interessewahrungspflicht nicht richtig⁵⁵.

1702 - Auch bei der Formulierung des Begleitbriefes, mit welchem die Urkundsperson den Urkundenentwurf an die Sachbeteiligten zur Stellungnahme übermittelt, muss alles unterbleiben, was eine unzulässige Beeinflussung widerstrebender Vertragsparteien zur Folge haben könnte. Dass die Urkundsperson den Entwurf "gemäss Ihren Instruktionen" formuliert habe, darf nur gesagt werden, wenn sie die Instruktion von allen Vertragsparteien erhalten hat. War dies nicht der Fall, so ist herauszustellen, gemäss wessen Instruktionen der Entwurf ausformuliert wurde, und es ist zu fragen, ob der Entwurf dem Willen der Adressaten entspreche.

5. Festlegung des Geschäftsinhaltes

1703 - *Die Festlegung des Geschäftsinhaltes erfolgt bei einseitigen individuellen Erklärungen durch die Formulierung eines Urkundenentwurfs (oder mehrerer sukzessiver Urkundenentwürfe) und durch Textgenehmigung des Urkundenentwurfs seitens der zu Urkund erklärenden Person, bei Mehrparteengeschäften durch die Einigung der Parteien auf einen beidseits akzeptierten Urkundenentwurf und die gemeinsame Textgenehmigung seitens der Parteien.*

Fn 55 - Wenn BE ND Art. 2 Abs. 2 festhält, der Auftrag zur Beurkundung könne stillschweigend, "insbesondere durch Teilnahme am Beurkundungsverfahren" erfolgen, so darf hierin keine Rechtfertigung für einen Überfall unvorbereiteter Parteien im dargestellten Sinne erblickt werden.

****S. 484****

1704 - *Anlässlich der Festlegung des Geschäftsinhaltes erfolgt die notarielle Inhaltskontrolle⁵⁶, ferner die Beratung und Belehrung⁵⁷.*

1705 - *Anlässlich der Festlegung des Geschäftsinhaltes gilt für die Urkundsperson die Formulierungspflicht. Ferner gelten sämtlichen modalen Amtspflichten⁵⁸, insbesondere die Unparteilichkeits-, Wahrheits- und Klarheitspflicht.*

1706 - *Die Verfahrensbeteiligten stehen in der Wahrheitspflicht. Die Urkundsperson hat sie erforderlichenfalls ausdrücklich auf diese Rechtspflicht hinzuweisen⁵⁹.*

1707 - Erläuterung: Die Festlegung des Geschäftsinhaltes erfolgt in der Praxis in verschiedener Weise, je nach der Art des Geschäftes.

1708 - Bei Routinegeschäften des Grundstückverkehrs ist der typische Vorgang derjenige, dass eine einzelne Vertragspartei oder eine Drittperson, z.B. ein Makler oder eine Bank, der Urkundsperson eine stichwortartige Instruktion erteilt, indem sie die Personalien der Beteiligten, die betroffene Parzelle, den Preis und eventuell einige weitere Vertragsinhalte nennt. Hierauf fertigt die Urkundsperson den Urkundenentwurf nach bewährtem Muster⁶⁰ aus und stellt ihn gleichzeitig sämtlichen Sachbeteiligten oder ihren Vertretern zu⁶¹. Änderungsvorschläge werden, wenn sie erfolgen und sobald diesbezüglich Konsens zwischen den Parteien besteht, in weitere Entwürfe integriert, bis ein allseits genehmer Textentwurf vorliegt. Mit dessen Vorliegen ist der Geschäftsinhalt festgelegt.

1709 - Bei Hypothezierungen erhält die Urkundsperson vom Verpfänder ein Beurkundungsbegehren meist im Sinne einer telefonischen Voran-

Fn 56 - Vgl. hierzu die Ausführungen im folgenden Abschnitt.

Fn 57 - Zur Unterscheidung der Begriffe der notariellen Belehrung und Beratung vgl. Ziff. 1728 zur notariellen Belehrung Ziff. 1725 ff., zur notariellen Beratung Ziff. 1783 ff.

Fn 58 - Zum Begriff der modalen Amtspflichten vgl. Ziff. 834.

Fn 59 - So WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (13).

Fn 60 - Die Schablonenhaftigkeit der notariellen Tätigkeit in Routinegeschäften, wo kreative Abwechslung nur lästig wäre, kommt zum Ausdruck im Vorhandensein ausführlicher Mustersammlungen; vgl. die vom Verband

bernischer Notare herausgegebene Sammlung von Musterurkunden in 3 Bänden, 4. Aufl. 1991. Gemäss NW BeurkG § 45 kann die Nidwaldner Beurkundungskommission eine Mustersammlung von öffentlichen Urkunden herausgeben; diese hat den Charakter einer Wegleitung.

Fn 61 - Die von WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (16), geschilderte Vorgehensweise, wonach die Urkundsperson nach erfolgter Ermittlung des Parteiwillens sich nacheinander die Fragen stellt, ob es sich um ein ein- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft handle, ob dieses im ZGB, im OR oder in einem Spezialgesetz geregelt sei, ob es ein reiner Vertragstyp oder eine Typenmischung sei, worauf die Urkundsperson dann eine "Grobwahl" zu treffen und sich in einem weiteren Schritt "Gedanken über die Ausgestaltung des Inhaltes des Rechtsgeschäftes machen" muss etc. wirkt angesichts der Einfachheit und Routinehaftigkeit der meisten Beurkundungsgeschäfte praxisfremd.

****S. 485****

zeige, worauf vonseiten der Bank die Instruktion für den Inhalt des Pfandrechtes schriftlich folgt. Der von der Urkundsperson instruktionsgemäss ausgefertigte Urkundenentwurf bedarf in der Regel keiner Änderungen und stellt den festgelegten Geschäftsinhalt dar.

1710 - Bei Bürgschaften zugunsten von Banken pflegt der Bürge ein vorgedrucktes Bürgschaftsformular der Bank mitzubringen. Ein direkter Kontakt zwischen Urkundsperson und Bank findet in der Regel nicht statt. Der vorgedruckte Text, mit oder ohne individuell besprochene Änderungen, stellt den festgelegten Geschäftsinhalt dar.

1711 - Bei den ehe- und erbrechtlichen Gestaltungen ist die Übermittlung des Parteiwillens an die Urkundsperson nicht immer ein gradliniger Prozess. Zuweilen haben die Beteiligten, wenn sie den Kontakt mit der Urkundsperson aufnehmen, noch keinen klaren Geschäftswillen, sondern bilden diesen erst mithilfe der notariellen Beratung⁶². Sobald sämtliche Sachbeteiligten einem Textentwurf zustimmen, ist der Geschäftsinhalt festgelegt.

1712 - Die Textgenehmigung ist zu unterscheiden von der im Beurkundungsvorgang erfolgenden Genehmigungserklärung. Die **Textgenehmigung** bedeutet nur eines: die genehmigende Person ist mit dem Text einverstanden, d.h. sie erblickt in ihm die richtige Wiedergabe eines bestimmten gedanklichen Inhaltes (der erteilten Instruktion oder, bei Sachbeurkundungen, der wiedergegebenen Vorgänge oder Tatsachen).

1713 - Die im Beurkundungsvorgang erfolgende Genehmigungserklärung ("... dessen zu Urkund haben die Erschienenen diesen Akt vor der Urkundsperson gelesen, **genehmigt** und unterzeichnet ...") bedeutet zweierlei:

(a) die nochmalige Textgenehmigung und

(b) die **rechtsgeschäftliche Erklärung des Geschäftswillens**, d.h. die Genehmigung und Inkraftsetzung des Geschäftes als Zukunftsgestaltung. Vgl. hiezu hinten, Ziff. 1934 ff.

a) Inhaltskontrolle und -prüfung

1714 - *Die notarielle Inhaltskontrolle bezieht sich auf die Wahrheit, ferner auf die Vernünftigkeit, Ernsthaftigkeit, Vollständigkeit und Widerspruchsfreiheit der entgegengenommenen Instruktionen sowie auf die Absenz von Konsens- und*

Fn 62 - Auf diesen Sachverhalt bezieht sich wohl JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 45, N 172, wenn er von der Erarbeitung des Geschäftswillens unter Mithilfe der Urkundsperson spricht, unter Verweis auf WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (6). - Zur notariellen Beratung vgl. Ziff. 1783 ff.

****S. 486****

Willensmängeln⁶³, die rechtliche Inhaltsprüfung auf die Rechtmässigkeit und materiellrechtliche Gültigkeit des Geschäftsinhaltes.

1715 - *Nur bei konkreten Anhaltspunkten für inhaltliche Mängel hat die Urkundsperson verifizierende Fragen zu stellen oder den Fortgang der Beurkundung von der Beibringung geeigneter Beweismittel abhängig zu machen.*

1716 - Erläuterung: Bei der Entgegennahme des Parteiwillens hält sich die Urkundsperson grundsätzlich an die ihr gegenüber erfolgten, mündlichen und schriftlichen Äusserungen der Parteien. Halten diese Äusserungen einer sorgfältigen notariellen Würdigung stand, so ist die Urkundsperson zu keiner weiteren inquisitorischen Willens- und Wissenserforschung gegenüber den Parteien verpflichtet⁶⁴; sie ist dazu auch nicht befugt⁶⁵.

1717 - Ob der wirkliche innere Wille der Parteien mit der an die Urkundsperson erteilten Instruktion übereinstimmt, entzieht sich letztlich der notariellen Erkenntnis. Anlässlich der öffentlichen Beurkundung bezeugt die Urkundsperson implizit lediglich, dass sie aufgrund pflichtgemässer Würdigung der Klienteninstruktion **keine objektiven Gründe** hatte, an der inhaltlichen Wahrheit der Urkunde zu zweifeln.

1718 - Die notarielle Ermittlungsarbeit kann demgemäss nicht eine absolute Gewähr dafür bieten, dass der wirkliche Wille der Parteien beurkundet wird. Die Urkundsperson kann und muss von der Wahrheit der ihr mitgeteilten Parteiinstruktionen ausgehen, wenn keine objektiven Gründe für das Gegenteil sprechen. Blosser **subjektiver Skepsis** der Urkundsperson aufgrund intuitiver Würdigung des Verhaltens der Erschienenen und der Atmosphäre ihres Umgangs berechtigt die Urkundsperson weder zu inquisitorischen Nachforschungen noch zur Ablehnung der Beurkundung⁶⁶. Der öffentliche Glaube der beurkundeten Willenserklärungen muss auch in einem solchen Falle bestehen.

1719 - Die **Wahrheitsgewähr der Urkundsperson** ist im Sinne des Gesagten eine **teilweise**, wogegen die Bezeugung des inneren Willens - unter umfassender Wahrheitspflicht und in diesem Sinne **mit umfassender Wahrheitsgewähr** - seitens der **zu Urkund erklärenden Privatpersonen** erfolgt.

Fn 63 - ZH NV § 19: Der Notar bemüht sich mit aller Sorgfalt, den wahren und eindeutigen Willen der vor ihm auftretenden Personen festzustellen, um allfällige Irrtümer und Missverständnisse zu verhüten. - BE: MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 81, N 5 zu Art. 29 NG BE: Der Notar hat zu prüfen, ob die abgegebene Erklärung dem wirklichen Parteiwillen entspricht. - BS NG § 3.

Fn 64 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 82 oben, N 5 zu Art. 29 NG BE: So lange der Notar keine bestimmten Anhaltspunkte für eine Unwahrhaftigkeit der Klientenschaft hat, besteht keine Pflicht für weitere Abklärungen.

Fn 65 - Die Kontrollbefugnis kann nicht weiter gehen als die Kontrollpflicht; die Ausübung öffentlichrechtlicher Befugnisse liegt nicht im Belieben der Urkundsperson, sondern gehört zu ihren Amtspflichten; vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 37, Anm. 20.

Fn 66 - Vgl. hiezu vorn, Ziff. 307 ff.

****§. 487****

1720 - Zu den Amtspflichten der Urkundsperson gehört es jedoch, darauf hinzuwirken, dass bei den Vertragsparteien keine **Konsens- oder Willensmängel** vorhanden sind. Auch hier obliegt der Urkundsperson nur eine summarische Kontrolle. Solange aus ihrer Sicht keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Erklärenden einander missverstanden haben oder den Sinn ihrer eigenen Worte oder denjenigen des Urkundenentwurfs nicht richtig erfassen, braucht die Urkundsperson zu keinen weitschweifigen Erörterungen auszuholen.

1721 - Auch kann es nicht Funktion des Beurkundungsverfahrens sein, allen nur irgendwie denkbaren Möglichkeiten von Willensmängeln vorzubeugen. Bei den Grundstücksgeschäften hat sich diesbezüglich eine gewisse Routine eingebürgert, indem die dem Grundbuch zu entnehmende verbale Beschreibung des Vertragsgegenstandes und der daran bestehenden Rechte in die Urkunde aufgenommen und dadurch ins Bewusstsein der erklärenden Personen gebracht wird.

1722 - Aber es gäbe noch anderes, worüber die Vertragsparteien sich möglicherweise Klarheit verschaffen müssten, wenn der Vertrag keine Abschlussmängel aufweisen dürfte. Folgendes Beispiel sei genannt: Wenn wegen eines unbemerkten Lecks in einem Öltank das Erdreich unter der vertragsgegenständlichen Baute bis in Grundwassertiefe hinab verschmutzt ist, dann trifft den jeweiligen Eigentümer aufgrund öffentlichrechtlicher Vorschriften eine Beseitigungspflicht, deren finanzielle Folgen den Preis des Objektes übersteigen mögen und denen er sich auch nicht durch nachträgliche Dereliktion entziehen kann. Vielleicht mag es ihm gelingen, den Kaufvertrag wegen Grundlagenerirrums oder aufgrund kaufrechtlicher Gewährleistung rückgängig zu machen. - Soll nun aber eine solche Eventualität dazu führen, dass sämtliche Grundstück-Kaufverträge mit einer umständlichen Risikoordnung für umweltrechtliche Altlasten versehen werden⁶⁷?

1723 - Die Frage ist zu verneinen. Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung würde unnötig belastet, wenn es unter allen Umständen zu gewährleisten hätte, dass nur umfassend gültige, niemals anfechtbare vertragliche Regelungen entstehen. Das Beurkundungsverfahren kann und soll keine absolute Gewähr für gültige und unanfechtbare Rechtsgeschäfte bieten. Der für die Vermeidung von Konsens- und Willensmängel zu treibende Aufwand hat dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen.

Fn 67 - Zur vertraglichen Regelung der Altlasten vgl. Ziff. 2495.

****S. 488****

b) Weitere Amtspflichten

1724 - Die anlässlich der Festlegung des Geschäftsinhaltes zu erfüllende Belehrungs- und Formulierungspflicht, desgleichen die modalen Pflichten (Unparteilichkeits-, Wahrheits-, Klarheits- und Interessewahrungspflichten)⁶⁸ werden unter den entsprechenden Titeln separat erörtert.

6. Belehrungspflicht: Begriff und Grundsatz

1725 - *Die Urkundsperson hat die zu Urkund erklärenden Personen⁶⁹ im erforderlichen Umfange zu belehren. Die zu erteilende Belehrung umfasst die verfahrensrechtliche Belehrung, die Urkunden-Erläuterung, die Rechtsfolgen-Belehrung und die Ungewöhnlichkeits-Belehrung (vgl. zu diesen Begriffen die folgenden Abschnitte).*

1726 - *Die Urkundsperson hat überdies die Beurkundungszeugen⁷⁰ im erforderlichen Umfange über ihre verfahrensrechtlichen Pflichten (Wahrheitspflicht, Geheimhaltungspflicht) zu belehren.*

1727 - *Bezüglich der den Dolmetschern und den Hilfspersonen der Urkundsperson zu erteilenden Anweisungen vgl. Ziff. 1990.*

1728 - **Begriffliches: Belehrung** heisst die Erläuterung des Geschäftes selber, so wie es von den Parteien schlussendlich unterzeichnet wird. Unter der in Ziff. 1783 ff. hienach behandelten **Beratung** wird demgegenüber der Vergleich verschiedener Gestaltungsvarianten verstanden, wobei diese Varianten den Parteien gemäss ihren zivil- und öffentlichrechtlichen Eigenheiten, Vor- und Nachteilen,

Fn 68 - Zum Begriff der modalen Amtspflichten vgl. Ziff. 834.

Fn 69 - In gleichem Sinne umschreibt MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 85, N 9 zu Art. 30 NG BE, den Kreis der Adressaten der Rechtsbelehrung. Die Belehrungspflicht kann sich nicht auf weitere Beteiligte erstrecken, insbesondere nicht auf abwesende, durch Stellvertreter vertretene Sachbeteiligte, da die Urkundsperson mit Abwesenden nicht in Kontakt tritt; erst recht gibt es keine Belehrungspflicht gegenüber Urkundenadressaten (Bürgschafts- und Grundpfandgläubigern); vgl. immerhin die entgegenstehende Meinung von FRIEDRICH, "Interimstitel" im Hypothekarwesen, ZBGR 52 (1971) S. 1-31 (31): "Die der Urkundsperson wohl überall in einem gewissen Um-

fange auferlegte Belehrungspflicht muss sie auch veranlassen, die Empfänger der Interimsbescheinigungen auf die insbesondere bei Schuldbriefen bis zur Aushändigung des Titels allenfalls bestehende prekäre Rechtslage hinzuweisen." - Eine solcherart unbestimmt definierte Belehrungspflicht, die der Urkundsperson "wohl überall in einem gewissen Umfange" auferlegt sein soll, ist abzulehnen. - GE LN Art. 8 spricht vom "devoir de conseil à l'égard des parties" in bezug auf die "actes signés par elles".

Fn 70 - So ausdrücklich NG BE Art. 31 Abs. 2.

****S. 489****

Chancen und Risiken⁷¹ von der Urkundsperson erläutert werden. Zum beratenden Variantenvergleich ist auch die Erörterung der Frage zu zählen, ob das zu beurkundende Geschäft stattfinden oder ob die Beteiligten in ihrem eigenen Vorteil nicht besser davon absehen sollen⁷².

1729 - Die zureichend belehrten Parteien wissen, **was** sie tun. Die umfassend beratenen Parteien wissen zudem, **warum sie gerade dieses und nicht etwas anderes tun**.

1730 - Die Belehrung ist nur zu erteilen, soweit dies erforderlich ist, damit die Beteiligten die für die Beurkundung nötigen Kenntnisse haben. In diesem Umfang ist die Belehrung seitens der Beteiligten **unverzichtbar**. Der Schutz vor Unbedacht, der unerfahrenen Beteiligten gewährt werden muss, darf nicht dadurch zunichte gemacht werden, dass eine schutzbedürftige Partei - möglicherweise unter dem Einfluss der geschäftsklugen Gegenpartei - auf die Belehrung verzichten zu wollen erklärt. - Über Dinge, die den Beteiligten klar sind, brauchen sie nicht belehrt zu werden. Vgl. hiezu hinten, Ziff. 1772 ff.

1731 - Die Belehrungspflicht leitet sich aus dem Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung ab⁷³. Sie gilt von Bundesrechts wegen⁷⁴ auch in jenen Kantonen, deren Beurkundungserlasse nur eine notarielle Befragung der Erschienenen bzw. die Ermittlung des Parteiwillens durch eigene notarielle Wahrnehmung vorschreiben⁷⁵.

Fn 71 - Ist die zu beurkundende Rechtsgestaltung einmal festgelegt, so gehört der notarielle Hinweis auf gewisse damit verbundene Gefahren zur Belehrungspflicht. Vgl. Ziff. 1745 ff.

Fn 72 - Vgl. die im Ergebnis gleich definierten Begriffe von Belehrung und Beratung bei ALFRED SANTSCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) 1-16 (2), ferner PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437, insbesondere S. 418-420.

Fn 73 - So MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 101; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 125 oben. - DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (22) verkennt die Meinung HANS HUBERS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 248 ff. (260), welcher die verfahrensrechtlich-formale Ausgestaltung der Vorbereitung der Beurkundung als kantonale Domäne bezeichnet hatte. Damit konnte nicht gemeint sein, dass die notarielle Belehrungspflicht (devoir de conseil) nicht dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung angehöre. Die Belehrungspflicht ist an keinen bestimmten Verfahrensabschnitt gebunden, sondern muss von Bundesrechts wegen spätestestens im Zeitpunkt der Urkundenunterzeichnung erfüllt worden sein.

Fn 74 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 45, N 173-175.

Fn 75 - Die *Belehrungspflicht* ist gesetzlich verankert in 18 Kantonen: **ZH** NV § 18 Abs. 2, **BE** NG Art. 30, **LU** BeurkG § 28 Abs. 2, **UR** NV Art. 12, **SZ** NV § 4, **OW** BeurkG Art. 13 Abs. 3, **NW** BeurkV § 21 Abs. 2, **FR** NG Art. 25, **SO** NV § 15 ("beraten"), **BS** NG § 2 ("beraten und fördern"), **BL** 211 § 20c, **AI** BeurkV Art 4, **SG** 911.1 Art. 18, **TI** LN Art. 4, **VD** LN Art. 58, **VS** NG Art. 17, **NE** LN Art. 19, **JU** LN Art. 18 ("éclairer"). - Nur von *Befragung* bzw. von der Pflicht zur Feststellung des Parteiwillens sprechen

****S. 490****

1732 - Nicht alle Kantone verlangen ein Universitätsstudium, aber alle Kantone verlangen juristische Kenntnisse als Zulassungsvoraussetzung zum Notariat⁷⁶. Die Belehrung kann demgemäss nicht

in allen Kantonen gleich weit gehen; überall ist jedoch ein gewisses Minimum an Belehrung zu gewährleisten⁷⁷.

1733 - Die Belehrung der zu Urkund erklärenden Personen wird in der herrschenden Lehre eingeteilt in die beiden Bereiche der formellen und der materiellen Rechtsbelehrung⁷⁸. In der vorliegenden Arbeit wird statt von formeller von verfahrensrechtlicher Belehrung gesprochen, und es wird die materielle Belehrung in drei Bereiche aufgegliedert und konkretisiert. Demgemäss umfasst die notarielle Belehrung

- (a) die verfahrensrechtliche Belehrung,
- (b) die Urkunden-Erläuterung,
- (c) die Rechtsfolgen-Belehrung und
- (d) unter gewissen Voraussetzungen die Ungewöhnlichkeits-Belehrung⁷⁹.

die Erlasse von 7 Kantonen: **GL** EG OR Art. 10, **ZG** BeurkG § 16, **SH** EGZGB Art. 28, **AR** V über die Gemeindekanzleien Art. 15 Abs. 2, **GR** NV Art. 34, **AG** NO § 30, **TG** NV § 20, **GE** LN Art. 16.

Fn 76 - Vgl. **ZH** Notariatsprüfungsverordnung; **BE** NG Art. 4 ff.; **LU** BeurkG § 6; **UR** NV Art. 3 ff.; **SZ** Prüfungsreglement für Notare; **OW** BeurkG Art. 5 f.; **NW** BeurkV § 8 ff.; **GL** Reglement über die Zulassung zum Anwaltsberuf und zur öffentlichen Beurkundung im Kanton Glarus; **ZG** BeurkG § 3 ff.; **FR** NG Art. 5 und Reglement über die Praktika und die Examen für den Anwaltsberuf und das Notariat; **SO** Prüfungsreglement für Fürsprecher, Notare und Gerichtsschreiber; **BS** NG § 25 ff.; **BL** BeurkV § 6 ff.; **SH** VO über die Grundbuchgeschäfte § 98bis; **SG** V über die Prüfung und den Fähigkeitsausweis der Grundbuchverwalter; **GR** NV Art. 14 ff.; **AG** V über die Prüfung für Notare und urkundsberechtigte Gemeindeglieder; **TG** V über die Prüfung und den Fähigkeitsausweis der Grundbuchverwalter und Notare; **TI** LN Art. 13 ff.; **VD** LN Art. 16 ff.; **VS** LN Art. 4; **NE** LN Art. 3; **GE** LN Art. 35 ff.; **JU** O sur le stage et les examens de notaires. - Vgl. auch ERIC CORNUT, Der Grundstückkauf im IPR, Basel 1987, S. 33.

Fn 77 - Ähnlich JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 45, N 171, welcher den Umfang der notariellen Belehrungspflicht aus dem kantonalen Recht bestimmen möchte, ein gewisses Minimum an rechtlicher Belehrung und Beratung aber bereits aus dem bundesrechtlichen Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung ableitet, unter Verweis auf BGE 90 II 284 sowie auf WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (17), ALFRED SANTSCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) S. 1 ff.

Fn 78 - Vgl. WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (17); MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 84; PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (418/419).

Fn 79 - PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437, setzt dem Begriffspaar der formellen und der materiellen Belehrung ein weiteres Begriffspaar zur Seite, näm-

****S. 491****

1734 - Zu den einzelnen Inhalten der Belehrungspflicht ist folgendes zu sagen:

a) Verfahrensrechtliche Belehrung

1735 - *Die verfahrensrechtliche Belehrung⁸⁰ umfasst den Hinweis auf die Wahrheitspflicht und auf die Straffolgen bei unwahrer Erklärungsabgabe.*

lich dasjenige der "primären Rechtsbelehrungspflicht" (S. 423) und der "weitergehenden" bzw. "speziellen Rechtsbelehrungspflicht" (S. 424 ff.). In Anlehnung an einen deutschen Entscheid leitet RUF diese spezielle Rechtsbelehrungspflicht aus den allgemeinen Grundsätzen über Bedeutung und Funktion der öffentlichen Urkunde ab (S. 425). RUF postuliert, die spezielle Rechtsbelehrungspflicht bestehe bezüglich der wirtschaftlichen Seite des zu beurkundenden Geschäftes, wenn der Notar *die Gefahr eines folgenschweren Irrtums der Klientenschaft erkennt*. Jedoch sei diese Rechtsbelehrungspflicht restriktiv festzulegen. RUFs Begriffsbildung wurde vom Appellationshof BE im Urteil vom 19.1.1983, BN 1984 S. 344 und ZBGR 67 (1986) S. 139-150 (143) als "durchaus sinnvoll" bezeichnet. - In der vorliegenden Arbeit wird versucht, statt an die Irrtumsgefahr an die Ungewöhnlichkeit der Geschäftsgestaltung anzuknüpfen und damit der öffentlichen Beurkundung eine weiterge-

hende Schutzfunktion zuzuerkennen, als was im Irrtumsfalle durch den Richter nachträglich korrigiert werden könnte.

Fn 80 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 84, N 4 zu Art. 30 NG BE, nennt sie die formelle Rechtsbelehrung und zählt dazu die Belehrung

- (a) über die Form der Urkunde,
- (b) über die rechtlichen Wirkungen der Urkunde,
- (c) über das Erfordernis öffentlicher Beurkundung bzw. das Ausreichen einfacher Schriftform sowie die Vor- und Nachteile beider Formen bei letztwilligen Verfügungen,
- (d) über das einzuschlagende Beurkundungsverfahren,
- (e) über die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Notars,
- (f) über die allenfalls bestehende Ausstandspflicht des Notars,
- (g) über die Personen, die bei der Beurkundung mitzuwirken haben.

Es ist eine Frage der Terminologie, ob man die unter (d)-(g) erwähnten Pflichten nicht eher als notarielle Handlungspflichten bezeichnen will. Da die Urkundsperson gemäss der Interessewahrungspflicht sich um die Gültigkeit der Beurkundung zu bemühen hat, ist sie verpflichtet, das allenfalls Erforderliche **selber zu tun bzw. zu veranlassen**. Diesbezüglich besteht notarielle Handlungspflicht. Von Belehrungspflicht wird man dagegen erst sprechen, wenn die Belehrung dazu dient, die Verfahrensbeteiligten irgendwozu zu veranlassen oder irgendwozu abzuhalten. - Bei der Würdigung der Literatur zur notariellen Belehrungspflicht entsteht zuweilen der Eindruck, es würden Belehrungsthemen von untergeordneter Bedeutung aufgebauscht, um abzulenken vom Fehlen griffiger Normen im Kernbereich dessen, was das Beurkundungswesen letztlich legitimieren muss, nämlich bezüglich jener Belehrung, welche den Schutz der Schutzbedürftigen vor Unbedacht, Unerfahrenheit, Leichtfertigkeit gewährleistet und welche mit Selbstverständlichkeit auch auf die wirtschaftlichen und menschlichen Aspekte des beurkundungsbedürftigen Geschäftes einzugehen hat. Im Urteil der Cour d'appel FR vom 25.10.1971, Extraits 1971, S. 35-38 sind diesbezüglich die beherzigenswerten Worte zu lesen: "Libérer les notaires de ces devoirs généraux de conseil et de prudence, c'est enlever à leur profession une partie de sa raison d'être ou tout au moins de ses privilèges."

****S. 492****

1736 - Erläuterung: Der Hinweis auf die **Wahrheitspflicht** ist nur erforderlich, wenn einzelne Personen durch ihr Verhalten Anlass zur Annahme geben, dass sie geschäftswesentliche Dinge verschweigen oder dass sie falsche Angaben machen⁸¹.

1737 - MARTI erwähnt weitere Gegenstände der formellen Rechtsbelehrung, nämlich Hinweise über Nützlichkeit oder Notwendigkeit einer öffentlichen Beurkundung, über Zuständigkeit und Unzuständigkeit, Unbefangenheit oder Ausstandspflicht der Urkundsperson⁸². - Soweit es bei diesen Dingen um Varianten-Vergleiche geht, d.h. um die Alternative, ob eine Beurkundung durchgeführt oder nicht durchgeführt werden soll, gehören sie eher zur Beratung⁸³. Der Entscheid, welche Absprachen dem Formzwang unterliegen, ist von der Urkundsperson im Rahmen ihrer Prüfungspflicht zu treffen. Desgleichen gehören die Fragen der Zuständigkeit und des notariellen Ausstandes zu den Gegenständen der notariellen Prüfungs-, nicht der Belehrungspflicht, d.h. zu den Dingen, welche die Urkundsperson rechtlich zu prüfen und in eigener Verantwortung richtig zu tun, nicht bloss im Rahmen der Klientenbelehrung belehrend zu erwähnen hat.

1738 - Das gleiche gilt für die Einhaltung der Pfandbelastungsgrenzen und allfälliger Sperrfristen. Ob das zu beurkundende Geschäft in der von den Klienten beabsichtigten Form rechtlich zulässig und vollziehbar ist, muss von der Urkundsperson in eigener Verantwortung geprüft werden. Die Urkundsperson muss gemäss ihrem Prüfungsergebnis handeln, nicht bloss die Klienten auf eine allfällige Unzulässigkeit belehrend hinweisen.

b) Urkunden-Erläuterung

1739 - Die Urkunden-Erläuterung⁸⁴ umfasst die bewusstmachende Erläuterung des Urkundenentwurfes in jenem Umfang, welcher das Verständnis des Geschäft-

Fn 81 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 46, N 174.

Fn 82 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 84, N 2-7.

Fn 83 - Zur notariellen Beratung vgl. Ziff. 1783 ff.

Fn 84 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 84, N 2-6 zu Art. 30 NG BE, nennt sie die materielle Rechtsbelehrung und zählt dazu die Belehrung

(a) über den Inhalt der Urkunde,

(b) über die Gesamtheit beurkundungsbedürftiger Elemente eines beurkundungsbedürftigen Geschäftes,

(c) über eine allfällige Rechts- und Sittenwidrigkeit des Geschäftes, beispielsweise im Falle einer unrichtigen Angabe des Kaufpreises oder im Falle von Umgehungen der Vorschriften über Grundstückserwerb durch Ausländer. - Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Belehrung über die beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht eher der formellen Rechtsbelehrung zuzurechnen; vgl. GE LN Art. 8 und ähnlich Genfer Tribunal Administratif, Entscheid vom 14.3.1979, RDAF 1981

****S. 493****

tes seitens der zu Urkund erklärenden Personen in seinen wesentlichen Aspekten gewährleistet; hierzu gehört die Erklärung von Sinn und Inhalt der Urkunde, ferner die Erläuterung von Fremdwörtern und von juristischen Fachausdrücken.

1740 - Erläuterung: Der Text der öffentlichen Urkunde ist als geschriebenes Wort blosse Oberfläche. Zunächst mag sich das Verständnis der zu Urkund Erklärenden auf oberflächliche Vorstellungen beschränken. "Solidarbürgschaft", "Aufhebung des gesetzlichen Vorkaufrechtes", "Pfandrecht im 2. Rang mit dem Recht des Nachrückens", "Vormerkung des Nachrückensrechtes im Grundbuch", "Pfandsicherung für Kapital und Zins bis maximal 12 %", "Dienstbarkeit als Last «Baubeschränkung» zugunsten 2399"⁸⁵, "wie gesehen und besichtigt" etc. mögen Formeln sein, mit denen die Erklärenden laienhafte, unrichtige oder gar keine Vorstellungen verbinden. Die am Beurkundungsverfahren beteiligten Laien mögen sich bewusst sein, dass sie mit ihrer Unterschrift unter den von der Urkundsperson vorgelegten Text eine bestimmte Veränderung von Rechtsverhältnissen hier und jetzt in Kraft setzen, aber sie mögen sich im Unklaren darüber sein, wohin die Fahrt geht, die sie durch ihre Unterschrift in Gang setzen.

1741 - Das im Beurkundungsverfahren stattfindende Gespräch der Erklärenden mit der Urkundsperson soll u.a. dazu dienen, den Erklärenden - insbesondere den geschäftlich Unerfahrenen und Rechtsunkundigen - eine gewisse **Verständnistiefe** bezüglich des Urkundeninhaltes zu verschaffen.

1742 - Die beurkundungsrechtliche Belehrungspflicht der Urkundsperson ist namentlich dann bedeutsam, wenn der Urkundeninhalt sprachlich von der Urkundsperson oder von Dritten vorgeformt wird, wenn die Urkunde also nicht aus Eigenformulierungen der Erklärenden hervorgeht. Soll die öffentliche Urkunde den bewussten Geschäftswillen der Erklärenden mit verstärkter Beweiskraft dokumentieren und ist der Text nicht von den Erklärenden selber formuliert, so bedarf die Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes unter Umständen einer Erläuterung des vorgeformten, den Erklärenden zunächst fremden Textes. Die Urkunden-Erläuterung fällt dann weitgehend zusammen mit der Erläuterung der im Urkundentext verwendeten Klauseln und Rechtsbegriffe.

1743 - Das kommentarlose, rasche Hinweglesen über Vertragsfloskeln, die von den Parteien nicht selber vorgeschlagen wurden und die nach

S. 345-352 (351): "A l'égard des parties, le notaire a un devoir de conseil. Selon les cas, ce devoir contraint l'officier public à éclairer celles-ci sur la nature et la forme de l'acte en question, sur sa signification et sa portée juridique."

Fn 85 - Zu den speziellen Belehrungsgegenständen bei Grundstücksgeschäften vgl. Ziff. 2482 ff.

****S. 494****

Wortlaut und Inhalt möglicherweise nicht ohne weiteres verstanden und in ihrer Tragweite erfasst werden, muss als Verletzung der notariellen Belehrungspflicht qualifiziert werden⁸⁶. Im Grundstücksgeschäft hat namentlich die Wegbedingung der Gewährleistung des Verkäufers (tel-quel-Klausel) verschiedentlich zur gerichtlichen Annahme unwirksamer Urkundenteile geführt⁸⁷. Bei stiller Selbstlesung hat sich die Urkundsperson durch Befragung der Erschienenen zu vergewissern, dass sie die Klauseln gelesen und verstanden haben.

Fn 86 - Nicht bewusst gemachte Floskeln gelten gemäss herrschender Lehre als nicht geschrieben; vgl. WIEGAND/BRUNNER, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückskaufvertrages, recht 1993, S. 1-12 (S. 9/10), mit Verweis auf ALFRED KOLLER, Vertragsfloskeln, BR 1989 24 ff.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) S. 376, N 496 zu Art. 1 OR. Eine (unwirksame) Floskel liegt vor, "wenn sich die Parteien eines Vertragsmusters bedienen, das ihnen eine Urkundsperson vorschlägt, ohne es zu erklären, so dass es von ihnen gar nicht verstanden wird." - Nimmt die Urkundsperson ihre Pflichten anlässlich des Beurkundungsvorganges wahr, so kann es allerdings keine unwirksamen Vertragsfloskeln geben. Die herrschende Lehre setzt sich wohl allzu leicht hinweg über Sinn und Bedeutung des Beurkundungsvorgangs. Es ist widersprüchlich, die bewusstmachende Lesung der Urkunde in Anwesenheit der Urkundsperson als bundesrechtliche Mindestanforderung zu postulieren und gleichzeitig die Möglichkeit unverstandener und ungewollter Erklärungen im Urkundentext als etwas gewissermassen Normales in Betracht zu ziehen. - Kaum zu folgen ist der Auffassung von WIEGAND/BRUNNER, a.a.O, S. 4, Anm. 27, dass bei der Beurkundung gemäss Musterverträgen mit zahlreichen "unbesehenen" Details, welche die Parteien im Beurkundungszeitpunkt nicht interessierten, ein besonderes Streitpotential geschaffen werde. Gemäss diesen Autoren könne eine Partei, die bei Vertragsabschluss nicht deutlich zu erkennen gegeben hatte, dass sie einen solchen objektiv unwesentlichen Punkt subjektiv als Bedingung ihres Abschlusswillens angesehen hatte, später die Unbeachtlichkeit dieses Punktes geltend machen - "ja, unter Umständen ist diesfalls der tatsächlich erzielte (normative) Konsens hinsichtlich dieses Punktes unbeurkundet geblieben, was allenfalls die Formungültigkeit des ganzen Vertrages nach sich ziehen könnte." Dieser Auffassung (und zugleich der zuvor zitierten von SCHÖNENBERGER/JÄGGI) ist entgegenzuhalten, dass die unwidersprochen gebliebene Lesung des Urkundeninhaltes, unabhängig von der Bedeutung, welche die Parteien den einzelnen Klauseln beigemessen haben, als der mit öffentlichem Glauben bezeugte wirkliche und übereinstimmende Parteiwille gilt. Was im Beurkundungsvorgang gelesen wurde, kann grundsätzlich nicht als "unbesehen" kontrahiert gelten. Will eine Partei später anfechten, so liegt die Beweislast bei ihr, dass sie eine bestimmte Klausel missverstanden und etwas anderes gewollt hat. In der faktischen Schwierigkeit gerade dieser Beweisführung liegt die konfliktvermeidende Funktion der öffentlichen Vertragsbeurkundung, auch bezüglich unwesentlicher Nebenpunkte.

Fn 87 - Im Urteil des TC NE vom 1.10.1979 i.S. Sigrist/Franel, RJN 7 I S. 325, wurde eine tel-quel-Klausel (Wegbedingung der Gewährleistung beim Grundstückskauf) als gültig bezeichnet mit der Begründung: "Lorsque le notaire instrumentant a attiré l'attention des parties sur la clause et leur a expliqué sa portée, la garantie est conventionnellement exclue." Dem ist entgegenzuhalten, dass die Lesung oder Vorlesung als Bewusstmachungsmethode genügen muss und dass für die Rechtswirksamkeit keine besondere notarielle Erläuterung der Tragweite gefordert werden darf, sofern der gelesene Text sprachlich für Laien verständlich ist. Gerade beim Gewähr-

****S. 495****

1744 - Dabei hat die Urkundsperson sicherzustellen, dass den Erklärenden die rechtliche Bedeutung der in der Urkunde verwendeten Begriffe in ihren wesentlichen Aspekten bewusst wird. Es kann nur um ein elementares, laienhaftes Verständnis, nicht um ein exaktes Rechtsverständnis gehen, wie es dem ausgebildeten Juristen eigen ist. Das Beurkundungsverfahren ist kein juristisches Kolleg, innerhalb dessen die erschienenen Laien zu Fachleuten präzisen juristischen Verständnisses herangebildet werden müssten⁸⁸.

c) Rechtsfolgen-Belehrung

1745 - Die Rechtsfolgen-Belehrung umfasst die Erläuterung der rechtlichen Rahmenbedingungen und Konsequenzen der Beurkundung (Bewilligungs- und Zustimmungserfordernisse, bestimmte Steuerfolgen, Auslösung von Vorkaufsrechten etc.).

1746 - Die Rechtsfolgen-Belehrung ist mit konkretem Bezug auf das zu beurkundende Geschäft, nicht als abstrakte Erörterung des geltenden Gesetzes- und Verordnungsrechts zu erteilen. Die Urkundsperson hat auf die mit einzelnen Rechtsfolgen typischerweise verbundenen Risiken hinzuweisen, wobei als Risiko in diesem Zusammenhang jede wesentliche ungünstige Abweichung der rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen des beurkundeten Geschäft-

leistungs-Ausschluss ist die Laienverständlichkeit in der Regel zu bejahen. - Unwirksamkeit einer tel-quel-Klausel wurde angenommen im Urteil des OG AG vom 3.6.1966, AGVE 1966 S. 13 und SJZ 64 S. 139/140, mit Verweis auf BGE 83 II 401 (403) (wo allerdings Wirksamkeit angenommen worden war, weil die enttäuschte Käuferin beim nachträglichen Zutagetreten verborgener Mängel nicht hatte nachweisen können, sich bei der Vertragsklausel "*I beni suddetti sono venduti ed acquistati nel loro attuale stato di fatto e di diritto, noto alle parti contraenti*" nichts gedacht zu haben). Unwirksamkeit der Klausel "*Nachwährschaft wird wegbedungen*" wurde dagegen angenommen in BGE 60 II 443 (allerdings ausdrücklich aufgrund verbindlicher Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz über den wirklichen Willen der Parteien). - Wollen die Parteien die tel-quel-Klausel vom späteren Verdacht der "unbesehenen Lesung" schützen, so führen einige konkrete Angaben im Urkundentext über das Datum der Besichtigung und den vom Käufer wahrgenommenen Zustand der Liegenschaft besser zum Ziel, als die Verlängerung der abstrakten tel-quel-Klausel durch weitere abstrakte Floskeln wie etwa, die Tragweite der tel-quel-Klausel sei den Parteien durch die Urkundsperson erläutert worden und die Klausel entspreche dem wirklichen Willen beider Parteien. Als konkretisierender Text ist etwa denkbar: "Der Käufer hat die Liegenschaft in der Zeit vom ... bis ... einlässlich besichtigt und unter anderem vom Renovationsbedarf des Daches, vom Zustand der Heizanlage und von den Feuchtigkeitsschäden im Keller Kenntnis genommen." - Vgl. zum Ganzen auch auch Ziff. 1743.

Fn 88 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 86, N 12 zu Art. 30 NG BE; ALFRED SANTSCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) 1-16 (11) weist auf das Erfordernis der Leichtverständlichkeit der Belehrung hin.

****S. 496****

tes von jenen Erwartungen der Klientschaft zu verstehen ist, welche für die Urkundsperson erkennbar sind oder von ihr angenommen werden müssen⁸⁹.

1747 - Erläuterung: Die Rechtsfolgen-Belehrung umfasst den Hinweis auf die durch das beurkundete Geschäft bewirkten⁹⁰ oder ausgelösten Rechte und Pflichten der Parteien und Dritter, soweit sie nicht bereits im Rahmen der Urkunden-Erläuterung erörtert wurden, ferner auf die für den Vollzug des Geschäftes einzuholenden Bewilligungen, auf besondere Steuerfolgen und andere öffentlichrechtliche Rechtsfolgen.

1748 - Bei Grundstücksgeschäften umfasst die Belehrungspflicht den Hinweis auf den Übergang von Miet- und Gebäudeversicherungsverträgen, ferner auf alle relevanten Sachverhalte und Rechtsfolgen, welche sich aus dem Grundbuch und aus dem Gesetz ergeben, insbesondere also den Hinweis auf gesetzliche Vorkaufs-⁹¹ und Pfandrechte, wo solche eine Rolle spielen können.

1749 - Weitere Sachverhalte und Rechtstatsachen, welche für die Nutzbarkeit des Grundstückes für bestimmte Zwecke (insbesondere für seine Überbaubarkeit, für Abbruch oder Zweckentfremdung bestehender Bauten) relevant sind, wie Zoneneinteilung, Verlauf von Strassen- und Fussweglinien, Baumschutz, bevorstehende Güterumlegung etc. sind nicht Gegenstand der Belehrungspflicht, sofern das kantonale Recht eine solche weitergehende Belehrung nicht ausdrücklich vor-

Fn 89 - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 46, N 175, postuliert eine notarielle Pflicht, in besonderen Situationen (aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles) die Parteien darauf hinzuweisen, wie eine mit dem in Aussicht genommenen Rechtsgeschäft verbundene, erhebliche Gefahr vermieden werden kann (mit Verweis auf ALFRED SANTSCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) S. 10). -

In solcher Abstraktheit kann jedoch keine allgemeine Gefahren-Belehrungspflicht der Urkundsperson gefordert werden. Nur bezüglich bestimmter, fallgruppenweise zu konkretisierender Gefahren ist die Urkundsperson belehrungspflichtig, wobei ihr grundsätzlich nicht zur Pflicht gemacht werden kann, Vermeidungsmöglichkeiten aufzuzeigen. Manche Gefahren sind mit zumutbarem Aufwand nicht vermeidbar. - Die meisten von der Urkundsperson zu erwähnenden Gefahren sind im Rahmen der Rechtsfolge-Belehrung zu erwähnen, so die Vertragsnichtigkeits-Gefahren aus dem Nichterhalt von Bewilligungen, die finanziellen Risiken wegen gesetzlicher Pfandrechte, die Insolvenzverlust-Gefahren bei einer Abweichung vom Zug-um-Zug-Prinzip, die Sachmängel-, Altlasten- bzw. Gewährleistungsrisiken beim Grundstückkauf, die Prozessrisiken bei pflichtteilsverletzender letztwilliger Verfügung oder bei unbegründeter Enterbung, etc.

Fn 90 - ZH NV § 18 Abs. 2: Der Notar "unterrichtet die Parteien über die Tragweite ihrer Entschlüsse, macht sie auf Widersprüche ihrer Erklärungen zu gesetzlichen Vorschriften aufmerksam und erteilt ihnen die notwendigen und gewünschten weiteren Auskünfte." - NG BE Art. 30: "Der Notar belehrt die Urkundsparteien über Form und Inhalt der Urkunde und ihre rechtlichen Wirkungen."

Fn 91 - Vgl. diesbezügliche Haftungsfälle (unterlassene Belehrung über gesetzliche Vorkaufsrechte) in den Urteilen des TC VS vom 27.4. und 11.5.1979 i.S. Colozier/Duc und Notar X., RVJ 1980 S. 119-125 und Cour d'appel FR vom 25.10.1971, Extraits 1971, S. 35-38. Die Notarhaftung wurde dem Grundsatz nach in beiden Urteilen bejaht.

****S. 497****

schreibt⁹². Erkennt die Urkundsperson jedoch, dass eine geschäftsunkundige Person beim Grundstückserwerb von bestimmten Nutzungsmöglichkeiten ausgeht, so soll sie die Klientschaft auf den diesbezüglichen Abklärungsbedarf hinweisen, ferner darauf, dass die Urkundsperson die betreffenden Fragen nicht abgeklärt hat. Soweit die Urkundsperson zufälligerweise über konkretes Wissen verfügt, soll sie dieses den Klienten mitteilen. Die Urkundsperson ist befugt, den Klienten alles offenzulegen, was sie über den rechtlichen und tatsächlichen Zustand eines Kaufs- oder Pfandobjektes weiss.

1750 - Auf die **steuerrechtlichen Folgen** des beurkundeten Geschäftes hat die Urkundsperson nur dann von Amtes wegen hinzuweisen⁹³, wenn eine sachbeteiligte Person in Kenntnis dieser Steuern das Geschäft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht, oder nicht in dieser Gestaltung, abgeschlossen haben würde⁹⁴. Man mag

Fn 92 - **Keine** solcherart ausgedehnte Belehrungspflicht besteht beispielsweise im Kanton Bern; vgl. BE NG Art. 30 und MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 84/85, N 4-7 zu Art. 30 NG BE.

Fn 93 - Vorbehalten bleiben weitergehende kantonale Vorschriften; vgl. etwa FR NG Art. 25 Abs. 1bis: "Er [der freiburgische Notar] macht sie [die Parteien einer Erklärungsbeurkundung] auf die steuerrechtlichen Folgen der zu beurkundenden Rechtsgeschäfte aufmerksam."

Fn 94 - Ähnlich CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 144; etwas weitergehend, aber unbestimmt SIDLER, Komm. LU (1975) S. 35, N 55; unbestimmt auch GE LN Art. 8 ("devoir de conseil ... sur les conséquences fiscales probables"); zu weitgehende Anforderungen stellt WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (133): Der Notar habe die Beteiligten über steuerliche Konsequenzen insbesondere zu orientieren, wenn das Geschäft in verschiedenen Formen realisiert werden kann und die Wahl einer bestimmten Form die Entstehung einer Steuer bewirkt oder deren Höhe beeinflusst. - Eine solche Beratungspflicht mit dem generellen Ziel steuerlicher Optimierung kann keinesfalls zu den Amtspflichten der Urkundsperson gehören. - PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (426) knüpft die steuerrechtliche Belehrungspflicht an die dreifache Voraussetzung, dass

(a) die Klientschaft Gefahr läuft, aus ihrer Erklärung einen Schaden zu erleiden, dass

(b) der Notar eine umfassende Kenntnis aller rechtserheblichen Sachumstände besitzt und dass

(c) der Sachverhalt für den Notar übersichtlich und klar sein müsse. - Gemäss der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung sind die Begriffe der Gefahr und des Schadens ungeeignet, um die steuerrechtliche Warnungspflicht der Urkundsperson zu begründen; Steuerfolgen fallen generell nicht unter den Schadensbegriff. Auch kann die notarielle Warnungspflicht nicht erst beginnen, wenn die Urkundsperson alle für die Steuerpflicht und -berechnung relevanten Umstände umfassend kennt. Gerade bei Ungewissheiten kann eine Warnung und der Hinweis auf den Bedarf näherer Abklärungen geboten sein. - Hinweise auf Steuerbelehrungspflicht finden sich

in FR NG Art. 25 Abs. 1bis: Der Notar macht die Parteien "auf die steuerrechtlichen Folgen der zu beurkundenden Rechtsgeschäfte aufmerksam" (Fassung 18.2.1986).

****S. 498****

etwa an die Errichtung einer Familien- oder Unternehmensstiftung denken, bei welcher die Schenkungssteuer zum Nichtverwandten-Tarif einen erheblichen Teil der gestifteten Vermögenswerte verzehren und den Stifter in unlösbare Finanzierungsschwierigkeiten bringen würde, oder an das Vermächtnis eines grossen Grundstücks an eine betagte Haushälterin, welcher der Verbleib in dem Haus nach Ableben der Herrschaft ermöglicht werden soll⁹⁵.

1751 - Die Belehrungspflicht über die steuerrechtlichen Folgen umfasst die mit den öffentlichen Beurkundungen regelmässig zusammenhängenden drei Steuerarten der Grundstückgewinnsteuer⁹⁶, der Handänderungssteuer und der Schenkungs-/Erbschaftssteuern. Sie umfasst **nicht** die Einkommens-, Vermögenssteuern natürlicher Personen und nicht die Ertrags- und Kapitalsteuern buchführungspflichtiger Unternehmungen⁹⁷.

1752 - Inhaltlich umfasst die Belehrungspflicht nicht eine konkrete und fehlerfreie Berechnung der zu gewärtigenden Besteuerung, sondern lediglich den **warnenden Hinweis auf die Möglichkeit einer Besteuerung in gewissen Grössenordnungen**. Die steuerrechtliche Belehrungspflicht ist also eine blosser Hinweis- bzw. Warnungspflicht. Die öffentliche Beurkundung erfüllt ihre Funktion des Schutzes der Beteiligten vor Unbedacht, wenn die Urkundsperson ihnen die steuerlichen

Fn 95 - Bei hohem Verkehrswert kann in einem solchen Fall die Erbschaftssteuer den raschen Verkauf des Objektes erheischen und damit den angestrebten Zweck vereiteln, wogegen die Zuwendung einer Nutzniessung und zusätzlich eines Barkapitals zur Bezahlung der Erbschaftssteuer den Zweck tatsächlich erreicht haben würde.

Fn 96 - Bzw. Vermögensgewinnsteuer; vgl. PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (426); etwas zu weit geht wohl die Auffassung, der Notar dürfe "in jedem Fall voraussetzen, dass den Parteien die steuerrechtlichen Folgen eines Kaufvertrages bewusst sind" (S. 428); wäre dies der Fall, dann brauchte bei Grundstücks-Handänderungen eine notarielle Steuerrechts-Belehrung nicht erörtert zu werden.

Fn 97 - Keine Belehrungspflicht über die zu gewärtigenden Steuerfolgen besteht bei den Protokollierungen; ob und welche Steuerfolgen durch die Gründung oder Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft oder durch die Fusion mehrerer Gesellschaften ausgelöst werden, braucht durch die Urkundsperson nicht beurteilt zu werden, welche die betreffenden Versammlungsbeschlüsse protokolliert. Demgemäss liegt der eidgenössische Emissionsstempel auf der Ausgabe neuer Beteiligungsrechte grundsätzlich ausserhalb der Steuerarten, bezüglich derer die Urkundsperson der Klientschaft gegebenenfalls einen warnenden Hinweis zu geben hat. - Im Ergebnis übereinstimmend, wenn auch mit anderer Begründung (zu grosse Komplexität der Problematik) lehnt PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (430 ff.) eine notarielle Belehrungspflicht bezüglich der Transponierungstheorie bei der Einbringung von Aktien in eine vom Einbringer zu gründenden Holdinggesellschaft anlässlich der Protokollierung der Gründung ab.

****S. 499****

Risiken in Umrissen vor Augen führt⁹⁸. Für die konkreten Steuerfolgen und insbesondere für die Möglichkeiten einer Steuerminimierung können sich die solcherart gewarnten Klienten an Steuerberater wenden, sofern die Urkundsperson eine umfassende Steuerberatung nicht ihrerseits anbietet. Denn grundsätzlich braucht die Urkundsperson die steuerlich günstigste Vorgehensweise weder zu kennen noch zu empfehlen. Sie hat im Rahmen der Belehrungspflicht lediglich dann warnend zu intervenieren, wo prohibitive Steuerfolgen möglich, der Klientschaft aber nicht bewusst sind⁹⁹. - Erteilt die Urkundsperson steuerliche Auskünfte ohne Vorbehalt eines weiteren Erkundigungsbedarfs der Klientschaft, so darf sich die Klientschaft auf die Richtigkeit der Auskunft verlassen. Denn ihr Vertrauen in die steuerliche Rechtskunde und Erfahrung der Urkundsperson in den drei genannten Steuerarten ist begründet und schützenswert. Ist die Auskunft falsch, so kommt aller-

dings eine finanzielle Notarhaftung nur für den kausal verursachten Schaden, d.h. für allfällige Rückabwicklungs- und Rechtsdurchsetzungsspesen, in Frage. Die von der Klientschaft geschuldete Steuer als solche ist kein überwältzbarer Schaden im Rechtssinne. Ebenso wenig hat die Klientschaft im Falle unrichtiger Beratung durch Amtsnotare Anspruch gegenüber dem Staat auf auskunftskonforme, gesetzwidrige Besteuerung¹⁰⁰.

d) Ungewöhnlichkeits-Belehrung

aa) Grundsatz

1753 - Die Ungewöhnlichkeits-Belehrung umfasst die Bewusstmachung ungewöhnlicher Abweichungen des konkreten Geschäftes vom einschlägigen dispositiven Gesetzesrecht, von den ortsüblichen Usanzen und, in wirtschaftlicher Hinsicht, die krasse Abweichung von Marktkonditionen¹⁰¹.

Fn 98 - So auch MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 101: "Bei der heutigen steuerlichen Belastung ist meist auch ein Hinweis auf die steuerlichen Folgen des beabsichtigten Geschäftes unerlässlich". Mit dem Erfordernis des Hinweises ist zugleich gesagt, dass keine ins Einzelne gehende Abklärung oder gar Berechnung vorgenommen zu werden braucht.

Fn 99 - PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (428) knüpft die steuerliche Belehrungspflicht der Urkundsperson in seinem als Variante II gegebenen Fallbeispiel zutreffend an den Umstand, dass für die Urkundsperson eine gravierende Steuerfolge ersichtlich ist, mit welcher die Klientschaft nicht rechnet.

Fn 100 - Vgl. in diesem Sinne den Entscheid der Steuerrekurskommission AG vom 16.4.1975, ZBl 1976 S. 455-457 (falsche Auskunft des beurkundenden Gemeindegemeinschreibers über die Berechnung der Besitzesdauer. Bei richtiger Auskunft hätte der Verkäufer möglicherweise etwas später verkauft. Die Notarhaftung wurde verneint).

Fn 101 - Zur abweichenden Lehre vgl. den folgenden Abschnitt.

****S. 500****

1754 - Erläuterung: Eine Belehrungspflicht, wie sie hier unter dem Begriff der Ungewöhnlichkeits-Belehrung postuliert wird, findet in den kantonalen Gesetzen keine ausdrückliche Stütze¹⁰². Zweifellos besteht die Befürchtung, dass ein zu weit gefasster Begriff einer solchen Belehrungspflicht die Zahl der notariellen Haftungsfälle ins Uferlose anwachsen lassen könnte. Denn manche nachträglich vertragsreugig gewordene Partei mag versucht sein, der Urkundsperson unterlassene Belehrung vorzuwerfen. - Der Rechtsgedanke, der bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Gültigkeit ungewöhnlicher, klein gedruckter Klauseln in Frage stellt und etwa die graphische Hervorhebung von Schiedsabreden verlangt, muss aber analog auch im Beurkundungsverfahren gelten. Das Normale und Gewöhnliche bedarf keiner besonderen Erörterung, das Ungewöhnliche immer dann, wenn die Klienten nicht selber rechts- und geschäftskundig sind oder durch eigene Rechtsberater schon vor der Einleitung des Beurkundungsverfahrens juristisch betreut wurden¹⁰³.

1755 - Dass das Normale und Gewöhnliche keiner besonderen Erörterung bedarf, bedeutet konkret: Wenn jemand Grundeigentum verkaufen, verpfänden, eine Dienstbarkeit errichten oder sich verbürgen will, dann braucht sich die Urkundsperson nicht mit einer Gewissensforschung aufzuhalten, ob die Klientschaft dieses Geschäft wirklich will und hinlänglich überlegt hat. Dass dem so sei, davon darf die Urkundsperson ausgehen. Der Schutz vor Unbedacht beginnt vielmehr dort zu greifen, wo das Geschäft von der Norm abweicht. Ob die Abweichung als solche erkannt und wirklich gewollt ist - das ist der springende Punkt, an dem die Urkundsperson nicht vorbeigehen darf.

Fn 102 - Vgl. etwa ZH NV § 18 Abs. 3: "Dabei enthält er [der Notar] sich jeder zudringlichen Einflussnahme auf die Willensbildung, insbesondere was die wirtschaftliche Seite des Geschäftes anbelangt." - Diese Bestimmung steht jedoch nicht im Widerspruch zu der hier vorgeschlagenen Ungewöhnlichkeitsbelehrung; die Urkundsperson hat bei der Ungewöhnlichkeitsbelehrung keine zudringlichen Beeinflussungsversuche zu unternehmen, sondern der Klientschaft ganz einfach das Ungewöhnliche, seine Tragweite und seine Risiken bewusst zu machen;

ob die so belehrte Klientschaft ihren Geschäftswillen ändert, ist ihr Entscheid. Dass sie von einem leichtsinnigen oder unvernünftigen Willen während des Beurkundungsverfahrens sich lösen kann, ist Teil des beurkundungsrechtlichen Regelungsziels des Schutzes vor Unbedacht.

Fn 103 - Wenn die Schweizerischen Bundesbahnen mit einer grossen Transportfirma unter Mithilfe von Juristenteams einen komplizierten Baurechtsvertrag für ein privates Gebäude über dem Bahnareal aushandeln, so ist von der Urkundsperson allenfalls die grundbuchgerechte Redaktionstechnik bzw. der laufende Kontakt zum zuständigen Grundbuchamt, nicht eine "Belehrung" der Verhandlungspartner im oben besprochenen Sinne, gefordert.

****§. 501****

bb) Abweichende Lehre

1756 - Die beurkundungsrechtlichen Literatur zur Belehrungspflicht scheint darauf ausgerichtet zu sein, die Urkundsperson möglichst weitgehend abzusichern gegen Verantwortlichkeitsansprüche, und zwar sogar bei klarer Übervorteilung einer schutzbedürftigen, geschäftsunkundigen Partei durch eine klug agierende Gegenpartei. Ausgangspunkt solcher Erörterungen ist der alte BGE 50 II 147¹⁰⁴. Gestützt auf dieses Präjudiz wird für den vollständigen Dispens der Urkundsperson von der Pflicht plädiert, sich um die wirtschaftliche Seite des Geschäftes zu kümmern. So unterstreicht MARTI: "Bei gegensätzlichen Interessen der Beteiligten ist der Notar nicht verantwortlich für die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit eines Geschäftes; er hat nicht dafür zu sorgen, dass der Verkäufer einen möglichst hohen Preis erzielt bzw. der Käufer das Grundstück möglichst günstig erhält."¹⁰⁵ - Dieser Aussage ist beizupflichten, aber sie geht an der Kernfrage vorbei, in welchem Umfang die Urkundsperson verpflichtet ist, für den Schutz schutzbedürftiger Klienten vor Unbedacht, Unerfahrenheit und Leichtfertigkeit zu sorgen - auch und gerade in wirtschaftlicher Hinsicht. Mit "Vorteilhaftigkeit" und "möglichst hohem Preis für den Verkäufer" hat dies nichts zu tun.

1757 - An anderer Stelle vertritt MARTI die Auffassung, der Notar habe sich zur Höhe des Kaufpreises nicht zu äussern¹⁰⁶. SIDLER¹⁰⁷ schränkt diese Auffassung insofern ein, als die Urkundsperson nicht darüber hinweggehen dürfe, wenn ein Kaufvertrag offensichtlich auf eine Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR hinauslaufe; gleicher Auffassung ist PETER RUF¹⁰⁸. Demgegenüber hielt das KG VS in einem Urteil von 1979 fest, der Notar müsse "faire état des conséquences possibles de l'acte au plan juridique, puis au plan économique"¹⁰⁹. Ähnlich äusserte sich 1966 der RR SG: "Erkennt die Urkundsperson, dass eine geschäftsunerfahrene Person in Gefahr steht, zu einem für sie nachteiligen Geschäftsabschluss verleitet oder ausgenützt zu werden, so ist sie zu einer warnenden Aufklärung berechtigt und verpflichtet"¹¹⁰. - Die vorliegende Arbeit folgt dieser Auffassung.

Fn 104 - Vgl. das einschlägige Zitat aus diesem BGE in Ziff. 1793.

Fn 105 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 93, N 7 zu Art. 32 NG BE.

Fn 106 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 86, N 14 zu Art. 30 NG BE. - In gleichem Sinne GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 94: Ob die Erklärung im Interesse des Erklärenden liegt, habe der Urkundsbeamte nicht zu prüfen.

Fn 107 - SIDLER Komm. LU (1975) S. 35, N 55.

Fn 108 - PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (423).

Fn 109 - KG VS, Urteil vom 11.5.1979, RVJ (1980) 119-125 (125).

Fn 110 - RR SG, Beschwerdeentscheid vom 29.3.1966, SJZ 65 (1969) S. 41/42. Die Urkundsperson nahm als Verkehrswert Fr. 20.-- pro Quadratmeter an und verweigerte zunächst die Beurkundung zum Preis von Fr. 5.-- ohne Begründung. Dann suchte sie

****S. 502****

cc) Kritik der Lehre

1758 - Zu der erwähnten höchstrichterlichen Äusserung ist zu bemerken, dass die notarielle Belehrungspflicht nicht - wie dies in der Folge gerne getan wurde - mit der Gewährleistung des "gerechten Preises" im Sinne eines *iustum pretium* verwechselt werden darf¹¹¹. Autoren, welche die notarielle Belehrungspflicht bezüglich der wirtschaftlichen Seite des Geschäftes mit dem Hinweis auf die Unmöglichkeit der Gewährleistung eines "gerechten Preises" ablehnen, entziehen sich der ernsthaften Erörterung eines komplexen Problems, das auf so einfache Weise nicht abgetan werden kann¹¹².

1759 - Der Umfang der Belehrungspflicht darf auch nicht unter dem engen Gesichtswinkel der notariellen Berufshaftpflicht erörtert werden¹¹³. Die Belehrungspflicht geht weiter als der Kreis jener Tatbestände, die bei unterlassener Belehrung zur vermögensrechtlichen Haftung der Urkundsperson führen. Denn nur in den wenigsten Fällen ändert die Belehrung etwas am Geschäftswillen der Parteien, und nur in ganz

den Verkäufer auf, welcher hochbetagt war und offensichtlich vom Käufer ausgenützt werden sollte, und belehrte ihn über die ungewöhnliche Tiefe des Preises. Der solcherart belehrte Verkäufer zog sich vom Geschäft zurück. Auf Beschwerde des Käufers rügte der RR SG das Vorgehen der Urkundsperson insofern, als diese die Belehrung nicht während des Beurkundungsverfahrens, im Beisein des Käufers, erteilt hatte, billigte aber die Erteilung der Belehrung dem Grundsatz nach. - Der Fall beleuchtet die psychologische Schwierigkeit für die Urkundsperson, einer geschäftsklugen Vertragspartei Aug in Auge ein gutes Geschäft zu verderben. Da das Liegenschafts-Notariat immer die Tendenz zu einer gewissen Verfälschung mit dem lokalen Grundstückhandel, der Bauwirtschaft und den institutionellen Immobilien-Investoren hat, muss durch klare beurkundungsrechtliche Imperative Gegensteuer gegeben werden. Wird den Urkundspersonen "Diplomatie" und "Takt" empfohlen und werden sie von Äusserungen zur wirtschaftlichen Seite generell dispensiert, so wird dadurch die Solidarisierung des Notariats mit den geschäftsklugen Marktteilnehmern in unnötiger Weise gefördert und legitimiert.

Fn 111 - Die Vertragsparteien sind im Rahmen ihrer Privatautonomie frei, bei der Vereinbarung von Leistung und Gegenleistung beliebige Abweichungen von der marktgerechten Gleichwertigkeit festzulegen; vgl. BGE 94 II 270 (273).

Fn 112 - In ähnlichem Sinne geht eine Äusserung von WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (17) an der Sache vorbei: "Nach allgemein anerkannter Auffassung ist die Urkundsperson nicht Wirtschaftsberater." - Zum Schutz der Vertragschliessenden vor Unbedacht gehört der bewusstmachende Hinweis auf krasse Abweichungen von Marktkonditionen. Mit Wirtschaftsberatung hat das nichts zu tun. Die Urkundsperson kann sich ihrer Pflicht, auf Ungewöhnliches hinzuweisen, nicht entziehen mit der (zutreffenden) Feststellung, sie sei keine Wirtschaftsberaterin.

Fn 113 - Vgl. die zutreffende Äusserung von HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 54, N 6, bei einer auf die Gerichtskasuistik der Haftungsfälle eingeeengten Betrachtungsweise werde "ein tragender Grundsatz des notariellen Amtsrechtes verkannt: Der Notar ist/soll sein: der unabhängige Wahrer der Interessen beider Parteien".

****S. 503****

eindeutigen Fällen, in welchen die (unterlassene) notarielle Belehrung mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit die geschädigte Partei zu einer anderen Gestaltung oder zum Verzicht auf den Geschäftsabschluss geführt haben würde, kann der haftungsrechtlich erforderliche Kausalzusammenhang zwischen pflichtwidriger Unterlassung und eingetretenem Schaden als erstellt gelten.

1760 - Haftungsrechtlich muss gelten, dass nur krasse Unterlassungen in eindeutigen Fällen von Erklärungsirrtümern, Übervorteilung und gewissen Grundlagenirrtümern haftungsbegründend sein können.

1761 - RUF¹¹⁴ und SIDLER¹¹⁵ behagen die notarielle Belehrungspflicht bezüglich der wirtschaftlichen Seite des beurkundeten Geschäftes erst ab der Schwelle der Übervorteilung im Sinne von Art. 21

OR. Dieser Auffassung ist entgegenzuhalten, dass die Verhinderung von Abschlussmängeln, wozu die Übervorteilung gehört, bereits aus der notariellen Pflicht abzuleiten ist, auf ein gültiges, unanfechtbares Geschäft hinzuwirken. Die Belehrungspflicht mit ihrem Ziel des notariellen Schutzes vor Unbedacht muss bereits unterhalb dieser Schwelle greifen. Es genügt nicht, dass die Urkundsperson jene Abschlussmängel zu vermeiden mithilft, die schlimmstenfalls nachträglich auch vom Richter korrigiert werden können.

1762 - Man mag die Frage stellen, ob das Beurkundungsbefähigungsbefreiungsgesetz denn dazu bestimmt sei, geschäftsgewohnten Unternehmern und Grundstückshändlern die kommerziellen Vorteile ihres Informationsvorsprungs und ihres grösseren Verhandlungsgeschicks gegenüber unerfahrenen Personen aus der Hand zu winden, wenn die letztgenannten Personen ein einziges Mal in ihrem Leben ein Grundstück verkaufen und sich dabei unklug verhalten. Man mag die Frage verneinen und der Auffassung sein, Unerfahrenheit und Unbeholfenheit im Grundstücksgeschäft, das durch das Fehlen eines transparenten Marktes gekennzeichnet ist, sei jedermanns eigenes Risiko. Eine solche Auffassung bringt aber das Notariat in Misskredit und führt dazu, dass gewisse Bevölkerungsteile den Urkundspersonen mit Skepsis begegnen, ihnen "Verfilzung" mit Liegenschaftshändlern und Bauunternehmern unterstellen. Denn dass die Urkundsperson das Ungewöhnliche als solches erkennt, wird in der Bevölkerung als selbstverständlich vorausgesetzt; dass sie dazu schweigt und ein einseitiges Geschäft kommentarlos beurkundet, wird ihr übel genommen und als stillschweigende Parteinahme zugunsten des Spekulanten angedeutet. Der moralische Vorwurf entbehrt jedenfalls dort nicht einer gewissen Berechtigung, wo sich ein kantonaler Notarenstand für umfassende Betreuung der Klienteninteressen stark macht und mit dem Wert sol-

Fn 114 - PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (423).

Fn 115 - SIDLER, Komm. LU (1975) S. 35, N 55.

****S. 504****

cher Betreuungsleistungen hohe Beurkundungsgebühren rechtfertigt. Dabei braucht die Urkundsperson keineswegs in die Verhandlungen einzugreifen, dem Spekulanten das gute Geschäft zu vermiesen. Die Veräussererin muss sich ihrer Haut selber wehren. Die Urkundsperson hat nur bewusstseinsbildend zu helfen, allfällige Irrtümer über "besonders entgegenkommende Preisofferten" und "allerletzte Gelegenheiten" zu zerstreuen, allenfalls auf die Möglichkeit einer professionellen Grundstücksbewertung und auf die in der betreffenden Gegend sonst etwa bezahlten Quadratmeterpreise hinzuweisen. Wenn sich die Veräussererin aufgrund solcher Erörterungen zu einem Rückzieher oder zu einer zweiten Verhandlungsrunde aufrafft, so hat sich das Beurkundungsbefähigungsbefreiungsgesetz als Schutz vor Unbedacht bewährt. Die Urkundsperson hat ihre Pflicht erfüllt.

dd) Rechts- und Tatsachenbelehrung als Abgrenzungskriterien?

1763 - In der Literatur wird unterschieden zwischen **Rechtsbelehrung und Tatsachenbelehrung**, und es wird die Auffassung vertreten, nur die Rechtsbelehrung sei Inhalt der notariellen Belehrungspflicht¹¹⁶.

1764 - Die Unterscheidung mag zuweilen nützliche Abgrenzungshilfe leisten, darf aber nicht überbewertet werden. Autoren und Richter ohne praktische Erfahrung mit Vertragsgestaltung und Klientenbetreuung sind geneigt, unter notarieller Rechtsbelehrung etwas ähnliches wie die richterliche Rechtsmittelbelehrung oder das Erteilen von Rechtsauskünften zu verstehen - und damit die Realien der notariellen Tätigkeit grundsätzlich zu verkennen. **Die Urkundsperson ist immer mit den wirtschaftlichen Belangen ihrer Klienten befasst.** Es gibt keine notarielle Rechtsgestaltung und keine notarielle Belehrung, die sich nicht auf "Tatsachen" beziehe. Gewiss ist die Urkundsperson nicht Wirtschaftsberaterin ihrer Klienten. Warum die Klienten gerade dieses Grundstück kaufen, gerade

diesen Preis festsetzen, warum sie eine Aktiengesellschaft gründen und warum sie einander Stundung gewähren etc. ist Sache der Klienten, welche in diesen Belangen autonom sind. Aber geschäftsungewohnte Parteien lassen sich von gewandten Gegenparteien zuweilen in irrige Vorstellungen hineinmanövrieren, und sie vermögen sich die wirtschaftlichen Auswirkungen bestimmter Vertragsbestimmungen nicht konkret vorzustellen. In solchen Fällen gehört es zu den Aufgaben der Urkundsperson, dem Vorstellungsvermögen der Klienten auch und gerade in tatbeständlicher Hinsicht nachzuhelfen und ein allenfalls fehlendes Risikobewusstsein herbeizuführen.

Fn 116 - So sinngemäss MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 82, N 7 zu Art. 30 NG BE.

****S. 505****

1765 - Die begriffliche Unterscheidung von Rechts- und Tatbestandsbelehrung und die These, nur die erstgenannte gehöre zu den notariellen Amtspflichten, verkennt, dass der eigentliche Sinn fachkundiger Belehrung nicht in abstrakten rechtlichen Erörterungen, sondern in der **Anwendung der notariellen Rechtskenntnis auf den konkreten Sachverhalt des beurkundeten Geschäftes** liegt. Bei der notariellen Belehrung geht es nie bloss um eine "rechtliche Tragweite" abstrakter Vertragsbestimmungen, sondern stets und in erster Linie um die **Anwendung von Rechtsgedanken auf die konkreten Verhältnisse der Sachbeteiligten**. Gerade die Umsetzung von Rechtsgedanken auf konkrete Lebensverhältnisse macht den Sinn der notariellen Tätigkeit aus. Abstrakte Rechtsbelehrungen können die Klienten in Ratgeber-Broschüren selber nachlesen, oder sie können im Gesetz blättern. Die zivilprozessuale Maxime "da mihi facta dabo tibi ius" - "gib mir die Fakten - ich, Richter, gebe dir die darauf anwendbaren Rechtssätze" - muss analog auch für das Beurkundungsverfahren gelten. Die Sachbeteiligten bringen den vertraglich zu regelnden Sachverhalt ein, worauf die Urkundsperson die auf diesen konkreten Sachverhalt anzuwendende Vertragsgestaltung - das "ius" im Sinne der Maxime - vorschlägt. Dabei darf sich die Urkundsperson nicht durchwegs mit blossen Zielvorgaben seitens der Klientschaft begnügen, sondern sie muss, wenn etwas Ungewöhnliches, einseitig Benachteiligendes oder Riskantes begehrt wird, die konkreten Verhältnisse der Sachbeteiligten und die Motive zur Sprache bringen, aus denen das Ungewöhnliche oder Einseitige oder Riskante begehrt wird.

ee) Beispiele gebotener Ungewöhnlichkeits-Belehrung

1766 - Die Ungewöhnlichkeits-Belehrung ist vor allem bei Geschäften des Immobiliarsachen- und des Obligationenrechts angebracht. Bei den oft individuell gestalteten Geschäften des Familien- und Erbrechts kann von Ungewöhnlichkeit in der Regel nicht gesprochen werden, und es fehlt hier das Bezugskriterium der Marktüblichkeit.

1767 - Wenn alte Personen nach der Verwitwung oder beim Rückzug ins Altersheim ihr bisher selbstbewohntes Haus verkaufen, so mag ihnen der Preis gleichgültig sein, und sie mögen bereit sein, das Objekt einem Grundstückshändler weit unter dem Verkehrswert zu verkaufen. Stellt die Urkundsperson eine solche Gleichgültigkeit fest, so ist die Sache in Ordnung, und es obliegt der Urkundsperson nicht, dem Käufer eine gute Kaufsgelegenheit zu vereiteln. Stellt die Urkundsperson jedoch fest, dass die Veräussererin der irrigen (vielleicht vom Käufer induzierten) Meinung ist, ein besonders gutes Geschäft zu machen, für welches zudem Eile geboten sei, so obliegt der Urkunds-

****S. 506****

person, den Irrtum auszuräumen und darauf hinzuweisen, das dem nicht so ist¹¹⁷.

1768 - Wenn unerfahrene Käufer von Unternehmern in angespannten finanziellen Verhältnissen dazu missbraucht werden, in riskanter Weise Vorschuss zu gewähren und Grundstückspreis sowie Werklohn vor auszubezahlen, bevor das Eigentum übertragen, die verkäuferseitig bestellten Grund-

pfänder abgelöst und die Baute erstellt ist, so obliegt der Urkundsperson eine deutliche Abmahnung an die Adresse der Käufer. Die Veranschaulichung der Situation des Käufers, wenn der Veräusserer übermorgen seine Insolvenz bekannt geben sollte, darf nicht als etwas Anstössiges betrachtet werden. Die notarielle Belehrung hat auch negative wirtschaftliche Entwicklungsmöglichkeiten in Betracht zu ziehen. Das Zug-um-Zug-Prinzip ist das Gewöhnliche. Wesentliche Abweichungen von diesem Prinzip sollten nur aus einleuchtenden Gründen und mit den nötigen Sicherungsmechanismen zugunsten der vorleistenden Partei(en) vorgesehen werden. Sie erheischen einer deutlichen notariellen Bewusstmachung¹¹⁸.

ff) Notarielle Pflicht, ungewöhnliche Ansinnen einer Partei nicht mit dem Anschein notarieller Eigeninitiative an die Gegenpartei weiterzuleiten

1769 - Das Ungewöhnliche kommt selten rein zufällig in den Text, sondern entweder auf Veranlassung einer Partei, welche aus Zuwendungsabsicht handelt, oder dann auf Anstoss der anderen Verhandlungspartei, welche von der ungewöhnlichen Gestaltung profitieren möchte. Im erstgenannten Fall ist es Aufgabe der Urkundsperson, die Zuwendungsabsicht zu erkennen und sie den Parteien bewusst zu machen bzw. zu ermitteln, ob eine solche Absicht tatsächlich besteht.

1770 - Im zweitgenannten Falle, d.h. bei unausgewogenen Werten von Leistung und Gegenleistung, welche nicht durch eine ausdrücklich erklärte Zuwendungsabsicht motiviert sind, soll die Urkundsperson ebenfalls zur Bewusstmachung des Sachverhalts beitragen. Sie soll das

Fn 117 - Die Erkundigungspflicht der Urkundsperson nach den Motiven für einen besonders niedrigen Grundstückkaufpreis ergibt sich in einzelnen Kantonen bereits wegen der Schenkungssteuer-Relevanz. Wenn bei Rechtsgeschäften zwischen Verwandten die Schenkungssteuer beispielsweise einzugreifen beginnt, sobald der Preis mehr als 25 % unter dem Verkehrswert liegt, und wenn die Urkundspersonen eine diesbezügliche Erkundigungs- und Belehrungspflicht haben, so ist ihnen analoge Aufmerksamkeit und Belehrung auch zuzumuten, wo Nichtverwandte miteinander kontrahieren und Geschäftsunkennntnis auf der Seite des Verkäufers im Spiele steht.

Fn 118 - So schon WIELAND, Zürcher Kommentar (1909) N 1c zu Art. 657 ZGB: Der Notar "soll unlautere Machenschaften verhüten und dafür besorgt sein, dass Leistung und Gegenleistung Zug um Zug zur Vollziehung gelangen."

****S. 507****

Ungewöhnliche der sich benachteiligenden Partei nicht kommentarlos in der Gestalt eines Urkundenentwurfs vorlegen. Gerade in solchen Situation greift die notarielle Pflicht Platz, auf Ungewöhnliches mit der nötigen Deutlichkeit¹¹⁹ hinzuweisen.

1771 - Denn in solchen Fällen ist es typischerweise das Bestreben kluger Verhandler, das Ungewöhnliche nicht als solches in Erscheinung treten zu lassen, sondern die unwissende Gegenpartei glauben zu machen, es handle sich um Routine und Usanz, über die man vernünftigerweise gar nicht zu diskutieren brauche. Finden solche Ungewöhnlichkeiten aufgrund einseitiger Instruktion Eingang in den Urkundenentwurf, so wagt die geschäftsunkundige Partei erst recht nicht mehr, eine Frage zu stellen: Was als Vertragsentwurf vom Notar kommt, trägt für einfache Leute zuweilen bereits jenes Siegel von Autorität¹²⁰ und rechtlicher Notwendigkeit, welches das Stellen von Fragen oder die Anregung von Änderungen als ungehörig erscheinen lässt.

e) Erfüllung der Belehrungspflicht nur soweit erforderlich

1772 - *Die Belehrungspflicht besteht dem Grundsatz nach bei jeder Beurkundung individueller Erklärungen. Ob und in welchem Umfang zur Erfüllung der Belehrungspflicht ein Tätigwerden der Urkundsperson erforderlich ist, hat die Urkundsperson aufgrund der Natur des betreffenden Geschäftes und aufgrund des Wissensstandes der erklärenden Personen zu beurteilen*¹²¹.

Fn 119 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 93, N 5 zu Art. 32 NG BE vergleicht die Stellung des Notars, der unparteilich zwischen Vertragsparteien mit gegenläufigen Interessen steht, mit derjenigen eines Treuhänders; auf die wirtschaftlichen Aspekte des Geschäftes habe der Notar nicht von sich aus einzutreten, sondern er werde, wenn "ihn die Beteiligten hierüber um seinen Rat [ersuchen], ihn mit jener Zurückhaltung erteilen, welche seiner Stellung als Treuhänder beider Vertragspartner entspricht." - Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wird das Bild von der notariellen Funktion etwas anders gezeichnet. Wo Übervorteilung droht, wo gewiegte Geschäftemacher ihren Profit aus der Unerfahrenheit einfacher Leute zu ziehen im Begriffe sind, da ist die Urkundsperson zu deutlichen Worten, nicht bloss zu treuhänderischer Zurückhaltung verpflichtet - auch wenn dies unangenehm ist, und auch wenn sich die Urkundsperson durch solche Deutlichkeit von der geschäftsklugen Partei keinen Beifall erhoffen kann.

Fn 120 - Vgl. Werbeschrift des Schweizerischen Notarenverbandes vom Dezember 1992 ("Notare geben Auskunft/Das Zentrale Testamentenregister"): "Die Unabhängigkeit und das ethische Empfinden des Notars drückt seinen Urkunden den Stempel der Unparteilichkeit und der Fairness auf."

Fn 121 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 86, N 13 zu Art. 30 NG BE; in gleichem Sinne das Urteil des Appellationshofes BE vom 19.1.1983, BN 1984 S. 344; das Urteil ist insofern merkwürdig, als das Gericht ausführlich erörterte, ob der Notar den Verkäufer über die rechtliche Tragweite eines im voraus erklärten Verzichts auf das

****S. 508****

1773 - Unerfahrenheit, Verständnisschwierigkeit, Leichtgläubigkeit oder Leichtsinns einer Vertragspartei erheischen eine vertiefte notarielle Belehrung, wogegen die erfahrene, mit Klugheit auf ihren Vorteil bedachte Partei nicht in gleicher Weise belehrt zu werden braucht.

1774 - Eine ungenügende oder unrichtige Belehrung hindert die Entstehung der öffentlichen Urkunde¹²² nicht¹²³.

1775 - Erläuterung: Die Urkundsperson erfüllt ihre Belehrungspflicht nicht dadurch, dass sie bei jedem Grundstücksverkauf, bei jeder Grundpfanderrichtung etc. gewisse Standard-Erläuterungen schablonenartig rezitiert oder dass sie solche erläuternden Klauseln routinemässig in den Text ihrer Urkunden aufnimmt. Auch die Aushändigung erläuternder Merkblätter und Gesetzestexte an die zu Urkund erklärenden Personen ist weder erforderlich noch eine zureichende Belehrung. Die Urkundsperson hat vielmehr in jedem Einzelfall abzuklären, wieviel belehrende Erläuterung die erschienenen Personen brauchen. Häufig brauchen sie keine, so etwa, wenn Grundstücksgeschäfte zwischen branchen- und rechtskundigen Personen abgeschlossen werden. Bei unkundigen Leuten oder bei Personen, die aus gesundheitlichen Gründen oder altershalber über eine verlangsamte Auffassung verfügen, kann die von der Urkundsperson im Rahmen ihrer Belehrungspflicht herbeizuführende Bewusstseinsbildung zu einer zeitaufwendigen Sache werden.

1776 - In der Praxis ist es so, dass rechtsunkundige Parteien anlässlich der Beurkundung von letztwilligen Verfügungen, Erb- und Eheverträgen nicht nur Belehrung über die rechtliche Tragweite der schlussendlich beurkundeten Begünstigung oder des gewählten Güterstandes, sondern eine ausführliche Beratung¹²⁴ über verschiedene vorhandene Gestaltungsmöglichkeiten beanspruchen und auch tatsächlich erhalten; dabei ist es der Urkundsperson wegen der Kompliziertheit des geltenden Eherechtes nie möglich, die rechtlichen Konsequenzen der verschiedenen Güterstände bei der Annahme verschiedener Vermögensentwicklungen für den Trennungs-, Scheidungs- und Todesfall umfassend verständlich zu machen. Die optimale notarielle Beratung besteht darin, die elementaren Unterschiede der Güterstände in starker Vereinfachung plastisch werden zu lassen und die Ratsuchenden nicht mit den Einzelheiten von Gesetz und Praxis zu verwirren. - Bei

gesetzliche Verkäuferpfandrecht hätte belehren sollen, und dabei übersah, dass dieser Verzicht kraft des klaren Wortlauts von Art. 837 Abs. 2 ZGB nichtig war und also keinerlei rechtliche Tragweite gehabt haben konnte.

Fn 122 - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 123 - Jedoch kann die Urkundsperson vermögensrechtliche und disziplinarische haftbar werden; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 86, N 15 zu Art. 30 NG BE.

Fn 124 - Zur notariellen Beratung vgl. Ziff. 1783 ff.

****S. 509****

Grundstückverträgen, Hypothekierungen und Bürgschaften pflegen hingegen Standardformulierungen ohne längere Gespräche zwischen Urkundsperson und Erklärenden beurkundet zu werden.

1777 - Aus dem Grundsatz, dass notarielle Belehrung nur so weit zu gehen hat, als sie zum Schutze der Beteiligten vor Unbedacht erforderlich ist, ergibt sich das Erfordernis vertiefter Belehrung jener Parteien, die bei der Geschäftsformulierung aus Unerfahrenheit, Verständnisschwierigkeit, Leichtgläubigkeit oder Leichtsinn einer im Grunde nicht gewollten, für sie ungünstigen Gestaltung zustimmen¹²⁵.

1778 - Dass die ungenügende oder unrichtige notarielle Belehrung die Entstehung der öffentlichen Urkunde nicht verhindern kann, ergibt sich aus dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Da die notarielle Belehrung meist mündlich erteilt wird, wäre bei Vertragsreue einer Partei die spätere Behauptung, mangelhaft belehrt worden zu sein, das sich aufdrängende Instrument zur Aufhebung des Vertrages; dies darf nicht ermöglicht werden. Auf der Ebene des Beurkundungsrechts kommen bei mangelhafter Belehrung demgemäss nur disziplinarische Rechtsfolgen in Frage.

1779 - Auf der Ebene des materiellen Rechts ist die Anfechtbarkeit des Vertrages erst dann zu bejahen, wenn die mangelhafte Belehrung zu einem Sachverhalt geführt hat, der bei Vertragsschluss in einfacher Schriftform zu einer Vertragsanfechtung gemäss Art. 23-28 OR, insbesondere wegen wesentlichen Irrtums oder Täuschung, Anlass gäbe. Die Kriterien, die an den Sachverhalt des Irrtums und an dessen Wesentlichkeit anzulegen sind, sind bei öffentlich beurkundeten Geschäften nicht anders als bei privatschriftlichen und mündlichen Geschäften zu umschreiben. Die notarielle Belehrungspflicht kann nicht zu erleichterter Vertragsanfechtung - bereits wegen unwesentlichen Irrtums - Anlass geben.

f) Umfang der Belehrungspflicht bezüglich ausländischen Rechts

1780 - *Die schweizerische Urkundsperson ist unbeschränkt belehrungspflichtig über die Regeln des schweizerischen IPRG, d.h. über die Frage, ob schweizerisches oder ausländisches Recht auf ein zu beurkundendes Geschäft zur Anwendung kommt.*

Fn 125 - HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 54, N 7 spricht von der "kompensatorischen Beratung"; ähnlich verlangt ALFRED SANTSCHI, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Winterthur 1959, S. 97, dass sich der Notar vor allem derjenigen Partei annehme, die sich in rechtlichen Fragen am wenigsten auskennt.

****S. 510****

1781 - *Die schweizerische Urkundsperson hat sodann bei der Beurkundung von Geschäften, welche ausländischem materiellem Recht unterstehen, die Belehrung über dieses ausländische Recht im beschränkten Rahmen ihrer Möglichkeiten zu erteilen. Werden ausländische Gesetzes- und Verordnungstexte beigezogen und von der Urkundsperson unmittelbar angewendet, so hat sich die Urkundsperson insbesondere Rechenschaft darüber zu geben, ob ihr das ausländische Recht in den einschlägigen Bereichen tatsächlich klar geworden ist und inhaltlich einleuchtet. Verbleiben in geschäftswesentlichen Punkten erhebliche Unklarheiten, so soll die Urkundsperson um die Einholung einer fachkundigen Auslegung des ausländischen Rechts bemühen, welche auf die konkreten Umstände des Einzelfalles Bezug nimmt.*

1782 - Erläuterung: Es gehört zu den illusionären Grundlagen des Internationalen Privatrechts, dass sich ausländisches Recht durch den Beizug ausländischer Gesetzestexte gewissermassen mechanisch anwenden liesse. Dies ist nicht der Fall. Sinn und Tragweite von Rechtsnormen sind oft nur aufgrund jahrelanger Erfahrung mit der betreffenden Rechtskultur richtig zu erfassen. Einfacher und richtiger ist es dann, einem Kenner des ausländischen Rechts den Sachverhalt vorzulegen und ihm die Anwendung des ausländischen Rechts anzuvertrauen. Wo immer ausländisches materielles Recht zur Anwendung kommt, muss die schweizerische Urkundsperson demgemäss als befugt gelten, eine solche Delegation der Rechtsanwendung an einen Experten für das betreffende ausländische Recht vorzunehmen. Die Verantwortung der Urkundsperson beschränkt sich in diesem Fall auf die richtige Fragestellung¹²⁶.

7. Notarielle Beratung

a) Begriff und Problematik der Beratungspflicht

aa) Begriff der Beratung

1783 - Beratung heisst die Vermittlung von Beurteilungskriterien für die von Beteiligten zu treffende Wahl der rechtlichen Gestaltung¹²⁷.

Fn 126 - Zur Belehrungspflicht bezüglich des anwendbaren ausländischen Rechts vgl. ferner Ziff. 737 f.

Fn 127 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 85, N 5 zu Art. 30 NG BE, ferner derselbe, Notariatsprozess (1989) S. 101, erörtert diese Amtspflicht, unter Vermeidung des Begriffs der Beratung, im Rahmen der materiellen Rechtsbelehrungspflicht. - PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (420) definiert die notarielle Rechtsberatung als die "Mithilfe des Notars bei der rechtlichen Ausgestaltung. Im Rahmen der Rechtsberatung ist es die Aufgabe des Notars, den Parteien einen Weg vorzuschlagen, wie sie das ihnen vorschwebende wirtschaftliche oder rechtliche Ziel erreichen können."

****S. 511****

1784 - Erläuterung: Kennzeichen der Beratung ist die Darstellung und Beurteilung von Gestaltungsvarianten. Wer sein Grundstück dem Meistbietenden verkaufen will, braucht kaum Beratung. Wenn dagegen die Eltern einem einzelnen von mehreren Nachkommen ihr bisher selbst bewohntes Einfamilienhaus zur dauernden Benützung überlassen wollen und unentschieden sind, ob sie es ihm vermieten, verkaufen oder als Erbvorempfang schenken sollen, und wenn sie nicht wissen, wie sie sich im einen und anderen Fall gegenüber den übrigen Nachkommen verhalten sollen, dann hat notarielle Beratung - im Sinne des Variantenvergleichs - ihren Platz. Zuweilen drängt sich eine bestimmte Gestaltung ohne weiteres als die optimale auf. Dann kann ein Vergleich mit weniger günstigen Varianten unterbleiben. Manchmal aber äussern die Klienten auf die von der Urkundsperson vorgelegten Gestaltungsvarianten nur undeutliche Präferenzen, bitten um Vertiefung der einen oder anderen Variante oder um Bedenkzeit, um die Vor- und Nachteile der verschiedenen Varianten nach ihrem eigenen Empfinden abzuwägen. Dies ist notarielle Beratung.

bb) Zielkonflikt bei der Normierung der Beratungspflicht

1785 - Die normative Erfassung der notariellen Beratungspflicht hat sich zu orientieren am Ziel, rechtsunkundigen Personen hinlängliche Information zu vermitteln, insbesondere aber schutzbedürftige Vertragsparteien vor Unbedacht zu schützen. Das Ziel, die Urkundsperson gegen unberechtigte Haftpflichtprozesse zu schützen, darf nicht im Vordergrund stehen.

1786 - Erläuterung: Die gesetzliche Normierung und dogmatische Erörterung der notariellen Beratung ist geprägt von einem Zielkonflikt.

1787 - Auf der einen Seite gehört eine angemessene Beratung, die sich nicht auf Formalien und Selbstverständlichkeiten beschränkt, sondern auch die menschlichen und wirtschaftlichen Aspekte eines Geschäftes einbezieht, zu den notariellen Funktionen, welche den Schutz vor Unbedacht verwirklichen und damit wesentlich zur Legitimation des Beurkundungsobligatoriums für bestimmte individuelle Erklärungen beitragen¹²⁸. Auch möchten manche Urkundspersonen möglichst um-

Fn 128 - Vgl. FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (334): "Es ist gerade die Beratung, und zwar auch in abgaberechtlichen Fragen, die das Ansehen des freiberuflichen Notars ausmacht". - WILLY MEIER, Wahrheitsuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (15), misst der notariellen Beratungstätig-

****S. 512****

fassende Beraterdienste anbieten, wo immer sie damit der Klientschaft nützlich sein können. Gute Beratung ist beim freiberuflichen Notariat die beste Werbung und die eigentliche Grundlage der Klienten-Akquisition¹²⁹. Die Klientschaft sucht unter mehreren örtlich zuständigen Urkundspersonen am ehesten diejenige auf, von welcher sie die beste Beratung verspricht - nicht diejenige, deren Urkunden dem Grundbuchverwalter am besten gefallen.

1788 - Auf der anderen Seite besteht eine verständliche Hemmung, die Klientenberatung als Amtspflicht der Urkundsperson zu qualifizieren. Würde die Urkundsperson von Beurkundungsrechts wegen generell zur Beratung verpflichtet, so könnte es zu einer Lawine unfruchtbarer Verantwortlichkeitsprozesse gegen unschuldige oder überforderte Urkundspersonen kommen. Manche Leute könnten im nachträglichen Ärger über ein schlechtes Geschäft versucht sein, in der Urkundsperson die Schuldige zu suchen.

1789 - Auch aus gewerbepolitischen Gründen dürfen die rechtlichen Anforderungen an die notarielle Beratung nicht hoch geschraubt werden. Manche Urkundspersonen sind aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer Erfahrung zu optimaler Beratung nicht befähigt, erfüllen aber als dezentrale Anbieter der notariellen Dienstleistung trotzdem eine wichtige und nützliche Funktion. Wollte man von Rechts wegen eine Beratungspflicht postulieren, welche sich an den Möglichkeiten der bestausgerüsteten Notariats- und Anwaltskanzleien in den grossen Städten misst, so müssten manche einfachere Urkundspersonen aus dem Wettbewerb ausscheiden.

1790 - Schliesslich birgt die notarielle Beratung leicht die Gefahr der Parteilichkeit in sich.

1791 - Angesichts dieses Zielkonflikts gilt es, die notarielle Beratungspflicht so zurückhaltend und gleichzeitig so klar zu umschreiben, dass den schutzbedürftigen Klienten der nötige Schutz vor Unbedacht gewährleistet ist, dass gleichzeitig aber auch Urkundspersonen von durchschnittlichem Ausbildungsstand und mit wenig Erfahrung gegen Haftungsrisiken abgesichert sind, sofern sie im Rahmen ihrer Möglichkeiten mit Sorgfalt und im Bewusstsein ihrer professionellen Grenzen arbeiten.

keit ebenfalls grosse Bedeutung bei und veweist auf die Äusserung von MARTI, Das freiberufliche Notariat, BN 39 (1978) S. 457, wonach die Existenzberechtigung des freiberuflichen Notariats entscheidend von der Qualität der notariellen Rechtsberatung abhängt.

Fn 129 - Vgl. etwa die Werbeschrift des Schweizerischen Notarenverbandes vom Dezember 1992 ("Notare geben Auskunft/Das Zentrale Testamentenregister"), wo es unter dem Titel "Die Trümpfe des Notars" heisst: "Der freiberufliche, also unabhängige Notar, ist dank seiner umfassenden Hochschulbildung in der Lage, die Beteiligten im Zusammenhang mit der Beurkundung von Geschäften kompetent und neutral zu beraten."

****S. 513****

cc) Entwicklung der Lehre

1792 - Der Überblick über die Lehre in der Schweiz ergibt folgendes: In einer frühen Äusserung von 1904 hat BLUMENSTEIN die notarielle Beratungspflicht vollständig negiert¹³⁰ und in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, dass sich der Notar nicht "zum materiellen Inhalt des Verurkundungsgegenstandes" zu äussern habe, sondern lediglich zur Form desselben. Die Aufgabe des Notariats bestehe nicht "in der Sorge für die materielle Richtigkeit der verurkundeten Willenserklärungen", "sondern [nur] in derjenigen für die richtige Form"; insbesondere habe sich der Notar nicht um die "Vorteilhaftigkeit" der verurkundeten Willenserklärungen zu kümmern.

1793 - Das Bundesgericht stützte diese Auffassung mit einem Diktum aus dem Jahre 1924: "Ob der zur Beurkundung genannte Kaufpreis dem wirklichen Werte der Liegenschaft entspricht, hat die Urkundsperson nicht zu prüfen, und ein Untersuch darüber wäre ohne amtliche Schätzung in den meisten Fällen wohl kaum möglich; es ist daher auch nicht Sache der Urkundsperson, zu verhüten, dass eine Liegenschaft zu billig oder zu teuer verkauft werde. Die Höhe des Kaufpreises ist lediglich eine Angelegenheit der Parteien unter sich."¹³¹

1794 - Obwohl die Ungewöhnlichkeit von Vertragskonditionen in der vorliegenden Arbeit unter dem Aspekt der notariellen Belehrungspflicht, nicht der Beratungspflicht, erörtert wird, hat das Bundesgericht gerade mit seinem Diktum zum ungewöhnlichen Kaufpreis die Diskussion um die notarielle Beratungspflicht nachhaltig beeinflusst.

1795 - ALFRED SANTSCHI hat 1959 Blumensteins völlige Negation der auf die materiellen Belange des Geschäftes eingehenden Belehrung (und damit auch aller Beratung) kritisiert¹³². Deutlicher sprach sich der gleiche Autor in einem Aufsatz von 1968 aus und befürwortete die Annahme einer gewissen Beratungspflicht der Urkundsperson¹³³. Der Aufsatz ist allerdings gekennzeichnet durch die Diskrepanz zwischen der Formulierung relativ weitreichender abstrakter Prinzipien einerseits¹³⁴, den eher zurückhaltend ausgefallenen konkreten Beispielen

Fn 130 - BLUMENSTEIN, Motive zum Vorentwurf der Justizdirektion zum bernischen Notariatsgesetz, Bern 1904, S. 98 (zitiert nach ALFRED SANTSCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) 1-16).

Fn 131 - BGE 50 II 147.

Fn 132 - ALFRED SANTSCHI, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Winterthur 1959, S. 95: Blumensteins "Begründung für die etwas sonderbare Umschreibung der Rechtsbelehrungspflicht in Art. 19 NG vermag jedoch nicht zu überzeugen."

Fn 133 - ALFRED SANTSCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) 1-16.

Fn 134 - So beispielsweise a.a.O. S. 2: "In gewissen Fällen kann die Rechtsberatung der Beteiligten nicht nur eine Aufgabe, sondern sogar eine Berufspflicht des Notars sein, die sich aus dem Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung ergibt. Dabei ist die Rechtsberatung untrennbar mit der Rechtsbelehrung verbunden." - S. 16: "Vor

****S. 514****

notarieller Beratung andererseits¹³⁵. Der Gefahr, eine Lawine von Haftpflichtprozessen auszulösen, begegnete SANTSCHI dadurch, dass er am bundesgerichtlichen Diktum von 1924 festhielt, wonach die wirtschaftliche Seite eines Geschäftes den Notar nichts angehe¹³⁶; ausserdem bezeichnete er die notarielle Beratung als eine lediglich ethische, nicht als eine Rechtspflicht: "Grundsätzlich ist aber die Beratung nicht eine Pflicht, sondern ein Gebot, nicht ein "Müssen", sondern ein "Sollen" des Notars. Die Bedeutung dieser Abgrenzung liegt in der Verantwortlichkeit der Urkundsperson."¹³⁷ Aus dieser wenig überzeugenden Differenzierung zwischen Sollen und Müssen leitete der Autor dann die kaum haltbare These ab: "Hat der Notar mangelhaft beraten, so ist regelmässig seine Haf-

tung eine geringere [als bei mangelhafter Belehrung], weil es eben für ihn grundsätzlich keine gesetzliche Beratungspflicht gibt."¹³⁸

1796 - SIDLER wurde 1975 im Kurzkommentar zum luzerischen Beurkundungsgesetz etwas konkreter mit der Äusserung, die Urkundsperson müsse "auf Möglichkeiten aufmerksam machen, an welche die Parteien vielleicht nicht gedacht haben, die sie aber in Betracht gezogen hätten, wenn sie entsprechend orientiert worden wären. Das setzt solide Kenntnis des materiellen Rechtes, aber auch des Steuerrechtes voraus. Ziehen doch heute sozusagen alle Rechtsgeschäfte steuerrechtliche Konsequenzen nach sich; ein Umstand, dessen sich geschäftsunerfahrene Parteien oft erst hinterher bewusst werden. Dagegen muss sich die Urkundsperson nicht um die wirtschaftliche Tragweite eines Geschäftes kümmern, **es sei denn, diese würde rechtliche Bedeutung haben. Läuft beispielsweise ein Kaufvertrag offensichtlich auf eine Übervorteilung im Sinne von Art. 21 OR hinaus, so darf die Urkundsperson nicht darüber hinweggehen.** Und unterlässt es eine Urkundsperson, auf das mit der Stundung des Kaufpreises verbundene Risiko aufmerksam zu machen, so handelt sie pflichtwidrig (Maximen XI 623 Ziff. 3)".

1797 - Einen Schritt weiter ging CARLEN¹³⁹: "Die Beratung ist vor allem eine rechtliche. Zwangsläufig werden sich aber auch wirtschaftliche

allem in jenen Gebieten, wo das freie Berufsnotariat herrscht, wie im Kanton Bern, erwarten die Parteien ohne weiteres vom Notar, dass er sie eingehend und gut berätet. Und dies mit Recht."

Fn 135 - Der Autor gibt Beispiele relevanter Beratung nur für die ehe- und erbrechtlichen Geschäfte (S. 10).

Fn 136 - a.a.O. S. 9.

Fn 137 - a.a.O. S. 10/11.

Fn 138 - Vgl. demgegenüber zutreffend PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (420): "Sofern jedoch der Notar die Beratung der Parteien - wenn auch freiwillig - übernimmt, so haftet er selbstverständlich für die Richtigkeit seiner Ratschläge."

Fn 139 - CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 125/6.

****S. 515****

Fragen ergeben, wenn die Folgen einer bestimmten Vertragsform oder Vertragsart besprochen werden. Diese muss oft unter dem Gesichtspunkt wirtschaftlicher Überlegungen gewählt werden."

1798 - Noch deutlicher äusserte sich WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (18) mit der Äusserung: "Nach heutiger Auffassung ist die Rechtsberatung nicht nur Aufgabe, sondern ungeschriebene Berufspflicht des Notars. Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung verlangen eine Rechtsberatung. Diese ist mit der Rechtsbelehrung untrennbar verbunden. In einer gekonnten Rechtsberatung zeigen sich die Vorzüge des freiberuflichen Notariats."

1799 - Das am 1.1.1982 in Kraft getretene und von HANS MARTI 1983 kommentierte neue bernische Notariatsgesetz erwähnt den Begriff der Beratung im Zusammenhang mit der hauptberuflichen Funktion nicht, sondern nennt die Beratung lediglich im Katalog der zulässigen nebenberuflichen Tätigkeiten¹⁴⁰. Bei der Erörterung der sogenannten materiellen Rechtsbelehrungspflicht des Notars schreibt MARTI, unter Vermeidung des Begriffs der Beratung: "Endlich hat er [der Notar] die Urkundsparteien zu orientieren, wie eine rechtliche Regelung im einzelnen ausgestaltet werden kann und zweckmässig ausgestaltet wird (z.B. mögliche Arten von Dispositionen zur Erreichung eines bestimmten erbrechtlichen Zieles)."¹⁴¹ - Die Zurückhaltung dieser Lehrmeinung lässt wiederum das Bestreben erkennen, keine Lawine von Haftpflichtprozessen auszulösen. Denn selbstverständlich geht es bei der notariellen Tätigkeit nie um die theoretische Erörterung der allgemeinen Frage, "wie

eine rechtliche Regelung ausgestaltet werden kann", sondern immer konkret um die optimale Gestaltung für die dem Notar gegenüberstehenden Klienten.

1800 - In MARTIS jüngstem Werk, dem "Notariatsprozess" von 1989, kommt der Begriff der Beratung nicht mehr vor. Immerhin schreibt der Autor einleitend (S. 14): "Die vorliegende prozessuale Monographie befasst sich weder mit der Frage, welche Willenserklärungen und

Fn 140 - BE NG Art. 19.

Fn 141 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 85, N 5 zu Art. 30 ND BE. - Während MARTI im Kommentar 1964 zum bernischen Notarsgesetz, S. 92 f., noch von einer eigentlichen Pflicht des Notars zur Beratung der Urkundsparteien gesprochen hatte, nahm er diese Aussage im Kommentar 1983 zu den am 1.1.1982 in Kraft getretenen, revidierten bernischen Notariatsgesetzen stillschweigend zurück: Der Begriff "Beratung" findet sich im Kommentar 1983 nicht mehr, ebenso wenig in MARTIS 1989 erschienenen "Notariatsprozess". Im zuletztgenannten Werk heisst es immerhin (S. 101), angesichts der "heutigen steuerlichen Belastung" sei "meist auch ein Hinweis auf die steuerlichen Folgen des beabsichtigten Geschäftes unerlässlich", ferner: die Rechtsbelehrung setze vielfach voraus, "dass der Notar zuvor die durch die verlangte Beurkundung aufgeworfenen Rechtsfragen prüft und mögliche rechtliche Varianten studiert".

****S. 516****

Feststellungen öffentlich beurkundet werden müssen, noch mit der weiteren Frage, **wie Rechtsgeschäfte ausgestaltet werden sollen. Aber erst in diesem Bereich zeigt sich der Meister der Urkunde**¹⁴² - was doch wieder die Interpretation zulässt, MARTI sehe im Notar nicht nur den Meister der Redaktionstechnik, sondern den guten Rechtsgestalter; gute Gestaltung ist aber nur möglich unter Erfassung der rechtlich zu regelnden tatsächlichen Verhältnisse, d.h. der menschlichen und wirtschaftlichen Gegebenheiten und Ziele.

dd) Notwendigkeit der Differenzierung gemäss Geschäftstypen

1801 - Die Diskussion über die Voraussetzungen und den Umfang der notariellen Beratungspflicht wird erleichtert, wenn statt einer generell-abstrakten Aussage über das Bestehen oder Nichtbestehen der Beratungspflicht differenzierte Lösungen für die verschiedenen Geschäftstypen gesucht werden.

b) Umfang der Beratungspflicht

1802 - *Die Urkundsperson ist bei der Beurkundung von Eheverträgen zur Beratung verpflichtet*¹⁴³, soweit die Ehegatten diese Beratung benötigen, um sich zu einem Wechsel des Güterstandes zu entschliessen.

1803 - *Bei anderen Geschäften ist die Urkundsperson von Amtes wegen nicht zur Beratung verpflichtet. Wünschen die Beteiligten von der Urkundsperson Beratung, so kann sie diese unter Beobachtung der modalen notariellen Amtspflichten*¹⁴⁴ erteilen.

1804 - Erläuterung: Die Beratung geht dem Beurkundungsverfahren zuweilen voraus und kann Inhalt eines ersten Kontakts zwischen Urkundsperson und Klientschaft sein, bevor diese zur Beurkundung entschlossen ist. Die Klientschaft hat zu Beginn manchmal noch keinen klaren Willen, sondern sie artikuliert Probleme und erhofft von der

Fn 142 - Beim "Meister der Urkunde" handelt es sich um einen von ERNST BLUMENSTEIN geprägten Begriff (Vorrede zur Herausgabe des Formularenbuches des Verbandes Bernischer Notare von 1911): "Der Notar soll der Meister der Urkunde sein, d.h., ihm liegt es ob und bildet seinen eigentlichen Beruf, im einzelnen Falle diejenige Redaktion der Urkunde zu finden, welche nicht nur den Vorschriften der Gesetzgebung, sondern auch den Verhältnissen des konkreten Verurkundungsgegenstandes entspricht." - Wie anders als durch Variantenvergleiche und also durch Beratung kann die den Verhältnissen des konkreten Verurkundungsgegenstandes am besten entsprechende Redaktion gefunden werden?

Fn 143 - So auch MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 101/102.

Fn 144 - Zum Begriff der modalen Amtspflichten vgl. Ziff. 834.

****S. 517****

Urkundsperson eine Lösung, oder sie artikuliert Zielvorgaben und erhofft von der Urkundsperson eine zweckmässige juristische Ausgestaltung.

1805 - Zu solcher Beratung, die meist eine vergleichende Beurteilung verschiedener Gestaltungsvarianten und den Einbezug privat- und öffentlichrechtlicher Rahmenbedingungen und Rechtsfolgen erheischt, ist die Urkundsperson - ausserhalb des Bereichs ehevertraglicher Gestaltungen - von Amtes wegen nicht verpflichtet. Sie hat für Beratung auch kein Monopol. Sie kann von der Klientschaft nicht verlangen, dass diese sich ihre Ratschläge bei der Urkundsperson hole oder dass sie deren Ratschlägen mehr Beachtung schenke als den Ratschlägen Dritter.

1806 - Zwingend geboten ist die Beratung lediglich bei der Beurkundung von **Eheverträgen**, ferner bei **erbrechtlichen Gestaltungen**, wenn die Klienten blosse Zielvorgaben machen und von der Urkundsperson deren rechtliche Verwirklichung im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten begehren. Insbesondere ehegüterrechtliche Vertragsgestaltungen sind nicht sinnvoll möglich ohne vorherigen Variantenvergleich. Wer eine vom ordentlichen Güterstand oder von einem bisher vertraglich geltenden Güterstand abweichende Gestaltung beurkunden lässt, muss wissen, worin der Unterschied zwischen dem bisherigen Rechtszustand und der neuen Gestaltung besteht¹⁴⁵; diesen Unterschied hat die Urkundsperson zu erläutern, womit sie beratend tätig ist.

1807 - In Gegenden, in welchen die immobiliarsachenrechtliche Beratung vorwiegend oder ausschliesslich von den ansässigen Urkundspersonen erbracht wird, muss auch die Rechtsberatung im Sinne der Erarbeitung optimaler Gestaltungsvarianten im Hinblick auf grössere Überbauungen und die hiezu erforderlichen Baulandumlegungen und Meliorationen als eine Amtspflicht der örtlich zuständigen Urkundspersonen gelten. Liegt in grösseren Agglomerationen der diesbezügliche Know How vorwiegend bei einigen wenigen, auf Grossüberbauungen spezialisierten Urkundspersonen, bei Rechtsanwälten oder Firmenjuristen, so wird sich eine in diesen Belangen nicht erfahrene Urkundsperson ohne Amtspflichtverletzung auf den Standpunkt stellen dürfen, die Klientschaft möge sich den Rat für die optimale

Fn 145 - In anderen Fällen ist der Variantenvergleich kaum denkbar, jedenfalls nicht erforderlich. Wer auf Anraten der Urkundsperson seine letztwilligen Ziele durch die Zuwendung einer Nutzniessung verwirklicht, braucht nicht notwendigerweise über die alternative Möglichkeit der Vor- und Nacherbschaft informiert worden zu sein. Wenn eine Hypothekierung gemäss banküblichen Konditionen beurkundet wird, so braucht die Urkundsperson nicht von alternativen Sicherstellungsmöglichkeiten oder alternativen Grundpfandkonditionen zu sprechen. Will sich jemand auf vorgedrucktem Bankformular als Solidarbürge verpflichten, so braucht ihm die Urkundsperson nicht die Vorteile der einfachen Bürgschaft zu erörtern.

****S. 518****

Gestaltung bei einem Spezialisten holen und sich für die Beurkundung anmelden, sobald der Geschäftswille konkret feststeht.

1808 - Vom notariellen Standpunkt aus ist es der Urkundsperson im übrigen erlaubt, das Beurkundungsverfahren erst dann an die Hand zu nehmen, wenn die Klientschaft zumindest in groben Zügen weiss, was sie will.

c) Haftung für Beratungsfehler

1809 - *Erteilt die Urkundsperson Beratung, so hat die Beratung richtig zu sein. Beratungsfehler führen zur vermögensrechtlichen Haftung der Urkundsperson, wenn der Kausalzusammenhang zu einem Schaden nachgewiesen werden kann*¹⁴⁶.

1810 - *Die Haftung ist eine beurkundungsrechtliche und untersteht Art. 41 ff. OR oder dem für fehlerhafte Amtstätigkeit geltenden kantonalen öffentlichen Recht, wenn die Beratung als Nebenleistung¹⁴⁷ zu einer erfolgten Beurkundung erbracht wurde. Die Haftung ist eine privatrechtliche, wenn die Beratung durch eine freiberufliche Urkundsperson in einem Umfang erteilt wurde, welcher über den Rahmen beurkundungsrechtlicher Nebenleistungen hinausging.*

1811 - Erläuterung: Wenn die Urkundsperson beratend tätig ist, dann muss sie **kompetente und unparteiliche Beratung** erteilen. Fühlt sie sich überfordert, so hat sie die Klientschaft an einen kompetenten Berater weiterzuweisen. Manche Klienten kennen die Unterschiede zwischen fakultativer Beratungstätigkeit und öffentlicher Beurkundung nicht und halten die Urkundsperson, kraft deren Amtes, ohne weiteres für eine Beraterin mit umfassenden Kenntnissen. Es obliegt der Urkundsperson, die Klientschaft gegebenenfalls auf die Grenzen der eigenen Beratungsmöglichkeiten hinzuweisen.

1812 - Führt die Beratung zu keiner Beurkundung, dann ist ein allfälliger Beratungsfehler nicht als Beurkundungsfehler zu würdigen. Eine Haftung ist aus sachlichen Gründen in einem solchen Falle kaum denkbar.

1813 - Wenn die Beratung den Rahmen der notariellen Nebenleistung nicht überstieg und wenn sie zu einer Beurkundung führt, dann ist sie als integrierender Teil der notariellen Amtstätigkeit zu qualifizieren.

Fn 146 - So auch PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (420), welcher die Beratungspflicht zwar verneint, aber beifügt: "Sofern jedoch der Notar die Beratung der Parteien - wenn auch freiwillig - übernimmt, so haftet er selbstverständlich für die Richtigkeit seiner Ratschläge."

Fn 147 - Zum Begriff der notariellen Nebenleistung vgl. Ziff. 495.

****S. 519****

ren¹⁴⁸. In diesem Falle hat die Beratung nicht den Charakter der Rechtsauskunft, sondern sie geht ein in die konkrete Rechtsgestaltung, ist also Mitwirkung der Urkundsperson bei der Festlegung des Geschäftsinhaltes. Entsteht eine unzweckmässige Urkunde aufgrund eines so krassen Beratungsfehlers, dass er als Kunstfehler qualifiziert werden muss, und lässt sich ein Vermögensschaden quantifizieren durch den Vergleich der beurkundeten Gestaltung mit einer naheliegenden anderen, günstigeren Gestaltung, so muss die Urkundsperson für diesen Schaden gegenüber den geschädigten Verfahrensbeteiligten einstehen; es handelt sich in diesem Falle um eine Haftung für eine fehlerhafte Nebenleistung¹⁴⁹ im Rahmen der Beurkundungstätigkeit, also um die öffentlichrechtliche Notarhaftung.

1814 - Die Haftung der Urkundsperson für fehlerhafte Beratung setzt voraus, dass sie bewusst und in einer für die Klientschaft erkennbaren Weise Gestaltungsverantwortung übernommen hat. Die Übernahme solcher Verantwortung ergibt sich in der Regel aus den Umständen. Wenn die Klientschaft in der Instruktion Zielvorgaben macht (z.B. Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten; steuergünstige Übertragung eines Grundstücks zwischen Verwandten oder zwischen Konzerngesellschaften), und wenn die Urkundsperson hierauf Vertragsentwürfe ausarbeitet, so hat sie durch ihr konkludentes Verhalten¹⁵⁰ die volle Beratungsverantwortung übernommen. Will die Urkundsperson diese Verantwortung nicht übernehmen, so hat sie der Klientschaft klar zu machen, dass sie sich beispielsweise zur Steuergünstigkeit nur unverbindlich äussern möchte und dass sich die Klientschaft bezüglich der optimalen Rechtsgestaltung ihren Rat andernorts holen und zur Beurkundung wiederkommen soll, wenn sie weiss, was sie konkret will. Der Klientschaft obliegt im Haftpflichtprozess der Nachweis, dass sie mit Zielvorgaben, nicht mit einem festgelegten Geschäftswillen, an

die Urkundsperson herangetreten ist oder dass sie die Urkundsperson zur Zweckmässigkeit einer klientenseitig entworfenen

Fn 148 - Die von FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (334) getroffene Abgrenzung der notariellen Haftung für Beratungsfehler, welche dem öffentlichen Recht unterstehen soll, wenn die Urkundsperson die Beratung "freiwillig" erteilt hat, dem Privatrecht, wenn sie sie "in Ausführung eines obligationenrechtlichen Auftrages" erteilt hat, erscheint als undeutlich. Solange die Beratung den Umfang einer notariellen Nebenleistung nicht übersteigt und sofern sie in die Urkundengestaltung eingeht, ist sie stets als Erfüllung einer (freiwillig übernommenen) Amtspflicht zu qualifizieren.

Fn 149 - Zum Begriff der notariellen Nebenleistung vgl. Ziff. 495 ff.

Fn 150 - Dass die Übernahme von Beratungsverantwortung sehr oft durch konkludentes Verhalten, kaum jemals durch Abschluss eines förmlichen Beratungsvertrags, erfolgt, ist auch die Meinung von FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (337 Anm. 87).

****S. 520****

Geschäftsgestaltung befragt und um notarielle Beurteilung nachgesucht hat¹⁵¹.

1815 - Zuweilen werden Sinn oder Gültigkeit einer ursprünglich zweckmässigen Rechtsgestaltung durch **Änderungen der Gerichtspraxis** oder der Gesetzgebung **nachträglich in Frage gestellt**. Dies begründet keine Haftung der Urkundsperson.

1816 - Die spontane nachträgliche Information früherer Klienten über die Praxisänderung und die Empfehlung einer neuen Gestaltung gehört nicht zu den Amtspflichten, deren Versäumnis zur Haftung führt¹⁵². Mit dem Abschluss des Beurkundungsverfahrens ist die einzelne Beurkundung für die Urkundsperson erledigt.

1817 - Die Sorgfaltsstandards für die beratend tätige Urkundsperson müssen hoch angesetzt werden. Denn die Urkundsperson geniesst kraft ihres Beurkundungsmonopols beim Publikum ein hohes Mass an Vertrauen, auch bezüglich der Kompetenz zu rechtlicher Beratung. Gerade weil die Urkundsperson nicht unter einer Amtspflicht zu solcher Rechtsberatung steht, ist ihr zuzumuten, ihre eigenen Grenzen zu erkennen und nur dann Beratung zu erteilen, wenn sie für die Zweckmässigkeit der empfohlenen Gestaltung die Verantwortung übernehmen kann.

d) Steuerberatung

1818 - Bezüglich der **Steuerberatung**, zu welcher die Urkundsperson befugt ist, wenn die Klientenschaft solche Beratung verlangt, wird zuweilen von steuerlicher Optimierung¹⁵³ bzw. von der steuergünstigsten Lösung gesprochen. Unter dem Aspekt der Notariatshaftung für unrichtige Beratung muss jedoch bedacht werden, dass rechtsgestaltende "Optimierung" kein eindimensionaler Prozess ist. Steuerliche Vorteile der einen Variante sind meist verbunden mit kommerziellen Risiken oder rechtlichen Bindungen und Belastungen, oder die Steuerersparnis im jetzigen Zeitpunkt entspricht einem blossen Aufschieben der Besteuerung auf später. Fast jede Steuerersparnis kostet auf einer nicht-steuerlichen

Fn 151 - So sinngemäss auch FELIX WALTER LANZ, Zur vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit des bernischen Notars, BN 1984, S. 325-343 (337), welcher festhält, dass es am Geschädigten ist, den Abschluss eines Beratungsvertrages zu beweisen.

Fn 152 - Andererseits können Hinweise an frühere Klienten auf einen Änderungsbedarf vertraglicher Regelungen nicht als unzulässige Reklame oder Kundenfang qualifiziert werden.

Fn 153 - Dass von Beurkundungsrechts wegen keine Amtspflicht der Urkundsperson zur Steueroptimierung im Interesse der Klientenschaft besteht, wird zutreffend festgehalten von PETER RUF, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht (Zur materiellen Rechtsbelehrungspflicht des bernischen Notars), ZBJV 116 (1980) 415-437 (426).

****S. 521****

Ebene ihren Preis, so dass die Frage nicht diejenige ist, ob eine bestimmte Ersparnis gemacht werden kann, sondern ob die damit verbundenen anderweitigen Nachteile in Kauf genommen werden wollen.

1819 - Die Aufgabenstellung wird verkannt, wenn die Lösung in blossen Zahlenvergleichen gesucht wird. Das quantitative Maximum oder Minimum ist oft mit Bindungen und Abhängigkeiten verbunden, welche bei objektiver Würdigung letztlich nicht in Kauf genommen werden wollen. Auch im Verantwortlichkeitsstreit wegen fehlerhafter Beratung kann es also nicht einfach um Zahlenvergleiche gehen. Die Haftung des Beraters ist erst anzunehmen, wenn eigentliche Kunstfehler, d.h. die Nichtbeachtung problemlos-guter Lösungen oder Blindheit gegenüber eindeutigen, schweren Nachteilen und offensichtlichen, erheblichen Gefahren vorliegen.

e) Unparteilichkeit bei der Beratung oder späterer Ausstand

1820 - *Die Urkundsperson ist bei aller Beratungstätigkeit zur Unparteilichkeit verpflichtet, sobald die Möglichkeit eines Beurkundungsverfahrens in jener Sache für sie erkennbar wird, auf welche sich die Beratung bezieht.*

1821 - *Die freiberuflich tätige Urkundsperson steht in der Regel vor der Alternative, entweder von Anfang an "notariell", d.h. unparteilich zu beraten oder klarzustellen, dass sie einseitig-anwaltliche Beratung erteilt und dass sie demgemäss von späterer Beurkundungstätigkeit in dieser Sache wird absehen müssen.*

1822 - *Der Rollenwechsel von anwaltlich-parteilicher Beratungstätigkeit zu notarieller Beurkundungstätigkeit in der gleichen Sache ist unzulässig.*

1823 - *Fällt der Verzicht auf die spätere Beurkundung nicht in Betracht, weil für das betreffende Geschäft voraussichtlich keine andere kompetente Urkundsperson zur Verfügung stehen wird, so hat die Urkundsperson im Vorfeld einer Beurkundung von anwaltlich-parteilicher Beratungstätigkeit grundsätzlich abzusehen¹⁵⁴.*

Fn 154 - So sinngemäss NG BE Art. 15 in Verbindung mit Art. 19, woraus sich ergibt, dass der bernische Notar nebenberuflich-parteilich nur tätig werden darf in Angelegenheiten, welche sich nicht als die Vorbereitung einer künftigen Beurkundung darstellen. Zutreffend sehen weder die erwähnten Bestimmungen noch deren Kommentierung durch MARTI, Bernisches Beurkundungsrecht, ein Wahlrecht der Klientschaft vor, im Vorfeld einer potentiellen Beurkundung den Notar entweder nebenberuflich-parteilich zu beanspruchen oder ihn kraft Rogation der Pflicht zu unparteilicher Interessewahrung aller potentiell Beteiligten zu unterwerfen; die unparteiliche Interessewahrung sämtlicher Personen, die an einer künftigen Beurkundung potentiell beteiligt sein werden, kann nicht ins Belieben einzelner Privater gestellt sein,

****S. 522****

1824 - Erläuterung: In manchen Beurkundungsfällen finden einseitige Kontakte einer einzelnen Partei mit der Urkundsperson statt, bevor die Gegenpartei überhaupt bekannt ist. So zieht ein Bauunternehmer frühzeitig eine Urkundsperson bei, um die rechtliche Strukturierung einer Gesamtüberbauung zu entwerfen, Baurechte, Stockwerkeigentumserrichtungen, Dienstbarkeiten etc. zu skizzieren, bevor einzelne Wohnungen zum Verkauf ausgeschrieben werden.

1825 - Zuweilen sind die Gegenparteien bereits bekannt: Ein Ehegatte mag bei voranschreitender ehelicher Zerrüttung von der Urkundsperson erfahren wollen, ob es ehevertragliche Sicherungsmöglichkeiten im Vorfeld der Scheidung gibt. Der alternde Unternehmer mag in Begleitung seines im Geschäft tätigen Sohnes die Urkundsperson aufsuchen, um sich zu erkundigen, wie die Töchter in einer für das Unternehmen tragbaren Weise abgefunden werden können.

1826 - Die Urkundsperson braucht solche einseitigen Kontakte nicht grundsätzlich von sich zu weisen. Insbesondere Landnotare sind für derartige Vorabklärungen und Beratungen oft die ersten Ansprechpartner der Klientschaft und sollen sich solchen Aufgaben nicht entziehen. Aber die Urkundsperson darf keine Konzepte entwickeln, die sie nicht auch gegenüber den vorläufig nicht in die Beratung einbezogenen Personen vom Standpunkt notarieller Unparteilichkeit aus mit gutem Gewissen vertreten kann. Notarielle Beratung muss auch gegenüber den abwesenden Parteien stets von Fairness und verantwortungsbewusster Interessewahrung getragen sein.

1827 - Der Prüfstein liegt in der rückhaltlosen Offenheit der Urkundsperson gegenüber den zu einem späteren Zeitpunkt einbezogenen Gegenparteien über die bisher erhaltenen Instruktionen und Zielvorgaben. Wenn der Erblasser den im Geschäft tätigen Sohn begünstigen und zu diesem Zweck die Töchter zum Erbauskaf bewegen möchte, so hat die Urkundsperson dies offenzulegen. Sie hat in diesem Beispiel den Töchtern wahrheitsgemäss darzustellen, dass und inwiefern sie auf Rechtspositionen verzichten und dass sie zu einem solchen Verzicht von Rechts wegen nicht verpflichtet sind. Die Urkundsperson darf sich in einem solchen Falle nicht zum Sprachrohr des Erblassers und des Haupterben machen und deren Anliegen unter dem Anschein notarieller Unparteilichkeit und Autorität als rechtsnotwendig, sachlogisch, landesüblich, einzig-vernünftig, normal etc. darstellen.

1828 - Die Urkundsperson erteilt einseitig-anwaltliche Beratung, wenn sie Lösungen entwickelt, welche sie den benachteiligten Beteiligten als deren Beraterin nicht empfehlen könnte. Sie verletzt ihre Belehrungspflicht gegenüber den erst später einbezogenen Benachteiligten, wenn

sondern besteht als notarielle Amtspflicht, sobald die Möglichkeit einer Beurkundung in einer bestimmten Angelegenheit erkennbar wird.

****S. 523****

sie auf die Nachteile und Risiken nicht offen hinweist. Dem Rechtsanwalt - nicht der Urkundsperson - ist erlaubt, die Gegenpartei zu überlisten, ihr das Nachteilige und Riskante als besondere Chance schmackhaft zu machen oder diplomatisch darüber zu schweigen. Für die Urkundsperson sind, um beim obigen Beispiel zu bleiben, die Töchter genau gleich Klientinnen wie der Vater und der Haupterbe. Die Töchter haben den gleichen Anspruch auf notarielle Interessewahrung.

1829 - Im Hinblick auf den Abschluss von Eheverträgen sind längere Beratungsphasen im Auftrag des einen Ehegatten ohne Wissen des anderen zu vermeiden.

8. Formulierungspflicht

a) Protokollierende Teile der Urkunde

1830 - *Die Urkundsperson formuliert die protokollierenden Textteile, d.h. den Ingress und den Schlussteil.*

1831 - Erläuterung: Die Urkundsperson ist allein zuständig für die Formulierung sämtlicher protokollierender Urkundenbestandteile, weil diese Urkundenteile ausschliesslich das Zeugnis der Urkundsperson, also notarielle Eigenerklärungen, wiedergeben.

b) Erklärungen der Erschienenen

1832 - *Die Urkundsperson formuliert ferner, aufgrund der erhaltenen Instruktionen, die von den Erklärenden ausgehenden individuellen Erklärungen, soweit die Erklärenden nicht selber bestimmte Formulierungen vorschlagen*¹⁵⁵.

Fn 155 - ZH NV § 19 verpflichtet den Notar nicht zum Selber-Formulieren; der Notar hat vielmehr "für die Formulierung zu sorgen", ferner dafür, dass sie klar und vollständig ist. - ZG BeurkG § 15: Die Parteien können

die Schriftstücke über die zu beurkundenden Willenserklärungen entweder selbst schreiben oder deren Abfassung der Urkundsperson übertragen. - GL EGZGB Art. 21 Abs. 1: Die Urkundsperson formuliert die Urkunde, sofern die Parteien dies verlangen. - Dass der Urkundentext nicht von der Urkundsperson verfasst zu sein braucht, wird unterstrichen von JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 48, N 180; BRUNO SCHMIDLIN, Komm. OR (1986) N 71 zu Art. 11 OR; HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 248 ff. (262-263); GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 95. - Ältere Lehrmeinungen, welche die Urkundenformulierung von Bundesrechts wegen als ausschliessliche Domäne der Urkundsperson betrachten,

****S. 524****

1833 - Sind die von den privaten Verfahrensbeteiligten übereinstimmend verlangten Formulierungen nicht aus objektiven Gründen zu beanstanden, so soll die Urkundsperson diese Formulierungen in die Urkunde übernehmen.

1834 - Erläuterung: Bezüglich der individuellen Erklärungen im Mittelteil der Urkunde hat die Urkundsperson die Formulierungsverantwortung¹⁵⁶, nicht aber das Formulierungsmonopol¹⁵⁷. Dies bedeutet, dass die Urkundsperson einen ihr von den Beteiligten unterbreiteten Textentwurf von Amtes wegen auf seine Wahrheit, Klarheit und Widerspruchsfreiheit¹⁵⁸ kontrollieren und auf die Korrektur diesbezüglicher Mängel dringen muss. Bestehen keine derartigen Mängel, so ist die Formulierungszuständigkeit der Sachbeteiligten bzw., wenn sie sich vertreten lassen, ihrer Stellvertreter zu respektieren, sofern diese den Willen zu eigenem Formulieren haben. Denn die Erklärungen werden rechtlich den zu Urkund Erklärenden zugerechnet; es sind **ihre** Erklärungen, nicht diejenigen der Urkundsperson¹⁵⁹. Die Sachbeteiligten brauchen sich von der Urkundsperson weder ihren Willen noch die Form ihrer sprachlichen Äusserung vorschreiben zu lassen, sofern ihre selbst gewählten oder von ihren Rechtsberatern ausgehandelten Formulierungen wahr, klar und widerspruchsfrei sind^{160,161}. - Die Erfah-

müssen heute als überholt gelten; vgl. DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (22) mit Verweis auf JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930, S. 57-58, H. KUNZ, Öffentliche Vertragsverurkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1930, S. 10 und 19.

Fn 156 - So WALTER FELLMANN, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Notars etc., ZBGR 67 (1986) S. 129-139 (135); SIDLER, Komm. LU (1975) S. 142, N 2.

Fn 157 - Auch das kantonale Recht kann der Urkundsperson kein solches Monopol einräumen und sie ermächtigen, von dritter Seite gut vorbereitete Texte ohne stichhaltigen Grund abzuändern. - Auch wenn die Kantone als zuständig gelten, die Vorbereitung des Beurkundungsvorgangs zu normieren, so könnte ein Formulierungsmonopol der Urkundsperson - als sinn- und zwecklose Regelung - vor dem bundesrechtlichen Willkürverbot nicht standhalten. - Vgl. auch JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 48, N 180.

Fn 158 - Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Amtspflicht der Urkundsperson, auf sprachlich dezent, höfliche Formulierungen zu dringen und unnötig weitschweifige Texte zu kürzen.

Fn 159 - Vgl. hiezu Ziff. 196 ff.

Fn 160 - Bei professionell ausgehandelten, von den Parteien und ihren Beratern sorgfältig durchformulierten Entwürfen kann ein Festklammern der Urkundsperson an überlieferten Standardformulierungen das mühsam erarbeitete Ergebnis zäher Verhandlungen (die sich auch auf Einzelheiten der Formulierung bezogen haben mögen) über den Haufen werfen. Es ist nicht Aufgabe der Urkundsperson, das von den Vertragsparteien Erarbeitete durch ein Festklammern an der Kanzleioutine zu durchkreuzen.

Fn 161 - Da die notarielle Auseinandersetzung mit einem fremdformulierten Text unter Kontroll- und Partei-schutzgesichtspunkten in der Regel mindestens ebenso aufwendig ist wie die Erstformulierung der Urkunde aufgrund eigener Muster, gebührt der Urkundsperson auch beim Vorliegen fremder Vorbereitungsarbeiten eine gleich hohe

****S. 525****

rung lehrt, dass das Kontrollieren, Ergänzen und Korrigieren eines von der Klientschaft vorbereiteten Textentwurfs meist einen grösseren notariellen Arbeitsaufwand mit sich bringt als die notarielle Neuformulierung¹⁶².

1835 - Die **Überschrift** der Urkunde gehört, wenn sie den materiellen Geschäftsinhalt umschreibt (beispielsweise durch Begriffe wie "Kauf", "Ehevertrag"), zum Erklärungsinhalt und damit zu jenen Textteilen, für welche die Formulierungszuständigkeit bei den zu Urkund Erklärenden, nicht bei der Urkundsperson, liegt. Die zu Urkund Erklärenden brauchen sich von der Urkundsperson die Benennung des Geschäftes (z.B. die Überschrift "gemischte Schenkung", wenn die Erklärenden die Sache als "Kauf" überschreiben möchten) nicht vorschreiben zu lassen. Vorbehalten bleibt eine geradezu unwahre oder irreführende Überschrift; im Rahmen ihrer Kontrollverantwortung hat die Urkundsperson zu verhindern, dass eine solche Überschrift in die Urkunde eingeht.

c) Notarielle Verantwortung für Wahrheit, Klarheit und Widerspruchsfreiheit

1836 - *Werden der Urkundsperson Formulierungen vorgeschlagen, so ist sie verpflichtet, diese auf ihre Wahrheit, Klarheit und Widerspruchsfreiheit zu kontrollieren. Die Formulierungen sind wahr und klar, wenn sie den Geschäftsinhalt, wie er sich aus der Instruktion ergibt, richtig und deutlich wiedergeben. Fehlt es hieran, so hat die Urkundsperson Verbesserungen oder eine gänzlich neu redigierte Fassung vorzuschlagen*¹⁶³.

1837 - *Hält die Urkundsperson eine von den Verfahrensbeteiligten gewünschte Formulierung für unwahr, unklar oder widersprüchlich und kommt keine Einigung über die Formulierung zustande, so hat die Urkundsperson die Beurkundung abzulehnen. Die Urkundsperson kann sich von den Verfahrensbeteiligten nicht von ihrer Verantwortung für die Wahrheit, Klarheit und Widerspruchsfreiheit des Urkundentextes entbinden lassen*¹⁶⁴.

Vergütung für die Beurkundung, wie wenn sie die ganze Formulierungsarbeit allein geleistet hätte; vgl. in diesem Sinne den Entscheid der Notariatskammer BE vom 3.3.1987, BN 212-217.

Fn 162 - Unzutreffend erscheint demgemäss der Gebührenentscheid des OG ZH vom 12.3.1975, ZR 75, Nr. 10, S. 17, wo zwischen der Korrektur eines privat vorbereiteten Textes und der Neuformulierung des Vertrags ein gebührenmässig relevanter Unterschied gesehen und für die Korrekturarbeit nur ein Bruchteil der vollen Gebühr zuerkannt wurde.

Fn 163 - ZH NV § 19 Abs. 2.

Fn 164 - In diesem Sinne bestimmt BE ND Art. 3, der Entwurf der Urschrift müsse vom Notar oder nach seinen Weisungen abgefasst werden.

****S. 526****

1838 - Erläuterung: Bezüglich der Formulierung der Eigenerklärungen, welche die Sachbeteiligten und ihre Vertreter zu Urkund abgeben, hat die Urkundsperson keine eigenen Rechte, aber sie hat auch in diesem Bereich ihre Amtspflichten wahrzunehmen, allen voran die Wahrheitspflicht, ferner die Pflicht, für Widerspruchsfreiheit und Klarheit zu sorgen, die Erklärungen auf das rechtlich Wesentliche zu beschränken und in Wortwahl und Syntax einen Stil zu pflegen, welcher der Würde der öffentlichen Beurkundung angemessen ist.

1839 - Die Wahrheitspflicht gebietet, dass die Urkundsperson zur Wahl einer Terminologie nicht Hand bietet, die zu einer eigentlichen Unwahrheit führt. Wo aber terminologisches Ermessen gegeben ist, liegt dessen Ausübung bei den zu Urkund Erklärenden. Dies ist etwa der Fall bei einer "gemischten Schenkung", deren Bezeichnung als "Kauf" eine juristische Ungenauigkeit, keine sachliche Unwahrheit darstellt, und dies selbst dann, wenn der Preis nur eine symbolische Grösse darstellt.

d) Unparteilichkeit bei der Formulierung

1840 - *Bei der Formulierung individueller Erklärungen hat die Urkundsperson unparteilich zu sein. Dies bedeutet, dass sie jene Vertragsbestandteile, die sie ohne ausdrückliche Parteianweisung von sich aus in den Urkundenentwurf einbringt, so formulieren muss, dass sich daraus eine ausgewogene Verteilung der Rechte und Pflichten, Chancen und Risiken der verschiedenen Parteien ergibt. Die Ausgewogenheit beurteilt sich nach den Gegebenheiten des konkreten Geschäftes einerseits, nach den orts- und marktüblichen Konditionen für vergleichbare Geschäfte andererseits.*

1841 - *Die Unparteilichkeit erheischt sodann, dass die Urkundsperson die von den Vertragsparteien gemeinsam oder von der einen von ihnen bereits ausformulierten Entwürfe auf ihre Ausgewogenheit hin kontrolliert, dass sie allfällige Unausgewogenheiten offenlegt und den Parteien zur Kenntnis bringt und gegebenenfalls andere, ausgewogenere Formulierungen von sich aus vorschlägt.*

1842 - *Auf einseitige Formulierungsvorschläge, welche der Urkundsperson von einer Vertragspartei ohne Wissen der Gegenpartei zugetragen werden und welche eine verdeckte Bevorteilung der zutragenden Partei anstreben, tritt die Urkundsperson nicht ein, es sei denn, die zutragende Partei stimmt zu, dass die Urkundsperson den Formulierungsvorschlag unter Offenlegung der Autorschaft und ihrer eigenen Bedenken der Gegenpartei zur Diskussion stellt.*

1843 - Erläuterung: Die Urkundenformulierung bzw. die Kontrolle von Formulierungsvorschlägen der Verfahrensbeteiligten ist zuweilen der

S. 527

Prüfstein notarieller Unparteilichkeit¹⁶⁵. Mit parteilicher Formulierung können heikle, von einer nichtsahnenden Partei nicht bemerkte Punkte, umgangen, und es können verdeckte Vorteile für die geschäftskundige oder sprachgewandtere Vertragspartei eingebracht werden.

1844 - Manche Leute haben, wenn sie einen Textentwurf vorgelegt erhalten, keine Vorstellung, was anders formuliert werden könnte, und sie erkennen die Lücken nicht. "The impact of the first draft" - das Eigengewicht des ersten Entwurfs ist eine bekannte Erscheinung. Gewiegte Vertragsverhandler kennen den eminenten Verhandlungsvorsprung, der sich durch die Vorlegung des ersten Entwurfs erzielen lässt. Die Gegenpartei wird dadurch in eine Systematik und Denkweise eingebunden, welche den Interessen des ersten Entwurfsredaktors angepasst ist. Die Gegenpartei kann, bildhaft gesprochen, an einer fertigen Skulptur noch kritisierend herummeisseln, Kleinigkeiten ändern - aber sie wird aus einer sitzenden Gestalt nicht eine stehende machen. Das grundsätzliche Redaktionskonzept - und mit ihm die Festlegung des Vertragsmodells auch in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht - ist das Privileg des Erstredaktors.

1845 - An dieser Erfahrung ist die Unparteilichkeitspflicht der Urkundsperson anlässlich der Vertragsformulierung zu messen. Stellt die Urkundsperson Einseitigkeit und eine von der einen Partei zu deren Gunsten vorformulierte Entwurfsfassung fest, so erheischen Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung, dass die Urkundsperson Gegensteuer gibt, den einseitigen Entwurf in Anwesenheit sämtlicher Parteien durchbespricht, seine Einseitigkeiten allen Anwesenden zu Bewusstsein bringt - und von sich aus einen unparteiischen zweiten Entwurf auf den Tisch legt.

e) Abmahnungsklausel

1846 - *Zur Aufnahme einer Abmahnungsklausel in die Urkunde ist die Urkundsperson verpflichtet, wenn die Urkunde ohne dieselbe bei Dritten den falschen Anschein geprüfter Gültigkeit*

erwecken könnte. Besteht kein solches Risiko, so ist die Urkundsperson zur Beurkundung einer Abmahnungsklausel nur berechtigt, wenn alle zu Urkund erklärenden Personen zustimmen.

1847 - Erläuterung: Die Abmahnungsklausel (auch Abmahnungs-Verbal genannt) ist ein urkundlicher Hinweis darauf, dass die Urkundsperson

Fn 165 - Vgl. BS NG § 2: "Die Notare sollen diejenigen, welchen sie ihre Hilfe leihen, unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen beraten und fördern. Sie haben besonders darauf zu achten, dass Geschäfts- und Rechtsunkundige, zumal auch Frauen, welche vor ihnen rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben, die nötigen Aufschlüsse erhalten und nicht in Unkenntnis der Sachlage zu ihrem Nachteil handeln."

****§. 528****

son ihre Zweifel an der Rechtswirksamkeit des beurkundeten Geschäftes geäußert und den Klienten von der Beurkundung in der gewählten Gestaltung abgeraten hat.

1848 - Der Schutz Dritter vor unbegründetem Vertrauen in den Rechtsbestand der Urkunde gebietet die Aufnahme einer Abmahnungsklausel, wenn andernfalls ein falscher Anschein geprüfter Gültigkeit entstehen könnte¹⁶⁶. Ist dieses Risiko nicht gegeben, so erheischt die Interessewahrungspflicht, dass die Beurkundung einer solchen Klausel jedenfalls dann unterbleibt, wenn die Klientschaft nicht ausdrücklich zustimmt.

1849 - Die Abmahnungsklausel soll als notarielle Erklärung formuliert, nicht den Parteien als eine ihnen aufgezwungene Eigenerklärung in den Mund gelegt werden (nicht also: "Die Parteien bekennen, von der Urkundsperson auf die Anfechtbarkeit hingewiesen worden zu sein.") Die Erschienenen brauchen keine derartigen Bekenntnisse abzugeben. Hingegen kann die Urkundsperson im Ingress oder im Schlussteil protokollieren, was sie selber gesagt hat.

1850 - Sofern nicht der Schutz Dritter die Ersichtlichmachung der notariellen Zweifel erheischt, sondern wenn nur die Urkundsperson einen Bedarf hat, sich selber gegen Vorwürfe seitens der Klientschaft wegen einer nutzlosen oder konfliktverursachenden Beurkundung zu schützen, soll sich die Urkundsperson den Beweis der erfolgten Abmahnung auf andere Art schaffen, namentlich durch eine schriftliche Abmahnung auf dem Korrespondenzweg¹⁶⁷ oder durch Einholung einer schriftlichen Erklärung der Klientschaft, sie sei auf die mangelnde Rechtswirksamkeit hingewiesen worden.

Fn 166 - NG BE Art. 36 Abs. 2; vgl. auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 87, N 16 zu Art. 30 NG BE; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 94.

Fn 167 - Auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 87, N 16 zu Art. 30 NG BE, erwähnt diese Möglichkeit als Alternative zur Abmahnungsklausel in der Urkunde selber.

****§. 529****

§ 66 Der Beurkundungsvorgang

1. Sinn und Zweck des Beurkundungsvorgangs

1851 - *Der Beurkundungsvorgang dient der (nochmaligen) Bewusstmachung¹⁶⁸ des Geschäftsinhaltes durch Lesung des den zu Urkund Erklärenden und der Urkundsperson vorliegenden Urkundentextes sowie der Inkraftsetzung dieses Textes als rechtswirksames Geschäft durch die unmittelbar an die Bewusstmachung anschliessende Unterschriftsleistung der zu Urkund Erklärenden.*

1852 - *Beides, Bewusstmachung und Inkraftsetzung, findet in persönlicher Anwesenheit der Urkundsperson statt¹⁶⁹, welche dabei (a) den Ablauf leitet und überwacht und*

(b) ihn in der Urkunde mit öffentlichem Glauben bezeugt.

1853 - *Dieses notarielle Zeugnis, welches im Urkundeningress und im Schlussteil vorausredigiert ist, wird durch die Beisetzung der Unterschrift und des Amtssiegels der Urkundsperson auf der Urkunde rechtswirksam erklärt, wobei die Unterzeichnung anlässlich des Beurkundungsvorgangs, unmittelbar nach Unterzeichnung der zu Urkund Erklärenden, erfolgen soll, die Siegelung dagegen in der Regel nach Beendigung des Beurkundungsvorgangs, in Abwesenheit der Erschienenen, erfolgt.*

1854 - Erläuterung: Für den inneren Sinn des Beurkundungsvorgangs kann auf das oben, Ziff. 268, Gesagte verwiesen werden.

1855 - Die Bewusstmachung anlässlich des Beurkundungsvorganges ist immer dann eine "nochmalige", wenn die zu Urkund Erklärenden an der Instruktion der Urkundsperson beteiligt waren und den Geschäftsinhalt also schon zu einem früheren Zeitpunkt überlegt und geäußert haben, ferner wenn die Erklärenden einen Urkundenentwurf in einem früheren Zeitpunkt zur Stellungnahme übermittelt erhielten.

1856 - In gewissen Fällen kommt es vor, dass ein Erklärender den konkreten Geschäftsinhalt erstmals anlässlich der Lesung während des Beurkundungsvorgangs zur Kenntnis erhält, so wenn die Errichtung eines Grundpfandes oder einer Bürgschaft gemäss Bankeninstruktion

Fn 168 - Statt von Bewusstmachung wird in der Regel davon geredet, dass den Erschienenen der Urkundeninhalt "zur Kenntnis gebracht" oder "bekanntgegeben" wird; vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 46, N 177; SIDLER, Komm. LU (1975) S. 36, N 60.

Fn 169 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 57, N 14 zu Art. 20.

****S. 530****

von der Urkundsperson vorbereitet wurde, ohne dass der Verpfänder oder Bürge vorher den Volltext der von ihm zu unterzeichnenden Urkunde mitgeteilt erhielt. Handelt es sich um Routinegeschäfte ohne ungewöhnliche Klauseln zu Ungunsten der erklärenden Person, so ist in solchen Fällen gegen das Vorgehen nichts Grundsätzliches einzuwenden, wenn auch eine vorherige Zustellung des Urkundenentwurfs an die zu Urkund Erklärenden als die bessere Vorgehensweise bezeichnet werden muss.

1857 - Abzulehnen und mit dem Makel notarieller Parteilichkeit behaftet ist ein Beurkundungsvorgang, zu welchem einzelne Unterzeichner aufgeboten wurden, ohne dass sie überhaupt wussten, worum es geht.

1858 - Die Beisetzung der Notarunterschrift soll zeitlich unmittelbar an die Unterschriftsleistung der zu Urkund erklärenden Personen erfolgen; hiebei handelt es sich um eine Ordnungsregel, deren Verletzung nicht die Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes bewirkt. Die vergessene Notarunterschrift kann notfalls auch zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden.

2. Materielle rechtliche Bedeutung der Erklärungsabgabe vor der Urkundsperson beim Vertragsschluss

a) Angebot und Annahme bei öffentlicher Vertragsbeurkundung

1859 - *Bei beurkundungsbedürftigen Verträgen schliesst der Gesetzgeber das Stellen einer bindenden Offerte aus. Bis zur allseitigen Urkundenunterzeichnung sind die Parteien nicht gebunden. Demgemäss müssen die vor der Urkundsperson abgegebenen Erklärungen der Vertragsparteien insgesamt als Annahmeerklärungen gedeutet werden, soweit eine solche Deutung erforderlich ist.*

1860 - Erläuterung: Mit der Genehmigung und Unterzeichnung des Urkundenentwurfs vor der Urkundsperson äussern die Erklärenden ihren Geschäftswillen aufgrund des erreichten Konsenses. Zu Beginn des Beurkundungsvorgangs liegt typischerweise der unterschriftsreife Urkundenentwurf vor. Mit ihrer Teilnahme am Beurkundungsvorgang geben die Vertragsparteien einander gegenseitig zu erkennen, dass sie den Vertrag in der vorliegenden Form abschliessen wollen. Die Teilnahme aller ist in diesem Sinne als Angebot jedes einzelnen gegenüber allen anderen zur Unterzeichnung der Urkunde und damit als Angebot zum Vertragsschluss zu deuten. Dieses Angebot ist ein form-

****S. 531****

loses. Es kann bis zur allseitigen Urkundenunterzeichnung von jeder Partei zurückgezogen werden, unabhängig davon, ob diese Partei die Urkunde bereits unterzeichnet hat oder nicht. Erklärt eine Partei, die bereits unterschrieben hat, noch vor der Beisetzung der sämtlichen übrigen Parteiunterschriften, sie "widerrufe"¹⁷⁰ ihre Unterschrift, so liegt darin der Rückzug der noch offenen Offerte zur Mitwirkung an der Beurkundung und damit zum Vertragsschluss.

1861 - Die Urkundsperson ist nicht bloss beobachtender und mitschreibender Zeuge eines privaten Erklärungsaustauschs, sondern sie ist bei der Beurkundung individueller Erklärungen stets auch Erklärungsempfängerin¹⁷¹. Wer vor der Urkundsperson seinen Geschäftswillen zu Urkund erklärt hat, hat wirksam die Annahme erklärt - nicht einer anderen Privatperson ein Angebot gemacht. Die in der Unterschriftsleistung enthaltene Annahmeerklärung schliesst aber nicht aus, dass der Unterzeichner seine Mitwirkungsofferte zurückzieht, solange nicht alle übrigen Privatunterschriften auf die Urkunde gesetzt sind. Der Rückzug der Mitwirkungsofferte entzieht der bereits unterschriftlich abgegebenen Annahmeerklärung den Boden und macht sie gegenstandslos. Das beurkundungsbedürftige Geschäft kann nicht mehr zustande kommen.

b) Bedeutung der Erklärungsabgabe im Sukzessivverfahren

1862 - Im Sukzessivverfahren¹⁷² werden Urkundenlesung, -genehmigung und -unterzeichnung mit verschiedenen Beteiligten zu verschiedenen Zeiten durchgeführt. Jeder Beteiligte erklärt zu seiner Zeit die Annahme des Geschäftes.

1863 - Erläuterung: Der Ablauf ist gleich zu deuten wie der Unterzeichnungsturnus im Simultanverfahren. Statt einiger Sekunden von Unterschrift zu Unterschrift dauern die Intervalle im Sukzessivverfahren

Fn 170 - Vgl. diese Terminologie in SO NV § 30 Abs. 3: "Solange nicht alle unterschrieben haben, ist jede Unterschrift widerruflich." - Ähnlich AI BeurkV Art. 8 Abs. 2 (bezüglich des Sukzessivverfahrens): "Solange nicht alle Beteiligten die Urkunde unterzeichnet haben, können die bereits Unterzeichneten ihre Erklärung bei der Urkundsperson schriftlich oder mündlich widerrufen. Der mündliche Widerruf ist sofort schriftlich zu bestätigen."

Fn 171 - Dem entspricht die von manchen Urkundsperson auch für mehrseitige Verträge benützte Formulierung: "Vor mir sind erschienen X. und Y. und haben **mir** erklärt: X verkauft und Y. kauft ...". - Demgegenüber wird die Parteiautonomie klarer zum Ausdruck gebracht, wenn es heisst: "Vor mir sind erschienen X. und Y. und haben **vor mir** erklärt ...", wobei in diesem Fall unausgesprochen mitschwingt, dass die Parteien "vor mir **einander gegenseitig**" ihren übereinstimmenden Vertragswillen erklärt haben.

Fn 172 - Vgl. hiezu Ziff. 2062 ff.

****S. 532****

einige Stunden oder Tage. Alle Unterzeichner erklären in einer zufälligen Reihenfolge ihre Zustimmung (und damit die Annahme) eines Geschäftes, das allseits bereits vor der Beisetzung der ersten Unterschrift inhaltlich genehmigt bzw. gegenseitig formlos und unverbindlich offeriert war. Die Unterschriften können nicht, abhängig von der zufälligen Unterzeichnungsreihenfolge, als Offerten und Akzente interpretiert werden, sondern nur einheitlich als Zustimmungsausserungen zu

dem allseits genehmigten, im Urkundenentwurf niedergelegten Geschäftsinhalt. Wie beim Simultanverfahren hat jeder Unterzeichner die Möglichkeit, sich aus dem Geschäft zurückzuziehen, solange nicht sämtliche anderen Parteiunterschriften beigesetzt sind¹⁷³. Die rechtswirksame Zusage einer befristeten Bindungswirkung der Erstunterschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 OR kommt nicht in Frage, denn die Erstunterschrift ist keine Offerte. Sie kann keine verbindliche Offerte sein, weil das Gesetz für die beurkundungsbedürftigen Geschäfte die Möglichkeit einer bindenden einseitigen Offerte überhaupt ausschaltet.

c) Einseitige Beurkundung eines Zweiparteiengeschäftes

1864 - Bei der einseitigen Beurkundung eines Zweiparteiengeschäftes kann die vor der Urkundsperson abgegebene Erklärung nur als Annahmeerklärung, nicht als Angebotserklärung verstanden werden.

1865 - Erläuterung: Wo zweiseitige Geschäfte nur **einseitig beurkundet** werden, d.h. bei der Errichtung des Grundpfandes¹⁷⁴ und bei der Bürgschaftserklärung, bezeugt die Urkundsperson nicht den Konsens. Die Willensäußerung der Gläubigerin wird nicht im Beurkundungsvorgang erklärt¹⁷⁵. Die Urkundsperson kann also den Konsens nicht aufgrund eigener Wahrnehmung im Beurkundungsvorgang ermitteln, und zwar auch dann nicht, wenn ihr eine privatschriftliche Zustimmungserklärung der Gläubigerin vorliegt. Die öffentliche Beurkundung eines schriftlich dokumentierten Vertragskonsenses abwesender Vertragsparteien wäre ein Rückfall in gerade jene Abwesenheits-Beur-

Fn 173 - Vgl. hierzu Ziff. 1860.

Fn 174 - Einseitige Beurkundung ohne Vorliegen einer Gläubigererklärung entspricht der baselstädtischen Praxis. Im Kanton Zürich wird das Vorliegen einer schriftlichen Gläubigerzustimmung im Zeitpunkt der Beurkundung der Verpfändungserklärung als unabdingbar betrachtet und es besteht dort die Meinung, eine nach Basler Praxis ohne Gläubigerzustimmung beurkundete Verpfändungserklärung sei kein Pfandvertrag und damit kein gültiger Rechtsgrund für den Grundbucheintrag.

Fn 175 - Zur Unzlässigkeit, privatschriftlich vorliegende Erklärungen als Tatsache des "Erklärt-worden-seins" zum Gegenstand einer Sachbeurkundung zu machen, vgl. Ziff. 3064 ff.

****S. 533****

kundung, deren Unvereinbarkeit mit den bundesrechtlichen Mindestanforderungen in den letzten Jahrzehnten herausgearbeitet worden ist¹⁷⁶.

1866 - Vielmehr ist Voraussetzung der einseitigen Erklärungsbeurkundung, dass die im Beurkundungsverfahren nicht persönlich auftretende Gegenpartei ihren Vertragswillen **gegenüber dem Verpfänder oder Bürgen** bereits **vorgängig** geäußert hat. Diese Willensäußerung ist sowohl bei Grundpfand wie bei der Bürgschaft an keine Form gebunden und kann mündlich oder konkludent erfolgt sein. Sie braucht der Urkundsperson nicht mitgeteilt worden zu sein; denn die Urkundsperson beurkundet nicht die Tatsache des gefundenen Konsenses bzw. des übereinstimmenden gegenseitigen Erklärungsaustauschs, sondern eben nur die einseitige (Annahme-)Erklärung der einen Partei. Das Zustandekommen des Konsenses findet zwar zeitlich während des Beurkundungsverfahrens statt, wird aber von der Urkundsperson nicht in amtlicher Eigenschaft unmittelbar wahrgenommen und kann aus diesem Grunde von ihr nicht urkundlich bezeugt werden.

1867 - Dass die Willensäußerung der im Beurkundungsverfahren nicht mitwirkenden Vertragspartei bereits vorgängig gegenüber der sich urkundlich verpflichtenden Vertragspartei erfolgt sein muss¹⁷⁷, ist in der Erwägung begründet, dass die öffentlich zu beurkundende Erklärung die verbindliche, den Vertragsschluss bewirkende Erklärung darstellen muss; es kann sich also nur um eine Annahmeerklärung handeln. Beurkundungsbedürftig sind die Eingehung der Verpfändungsver-

pflichtung und die Eingehung der Bürgenverpflichtung - nicht die Stellung diesbezüglicher Offer-ten. Die Erklärungsabgabe des Verpfänders und des Bürgen vor der Urkundsperson hat unmittelbar die vertragliche Bindung des Erklärenden zu bewirken; die Erklärungsabgabe ist als eine solche zuhanden der Gegenpartei zu qualifizieren.

1868 - Mit dem Gesagten wird die Auffassung abgelehnt, wonach der Bürge die Entstehung der Verpflichtungswirkung, nach erfolgter Beurkundung, von der Zusendung der Bürgschaftsurkunde an den Gläubiger abhängig machen bzw. die beurkundete Bürgschaftsverpflichtung widerrufen oder aufheben könnte, indem er die Urkunde dem Gläubiger vorenthält¹⁷⁸. Auch der Verpfänder hat keine solche

Fn 176 - Vgl. hierzu Ziff. 8 ff.

Fn 177 - Es genügt, dass die Willensäußerung der Partei, d.h. dem Verpfänder oder Bürgen, zugegangen ist, beispielsweise in Gestalt einer Aufforderung, für eine bestimmte Schuld grundpfändliche Sicherheit oder eine Solidarbürgschaft zu bestellen.

Fn 178 - Die von GEORGES SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgschaft, in: SPR VII/2 (1979) S. 315 ff. (400) und von OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Komm. zu Art. 419-529 OR (2.A. 1945) N 18 zu Art. 493 OR, vertretene Meinung, die Bürgschaftsurkunde müsse dem Gläubiger mit Willen des Schuldners zukommen, findet im Gesetz keine Stütze. - Demgegenüber verlangt das deutsche Recht in § 766 BGB für die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags die schriftliche "Erteilung" der Bürgschaftserklärung, d.h.

****§. 534****

Möglichkeit. Betrachtet man Bürgschafts- und Verpfändungserklärung als empfangsbedürftige Willenserklärungen¹⁷⁹, so ist als Erklärungsempfängerin die Urkundsperson zu betrachten, welche die Erklärungen in ihrer amtlichen Eigenschaft (auch) zuhanden des Urkundenadressaten entgegennimmt. Die Beurkundung wäre abzulehnen, wenn die erklärende Person der Urkundsperson vorschreiben wollte, die erfolgte Beurkundung gegenüber dem Urkundenadressaten geheimzuhalten. Die Bedeutung des Beurkundungsvorgangs wird verkannt, wenn in ihm lediglich das Vorspiel zu einer im freien Belieben des Erklärenden liegenden Urkundenübergabe erblickt und wenn demgemäss in die Abgabe der beurkundeten Erklärung der stillschweigende Vorbehalt einer anschliessenden Urkundenübergabe hineininterpretiert wird.

3. Ablauf

1869 - *Zum Beurkundungsvorgang treten Urkundsperson und übrige Beteiligte an einem Ort zusammen. Die Urkundsperson nimmt, soweit dies nicht bereits in der Vorbereitungsphase geschehen ist, die noch fehlenden Ermittlungshandlungen vor. Hierauf wird der Urkundenentwurf gelesen und von den zu Urkund erklärenden Personen unterzeichnet. Mit der darauf folgenden Unterschriftsleistung der Urkundsperson wird der Beurkundungsvorgang abgeschlossen.*

a) Ort und Zeit

1870 - *Der Beurkundungsvorgang soll an einem hierfür geeigneten Ort durchgeführt werden, in der Regel im Büro der Urkundsperson¹⁸⁰ bei geschlossener Tür, so dass keine Geräusche von aussen die Lesenden ablenken und keine Unbefugten mithören können.*

1871 - *Aus wichtigem Grund kann der Beurkundungsvorgang auch an einem andern Ort, z.B. in einem Spitalzimmer oder unter freiem Himmel, durchge-*

die Übergabe oder Zusendung oder ein sonstiges Sich-Trennen von der (privatschriftlichen) Urkunde derart, dass der Gläubiger die tatsächliche Verfügungsgewalt erlangen soll und erlangt.

Fn 179 - Zur empfangsbedürftigen Willenserklärung vgl. GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, OR AT (3. Aufl. 1983) S. 31 Nr. 180; VON TUHR/PETER, OR AT I (3.A. 1974/79) S. 166 f.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) N 129 zu Art. 1 OR.

Fn 180 - So ZH EGZGB § 241 und ZH NV § 9.

****S. 535****

*führt werden; in diesem Falle soll der Beurkundungsort und, sofern es nicht aufgrund der Umstände offensichtlich ist, der Grund dieser Ortswahl in der Urkunde genannt werden*¹⁸¹.

1872 - Von Bundesrechts wegen gibt es keine Regeln für die Zeit der Durchführung. Auch an Sonn- und Feiertagen kann beurkundet werden.

1873 - Beginnt eine Beurkundung vor Mitternacht und endet sie nachher, so ist sie vom Tage zu datieren, an welchem die Unterschriften geleistet wurden. In den protokollierenden Teilen sind in einem solchen Falle Ausdrücke wie z.B. "heute" zu vermeiden, welche auf die Durchführung des Beurkundungsvorganges an einem einzigen Datum schliessen lassen könnten.

1874 - Erläuterung: FR NG Art. 52 Abs. 2 bestimmt: "Mit Ausnahme von Testamenten dürfen an Sonn- und gesetzlich anerkannten Feiertagen keine notariellen Urkunden aufgenommen werden." - Allgemein gilt die Regel oder zumindest die Usanz, dass der Beurkundungsvorgang bei individuellen Erklärungen während normaler Bürozeiten durchgeführt werden soll. Die Verletzung solcher Regeln kann das Zustandekommen der öffentlichen Urkunde jedoch nicht verhindern¹⁸².

b) Abschluss der Vorbereitungshandlungen

1875 - Die Urkundsperson hat sich während des Beurkundungsvorganges zu vergewissern, dass alle für die Beurkundung erforderlichen Handlungen, einschliesslich derjenigen, die bei der Vorbereitung des Geschäftes vorgenommen wurden, vollständig vorgenommen wurden. Dies betrifft namentlich die Ermittlung der im Urkundeningress zu erwähnenden Tatsachen, ferner die Belehrung¹⁸³ der Beteiligten.

1876 - Hat sich die Urkundsperson davon überzeugt, dass diese Handlungen anlässlich der Vorbereitung der Beurkundung bereits vorgenommen worden sind, so ist ihre Wiederholung anlässlich des Beurkundungsvorganges nicht erforderlich, und zwar auch dann nicht, wenn sie zu einem früheren Zeitpunkt von einer Hilfsperson der Urkundsperson vorgenommen worden sind.

1877 - Erläuterung: Werden die Erschienenen im Ingress als "ausgewiesen durch ihre Pässe" bezeichnet, so bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass die Pässe anlässlich des Beurkundungsvorganges vorgezeigt wurden. Haben sich die Erschienenen bei einem Vorgespräch durch ihre Pässe ausgewiesen, so genügt dies, und die zitierte Klausel im Ingress ist zutreffend.

Fn 181 - So ZH NV § 10.

Fn 182 - In diesem Sinne auch FR NG Art. 53, welche die Verletzung der zitierten Vorschrift nicht zu den Nichtentstehungsgründen rechnet.

Fn 183 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 85, N 8 zu Art. 30 NG BE.

****S. 536****

1878 - Bei Geschäften, welche mit den Beteiligten im persönlichen Kontakt vorbereitet wurden und bei welchen sämtliche Ermittlungshandlungen bereits vorgenommen wurden, wie dies bei Ehe-, Erbverträgen und letztwilligen Verfügungen meist der Fall ist, pflegt demgemäss der Beurkundungsvorgang sogleich mit der Lesung zu beginnen.

c) Gleichzeitige Anwesenheit von Urkundsperson und Erklärenden

1879 - Die während des Beurkundungsvorganges stattfindende Lesung, Genehmigung und die Leistung der Privatunterschriften hat in gleichzeitiger Anwesenheit der Urkundsperson mit den

erklärenden Verfahrensbeteiligten zu erfolgen. Hingegen müssen im Falle des Sukzessivverfahrens¹⁸⁴ nicht sämtliche erklärenden Verfahrensbeteiligten gleichzeitig miteinander anwesend sein.

1880 - Erläuterung: Die Anwesenheit der Urkundsperson anlässlich der Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung seitens der Verfahrensbeteiligten muss heute als bundesrechtliches Mindestanforderungs¹⁸⁵ qualifiziert werden, dessen Nichteinhaltung die Entstehung¹⁸⁶ der öffentlichen Urkunde verhindert¹⁸⁷.

1881 - Wegen der Relevanz der Frage sei der Stand der Diskussion hier rekapituliert. - In BGE 84 II 636 i.S. Solco war folgender Tatbestand zu beurteilen: Käufer und Verkäufer unterzeichneten in Abwesenheit des [Basler] Notars einen Grundstückskaufvertrag, der bezüglich Ingress folgendermassen lautete: "Vor mir, dem unterzeichneten öffent-

Fn 184 - Vgl. hierzu Ziff. 2062 ff.

Fn 185 - Historisch gesehen ist es **das zentrale** Requisit, für dessen Durchsetzung in allen Kantonen die Lehre von den bundesrechtlichen Mindestanforderungen die Grundlage dargestellt hat. Vgl. Ziff. 8 ff.

Fn 186 - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 187 - Vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 49-89 (59) N 68; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 47, N 178 mit Verweis auf BRUNO SCHMIDLIN, Komm. OR (1986) N 72 zu Art. 11 OR, MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 57, N 14 zu Art. 20 NG BE, ZBGR 64 (1983) S. 342-353 (346 ff.), FORSTMOSER, Aktienrecht (1981), § 9, N 147, Stellungnahme des BAJ vom 3.11.1981, VPB 46 S. 48 Nr. 7, BECK, Berner Kommentar (1932) N 11 zu Art. 55, JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930, S. 56 ff., MUTZNER, Öffentliche Beurkundung, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (119a). - In der bundesgerichtlichen Praxis fehlt bis heute die eindeutige Stellungnahme: Aus dem Solco-Entscheid von 1958 (BGE 84 II 641) liess sich noch die Auffassung herauslesen, die Frage der persönlichen notariellen Mitwirkung anlässlich des Beurkundungsvorganges bestimme sich nach kantonalem Recht. BGE 95 IV 115 wies bereits deutlicher in die hier vertretene Richtung; in diesem strafrechtlichen Urteil stand aber nicht die Entstehung der Urkunde zur Beurteilung an. Ein klärender zivilrechtlicher Nichtigkeits-Entscheid ist bis heute nicht ergangen.

****§. 537****

lichen Notar zu Basel sind erschienen die mir persönlich bekannten Herren [Käufer und Verkäufer] und haben mir erklärt ...". Käufer und Verkäufer sandten das beidseits unterzeichnete Papier an den Notar. Dieser setzte in Abwesenheit der Parteien seine Unterschrift und sein Siegel darunter. - Das Bundesgericht hat diese Verfahrensform **nicht** als bundesrechtswidrig qualifiziert, sondern sich dahingehend geäußert, es sei ausschliesslich Sache der Kantone, zu bestimmen, was unter öffentlicher Beurkundung zu verstehen sei; allerdings war nach Meinung des Bundesgerichts im Solco-Fall das baselstädtische Beurkundungsrecht¹⁸⁸ tatsächlich verletzt worden.

1882 - Auf dieses Bundesgerichtsurteil hat sich später das Kantonsgericht Graubünden berufen und gefunden, es liege in der Kompetenz des kantonalen Gesetzgebers zu bestimmen, ob die fehlende Anwesenheit der Urkundsperson beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrags zur Ungültigkeit des Vertrages führe.

1883 - Das Solco-Urteil ist bezüglich seiner bundesrechtlichen Tragweite indessen von zwei namhaften Autoren, PETER LIVER und HANS HUBER, abgelehnt worden: LIVER hat in ZBJV 95 S. 435 dargelegt, dass die Solco-Urkunde von Bundesrechts wegen keine öffentliche Urkunde sein könne und als nichtig betrachtet werden müsse.

1884 - HANS HUBER¹⁸⁹ schloss seinen Überblick über die Entwicklung der Judikatur (bis 1967) mit den Worten: "Es geht deshalb nicht an, sie [die I. Zivilabteilung des Bundesgerichtes] unbesehen bei den Ausführungen zur Verfahrensordnung im Urteil von 1958 [84 II 636] zu behaften, wie es das Kantonsgericht von Graubünden getan hat. **Die Annahme drängt sich vielmehr auf, das Bun-**

desgericht würde in einem neu zu beurteilenden Fall, der die Frage der Bekanntgabe des Urkundeninhalts an die Parteien zum Gegenstande hätte, kraft eidgenössischen Rechts auf die Linie einschwenken, die es in seiner Rechtsprechung zur öffentlichen Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen bisher eingehalten hat.

1885 - CARLEN (1974) S. 93 äussert im Anschluss an die Erwähnung des bundesrechtlicher Erfordernisses persönlicher notarieller Vorlesung letztwilliger Verfügungen: "Das dürfte auch für andere Rechtsgeschäfte gelten."

1886 - 1981 hatte der Bundesrat die neue solothurnische Notariatsverordnung zu genehmigen, welche die Beurkundung im Abwesenheitsverfahren gemäss bestehender solothurnischer Tradition weiterhin zulass-

Fn 188 - § 237 Abs. 3 EG ZGB BS lautet: "Die Urkundsperson und allfällige andere bei der Beurkundung mitwirkende Personen müssen beim Vorlesen oder Lesen sowie bei der Genehmigung und der Unterzeichnung der Urkunde zugegen sein; die Urkundsperson hat zuletzt zu unterzeichnen."

Fn 189 - HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254.

****§. 538****

en wollte. Die Genehmigung wurde verweigert. Die in diesem Zusammenhang ausgearbeitete Stellungnahme des BAJ vom 3.11.1981, VPB 46 S. 48 Nr. 7 und ZBGR 64 (1983) S. 342-353, wurde publiziert und enthielt die bemerkenswerten Sätze (ZBGR a.a.O. S. 346): "Die Urkundsperson muss sich auch persönlich davon überzeugen können - gegebenenfalls durch geeignete Fragen, die sie selber stellt -, dass der bereinigte Text nun wirklich dem Willen der Urkundsparteien entspricht. Es handelt sich beim Erfordernis der persönlichen Anwesenheit und Mitwirkung der Urkundsperson um einen Grundsatz von allgemeiner Bedeutung, von dem aus Gründen der Rechtssicherheit und den der öffentlichen Beurkundung vom Gesetzgeber zugeordneten Funktionen (Beweisfunktion usw.) auf keinen Fall abgewichen werden darf." - Das BAJ fügte bei (a.a.O. S. 347 lit c): "Der früher [nämlich noch im Solco-Entscheid von 1958] vom Bundesgericht vertretene Standpunkt, dass es ausschliesslich Sache der Kantone sei, zu bestimmen, was unter der öffentlichen Beurkundung zu verstehen sei, und dass deshalb auch die Festsetzung der Verfahrensordnung ausschliesslich Sache der Kantone sei, ist ... heute überholt."

1887 - MARTI, Notariatsprozess (1989), verlangt kompromisslos die persönliche Anwesenheit der Erklärenden: "Die Verfahrensvorschriften über die Rekognition sind zwingendes Recht, weil unerlässlich für den Zweck der öffentlichen Beurkundung. Gleichzeitig gehören sie zu den Mindestanforderungen, welche das Bundesrecht für die von ihm vorgesehenen öffentlichen Urkunden [d.h. die letztwilligen Geschäfte] als selbstverständlich voraussetzt. **Ein Verzicht der Urkundsparteien auf die Rekognition ist unzulässig. ... Eine kantonale Vorschrift, welche einen Verzicht auf die Rekognition zulässt [Anmerkung: wie z.B. NW Beurkundungsverordnung, § 27], ist bundesrechtswidrig**". - Derselbe a.a.O., S. 119: "Dagegen ist es eine bundesrechtliche Mindestanforderung, dass die Genehmigung vor dem Notar erfolgt [Verweis auf ZBGR 48 (1967) 78 f.]".

1888 - Die hievori zitierte Stellungnahme des BAJ von 1981 ist bis heute (1993) die einzige klare Ablehnung der Abwesenheitsbeurkundung durch eine Bundesbehörde geblieben. Das Bundesgericht hatte noch immer nicht Gelegenheit, die bundesrechtliche Unzulässigkeit der Abwesenheitsbeurkundung seinerseits zu bestätigen. Es wird diese Gelegenheit vermutlich auch gar nicht mehr erhalten, weil sich die Meinungen mittlerweile derart auf das zwingende Erfordernis der notariellen Anwesenheit geeinigt haben, dass ein Rechtsstreit über diese Frage nachgerade als trölerisch betrachtet werden müsste.

1889 - Es ist einzuräumen, dass institutionelle Beurkundungsklienten in der Regel des notariellen Schutzes vor Unbedacht nicht bedürfen und aus diesem Grund zuweilen die Notwendigkeit nicht einsehen, für den Beurkundungsvorgang den Weg zum Notariatsbüro unter die Füße zu nehmen. Wäre aber die Form des Beurkundungsvorgangs von der

****S. 539****

konkreten Schutzbedürftigkeit der Teilnehmer abhängig zu machen, so würde wohl richtigerweise die Beurkundungsbedürftigkeit der einzelnen Geschäfte insgesamt neu zu definieren und in Abhängigkeit von den persönlichen Qualifikationen der Geschäftsparteien zu bringen sein. Eine derartige Differenzierung hat im schweizerischen Recht keine Grundlage.

d) Lesung

aa) Sinn und Zweck der Lesung

1890 - *Die Lesung bezweckt die (nochmalige) Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes unmittelbar vor seiner Inkraftsetzung. Mit dem beurkundungsrechtlichen Erfordernis der Lesung wird ausgeschlossen, dass ungelesene, von den Vertragsparteien oder ihren Vertretern nicht wahrgenommene und nicht bedachte Texte zum Vertragsinhalt werden*¹⁹⁰.

1891 - Erläuterung: Die meisten beurkundungsrechtlichen Erlasse schreiben vor, dass die zu beurkundenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen von den Erschienenen vor der Urkundsperson gelesen, genehmigt und unterzeichnet werden.

1892 - Die Lesung und Genehmigung wird in überlieferter Terminologie zusammenfassend als Rekognition bezeichnet¹⁹¹. MARTI umschreibt deren Zweck mit folgenden Worten: "Die Rekognition soll den Urkundsparteien eine vollständige und verlässliche Kenntnis vom Wortlaut ihrer Willenserklärung vermitteln, wie er im Entwurf zur Urschrift enthalten ist."¹⁹² SCHÖNENBERGER/JÄGGI¹⁹³ verbinden den

Fn 190 - Die Annahme, es könne bei Erklärungsbeurkundungen "unbesehen" in die Urkunde hineingeratene Vertragsfloskeln geben, welche von den Parteien nicht gewollt und demgemäss zu ignorieren seien, verkennt die beurkundungsrechtliche Bedeutung der Lesung. Vgl. hiezu Ziff. 1743 und dortige Fussnote. Würde anerkannt, dass die Lesung nicht zur vollständigen Bewusstmachung des gelesenen Textes zu führen braucht und dass diese Bewusstmachung durch das notarielle Zeugnis der erfolgten Lesung auch nicht mit öffentlichem Glauben bezeugt ist, so würde der Beurkundungsvorgang insgesamt seines Sinnes entleert. Die öffentliche Beurkundung von Willenserklärungen müsste in diesem Falle als blosser Belegschaft verstanden werden, wozu dann auch die Form der Abwesenheits-Beurkundung genügend wäre. Es ist krass widersprüchlich, auf die integrale Lesung des Erklärungsinhaltes in Anwesenheit der Urkundsperson ein entscheidendes Gewicht zu legen, andererseits aber die Möglichkeit von "unbesehen" in die Urkunde hineingeratene Floskeln zu akzeptieren. Was heisst "Lesung", und was soll sie, wenn Lehre und Praxis dann trotzdem noch mit "unbesehenen" Vertragsfloskeln rechnen?

Fn 191 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 108 ff.

Fn 192 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 109.

Fn 193 - Kommentar zum OR, N. 20 zu Art. 13 OR, S. 558.

****S. 540****

Begriff der Rekognition mit dem Vorgang des Unterschreibens und hebt hervor, dass das Unterschreiben bzw. die Rekognition der Urkunde deren **Anerkennung** in dem Sinne bedeutet, "dass das Verurkundete als Erklärung des Unterschreibenden gelten solle".

1893 - In der vorliegenden Arbeit werden Lesung und Genehmigung als zwei verschiedene Vorgänge, mit verschiedener rechtlicher Bedeutung, qualifiziert. Es kann jemand den Vertragstext lesen, ohne ihn zu genehmigen, oder er kann ihn genehmigen, ohne ihn zu lesen, letzteres allerdings

nicht im Verfahren der öffentlichen Beurkundung, sondern nur bei Vertragsschluss in einfacher Schriftform.

1894 - Im modernen Recht liegt der **Hauptzweck der Lesung** nicht im Kontrollieren eines Textes, sondern in der **Bewusstmachung des durch den Text umschriebenen Geschäftsinhaltes**¹⁹⁴. Die Kontrolle des Textes auf seine Übereinstimmung mit den der Urkundsperson erteilten Instruktionen und Auskünften erfolgt in der Regel bereits während der Vorbereitung. Die Textkontrolle rechtfertigt nicht das Erfordernis der Unmittelbarkeit in einem vor der Urkundsperson stattfindenden Beurkundungsvorgang.

1895 - Wenn in den anschliessenden Genehmigungserklärungen der Vertragsparteien von Art. 1 OR geforderte gegenseitige Willensäusserung abgegeben und wenn damit jener Erklärungsaustausch stattfindet, der beidseits auf den kurzen Satz "ich will dieses Geschäft" reduziert werden kann, so bedeutet Lesung nicht anderes als die Bewusstmachung dessen, was in der Genehmigungserklärung zusammenfassend mit "dieses Geschäft" gemeint ist.

1896 - Mit dem Erfordernis der Lesung wird sichergestellt, dass sich die Erklärenden nicht auf eine zukunftswirksame Rechtsgestaltung einlassen, auf deren konkrete inhaltliche Kenntnisnahme sie zunächst verzichten. Wesentlich ist demgemäss, dass sich die Erschienenen (nochmals) den Geschäftsinhalt bewusst machen, bevor sie ihn durch ihre Unterschrift vor der Urkundsperson in Kraft setzen. Um diese Bewusstmachung geht es primär. Gleichzeitig kann eine Textkontrolle zwar nochmals stattfinden. Sie ist aber von untergeordneter Bedeutung. Erfolgt die Lesung als notarielle Vorlesung, so unterbleibt in der Regel ohnehin eine orthographische Textkontrolle seitens der Zuhörer, es sei denn, sie folgten der Vorlesung anhand von Fotokopien.

1897 - Zeigen sich später Fehler im Text - etwa eine Diskrepanz zwischen dem in Zahlen geschriebenen und daneben in Worten wiederholten Kaufpreis - so liegt hierin ein gewichtiges Indiz für unterbliebene

Fn 194 - Eine unzutreffende Interpretation der Lesung findet sich in ZG BeurkG § 16 Abs. 1: "Die Urkundsperson hat sich durch eigene Wahrnehmung davon zu überzeugen, dass die Urkunde dem Parteiwillen entspricht. Zu diesem Zwecke hat die Urkundsperson den Parteien die Urkunde vorzulesen oder zu lesen zu geben."

****S. 541****

Textkontrolle anlässlich des Beurkundungsvorgangs. Dies ist für den Bestand der Urkunde und die Gültigkeit des Geschäftes jedoch unschädlich. Wenn die "Lesung" im Sinne der Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes erfolgt ist, so ist den beurkundungsrechtlichen Erfordernissen Genüge getan. Die Bewusstmachung des Inhaltes kann so geschehen, dass bei Zahlen nur die geschriebene Zahl, nicht auch deren anschliessende Wiederholung in Worten gelesen oder vorgelesen wird.

1898 - Zwischen bewusstmachender Lesung und Kontroll-Lesung besteht zuweilen ein eigentlicher Gegensatz. Manche Leute sind unfähig, in einem einzigen Arbeitsgang den Text zu kontrollieren (im Sinne eines orthographischen und stilistischen Korrekturlesens) und seinen Inhalt gedanklich zu überprüfen. Professionelle Korrektoren kontrollieren lange Texte, ohne am Schluss von deren Inhalt etwas zu wissen. Demgegenüber ist die im Beurkundungsvorgang gebotene Lesung als Inhalts-Lesung bzw. als bewusstmachende Lesung, nicht als Korrekturlesung zu verstehen.

1899 - Die Urkundsperson hat dafür zu sorgen, dass sowohl während der Vertragsverhandlung, soweit sie dabei mitwirkt, als auch letztmals bei der "Lesung und Genehmigung" im Beurkundungsvorgang die nötige **Gesprächsoffenheit** und **Kommunikationsfähigkeit** sämtlicher Erschienenen hergestellt wird, insbesondere also, dass kein Erschienener bei seinen früheren Instruktionen und Zusagen behaftet und zur Unterzeichnung gedrängt wird, wenn er anlässlich des Beurkundungsvorgangs zu zögern beginnt. Einfache oder schüchterne Leute mögen die Urkundsperson als eine beson-

ders würdige Amtsträgerin betrachten und sie mögen trotz innerlicher Vorbehalte und geänderter Motive in ängstlicher Befangenheit verharren, um das feierliche Beurkundungsverfahren nicht durch vermeintlich unpassende Fragen oder naive Bemerkungen zu stören. Die Urkundsperson hat dafür zu sorgen, dass bei keinem Erschienenen solche Befangenheit das Verhalten bestimmt.

bb) Umfang der Lesungspflicht

1900 - Anlässlich des Beurkundungsvorganges ist der Urkundentext¹⁹⁵ von den zu Urkund Erklärenden und von der Urkundsperson durchzulesen¹⁹⁶. Die Lese-

Fn 195 - Für jedes Geschäft gibt es einen einzigen Text; werden für ein Geschäft mehrere Originalurkunden erstellt, so ist der eine Text trotzdem nur einmal zu lesen. Dagegen hat die Zusammenfassung mehrerer Klienten, z.B. verschiedener Käufer von verschiedenen Stockwerkeigentumsparzellen der gleichen Grossüberbauung, in einem einzigen Beurkundungsvorgang, mit einmaliger Lesung mehrerer Geschäfte im Sinne der deutschen Serienbeurkundung gemäss § 13 Abs. 2 des deutschen BeurkG, im schweizerischen Beurkundungsrecht keine Grundlage.

****S. 542****

pflicht der Urkundsperson bezieht sich auf den vollständigen Text, diejenige der zu Urkund erklärenden Personen auf jene Textteile, welche die individuellen Erklärungen enthalten¹⁹⁷.

1901 - Erläuterung: Es gibt im schweizerischen Beurkundungsrecht keine Präjudizien, welche die Unwirksamkeit der Beurkundung wegen lückenhafter Vorlesung festgestellt hätten¹⁹⁸. Auslassungen von materiell unwichtigen Textpassagen, namentlich wenn diese in früheren Sitzungen bereits besprochen und den Parteien zu Bewusstsein gebracht worden sind, dürften im Streitfall kaum zur nachträglichen Aufhebung des Geschäftes führen. Es ist davon auszugehen, dass der schweizerische Richter, wenn solche Nachlässigkeiten der Urkundsperson zu einer Anfechtung führen¹⁹⁹, im Sinne der Vernunft auf die wesentlichen Zwecke des Beurkundungsvorgangs abstellt und keinem formalen Rigorismus verfällt. Um solche Risiken jedenfalls zu vermeiden, ist die Urkundsperson gut beraten, bei lauter Vorlesung den ganzen Text ohne Auslassungen zu lesen. Es ist dies ihre Amtspflicht.

1902 - Die lückenlose Vorlesung ist insbesondere wichtig bei der Beurkundung von Geschäften, die dem deutschen Recht unterstehen und in Deutschland ihre Rechtswirkungen entfalten sollen. Die deutsche

Fn 196 - Die blosser Erklärung der Erschienenen, sie hätten die Urkunde gelesen, genügt den bundesrechtlichen Anforderungen nicht. Vielmehr hat die Urkundsperson zu bezeugen, dass die Erschienenen vor ihr gelesen haben. Liegt in der Urkunde dieses notarielle Zeugnis vor, so bedarf es keiner Parteierklärung, die Urkunde gelesen zu haben; so zutreffend GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 95, Anm. 15. - Unzulässig demgemäss GL EGZGB Art. 21 Abs. 1, soweit dort nur verlangt ist, die Urkunde sei den Parteien "in der Regel" vorzulegen. Aus dem Erfordernis der Lesung ergibt sich, dass die Urkunde immer vorzulegen ist.

Fn 197 - Hierzu gehört auch die Überschrift; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 147, N 7 zu Art. 11 ND BE.

Fn 198 - Der Entscheid des OG ZH vom 22.4.1980, ZR 82 24 S. 50 ff., illustriert gewisse Schwierigkeiten, die sich bei stiller Selbstlesung ergeben können und die bei notarieller Vorlesung weniger zu befürchten sind. Der offenbar vertragsreue Kläger verlangte vom Kanton Zürich Schadenersatz, weil er anlässlich der Beurkundung angeblich nicht zum Durchlesen des Vertrages aufgefordert worden sei und den Vertrag denn auch nicht durchgelesen habe. - Eine solche Behauptung lässt sich im nachhinein weit eher aufstellen, als die frontale Bestreitung wider besseres Wissen, eine tatsächlich erfolgte Vorlesung sei nicht erfolgt.

Fn 199 - Vgl. einen solchen Sachverhalt im Urteil der Cour de Justice Civile GE vom 31.5.1963, bestätigt vom Bundesgericht am 5.12.1963, Sem.jud. 1964 S. 305 ff. und ZBGR 48 (1967) S. 92-106. Der Notariatsangestellte hatte den Urkundenentwurf den Parteien in Abwesenheit der Urkundsperson vorgelesen und die Parteien anschliessend mit dem Text zwecks Selbststudiums während 25-30 Minuten allein gelassen. "Ensuite les parties ont été reçues par Me. T. [d.h. durch die Urkundsperson selber] qui, après une nouvelle lecture de l'acte, lecture cursive et explicative, a fait signer les parties en sa présence et a lui-même signé l'acte." - In diesem Vorgehen

haben die befassen Gerichte keinen Nichtigkeitsgrund erblickt. Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung lag aber eine Ordnungswidrigkeit vor, indem nicht der vollständige Text in Gegenwart der Urkundsperson gelesen wurde.

****§. 543****

Praxis nimmt es, zumindest in einigen Bundesländern, mit der vollständigen Vorlesung des Urkundenentwurfs ernst²⁰⁰. Trotz des international-privatrechtlichen Grundsatzes "locus regit actum quoad formam" muss die schweizerische Urkundsperson sich bewusst bleiben, dass dem in der Schweiz durchgeführten Beurkundungsvorgang im Ausland allenfalls die Anerkennung versagt werden könnte, wenn die Modalitäten der Inhalts-Bewusstmachung nicht jenen Anforderungen gerecht werden, welche das ausländische Recht an die öffentliche Beurkundung stellt.

1903 - Erfolgen Instruktion, Formulierung, Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung in ununterbrochener Anwesenheit aller Beteiligten, so ersetzt das mündliche notarielle Diktat nicht die anschliessende Lesung des ausformulierten Textes²⁰¹.

1904 - Schreibt oder bearbeitet die Urkundsperson die endgültige Fassung der Urkunde selber am Bildschirm und verfolgt die Klientschaft die Entstehung des Textes ebenfalls auf dem Bildschirm²⁰², so ist nach dem Ausdruck des Textes auf Papier ebenfalls nochmals eine Lesung erforderlich. Denn nur der papiergestützte Text, nicht die im Schreibsystem elektronisch gespeicherte Datei, ist Urkunde im Sinne des Beurkundungsrechts.

cc) Notarielle Vorlesung

1905 - *Die Lesung kann allemal dadurch erfolgen, dass die Urkundsperson²⁰³ den vollständigen Urkudentext von Anfang bis Ende vorliest (Verfahren der*

Fn 200 - In Deutschland wird der Vorlesungszwang aus § 13 des BeurkG abgeleitet.

Fn 201 - So HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 216, N 9 zu § 13.

Fn 202 - Aus praktischen Gründen ist dieses Verfahren ausgeschlossen, wenn mehr als ca. zwei Klienten anwesend sind. Die direkte notarielle Bildschirmarbeit in Anwesenheit der danebensitzenden Klientschaft ist namentlich bei Protokollierungen zweckmässig, wenn eine einzige Person als Bevollmächtigte aller Verfahrensteilnehmer handelt. Verfügt die Urkundsperson über Routine, so ist das Durcharbeiten des Textes am Bildschirm, zusammen mit der Klientschaft, die sicherste Methode, um rasch zu einem fehlerfreien Text zu gelangen. Die papiergestützte Urkundenbereinigung im Pendelverkehr mit dem Sekretariat der Urkundsperson gibt eher zu Missverständnissen und zum Einschleichen unbemerkter Fehler Anlass.

Fn 203 - Angesichts der klaren Vorschrift von Art. 502 Abs. 1 ZGB ist in den Fällen der Vorlesung davon auszugehen, dass diese Verrichtung **der Urkundsperson selbst** obliegt und nicht an andere Anwesende delegiert werden kann; vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 111, Ziff. 5.a und BGE 66 II 90. Es dürfte sich um einen Grundsatz des schweizerischen Beurkundungsrechts von allgemeiner Tragweite handeln. - Anders Deutschland, wo sich aus dem klaren Wortlaut von § 13 des BeurkG die Zulässigkeit der Vorlesung durch Hilfspersonen und Erschienene ergibt; vgl. HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 216, N 8 zu § 13. Unzulässig ist die Verwendung eines Tonbandgerätes.

****§. 544****

Vorlesung²⁰⁴). Liest sie vor, so hat sie den Verfahrensbeteiligten auf deren Begehren Gelegenheit zu geben, die vorgelesene Urkunde vor der Beisetzung der Unterschrift selber still durchzulesen²⁰⁵.

1906 - Erläuterung: Die notarielle Vorlesung ist bei kurzen Geschäften die zuverlässigste Art, unter notarieller Kontrolle die (nochmalige) Lesung des Geschäftsinhaltes und damit dessen Bewusstmachung unmittelbar vor der Inkraftsetzung des Geschäftes sicherzustellen.

dd) Stille Selbstlesung

1907 - Die Lesung kann, sofern das kantonale Recht dies nicht ausdrücklich ausschliesst²⁰⁶, auch dadurch erfolgen, dass die Teilnehmer den Urkundentext still selber lesen (Verfahren der stillen Selbstlesung)²⁰⁷. Erfolgt die Selbstlesung aufgrund von Fotokopien - was zulässig ist, sofern das kantonale Recht nicht ausdrücklich etwas anderes vorschreibt²⁰⁸ - so hat die Urkundsperson den Verfahrensbeteiligten auf deren Begehren Gelegenheit zu geben, das Unterzeichnungsexemplar vor der Beisetzung der Unterschrift auf seine Übereinstimmung mit der gelesenen Fotokopie zu kontrollieren.

1908 - Erläuterung: Die von MARTI nicht nur für Bern, sondern allgemein postulierte Selbstlesung des **Unterzeichnungsexemplars** (des Entwurfs originalen Ersturkunde), welches im Kreis herum von Hand zu Hand weitergegeben werden solle²⁰⁹, bedeutet eine derartige Erschwerung des Beurkundungsvorgangs, dass sie nur gerechtfertigt werden könnte, wenn das Austeilen gefälschter Fotokopien durch die Urkundsperson ein ernstzunehmendes Risiko wäre. Die Lesung und Genehmigung zielt nicht auf den Satz ab: "Die Urkunde stimmt", auch nicht

Fn 204 - Zum Ungenügen der Vorlesung bei letztwilligen Geschäften, bei denen die Beurkundungszeugen erst für die Anhörung der Genehmigungserklärung beigezogen werden, vgl. Ziff. 2432 ff.

Fn 205 - So BS EGZGB § 237 Abs. 5.

Fn 206 - Ausschluss der Selbstlesung findet sich in BE ND Art. 11 Abs. 1 (unter Vorbehalt der Fälle gemäss Art. 11 Abs. 2).

Fn 207 - Zutreffend bemerkt JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 49, N 183, dass es bundesrechtlich keine Rolle spielt, ob die Urkundsperson das Schriftstück selber vorliest oder es den Erschienenen zu lesen gibt (oder beides zusammen), unter Verweis auf HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 248 ff. (266), derselbe, ZBGR 68 (1987) S. 54, MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 111 zu Art. 657 ZGB. - Stille Selbstlesung ist uneingeschränkt zulässig in ZH EGZGB § 240 Abs. 1 und ZH NV § 25; BS EGZGB § 237 Abs. 3; GE LN Art. 16.

Fn 208 - Eine solche Vorschrift findet sich in BE ND Art. 11 Abs. 2; im Hinblick auf diese ausdrückliche Vorschrift und beschränkt auf deren kantonalen Geltungsbereich trifft die Lehrmeinung von MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 115, zu, die stille Selbstlesung müsse aufgrund des Unterzeichnungsexemplars geschehen. Gesamtschweizerisch kann eine solche Regel keine Geltung beanspruchen.

Fn 209 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 114, Ziff. 6.a.

****§. 545****

auf den Satz: "Dies ist die von mir kontrollierte Urkunde", sondern auf das Bekenntnis: "Ich will dieses, mir nochmals bewusst gemachte Geschäft". Für diesen Bewusstmachungsprozess genügen Fotokokopien.

1909 - Wird die Urkunde anhand von ausgeteilten Fotokopien still gelesen, dann dürfen die Verfahrensbeteiligten darauf vertrauen, dass die Urkundsperson Fotokopien des anschliessend zu unterzeichnenden Dokumentes austeilte und dass das Kopiergerät des Notars aus einem X nicht ein Y gemacht hat; sie *dürfen* darauf vertrauen, aber sie *müssen* nicht. Die Urkundsperson, deren Wort kraft ihres öffentlichen Glaubens die verstärkte Beweiskraft gemäss Art. 9 ZGB genießt, braucht nicht notwendigerweise daraufhin kontrolliert zu werden, ob sie den Erschienenen gefälschte Fotokopien unterschoben hat. Wäre eine solche Kontrolle wichtig, so wäre der Sinn der öffentlichen Beurkundung in Frage gestellt.

1910 - Immerhin darf den Verfahrensbeteiligten eine solche Kontrolle nicht verwehrt werden, wenn sie sie ausnahmsweise einmal vorzunehmen wünschen²¹⁰. Sowohl bei der Vorlesung eines einzigen vorhandenen Exemplars durch die Urkundsperson wie auch beim stillen Selbstlesen verteilter Fotokopien muss die Urkundsperson auf Begehren der Anwesenden Einsicht in das Unterzeichnungsexemplar geben. Sie muss dabei den Einsichtnehmenden genügend Zeit zur Textkontrolle einräu-

men. Eine Urkundsperson, welche den Unterzeichnern die Selbstlesung des Unterzeichnungsexemplars verwehrte oder sie dabei irgendwie behindern oder zur Eile drängen wollte, würde sich einer schweren Amtspflichtsverletzung schuldig machen. Wie andernorts ist auch bei der Urkundenlesung das generelle Vorhandensein einer Kontrollmöglichkeit wichtiger als die Durchführung der Kontrolle im Einzelfall.

ee) Geschwindigkeit und Kontrolle der Lesung

1911 - *Die notarielle Vorlesung soll in einem Tempo erfolgen, welche den Erschienenen das Folgen erlaubt. Textpassagen von untergeordneter Bedeutung können rasch gelesen werden, wenn die Erschienenen ihren Inhalt bereits kennen.*

1912 - *Bei stiller Selbstlesung hat die Urkundsperson zu kontrollieren, dass sich die Erschienenen den ihnen vorgelegten Text lesen, nicht bloss durchblättern.*

Fn 210 - Das Bundesgericht rechnet im BGE 118 II 273 vom 9.9.1992, BN 1992 S. 517, mit unabsichtlichen Vorlesefehlern der Urkundsperson, zu deren Korrektur bzw. Kontrolle angeblich die bei der Vorlesung letztwilliger Geschäfte von Art. 502 ZGB vorgeschriebenen Beurkundungszeugen nötig seien. Hierin kann jedoch nicht die ratio legis von Art. 502 ZGB erblickt werden; vgl. Ziff. 2432 ff.

****S. 546****

1913 - *Eine notarielle Kontrolle der Aufmerksamkeit und Ernsthaftigkeit, mit welcher sich die Erschienenen dem Zuhören der Vorlesung oder der stillen Selbstlesung widmen, findet in der Regel nicht statt. Nur bei offensichtlicher Unaufmerksamkeit oder Ablenkung eines Erschienenen hat die Urkundsperson zu intervenieren und gegebenenfalls den Beurkundungsvorgang abzubrechen.*

1914 - Erläuterung: Die oben vertretene Auffassung vom Sinn der Lesung ist bedeutsam auch für die Frage, mit welcher Geschwindigkeit und Vollständigkeit gelesen werden muss, damit das Rechtsgeschäft in allen seinen Teilen gültig beurkundet ist.

1915 - Haben die Erschienenen den Vertragsinhalt bis zum Moment des Beurkundungsvorgangs vor der Urkundsperson noch nie zu Gesicht erhalten und ist ihnen Inhalt und Formulierung also neu (was ein Ausnahmefall sein sollte), dann hat die Urkundsperson auf eine sorgfältige, langsame Lektüre des Textes durch alle Beteiligten zu dringen. Durch Fragen und eigene Hinweise auf kritische Punkte hat sie anzustreben, dass den Erschienenen die wesentlichen Elemente der zu beurkundenden Regelung und deren Konsequenzen deutlich bewusst werde.

1916 - Wenn die am Beurkundungsvorgang teilnehmenden Personen den Geschäftsinhalt selber ausgehandelt und an der Formulierung mitgewirkt haben, wenn ihnen also das zur Unterzeichnung anstehende Geschäft inhaltlich bereits gut bekannt ist, kann die stille Selbstlesung oder die notarielle Vorlesung entsprechend rascher erfolgen. Sie nähert sich in diesen Fällen der blossen Kontrolllesung an.

1917 - Für die Entstehung der öffentlichen Urkunde²¹¹ kommt es nicht darauf an, ob die Beteiligten bei der Lesung oder Vorlesung geistig präsent gewesen sind. Mit dem Nachweis, jemand habe anlässlich der Verlesung nicht aufgepasst, weil er gedanklich abgelenkt gewesen sei oder weil Stil und Sprache der Urkunde für ihn zu schwierig gewesen seien, vermag er die unterzeichnete öffentliche Urkunde nicht zu entkräften. Entscheidend ist ausschliesslich, dass die Beteiligten den Urkundeninhalt **aufgrund der äusseren Umstände** - d.h. aufgrund einer tatsächlich stattgehabten Lesung - während des Beurkundungsvorgangs zur Kenntnis nehmen **konnten**²¹². Ist diese Möglichkeit der Kenntnisnahme im notariellen Beurkundungsvermerk wahrheitsgemäss bezeugt, so besteht die Urkunde zu Recht, und es ist ihr ganzer Inhalt öffentlich beurkundet, unabhängig von einem allfälligen

Fn 211 - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 212 - Zutreffend hält MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 147, N 8 zu Art. 11 ND BE, fest, dass die Entstehung der Urkunde von der formrichtigen Kenntnisgabe - nicht von der tatsächlichen Kenntnisnahme der Urkundeninhalts abhängt.

****S. 547****

späteren Nachweis, eine verfahrensbeteiligte Partei sei aus subjektiven Gründen an der tatsächlichen Kenntnisnahme verhindert gewesen. Die objektive Tatsache der erfolgten Vorlesung oder stillen Selbstlesung, nicht die subjektive Wachheit und Aufmerksamkeit der Erschienenen während dieser Lesung sind rechtserheblich²¹³.

1918 - Wird stille Lesung durch die Anwesenden praktiziert, so entzieht sich letztlich der notariellen Kontrolle, ob die einzelnen Anwesenden den Text im stillen nun nochmals vollständig, Wort für Wort, lesen oder ob sie ganze Passagen (weil bereits bekannt) überspringen. Welche Inhalte bei raschem oder flüchtigem Selbstlesen als "gelesen" zu gelten hätten, wenn es auf die subjektive Verständnistiefe des Lesenden ankäme, müsste sich grundsätzlich jeder Erfassung mit rechtlichen Begriffen entziehen und kann für die nachträgliche Beurteilung der Vertragswirkung einer öffentlichen Urkunde grundsätzlich nicht massgebend sein. Liest die Urkundsperson den Text selber mit lauter Stimme vor, so entzieht sich ihrer Kontrolle, ob die Zuhörerschaft der Vorlesung wachen Sinnes folgt; auch hier ist die subjektive Aufmerksamkeit der Erschienenen ohne rechtliche Bedeutung²¹⁴.

e) Bereinigung

1919 - *Solange die Urkunde nicht gesiegelt ist, sind die zu Urkund Erklärenden befugt, durch ihr gemeinsames Begehren beliebige Änderungen am Urkundentext zu verlangen, auch solche Textänderungen, durch welche der Geschäftsinhalt abgeändert wird*²¹⁵. *Die Urkundsperson kann ebenfalls Änderungen anordnen, wenn sie Schreibfehler, Irrtümer oder Unklarheiten entdeckt.*

1920 - *Eine solche Bereinigung kann während*²¹⁶ *oder unmittelbar nach der Lesung erfolgen*²¹⁷.

Fn 213 - Einzelne Autoren vertreten diesbezüglich eine andere Auffassung; vgl. Fussnote am Ende von Ziff. 268.

Fn 214 - Das Gegenteil müsste dann gelten, wenn ein deliktisches Verhalten der Urkundsperson nachgewiesen werden könnte, indem sie einer erkennbar aufnahmefähigen Person - etwa einer in Dämmerzustand befindlichen Schwerverkrankten - einen Text zur Lesung vorgehalten hat, um anschliessend im Interesse Dritter eine von der betreffenden Person nicht gewollte Erklärung zu beurkunden.

Fn 215 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 147, N 9b zu Art. 11 ND BE, erwähnt die Ergänzung offen gelassener Stellen im Unterzeichnungsexemplar; dies ist zulässig, aber nicht empfehlenswert, weil es dem Grundsatz der schrifttechnischen Urkundenherstellung aus einem Guss zuwiderläuft. Vgl. hierzu Ziff. 1341.

Fn 216 - Die fortlaufende Bereinigung während der Urkundenlesung ist die Regel. - Unzutreffend ist demgemäss die Schilderung der zeitlichen Reihenfolge Lesung/Bereinigung bei WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (24).

Fn 217 - BE ND Art. 11 Abs. 3; hierzu MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 147, N 9.

****S. 548****

1921 - *Die Urkundenbereinigung umfasst Änderungen, über welche zwischen den Parteien in Anwesenheit der Urkundsperson und gegebenenfalls mit deren Formulierungshilfe sogleich ein Konsens gefunden wird*²¹⁸. *Eigentliche Vertragsverhandlungen können nicht Teil der Urkundenbereinigung sein und sollen nicht während des Beurkundungsvorgangs stattfinden. Wächst sich die Textbereinigung zu einer neuen Verhandlungsrunde aus, indem eine Partei zu vorgeschlagenen Änderungen nicht sogleich ihre Zustimmung gibt, so ist der Beurkundungsvorgang abzu-*

brechen und, sobald der umfassende Konsens zwischen den Parteien gefunden und der entsprechende Urkundentext neu ausgefertigt ist, mit der Lesung von vorn zu beginnen.

1922 - Für die Bereinigung stehen zwei Methoden alternativ zur Verfügung, nämlich die handschriftliche Korrektur auf dem vorhandenen Unterzeichnungsexemplar oder die Neuausfertigung einzelner Blätter oder des ganzen Unterzeichnungsexemplars.

1923 - Für die handschriftliche Korrektur gelten die Regeln gemäss Ziff. 1315.

1924 - Werden stattdessen einzelne oder alle Seiten neu ausgefertigt, so ist die hierfür verwendete Zeit als Teil, nicht als Unterbrechung des Beurkundungsvorgangs zu qualifizieren, und zwar auch dann, wenn die Urkundsperson die neuen Seiten selber auf der Maschine schreibt und dies in einem anderen Raum ihrer Kanzlei tut²¹⁹. Verlassen hingegen einzelne Erschienenen während der Zeit, welche das Schreiben beansprucht, die Räume der Notariatskanzlei, so ist der Beurkundungsvorgang damit unterbrochen bzw. abgebrochen.

1925 - Wurde nicht unterbrochen, so sollen die ersetzten Seiten wenn möglich vollständig, mindestens aber alle anlässlich der Bereinigung geänderten Stellen²²⁰ wiederum gelesen werden. Die Urkundsperson hat die Richtigkeit der neu ausgefertigten Seiten zu kontrollieren und den Erschienenen die Möglichkeit zu solcher Kontrolle einzuräumen, wenn sie dies wünschen.

1926 - Die Urkundsperson handelt pflichtwidrig, wenn sie die mit den Erschienenen besprochenen Korrekturen erst nach Abschluss des Beurkundungsvorganges durch neu ausgefertigte Seiten ersetzt oder ersetzen lässt²²¹.

Fn 218 - Vgl. WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (25, Ziff. 13.4).

Fn 219 - Ein solches Vorgehen ist zulässig; vgl. Ziff. 2058.

Fn 220 - So wohl auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 148, N 10 zu Art. 11 ND BE; das Dekret verlangt keine nochmalige integrale Lesung des bereinigten Textes. - HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 216, N 9 zu § 13, hält bei langen Verträgen die paragraphenweise Vorlesung - und wohl auch Bereinigung - für zulässig, weist aber im Falle einer nicht vollständig vorbereiteten Urkunde darauf hin, dass die Grenzen nicht immer leicht zu ziehen sind. Das Postulat, es sei nach bereinigenden Textänderungen das Formulierte auch noch einmal "im ganzen vorzulesen", ist grundsätzlich richtig, bei sehr langen Verträgen mit mehrstündiger Vorlesungsdauer aber kaum durchzusetzen und letztlich auch nicht sinnvoll.

Fn 221 - Ein solcher Aufschub der Neuerstellung einzelner Seiten ergibt sich insbesondere dann, wenn das Sekretariat der Urkundsperson während des Beurkundungsvorganges nicht besetzt ist und wenn die Urkundsperson selber die modernen Geräte nicht beherrscht.

****S. 549****

1927 - Erläuterung: Die handschriftliche Korrektur ist nur tunlich, wenn es sich um geringfügige Streichungen und Einfügungen, insbesondere um die Korrektur von Schreibfehlern handelt.

1928 - Wo Textverarbeitung zur Verfügung steht, wird die Korrektur heute üblicherweise während des Beurkundungsvorganges durch Neuerstellung der betreffenden Seiten vorgenommen, und es werden die überholten Seiten unverzüglich vernichtet.

1929 - Hat die Urkundsperson die Korrekturen zunächst handschriftlich in ein Entwurfsexemplar eingetragen und sie den Anwesenden vorgelesen, so ist ein nachheriges gemeinsames Durchlesen der anschliessend neu ausgefertigten, korrigierten Seiten, im Sinne einer Textkontrolle, empfehlenswert, nicht jedoch Bedingung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde²²². Denn für die Beurkundung genügt es, dass sich die Parteien des von ihnen unterzeichneten Textes in seiner definitiven Fassung bewusst geworden sind. Die Textkontrolle kann der Urkundsperson anvertraut bleiben²²³.

1930 - Die Versuchung zu nachträglicher Neuerstellung einzelner Seiten, nach Weggang der Erschienenen, ist besonders gross, wenn Textverarbeitung zur Verfügung steht und also kein Risiko gegeben ist, dass in den unverändert bleibenden Text neue Schreibfehler hineingelangen. Urkundspersonen und übrige Verfahrensbeteiligte pflegen den elektronischen Systemen diesbezüglich vorbehaltlos zu vertrauen.

1931 - Der Aufschub der Neuerstellung einzelner Seiten kommt namentlich vor, wenn die das System beherrschenden Mitarbeiter im Zeitpunkt des Beurkundungsvorgangs nicht zur Verfügung stehen, etwa bei einer Beurkundung ausserhalb der normalen Bürozeiten, und wenn die Urkundsperson selber das System nicht bedienen kann. Auch wo die Urkundsperson das Schreibsystem beherrscht²²⁴, mag sie zögern, die Erschienenen vorübergehend allein zu lassen, um die neuen Seiten selber auszufertigen.

1932 - Zu Korrekturen innerhalb des Urkunden-Ingresses, für welchen die Urkundsperson die alleinige Redaktionskompetenz hat, ist sie erforderlichenfalls auch ohne ausdrückliche Ermächtigung der Erschienenen befugt; solche Korrekturen betreffen häufig die Personalien der

Fn 222 - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 223 - Dass die gemeinsame Textkontrolle nicht von Beurkundungsrechts wegen als Zweck der Lesung qualifiziert werden kann, ergibt sich daraus, dass bei lauter Vorlesung die Textkontrolle insgesamt bei der Urkundsperson liegt und dass die Erschienenen bei dieser Verfahrensweise zu eigener Verifikation nicht verpflichtet sind.

Fn 224 - Bei Studienabgängern der Jahre 1990 ff. kann Fertigkeit im Umgang mit elektronischer Textverarbeitung, insbesondere auf PC, als die Regel gelten; jüngere Urkundsperson sind demgemäss gewohnt, die Urkunden selber am Bildschirm zu bearbeiten. Bei den älteren Jahrgängen ist eine gewisse Distanz zur maschinellen Textherstellung und damit vermehrte Abhängigkeit vom Sekretariatspersonal die Regel.

****S. 550****

Erschienenen, wenn Schreibfehler in den Namen und Geburtsdaten, zusätzliche Bürgerorte etc. erst beim letzten Durchlesen des Textes bemerkt oder erst jetzt gerügt werden.

1933 - Korrekturen im Bereich der individuellen Erläuterungen, die anlässlich des Beurkundungsvorgangs nicht besprochen und also nicht "gelesen und genehmigt" worden sind, sind unzulässig, mag der Fehler auch noch so evident, die Korrektur noch so gut gemeint sein. Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes ist aber in einem solchen Fall nur anzunehmen, wenn die nachträglichen Manipulationen materielle Bedeutung haben und wenn sie von den Sachbeteiligten oder ihren Vertretern auch nachträglich keine Genehmigung erfahren. Dann liegt eine strafbare Falschbeurkundung - und demgemäss eine Nicht-Urkunde - vor.

f) Genehmigung

1934 - *Anlässlich des Beurkundungsvorgangs haben die zu Urkund erklärenden Personen das in der Urkunde dargestellte Geschäft zu genehmigen.*

1935 - *Die Genehmigung ist eine Willensäusserung. Sie kann als ausdrückliche mündliche Erklärung²²⁵ oder durch konkludentes Verhalten²²⁶ abgegeben werden.*

1936 - *Die Genehmigung ist nur in vorbehaltloser, unbedingter Form möglich²²⁷.*

1937 - *An die widerspruchslose Unterzeichnung der Urkunde knüpft sich die Vermutung der konkludenten Genehmigungserklärung²²⁸.*

1938 - **Erläuterung:** Die Genehmigung des Geschäftsinhaltes, wie er in dem soeben gelesenen Urkundenentwurf vor den Erschienenen und der Urkundsperson enthalten ist, braucht nicht in Worten

ausdrücklich erklärt zu werden. Mit der Unterzeichnung des Aktes erklären die Parteien ihren Genehmigungswillen konkludent. Urkundsperson und Dritte dürfen davon ausgehen, dass der Akt des Unterzeichnens in seiner doppelten Bedeutung als Inhalts-Genehmigung und als Inkraftsetzungsakt von jeder mündigen Person richtig verstanden wird und

Fn 225 - Ausdrückliche Genehmigungserklärung wird verlangt von ZH EGZGB § 240 Abs. 1 und ZH NV § 26.

Fn 226 - So auch JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 50, N 184.

Fn 227 - So WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (26). - Das Erfordernis der vorbehaltlosen Genehmigungserklärung schliesst nicht aus, dass der Urkundentext Bedingungen und Vorbehalte umfasst; nicht das beurkundete Geschäft, sondern die Genehmigungserklärung anlässlich des Beurkundungsvorgangs erträgt keine Bedingungen und Vorbehalte.

Fn 228 - Widerlegung der Vermutung durch Gegenbeweis ist zulässig; vgl. HUHN/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 219, N 21 zu § 13.

****§. 55I****

nicht durch ein vertragsrechtliches Kolloquium an Ort und Stelle erörtert zu werden braucht.

1939 - Bei der Genehmigung gilt das vorn zur Lesung Gesagte analog: Gegenstand der Genehmigung ist nicht nur der geschriebene Text, sondern der darin enthaltene Sinn - etwas Gedankliches²²⁹. Regelmässig sind es Vorstellungen von künftigen Abläufen und Zuständen, die als Inhalte des beurkundeten Vertragswillens in Betracht fallen.

1940 - Die Genehmigung bedeutet aus der Sicht des Genehmigenden also nicht nur: "Der Text sagt, was ich will", sondern umgekehrt auch: "Ich will, was der Text sagt." Die Genehmigung heisst in ihrem Kerngehalt nicht nur: "Der Text stimmt", sondern auch: "Ich will den darin ausgedrückten Inhalt"²³⁰.

1941 - Von den beiden Bedeutungen der Genehmigungserklärung - "der Text stimmt" / "ich will den darin ausgedrückten Inhalt" - ist die zweite die wichtigere. Eine auf die blosser Textkontrolle beschränkte Genehmigung findet auch bei jeder Protokollgenehmigung statt und kann sich gegebenenfalls auf die Protokollierung der eigenen Oppositionshaltung beziehen. Wer Nein gestimmt hat, kann ein Protokoll genehmigen, welches sein Nein richtig wiedergibt. Bei der Genehmigung individueller Erklärungen gibt es dagegen kein Nein: Die genehmigende Person muss bejahend hinter ihren Geschäftswillen stehen und diesen als etwas real Vorhandenes bezeugen, nicht bloss die Stimmigkeit eines Textes im Verhältnis zu früher erteilter Instruktion bestätigen.

1942 - Urkunde und Text sind in diesem Zusammenhang zwar von zentraler Bedeutung: Sie sind der sichtbare Ausdruck und als solcher das notwendige Kommunikationsmittel zwischen den Beteiligten bezüglich des übereinstimmend gewollten, unsichtbaren Geschäftswillens. Die Parteien können nicht den Inhalt wollen und gleichzeitig die Urkunde ablehnen. Trotzdem ist die Beurkundung ihrem Sinn nach nicht ein Kontrollieren von Texten, sondern Bewusstmachung und Bezeugung von Inhalten.

1943 - Der Begriff der Rekognition ist, wenn man ihn in seinem lateinischen Wortsinn versteht, demgemäss zu eng, ja irreführend. Der Begriff stammt von "recognoscere", was "wiedererkennen" heisst. MARTI

Fn 229 - Zutreffend in diesem Sinne die Definition von JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 49, N 184, welcher in der Genehmigung die vorbehaltlose Bestätigung der Erklärenden erblickt, "dass der Urkundeninhalt ihrem wirklichen Willen entspricht", unter Verweis auf MARTI, Das Hauptverfahren im schweizerischen Notariatsprozess, ZBGR 64 (1983) S. 321 (328), und HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 248 ff. (271), wobei zu beachten ist, dass HUBER und MARTI den Begriff "Rekognition" verschieden verwenden: HUBER versteht darunter die Genehmigung, MARTI die blosser Kenntnisnahme. Es erweist sich an solchen Bedeutungsunterschieden die Unschärfe und letztlich Unbrauchbarkeit derartiger Fremdwörter im juristischen Diskurs.

Fn 230 - Vgl. ZH NV § 26.

****S. 552****

schreibt: "Die Urkundsparteien sollen in diesem Text ihren Willen 'wiedererkennen' (recognoscere)"²³¹. - Wird der Sinn der Lesung und Genehmigung aber im Wiedererkennen erblickt, so könnte dies zu einer Interpretation führen, wonach es um das Wiedererkennen der von den Parteien gegenüber der Urkundsperson zuvor erteilten **Instruktion** geht. Nur diese - nicht der heutige Wille - können ja im vorliegenden Text "wieder"-erkannt werden. Wenn ein Beteiligter im Zuge der Lesung zu zweifeln und zu zögern beginnt, so mag insbesondere eine beschäftigte, auf Effizienz bedachte Urkundsperson - und mit ihr die am Abschluss interessierte Gegenpartei - ungeduldig werden und zum Ausdruck bringen: "Der Text sagt doch genau das, wozu Sie im Instruktionsgespräch zugestimmt haben - was gibt es da noch zu zögern?"

1944 - Der Begriff der Rekognition kann also dazu Vorschub leisten, einen Erschienenen gegen seinen momentanen Willen bei bisher erteilten Instruktionen zu **behaften** und ihn zu einer hier und jetzt eigentlich nicht gewollten Geschäftsgenehmigung zu **drängen**²³².

1945 - Die von der Urkundsperson gegebenenfalls an die Beteiligten zu richtende Frage lautet also nicht: "Erkennen Sie in dem vorliegenden Text Ihren Willen wieder?" - sondern sinngemäss: "Wollen Sie das Geschäft, wie es in dem Text dokumentiert ist, hier und jetzt wirksam in Kraft setzen?" - wobei den Erschienenen deutlich zu machen ist, dass sie zu solcher Inkraftsetzung nicht verpflichtet sind, auch nicht moralisch, und zwar weder durch bisherige Instruktionen noch durch die von der Urkundsperson gehabte Mühe und Arbeit noch durch die Umstände und Kosten anderer Beteiligter, die vielleicht von weither angereist sind. Ob der vorliegende Text "stimmt", d.h. ob er die erteilten Instruktionen richtig wiedergibt und ob die Erschienenen ihre Instruktionen darin "wiedererkennen", ist belanglos. Ob sie hier und jetzt die Zukunft in der dokumentierten Weise gestalten wollen, das

Fn 231 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 109.

Fn 232 - Zutreffend weist SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) S. 533, N 45 zu Art. 11 OR darauf hin, die gesetzliche Vorschrift der öffentlichen Beurkundung wolle "den Abschluss **erschweren**, dem Erklärenden die Tragweite des Geschäftes zum Bewusstsein bringen und ihn veranlassen, die Ernsthaftigkeit seines Willens zu prüfen und dessen Inhalt zu klären." - Die Urkundsperson hat im Beurkundungsverfahren die bremsenden Tendenzen zu unterstützen, nicht die zum Abschluss drängenden. - Abzulehnen ist demgemäss die Meinung von WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 65 (1984) S. 1 ff. (14), wonach die Urkundsperson beim Vorliegen eines Dissenses zwischen den Vertragsparteien im Vorfeld der Beurkundung sich zu bemühen habe, die Willensübereinstimmung "auf dem Verhandlungswege herbeizuführen". Die Urkundsperson hat nicht zu verhandeln, sondern lediglich den festgestellten Dissens den Klienten bewusst zu machen und **den Klienten anheimzustellen**, ob und wie sie den Dissens überwinden.

****S. 553****

ist die einzige relevante Frage, um welche es bei der Genehmigung geht. Gelesen wird zwar der Text, genehmigt wird aber primär das Geschäft als Zukunftsgestaltung; die gleichzeitig mögliche Textkontrolle und Textgenehmigung²³³ ist von untergeordneter Bedeutung.

g) Unterzeichnung durch die Erklärenden (Inkraftsetzung)

1946 - *Die zu Urkund erklärenden Personen haben die Urkunde unmittelbar nach erfolgter Lesung und Genehmigung eigenhändig zu unterzeichnen*²³⁴. *Wurden keine Genehmigungserklärungen ausdrücklich abgegeben, so knüpft sich an die widerspruchslöse Unterschriftsleistung die Vermutung der konkludent geäusserten Genehmigungserklärung.*

1947 - Die erschienenen Personen stehen unter keiner Rechtspflicht, ihre Unterschrift zu leisten. Zögert eine Vertragspartei, den Urkundenentwurf zu genehmigen oder zu unterzeichnen, so enthält sich die Urkundsperson jeder Einflussnahme und belehrt die Beteiligten erforderlichenfalls über ihr Recht, auch dann von der Unterschriftsleistung Abstand zu nehmen, wenn der Urkundenentwurf die bis dahin erteilten Instruktionen richtig wiedergibt.

1948 - Die Unterzeichner leisten ihre Unterschrift durch jenes Handzeichen, mit welchem sie regelmässig zu unterschreiben pflegen²³⁵. Auf die Leserlichkeit dieses Handzeichens kommt nichts an.

1949 - Mit der Beisetzung aller Parteiunterschriften ist der Vertrag für alle Beteiligten allseits bindend geschlossen. Seine Rechtswirkungen entfaltet er jedoch erst vom Zeitpunkt der notariellen Unterzeichnung und Siegelung an, wobei die Rechtswirkungen auf den Zeitpunkt der Beisetzung der letzten Parteiunterschrift zurückzubeziehen sind.

1950 - Erläuterung: Unverzichtbarer Teil des Beurkundungsvorgangs ist - wenn die Erklärenden lese- und schreibfähig sind - die eigenhändige Unterzeichnung der Urkunde durch die Erklärenden in Anwesenheit der Urkundsperson. Die eigenhändige Unterschriftsleistung der unterzeichnungsfähigen²³⁶, zu Urkund oder zu unterschriftsbedürfti-

Fn 233 - Zum Begriff der Textgenehmigung vgl. Ziff. 1712.

Fn 234 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 95 unter Verweis auf entsprechende Bestimmungen in den meisten Kantonen; Unterzeichnung wird (unter Voraussetzung der Unterzeichnungsfähigkeit der zu Urkund erklärenden Person) von sämtlichen Kantonen verlangt; vgl. Ziff. 220 und dortige Fussnote.

Fn 235 - So zutreffend Urteil der Camera Civile TI vom 17.12.1970 i.S. Ferrari/Bernardi, Rep 1971 S. 287-292, wo eine kantonale Gesetzesvorschrift als sinnlos und unbeachtlich bezeichnet wurde, welche die Unterzeichnung öffentlicher Urkunden mit vollem Namen und Vornamen verlangt hatte.

Fn 236 - Zur Unterscheidung der Schreibfähigkeit im Sinne natürlichen Könnens und der Unterzeichnungsfähigkeit im Sinne rechtlichen Vermögens vgl. Ziff. 2008 ff.

****S. 554****

gem Protokoll erklärenden Personen, muss zu den Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung gezählt werden²³⁷, und zwar ungeachtet der abweichend ausgelegten Regelung des ZGB für letztwillige Verfügungen²³⁸. Der Bundesgesetzgeber selber verlangt bei einer Reihe von beurkundungsbedürftigen Willenserklärungen die eigenhändige Unterzeichnung der Erklärenden, sofern diese unterzeichnungsfähig sind, nämlich im ZGB in den Art. 184 (Ehevertrag)²³⁹, 337 (Begründung der Gemeinderschaft), OR Art. 493 Abs. 1 und 2 (Bürgschaft), ferner bei den unterschriftsbedürftigen Protokollen des Errichtungsaktes der Aktiengesellschaft (Art. 629), Kommanditaktiengesellschaft (Art. 764 Abs. 2) und der GmbH (Art. 779 Abs. 1)²⁴⁰. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb die Unterschrift unterzeichnungsfähiger Personen in diesen Fällen von Bundesbeurkundungsrechts wegen zwingend erforderlich, in allen anderen Fällen gemäss kantonalem Belieben verzichtbar sein sollte²⁴¹.

Fn 237 - Vgl. die Begründung dieses Erfordernisses in Ziff. 196 ff.

Fn 238 - Zu den Merkwürdigkeiten der Entstehungsgeschichte von Art. 502 Abs. 1 ZGB und zu der hieran anknüpfenden Doktrin und Judikatur vgl. Ziff. 2436 ff. - Die Regelung des ZGB ist durch Zufälligkeiten der Parlamentsarbeit geprägt, nicht aus einer durchdachten beurkundungsrechtlichen Theorie hervorgegangen. Aus dieser Regelung sollten deshalb keine Folgerungen bezüglich der grundsätzlichen Entbehrlichkeit der Unterschrift unterzeichnungsfähiger Personen gezogen werden. - Vgl. aber HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (245).

Fn 239 - In die falsche Richtung geht die Interpretation dieser Vorschrift (bzw. des entsprechenden alten Art. 181 ZGB) bei JACQUES-MICHEL GROSSEN, L'acte authentique, notion du droit fédéral, ZBGR 48 (1967) S. 321-327 (325 lit. d), wo aus der ausdrücklichen Erwähnung des Unterschriftserfordernisses im Gesetz abgeleitet

wird, von Bundesrechts wegen sei die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Parteien eben nicht grundsätzlich nötig. Festzuhalten ist demgegenüber, dass der Bundesgesetzgeber, angesichts des Lapsus in Art. 502 ZGB (nicht wegen eines abweichenden allgemeinen Prinzips), gezwungen war, überall sonst, wo er die öffentliche Beurkundung behandelt hat, das Unterschriftenrequisit ausdrücklich zu erwähnen.

Fn 240 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 41, N 161.

Fn 241 - A.M. die Mehrheit der bisherigen Lehre, vgl. DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (22, Anm. 17), wobei PIOTET dieser Lehre selber skeptisch gegenübersteht und zu Recht das Argument in Zweifel zieht, aus dem ausdrücklichen Unterschriftserfordernis in den Art. 184 (alt 181) und 337 ZGB sei die grundsätzliche Entbehrlichkeit der Unterschrift in allen übrigen Fällen abzuleiten. Eine solche, dem Gesetzesbuchstaben verhaftete e-contrario-Auslegung des ZGB ist angesichts der Zufälligkeiten der Gesetzesentstehung und des Desinteresses und der Verständnislosigkeit der Parlamentarier gegenüber beurkundungsrechtlichen Zusammenhängen nicht zulässig. - Zur bisherigen Lehre vgl. ferner JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 41, N 160 und S. 78, N 280, unter Verweis auf BGE vom 4.7.1972 in ZBGR 54 (1973) S. 367 ff., HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 31 zu Art. 657 ZGB, MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 111 zu Art. 657 ZGB, HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des

****S. 555****

1951 - Die These, es stehe in der kantonalen Gesetzgebungskompetenz, von den zu Urkund erklärenden, unterzeichnungsfähigen Personen die Unterschriftsleistung zu verlangen oder sie davon zu dispensieren, hängt insofern in der Luft, als **sämtliche Kantone übereinstimmend die Unterschriftsleistung dieser Verfahrensbeteiligten verlangen**²⁴². Hierin zeigt sich, dass das Unterschriftserfordernis nicht Ausdruck lokalen Brauchtums oder notariatsrechtlicher Kantonalpolitik ist, sondern dass es allgemeiner Sachnotwendigkeit entspringt. Die Gerichte hatten sich demgemäss bis heute mit der Bundesrechtskonformität kantonalen Beurkundungserlasse nie zu befassen, welche unterzeichnungsfähige Personen vom Unterzeichnen dispensieren; was diesbezüglich in Gerichtsentscheiden gesagt worden ist, stellt blosses obiter dictum dar. Der aus Art. 502 ZGB herauszulesende Unterzeichnungsdispens Unterzeichnungsfähiger bei der Beurkundung letztwilliger Verfügungen muss als ein legislatorischer Lapsus bezeichnet werden²⁴³.

1952 - Die Unterschriftsleistung ist der Akt der Inkraftsetzung des Geschäftes²⁴⁴. Solange eine erklärende Person nicht unterschrieben hat, ist sie rechtlich nicht gebunden. **Fehlt die Unterschrift einer lese- und schreibfähigen Person, so ist zu vermuten, dass sie nicht unterschreiben wollte, sich also nicht rechtsgeschäftlich binden wollte**. Sie hat in diesem Falle die schriftlich entworfene Aussage nicht gemacht. Der nicht unterzeichnete Erklärungstext darf der betreffenden Person rechtlich nicht zugerechnet werden; er bindet sie nicht. In der Irregularität der Nicht-Unterzeichnung - gemessen an den verwurzelten Gebräuchen des schriftlichen Vertragsschlusses - und der damit verbundenen Vermutung des fehlenden Abschlusswillens, nicht in der Schwierigkeit der Dokumentation²⁴⁵ liegt die hier vertretene Ablehnung der unterschriftslosen Urkundenerklärung unterzeichnungsfähiger Personen.

Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 248 ff. (271), K.E. WEBER, Locus regit actum und seine Bedeutung für die öffentliche Beurkundung, ZBGR 21 (1940) S. 1 ff. (5), BECK, Berner Kommentar (1932) N 13 zu Art. 55 SchlT, LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 34 zu Art. 657 ZGB, MUTZNER, Öffentliche Beurkundung, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (117a).

Fn 242 - Vgl. den Katalog der kantonalen Vorschriften in Ziff. 220. und der dazugehörigen Anmerkung.

Fn 243 - Vgl. hiezu einlässlich Ziff. 2432 ff.

Fn 244 - Im Urteil der Camera Civile TI vom 17.12.1970 i.S. Ferrari/Bernardi, Rep 1971 S. 287-292 (292) wird die Auffassung vertreten, von den beiden Funktionen der Parteiunterschrift - Identifikation und Inkraftsetzung - sei bei der öffentlichen Beurkundung nur die zweite wesentlich; die Identifikation werde durch das notarielle Zeugnis geleistet.

Fn 245 - Vgl. diese Begründung bei JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930, S. 63, welcher die Unterzeichnung öffentlicher Urkunden durch die Erklärenden als geboten erachtet mit der Be-

gründung, dass nur durch die Unterzeichnung der Abschlusswille der Parteien genügend dokumentiert werden könne. - Diese Begründung ist insofern nicht stichhaltig, als bei **nicht-unterzeichnungsfäh-**

****S. 556****

1953 - Aus Art. 502 Abs. 1 ZGB ergibt sich nun allerdings, dass das Bundesrecht für die öffentliche letztwillige Verfügung eine Form öffentlicher Beurkundung kennt, bei welcher der zu Urkund Erklärende, trotz bestehender Unterzeichnungsfähigkeit, die Urkunde weder liest noch unterschreibt²⁴⁶. Auf diese Besonderheit ist hinten, Ziff. 2436 ff., zurückzukommen.

1954 - Die Unterschrift kann nur dann als Willensäußerung der Inkraftsetzung gelten, wenn sie vom Unterzeichner in jener Form geleistet wird, in welcher er regelmässig zu unterzeichnen pflegt. Wenn eine Person mit geläufiger und charakteristischer Unterschrift ihren Namen in Blockbuchstaben auf die Urkunde setzt, so hat sie nicht unterschrieben, sondern ihren Namen mitgeteilt.

1955 - Zögert ein Erschienener mit dem Unterschreiben, so soll die Urkundsperson nicht zur Unterschrift drängen, sondern Zeit zu weiterem Bedenken geben und die Möglichkeit eines später durchzuführenden Beurkundungsvorganges anbieten²⁴⁷.

1956 - Da die Parteiunterschriften den gesamten Inhalt ihrer Willenserklärungen abdecken müssen, darf nach der Beisetzung dieser Unterschriften an dem von ihnen gedeckten Urkundentext nichts mehr geändert werden. Spätere Beifügungen können nicht als beurkundete Willensinhalte gelten, sondern sind rechtlich gesehen nichts anderes als äusserliche Manipulationen an einem bestehenden Dokument²⁴⁸.

igen Personen der Abschlusswille ohne Unterschrift durchaus genügend dokumentiert werden kann. Die fehlende Unterzeichnungsfähigkeit ist es aber gerade, welche die andernfalls entstehende Vermutung des fehlenden Abschlusswillens widerlegen kann.

Fn 246 - Vgl. Ziff. 2436 ff.

Fn 247 - Da bei mehreren Unterzeichnern der Zuletzunterschreibende auch nach dem Vorliegen der ersten Unterschrift noch in der Hand hat, sich auf das Geschäft nicht einzulassen, muss richtigerweise auch dem Erstunterzeichner die Befugnis zustehen, seine Unterschrift zu "widerrufen", bis sämtliche Parteiunterschriften auf dem Dokument stehen. Verlangt eine Partei, die bereits unterschrieben hat, von der Urkundsperson den Abbruch der Beurkundung, bevor alle anderen Unterschriften geleistet wurden, so ist die Urkundsperson verpflichtet, diesem Begehren unverzüglich stattzugeben und den Unterzeichnungsturnus abubrechen. Haben alle Parteien unterschrieben und fehlt nur noch die Notarunterschrift, so ist es für einen "Widerruf" jedoch zu spät. Die rechtliche Bindung der Parteien wird perfekt mit dem Vorliegen der letzten Parteiunterschrift, wogegen die Urkunde als Dokument erst mit dem Vorliegen der Notar-Unterschrift perfekt wird.

Fn 248 - Vgl. den Streit über die Frage, ob eine ergänzende Klausel in einem öffentlich beurkundeten Testament vor oder nach dem Zeitpunkt eingefügt wurde, in welchem die Erblasserin ihre Unterschrift geleistet hatte, in Entscheid der 1. Camera civile des Kantons Tessin vom 4.7.1972, Rep 1974, S. 67-75.

****S. 557****

h) Unterzeichnung durch die Urkundsperson

1957 - *Nachdem sämtliche zu Urkund erklärenden Personen ihre Unterschriften auf die Urkunde gesetzt haben, hat die Urkundsperson unverzüglich ihrerseits ebenfalls zu unterzeichnen*²⁴⁹.

1958 - *Die Urkundsperson hat auch dann zu unterzeichnen, wenn einzelne, aber nicht alle der vorherigen Unterzeichner das Zustandekommen des Geschäftes plötzlich verhindern und der Urkundsperson die Unterzeichnung untersagen möchten.*

1959 - *Alle zu Urkund Erklärenden gemeinsam können, wenn sie es rechtzeitig tun, von der Urkundsperson verlangen, dass sie von der Beisetzung der Notarunterschrift absehe und dass das*

Beurkundungsverfahren also noch unmittelbar vor der Entstehung der Urkunde abgebrochen werde.

1960 - *Hingegen darf die Urkundsperson auch dem gemeinsam gestellten Begehren sämtlicher zu Urkund erklärenden Personen nicht stattgeben, die Urkundsperson möge mit dem Beisetzen ihrer Unterschrift zuwarten.*

1961 - *In der Zwischenzeit zwischen der Beisetzung der letzten Privatunterschrift bis zur notariellen Unterzeichnung befindet sich das Geschäft bezüglich seiner Rechtswirkung in der Schwebe. Mit notarieller Unterzeichnung entfaltet es seine Rechtswirkungen²⁵⁰, wobei der Beginn dieser Rechtswirkungen nun auf den Zeitpunkt der zuletzt geleisteten Privatunterschrift zurückzubeziehen ist.*

1962 - Erläuterung: Die Urkundsperson hat zeitlich **nach** den Erschienenen zu unterzeichnen. Denn die notarielle Unterschrift deckt den Beurkundungsvermerk und damit die Bestätigung ab, dass die zu Urkund erklärenden Personen vor der Urkundsperson bereits unterzeichnet haben. Dieses Zeugnis kann von der Urkundsperson nicht abgegeben werden, solange die Unterschrift einer zu Urkund erklärenden Person noch fehlt. Bezeugt die Urkundsperson durch verfrühte Unterzeichnung des Beurkundungsvermerks, dass sämtliche Erschienenen die Urkunde unterzeichnet hätten, obwohl dies noch nicht der Fall ist, so verletzt sie ihre Wahrheitspflicht²⁵¹.

Fn 249 - So ZH EGZGB § 240 Abs. 1.

Fn 250 - In diesem Zeitpunkt, nicht erst mit der nachfolgenden Siegelung, ist die öffentliche Urkunde entstanden; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 148, N 13 zu Art. 11 ND BE.

Fn 251 - A.M. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 148, N 13 zu Art. 11 ND BE, welcher wegen des Fehlens einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift die Unterzeichnungsreihenfolge als rechtlich irrelevant bezeichnet. - Obwohl man die Entstehung der Urkunde im Interesse der Rechtssicherheit bzw. in demjenigen der Geschäftsgültigkeit nicht von der notariellen Letzt-Unterzeichnung abhängig machen wird, gilt das von HUHNS/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 221, N 28 zu § 13, Ausgeführte für das schweizerische Beurkundsrecht analog: "Der Wert der notariellen Tätigkeit hängt so sehr an der Genauigkeit und inhaltlichen Zuverlässigkeit des Notars, dass mit jeder Abweichung von der funktionsgerechten Auslegung und

****S. 558****

1963 - Grundsätzlich ist die Notarunterschrift verzugslos nach Beisetzung der letzten Privatunterschrift zu leisten, damit die erwähnte Schwebezeit möglichst kurz dauert und keine diesbezüglichen Probleme entstehen. Die zu Urkund Erklärenden können, nachdem sie sämtlich unterschrieben haben, die Urkundsperson an der Unterzeichnung nur noch hindern, wenn sie gemeinsam eine diesbezügliche Instruktion erteilen. Tun sie dies, so hat die Urkundsperson einer solchen Instruktion Folge zu leisten. Das Geschäft hat dann als nicht abgeschlossen zu gelten; es sind in einem solchen Falle jene Steuern nicht ausgelöst, welche durch den Vertragsschluss sonst ausgelöst worden wären.

1964 - Unterbleibt die sofortige Beisetzung der Notarunterschrift - etwa, weil die Urkundsperson in der Hitze des Gefechts zu unterschreiben vergisst - so liegt eine Amtspflichtsverletzung vor, die bei späterer Nachholung des Versäumten jedoch nicht die Nichtigkeit der Urkunde bewirkt²⁵²; denn das notarielle Zeugnis, welches namentlich im Beurkundungsvermerk enthalten ist, braucht nicht notwendigerweise während des Beurkundungsvorgangs abgegeben zu werden. Betrachtet man die Urkundendatierung als notarielle Bezeugung des Datums, an welchem die Notarunterschrift beigesetzt wurde, so erscheint die Beisetzung der Notarunterschrift an einem späteren Tag zumindest als eine Ordnungswidrigkeit. Von einer für die Urkundenentstehung schädlichen Falschbeurkundung im Sinne von Art. 317 StGB wird jedoch nicht gesprochen werden können²⁵³.

1965 - Dass die Urkundsperson bei Sanktion der Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde zwingend im Beisein der zu Urkund Erklärenden unterschreiben müsse, kann schon aus dem Grunde

nicht gefordert werden, dass im Falle der Sukzessivbeurkundung²⁵⁴ die Beisetzung der Notarunterschrift in Abwesenheit einzelner Beteiligter toleriert wird.

1966 - Ein absichtliches Zuwarten mit der Beisetzung der Notarunterschrift kommt nicht in Frage. Die Urkundsperson ist verpflichtet, nach der Einholung der letzten Parteiunterschrift unverzüglich ebenfalls zu unterzeichnen. Der enge zeitliche Zusammenhang ist schon deswegen

Anwendung beurkundungsrechtlicher Vorschriften ein weiterer Schritt auf dem Wege zu einer schliesslich inhaltsleeren Beurkundungsbürokratie gegangen wird".

Fn 252 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 159, N 12 zu Art. 14 ND BE.

Fn 253 - Besagt der Beurkundungsvermerk jedoch, die Urkundsperson habe "unmittelbar nach" erfolgter Beisetzung der Parteiunterschriften selber ebenfalls unterzeichnet, so liegt bei späterer Beisetzung der Notarunterschrift eine Unwahrheit des notariellen Zeugnisses vor, welche unter dem Gesichtswinkel von Art. 317 StGB relevant sein kann. Vgl. einen solchen Fall im BGE vom 12.3.1976, RVJ 1976 S. 397-404 (E. 2c, S. 402), wo die Worte "aussitôt avec" ("gleichzeitig mit") bei tatsächlich nachträglicher notarieller Unterzeichnung als Falschbeurkundung qualifiziert und mit 7 Monaten Gefängnis geahndet wurde.

Fn 254 - Zu den Begriffen der Simultan- und der Sukzessivbeurkundung vgl. Ziff. 2062 ff.

****§. 559****

geboten, weil bei einer längeren Zwischenzeit die Wahrscheinlichkeit grösser wird, dass die Urkundsperson unterzeichnungsunfähig wird. In einem solchen Falle müsste die Beurkundung wiederholt werden (und käme, wegen Sinneswandels oder Ableben einzelner Vertragsparteien, vielleicht nicht mehr zustande). Stellvertretende Unterzeichnung durch eine andere Urkundsperson oder eine Hilfsperson der ursprünglich amtierenden ist nicht möglich.

4. Umgang mit Urkunden-Beilagen während des Beurkundungsvorgangs

1967 - Alle Dokumente, die der öffentlichen Urkunde als erklärergänzende²⁵⁵ Beilagen mit Schnur und Siegel beigefügt werden, müssen den Erklärenden und der Urkundsperson während des Beurkundungsvorganges vorliegen und bei Bedarf eingesehen werden können.

1968 - Die Urkundsperson soll das Vorhandensein solcher Dokumente während des Beurkundungsvorgangs in der Haupturkunde bezeugen, und zwar unter Nennung des Titels und Datums der beigefügten Dokumente²⁵⁶.

1969 - Erklärergänzende Urkundenbeilagen sind während des Beurkundungsvorganges gemeinsam mit den Erklärenden summarisch zu kontrollieren, um sicherzustellen, dass bezüglich der Dokumente keine Verwechslungen vorliegen und dass die Dokumente vollständig sind, insbesondere dass keine Seiten fehlen. Eine Lesung braucht nicht stattzufinden.

1970 - Auch beweisleichternde Beilagen brauchen nicht gelesen zu werden. Sie sind von der Urkundsperson auf ihre Echtheit und ihren Beweiswert summarisch zu kontrollieren; eine kriminaltechnische Echtheitskontrolle findet nicht statt.

1971 - Erläuterung: In diesem Abschnitt ist der Umgang mit den Beilagen²⁵⁷ während des Beurkundungsvorganges darzustellen. - In Ziff. 2277 ff. hienach wird erörtert, ob und wie die Beilagen zu unterzeichnen und mit der Haupturkunde zu verbinden sind.

Fn 255 - Zur Unterscheidung von erklärergänzenden und beweisleichternden Beilagen vgl. Ziff. 1363 ff.

Fn 256 - BE ND Art. 9 Abs. 3 verlangt zudem die Numerierung sämtlicher Urkunden-Beilagen.

Fn 257 - Zur rechtlichen Bedeutung der Textbeilagen vgl. Ziff. 1389 ff., zu derjenigen von Bildbeilagen (insbesondere Plänen und Planskizzen) Ziff. 1403 ff. - Zum Verhältnis von Haupturkunde zu Beilagen vgl. Ziff. 1380 ff. - Zur Pflicht, keine Dokumente mit späterem Datum einer früher datierten Haupturkunde als Beilagen beizufügen vgl. Ziff. 1413 und 1415 ff.

****S. 560****

1972 - Für den Umgang mit **erklärungsergänzenden Beilagen** während des Beurkundungsvorgangs gilt folgendes:

1973 - Inhalte, die ohne Schaden für die Gültigkeit des Geschäftes aus der Haupturkunde ausgegliedert und in Beilagen verwiesen werden können, brauchen während des Beurkundungsvorganges grundsätzlich nicht gelesen zu werden.

1974 - Jene Inhalte, die zwecks Erfüllung des Beurkundungspflichtigen des betreffenden Geschäftes im Beurkundungsvorgang gelesen werden müssen, dürfen nicht als Beilagen beigelegt, sondern müssen **vor** den Unterschriften und dem Notariatsiegel in die Haupturkunde integriert werden. Es ginge also beispielsweise nicht an, bei einem Grundstückkauf den von den Parteien bereits fest vereinbarten Preis in einer handschriftlich dokumentierten Absprache festzuhalten und dieses Dokument mit Schnur und Siegel als Beilage dem öffentlich beurkundeten Geschäft beizufügen. Steht in der notariellen Haupturkunde statt des Preises lediglich der Verweis auf die Beilage, so ist das Geschäft nicht gültig beurkundet.

1975 - Dass die erklärungsergänzenden Beilagen von den Erschienenen oder von der Urkundsperson anlässlich des Beurkundungsvorgangs unterzeichnet werden müssten²⁵⁸, kann nicht als allgemeiner beurkundungsrechtlicher Grundsatz gelten. Eine solche Unterzeichnung oder Visierung mag der Identifikation dieser Dokumente und dem Beweis dienen, dass sie anlässlich des Beurkundungsvorgangs vorhanden waren und rekapituliert worden sind; handelt es sich jedoch um Dokumente von Drittausstellern, so kann einer solchen Unterzeichnung keine Unterzeichnungswirkung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 OR zukommen.

1976 - Bezüglich der erklärungsergänzenden Beilagen gilt: Dokumente mit objektiv wesentlichen, geschäftstypischen und damit beurkundungsbedürftigen Inhalten müssen **vor** den Parteiunterschriften und **vor** der Notarunterschrift in die Haupturkunde integriert und anlässlich deren Lesung mitgelesen, d.h. beurkundet²⁵⁹ werden, dürfen also nicht bloss Beilage sein. Andernfalls leidet das beurkundete Geschäft an einem Formmangel. Andere erklärungsergänzende Dokumente, die ohne Schaden für die Formgültigkeit als bloss Beilagen angehängt werden können, brauchen überhaupt nicht beigelegt zu werden.

1977 - **Beweiserleichternde Beilagen** (Vollmachten, Handelsregisterauszüge etc.) sollen von der Urkundsperson während des Beurkundungsvorgangs summarisch kontrolliert werden, weil sich der spätere Urkundenleser darauf verlassen darf, dass die Urkundsperson nur sol-

Fn 258 - So ZH NV § 48.

Fn 259 - Zum Begriff des Mitbeurkundens von Urkunden-Beilagen vgl. Ziff. 1395.

****S. 561****

che Dokumente urkundenmässig mit der Haupturkunde verbindet, die sie selber einer **solchen summarischen Kontrolle** unterzogen hat. Die Verbindung der Beilage mit der Haupturkunde schafft den **Anschein amtlich geprüfter Ordnungsmässigkeit** auch bezüglich der Beilage. Zeifelt die Urkundsperson an der Echtheit, Aussage- oder Beweiskraft solcher Dokumente, so ist von der Beifügung abzusehen, oder es ist in der Haupturkunde ein so deutlicher Hinweis auf die notariellen Zweifel anzubringen, dass kein falscher Anschein entstehen kann.

5. Besonderheiten bei letztwilligen Geschäften

1978 - Die besonderen Verfahrensregeln bei der Beurkundung von letztwilligen Verfügungen, Erbverträgen und anderen über den Tod hinauswirkenden Rechtsgeschäften werden bei diesen Rechtsgeschäften, hinten, Ziff. 2387 ff. behandelt.

6. Umgang mit fremdsprachigen Erschienenen im Beurkundungsverfahren

1979 - *Versteht eine zu Urkund erklärende Person die Urkundensprache nicht hinreichend²⁶⁰, so ist ihr die Urkunde durch die Urkundsperson oder einen Dolmetscher in eine ihr bekannte Sprache²⁶¹ genau zu übersetzen²⁶².*

1980 - *Ein Dolmetscher soll nur beigezogen werden, wenn die Urkundsperson nicht selber die Übersetzungsarbeit zu leisten vermag²⁶³ oder wenn die fremdsprachige Person es verlangt²⁶⁴.*

Fn 260 - Vom Sprachverständnis der Erklärenden soll sich die Urkundsperson schon vor dem Beurkundungsvorgang vergewissern; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 150, N 3 zu Art. 12 ND BE.

Fn 261 - Dies braucht nicht die Muttersprache der betreffenden Person zu sein; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 150, N 4 zu Art. 12 ND BE.

Fn 262 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 52, N 191; in gleichem Sinne BE ND Art. 12 Abs. 1; ähnlich BS EGZGB § 238.

Fn 263 - So GL EGZGB Art. 22 Abs. 2: "Kann der Beamte nicht selbst die Übersetzung vornehmen, so muss ein Übersetzer beigezogen werden."

Fn 264 - ZH EGZGB § 242 Abs. 1 und NV § 32 Abs. 1; vgl. auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 151, N 6 zu Art. 12 ND BE. Auch wenn die Urkundsperson die Fremdsprache zu beherrschen glaubt, hat die der Urkundensprache nicht mächtige Person einen Anspruch darauf, die Übersetzungsarbeit durch einen Dolmetscher leisten zu lassen.

****S. 562****

1981 - *Ist kein Dolmetscher vorhanden, welcher diese Verständigungshilfe zu leisten vermag, so kann die fremdsprachige Person ihre Erklärungen nicht bei der betreffenden Urkundsperson öffentlich beurkunden²⁶⁵.*

1982 - *Wird ein Dolmetscher beigezogen, so ist die Urkundsperson für dessen Auswahl²⁶⁶, Instruktion und Überwachung verantwortlich. Die Urkundsperson hat den Dolmetscher anzuweisen, welche Äusserungen der fremdsprachigen Erschienenen er der Urkundsperson zu übersetzen und welche Fragen er an die Erschienenen zu stellen hat.*

1983 - *Die Kenntnisgabe des Urkundeninhaltes unter Beizug eines Dolmetschers kann auf zwei Arten, welche beide unter den Rechtsbegriff der Vorlesung, nicht unter denjenigen der Selbstlesung fallen, erfolgen:*

1984 - (a) *Die Urkundsperson liest die Urkunde Satz für Satz vor; der Dolmetscher übersetzt Satz für Satz. Jeder Satz der Urkunde wird bei diesem Vorgehen zweimal gesprochen, einmal durch die Urkundsperson in der Urkundensprache, unmittelbar anschliessend durch den Dolmetscher in der Zweitsprache²⁶⁷.*

1985 - (b) *Der Dolmetscher erstellt vor dem Beurkundungsvorgang aufgrund des Urkundenentwurfs eine schriftliche Übersetzung. Anlässlich des Beurkundungsvorgangs liest zuerst die Urkundsperson die Urkunde in der Urkundensprache vor. Alsdann liest der Dolmetscher die vorbereitete, schriftliche Übersetzung vor²⁶⁸. Bei diesem Verfahren sollen Urkundsperson und fremdsprachige Klientschaft der Vorlesung des Dolmetschers anhand von Fotokopien folgen, um zu kontrollieren, dass der Dolmetscher seinen Text vollständig, und dass er nur diesen Text vorliest, und es soll dieser Text der Urkunde als Beilage beigelegt werden, um die spätere Kontrollierbar-*

*keit der Übersetzung durch unabhängige Dritte zu gewährleisten. In diesem Fall entsteht eine zweisprachige Urkunde*²⁶⁹.

1986 - *Der Dolmetscher hat nach erfolgter Übersetzung die fremdsprachige Person zu fragen, ob sie den Urkundeninhalt verstanden habe und ob sie ihm zustimme. Bejaht die fremdsprachige Person dies, so hat der Dolmetscher anschliessend gegenüber der Urkundsperson zu erklären, dass die fremdsprachige Person durch ihn Kenntnis vom Urkundeninhalt erhalten und ihre*

Fn 265 - Zwar gilt das Postulat, dass die öffentliche Beurkundung grundsätzlich jedermann offenstehen muss; vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 52, N 191. Aber solange die sprachliche Verständigung zwischen Urkundsperson und Klientschaft nicht möglich ist, ist aus diesem faktischen Grund die Vornahme der Beurkundung nicht möglich.

Fn 266 - Für die Qualifikation des Dolmetschers und die Ausstandsregeln wird auf Ziff. 373 verwiesen.

Fn 267 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 151, N 6a zu Art. 12 ND BE.

Fn 268 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 151, N 6b zu Art. 12 ND BE.

Fn 269 - Vgl. hierzu Ziff. 1291 ff.

****§. 563****

*Zustimmung erklärt hat*²⁷⁰. *Wird ausnahmsweise ein Dolmetscher beigezogen, obwohl die Urkundsperson die Fremdsprache versteht, so kann die Urkundsperson auch selber die Frage nach Verständnis und Zustimmung stellen und die Antwort darauf direkt zur Kenntnis nehmen*²⁷¹.

1987 - *Sind von mehreren Vertragsparteien nur einzelne auf Übersetzungshilfe angewiesen, so erheischt die notarielle Unparteilichkeitspflicht, dass der Dolmetscher bereits für die Vorbereitung des Geschäftes beigezogen wird. Es ginge nicht an, dass sie die Urkundsperson einseitig von jenen Vertragsparteien instruieren liesse, mit welchen sie sich direkt verständigen kann, und den Dolmetscher lediglich zur Übersetzung der fertig ausformulierten Urkunde anlässlich des Beurkundungsvorganges beizöge.*

1988 - **Erläuterung:** Zu den Voraussetzungen fremdsprachiger Beurkundungen vgl. oben, Ziff. 1281 ff.; zum Erfordernis eines Dolmetscherprotokolls vgl. Ziff. 2250 ff.

1989 - Die kantonalen Beurkundungsgesetze postulieren in der Regel das Erfordernis des Beizugs von Dolmetschern, lassen aber die Frage ungerichtet, ob diese Beiziehung eine Amtspflicht der Urkundsperson oder eine Obliegenheit der Klientschaft ist. Die Frage ist dahingehend zu beantworten, dass es sich um eine Amtspflicht der Urkundsperson handelt²⁷², die jedoch nur in den Schranken des Zumutbaren wahrgenommen zu werden braucht und die mit Zustimmung der Klientschaft an diese selber delegiert werden darf. Aus der durch Art. 55 SchlT ZGB den Kantonen auferlegten Pflicht, die Möglichkeit fremdsprachiger Beurkundungen zu schaffen, ergibt sich die Pflicht der Urkundspersonen, für Dolmetscher zu sorgen, wo solche nötig sind.

1990 - Hieraus folgt die Pflicht der Urkundsperson, beim Beizug von Dolmetschern die gehörige Sorgfalt bei der Auswahl, Instruktion²⁷³ und Überwachung walten zu lassen. Blosser Belehrung, wie sie den zu Urkund Erklärenden und den Beurkundungszeugen zu erteilen ist, genügt nicht. Die Urkundsperson hat sich zu vergewissern, dass die Dolmetscher zu ihrer Aufgabe befähigt sind²⁷⁴, und sie hat im Rahmen des Möglichen zu überwachen, dass sie ihre Aufgabe ernsthaft und zuverlässig erfüllen²⁷⁵. Werden Angestellte der Urkundsperson für die Verständigungshilfe beigezogen, so ergibt sich die Weisungs- und

Fn 270 - So BE ND Art. 12 Abs. 1.

Fn 271 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 151, N 6 zu Art. 12 ND BE.

Fn 272 - Für notarielle Amtspflicht sprechen sich aus ZH EGZGB § 242 Abs. 1, GR NV Art. 38 Abs. 1.

Fn 273 - So BE ND Art. 12 Abs. 5.

Fn 274 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 128, N 7 zu Art. 1 ND BE; die Kontrolle bezieht sich auf die fachliche Kompetenz des Dolmetschers, jedoch nur im Rahmen dessen, was für die Urkundsperson erkennbar ist.

Fn 275 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 128, N 5 zu Art. 1 ND BE, leitet diese Pflicht aus der notariellen Interessewahrungspflicht ab.

****§. 564****

Überwachungskompetenz aus dem Arbeitsverhältnis²⁷⁶. Die Mitwirkung unfähiger oder ungenau arbeitender Dolmetscher hindert nicht das Zustandekommen der öffentlichen Urkunde²⁷⁷.

1991 - Ist die zu erstellende Urkunde oder deren Ausfertigung für den Rechtsverkehr in der Schweiz bestimmt, so ist in der Regel die Verwendung einer schweizerischen Landessprache, meist diejenige am Amtssitz der Urkundsperson, geboten. Versteht eine zu Urkund erklärende Person die Urkundensprache nicht hinreichend, kann sich aber die Urkundsperson in einer dieser Person verständlichen Sprache ausdrücken, so tritt die fortlaufende mündliche Übersetzung des Urkundenentwurfs an die Stelle der wörtlichen Vorlesung. Im Beurkundungsvermerk ist dies zum Ausdruck zu bringen²⁷⁸.

1992 - Bei fremdsprachigen Erschienenen ergeben sich keine besonderen Probleme, wenn sämtliche Erklärenden und die Urkundsperson gemeinsam die Fremdsprache so weit beherrschen, dass sie zur Urkundensprache gemacht werden und dass die nötige Kommunikation insgesamt in dieser Sprache erfolgen kann.

1993 - Können sich eine erschienene Person und die Urkundsperson nicht in einer gemeinsam beherrschten Sprache miteinander verbal verständigen, so ist ein Dolmetscher beizuziehen, und es muss die Urkunde in einer **von der Urkundsperson und vom Dolmetscher gemeinsam verstandenen Sprache**, oder sie muss als zweisprachige Urkunde abgefasst sein; dies Erfordernis ergibt sich aus der Pflicht der Urkundsperson, in der Urkunde zu bezeugen, dass die Erklärenden den (vom der Urkundsperson aus eigener, unmittelbarer Wahrnehmung verstandenen) Urkundeninhalt zur Kenntnis erhalten und genehmigt (d.h. als Geschäftsinhalt gewollt) haben.

1994 - Als allgemeine Ordnungsregel muss gelten, dass die Dolmetscher die Erbringung ihres Dienstes nach bestem Wissen und Gewissen in der öffentlichen Urkunde selber zu Protokoll erklären, d.h. dass sie ein **Dolmetscherprotokoll**²⁷⁹ unterzeichnen oder mindestens eine privatschriftliche Dolmetschererklärung abgeben.

Fn 276 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 86, N 10 zu Art. 30 NG BE, zählt auch die Mitarbeiter der Urkundsperson zu den Belehrungsadressaten. Dies entspricht NG BE Art. 31 Abs. 2. - Richtigerweise wird man diese Art der Belehrung als Ausfluss der jedem arbeitsvertraglichen oder beamtenrechtlichen Vorgesetzten obliegenden cura in instruendo qualifizieren und sie abgrenzen von der spezifisch beurkundungsrechtlichen Belehrungspflicht gegenüber Personen, für welche die Urkundsperson keine Vorgesetztenstellung hat.

Fn 277 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 128, N 5 zu Art. 1 ND BE.

Fn 278 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 151, N 5 zu Art. 12 ND BE.

Fn 279 - Vgl. hiezu hinten, Ziff. 2250 ff.

****§. 565****

7. Umgang mit Hörbehinderten und Sprechbehinderten (Taube, Stumme, Taubstumme)

1995 - *Bei Hörbehinderten und Sprechbehinderten sind Instruktion und Beratung²⁸⁰ erschwert; die Verständigung mit der Urkundsperson erfolgt anlässlich der Vorbereitung der Beurkundung auf dem Korrespondenzweg oder durch einen Austausch von Gesprächsnotizen von Hand zu Hand.*

1996 - Die Urkundsperson hat, wenn von mehreren Verfahrensbeteiligten nur einzelne behindert sind, trotzdem die Instruktion unparteilich von allen gemeinsam entgegenzunehmen, die Belehrungspflicht gegenüber allen gleichermassen zu erfüllen, und sie hat im Rahmen des Möglichen dafür zu sorgen, dass die Behinderten in der öffentlichen Urkunde mit ihrem wirklichen Willen und Wissen, vollständig und richtig, zu Worte kommen.

1997 - Der Beurkundungsvorgang ist bei den Hörbehinderten im Verfahren der stillen Selbstlesung²⁸¹ durchzuführen. Bei Sprechbehinderten ist die Vorlesung möglich und demgemäss durchzuführen, wo das kantonale Recht den Grundsatz der Vorlesung kennt²⁸².

1998 - Die hör- und sprechbehinderten Personen äussern die Genehmigung des Urkundeninhalts durch die Unterzeichnung der Urkunde.

1999 - Wenn die direkte Verständigung der Urkundsperson mit solchen Erschienenen wegen weiterer Behinderungen nicht möglich oder mit unzumutbarem Aufwand verbunden ist, muss ein Taubstummens-Übersetzer als Dolmetscher²⁸³ beigezogen werden²⁸⁴.

2000 - Ist die Verständigung weder direkt noch durch den Beizug eines solchen Dolmetschers möglich, so kann die behinderte Person an der Errichtung einer öffentlichen Urkunde vor der betreffenden Urkundsperson nicht selber mitwirken; an ihrer Stelle kann das beurkundungsbedürftige Geschäft durch einen gesetzlichen Vertreter abgeschlossen werden²⁸⁵.

2001 - Bezüglich der beurkundungsrechtlichen Rechtsstellung des Taubstummens-Dolmetschers, der Sorgfaltspflicht der Urkundsperson bei dessen Aus-

Fn 280 - Zur notariellen Beratung vgl. Ziff. 1783 ff.

Fn 281 - So BE ND Art. 12 Abs. 2; zum Verfahren der stillen Selbstlesung vgl. vorn, Ziff. 1907 ff.

Fn 282 - So BE ND Art. 12 Abs. 1.

Fn 283 - Diese werden in der vorliegenden Darstellung jeweils vom Begriff des Dolmetschers mitumfasst; die Tätigkeit des Taubstummens-Übersetzers ist beurkundungsrechtlich gleich zu würdigen wie diejenige eines Fremdsprachen-Übersetzers.

Fn 284 - Vgl. BE ND Art. 12 Abs. 3 und 4 (die Taubstummens-Dolmetscher werden hier als Sachverständige bezeichnet); MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 151, N 9 zu Art. 12 ND BE.

Fn 285 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 152, N 10 zu Art. 12 ND BE erwähnt die Möglichkeit der Verbeiständigung einer solchen Person.

****S. 566****

wahl, Instruktion und Überwachung und der vom Dolmetscher zu unterzeichnenden Erklärungen kann auf das hievorfür die Fremdsprachen-Dolmetscher Gesagte verwiesen werden.

2002 - Erläuterung: Bei den hier zu erörternden Fällen handelt es sich um Behinderungen, welche sich bei der Instruktion der Urkundsperson, bei der notariellen Belehrung und anlässlich des Beurkundungsvorgangs (bei der letztmaligen Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes unmittelbar vor seiner Inkraftsetzung) erschwerend auswirken.

2003 - Die Brücke wird hier erforderlichenfalls durch den Beizug von Taubstummens-Dolmetschern geschlagen, sofern die Urkundsperson nicht aus eigener Kenntnis der Taubstummens-Zeichensprache, oder durch einen Austausch schriftlicher Notizen, die direkte Verständigung mit den behinderten Personen herzustellen vermag.

2004 - Es ist wesentlich, die Funktion der Taubstummens-Dolmetscher von derjenigen der Beurkundungszeugen²⁸⁶ begrifflich klar zu trennen²⁸⁷. Taubstummens-Dolmetscher sind Fachleute. Ihr Beizug ist nur erforderlich, wenn die Urkundsperson selber nicht durch eigene Sprach- und Zeichenkenntnis die Kommunikationshinderung eines Erschienenen wettzumachen vermag. An die persönli-

chen Eigenschaften der Taubstumm-Dolmetscher sollten deshalb richtigerweise nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden wie an Beurkundungszeugen; namentlich sollte es nicht den Ausstandsgrund der nahen Beziehung zur Urkundsperson geben. Ist die Urkundsperson selber zum Dolmetschen befugt, so muss auch ihr Kanzleiangestellter oder ihr Ehegatte als Dolmetscher zugelassen werden, wenn gerade diese Personen über die erforderlichen Sprachkenntnisse verfügen. Auch gibt es keinen Grund, für Taubstumm-Dolmetscher Handlungsfähigkeit bzw. Volljährigkeit zu verlangen.

Fn 286 - Zur Bedeutung und Funktion der Beurkundungszeugen vgl. Ziff. 385 ff.

Fn 287 - Das EGZGB BS unterscheidet nicht zwischen Tauben und Stummen einerseits, Blinden und Fremdsprachigen andererseits, sondern fordert in § 232 für Taube, Blinde und Stumme einen weiteren Notar oder zwei Zeugen. Die Fremdsprachigen werden in § 238 in Zusammenhang mit dem Dolmetscher behandelt. Für den Dolmetscher werden die gleichen Ausstandsgründe wie für die Beurkundungszeugen des § 232 postuliert (was dann richtig ist, wenn man den Dolmetscher grundsätzlich stets auch als Beurkundungszeugen betrachtet). Nur für den Dolmetscher wird aber ausdrücklich die Mitunterzeichnung der Urkunde (das Dolmetscherprotokoll) verlangt. Dass die Beurkundungszeugen des § 232 ebenfalls ein Zeugenprotokoll unterzeichnen müssen, versteht sich jedoch. Die Basler Regelung enthält keine Vorschrift für die Analphabeten und für die Schreibunfähigen; der Basler Gesetzgeber sieht, neben der Fremdsprachigkeit eines Erschienenen, lediglich das Problem der Sprechunfähigkeit (§ 232). Dies ist eine Gesetzeslücke. Richtigerweise werden für Analphabeten und Schreibunfähige ebenfalls die Beurkundungszeugen des § 232 Abs. 1, d.h. zwei Privatpersonen oder ein fernerer Notar, verlangt.

****S. 567****

2005 - Die Verfahrensanforderungen während des Beurkundungsvorgangs können folgendermassen beschrieben werden: Bei tauben, stummen und taubstummen Erschienenen brauche, wenn die Lese- und Schreibfähigkeit vorhanden ist, keine Abweichungen vom ordentlichen Beurkundungsverfahren vorgesehen zu werden. Solche Personen können den Urkundenentwurf selber zur Kenntnis nehmen; die notarielle Erörterung des Geschäftes zwecks Kontrolle der Ernsthaftigkeit des wirklichen inneren Willens solcher Personen und die notarielle Belehrung können durch den Austausch schriftlicher Notizen erfolgen. Ein Beizug von Beurkundungszeugen ist, wo ihn kantonale Vorschriften in diesen Fällen verlangen, sinn- und zwecklos²⁸⁸; unterbleibt er vorschriftswidrig, so kann dies das Zustandekommen der Urkunde nicht hindern.

2006 - Wo kantonale Beurkundungsgesetze für die ordentliche Beurkundung das Verfahren der notariellen Vorlesung kennen, muss für Hörbehinderte eine Ausnahme vorgesehen und das stille Selbstlesen erlaubt werden²⁸⁹.

8. Umgang mit Unterzeichnungsunfähigen (Lesebehinderten und Schreibbehinderten, d.h. mit Blinden, Analphabeten, Schreibunfähige)

2007 - Vorbemerkung: Für Lese- und Schreibbehinderte können einheitliche beurkundungsrechtliche Regeln aufgestellt werden. Charakteristisch ist für diese Personen, dass sie die anlässlich der Urkundenunterzeichnung sonst mögliche Textkontrolle nicht mit eigener visueller Wahrnehmung vornehmen oder dass sie die Genehmigung des Textes nicht durch ihre identifizierende Unterschrift zum Ausdruck bringen können. Es fehlt in der fertig beurkundeten Erklärung solcher Personen mithin der sonst in jeder persönlichen Unterschrift enthaltene Beweis, dass der Unterzeichner den Urkundeninhalt selber auf die Übereinstimmung mit seinem Willen kontrollieren konnte.

Fn 288 - Einzelne kantonale Gesetzgeber übersehen den grundsätzlichen Unterschied zwischen Taubheit und Blindheit und sehen gemeinsame Verfahrensvorschriften für Taube, Blinde und Schreibunfähige vor. Dadurch entstehen Regelungen, die für einzelne Kategorien Behinderter sinnlos sind.

Fn 289 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 151, N 8 zu Art. 12 ND BE.

****S. 568****

a) Begriffliches

aa) Schreibunfähigkeit

2008 - Der Begriff der Schreibunfähigkeit umfasst jene Personen, die physisch nicht fähig sind, ihren Namenszug auf ein Papier zu setzen.

2009 - Erläuterung: Die Schreibunfähigkeit kann ihren Grund in körperlichen Gebrechen (Lähmung der Hände etc.) oder darin haben, dass eine Person nie zu schreiben gelernt hat.

bb) Unterzeichnungsunfähigkeit

2010 - Der Begriff der Unterzeichnungsunfähigkeit umfasst sowohl die schreibunfähigen Personen als auch zusätzlich jene weiteren Personen, die zwar ihren Namen auf ein Papier zu schreiben vermögen, die aber wegen Sehbehinderung, oder weil sie nie zu lesen gelernt haben, ausserstande sind, mit ihrer Unterschrift den darüberstehenden Text aufgrund eigener Textwahrnehmung inhaltlich zu meinen, ihn also mit ihrer Unterschrift im Rechtssinne abzudecken.

2011 - Erläuterung: Blinde und Analphabeten werden in der vorliegenden Arbeit beurkundungsrechtlich den Unterzeichnungsunfähigen zugerechnet, weil die Unterschriften oder Handzeichen, welche diese Personen allenfalls zu produzieren vermögen, nicht volle Unterschriftswirkung im Rechtssinne haben können. Dies bedarf der Erläuterung.

cc) Unterschriftsleistung als Inkraftsetzung

2012 - Nach herrschender Anschauung (über welche die Urkundsperson den Unterzeichner normalerweise nicht ausdrücklich zu belehren braucht) hat die Unterzeichnung eines rechtsgeschäftlichen Textes die Funktion der **Inkraftsetzung**. Mit der Unterschriftsleistung verwandelt sich eine vielleicht seit längerer Zeit bestehende und vielleicht mehrfach geäusserte Absicht in die rechtlich bindende, schriftliche Erklärungsabgabe. Die Unterschrift ist sichtbarer Ausdruck und Vollzug des Inkraftsetzungswillens; sie ist ein aus der Urkunde selber ersichtlicher, dauerhafter Beleg für den vollzogenen Inkraftsetzungsakt.

dd) Die doppelte Identifikations-Funktion der Unterschrift

2013 - Die Unterschrift ermöglicht **Identifikation** nach zwei Richtungen: Als unverwechselbar charakteristisches Handzeichen erlaubt sie, die Person des Unterzeichners zu identifizieren. Als Zeichen auf einem bestimmten Papier erlaubt sie, den vom Unterzeichner in Kraft gesetz-

****S. 569****

ten Geschäftsinhalt zu identifizieren. Die Unterschrift ist mithin beweiswirksames Bindeglied zwischen Unterzeichner und Text.

ee) Ungenügende Identifikationsfunktion der Unterschrift leseunfähiger Personen

2014 - Wenn ein Blinder unter ein von ihm nicht visuell wahrgenommenes Papier seine echte, charakteristische Unterschrift setzt, so vermag diese Unterschrift lediglich die Person des Unterzeichners zu identifizieren. Der Blinde kann aber - wegen seiner Sehbehinderung - mit der Unterschrift nicht den darüberstehenden Text "meinen" bzw. identifizieren, da er diesen Text nicht sieht. Aus diesem Grund kann der Unterschrift eines Blinden, selbst wenn er sie dort hinsetzen würde, wo ihm ein Dritter die Hand hinführt, keine volle Unterzeichnungswirkung zukommen.

2015 - Ähnliches gilt für Analphabeten. Wenn ein Analphabet statt einer Unterschrift irgend ein Handzeichen (Kreuze oder andere Symbole) auf das Papier setzt, so kann dies höchstens den Akt der von ihm vollzogenen Inkraftsetzung symbolisieren. Den Kreuzen fehlt jedoch die Identifikationsfunktion, sowohl bezüglich der sachbeteiligten Person als auch bezüglich des von ihr gemeinten Inhaltes. Solche Kreuze können ohne Schwierigkeit durch Dritte imitiert werden.

2016 - Schreibfähigkeit als persönliches Können und Unterzeichnungsfähigkeit im Rechtssinne sind verschiedene Dinge. Eine blinde Person mag fähig sein, einen Text von Hand zu schreiben und so gleich zu unterschreiben; tut sie dies, so ist der Text von der Unterschrift gedeckt. Bezüglich des soeben selber geschriebenen Textes ist die blinde Person unterzeichnungsfähig, weil sie den Text kennt und ihn mit ihrer Unterschrift im Rechtssinne "meinen", d.h. mit ihrer Unterschrift abdecken kann. Bezüglich einer von dritter Hand vorbereiteten Urkunde kann die blinde Person aus eigener Wahrnehmung dagegen keine Inhaltskenntnis erhalten - auch nicht durch das Zuhören einer Vorlesung, weil der blinden Person die Wahrnehmung fehlt, welchen Text der Vorleser vorliest -, so dass sie mit ihrer Unterschrift unter die von dritter Seite vorbereitete öffentliche Urkunde den Text nicht im Rechtssinne zu "meinen" und damit abzudecken vermag.

****S. 570****

ff) Praktische Nutzlosigkeit nicht-identifizierender Handzeichen gemäss Art. 15 OR und gemäss kantonalen Beurkundungsvorschriften

2017 - Das von Art. 15 OR zugelassene, von einzelnen Beurkundungserlassen sogar verlangte²⁹⁰ Handzeichen des Analphabeten²⁹¹ hat im Rahmen einer öffentlichen Beurkundung keinen einsehbareren Sinn. Aus Art. 15 ergibt sich für die Erklärungsabgabe im Beurkundungsverfahren kein solches Erfordernis; das notarielle Zeugnis, dass eine Vorlesung der ganzen Urkunde stattgefunden hat und dass der Analphabet seine Genehmigung erklärt hat, muss von Bundesrechts wegen als genügend betrachtet werden^{292,293}.

2018 - Blinde und Analphabeten können zwar physisch ein Handzeichen dort aufs Papier bringen, wohin die Urkundsperson ihre Hand führt; eine solche Unterschrift drückt aber keinen textbezogenen, rechtserheblichen Erklärungswillen aus. Die vom Blinden oder vom Analphabeten hingewetzten Zeichen können den Text nicht im Sinne rechtsgeschäftlicher Erklärungsabgabe abdecken²⁹⁴. Denn Blinde haben keine Möglichkeit, Analphabeten haben nicht die erforderliche Übung, selber die graphische Identität des unterzeichneten Textes mit jenem Text vergleichend zu erkennen, welcher als Basis der Vorlesung diene. Theoretisch ist denkbar, dass die Urkundsperson dem Blinden ein Dokument A anlässlich des Beurkundungsvorganges mit lauter Stim-

Fn 290 - Vgl. etwa ZH NV § 28: "Schreibunkundige haben auf der Urkunde anstelle der Unterschrift ein Handzeichen anzubringen, das als solches von der Urkundsperson besonders zu beglaubigen ist (Art. 15 OR)"; GE LN Art. 17: "Si un des comparants ne peut ou ne sait pas signer, il peut remplacer sa signature par une croix ou autre signe analogue; mention est faite de cette déclaration à cet égard à la fin de l'acte".

Fn 291 - Gemäss SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) N 25 zu Art. 14/15 OR, kann das Handzeichen irgendwelche Formen annehmen: Strich, Kreuz, geometrische Figur (BGE 45 II 138), ferner nicht schriftmässig verwendete Buchstaben und Ziffern. Gleichgültig ist, ob der Zeichnende ein bestimmtes Zeichen nur für den betreffenden Fall verwendet oder ständig.

Fn 292 - Dieses Zeugnis ist bei genauer Betrachtung das einzig Entscheidende: dass drei Kreuze von einem identifizierten Analphabeten auf ein Papier gesetzt wurden, dessen Text er nicht zu lesen vermochte, ist, im Sinne einer blossen "Beglaubigung", eine Tatsache ohne Rechtserheblichkeit. Eine moderne Beurkundungspraxis sollte von den Kreuzen und anderen Handzeichen von Analphabeten generell wegzukommen bestrebt sein.

Fn 293 - Bei den letztwilligen Geschäften ist dieses Zeugnis nicht nur genügend, sondern gemäss Art. 502 ZGB erforderlich; vgl. in diesem Sinne auch ZH NV § 131 Abs. 3.

Fn 294 - INGBORG SCHWENZER, Kommentar OR (Basel 1992) S. 130, N 7 zu Art. 15 OR, rechnet der Unterschrift des Blinden Unterschriftswirkung nur zu, wenn nachgewiesen ist, dass der Unterzeichnende den Inhalt

der Urkunde gekannt hat. Aus dem Erfordernis eines zur Unterschrift von aussen hinzutretenden Nachweises der Inhaltskenntnis ergibt sich aber die Einschränkung der Rechtswirkung der Blindenunterschrift, im Vergleich zur Unterschrift des Sehenden.

****§. 571****

me vorliest, das vorgelesene Papier für die Unterzeichnung aber gegen ein Dokument B austauscht - und dieses Dokument B anschliessend als öffentliche Urkunde siegelt.

gg) Abgrenzung von Leseunfähigkeit und Fremdsprachigkeit

2019 - Aufgrund des Gesagten ist die Frage zu beantworten, weshalb für Fremdsprachige und für Analphabeten verschiedene Verfahrensvorschriften gelten, wo doch beide die Urkunde inhaltlich nicht verstehen - die erstgenannten mangels Sprachkenntnis, die zweitgenannten mangels Schriftkenntnis.

2020 - Der Unterschied liegt darin, dass fremdsprachige, aber lesefähige und schreibgeübte Personen die Möglichkeit haben - zwar in beschränkter Masse, aber immerhin -, die Übereinstimmung des Urkundentextes mit der ihnen vorgetragenen Übersetzung zu verifizieren. Sie können sich im Urkundentext Wort für Wort in der Urkundensprache vorlesen und übersetzen lassen, sie können sich Sätze und Wörter daraus stichprobenweise übersetzen lassen, und sie können anhand der gleichen Bedeutung gleicher Worte an verschiedenen Textstellen, ferner durch Zurückgreifen auf bereits übersetzte Passagen, kontrollieren, ob echt übersetzt oder ob ein erfundener Fantasiertext als Übersetzung ausgegeben wird. - Diese Kontrollmöglichkeit²⁹⁵, nicht die tatsächlich ausgeübte Kontrolle, ist entscheidend. Das Vorhandensein der blossen Lese-Möglichkeit genügt bekanntlich auch für die gültige Unterschriftswirkung der privatschriftlich unterzeichneten, ungelesenen Urkunde. Ob der Unterzeichner den unterzeichneten Textinhalt tatsächlich zur Kenntnis genommen hat und bewusst "meint", kann im Rechtsverkehr - da letztlich meist unbeweisbar - aus praktischen Gründen und im Interesse des Vertrauensschutzes keine Rolle spielen. - Aus dem gleichen Grund ist im Verfahren der öffentlichen Beurkundung ein grundsätzlicher Verfahrensunterschied zu machen, wenn die Erschienenen den von der Urkundsperson mit lauter Stimme vorgelesenen Urkundentext selber kontrollieren **können** und wenn sie dies (wegen Sehbehinderung oder Analphabetismus) nicht können. Nicht die tatsächliche Vornahme der Textkontrolle durch die Vorlesungszuhörer, sondern die Möglichkeit bzw. Unmöglichkeit solcher Textkon-

Fn 295 - Die verschiedene Schutzbedürftigkeit kann nachempfunden werden, wenn man sich die eigene Teilnahme an einem Beurkundungsverfahren in Japan oder in Schweden vorstellt. Der Durchschnittsschweizer versteht in Japan die Schrift nicht, ist dort also Analphabet, wogegen er in Schweden lediglich die Sprache nicht versteht, aber der Urkundenvorlesung und der Übersetzung im Text zu folgen vermag. Die Situation des Analphabetismus ruft nach Schutzvorkehrungen, die bei blosser Fremdsprachigkeit nicht gleichermassen nötig sind.

****§. 572****

trolle begründet die besonderen Schutzvorkehrungen für Blinde und Analphabeten.

hh) Vermeidung des Begriffs des "ausserordentlichen Verfahrens"

2021 - In der vorliegenden Darstellung wird der Umgang mit kommunikationsbehinderten Personen im Beurkundungsverfahren als eine Modifikation des Verfahrens qualifiziert, nicht jedoch begrifflich als "Ausserordentliches Verfahren"²⁹⁶ verselbständigt. Eine solche Verselbständigung mag davon ablenken, dass auch diese Beurkundungen zu öffentlichen Urkunden im üblichen Sinne des Wortes führen. Die Beurkundungen mit Kommunikationsbehinderten stellen keinen Regelungskomplex "à part" dar, der eigenen Grundsätzen untersteht, sondern sie sind ein Teil des Beurkundungsrechts und haben den gleichen normativen Wertungen, den gleichen Kriterien von Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung gerecht zu werden, welche die Verfahrensregelung für jedes

Beurkundungsverfahren bestimmen. Insofern beleuchten die Verfahrensregeln für den Umgang mit Kommunikationsbehinderten sinnfällig die allgemeinen beurkundungsrechtlichen Institutionen und tragen zu deren richtiger Interpretation bei.

b) Notarielle Vorlesung, nicht stille Selbstlesung

2022 - Bei Lesebehinderung muss, bei Schreibbehinderung soll die Urkundsperson die Erklärung dem Erklärenden vorlesen, und zwar richtigerweise in Anwesenheit von zwei Zeugen²⁹⁷, worauf der Erklärende gegenüber der Urkundsperson und den beiden Zeugen sinngemäss zu erklären hat, die vorgelesene Urkunde enthalte seinen Willen, den er hiermit beurkunden lassen wolle.

2023 - Erläuterung: Als Ordnungsregel muss gelten, dass bei Nicht-Unterzeichnung der Urkunde seitens einer zu Urkund erklärenden Person **die Urkunde in jedem Falle im Beisein der Beurkundungszeugen vorgelesen, nicht still selbst gelesen** werden soll. Die Vorlesung, bei welcher die Beurkundungszeugen anwesend sind, prägt sich der

Fn 296 - Vgl. diesen Begriff in Art. 12 ND BE; § 47 BeurkG LU.

Fn 297 - Auf das Erfordernis zweier Zeugen weist GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 95, hin. Wo das kantonale Recht keinen Beizug von Drittpersonen in Zeugenqualität verlangt (vgl. in diesem Sinne etwa ZH NV § 28), kann die Beurkundung durch Urkundsperson und Klientschaft unter vier Augen formell nicht beanstandet werden; jedoch ist auch in diesen Kantonen der Beizug von Beurkundungszeugen, praeter legem, grundsätzlich empfehlenswert. GL EGZGB Art. 21 Abs. 4: Unterzeichnungsunfähige **ohne** Beurkundungszeugen.

****S. 573****

erklärenden Person und den Zeugen besser ein als eine stille Selbstlesung, die bei alten und kranken Personen bei einem Zustand verminderter Wachheit nicht unbedingt die von Beurkundungsrechts wegen angestrebte Bewusstmachung gewährleistet. Das Risiko der unredlichen Unterschiebung einer von Fremdinteressen beeinflussten Urkunde, insbesondere einer vom Begünstigten inspirierten letztwilligen Verfügung²⁹⁸, Schenkungsurkunde oder Bürgschaft, wächst, wenn still gelesen wird (bzw. wenn stille Selbstlesung als Verfahrensform zulässig ist) und wenn im konkreten Falle die Zeugen nur zum Schluss beigezogen werden, um dem konkludenten Kopfnicken oder dem hingehauchten "Ja" eines Kranken beizuwohnen, welchem die Urkunde vor die Augen gehalten wurde und welcher nichts anderes wünscht, als wieder in Ruhe gelassen zu werden.

2024 - Die in den Art. 184 und 512 Abs. 2 ZGB verlangte Unterzeichnung von Ehe- und Erbverträgen darf nicht wörtlich interpretiert werden²⁹⁹. Liegt in diesen Fällen eine Lese- oder Schreibunfähigkeit vor, so tritt das Inkraftsetzungsverfahren gemäss Art. 15 OR³⁰⁰, welches seinerseits auf die beurkundungsrechtlichen Regeln für die Erklärungsabgabe von Kommunikationsbehinderten zurückverweist, an die Stelle der eigenhändigen Unterschrift .

c) Mindestanforderungen an die Genehmigungserklärung

2025 - Nach erfolgter Vorlesung soll die Urkundsperson die ausdrückliche Frage³⁰¹ stellen, ob die erschienene Person das Geschäft genehmige. Auf diese Frage muss - als Mindestanforderung für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes - ein für die Urkundsperson und die Beurkundungszeugen äusserlich wahrnehmbares, unmissverständliches Genehmigungsverhalten - verbale Bejahung oder Kopfnicken oder eine gleichbedeutende Bewegung³⁰² - folgen³⁰³.

Fn 298 - Hier ist das Erfordernis der Vorlesung im Falle der Nicht-Unterzeichnung aus Art. 502 ZGB abzuleiten.

Fn 299 - Auch bei der Gründung der Aktiengesellschaft darf die Mitwirkungsfähigkeit eines Gründers nicht von seiner Fähigkeit abhängen, das Gründungsprotokoll zu unterzeichnen. Vgl. hinten, Ziff. 2963 ff.

Fn 300 - Vgl. in diesem Sinne HEINZ HAUSHEER, Kritisches zu den "Kritischen Bemerkungen zum Entwurf des Bundesrates für eine Revision des Eherechts", ZBGR 61 (1980) S. 65 ff.

Fn 301 - Zu dieser Fragepflicht vgl. HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 219, N 17 zu § 13.

Fn 302 - BE ND Art. 12 Abs. 4 verlangt eine "ausdrückliche Erklärung"; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 152, N 11 zu Art. 12 ND BE vertritt die Auffassung, blosses Nicken auf eine gestellte Frage genüge nicht; nach MARTIS Auffassung wäre die Urkunde bei blossem Kopfnicken wohl nicht zustande gekommen, vgl. a.a.O. S. 153, N 15 zu

****S. 574****

2026 - Erläuterung: Auf den Wortlaut der notariellen Frage, ob genehmigt werde, kommt nichts an; es kann auch gefragt werden, ob die betreffende Person einverstanden sei, ob sie zustimme, ob das Gelesene ihrem Willen entspreche etc.

2027 - Als Reaktion der befragten Person ist blosser Passivität im Sinne konkludenten Stillschweigens ungenügend.

d) Funktion der Beurkundungszeugen

2028 - Die Funktion der Beurkundungszeugen besteht primär in der Wahrnehmung des Beurkundungsvorganges als äusserer Tatsache und damit in der faktischen Erschwerung notarieller Delinquenz (notarielle Herstellung einer Urkunde ohne das Wissen der Parteien, mit blosser Notarunterschrift), sekundär in der Beurteilung der Urteilsfähigkeit der zu Urkund erklärenden Person(en).

2029 - Erläuterung: Liesse das Beurkundungsrecht zu, dass kommunikationsbehinderte Personen im ordentlichen Verfahren - bei einseitigen Geschäften wie Bürgschafts- und Verpfändungserklärungen also unter vier Augen mit der Urkundsperson - Urkunden errichten könnten, so könnte für gewisse Urkundspersonen unter dem Einfluss von Eigeninteressen die Versuchung entstehen, den Blinden und Analphabeten die Urkunde ungenau, unvollständig oder verfälscht vorzulesen, und es könnte die Versuchung entstehen, im fingierten Namen von Schreibunfähigen Falsch-Urkunden zu erstellen, von denen der Schreibunfähige nichts weiss.

2030 - Man wird der durchschnittlichen Urkundsperson keine solche Deliktsbereitschaft unterstellen; trotzdem fehlt bei Kommunikationsbehinderungen dem Beurkundungsvorgang ein sonst vorhandenes, wichtiges Element. Das Kontrolldefizit wird in mehreren Kantonen durch die Vorschrift des Beizugs zweier Beurkundungszeugen aufgefangen.

2031 - Zum Deliktsrisiko aufseiten der Urkundsperson kommt ein Risiko ungerechtfertigter nachträglicher Bestreitung aufseiten der zu Urkund Erklärenden hinzu. Wo immer eine Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die erklärenden Personen unterbleibt,

Art. 12. Dies erscheint als zu weitgehende Strenge. Wichtiger als eine bestimmte Form der Genehmigungserklärung ist der Beizug zweier Zeugen.

Fn 303 - BS EGZGB § 237 Abs. 1 verlangt einen physischen Inkraftsetzungsakt (ein im Gesetz nicht definiertes "Handzeichen", d.h. die eigenhändige Beisetzung irgend eines graphischen Zeichens), wenn immer eine Person hierzu körperlich fähig ist, und den Beizug zweier Beurkundungszeugen nur dann, wenn die Person zur Setzung des Handzeichens unfähig ist (§ 237 Abs. 2); der Sinn dieser Regel ist nicht ersichtlich; ein Handzeichen, so etwa die legendären drei Kreuze, ist bezüglich Individualisierungskraft und Fälschungssicherheit so schlecht wie kein Handzeichen.

****S. 575****

muss - etwa im Falle späterer Vertragsreue - mit deren späterer Einwendung gerechnet werden, diese Personen hätten die betreffende Urkunde noch nie gesehen; sie betrachteten sich durch sie nicht verpflichtet.

2032 - Mit einer solchen Bestreitung ist implizit der Fälschungsvorwurf gegenüber der Urkundsperson erhoben. In der zivil- und strafrechtlichen Abklärung, ob die Urkundsperson eine von den angeblich Erklärenden nie gesehene Urkunde deliktisch hergestellt hat oder ob die schreibunfähige Person zu Unrecht ihre frühere Mitwirkung an dem Beurkundungsverfahren bestreitet, stehen Aussage gegen Aussage, und es kann in einer solchen prozessualen Konstellation der notariellen Aussage kein höherer Beweiswert zukommen als der Aussage der privaten Prozesspartei³⁰⁴; insbesondere kann die Aussage der Urkundsperson in einer prozessualen Wahrheitsfindung, in welcher der Vorwurf kriminellen Verhaltens der Urkundsperson zur Beurteilung ansteht, nicht öffentlichen Glauben geniessen.

2033 - Das beurkundungsrechtliche Erfordernis von zwei Beurkundungszeugen, wann immer die zu Urkund Erklärenden nicht selber die Urkunde unterschreiben oder die Identität des unterschriebenen Textes mit dem vorgelesenen Text kontrollieren können, ist geeignet, solche spätere Beweisschwierigkeiten zu vermeiden. Einer später leugnenden sachbeteiligten Person wird die Aussage nicht nur der Urkundsperson, sondern zusätzlich auch der Beurkundungszeugen entgegengesetzt.

2034 - Auch wo das kantonale Recht keine diesbezüglichen Vorschriften enthält, sollte dieses Zeugenerfordernis als Ordnungsregel des schweizerischen Beurkundungsrechts allgemeine Anerkennung finden, und es sollen zu solchen Beurkundungen zwei Beurkundungszeugen beigezogen werden. Die Urkunde ist von der Urkundsperson in ununterbrochener Anwesenheit dieser Zeugen vorzulesen³⁰⁵.

Fn 304 - Vgl. in diesem Sinne die Bestimmung von Art. 1319 Abs. 2 CCfr.: "En cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation."

Fn 305 - Auf das in einigen kantonalen Gesetzen für den Fall der Unterzeichnungsunfähigkeit verankerte Requisite der beiden Beurkundungszeugen verweist GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 95. - Die am 1.1.1982 in Kraft getretene revidierte bernische Notariatsgesetzgebung hat das Zeugenerfordernis für diese Fälle abgeschafft, "weil ihre Mitwirkung kaum geeignet ist, die Qualität der Beurkundung zusätzlich zu heben"; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 128, N 1 zu Art. 1 ND BE; BS EGZGB § 232 differenziert nicht zwischen Unterzeichnungsunfähigen und anderen Behinderten und verlangt, als Ordnungsvorschrift, für alle Fälle von Behinderung wahlweise den Beizug von zwei Beurkundungszeugen oder einen zweiten Notar.

****S. 576****

e) Anwesenheit der Beurkundungszeugen schon während der Vorlesung

2035 - *Die Beurkundungszeugen haben bei der Beurkundung der Erklärungen von Blinden und Analphabeten während der ganzen Vorlesung anwesend zu sein. Bei Lesefähigen (z.B. bei Erschienenen mit bandagierten Händen) ist diese Anwesenheit der Beurkundungszeugen immer dann empfehlenswert, wenn die (hier empfohlene) Vorlesung, nicht bloss stille Selbstlesung stattfindet.*

2036 - **Erläuterung:** Angesichts der Unfähigkeit solcher Personen, die Urkunde zu unterzeichnen, oder (im Falle schreibfähiger Blinder) mit der Unterzeichnung den selber visuell erfassten, über der Unterschrift stehenden Text bewusst zu "meinen", muss der von ihnen ausgehende Akt der Inkraftsetzung in anderer Weise als durch die blossе Unterschriftsleistung erkennbar gemacht werden.

e) Inhalt der Zeugenerklärung

2037 - In der Zeugenerklärung haben die Zeugen zu erklären und mit ihrer Unterschrift zu bekräftigen,

(a) dass die den leseunfähigen Personen vorgelesene Urkunde mit der von den Zeugen und der Urkundsperson anschliessend unterzeichneten Urkunde identisch ist (in der Zeugenerklärung ist demgemäss etwa zu formulieren, "diese" [nämlich die von den Zeugen mitunterzeichnete] Urkunde sei den leseunfähigen Personen in Anwesenheit der Zeugen vorgelesen worden³⁰⁶);

2038 - (b) dass die zu Urkund erklärenden Personen nach erfolgter Vorlesung in Anwesenheit der Zeugen erklärt hätten, die vorgelesene Urkunde enthalte ihren Willen³⁰⁷.

Fn 306 - Unüblich und unnötig ist die Kontrolle seitens der Zeugen, dass die Urkundsperson die Urkunde fehlerlos und vollständig vorliest. Die Beurkundungszeugen müssen bei Blinden so wenig wie in anderen Fällen mit Lesekopien bedient werden; sie müssen auch nicht der Urkundsperson während der Vorlesung kontrollierend über die Schulter schauen oder gar die einzelnen vorgelesenen Seiten zum Zeichen erfolgter Lesekontrolle anschliessend visieren. Wäre eine Kontrolle der korrekten notariellen Vorlesung bei der Beurkundung von Erklärungen Blinder erforderlich, so wäre sie bei jeder notariellen Vorlesung erforderlich und sie müsste sich bis zur Siegelung der Urkunde ausdehnen; denn wenn der Urkundsperson deliktisches Verhalten während der Vorlesung zugetraut würde, so müsste ihr auch das Auswechseln von Blättern nach Weggang der Klientschaft und der Zeugen, unmittelbar vor der Siegelung, zugetraut werden.

Fn 307 - Beispiel einer Zeugenerklärung bei Blinden: "Wir bezeugen hiermit mit unserer Unterschrift, dass die Urkundsperson NN die vorstehende Urkunde in unserer Gegenwart Frau X.Y., die uns von der Urkundsperson vorgestellt worden ist, vorgelesen hat, und dass Frau X.Y. hierauf erklärt hat, der vorgelesene Kaufvertrag enthalte ihren Willen."

****S. 577****

2039 - Werden die Zeugen im Falle von Schreibunfähigkeit (z.B. von Personen mit bandagierten Händen) nur während der Genehmigungserklärung beigezogen, so haben sie im Zeugenprotokoll nur die zweite von den oben genannten Erklärungen abzugeben.

2040 - Erläuterung: Die richtige Formulierung der Zeugenerklärung fällt in den Verantwortungsbereich der Urkundsperson; aus der vorbereiteten Zeugenerklärung ersehen die Zeugen, worauf sie während ihrer Anwesenheit zu achten haben, um anschliessend vorbehaltlos unterzeichnen zu können.

f) Grundangabe für die unterschriftslose Beurkundung im Beurkundungsvermerk

2041 - Jede Abweichung von der unterschriftlichen Inkraftsetzung einer öffentlich beurkundeten individuellen Erklärung ist in der Urkunde zu erwähnen und zu begründen³⁰⁸. Haben schreibfähige Parteien, ohne solche Erwähnung und Begründung des besonderen Vorgehens, nicht unterschrieben, dann ist davon auszugehen, dass sie nicht unterschreiben wollten, d.h. dass sie ihre Unterschrift verweigert haben und damit ihre Ablehnung des Geschäftsinhaltes zum Ausdruck brachten. Dies muss zur Nichtigkeit der Urkunde führen, wenn nicht eine andere Ursache für das Fehlen der Unterschrift nachgewiesen werden kann.

2042 - Erläuterung: Mit der urkundlichen Begründung der Nicht-Unterzeichnung wird die Rechtmässigkeit des notariellen Vorgehens bis zu einem gewissen Grade überprüfbar gemacht. Die Urkundsperson wird nicht Blindheit oder Lähmung einer Person als Grund für deren fehlende Unterschrift in die Urkunde hineinschreiben, wenn solche Angaben nicht der Wahrheit entsprechen³⁰⁹.

g) Unzulässige Urkundenherstellung in Blindenschrift

2043 - Die Herstellung öffentlicher Urkunden in Blindenschrift ist unzulässig. Es entsteht keine öffentliche Urkunde.

2044 - Erläuterung: Da sich die Urkundsperson stets zu dem (von ihr verstandenen) Inhalt der geschriebenen Urkunde in ihrem Zeugnis zu äussern hat, muss ihr auch verwehrt sein, Urkunden in einer (für sie unlesbaren) Blindenschrift zu errichten. Öffentliche Urkunden in Blindenschrift sind auch deshalb abzulehnen, weil sie ihren Zweck als Verständigungsmittel im Rechtsverkehr mit Dritten nicht zu erfüllen vermögen.

Fn 308 - Vgl. in diesem Sinne ZH NV § 28 Abs. 2.

Fn 309 - Vgl. den Hinweis auf die notarielle Pflicht, die Unterzeichnungsunfähigkeit in der Urkunde ausdrücklich festzustellen, bei INGEBORG SCHWENZER, Kommentar OR (Basel 1992) S. 131, N 8 zu Art. 15 OR.

****S. 578****

denschrift sind auch deshalb abzulehnen, weil sie ihren Zweck als Verständigungsmittel im Rechtsverkehr mit Dritten nicht zu erfüllen vermögen.

2045 - Analog zur zweisprachigen Urkunde muss aber eine öffentliche Urkunde als zulässig gelten, wenn die darin in Blindenschrift enthaltenen Teile gleichzeitig in normaler Schrift ebenfalls vorhanden sind und wenn für den (sehenden) Urkundenleser ersichtlich ist, dass und wie sich normale Textteile und Blindenschriftteile aufeinander beziehen.

9. Behinderte und Unbehinderte im gleichen Beurkundungsvorgang

2046 - Ist der Beurkundungsvorgang gleichzeitig mit behinderten (im vorgenannten Sinne) und mit unbehinderten Personen durchzuführen so müssen zusätzlich zu den besonderen Vorkehrungen für die Behinderten die Vorschriften des ordentlichen Verfahrens für die unbehinderten Beteiligten eingehalten werden. Verlangt das kantonale Recht für letztere die notarielle Vorlesung und ist nur die eine Vertragspartei hörbehindert, so hat die Urkundsperson der einen Partei den Akt vorzulesen und der andern Partei - vorher oder nachher³¹⁰ - Gelegenheit zum stillen Selbstlesen zu geben. Anschliessend unterschreiben alle Schreibfähigen unverzüglich nacheinander.

10. Einheit des Beurkundungsvorganges (unitas actus)

2047 - Der Beurkundungsvorgang hat von Anfang bis Ende als eine verfahrensmässige Einheit durchgeführt zu werden, d.h. in einem Zug (ohne wesentliche Unterbrechung) unter gleichzeitiger Anwesenheit aller Beteiligten am gleichen Ort³¹¹. Die Regel erfasst die zu Urkund erklärenden Personen, die

Fn 310 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 152, N 14 zu Art. 12 ND BE, empfiehlt - ohne nähere Begründung für diese Reihenfolge - zuerst das Verfahren mit den unbehinderten Erschienenen, anschliessend dasjenige mit den Behinderten durchzuführen.

Fn 311 - Vgl. JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (3); derselbe, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 53, N 194, mit Verweis auf HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter

****S. 579****

Urkundsperson, gegebenenfalls die Dolmetscher³¹² und jene Beurkundungszeugen, welche im Falle von leseunfähigen oder schreibunfähigen Erklärenden oder bei letztwilligen Geschäften gemäss Art. 502 ZGB beigezogen werden³¹³. Die als Einheit vorzunehmenden Tätigkeiten umfassen zwingend, d.h. bei der Rechtsfolge der Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde im Unterlassungsfalle, die Lesung, Genehmigung und Unterschriftsleistung der zu Urkund Erklärenden. Sie umfassen im Sinne einer blossen Ordnungsvorschrift auch die Beisetzung des notariellen

Beurkundungsvermerks, der Notarunterschrift³¹⁴ und allfälliger Zeugen- und Dolmetschererklärungen.

2048 - Können bei der Urkundenbereinigung einzelne Punkte nicht sogleich erledigt werden, weil die Konsensfindung Mühe bereitet³¹⁵, oder zögert eine Partei bei einem Mehrparteiegeschäft, ihre Unterschrift beizusetzen, so soll die Urkundsperson den Beurkundungsvorgang abbrechen.

2049 - Vorbehalten bleibt die Sukzessivbeurkundung aus wichtigen Gründen³¹⁶.

2050 - Erläuterung: Zu den bundesrechtlichen Bedingungen für die Entstehung der öffentlichen Urkunde³¹⁷ gehört im Falle der Beurkundung individueller Erklärungen die Einheit des Beurkundungsvorganges. In manchen kantonalen Beurkundungserlassen ist dieses Erfordernis ausdrücklich verankert³¹⁸, aber es gilt auch in jenen Kantonen, in denen dies nicht der Fall ist³¹⁹.

Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (276), MARTI, Das Hauptverfahren im schweizerischen Notariatsprozess, ZBGR 64 (1983) S. 321 (329), JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930 S. 60. - Vgl. auch ZH EGZGB § 241 und NV § 31. - Zum Fehlen eines bundesgerichtlichen Entscheides vgl. Ziff. 8 ff.

Fn 312 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 157, N 5 zu Art. 14 ND BE.

Fn 313 - Liest und unterschreibt eine zu Urkund erklärende Person selber, so brauchen die gemäss Art. 501 und 512 Abs. 2 erforderlichen Zeugen nur der Genehmigung und Unterzeichnung beizuwohnen; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 157, N 5 zu Art. 14 ND BE.

Fn 314 - So Urteil des Kassationsgerichtes SG vom 7.12.1979, SGGVP 1979 (19) S. 41. Hier wurde die Beisetzung des Beurkundungsvermerks und der Notarunterschrift nach Weggang der Vertragsparteien als Verletzung einer blossen Ordnungsvorschrift qualifiziert, jedoch mit dem Bemerkten, "es sei anzustreben, dass der Beurkundungsvermerk und die Unterschrift des Grundbuchbeamten [= des Urkundsbeamten] inskünftig ohne Verzug und in Gegenwart der Parteien auf der Urkunde angebracht werden."

Fn 315 - Vgl. hiezu Ziff. 1919 ff.

Fn 316 - Vgl. Ziff. 2062 ff.

Fn 317 - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 318 - So BE ND Art. 14.

Fn 319 - So die neuere Lehre, vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 54, N 195, mit Verweis auf HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (276), SIDLER, Komm. LU (1975) S. 94, N 2 zu § 33, JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930, S. 60 f.. - Demgegenüber erblickte die ältere Lehre im Erfordernis der Einheit des Aktes ein bloss kantonalrechtliches Requisit; vgl. JÖRG

****S. 580****

2051 - Die Einheit des Beurkundungsvorganges ist ein notwendiges Requisit, um die für die Urkundenentstehung erforderliche Anwesenheit der Beteiligten während des entscheidenden Verfahrensaktes klar abzugrenzen gegenüber verschiedenen Möglichkeiten der (unzulässigen) Abwesenheits-Beurkundung. Wäre die Einheit des Aktes nicht zwingend vorgeschrieben, dann müsste auch die Lesung von Entwurfsfragmenten in mehreren Sitzungen mit wechselnder Besetzung des Kreises der jeweils Anwesenden für die Urkundenentstehung genügen können, und es wären Kriterien zu erarbeiten, ob und in welchem Umfang sich Urkundsperson und übrige Beteiligte von Sitzung zu Sitzung durch andere Personen vertreten lassen könnten.

2052 - Einheit des Aktes bedeutet demgemäss, dass die Beteiligten in personell gleichbleibender Besetzung den Urkundenentwurf gemeinsam lesen und ihn unmittelbar anschliessend unterzeichnen. Diese gemeinsame Tätigkeit genügt den verfahrensrechtlichen Anforderungen dann, wenn sie durch keine verfahrensfremden Aktivitäten wesentlich unterbrochen oder gestört wird. Hingegen verbietet das Erfordernis der Einheit des Aktes nicht die Unterbrechung langer Lesungen durch Ru-

hepausen, Pausen für Essen, Erfrischung und nötigenfalls Schlafen. Es gibt keinen einleuchtenden Grund, den Beurkundungsvorgang zur Tortur, die Lesung zum menschenunwürdigen Herunterleiern von Texten vor den Ohren übermüdeten oder hungriger Zuhörer zu degradieren.

2053 - Die Amtspflichten der Urkundsperson müssen strenger definiert sein als die Gründe für die Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde. Die Urkundsperson soll bestrebt sein, bei kürzeren Lesungen von weniger als ca. einer Stunde Unterbrechungen - auch geringfügiger Art - insgesamt zu vermeiden, ihr Personal so zu instruieren, dass während eines Beurkundungsvorgangs niemand den Raum betritt und keine Telefonate zugeleitet werden etc.; sie soll bestrebt sein, den Beurkundungsvorgang so vorzubereiten, dass sie das Beurkundungslokal nicht verlassen muss - weder für einen Gang in die Bürobibliothek noch für einen Gang auf die Toilette - und sie soll die Beteiligten in ähnlichem Sinne vorbereiten und sie wenn möglich ununterbrochen am Tisch halten und die Lesung, Bereinigung, Genehmigung und Unterzeichnung in einem Zuge durchführen. Dies alles ist Pflicht der Urkundsperson.

2054 - Eine andere Frage ist es, welche im nachhinein bewiesenen Unterbrechungen es rechtfertigen können, die allseits unterschrieben

SCHMID, a.a.O. mit Verweis auf BRUNO SCHMIDLIN, Komm. OR (1986) N 79 zu Art. 11 OR, MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 11 zu Art. 657 ZGB, HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 31 zu Art. 657 ZGB, BECK, Berner Kommentar (1932) N 10 zu Art. 55 SchlT ZGB, LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 34 zu Art. 657 ZGB.

****S. 581****

ne Urkunde als eine nicht-entstandene öffentliche Urkunde zu qualifizieren und damit das betreffende Geschäft hinterher materiellrechtlich aus den Angeln zu heben. Hier dürfte der Richter wohl nur in ganz krassen Fällen das Verdikt der Nichtigkeit aussprechen³²⁰, nämlich dann, wenn keine zusammenhängende gemeinsame Tätigkeit eines gleichbleibenden Personenkreises mehr erkennbar ist, sondern wenn sich der Ablauf als eine Folge mehrerer Verhandlungs-, Redaktions- oder Bereinigungssitzungen darstellt, deren letzte nur noch den Austausch von Genehmigungserklärungen und die Unterzeichnung eines in früheren Sitzungen zur Kenntnis genommenen Textes umfasst.

2055 - Der innere Sinn des Einheits-Erfordernisses liegt darin, dass die Urkundsperson die unmittelbar vor der Unterzeichnung erfolgende Bewusstmachung des Urkundeninhaltes aus eigener, unmittelbarer Wahrnehmung in der Urkunde bezeugen soll. Zudem geht es um das Regelungsziel, dass die Erschienenen das Rechtsgeschäft in vollem Inhaltsbewusstsein unterschriftlich in Kraft setzen. Dies verbietet es, dass die Bewusstmachung (Lesen und Bereinigen des Geschäftsinhaltes) in einer ersten Sitzung erfolgt, die Unterzeichnung dagegen erst nach einem Unterbruch durch beurkundungsfremden Aktivitäten in einer zweiten Sitzung³²¹.

2056 - Es genügt nicht, dass die Unterzeichner früher einmal wusste, was in dem Dokument steht, welches sie heute unterschreiben: Sie müssen dieses Wissen im Zeitpunkt des Unterschreibens haben. Und gerade diese Gleichzeitigkeit des Inhaltsbewusstseins und des Inkraftsetzungsverfahrens kann in normativ typisierter Weise nur dadurch sichergestellt werden, dass in allen Beurkundungsfällen - auch in jenen Einzelfällen, in denen es tatsächlich nicht nötig wäre, weil die Parteien den Urkundeninhalt genau kennen und präsent haben - unmittelbar vor der Unterzeichnung nochmals eine Bewusstmachung (Lesung) in persönlicher Anwesenheit der Urkundsperson erfolgt.

2057 - Als **schädliche, d.h. als wesentliche Unterbrechung** hat jedes Auseinandergehen der Beurkundungsteilnehmer zum Zwecke anderweitiger Besorgungen (Besprechungen in anderer Sache etc.) zu gelten,

Fn 320 - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 75 und 96, zählt die vorschriftswidrige Unterbrechung des Verfahrens zu den Gründen für die Nichtigkeit der notariellen Amtshandlung. - Ob sämtliche von MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 158, N 11 zu Art. 14 ND BE, als schädlich qualifizierten Tatbestände das Verdikt der Nichtigkeit rechtfertigen, muss als fraglich bezeichnet werden: Unschädlich dürfte sein, wenn ein Erschienener in einem andern Gebäude das vergessene Checkheft holt, unschädlich wohl auch, wenn die Urkundsperson in einem andern Raum einen andern Klienten empfängt, während die übrigen Verfahrensbeteiligten gemeinsam auf die Fortsetzung warten.

Fn 321 - In ähnlichem Sinne verweist MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 156, N 1 zu Art. 14 ND BE, auf die Wichtigkeit, dass die Erschienenen die Übersicht über den Beurkundungsgegenstand nicht verlieren.

****§. 582****

welche die Aufmerksamkeit auf andere Dinge abzulenken geeignet sind. Hiezu gehört auch der Einschub einer anderen Beurkundung, beispielsweise die Lesung zweier verschiedener Geschäfte mit den gleichen Parteien und die anschliessende Unterzeichnung der beiden Geschäfte³²².

2058 - Keine Ordnungswidrigkeit und erst recht **keine Schädlichkeit für das Entstehen der öffentlichen Urkunde** ist zu erblicken in Unterbrechungen des Beurkundungsvorganges zum Zwecke der Erhaltung des körperlichen Wohlbefindens und der Konzentrationsfähigkeit für die Beurkundung selbst³²³, ferner das Stellen und Beantworten von Fragen; jede Diskussion über den Urkundeninhalt fördert die Bewusstmachung und muss als integrierender Teil, nicht als Unterbrechung der Lesung qualifiziert werden³²⁴.

2059 - Keine Ordnungswidrigkeit liegt in folgenden Fällen vor: Unterbrechungen der Lesung zum Zwecke der Bereinigung³²⁵; Gänge der

Fn 322 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 157, N 7 zu Art. 14 ND BE. - Vorbehalten bleibt die zweifellos zulässige (und durch MARTIS Beispiele nicht ausgeschlossene) Lesung mehrerer Verträge, die inhaltlich eng zusammengehören, wie beispielsweise zweier Erbverträge zwischen den gleichen Ehegatten, von denen der eine die Nachlassregelung beim Tod des erstversterbenden Ehegatten, der andere diejenige beim Zweitversterben regelt. In einem solchen Falle können die Beurkundungszeugen nach der Lesung beider Verträge hereingerufen, und es können in deren Anwesenheit beide Verträge genehmigt und unterzeichnet werden.

Fn 323 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 158, N 10 zu Art. 14 ND BE bezeichnet - sofern die betreffenden Unterbrechungen länger dauern - als schädlich: die Entgegennahme eines nicht zur Beurkundung gehörenden Telefonanrufs durch die Urkundsperson; das Austreten eines Erschienenen, die Einnahme eines Medikaments durch einen Erschienenen, ferner das Luftschöpfen am offenen Fenster wegen eines Unwohlseins. In diesen Fällen verlangt MARTI, dass die Lesung der Urkunde, anschliessend an die Unterbrechung, von vorn beginne. - Man wird derartig strenge Anforderungen nicht als Bedingungen für die Entstehung der öffentlichen Urkunde qualifizieren dürfen. Das Beurkundungsrecht hat auch auf jene (seltenen, aber durchaus vorkommenden) Fälle Bedacht zu nehmen, in denen Dokumente und Beilagen im Umfang von mehreren hundert Seiten zu verlesen sind, was sich über mehrere Stunden hinziehen kann. - SIDLER (1975) S. 94, N 2 zu Art. 33 BeurkG LU hält die Entgegennahme von Telefonanrufen durch die Urkundsperson für unschädlich, wenn auch störend, möchte aber die Einschaltung von Pausen nicht zulassen; hiebei denkt SIDLER offenbar nicht an die Beurkundung von Akten, die eine mehrstündige Lesung erfordern.

Fn 324 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 158, N 9 zu Art. 14 ND BE.

Fn 325 - Die schreibtechnische Bereinigung der Urkunde, d.h. das Neuausfertigen einzelner Blätter auf der Schreibmaschine oder mit dem Textautomat, kann durch einen Mitarbeiter der Urkundsperson oder durch diese selbst erfolgen, auch wenn sie sich hiezu für begrenzte Zeit in einen anderen Raum begeben muss; wenn MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 158, N 9 zu Art. 14 ND BE, nur das Vornehmenlassen von Ergänzungen als unschädlichen Vorgang bezeichnet, so wollte er damit zweifellos nicht auch die selbständige manuelle Tätigkeit der Urkundsperson ausschliessen, wie sie bei Beurkundungen ausserhalb der Bürozeiten zuweilen unumgänglich ist.

****§. 583****

Urkundsperson in die Bürobibliothek zwecks Herbeischaffen eines zur Beurkundung dienenden Kommentars³²⁶; Telefonate, welche mit dem Beurkundungsgegenstand in Zusammenhang stehen

und zum Zwecke der Bereinigung³²⁷ erfolgen³²⁸, wie z.B. Rückfragen des Stellvertreters bei seinem abwesenden Vollmachtgeber zur Bedeutung einzelner Klauseln oder zu Abänderungsvorschlägen der letzten Minute.

2060 - Keine Ordnungswidrigkeit liegt vor, wenn die Urkundsperson die Erschienenen vorübergehend allein lässt, um soeben gemeinsam besprochene, letzte Korrekturen am gelesenen Text in einem anderen Raum der Kanzlei selber auszuführen (Neuerstellung einzelner Seiten mit Schreibmaschine oder mit einem Textverarbeitungssystem)³²⁹.

2061 - Das geltende Beurkundungsrecht ist zugeschnitten auf die Beurkundung von Akten im Umfang von einigen Schreibmaschinenseiten, welche ohne wesentliche Unterbrechung von Anfang bis Ende mit lauter Stimme vorgelesen oder still durchgelesen werden können. Zuweilen gibt es aber auch mehrhundertseitigen Urkunden, deren Lesung in einem einzigen Zug die Konzentrationsfähigkeit und physische Durchhaltekraft der Beteiligten übersteigt. In solchen Fällen muss eine konzentrierte, wache Verlesung während üblicher Büro-Arbeitszeiten, aber mit normalen Erholungspausen, ferner mit längeren Unterbrüchen für Mahlzeiten und Schlafen, als die sinnvolle und damit als die zulässige Vorgehensweise gelten. Eine mehr als 12-stündige Lesung ohne Pausen und ohne Schlaf wäre eine Absurdität, welche den Regelungszielen des Beurkundungsrechts nicht gerecht würde³³⁰.

Fn 326 - Vgl. dieses Beispiel bei MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 158, N 9 zu Art. 14 ND BE; immerhin soll sich die Urkundsperson in einem solchen Fall nicht unnötig von den Erschienenen entfernen, also ihre Studien nicht in der Bürobibliothek, sondern angesichts der Klientschaft durchführen.

Fn 327 - Zum Begriff der Bereinigung vgl. Ziff. 1919 ff.

Fn 328 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 159, N 9 zu Art. 14 ND BE.

Fn 329 - In diesem Sinne SIDLER (1975) S. 94, N 2 zu Art. 33 BeurkG LU, welcher den Unterbruch des Beurkundungsvorgangs zwecks Neuerstellung einzelner Seiten in der Erwägung gerechtfertigt sieht, dass der bereits gelesene Text "gewissermassen unter der Kontrolle der Beteiligten bleibt."

Fn 330 - Derartige Marathon-Lesungen kommen bei Geschäften nach schweizerischem Recht kaum vor, haben aber eine gewisse Tradition bei Beurkundungen nach deutschem GmbH-Recht (Konzern-Umstrukturierungen). Da Präjudizien fehlen, welche die Unterbrechung der Lesung über Nacht als zulässig erklären, wird man wenn immer möglich die Lesung an einem einzigen Arbeitstag anstreben. Das Beurkundungsobligatorium erweist sich hier als überholtes Relikt aus alter Zeit. Die zweckmässige Methode für umfangreiche Vertragsschlüsse besteht im Erarbeiten der Texte durch Teams von Fachleuten und Verhandlungsdelegationen, wobei sich diese Arbeit über Monate hinziehen kann. Am Tage des "Closing", d.h. der Inkraftsetzung des ganzen Vertragswerkes, versammeln sich alle Unterzeichner und leisten nach einem vorbereiteten Drehbuch der Reihe nach ihre Unterschriften unter den verschiedenen Dokumenten, wobei zugleich die Zug um Zug auszutauschenden Wertpa-

****§. 584****

11. Simultan- und Sukzessivbeurkundung

2062 - *Unter Simultanbeurkundung wird in der vorliegenden Arbeit die Beurkundung individueller Willenserklärungen mehrerer Erschienenen verstanden, wenn alle Erklärenden gleichzeitig am Beurkundungsvorgang teilnehmen und in gleichzeitiger Anwesenheit aller die Urkunde unterzeichnen. Die Simultanbeurkundung ist der Normalfall.*

2063 - *Die Sukzessivbeurkundung³³¹ liegt vor, wenn mehrere Beteiligte zu verschiedenen Zeiten einzeln vor der gleichen Urkundsperson erscheinen. Die Sukzessivbeurkundung verletzt keine bundesrechtlichen Mindestanforderungen, sofern der Vertragsschluss nicht höchstpersönliche Rechte betrifft, die nur in gegenseitiger gleichzeitiger Anwesenheit der höchstpersönlich Betroffenen gestaltet werden können, d.h. beim Erbvertrag, Verpfändungsvertrag und beim Ehevertrag³³².*

2064 - Da im Sukzessivverfahren eine allfällige Urkundenbereinigung erschwert und eine Schwebezeit der Ungewissheit in Kauf zu nehmen ist³³³, soll die Urkundsperson einem Begehren um Sukzessivbeurkundung nur aus wichtigen Gründen stattgeben³³⁴.

piere, Checks, Barzahlungen, allfällige Klagerückzüge etc. gemäss Drehbuch vorgelegt, kontrolliert und schliesslich behändigt werden. Ein gut vorbereitetes Closing in einer komplizierten Transaktion kann mehrere Stunden in Anspruch nehmen, auch wenn die zu unterzeichnenden Texte nicht mehr durchgelesen werden. Die Redaktions-, Lese- und Kontrollarbeit muss vorher erledigt sein; sonst kommt man nicht durch. Wenn eine öffentliche Beurkundung als integrierender Teil des Closings stattfinden muss, so hat diese an separatem Ort zu erfolgen, wobei die zeitliche Koordination durch telephonischen Kontakt mit dem Leiter des Closing gewährleistet wird. Das dem Closing organisatorisch untergeordnete Ritual der öffentlichen Beurkundung hat in einer solchen Konstellation keinen objektiv einsehbaren Sinn mehr.

Fn 331 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 147, N 7 zu Art. 11 ND BE, verwendet den Begriff der Simultanbeurkundung für den Fall, in welchem die Urkundsperson die Urkunde im Beisein der Erschienenen verfasst, vorliest und sogleich unterzeichnen lässt. Sukzessivbeurkundung bedeutet in MARTIS Terminologie, dass die Urkundsperson das Unterzeichnungsexemplar aufgrund erhaltener Instruktion in Abwesenheit der Klientschaft verfasst; in gleichem Sinne ALFRED SANTSCHE, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) 1-16 (4). - Da die Anwesenheit bzw. Abwesenheit der Klientschaft während der Urkundenformulierung und damit die von MARTI getroffene Unterscheidung ohne rechtliche Bedeutung ist, werden die beiden anschaulichen Begriffe der Simultan- und der Sukzessivbeurkundung hier in anderem Sinne verwendet.

Fn 332 - Bezüglich der Unzulässigkeit der Sukzessivbeurkundung beim Erbvertrag vgl. Art. 512 Abs. 2 ZGB; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 96, Anm. 23.

Fn 333 - In diesem Sinne spricht JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 56, N 203, von mangelnder Abschlussklarheit bei der Sukzessivbeurkundung; vgl. auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 157, N 8 zu Art. 14 ND BE.

Fn 334 - Vgl. in diesem Sinne NW BeurkG § 26: "In begründeten Fällen kann die Beurkundungskommission auf Gesuch hin gestatten, dass der Beurkundungsakt aufgeteilt wird. Das Ausnahmeverfahren und die Bewilligung sind auf der Urkunde zu vermerken."

****§. 585****

2065 - Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn das Sukzessivverfahren allen Sachbeteiligten ermöglicht, persönlich vor der Urkundsperson zu erscheinen und auf den Beizug bevollmächtigter Stellvertreter zu verzichten.

2066 - Lassen sich einzelne Sachbeteiligte im Beurkundungsverfahren durch Bevollmächtigte vertreten, so sollte vom Sukzessivverfahren abgesehen werden; die Nachteile persönlicher Abwesenheit der Sachbeteiligten und des mangelnden Meinungsaustauschs zwischen den zu Urkund Erklärenden sollen nicht kumuliert werden.

2067 - Die Urkundsperson kann zur Sukzessivbeurkundung insbesondere dann Hand bieten, wenn Standardverträge (z.B. Baurechtsverträge eines institutionellen Baurechtsgebers) zum Abschluss kommen, deren einzelne Bestimmungen aufgrund der notariellen Erfahrung keiner individuellen Abänderung zugänglich bzw. keiner Bereinigung bedürftig sind, und wenn ausserdem die Beisetzung sämtlicher Parteiunterschriften innerhalb eines kurzen Zeitraums als gesichert erscheint. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so hat die Klientschaft keinen Anspruch auf das Sukzessivverfahren.

2068 - Die Sukzessivbeurkundung ist nur dann zustandegekommen, wenn im Zeitpunkt der letzten Unterschriftsleistung noch sämtliche Unterzeichner am Leben und handlungsfähig sind, wenn bis dahin zudem keiner der Erstunterzeichner seine Ablehnung des Geschäftes gegenüber der Urkundsperson³³⁵ zu erkennen gegeben hat und wenn für die Entgegennahme der letzten Unterschrift die gleiche Urkundsperson, welche die erste Unterschrift entgegennahm, das Amt auszuüben vermag.

2069 - Die im Sukzessivverfahren zustandegekommene Urkunde soll die Daten aller Parteiunterschriften³³⁶, jedenfalls aber das Datum der zuletzt beigesetzten Parteiunterschrift tragen.

2070 - Unverzüglich nach der Unterschriftsleistung der letzten Vertragspartei hat die Urkundsperson ihre Unterschrift beizusetzen³³⁷.

Fn 335 - Ein Fall des Nichtzustandekommens eines (privatschriftlichen) Erbteilungsvertrags ist beschrieben in BGE 86 II 352, wo von sieben Miterben deren fünf im Jahre 1932 den Akt unterzeichneten, wogegen die restlichen beiden erst 1957 ebenfalls noch unterschrieben, nach bereits ausgebrochenem Konflikt mit einem der ersten fünf Miterben. Das Bundesgericht qualifizierte die ersten fünf Unterschriften als Antrag i.S. von Art. 3 ff. OR, auf welchen die beiden Letztunterzeichner nicht nach 25 Jahren noch zurückkommen konnten (S. 353).

Fn 336 - So ausdrücklich ZG BeurkG § 16 Abs. 2: "In diesem Fall ist von der Urkundsperson anzugeben, an welchem Tage die einzelnen Personen unterzeichnet haben."

Fn 337 - Aus der Vorschrift von Art. 33 NG VS, wonach die Erschienenen dem Notar nach erfolgter Lesung zu erklären haben, die Urkunde sei Ausdruck ihres Willens, und dass "unmittelbar nach dieser Erklärung [...] die Komparenten und der Notar die Urkunde zu unterzeichnen" haben, hat das Bundesgericht abgeleitet, beim Sukzessivverfahren müsse der Notar im Kanton Wallis die Urkunde mehrmals unterzeichnen, nämlich unmittelbar nach der Beisetzung jeder Parteiunterschrift; vgl. BGE vom 12.3.1976, RVJ 1976 S. 397-404. Diese Auslegung ist nicht zwingend. Das Gesetz könnte auch dahingehend ausgelegt werden, dass der Notar unmittelbar nach der zuletzt beigesetzten Parteiunterschrift ein einziges Mal selber zu unterzeichnen hat. Im betreffenden Entscheid war das Bundesgericht an die Auslegung des kantonalen Rechts durch die Vorinstanz gebunden.

****S. 586****

2071 - Erläuterung: Die Sukzessivbeurkundung führt zur Entstehung einer einzigen Urkunde, in welcher der Abschluss eines einzigen Mehrparteigeschäftes dokumentiert ist. Die Sukzessivbeurkundung muss aus diesem Grunde als ein einziges Beurkundungsverfahren verstanden werden, nicht als die sukzessive Durchführung verschiedener, selbständiger Beurkundungsverfahren mit verschiedenen Beteiligten.

2072 - Die Lehre geht davon aus, dass die Sukzessivbeurkundung - innerhalb der hievorigen genannten Schranken - nur dann zur Entstehung einer öffentlichen Urkunde führt, wenn das kantonale Recht dieses Verfahren nicht ausdrücklich verbietet³³⁸. Richtigerweise wird man das Schweigen kantonaler Erlasse zur Sukzessivbeurkundung nicht als deren Verbot, ausdrückliche kantonale Verbote als blosse Ordnungsvorschriften qualifizieren. Andererseits muss in allen Kantonen als Ordnungsregel gelten, dass die Sukzessivbeurkundung nur beim Vorliegen wichtiger Gründe vorgenommen werden soll. Die Entgegennahme der Erklärungen verschiedener Parteien durch verschiedene Urkundspersonen, wie sie etwa im Kanton Aargau toleriert wird, wird

Fn 338 - Dies ist auch die Meinung des Bundesgerichts, welches in einem Urteil vom 12.3.1976, RVJ 1976 S. 397-404, eine nach Walliser Recht vorgenommene Sukzessivbeurkundung, in Übereinstimmung mit der kantonalen Vorinstanz, nur deswegen für unwirksam betrachtete, weil die kantonale Regel der mehrfachen Urkundenunterzeichnung seitens der Urkundsperson missachtet worden war. Dass das Erscheinen der Vertragsparteien vor der Urkundsperson zu verschiedenen Zeiten ungeschriebenes Bundesrecht verletzen könnte, war vom Bundesgericht nicht in Betracht gezogen worden. - In gleichem Sinne auch DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (24 f.); LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 49-89 (59) N 68; MUTZNER, Öffentliche Beurkundung, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (117a); BECK, Berner Kommentar (1932) N 10 zu Art. 55 SchlT ZGB; LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 34 zu Art. 657 ZGB; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 111 zu Art. 657 ZGB; BRUNO SCHMIDLIN, Komm. OR (1986) N 76 f. zu Art. 11 OR. - BE ND Art. 14 Abs. 3 sieht Zulässigkeit der Sukzessivbeurkundung.

****S. 587****

den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die Vertragsbeurkundung nicht gerecht; der Vertrag ist auch dann nicht gültig beurkundet, wenn sämtliche beteiligten Parteien und Urkundsperso-

nen ihre Unterschriften und Beurkundungsvermerke sukzessive auf dem gleichen Dokument anbringen.

2073 - Für den **Erbvertrag** und den **Verpfändungsvertrag** ergibt sich die Unzulässigkeit der Sukzessivbeurkundung aus dem Wortlaut von Art. 512 Abs. 2 und Art. 522 OR, je in Verbindung mit Art. 501 ZGB. Bei diesen Verträgen haben die Vertragsparteien "gleichzeitig dem Beamten ihren Willen zu erklären und die Urkunde vor ihm und den zwei Zeugen zu unterschreiben"³³⁹.

2074 - Für den **Ehevertrag** fehlt zwar eine analoge Klarheit der einschlägigen Gesetzesnorm (Art. 184 ZGB). Die Sukzessivbeurkundung ist aber auch hier auszuschliessen. Der Ehevertrag steht bedeutungsmässig in einer gewissen Nähe zum Eheschluss selber und kann, wie dieser, weder durch Stellvertretung noch im Sukzessivverfahren, in Abwesenheit des Vertragspartners, abgeschlossen werden³⁴⁰.

2075 - Die Sukzessivbeurkundung wird von der Lehre als Austausch von Antrag- und Annahmeerklärung verstanden³⁴¹, wobei in der Urkunde zu den getrennten Parteierklärungen mindestens implizit noch das

dung vor, soweit das Bundesrecht keine gegenteilige Bestimmung enthält; dazu MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 157, N 8 zu Art. 14; GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 96, weist darauf hin, dass sich das Verbot der Unterbrechung nur auf die Beurkundung der einzelnen Erklärungen bezieht, nicht aber die gleichzeitige Abgabe der Erklärung aller Kontrahenten verlangt. - Gegen die Zulässigkeit der Sukzessivbeurkundung wendet sich HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) S. 228-254 (250). - Ein ausdrückliches kantonales Verbot findet sich in LU BeurkG § 33 Abs. 2, wobei SIDLER in der Kommentierung dieser Bestimmung (S. 94, N 2) unter Berufung auf die zuvor zitierte Arbeit HUBERS ebenfalls von einer bundesrechtlichen Unzulässigkeit der Sukzessivbeurkundung ausgeht. Unter Berufung auf die gleiche Quelle (HUBER) vertritt schliesslich BALBI, Beurkundung in Nidwalden (1981) S. 142, die Meinung, die Sukzessivbeurkundung müsse von Bundesrechts wegen als unzulässig gelten. - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 55, N 200 ff., insbesondere 204, räumt ein, dass die Befürworter der Zulässigkeit der Sukzessivbeurkundung zwar die herrschende Lehre repräsentieren (N 201), wendet sich seinerseits aber ebenfalls dagegen mit der Begründung, bei zweiseitigen Verträgen müsse die Urkundsperson nicht nur die Abgabe, sondern Austausch der Willenserklärungen bezeugen (N 202). Zu der diesbezüglich abweichenden, in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung vgl. Ziff. 1859 ff. und Ziff. 1862 ff. - Eine Reihe von kantonalen Erlassen erlauben die Sukzessivbeurkundung, deuten sie aber, abweichend von der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung, als eine Mehrzahl selbständiger Beurkundungsvorgänge und verlangen dann konsequenterweise ausdrücklich oder sinngemäss die notarielle Datierung und Mitunterzeichnung nach jedem einzelnen Unterzeichnungsvorgang, also die mehrmalige notarielle Unterzeichnung der gleichen Urkunde; vgl. BE ND Art. 14 Abs. 3; SZ BeurkV Art. 10 Abs. 4; ZG BeurkG Art. 16 Abs. 3; GR NV Art. 35 Abs. 3; TG EGZGB Art. 29 Abs. 2; SG EGZGB Art. 23 Abs. 2; VS NG Art. 33.

Fn 339 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 55, N 199, mit Verweis auf BGE 105 II 45 ff., 48 II 67, HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 248 ff. (277), ESCHER, Zürcher Kommentar (3.A. 1959) N 3 zu Art. 512 ZGB, PETER TUOR, Komm. ZGB, Bd. III, Das Erbrecht (1952) N 1 und 4 zu Art. 512 ZGB.

Fn 340 - Zur Kontroverse um die Zulässigkeit des Sukzessivverfahrens bei Ehevertrag vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 55, N 200, mit Hinweis auf JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930, S. 45 f., LEMP, Komm. zum ZGB, N 13 zu Art. 181 (alt) ZGB. - Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 8.3.1976, ZBGR 61 (1980), die Frage offen gelassen.

Fn 341 - So LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 49-89 (53) N 43; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 56, N 203; HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 248 ff. (278).

S. 588

notarielle Zeugnis hinzutritt, dass der Vertrag angesichts der übereinstimmend gegenüber der Urkundsperson und zuhanden der übrigen Vertragsparteien erklärten Willensäusserungen zustande gekommen ist. Diese Auffassung wird in der vorliegenden Arbeit abgelehnt, vgl. vorn, Ziff. 1862 ff.

2076 - Der "Widerruf" einer vorausgeleisteten Unterschrift ist formfrei möglich, durch Brief, telefonische oder persönliche Instruktion an die Urkundsperson³⁴².

2077 - Da die Sukzessivbeurkundung nicht als Austausch von Angebot und Annahmeerklärung qualifiziert werden kann, kann die zuerst unterzeichnende Vertragspartei nicht befugt sein, die Bindungswirkung ihrer beigesetzten Unterschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 OR zu befristen; erst recht darf keine solche Befristung in den Urkundentext aufgenommen werden.

2078 - Hingegen muss der Urkundsperson offenstehen, den Klienten zu Beginn des Verfahrens, oder unter Angabe wichtiger Gründe auch noch nach dessen Einleitung, eine Frist zu setzen, während welcher sie zur Entgegennahme der späteren Unterschriften bereit ist. Diese Befugnis ist Teil der notariellen Verfahrensleitung und gilt analog zur notariellen Befugnis, den Beurkundungsvorgang im Simultanverfahren beim Zögern einer Partei abzubrechen³⁴³.

2079 - Wie lange die Zeitspanne sein darf, innerhalb derer bei der Sukzessivbeurkundung die verschiedenen Parteiunterschriften beizusetzen sind, lässt sich nicht in feste Regeln fassen³⁴⁴.

2080 - Dass die Urkundsperson beim Sukzessivverfahren notwendigerweise als letzte und unterhalb sämtlicher Parteiunterschriften³⁴⁵ zu unterzeichnen hat, ergibt sich daraus, dass sie mit ihrer Unterschrift den Beurkundungsvermerk abdeckt und dass sie in diesem Vermerk

Fn 342 - Vgl. OW BeurkG Art. 16 Abs. 3: "Haben mehrere Personen zu unterschreiben, so muss die Unterzeichnung nicht gleichzeitig geschehen. Solange nicht alle unterschrieben haben, ist jede Unterschrift widerruflich." AI BeurkV Art. 8 Abs. 2: Solange nicht alle Beteiligten die Urkunde unterzeichnet haben, können die bereits Unterzeichneten ihre Erklärung bei der Urkundsperson schriftlich oder mündlich widerrufen. Abs. 3: Der mündliche Widerruf ist [seitens der Klientschaft] sofort schriftlich zu bestätigen. - Ähnlich SO EGZGB Art. 15; SG EGZGB Art. 23 Abs. 2.

Fn 343 - Vgl. Ziff. 2048.

Fn 344 - GE LN Art. 18 erlaubt die Beisetzung der letzten Parteiunterschrift noch während 3 Monaten nach der ersten. Dies dürfte den äussersten Rahmen der von Bundesrechts wegen zulässigen Erstreckung des Beurkundungsverfahrens darstellen. Zweifel an der Bundesrechtskonformität dieser Bestimmung äussert DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (25 Anm. 27 am Ende).

Fn 345 - So LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 49-89 (59) N 68, mit Verweis auf die Stellungnahme des BAJ vom 3.11.1981, VPB 46 S. 48 Nr. 7 und ZBGR 64 (1983) S. 342-353 (346 ff.); ferner JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 50, N 185.

****S. 589****

ihre persönliche Wahrnehmung der Beisetzung aller Parteiunterschriften bezeugt. Dieses Zeugnis kann die Urkundsperson erst abgeben, nachdem die letzte Parteiunterschrift geleistet ist.

2081 - Würde in der Urkunde nicht jedes Unterzeichnungsdatum angegeben, so müsste die fertige Urkunde beim Leser den falschen Eindruck erwecken, es habe eine Simultanbeurkundung am Datum der letzten Unterschriftenbeisetzung stattgefunden. Dies ist zu vermeiden.

§ 67 Fertigstellung der Urkunde: die Siegelung

2082 - *Mit der Siegelung ist die öffentliche Urkunde fertiggestellt.*

2083 - **Erläuterung:** Es ist auf das im allgemeinen Teil zur unfertigen und fertiggestellten Urkunde Gesagte, Ziff. 1418 ff. und Ziff. 1264 ff., zu verweisen. Bei der Siegelung wirken meist Notariatsangestellte mit.

****S. 590****

Kapitel 9: Beurkundung individueller Erklärungen: Gestalt der Urkunde

§ 68 Vorbemerkung

2084 - Im folgenden wird vorweg die Gestalt der Urkunde erörtert¹. Anschliessend folgt die Betrachtung des praktischen Vorgehens bei der Urkundenerstellung.

2085 - Unter der Gestalt der Urkunde werden im folgenden nicht nur die äusseren Merkmale der öffentlichen Urkunde verstanden, sondern es werden auch die Anforderungen an deren Inhalt beschrieben, d.h. alles, was beurkundungsrechtlich bezüglich der Urkunde als fertigem Dokument relevant ist, im Gegensatz zu den Anforderungen an den Ablauf des Beurkundungsverfahrens. Demgemäss ist zu unterscheiden zwischen

- (a) der **äusseren Gestalt**, d.h. des Urkundenmaterials (Papier, Schnur, Siegel, verwendete Schreibmittel) und der graphischen Textdarstellung und
- (b) der **redaktionellen Gestaltung** (Überschrift, Ingress, Hauptteil, Schlussteil). Ebenfalls hier zu behandeln ist
- (c) die materiellrechtliche Frage, **welche Inhalte in der Urkunde enthalten** sein müssen, damit das dem materiellen Recht angehörende Beurkundungsobligatorium für alle beurkundungsbedürftigen Inhalte erfüllt ist und mit der Entstehung der öffentlichen Urkunde² auch ein zivilrechtlich formgültiges Geschäft zustandekommt.

Fn 1 - Vgl. auch die Ausführungen in Ziff. 1274 ff.

Fn 2 - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

****S. 591****

§ 69 Einheit und Mehrheit von Urkunden

2086 - *Ein gemäss gesetzlicher Typologie als Einheit zu begreifender Vertrag muss in einer einzigen Urkunde vollständig dargestellt sein*³.

2087 - Erläuterung: Unzulässig ist die Beurkundung eines Kaufvertrags in zwei öffentlichen Urkunden, wobei in der ersten Urkunde der Kaufgegenstand und weitere Absprachen, in der anderen Urkunde der Preis und dessen Reglierung dargestellt würden.

2088 - Zulässig ist die Aufgliederung gegenseitig bedingter Verträge verschiedenen Typs - beispielsweise eines Kauf-/Werkvertrages - oder konnexer Verträge über verschiedene Vertragsgegenstände - beispielsweise eines Immobilienverkaufs und eines Kaufvertrags über Warenlager, Einrichtungen und Goodwill (im Falle eines wirtschaftlich einheitlichen Unternehmensverkaufs) in mehrere Urkunden.

2089 - Tauschverträge dürfen in separate Verträge aufgeteilt werden; wenn Grundstücke in verschiedenen Kantonen getauscht werden, *muss* eine solche Aufteilung sogar möglicherweise stattfinden, sofern ein Belegenheitskanton der von auswärtigen Urkundspersonen ausgefertigten Urkunden die Anerkennung versagt. Am Ort der gelegenen Sache ist dann mit Abstützung auf den grundbuchlichen Eintragsstand in ortsüblicher Genauigkeit die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an dem hier gelegenen Grundstück zu beurkunden, unter mindestens summarischer Beurkundung der vom Empfänger geschuldeten Gegenleistung (nämlich dem auswärtigen Grundstück)⁴.

Fn 3 - Dieser Gedanke findet sich in Beurkundungsgesetzen etwa durch den Satz ausgedrückt, die Urkunde habe den Willen der Erklärenden vollständig zum Ausdruck zu bringen; vgl. ZH EGZGB § 239 Abs. 3; GULDENER, *Freiwillige Gerichtsbarkeit* (1954) S. 94.

Fn 4 - Nicht beizupflichten ist dem Urteil des OG LU vom 7.6.1971, ZBGR 54 (1973) S. 232-233, wo die Auffassung vertreten wurde, beim Tausch von Grundstücken in verschiedenen Kantonen müssten jedem Grundbuchverwalter beide Verträge zur Prüfung vorgelegt werden. In casu hatte ein luzernischer Notar die Grundstücksübertragung im Kanton Luzern, ein solothurnischer Amtsschreiber diejenige im Kanton Solothurn beurkundet. - Wenn die Kantone durch grundbuchliche Nichtanerkennung auswärts entstandener öffentlicher Urkunden die Parteien zur Aufspaltung der Vertragsdokumentation in zwei Urkunden zwingen, so können sie nicht gleichzeitig eine Prüfungszuständigkeit ihrer eigenen Grundbuchämter bezüglich der ausserkantonale entstandenen Urkunden beanspruchen. Das äusserste, was der luzernische Grundbuchverwalter hätte verlangen können, wäre die Nachreichung einer Bescheinigung des zuständigen solothurnischen Grundbuchamtes gewesen, wonach das Geschäft angemeldet worden sei und wonach aus solothurnischer Sicht dem grundbuchlichen Vollzug der dortigen Grundstücksübertragung nichts entgegenstand; der luzernische Grundbuchverwalter hätte seinerseits eine entsprechende Bescheinigung zuhanden seines solothurnischen Kollegen auszustellen gehabt, welche auch dieser nachträglich zu den Anmeldebelegen zu nehmen gehabt hätte. - Wollte man beim interkantonalen Grundstücktausch jedem der involvierten Grundbuchverwalter volle Kognition über beide Urkunden zuerkennen, so könnte sich das unerträgliche Resultat ergeben, dass der luzernische Beamte den solothurnischen Akt beanstandet und das Geschäft insgesamt abweist, nachdem der solothurnische Beamte die solothurnische Urkunde bereits akzeptiert und grundbuchlich vollzogen hat.

****S. 592****

2090 - Letztwillige Verfügungen können in mehreren Urkunden dargestellt werden, beispielsweise in einem Dokument, welches den beweglichen, und in einem, welches den unbeweglichen Nachlass regelt, oder in getrennten Dokumenten für in- und ausländisches Vermögen.

§ 70 Redaktionelle Gestaltung

2091 - *Die Urkunde hat zu enthalten den Ingress, die individuellen Erklärungen und den Schlussteil, ferner gegebenenfalls die Dolmetscher- und die Zeugenerklärungen⁵, schliesslich (als Anhang) allfällige Beilagen⁶.*

2092 - *Die Urkundensprache soll einfach und klar sein⁷. Längere Texte sind in Abschnitte zu gliedern. Jeder Abschnitt soll mit einer Überschrift versehen sein, welche den Inhalt mit einem Stichwort prägnant zusammenfasst.*

2093 - *Die Urkunde soll keine Abkürzungen⁸, keine unnötigen Wiederholungen und Weitschweifigkeiten⁹, ferner keine unnötigen Fremdwörter und Fachausdrücke enthalten, falls dadurch die Verständlichkeit des Textes für Dritte¹⁰, insbesondere für Laien, beeinträchtigt wird.*

Fn 5 - Vgl. hierzu Ziff. 2250 ff.

Fn 6 - Zur rechtlichen Bedeutung der Textbeilagen vgl. Ziff. 1389 ff., zu derjenigen von Bildbeilagen (insbesondere Plänen und Planskizzen) Ziff. 1403 ff. - Zum Verhältnis von Haupturkunde zu Beilagen vgl. Ziff. 1380 ff. - Zum Verbot, Dokumente mit späterem Datum der früher datierten Haupturkunde als Beilagen beizufügen vgl. Ziff. 1413 und 1415 ff.

Fn 7 - Dies ergibt sich aus der notariellen Klarheitspflicht, vgl. Ziff. 1114; MARTI, *Notariatsrecht* (1983) S. 139, N 3 zu Art. 6 ND BE.

Fn 8 - Abkürzungsverbote finden sich in BE ND Art. 6 Abs. 2; BS NG § 10.

Fn 9 - Weitschweifiger Stil stellt sich ein, wenn gedankenlos aufgrund von Musterurkunden formuliert wird und wenn alle Klauseln vorsichtshalber übernommen werden, deren Nützlichkeit oder Bedeutung der Redaktor nicht auf Anhieb durchschaut. Manche Musterurkundensammlungen strotzen von kontraktuellen Arabesken aller Art. Die Urkundsperson mag sich mit weitschweifigen Formulierungen und rituellen Repetitionen bei unerfahrenen Klienten das Ansehen kautelarjuristischer Eminenz geben.

Fn 10 - Beim Abkürzungsverbot und Verständlichkeitsgebot geht es um die Verständlichkeit der Urkunde für Dritte; die am Beurkundungsverfahren Beteiligten können allemal im Rahmen der Belehrung über die notariatsrechtlichen Chiffren erhellt werden.

****§. 593****

2094 - Mengenangaben¹¹ sind, soweit sie den Gegenstand vertraglich zugesicherter Leistungen definieren, mindestens einmal in der Urkunde in Zahlen und in Worten¹² zu schreiben. Das gleiche gilt für das Datum der Urkundenerrichtung.

2095 - Wenn natürliche Personen in eigenem Namen individuelle Erklärungen abgeben, sollen diese Erklärungen als Aussagen der Erschienenen dargestellt werden, d.h. mit "ich" oder "wir" eingeleitet werden. Wird durch Stellvertreter oder namens von juristischen Personen gehandelt, so ist eine Ausdrucksweise üblich, welche die Sachbeteiligten durchwegs in der dritten Person nennt.

2096 - Erläuterung: Die öffentliche Urkunde soll in ihrem Hauptteil den verfahrensrechtlich strukturierten Ablauf des Beurkundungsvorganges erkennbar machen¹³. Üblich ist die **Dreiteilung** des Hauptteils, wobei zwei Rand-Teile mit dem Charakter notarieller Protokolle die eigentlichen individuellen Parteierklärungen als Mittelteil umrahmen.

2097 - Im ersten Teil protokolliert die Urkundsperson ihre Wahrnehmungen über den Beginn des Beurkundungsvorganges, nämlich das Erscheinen gewisser Personen. Als Ablauf-Protokoll oder als Tatbestandsbeurkundung fügt sie die Kontrolle oder das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften der Erschienenen bei: Identität, Zivilstand, gegebenenfalls Bevollmächtigung und Zeichnungsberechtigung. Ferner wird protokolliert, dass die Erschienenen die nachfolgenden Erklärungen in Anwesenheit der Urkundsperson abgegeben haben.

2098 - Im zweiten Teil erfolgen die Erklärungen der Erschienenen, d.h. der Sachbeteiligten oder ihrer Stellvertreter. Mit der "Ich-" bzw. "Wir"-Form bei Eigenerklärungen von Sachbeteiligten wird diesen ihre Rolle im Beurkundungsverfahren als selber zu Urkund Erklärende besonders klar zu Bewusstsein gebracht.

2099 - Im dritten Teil ergreift wiederum die Urkundsperson das Wort, indem sie im **Beurkundungsvermerk** den restlichen Verlauf (die Lesung und Genehmigung der Parteierklärungen) und den Abschluss (die Unterzeichnung und Siegelung) protokolliert. Dabei wird eine Formulierung gewählt, welche einerseits ersichtlich macht, dass die Parteiunterschriften in Anwesenheit der Urkundsperson, d.h. während

Fn 11 - BE ND Art. 6 Abs. 3 verlangt für Summen, Masse und Gewichte die Verwendung der gesetzlich vorgesehenen Bezeichnungen; ob MARTIS strenge Auslegung dieser Bestimmung (Notariatsrecht, S. 139, N 3) zutreffen kann, wonach Angaben in ausländischer Währung nur beurkundet werden dürfen, wenn das beurkundete Geschäft dem fremden Recht untersteht, ist allerdings zweifelhaft; eher ist davon auszugehen, dass Geldbeträge in jener Währung zu beurkunden sind, in welcher sie von den Parteien vereinbart wurden.

Fn 12 - BE ND Art. verlangt die Wiederholung der Zahl in Worten für "Endsummen" und für das Datum.

9-13

Im deutschen Recht ergibt sich dies daraus, dass die Urkunde als die "Niederschrift" der "Verhandlung" bezeichnet wird; vgl. § 8 des deutschen BeurkG.

****§. 594****

des Beurkundungsvorgangs, geleistet wurden; andererseits braucht der Zeitpunkt der Beisetzung der notariellen Unterschrift und des Siegels nicht in gleicher Weise präzisiert zu werden¹⁴.

2100 - Der Beurkundungsvermerk wird in den meisten Kantonen graphisch oberhalb der Unterschriften der zu Urkund erklärenden Personen hingesezt, so dass er von diesen Personen mitunterzeichnet wird. Wenn dies der Fall ist und wenn der Beurkundungsvermerk gemäss seinem Wortlaut den Erschienenen die Erklärung der erfolgten Lesung und Genehmigung in den Mund legt, so kommt ihm (auch) die Bedeutung einer Protokollerklärung der Erschienenen zu.

2101 - Auf den Beurkundungsvermerk folgen in der Regel die Unterschriften der Parteien und der Urkundsperson sowie deren Siegel.

2102 - Das Erfordernis, gewisse Zahlen doppelt, in Ziffer und Wort, zu schreiben, dient der Erschwerung späterer Fälschungen. Zahlen mit geringer Fälschungsrelevanz (Ausweisnummern, Geburtsdaten, Heiratsdaten, Hausnummern, Artikel- und Paragraphennummern, Mengenangaben über Sachverhalte, welche nicht Inhalt der Vertragsleistung sind wie z.B. bisherige Pfandbelastung, wenn das Kaufsobjekt lastenfrem zu übergeben ist) sollen, zwecks besserer Lesbarkeit und Übersichtlichkeit der Urkunde, **nicht** in Worten wiederholt werden. Werden fälschungsrelevante Zahlen in der gleichen Urkunde mehrmals aufgeführt, so sollen sie nur ein einziges Mal in Worten wiederholt werden.

§ 71 Erster Teil der Urkunde: Ingress

2103 - *Der Ingress besteht aus der notariellen Protokollierung des Beurkundungsvorgangs bis zum Beginn der Abgabe der Parteierklärungen¹⁵. Er kennzeichnet das Dokument als öffentliche Urkunde.*

2104 - *Der Ingress umfasst die Überschrift(en), die Protokollierung des Erscheinens aller vor der Urkundsperson erschienenen Personen, ferner - im Sinne einer Sachbeurkundung - die von der Urkundsperson ermittelten Personalien und Vertretungsbefugnisse der Erschienenen oder - im Sinne einer Protokollierung - die von der Urkundsperson diesbezüglich durchgeführten*

Fn 14 - Zwar soll die Unterschrift der Urkundsperson - im Sinne einer Ordnungsregel - unverzüglich an die letztbeigesetzte Parteiunterschrift zu Papier gebracht werden. Sie kann aber auch später beigefügt werden. Vgl. vorn, Ziff. 1425.

Fn 15 - BE ND Art. 5 Abs. 1 lit. d verlangt in diesem Sinne "die Feststellung, welche Förmlichkeiten des Beurkundungsverfahrens eingehalten worden sind."

****S. 595****

Ermittlungshandlungen, schliesslich den Namen und Amtsort der Urkundsperson.

2105 - Erläuterung: Die einzelnen Elemente des Ingresses und ihre rechtliche Bedeutung werden nachstehend erörtert.

1. Überschrift(en)

2106 - *Die öffentliche Urkunde soll durch eine Überschrift als solche gekennzeichnet sein. Nützlich ist eine weitere Überschrift, welche die Natur des beurkundeten Geschäftes prägnant angibt¹⁶.*

2107 - Erläuterung: Die Einleitung der öffentlichen Urkunde mit einer Überschrift ist kein zwingendes Erfordernis, aber stets zu empfehlen. Die Hauptüberschrift "Öffentliche Urkunde"¹⁷ soll dem Leser auf ersten Blick die Rechtsnatur des Dokumentes anzeigen. Mit einer solchen Überschrift wird die Urkunde abgegrenzt namentlich gegenüber Dokumenten in einfacher Schriftform, ferner gegenüber Privaturkunden, die einen notariellen Vermerk (insbesondere eine Beglaubigung) tragen.

2108 - Die zweite Überschrift soll den Inhalt des Geschäftes möglichst zutreffend kennzeichnen¹⁸; Unvollständigkeiten und Irrtümer sind für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes und für die verstärkte Beweiskraft der Urkunde unschädlich. Sie sollten auch die registerliche Eintragungsfähigkeit nicht hindern. Falsa demonstratio non nocet. Wo Grundbuch- und Handelsregisterämter auf richtigen und "vollständigen"¹⁹ Überschriften insistieren, handelt es sich um überspitzten Formalismus.

Fn 16 - Vgl. AG NO § 34: "Jede öffentliche Urkunde muss ausser dem Inhalt des Rechtsgeschäftes enthalten: 1. Die das Rechtsgeschäft benennende Überschrift..."

Fn 17 - Sie ist in einzelnen Kantonen durch ausdrückliche Vorschrift verlangt, so UR NotVO § 19 und 40; vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 138.

Fn 18 - Beherzigenswert ist die Empfehlung von KURT WISSMANN, Das neue Ehegüterrecht, ZBGR 67 (1986) S. 321-368 (330), bei Eheverträgen neben der Überschrift "Ehevertrag" noch einen zusätzlichen Untertitel beizufügen, welcher sofortigen Überblick ermöglicht: "Gütertrennung", "Gütergemeinschaft", "Vorschlagszuweisung" etc.

Fn 19 - So wird von grundbuchlicher Seite zuweilen verlangt, dass die Überschrift die einzelnen grundbuchlichen Verrichtungen, im Sinne der grundbuchlichen Gebührenordnung, einzeln nenne, wie beispielsweise bei der Begründung eines Baurechts: "Errichtung eines selbständigen, dauernden Baurechts; gesetzliches Pfandrecht; 2 Vormerkungen betreffend Aufhebung und Änderung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes; 2 Vormerkungen betreffend Berechnung der Heimfallsentschädigung". Solche Kataloge sind als Überschriften nicht zu empfehlen und dürfen von den Ämtern nicht verlangt werden; sie lenken die Aufmerksamkeit des Urkundenlesers auf Unwesentliches.

****S. 596****

2109 - Einzelne Grundbuchämter verlangen in der Überschrift die Angabe des Rechtsgrundes²⁰. Diese Angabe ist zwar empfehlenswert. Wenn möglich soll sie richtig sein. Richtigkeit kann aber seitens des Amtes nicht verlangt und nicht erzwungen werden. Die Formulierungskompetenz bezüglich der Urkundenüberschrift liegt letztinstanzlich bei den Sachbeteiligten und ihren Vertretern²¹, nicht bei der Urkundsperson und erst recht nicht bei jenem Amt, welches den Akt zur Registrierung entgegennimmt. Zwei Beispiele sollen dies illustrieren:

2110 - Will der Vater seiner Tochter das Grundstück zu einem Drittel des Verkehrswertes verkaufen, das Geschäft aus familiären Rücksichten aber nicht als Schenkung in Erscheinung treten lassen, dann können weder die Urkundsperson noch das Grundbuchamt verlangen, dass das Wort "Schenkungen" in die Überschrift (oder in den Vertragstext) aufgenommen werde. Verlangen die Parteien in einem solchen Fall die Beurkundung als "Kauf", so haben sich Urkundsperson und Grundbuchamt zu fügen. Simulation liegt nicht vor, sofern die in der Urkunde angegebenen Leistungen dem wirklichen Leistungswillen der Parteien entspricht.

2111 - Werden bei der Umstrukturierung von Unternehmungen Grundstücke zu ihren niedrigen Buchwerten konzernintern übertragen, und wünschen die Parteien die Titulierung des Aktes als "Übertragung", um den missverständlichen Eindruck eines zu Verkehrswerten abgewickelten Kaufs zu vermeiden, so können weder die Urkundsperson noch das Grundbuchamt verlangen, dass das Wort "Kauf" in die Urkunde aufgenommen werde.

2112 - Rechtsgrund im Sinne von Art. 965 Abs. 1 ZGB ist allemal nicht ein bestimmtes Wort bzw. der Name eines bestimmten Vertragstyps, sondern die Vereinbarung als solche, d.h. ihr Inhalt und die Tatsache ihres verbindlichen Abschlusses (ihrer Inkraftsetzung). Die Rückweisung eines mit "Grundstücksübertragung" oder bloss "Vereinbarung" betitelten Geschäftes seitens des Grundbuchamtes, mit dem Hinweis, es fehle die Angabe des Rechtsgrundes, würde auf einem Missverständnis dessen beruhen, was rechtlich unter dem Begriff des Rechtsgrundes zu verstehen ist.

Fn 20 - Im Sinne von Art. 965 Abs. 1 ZGB.

Fn 21 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 139, weist zutreffend darauf hin, dass die den Vertragsinhalt charakterisierende Überschrift Teil der Willenserklärungen der zu Urkund Erklärenden ist.

****§. 597****

2. Protokollierung des Erscheinens vor der Urkundsperson

2113 - *In der öffentlichen Urkunde hat die Urkundsperson ausdrücklich festzuhalten, dass die zu Urkund erklärenden Personen und allfällige Dolmetscher und Beurkundungszeugen²² während des Beurkundungsvorganges vor der Urkundsperson anwesend waren und die für die Beurkundung rechtserheblichen Verrichtungen ausgeführt haben.*

2114 - Erläuterung: Das Erfordernis der Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde durch die zu Urkund Erklärenden, allenfalls in Gegenwart und unter Mitwirkung von Dolmetschern, allenfalls zudem in Gegenwart von Beurkundungszeugen, **in ununterbrochener Anwesenheit der Urkundsperson**, steht im Zentrum der Verfahrensvorschriften für die Erklärungsabgabe zu Urkund. Die Einhaltung dieses Erfordernisses ist für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes von entscheidender Bedeutung.

2115 - Es genügt deshalb nicht, dass die Vorschrift tatsächlich eingehalten wurde. Die Einhaltung der Vorschrift muss zudem aus der öffentlichen Urkunde unmittelbar, ohne Beizug weiterer Beweismittel, **ersichtlich sein**²³.

2116 - Meist wird das erwähnte verfahrensrechtliche Erfordernis der persönlichen Anwesenheit in der Urkunde **doppelt** bezeugt, nämlich im Ingress und im Beurkundungsvermerk. Im Ingress heisst es: "**Vor mir, der Urkundsperson**, sind erschienen A und B, und haben vor mir erklärt ...". Im Beurkundungsvermerk wird der gleiche Sachverhalt nochmals wiederholt: "Dessen zu Urkund haben die Erschienenen ihre Erklärungen **vor mir, der Urkundsperson**, gelesen, genehmigt und unterzeichnet".

2117 - Wird die persönliche Anwesenheit der Erschienenen vor der Urkundsperson während Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde im Beurkundungsvermerk eindeutig ersichtlich gemacht, so brauchen das anfängliche Erscheinen und die Erklärungsabgabe vor der Urkundsperson im Ingress nicht ebenfalls erwähnt zu werden. In der "zu Urkund" erfolgten "Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung" ist die Erklärungsabgabe mitgehalten und seitens der Urkundsperson hinlänglich bezeugt.

Fn 22 - Zur Bedeutung und Funktion der Beurkundungszeugen vgl. Ziff. 385 ff.

Fn 23 - Bei letztwilligen Geschäften genügt es allerdings, dass die Urkundsperson die Erklärungsabgabe in Anwesenheit der Urkundsperson und der Beurkundungszeugen bezeugt; das gleiche Zeugnis muss nicht zusätzlich noch im Zeugenprotokoll ebenfalls enthalten sein; vgl. BGE 89 II 185 i.S. Amblet/Archinard.

****§. 598****

2118 - Ungenügend wäre das Geschäft jedoch beurkundet, und es wäre keine öffentliche Urkunde entstanden, wenn in der ganzen Urkunde weder vom persönlichen Erscheinen noch von der Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung in Anwesenheit der Urkundsperson die Rede wäre, wenn also beispielsweise lediglich gesagt würde: "*Die unterzeichnete Urkundsperson beurkundet den Abschluss des nachfolgenden Vertrages durch die Parteien A und B ...*"²⁴, oder: "*Die unterzeichnete Urkundsperson beurkundet, dass die nachgenannte Aktiengesellschaft durch X, Y, und Z gegründet worden ist ...*". Zwar kann eine öffentliche Urkunde als Überzeugungsbeurkundung entstehen, in welcher die Urkundsperson aufgrund ihres Aktenstudiums das Vorliegen eines (bereits geschlossenen) Vertrages oder den Bestand einer (bereits gegründeten) Aktiengesellschaft bezeugt. Aber eine solche Überzeugungsbeurkundung wäre als die Beurkundung einer bestehenden Tatsache, nicht als

rechtsgestaltende Vertrags- oder Gründungsurkunde zu qualifizieren. Die rechtsgestaltende Urkunde muss aus ihrem Wortlaut heraus erkennen lassen, dass die für die wirksame Rechtsgestaltung unabdingbare Anwesenheit der Urkundsperson im Sinne verfahrensrechtlicher Mitwirkung gegeben war. Stellt sich die Urkunde als eine rechtsgestaltende dar, fehlt aber die Ersichtlichkeit der notariellen Mitwirkung am massgeblichen Akt, so liegt keine öffentliche Urkunde vor.

2119 - Der genaue Ort (Strasse und Hausnummer), an welchem der Beurkundungsvorgang stattfindet, wird bei der Beurkundung individueller Erklärungen üblicherweise nicht protokolliert, wenn die Beurkundung in den Amtsräumen der Urkundsperson erfolgt.

Fn 24 - Die blosser Angabe "apres lecture et approbation" wurde für ungenügend, und die Kaufsurkunde demzufolge als nicht entstanden betrachtet im Entscheid der AB FR über das Grundbuch vom 13.5.1968, ZBGR 49 (1968) S. 354-361. - Das Gesagte steht im Einklang mit den vom Bundesgericht entwickelten Anforderungen an die Beurkundung letztwilliger Geschäfte (letztwillige Verfügung, Erbvertrag). BGE 42 II 204 und 45 II 135 (139) verlangen die Ersichtlichmachung im Testament selbst, dass die gesetzlichen Verfahrensvorschriften gemäss Art. 500-502 eingehalten wurden. Äussere Beweismittel für den gesetzeskonformen Verfahrensablauf genügen nicht. So wurde in BGE 45 II 135 (139) das beurkundete Wort "Ablesung" als ungenügend qualifiziert, um die erfolgte notarielle Vorlesung ersichtlich zu machen. - Diese Strenge mag bei letztwilligen Geschäften insofern eher begründet sein als bei lebzeitigen, als die letztwilligen Akte zuweilen erst nach Jahrzehnten zum Tragen kommen, wenn jede äussere Beweisführung illusorisch oder von der zweifelhaften Erinnerung der Zeugen abhängig wird. Da das Testament den langen Weg zur Nachwelt vor sich hat, soll es alles erforderliche Beweis-Gepäck selber in sich tragen. Dagegen würden bei einem Grundstückskauf die Beurkundungsfehler - wenn jemand daraus eine Folgerung ziehen sollte - rasch zur Aufdeckung gelangen; die Beweisführung unter Lebenden, kurz nach der erfolgten Beurkundung, muss weitestgehend auch durch äussere Beweismittel zulässig sein. Aufgrund des Gesagten sollte die Strenge, die bei letztwilligen Geschäften gilt, nicht auch für die lebzeitige Verpfändung verlangt werden, trotz des Wortlautes von Art. 522 OR.

****§. 599****

2120 - Wird die Beurkundung ausserhalb der Amtsräume, etwa an einem Krankenbett, durchgeführt, so sollte eine Formulierung des Ingresses vermieden werden, welche den unzutreffenden Anschein erweckt, die erklärenden Personen hätten sich an die Adresse der Urkundsperson begeben. "Vor mir ist erschienen ..." ist in einem solchen Falle nur zulässig, wenn nicht im gleichen Zusammenhang auch die Büroadresse der Urkundsperson erwähnt wird.

2121 - Vorzuziehen ist bei auswärtiger Beurkundung allerdings die genaue Nennung der Adresse, an welche sich die Urkundsperson begeben hat und an welcher die zu Urkund erklärenden Personen alsdann vor der Urkundsperson erschienen sind. Die Glaubwürdigkeit der Urkunde gewinnt, wenn der Verfahrensablauf präzise protokolliert wird.

3. Bezeichnung der sachbeteiligten Personen und der Erschienenen in der Urkunde

2122 - *Bei der Beurkundung individueller Erklärungen und bei den Protokollierungen sind in der Urkunde zu nennen:*

- (a) die Klienten - bei den individuellen Erklärungen also die Sachbeteiligten - ferner*
- (b) alle zu Urkund oder zu unterschrittsbedürftigem Protokoll²⁵ erklärenden Personen²⁶ einschliesslich allfälliger Stellvertreter und Zeichnungsberechtigter²⁷ und*
- (c) die Beurkundungszeugen und Dolmetscher²⁸.*

Fn 25 - Zum Begriff der unterschrittsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

Fn 26 - Der Begriff der Person ist hier in einem weiteren Sinne als in demjenigen des Personenrechts zu verstehen; er umfasst neben den natürlichen Personen (allen Erschienenen) und den juristischen Personen auch die Handelsgesellschaften ohne juristische Persönlichkeit, ferner die Erbengemeinschaften und Vermögensmassen, für welche ein Erbschaftsverwalter oder Nachlassliquidator oder der Liquidator bei einem Nachlassvergleich mit Vermögensabtretung handelt, nicht jedoch einfache Gesellschaften, Stockwerkeigentümergeinschaften, ande-

re Verbindungen ohne juristische Persönlichkeit sowie Einzelfirmen (Vgl. BS GedrW Nr. 36: Die Eintragung von Grundstücken im Grundbuch auf den Namen einer Einzelfirma ist unzulässig).

Fn 27 - ZH NV § 15.

Fn 28 - Über den erforderlichen Detaillierungsgrad der Personenbezeichnung vgl. hienach. Für BS: § 236 Abs. 1 EGZGB BS: "Urkunde: aa) Inhalt und Sprache: Die öffentliche Urkunde muss bei Vermeidung der Nichtigkeit der Beurkundung enthalten: ... 2. Die ausreichend deutliche Bezeichnung der Parteien, der für sie handelnden Vertreter und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen"

****S. 600****

2123 - Die Personalangabe soll nach folgenden Regeln geschehen²⁹:

2124 - Bei allen natürlichen Personen sind fünf Merkmale anzugeben, nämlich

- 1. der Familienname³⁰, bei Frauen mit mit Doppelnamen gemäss Art. 160 Abs. 2 ZGB: der volle Doppelname³¹, nicht bloss der bisherige Name,**
- 2. mindestens ein voll ausgeschriebener Vorname,**
- 3. das Geburtsdatum³²,**
- 4. der Heimort³³ (bei Ausländern: die Nationalität) und**
- 5. der Wohnort^{34,35}.**

Fn 29 - Vgl. BE ND Art. 5 Abs. 1; BS NG § 3 Abs 2.

Fn 30 - Name und Vorname sind gemäss Eintrag im Zivilstandsregister zu beurkunden, BGE 112 II 64 i.S. Marc Ronca (gemäss Zivilstandsregister Markus Andreas Ronca); und MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 137. Im erwähnten Urteil führte das Bundesgericht aus (S. 67): "Für die Richtigkeit der Personalangaben in der Beglaubigung sind die Notare, nicht die Handelsregisterämter verantwortlich. Denn bei Beglaubigungen von Unterschriften vorweg die Identität des Unterzeichners festzustellen, im Zweifel also dessen Personennamen anhand eines amtlichen Ausweises genau nachzuprüfen, ist Sache der Notare, auch im Kanton Luzern." - Das Bundesgericht verlangt also nicht die notarielle Einsichtnahme ins Zivilstandsregister, sondern nur in einen amtlichen Ausweis. Die Urkundsperson darf sich auf den Wortlaut der Personalien in den vorgelegten - nicht immer zivilstandsregisterkonformen - Ausweispapieren verlassen. - Wünscht ein Verfahrensbeteiligter, mit einem Pseudonym, abweichend von den Ausweispapieren, in der Urkunde aufgeführt zu werden, so muss der sich aus den Papieren ergebende bürgerliche Name jedenfalls auch in der Urkunde aufgeführt und das Pseudonym als solches erkennbar gemacht werden. Gemäss dem zitierten Urteil wäre zu beurkunden und im Handelsregister eingetragen gewesen "Markus Andreas, genannt Marc Ronca".

Fn 31 - Vgl. MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (267): Le nom de famille d'une femme portant un double nom en vertu de l'art. 160 al. 2 CC ne peut être que son double nom complet; in gleichem Sinne BGE 116 II 76; das dort unter firmenrechtlichen Gesichtspunkten Ausgeführte muss analog auch für die Angabe des Namens in der öffentlichen Urkunde gelten.

Fn 32 - MANUEL MÜLLER, Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts in Grundbuchsachen, BN 1991 S. 213-222 (214) bezeichnet das Geburtsdatum als "das sicherste Identifikationsmerkmal einer Person" (vorausgesetzt, dass deren Name bekannt ist). Aus diesem Grund schreibe Art. 15 Abs. 4 GBV (Fassung vom 18.11.1987) vor, dass aus den Anwendungsbelegen das genaue Geburtsdatum (Tag, Monat, Jahr) hervorgehen muss.

Fn 33 - Nach Massgabe von Art. 22 Abs. 3 ZGB; vgl. MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (267).

Fn 34 - Unter Wohnsitz ist der zivilrechtliche Wohnort gemäss Art. 23 Abs. 1 ZGB, nicht der Arbeitsort zu verstehen. Vgl. MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (267).

Fn 35 - Das Erfordernis der Angabe der Heimatgemeinde bei Schweizerbürgern, der Nationalität bei Ausländern und des Wohnortes bei allen Personen ergibt sich bundesrechtlich aus Art. 40 und 78 Abs. 3 HRegV und sollte als ein Requisit von allgemeiner Tragweite in allen Kantonen anerkannt werden.

****S. 601****

2125 - Für die Sachbeteiligten - und nur für diese - soll zusätzlich der Zivilstand (ledig, verheiratet, verwitwet oder geschieden) angegeben werden.

2126 - Bei Grundstücksgeschäften Verheirateter ist zudem der Güterstand anzugeben.

2127 - Bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften ist die im Handelsregister, bei ausländischen Firmen die in einem ausländischen Firmenregister oder in den Statuten enthaltene Bezeichnung (Firma oder Name) anzugeben³⁶. Bei mehrsprachigen Firmen genügt die Angabe in einer Sprache. Ferner sollen die Rechtsform und der Sitz³⁷, schliesslich die für die betreffende Person im Beurkundungsverfahren handelnden natürlichen Personen und die Art ihrer Zeichnungsberechtigung³⁸ angegeben werden.

2128 - Bei öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten sind diese, d.h. die juristische Person, anzugeben, unter Beifügung des zum Handeln kompetenten Departements, der betreffenden Abteilung und der diese vertretenden natürlichen Personen³⁹.

2129 - Wirken Dolmetscher mit, so soll deren Identität ermittelt und in der Urkunde festgehalten werden.

2130 - Unbeurkundet bleibt die Identität eigener Hilfspersonen (der Kanzleiangestellten) der Urkundsperson, welche bei der Vorbereitung und Erstellung der Urkunde mitwirken.

2131 - Erläuterung: Die Identifizierbarkeit der zu Urkund und zu unterschriftsbedürftigem Protokoll erklärenden Personen ist keine Bedingung für die Entstehung⁴⁰ der öffentlichen Urkunde⁴¹, wohl aber in der Regel Voraussetzung für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes⁴² bzw. für die Rechtswirksamkeit des protokollierten Vorgangs. Denn bei

Fn 36 - Vgl. Art. 78 Abs. 3 HRegV; ZH NV § 12 Abs. 2; GE LN Art. 12 (raison sociale exacte des personnes morales).

Fn 37 - Beide Erfordernisse ergeben sich aus Art. 78 Abs. 3 HRegV und sind angesichts des Schweigens der meisten kantonalen Beurkundungserlasse zu den für juristische Personen erforderlichen Angaben als Orientierungshilfe von allgemeiner Tragweite zu betrachten; vgl. MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (267).

Fn 38 - So BE ND Art. 5 Abs. 2.

Fn 39 - Die blosser Angabe des Departementes oder der Verwaltungsabteilung, welche für das Geschäft zuständig ist und deren Angehörige im Beurkundungsverfahren handeln, ist ordnungswidrig, hindert aber die Entstehung der öffentlichen Urkunde nicht, wenn die von der Urkunde betroffene Person aufgrund der Angaben in der Urkunde bestimmbar ist.

Fn 40 - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 41 - Bei der Identifizierbarkeit handelt es sich um ein beurkundungsrechtliches Requisit, nicht um einen materiellrechtlichen Ausfluss aus dem Umfang des Formzwangs. Die Personalien der Sachbeteiligten, der Stellvertreter und der Beurkundungszeugen gehören nicht zum materiellrechtlich beurkundungsbedürftigen Geschäftsinhalt, sondern zu den beurkundungsrechtlich unabdingbaren Urkundenbestandteilen.

Fn 42 - LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 74, N 112 mit Verweis auf BGE 112 II 332, 111 II 145, 99 II 162, 97 II 52, und MARTI, Notariatsrecht

****S. 602****

der Beurkundung individueller Erklärungen kann die Erklärung rechtlich nicht zugeordnet werden, wenn die Erklärungs-Autorschaft nicht mit öffentlichem Glauben bezeugt ist. Dieses Zeugnis ist nicht geleistet, wenn der Erklärungs-Autor aufgrund der von der Urkundsperson ausgehenden Angaben in der Urkunde nicht mindestens bestimmbar ist⁴³. Fehlt es an diesen Angaben, so ist nicht bloss eine aus dem Geschäft berechnigte und verpflichtete Person ungewiss, sondern es sind **deren Erklärungen nicht öffentlich beurkundet**⁴⁴.

2132 - Fehlt es bei der Protokollierung einer Veranstaltung an der urkundlichen Angabe des Veranstalters, so ist möglicherweise der Vorgang in seinem äusseren Ablauf zutreffend protokolliert und

es mag eine öffentliche Urkunde entstanden sein. Diese Urkunde hat aber nicht den Charakter eines notariellen Protokolls der Verbandsveranstaltung, weil die Zurechnung der Veranstaltung zum Verband nicht mit öffentlichem Glauben bezeugt ist. Dieses Zeugnis ist unumgänglich für die notarielle Beurkundung der Verbandsveranstaltung.

2133 - Hat eine erschienene Person falsche Personalien angegeben (Identitätsschwindel), so sind deren Erklärungen ebenfalls nicht öffentlich beurkundet⁴⁵, sondern allenfalls als anonym gesprochenes Wort protokolliert.

2134 - Manche kantonale Erlasse dispensieren von der Angabe des Geburtsdatums⁴⁶ oder verlangen zusätzlich die Angabe des Berufes⁴⁷

(1983) S. 135, N 1 zu Art. 5 ND BE leiten die Notwendigkeit der Nennung der Sachbeteiligten aus dem materiellen Recht, nicht aus dem Beurkundungsrecht ab. MARTI schreibt: "Werden sie [die Vertragsparteien] nicht genannt, ist ein notwendiger Vertragsbestandteil - zwischen wem der Vertrag abgeschlossen wurde - nicht öffentlich beurkundet, so dass die Urkunde aus materiellrechtlichen Gründen ungültig ist."

Fn 43 - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 165, N 581, erkennt zutreffend (und diesbezüglich abweichend von MARTI), dass die Angabe der Geschäftsparteien nicht den Inhalt des Vertrages betrifft. Nach seiner Auffassung ergibt sich aus diesen Angaben jedoch, "welche Personen aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet werden." [...] "Diese Überlegung (Klarstellungsfunktion über die Berechtigten und Verpflichteten) rechtfertigt den Einbezug [der Personalangaben] in den Formzwang." - Nach der hier vertretenen Auffassung ist die schriftliche Erklärung einer in der Urkunde ungenannt bleibenden Person allenfalls als die Protokollierung eines Vorgangs zu qualifizieren, nicht aber als Beurkundung der betreffenden Erklärung. - CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 104, qualifiziert die Nennung der Namen aller Verfahrensbeteiligten als Gültigkeitserfordernis (wobei dieser Autor keinen Unterschied macht zwischen beurkundungsrechtlicher Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde und materiellrechtlicher Geschäftungültigkeit).

Fn 44 - Vgl. hierzu Ziff. 81.

Fn 45 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 154, N 5 zu Art. 13 ND, welcher die Angabe falscher Personalien als das "Fehlen der Identität" bezeichnet.

Fn 46 - Die Angabe des vollständigen Geburtsdatums ist in den meisten Kantonen nicht ausdrückliche Vorschrift; vgl. etwa GE LN Art. 12 (mit Ausnahme von "actes portant aliénation d'immeubles"); seine systematische Erwähnung in öffentlichen Urkunden ist jedoch zu empfehlen, weil es neben dem Namen das präziseste Identifikations-

****S. 603****

oder der Wohnadresse⁴⁸, oder sie umschreiben die für die Sachbeteiligten erforderlichen Zusatzangaben anders⁴⁹.

2135 - Der **Wohnort** ist häufigem Wechsel unterworfen und lässt sich aufgrund des Passes nicht kontrollieren. Trotzdem ist seine Angabe wichtig. Die **genaue Adresse** (Strasse und Hausnummer) ist empfehlenswert bei der Nennung von Testatoren, Erben und Vermächtnisnehmern⁵⁰, weil mit diesen Personen zu einem späteren Zeitpunkt eventuell ein amtlicher Kontakt gesucht werden muss.

2136 - Wechselhaft sind Zivilstand und Beruf, wobei die **Berufsangabe** in Ermessensbereiche führt, welche sie für die Personenidentifikation grundsätzlich als ungeeignet erscheinen lässt; sofern das kantonale Recht die Angabe von Berufen nicht zwingend erfordert, ist sie nicht zu empfehlen. Keinesfalls kann die Berufsangabe als Bedingung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde betrachtet werden.

2137 - Die Angabe des **Personalstatuts juristischer Personen**, d.h. der Jurisdiktion, unter deren Recht sie inkorporiert wurden, ist in den USA üblich, weil dort statutarischer Sitz und Inkorporationsstaat häufig verschieden sind. Fast überall sonst, namentlich bei allen juristischen Personen mit Sitz in kontinentaleuropäischen Ländern, gibt es keine Divergenz zwischen Sitz-Staat und Personalstatut, so dass die Angabe "... inkorporiert unter dem Rechte des States X" hier überflüssig ist.

2138 - Abzulehnen ist die Angabe der **AHV-Nummer** in der öffentlichen Urkunde. Als "Bürgernummer" kann der häufige Gebrauch der AHV-Nummer zu Missbräuchen führen, die unter dem Gesichtswinkel des Datenschutzes unerwünscht sind und denen das Beurkundungswesen nicht Vorschub leisten soll⁵¹.

2139 - Die Urkunde ist auch bei unkontrollierter, aber zutreffend beurkundeter Identität entstanden und materiellrechtlich gültig. Jedoch

merkmal für eine Person darstellt und zugleich deren Volljährigkeit oder Minderjährigkeit ohne weiteres belegt. - Die Angabe nur des Geburtsjahres verlangen: ZH NV § 12 Abs. 1 für alle Beteiligten), BE ND Art. 5 Abs. 1 lit. c (nur für Vertragsparteien).

Fn 47 - So ZH NV § 12 Abs. 1; BE ND Art. 5 Abs. 1 lit. b; GE LN Art. 12.

Fn 48 - ZH NV § 12 Abs. 1.

Fn 49 - BE ND Art. 5 Abs. 1 lit. b verlangt für die Vertragsparteien zusätzlich nur das Geburtsjahr; im übrigen sind für alle zu identifizierenden Personen die gleichen Angaben verlangt; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 136, N 6 zu Art. 5 ND BE.

Fn 50 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 136, N 5 zu Art. 5 ND BE, erachtet bei Klienten aus grösseren Ortschaften die Angabe der Adresse generell für zweckmässig.

Fn 51 - Sollte die AHV-Nummer bei der EDV-mässigen Führung des Grundbuches Verwendung finden, so gehört sie trotzdem nicht in die öffentlichen Urkunden, jedenfalls nicht in solche ausserhalb des Grundstücksverkehrs.

****S. 604****

fehlt ihr die **Ersichtlichkeit** dieser Gültigkeit und damit beispielsweise gegenüber dem Grundbuch die Eintragungsfähigkeit⁵².

4. Angabe von Name und Amtssitz der Urkundsperson

2140 - Es kann auf das vorn, Ziff. 1227 ff. Gesagte, verwiesen werden.

5. Keine Erwähnung der Handlungsfähigkeit

2141 - *Die Handlungsfähigkeit natürlicher Personen soll - vorbehältlich gegenteiliger kantonaler Vorschrift - in der Urkunde nicht erwähnt werden. Durch die Beurkundung von individuellen Erklärungen und von Erklärungen zu unterschriftsbedürftigem Protokoll bezeugt die Urkundsperson stets stillschweigend, dass sie aufgrund der für sie erkennbaren Umstände im Umgang mit den erklärenden Personen keinen Anlass hatte, an deren Handlungsfähigkeit zu zweifeln, oder dass anfängliche Zweifel durch geeignete Kontrollmassnahmen zerstreut wurden.*

2142 - *Bleibt für die Urkundsperson unklar, ob das für das konkrete Geschäft erforderliche Mass an Urteilsfähigkeit vorhanden ist, so gebieten ihr einzelne kantonale Erlasse, die Beurkundung vorzunehmen und die notariellen Zweifel in der Urkunde zu protokollieren⁵³. - Eine solche Vorgehensweise soll aber*

Fn 52 - Stellen Ämter oder Private besondere Anforderungen an die Ersichtlichkeit bestimmter Sachverhalte in der Urkunde, so gehören solche Anforderungen streng genommen nicht dem Beurkundungsrecht an, sondern sind als Bedingungen zu betrachten, denen sich zu fügen hat, wer von dem betreffenden Amt oder Privaten einen Dienst erwartet. So verlangen gewisse deutsche Amtsstellen bei der Beglaubigung von schweizerischen Firmenunterschriften, dass in der Beglaubigung steht, die Urkundsperson habe die Zeichnungsbefugnis durch Einsichtnahme ins Handelsregister kontrolliert. - Demgegenüber wird in der Schweiz die Beurkundung der Zeichnungsbefugnis auch dann akzeptiert, wenn sie aus dem bestehenden, nicht aktuell beim Handelsregister kontrollierten Wissen der Urkundsperson heraus erfolgt und wenn auf die Erwähnung einer Kontrollhandlung verzichtet wird. Es nützt nichts, die deutschen Urkundenempfänger darüber zu belehren, dass nach schweizerischem Beurkundungsrecht im erwähnten Fall keine Kontrollhandlung protokolliert zu werden braucht. Der ausländische Urkundenempfänger ist frei, selber die Bedingungen festzusetzen, unter denen er eine Beglaubigung gelten lässt.

Fn 53 - So auch § 11 Abs. 1 des deutschen BeurkG: "Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten soll der Notar in der Niederschrift feststellen."

****§. 605****

letzter Ausweg sein. Denn sie führt zu einer unklaren und damit konflikträchtigen Rechtslage; dies läuft dem Sinn der öffentlichen Beurkundung zuwider.

2143 - Wenn urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB individuelle Erklärungen zu Urkund abgeben, so soll die Zustimmungserklärung des gesetzlichen Vertreters entweder in der Urkunde selber protokolliert oder ihr als Beilage beigefügt werden⁵⁴.

2144 - Erläuterung: Die Handlungsfähigkeit volljähriger Personen wird vermutet⁵⁵. Sie soll von der Urkundsperson in der Urkunde nicht bezeugt werden, weil das notarielle Zeugnis in diesem Punkt keinen öffentlichen Glauben zu schaffen vermag⁵⁶. Dies sei nachstehend näher begründet.

2145 - Die Wahrheitsfindung der Urkundsperson geht im Normalfall nicht über das stillschweigende Abstützen auf die Vermutung der Urteilsfähigkeit hinaus. Die Urkundsperson kann diese bloss, durch keine Kontrollhandlungen erhärtete Vermutung nicht zu einer Tatsache öffentlichen Glauben erheben. Stützt sich die Urkundsperson jedoch auf ein ärztliches Zeugnis oder ein psychiatrisches Gutachten ab, so kann die Wahrheitsgeltung des notariellen Zeugnisses nicht über die Glaubhaftigkeit des ärztlichen Befundes hinausgehen; auch in diesem Falle wird kein öffentlicher Glaube geschaffen. - Hieraus ergibt sich das Postulat, dass die Urkundsperson eine ausdrückliche Bezeugung der Handlungsfähigkeit der vor ihr erschienenen Personen in notarieller Wahrheitsverantwortung und mit dem Anspruch auf öffentlichen Glauben unterlassen soll.

2146 - Wurde ein Handlungsfähigkeitszeugnis oder ein Arztzeugnis einverlangt, so sind die erwähnten Belege als Nebenakten⁵⁷ bzw. im Klientendossier dauerhaft aufzubewahren. Ihre Beifügung an die Urkunde als Beilage ist nicht zu empfehlen, da dies einer Blossstellung der betreffenden Klientenschaft in den Augen der Urkunden-Leser gleichkäme; die zu Urkund erklärende Person braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass ärztliche Äusserungen über ihren Geisteszustand beliebigen Urkundenlesern offengelegt werden.

2147 - Wenn urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters gemäss Art. 19 Abs. 1 ZGB individuelle Erklärungen zu Urkund abgeben, bedarf diese Zustimmungserklärung nicht der öffentlichen Beurkundung. Sie soll aber in Schriftform eingeholt und zweckmässigerweise wie eine Vollmacht

Fn 54 - Zur Zulässigkeit solcher Beurkundungen vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 155, N 8 zu Art. 13 ND BE.

Fn 55 - Vgl. BGE 105 II 212 f., 91 II 338, 74 II 205 E. 1. Wer Urteilsunfähigkeit behauptet, hat diese zu beweisen, unabhängig vom Vorliegen einer öffentlichen Urkunde.

Fn 56 - Vgl. BGE 117 II 231, E. 2b; anders MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 155, N 10 zu Art. 13 ND BE.

Fn 57 - Zum Begriff der Nebenakten vgl. Ziff. 1462 und 1465.

****§. 606****

dem Akt beigefügt, d.h. mit Schnur und Siegel mit der Haupturkunde⁵⁸ verbunden werden, damit die bei solchen Personen aufgrund der äusseren Gegebenheiten zu vermutende Handlungsunfähigkeit durch die Urkunde selbst beweiskräftig widerlegt wird.

2148 - Sind die gesetzlichen Vertreter während des Beurkundungsvorganges persönlich anwesend, so kann ihre Zustimmungserklärung in die öffentliche Urkunde selber aufgenommen werden. In diesem Falle hat die schriftliche Festhaltung der Zustimmungserklärung den Charakter einer **Proto-**

kollaufnahme (Erklärung zu Protokoll, nicht zu Urkund, weil die Urkundsperson sich nicht um den wirklichen Willen der Zustimmungenden zu kümmern hat). Die Protokollierung ist als unterschäftsbedürftiges Protokoll⁵⁹ zu gestalten, d.h. die Unterschrift des zustimmenden gesetzlichen Vertreters auf der Urkunde selbst ist einzuholen; die Unterschrift hat die protokollierte Zustimmungserklärung abzudecken.

6. Angabe von Vertretungsverhältnissen aufgrund von Vollmacht oder gesetzlicher Stellvertretung

2149 - Handeln einzelne Erschienene als bevollmächtigte Stellvertreter oder als gesetzliche Vertreter für abwesende Sachbeteiligte, so ist ihre Vertreterereigenschaft in der Urkunde zu erwähnen⁶⁰. Wird eine erklärende Person in der Urkunde nicht als Vertreterin bezeichnet, so gilt sie als Sachbeteiligte⁶¹; war für die Urkundsperson erkennbar, dass die Person als Vertreterin für einen Dritten handeln wollte, so liegt eine Falschbeurkundung im Sinne von Art. 317 StGB bezüglich der Verfahrensstellung der erklärenden Person vor. Dies verhindert die Entstehung der öffentlichen Urkunde⁶².

Fn 58 - Zum Begriff der Haupturkunde vgl. Ziff. 1358.

Fn 59 - Zum Begriff der unterschäftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

Fn 60 - So ZH NV § 15; BE ND Art. 5 Abs. 3. - In gleichem Sinne LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 75, N 113, mit Verweis auf BGE 112 II 332, 99 II 162, KG GR ZBGR 69 (1988) S. 272 ff., ferner JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 122, 433; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1936) N 5 zu Art. 216 OR.

Fn 61 - Vgl. einen solchen Fall im BGE vom 4.7.1972 i.S. Holderbank/Nägeli, ZBGR 54 (1973) 367-371, wo der Käufer als Treuhänder für Holderbank ohne Kundgabe eines Vertretungswillens in eigenem Namen ein Kaufrecht erwarb. Seine Ausübungserklärung konnte trotz privatschriftlicher Abtretung seiner Rechte an Holderbank keine vertraglichen Rechte der Holderbank gegenüber dem Kaufrechtsbesteller Nägeli geben.

Fn 62 - Vgl. Urteil des KG-Ausschusses GR vom 27.1.1989, ZBGR 74 (1993) S. 44-49 und PKG (1989) Nr. 37 S. 151-156, sowie (in gleicher Sache) BGE 112 II 330; ferner BGE vom 24.9.1986 = Pra 1987 Nr. 21 und BN 1987, S. 99; Urteil des KG GR vom 1.7.1985, PKG (1985) S. 24.

****S. 607****

2150 - Zur dauerhaften Sicherung des Beweises soll bei den durch bevollmächtigte Stellvertreter abgegebenen Erklärungen zu Urkund die Vollmacht im Original oder in beglaubigter⁶³ Fotokopie entweder der Urkunde als Beilage beigefügt⁶⁴, oder sie soll in die notarielle Belegsammlung aufgenommen werden⁶⁵. Vormundschaftliche Legitimationsbelege im Falle gesetzlicher Vertretung brauchen der Urkunde nicht beigefügt zu werden⁶⁶, da sie in originaler Fassung oder Kopie auch bei der zuständigen Vormundschaftsbehörde aufbewahrt und erforderlichenfalls dort eingesehen werden können. Elterliche Gewalt wird in der Urkunde üblicherweise nicht belegt.

2151 - Mit der Beurkundung der Bevollmächtigung oder der gesetzlichen Vertretung bringt die Urkundsperson stillschweigend zum Ausdruck, dass die relevanten Vollmachten mit gehöriger Sorgfalt kontrolliert wurden. Die vorgenommene Vollmachtenkontrolle braucht in der Urkunde nicht ausdrücklich erwähnt zu werden, jedoch soll das Vorhandensein der Vollmacht bzw. die Art, wie sich die Urkundsperson von der Bevollmächtigung überzeugt hat⁶⁷, angegeben werden.

2152 - Wird während des Beurkundungsvorgangs durch einen Stellvertreter oder gesetzlichen Vertreter keine Vollmacht und kein vormundschaftlicher Ernennungsbeschluss vorgelegt und wird aus wichtigem Grund gleichwohl beurkundet, so solle das Nichtvorhandensein des Legitimationsbelegs anlässlich der Beurkundung und der besondere Grund für die Vornahme der Beurkundung in der Urkunde protokolliert werden⁶⁸.

2153 - *Wenn ein Vollmachtgeber der Urkundsperson persönlich bekannt ist und ihr gegenüber mündlich oder telefonisch die Bevollmächtigung des Stellvertreters bestätigt hat, so soll diese Tatsache in der Urkunde zum Ausdruck gebracht werden.*

2154 - Erläuterung: Die näheren Angaben zur Art der Vertretungsbefugnis, die Erwähnung ihres Inhaltes und des Vollmachtendatums im Urkudentext oder die Erwähnung eines vormundschaftlichen Ernennungsbeschlusses müssen als Ordnungsvorschriften gelten, deren Nichteinhaltung die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes nicht beschlägt. Das Nützlichkeits dieser Angaben ergibt sich daraus, dass die materiellrechtliche Gültigkeit des öffentlich beurkundeten Geschäftes so weit als möglich aus der Urkunde selber ersichtlich sein soll⁶⁹.

Fn 63 - Das Beglaubigungserfordernis findet sich in BE ND Art. 8 Abs. 1.

Fn 64 - So BE ND Art. 8 Abs. 1; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 136, N 5 zu Art. 5 ND BE; BS NG § 11 Abs. 2.

Fn 65 - ZH NV § 15 Abs. 3: Die Ausweise werden bei den Belegen aufbewahrt, sofern sie nicht für eine andere Amtsstelle bestimmt sind.

Fn 66 - Anders BE ND Art. 8 Abs. 1, wo die Beifügung der Bestellungsurkunde verlangt wird.

Fn 67 - So ZH NV § 15 Abs. 1.

Fn 68 - So ZH NV § 17.

Fn 69 - Zum Erfordernis der Ersichtlichkeit vgl. vorn, Ziff. 1593 ff.

****S. 608****

2155 - Bei den individuellen Erklärungen sollen Vollmachten wenn immer möglich der Urkunde als Beilagen beigelegt werden. Ist die Unterschrift der Vollmachtgebers beglaubigt - worauf die Urkundsperson zu insistieren hat, wenn nicht Dringlichkeit oder andere wichtige Gründe einen Verzicht auf die Beglaubigung rechtfertigen - so umfasst die Urkunde in der Gestalt der Vollmacht eine authentische und notariell authentifizierte individuelle Willenserklärung jener sachbeteiligten Person, zu deren Schutz das Beurkundungsverfahren letztlich dienen soll, und deren Geschäftsmotive demgemäss beurkundungsrechtlich von Belang sind. Die Vollmacht ist in diesem Falle das authentische "Lebenszeichen" jener Person, kraft deren Bevollmächtigungswillens Erklärungen zu Urkund abgegeben werden. Die beigelegte Vollmacht lässt möglicherweise auch gewisse Geschäfts- oder Bevollmächtigungsmotive erkennen, namentlich wenn es sich um eine Spezialvollmacht für ein Grundstücksgeschäft mit Preislimiten und anderen konkreten Angaben handelt, aber auch im Falle einer Generalvollmacht, welche für die Dauer einer längeren Ortsabwesenheit ausgestellt wurde. Dies alles trägt zum Gehalt der öffentlichen Urkunde bei und ist aus diesem Grunde beizufügen.

2156 - Die Pflicht zur Protokollierung des Nichtvorhandenseins von Legitimationsbelegen entspringt einer Ordnungsregel. Die Ersichtlichmachung der Vertretungsbefugnis ist in diesem Falle ungenügend. Die Aufmerksamkeit des Urkunden-Lesers soll auf diesen Umstand hingelenkt werden, damit kein falscher Anschein notariell geprüfter Gültigkeit entsteht.

2157 - Die Angabe des besonderen Grundes für die Vornahme der Beurkundung trotz fehlenden Legitimationsbelegs zwingt die Urkundsperson zu Sorgfalt und erleichtert dem Urkunden-Leser eine eigene Beurteilung der Frage, ob die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes anzunehmen oder ob sie zweifelhaft ist.

7. Angabe der Zeichnungsbefugnis erschienener natürlicher Personen für Handelsgesellschaften und juristische Personen

2158 - *Handeln einzelne Erschienene als Zeichnungsberechtigte für Handelsgesellschaften und juristische Personen, so ist dieser Umstand in der Urkunde zu erwähnen. Die klare Unterscheidung der sachbeteiligten Firmen und der in*

****S. 609****

ihrem Namen handelnden zeichnungsberechtigten natürlichen Personen ist ein bundesrechtliches Gültigkeitserfordernis⁷⁰.

2159 - *Da die in einem schweizerischen Handelsregister eingetragene Zeichnungsberechtigung als öffentlich bekannt gilt, braucht die Urkundsperson in der Urkunde nicht zum Ausdruck zu bringen, wie sie sich Kenntnis vom Vorhandensein der Zeichnungsberechtigung verschafft hat. Grundsätzlich hat sie, wie jedermann, teil an der von Rechts wegen vermuteten öffentlichen Kenntnis des jeweiligen Handelregisterstandes, soweit dieser publiziert ist.*

2160 - *Mit der Bezeugung der Zeichnungsberechtigung eines Erschienenen bezeugt die Urkundsperson implizit auch die Existenz der vertretenen Handelsgesellschaft oder juristischen Person.*

2161 - *Wird die Zeichnungsberechtigung (und damit die Existenz der vertretenen Firma) durch den Auszug aus einem ausländischen Handelsregister oder einer ähnlichen ausländischen Einrichtung nachgewiesen, so soll die Urkundsperson den betreffenden Legitimationsbeleg im Original oder in beglaubigter Fotokopie, analog zum Vorgehen bei rechtsgeschäftlichen Vollmachten, als Beilage der Urkunde beifügen.*

2162 - *Wird während des Beurkundungsvorgangs durch den Zeichnungsberechtigten einer ausländischen Firma kein Legitimationsbeleg vorgelegt und wird aus wichtigem Grund gleichwohl beurkundet, so soll das Nichtvorhandensein des Legitimationsbelegs anlässlich der Beurkundung und der besondere Grund für die Vornahme der Beurkundung in der Urkunde protokolliert werden.*

2163 - Erläuterung: Ist die Urkundsperson ihrer Kenntnis der Zeichnungsberechtigung eines Erschienenen sicher, dann braucht sie nicht Einsicht in einen neuesten Handelsregisterauszug zu nehmen, darf dann aber auch nicht eine derartige Einsichtnahme protokollieren, die nicht stattgefunden hat⁷¹.

2164 - Hat die Urkundsperson aktualisierende Kontrollhandlungen vorgenommen, d.h. hat sie in einen ihr vorgelegten Handelsregisterauszug Einsicht genommen oder mit dem zuständigen Handelsregisteramt oder mit ihr persönlich bekannten Organen der betreffenden Firma telefoniert, so dient die Protokollierung dieser Kontrollhandlungen in der Urkunde der Ersichtlichmachung der notariell geprüften

Fn 70 - Dies ergibt sich durch Analogieschluss aus dem Urteil des KGA GR vom 27.1.1989, PKG (1989) 37 S. 151-156, und aus BGE 112 II 330.

Fn 71 - Die Mehrzahl der Unterschriftsbeglaubigungen von Firmenunterschriften erfolgt in dieser abgekürzten Weise, ohne Bezugnahme auf eine Handelsregistereinsicht. Grössere Firmen verkehren mit dem Handelsregisteramt durch die Vermittlung eines "Haus-Notars", dessen Büro dann die zahlreichen Unterschriftsbeglaubigungen ausfertigt, die im Laufe der Zeit nötig werden, und zwar regelmässig ohne Konsultation des Handelsregisters. Bei öffentlich beurkundeten Verträgen wird grösseres Gewicht auf die Ersichtlichmachung gelegt; hier wird zuweilen ein relativ frischer Handelsregisterauszug zur Dokumentation der Vertretungsbefugnis urkundenmässig mit dem Akt verbunden.

****S. 610****

Gültigkeit; die materiellrechtliche Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes hängt davon jedoch nicht ab.

2165 - Hat die Urkundsperson keine Kontrollhandlungen vorgenommen, weil es ihr unmöglich oder unnötig erschien, dann dürfen auch keine Kontrollhandlungen in der Urkunde protokolliert werden. Die in der Urkunde bezeugte Vertretungsbefugnis stellt in diesem Falle das aus eigenem Wissen

geschöpfte, mit voller notarieller Wahrheitsverantwortung abgegebene Zeugnis der Urkundsperson dar⁷².

2166 - Hat die Urkundsperson für eine solche Bezeugung weder die nötigen Legitimationsbelege vor Augen noch aus bestehendem Wissen die nötige Gewissheit, besteht aber ein besonderer Grund für Beurkundung, so ist die Zeichnungsbefugnis des Erschienenen als dessen Behauptung kenntlich zu machen⁷³.

2167 - Nicht erforderlich ist bei Firmenvertretern die Angabe ihres Ranges (Verwaltungsratsmitglied, Direktor, Vizedirektor). Beurkundet die Urkundsperson die erschienenen Firmenvertreter lediglich als "kollektiv zeichnungsberechtigt für die X-AG", so genügt dies.

2168 - Werden durch Firmenvertreter Grundstücke veräussert oder belastet, so ist die Urkundsperson dafür verantwortlich, dass keine Kompetenzüberschreitung gemäss Art. 459 Abs. 2 OR vorliegt. Jeder Urkunden-Adressat darf sich darauf verlassen, dass die Urkundsperson das Ausreichen der Vertretungsbefugnis kontrolliert hat. Die schweizerischen Grundbuchämter sind gehalten, bei einschlägigen Geschäften, die durch Prokuristen unterzeichnet werden, die notarielle Beurkundung zu verlangen, wonach die entsprechende Handlungsbefugnis gemäss Art. 459 Abs. 2 OR vorhanden ist.

2169 - Wo juristische Personen des **anglo-amerikanischen Rechtskreises** vor schweizerischen Urkundspersonen auftreten, ist daran zu denken, dass die Institution des Handelsregisters und diejenige der generell verliehenen Zeichnungsbefugnis, welche alle vom statutarischen Gesellschaftszweck gedeckten Rechtsgeschäfte umfasst, dem dortigen Recht fremd ist, desgleichen der dem schweizerischen Juristen vertraute Organbegriff. Statt dessen weisen die Vertreter solcher ausländischer Firmen ihre Vertretungsmacht regelmässig durch Organbeschlüsse nach, welche ihnen für das konkrete Geschäft die Handlungsvollmacht

Fn 72 - Entsprechend dem aus eigenem Wissen geschöpften Identitätszeugnis "persönlich bekannt". Übernimmt die Urkundsperson aufgrund ihres eigenen Wissens die Wahrheitsverantwortung, dann wählt sie etwa die Formel "Erschienen ist X, handelnd für die Y-AG als deren einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsratspräsident, was hiermit beurkundet wird."

Fn 73 - Etwa durch eine Formulierung nach folgendem Muster: "*Vor mir, der Urkundsperson, ist erschienen N.N., nach seiner eigenen, von der Urkundsperson nicht kontrollierten Erklärung handelnd als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer für die X-GmbH, München...*".

****S. 611****

erteilen. Die schweizerische Urkundsperson kann in diesem Falle nichts weiter tun, als die ihr vorgelegten Organbeschlüsse (mit unbekanntem Unterschriften und einem "corporate seal" [d.h. Firmensiegel]) mit Schnur und Siegel der schweizerischen Urkunde beiheften; ausserhalb der Kognition und Prüfungsverantwortung der schweizerischen Urkundsperson liegt in einem solchen Falle die Frage, ob es mit der Ermächtigung im Sitzstaat seine Richtigkeit hat⁷⁴.

8. Ersichtlichmachung der Gültigkeit durch Protokollierung von Kontrollhandlungen

2170 - *Die Urkundsperson soll alle Sachverhalte, welche sie ermittelt hat und welche für die Entstehung der Urkunde und die materiellrechtliche Gültigkeit des Geschäftes⁷⁵ bedeutsam sind, in der Urkunde erwähnen, soweit dies unter dem Gesichtswinkel des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes sinnvoll und soweit es üblich ist.*

2171 - *Die Art der Identitätsermittlung ist in der Urkunde bezüglich aller Personen stichwortartig zu beschreiben ("persönlich bekannt"⁷⁶ oder Nennung des Ausweispapiers⁷⁷), deren Identität die Urkundsperson in der Urkunde bezeugt⁷⁸. Die Kontrolle der Ähnlichkeit von Passfoto und Aus-*

sehen der betreffenden Person sowie der Ähnlichkeit von Unterschrift im Ausweispapier und Unterschrift auf der öffentlichen Urkunde ist nicht zu erwähnen.

2172 - Wird in fremdem Namen gehandelt und bezeugt die Urkundsperson in der Urkunde die Vertretungsbefugnis, so soll sie im Ingress angeben, wie sie sich von der Bevollmächtigung, gesetzlichen Vertretungsbefugnis oder Zeichnungsberechtigung der erschienenen Person überzeugt hat⁷⁹.

2173 - Erläuterung: Die Gültigkeit öffentlich beurkundeter Geschäfte hängt nicht davon ab, dass die Einhaltung sämtlicher für die Entstehung der Urkunde relevanter Verfahrensregeln aus der Urkunde selbst

Fn 74 - Aus dem gleichen Grund pflegen Behörden in den englischsprachigen Ländern nicht nach schweizerischen Handelsregisterauszügen zu fragen, sondern lassen sich lieber durch notarielle Auszüge aus Verwaltungsratsbeschlüssen und Gesellschaftsstatuten (Zweckklausel) dokumentieren.

Fn 75 - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 76 - Zu den Voraussetzungen und zur Bedeutung des notariellen Zeugnisses der persönlichen Bekanntheit vgl. Ziff. 959 ff.

Fn 77 - Die Nennung von Identitätszeugen in der Urkunde ist nicht empfehlenswert; vgl. vorn, Ziff. 976.

Fn 78 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 155, N 6 zu Art. 13 ND BE.

Fn 79 - So ZH NV § 15 Abs. 1.

****S. 612****

ersichtlich werde, bzw. dass sie aus der Urkunde selbst mit öffentlichem Glauben beweisbar sei. Die Ersichtlichmachung des vorschriftsgemässen Verfahrensverlaufs in der Urkunde selbst ist nur bezüglich der zum Kernbereich der Verfahrensregeln gehörenden Abläufe, nämlich bezüglich der Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde in Anwesenheit der Urkundsperson⁸⁰ unabdingbares Erfordernis.

2174 - Denn die Urkunde erfüllt ihren Gebrauchszweck im Rechtsverkehr optimal nicht bereits dadurch, dass sie entstanden ist und das beurkundete Geschäft gültig dargestellt, sondern dadurch, dass diese Gültigkeit aus der Urkunde selber in üblichem Umfange (nie umfassend) **ersichtlich wird**.

2175 - Durch die Ersichtlichmachung vorgenommener Kontrollhandlungen in der Urkunde selbst wird deren Glaubwürdigkeit und damit ihr Beweiswert im Rechtsverkehr verbessert. Gleichzeitig beschränkt die Urkundsperson ihre Wahrheitsverantwortung auf die sorgfältige Vornahme aller ersichtlich gemachten Kontrollhandlungen. Wann immer die Urkundsperson Kontrollhandlungen in der Urkunde protokolliert, entledigt sie sich der Wahrheitsverantwortung bezüglich des bei fast allen Kontrollhandlungen unvermeidlich verbleibenden Gewissheitsdefizits.

2176 - Zur Veranschaulichung des Gesagten dient die unterschiedliche Formulierung der Identitätsbezeugung bei einer Unterschriftsbeglaubigung. Wenn die Urkundsperson den Unterzeichner als "der Urkundsperson persönlich bekannt" beurkundet, übernimmt sie selber uneingeschränkte Wahrheitsgewähr für seine Identität. Protokolliert sie statt dessen eine Ermittlungshandlung ("ausgewiesen durch seinen Pass"), so schränkt sie ihre Wahrheitsgewähr auf die sorgfältige Ausweiskontrolle ein und lässt das Risiko offen, dass der Ausweis in einer nicht erkennbaren Weise gefälscht gewesen sein könnte.

Fn 80 - Das Bundesgericht hat die Ersichtlichmachung dieser dem Kernbereich der öffentlichen Beurkundung zugehörigen Vorschrift für letztwillige Geschäfte in den Entscheiden 42 II 204 und 45 II 135 (139) verlangt und ausgeführt, äussere Beweismittel für den gesetzeskonformen Verfahrensablauf genügten nicht. In BGE 45 II 139 wurde das beurkundete Wort "Ablesung" als ungenügend qualifiziert, um die erfolgte notarielle **Vorlesung**

ersichtlich zu machen. - Man mag jenen Entscheid, welcher nicht einmal eine nachträgliche **Interpretation** verwendeter Wörter zulässt, als übermässig streng qualifizieren. Die Strenge mag bei letztwilligen Geschäften insofern eher begründet sein als bei lebzeitigen, als die letztwilligen Akte zuweilen erst nach Jahrzehnten zum Tragen kommen, wenn jede äussere Beweisführung illusorisch oder von der zweifelhaften Erinnerung der Zeugen abhängig wird. Da das Testament den langen Weg zur Nachwelt vor sich hat, soll es alles erforderliche Beweis-Gepäck selber in sich tragen. Dagegen würden bei einem Grundstückskauf die Beurkundungsfehler - wenn jemand daraus rechtliche Konsequenzen ziehen wollte - rasch zur Aufdeckung gelangen; die Beweisführung unter Lebenden, kurz nach der erfolgten Beurkundung, muss weitergehend als bei letztwilligen Geschäften durch äussere Beweismittel zulässig sein.

****S. 613****

2177 - Wo immer die Urkundsperson weder eigenes Wissen ("persönlich bekannt") beurkundet noch eine aktualisierende Kontrollhandlung protokolliert, bezeugt sie implizit, dass **sie selber aufgrund pflichtgemässer Aufmerksamkeit bezüglich der relevanten Sachverhalte keinen Anlass zu Zweifeln gehabt hat**.

2178 - Zur Ersichtlichmachung von Kontrollhandlungen kann im einzelnen folgendes gesagt werden:

2179 - Die Erwähnung, wie die **Identität** (die Personalien) der Erschienenen kontrolliert wurde, wird in manchen kantonalen Beurkundungserlassen ausdrücklich verlangt. Die Beurkundungspraxis geht dahin, die Identitätskontrolle mit Stichworten wie "Ausweis: Pass" zu protokollieren. Mit der Nennung des eingesehenen Identifikationspapiers schränkt die Urkundsperson, wie dargetan, ihre Verantwortung auf die sorgfältige Vornahme des protokollierten Kontrollvorgangs ein. War der Pass gefälscht und die in der Urkunde genannten Personalien also unrichtig, so trifft die Urkundsperson kein Vorwurf der Falschbeurkundung, wenn sie den vorgelegten Pass mit pflichtgemässer Sorgfalt kontrolliert hat.

2180 - Als Ordnungsvorschrift gilt in den meisten Kantonen, dass der vorgelegte Ausweis in der Urkunde zu nennen ist⁸¹. Die Nennung dient der Ersichtlichmachung des beurkundungsrechtlichen Bestandes der Urkunde und schränkt gleichzeitig die Wahrheitsverantwortung der Urkundsperson auf die sorgfältige Ausweiskontrolle ein.

2181 - Die Erwähnung von Ausweisnummern und Ausstellungsdaten ist unnötig und beeinträchtigt die Lesbarkeit der Urkunde. Sie soll unterbleiben. Behält die Urkundsperson eine Beschreibung des eingesehenen Ausweises oder gar dessen Fotokopie in ihrem Dossier zurück, so kann ihr dies dienlich sein, wenn später ein Identitätsbetrug abzuklären ist; Pflicht ist dies nicht.

2182 - Fehlt in der Urkunde die Angabe, wie die Identitätskontrolle vorgenommen wurde und fehlt auch das notarielle Zeugnis persönlicher Bekanntheit, so ist das Geschäft trotzdem gültig beurkundet, sofern die aus der Urkunde ersichtlichen Personalien richtig sind^{82,83}.

Fn 81 - So BE ND Art. 5 Abs. 3.

Fn 82 - In gleichem Sinne MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 154, N 5 zu Art. 13 ND BE.

Fn 83 - Zutreffend vermerkt MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 155, N 6 zu Art. 13 ND BE, mit der Bescheinigung der Identität in der Urkunde sei sie beweiskräftig festgestellt; wer sie bestreite, trage die Beweislast. - Beizufügen ist, dass die Beweispflicht des Bestreiters nicht primär mit der öffentlichen Beurkundung, sondern mit der Tatsachenvermutung zu tun hat, dass jedermann bei der Angabe seiner Personalien - nicht nur im Beurkundungsverfahren, sondern immer und überall - wahrhaftig ist. Hat die Urkundsperson Ausweispapiere kontrolliert, so gilt die weitere Vermutung, dass diese echt gewesen seien. Aber auch diese Vermutung ist nicht beschränkt auf das Verfahren der öffentlichen Beurkundung. Die Nennung kontrollierter Personalien in einer öffentlichen Urkunde ändert also an der Beweislast für den künftigen Bestreitungsfall nichts Grundsätzliches.

****S. 614****

2183 - Die **Existenz ausländischer juristischer Personen** und die **Zeichnungsbefugnis** der für solche Personen handelnden natürlichen Personen ist, wenn diesbezügliche Kontrollhandlungen vorgenommen wurden, in der Urkunde durch Protokollierung der Kontrollhandlungen ersichtlich zu machen. Als Kontrollhandlung kommt vor allem die Einsichtnahme in einen neueren Handelsregisterauszug in Frage.

2184 - Bezüglich der Existenz schweizerischer Firmen und der Zeichnungsbefugnis ihrer Organe wird der Begriff "persönlich bekannt" nicht verwendet; die Urkunde enthält diesbezüglich also keinen ausdrücklichen Verweis auf das eigene Wissen der Urkundsperson, wie er bei der Identitätsbeurkundung natürlicher Personen üblich ist. Denn das der persönlichen Bekanntheit natürlicher Personen entsprechende Wissen der Urkundsperson ist deren Teilhabe an der von Rechts wegen vermuteten allgemeinen Kenntnis des publizierten handelsregisterlichen Eintragsstandes.

2185 - Auch hier gilt, dass die Urkundsperson bei Strafe der Falschbeurkundung die volle Wahrheitsgewähr für Existenz der juristischen Person und Zeichnungsbefugnis der Erschienenen übernimmt, wenn sie die Erschienenen kurzerhand als "handelnd für die Firma X, für welche sie die Kollektivunterschrift zu zweien führen" beurkundet.

2186 - Die Einschränkung der notariellen Wahrheitsverantwortung auf die sorgfältige Vornahme protokollierte Kontrollhandlungen (beispielsweise durch die Protokollierung: "... gemäss dem der Urkundsperson vorgelegten, beglaubigten Handelsregisterauszug vom Datum X") soll bei schweizerischen Firmen vermieden werden.

2187 - Bei allen Geschäften, für welche der **Zivilstand** der Erschienenen die Gültigkeit nicht beschlägt, also rechtlich nicht erheblich ist, muss die Beurkundung des Zivilstands, wenn sie ohne Einschränkungen und ohne Nennung aktualisierender Kontrollhandlungen erfolgt, als eine blosser Wiedergabe eigener Erklärungen der Erschienenen gelten. Die notarielle Bezeugung des Zivilstands ist in dessen urkundlicher Erwähnung nicht enthalten.

2188 - Das gleiche gilt für die Angabe des **Güterstandes** verheirateter Personen. Hier ist eine aktualisierende Kontrollhandlung und die Schaffung restloser Gewissheit seitens der Urkundsperson generell ausgeschlossen, so dass die Nennung des Güterstandes in der Urkunde, in welcher Form sie auch erfolge, grundsätzlich nicht als notarielle Bezeugung dieses Güterstandes mit notarieller Wahrheitsgewähr gelten kann.

2189 - Die **Verfügungsbefugnis des Veräusserers bei Grundstücksgeschäften** ist von der Urkundsperson anlässlich der Vorbereitung des Grundstücksgeschäftes durch Einsichtnahme ins Grundbuch zu kontrollieren. Enthält die Urkunde keine diesbezüglichen Vorbehalte, so gilt die Verfügungsbefugnis des Veräusserers als von der Urkundsperson stillschweigend mitbezeugt. Eine besondere Erwähnung dieser Verfügungsbefugnis in der Urkunde ist nicht angebracht.

****S. 615****

9. Ersichtlichmachung des Bestandes der Urkunde durch notarielle Bezeugung des Vorhandenseins der Beurkundungsvoraussetzungen

2190 - *Die ausdrückliche Bezeugung des Vorhandenseins einzelner Beurkundungsvoraussetzungen findet, unter Vorbehalt der nachgenannten Ausnahmen bei Sachbeurkundungen, in der Regel nicht statt und ist nicht erforderlich. Das diesbezügliche Schweigen der Urkunde gilt als implizites Zeugnis der Urkundsperson, dass sie aufgrund pflichtgemässer Aufmerksamkeit bzw. aufgrund der angezeigten, sorgfältig vorgenommenen Kontrollhandlungen keinen Anlass hatte, am Fehlen einer Beurkundungsvoraussetzung zu zweifeln.*

2191 - Die urkundliche Bezeichnung sämtlicher jeweiligen Klienten ist bei der Beurkundung individueller Erklärungen und bei den Protokollierungen Bedingung für das Entstehen der öffentlichen Urkunde⁸⁴, bei der Beurkundung bestehender Tatsachen meist angebracht, und sie enthält allemal das implizite Zeugnis der Urkundsperson, dass diese sich vom Vorhandensein des Beurkundungswillens - und damit von der diesbezüglichen Beurkundungsvoraussetzung - überzeugt hat.

2192 - Erläuterung: Das Gesagte gilt für alle Beurkundungsvoraussetzungen.

2193 - Der Beurkundungswille der Klienten wird bei der Beurkundung individueller Erklärungen durch die Mitwirkung der Sachbeteiligten oder ihrer Stellvertreter ohne weiteres aus der Urkunde ersichtlich. Ein ausdrücklicher Vermerk in der Urkunde, dass, von wem, zu welchem Zeitpunkt und in welcher Form der Beurkundungswille geäußert worden ist oder ein formelles Beurkundungsbegehren gestellt worden sei, ist entbehrlich⁸⁵.

10. Ersichtlichmachung von notariellen Zweifeln zwecks Vermeidung eines falschen Anscheins

2194 - Bei längeren Urkunden soll eine allfällige Abmahnungsklausel⁸⁶ im Ingress, d.h. auf der ersten Seite, für Dritte gut erkennbar, angebracht werden.

Fn 84 - Beim Wechselprotest besteht diesbezüglich eine bundesprivatrechtliche Ordnungsvorschrift in Art. 1036 Abs. 1 Ziff. 1 OR.

Fn 85 - In gleichem Sinne MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 85.

Fn 86 - Zur notariellen Pflicht, eine Abmahnungsklausel in die Urkunde aufzunehmen, wenn andernfalls in den Augen Dritter der falsche Anschein geprüfter Gültigkeit entstehen könnte, vgl. Ziff. 1846 ff.

****S. 616****

2195 - Erläuterung: Der Hauptzweck der Abmahnungsklausel, nämlich die Vermeidung des falschen Anscheins geprüfter Gültigkeit, wird bei längeren Urkunden am besten erreicht, wenn die notariellen Bedenken gut sichtbar im Ingress zu Beginn der Urkunde, nicht erst im Beurkundungsvermerk am Ende, erwähnt werden.

§ 72 Zweiter Teil der Urkunde: Die individuellen Erklärungen

1. Rechtsgestaltende Willenserklärungen

2196 - Beurkundungsbedürftig sind jene Willenserklärungen, welche die von den Erklärungen gewollte künftige Rechtsgestaltung enthalten⁸⁷, soweit sie für den dem Beurkundungsobligatorium unterstehenden Vertrag im Sinne der gesetzlichen Typologie vertragstypisch und im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OR wesentlich sind.

2197 - Als Ordnungsregel gilt sodann, dass die öffentliche Urkunde alle im Zeitpunkt der Beurkundung bereits getroffenen Nebenabsprachen, die zu dem beurkundeten Vertragstyp gehören, d.h. die bereits feststehenden Nebenpunkte im Sinne von Art. 2 Abs 2 OR enthalten soll.

2198 - Erläuterung: Was als notwendiger Inhalt der beurkundeten Parteierklärungen gelten muss, wird durch das materielle Recht bestimmt⁸⁸ und kann nicht generell umschrieben werden.

2199 - Die reiche Judikatur und Literatur bezüglich der beurkundungsbedürftigen Inhalte eines einzelnen Geschäftes befasst sich fast ausschliesslich mit Grundstückkaufverträgen⁸⁹ und erlaubt keine Verallgemeinerung in bezug auf andere Geschäfte wie etwa Ehe- und Erbverträge.

2200 - Die Pflicht der Vertragsparteien zu wahrheitsgemässer Offenlegung und die Pflicht der Urkundsperson zu vollständiger Beurkundung der im Rahmen eines beurkundungsbedürftigen Geschäftes ge-

Fn 87 - BE ND Art. 5 Abs. 1 nennt sie "den Gegenstand der Beurkundung."

Fn 88 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 56, N 4 zu Art. 56.

Fn 89 - Vgl. zum notwendigen Inhalt von Grundstückkaufverträgen Ziff. 2503.

****S. 617****

troffenen Absprachen erstreckt sich **nicht auf die Vertragsgrundlagen⁹⁰ und nicht auf die Vertragsmotive**. Die Erschienenen sind in einem beurkundungsrechtlichen Sinne verpflichtet, in der öffentlichen Urkunde wahrheitsgemäss offenzulegen, **was** sie vereinbart haben, nicht jedoch: weshalb, zu welchen Zwecken und in welchem weiteren Zusammenhang sie es tun.

2. Mit Behaftungswillen abgegebene Wissenserklärungen

2201 - *Die Aufnahme von Wissenserklärungen der Erschienenen in ein beurkundungsbedürftiges Geschäft ist nie Gültigkeitsvoraussetzung, entspricht aber häufig einer Usanz. Dabei geht es vor allem um die Vermeidung von Willensmängeln und um die Bewusstmachung öffentlichrechtlicher Pflichten, ferner um die den Parteien unter gewissen Voraussetzungen auferlegte Erklärung, ausser den beurkundeten Leistungen würde im Zusammenhang mit dem betreffenden Geschäft keine weiteren Leistungen ausgetauscht, schliesslich um die Parteierklärung, bestimmte notarielle Belehrungen zur Rechtslage erhalten zu haben.*

2202 - *Zu den zuletztgenannten Wissenserklärungen gehören die Parteierklärungen, von der Urkundsperson auf gewisse Steuerfolgen hingewiesen worden zu sein, ferner auf die Genehmigungs- oder Eintragungsbedürftigkeit des Geschäftes⁹¹.*

2203 - *In die Urkunde können ferner Erklärungen über jenes Wissen aufgenommen werden, bei welchem sich die Vertragsschliessenden gegenseitig und in ihrem Verhältnis zu Dritten behaften lassen wollen.*

2204 - *Wissenserklärungen, die in der öffentlichen Urkunde fehlen, können, da sie nicht zum beurkundungsbedürftigen Geschäftsinhalt zählen, in Briefform oder als privatschriftlich unterzeichnete Memoranden auch nachträglich der zur Urkunde gelegt bzw. dem zuständigen Amt nachgereicht werden.*

2205 - Erläuterung: Fehlen in der öffentlichen Urkunde einzelne der traditionellen Wissenserklärungen, so darf das mit der Registrierung der

Fn 90 - Zutreffend in diesem Sinne BGE 73 II 220, welcher die Formfreiheit der Zusicherung von Eigenschaften des verkauften Grundstücks damit begründet, es handle sich nicht um eine Willenserklärung (d.h. nicht um ein Leistungsversprechen), sondern um eine Vorstellungsausserung (eine Wissenserklärung des Verkäufers über Dinge, die käuferseits in der Regel Vertragsgrundlage sein dürften).

Fn 91 - Vgl. ZH NV § 22: Muss ein Rechtsgeschäft zur Verbindlichkeit oder vollen Wirksamkeit noch einer Behörde zur Genehmigung oder Eintragung vorgelegt werden, so unterrichtet der Notar die Parteien darüber und hält dies durch einen Vermerk in der Urkunde fest.

****S. 618****

Urkunde befasste Grundbuch- oder Handelsregisteramt eine Ergänzung verlangen, wenn deren Nachlieferung problemlos möglich ist. Ist diese Möglichkeit entfallen, weil eine der Parteien mittlerweile verstorben oder vertragsreuig geworden ist und freiwillig zu keiner weiteren Erklärungsabgabe mehr Hand bietet, so darf das betreffende Amt den Vollzug des Geschäftes nicht verzögern.

Bei den Anforderungen, welche diese Ämter unter dem Gesichtswinkel registertechnischer Ordnungsvorschriften stellen mögen, ist stets der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beobachten. Amtlicher Perfektionismus darf nie dazu führen, einer einzelnen Vertragspartei die Möglichkeit zuzuspielen, andere Parteien unter erpresserischen Druck zu bringen.

2206 - Beim Vorliegen wichtiger Gründe hat die Urkundsperson ihren Einfluss dahingehend geltend zu machen, dass die Erschienenen zur Aufnahme bestimmter negativer Wissenserklärungen in den Urkundentext Hand bieten. Da die Redaktionskompetenz bei individuellen Erklärungen letztlich bei den Sachbeteiligten und ihren Stellvertretern, nicht bei der Urkundsperson liegt, kann die Urkundsperson die Abgabe solcher negativer Wissenserklärungen allerdings nicht gegen den festen Willen der Erschienenen durchsetzen.

2207 - Als negative Wissenserklärung fällt namentlich die Klausel in Betracht, wonach die Parteien eines Grundstückkaufvertrages keine anderen als diejenigen Leistungen bereits ausgetauscht haben oder auszutauschen beabsichtigen, welche in der öffentlichen Urkunde aufgeführt sind.

3. Erwähnung von Beilagen

2208 - *Im Rahmen der individuellen Erklärungen sollen alle erklärungsergänzenden Beilagen⁹², die der Urkunde beigeheftet werden, eindeutig genannt werden. Die Erschienenen sollen sich aufgrund eines geeigneten Verweises im Text ihrer Erklärungen bewusst werden und für jeden späteren Urkundenleser soll aus diesem Verweis ersichtlich sein, welche Parteierklärungen durch eine bestimmte Beilage konkretisiert und ergänzt werden.*

2209 - Erläuterung: Es handelt sich um eine Ordnungsregel.

Fn 92 - Zur rechtlichen Bedeutung der Textbeilagen vgl. Ziff. 1389 ff., zu derjenigen von Bildbeilagen (insbesondere Plänen und Planskizzen) Ziff. 1403 ff. - Zum Verhältnis von Haupturkunde zu Beilagen vgl. Ziff. 1380 ff. - Zum Verbot, Dokumente mit späterem Datum der früher datierten Haupturkunde als Beilagen beizufügen vgl. Ziff. 1413 und 1415 ff.

****§. 619****

2210 - Die (im Sinne einer Ordnungsvorschrift ebenfalls erforderlichen) Verweise auf beweisleichternde Beilagen (Vollmachten, Handelsregisterauszüge etc.) sind nicht innerhalb der Parteierklärungen, sondern im Ingress oder im Beurkundungsvermerk, d.h. in den verfahrensprotokollierenden Teilen der öffentlichen Urkunde unterzubringen und bilden dort Teil des notariellen Zeugnisses⁹³.

2211 - Die Numerierung von Beilagen zur öffentlichen Urkunde, die in einzelnen kantonalen Beurkundungsgesetzen verlangt wird, hat den Charakter einer kantonalen Ordnungsvorschrift. Als bundesrechtliche Ordnungsvorschrift kann nicht die Numerierung, wohl aber eine eindeutige Bezeichnung der Beilage im entsprechenden Verweis innerhalb der Haupturkunde gefordert werden.

2212 - Über den Umgang mit erklärungsergänzenden und beweisleichternden Beilagen während des Beurkundungsvorgangs vgl. Ziff. 1967 ff.; bezüglich der dokumentarischen Positionierung von Beilagen und ihrer physischen Verbindung mit der Haupturkunde vgl. Ziff. 2277 ff.

§ 73 Dritter Teil der Urkunde: Schlussteil

2213 - *Der Schlussteil der öffentlichen Urkunde enthält den Beurkundungsvermerk, Ort und Datum der Errichtung, die Unterschriften aller zu Urkund erklärenden Personen, Unterschrift und Siegel der Urkundsperson, ferner gegebenenfalls unselbständige (in den Schlussteil integrierte) Zeugen- und Übersetzererklärungen.*

2214 - Erläuterung: Die auf den Hauptteil der Urkunde folgenden Angaben⁹⁴ sind bei der Beurkundung individueller Erklärungen und

Fn 93 - CARLEN 106 verkennt den Unterschied zwischen Beilagen anlässlich der Beurkundung individueller Erklärungen (wo die Nennung im Hauptteil der Urkunde nur Ordnungsregel ist) und bei der Protokollierung von Veranstaltungen, wo sie zuweilen Gültigkeitsvoraussetzung ist. Bei der vom Aktienrecht geforderten Beurkundung der Belege anlässlich bestimmter Veranstaltungen, insbesondere beim Errichtungsakt und beim Kapitalerhöhungsbeschluss, geht es nicht um den urkundentechnischen Verweis auf eine Beilage, sondern um eine verfahrensrechtlich geforderte Sachbeurkundung von selbständiger Bedeutung.

Fn 94 - Im bernischen Notariatsrecht werden sie das Schlussverbal genannt; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 137, N 7 und 8 zu Art. 5 ND BE. - Etwas enger identifiziert JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 50, N 186, den Begriff des Schlussverbals mit dem Beurkundungsvermerk.

****S. 620****

zu unterschrittsbedürftigem Protokoll⁹⁵ umfangreicher als bei den übrigen Sachbeurkundungen, wo Ort und Datum der Beurkundung sowie Notarunterschrift und Siegel genügen⁹⁶.

1. Der Beurkundungsvermerk

a) Wesentlicher Inhalt des Beurkundungsvermerks

2215 - Im Beurkundungsvermerk⁹⁷ protokolliert die Urkundsperson den Beurkundungsvorgang ab Beginn der Parteierklärungen bis zu seinem Ende⁹⁸. Sie hat ausdrücklich zu bezeugen, dass die Erschienenen die Urkunde anlässlich der Beurkundungsvorgangs, in Anwesenheit der Urkundsperson, gelesen, genehmigt und unterzeichnet haben⁹⁹.

2216 - Enthält die Urkunde die Erklärungen kommunikationsbehinderter Beteiligter (d.h. von Personen, welche die Urkundensprache nicht verstehen, ferner von Tauben, Stummen, Taubstummen, Blinden, Analphabeten und Schreibunfähigen), so soll der Beurkundungsvermerk klar angeben, dass und auf welche Weise die Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes, unmittelbar vor seiner vertraglichen Inkraftsetzung, bei diesen Beteiligten erfolgt ist¹⁰⁰.

2217 - Erläuterung: Der Beurkundungsvermerk stellt, zusammen mit dem Ingress, die notarielle Protokollierung des Beurkundungsvorgangs dar¹⁰¹. Er enthält notwendigerweise das dreifache notarielle Zeugnis, dass die Urkunde von den Erschienenen in Anwesenheit der Urkundsperson

Fn 95 - Zum Begriff der unterschrittsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

Fn 96 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 137, N 7 zu Art. 5 ND BE.

Fn 97 - Der Beurkundungsvermerk wird auch Urkundsformel (ZH NV § 29, Marginale) oder Beurkundungsformel genannt, vgl. BGE 113 IV 77, CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 105; er lautet typischerweise etwa: "Dessen zu Urkund haben die Erschienenen diese Urkunde vor mir, dem Notar, gelesen, genehmigt und unterzeichnet, worauf ich, der Notar, meine Unterschrift und mein Amtssiegel dazugesetzt habe."

Fn 98 - BE ND Art. 5 Abs. 1 lit. d verlangt in diesem Sinne "die Feststellung, welche Förmlichkeiten des Beurkundungsverfahrens eingehalten worden sind."

Fn 99 - Vgl. ZH EGZGB § 240 Abs. 2; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 137, N 7 zu Art. 7 ND BE, fordert zusätzlich die notarielle Bezeugung, dass der Grundsatz der Einheit des Aktes eingehalten worden ist; in der vorliegenden Darstellung wird dieses Zeugnis als fakultatives Element qualifiziert.

Fn 100 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 152, N 13 zu Art. 12 ND BE.

Fn 101 - Vgl. BGE 113 IV 77 und BGE vom 12.3.1976, RVJ 1976 S. 397-404; der Beurkundungsvermerk hat den von der Urkundsperson wahrgenommenen Beurkundungsvorgang richtig wiederzugeben; jede diesbezügliche Unwahrhaftigkeit ist gemäss Art. 317 Ziff. 1 Abs 2 StGB strafbar und verhindert die Entstehung der öffentlichen Urkunde.

****S. 621****

- (a) gelesen,
- (b) als deren Geschäftswille anerkannt bzw. genehmigt¹⁰² und
- (c) unterzeichnet worden ist.

2218 - Da die Art der Lesung rechtserheblich sein kann, soll aus dem Beurkundungsvermerk eindeutig hervorgehen, ob die Erschienenen den Urkundentext selber gelesen haben oder ob vorgelesen wurde¹⁰³; im zweiten Falle soll zudem gesagt werden, dass die Urkundsperson vorgelesen hat.

2219 - Die hier als notwendig bezeichneten Elemente des Beurkundungsvermerks brauchen nicht in einem separaten Vermerk dargestellt zu sein. Sie können auch im Urkundeningress oder in anderer Form beurkundet sein. Wesentlich ist ihr Vorhandensein und ihre Ersichtlichkeit in der Urkunde als notarielles Zeugnis und ihre Abdeckung durch die Notarunterschrift.

b) Fakultative Inhalte des Beurkundungsvermerks

2220 - Folgende Elemente, die gemäss kantonaler Vorschrift oder Usanz in den Beurkundungsvermerk Eingang finden, bilden **keine Gültigkeitserfordernisse** für das beurkundete Geschäft:

2221 - Das sogenannte **Ausfertigungsverbal**, d.h. die Angabe, welche Personen eine Originalausfertigung oder beglaubigte Kopien des Aktes erhalten; das Ausfertigungsverbal ist üblich oder vorgeschrieben in Kantonen mit dem Urschriftensystem, unüblich in Kantonen, wo die Originalurkunden ausgehändigt werden;

2222 - die **Erwähnung der Genehmigung** des Geschäftes durch die Erschienenen, sofern diese die Urkunde eigenhändig unterzeichnen. Ist die Bewusstmachung mit dem Begriff der Lesung oder ähnlichen Worten bezeugt, so ergibt sich aus der Unterzeichnung des Aktes implizit die Zustimmung der Unterzeichner zum Geschäftsinhalt und zur Urkundenformulierung. Wird die Urkunde von den zu Urkund Erklärenden nicht eigenhändig unterschrieben, so genügt

Fn 102 - Dass genehmigt worden ist, braucht nicht ausdrücklich gesagt zu werden, wenn die Erschienenen unterschreiben und wenn ihre Unterschriftsleistung notariell bezeugt ist. Denn die Unterzeichnung umfasst die Genehmigung.

Fn 103 - Vgl. in diesem Sinne ZH NV § 29 Abs. 2. - Einzelne Kantone verlangen im Falle des stillen Selbstlesens eine eigenhändige Erklärung der Erschienenen, dass sie die Urkunde während des Beurkundungsvorganges selber gelesen hätten; auf diese Weise sollen die Erschienenen schriftlich jenen Sachverhalt selber bezeugen, den die Urkundsperson nicht unmittelbar wahrnehmen kann.

****S. 622****

die Erwähnung der blossen Lesung nicht, sondern es muss die Genehmigung des Geschäftes seitens der Erklärenden zusätzlich protokolliert werden, ansonst die öffentliche Urkunde nicht entsteht;

2223 - die Erwähnung, die Urkunde enthalte den der Urkundsperson **mitgeteilten übereinstimmenden Parteiwillen**¹⁰⁴. Dieses Zeugnis geht über die Protokollierung des äusseren Ablaufs hinaus, indem es eine notarielle Aussage über einen (inneren) Sachverhalt im Geist der Erschienenen impliziert. Der zugrundeliegende Gedanke ist der, dass die notarielle Pflicht, den wirklichen Parteiwillen zu ermitteln, im Beurkundungsvermerk ihren sichtbaren Niederschlag finden solle. Da die Urkundsperson aber offensichtlich nicht den wirklichen inneren Willen Dritter bezeugen kann, wird die notarielle Bezeugung des Willens Dritter darauf beschränkt, dass es der "mitgeteilte übereinstimmende" Wille sei. Dies ist noch immer ein weitergehendes Zeugnis als die blosser Protokollierung, die Erschienenen hätten der Urkundeninhalt vor der Urkundsperson erklärt. - Für die Rechtswirksamkeit der Urkunde muss jedoch eine blosser Ablaufs-Protokollierung im zuletzt genannten Sinne

(Bezeugung der erfolgten Erklärungsabgabe) genügen. Einem ausdrücklichen notariellen Zeugnis, wonach der Urkundeninhalt der Parteiwille sei, kann keine entscheidende Bedeutung zukommen;

2224 - die Erwähnung, dass der Grundsatz der **Einheit des Beurkundungsvorganges** eingehalten worden ist (etwa durch die Formel "beurkundet ohne Unterbrechung ...")¹⁰⁵. In einzelnen Kantonen ist diese Erwähnung üblich, in anderen nicht¹⁰⁶;

2225 - die Erwähnung der **Anwesenheit von Beurkundungszeugen**, soweit sich deren Anwesenheit aus der Zeugenerklärung ergibt.

Fn 104 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 95/96; ZH NV § 29 Abs. 1.

Fn 105 - Vgl. diese Formulierung bei MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 137, N 7b zu Art. 5 ND BE und S. 159, N 13 zu Art. 14 ND BE.

Fn 106 - Die von MARTI, a.a.O. (vgl. vorherige Fussnote) geäußerte Meinung, durch die Erwähnung der Einheit des Beurkundungsvorganges verändere sich die Beweislage bei einer späteren Anfechtung des Geschäftes, kann kaum zutreffen. Nicht der öffentliche Glaube der Worte "ohne Unterbrechung", sondern die generelle Vermutung, dass die Urkundsperson das Verfahren rechtmässig durchgeführt hat, bewirkt, dass der Anfechtungskläger seine Rüge des unterbrochen gewesenen Beurkundungsvorganges konkret substantiieren muss. Gelingt ihm dies, so muss der Beklagte zum Gegenbeweis antreten.

****S. 623****

c) Dolmetscher- und Zeugenerklärungen innerhalb des Beurkundungsvermerks

2226 - Die Erklärungen von Beurkundungszeugen und Dolmetschern können in den Schlussteil der Haupturkunde¹⁰⁷ integriert werden; besser ist jedoch, diese Erklärungen in "ich"- oder "wir"-Form, d.h. als direkte Eigenerklärungen der Dolmetscher und Zeugen, zu formulieren, damit diesen Personen ihre beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht deutlich zu Bewusstsein kommt. Eine solche Redaktionstechnik erheischt die Verselbständigung der Dolmetscher- und Zeugenerklärungen in einem separaten Protokoll, welches alsdann den vierten Teil der Urkunde darstellt.

d) Positionierung des Beurkundungsvermerks auf der Urkunde

2227 - *Der Beurkundungsvermerk schliesst entweder unmittelbar an die Parteierklärungen oder an die Unterschriften der Erschienenen an; beide Darstellungsvarianten sind gleichwertig.*

2228 - **Erläuterung:** Im zweitgenannten Falle unterschreiben die Erschienenen den Beurkundungsvermerk nicht.

2229 - Da der Beurkundungsvermerk eine notarielle Protokollierung ist, muss er nicht notwendigerweise vor den Parteiunterschriften stehen und von diesen abgedeckt sein. Die öffentliche Urkunde ist auch dann zustande gekommen, wenn die Urkundsperson anschliessend an die Parteiunterschriften die erfolgte Lesung des Aktes bezeugt und unterzeichnet. Der Beurkundungsvermerk muss aber jedenfalls von der Unterschrift der Urkundsperson gedeckt sein, d.h. **vor** dieser Unterschrift stehen. Er kann, wie bereits gesagt, auch im Ingress der Urkunde enthalten sein.

e) Rechtliche Bedeutung des Beurkundungsvermerks

2230 - Während CARLEN¹⁰⁸ den Beurkundungsvermerk zu den Gültigkeitserfordernissen zählt, stehen MARTI¹⁰⁹ und die bernische Gesetzgebung¹¹⁰

Fn 107 - Zum Begriff der Haupturkunde vgl. Ziff. 1358.

Fn 108 - CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 105.

Fn 109 - MARTI, Notariatsrecht S. 137, N. 8 zu Art. 5 ND BE.

Fn 110 - Art. 21 NG BE führt das Fehlen des Beurkundungsvermerks im Katalog der Nichtigkeitsgründe nicht auf.

****S. 624****

auf dem gegenteiligen Standpunkt¹¹¹. CARLEN begründet seine Auffassung mit der Erwägung, die öffentliche Beurkundung sei "wesentlich getragen von der Beurkundungsformel". MARTI rechtfertigt die gegenteilige bernische Auffassung mit dem Hinweis, dass "auch bei fehlendem oder unvollständigem Schlussverbal ... das Hauptverfahren richtig durchgeführt worden sein [kann], so dass eine gültige öffentliche Urkunde entstanden ist."¹¹²

2231 - Die Auffassung CARLENS verdient den Vorzug. Es genügt nicht, dass das Beurkundungsverfahren richtig durchgeführt worden ist. Vielmehr muss die Urkundsperson mindestens die Kernbestandteile des Beurkundungsverfahrens in der öffentlichen Urkunde selber derart protokollieren, dass die Urkunden-Adressaten die Einhaltung der für die Entstehung der öffentlichen Urkunde entscheidenden Verfahrensvorschriften aus der Urkunde selber ersehen. Fehlt es nämlich an dieser Protokollierung, so ermangelt die öffentliche Urkunde jeder notariellen Bezeugung. Schweigt sich die Urkundsperson in der Urkunde über den Verfahrensablauf völlig aus, so erfüllt sie ihre Wahrheitspflicht nicht. Die in die Urkunde einzubringende Verfahrensprotokollierung ist, soweit sie das Anwesenheitsverfahren dokumentiert, aus diesem Grunde ein unverzichtbarer Bestandteil der öffentlichen Urkunde¹¹³. **2232** - Die Protokollierung braucht indessen nicht ausführlich zu sein. Bestimmte sprachliche Formeln oder die Anbringung der Protokollierung an einem bestimmten Ort innerhalb der Urkunde (z.B. im Schlussteil) kann nicht verlangt werden. Es genügt, dass sich der für die Entstehung der öffentlichen Urkunde relevante Verfahrensablauf aus dem Urkundentext irgendwie ersehen lässt. So genügt es, wenn die Urkundsperson im Ingress festhält, dass die Erschienenen den nachfolgenden Vertrag in Anwesenheit der Urkundsperson gelesen und unterzeichnet haben oder dass die Erschienenen den Vertrag durch Lesung und Unterzeichnung vor der Urkundsperson als ihren Willen erklärt oder in Kraft gesetzt haben.

2233 - Beschränkt sich das notarielle Zeugnis darauf, dass die Erschienenen den Vertragsinhalt "vor der Urkundsperson erklärt" haben, und

Fn 111 - In gleichem Sinne JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 50, N 186, mit der Begründung, Art. 500 Abs. 3 ZGB verlange für das bundesrechtliche Verfahren keinen Beurkundungsvermerk. Die Begründung ist nicht stichhaltig, weil die Vorschriften von Art. 499-503 nur punktuellen Charakter haben und nicht als vollständige Verfahrensregel gelten können. So steht in diesen Vorschriften auch nichts davon, dass der Erblasser und die Zeugen von der Urkundsperson zu identifizieren und dass ihre Namen im Urkundentext anders als durch die blosse Unterschrift anzugeben sind. - Die Art. 499-503 ZGB sind wichtige Elemente bei der Bestimmung des bundesrechtlichen Begriffs der öffentlichen Beurkundung, aber sie reichen bei weitem nicht aus, um diesen Begriff abschliessend zu bestimmen.

Fn 112 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 141.

Fn 113 - Vgl. Ziff. 2118.

****S. 625****

schweigt sich das notarielle Zeugnis darüber aus, wie die Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes stattgefunden habe, so ist das Geschäft nicht rechtsgültig beurkundet. Denn durch blosse Unterzeichnung vor der Urkundsperson Notar können die Vertragsparteien den öffentlich zu beurkundenden Vertrag nicht gültig abschliessen; dass die von Beurkundsrechts wegen unerlässliche Bewusstmachung (d.h. eine Lesung oder Vorlesung) erfolgt sei, muss von der Urkundsperson in der Urkunde selber bezeugt werden.

f) Anbringung des Beurkundungsvermerks in einer Nachbeurkundung

2234 - *Ein fehlender Beurkundungsvermerk kann auch nach der Siegelung der Urkunde noch angefügt werden. In diesem Falle liegt eine Nachbeurkundung vor. Sie ist mit dem Datum ihrer Vornahme zu datieren und mit einem zweiten Siegel zu versehen.*

2235 - Erläuterung: Fehlt der Beurkundungsvermerk, wurde aber das Beurkundungsverfahren ordnungsgemäss durchgeführt, so leidet nur die Urkunde, nicht das Verfahren an einem Mangel¹¹⁴. Die Urkundsperson kann den Mangel der Urkunde von sich aus nachträglich korrigieren, ohne dass es einer Wiederholung des Verfahrens oder eine Mitwirkung oder Zustimmung der zu Urkund Erklärenden bedürfte. Sie kann also der allseitig unterzeichneten Urkunde die erforderliche Protokollierung als Ergänzung beifügen.

Fn 114 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 13, vertritt die Auffassung, dass immer dann, wenn alle verfahrensrechtlichen Gültigkeitsvorschriften beachtet worden sind, am Ende des Hauptverfahrens eine öffentliche Urkunde entstanden sei. - Demgegenüber werden in der vorliegenden Arbeit die Urkunden-Mängel nicht als Verfahrensmängel qualifiziert, sondern es werden die Anforderungen an den Verfahrensablauf (Ort, Zeit, erforderliche Anwesenheit bestimmter Personen etc.) als selbständiger Themenbereich getrennt behandelt von den Anforderungen an den Inhalt und die äussere Gestalt der (fertigen) Urkunde.

****S. 626****

2. Ort der Errichtung

2236 - Es kann auf die Darstellung im allgemeinen Teil, vorn Ziff. 1237 ff., verwiesen werden.

3. Datum der Errichtung

2237 - Es kann auf die Darstellung im allgemeinen Teil, vorn Ziff. 1243 ff., verwiesen werden.

4. Unterschriften aller zu Urkund erklärenden Personen

2238 - *Die Urkunde hat die eigenhändigen¹¹⁵ Unterschriften aller unterzeichnungsfähigen¹¹⁶, zu Urkund erklärenden natürlichen Personen¹¹⁷ zu enthalten. Die Unterschriften müssen dem rechtsgeschäftlichen Urkundeninhalt nachfolgen, ihn also durch ihre räumliche Anordnung decken¹¹⁸.*

2239 - *Vorbehalten bleibt die gemäss Art. 502 Abs. 1 ZGB als rechtswirksam geltende unterschriftslose Erklärungsabgabe des unterzeichnungsfähigen Testators, sofern die dort vorgesehenen Zeugenerfordernisse eingehalten sind.*

2240 - Erläuterung: Es handelt sich um eine Bedingung für die urkundliche Erklärungsabgabe individueller Erklärungen¹¹⁹.

2241 - Bezüglich der an den unterschriftlichen Namenszug unter dem Gesichtswinkel der Unterzeichnungswirkung zu stellenden Anforderungen (Grösse, Form, erkennbarer Inhalt, Leserlichkeit, biographische Kontinuität der Verwendung etc.) gelten die allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln und Usanzen¹²⁰. Auf der öffentlichen Urkunde

Fn 115 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 138, N 10 zu Art. 5 ND BE.

Fn 116 - Zur Unterscheidung der Schreibfähigkeit im Sinne natürlichen Könnens und der Unterzeichnungsfähigkeit im Sinne rechtlichen Vermögens vgl. Ziff. 2008 ff. - Die nicht unterzeichnungsfähigen Personen (Blinde, Analphabeten und Schreibunfähige) haben die Inkraftsetzung des beurkundeten Geschäftes in anderer Weise zum Ausdruck zu bringen (ausdrückliche Genehmigungserklärung, in der Regel vor der Urkundsperson und zwei Zeugen). Vgl. Ziff. 2008; BE ND Art. 12 Abs. 4; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 138, N 10 zu Art. 5 ND BE.

Fn 117 - BE ND Art. 5 Abs. 1 lit. f verlangt in diesem Sinne die Unterschrift der Urkundsparteien.

Fn 118 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 41, N 162, mit Verweis auf BGE 106 II 149, 103 II 147, SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) N 37 zu Art. 13 OR, VON BÜREN, OR AT, S. 141, SCHMIDLIN, N 20 ff. der Allgemeinen Erläuterungen zu Art. 12-15 OR.

Fn 119 - Vgl. die Gründe für die hier vertretene Auffassung in Ziff. 1950 ff., 305 ff., 2436 ff. - Zutreffend MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 137/8, N 10 zu Art. 5 ND BE: "Die Unterschrift der Urkundspartei ist Gültigkeitser-

fordernis, wenn sie durch das materielle Recht oder das Notariatsrecht gefordert wird, denn ohne Unterzeichnung hat sie ihre Zustimmung zur Urkunde nicht in der vorgeschriebenen Form erteilt."

Fn 120 - Vgl. BUCHER, OR AT (2.A. 1988) S. 165.

****S. 627****

haben Privatpersonen so zu unterschreiben, wie sie immer unterschreiben¹²¹. Ist die Unterschrift lesbar, so soll sie den Familiennamen erkennen lassen. Die Unterzeichnung mit einem Pseudonym setzt voraus, dass das Pseudonym in der Urkunde als solches erwähnt ist¹²².

5. Unterschriften von Dolmetschern und Beurkundungszeugen

2242 - Auch wenn kein separates Dolmetscher- oder Zeugenprotokoll¹²³ den Unterschriften der zu Urkund erklärenden Personen nachgestellt wird, sollen die von Dolmetschern¹²⁴ und Zeugen abzugebenden Erklärungen unterzeichnet werden.

2243 - Erläuterung: Wird die Übersetzungstätigkeit des Dolmetschers lediglich im Beurkundungsvermerk protokolliert, so geschieht dies in der Regel durch vorbereitete Protokollierung seitens der Urkundsperson. In diesem Fall hält die Urkundsperson im Beurkundungsvermerk fest, die Urkunde sei den Erschienenen durch den Dolmetscher vollständig übersetzt worden.

2244 - Fehlt im Beurkundungsvermerk die Protokollierung der Eigenaussage des Dolmetschers, er habe nach bestem Wissen und Gewissen vollständig und richtig übersetzt und habe sich überzeugt, dass die zu Urkund Erklärenden den Urkundeninhalt verstanden und genehmigt hätten, dann fehlt nach der hier vertretenen Auffassung ein wichtiges Element der Urkunde. Immerhin ist diese Ordnungswidrigkeit weder für die Entstehung der öffentlichen Urkunde noch für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes schädlich.

Fn 121 - Die notarielle Instruktion, jemand solle so unterschreiben, wie er immer unterschreibt, stösst bei schreibungsgewohnten Personen zuweilen auf Unverständnis. - Die Camera civile TI entschied im Urteil vom 17.12.1970 i.S. Ferrari, Rep 1971 S. 287-292, dass die Vorschrift Art. 45 Abs. 3 LN (in der damaligen Fassung) keine Nichtigkeit des Geschäftes nach sich ziehen könne. Diese Vorschrift verlangte die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Erklärenden mit vollem Namen und Vornamen. Verletzung der Vorschrift sollte gemäss Art. 60 LN Nichtigkeit des Aktes nach sich ziehen. Das kantonale Gericht bezeichnete diese kantonale Regelung als "priva di senso" und damit als willkürliche, unbeachtliche Gesetzgebung (Verletzung von Art. 4 BV; E. 2, S. 291). Was als rechtswirksame Unterschrift zu gelten habe, bestimme sich ausschliesslich nach Bundesprivatrecht (E. 1, S. 290).

Fn 122 - Zur Zulässigkeit des Pseudonyms im Beurkundungsverfahren vgl. Anmerkung zu Ziff. 2124.

Fn 123 - Vgl. hierzu Ziff. 2250 ff.

Fn 124 - Vgl. ZH NV § 32 Abs. 2. Diese Unterschriften werden auch verlangt von BE ND Art. 5 Abs. 1 lit. f. Es handelt sich um eine Ordnungsvorschrift; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 138, N 11 zu Art. 5 ND BE.

****S. 628****

2245 - Die Protokollierung einer Eigenaussage der Dolmetscher ist zu empfehlen, weil die Rolle der Dolmetscher im Beurkundungsverfahren von zentraler Bedeutung ist. Das von der Urkundsperson abgegebene Zeugnis, die des Dolmetschers bedürftige sachbeteiligte Partei habe die beurkundeten Erklärungen nach erfolgter Übersetzung in Anwesenheit der Urkundsperson unterzeichnet, geniesst öffentlichen Glauben kraft der Rechtsstellung der Urkundsperson, nicht kraft derjenigen der Dolmetscher. **Ohne Beizug eines zuverlässigen Dolmetschers könnte die Urkundsperson das betreffende Zeugnis aber nicht leisten.** Dolmetscher sollen demgemäss für möglichst gewissenhafte Arbeit in Pflicht genommen und durch das Abverlangen der Unterschrift¹²⁵ bei ihrem pflichtgemässen Einsatz schriftlich behaftet werden. Die bloss "ambulante" Kommunikationshilfe, bei welcher ein Dolmetscher während des Beurkundungsvorgangs kurz anwesend ist, einige Passagen übersetzt

und sich dann, ohne die Urkunde mitunterzeichnet zu haben, wieder zurückzieht, ist mit einem ordnungsgemässen Beurkundungsverfahren nicht vereinbar.

2246 - Noch wichtiger - bei den letztwilligen Geschäften eine Bedingung für die materiellrechtliche Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes - ist die Unterschrift von Beurkundungszeugen¹²⁶, wo deren Zeugnis von Beurkundungsrechts wegen erforderlich ist. Vgl. hierzu Ziff. 2250 und 2272.

6. Unterschrift und Siegel der Urkundsperson

2247 - Bezüglich der Positionierung der Unterschrift kann auf die Darstellung in Ziff. 1258 ff., verwiesen werden, bezüglich der Positionierung und Bedeutung des Siegels auf Ziff. 1264 ff., bezüglich der Anforderungen an Gestalt und Inhalt des Siegels auf Ziff. 3484 ff.

Fn 125 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 71 und CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 105, möchten für die Frage, ob die Unterschriftsleistung von Zeugen und Dolmetschern eine Bedingung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde ist, auf die kantonale Gesetzgebung abstellen.

Fn 126 - Zur Bedeutung und Funktion der Beurkundungszeugen vgl. Ziff. 385 ff.

****S. 629****

7. Protokollnummer

2248 - *Die Protokollnummer kann an den Beginn der Urkunde oder an deren Ende gesetzt werden.*

2249 - Für die Bedeutung der Protokollnummer kann auf die Darstellung im allgemeinen Teil, Ziff. 1272, Gesagte verwiesen werden.

§ 74 Vierter Teil der Urkunde: Dolmetscher- und Zeugenerklärungen

1. Form und Positionierung auf der Urkunde

2250 - *Wenn Dolmetscher oder Beurkundungszeugen mitwirken, haben sie gewisse Erklärungen abzugeben¹²⁷. Bei den Beurkundungszeugen ist diese Erklärungsabgabe und deren eigenhändige Unterzeichnung eine Notwendigkeit, bei den Dolmetschern entspricht sie einer Ordnungsregel¹²⁸.*

2251 - *Die Erklärungen können als Erklärungen zu notariellem Protokoll gestaltet werden, indem die Urkundsperson ihrerseits schriftlich bezeugt, dass die Dolmetscher- oder Zeugenerklärungen vor ihr anlässlich des Beurkundungsvorgangs abgegeben wurden. Unterhalb der Dolmetscher- oder Zeugenunterschrift(en) wird in diesem Falle eine Notarunterschrift und ein Notariatssiegel oder ein Notariatsstempel beigesetzt¹²⁹.*

Fn 127 - Vgl. GR NV Art. 38 Abs. 2: "Der Übersetzer hat die Urkunde ebenfalls zu unterzeichnen und zu bezeugen, dass die Übersetzung gewissenhaft erfolgt sei"; GE LN Art. 16: "Dans le cas où l'intervention d'un interprète est nécessaire, celui-ci atteste par sa signature la fidélité de sa traduction orale et le consentement des comparants ayant nécessité son intervention".

Fn 128 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 151, N 7 zu Art. 12 ND BE; die unterschriftliche Bezeugung des Dolmetschers, gewissenhaft übersetzt zu haben, verlangt ZH EGZGB § 242 Abs. 2; vgl. zur zürcherischen Regelung auch das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des OG ZH vom 15.3.1974, ZR 74 S. 14, über das Verfahren bei der Errichtung öffentlicher Urkunden in einer fremden Sprache. - GL EGZGB Art. 22 Abs. 3 verlangt, dass der unterschriftlich bezeugt, dass die Übersetzung gewissenhaft erfolgt ist.

Fn 129 - Diese Gestaltung entspricht für die Zeugenerklärungen der baselstädtischen Praxis.

****S. 630****

2252 - *Statt dessen können Dolmetscher- und Zeugenerklärungen auch als privatschriftliche Erklärungen unterhalb der Unterschriften der Erschienenen und der Urkundsperson angebracht werden*¹³⁰.

2253 - Erläuterung: Wird die erfolgte Erklärungsabgabe des Dolmetschers oder der Zeugen von der Urkundsperson ihrerseits bezeugt, so sind die Dolmetscher- und Zeugenerklärungen rechtlich als Erklärungen zu Protokoll zu betrachten, nicht als individuelle Erklärungen zu Urkund. Rechtserheblich ist bei den Zeugenerklärungen nicht das innere Wissen und Wollen des Zeugen, sondern die Anwesenheit und Erklärungsäusserung (durch Unterzeichnung des Zeugenprotokolls) anlässlich des Beurkundungsverfahrens. Beurkundungszeugen können die von ihnen unterzeichneten Zeugenerklärungen nicht nachträglich unter Berufung auf Willensmängel anfechten und auf diese Weise das beurkundete Geschäft aus den Angeln haben. Die Protokollierung der Erklärungen von Dolmetschern und Zeugen dient nicht dazu, die Zeugen vor unbedachter Erklärungsabgabe zu schützen. Es geht vielmehr darum, die Anwesenheit und Funktion dieser Personen während des Beurkundungsvorganges in der Urkunde selber festzuhalten und ersichtlich zu machen. Dies geschieht durch die Protokollierung der betreffenden Erklärungen.

2254 - Das Protokoll wird der Urkunde zweckmässigerweise auf einem eigenen Blatt, im Anschluss an den Schlussteil der Haupturkunde¹³¹, mit Schnur und Siegel beigefügt.

2255 - Die Urkundsperson kann in diesem Falle entweder ein einziges Mal, oder sie kann zweimal unterschreiben¹³². Im ersten Fall hat ihre Unterschrift die ganze Urkunde abzuschliessen, im zweiten Fall folgt die eine Unterschrift unmittelbar auf die Unterschriften der zu Urkund erklärenden Personen, die andere Unterschrift auf die Zeugenunterschriften.

2256 - Da die Notarunterschrift, wenn sie in amtlicher Funktion beigesetzt wird, stets vom Siegel bzw. vom entsprechenden Stempel begleitet sein muss, erfordert die doppelte Beisetzung der Notarunterschrift auch eine doppelte Siegelung bzw. Stempelung. Dabei kommt das die Schnurenden befestigende Siegel zweckmässigerweise neben die erste Unterschrift der Urkundsperson, d.h. an den Fuss der Haupturkunde

Fn 130 - Im Kreisschreiben der Verwaltungskommission des OG ZH vom 15.3.1974, ZR 74 S. 14, über das Verfahren bei der Errichtung öffentlicher Urkunden in einer fremden Sprache wird diese Gestaltungsweise abgelehnt (S. 15): "Falsch ist, wenn die Erklärung des Übersetzers unterhalb der Unterschrift der Urkundsperson plaziert wird und wenn der Übersetzer seine Erklärung erst nach der Unterzeichnung der Urkunde durch die Urkundsperson unterzeichnet."

Fn 131 - Zum Begriff der Haupturkunde vgl. Ziff. 1358.

Fn 132 - Gemäss BGE 58 II 204 genügt es, wenn die Urkundsperson **nach** der Zeugenbestätigung unterschreibt.

****S. 631****

auf das gleiche Blatt, auf welchem die Unterschriften der zu Urkunde Erklärenden beigesetzt sind. Unter das nachfolgende Protokoll setzt die Urkundsperson ihre zweite Unterschrift, daneben den Stempel.

2. Dolmetscher- und Zeugenerklärungen in der Gestalt notarieller Protokollierung: Ingress

2257 - Das Protokoll soll unter der Überschrift "Dolmetscher-" oder "Zeugenprotokoll" oder unter einem gleichbedeutenden Titel mit einem Ingress beginnen, in welchem die Urkundsperson mit Genauigkeit bezeugt, während welcher Teile des Beurkundungsvorganges die betreffenden Personen anwesend waren; im Ingress sind ferner die Personalien (ohne Zivil- und Güterstand) und die Art

der Identitätskontrolle festzuhalten, genau gleich wie für Personen, welche zu Urkund erklären. Schliesslich soll der Ingress die erforderlichen Angaben zur verfahrensrechtlichen Tauglichkeit des Dolmetschers oder der Zeugen enthalten, und zwar richtigerweise in der Gestalt von Eigenaussagen des Dolmetschers und der Zeugen.

2258 - Die **fachliche Qualifikation des Dolmetschers** kann, soweit sie durch Tatsachen wie Muttersprache, Diplome, gegenwärtige berufliche Tätigkeit etc. belegt wird, in erster Linie durch den Dolmetscher selber, nicht durch die Urkundsperson bezeugt werden. Weil und soweit die Urkundsperson mangels eigener Sprachkenntnisse auf einen Dolmetscher angewiesen ist, kann sie nicht selber die fachliche Qualifikation des Dolmetschers zuverlässig beurteilen. Im Ingress des Dolmetscherprotokolls ist sinngemäss also zum Ausdruck zu bringen, der vor der Urkundsperson erschienene Dolmetscher habe erklärt, aufgrund seiner Muttersprache X und seines Übersetzerdiploms für die Sprache Y oder aufgrund seiner beruflichen Dolmetschertätigkeit für die Sprachen X und Y zur Dolmetschertätigkeit im vorliegenden Beurkundungsverfahren befähigt zu sein.**2259** - Die **Tauglichkeit von Zeugen** ergibt sich aus dem kumulativen Vorhandensein mehrerer Voraussetzungen, von denen einzelne nicht notariell überprüft werden können und also auch nicht notariell bezeugt werden sollen. Zweckmässigerweise ist auch hier die Tauglichkeitsfrage insgesamt durch eine Eigenerklärung der Zeugen abzudecken, wobei die Urkundsperson durch den Beizug dieser Zeugen implizit bezeugt, dass sie aufgrund ihrer pflichtgemässen Würdigung aller erkennbaren Umstände keinen Anlass gehabt hat, an der Tauglichkeit der Zeugen zu zweifeln. Zu den einzelnen Elementen der Zeugen-Tauglichkeit gehört vorweg die Handlungsfähigkeit, welche

****§. 632****

ihrerseits zwei Elemente umfasst, die Volljährigkeit und die Urteilsfähigkeit. Die Volljährigkeit ergibt sich aus der Angabe des Geburtsdatums des im Zeugenprotokoll identifizierten Zeugen; die Urteilsfähigkeit braucht von der Urkundsperson nicht besonders überprüft zu werden, solange das Verhalten des Zeugen nicht zu Zweifeln Anlass gibt. Über die Ausstandsgründe, welche einen Zeugen möglicherweise disqualifizieren, kann in erster Linie der Zeuge selber Auskunft geben; in der Regel vermag die Urkundsperson weder zu beurteilen noch zu überprüfen, ob ausstands begründende Verwandtschaftsverhältnisse zwischen dem Zeugen und der Klientschaft bestehen. Also soll die Urkundsperson auch nicht das Fehlen solcher Verwandtschaftsverhältnisse in Gestalt einer notariellen Eigenerklärung bezeugen¹³³.

2260 - In gewissen Kantonen ist es üblich, statt solcher Eigenerklärungen der Zeugen ein kurzgefasstes notarielles Zeugnis darzustellen, welches sinngemäss lautet: "Vor mir, der Urkundsperson X, sind erschienen Y und Z, **taugliche Zeugen im Sinne des Gesetzes**, welche vor mir erklärt haben: ...". - Wenn die Urkundsperson in solcher Kurzform die Tauglichkeit von Zeugen selber bezeugt, ist dieses notarielle Zeugnis im Sinne des hievorigen Gesagten zu interpretieren. Es besagt nichts weiter als dass die Urkundsperson aufgrund der erkennbaren Umstände keinen Anlass hatte, an der Tauglichkeit der Zeugen zu zweifeln. Es besagt nicht, dass die Urkundsperson die Voraussetzungen der Tauglichkeit abschliessend überprüft hätte und dafür die umfassende Wahrheitsgewähr leistet.

2261 - Im Anschluss an die Protokollerklärungen folgt ein Beurkundungsvermerk, der etwa folgendermassen lauten kann: "Dessen zu Urkund hat der Dolmetscher dieses Protokoll vor der Urkundsperson gelesen, genehmigt und unterzeichnet, worauf ich, die Urkundsperson, ebenfalls unterzeichnet und mein Amtssiegel beigesetzt habe." - Hierauf sollen Ort, Datum und die Unterschriften von Dolmetschern oder Zeugen, ferner die Notarunterschrift folgen.

Fn 133 - Vgl. diesbezüglich die zweckmässige Ordnungsregel von ZH NV § 133 Abs. 3, welche den Notar dazu anhält, Art. 503 ZGB dem Testator und den Beurkundungszeugen vorzulesen und diese Personen selber erklären zu lassen, es bestünden keine Ausschlussgründe im Sinne des ZGB; die Zeugenfähigkeit wird auf diese

Weise von Testator und Zeugen selber bezeugt, ohne dass die Urkundsperson eigene Recherchen über die Verwandtschaftsverhältnisse der Zeugen und des Testator anzustellen braucht.

****§. 633****

3. Inhalt der Dolmetschererklärung

2262 - Der Dolmetscher soll im Dolmetscherprotokoll oder in der privatschriftlichen Dolmetscherbescheinigung erklären,

- in welcher Sprache er sich mit der fremdsprachigen Person verständigt hat, und dass es sich bei dieser Verständigungssprache um die Muttersprache oder um eine von ihr gut oder genügend beherrschte Fremdsprache handelt; im letzteren Falle (d.h. im Falle, in welchem sich auch die zu Urkund erklärende Person einer für sie fremden Sprache bedient) soll die Muttersprache der betreffenden Person erwähnt werden;

- dass die fremdsprachige Person erklärt hat, die Urkundensprache nicht zu verstehen, und dass sie ferner erklärt hat, ihre Erklärungen im Verfahren der mündlichen Übersetzung beurkunden zu wollen;

- dass der Dolmetscher die Urkunde vor der Urkundsperson und der zu Urkund erklärenden Person nach bestem Wissen und Gewissen¹³⁴ vollständig und richtig mündlich in die fremde Sprache übersetzt hat;

- dass die fremdsprachige Person erklärt hat, sie habe den Urkundeninhalt verstanden; er gebe ihren Willen richtig wieder und sie unterzeichne die Urkunde zum Zeichen der Bekräftigung ihres Willens.

2263 - Die Bezeugung, dass die fremdsprachige Person die Urkunde genehmigt und "dessen zu Urkund unterzeichnet" habe, soll von der Urkundsperson ausgehen, und zwar im Beurkundungsvermerk am Ende der Haupturkunde¹³⁵, nicht im Beurkundungsvermerk am Ende des Zeugenprotokolls.

2264 - Erläuterung: Die hier vorgeschlagene Dolmetschererklärung übertrifft an Ausführlichkeit das in der Praxis meistens Übliche. Die Ausführlichkeit ist jedoch nützlich, weil das Dazwischentreten eines Dolmetschers ohne öffentlichen Glauben zwischen die erklärende Person und die Urkundsperson bezüglich des Geltungsgrundes des öffentlichen Glaubens der Urkunde als eine Irregularität erscheint. Das ausführliche Dolmetscherprotokoll weist den Dolmetscher, wenn es ihm zu Beginn seiner Arbeit vorgezeigt wird, einprägsam auf seine Pflichten hin; es kann die Funktion eines Drehbuchs für die Dolmetscherarbeit erfüllen.

2265 - Die Unterschrift des Dolmetschers ist nicht Bedingung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde. Folgende Erwägung spricht jedoch für das Erfordernis der Dolmetscherunterschrift, im Sinne

Fn 134 - ZH NV § 32 Abs 2 verlangt vom Dolmetscher die Erklärung, dass die Übersetzung gewissenhaft erfolgt sei.

Fn 135 - Zum Begriff der Haupturkunde vgl. Ziff. 1358.

****§. 634****

einer Ordnungsregel: Wird dem Dolmetscher die Unterzeichnung auferlegt, so wird hiedurch seine beurkundungsrechtliche Pflichtenstellung mit einer gewissen Feierlichkeit sichtbar gemacht.

2266 - Wird statt der notariellen Protokollierung die **privatschriftliche Zeugenerklärung** gewählt, so sind auch diese Erklärungen als Bestandteil der öffentlichen Urkunde zu qualifizieren und bei der Erstellung von Ausfertigungen wiederzugeben.

2267 - Auch bei der privatschriftlichen Zeugenerklärung soll die Urkundsperson - im Sinne einer Ordnungsregel - die Zeugen identifizieren, d.h. Einsicht in ein Ausweispapier nehmen, sofern die betreffenden Personen nicht persönlich bekannt sind, und sie soll sowohl die erfolgte Identifikation als auch die Personalien als auch schliesslich die Zeitspanne der Anwesenheit und die Unterzeichnung der Bescheinigung durch diese Personen urkundlich bezeugen. Aus dem notariellen Zeugnis soll hervorgehen, dass die Bescheinigungen während des Beurkundungsvorganges unterzeichnet worden sind. Das notarielle Zeugnis kann im Beurkundungsvermerk oberhalb der Klientenunterschrift und oberhalb der Zeugenbescheinigung stehen; die Notarunterschrift braucht in diesem Falle die schriftliche Zeugenbescheinigung nicht abzudecken.

4. Inhalt der Zeugenerklärung

2268 - *Beurkundungszeugen erfüllen ihr Amt dadurch, dass sie gewisse Wahrnehmungen machen und schriftlich zu Protokoll geben oder privatschriftlich auf der Urkunde bescheinigen. Wird die Zeugenerklärung notarielle protokolliert, so handelt es sich um ein unterschrittsbedürftiges Protokoll, d.h. es bedarf der eigenhändigen Unterschrift des zu Protokoll erklärenden Zeugen. Leistet der Zeuge seine Unterschrift nicht, so hat er sein Zeugnis nicht in rechtsgenügender Form abgelegt, und es fehlt der erforderliche Beleg der Zeugenmitwirkung.*

2269 - *Bezeugen die Beurkundungszeugen die Beurkundung eines letztwilligen Geschäftes, bei welchem alle letztwillig verfügenden Personen die Urkunde selber lesen und unterzeichnen, so genügt es, dass die Zeugen nach erfolgter Lesung und Unterzeichnung der Urkunde durch die Beteiligten beigezogen werden; die Zeugen erhalten bei dieser Vorgehensweise keine Kenntnis vom Inhalt der Urkunde. Sie bezeugen die von ihnen wahrgenommene Genehmigungserklärung (Art. 501 Abs. 1 ZGB).*

2270 - *Empfehlenswert und in den meisten Kantonen üblich ist es, dass die Zeugen schon zum Unterzeichnungsvorgang beigezogen werden, diesem persönlich beiwohnen und ihn in der Zeugenerklärung bezeugen.*

****S. 635****

2271 - *Bezeugen die Beurkundungszeugen die Inkraftsetzung der Urkunde durch eine Person, die wegen Schreib- oder Sehbehinderung nicht lesen oder nicht unterzeichnen kann oder die aus irgendwelchen Gründen tatsächlich nicht unterzeichnet, so haben sie, zusätzlich zu den soeben genannten Erfordernissen, während der ganzen Vorlesung der Urkunde anwesend zu sein und diese Anwesenheit im Zeugenprotokoll zu bezeugen¹³⁶. Sie haben in diesen Fällen ferner folgende Befunde zum Ausdruck zu bringen:*

*(a) dass die Urkunde den Erschienenen durch die Urkundsperson vorgelesen wurde,
(b) dass die Erschienenen hierauf erklärt hätten, sie hätten den Urkundeninhalt verstanden; die Urkunde enthalte ihren übereinstimmenden Willen, den sie hiermit beurkunden liessen.*

2272 - Erläuterung: Die Beurkundungszeugen müssen die Urkunde mitunterzeichnen, weil die Zeugenerklärung von Beurkundungsrechts wegen eine schriftliche Erklärungsabgabe und damit eine unterschrittl. bekräftigte Erklärung sein muss. Aus diesem Grunde sind Personen, welche nicht lesen oder nicht schreiben, insbesondere nicht unterschreiben können, keine tauglichen Beurkundungszeugen¹³⁷.

2273 - Unerlässlich ist auch die namentliche Bezeichnung der Zeugen in der Urkunde selbst; in der Regel geschieht dies im Zeugenprotokoll. Die fehlende Identifizierbarkeit der Zeugen aufgrund des

Urkudentextes hat die gleichen Rechtsfolgen wie das Fehlen der Zeugen anlässlich der Beurkundung.

2274 - Das Zeugenprotokoll muss die für die Zeugenfunktion in der konkreten Situation wesentlichen Wahrnehmungen der Zeugen wiedergeben. Eine besondere diesbezügliche Rechtsprechung existiert für die Zeugenerklärungen bei letztwilligen Geschäften gemäss Art. 502 Abs. 2 ZGB¹³⁸.

2275 - Gemäss Musterurkundensammlung des Verbandes bernischer Notare (4.A. 1991), Nr. 131, kann die Zeugenerklärung unterhalb der Unterschriften der Erschienenen und der Urkundsperson angebracht werden, wobei folgender Text vorgeschlagen wird (bezogen auf die vom Testator selbst gelesene und unterzeichnete Urkunde): *"Anschliessend [an die Unterzeichnung seitens der Erschienenen und der Urkundsperson] stellen die Zeugen folgende Bescheinigung aus: 1. Der Testator hat die vorliegende Urschrift vor uns und mit dem Notar unterzeichnet. 2. Er hat*

Fn 136 - Eine damit übereinstimmende Bezeugung der Anwesenheitsdauer soll in der Gestalt der notariellen Eigenaussage in den Beurkundungsvermerk der Haupturkunde aufgenommen werden.

Fn 137 - Dies ergibt sich auch unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 503 Abs. 1 ZGB. Es handelt sich aber um einen Grundsatz von allgemeiner Tragweite, der auch für die kantonalrechtlichen Beurkundungszeugen gilt.

Fn 138 - Vgl. Ziff. 2416 ff.

****§. 636****

uns in Gegenwart des Notars erklärt, dass er die Urkunde in dessen Beisein gelesen hat und dass diese sein Testament enthalte. 3. Nach unserer Wahrnehmung befand sich der Testator im Zustande der Verfügungsfähigkeit. - [Ort, Datum, Zeugenunterschriften]".

2276 - Die zürcherische Mustersammlung, welche ebenfalls die Praxis der privatschriftlichen Zeugenerklärung reflektiert, empfiehlt für den gleichen Beurkundungsfall folgende Zeugenerklärung: *"Erklärung der Zeugen: X und Y bestätigen im Sinne von Art. 501 ZGB, dass 1. der Testator, [Name], vor uns und der Urkundsperson erklärt hat, er habe die vorstehende Urkunde soeben selbst gelesen und diese enthalte seine letztwillige Verfügung; 2. sich der Testator im Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärung nach unserer Wahrnehmung im Zustande der Verfügungsfähigkeit befunden hat; 3. der Testator die vorstehende Urkunde in unserer Gegenwart eigenhändig unterzeichnet hat; 4. die Urkunde von der Urkundsperson eigenhändig datiert und unterzeichnet worden ist; 5. die Urkundsperson uns und dem Testator Art. 503 des ZGB bekanntgegeben hat; 6. keine Gründe vorliegen, die uns hier als Zeugen ausschliessen würden. - [Zeugenunterschriften]"*¹³⁹

§ 75 Anhang zur Urkunde: Beilagen

2277 - *In Kantonen, welche das Urschriftensystem¹⁴⁰ kennen, drängt sich eine physische Verbindung der Beilagen¹⁴¹ mit der Urkunde nicht auf, da dies die spätere Herstellung einwandfreier Fotokopien behindert und da der für eine zirkulierende Urkunde erforderliche Zusammenhalt des Dokumentes nicht nötig ist. Statt dessen ist eine verbale Kennzeichnung der Zusammengehörigkeit von Urkunde und den lose dazugelegten Beilagen vorzunehmen, und zwar durch gegenseitigen Verweis in der Urkunde und in den Beilagen¹⁴².*

Fn 139 - Vgl. Dokumentation "Textorganisation Ehegüter- und Erbrecht für die Notariate des Kantons Zürich", herausgegeben vom Notariatsinspektorat des Kantons Zürich 1987, 2.A. 1991, Ziff. 12.1.

Fn 140 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 228.

Fn 141 - Zur rechtlichen Bedeutung der Textbeilagen vgl. Ziff. 1389 ff., zu derjenigen von Bildbeilagen (insbesondere Plänen und Planskizzen) Ziff. 1403 ff. - Zum Verhältnis von Haupturkunde zu Beilagen vgl. Ziff. 1380 ff. - Zum Verbot, Dokumente mit späterem Datum der früher datierten Haupturkunde als Beilagen beizufügen vgl. Ziff. 1413 und 1415 ff.

Fn 142 - So BE ND Art. 8 Abs. 4: Die Beilagen sind zu nummerieren und mit einem notariellen Zeugnis über ihre Zugehörigkeit zur Urschrift zu versehen; die Beilagen müssen ihrerseits in der Urschrift erwähnt werden; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 141, N 3 zu Art. 8 ND BE.

****§. 637****

2278 - In Kantonen mit dem Zirkulationsurkunden-System gilt folgendes: Alle Dokumente, welche in der Haupturkunde als Beilagen bezeichnet und auf welche in diesem Sinne verwiesen wird, sollen urkundenmässig mit dieser verbunden, d.h. mit Schnur und Siegel beigefügt werden¹⁴³.

2279 - Das die Schnur-Enden mit dem Papier verbindene Siegel soll in diesem Fall auf dem letzten Blatt der Haupturkunde, d.h. unterhalb des Beurkundungsvermerks und unmittelbar neben der Notarunterschrift hingesezt werden. Die nachfolgend dazugeschnürten Beilageblätter brauchen weder Notarunterschrift noch Siegel zu tragen.

2280 - Erläuterung: Es handelt sich um Ordnungsregeln. Durch die urkundenmässige Verbindung eines Dokuments mit der zur Zirkulation bestimmten Haupturkunde wird für jeden Urkunden-Leser sichtbar gemacht, dass die betreffenden Beilagen während des Beurkundungsvorganges **vorhanden, d.h. in Griff- und Blickweite der Erschienenen und der Urkundsperson waren¹⁴⁴.**

2281 - Welche Dokumente als Beilagen der Urkunde beizufügen sind, hängt vom Geschäft und von den Umständen des Einzelfalles, ausserdem von kantonalen Vorschriften ab. Vom Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung her erscheint es nicht als unabdingbar, dass **Vollmachten, aufgrund derer in der Urkunde Erklärungen zu Urkund oder zu Protokoll abgegeben werden, als Beilagen beigefügt werden. Es genügt, dass sich die Urkundsperson vom Vorhandensein der Bevollmächtigung überzeugt hat und dies in der Urkunde bezeugt¹⁴⁵.**

§ 76 Zulässige und unzulässige Varianten des Aufbaus und der Dokumentenherstellung

2282 - Die vorne erwähnte Dreiteilung der Urkunde kann nicht zu den beurkundungsrechtlichen Bedingungen für das Entstehen der öffent-

Fn 143 - Vgl. BS GedrW Nr. 3c: "Wird die Beilage nicht beigeheftet, so ist anzugeben, wer sie nach dem Willen der Parteien in Verwahrung nehmen soll. Für die Mutations- und Servitutpläne des Vermessungsamtes, die beim Vermessungsamt aufbewahrt werden, ist eine solche Angabe nicht notwendig."

Fn 144 - A.M. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 144, § 30 Ziff. 12b, welcher die Auffassung vertritt, der Urkunde dürften auch solche Dokumente als Beilagen beigefügt und urkundenmässig damit verbunden werden, die anlässlich des Beurkundungsvorganges nicht vorlagen.

Fn 145 - So in bezug auf Rechtsgrundaussage im Grundstücksverkehr ALFRED KELLENBERGER, Grenzen der Grundbuchführung, BN 1987, S. 81-99 (83 f.).

****§. 638****

lichen Urkunde gezählt werden. Es genügt, dass der vorschriftsmässige Ablauf des Beurkundungsvorgangs, d.h. die unmittelbar vor der Unterzeichnung erfolgte Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes und die Unterzeichnung in Anwesenheit der Urkundsperson **in irgendeiner Weise** aus der Urkunde ersichtlich und durch die Urkundsperson bezeugt wird.

2283 - Dies kann auch dadurch geschehen, dass das Erscheinen der Parteien sowie die Lesung und Genehmigung des Aktes vor der Urkundsperson im Beurkundungsvermerk am Ende des Aktes zusammengefasst werden.

2284 - Ist also auf einem vorgedruckten Bürgschaftsformular oberhalb der Überschrift "Solidarbürgschaftsverpflichtung" nicht genügend Raum, um den üblichen notariellen Ingress mit Schreibmaschinenschrift einzufügen, dann ist die Bürgschaft auch dann öffentlich beurkundet, wenn die normalerweise im Ingress vermittelte Protokollierung des Beurkundungsvorgangs in einen erweiterten Beurkundungsvermerk am Schluss integriert wird¹⁴⁶. Aufgrund des vorne Gesagten handelt es sich dabei um eine notarielle Ordnungswidrigkeit, die aber die privatrechtliche Gültigkeit des Geschäftes nicht beschlägt.

2285 - Unter dem Gesichtswinkel bundesprivatrechtlicher Gültigkeit des Geschäftes kann auch nicht gefordert werden, dass die Parteiunterschriften **nach** dem Beurkundungsvermerk stehen. Es genügt, wenn sie die individuellen Parteierklärungen abdecken und **unter diese** gesetzt werden. Das notarielle Zeugnis, dass die Parteiunterschriften nach erfolgter Lesung und Genehmigung in Anwesenheit der Urkundsperson beigesetzt wurden, darf unterhalb der Parteiunterschriften angefügt und durch die Unterschrift und das Siegel der Urkundsperson abgeschlossen werden.

Fn 146 - Etwa mit dem Wortlaut: "Die vorstehende Solidarbürgschaftsverpflichtung ist von X (Identität und Personenstand) vor mir, dem öffentlichen Notar in ... gelesen und genehmigt worden. Dessen zu Urkund hat der Erschienene sodann vor mir, dem Notar, diesen Akt unterzeichnet, worauf ich ebenfalls unterschrieben und mein Amtssiegel dazugesetzt habe."

S. 639

§ 77 Änderung öffentlich beurkundeter Rechtsverhältnisse

2286 - *Einigen sich die Parteien eines Grundstückkaufs nach dessen Beurkundung, aber vor dessen grundbuchlichem Vollzug auf eine Abänderung des Leistungsumfangs der einen oder anderen Partei, so müssen ursprünglicher Vertrag und Abänderungsvertrag urkundentechnisch so miteinander verbunden bzw. ineinander integriert werden, dass die getroffenen Absprachen für Dritte gesamthaft und in ihrer endgültigen Gestalt erkennbar werden.*

2287 - *Bei allen übrigen Geschäften ist die schrittweise Abänderung durch Nachträge auch dann möglich, wenn die Nachträge nicht den gesamten ursprünglichen Vertragsinhalt wiederholen. Als Ordnungsregel muss jedoch gelten, dass bei der Beurkundung von Nachträgen die bisherige Fassung des Geschäftes als Beilage urkundenmässig mit dem Nachtrag verbunden wird und dass im Textteil des Nachtrags auf die Beilage verwiesen wird¹⁴⁷. Ausnahmen von dieser Regel können gerechtfertigt sein, wenn sich die Gesamtheit des jeweils geltenden Rechtszustandes aus der Belegsammlung eines Amtes (Grundbuch oder Handelsregisteramt) ersehen lässt.*

2288 - *Spätere Vereinbarung von Vertragsinhalten, die sich als blosser Ergänzung des ursprünglich beurkundeten Geschäfts oder als die Konkretisierung ursprünglich beurkundeter Grundsatzregelungen erweisen, sind sowohl in einfacher Schriftform als auch in separater öffentlicher Urkunde zulässig.*

2289 - **Erläuterung:** a) **Grundstückkauf:** Verbliebe ein Originalexemplar des ursprünglichen, mittlerweile abgeänderten Geschäftes in den Händen Privater, welche dadurch instandgesetzt würden, Behörden und privatrechtlich betroffene Dritte über den wirklichen Umfang der öffentlich beurkundeten Leistungen zu täuschen, so müsste das ganze Geschäft durch jene Sanktionen betroffen werden, welche für die unrichtige Beurkundung des Grundstückspreises entwickelt wurden¹⁴⁸.

2290 - b) **Übrige Geschäfte:** Hier besteht keine entsprechende Amtspflicht, sondern die blosser Empfehlung, mit dem Nachtrag zugleich

Fn 147 - Vgl. BS NG § 17: "Bei der Beurkundung von Änderungen einer Grundlast- oder Grundpfandverschreibung ist auf die Haupturkunde zu verweisen, sofern sie von demselben Notar errichtet worden war." - Der Nachsatz "sofern..." muss in sachgemässer Interpretation "sofern möglich" bedeuten.

Fn 148 - Vgl. hierzu eingehend Ziff. 2539. - Nachträgliche privatschriftliche Abänderungen sind allerdings in gewissem Umfange zulässig, so etwa die Absprache "Hypothekenreglierung erfolgt später" als Abänderung zur öffentlich beurkundeten Hypothekenreglierung; auch kann der Käufer bei Lücken im beurkundeten Grundstücksbeschrieb nachträglich handschriftlich erklären, er habe vom vollständigen Beschrieb Kenntnis.

****S. 640****

auch stets den weiterbestehenden Inhalt der bisherigen Regelung darzustellen. Es handelt sich insbesondere um Nachträge zu Stiftungsurkunden, Eheverträgen, Erbverträgen, letztwilligen Verfügungen, Baurechts- und Verpfändungsverträgen, ferner bei Kaufs- und Rückkaufsrechten.

2291 - Allemal hat sich die Urkundsperson darum zu bemühen, entweder den gesamten Regelungsinhalt in seiner neuesten gültigen Gestalt zu einer einheitlichen Urkunde zu formen oder die Erstfassung mit sämtlichen späteren Nachträgen solcherart zu einem einzigen Dokument (letztsbeurkundeter Nachtrag mit beigefügten früheren Versionen) zusammenzufassen, dass der Leser des letzten Nachtrags ein vollständiges Bild des geltenden Rechtszustandes erhält.

2292 - Nur eine in diesem Sinne vollständige Gestalt des letzten Nachtrags vermag ersichtlich zu machen, dass die Urkundsperson ihre Amtspflicht wahrgenommen hat, sich im Rahmen der Nachtragsbeurkundung mit dem Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit auseinanderzusetzen. Diese Auseinandersetzung obliegt ihr aufgrund ihrer Belehrungspflicht. Die Urkundsperson kann ihrer Belehrungspflicht im Zusammenhang mit der Nachtragsbeurkundung nicht gerecht werden, wenn sie sich nicht mit dem bis dahin geltenden Vertragszustand vertraut gemacht hat.

2293 - Da das Zusammenfügen früherer Fassungen mit späteren Nachträgen für den Leser unübersichtlich ist und für die Vertragsschliessenden und die Urkundsperson leicht zu Missverständnissen und widersprüchlichen Absprachen führt, ist es bei der Abänderung bestehender Rechtsverhältnisse stets empfehlenswert, die Parteierklärungen mit der Aussage beginnen zu lassen, das bisherige Rechtsverhältnis werde abgeändert, wobei künftig sämtliche Elemente dieses Rechtsverhältnisses gemäss den in der vorliegenden Urkunde stipulierten Absprachen gelten sollten¹⁴⁹.

Fn 149 - Wo immer es den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, sollte eine Vertragsänderung als die Änderung eines weiterbestehenden Rechtsverhältnisses, nicht als Aufhebung eines bisherigen und Neubegründung eines künftigen Rechtsverhältnisses bezeichnet werden. Denn das Aufheben und Neubegründen mag vom Fiskus und von Drittpersonen als ein Hin- und Herschieben von Vermögenswerten oder als ein Verzicht auf bisherige Rechtspositionen (mit der Folge beispielsweise des Nachrückens nachrangiger Rechte in eine vordere Alterspriorität) betrachtet werden, wogegen die blosse Abänderung einzelner Absprachen innerhalb eines weiterbestehenden Rechtsverhältnisses ein geringeres Risiko derartiger Folgen in sich birgt. Die Urkundsperson muss vermeiden, durch eine (unnötige) Wortwahl ("Aufhebung/Neubegründung") Dritten Argumente der gezeigten Art zuzuspielen.

****S. 641****

§ 78 Korrekturen an der Urkunde nach deren Siegelung

2294 - *Nach erfolgter Siegelung sind nur noch solche Berichtigungen¹⁵⁰ und Ergänzungen zulässig, die als Behebung sprachlicher und orthographischer Irrtümer bezeichnet werden können, nicht aber eine Änderung des materiellen Geschäftsinhaltes bewirken.*

2295 - *Soll der Inhalt des Geschäftes geändert werden, so müssen die Beteiligten einen Abänderungsakt stipulieren und, wenn hiefür öffentliche Beurkundung erforderlich ist, öffentlich beurkunden lassen¹⁵¹. Dieser ist als Nachtrag zur abzuändernden Urkunde oder als selbständige neue Urkunde zu erstellen.*

2296 - *Behält die erste Urkunde ihre Rechtswirksamkeit, so kann durch einen notariellen Randvermerk auf den Nachtrag oder die ergänzende neue Urkunde hingewiesen werden¹⁵².*

2297 - Erläuterung: Der Abänderungsakt entfaltet seine Wirkung grundsätzlich ex nunc. Er kann den abgeänderten Akt nicht ungeschehen machen, d.h. ihn nicht als historisches Faktum aus der Welt schaffen, insbesondere nicht ohne weiteres die durch ihn ausgelösten Steuerfolgen rückgängig machen.

2298 - Zu weit geht wohl MARTIS Forderung, **alle** nach Abschluss des Beurkundungsvorganges vorzunehmenden Änderungen an der Urkunde müssten durch die Beurkundung eines Nachtrages, d.h. anlässlich eines weiteren Beurkundungsvorganges, vollzogen werden¹⁵³. MARTIS Postulat kann nur beigepflichtet werden in bezug auf jene Änderungen, die an der materiellen Rechtslage etwas ändern und nicht blosse Rektifikate offensichtlicher Schreibfehler sind, und zudem nur in bezug auf Änderungen, die nach erfolgter Siegelung vorgenommen werden sollen.

2299 - Wurde also in einem Kaufvertrag bei der Angabe der bestehenden Pfandbelastung eine Null zu wenig geschrieben, so ist dies der Fall für eine zulässige nachträgliche Änderung der fertiggestellten Urkunde (Korrekturvermerk: "eine Zahl beigefügt"). Nur scheinbar und äusserlich ändert sich bei einer solchen Korrektur viel.

Fn 150 - Vgl. auch Ziff. 1315 ff.

Fn 151 - Vgl. ZH NV § 24.

Fn 152 - Vgl. ZH NV § 24.

Fn 153 - MARTI, Bernisches Notariatsrecht S. 140 N. 3 zu Art. 7 ND BE.

****S. 642****

Kapitel 10: Besonderheiten bei einzelnen Geschäften

Die nachfolgende Erörterung beschränkt sich auf Geschäfte und Themen, welche für die praktizierende Urkundsperson von besonderer Bedeutung sind.

§ 79 Stiftung

1. Errichtung

a) Beurkundungsrechtliche Natur der Stiftungserrichtung

2300 - *Die Stiftung wird in einer öffentlichen Urkunde errichtet, in welcher der Stifter seinen Willen zu Urkund erklärt. Das Stiftungsstatut ist demgemäss anlässlich des Beurkundungsvorganges in seiner Gesamtheit Gegenstand der Lesung.*

2301 - Erläuterung: Sofern die Stiftung nicht durch handschriftliche letztwillige Verfügung gemäss Art. 498 ZGB errichtet wird, erfolgt die Errichtung durch öffentlich beurkundete individuelle Erklärung. Im Gegensatz zu den Errichtungsurkunden für die juristischen Personen des Obligationenrechtes handelt es sich nicht um ein Gründungsprotokoll, d.h. nicht um das Protokoll einer Veranstaltung, sondern um die Beurkundung einer individuellen Willenserklärung¹, nämlich der Erklärung des Stifterwillens². Die Urkundsperson hat sich demgemäss um den wirklichen Willen des Stifters zu kümmern, dessen Vernünftigkeit und Widerspruchsfreiheit einer summarischen Kontrolle zu

Fn 1 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 85 f.

Fn 2 - So ZH NV § 89 (Verweis auf die §§ 12-34, welche die Erklärungen zu Urkund regeln).

****S. 643****

unterziehen³ und den Stifter über die rechtliche Tragweite seines Aktes zu informieren (Belehrungspflicht).

2302 - Die blossе Feststellung, dass das Stiftungsstatut dem Stifter und der Urkundsperson vorliege und hiermit genehmigt oder beschlossen oder in Kraft gesetzt werde, genügt dem Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung nicht. Das Stiftungsstatut muss vor der Urkundsperson als Parteiwille erklärt, nicht bloss als vorhandenes Dokument genehmigt werden. Auch hierdurch unterscheidet sich der Stiftungsvorgang von der Gründung der Aktiengesellschaft.

b) Zulässige Stellvertretung

2303 - *Die Stiftungerrichtung unter Lebenden ist nicht höchstpersönlicher Natur; Erklärungsabgabe durch Stellvertreter ist zulässig.*

2304 - Erläuterung: Tritt eine juristische Person als Stifterin auf, was namentlich bei der Errichtung von Personalvorsorgestiftungen regelmässig der Fall ist, so können entweder zeichnungsberechtigte Organe (praxismässig nicht Prokuristen, sondern mindestens Vizedirektoren) die Stiftungserklärung beurkunden lassen. Es bedarf keines Nachweises von Organbeschlüssen (Verwaltungsrats- oder Generalversammlungsbeschlüssen).

c) Keine Stiftungerrichtung aufgrund erbvertraglicher Verpflichtungserklärung

2305 - Wird die Stiftung durch einen Akt von Todes wegen vorbereitet (die Stiftung beginnt in diesem Falle erst nach dem Tode des Verfügenden zu existieren, wird also nicht bereits im Zeitpunkt der letztwilligen Verfügung "errichtet"), so ist die Bundesgerichtspraxis im Auge zu behalten, welche aufgrund einer dem Gesetzesbuchstaben verhafteten Auslegung von Art. 81 Abs. 1 ZGB die Form der letztwilligen Verfügung verlangt und das erbvertragliche Stiften nicht zulässt⁴. Zulässig ist das Stiften im Erbvertrag immerhin dann, wenn die Stiftungserklä-

Fn 3 - ZH NV § 90 Abs. 2 verpflichtet den Notar in diesem Sinne, darauf hinzuwirken, dass die Art und der Umfang des gestifteten Vermögens genau bezeichnet und der Stiftungszweck eindeutig umschrieben werde.

Fn 4 - BGE 96 II 273 i.S. Heider/Katharina und Rosalie Schweizer-Stiftung; vgl. jedoch die Kritik an dieser Entscheidung durch PETER LIVER, ZbJV 108 (1972) S. 41-49, ferner durch HANS MERZ, ZbJV 108 (1972) S. 59, welcher bedauert, dass das Bundesgericht keinen Weg gefunden hat, dem klar ausgedrückten Willen der letztwillig Verfügenden zur Nachachtung zu verhelfen.

****S. 644****

rung dort als testamentarischer, d.h. als einseitig widerruflicher Einschub ausgestaltet ist.

d) Dotation der Stiftung mit Grundstücken

2306 - *Die Dotation der Stiftung mit Grundstücken kann anlässlich der Stiftungerrichtung am Ort der Stiftungerrichtung beurkundet werden. Spätere Grundstücksschenkungen sind am Ort der gelegenen Sache zu beurkunden.*

2307 - Erläuterung: Die hier vertretene Auffassung folgt MARTI⁵. Ihr steht eine überwiegend gegenteilige Meinung in der Lehre und in einzelnen kantonalen Gesetzen gegenüber, welche von der Notwendigkeit von Vollzugsbeurkundungen, anschliessend an die Stiftungerrichtung, in den auswärtigen Belegenheitskantonen ausgeht⁶.

e) Keine notarielle Kontrollpflicht bezüglich des vorhandenen Dotationskapitals

2308 - *Anders als bei der Gründung der juristischen Personen des Obligationenrechts hat sich die Urkundsperson nicht um den Kapitalnachweis zu kümmern.*

2309 - Erläuterung: Die in der Stiftungsurkunde als Gültigkeitsvoraussetzung erforderliche Nennung der Anfangsdotation genügt. Sie ist als Willenserklärung zu beurkunden. Ob das betreffende

Kapital wirklich vorhanden sei, unterliegt nicht der notariellen Kontrolle. Die Frage einer Kapitalüberprüfung stellt sich nicht. Hat der Stifter die Aussonderung des Stiftungsvermögens aus seinem Privatvermögen nicht bereits vollzogen, so begründet der Stiftungsakt eine Verpflichtung hiezu. Die Kontrolle des Vollzugs und gegebenenfalls die Durchsetzung der Dotationspflicht obliegt den Stiftungsorganen und der Stiftungsaufsicht, nicht der Urkundsperson anlässlich der Stiftungserrichtung.

Fn 5 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 51, N 7 zu Art. 18. - Zu der in der vorliegenden Darstellung geübten Kritik an der herrschenden Auffassung vgl. Ziff. 720 ff.

Fn 6 - Für die Gültigkeit der Verpflichtungswirkung der Stiftungsurkunde bezüglich ausserkantonaler Grundstücke - und damit die gerichtliche oder aufsichtsrechtliche Durchsetzung - nicht aber für die unmittelbare grundbuchliche Vollziehbarkeit der Stiftungsurkunde in anderen Kantonen sprechen sich aus RIEMER, Berner Kommentar (1975) N 25 f zu Art. 81 ZGB und W. WILD, Kantonale Beurkundung und Grundbuchführung, ZBGR 32 (1951) S. 301 ff. (313). Die gleiche Auffassung liegt ZH NV § 91 zugrunde, wo vorgeschrieben wird, bei der Stiftungsdotations mit ausserkantonalen Grundstücken sei die Stiftungserrichtung zwar unter Einbeziehung aller Grundstücke vorzunehmen, jedoch sei der Stifter auf die Notwendigkeit der Vollzugsbeurkundung der Grundstückabtretungen durch die örtlich zuständigen Urkundspersonen aufmerksam zu machen.

****S. 645****

2310 - Hingegen hat sich die Urkundsperson um das Vorhandensein des zu stiftenden Vermögens beim Stifter insoweit zu kümmern, als es unter dem Gesichtswinkel der Vernünftigkeit und Ernsthaftigkeit des Stifterwillens bedeutsam ist. Will eine offenbar mittellose Person grosse Beträge stiften, so fehlen dem Geschäftswillen entweder die Vernünftigkeit oder die Ernsthaftigkeit. Die Beurkundung ist abzulehnen.

f) Belehrungspflicht

2311 - *Die Urkundsperson hat dem Stifter die nötige Belehrung und Formulierungshilfe zu gewähren, damit ein dem Stifterwillen angemessenes und zweckmässiges Stiftungsstatut beurkundet wird. Wo die Stiftungsaufsichtsbehörde den Entwurf der Stiftungsurkunde einer gründlichen Vorprüfung unterzieht, verringert sich die Belehrungspflicht der Urkundsperson entsprechend.*

2312 - Erläuterung: Alle ideellen Stiftungen und die Personalvorsorgestiftung unterstehen öffentlicher Aufsicht gemäss Art. 84 ZGB. Die Aufsichtsbehörden haben ihre Kompetenzen im Laufe der Zeit ausgedehnt und beaufsichtigen heute regelmässig bereits die Stiftungserrichtung⁷. Sie pflegen zum Inhalt der Stiftungsurkunden, zur Zweckmässigkeit der Organisation, zur Angemessenheit des gestifteten Vermögens bzw. zur voraussehbaren Finanzierung der Stiftung im Verhältnis zu ihrem statutarischen Zweck schon vor dem Handelsregistereintrag, d.h. vor Beginn der Stiftungsexistenz, Stellung zu nehmen und bereits in diesem Stadium allenfalls Änderungen des Stiftungsstatuts zu verlangen. Die meisten Handelsregisterämter lehnen die Eintragung einer neuen Stiftung ab, wenn nicht die schriftliche Zustimmung der Aufsichtsbehörde vorliegt. Die Aufsichtsbehörden haben damit die ihnen vom Gesetzgeber übertragene Sorge um das Stiftungsvermögen ausgedehnt zu einer faktischen Bewilligungspflicht des Stiftungsaktes selber.

2313 - Wo eine Aufsichtsbehörde vorhanden ist, welche den Entwurf zur Stiftungsurkunde vorprüft und gegebenenfalls im voraus informell genehmigt (die formelle Genehmigung einer noch nicht in Kraft gesetzten Stiftungsurkunde ist kaum denkbar), da ist die Urkundsperson von entsprechender eigener Prüfung weitgehend entlastet. Immerhin haben die Kontrollpflichten für Urkundspersonen einerseits, die rechtlichen Prüfungspflichten der Aufsichtsbehörde andererseits, verschiedene Zielrichtungen. Die Urkundsperson kontrolliert den ver-

Fn 7 - Das war nicht die Meinung des Gesetzgebers. Gemäss Art. 84 Abs. 2 ZGB beginnt die öffentliche Stiftungsaufsicht erst nach der Stiftungserrichtung und beschränkt sich auf die Sorge, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird.

****S. 646****

nünftigen und ernsthaften Geschäftswillen des Stifters. Sie ist also primär Interessenwahrerin des Stifters und soll diesen vor Unbedacht schützen, ferner auf die Gültigkeit des Stiftungsaktes hinwirken⁸. Die Aufsichtsbehörde kümmert sich ausschliesslich um die künftige Stiftung, die Rechtmässigkeit ihres Zweckes, ferner um das Vorhandensein einer hinlänglichen Finanzierung und einer zweckmässigen Organisation.

2314 - Bezüglich der notariellen Belehrungspflicht gilt folgendes: Anlässlich der Errichtung von **Personalvorsorgestiftungen** ist die Stifterfirma auf die Erfordernisse des BVG hinzuweisen. Hat sich die Stifterin nicht bereits durch eine Versicherungsgesellschaft oder einen BVG-Experten beraten lassen, so ist sie auf die Nützlichkeit solcher Beratung⁹ hinzuweisen. Es ist nicht Sache der Urkundsperson, den von der Klientschaft vorgelegten Statutenentwurf für eine Personalvorsorgestiftung auf BVG-Konformität zu überprüfen; diese Aufgabe obliegt heute praxisgemäss der vorprüfenden Aufsichtsbehörde und den versicherungstechnischen Experten. Entspinnen sich dabei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem beratenden Versicherungsexperten und der Aufsichtsbehörde, so folgt die Urkundsperson der Diskussion über die notwendigen bzw. bestrittenen Änderungen des Urkunden-Entwurfs als Beobachterin. Sie beurkundet am Schluss jenen Text, auf den sich die Klientschaft und deren Berater mit der Aufsichtsbehörde geeinigt haben.

2315 - Bittet eine Stifterfirma ausnahmsweise die Urkundsperson um die Vorlegung eines Entwurfs, so hält sich die Urkundsperson an bewährte Vorlagen, insbesondere an die von den BVG-Aufsichtsbehörden publizierten Musterurkunden. Von der Entfaltung eigener redaktioneller Kreativität ist nach Möglichkeit abzusehen.

2316 - Zur notariellen Belehrungspflicht gehört der Hinweis auf die möglicherweise verhängnisvollen Steuerfolgen bei der Errichtung von **Unternehmensstiftungen** und **Familienstiftungen**¹⁰. Für beide Stiftungskategorien zeichnet sich aufgrund einer unfreundlichen Steuerpraxis die Verneinung der Gemeinnützigkeit und damit die Verweigerung der Steuerbefreiung ab. Wird der Stiftung vom Errichtungstage an die Gemeinnützigkeit steuerlich aberkannt, so bedeutet die Widmung des Stiftungsvermögens aus steuerlicher Sicht eine Schenkung, und zwar eine solche zwischen nichtverwandten Personen, also zum Höchstarif der Schenkungssteuer. Bei grösseren Stiftungsdotationen kann die steuerliche Belastung 50 % des Verkehrswertes des gewid-

Fn 8 - Vgl. in diesem Sinne ZH NV § 90 Abs. 3.

Fn 9 - Zur notariellen Beratung vgl. Ziff. 1783 ff.

Fn 10 - Zu notariellen Belehrungspflicht bezüglich der steuerlichen Folgen des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1750, zur Steuerberatung Ziff. 1818 und 654.

****S. 647****

meten Vermögens absorbieren. Die Urkundsperson muss davon ausgehen, dass der Stifter in Kenntnis dieser Steuerfolgen mit Sicherheit nicht gestiftet haben würde. Der Hinweis auf die steuerlichen Risiken gehört also zur Belehrungspflicht der Urkundsperson.

2317 - Hingegen braucht sich die Urkundsperson nicht mit steuerlichen Detailabklärungen, insbesondere nicht mit Erkundigungen bei der Steuerverwaltung über den steuerlichen Status der zu errichtenden Stiftung gemäss Zweckklausel und vorgesehener Finanzierung einzulassen. Solche Abklärungen sind Sache des Stifters und seines Steuerberaters. Kümmert sich die Urkundsperson um solche Abklärungen, dann tut sie es im freiwillig übernommenen Beratungsmandat, nicht aus beurkundungsrechtlicher Amtspflicht. Im Beratungsmandat mag die Urkundsperson auch auf die künftigen ordentlichen Steuern hinweisen, die auf dem Vermögen einer nicht-steuerbefreiten Stiftung zu

erwarten sind, ferner auf jenen Mitteln, die jährlich als Ertrag in die Stiftung hinein- und als Ausschüttungen an Begünstigte aus der Stiftung hinausfliessen.

2318 - Bei Unternehmensstiftungen stellt sich die Steuersituation deutlich ungünstiger dar als bei Holding-Aktiengesellschaften.

g) Abmahnungspflicht bezüglich der Errichtung von Familienstiftungen

2319 - Familienstiftungen haben angesichts der hohen Steuerlast bei der Errichtung und der anschliessenden jährlichen Besteuerung von Einkommen und Vermögen, sodann angesichts der Beschränkung ihrer Tätigkeit gemäss Art. 335 Abs. 1 ZGB und der heute vorhandenen sozialen Netze praktisch keinen Sinn mehr. Nimmt die Urkundsperson ihre notarielle Belehrungspflicht ernst, so ergibt sich aus der sorgfältigen Belehrung wohl in den meisten Fällen, dass die Errichtung einer neuen Familienstiftung richtigerweise unterbleibt.

h) Gestaltung der Stiftungsurkunde

2320 - Für die Gestaltung der Stiftungsurkunde gilt folgendes: Der Zivilgesetzgeber hat offenbar an die Errichtung der Stiftung durch ein einziges Dokument gedacht (Art. 81 Abs. 1 ZGB). In der Praxis besteht jedoch ein Bedarf, den bleibenden Teil der Stiftungsurkunde, das sogenannte Stiftungsstatut, welches den Namen, Sitz, Zweck, die Finanzierung und die Organisation der Stiftung für die Zukunft regelt, zu trennen von jenen Urkundenteilen, welche den einmaligen Akt des Stif-

****S. 648****

tungsvorganges festhalten¹¹. Zum letzteren gehören namentlich der Ingress und der Beurkundungsvermerk, die Namen der vor der Urkundsperson erschienenen natürlichen Personen, deren einleitende Erklärungen über den Zweck der Stiftung und allenfalls über die Motive des Stifters, schliesslich die erstmalige Bestellung der Stiftungsorgane.

2321 - Dem Bedürfnis nach Trennung des Vorübergehenden vom Bleibenden kann bis zu einem gewissen Grade durch **Aufteilung des Stiftungsaktes in zwei öffentliche Urkunden** Rechnung getragen werden. Dabei enthält das eine Dokument, als eigentliche Stiftungsurkunde, die historisch einmaligen Elemente einschliesslich der von Gesetzes wegen notwendigen Mindestangaben über Stiftungsnamen, Sitz, Zweck und Organisation (letzteres in summarischer Zusammenfassung), ferner die Bestellung der erstmaligen Stiftungsorgane. Diese Stiftungsurkunde enthält sodann einen Verweis auf ein detailliert ausformuliertes Stiftungsstatut, welches dem Stifter und der Urkundsperson anlässlich der Stiftungserrichtung vorgelegen hat und vom Stifter genehmigt und in Kraft gesetzt wird.

2322 - Das Stiftungsstatut stellt in diesem Falle das zweite Dokument dar. Auch dieses ist als individuelle Willenserklärung des Stifters zu beurkunden. Es kann nicht als eine blosse handschriftlich unterzeichnete Eigenerklärung mit beglaubigter Unterschrift der eigentlichen Stiftungsurkunde beigelegt werden¹². Da auch das getrennt beurkundete Stiftungsstatut mit historisch einmaligen Elementen (Urkundeningress, Beurkundungsvermerk und Unterschriften) versehen sein muss, wird durch seine Separierung von der eigentlichen Stiftungsurkunde letztlich nicht viel gestalterische Klarheit gewonnen.

2323 - Unnötig ist eine solche Aufteilung auch, wenn sie zum Zwecke erfolgen sollte, die später abänderbaren Teile der Stiftungsstruktur, namentlich die Organisation, von den unabänderlichen Teilen, dem Zweck, visuell zu trennen. Denn ob einzelne Teile der für die Stiftung geltenden Regelung später abgeändert werden können, bestimmt sich

Fn 11 - Eine Zweiteilung nach dem Kriterium der Abänderbarkeit der einzelnen Klauseln, etwa in eine als "Stiftungsurkunde" bezeichnete, unabänderliche Verfassung der Stiftung und in ein als "Stiftungsstatut" bezeichnetes Dokument mit den erleichtert abänderbaren Bestimmungen, ist kaum empfehlenswert, da nach heutiger Praxis die meisten Bestimmungen aus wichtigen Gründen mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde erleichtert abgeändert werden können. Auch bringt die Aufteilung des Stoffes auf zwei Ebenen ("Verfassung" / "Gesetz") Unübersichtlichkeit und Missverständnisse mit sich.

Fn 12 - Hierin unterscheidet sich das Stiftungsstatut von den Statuten der Aktiengesellschaft (vgl. zu den AG-Statuten Ziff. 2963 ff.). Das Stiftungsstatut schöpft seine Geltungskraft aus der individuellen Willenserklärung des Stifters und muss Gegenstand einer öffentlichen Urkunde und damit auch Gegenstand der Lesung anlässlich der Beurkundungsvorganges bilden.

****S. 649****

nicht nach deren Verkörperung in der einen oder anderen öffentlichen Urkunde, sondern ausschliesslich nach dem Inhalt der betreffenden Regeln.

2324 - Zweckmässiger und einfacher ist demgemäss, die Stiftung in einem einzigen Dokument zu errichten, in welchem das Historisch-Einmalige von dem voraussichtlich Bleibenden optisch und redaktionell klar getrennt wird. Der (historisch-einmalige) Ingress protokolliert demgemäss die Personalien der erschienenen Personen, deren Aussagen zur Stiftermotivation, ferner allenfalls Aussagen über Generalversammlungs- oder Verwaltungsratsbeschlüsse, in welchen die Stiftungserrichtung im voraus beschlossen worden ist. Der Ingress wird abgeschlossen durch den Satz: "Demgemäss errichten wir hiermit eine Stiftung mit folgendem Statut:".

2325 - Anschliessend folgt, in der Darstellung der Statuten einer juristischen Person, die vollständige und detaillierte Normierung der Stiftung, d.h. das Bleibende: Name, Sitz, Zweck, Finanzierung und Organisation, Schlussbestimmungen bezüglich künftiger Änderung und Auflösung der Stiftung, alles artikel- oder paragraphenweise geordnet.

2326 - Der dritte Teil der Stiftungsurkunde kehrt wieder zum Historisch-Einmaligen zurück und enthält die Ernennung der erstmaligen Stiftungsratsmitglieder¹³, eventuell die Ernennung einer Kontrollstelle, den Auftrag zur Handelsregisteranmeldung und den Urkunden-Schluss (Beurkundungsvermerk, Datum und Unterschriften, Notariatssiegel).

2. Änderung der Stiftungsurkunde

2327 - *Öffentliche Urkunden, durch welche bestehende Stiftungsurkunden abgeändert werden, können als "Nachtrag Nr. ... zur Stiftungsurkunde" überschrieben werden. Im Ingress können Motive der Änderung und ein summarischer Überblick über die abzuändernden Statut-Bestimmungen enthalten sein, oder*

Fn 13 - Diese Ernennung braucht nicht notwendigerweise in der Stiftungsurkunde enthalten zu sein. Wird bei der Stiftungserrichtung beurkundet, der Stifter ernenne die erstmaligen Stiftungsratsmitglieder, so kann der Stifter diese Mitglieder auch in einfacher Schriftform auf separatem Dokument ernennen. Unterbleibt eine Ernennung insgesamt, so ist theoretisch auch denkbar, dass in letzter Instanz die Aufsichtsbehörde die Ernennung vornimmt. Dies dürfte aber nur bei letztwillig errichteten Stiftungen praktisch notwendig werden, wenn in der letztwilligen Verfügung keine Namen genannt sind und auch kein Willensvollstrecker mit der Konkretisierung des Stifterwillens betraut worden ist.

****S. 650****

es können ohne solchen Vorspann, jedoch stets "unter dem Vorbehalt der Genehmigung der Aufsichtsbehörde" die neuen Bestimmungen ausformuliert werden; die neuen Bestimmungen sind von den Erschienenen zu Urkund zu erklären.

2328 - *Die Totalrevision des Stiftungsstatuts ist zulässig, solange der Zweck intakt bleibt.*

2329 - Erläuterung: Der Gesetzgeber hat in Art. 84 und 85 ZGB die Änderung der Stiftungsurkunde in die Hand von Behörden gelegt. Für Stifter und Stiftungsorgane soll die Stiftung, wenn sie einmal existiert, unantastbar sein. Die obersten Stiftungsorgane werden lediglich angehört. Von einer Anhörung des Stifters steht im Gesetz nichts.

2330 - Die gesetzliche Regelung wird den Bedürfnissen der Praxis nicht gerecht. Die Initiative zur Änderung von Stiftungsstatuten geht regelmässig von den Stiftungsorganen, eventuell vom Stifter selber aus. Bei ihnen muss die Hauptverantwortung liegen.

2331 - Änderungen des Stiftungsstatuts werden demgemäss in ständiger Praxis der meisten Kantone, gestützt auf diesbezügliche Schlussbestimmungen in der Stiftungsurkunde selber, entweder durch den Stifter oder durch den Stiftungsrat beschlossen, und sie werden durch den Stifter oder durch Vertretungsorgane der Stiftung (gestützt auf den Stiftungsratsbeschluss) in öffentlicher Urkunde zu Urkund erklärt oder in der Gestalt eines notariellen Beschlussprotokolls festgehalten¹⁴. Die Aufsichtsbehörde wird um informelle Vorprüfung und um formelle nachträgliche Genehmigung angefragt. Sie tritt praxisgemäss als genehmigende, nicht als aktiv rechtsgestaltende Behörde auf.

2332 - Totalrevisionen drängen sich auf, wenn Statutenbestimmungen von vorn bis hinten neu formuliert, modernem Stil angepasst, die Organisation vereinfacht, die Numerierung verändert werden soll etc. Besonders wichtig ist bei solchen Vorhaben die informelle Vorprüfung der Aufsichtsbehörde.

2333 - Fehlt es an einer solchen Vorprüfung, so hat die Urkundsperson das Beurkundungsverfahren zu sistieren, bis die Klientschaft sich des behördlichen Placet versichert hat. Denn die Zustimmung der zuständigen Behörde ist für jede Änderung des Stiftungsstatuts eine Gültigkeitsvoraussetzung, so dass die Urkundsperson an diesem Requisit nicht vorbeigehen darf.

Fn 14 - Während die Stiftungserrichtung zwingend im Verfahren der Erklärung zu Urkund - mit notariellem Schutz des Stifters vor Unbedacht - durchgeführt werden muss, ist die eine Behördenverfügung ersetzende und von der Behördengenehmigung gefolgte Änderung des Stiftungsstatuts auch im Verfahren der Protokollierung zulässig.

****S. 651****

3. Fusion von Stiftungen

2334 - Die Fusion von Stiftungen wurde in BGE 115 II 421 anerkannt und als Universalsukzession bezeichnet. In einem Basler Fall hat das Justizdepartement die Fusion zweier Pensionskassen verfügt, wobei der Verfügungsbeschluss als Genehmigung von Stiftungsratsbeschlüssen dargestellt worden war.

§ 80 Eheverträge

2335 - Bei Eheverträgen besteht die Rechtfertigung des Beurkundungsbefehls nicht nur im Schutz der Beteiligten vor Unbedacht und in der Tragweite des Geschäftes, sondern in der Belegfunktion. Ohne Beurkundungsbefehl könnten solche Verträge in der innersten familiären Privatsphäre entstehen, bestehen, abgeändert, aufgehoben oder bei gegebener Interessenlage verschwiegen werden (namentlich wenn ein Ehevertrag im Todesfall eines Partners für den Überlebenden unerwünschte vermögens- oder steuerrechtliche Folgen zeitigt). Durch das Beurkundungsbefehl wird die Entstehung solcher Verträge öffentlich - im Sinne der öffentlichen Beurkundung - gemacht, und es werden Zweifel über die Datierung und Ernsthaftigkeit entsprechender Texte ausgeschlossen.

2336 - Gerade hier spielt die notarielle Belegsammlung und chronologische Registrierung aller Beurkundungsfälle eine bedeutende Rolle. Der Ehevertrag kann nicht im ausschliesslichen Privatbereich der Vertragsschliessenden verschwinden, sondern der Vertragsschluss hinterlässt seine bleibenden, aktenkundigen Spuren, und er behält volle Beweisbarkeit in der Belegsammlung der Urkundsperson, auch wenn die beteiligten oder überlebenden Privaten nichts mehr von dem Vertrag wissen wollen¹⁵.

Fn 15 - Immerhin gibt es keine Amtspflicht der Urkundsperson, die von den Parteien verschwiegenen Ehe- und Erbverträge und öffentlich beurkundeten letztwilligen Verfügungen bei Behörden und Dritten bekanntzumachen, sofern bei der Urkundsperson nicht die Originale dieser Verträge aufbewahrt sind. Hier liegt eine materielle Tragweite der bernischen Vorschrift, wonach die Originale (und damit die in Art. 556 Abs. 1 ZGB begründete Einreichungspflicht) bei der Urkundsperson verbleiben. Kantone, welche die Aushändigung der Originale an die Privaten vorsehen, entbinden damit die Urkundspersonen von der Einreichungspflicht im Todesfall und stellen deren Erfüllung den betroffenen Privaten anheim.

****S. 652****

1. Gemeinsame Regeln für Ehe- und für Erbverträge

2337 - Die Kombination von Ehe- und Erbvertrag in der gleichen Urkunde ist etwas Häufiges¹⁶. Bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen Ehegatten bilden ehe- und erbvertragliche Absprachen oft ein zusammengehörendes Ganzes.

2338 - Gemeinsam ist dem Ehe- und dem Erbvertrag, dass beide Vertragstypen keine Stellvertretung beim Vertragsschluss zulassen. Dies ergibt sich für den Ehevertrag aus dem klaren Wortlaut von Art. 184 ZGB¹⁷, welcher die Unterzeichnung des Aktes durch die vertragsschliessenden Personen verlangt, für den Erbvertrag aus Art. 512 in Verbindung mit Art. 500 ZGB (allerdings beschränkt auf die letztwillig handelnden Parteien; wer mit bloss lebzeitiger Wirkung handelt, kann sich vertreten lassen¹⁸). Beachtenswert ist der Unterschied, dass Eheverträge gemäss Art. 183 Abs. 2 ZGB auch durch unmündige oder entmündigte Personen abgeschlossen werden können, wobei in diesem Falle die gesetzlichen Vertreter zustimmen und ihre Zustimmungserklärung im Beurkundungsverfahren selber zu Urkund erklären und unterzeichnen müssen (Art. 184 ZGB)¹⁹. Für den Erbvertrag wird hingegen gemäss Art. 468 ZGB Mündigkeit verlangt, immerhin nur für jene Vertragspartei, welche letztwillig verfügt bzw. vertragliche Bindungen eingeht, die die letztwillige Verfügungsfreiheit zu Lebzeiten beschränken²⁰.

Fn 16 - Vgl. hierzu VITO PICENONI, Der Erbvertrag in Theorie und Praxis, ZBGR 48 (1967) S. 257-268 (260).

Fn 17 - Nach altem Eherecht Art. 180-181; vgl. auch ZH NV § 100.

Fn 18 - Im Falle des Erbverzichts handelt die auf ihren Erbanspruch verzichtende Partei zwar mit lebzeitiger Wirkung, was Stellvertretung ermöglicht. Jedoch sind die Rechtswirkungen gerade für diese Partei so erheblich, dass die Urkundsperson auf ihrem persönlichen Einbezug ins Verfahren bestehen soll, wenn für ihre Vertretung keine zwingenden praktischen Gründe bestehen (wie etwa längerdauernde Auslandabwesenheit).

Fn 19 - Vgl. ZH NV § 100 Abs. 2: "Hat eine Vertragspartei [beim Abschluss eines Ehevertrages] einen gesetzlichen Vertreter, so hat dieser bei der Beurkundung neben ihr mitzuwirken." - Die nach altem Eherecht erforderliche Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für alle während der Ehe abgeschlossenen Eheverträge ist seit dem 1.1.1988 nicht mehr einzuholen (Art. 181 Abs. 2 aZGB).

Fn 20 - Bei der Abgrenzung zwischen lebzeitigen und letztwilligen Geschäften wird zuweilen das Kriterium herangezogen, ob das Geschäft zu Lebzeiten einer Partei Wirkungen entfalten solle oder nicht. Bei der einseitig widerruflichen letztwilligen Verfügung kann man von lebzeitiger Wirkungslosigkeit durchaus sprechen. Hingegen entfalten Erbverträge vom Abschlussdatum weg stets eine lebzeitige Bindungswirkung in dem Sinne, dass der sich letztwillig Bindende in seiner letztwilligen Verfügungsfreiheit beschränkt wird. Bloss die Verfügungswirkung, d.h. die Vertragserfüllung durch Übertragung von Vermögenswerten aus dem Nachlass der einen Vertragspartei in das Vermögen der anderen Vertragspartei bleibt aufgeschoben bis nach dem Tod. Zur Abgrenzung erbvertraglicher und lebzeitiger Rechtsgeschäfte vgl. Entscheid des OG ZH vom 27.4.1984 in ZR Bd. 48 (1984) S. 115; BGE 99 II 268 und 93 II 223, ferner ALEX ROTHENFLUH, Zur Abgrenzung der Verfügungen von To-

des wegen von den Rechtsgeschäften unter Lebenden, Zürcher Diss. 1984; HANS MERZ in ZBJV Bd. 95 S. 426 ff.

****§. 653****

2339 - Gemeinsam ist dem Ehe- und dem Erbvertrag sodann, dass die notarielle Belehrung stets einen Variantenvergleich umfasst. Die vertragschliessenden Personen müssen mindestens darüber informiert sein, inwiefern die Beurkundung ihrer Erklärungen den bisherigen Rechtszustand ändert. Über beide Varianten, d.h. über den bisherigen und den vertraglich geänderten Rechtszustand, müssen die Parteien also einigermaßen klare Vorstellungen haben. Erhalten die Parteien keine solche Information von der Urkundsperson, so hindert dies nicht die Entstehung der öffentlichen Urkunde²¹, schafft aber das Risiko, dass ein Vertragsschliessender das Geschäft später erfolgreich wegen Irrtums anfecht, indem er dartut, er habe sich unter der vertraglichen Rechtsgestaltung (oder unter dem bisherigen Rechtszustand) etwas Falsches vorgestellt.

2340 - Bei Ehe- und Erbverträgen ist in der Praxis nicht nur eine auf das Minimum beschränkte Belehrung, sondern die einlässliche notarielle Rechtsberatung²² der Parteien das Übliche. Die Urkundsperson lässt sich von den Parteien über den Kreis der allenfalls erbberechtigten Personen informieren. Sodann erkundigt sie sich nach der Struktur des Vermögens, d.h. über dessen Qualifikation als Eigengut des einen oder anderen Ehegatten oder als Errungenschaft, und über die ungefähren prozentualen Verhältnisse der verschiedenen Vermögensmassen. Eine Frage gilt dem allfälligen Grundstücksbesitz und seiner örtlichen Belegenheit.

2341 - Im übrigen braucht die Urkundsperson die konkreten Zusammensetzung und den ziffernmässigen Geldwert des Vermögens nicht zu kennen, und sie hat nicht danach zu fragen, wenn die Klienten diese Dinge nicht von sich aus offenlegen. Offenheit ist manchen bessersituierten Klienten peinlich, wenn sie befürchten, die Notariatstaxe hänge ab vom Vermögenswert²³.

Fn 21 - Vgl. Ziff. 1778. - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 22 - Zur notariellen Beratung vgl. Ziff. 1783 ff.

Fn 23 - Wo kantonale Notariatstarife die Beurkundungstaxe für Ehe-, Erbverträge und letztwillige Verfügungen in prozent- bzw. promillemässige Abhängigkeit vom Vermögen der zu Urkund erklärenden Personen setzen, handelt es sich um absurde, sinn- und zwecklose Normen, die vor Art. 4 BV nicht standhalten können. Im Gegensatz zu Kaufverträgen und zu Prozessmandaten gibt es bei der Beurkundung von Eheverträgen und letztwilligen Verfügungen keinen Interessewert; insbesondere ist das Vermögen der Klientschaft nicht der richtige Massstab zur Quantifizierung des Beurkundungsinteresses. Die Bildung und Beurkundung ehevertraglichen und testamentarischen Willens ist allemal eine höchstpersönliche Angelegenheit der Erklärenden, nicht eine kommerzielle Transaktion. Diese Höchstpersönlichkeit (welche

****§. 654****

2342 - Schliesslich lässt sich die Urkundsperson von der Klientschaft über deren Zielvorstellungen informieren und erläutert alsdann die güter- und erbrechtlichen Ansprüche der Ehegatten und weiterer Personen, die im Todes- und eventuell im Scheidungsfall aufgrund der gesetzlichen Ordnung oder aufgrund der bisher geltenden vertraglichen Regelung voraussehen sind, und sie zeigt auf, ob und gegebenenfalls mit welchen alternativen Gestaltungsmöglichkeiten die Zielvorgaben der Klienten durch eine neue ehe- oder erbvertragliche Regelung besser erreicht werden können. Bei komplizierten Verhältnissen ist es keine Schande, wenn die Urkundsperson nicht spontan eine Lösung vorschlagen kann, sondern sich Zeit für rechtliche Abklärungen und eigene Überlegungen bis zu einer weiteren Besprechung ausbedingt.

2. Inhalt von Eheverträgen; häufige Beratungsthemen

a) Allgemeines

2343 - Der Ehevertrag ist die vertragliche (Neu-)Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse zwischen den Ehegatten. Sein typischer Inhalt ist

(a) die Wahl eines Güterstandes und

(b) die Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse innerhalb des gesetzlichen oder vertraglichen Güterstandes²⁴.

auch das Stellvertretungsverbot bei diesen Geschäften begründet) erfordert, dass die Vertragsschliessenden bzw. letztwillig verfügenden Personen der Urkundsperson keinen Aufschluss über die Grösse des vorhandenen Vermögens zu geben brauchen, wenn sie dies nicht von sich aus wollen - zuallerletzt mit dem blossen Zweck, damit die Urkundsperson ihre Gebühr berechnen kann. Hingegen darf die Wohlhabenheit der Klientschaft in gewissem Rahmen als Bemessungsfaktor für das Notariatshonorar Berücksichtigung finden, wie dies auch bei der Honorargestaltung von Ärzten Usanz ist; hiefür braucht die Urkundsperson aber keine Zahlen zu kennen, sondern sie stützt sich auf den äusseren Eindruck der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, den sie im Umgang mit der Klientschaft gewinnt. - Bei Erbverträgen kann zuweilen von einem Vertragswert gesprochen werden, wie ihn kommerzielle Transaktionen haben; auch hier überwiegt aber der höchstpersönliche Vertragscharakter derart, dass eine Honorarstellung in prozentmässiger Abhängigkeit vom Vertragswert unterbleiben sollte.

Fn 24 - So BERNHARD SCHNYDER, Private Rechtsgestaltung im neuen Ehe- und Erbrecht, BN 1986, S. 309-328 (310 f.); zutreffend weist dieser Autor (S. 316 ff.) darauf hin, dass seit dem Inkrafttreten des revidierten Eherechts am 1.1.1988 der Bedarf nach ehevertraglichen Gestaltungen stark zurückgegangen ist. Was nach neuem Recht

****§. 655****

2344 - Andere Inhalte wie etwa Absprachen über die persönlichen Wirkungen der Ehe²⁵, über arbeitsrechtliche Ansprüche zwischen Ehegatten (namentlich über eine allfällige Entlöhnung des haushaltführenden Ehegatten oder eine Entlöhnung jenes Ehegatten, der im Betrieb des anderen mitarbeitet) sowie andere Rechtsgeschäfte zwischen Ehegatten, die nicht das Güterrecht betreffen, haben keinen ehevertraglichen Charakter und bedürfen nicht der ehevertraglichen Form.

2345 - Erläuterung: Der Ehevertrag umfasst typischerweise die Wahl eines Güterstandes, entweder in der gesetzlich vorgegebenen Gestalt oder mit Abänderungen im Rahmen der gesetzlich definierten Gestaltungsfreiräume. Denkbar sind also insbesondere die ehevertragliche Vereinbarung der Gütergemeinschaft oder der Gütertrennung, ferner im Rahmen des ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung: die Eigengutserklärung gemäss Art. 199 ZGB und die von den gesetzlichen Normen abweichende Vorschlagsbeteiligung gemäss Art. 216 ZGB.

2346 - Ehegatten, die ihre Ehe vor dem 1.1.1988 geschlossen haben, sind auf die übergangsrechtlichen Bestimmungen (Art. 9 ff. SchlT ZGB) hinzuweisen. Das Ergebnis der Abklärungen über die für die Ehegatten massgebenden Rechtsverhältnisse soll im Ehevertrag festgehalten werden²⁶.

2347 - Auslandschweizer sowie Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz sind darauf hinzuweisen, dass sich ihre güterrechtlichen Verhältnisse vorbehältlich einer gewillkürten anderen Regelung gemäss Art. 54 IPRG nach dem Recht des Staates bestimmen, in dem beide gleichzeitig ihren Wohnsitz haben, oder, wenn dies nicht der Fall ist, nach dem Recht des Staates, in dem beide zuletzt gleichzeitig ihren Wohnsitz

noch etwa vorkommt, sind vertragliche Änderungen innerhalb der Errungenschaftsbeteiligung, in erster Linie die Änderung der gesetzlichen Vorschlagsteilung zugunsten des überlebenden Ehegatten, sodann die Bestellung von Eigengut, der Verzicht auf Mehrwertanteil bei Investitionen in Gut des anderen und Änderungen betreffend Wohnung und Hausrat. - Für die Gütergemeinschaft, die zwingend extern wirkt, ist kaum mehr ein praktischer Bedarf ersichtlich, für die Gütertrennung nur noch ganz ausnahmsweise, dann nämlich, wenn jede güterrechtli-

che Beteiligung an der Errungenschaft des andern ausgeschlossen werden soll (etwa kombiniert mit Erbverzicht bei Altersheirat von beidseits gutsituierten Partnern, welche die Erbanwartschaften ihrer beidseitigen Nachkommen aus den früheren Ehen nicht tangieren wollen).

Fn 25 - Dazu gehören etwa Absprachen über den Unterhalt gemäss Art. 163 Abs. 3, Beiträge gemäss Art. 164, ausserordentliche Beiträge gemäss Art. 165 ZGB; vgl. BERNHARD SCHNYDER, Private Rechtsgestaltung im neuen Ehe- und Erbrecht, BN 1986, S. 309-328 (312 f.) und PAUL LEMP, Berner Kommentar (1968) N 7 zu Art. 179 aZGB. - In diesem Sinne auch KURT WISSMANN, Das neue Ehegüterrecht, ZBGR 67 (1986) S. 321-368 (S. 331, Ziff. 3.4): "Absprachen über die persönlichen Wirkungen der Ehe können nicht Inhalt [des Ehevertrags] sein."

Fn 26 - So ZH NV § 101 Abs. 1 (Fsg. 24.9.1992).

****S. 656****

hatten. Die Wechselhaftigkeit des anwendbaren Rechtes bei wiederholten Wohnsitzwechsel wird durch eine gewillkürte Rechtswahl oder durch einen Ehevertrag²⁷ ausgeschaltet, und es wird durch eine solche Vorkehr ein stabiler, durch Wohnsitzwechsel nicht beeinflusster Güterstand bewirkt²⁸.

b) Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten

2348 - Häufigstes Anliegen der Klienten ist die **Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten**. Besteht das eheliche Vermögen vorwiegend aus Errungenschaft, so ist das Ziel am wirkungsvollsten im Rahmen der Errungenschaftsbeteiligung durch Zuwendung beider Vorschläge²⁹ an den überlebenden Ehegatten (gemäss Art. 216 ZGB) zu erreichen; sind nicht-gemeinsame Nachkommen vorhanden, so sind allerdings deren Pflichtteilsansprüche zu respektieren³⁰. Sind die Eigengüter im Verhältnis zu den Errungenschaften gross, so ist die Meistbegünstigung unter Umständen durch Gütergemeinschaft auf der Grundlage von Art. 241 Abs. 2 und 3 besser zu verwirklichen.

2349 - Stammt das eheliche Vermögen im wesentlichen aus dem Einbringen des einen Ehegatten, so ist bei der Meistbegünstigung des anderen Ehegatten seitens der Urkundsperson zur Diskussion zu stellen, ob beim Tode des Zweitversterbenden ein Rückfall dieses Vermögens an die Familie des Erstverstorbenen vorzusehen sei. Diesbezügliche

Fn 27 - Schliessen Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz einen Ehevertrag nach schweizerischem Recht, so ist hierin gerade auch die Rechtswahl des schweizerischen Rechts im Sinne von Art. 54 Abs. 1 IPRG zu erblicken. Der vertragliche Güterstand behält damit seine Wirkung auch im Falle einer späteren Verlegung der Wohnsitze ins Ausland. - So sinngemäss auch PAUL VOLKEN, Das internationale Güterrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BN 1989, S. 433-453 (452, Ziff. 53).

Fn 28 - Vgl. hierzu Ziff. 2376 ff.

Fn 29 - Bei der Redaktion ist daran zu denken, dass das Schicksal von zwei Vorschlägen zu regeln ist. Materiell besteht ein Unterschied, ob "der überlebende Ehegatte den ganzen Vorschlag des andern erhält" (in diesem Falle hat der Überlebende von seinem eigenen Vorschlag die Hälfte abzugeben), oder ob "der überlebende Ehegatte beide Vorschläge erhält" oder, was das gleiche ist, "seinen ganzen Vorschlag behält und ihm zudem noch der ganze Vorschlag seines verstorbenen Ehegatten zusteht." Vgl. hierzu KURT WISSMANN, Das neue Ehegüterrecht, ZBGR 67 (1986) S. 321-368 (334).

Fn 30 - Wie diese Pflichtteilsansprüche zu berechnen sind, steht angesichts der Kontroversen in der Doktrin (auf welche hier nicht eingegangen werden soll) und mangels klärender höchstrichterlicher Entscheide nicht fest, so dass die Urkundsperson diesbezüglich vorläufig keine verbindlichen Aussagen gegenüber den Vertragsschliessenden machen kann; als einfache, aber ungenaue Aussage mag sich die Urkundsperson mit dem Hinweis behelfen, die nicht-gemeinsamen Nachkommen hätten drei Viertel von jenem Anfall zugut, der ihnen zufiele, wenn die Vertragsschliessenden keinen Ehevertrag, keinen Erbvertrag und kein Testament gemacht hätten.

****S. 657****

Vorkehren haben letztwilligen Charakter und werden hinten, Ziff. 2466 ff., behandelt. Das Interesse an einem solchen Rückfall wird zuweilen auch von solchen Ehegatten geäussert, die sich in ihrer

jetzigen Ehe gut aufgehoben fühlen, die aber aus einer früheren Verbindung Nachkommen haben, denen sie entfremdet sind und denen sie das Erbe nicht gönnen. Gerade in solchen Konstellationen soll sich die Urkundsperson immerhin bemühen, die tatsächliche Entfremdung des betreffenden Ehegatten von solchen Nachkommen abzuklären und gegebenenfalls Einfluss auszuüben, wenn solche Entfremdung durch den heutigen Lebenspartner und dessen Erb-Egoismus beeinflusst sein sollte.

c) Insolvenzsicherung

2350 - Ein anderes, weniger häufiges Anliegen von Ehevertrags-Klienten ist die Insolvenzsicherung der ehelichen Gemeinschaft, wenn ein Ehegatte ein finanziell riskantes Gewerbe betreibt. Da unter dem seit 1988 geltenden Eherecht kein Ehegatte mehr den Rückschlag des andern mitzutragen hat, kann die Errungenschaftsbeteiligung als ebenso insolvenz-sicher bezeichnet werden wie die Gütertrennung.

2351 - Zuweilen wird im Vorfeld einer bereits befürchteten Insolvenz versucht, wichtige Vermögenswerte des gefährdeten Ehegatten dessen Gläubigern durch Übertragung auf den anderen Ehegatten zu entziehen. Die am nächsten liegenden Transaktionen bestehen in der Schenkung von Grundstücken oder in deren Verkauf zu einem Preis, der unter dem Marktwert liegt, durch den gefährdeten Ehegatten an den anderen. Hier stellt sich die Frage, wie weit die Urkundsperson in einer Rechtsberatung gehen darf, welche möglicherweise auf die vom Gesetzgeber verpönte Gläubigerbenachteiligung hinausläuft. Grundsätzlich hat jedermann Anspruch auf professionelle Rechtsberatung, unabhängig davon, ob die konkreten Handlungsziele mit den gesetzlichen Wertungen übereinstimmen oder nicht. Die Urkundsperson ist jedoch nicht einfach eine Rechtsberaterin, sondern sie berät im Rahmen ihres öffentlichen Amtes und als Trägerin jenes öffentlichen Vertrauens, welches ihren notariellen Erklärungen die verstärkte Beweiskraft gemäss Art. 9 ZGB verleiht und welches sie bei den protokollierungspflichtigen Vorgängen als Wahrerin öffentlicher Interessen qualifiziert. Mit diesem Amt ist eine Beratung nicht vereinbar, welche in den Abschluss solcher Rechtsgeschäfte ausmündet, die gemäss Art. 286-288 SchKG offensichtlich anfechtbar sein werden.

2352 - Ist die Überschuldung eines Ehegatten also bereits offenkundig, so soll die Urkundsperson nicht zu derartigen Geschäften raten. Sind die Ehegatten aber zur Vornahme eines bestimmten beurkundungsbe-

****§. 658****

dürftigen Geschäftes entschlossen, so hat die Urkundsperson die Beurkundung auch dann vorzunehmen, wenn das Geschäft nach ihrer Meinung voraussichtlich anfechtbar sein wird. Denn die Urkundsperson ist nicht Richterin und hat den Entscheid eines allfälligen künftigen Anfechtungsprozesses nicht aus eigener Kompetenz vorwegzunehmen³¹.

d) Kontra-Indikation der Gütertrennung

2353 - Von der **Gütertrennung** ist immer abzuraten, wenn nur *ein* Ehegatte erwerbstätig ist (es sei denn, der andere verfüge über ein derartiges eigenes Vermögen, dass für ihn der Verlust des Errungenschaftsanteils-Anspruchs gegenüber dem Partner keine Rolle spielt). Gütertrennung mag ausnahmsweise einen Sinn haben, wenn sich ältere Personen mit beidseits grossen Vermögen ehelich verbinden und ihren beidseitigen Blutsverwandten eine Errungenschafts-Abrechnung mit dem überlebenden Ehegatten ersparen wollen.

e) Absprachen im Hinblick auf die Scheidung

2354 - Art. 217 ZGB erlaubt die Kontrahierung ehevertraglicher Absprachen, die auch im **Scheidungsfall** Bestand haben sollen. Diese Gesetzesvorschrift macht es möglich, ehevertragliche Absprachen gerade im Hinblick auf den Scheidungsfall zu treffen. Die gesetzliche Wertung lässt aber erkennen, dass ehevertragliche Regelungen nur dann im Scheidungsfall Berücksichtigung finden sollen, wenn der Ehevertrag dies ausdrücklich vorsieht. Denn es liegt auf der Hand, dass die im Ehevertrag vereinbarte Begünstigung eines Ehegatten, wenn sie sich bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung als eine einseitige Begünstigung zum Nachteil des andern herausstellt, ihre Grundlage in der ehelichen Gesinnung während intakter ehelicher Beziehungen gehabt hat. Mit der Ehescheidung fällt diese Geschäftsgrundlage, und damit auch die einseitige Begünstigung, dahin.

2355 - Das Gesetz verbietet nicht, auch nach eingeleitetem Scheidungsverfahren noch Eheverträge im Hinblick auf die Scheidung abzu-

Fn 31 - Es verhält sich gleich wie bei der Beurkundung pflichtteilsverletzender und insofern anfechtbarer letztwilliger Verfügungen: Die Urkundsperson soll zu solchem Testieren nicht raten, muss aber, wenn der Klient es will, auch die pflichtteilsverletzende letztwillige Verfügung beurkunden. Im Zeitpunkt der Beurkundung steht nie mit Sicherheit fest, ob der Anfechtungsfall eintreten und ob die anfechtungsberechtigten Personen ein konkretes Anfechtungsinteresse haben werden.

****S. 659****

schliessen. Durch Ehevertrag ist es möglich, in einem frühen Stadium des Scheidungsverfahrens, bevor durch den Austausch der Rechtsschriften die Kommunikationsfähigkeit zwischen den Ehegatten zusätzlich gelitten hat, gewisse Dinge noch in sachlicher Atmosphäre zu ordnen, die in einem späteren Verfahrensstadium Konfliktstoff bieten könnten. Die Möglichkeiten solcher verbindlicher ehevertraglicher Gestaltung sind abzugrenzen gegenüber der vom Scheidungsrichter zu genehmigenden Nebenfolgenkonvention gemäss Art. 158 Ziff. 5 ZGB.

2356 - Als legitimer Inhalt des Ehevertrags während des Scheidungsverfahrens müssen mit Behaftungswillen abgegebene Wissenserklärungen der Ehegatten betrachtet werden, durch welche diese die Herkunft einzelner Vermögenswerte und damit deren Zuordnung zu den verschiedenen güterrechtlichen Vermögensmassen festhalten. Legitim ist jede Absprache, die Ordnung und Klarheit in die bestehenden güterrechtlichen Verhältnisse bringt. Dagegen sind Willenserklärungen, welche die Begünstigung des anderen Ehegatten auf den Zeitpunkt der Scheidung hin bezwecken, d.h. Abweichungen von der Symmetrie der gesetzlichen Vorschlagsregeln (Art. 216 ZGB), richtigerweise der Nebenfolgenkonvention vorzubehalten und dort durch den Scheidungsrichter im Zusammenhang mit den Alimentationspflichten und der Kinderzuteilung zu würdigen.

2357 - Dies bedeutet, dass der Ehevertrag, der erstmals während des Scheidungsverfahrens Abweichungen von der gesetzlichen Symmetrie stipuliert, faktisch unter dem Vorbehalt der richterlichen Genehmigung gemäss Art. 158 Ziff. 5 ZGB steht. Solche Absprachen sollten demgemäss während des Scheidungsverfahrens nicht mehr durch eine Urkundsperson öffentlich beurkundet, sondern unter Mitwirkung der Parteianwälte in einfacher Schriftform dokumentiert und dem Scheidungsrichter zur Genehmigung unterbreitet werden. Nicht in den Ehevertrag gehören Absprachen über Alimentationspflicht und Kinderzuteilung. Solche Absprachen bedürfen in jedem Falle der richterlichen Genehmigung und werden nicht kraft öffentlicher Beurkundung verbindlich.

f) Kombination mit erbvertraglichen Absprachen

2358 - Wenn der Ehevertrag neben den güterrechtlichen Absprachen auch **letztwillige Regelungen** enthält, bedarf er der **erbvertraglichen Form**, d.h. des Bezugs der beiden Beurkundungszeugen³² gemäss Art. 501

Fn 32 - Zur Bedeutung und Funktion der Beurkundungszeugen vgl. Ziff. 385 ff.

****S. 660****

und 502 ZGB. Letztwilligen Charakter hat jede Absprache, die nur für den Todesfall eines oder beider Ehegatten getroffen wird und ihre Wirkungen erst nach diesem Zeitpunkt entfalten soll. Von diesem Grundsatz gibt es eine wichtige Ausnahme: Vertragliche Regeln über die nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten vorzunehmende güterrechtliche Auseinandersetzung gelten als lebzeitige, d.h. ehегüterrechtliche Absprachen auch dann, wenn sie von den vertraglichen Regeln für eine allenfalls früher vorzunehmende güterrechtliche Auseinandersetzung (d.h. für die Auseinandersetzung im Scheidungsfalle) abweichen. Über das gleichzeitige Vorhandensein ehегüter- und erbrechtlicher Absprachen im gleichen Vertrag vgl. hienach, Ziff. 2477.

2359 - Werden im Zusammenhang mit einem Ehevertrag im gleichen Dokument auch erbvertragliche Absprachen zwischen Ehegatten beurkundet, welche Auswirkungen auf die erbrechtlichen Ansprüche Dritter, insbesondere der Nachkommen haben, so sind die Klienten darauf hinzuweisen, dass die Urkunde den Erben bereits beim Ableben des erstversterbenden Ehegatten eröffnet werden wird³³. Vertragsklauseln, welche vielleicht erst auf das Ableben des Zweitversterbenden diskriminierende Anordnungen zum Nachteil einzelner Nachkommen enthalten, werden diesen Nachkommen also bereits zu Lebzeiten des überlebenden Ehegatten offengelegt und stellen diesen bloss; eine Vergiftung des lebzeitigen Verhältnisses zwischen dem Überlebenden Ehegatten und den künftig benachteiligten Nachkommen wird die Folge sein. Daraus ergibt sich, dass Anordnungen, die den Erben erst beim Tod des zweitversterbenden Ehegatten bekannt werden dürfen, nicht in einen Ehe- und Erbvertrag integriert werden sollen, sondern in eine separate letztwillige Verfügung einzubringen sind, welche ein Ehegatte für den Fall seines Zweitversterbens errichten mag. Zwar ist die betreffende Anordnung dann einseitig widerruflich; aber das ist durchaus in Ordnung: Der erstversterbende Ehegatte kann dem überlebenden nicht zumuten, gegen dessen späteren Willen, aus erbvertraglicher Rechtspflicht, die künftige Diskriminierung einzelner Nachkommen bis ans Lebensende mit sich weiter zu tragen.

3. Der Beurkundungsvorgang

2360 - *Gemäss klarem Wortlaut von Art. 184 ZGB kann der Ehevertrag nicht durch Stellvertreter abgeschlossen werden. Beide Vertragsparteien müssen urteils-*

Fn 33 - Die Eröffnungspraxis in den Kantonen ist uneinheitlich. Die Urkundsperson sollte die Praxis in ihrem eigenen Kanton kennen und die Klienten darüber belehren.

****S. 661****

*fähig sein (Art. 183 Abs. 1 ZGB), wovon sich die Urkundsperson zu überzeugen hat*³⁴.

2361 - *Die Höchstpersönlichkeit des Ehevertrags schliesst das Sukzessivverfahren*³⁵ *aus.*

2362 - *Ist ein Vertragsschliessender unmündig oder entmündigt, so hat der gesetzliche Vertreter am Beurkundungsvorgang teilzunehmen und seine Zustimmung als unterschiftsbedürftige Erklärung zu Protokoll*³⁶ *in der öffentlichen Urkunde abzugeben und diese Urkunde (d.h. seine Protokollerklärung) zu unterschreiben.*

2363 - **Erläuterung:** Der gesetzliche Vertreter steht im Beurkundungsvorgang *neben* seinem Kind oder Mündel, nicht als Stellvertreter *davor*.

2364 - Die Höchstpersönlichkeit des Ehevertrags ist darin begründet, dass die ehеvertraglichen Bindungen, wie die meisten Ehewirkungen, so einschneidend und langfristig sind, dass sie zwi-

schen ehelich nicht verbundenen Personen, auf einer obligationenrechtlichen Grundlage, nicht Bestand haben könnten, sondern als Verletzungen des Persönlichkeitsrechts qualifiziert werden müssten. Jenes persönliche Nahestehen, welches die eheliche Bindung, über eine rein-vertragliche Bindungsfähigkeit hinaus, rechtfertigt, muss auch beim Abschluss des Ehevertrags durch das gleichzeitige Erscheinen beider Ehegatten dargestellt werden. Ein im Sukzessivverfahren oder durch Stellvertreter abgeschlossener Ehevertrag dürfte als nichtig zu qualifizieren sein.

4. Die Gestaltung der Urkunde

2365 - *Der Ehevertrag kennt, im Gegensatz zum Grundstückkauf, keine objektiv wesentlichen essentialia negotii, deren Vorhandensein in der Urkunde unter dem Gesichtswinkel der Vertragsgültigkeit erforderlich sein könnte. Was immer sich auf das Güterrecht der Ehegatten bezieht, kann in vollständiger oder lückenhafter Ausformulierung Gegenstand eines rechtswirksamen Ehevertrages sein, sofern die vertragliche Regelung sinnvoll und verständlich ist. Was anlässlich einer ersten Beurkundung vergessen wurde, kann in einer zweiten Urkunde nachbeurkundet werden.*

2366 - *Bezüglich der äusseren Gestaltung (Ingress, Hauptteil, Schlussteil) gelten die allgemeinen Regeln. Der Ehevertrag bedarf von Bundesrechts wegen der Unterschrift der Vertragsschliessenden und gegebenenfalls ihrer gesetzli-*

Fn 34 - Vgl. hierzu Ziff. 996.

Fn 35 - Zu den Begriffen der Simultan- und der Sukzessivbeurkundung vgl. Ziff. 2062 ff.

Fn 36 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

****S. 662****

chen Vertreter³⁷. Vorbehalten bleibt der Unterzeichnungsdispens für unterzeichnungsunfähige³⁸ Parteien³⁹.

2367 - Erläuterung: Eheverträge betreffen zuweilen nur Bagatellen, beispielsweise die Sondergutsbestellung an einem Objekt von geringem Vermögenswert. In andern Fällen enthalten sie Routinebestimmungen mit dem Ziel der Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten. In wieder anderen Fällen werden umfangreiche güterrechtliche Auseinandersetzungen dargestellt - letzteres allemal in Gestalt individueller Parteierklärungen, nicht in derjenigen notarieller Sachbeurkundung (Inventur).

2368 - Die Urkundsperson muss darauf achten, dass beim Vorliegen letztwilliger Anordnungen die für letztwillige Geschäfte erforderlichen beiden Zeugen beigezogen werden, muss also den Vertragsinhalt daraufhin überprüfen, ob er einen ausschliesslich lebzeitigen Charakter hat oder nicht.

2369 - Schliesst eine unmündige oder entmündigte Person einen Ehevertrag ab, so ist die von Art. 183 Abs. 2 und Art. 184 ZGB geforderte Zustimmung des gesetzlichen Vertreters im Ehevertrag selbst zu beurkunden; die Zustimmungserklärung in einfacher Schriftform oder in einer separaten öffentlichen Urkunde kann nicht genügen; der Ehevertrag wäre in diesem Falle unwirksam. Denn der gesetzliche Vertreter soll sich seiner Verantwortung, und die unmündige Vertragspartei soll sich der erhaltenen Zustimmung im Beurkundungsvorgang selbst bewusst werden und dies durch das gemeinsame Unterzeichnen der gleichen Urkunde zum sichtbaren Ausdruck bringen⁴⁰.

5. Eheverträge mit Auswirkungen auf Rechte an Grundstücken

2370 - *Die Begründung und Auflösung von Güterständen kann vor einer beliebigen Urkundsperson in der ganzen Schweiz kontrahiert werden⁴¹. Die hieraus*

Fn 37 - Art. 184 ZGB.

Fn 38 - Zur Unterscheidung der Schreibfähigkeit im Sinne natürlichen Könnens und der Unterzeichnungsfähigkeit im Sinne rechtlichen Vermögens vgl. Ziff. 2008 ff.

Fn 39 - Vgl. HEINZ HAUSHEER, Kritisches zu den "kritischen Bemerkungen zum Entwurf des Bundesrates für eine Revision des Eherechts", ZBGR 61 (1980) S. 65 ff. (S. 281).

Fn 40 - Im Gegensatz hierzu ist die Ehegattenzustimmung bei Bürgschaften gemäss Art. 494 Abs. 1 OR in einfacher Schriftform, ausserhalb der öffentlichen Urkunde, genügend.

Fn 41 - Entscheidend für den Eigentumsübergang, der bei Begründung und Beendigung der Gütergemeinschaft stattfindet, ist der Eintritt des Objektes ins Gesamtgut infolge des Güterstandswechsels, ferner dessen Ausscheiden aus dem Gesamtgut bei Auflösung

****S. 663****

von Gesetzes wegen (ausserbuchlich) folgenden Eigentumsänderungen an Grundstücken bedürfen keiner weiteren Beurkundung am Ort der gelegenen Sache. Dabei handelt es sich um den Eintritt von Vermögensstücken ins Gesamtgut bei Begründung der Gütergemeinschaft, ferner um deren Ausscheiden aus dem Gesamtgut bei der Auflösung der Gütergemeinschaft⁴².

2371 - Alle anderen ehevertraglich bedingten Änderungen im Grundeigentum werden von den meisten kantonalen Grundbuchämtern nur vollzogen, d.h. die diesbezüglichen ehevertraglichen Absprachen werden von diesen Grundbuchämtern nur anerkannt, wenn sie durch eine Urkundsperson des betreffenden Kantons oder des Bezirks des belegenen Grundstücks beurkundet worden sind.

2372 - Erläuterung: Der Bundesgerichtsentscheid vom 30.11.1987⁴³ ist durch das neue Eherecht nicht überholt worden. Weiterhin dürfen die Kantone ausserkantonale entstandenen öffentlichen Urkunden mit Auswirkung auf innerkantonale Grundstücke den grundbuchlichen Vollzug versagen. Sie müssen eine solche Abwehrhaltung aber nicht von Bundesrechts wegen einnehmen, sondern sie sind statt dessen auch befugt, solche Verträge unmittelbar zu vollziehen. Einzelne Kantone, z.B. Solothurn, bekennen sich zu einer solchen liberalen Haltung der Anerkennung auswärtiger Eheverträge.

2373 - Auch beim Ehevertrag zwischen Gatten mit Grundbesitz in mehreren Kantonen ist von der **Einheit der ehevertraglichen Vereinbarung** auszugehen. Die Änderung des Güterstandes kann - und muss - gültig ein für allemal in einem einzigen Ehevertrag kontrahiert werden, bevor die Ehegatten sich um den Vollzug in den verschiedenen Kanto-

der Gütergemeinschaft. Ähnlich MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 51, N 6 zu Art. 18, mit dem Hinweis, Gegenstand des Ehevertrags sei ein Güterstandswechsel, und es sei der bewirkte spätere Übergang dinglicher Rechte nur die Folge eines güterrechtlichen Geschäftes. "Das ZGB sieht nicht vor, dass ein Ehe- oder Erbvertrag mehrfach abgeschlossen werden müsste, wenn er sich auf Grundstücke in mehreren Amtsbezirken oder Kantonen bezieht."

Fn 42 - Vgl. Art. 665 Abs. 3 ZGB: "Änderungen am Grundeigentum, die von Gesetzes wegen durch Gütergemeinschaft oder deren Auflösung eintreten, werden auf Anmeldung eines Ehegatten hin im Grundbuch eingetragen."

Fn 43 - BGE 113 II 501 (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, II. Zivilabteilung), i.S. Peter und Linda H.-T. gegen Grundbuchamt Affoltern am Albis und OG ZH; Praxis des Bundesgerichtes 1988, Nr. 59; ZBGR 70 (1989) S. 234-238; BN 1989 S. 376 und 1988 S. 252: Hier hatten die Ehegatten vor einem Notar in OW die bisherige Güterverbindung aufgehoben und durch beschränkte Gütergemeinschaft, verbunden mit Gütertrennung, ersetzt. Für eine bisher im Alleineigentum des Ehemannes stehende Liegenschaft im Kanton Zürich wurde hälftiges Miteigentum beider Ehegatten vereinbart. Hiezu war eine weitere Beurkundung am Ort der gelegenen Sache erforderlich. Vgl. in gleichem Sinne den Entscheid der Justizdirektion BE vom 3.7.1986 in Bestätigung der Rechtsprechung, BN 1986, S. 329, Nr. 2 (mit Verweis auf BN 1976, S. 160): Zur Übertragung eines Grundstücks auf Anrechnung eines Sondergutsanspruchs im Rahmen eines Ehevertrages ist im Kanton Bern nur ein Notar mit Büro im Amtsbezirk der gelegenen Sache zur Beurkundung zuständig.

****S. 664****

nen bemühen. Der die güterrechtlichen Verhältnisse definierende Ehevertrag ist zwischen den Ehegatten auch dann gültig, wenn diese auf den grundbuchlichen Vollzug in den verschiedenen Kantonen verzichten oder bei solchen Bemühungen einzelne Grundstücke vergessen oder wenn ein Ehegatte stirbt oder handlungsunfähig wird, bevor die in den übrigen Kantonen erforderlichen öffentlichen Urkunden unterzeichnet werden konnten.

2374 - Haben die Ehegatten den gewählten Güterstand ein erstes Mal öffentlich beurkunden lassen, dann haben alle späteren Eheverträge mit gleichem Inhalt in anderen Kantonen, die dem dortigen grundbuchlichen Vollzug dienen, keinen selbständigen Charakter. Richtigerweise wird man die späteren grundstücksbezogenen Eheverträge etwa mit dem Text einleiten: *"Wir haben am Datum X vor der Urkundsperson Y an unserem Wohnsitz den Wechsel von der Errungenschaftsbeteiligung zur Gütertrennung ehevertraglich vereinbart, was wir hiermit bestätigen. Die sich daraus ergebende güterrechtliche Auseinandersetzung führt zu einer Grundstücksübertragung im Kanton Z, die wir nun wie folgt vornehmen: ..."*

2375 - Die grundbuchliche Nicht-Anerkennung auswärts abgeschlossener Eheverträge und die Billigung dieser kantonalen Grundbuchpraxis durch das Bundesgericht widerspricht dem Grundsatz der Einheit des Ehevertrags⁴⁴. Wegen kantonaler Kontrollinteressen bezüglich des einheimischen Grundstücksverkehrs wird den Ehegatten nicht nur zusätzlicher Beurkundungsaufwand (zusätzliche Notariatsgebühren⁴⁵) zugemutet, sondern es wird ihnen das Risiko überbürdet, dass zwischen dem rechtswirksam beurkundeten Wechsel des Güterstandes und seinem dinglichen Vollzug in den einzelnen Kantonen Zeit verstreicht und in dieser Zeit die Verhältnisse ändern, das ursprünglich Vereinbarte unvollziehbar werden kann und eine als blosses Fragment sinnlose "Vertragsruine" stehenbleibt. Es ist zu wünschen, dass bei der Abwägung der privaten Vertragsinteressen an einer raschen, unverzüglich für das ganze eheliche Vermögen rechtswirksamen Regelung einerseits

Fn 44 - Für die unmittelbare Vollziehbarkeit der grundbuchrelevanten Bestimmungen eines Ehevertrags in allen Kantonen sprechen sich aus JÖRG SCHMID, *Beurkundung von Schuldverträgen* (1988) S. 67, N 239; ERIC CORNUT, *Der Grundstückkauf im IPR*, Basel 1987, S. 34.

Fn 45 - Diese sollten nicht auf dem Grundstückswert berechnet werden; denn der Ehevertrag hat stets höchstpersönlichen, nicht kommerziellen Charakter. Die Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache beurkundet, in vollziehender Funktion, lediglich Willensäusserungen zwischen Ehegatten. Bei der Beurkundung solcher Willensäusserungen gibt es keinen gebührenrelevanten "Vertragswert". - Etwas anderes gilt für die anschliessenden Verrichtungen des Grundbuchamtes: Durch diese Verrichtungen wird das Grundeigentum bewegt; bei dieser Bewegung erhält der Grundstückswert Gebührenrelevanz, auch wenn die Bewegung zwischen Ehegatten stattfindet

****S. 665****

und den kantonalen Kontrollinteressen bezüglich des einheimischen Grundstücksverkehrs andererseits in Zukunft eine neue Gewichtung vorgenommen wird. Die privaten Vertragsinteressen verdienen den Vorzug.

6. Eheverträge nach ausländischem Recht

2376 - *Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz⁴⁶ können gemäss Art. 52 Abs. 2 IPRG ihre güterrechtlichen Verhältnisse nach ihrer Wahl entweder dem schweizerischen Recht oder dem Recht eines ihrer Heimatstaaten unterstellen⁴⁷.*

2377 - *Die blosser Rechtswahl⁴⁸ kann aufgrund von Art. 53 Abs. 1 IPRG in einfacher Schriftform gültig vereinbart werden.*

2378 - Wählen die Ehegatten mit früherem Wohnsitz im Ausland oder im Hinblick auf die Verlegung ihres Wohnsitzes ins Ausland einen Güterstand im Sinne von Art. 52 IPRG in der Form eines Ehevertrages, so soll in den Vertrag eine ausdrückliche Rechtswahlvereinbarung aufgenommen werden (Art. 53 Abs. 1 IPRG)⁴⁹.

2379 - Erläuterung: Optieren Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz für ihr ausländisches Heimatrecht, so gerät die schweizerische Urkundsperson bei der notariellen Belehrung in Verlegenheit. Auch die Beiziehung rechtsvergleichender Übersichtswerke wie die seit 1976 erscheinende Sammlung von BERGMAN-FERID zum Internationalen Ehe- und Kindschaftsrecht, ferner die Sammlung von FERID-FIRSCHING zum Internationalen Erbrecht (seit 1955) vermitteln der schweizerischen Urkundsperson nicht jene Präzision juristischer Kenntnisse und namentlich nicht jenes intuitive Gefühl für das Zweckmässige, Praktikable und Optimale, wie es ein praktizierender Jurist im dauernden

Fn 46 - Art. 52 IPRG erlaubt die Rechtswahl auch Schweizern mit Wohnsitz im Ausland, doch sind diese in der Regel nicht Klienten schweizerischer Urkundspersonen.

Fn 47 - Vgl. PAUL VOLKEN, Das internationale Güterrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BN 1989, S. 433-453 (445, Ziff. 30); ANDREAS BUCHER, Das neue internationale Ehegüterrecht, ZBGR 69 (1988) S. 65-79, in französischer Fassung: Les régimes matrimoniaux en droit international privé suisse, Semjud 1989 S. 361-379.

Fn 48 - Nur diese, nicht auch die Wahl eines vertraglichen Güterstandes! - A.M. PAUL VOLKEN, Das internationale Güterrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BN 1989, S. 433-453 (447, Ziff. 33), welcher annimmt, in einfacher Schriftform könne auch gerade noch ein vertraglicher Güterstand vereinbart werden; diese (abzulehnende) Auffassung gäbe beispielsweise deutschen Ehegatten mit schweizerischem Wohnsitz die Möglichkeit, in einer gemeinsam unterzeichneten handschriftlichen Notiz mit dem Wortlaut "Gütergemeinschaft im Sinne des schweizerischen ZGB" eine Rechtswirkung herbeizuführen, für welche Schweizer mit Wohnsitz in der Schweiz der öffentlichen Beurkundung bedürfen.

Fn 49 - So ZH NV § 105 (Fsg. 24.9.1992).

****S. 666****

Umgang mit seiner eigenen Rechtsordnung gewinnt. Rechtsanwendung - dies ist die Crux des IPR - besteht nicht im mechanischen Anwenden feststehender Normen, sondern erfordert Erfahrung auch für das "Atmosphärische" einer Rechtsordnung, für das typische Behördenverhalten, die Zeitläufe, Kosten und Randbedingungen negoziierter und prozessualer Konflikterledigung etc., kurzum eine Erfahrung, wie sie nur im Umgang mit dem eigenen Recht erworben werden kann.

2380 - Trotzdem sind Ehegatten, von denen der eine oder beide keine schweizerische Nationalität besitzen⁵⁰, in der notariellen Beratung auf die Möglichkeit der Rechtswahl hinzuweisen⁵¹, und es ist den Klienten Aufschluss zu geben über die materiellrechtlichen Eigenheiten der ihnen zur Wahl stehenden ausländischen Güterstände, ferner selbstverständlich auch über die Güterstände des schweizerischen Rechts, soweit sie unter dem Gesichtswinkel der Zielvorgaben der Klienten von Belang sein können⁵², schliesslich darüber, dass die Rechtswahl im Güterrecht bis zu einer späteren gewillkürten Änderung auch dann bestehen bleibt, wenn die Ehegatten in der Folge ihren Wohnsitz oder ihre Staatsangehörigkeit wechseln⁵³.

2381 - Dabei hat die Urkundsperson zwar die erwähnten Möglichkeiten, sich über ausländisches Ehegüterrecht summarisch zu orientieren, muss aber meist offen lassen, ob der Ehevertrag die erhofften Wirkungen im Ausland schliesslich genau so erzielen wird, wie dies aus den Texten der konsultierten Referenzwerke zu entnehmen ist, und ob nicht eine andere Gestaltung nach ausländischem Recht die Zielvorstellungen der Klienten besser erreicht haben würde. Die Urkundsperson soll bei Zweifeln an der Tragweite und tatsächlichen Wirkungsweise eines ausländischen Güterstandes die Klientschaft auf die Grenzen der Beratungsmöglichkeiten hinweisen und ihnen anheim-

stellen, ortskundige Rechtsberatung von zuständigen Stellen im betreffenden Ausland selber einzuholen.

2382 - Bringen die Vertragsschliessenden die schriftliche Konsultation eines ausländischen Juristen, namentlich eines ausländischen Notars, mit genau vorformulierten Vertragstexten mit und erscheinen die

Fn 50 - Doppelbürger mit schweizerischer und einer ausländischen Nationalität sind aus schweizerischer Sicht als Schweizer zu betrachten; ihnen steht bei schweizerischem Wohnsitz die Rechtswahl gemäss Art. 52 IPRG nicht zu.

Fn 51 - Diese Belehrungspflicht wird auch postuliert von PAUL VOLKEN, Das internationale Güterrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BN 1989, S. 433-453 (447, Ziff. 35).

Fn 52 - PAUL VOLKEN, a.a.O. S. 448/9, Ziff. 39, hält auch eine Teilrechtswahl, etwa beschränkt auf ein Ferienhaus in Florida, für welches die Ehegatten das Güterrecht des Lageortes wählen möchten, nicht a priori für ausgeschlossen.

Fn 53 - Vgl. PAUL VOLKEN, a.a.O. S. 449, Ziff. 42.

****§. 667****

Darlegungen des ausländischen Beraters als überzeugend, so darf sich die schweizerische Urkundsperson darauf verlassen und den Ehevertrag gemäss dem von fremder Hand vorgezeichneten Inhalt und Wortlaut beurkunden.

2383 - Wird eine solche Rechtswahl getroffen, so ist diese in der Urkunde am besten zu Beginn der Parteierklärungen⁵⁴ zum Ausdruck zu bringen: "*... und haben vor mir erklärt: Wir unterstellen unsere güterrechtlichen Verhältnisse dem Recht des Staates X. Wir wählen den Güterstand Y ...*"

2384 - Wünschen **Ausländer mit Wohnsitz im Ausland**, ihren Ehevertrag nach ausländischem Recht vor einer schweizerischen Urkundsperson abzuschliessen, so ist vorweg nach den wichtigen Gründen für ein derart ungewöhnliches Vorgehen zu fragen. Denkbar ist der Bedarf nach rascher Intervention bei einer plötzlichen lebensgefährlichen Erkrankung eines Ausländers in der Schweiz. Aber auch hier müssen die Klienten wissen, was sie wollen und der schweizerischen Urkundsperson den Urkundeninhalt weitestgehend liefern. Beratung nach ausländischem Recht können sie nicht verlangen. Die Funktion der Urkundsperson reduziert sich nun auf jenes absolute Minimum, welches als Sinnggebung der öffentlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften verbleibt, wenn alle Nebenzwecke wie Beratung, gute Formulierung - ja sogar die Belehrung über die rechtliche Tragweite - entfallen: die notarielle Bezeugung, dass die Vertragsparteien sich den Geschäftsinhalt in Anwesenheit der Urkundsperson durch Lesung bewusst gemacht haben, dass sie diesen Inhalt als ihren Geschäftswillen anerkannt und den Willen durch ihre Unterschrift in Kraft gesetzt haben. Auch diese notarielle Funktion hat Sinn, und es ist ein berechtigtes Interesse der Parteien denkbar, sich auch ohne jegliche juristische oder redaktionelle Hilfe von einer Person öffentlichen Glaubens bestätigen zu lassen, an einem bestimmten Tag diesen Geschäftswillen schriftlich erklärt und in Kraft gesetzt zu haben.

2385 - Besteht keine Dringlichkeit der Beurkundung, so empfiehlt sich, Ausländer mit Wohnsitz im Ausland an ihre heimatlichen Beurkundungsbehörden zu verweisen.

2386 - Gemäss Art. 56 IPRG ist der Ehevertrag formgültig, wenn er dem auf den Ehevertrag anwendbaren Recht oder dem Recht am Abschlussort entspricht. Diese Regel dispensiert die schweizerische Urkundsperson-

Fn 54 - Auch die von PAUL VOLKEN, a.a.O. S. 447, Ziff. 35, vorgeschlagene Rechtswahl im Rahmen des Ingresses ist rechtswirksam ("*Vor mir, der Urkundsperson, sind erschienen A und B, welche sich güterrechtlich dem Recht des Staates X unterstellen und entsprechend folgendes vereinbart haben: ...*"), da auch der Ingress von den Unterschriften der Ehegatten abgedeckt ist und die Erfordernisse der einfachen Schriftform erfüllt; es ist jedoch

klarer, die Rechtswahl nicht als notarielle Feststellung im Ingress, sondern als Parteierklärung im zweiten Teil der Urkunde zum Ausdruck zu bringen.

****§. 668****

son nicht von den in der Schweiz gültigen Beurkundungsregeln. Jedoch bleibt die schweizerische Urkundsperson eine Person öffentlichen Glaubens auch dann, wenn sie, unter Missachtung der schweizerischen Beurkundungsnormen, den Vertragsschluss ausländischer Ehegatten nach ausländischem Ritual durchführt. Die Bestimmung des IPRG macht deutlich, was richtigerweise auch für das intern-schweizerische Verhältnis zwischen kantonalem und Bundesrecht gelten muss, dass nämlich eine öffentliche Urkunde immer dann ein zivilrechtlich gültig zustandegekommenes Geschäft dokumentiert, wenn Beurkundungsvorgang und Urkundengestalt den Anforderungen jener Rechtsordnung genügen, welcher das Geschäft materiell untersteht.

§ 81 Letztwillige Verfügung

1. Bundes- und kantonale rechtliche Verfahrensnormen

2387 - Für die öffentliche Beurkundung letztwilliger Verfügungen⁵⁵ hat der Bundesgesetzgeber in den Art. 499-503 ZGB einige ausdrückliche Vorschriften erlassen. Gemäss herrschender Lehre werden diese Vorschriften als "bundesrechtliches Beurkundungsverfahren" gedeutet und den "kantonalen Beurkundungsverfahren" gegenübergestellt⁵⁶. Die dualistische Interpretation dient im wesentlichen dem Zweck, in konkreten Fällen zu erläutern, dass eine bestimmte Urkunde von Bundesrechts wegen gültig ist, obgleich sie nach den kantonalen Vorschriften am Ort ihrer Errichtung ungültig wäre⁵⁷, bzw. dass das Verhalten der kantonalen Urkundsperson von Bundesrechts wegen korrekt war,

Fn 55 - Nützliche Hinweise auf häufige Formulierungsfehler und deren Vermeidung bei der Redaktion letztwilliger Verfügungen finden sich bei ARNOLD ESCHER, Fragen der Formulierung von Ehe- und Erbverträgen und Testamenten, ZBGR 56 (1975) S. 1-9.

Fn 56 - MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 35 und 74; derselbe, Notariatsrecht (1983) S. 244; SIDLER, Komm. LU (1975) S. 101; BLUMENSTEIN, Die öffentliche letztwillige Verfügung und das kantonale Notariatsrecht, in Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht, Band 14, S. 97 ff. und 406 ff.

Fn 57 - Vgl. Entscheid der Tessiner Camera Civile vom 4.7.1972, i.S. Grassi c. Antoni, Rep 1974 67/75.

****§. 669****

obgleich es von kantonalen Rechts wegen zu beanstanden gewesen wäre⁵⁸.

2388 - In der vorliegenden Arbeit wird statt dessen der Versuch unternommen, die einzelnen Normen des Beurkundungsrechts aus dem Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung abzuleiten, womit der Gegensatz zwischen bundesrechtlichem und kantonale rechtlichen Gehalt relativiert wird. Denn beide Verfahrenstypen entspringen den gleichen Wertungen, sind auf die gleichen Regelungsziele ausgerichtet und können sich demgemäss nur in Kleinigkeiten, oder dann aus klarer sachlicher Verschiedenheit der zu regelnden Materie, voneinander unterscheiden. So ist es namentlich undenkbar, im bundesrechtlichen Verfahren die Vorlesung der letztwilligen Verfügung als eine derart risikoreiche Sache zu qualifizieren, dass zur Vermeidung notarieller Vorlesefehler zwei Zeugen nötig wären⁵⁹, in den kantonale rechtlichen Verfahren dagegen die Vorlesung des Urkundenentwurfs (ohne Dabeisein von Zeugen) als die zuverlässigste Form der öffentlichen Beurkundung zu bezeichnen⁶⁰. Mit dem Unterschied zwischen "Bund" und "Kanton" ist eine solche Diskrepanz der Wertungen jedenfalls nicht zu rechtfertigen.

2389 - Erst recht können die bundesrechtlichen Verfahren nicht mehr als ein Regelungsbereich "à part" betrachtet werden, seitdem der bundesrechtliche Begriff der öffentlichen Beurkundung und

ein Normenkomplex von ungeschriebenem Bundes-Beurkundsrecht anerkannt ist. Denn das ungeschriebene Bundes-Beurkundsrecht, an welchem sich heute alles kantonale Beurkundsrecht zu messen hat, ist notwendigerweise dem gleichen Ursprung und Geltungsgrund zuzuordnen wie die im ZGB geregelten Verfahren der Art. 499 ff., nämlich dem Willen und den normativen Wertungen des Bundesgesetzgebers.

2390 - Für die Beurkundung von Eheverträgen, letztwilligen Verfügungen, Erbverträgen und für diejenige des Wechselprotests hat der Bundesgesetzgeber einige **konkretisierende Verfahrensschriften** erlassen, aber er hat in keinem dieser Fälle einen Normenkomplex gesetzlich ausformuliert, der als abschliessende, vollständige Verfahrensordnung betrachtet werden könnte. Die unmittelbar anwendbaren beur-

Fn 58 - Vgl. Entscheid der Bernischen Justizdirektion vom 3.7.1967 i.S. Notar C., BN 1967 S. 217 und ZBGR 48 (1967) S. 346. - Dieser Entscheid könnte heute, nachdem der bundesrechtliche Begriff der öffentlichen Beurkundung breite Anerkennung gefunden hat, kaum mehr als richtig gelten. Wenn das bernische Beurkundsrecht 1967 dem Notar verbot, beurkundend für eine Institution tätig zu sein, deren Sekretär er selber war, und wenn ein bernischer Notar trotzdem eine letztwillige Verfügung beurkundet hat, in welcher eine Institution begünstigt wurde, deren Sekretär er selber war, so sollte das Verhalten dieses Notars nicht als "bundesrechtlich korrekt" - und damit insgesamt als korrekt qualifiziert werden.

Fn 59 - Vgl. diese These im BGE 118 II 273 vom 9.9.1992, BN 1992 S. 517 ff. (524 unten).

Fn 60 - So sinngemäss MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 114.

****S. 670****

kundungsrechtlichen Vorschriften des Bundesprivatrechts haben punktuellen Charakter und wären ohne kantonalrechtliche Ergänzung nicht anwendbar⁶¹.

2391 - Die bundesrechtlichen Regeln für die öffentliche letztwillige Verfügung und für den Erbvertrag lassen den Ausschluss der Stellvertretung erkennen. Sie enthalten ferner Ausstandsregeln für Urkundsperson und Zeugen (Art. 503 ZGB) und eine Reihe von Vorschriften für den Beurkundungsvorgang, schliesslich eine Vorschrift bezüglich der Datierung, aus welcher sich ergibt, dass die Angabe des Unterzeichnungsortes nicht erforderlich ist⁶².

2392 - Ungeregt bleiben Belange wie die notarielle Prüfungspflicht, Belehrungspflicht, Geheimhaltungspflicht, Urkundensprache, Verfahren bei Fremdsprachigkeit, Kumulation von Hör- und Schreibbehinderung, Gestalt der Urkunde, Ausstandsgründe im Verhältnis zwischen Urkundsperson und Beurkundungszeugen⁶³. Das ZGB schweigt sich auch aus über das Erfordernis des Beurkundungsvermerks: Während das Gesetz definiert, welche Wahrnehmungen der Beurkundungszeugen in der Urkunde erwähnt sein müssen, fehlt die entsprechende Vorschrift bezüglich der Wahrnehmungen der Urkundsperson⁶⁴.

2393 - Die bundesrechtlichen Regeln für den Wechselprotest enthalten u.a. keine Vorschriften über die notarielle Ausstandspflicht.

Fn 61 - Zutreffend bezeichnet CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 80 und 100, die bundesrechtlichen Verfahrensnormen als "ausschliessliche", nicht als "abschliessende"; schon der äussere Befund der knappen 6 ZGB-Artikel (499-504) lässt keinen Raum für die These, hier sei "abschliessend" normiert, was in den kantonalen Beurkundungserlassen mit jeweils ca. 100 Gesetzesparagrafen und einem Mehrfachen an Verordnungsnormen geregelt ist.

Fn 62 - Dass die urkundliche Erwähnung des Errichtungsortes nicht ausdrücklich verlangt wird, muss angesichts dieses Requisites in Art. 505 ZGB für die eigenhändige letztwillige Verfügung als ein qualifiziertes Schweigen gedeutet werden: Von Bundesrechts wegen sind öffentlich beurkundete letztwillige Verfügungen (und damit auch die Erbverträge) gültig, wenn lediglich die Errichtungszeit (Jahr, Monat und Tag), nicht aber der Errichtungsort in der Urkunde selber ausdrücklich erwähnt sind. Dies ist insofern einleuchtend, als mit der Identifizierung der Urkundsperson hinlängliche Anhaltspunkte über den Errichtungsort jederzeit zu gewinnen sind, auch

wenn dieser Ort in der Urkunde nicht ausdrücklich genannt wird; a.M. PAUL PIOTET, SPR IV/1, Basel (1978) S. 229.

Fn 63 - Zur Bedeutung und Funktion der Beurkundungszeugen vgl. Ziff. 385 ff.

Fn 64 - Hieraus wird in einzelnen Kantonen, beispielsweise ZH, der Schluss gezogen, öffentlich beurkundete letztwillige Verfügungen bedürften keines Beurkundungsvermerks, und es wird in der Praxis denn auch tatsächlich systematisch auf den Beurkundungsvermerk verzichtet. - Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung ist dies nicht richtig. Das Schweigen des ZGB zum Erfordernis des Beurkundungsvermerks bedeutet nicht, dass der Bundesgesetzgeber auf dieses allgemein anerkannte Requisit verzichten wollte. Der Beurkundungsvermerk muss, im Sinne der Harmonisierung der bundes- und kantonrechtlichen Beurkundungsverfahren, als ein allgemeines Erfordernis gelten, allerdings nur von der Geltungskraft einer Ordnungsregel.

****S. 671****

2394 - Das Verhältnis von Bundes- und kantonalem Recht ist im Bereich der erwähnten Beurkundungen folgendermassen zu umschreiben:

2395 - Die Beurkundung von Eheverträgen richtet sich nach kantonalem Beurkundungsrecht; lediglich bezüglich des Verbots der Stellvertretung und bezüglich des Erfordernisses der Unterzeichnung gilt unmittelbar Bundesrecht.

2396 - Die Beurkundung von letztwilligen Verfügungen und von Erbverträgen, von Schenkungen auf den Tod und von Verpfändungen richtet sich in erster Linie nach Bundesrecht⁶⁵. Die Lücken des Gesetzes sind zu füllen durch Rückgriff auf das kantonale Beurkundungsrecht⁶⁶ und, wo solches fehlt oder den Mindestanforderungen des Bundesrecht nicht genügt, auf die ungeschriebenen Regeln des Bundesrechts.

2397 - Beim Wechselprotest bestimmt der Bundesgesetzgeber ausdrücklich, dass eine Verletzung kantonaler Formvorschriften nicht zur Unwirksamkeit des Protestes führen kann⁶⁷; das kantonale Beurkundungsrecht ist hier also ausdrücklich auf eine Stufe geringerer Geltungskraft bzw. auf diejenige der blossen Ordnungsregeln verwiesen.

2. Der Beurkundungsvorgang

2398 - *Die Höchstpersönlichkeit der Testamentserrichtung schliesst Stellvertretung aus*⁶⁸.

Fn 65 - Insofern kann von einer abschliessenden bundesrechtlichen Verfahrensordnung gesprochen werden, welche durch kantonale Organisations- und Ordnungsvorschriften ergänzt wird; vgl. CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 80 und 100 ff., BGE 63 II 361, ZBJV 86 (1950) S. 404 ff., besonders S. 407 (Berner Appellationshof), ferner JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 37, N 151, mit Verweis auf SIDLER, Komm. LU (1975) N 7 zu § 37 und N 3 zu § 38 BeurkG; ESCHER, Zürcher Kommentar (3.A. 1959) Vorbemerkungen vor Art. 498 ff. ZGB, N 7, sowie N 4 und 10 zu Art. 499 ZGB, TUOR, Komm. ZGB, Bd. III, Das Erbrecht (1952) N 7 zu Art. 499, GAUTSCHI, Verfügungen von Todes wegen (1932) S. 32, JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930, S. 39 ff.; MUTZNER, Öffentliche Beurkundung, ZSR NF 40 (1921) S. 103a ff. (117a).

Fn 66 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 161, N 3 zu Art. 16 ND BE, welcher die bundesrechtlichen Lücken ebenfalls durch das kantonale Recht schliessen möchte; in gleichem Sinne etwa ZH NV § 111, wo der Notar verpflichtet wird, in Erbschaftssachen Rat zu erteilen und bei der Abfassung letztwilliger Verfügungen zu helfen. - Soweit es sich um öffentlich beurkundete Verfügungen handelt, postuliert hier das zürcherische Recht eine notarielle Beratungspflicht und lässt damit erkennen, dass es die bundesrechtliche Regelung nicht als eine abschliessende betrachtet.

****S. 672****

2399 - *Ist die letztwillig verfügende Person unmündig oder entmündigt, so ist sie gleichwohl zur alleinigen Errichtung der Verfügung zuzulassen, sofern ihr das hiezu erforderliche Mass an Ur-*

teilsfähigkeit nicht offensichtlich abgeht. Eine Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter findet nicht statt.

2400 - Erläuterung: Zweifel an der Handlungsfähigkeit ergeben sich zuweilen bei der Beurkundung letztwilliger Geschäfte alter oder schwerkranker Personen, deren Urteilsfähigkeit herabgesetzt sein mag. Auch schwer vermindert urteilsfähige Personen werden in der Regel so lange nicht bevormundet, als sie innerhalb ihrer Familie oder in einer Anstalt gut aufgehoben sind. In solchen Fällen kann die Urkundsperson die künftige Beweislage zugunsten der Gültigkeit der beurkundeten Erklärung dadurch verbessern, dass sie als Beurkundungszeugen Ärzte⁶⁹ und Pfleger beizieht, welche aufgrund ihres Umgangs mit der betreffenden Person oder aufgrund einer psychiatrischen Untersuchung deren Urteilsfähigkeit zu bezeugen vermögen.

2401 - Ist der Beizug solcher Zeugen nicht möglich, so ist die Urkundsperson bei ihrem Entscheid, ob sie die Urkunde errichten darf, auf sich selbst gestellt. Dabei sind äusserlich erkennbarer Zustand der Klientschaft und Inhalt ihrer Erklärungen einer Gesamtwürdigung zu unterziehen. Auch bei einer im mittleren Grade herabgesetzt erscheinenden Urteilsfähigkeit können Verfügungen von Todes wegen beurkundet werden, welche an der materiellen Rechtslage nichts Wesentliches ändern, namentlich also die Aussetzung kleiner Legate, die Zuteilung gewisser Schmuckstücke, Möbel etc. an bestimmte Freunde und Bekannte, ferner Teilungsvorschriften und die Einsetzung eines Willensvollstreckers, sofern sie sachlich geboten ist. Zurückhaltung ist hingegen geboten, wenn die verfügende Person schwerwiegende Abweichungen von der gesetzlichen Erbfolge oder von einer bereits bestehenden testamentarischen Nachlassregelung treffen will, ohne dafür vernünftige Gründe nennen zu können, insbesondere wenn der Verfügungswille eine Abhängigkeit oder Hörigkeit der betreffenden Person gegenüber der zu begünstigenden Person erkennen lässt⁷⁰.

Fn 67 - Art. 1041 OR.

Fn 68 - So ausdrücklich ZH NV § 131 Abs. 2.

Fn 69 - ZH NV § 133 Abs. 2 enthält eine diesbezügliche Empfehlung: "Bei Zweifeln über die Urteilsfähigkeit des Testators ist anzustreben, dass ein Arzt als Beurkundungszeuge beigezogen wird."

Fn 70 - Vgl. die scharfsinnige Bemerkung in BGE 117 II 231 vom 23.05.1991 = ZBGR 73 (1992) 225 i.S. B.: "On inclinera donc, si l'acte considéré est déraisonnable, à admettre l'absence de discernement. Mais une personne n'est privée de discernement au sens de la loi que si sa faculté d'agir raisonnablement est altérée, en partie du moins, par l'une des causes énumérées à l'art. 16 CC..." - Obgleich die Urteilsunfähigkeit sich grundsätzlich ausschliesslich in Ansehung des Geisteszustandes, nicht in Ansehung des Verfügungsinhaltes beurteilen muss, besteht bei der Würdigung der Urteilsfähigkeit die Tendenz, den Verfügungsinhalt in die Würdigung einzubeziehen. Der Verfügungsinhalt ist ein Indiz für die Urteilsfähigkeit oder -unfähigkeit (vgl. in diesem Sinne BGE 39 II 200 E. 3; TUOR, Kommentar zum ZGB, N 3 zu Art. 467).

****S. 673****

Auch bei einer nur leicht herabgesetzt erscheinenden Urteilsfähigkeit soll die Urkundsperson in solchen Fällen die Beurkundung ablehnen.

a) Haupt- und Nebenform: Grundregel

2402 - Als Grundregel ist zu merken:

- Die **Hauptform** (für unterzeichnungsfähige Klienten) besteht aus stiller Selbstlesung der Urkunde durch den Testator, Unterzeichnung durch den Testator und Zeugenpräsenz erst am Schluss.

- Die **Nebenform** (für unterzeichnungsunfähige Klienten) besteht aus notarieller Vorlesung und Zeugenpräsenz von Anfang an.

2403 - Es gehören also untrennbar zusammen:

- (a) Selbstlesung und Selbstunterzeichnung (Hauptform mit reduzierter Zeugenpräsenz);
- (b) Vorlesung und Nicht-Unterzeichnung (Nebenform mit voller Zeugenpräsenz).

2404 - Der Bundesgesetzgeber hat bei der Regelung des Beurkundungsverfahrens für die letztwilligen Geschäfte keine glückliche Hand gehabt. Es ist nicht einzusehen, weshalb das ZGB für unterzeichnungsfähige Testatoren zwei verschiedene Verfahrensvarianten anbietet und weshalb das Gesetz für den Erbvertrag, Art. 512 ZGB, nochmals eine weitere Differenzierung vorsieht (hier müssen die Zeugen der Unterschriftsleistung der Parteien beiwohnen, während sie dies beim Hauptverfahren für die letztwillige Verfügung nicht müssen). Die Varianten haben seit Jahrzehnten immer wieder zu Verfahrensfehlern geführt, weil manche Urkundsperson mit der korrekten Anwendung der Art. 499-503 und 512 ZGB schlicht überfordert gewesen sind. Die divergierenden Meinungen der Kommentatoren und des Bundesgerichtes erschweren der Urkundsperson die Arbeit zusätzlich. Um die Wirrnis nicht weiter zu vergrössern, wird in der vorliegenden Arbeit das Einfache und Einprägsame an den Anfang gestellt. Die hier zu erörternde Frage ist nicht die, welche Abweichungen und Varianten allenfalls auch gerade noch zulässig sein können, sondern nach welcher Verfahrensnorm die praktizierende Urkundsperson mit Sicherheit keinen Fehler macht. Kritische Bemerkungen zur bundesgerichtlichen Praxis folgen anschliessend.

****S. 674****

b) Verfahren bei Unterzeichnung der Urkunde durch einen unterzeichnungsfähigen Testator (Hauptform)

2405 - *Kann die verfügende Person den Urkudentext lesen und ist sie zudem fähig, eine den Text deckende Unterschrift beizusetzen⁷¹, so soll der Beurkundungsvorgang einheitlich nach folgender Regel durchgeführt werden:*

2406 - *Urkundsperson und Testator beginnen den Beurkundungsvorgang unter vier Augen. Die Urkundsperson händigt dem Testator das Unterzeichnungsexemplar (d.h. den Entwurf der Urschrift) aus mit der Aufforderung, es vollständig und genau durchzulesen. Die Urkundsperson wartet ruhig, bis der Testator das Unterzeichnungsexemplar durchgelesen hat und steht ihm während dieser Zeit für Erläuterungen zur Verfügung; eine Beschäftigung mit anderen Gegenständen - das Lesen von Korrespondenz oder das Erledigen von Telefonaten - ist in dieser Zeit nicht zulässig.*

2407 - *Die Urkundsperson kann auch, wenn sie dies so gewohnt ist oder wenn es ihr zur besseren Verdeutlichung des Urkundeninhaltes nützlich scheint, die Urkunde mit lauter Stimme vorlesen; auch in diesem Falle hat sie dem Klienten das Unterzeichnungsexemplar jedoch zum vollständigen, genauen Mitlesen vorzulegen. Die notarielle Vorlesung erfolgt ab Fotokopie.*

2408 - *Nachdem der Testator den Text durchgelesen und sein Einverständnis mit dem Inhalt bekundet hat, werden die beiden in Art. 501 Abs. 1 ZGB vorgeschriebenen Testamentszeugen beigezogen (sie dürfen, müssen aber nicht von Anfang an zugegen sein⁷²).*

Fn 71 - Zur Unterscheidung der Schreibfähigkeit im Sinne natürlichen Könnens und der Unterzeichnungsfähigkeit im Sinne rechtlichen Vermögens vgl. Ziff. 2008 ff. - Das hier beschriebene Verfahren - die sogenannte Hauptform - kommt zur Anwendung für unbehinderte, lese- und schreibfähige Personen, welche die Urkundensprache verstehen oder sich die Urkunde von der Urkundsperson übersetzen lassen können, ferner für Taube, Stumme, Taubstumme, welche sich mit der Urkundsperson verständigen und die Urkunde selber lesen und selber unterzeichnen können; müssen für Fremdsprachige oder Taube, Stumme oder Taubstumme Dolmetscher beigezogen werden, so haben diese während des ganzen Beurkundungsvorgangs anwesend zu sein. Gegen ihre gleichzeitige Funktion als Beurkundungszeugen ist nichts einzuwenden, sofern sie die für die Zeugen erforderlichen Qualifikationen erfüllen. - Das hier beschriebene Verfahren ist ausgeschlossen für Personen, welche die Urkunde nicht mit voller Unterschriftswirkung selber unterzeichnen können, also für Blinde, Analphabeten und

Schreibunfähige; für sie muss die unten dargestellte Verfahrensform - die sogenannte Nebenform - gewählt werden.

Fn 72 - Wird abweichend von der hier empfohlenen Verfahrensweise auf die Selbstlesung durch den Testator verzichtet und statt dessen nur notariell vorgelesen, so müssen die Zeugen während der ganzen Vorlesung anwesend sein und die erfolgte Vorlesung bezeugen; vgl. BGE 118 II 273 vom 9.9.1992, BN 1992 S. 517-525 (524): "Die Rekognition kann auf zwei Arten erfolgen. Entweder liest der Erblasser die Urkunde selber oder sie wird ihm vorgelesen. Im ersten Fall erfolgt eine direkte Wahrnehmung des Urkundeninhalts, im zweiten demgegenüber eine indirekte. Indirekte Wahrnehmungen bergen immer die Gefahr eines Übermittlungsfehlers in sich.

****§. 675****

2409 - *Als dann fragt die Urkundsperson den Testator in Anwesenheit der Zeugen, ob er den Text der Urkunde gelesen habe und ob dieser seinen letzten Willen richtig wiedergebe. Auf diese Frage hat der Testator bejahend zu antworten, entweder ausdrücklich oder konkludent (z.B. durch Kopfnicken).*

2410 - *War der Entwurf nicht bereits datiert, so setzt die Urkundsperson nun eigenhändig das Datum auf das Unterzeichnungsexemplar. Dann reicht sie dieses Dokument dem Testator zur Unterschriftsleistung und unterzeichnet anschliessend selber, alles vor den Augen der beiden Zeugen.*

Dabei ist in erster Linie nicht an irgendwelche unlauteren Machenschaften zu denken (Unterschieben einer anderen Urkunde, Weglassen einzelner Teile) - solche lassen sich durch keine formellen Vorkehren vollständig ausschliessen -, sondern an unabsichtliche Lesefehler. Daraus erklärt sich auch, dass der Gesetzgeber in Art. 502 ZGB für die mittelbare Rekognition eine zusätzliche Sicherung eingebaut hat, indem zwei Zeugen zugezogen sein müssen, die kontrollieren (und mit ihrer Unterschrift bestätigen), dass tatsächlich der ganze Text der Urkunde korrekt vorgelesen worden ist." - Hier verkennt das Bundesgericht die Funktion der Zeugen und den Inhalt der Zeugenerklärung. Die Zeugen brauchen den Urkudentext nicht selber mitzulesen und sie tun es regelmässig nicht; es müssen ihnen keine Fotokopien ausgeteilt werden, damit sie die korrekte Vorlesung der Urkundsperson kontrollieren können. Die Zeugen haben nur zu bezeugen, **dass** in ihrer Gegenwart vorgelesen wurde; dass "tatsächlich der ganze Text der Urkunde korrekt vorgelesen worden ist", ist nicht Gegenstand der von den Zeugen vorzunehmenden Kontrolle und nicht Inhalt ihres Zeugnisses. An der fundamentalen Missdeutung der Zeugenfunktion, von welcher das Bundesgericht hier ausgeht, erweist sich die Unrichtigkeit eines Anwesenheitserfordernisses der Zeugen während der Vorlesung, **sofern der Testator selber unterschreibt**. Die Zeugenanwesenheit während der Vorlesung ist erforderlich wenn und weil ein Testator **nicht selber unterschreibt**; die Beurkundungszeugen sind allemal Inkraftsetzungszeugen, nicht Textkontroll-Zeugen. Fehlt auf einer letztwilligen Verfügung die Erblasser-Unterschrift, so bedarf ein gültiges Inkraftsetzungszeugnis **wegen der fehlenden Unterschrift des Testators** einer verlängerten Zeugenanwesenheit anlässlich der ganzen Beurkundung: Vorlesung und Genehmigungserklärung müssen hier bezeugt werden, nicht bloss das matte Kopfnicken einer schwerkranken Person, die gerne in Ruhe gelassen werden möchte. Unterschreibt der Testator aber selber, so ist nicht einzusehen, weshalb eine (von den Zeugen unbezeugte) Vorlesung den Dienst nicht gleich gut tut wie in allen kantonalen Beurkundungsverfahren (Grundstücksgeschäfte, Bürgschaften, Eheverträge etc.). Der Wortlaut von Art. 500 Abs. 1 ZGB ("... dem Erblasser zu lesen gibt ...") ist einer vernünftigen Interpretation durchaus zugänglich, welche auch die (von keinen Zeugen mitbezeugte) notarielle Vorlesung zulässt. Eine solche Interpretation drängt sich angesichts der in den meisten Kantonen für alle anderen Beurkundungen in den Vordergrund gerückte Beurkundungsform der **von keinen Zeugen mitbezeugten Vorlesung** gebieterisch auf. - Welche Mühe das Bundesgericht mit der Deutung der Zeugenfunktion hat, ergibt sich auch aus dem weiteren, in sich widersprüchlichen und letztlich unverständlichen Satz: "Sowohl aus Art. 501 als auch aus Art. 502 ZGB ergibt sich, dass die Zeugen insbesondere garantieren sollen, dass der Text der öffentlichen Urkunde dem Willen des Erblassers entspricht, wenn sie auch nicht dafür einstehen können, dass der Inhalt tatsächlich gewollt ist." (BGE 118 II 273 vom 9.9.1992, BN 1992 S. 517-525, S. 524).

****§. 676****

2411 - *Sobald Testator und Urkundsperson (in Anwesenheit der Zeugen) unterschrieben haben, unterzeichnen die Zeugen die von der Urkundsperson vorbereitete Zeugenerklärung*⁷³.

2412 - *Damit ist der Beurkundungsvorgang beendet. Testator und Zeugen können das Beurkundungsort verlassen.*

2413 - Erläuterung: Die hier gegebene Darstellung des Beurkundungsverfahrens entspricht den Anforderungen des ZGB und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und deckt sich zugleich weitgehend mit den Modalitäten der gebräuchlichen kantonalen Verfahren. Die Urkundsperson reduziert die Fehlerrisiken, wenn sie sich konsequent an eine einzige Verfahrensnorm hält, und zwar an eine solche, die möglichst allen Anforderungen gerecht wird.

2414 - Im Interesse der Deckungsgleichheit des Testierverfahrens mit dem Erbvertragsverfahren und zugleich mit den den gebräuchlichen kantonalen Verfahren ist die Beurkundung ohne Unterschriftsleistung des Testators **ausschliesslich auf jene Fälle zu beschränken, in denen der Testator aus objektiven Gründen nicht unterzeichnen kann**. Zudem ist darauf zu achten, dass der Testator die Urkunde immer (auch) selber (mit-)liest, und zwar auch dann, wenn die Urkundsperson mit lauter Stimme vorliest. Die Zeugen sind nach erfolgter Lesung, aber **vor** der Beisetzung der Erblasserunterschrift hereinzubitten; sie sollen dem Unterzeichnungsakt beiwohnen.

2415 - Zwar geht der hier beschriebene Ablauf in einer Richtung über die Mindestanforderungen des ZGB hinaus: Die Zeugen brauchen gemäss ZGB nicht bereits bei der Datierung und Unterzeichnung der Urkunde anwesend zu sein; sie können auch erst unmittelbar nachher hereingerufen werden, um dann nur noch die mündliche Erklärung entgegenzunehmen, der Testator habe die Urkunde gelesen und sie enthalte seinen letzten Willen. Die Anwesenheit der Zeugen bei der Unterschriftsleistung empfiehlt sich jedoch, weil die Zeugen dann der Inkraftsetzung des Aktes vollständig beiwohnen und weil sich der Vorgang den Zeugen etwas besser einprägen mag. Auch bewahrt die Gepflogenheit, Beurkundungszeugen stets dem Unterzeichnungsakt beiwohnen zu lassen, davor, beim Erbvertrag und bei der Verpfändung, ferner bei den Beurkundungen mit Behinderten (für welche manche kantonalen Gesetze ebenfalls Beurkundungszeugen vorsehen) Fehler zu machen: Dort ist die Anwesenheit der Zeugen bei der

Fn 73 - In einzelnen Kantonen ist es üblich, dass die Urkundsperson die Zeugenerklärung ihrerseits unterzeichnet, womit die Zeugenerklärung den Charakter eines notariellen Protokolls erhält. Dies ist aber nicht erforderlich; es genügt, dass der Inhalt der Zeugenbestätigungen in der Urkunde - etwa im Ingress oder im Beurkundungsvermerk, vollständig wiedergegeben wird und dass die Urkunde von den Zeugen mitunterzeichnet wird; vgl. BGE 118 II 273 vom 9.9.1992, BN 1992 S. 517-525 (520), unter Berufung auf 50 II 117.

****S. 677****

Unterzeichnung zwingend nötig⁷⁴. Die Anwesenheit der Zeugen verleiht dem Unterzeichnungsvorgang zusätzliche Feierlichkeit; auch dies ist positiv zu werten.

c) Inhalt und Position der Zeugenerklärung bei der Hauptform

2416 - *Die Zeugenerklärung hat gemäss Art. 501 Abs. 2 als Mindestinhalt die Aussage zu umfassen, dass der Testator in Anwesenheit der Zeugen erklärt habe, er habe die Urkunde gelesen bzw. er habe sie vorgelesen erhalten und sie enthalte seine letztwillige Verfügung; ausserdem muss gesagt werden, dass die Zeugen den Erblasser dabei im Zustande der Verfügungsfähigkeit befunden haben*⁷⁵.

2417 - *Die Zeugenerklärung kann unmittelbar unterhalb der Unterschrift des Testators und der Urkundsperson angebracht und unterzeichnet werden. Statt dessen kann sie als selbständiges Zeugenprotokoll auf neuem Blatt angefügt werden. Dann wird sie mit einem eigenen Ingress eingeleitet: "Unmittelbar vor der Datierung und Unterzeichnung des vorstehenden Aktes sind vor der Urkundsperson erschienen die beiden Zeugen X und Y ..., und haben erklärt: ..." - Das Zeugenprotokoll wird mit einem Beurkundungsvermerk, den Zeugenunterschriften und der daruntergesetzten Notarunterschrift abgeschlossen. Zweckmässigerweise wird der Nass-Siegel mit den Schnurenden neben die erste Notarunterschrift unterhalb der Unterschrift des Testators ge-*

setzt, wogegen die zweite Notarunterschrift unter dem Zeugenprotokoll mit dem Trockensiegel (Stempel) offiziellisiert wird.

2418 - Der Wortlaut von Art. 500 Abs. 3 und 501 Abs. 1 ZGB lässt die Meinung des Gesetzgebers erkennen, dass die Datierung der Urkunde während des Beurkundungsvorganges erfolgen solle, und zwar von

Fn 74 - Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 512 Abs. 2 ZGB; vgl. hierzu die ständige Praxis des Bundesgerichts: BGE vom 22.2.1979, BN 1981, S. 176, ferner BGE 93 II 227, 89 II 189, 76 II 277. Für die unterschiedliche Regelung der Zeugenpräsenz anlässlich der Urkundenunterzeichnung in Art. 501 Abs. 2 und Art. 512 Abs. 2 ZGB besteht keine einleuchtende innere Rechtfertigung. Die Urkundsperson tut gut daran, die Zufälligkeiten des Gesetzestextes durch eine einheitliche Beurkundungspraxis auszugleichen. Dies erlaubt ihr zudem, für alle letztwilligen Geschäfte ein einheitliches Zeugenprotokoll zu verwenden.

Fn 75 - Für die weiteren Inhalte der Zeugenerklärung vgl. Ziff. 2268 ff.; kein Gültigkeitserfordernis ist beim Erb- und Verpfändungsvertrag die Zeugenbestätigung, der Erblasser habe in Anwesenheit der Zeugen seine Unterschrift beigesetzt; es genügt, dass dies tatsächlich der Fall war und dass diese Tatsache durch andere (ausserurkundliche) Beweismittel bewiesen werden kann; vgl. BGE 118 II 273 vom 9.9.1992, BN 1992 S. 517-525 (520), 112 II 23 (dazu das vorinstanzliche Urteil des KG VS vom 8.3.1985 = ZWR 1986 S. 206 und BN 1987, S. 132, Nr. 9), 105 II 46, 89 II 190, 76 II 276 ff.

****§. 678****

der Hand der Urkundsperson persönlich. Es ist demgemäss eine verbreitete Praxis, das maschinenschriftlich vorbereitete Unterzeichnungsexemplar ohne Datierung zur Lesung vorzulegen, worauf die Urkundsperson, nach erfolgter Lesung, Ort und Datum eigenhändig beisetzt, dann die Urkunde dem Testator zur Unterzeichnung vorlegt und anschliessend selber die Notarunterschrift beisetzt. - Waren Ort und Datum bereits zu Beginn des Beurkundungsvorganges auf dem Unterzeichnungsexemplar vorhanden, so erübrigt sich die eigenhändige Datierung durch die Urkundsperson. Für die Entstehung der öffentlichen Urkunde kann eine solche Abweichung von den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht schädlich sein⁷⁶.

2419 - Die Bestätigung, den Erblasser im Zustande der Verfügungsfähigkeit befunden zu haben, erfordert von den Zeugen keine eigenen Ermittlungs- und Kontrollhandlungen. Sie haben also keine Tests mit dem Erblasser anzustellen. Vielmehr dürfen sich die Zeugen darauf verlassen, dass die Urkundsperson in ihrem vorausgehenden Kontakt mit dem Erblasser dessen Verfügungsfähigkeit selber ermittelt hat. Jedoch sind die Zeugen verpflichtet, die Unterzeichnung der Zeugenerklärung zu verweigern, wenn sie aufgrund von Indizien während des Beurkundungsvorganges oder aufgrund ihrer persönlichen Kenntnis des Testators Zweifel an dessen Verfügungsfähigkeit haben. Die vom Gesetz verlangte Bestätigung des Befundes der Verfügungsfähigkeit beinhaltet also lediglich die Bestätigung, dass den Zeugen keine Umstände aufgefallen sind, die zu Zweifeln an der Verfügungsfähigkeit des Testators Anlass gegeben haben.

2420 - Hat die Urkundsperson ihrerseits solche Zweifel, dann obliegt ihr, die erforderlichen Tests anzustellen oder anstellen zu lassen. Eine bewährte Methode besteht darin, bei zweifelhaftem Geisteszustand des Testators, namentlich wenn er sich stationär in einem Spital oder Pflegeheim befindet, die Zeugenerklärung durch dessen Ärzte⁷⁷ oder das Pflegepersonal abgeben zu lassen, welches mit dem Testator in permanentem Kontakt steht und zur Beurteilung seiner Testierfähigkeit demgemäss am besten geeignet ist.

Fn 76 - Allerdings fehlt bis heute ein Bundesgerichtsentscheid, welcher die Gültigkeit eines im voraus mit der Schreibmaschine datierten Geschäftes positiv bestätigt; vgl. jedoch BGE 53 II 442 und 55 II 235, ferner HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, ZBGR 69 (1988) 228-254 (247): Gemäss HUBER ist die im voraus angebrachte Datierung zwar zulässig, aber gefährlich, weil es vorkommen kann, dass eine solche Zeitangabe stehen bleibt, auch wenn die Beurkundung nicht zum vorgesehenen Zeitpunkt durchgeführt wird.

Fn 77 - Vgl. eine solche Empfehlung in ZH NV § 133 Abs. 2: "Bei Zweifeln über die Urteilsfähigkeit des Testators ist anzustreben, dass ein Arzt als Beurkundungszeuge beigezogen wird."

****§. 679****

2421 - Dabei obliegt es der Urkundsperson, solchen Ärzten und Pflegern in einem Vorbereitungsge-
spräch zu erklären, was der Begriff der Verfügungsfähigkeit rechtlich bedeutet, nämlich die Fähig-
keit des Erblassers, Sinn und Tragweite seiner letztwilligen Anordnungen persönlichkeitsadäquat zu
erfassen und sich bei diesen Anordnungen von einem vernünftigen Willen leiten zu lassen; Testier-
fähigkeit kann also bei beschränkten geistigen Fähigkeiten noch durchaus vorliegen, auch wenn die
allgemeine Handlungsfähigkeit im Sinne der Vertragsfähigkeit bereits fehlt⁷⁸.

2422 - Bei verminderter Urteilsfähigkeit kann aber Testierfähigkeit nur noch in bezug auf einfache,
naheliegende Anordnungen bejaht werden; würde ein vermindert urteilsfähiger Testator eine letzt-
willige Verfügung treffen, welche mit komplizierten Mechanismen, Wahlrechten, Vor- und Nach-
erbschaften und verwickelten Begünstigungen auch fernstehender Personen operiert oder welche
ohne ersichtlichen Grund die nächsten Angehörigen von der Erbschaft ausschliesst und den ganzen
Nachlass einer religiösen Sekte zuweist, so wäre Ungültigkeit eher anzunehmen, als wenn sich die
letztwillige Verfügung auf einleuchtende Teilungsvorschriften gegenüber den gesetzlichen Erben
oder auf eine mässige Begünstigung einer anderen nahestehenden Person beschränkt.

d) Verfahren bei fehlender Unterzeichnungsfähigkeit der verfügenden Person (Neben- form)

2423 - *Das nachstehend dargestellte Verfahren muss angewendet werden, wenn die verfügende
Person blind, Analphabet oder aus einem dauernden oder vorüber-*

Fn 78 - Indem das Gesetz von den Beurkundungszeugen eine Äusserung über die Verfügungsfähigkeit verlangt,
verlangt es von Nicht-Juristen die Vornahme einer rechtlichen Qualifikation. Dies ist eine verfahrensrechtliche
Irregularität. Richtigerweise sollten sich Nicht-Juristen ausschliesslich über ihren Befund der Urteilsfähigkeit, im
Sinne einer naturwissenschaftlichen Aussage, äussern, wogegen die rechtliche Beurteilung des Grades von Ur-
teilsfähigkeit und seines Ausreichens für die Vornahme bestimmter erbrechtlicher Verfügungen dem Juristen,
d.h. der Urkundsperson, vorbehalten bleiben muss. Diese Aufgabenteilung drängt sich umso mehr auf, als die
Beurkundungszeugen den Urkundeninhalt nicht zu kennen brauchen, und nach dem (von der Urkundsperson zu
respektierenden) Willen des Testators vielleicht auch gar nicht kennen sollen, so dass den Beurkundungszeugen
die Beurteilung der Verfügungsfähigkeit, in bezug auf die konkret getroffenen Verfügungen, unter Umständen
gar nicht möglich ist. - Die Urkundsperson muss in Fällen verminderter Urteilsfähigkeit des Testators, unter
Wahrung des Notariatsgeheimnisses bezüglich des konkreten Urkundeninhaltes, den Arzt, welcher die Verfö-
gungsfähigkeit bezeugen soll, demgemäss abstrakt und ohne Nennung von Namen, Sachen und Geldbeträgen, zu
verstehen geben, von welcher Art und Tragweite die in der Urkunde enthaltenen Verfügungen sind.

****§. 680****

*gehenden Grund schreibunfähig ist. Das Verfahren soll nur in diesen Fällen angewendet wer-
den.*

2424 - *In diesen Fällen muss die Urkunde der verfügenden Person von der Urkundsperson vor-
gelesen werden, und es müssen während der ganzen Vorlesung zwei Beurkundungszeugen an-
wesend sein.*

2425 - *Als Variante muss im Ausnahmefall einer kumulativen Hör- und Schreibhinderung
und bei gleichzeitiger Lesefähigkeit der verfügenden Person zulässig sein, dass die verfügende
Person die Urkunde still selber liest, auch dieses jedoch in Anwesenheit der beiden Testaments-
zeugen, welche auf diese Weise immerhin keine Kenntnis vom Urkundeninhalt erhalten*⁷⁹.

2426 - *Nach erfolgter Vorlesung (oder stiller Selbstlesung im soeben genannten Ausnahmefall) erklärt die verfügende Person ausdrücklich ihre Genehmigung, indem sie wörtlich oder sinngemäss zum Ausdruck bringt, das Gelesene stelle ihren letzten Willen dar.*

2427 - *Anschliessend unterzeichnen zuerst die Beurkundungszeugen, dann die Urkundsperson die Urkunde.*

2428 - *Die Zeugenerklärung wird in diesem Fall zweckmässigerweise im Anschluss an die Erklärungen der letztwillig verfügenden Person dargestellt, unmittelbar gefolgt von einem entsprechend formulierten Beurkundungsvermerk, welcher sowohl die Vorlesung der individuellen Erklärung, deren Genehmigung durch die verfügende Person, die Anwesenheit und die Erklärungsabgabe und Unterschriftsleistung der Zeugen festhält.*

2429 - **Erläuterung:** Unterbleibt die Beisetzung der Unterschrift des Testators, so haben die Testamentszeugen gemäss Art. 502 ZGB zwingend, d.h. im Sinne einer Bedingung für die Testamentsgültigkeit, vom Beginn der Testamentslesung an dabei zu sein. In diesem Fall ist zudem die Vorlesung des Aktes durch die Urkundsperson⁸⁰ zwingend verlangt⁸¹, soweit nicht für die stille Selbstlesung der wichtige Grund

Fn 79 - Die lesefähige Person hat diesbezüglich freie Wahl, ob sie sich die Urkunde vorlesen lassen oder ob sie still selber lesen will; vgl. BGE 46 II 11; die in diesem Entscheid zu klärende Frage bezog sich auf die vom Bundesgericht bejahte Option zwischen Selbstlesung und notarieller Vorlesung, nicht auf die Alternative der Unterzeichnung oder Nicht-Unterzeichnung.

Fn 80 - So BGE 66 II 89, 45 II 135; HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) 228-254 (241); Zweifel am Verbot der Dritt-Vorlesung äussert das BG im Urteil vom 9.9.1992, BN 1992 S. 517-525 (521): "Ob es als Gültigkeitsvoraussetzung angesehen werden muss, dass der Urkundsbeamte im Verfahren nach Art. 502 ZGB die Urkunde **selber** vorliest, wie dies das Bundesgericht 1919 entschieden hat (BGE 45 II 141), muss mit Blick auf die damals gegebene Begründung und den inzwischen eingetretenen technischen Wandel als zweifelhaft angesehen werden." - Inwiefern der technische Wandel das Vorlesungsverfahren beeinflusst, wird in einem künftigen Urteil näher auszuführen sein.

Fn 81 - In diesem Sinne MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 110.

****S. 681****

der Hörbehinderung des Testators vorliegt; dieser Grund muss nun seinerseits ebenfalls in der Urkunde genannt werden⁸².

2430 - Das hauptsächliche Anfechtungsrisiko, welches durch die Befolgung der Regel ausgeschlossen wird, besteht darin, dass nach dem Tode des Erblassers dessen (durch die letztwillige Verfügung möglicherweise benachteiligte) gesetzliche Erben behaupten, aufgrund ihrer persönlichen Kenntnis des Erblassers könnten sie nicht glauben, dass der Erblasser zu einem solchen Testament seine Zustimmung erteilt haben; es müsse sich um eine kriminelle Unterschlebung handeln, die von der Urkundsperson in Komplizenschaft mit den Beurkundungszeugen und den testamentsbegünstigten Personen erfolgt sei⁸³. - Liegt eine solche Anschuldigung vor, so werden notwendigerweise die beiden Testamentszeugen einzuvernehmen sein. In diesem Falle haben sie gegenüber der Strafermittlungsbehörde für die Aussage einzustehen, sie hätten der lauten Vorlesung des Aktes persönlich beigewohnt.

2431 - Würde ohne das Vorliegen wichtiger Gründe (Hörbehinderung des Erklärenden) ein Ablauf zugelassen, der den Testamentszeugen gestattete, sich später auf die Aussage zurückzuziehen, sie hätten einer stillen Selbstlesung seitens des Testators beigewohnt, so wären mit grösserer Leichtigkeit Vorgänge straflos möglich und mit einer nicht geradezu lügnerischen Zeugenaussage vereinbar, wonach ein im Halbschlaf oder in einem Dämmerzustand befindlicher Testator angesichts eines vor ihm befindlichen Dokuments unmerklich mit dem Kopf genickt hat - vielleicht zum blossen Zweck, von den unerwünschten Gästen endlich in Ruhe gelassen zu werden.

2432 - Das Bundesgericht hält bis heute daran fest, dass das Erfordernis der Zeugen-**Anwesenheit während des ganzen Beurkundungsvorgangs** mit der **Vorlesung** (im Gegensatz zur stillen Selbstlesung) der Urkunde verknüpft sei und dass eine öffentlich beurkundete letztwillige Verfügung ungültig sei, wenn sie dem Testator bloss vorgelesen worden ist, die Zeugen dieser Vorlesung aber nicht von Anfang bis Ende beigewohnt und sie bezeugt haben. Praktizierende Urkundspersonen haben dieser bundesgerichtlichen Auffassung Rechnung zu tragen.

2433 - In der vorliegenden Arbeit wird dieser Rechtsprechung die Erwägung entgegengehalten, dass sie auf der Missdeutung eines Grundprin-

Fn 82 - In BGE 45 II 1356 (139) hat das Bundesgericht die Frage offengelassen, ob eine weite Gesetzesauslegung zulässig sein könnte, wonach auch bei der Beurkundung ohne Unterzeichnung des Testators dessen stille Selbstlesung, in Anwesenheit der Zeugen, genügen könne.

Fn 83 - Anderer Auffassung ist das Bundesgericht in dem oben kritisierten BGE 118 II 273 vom 9.9.1992, BN 1992 S. 517-525, wo das primäre Risiko, welches zum Anwesenheitserfordernis der Zeugen während des ganzen Beurkundungsvorganges führt, im Risiko "unabsichtlicher Lesefehler" seitens der Urkundsperson erblickt wird.

****S. 682****

zips der öffentlichen Beurkundung beruhe. Das Irreguläre an der Nebenform gemäss Art. 502 ZGB ist ausschliesslich in der **Nicht-Unterzeichnung** der Urkunde durch den Testator zu erblicken. Die fehlende Unterschrift der verfügenden Person auf einem erst nach ihrem Tode zum Tragen kommenden Dokument stellt ein echtes Deliktsrisiko⁸⁴ dar, weil die Möglichkeit der Herstellung einer solchen Urkunde durch eine Urkundsperson im Alleingang - ohne Beizug von Zeugen - zu unredlichen Machenschaften verleiten könnte.

2434 - Wenn es demgegenüber zuträfe, dass die Zeugen bei der Vorlesung von Anfang an zugegen zu sein hätten, um das Risiko "unabsichtlicher Lesefehler" der vorlesenden Urkundsperson zu beschränken, dann wäre die notarielle Vorlesung öffentlicher Urkunden als Verfahrensform generell in Frage gestellt; dann müssten in allen Verfahren, in welchen vorgelesen wird, richtigerweise Zeugen beigezogen werden, und es müsste diesen Zeugen die Funktion der Textkontrolle zukommen, d.h. sie müssten die Urkunde gleichzeitig mit der notariellen Vorlesung mit eigenen Augen mitleesen. Wie das zugehen soll, ist nicht ersichtlich. Sollen den Zeugen Fotokopien ausgeteilt werden⁸⁵? Oder sollen sie statt dessen rechts und links von der Urkundsperson Platz nehmen und ihr in den vorgelesenen Text hineinschauen, oder sollen sie der Urkundsperson zu diesem Zweck von hinten über die Schultern blicken? - So jedenfalls ist es nicht üblich. Nur in seltenen Fällen haben Beurkundungszeugen jene Textkontrolle vorgenommen, in welcher das Bundesgericht nun offenbar die Legitimation des Zeugenerfordernisses erblickt.

2435 - Eine praxiskonforme Beurteilung sollte demgegenüber davon ausgehen, dass die beurkundungsrechtlichen Prinzipien für die ZGB-Verfahren und für die kantonalen Verfahrensordnungen allemal die gleichen sind. Es geht nicht an, in den kantonalen Verfahren die notarielle Vorlesung der Urkunde (ohne Anwesenheit von Textkontroll-Zeugen) als die optimale Hauptform zu qualifizieren, die stille Selbstlesung als die weniger geeignete Form⁸⁶ - und bei der Beurkundung von letztwilligen Verfügungen, die ja durch die gleichen Urkundspersonen mit den gleichen Vorlesefähigkeiten vorgenommen wird,

Fn 84 - Vgl. hiezu hinten, Ziff. 2430 ff.

Fn 85 - Dies ist die Schlussfolgerung, welche THOMAS GEISER, ZBJV 1993 S. 61/62, aus dem erwähnten Bundesgerichtsurteil zieht. Dass der historische Gesetzgeber von 1912 nicht an die Austeilung von Fotokopien an die Zeugen gedacht hat, versteht sich, ebensowenig an die Austeilung manuell angefertigter Abschriften.

Fn 86 - Vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 114: "Die Selbstlesung hat andererseits [im Gegensatz zur notariellen Vorlesung] den Nachteil, dass die selbslesende Urkundspartei den Text vielleicht nur überfliegt. Es fehlt das Hervorheben einzelner Sätze, wie sie beim Vorlesen möglich ist. Dem Notar entgeht ferner eine letzte Kon-

trollmöglichkeit über den Text; beim langsamen Vorlesen kann er noch auf eine Unstimmigkeit oder eine Lücke aufmerksam machen."

****S. 683****

gerade umgekehrt davon auszugehen, das Risiko unbeabsichtigter Vorlesefehler sei hier von rechtlicher Bedeutung und mache gerade und nur hier die Anwesenheit von Textkontroll-Zeugen erforderlich!

e) Keine freie Wahl der Nicht-Unterzeichnung durch unterzeichnungsfähige Personen

aa) Lehre und Praxis

2436 - Es gilt als herrschende Lehre, dass der schreib- und lesefähige Testator die freie Wahl habe, zwischen der Testamentserrichtung mit persönlicher **Unterzeichnung** und derjenigen ohne eine solche zu optieren. Diese Lehre⁸⁷ kann sich auf die Gesetzesentstehung berufen: Nach dem Vorentwurf vom Jahre 1900 war das Testieren ohne Selbstlesung und Selbstunterzeichnung durch den Testator nur zulässig, wenn Selbstlesung oder Selbstunterzeichnung ausgeschlossen waren. Die Einschränkung wurde später fallen gelassen und hat nicht Eingang ins Gesetz gefunden⁸⁸. Obwohl die Entstehungsgeschichte des Gesetzes

Fn 87 - Vgl. PAUL PIOTET, SPR IV/1, Basel (1978) S. 226. - TUOR/SCHNYDER, 10. Aufl., S. 459, äussern sich zur Nebenform wie folgt: Diese "wird vor allem, wenn auch nicht ausschliesslich, dann angewendet, wenn der Erblasser des Lesens und Schreibens unkundig oder etwa infolge Krankheit oder Schwäche dazu unfähig ist. Bei ihr müssen äussere Formalitäten ersetzen, was an der Tätigkeit des Erblassers abgeht." (S. 459) "Die Abweichungen von der gewöhnlichen Form müssen auch in der Zeugenbestätigung zum Ausdruck kommen, so dass auch diese anders lautet als im gewöhnlichen Falle." - Über eine zulässige Verbindung von Haupt- und Nebenform vgl. 89 II 365. Gemäss 53 II 442 genügt maschinenschriftliche Datierung der Hauptform; gemäss 45 II 137 ist Unterzeichnung durch Handzeichen ungenügend; Entscheide über die Zulässigkeit bzw. Erforderlichkeit der Nebenform: 45 II 139, 46 II 13, 50 II 116.

Fn 88 - Vgl. die Zusammenfassung der weiteren Gesetzesentstehung im BGE 118 II 273 vom 9.9.1992, BN 1992 S. 517 (523/524): "Der Entwurf des Bundesrates von 1904 (Art. 506) hatte demgegenüber in allen drei Amtssprachen ein "oder" verwendet ("kann *oder* will der Erblasser die Urkunde nicht lesen *oder* nicht unterschreiben"; "Si le testateur ne veut *ou* ne peut lire *ou* signer"; "Se il testatore non può *o* non vuole leggere *o* firmare"). Dadurch war der Text zweifellos weniger klar. Während der deutsche Text des Entwurfes nur den Schluss zulässt, dass die Voraussetzungen für das Vorlesen vor Zeugen gegeben war, wenn der Testator entweder den Text nicht selber lesen oder nicht unterschreiben konnte (oder wollte) oder beides nicht konnte (oder wollte), liessen die romanischen Texte auch die Auslegung zu, dass die Voraussetzungen nur gegeben seien, wenn es dem Testator nicht möglich sei, selber zu lesen oder zu unterschreiben (bzw. er dies nicht wolle). Die Unklarheit rührt daher, dass im deutschen Text die Verneinung wiederholt worden ist, in den romanischen Texten aber nicht. Im Nationalrat wurde sodann auf Antrag der Ratskommission

****S. 684****

und der Wille des historischen Gesetzgebers in diesem Punkt klar belegt ist, sollte ihr kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden. Vielmehr ist ein legislatorischer Lapsus anzunehmen, welcher auf mangelndes Verständnis der Parlamentarier und Kommissionsmitglieder für die Belange der öffentlichen Beurkundung zurückzuführen ist.

bb) Kritik: Wer nicht unterzeichnen wollte, obwohl er konnte, hat vermutlich gegen das Geschäft opponiert

2437 - Das Leisten einer Unterschrift ist nach verwurzelter Anschauung der sichtbare, unmittelbare Ausdruck des rechtlichen Bindungs- oder Gestaltungswillens. Auch dem juristischen Laien ist diese Bedeutung des Unterschreibens in der Regel völlig klar. Daraus folgt umgekehrt, dass jemand, der die Beisetzung seiner Unterschrift unter einem Dokument verweigert, in aller Regel dies gerade

deswegen tut, **weil er sich rechtlich nicht festlegen will**. Ein schreibfähiger Testator, der vor der Urkundsperson und den Zeugen erklärt, der Urkundentext stimme inhaltlich; er enthalte das, was der Testator mit der Urkundsperson besprochen habe und was er beabsichtige und eigentlich auch durchaus wolle, aber er möchte nun trotzdem nicht unterschreiben - ein solcher Testator macht deutlich, dass ihm zur Zeit der Wille zu rechtlich verbindlicher Gestaltung fehlt. Wer ohne objektive Gründe

(Prot.Komm. NR, Sitzung vom 28. April 1905) jeder Hinweis darauf gestrichen, warum der Erblasser die Urkunde nicht selber liest und unterschreibt (Stän.Bul. 1905, S. 1375 ff.). Gleichzeitig wurde - dies aber ohne jede Begründung - im deutschen Text das zweite "nicht" gestrichen ("Wenn der Verfasser die Urkunde nicht selbst liest oder unterschreibt..."). Damit entstand auch im deutschen Text eine Zweideutigkeit, die dann allerdings vom Ständerat durch das Ersetzen des Wortes "oder" durch "und" wieder beseitigt wurde (Stän.Bul. 1906, S. 192). Den französischen Text passte demgegenüber der Nationalrat dem deutschen Text des bundesrätlichen Entwurfes an, indem er die Verneinung wiederholte ("Si le testateur ne lit ou ne signe pas l'acte lui-même, ..."; Stän.Bul. 1905, S. 1378). Der Ständerat ersetzte dann allerdings das "ou" durch ein "et", womit wieder ein Unterschied zum von ihm beschlossenen deutschen Text entstand (Stän.Bul. 1906, S. 194). Die unterschiedlichen Fassungen zwischen National- und Ständerat wurden offenbar nicht als eigentliche Differenzen angesehen, so dass über den entsprechenden Gesetzesartikel vom Nationalrat nicht mehr gesondert Beschluss gefasst wurde (Stän.Bul. 1907, NR, S. 292 und 295). In der Redaktionskommission wurde sodann im französischen Text das "et ne ... pas" durch ein "ni ne" ersetzt, und es wurden einige weitere, hier nicht interessierende redaktionelle Änderungen vorgenommen. Nachdem sowohl im National- als auch im Ständerat in der hier entscheidenden Frage regelmässig der deutsche und der französische Text von einander abgewichen haben und die diesbezüglichen Änderungen in den Beratungen mit keinem Wort begründet worden sind, lässt sich "... nicht behaupten, es hätten den Räten zwei unterschiedliche Konzepte vorgelegen. Den Materialien ist damit nichts zu entnehmen, das ein Abweichen vom Wortlaut des Gesetzes erlauben würde. Es muss vielmehr geschlossen werden, dass der Gesetzgeber sich der Folgen seiner Formulierungen wenig bewusst war."

****S. 685****

zur Zeit nicht unterschreiben will, d.h. wer subjektiv zur Unterschriftsleistung nicht bereit ist, der will eben den Akt momentan nicht in Rechtswirksamkeit treten lassen, auch wenn er sich verbal zum Inhalt bekennt.

2438 - Es kann in einem solchen Falle nicht in Frage kommen, dass die Zeugen und die Urkundsperson den Akt beurkunden und in Rechtswirksamkeit erwachsen lassen, ohne dass der Testator selber das Schreibgerät angerührt hätte. Die Missbrauchsgefahren sind zu gross, und sie sind real. Erbschleicherei ist nicht verboten; bei grösseren Interessewerten ist die "Belagerung" und Bedrängung alleinstehender Personen in ihren letzten Lebensjahren ein wiederkehrendes Phänomen. Auch der Versuch, Urkundspersonen und Zeugen in solche Bemühungen zu involvieren, wenn sich ein Erblasser zur Abfassung eines eigenhändigen Testaments nicht herbeilässt, kommt vor und muss als beurkundungsrechtliches Problem ernst genommen werden.

cc) Missbrauchsgefahren

2439 - Steht die Urkundsperson einem Erbprätendenten nahe oder hält sie den Inhalt des Testaments für richtig und vernünftig, das Zögern des Testators für verfehlt und abwegig, so kann die Versuchung gross werden, beim verbalen Lippenbekenntnis eines bedrängten Erblassers zum Testierwillen und beim gleichzeitigen Tatbeweis des Gegenteils durch Unterschriftsverweigerung zum Verfahren der unterschriftslosen Beurkundung zu greifen. Die Versuchung ist deshalb gross, weil das Delikt - ein solches ist es! - den Tätern nicht als ein solches zu Bewusstsein zu kommen braucht, sondern vor ihrem eigenen Gewissen als eine Interpretations- bzw. Auslegungsfrage gerechtfertigt werden kann.

2440 - Dies wird deutlich, wenn man sich den Beurkundungsvorgang in einem solchen Falle plastisch vergegenwärtigt: Die Urkundsperson liest der in ihrer Widerstandskraft geschwächten Person, kurz vor deren Ableben, am Krankenbett den vom Erbschleicher suggerierten Testamentsentwurf

vor. Die kranke Person gibt zu erkennen, dass der Inhalt das wiedergibt, was sie mündlich in Aussicht gestellt und gegenüber der Urkundsperson als ihren Willen bestätigt hat. Die kranke Person zieht aber, als ihr das Papier zur Unterzeichnung vorgelegt wird, ihre Hand zurück und lässt erkennen, dass sie nicht unterzeichnen will. Nun fragt die Urkundsperson: "Es ist doch genau das, was Sie wollen - oder etwa nicht?" - "Ja, aber ich will jetzt nicht unterschreiben - vielleicht morgen..." - Und nun verabschiedet sich die Urkundsperson, verlässt zusammen mit den Zeugen das Krankenzimmer und fabriziert andernorts⁸⁹ durch Beisetzung der Notarunter-

Fn 89 - Das Gesetz verlangt nicht, dass im Beurkundungsvermerk oder im Zeugenprotokoll bestätigt wird, Urkundsperson und Zeugen hätten ihre Unterschriften in An-

****S. 686****

schrift und der beiden Zeugenunterschriften das rechtskräftige Testament - im guten Gewissen, dass nichts Unrechtes geschieht, sondern nur vollzogen wird, was durch Art. 502 ZGB und die herrschende Lehre ausdrücklich gewollt und gebilligt ist. Denn was anderes hat die todkranke Person anderes getan, als dass sie ihren letzten Willen vor der Urkundsperson und den Zeugen mündlich genehmigte, ohne die Urkunde zu unterzeichnen?

2441 - Gewiss wird eine pflichtgemäss handelnde Urkundsperson den subtilen Unterschied erkennen zwischen einer Unterschriftsverweigerung mit der Bedeutung der konkludenten Zustimmungsverweigerung und einer Unterschriftsverweigerung ohne solche Bedeutung⁹⁰, und sie wird den in der Unterschriftsverweigerung zum Ausdruck gelangenden inneren Willen der Klientschaft respektieren. Eine weniger pflichtgemäss handelnde Urkundsperson mag sich aber damit begnügen, die matte mündliche Zustimmung zum vorgelesenen Inhalt als Genehmigungserklärung gelten zu lassen und die Verweigerung der Unterschrift als "Ausübung der freien Wahl" im Sinne der herrschenden Lehre zu interpretieren - ohne sich Rechenschaft zu geben, dass sie sich damit über den wirklichen inneren Willen des Patienten hinwegsetzt.

dd) Fehlende Erkennbarkeit des Missbrauchspotentials für Laien

2442 - Zu bedenken ist auch, dass der unterzeichnungsfähige, aber -unwillige Laie auf die Möglichkeit der Beurkundung seines letzten Willens ohne seine Unterschriftsleistung kaum gefasst sein dürfte und dass er aus diesem Grund mit mündlichen Approbationserklärungen freigebiger sein mag, als wenn er wüsste, was Urkundsperson und Zeugen aus solchen Approbationen rechtlich zu machen vermögen.

2443 - Ein nicht speziell über Art. 502 ZGB und die hiezu entwickelte Doktrin belehrter Laie vertraut darauf, dass die Verweigerung seiner Unterschrift die Inkraftsetzung des Aktes wirksam blockiert und dass

wesenheit des Testators beigesetzt. Daraus ist zu folgern, dass die vom Testator nicht unterzeichnete letztwillige Verfügung rechtswirksam auch dann entstehen kann, wenn die Notar- und Zeugenunterschriften erst nachträglich, in Abwesenheit des Testators und damit hinter seinem Rücken beigesetzt werden. Die drei kolludierenden Unterzeichner brauchen in einem solchen Falle in der Urkunde nicht einmal zu lügen - sie können praxisgemäss ganz einfach bestätigen, dass sie die letztwillige Verfügung des X unterzeichnet hätten, nachdem ihnen dieser mitgeteilt habe, die vorgelesene Urkunde enthalte seinen letzten Willen.

Fn 90 - Der Unterschied ist allerdings sehr subtil - so subtil, dass man daran keine Rechtsfolgen knüpfen sollte. Welche andere Motivation als diejenige der Inkraftsetzungs-Verweigerung kann eine physisch unterzeichnungsfähige Person denn haben, ihre Unterschrift zu verweigern? Müdigkeit? Trägheit? Scherz? - Ernsthafte Gründe sind schlechterdings nicht ersichtlich, und andere Gründe dürfen keine Rolle spielen.

****S. 687****

alle mündlichen Approbationserklärungen deshalb letztlich unverbindlich bleiben. In diesem Vertrauen mag er, um niemanden zu kränken, um keine Vorwürfe heraufzubeschwören und um eine klare Entscheidung von sich zu schieben, zu Scheinbegründungen Zuflucht nehmen, etwa vorgeben, er wolle jetzt nicht unterschreiben, weil er verschwitzte Hände habe oder weil er eine ansteckende Krankheit habe und das von der Urkundsperson angebotene Schreibzeug nicht kontaminieren wolle - in der (rechtsirrtümlichen) Erwartung, sich mit einer solchen Ausrede dem offenen Bekenntnis des Widerstandes bzw. einem klaren Entscheid zu entziehen.

2444 - Dass eine kollusionsbereite Urkundsperson in einem solchen Fall hinter dem Rücken des Patienten eine von diesem in Wirklichkeit nicht gewollte Nachlassregelung rechtswirksam zu beurkunden vermöchte, kann von der Rechtsordnung nicht in Kauf genommen werden.

ee) Kein sachlicher Grund für den Unterzeichnungsdispens

2445 - Es besteht, wie gesagt, kein sachlicher Grund, einem objektiv unterzeichnungsfähigen Testator die (minimale) Anstrengung der Selbstunterzeichnung abzunehmen, wenn es um die Beurkundung seines letzten Willens geht. Aber es besteht ein eminent stichhaltiger Grund, Erbschleichern die Möglichkeit abzuschneiden, mit einer vom (angeblichen) Testator nicht unterzeichneten Urkunde zu Vermögen zu kommen. Auch wenn die überwiegende Mehrzahl der Urkundspersonen in der Schweiz zu derartigen Machenschaften niemals Hand bietet, muss das Beurkundungsrecht doch realistischerweise davon ausgehen, dass es unter den Urkundspersonen vereinzelt schwarze Schafe gibt und dass die Beurkundungsbefugnis in der Regel ohne Prüfung der charakterlichen Eignung verliehen wird. Für Urkundspersonen mit Charakterfehlern bedeutet die Möglichkeit, mit einer vom objektiv schreibfähigen Testator nicht unterzeichneten Urkunde massgeblich auf den Erbgang einzuwirken, eine geradezu provokative Versuchung zum Delikt.

ff) Schlussfolgerung: Unterzeichnungsdispens nur aus sachlichem, in der Urkunde notariell zu bezeugendem Grund

2446 - Trotz der Entstehungsgeschichte des ZGB ist also die in Art. 502 geregelte Testamentserrichtung ohne Unterschriftsleistung des Erblassers auf jene seltenen Ausnahmefälle einzuschränken, in welchen für die Nicht-Unterzeichnung ein **wichtiger, objektiver Grund** vorhanden ist, d.h. ein Grund, aus welchem der letzte Wille des Erblassers nicht anders als durch das Zeugnis der Urkundsperson und der beiden Beurkundungszeugen zur Geltung gebracht werden kann.

****S. 688****

2447 - Der objektive Grund kann in nichts anderem liegen als in der körperlichen Lese- oder Unterzeichnungsunfähigkeit oder im Analphabetismus des Testators. Der im Einzelfall konkret vorliegende objektive Unfähigkeitsgrund ist - im Sinne einer Ordnungsregel - in der Urkunde zu erwähnen, und er wird seit je von pflichtbewusst handelnden Urkundspersonen regelmässig angegeben⁹¹.

f) Verfahren bei Fremdsprachigkeit der verfügenden Person

2448 - *Versteht die verfügende Person die Urkundensprache nicht, so liegt eine Beurkundung ohne Selbstlesung vor, und es ist das Verfahren gemäss Art. 502 ZGB, unter Anpassung an die besonderen Umstände, einzuhalten.*

2449 - *Ist die Urkundsperson einer der erklärenden Person verständlichen Zweitsprache mächtig, so erfolgt die Vorlesung der Urkunde in unmittelbarer notarieller Übersetzung, d.h. ausschliesslich in der Zweitsprache.*

2450 - *Muss ein Dolmetscher⁹² beigezogen werden, so kommt eines der in Ziff. 1983 ff. beschriebenen Verfahren zur Anwendung.*

2451 - Erläuterung: Wenn die Urkundsperson selber übersetzt, wäre die Vorlesung in der Urkundensprache leere Formalität und sinnlos; in diesem Falle kann das zweimalige Sprechen des Textes unterbleiben, und es kann die mündliche Übersetzung der Urkundsperson rechtlich als die notarielle Vorlesung qualifiziert werden.

2452 - Wirkt ein Dolmetscher mit, so kann dessen mündliche Übersetzung weder als notarielle Vorlesung noch als stille Selbstlesung des Klienten gelten. Demgemäss muss der Text zweimal gesprochen werden. Hier erlaubt die satzweise Vorlesung und Übersetzung der Urkundsperson und der fremdsprachigen Klientschaft eine gewisse Kontrolle der Dolmetscher-Arbeit. Für Urkundsperson und Klientschaft ist jederzeit erkennbar, mit welchem Teil der Urkunde (mit welchem Satz) sich der Dolmetscher gerade befasst. Urkundsperson und Klientschaft können bei Zweifeln am richtigen Verständnis unmittelbar intervenieren, den Dolmetscher unterbrechen und Fragen zum Verständnis stellen. Die Länge der von der Urkundsperson vorgelesenen Sätze und die Länge der anschliessenden Übersetzungen erlauben auch den

Fn 91 - In dem in BGE 46 II 11 beurteilten Fall wurde die Erklärung des einen Kontrahenten beurkundet, er könne nicht schreiben; im früheren Fall in BGE 45 II 136 wurde beurkundet, der Testator sei rechtshändig gelähmt, im späteren Fall 66 II 99, er könne wegen Blindheit nicht unterzeichnen.

Fn 92 - Dolmetscher können zugleich Beurkundungszeugen sein, wenn sie in ihrer Person die Voraussetzungen für die Zeugentauglichkeit und für die Dolmetscherfunktion für die betreffende Beurkundung vereinigen; vgl. Ziff. 375.

****S. 689****

sprachunkundigen Mithörern eine Beurteilung, ob der Dolmetscher eine Übersetzung produziert, die quantitativ und eventuell in der grammatikalischen Gliederung dem betreffenden Satz in der Urkundensprache entspricht.

2453 - Nähme der Dolmetscher statt dessen die Urkunde zur Hand und würde er sie in ununterbrochener Rede von Anfang bis Ende vorübersetzen, so hätten Urkundsperson und fremdsprachige Klientschaft keinerlei Kontrolle darüber, ob der Dolmetscher nicht ganze Abschnitte überspringt oder ganze Sätze oder Abschnitte aus eigener Fantasie beifügt.

3. Die Gestaltung der Urkunde

2454 - *Öffentlich beurkundete letztwillige Verfügungen werden in der Regel mit Schreibmaschine oder Textautomat geschrieben, Ort und Datum jedoch am Ende, in Anwesenheit der verfügbaren Person und der Beurkundungszeugen, von der Hand der Urkundsperson beigelegt. Auch eine mechanisch geschriebene Datierung, die in einem Zug mit dem übrigen Text hergestellt wurde, kann die Entstehung der öffentlichen Urkunde und die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes nicht hindern⁹³.*

2455 - *Handschriftliche Herstellung des ganzen Urkudentextes ist zulässig; die Handschrift braucht nicht diejenige der Urkundsperson zu sein. Namentlich kann auch ein von der verfügbaren Person selber handgeschriebener Entwurf zum Text der öffentlichen Urkunde erhoben werden, sofern für ein derartiges Vorgehen wichtige Gründe, insbesondere Dringlichkeit, vorliegen. Wenn möglich soll in diesem Falle auch der Beurkundungsvermerk von der gleichen Hand wie der Rest der Urkunde geschrieben werden, damit der Ordnungsregel der schrifttechnischen Herstellung aus einem Guss⁹⁴ Genüge getan ist.*

2456 - Inhaltlich soll die Urkunde mit einer Erbeinsetzung beginnen, worauf die auszusetzenden Legate und am Schluss die Verfahrensbestimmungen, insbesondere die Einsetzung eines Willensvollstreckers folgen⁹⁵.

Fn 93 - Vgl. hiezu das vorn, Ziff. 2418 Gesagte.

Fn 94 - Vgl. hiezu Ziff. 1341.

Fn 95 - Zur Rechtswahlerklärung (Unterstellung des Nachlasses unter das ausländische Heimatrecht des Erblassers, *professio iuris* und *professio fori*), vgl. PAUL VOLKEN, Das internationale Erbrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BN 1990 S. 1 (5 ff.).

****S. 690****

2457 - In der Urkunde⁹⁶ muss ersichtlich gemacht werden, dass die gesetzlichen Verfahrensvorschriften von Art. 500-502 ZGB eingehalten wurden. Äussere Beweisbarkeit des korrekten Verfahrensverlaufs genügt nicht⁹⁷.

2458 - Für die Testamentszeugen gelten die für Beurkundungszeugen⁹⁸ generell anwendbaren Ausstandsregeln⁹⁹.

2459 - Erläuterung: Als ungenügend redigiert müssen jene letztwilligen Verfügungen qualifiziert werden, in welchen unklar bleibt, wer Erbe und wer Vermächtnisnehmer sein soll. In diesem Sinne ist es schlecht, den Testamentsinhalt darauf zu beschränken, das Grundstück dem A, die Konten bei der X-Bank dem B und diejenigen bei der Y-Bank dem C zuzuweisen. Bestehen neben solcherart zugewiesenen Vermögensteilen noch andere Aktiven, und sind namentlich Passiven vorhanden, so entsteht bei der Nachlassabwicklung Unklarheit, ob und wer nun als Erbe auftreten darf oder muss.

4. Notarielle Pflichten bezüglich des weiteren Schicksals der letztwilligen Verfügung

2460 - Die Urkundsperson hat den Testator zu beraten über die zweckmässige Aufbewahrung und die Möglichkeiten und Formen der Abänderung und des Widerrufs der öffentlich beurkundeten letztwilligen Verfügung. Wo das kantonale Recht die Urkundsperson zur Aufbewahrung letztwilliger Verfügungen verpflichtet, hat die Urkundsperson auf diese Möglichkeit hinzuweisen¹⁰⁰.

2461 - Erläuterung: Es kann auf das in Ziff. 1449 ff. Ausgeführte verwiesen werden.

Fn 96 - Zweckmässigerweise geschieht dies im Beurkundungsvermerk. Obwohl das ZGB dessen Anbringung nicht ausdrücklich verlangt, ist ein Beurkundungsvermerk auch bei der Beurkundung letztwilliger Geschäfte nützlich. Es gibt keinen einleuchtenden Grund, das, was in den kantonalen Verfahren allgemein als üblich, richtig und vorgeschrieben gilt, bei den ZGB-Verfahren anders zu machen.

Fn 97 - BGE 42 II 204 und 45 II 139 verlangen die Ersichtlichmachung im Testament selbst. "Ablesung" wurde im zweitgenannten Entscheid als ungenügende Ersichtlichmachung für die Vorlesung qualifiziert. - Diese Strenge mag bei letztwilligen Geschäften eher begründet sein als bei lebzeitigen, weil bei den letzteren der äussere Beweis leichter zu erbringen ist und weil die Beweisführung rascher nach Vertragsschluss stattfindet. Bei Testamenten erfolgen Anfechtung und Beweisführung zuweilen erst nach Jahrzehnten - womit die Gültigkeit dann von den Zufälligkeiten der nach so langer Zeit noch vorhandenen äusseren Beweismittel (Erreichbarkeit und Erinnerungsvermögen von Testamentszeugen) abhängen würde. Insofern ist der bundesgerichtlichen Strenge ein gewisses Verständnis entgegenzubringen.

Fn 98 - Zur Bedeutung und Funktion der Beurkundungszeugen vgl. Ziff. 385 ff.

Fn 99 - Vgl. vorn, Ziff. 386.

Fn 100 - Vgl. in diesem Sinne ZH NV § 135.

****S. 691****

§ 82 Erbvertrag

1. Unparteilichkeit bei der Vorbereitung

2462 - *Bei der Vorbereitung von Erbverträgen hat sich die Urkundsperson strikter Unparteilichkeit zu befleissigen.*

2463 - Erläuterung: Der Erbvertrag ist unter Umständen die einzige Möglichkeit, Pflichtteilserven auf eine Nachlassregelung festzulegen, die in die pflichtteilsgeschützte Rechtsposition eingreift und durch letztwillige Verfügung demgemäss nicht rechtsverbindlich angeordnet werden könnte.

2464 - Dies bringt mit sich, dass Urkundspersonen sich zuweilen dazu hergeben, auf einseitige Instruktion des Erblassers einen Erbvertrag auszuarbeiten, dem Erblasser alle gewünschte Beratung und Belehrung¹⁰¹ zu erteilen, auf welche Weise die Pflichtteilserven am wirksamsten verkürzt werden können, und diese letzteren dann kurz vor dem Beurkundungsvorgang, oder erst während desselben, zu begrüssen.

2465 - Eine solche Verletzung der Unparteilichkeitspflicht ist umso krasser, wenn die Urkundsperson anlässlich des Beurkundungsvorgangs - im Gewande amtlicher Neutralität - psychischen Druck auf die Pflichtteilserven (meist geschäftsunerfahrene Personen) ausübt und sie fühlen lässt, dass in dem von ihnen gegenzuzeichnenden Erbvertrag alles zum Besten geregelt und Kritik oder Äusserungen der Ablehnung eine Respektlosigkeit gegenüber dem Notar und eine Pietätlosigkeit gegenüber dem Erblasser sei.

2. Inhalt

2466 - *Für den Erbvertrag ist geschäftstypisch, dass mindestens eine der Parteien eine Vertragspflicht eingeht, die auch Inhalt einer letztwilligen Verfügung sein könnte. Der zulässige Inhalt beschränkt sich demgemäss auf die Änderung*

Fn 101 - Zur Unterscheidung der Begriffe der notariellen Belehrung und Beratung vgl. Ziff. 1728.

****S. 692****

der von Gesetzes wegen geltenden Nachlassregelung, insbesondere auf die Vergrösserung und Verkleinerung der den Erben zukommenden Quoten, Einsetzung neuer Erben und Ausschluss solcher Personen von der Erbschaft, die von Gesetzes wegen andernfalls Erben wären, sodann Aussetzung von Vermächtnissen, Einsetzung eines Willensvollstreckers und Teilungsvorschriften.

2467 - *Kein gültiger Inhalt ist die Benennung der Person des Vormundes für minderjährige Hinterbliebene¹⁰², ferner der Erlass von Vorschriften über die Zuordnung und Verwendung von Vermögen, das den Erben von Güterrechts wegen zufällt oder das ihnen bereits gehört.*

2468 - *Wenn nicht sämtliche Parteien eines Erbvertrages als Testierende auftreten, gilt das Mündigkeitserfordernis gemäss Art. 468 ZGB nur für die testierenden Parteien¹⁰³.*

2469 - *Bei der Festlegung des Geschäftsinhaltes hat die Urkundsperson abzuklären und im Zweifel mit den Parteien zu erörtern, weshalb diese die erbvertragliche Bindungswirkung wünschen und sich nicht mit ~~den~~ widerrufenen letztwilligen Verfügung begnügen wollen.*

2470 - *Die Urkundsperson soll die Parteien zur urkundlichen Abgabe einer Erklärung veranlassen, ob und bei wessen Ableben der Erbvertrag zur Eröffnung gemäss Art. 556-558 ZGB gelangen soll¹⁰⁴.*

2471 - Erläuterung: Die vertragliche Bindungswirkung ist dann gerechtfertigt, wenn Leistung und Gegenleistung ausgetauscht oder Chancen und Risiken einer bestimmten Gestaltung solcherart auf die Vertragsparteien verlegt werden, dass nur die vertragliche Dauerbindung den gerechten Ausgleich der beidseitigen Interessen gewährleistet. In Betracht fallen vor allem Gestaltungen, bei welchen die eine Partei zu Lebzeiten Vorleistungen erbringt und die Gegenleistung nach dem Tod der anderen Partei empfangen soll, ferner in Konstellationen, wo der Erstversterbende die überlebende Vertragspartei letztwillig begünstigen, aus dem Nachlass der zweitversterbenden Vertragspartei dann aber gewisse Leistungen an Dritte sicherstellen will.

2472 - Fehlt es an der Gegenseitigkeit des Leistungs-, Chancen- oder Risiko-Austauschs, so ist die erbvertragliche Bindung nicht gerechtfertigt. Für einseitige letztwillige Begünstigungen ist die widerrufliche letztwillige Verfügung die geeignete Form¹⁰⁵.

Fn 102 - Derartige Dinge können im Sinne eines Wunsches zum Ausdruck gebracht werden. Steht kein wichtiger Grund entgegen, pflegen solche Wünsche zu gegebener Zeit in gleicher Weise wie rechtlich verbindliche Anordnungen respektiert zu werden.

Fn 103 - SIDLER, Komm. LU (1975) S. 102; ESCHER, Zürcher Kommentar (3.A. 1959) N 1-7 zu Art. 468 ZGB; TUOR, Kommentar (1958) zu Art. 468 ZGB N. 1-12.

Fn 104 - So ZH NV § 132; das ZGB schreibt die amtliche Eröffnung nur für die einseitigen letztwilligen Verfügungen, nicht für die Erbverträge vor.

Fn 105 - Ein in Basel-Stadt vorgekommener Disziplinarfall diene zur Illustration. Ein Achtzigjähriger wandte dem Inhaber eines Beerdigungsinstituts in erbvertraglicher Form seinen ganzen, wertmässig bedeutenden Nachlass zu. Motiv der Zuwendung war die Rührung über die Einfühlsamkeit, mit welcher das Beerdigungsinstitut die

****§. 693****

2473 - Während die testierende Vertragspartei auf die Unwiderruflichkeit der erbvertraglichen Bindung hinzuweisen ist, muss die Urkundsperson der zu Lebzeiten vorleistenden Vertragspartei deutlich machen, dass der erhoffte Erbanfall, trotz des Erbvertrages, nicht als rechtlich gesichert betrachtet werden kann. Der erbvertraglich Testierende bleibt frei, sein Vermögen lebzeitig zu nutzen und zu verbrauchen. Auch Schenkungen liegen im Bereich seines rechtlichen Könnens, überschreiten lediglich das Dürfen, soweit sie die erbvertraglichen Absprachen durchkreuzen. Güterrechts- und Pflichtteilsansprüche von Ehegatten und Nachkommen gehen - auch wenn diese Pflichtteilsberechtigten erst nach dem Datum des Erbvertrags angeheiratet oder geboren werden - den vertraglichen Erbansprüchen des Erbvertragspartners vor. Bloss gegen vertragswidrige **letztwillige** Anordnungen ist der vorleistende Vertragspartner rechtlich abgesichert.

2474 - Es ist zulässig und gegebenenfalls wichtig, jene auf den Todesfall stipulierten Zuwendungen, denen keine entsprechende Gegenleistung der anderen Vertragspartei gegenübersteht, innerhalb des Erbvertrags als testamentarische Zuwendungen zu bezeichnen bzw. ihre einseitige Widerruflichkeit seitens des Testierenden festzuhalten¹⁰⁶. Die Widerrufsmöglichkeit kann auch von Bedingungen (z.B. Vorabsterben eines bestimmten Nachkommen oder Ausbleiben einer erhofften lebzeitigen Gegenleistung) abhängig gemacht werden.

2475 - Wird der Erbvertrag zwischen dem künftigen Erblasser und seinen voraussichtlichen Erben, insbesondere also zwischen Eltern und Nachkommen, abgeschlossen, so kann seitens der künftigen Erben ein ganzer oder teilweiser Erbverzicht rechtswirksam stipuliert werden, wobei dieser Verzicht über das Mass hinausgehen kann, den der Erblasser durch einseitiges Testament einem pflichtteilgeschützten Erben gegen dessen Willen auferlegen könnte.

Bestattung der kürzlich verstorbenen Ehefrau des Testierenden betreut hatte. Auf die Frage der Urkundsperson, weshalb der Zuwendende sich nicht mit einem widerruflichen Testament begnügen wolle, antwortete dieser, er wünsche nicht, dass der Begünstigte unter einem allfälligen späteren Sinneswandel des Testierenden zu leiden habe. - Die erbvertragli-

che Selbstbindung ist aber, wenn keine Gegenleistung vereinbart wird, nicht gerechtfertigt und verletzt, wenn sie erhebliche Vermögensteile erfasst, zweifellos Art. 27 Abs. 2 ZGB. Die notarielle Berufspflicht, zu recht- und sittenwidrigen Geschäften nicht Hand zu bieten, erheischt in einem solchen Falle, dass die Urkundsperson die Beurkundung ablehnt. Denn der Testierende selber dürfte, wenn er vertragsreugig wird, aufgrund der öffentlichen Beurkundung bis ans Lebensende rechtsirrtümlich glauben, an der erbvertraglichen Bindung sei nicht zu rütteln. Nach seinem Tod können die gesetzlichen Erben sich nicht auf Art. 27 Abs. 2 ZGB berufen, um der (vielleicht nachweisbaren) Vertragsreue des Verstorbenen noch postum Nachachtung zu verschaffen.

Fn 106 - Innerhalb eines Erbvertrages ist die Errichtung einer Stiftung ausschliesslich durch einseitig widerrufliche Verfügung zulässig; vgl. BGE 96 II 273.

****S. 694****

2476 - Erbvertragliche Absprachen über die künftige Verwendung des Erbes, namentlich dessen Unterstellung unter eine langfristige Verwaltung durch einen Testamentsvollstrecker und die Beschränkung des Erben auf den Bezug des Ertrages, sind im Lichte von Art. 27 Abs. 2 ZGB von zweifelhafter Wirksamkeit. Derartige Absprachen können auf eine vormundschaftsähnliche Unterwerfung der Erben unter fremden Willen hinauslaufen und müssen, soweit sie dies tun, als unwirksam betrachtet werden. Grundsätzlich gilt, dass die Erben gegenüber dem Erblasser erbvertraglich nur solche Selbstbindungen gültig eingehen können, die sie durch den Abschluss eines Vermögensverwaltungsvertrages, einer einfachen Gesellschaft oder anderer obligationenrechtlicher Vertragstypen am Tage nach dem Tod des Erblassers untereinander und mit Dritten rechtswirksam abschliessen könnten. Eine vormundschaftsähnliche, langfristige Erbschaftsverwaltung zulasten mündiger Personen kann auch im Rahmen der verfügbaren Quote weder durch Testament noch durch Erbvertrag gültig angeordnet werden. Denn die Institute der Erbschaftsverwaltung und der Willensvollstreckung sollen der beförderlichen Abwicklung des Nachlasses, nicht der langfristigen Quasi-Bevormundung mündiger Erben dienen.

3. Kombination von ehegüter- und erbrechtlichen Absprachen im gleichen Vertrag (Ehe- und Erbvertrag)

2477 - *Wenn ein Vertrag sowohl ehegüter- als auch erbrechtliche Absprachen enthält, so sind wegen der eherechtlichen Elemente die kantonalen Verfahrensvorschriften, wegen der erbrechtlichen kumulativ diejenigen des ZGB einzuhalten¹⁰⁷. Einzelne kantonale Beurkundungserlasse¹⁰⁸ dispensieren von dieser Kumulation der Verfahrensvorschriften, indem sie die Unterstellung des gesamten Beurkundungsverfahrens unter das Bundesrecht ausdrücklich zulassen.*

2478 - Erläuterung: Angesichts der Fortentwicklung der bundesrechtlichen Anforderungen an die öffentliche Beurkundung sollte HANS HUBERS Auffassung allgemeine Anerkennung finden, wonach die Respektierung der bundesrechtlichen Anforderungen für die Entste-

Fn 107 - Vgl. ESCHER, Zürcher Kommentar (3.A. 1959) Vorbemerkung zu Art. 494 ff. ZGB, N 10ff; TUOR, Berner Kommentar (1958), Vorb. zu Art. 494 ff. ZGB, N 21.

Fn 108 - So BE ND Art. 16 Abs. 1; LU BeurkG § 39; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 161, N 2 zu Art. 16 ND BE; SIDLER, Komm. LU (1975) S. 102, lit. A.

****S. 695****

hung der öffentlichen Urkunde stets hinreichend ist, und zwar auch ohne ausdrückliche diesbezügliche Grundlage in geschriebenem kantonalem Recht¹⁰⁹.

2479 - HUBERS Auffassung, dass zwischen den kantonalen Verfahren und den Vorschriften gemäss Art. 499-503 und 512 ZGB "keine wesentlichen Unterschiede" bestehen, trifft insofern zu, als die verschiedenen Anforderungen an die Lesung unter dem Gesichtswinkel des Sinns und Zwecks der öffentlichen Beurkundung eine blosse Äusserlichkeit betreffen. Wo die Kantone nur die notarielle

Vorlesung mit lauter Stimme gelten lassen, muss in Ansehung der Art. 499-503 und 512 ZGB richtigerweise auch die stille Selbstlesung durch die Erschienenen als Alternative möglich sein, und dies sogar dann, wenn keine Beurkundungszeugen bei der Genehmigung und Unterzeichnung anwesend sind.

2480 - Im anderen Punkt, in welchem die Kantone durchwegs strenger sind als das ZGB, kann das ZGB keine Vorbildfunktion haben. In diesem Punkt ist die Missachtung der (berechtigten) kantonalen Anforderungen für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes schädlich, sofern die kantonale Gesetzgebung nicht ausdrücklich das Vorgehen gemäss ZGB als jederzeit zulässig bezeichnet. Es handelt sich um den vom ZGB zugelassene Beurkundungsakt, bei welchem eine **unterzeichnungsfähige Person nicht unterschreibt**. Zu Recht lässt keine kantonale Verfahrensordnung eine solche Form zu. Diese Form kann nicht im Sinne HUBERS als allgemein zulässig gelten. Das unterschriftslose Urkunden einer unterzeichnungsfähigen Person muss strikte auf jene Fälle eingeschränkt bleiben, für welche es aufgrund des verunglückten Wortlautes des ZGB nun einmal zugelassen ist.

Fn 109 - Vgl. HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 103 (1976) S. 149 ff., ergänzter Zweitabdruck, ZBGR 69 (1988) 228-254 (254): "Sieht man auf das Ganze, bestehen zwischen einem die bundesrechtlichen Minimalanforderungen erfüllenden kantonalen Verfahren und dem eidgenössischen Verfahren für die Verfügungen von Todes wegen keine wesentlichen Unterschiede. Es würde unter diesen Umständen dem Sinn der öffentlichen Beurkundung als einem Institut zur Erhöhung der Rechtssicherheit widersprechen, wenn kantonale Gerichte wegen sachlich belanglosen Unterschieden in den beiden Verfahrensordnungen bei Anwendung des eidgenössischen statt des kantonalen Verfahrens auf Formnichtigkeit schliessen würden."

****S. 696****

§ 83 Grundstücksgeschäfte

2481 - *Von Prokuristen ist für Beurkundungen über die Veräusserung und Belastung von Grundstücken der Nachweis der besonderen Ermächtigung gemäss Art. 459 Abs. 2 OR zu verlangen*¹¹⁰.

1. Handänderungen, insbesondere der Grundstückkauf

a) Belehrung

2482 - *Bei Grundstücksgeschäften obliegt der Urkundsperson die Ermittlung des rechtlichen Zustandes des betreffenden Grundstücks. Um den physischen Zustand haben sich die Parteien selber zu kümmern, sofern es ihnen wichtig ist.*

2483 - *Bei Handänderungen hat die Urkundsperson die Vertragsparteien über die aus dem Grundbuch ersichtliche Rechtslage zu belehren. Hiezu gehört der Inhalt des Hauptbuches, ferner derjenige der das Grundstück belastenden Dienstbarkeiten¹¹¹ und vorgemerkten Rechte Dritter.*

2484 - *Die Urkundsperson hat ferner zu belehren über allfällige Veräusserungs- und Erwerbsbeschränkungen; sie hat die Vertragsparteien bezüglich der tatbestandlichen Voraussetzungen solcher Beschränkungen zu befragen und über die damit verbundenen Konsequenzen zu belehren. Hiezu gehören bei Handänderungen landwirtschaftlicher Grundstücke die Verkehrsbeschränkungen des landwirtschaftlichen Bodenrechts, ferner die antispekulativen Sperrfristenbeschlüsse, die Pfandbelastungsgrenzen, Veräusserungsbeschränkungen zulasten von Ausländern, welche seinerzeit mit einer auflagenbeschwerten Bewilligung erworben haben, Erwerbsbeschränkungen für Ausländer und Verfügungsbeschränkungen für verheiratete Personen gemäss Art. 169 ZGB¹¹².*

Fn 110 - So ZH NV § 16 Abs. 2.

Fn 111 - Vgl. einen Haftungsfall wegen unrichtiger notarieller Belehrung über den genauen Inhalt einer Baubeschränkung (sie wäre bei sorgfältiger Grundbuchnachschatung als faktisches Bauverbot erkennbar gewesen) im Urteil des Appellationshofes BE vom 7.3.1964, ZBGR 47 (1966) 215-218.

Fn 112 - Zur Belehrungspflicht bezüglich Art. 169 ZGB vgl. ROLAND PFÄFFLI, Die Auswirkungen des neuen Ehe- und Erbrechts auf die Grundbuchführung, BN 1986, S. 281-292 (285 ff.).

****S. 697****

2485 - Die Urkundsperson hat ferner zu belehren über allfällige gesetzliche und (aus dem Grundbuch ersichtliche) vertragliche Vorkaufsrechte, gesetzliche und (aus dem Grundbuch ersichtliche) vertragliche Gewinnbeteiligungsrechte Dritter¹¹³, über den von Gesetzes wegen stattfindenden Übergang gewisser Vertragsverhältnisse auf den Erwerber (Miet-, Pacht- und Versicherungsvertragsverhältnisse), schliesslich über die durch das beurkundete Geschäft verwirklichten Steuertatbestände (Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuer, gegebenenfalls Schenkungssteuer)¹¹⁴.

2486 - Die Urkundsperson hat auf die im Einzelfall möglichen gesetzlichen Grundpfandrechte hinzuweisen und den Erwerber darüber zu belehren, welche Vorkehren zu deren Ablösung bzw. Vermeidung zur Verfügung stehen¹¹⁵.

2487 - Auf die Möglichkeit und Art öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen wie Strassenlinien, Bauzoneneinteilung, Nutzungsbeschränkungen, Denkmalschutz, Baumschutz, Abbruchverbote, Zweckentfremdungsverbote, vorläufige Planungszonen, im Gang befindliche Landumlegungen¹¹⁶ und Quartierplanverfahren hat die Urkundsperson aufmerksam zu machen und, sofern sie die diesbezüglichen Abklärungen nicht selber trifft und deren Ergebnis den Beteiligten mitteilt, diese darüber zu belehren, bei welchen Ämtern sie sich informieren können.

2488 - Da bei Handänderungen an Grundstücken häufig eine Abweichung von den gesetzlichen Gewährleistungsregeln angezeigt ist, soll die Urkundsperson die Frage der Gewährleistung in jedem Einzelfall aufwerfen, die Klientschaft im erforderlichen Umfang beraten und für eine klare Gewährleistungsformulierung im Urkundentext besorgt sein¹¹⁷.

2489 - Bei bisher industriell oder gewerblich genutzten Grundstücken ist die Frage von Altlasten aufzuwerfen und auf einen diesbezüglich klaren und vernünftigen Vertragswillen der Parteien hinzuwirken.

2490 - Wo das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt ist, ist der Erwerber auf die Möglichkeit des Bestehens nicht eingetragener dinglicher Rechte und Lasten hinzuweisen¹¹⁸.

2491 - Erläuterung: Die Liste der Belehrungsgegenstände beim Grundstückkauf sollte den gesetzgebenden Behörden bei Bund und Kantonen zu denken geben. KELLENBERGER¹¹⁹ hat schon 1987 auf die "Grenze

Fn 113 - Vgl. einen diesbezüglichen Haftungsfall wegen unrichtiger notarieller Auskunft über den Gewinnanspruch von Geschwistern im Urteil des TC VD vom 20.10.1978, JdT 1978 III 116-121.

Fn 114 - Zu notariellen Belehrungspflicht bezüglich der steuerlichen Folgen des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1750, zur Steuerberatung Ziff. 1818 und 654.

Fn 115 - So ZH NV § 157 Abs. 3; vgl. auch BS GedrW Nr. 37: "Die Notare sollen die Parteien rechtzeitig auf die öffentlich-rechtlichen Lasten, für welche die Grundstücke haften, aufmerksam machen. (Vgl. § 188 EG-ZGB)".

Fn 116 - Vgl. diesbezüglich Urteil des KG VS vom 11.5.1979, RVJ 1980 119-125 (125).

Fn 117 - Vgl. in diesem Sinne ZH NV § 157 Abs. 1.

Fn 118 - So ZH NV § 157 Abs. 2.

Fn 119 - ALFRED KELLENBERGER, Grenzen der Grundbuchführung, BN 1987, S. 81-99 (91).

****S. 698****

der Verkraftbarkeit der Erfüllung öffentlichrechtlicher Auflagen durch die Notare" hingewiesen. Nach Meinung dieses Autors "hat die immer grössere Zahl von Abklärungen, Meldungen, Feststellungen und Verfahren, welche dem Notar bei der Erfüllung seiner privatrechtlichen Aufgabe vom öffentlichen Recht her zugemutet werden, längstens schon das Mass des Vernünftigen und Tolerierbaren überschritten." Diese Äusserung hat an Berechtigung bis heute nichts verloren, auch wenn bei manchen Geschäften nicht sämtliche Belehrungsthemen eine Rolle spielen.

2492 - Die Belehrung über den **grundbuchlich ausgewiesenen Rechtszustand** ist an keine bestimmte Form gebunden. Ein mündlicher Hinweis auf die für die Parteien, namentlich die Erwerberrin, wichtigen Punkte genügt. Auch über den Inhalt von Dienstbarkeitslasten braucht nicht durch Verlesung wörtlicher Fassungen belehrt zu werden, sondern es genügt mündliche Zusammenfassung des Wesentlichen¹²⁰.

2493 - Bei Altbauten ist eine Wegbedingung der **Gewährleistung**, d.h. ein Kauf "wie gesehen und besichtigt" (tel-quel-Klausel) üblich. Angesichts der Neigung der Gerichte, dem wegen nachträglich entdeckter Sachmängel enttäuschten Käufer Kaufpreisminderung zuzusprechen und zu diesem Zwecke die beurkundete tel-quel-Klausel als "unbesehen" in den Vertragstext hineingeratene, von den Parteien nicht wirklich gewollte "Floskel" zu qualifizieren, empfiehlt sich eine stichwortartige Konkretisierung in der Urkunde, etwa durch Angabe des Besichtigungsdatums und Nennung charakteristischer Merkmale der Liegenschaft, welche der Erwerber anlässlich der Besichtigung wahrgenommen hat¹²¹. Wird die Gewährleistung wegbedungen und gleichzeitig stipuliert, Nutzen und Gefahr sollten zu einem späteren Zeitpunkt (z.B. am Tage der Grundbuchanmeldung) übergehen, so soll die Urkundsperson im Rahmen ihrer Belehrungspflicht darauf hinweisen, dass der Erwerber den Zustand und die Mängel der Kaufsache akzeptiert hat, wie sie am Besichtigungstag bestanden haben, wogegen die Gefahr neuer Mängel (insbesondere durch Wasserschäden oder Brand), die zwischen Besichtigungstag und Datum des Gefahrübergangs entste-

Fn 120 - ZH NV § 154 verlangt (als Soll-Vorschrift, d.h. als Ordnungsregel) die Verlesung der Grundprotokoll-, Grundregister - oder Grundbucheinträge mitsamt dem vollen Wortlaut der Anmerkungen, Vormerkungen, Dienstbarkeiten und Grundlasten und sogar der Verzinsungs- und Zahlungsbestimmungen der Grundpfandrechte; jedoch kann der Erwerber erklären, er kenne diese Angaben und verzichte auf die Vorlesung.

Fn 121 - Folgende Formulierung sei als Beispiel erwähnt: "Der Kaufgegenstand wird verkauft wie vom Verkäufer gesehen und besichtigt, unter Wegbedingung der Gewährleistung des Verkäufers, soweit dies von Gesetzes wegen zulässig ist. Der Käufer hat die Liegenschaft in der Zeit vom ... bis ... einlässlich besichtigt und unter anderem vom Renovationsbedarf des Daches, vom Zustand der Heizanlage und von den Feuchtigkeitsschäden im Keller Kenntnis genommen." - Vgl. hiezu auch Ziff. 1743.

****S. 699****

hen können, weiterhin beim Verkäufer liegt¹²². - Beim Verkauf von Neubauten durch den Ersteller soll wenn immer möglich auf volle kauf- und allenfalls werkvertragliche Gewährleistung gedrängt werden. Die Wegbedingung der Gewährleistung bei neu erstellten Bauten muss als ungewöhnlich gelten und anlässlich der notariellen Belehrung jedenfalls ausdrücklich zur Sprache gebracht werden.

2494 - Auch wo die Wegbedingung der Gewährleistung üblich ist, soll sie von der Urkundsperson zur Sprache gebracht werden; soweit Rechtsprechung und Lehre davon ausgehen, routinemässig in öffentlichen Urkunden enthaltene Vertragsklauseln seien ohne Rechtswirkung, da sie den Vertragsparteien nicht zu Bewusstsein gekommen sein dürften und als nicht als ihr Vertragswille gelten könnten¹²³, wird Sinn und Zweck des Beurkundungsvorgangs verkannt. Der Beurkundungsvorgang hat zum Ziel, gedankenloses Eingehen vertraglicher Bindungen zu verhindern¹²⁴.

2495 - Die Frage der **Altlasten** (namentlich die Verschmutzung des Erdreichs durch ausgelaufenes Erdöl, Spuren von Schwermetallen und anderen industriellen Sondermüll) wird richtigerweise nicht bloss unter dem Titel der Vertragsgrundlagen oder im Rahmen der Sachgewährleistung, sondern als selbständiger Problemkreis erörtert und vertraglich geregelt. Der Veräusserer mag geltend machen, eine Verschmutzung des Erdreichs sei aufgrund seiner Kenntnisse undenkbar, eine vertragliche Erwähnung der Altlastenfrage deshalb unnötig. Wird kaufvertraglich jede Gewähr für Sachmängel wegbedungen, so wird der Veräusserer anlässlich der Vertragsverhandlung der Frage ausweichen, ob er in der Wegbedingung auch seine Freizeichnung von Kostenbeiträgen an künftige Altlastensanierungen erblickt; kommt es später zum Streit, so wird er die Wegbedingungsklausel als Freizeichnung interpretieren¹²⁵. - Altlasten sind jedoch nicht bloss unter dem

Fn 122 - Unklar diesbezüglich der (leider ohne vollständigen Tatbestand publizierte) Entscheid der Camera civile TI vom 3.1.1972. In casu wurde dem Erwerber die Kaufpreisminderung verweigert inbezug auf Wasserschäden, die zwischen Vertragsunterzeichnung und Datum des Gefahrübergangs erkannt worden waren ("danni verificatisi al tetto e alle camere per infiltrazione die acqua piovana, fra la firma del contratto (10 dicembre 1967) e la sua iscrizione al registro fondiario (10 febbraio 1968)". - Wegen der Möglichkeit solcher Schäden und der Schwierigkeit, die Zeitpunkte ihrer Entdeckung und ihrer Entstehung klar auseinanderzuhalten und beweismässig zu sichern, soll die Urkundsperson bei tel-quel-Klauseln von der Stipulierung längerer (mehrmonatiger) Zeitintervalle zwischen Besichtigungsdatum und Gefahrübergangsdatum abraten. Je grösser dieses Intervall, desto grösser wird die Wahrscheinlichkeit von Konflikten und späteren prozessualen Verwicklungen.

Fn 123 - Vgl. hiezü Ziff. 1743, ferner LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 54, N 44-48.

Fn 124 - In diesem Sinne zutreffend ROLAND PRÄFFLI in BN 1987, S. 141, Bemerkung zu Nr. 42, mit Verweis auf BGE 91 II 275, 83 II 401 i.S. Tellus/Maletti und 60 II 436.

Fn 125 - Wobei er sich auf BGE 107 II 161 stützen kann.

****S. 700****

Gesichtswinkel des Sachmangels zu beurteilen, weil die den jeweiligen Eigentümer treffende Sanierungspflicht eine öffentlichrechtliche Rechtspflicht ist und als solche, ähnlich einer privatrechtlichen Grundlast, auch als Rechtsmangel des Kaufgegenstandes qualifiziert werden kann. Im Streitfall ist davon auszugehen, dass die Parteien des Kaufvertrags mit der Wegbedingung der Sachgewähr nicht auch eine entschädigungslose Übernahme unbekannter Sanierungspflichten seitens des Erwerbers, und damit eine Abweichung vom umweltrechtlichen Verursacherprinzip, beabsichtigt haben. Mindestens während einer Frist von ca. 5 Jahren muss der Verursacher der Altlasten (nicht jedoch ein bloss kurzfristiger früherer Besitzer, der den Schaden nicht verursacht hat) als beitragspflichtig gelten¹²⁶ und, wenn er der Verkäufer war, im Rahmen eines Zivilprozesses für die Sanierungskosten herangezogen werden können¹²⁷.

2496 - Bezüglich der gesetzlichen Pfandrechte, insbesondere derjenige für die vom Veräusserer geschuldeten öffentliche Abgaben (Grundstückgewinnsteuer, Kanalisationanschlussgebühr bei Neubauten etc.), ferner bezüglich der möglichen Bauhandwerkerpfandrechte beim Verkauf von Neubauten soll sich die Urkundsperson nicht mit einer abstrakten Erörterung der Rechtslage begnügen, sondern den Parteien geeignete Vorkehren vorschlagen zur Vermeidung einer nachträglichen Schädigung des Erwerbers. Zweckmässig ist insbesondere ein treuhänderischer Kaufpreisrückbehalt durch die Urkundsperson zwecks Abdeckung der Grundstückgewinnsteuer.

Fn 126 - Eine sachgemässe vertragliche Regelung könnte demgemäss etwa dahingehend lauten, dass beim Erkennbarwerden von Altlasten binnen 5 Jahren seit Antritt des Grundstücks durch den Erwerber diesem die Wahl zusteht, entweder einen hälftigen Kostenbeitrag des Veräusserers an die Sanierungskosten zu beanspruchen oder - wenn die Sanierungskosten den Kaufpreis voraussehbar übersteigen - die Rückabwicklung des Kaufs, analog zur Wandelung, aber unter Verzicht auf den Ersatz von Altlastenfolgeschäden, zu verlangen. - Würde ein höherer als ein hälftiger Kostenbeitrag des Veräusserers vereinbart, so wäre dem Veräusserer richtigerweise ein Mit-

spracherecht im Sanierungsverfahren einzuräumen. Dies hinwiederum müsste den Kaufvertrag in unerwünschtem Masse kompliziert und unübersichtlich machen.

Fn 127 - Könnte die Eigentumsübertragung von Grundstücken mit unbekanntem Altlasten die kurzfristige und definitive Befreiung des Veräußerers von seiner bereits bestehenden, aber rechtlich noch nicht festgestellten Sanierungspflicht bewirken, so könnte sich ein Eigentümer der Anwendung des umweltrechtlichen Verursacherprinzips äusserstenfalls dadurch entziehen, dass er das Grundstück bei aufkommendem Altlastenverdacht faktisch derelinquiert, indem er es zu billigem Preis an zahlungsschwache Personen oder Scheingesellschaften, kleine Stiftungen etc. abgibt. - Will man die faktische Altlasten-Dereliktation nicht zulassen, so ist nicht einzusehen, weshalb die Altlastenübertragung von Privatrechts wegen eine definitive sein sollte, wenn im Grundstückverkauf an einen solventen Erwerber die Sachgewähr wegbedungen ist. - Vgl. jedoch den aus dem Jahre 1981 stammenden BGE 107 II 161 i.S. Kilintra, welcher die Altlastenproblematik noch eng unter dem Gesichtswinkel der Sachgewähr beurteilte.

****S. 701****

2497 - Bestehen Vorkaufsrechte, so gehört zur notariellen Belehrungspflicht die Empfehlung an die Vertragsparteien, vor Vertragsunterzeichnung die Absichten des Vorkaufsberechtigten zu erkunden und sich darauf einzurichten¹²⁸.

b) Notwendiger Vertragsinhalt beim Grundstückkauf (Umfang des Formzwangs)

2498 - Vorbemerkung: Eine Besonderheit des Grundstückkaufs liegt darin, dass an der falschen Kaufpreisbeurkundung unter Umständen erhebliche Privatinteressen, an der richtigen Preisbeurkundung evidente öffentliche Interessen bestehen: Handänderungssteuern, Grundstückgewinnsteuern, künftige Vermögenssteuern, an den Einstandspreis anknüpfende Einkommenssteuern (Eigenmietwertbesteuerung), bei buchführungspflichtigen Vertragsparteien Ertrags- und Kapitalsteuern. Auch Sperrfristen und Pfandbelastungsgrenzen hängen vom vereinbarten Kaufpreis ab. Bei den privaten Vertragsparteien besteht zuweilen ein überwiegendes Interesse, den Kaufpreis zu niedrig beurkunden zu lassen, wogegen das öffentliche Interesse in der Regel dahin geht, den vereinbarten Preis in seiner vollen, wirklichen Höhe zu kennen.

2499 - Dieser für den Grundstückkauf charakteristische Interessengegensatz hat eine Judikatur¹²⁹ hervorgebracht, welche die unvollständige bzw. unrichtige Beurkundung des Kaufpreises mit der Nichtigkeit des beurkundeten Geschäftes sanktioniert. Hierin ist die richterliche Anerkennung einer qualifizierten Deklarationspflicht¹³⁰ der Kaufvertragsparteien bezüglich des Kaufpreises zu erblicken; **die in diesem Zusammenhang entwickelten Kriterien können nicht in gleicher Strenge auf andere Elemente des Grundstückkaufs und nicht auf andere beurkundungsbedürftige Verträge übertragen werden.**

Fn 128 - Vgl. einen Fall unterlassener Belehrung im Urteil der Cour d'appell FR vom 25.10.1971, Extraits 1971, S. 35-38: Zwischen den Parzellen eines Hotels und einer Metzgerei lag eine Parzelle im Miteigentum des Hoteliers und des Metzgers, welche die Hotelküche und das Metzgerei-Laboratorium enthielt. Beim Verkauf des Hotels übte der Metzger, den vorgängig zu befragen man vergessen hatte, sein gesetzliches Vorkaufsrecht aus und entzog dem Hotel dadurch die Küche und damit die Betriebsfähigkeit. Die Notarhaftung wurde offenbar gegenstandslos, nachdem der Hotelkäufer den Kaufvertrag erfolgreich angefochten hatte.

Fn 129 - Vgl. BGE 113 II 402, 107 II 216, 101 II 329 (331), 90 II 37, 86 II 32, 78 II 439.

Fn 130 - SCHWANDER, IPR des Grundstückkaufs (1989) S. 378, N 1109, spricht in ähnlichem Sinne von den "besonderen Publizitätsinteressen" beim Grundstückkauf. - Zur Deklarationsfunktion der öffentlichen Urkunde und zur Deklarationspflicht vgl. Ziff. 276 ff.

****S. 702****

aa) Grundsatz

2500 - Beurkundungsbedürftig, d.h. vom Formzwang erfasst sind alle objektiv wesentlichen Vertrags Elemente, ferner jene subjektiv wesentlichen, die innerhalb des Rahmens des Kaufvertrags liegen¹³¹.

2501 - Erläuterung: Der gegenwärtige Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann folgendermassen zusammengefasst werden: Beurkundungsbedürftig sind

(a) **alle objektiv wesentlichen Vertragsbestandteile**, nämlich das Versprechen des Veräusserers, Eigentum an einem bestimmten Grundstück zu übertragen, und das Versprechen des Käufers, hierfür einen bestimmten Preis zu bezahlen¹³², ferner

(b) **bestimmte - nicht alle - subjektiv wesentlichen Vertragsbestandteile**, nämlich diejenigen, die innerhalb des Rahmens des Kaufvertrags liegen (vgl. hiezu unten).

bb) Objektiv wesentliche Absprachen

2502 - Objektiv wesentlich ist die gegenseitige Willensäusserung, das Eigentum an einem bestimmten oder bestimmaren¹³³ Grundstück auf den Erwerber zu

Fn 131 - Damit ist gesagt, dass eine lückenlose Beurkundung des gesamten Vertragsinhaltes nicht erforderlich ist. Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 122, N 431, mit Verweis auf HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 15 zu Art. 657 ZGB, MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 90 zu Art. 657 ZGB.

Fn 132 - Vgl. diese Umschreibung der objektiv wesentlichen Teile des Grundstückkaufs bei LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 73, N 107; LEUENBERGER zählt die Identität der Vertragsparteien zu den objektiv wesentlichen Vertragsbestandteilen und postuliert mit dieser Begründung deren Einbezug in den Formzwang. In der vorliegenden Arbeit wird die Beurkundungsbedürftigkeit mit der in Ziff. 1534 ff. gegebenen Begründung ebenfalls bejaht.

Fn 133 - Bestimmbarkeit genügt für die Vertragsgültigkeit; vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 76, N 117, mit Verweis auf BGE 106 II 148, 103 II 112 f.; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 84 zu Art. 657 ZGB; LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 15 zu Art. 657 ZGB. - Wahlschuld ist zulässig, wenn die wählbaren Leistungsgegenstände hinlänglich bestimmt sind; vgl. BGE 118 II 35 (Autoeinstellplatz). - Als Amtspflicht der Urkundsperson muss hingegen gelten, darauf hinzuwirken, dass der übereinstimmende Parteiwille bezüglich der Bestimmung des Kaufobjektes so konkret wie möglich in der Urkunde zum Ausdruck gebracht wird. Wenn das Grundstück von den Parteien eindeutig bestimmt worden ist, so ist der Verkauf dieses bestimmten Grundstücks, nicht irgend eine Formel zu seiner künftigen Bestimmung, zu beurkunden. In diesem Sinne ist JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 123, N 437, beizupflichten, welcher die bloss Bestimmbarkeit nur "ausnahmsweise" als genügend erachtet. - Ein Fall ungenügender Bestimmbarkeit lag vor in BGE 90 II 21-33 i.S. Meier/Benz. Meier hatte an Benz die in einem Baulandumlegungsverfahren künftig zu bildende Par-

****S. 703****

übertragen gegen die Bezahlung einer bestimmten oder bestimmaren¹³⁴ Geldsumme und gegen allfällige weitere bestimmte oder bestimmare geldwerte Leistungen des Erwerbers¹³⁵.

2503 - Erläuterung: Als objektiv wesentliche Elemente muss die öffentliche Urkunde den Kaufgegenstand in bestimmbarer Weise, ferner den für diesen Kaufgegenstand stipulierten Preis vollständig und richtig nennen, unter Einschluss von Beträgen, die als Anzahlungen, Haft- oder Reugelder bereits vor dem Vertragsschluss geleistet wurden. Ist eine dieser Anforderungen nicht erfüllt, so ist das Geschäft nicht gültig abgeschlossen. Jedoch brauchen Leistung und Gegenleistung nicht mit gleichem Bestimmtheitsgrad vereinbart zu werden. Die Leistung kann auch dann gültig vereinbart sein, wenn die Gegenleistung erst in vorvertraglicher Unbestimmtheit angegeben ist¹³⁶.

zelle 7a verkauft. In der öffentlichen Urkunde wurde aber weder auf den Umlegungsplan Bezug genommen, noch wurde die dortige Parzellennummer 7a erwähnt. Stattdessen wurde der Kaufgegenstand lediglich mit folgenden Worten und Auslassungen beurkundet: "Grundbuch Spreitenbach Nr. ..., Plan ..., Parz. ..., ... Aren Acker & Wiese (Bauland) ... Anmerkungen, Dienstbarkeiten & Grundlasten ... Grundpfandrechte ... Keine." - Dies konnte nicht genügen, auch wenn den Parteien aufgrund ihrer Verhandlungen klar war, welche künftige Parzelle sie meinten. In diesem Zusammenhang hielt das Bundesgericht fest (E. 1, S. 25): "Die zur genügenden Kennzeichnung des Grundstücks dienenden Willensäusserungen der Vertragschliessenden müssen sich aber immer aus der öffentlichen Urkunde selbst ergeben. Äusserungen, die in diese nicht aufgenommen wurden, genügen selbst dann nicht, wenn aus dem Inhalt der Urkunde geschlossen werden kann, dass die Parteien über den Kaufgegenstand verhandelt haben und einig geworden sind."

Fn 134 - Bestimmbarkeit genügt; vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 123, N 439, mit Verweis auf LIVER, Eigentum, in SPR V/1 (1977) S. 1 ff. (138), MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 84 zu Art. 657 ZGB; ADOLF KELLERHALS, Simulation im Grundstückskauf (Diss. 1952) S. 92 ff., O-SER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1936) N 5 zu Art. 216 OR, LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 15 zu Art. 657 ZGB. - Zur Zulässigkeit der Beurkundung eines ungenauen Kaufpreises oder einer blossen Berechnungsformel vgl. im übrigen Ziff. 2542 ff.

Fn 135 - Eine solche geldwerte Leistungen liegt u.a. vor, wenn der Erwerber sich verpflichtet, eine vom Veräusserer an den Verkaufsmakler geschuldete Provision zu bezahlen; vgl. einen Fall von Vertragsungültigkeit wegen Nicht-Beurkundung der vom Erwerber übernommenen Provisionsschuld im Urteil des TC FR vom 22.10.1962, ZBGR 48 (1967) S. 22-28.

Fn 136 - Vgl. einen solchen Fall in BGE 95 II 309 i.S. Stoffel/Peiti, wo als Hauptleistung eine eindeutig bestimmte Wieslandfläche in Pontresina veräussert wurde. Die Gegenleistung wurde nicht mit gleicher Eindeutigkeit definiert. Vielmehr wurde stipuliert, dass der Grundstückserwerber sich verpflichtete, dem Veräusserer "innerhalb sechs Monaten nach Unterzeichnung dieses Vertrages ein gleichwertiges Stück Boden abzutauschen. Sollte später ein voller Bodenersatz nicht möglich sein und ein Aufgeld bzw. Kaufpreis vereinbart werden, gehen die Handänderungssteuer und alle event. weiteren Gebühren zu Lasten [der Erwerber]". - Die Gerichte kamen durch Vertragsauslegung zur Auffassung, unter "Gleichwertigkeit" des Tauschobjektes sei unter anderem dessen Belegenheit im Oberengadin gemeint und vereinbart gewesen; innerhalb dieser geographischen Schranken habe der Schuldner das von ihm zu übereignende Tausch-

****S. 704****

cc) Subjektiv wesentliche Absprachen

2504 - Als subjektiv wesentlich werden alle weiteren Absprachen zwischen Veräusserer und Erwerber bezeichnet, ohne welche die eine oder andere Partei den Grundstückskauf nicht abgeschlossen haben würde, d.h. alle Absprachen, welche für die eine oder andere Vertragspartei subjektiv die Bedeutung einer *conditio sine qua non* für das Kaufgeschäft haben.

dd) Absprachen innerhalb des Rahmens des Kaufs

2505 - Subjektiv wesentliche Absprachen liegen innerhalb des Rahmens des Kaufvertrags,

(a) wenn sie die objektiv wesentlichen Leistungspflichten der einen oder anderen Vertragspartei konkretisieren¹³⁷,

objekt selber auswählen dürfen. Traf er binnen 6 Monaten diese Wahl nicht, so schuldete er für seinen Grunderwerb in Pontresina eine (noch zu vereinbarende) Geldsumme. - Der Fall mag als Beispiel für einen Vorvertrag gelten: Die Sachleistung in Pontresina war hauptvertraglich, die später zu erbringende Gegenleistung erst vorvertraglich vereinbart. Zum grundbuchlichen Vollzug der Gegenleistung bedurfte es einer weiteren öffentlichen Urkunde, nämlich eines weiteren Hauptvertrages, welche das Tauschobjekt konkret zu bestimmen hatte. - BGE 95 II 309 sollte angesichts der Besonderheiten des Sachverhaltes nicht angerufen werden, wenn die Frage erörtert wird, mit welchem Bestimmtheitsgrad die zu übertragenden Grundstücke bei grundbuchlich eintragungsfähigen Hauptverträgen anzugeben sind. (Der Entscheid sollte richtigerweise überhaupt nicht als Beleg für einen bestimmten Rechtssatz angerufen werden, da aufgrund des publizierten Sachverhaltes Vertragsungültigkeit anzunehmen gewesen wäre und nicht ersichtlich wird, aus welchen weiteren Gründen die Gerichte sich für die Gültigkeit des sonderbaren Geschäftes stark gemacht haben). - Zur Zulässigkeit des Vorvertrags im Grundstückege-

schäft und zu seiner Unterscheidung vom Hauptvertrag vgl. BGE 118 II 32-36 i.S. Leo K./Peter und Martha Z. (Vorvertrag über den Kauf eines Parkplatzes in der Autoeinstellhalle).

Fn 137 - In Abweichung der hier formulierten Regel gilt die Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Kaufsache nicht als beurkundungsbedürftige Absprache; vgl. BGE 102 II 100, 88 II 416, 73 II 220, 71 II 241; ferner in gleichem Sinne VON TUHR/PETER, OR AT I (3.A. 1974/79) S. 176, Anm. 18; PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch, Schenkung, SPR VII/1 (1977) S. 1 ff. (80). - Illustrativ ist das Urteil des KG SZ vom 2.7.1984, EGVSZ 1984 S. 116-112, wo der Verkäufer/Generalunternehmer beim Verkauf von Stockwerkeigentumspartellen deren Zugang zu einem angrenzend zu errichtenden privaten Hallenbad in einfacher Schriftform zugesichert und im Verkaufsprospekt "Eigentumswohnungen mit Hallenschwimmbad" angepriesen hatte; das Hallenbad gehörte nicht zum verkauften Grundeigentum und wurde in der Folge nicht gebaut. Das Gericht hielt sowohl die öffentlich beurkundeten Kaufverträge als auch die ausserhalb der Urkunde abgegebenen Zusicherungen für gültig und scheint den Käufern Kaufpreisminderung zugesprochen zu haben. Das Gericht hielt fest: "Wie der eben zitierte Bundesgerichtsentscheid [BGE 73 II 218 ff.] zeigt, kann eine verbindliche Zusicherung auch in Reklameprospekten, Zeitungsinseraten usw. enthalten sein. Entscheidend ist nicht, bei welcher Gelegenheit die Erklärung abgegeben wird, son-

****S. 705****

(b) wenn sie den Ablauf des Leistungsaustauschs oder die Folgen von Vertragsstörungen regeln,

(c) wenn sie Nebenpflichten wie Verlegung der Kosten des Vertragsschlusses und der durch das Geschäft ausgelösten Verkehrssteuern, die Gewährleistung oder deren Wegbedingung oder die Zuordnung von Altlastenrisiken¹³⁸ regeln,

(d) wenn sie das auf den Vertrag anwendbare Recht oder die Formen der Streiterledigung bestimmen oder

(e) wenn sie die Rechtswirkung des Kaufgeschäftes oder dessen Erfüllung unter eine suspensive oder resolutive Bedingung stellen; die Bedingtheit des Kaufgeschäftes ist naturgemäss von subjektiver Wesentlichkeit und deshalb stets beurkundungsbedürftig¹³⁹.

dern wie bestimmt sie im Einzelfalle lautet. Dabei muss es sich um eine ernsthafte Angabe des Verkäufers handeln, die sich auf bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaften des Kaufgegenstandes bezieht, also nicht bloss um übertriebene oder allgemein formulierte Anpreisungen." - Es ist nicht zu verkennen, dass die Zusicherung von Eigenschaften in den Rahmen des Kaufvertrags fällt und für den Käufer subjektiv wesentlich sein kann. Demgemäss wäre grundsätzlich die Beurkundungsbedürftigkeit anzunehmen. Die abweichende Gerichtspraxis scheint beeinflusst zu sein vom Grundsatz "in favorem negotii". Denn es ist im Einzelfall für die Urkundsperson oft nicht erkennbar, welche Zusicherungen im Vorfeld der Beurkundung verkäuferseits abgegeben worden sind; die Käuferschaft ihrerseits braucht nicht zu wissen, dass unbeurkundete Vertragsklauseln unwirksam bleiben und vertraut demgemäss auf privatschriftliche Zusicherungen. Die Gerichte wollen solches Vertrauen nicht enttäuschen. Diese pragmatische Praxis verdient Anerkennung. - Demgegenüber weisen WIEGAND/BRUNNER, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 1-12 (S. 8), darauf hin, dass die Zusicherung von Eigenschaften den Kaufpreis zu erhöhen geeignet ist. "Sachliche und rechtliche Eigenschaften der Kaufsache sind richtigerweise der Leistungspflicht des Käufers [recte: des Verkäufers] zuzurechnen." Diese Autoren bejahen die Beurkundungsbedürftigkeit zugesicherter Eigenschaften. Vgl. zum ganzen Fragenkomplex auch LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 88, N 171-175, welcher die Beurkundungsbedürftigkeit zugesicherter Eigenschaften nicht in Abhängigkeit von der subjektiven Wesentlichkeit, sondern, wie WIEGAND/BRUNNER, primär wegen ihrer potentiellen Beeinflussung des Kaufpreises bejaht. - Kritisch zu BGE 73 II 220 ferner JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 163, N 575, mit Verweis auf GIGER, Berner Kommentar (1973/77/79) N 7 ff. und 21 ff. zu Art. 197 OR, PETER JÄGGI, Die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache, in: Vom Kauf nach schweizerischem Recht, Festgabe für Th. Guhl, Zürich 1950, S. 67 ff. (74).

Fn 138 - Zur vertraglichen Regelung der Altlastenproblematik vgl. Ziff. 2495.

Fn 139 - So BezG SG, SJZ 1983 S. 196; a.M. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 80, N 139, welcher die Beurkundungsbedürftigkeit von Bedingungen wegen ihrer mangelnden Typizität verneint; er macht eine Ausnahme und bejaht den Formzwang für Bedingungen, bei deren Eintritt der Kaufpreis erhöht oder erniedrigt werden soll (S. 81, N 140). Dies führt zum paradoxen Ergebnis, dass beispielsweise die Resolutivbedingung, wonach bei Nichtgenehmigung eines Quartier-

****S. 706****

2506 - Erläuterung: Im Bemühen, die kauf-typischen und demzufolge beurkundungsbedürftigen Inhalte abzugrenzen von andersgearteten Vereinbarungen wie Werk- und Architektenverträgen, hat das Bundesgericht eine Reihe von Formeln entwickelt, welche in jeweils anderen Worten den gleichen Gedanken zum Ausdruck bringen. Diese Formeln lauten:

Beurkundungsbedürftig sind jene (objektiv nicht-wesentlichen, subjektiv wesentlichen) Absprachen zwischen Käufer und Verkäufer, welche

- "im Rahmen des Kaufvertrages liegen¹⁴⁰";

- "innerhalb des natürlichen¹⁴¹ Inhalts der [Kauf-]Vereinbarung stehen, indem das Versprochene die Gegenleistung für den Preis oder für die Überlassung des Eigentums darstellt";

- "die rechtliche¹⁴² Situation der Kaufsache beeinflussen und unmittelbar den Geschäftsinhalt betreffen¹⁴³,"

- "das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung des Kaufvertrages berühren¹⁴⁴."

2507 - Von diesen vier Formeln ist die letzte die offenste und unbestimmteste. Sie kann nicht selbständig gelten, sondern muss im Sinne der ersten drei Formeln ausgelegt und eingeschränkt werden. Jeder irgendwie konnexe Vertrag von subjektiver Wesentlichkeit in bezug auf den Grundstückkauf (jeder Unternehmensverkauf, Architektenvertrag, Werkvertrag, Finanzierungsvertrag etc.) beeinflusst und berührt potentiell das Verhältnis von Kaufs-Leistung und -gegenleistung. Der Generalunternehmer gibt möglicherweise das Land günstig ab, wenn er es dafür überbauen kann. Der Veräusserer einer Aktiengesellschaft gibt vielleicht die ihm privat gehörende, an die Unternehmung vermietete -

plans durch eine bevorstehende Gemeindeversammlung das Geschäft dahinfallen soll, formfrei gültig wäre, nicht aber die Absprache, bei der Nichtgenehmigung des Quartierplanes habe sich der Preis nach einer bestimmten Berechnungsformel zu ermässigen.

Fn 140 - BGE 113 II 402 (404 E. 2a).

Fn 141 - BGE 107 II 211 (216 E. 4), 90 II 34 (37 E. 2), 78 II 435 (439). - Vgl. die berechtigte Kritik am Beurteilungskriterium der "Natürlichkeit" bei JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (S. 5, Fussnote 19); ausführlicher derselbe, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 162, N 565 ff., insbesondere 571.

Fn 142 - Damit will gesagt sein, dass Vereinbarungen über Grundpfandübertragungen oder Dienstbarkeitsablösungen etc. beurkundungsbedürftig sind, weil die "rechtliche" Situation betreffend, nicht aber ein separater Werkvertrag, welcher die "tatsächliche" Situation betrifft, auch wenn der Abschluss des Werkvertrags für die eine Partei *conditio sine qua non*, d.h. subjektiv wesentlich ist.

Fn 143 - BGE 113 II 402 (404 E. 2a).

Fn 144 - BGE 113 II 402 (404 E. 2a).

****S. 707****

Liegenschaft etwas billiger an den Aktienkäufer ab, wenn er beim Aktienverkauf eine stattliche Goodwillentschädigung realisieren kann. An der "Verlagerung" des Gewinns vom Grundstückspreis in den Aktienpreis besteht ein Interesse, weil Vermögensgewinne auf Aktien steuerfrei realisiert werden können und nicht mit gewinnanteilsberechtigten Miterben geteilt werden müssen - etc. Diese Beispiele zeigen, dass bei konnexen (verknüpften, zusammengesetzten) Verträgen, die ausserhalb des "Rahmens" und des "natürlichen Inhalts" des Grundstückkaufs liegen, eine Beeinflussung des Kaufpreises und damit die "Berührung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung

des Kaufvertrages" stets zu vermuten¹⁴⁵ und nie zu beweisen ist. **Auf diese Beeinflussung und Berührung kann es deshalb nicht ankommen; andernfalls müsste sich die Beurkundungsbedürftigkeit konnexer Absprachen ins Uferlose ausdehnen.** Nur die ersten drei vom Bundesgericht entwickelten Formeln sind geeignet, praktikable Grenzen zu ziehen und der Urkundsperson eine klare Wegleitung in die Hand zu geben.

2508 - Die ersten drei Formeln ("im Rahmen des Kaufvertrags liegend", zu seinem "natürlichen Inhalt gehörend" und "die rechtliche Situation der Kaufsache oder den unmittelbaren Geschäftsinhalt betreffend") drücken den Gedanken der Kaufs-Typizität aus. Den Gegensatz hiezu bilden - und nicht beurkundungsbedürftig sind nach der zutreffenden Lehre von GAUCH¹⁴⁶ - alle "artfremden", für den Grundstückkauf "atypischen" Absprachen (z.B. Architekten- und Werkverträge¹⁴⁷), mögen sie auch konnex, d.h. für die eine oder andere Kaufpartei *conditio sine qua non* sein¹⁴⁸.

Fn 145 - Vgl. bezüglich dieser Vermutung LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 84, N 156, mit Verweis auf BGE 98 II 307.

Fn 146 - Vgl. PETER GAUCH, Vom Formzwang des Grundstückkaufes und seinem Umfang, BR 1986 S. 81: "Verpflichtungen, die für den Kaufvertrag atypisch (artfremd) sind, bleiben daher ausserhalb des Formzwanges..."

Fn 147 - Anders die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche Beurkundungsbedürftigkeit auch des Werklohnes annahm; vgl. BGE 94 II 270, 90 II 37.

Fn 148 - Abzulehnen ist die Auffassung von WIEGAND/BRUNNER, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 1-12 (S. 5, Anm 30), wonach artfremde, subjektiv wesentliche Absprachen dann dem Formzwang unterliegen, wenn sie kein Leistungsaustauschverhältnis mit äquivalenten Leistungen begründen. Die Autoren erwähnen beispielhaft eine Absprache, gemäss welcher der Grundstückkäufer sich verpflichtet, eine bestimmte Bauunternehmung bei der Vergabe der Grundstücküberbauung **nicht** zu berücksichtigen. - Wollte man auf die "Äquivalenz" des Leistungsaares eines konnexen Vertrages abstellen, so müsste sich ein weites Feld von Rechtsunsicherheit auftun. Die Nichtberücksichtigungspflicht bezüglich eines bestimmten Bauunternehmers liegt klarerweise ausserhalb des Rahmens des Grundstückkaufs und unterliegt nicht dem Formzwang, wobei weder Urkundsperson noch Gerichte eine Gewissenserforschung anzustellen haben oder sich Spekulationen hinzugeben brauchen, ob eine solche Absprache den Grundstückkaufpreis beeinflusst haben mag.

****S. 708****

2509 - GAUCH macht einschränkend geltend, die artfremden Absprachen seien formfrei nur zulässig, "sofern das Versprochene nicht als zusätzliche Gegenleistung einer Partei in das Austauschverhältnis Kaufpreis/Grundstück (und damit in den 'Rahmen' des Kaufvertrages) einfliesst." - Wenn mit diesem Einfliessen jene potentielle, in der Regel nicht quantifizierbare Beeinflussung des Kaufpreises gemeint wäre, welche, wie oben betont, stets zu vermuten und nie zu beweisen ist, so könnte es darauf nicht ankommen. Bestehen jedoch konnexe Absprachen, welche als **Voraus- oder Zusatzleistungen oder Rabatte auf den kaufrechtlichen Leistungsaustausch** zu qualifizieren sind, so müssen sie in der Urkunde angegeben werden. So sind beispielsweise die Schenkung eines Autos vom Grundstückkäufer an den Verkäufer, wenn sie gleichzeitig oder im Hinblick auf den Grundstückkauf erfolgte, oder die Bezahlung oder Übernahme von Schulden, oder ein Forderungserlass seitens des Käufers zugunsten des Verkäufers, Leistungen, deren wirtschaftlicher Grund im Kaufgeschäft zu vermuten ist. Fehlt solchen Zusatzleistungen die wirtschaftliche Selbständigkeit, so sind sie dem kaufgeschäftlichen Leistungsaustausch zuzuordnen und aus diesem Grunde beurkundungsbedürftig. Haben artfremde Absprachen (wie z.B. Werk- und Architektenverträge) dagegen wirtschaftliche Selbständigkeit, so ist ihre Beurkundungsbedürftigkeit auch dann generell zu verneinen, wenn sie als *conditio sine qua non* für das Kaufgeschäft gewollt sind und wenn eine Beeinflussung der Kaufpreisgestaltung nicht auszuschliessen ist.

2510 - Das Abgrenzungskriterium liegt nicht in der potentiellen Beeinflussung des Kaufpreises - diese Beeinflussung ist stets zu vermuten und nie zu beweisen -, sondern in einer gewissen objekti-

ven Selbständigkeit der urkunden-externen Absprachen als ein Geschäft, das zwar subjektiv mit dem Grundstückkauf verbunden ist, aber **aus der Sicht Dritter** (und damit aus der Sicht des Richters, in einer objektiven Betrachtungsweise) auch ohne solche Verbindung einen wirtschaftlichen Sinn hat. Dabei kann es auf die Aequivalenz der Leistungen (im Sinne eines *iustum pretium*) nicht ankommen. Potentielle Beeinflussung des Grundstückspreises begründet nicht den Formzwang.

2511 - Werden Rabatte und Rückvergütungen auf den Kaufpreis, "Schenkungen" des Käufers an den Verkäufer in zeitlicher Nähe zum Kaufgeschäft und andere Nebenleistungen als beurkundungsbedürftig qualifiziert, nicht aber konnexe Werk- und Architektenverträge etc., so ist diese Differenzierung zu begründen. Denn beide Kategorien konnexer Absprachen und Leistungen können den Kaufpreis beeinflussen. Der Unterschied kann darin gesehen werden, dass der Abschluss von Werk- und Architektenverträge aus der Sicht Dritter seine Motivation nicht in der Beeinflussung des Kaufpreises hat, auch wenn der Abschluss solcher Verträge für eine Kaufvertragspartei *conditio sine qua non* ist. Rabatte des Grundstückverkäufers und Schenkungen des Käu-

§. 709

fers an den Käufer in zeitlicher Nähe mit dem Kaufgeschäft haben dagegen ihre Motivation primär in der Beeinflussung des Grundstückkaufpreises; solche Transaktionen sind in einer auch für Dritte erkennbaren Weise dazu bestimmt, den Grundstückkaufpreis zu beeinflussen. Dieser **Zweck** der Transaktion (Beeinflussung des Grundstückkaufpreises), welcher im Einzelfall durch eine objektive Würdigen der Umstände zu ermitteln ist, begründet die Beurkundungsbedürftigkeit.

2512 - Wenn also der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach langjährig treu geleisteten Diensten ein Grundstück zu einem niedrigen Preis verkauft, so ist der in die Preisgestaltung einflussende "Treue-Rabatt" nicht beurkundungsbedürftig. Denn die treuen Dienste wurden nicht zwecks Beeinflussung des Kaufpreises geleistet. Verspricht oder leistet jedoch der Käufer dem Verkäufer entschädigungslos Dienste **im Hinblick auf die Erlangung des Grundstücks zu niedrigem Preis**, und ist diese Preisbeeinflussung zwischen den Parteien so beredet, dann sind die Dienste als Naturleistung des Käufers beurkundungsbedürftig.

2513 - Beurkundungsbedürftig sind also konnexe Absprachen nicht schon deswegen, weil sie potentiell den Kaufpreis beeinflussen **können** (diese Möglichkeit ist praktisch immer vorhanden), sondern erst dann, wenn sie aufgrund der Umstände offensichtlich gerade **zu dem Zwecke abgeschlossen** wurden, den Kaufpreis tatsächlich zu beeinflussen.

2514 - Zutreffend unterstreicht GAUCH¹⁴⁹, dass bei der Vereinbarung eines Pauschalbetrages für Grundstück und Überbauung (Kaufpreis und Werklohn als Pauschalsumme) die volle Pauschalsumme beurkundungsbedürftig ist. Es handelt sich um den Fall des **gemischten Vertrages**¹⁵⁰. Etwas anderes als die Pauschalsumme kann in einem solchen

Fn 149 - Der Lehre von Gauch haben sich neustens WIEGAND/BRUNNER, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 1-12 (S. 7/8) angeschlossen.

Fn 150 - Mit BGE 118 II 142 (144, E. 1a) hat das Bundesgericht die von der Lehre schon früher postulierte Qualifikation eines Rechtsgeschäftes als gemischter Vertrag übernommen, welches auf den Erwerb eines Grundstücks mit noch unvollendetem, allenfalls noch gar nicht begonnenen Bauten abzielt: "Wird ein Grundstück verkauft, auf dem ein Gebäude erstellt werden soll oder sich bereits im Bau befindet, so können die Parteien entweder zwei getrennte Verträge (Grundstückkauf und Werkvertrag) abschliessen oder einen einzigen gemischten Vertrag, welcher die kaufrechtliche Leistungspflicht mit der werkvertraglichen Herstellungspflicht verbindet (BGE 117 II 264). Im vorliegenden Fall ist ein gemischter Vertrag anzunehmen, da die Entschädigung für den Boden und für die Erstellung des Bauwerks nicht aufgeteilt, sondern in einem Gesamtpreis zusammengefasst worden ist." - Vgl. zur Lehre um den gemischten Vertrag JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 74 (1993) S. 1-17 (S.7, Fussnote 27). - Dem zitierten BGE lag ein Tatbestand zugrunde, bei welchem am 30.6.1982 beurkundet und das Eigentum sogleich grundbuchlich auf den Käufer/Besteller übertragen, das im

Bau befindliche Wohnhaus jedoch erst auf den 1.10.1982 schlüsselfertig erstellt werden sollte; ein erheblicher Teil der

****§. 710****

Fall gar nicht beurkundet werden, weil eine in Teilbeträge aufgeteilte Gegenleistung nicht vereinbart ist. Die der Pauschalsumme gegenüberstehenden Gegenleistungen sind beurkundungsbedürftig, soweit sie kaufrechtlich typisch¹⁵¹ und subjektiv wesentlich sind.

2515 - Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Verknüpfung von Grundstückkaufverträgen mit Werkverträgen bezüglich der Überbauung, mit Bierlieferungsverträgen¹⁵², Verwaltungsverträgen etc. in der öffentlichen Urkunde durch einen Verweis offengelegt werden **soll** (im Sinne einer Ordnungsregel), nicht aber durch zusammenfassende Rekapitulation aller preisbeeinflussenden Fakten und Zahlen substantiiert zu werden braucht. Für die Verweisbedürftigkeit kann es nicht darauf ankommen, ob konnexe Leistungsversprechen den Kaufpreis tatsächlich beeinflussen, ebensowenig darauf, welche Meinungen die Vertragsparteien bezüglich einer solchen Beeinflussung im Stillen hegen oder gegenüber der Urkundsperson äussern. Eine solche Beeinflussung ist bei konnexen, d.h. als *conditiones sine quibus non* mit dem Grund-

Werkleistungen war demgemäss auf dem Boden des bereits zum Grundeigentümer gewordenen Bestellers zu erbringen. Der Entscheid befasste sich im übrigen nicht mit dem Umfang des Formzwangs, sondern ausschliesslich mit Fragen der Vertragsauslegung und Beweislast.

Fn 151 - Wird das Grundstück X und die werkvertraglich darauf zu erstellen Baute Y zum Pauschalpreis Z versprochen, so sind demgemäss der Grundstückkauf, der Pauschalpreis Z und ein Verweis auf den Werkvertrag beurkundungsbedürftig, nicht aber der Werkvertrag in extenso. Die Vereinbarung des Pauschalpreises kann nicht dazu führen, dass sich die Urkundsperson in einen werkvertraglichen Schutz vor Unbedacht einzulassen, die Vollständigkeit und Wahrheit der werkvertraglichen Klauseln zu ermitteln bzw. zu kontrollieren hätte. - A.M. WIEGAND/BRUNNER, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 1-12 (S. 7), welche die Auffassung vertreten, in einem solchen Falle sei "zur Aufschlüsselung dieses Gesamtpreises auch die geschuldete Werkleistung des Verkäufers und Unternehmers in die öffentliche Urkunde aufzunehmen." - In gleichem Sinne auch LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 83, N 152, mit Verweis auf GAUCH, Werkvertrag (3.A. 1985) Nr. 303; derselbe: Formzwang - Ausdehnung auf "Architektenverpflichtung" und konnexe Werkverträge? BR (1986) S. 80 ff. (84) und BGE 107 II 215 f.

Fn 152 - Vgl. das Urteil der Cour civile NE vom 1.4.1985, RJN 1985 S. 43-48, wo die im Zusammenhang mit dem Kauf einer Hotelliegenschaft in einfacher Schriftform abgeschlossenen Bezugsverpflichtung zu beurteilen war. Die Grundstückskäufer hatten sich zur Deckung ihres ganzen betrieblichen Getränkebedarfs beim künftigen Grundstückverkäufer verpflichtet. Die Bezugsverpflichtung sah eine mindestabnahme von Getränken im Wert von Fr. 30'000.-- p.a. vor und sollte 20 Jahre lang gelten. Schon im ersten Jahr nach Vollzug des Grundstückkaufs brach der Käufer seine Getränkebezüge beim Verkäufer ab. Der Verkäufer klagte auf Bezahlung der vereinbarten Konventionalstrafe von Fr. 50'000.--. Der beklagte Käufer berief sich auf Ungültigkeit der Getränkebezugsverpflichtung wegen unterbliebener öffentlicher Beurkundung. Das Gericht verwarf diese Betrachtungsweise und hiess die Klage gut. Es führte u.a. aus (S. 45): "Si la clause particulière était assurément importante, voire essentielle pour décider le demandeur à la vente, il n'en reste pas moins qu'elle est indépendante du contrat en question."

****§. 711****

stückgeschäft verbundenen weiteren Absprachen, stets zu vermuten¹⁵³ und nie zu beweisen; auf ihre Quantifizierung innerhalb der öffentlichen Urkunde kann es nicht ankommen.

2516 - Aus diesem Grund führt auch die vom Bundesgericht entwickelte Formel nicht notwendigerweise zu einem klaren Ergebnis, wonach alle Leistungen beurkundungsbedürftig seien, welche Gegenleistung für das Grundstück sind¹⁵⁴. Steht der Grundstückkauf in einem weiteren Zusammenhang, so lässt sich nicht immer klar sagen, und demgemäss auch nicht beurkunden, welche der di-

versen Gegenleistungen solche für das Grundstück sind und welche als Entgelt für andere Dinge stipuliert werden.

2517 - Subjektiv wesentlich und innerhalb des Rahmens des Kaufgeschäfts liegen allemal **Konventionalstrafen**¹⁵⁵, die bei Nichterfüllung oder Verzug mit einer Hauptleistung fällig werden sollem, ferner **Reugelder**¹⁵⁶, welche den Rücktritt vom Vertrag regeln und zugleich erschweren.

ee) Bedingungen

2518 - Die Einschränkung der subjektiv wesentlichen (und zugleich objektiv nicht-wesentlichen) Absprachen auf die "innerhalb des Rahmens des Kaufvertrags" befindlichen bedarf in einem einzigen Punkte der Ausweitung: **Bedingungen**, unter welche die Parteien ihren Kaufvertrag

Fn 153 - Vgl. bezüglich dieser Vermutung LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 84, N 156, mit Verweis auf BGE 98 II 307.

Fn 154 - Vgl. in diesem Sinne BGE 86 II 33 i.S. Messerschmid/Welti; in Anwendung dieser Formel verlangt JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 573, Anm 393 (mit Verweis auf PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 3. Aufl. 1985, Nr. 303 und 310), dass der Werk- oder Architektenvertrag dann in vollem Umfang öffentlich zu beurkunden ist,

(a) wenn der vertragliche Lohn und der Grundstückkaufpreis als eine einzige Pauschalsumme vereinbart sind (Unternehmer = Verkäufer), ferner

(b) wenn die Werk- oder Architekturleistung Bestandteil der für das Grundstück geschuldeten Gegenleistung bildet (Unternehmer = Käufer der Parzelle A und Überbauer der dem Verkäufer verbleibenden Parzelle B).

Fn 155 - So LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 79, N 135, mit Verweis auf BGE 39 II 226, Urteil des OG ZH und des BG in ZR 1963 Nr. 34, 1938 Nr. 129; BUCHER, OR AT (2.A. 1988) S. 524 Anm. 15, MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 85 zu Art. 657 ZGB, HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 17 zu Art. 657 ZGB, W. YUNG, Le contenu des contrats formels (Genève 1971) S. 252 ff. (268), SPIRO, Die unrichtige Beurkundung des Preises beim Grundstückkauf, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 70 (1964) S. 21 und 26, insbesondere Anmerkung 145.

Fn 156 - So LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 80, N 136, mit Verweis auf HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Zürcher Kommentar (1929-1977) N 17 zu Art. 657.

****S. 712****

stellen, sind, obwohl naturgemäss immer "untypisch", stets beurkundungsbedürftig. Will eine Partei nur suspensiv oder resolutiv bedingt verpflichtet sein, so ist dies in der Urkunde zum Ausdruck zu bringen - mag die Bedingung mit der Kaufsache oder dem Preis unmittelbar zusammenhängen¹⁵⁷ oder nicht¹⁵⁸.

ff) Vertragswesentlichkeit als unverzichtbare Voraussetzung der Beurkundungsbedürftigkeit

2519 - Betrachtet man die bundesgerichtliche Rechtsprechung für die weitere Rechtsentwicklung als massgeblich, dann stehen die Versuche von HESS, SCHMID¹⁵⁹ und LEUENBERGER¹⁶⁰ etwas im Abseits, welche die Beurkundungsbedürftigkeit einer objektiv nicht-wesentlichen Absprache nicht aufgrund ihrer subjektiven Wesentlichkeit und ihrer Befindlichkeit innerhalb des Rahmens des Kaufgeschäfts, sondern ausschliesslich von ihrer (objektiven) Nähe zu den objektiv wesentlichen Absprachen her bestimmen möchten. LEUENBERGER bringt diesen Gedanken so zum Ausdruck, dass er jene (objektiv **und** subjektiv **nicht**-wesentlichen) Absprachen als beurkundungsbedürftig qualifiziert, welche mit objektiv wesentlichen Vertragsteilen "untrennbar verbunden", mit ihnen

Fn 157 - Man denke an die Bedingung des Erhalts einer Baubewilligung.

Fn 158 - Man denke an die Bedingung des Erhalts einer Einreisebewilligung für ausländische Familienangehörige.

Fn 159 - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 165 ff., Nr. 577 bis 589, möchte auf das Requisit der "Wesentlichkeit" einer Absprache (im Sinne der Konsenslehre gemäss Art. 2 Abs. 1 OR) verzichten und statt dessen alle kauf-typischen Absprachen, auch die für das Zustandekommen des Vertrags gemäss Art. 2 OR unwesentlichen, dem Formzwang unterwerfen, wobei SCHMID den Umfang des Formzwangs aus dem abstrakten Prinzip der Schutzbedürftigkeit der Parteien (N 584) bzw. der "Gefährlichkeit" einer Absprache (N 582) ableitet (vgl. hierzu vorn, Ziff. 292 ff.). - SCHMIDS Kritik an den bundesgerichtlichen Bemühungen, mit Begriffen wie "Natürlichkeit" und "im Rahmen des Kaufs" die Abgrenzung zu leisten, ist insofern nachvollziehbar, als auch diese Begriffe in abstracto unklar sind. SCHMID übersieht jedoch, dass diese Begriffe nicht abstrakt angewendet zu werden brauchen, sondern durch eine voranschreitende Kasuistik publizierter Entscheide mit konkretem Inhalt ausgefüllt werden und insofern eben doch als Abgrenzungshilfe durchaus brauchbar sind. Das Bundesgericht dient mit seinem Festhalten am Requisit der "Wesentlichkeit" der Rechtssicherheit besser, als dies SCHMIDS Formel von der Beurkundungsbedürftigkeit aller potentiell "gefährlichen", auch der konsens-unwesentlichen, kaufstypischen Absprachen könnte. Praktizierende Urkundspersonen und ihre Klienten müssten - wenn sich SCHMIDS Formel durchsetzen sollte - in dauernder Ungewissheit leben, ob sie bei einer Beurkundung nun wirklich alles irgendwie Abgesprochene, jede Präzisierung der Leistungen einschliesslich konkludent durch Kopfnicken konzedierte Kleinigkeiten und Quasi-Selbstverständlichkeiten auch wirklich in die Urkunde eingebracht haben.

Fn 160 - Vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 73, N 109.

****§. 713****

"geradezu verschmolzen" sind. Den Begriff der "Verschmelzung" verwendet im gleichen Zusammenhang auch HESS¹⁶¹.

2520 - Zu Recht hält demgemäss das Bundesgericht daran fest - jede praktizierende Urkundsperson muss hierfür dankbar sein! -, dass die **Wesentlichkeit** einer Absprache unabdingbare Voraussetzung für ihre Beurkundungsbedürftigkeit ist. Ist die Wesentlichkeit eine objektive, dann besteht der Formzwang allemal, ist sie bloss eine subjektive, dann kommt es zusätzlich auf die Kaufs-Typizität der Absprache an - auf ihre Befindlichkeit "innerhalb des Rahmens" des Kaufvertrages. Unternehmensverkäufe, Werkverträge¹⁶², Architektenverträge etc. liegen klarerweise ausserhalb dieses Rahmens¹⁶³ und sollen aus diesem Grunde nicht mitbeurkundet werden - entgegen den oben erwähnten Empfehlungen von LEUENBERGER und RUF und trotz der Beeinflussung des Kaufpreises, die, wie gesagt, stets zu vermuten und nie zu beweisen sein wird.

gg) Nicht beurkundungsbedürftige Punkte ausserhalb des Rahmens des Kaufs

2521 - Ausserhalb des Rahmens des Kaufvertrags liegen Unternehmensveräusserungen, Gesellschaftsgründungen, -aufspaltungen oder -fusionen, Architekten-, Generalunternehmer- oder Werkverträge, ferner alle Absprachen und Vereinbarungen, in welchen Handlungs- und Unter-

Fn 161 - MARKUS HESS, Immobilien-Leasing und Formzwang, ZBGR 72 (1991) S. 1-19 (13/14); HESS betrachtet als beurkundungsbedürftig die "objektiv wesentlichen Vertragsbestimmungen" des betreffenden Vertragstyps, ferner zusätzlich "diejenigen weiteren Vertragsbestimmungen, die unmittelbar mit diesen Essentialen verbunden oder direkt mit ihnen verschmolzen sind".

Fn 162 - Kein Werkvertrag, sondern der beurkundungsbedürftige Kauf einer künftigen Sache liegt vor, wenn ein noch zu erstellendes Gebäude (oder eine zu erstellende Stockwerkeigentumswohnung) gekauft wird, welche der Grundstückveräusserer vor der Eigentumsübertragung an den Erwerber, in der Regel auf seinem eigenen Land, schlüsselfertig baut, ohne dem Erwerber die werkvertragstypischen Weisungs- und Mängelrechte einzuräumen.

Fn 163 - So zutreffend HANS HUBER in seinen Bemerkungen zur Stellungnahme der AB LU über die Urkundsperson vom 20.9.1985, LGVE 1985 I S. 30 Nr. 13, in ZBGR 69 (1988) S. 278-280. - Während HUBER nur die Alternative gelten lässt, entweder sei der mit dem Grundstückkauf konnexe Werkvertrag in extenso beurkundungsbedürftig (dann nämlich, wenn Kauf- und Werkvertrag nach dem Parteiwillen "nur als Ganzes bestehen oder aufgehoben werden kann"), oder er sei es nicht, und dann brauche es im Grundstückkauf auch keinen Verweis auf den Werkvertrag, wird in der vorliegenden Arbeit einem solchen Verweis eine eigenständige beurkundungsrechtliche Bedeutung beigemessen. Nicht der konnexe Werkvertrag, weder in extenso noch in verkürzter Zusammenfassung, sondern die Abhängigkeit des Grundstückkaufs vom Werkvertrag im Sinne der Bedingtheit des Grundstückkaufs soll im Rahmen des Kaufs beurkundet werden.

****S. 714****

lassungspflichten der Parteien nach erfolgtem Leistungsaustausch begründet werden¹⁶⁴, wie Warenbezugsverpflichtungen¹⁶⁵, Konkurrenzverbote, Verwaltungsmandate, ferner Vorkaufs- und Gewinnbeteiligungsrechte¹⁶⁶ des Veräusserers im Falle eines Weiterverkaufs, Rückkaufsrechte, schliesslich Absprachen über die Verwendung und Nutzung¹⁶⁷ des Kaufpreises oder des Grundstücks.

hh) Keine Beurkundung von Vertragsgrundlagen und Motiven

2522 - Die Beurkundungsbedürftigkeit umfasst **nicht** die für die konkrete Vertragsgestaltung relevanten Vertragsgrundlagen und Motive der Parteien.

2523 - Dies soll illustriert werden: Wenn der Vater seinem Sohn ein Grundstück zum Steuerwert, weit unter dem Verkehrswert, verkauft, so verbirgt sich in dieser Preisgestaltung eine verdeckte Zuwendung, welche ihrerseits durch die familiäre Konstellation motiviert ist. Beurkundungsrechtlich sind die Vertragsparteien nicht verpflichtet, sich über den wirklichen Verkehrswert, die Bewertung der Zuwendung und die ziffernmässige Quantifizierung des verwandtschaftsbedingten Preisnachlasses Gedanken zu machen und entsprechende Erklärungen in die öffentliche Urkunde einzubringen. Sie sind also auch nicht verpflichtet, das Geschäft als "Kauf/Schenkung" oder "gemischte Schenkung" zu deklarieren. An der Bezeichnung "Kauf" ist nichts auszusetzen.

2524 - Das gleiche gilt, wenn zwei Unternehmungen im Zuge einer Zusammenarbeit und Umstrukturierung gewisse Grundstücke und andere Betriebsteile zu steuerlich optimierten Konditionen austauschen. Werden Grundstücke und andere Aktiven beispielsweise zu blossen Buchwerten, welche unter den Verkehrswerten liegen, ausgetauscht, so besteht beurkundungsrechtlich keine Pflicht, die mit einem

Fn 164 - In diesem Sinne speziell für Dienstleistungsverträge LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 85, N 159 f., unter Verweis auf BGE 78 II 438 (betreffend Vermittlung der Erstvermietung, Weiterverkauf, Grundstücksverwaltung).

Fn 165 - So KG NE, BR 1987 S. 20 und RJN 1985 S. 43; a.M. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 87, N 168, mit der Begründung, die Bezugsverpflichtung sei geeignet, den Kaufpreis zu beeinflussen.

Fn 166 - Für Gewinnbeteiligungsrechte postulieren LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 85, N 158, und BRUNO SCHMIDLIN, Komm. OR (1986) N 100 zu Art. 11 OR, die Beurkundungsbedürftigkeit, weil solche Absprachen den Kaufpreis zu beeinflussen geeignet sind; anders und zutreffend BGE 75 II 144.

Fn 167 - A.M. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 84, N 157, welcher alle artfremden konnexen Verträge für beurkundungsbedürftig hält, wenn sie den Kaufpreis beeinflussen können.

****S. 715****

Grundstück übertragenen stillen Reserven zu quantifizieren und offenzulegen. Lediglich im Sinne der oben dargestellten Ordnungsregel bzw. Empfehlung muss in einem solchen Falle gelten, dass die einzelne Grundstücksübertragung einen **Verweis** auf den Gesamtzusammenhang der Unternehmens-Umstrukturierung enthält, dass die Grundstücksübertragung zu steuerlichen Buchwerten also beispielsweise als ein Akt bezeichnet wird, welche "in Ausführung" oder "auf der Grundlage" eines zwischen den Konzern-Muttergesellschaften getroffenen Rahmenvertrags erfolgt.

2525 - Der kommerzielle Gesamtzusammenhang, in dem eine derartige Grundstücksübertragung steht, ist häufig von entscheidendem Einfluss auf die Preisbestimmung jenes Geschäftsfragments, welches in einer einzelnen öffentlichen Urkunde als Übertragung einer einzelnen Parzelle dargestellt wird. Nur die Tatsache des Gesamtzusammenhangs, nicht das Quantitativ der Beeinflussung des Grundstückkaufpreises kann als Gegenstand der Deklarationspflicht betrachtet werden.

2526 - Die Pflicht der Sachbeteiligten und ihrer Vertreter zu wahrheitsgemässer Dokumentation der essentialia negotii kann und will nicht gewährleisten, dass Dritte die Möglichkeit erhalten, das beurkundungsbedürftige Geschäft in kommerzieller und menschlich-sozialer Hinsicht umfassend zu verstehen und zu beurteilen. Die Wahrheitspflicht der zu Urkund Erklärenden beschränkt sich darauf, die als vertragstypische essentialia negotii tatsächlich getroffenen Absprachen in den Urkundentext einzubringen. Dies erfordert beim Grundstückkauf die Offenlegung des ganzen Preises¹⁶⁸, einschliesslich allfälliger Vorauszahlungen und Rückvergütungen. Aber es erfordert keine umfassende Offenlegung, aufgrund welcher weitergehenden Zusammenhänge der abgesprochene Preis gerade so und nicht anders festgelegt wurde.

ii) Konnexe Verträge ausserhalb des Rahmens: Verweisungspflicht

2527 - *Ist der beurkundungsbedürftige Vertrag von Absprachen bzw. von weiteren Vereinbarungen abhängig, die im soeben beschriebenen Sinne ausserhalb des Rahmens des Grundstückkaufs liegen, und besteht zwischen dem Grundstückkauf und solchen artfremden Vereinbarungen ein Konnex dergestalt, dass der Grundstückkauf nicht ohne das Zustandekommen oder die richtige Erfüllung jener anderen Vereinbarungen zustandekommen oder erfüllt werden soll, dann soll - im Sinne einer Ordnungsregel - ein Verweis auf die konnexen Verein-*

Fn 168 - Dies entspricht dem feststehenden Gerichtssatz, dass "die ganze" für das Grundstück "versprochene Gegenleistung" verurkundet sein muss; vgl. GAUCH/SCHLUEP, OR AT I, 5. Aufl. 1991, S. 91, N 539, mit Verweis auf BGE 101 II 331.

****§. 716****

barungen in die öffentliche Urkunde über den Grundstückkauf aufgenommen werden. Der Verweis soll die Rechtsnatur und die Parteien der konnexen Vereinbarungen angeben und deutlich machen, inwiefern der Grundstückkauf bezüglich seiner Rechtswirksamkeit oder Erfüllbarkeit von den konnexen Vereinbarungen abhängt bzw. bei deren Dahinfallen rückgängig gemacht werden soll.

2528 - Erläuterung: In der Praxis ist es unmöglich, konnexe Verträge, von denen der eine zur Bedingung des anderen gemacht wurde, einzuteilen in solche, bei denen Grundstückkauf und weiterer Vertrag als parallele, "vollkommene zweiseitige Vertragsverhältnisse" ohne gegenseitige Beeinflussung der Leistungs-Äquivalenz dastehen, und in andere, bei welchen eine Beeinflussung der Leistungs-Äquivalenz vorliegt¹⁶⁹. An eine derart realitätsfremde Unterscheidung dürfen keine rechtlichen Differenzierungen geknüpft werden¹⁷⁰.

2529 - Aus der Beurkundungsbedürftigkeit von Vertragsbedingungen, unter denen der Grundstückkauf allenfalls abgeschlossen wird, ergibt sich die Notwendigkeit eines urkundlichen **Verweises** auf konnexe, artfremde Vereinbarungen (Verkauf beweglicher Sachen wie Betriebsinventar im Zusammenhang mit dem Grundstückverkauf¹⁷¹, Unternehmensverkäufe, Architekten-, Werkverträge etc.), wenn deren Abschluss und Erfüllung für die eine oder andere Partei Bedingung für den Abschluss und die Erfüllung des Grundstückkaufs darstellt. Verkauft der Alleinaktionär seine Firma und die ihm privat gehörende Betriebsliegenschaft gleichzeitig einem Nachfolger, so mögen der Aktienverkauf und der Grundstückverkauf in separaten Dokumenten dargestellt werden; da aber die Aktien nicht ohne das Grundstück, das Grundstück nicht ohne die Aktien die Hand wechseln sollen, soll in die

Fn 169 - Für eine solche Unterscheidung plädieren neuestens WIEGAND/BRUNNER, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 1-12 (S. 4).

Fn 170 - Würde auf die potentielle Beeinflussung des Kaufpreises durch die konnexen artfremden Verträge abgestellt, so wären alle Grenzen verwischt; eine unpraktikable, von Rechtsunsicherheit geprägte Situation wäre

die Folge. Diese von der Beeinflussungstheorie geschaffene Rechtsunsicherheit wird von WIEGAND/BRUNNER, a.a.O. (vgl. vorherige Fussnote) S. 7, denn auch insofern anerkannt, als diese Autoren schreiben: "Auf die Frage, ob Architekten-, Unternehmer- und Konsortialklauseln usw. dem Formzwang unterliegen, **gibt es daher keine einheitliche Antwort**. Ist eine solche Klausel [...] zulässig -, sind im Hinblick auf den Formzwang grundsätzlich zwei Arten von Klauseln zu unterscheiden: diejenigen, die den Preis beeinflussen, und solche, die den Kaufpreis nicht beeinflussen." - Nochmals: Die Kaufpreisbeeinflussung ist stets zu vermuten und nie zu beweisen; sie ist als Abgrenzungskriterium des Formzwangs untauglich und für den Praktiker unbrauchbar.

Fn 171 - Vgl. einen solchen Fall im Urteil des OG LU vom 18.6.1973, Maximen XII S. 150 Nr. 131, ZBGR 57 (1976) 16-21, vom Bundesgericht bestätigt am 15.1.1974 (gültiger gleichzeitiger Verkauf der Metzgereiengesellschaft in öffentlicher Urkunde und des Metzgereiinventars in privatschriftlichem Vertrag).

****S. 717****

Grundstückbeurkundung ein Verweis auf den gleichzeitig abgeschlossenen Aktienverkauf aufgenommen werden. Tritt der Aktienkäufer später vom Aktienkauf zurück, so ergibt sich aus diesem Verweis, dass auch der Grundstückkauf rückgängig zu machen ist¹⁷². - Da ein bundesgerichtliches Präjudiz fehlt, welches die Verweispflicht in dem hier postulierten Sinne festhält, und da in der Vergangenheit demgemäss zahlreiche öffentlich beurkundete Grundstückkäufe ohne solche Verweise erstellt worden sind, kann in der vorliegenden Arbeit die Verweispflicht nicht als gültigkeitsrelevant bezeichnet werden.

2530 - Abzulehnen ist eine **Resümierungspflicht** bezüglich der wichtigsten Punkte eines urkundenexternen Vertrags, auf welchen verwiesen wird (bzw. - nach der hier vertretenen Auffassung - verwiesen werden sollte). Das vorn zu den Urkundenbeilagen Gesagte gilt analog¹⁷³.

2531 - Konnex Verträge können der Haupturkunde als Beilagen¹⁷⁴ beigelegt werden zwecks Orientierung des Urkundenlesers¹⁷⁵.

jj) Beurkundungsmaxime des Notars: So viel wie möglich!

2532 - *Im Sinne einer Ordnungsregel, jedoch ohne Einfluss auf die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes, soll die Urkundsperson alle für sie erkennbaren Parteiabsprachen in die Urkunde aufnehmen, welche innerhalb des Rahmens des Grundstückkaufes liegen, unabhängig von ihrer objektiven und subjektiven Wesentlichkeit.*

2533 - *Nicht in die Urkunde gehören Bagatellen, sofern die Parteien nicht auf die Beurkundung drängen, wie beispielsweise transitorische Abrechnung über*

Fn 172 - HANS HUBER scheint in seinen Bemerkungen zur Stellungnahme der AB LU über die Urkundsperson vom 20.9.1985, LGVE 1985 I S. 30 Nr. 13, (vgl. ZBGR 69 (1988) S. 278-280, davon auszugehen, dass bei bestehendem Konnex eines Werkvertrags mit dem Grundstückkauf der Werkvertrag integral mitzubeurkunden und dass bei fehlendem Konnex auch ein Verweis unnötig ist. Dieses "alles-oder-nichts" (vollständige Mitbeurkundung oder gar nichts, nicht einmal ein Verweis) wird der Problematik nicht gerecht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch bei vorhandenem Konnex nicht der artfremde Vertrag als ganzer beurkundungsbedürftig, sondern das Bestehen des Konnexes im Sinne einer Bedingtheit des Grundstückkaufs; der Konnex bzw. die gegenseitige Abhängigkeit der Verträge, nicht der Inhalt des artfremden Vertrags ist als Teil des Grundstückkaufs zu betrachten.

Fn 173 - Vgl. Ziff. 1392 f.

Fn 174 - Zur rechtlichen Bedeutung der Textbeilagen vgl. Ziff. 1389 ff., zu derjenigen von Bildbeilagen (insbesondere Plänen und Planskizzen) Ziff. 1403 ff. - Zum Verhältnis von Haupturkunde zu Beilagen vgl. Ziff. 1380 ff. - Zum Verbot, Dokumente mit späterem Datum der früher datierten Haupturkunde als Beilagen beizufügen vgl. Ziff. 1413 und 1415 ff.

Fn 175 - Vgl. die diesbezügliche Empfehlung der AB LU vom 20.9.1985, LGVE 1985 I S. 30 Nr. 13, ZBGR 69 (1988) S. 278, mit allerdings kritischen Bemerkungen von HANS HUBER.

****S. 718****

vorausbezahlte oder rückständige Versicherungsprämien, Kehrriechtabfuhrgebühren, Mietzinsen, Beiträge an Stockwerkeigentums-Unterhaltsfonds etc.

2534 - Erläuterung: Für die Urkundsperson ist die Beurkundung aller Nebenabreden, welche die Leistungspflichten irgendwie konkretisieren und präzisieren, eine wichtige Verfahrensmaxime. Antritt- und Fertigungsdatum, Reglierungsbestimmungen für den Kaufpreis, Verzinslichkeit und Sicherstellung einer aufgeschobenen Kaufpreistranche, Absprachen über den per Antrittstag herzustellenden Gebäudezustand, Wegbedingung oder Ausdehnung der Gewährleistung, besondere Absprachen über Altlastenrisiken¹⁷⁶ etc. sollen in die Urkunde aufgenommen werden, soweit sie zwischen den Parteien getroffen worden und der Urkundsperson bekannt geworden sind. In diesem - aber nur in diesem! - Sinne gilt die Empfehlung von LEUENBERGER¹⁷⁷ und RUF¹⁷⁸ an die praktizierende Urkundsperson, möglichst alles in die Urkunde einzupacken, was in ihrem Horizont irgendwie auftaucht.

kk) Urteilsmaxime des Richters: So wenig als nötig!

2535 - Für den Richter, der über eine nachträgliche Vertragsanfechtung zu entscheiden hat, muss aber anderes gelten. Hier herrscht der Grundsatz "in favorem negotii"¹⁷⁹. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der formbedürftigen Vertragselemente sollen möglichst selten einer vertragsreuig gewordenen Partei¹⁸⁰ zum materiellrechtlich unverdienten Rückzug aus einem ursprünglich gewollten Geschäft verhelfen. Nur solche Beurkundungslücken sollen zur richterlichen Aufhebung des Geschäftes führen, welche den vertragstypischen Kern, eben die objektiv wesentlichen Absprachen betreffen (und darüber hinaus allenfalls die subjektiv wesentlichen, in der vom Bundesgericht entwickelten Eingrenzung). Wurden andere Nebenabsprachen mündlich oder in einfacher Schriftform oder konkludent getroffen, so soll die-

Fn 176 - Zur vertraglichen Regelung der Altlastenproblematik vgl. Ziff. 2495.

Fn 177 - LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 74, N 111: "Im Zweifelsfall beurkunden".

Fn 178 - PETER RUF, Bemerkungen zum BGE 113 II 402 betreffend den Umfang des Formzwanges beim Grundstückskauf, BN 1992 S. 321 (327): "Der Notar wird gut beraten sein, ... im Zweifelsfall alle subjektiv wesentlichen Vertragspunkte extensiv in die öffentliche Beurkundung einzubeziehen..."

Fn 179 - Vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 71, N 99, mit Verweis auf BGE 113 II 405, 89 II 191, GAUCH, Formzwang - Ausdehnung auf "Architektenverpflichtung" und konnexe Werkverträge? BR (1986) S. 80 ff. (82).

Fn 180 - Es ist zu bedenken, dass formfehlerhafte Akte praktisch nie wegen des Formfehlers angefochten werden; Beurkundungsmängel sind den Parteien durchaus gleichgültig. Vielmehr dient der Formfehler jeweils einer reuig gewordenen Partei als ebenso willkommene wie sachfremde Handhabe, einen Rückzieher zu versuchen, dessen Motive auf einer ganz anderen Ebene liegen.

****S. 719****

ser Sachverhalt keiner Partei die Möglichkeit geben, bei nachträglicher Vertragsreue das Geschäft aus den Angeln zu heben. Allzu leicht kann es nämlich vorkommen, dass die Vertragsparteien einzelne Absprachen, welche die Hauptleistungen konkretisieren und mit diesen "verschmolzen" sind, aus dem einfachen Grund nicht beurkunden lassen, weil sie diese Dinge für selbstverständlich halten oder irrtümlich glauben, sie ergäben sich unmittelbar aus dem Gesetz oder aus einer Usanz und bedürften deshalb keiner Erwähnung.

ll) Fakultative Titulierung mit dem Namen eines bestimmten Vertragstyps

2536 - Obgleich es genügt, wenn die Rechtsnatur des Geschäftes aus der Gesamtheit der vereinbarten Leistungen wahrheitsgemäss hervorgeht¹⁸¹, gilt als Ordnungsregel für die Urkundsperson, dass das Geschäft durch den zutreffenden Rechtsbegriff urkundlich bezeichnet werden soll ("Kauf", "Tausch", "Schenkung", "gemischte Schenkung", "Übertragung als Sacheinlage" etc.)¹⁸².

mm) Verletzung des Formzwangs durch Aufspaltung des einheitlichen Geschäfts in mehrere Urkunden

2537 - Soweit bei einem Grundstückkauf zwingende Beurkundungsbedürftigkeit einzelner Absprachen besteht, müssen diese Absprachen in der gleichen öffentlichen Urkunde enthalten sein¹⁸³.

2538 - Erläuterung: Der Grundstückkauf wäre formungültig, wenn Kaufkonsens und Kaufgegenstand in einer ersten öffentlichen Urkunde, der

Fn 181 - So LIVER, Eigentum, in SPR V/1 (1977) S. 1 ff. (137).

Fn 182 - Vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 78, N 129; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 98, N 344, mit Verweis auf BGE 72 II 361, 57 II 147. - SCHMID weist zutreffend darauf hin, dass die vollständige und wahrheitsgemässe Beurkundung von objektiver Leistung und Gegenleistung, d.h. die Beurkundung der objektiven Seite des Vertragsinhalts, genügt. Zu einer zusätzlichen Beurkundung des "Rechtsgrundes" bzw. der "rechtsgeschäftlichen Causa" in Gestalt der Verwendung bestimmter Wörter besteht keine Notwendigkeit. Dies bedarf ausdrücklicher Unterstreichung, weil vereinzelt Grundbuchverwalter unter dem in Art. 965 ZGB erwähnten Rechtsgrund irrtümlich die Überschrift der Urkunde bzw. die Nennung bestimmter Wörter in der Urkunde verstehen. - Vgl. hierzu die zutreffende Äusserung von BUCHER, OR AT (2.A. 1988) S. 53: "Im heutigen schweizerischen und deutschen Recht ist die Vorstellung eines Rechtsgrundes von Verträgen sinnlos und im Gesetz nicht nur nicht begründet, sondern mit ihm nicht zu vereinbaren."

Fn 183 - Vgl. in diesem Sinne LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 77, N 122.

****§. 720****

Kaufpreis¹⁸⁴ in einer zweiten öffentlichen Urkunde beurkundet würden. Zwar entstünden bei einer solchen Vorgehensweise zwei öffentliche Urkunden, aber es läge kein gültig beurkundetes Geschäft vor¹⁸⁵.

nn) Zulässige und unzulässige Vertragsnachträge

2539 - Wird nachträglich eine Änderung des Preises vereinbart, so sind alle wesentlichen, vertragstypischen Absprachen in der neuen Urkunde nochmals zu beurkunden, und es ist gleichzeitig der erste Vertrag als aufgehoben zu erklären¹⁸⁶.

2540 - Erläuterung: Unter Vorbehalt des im nächsten Abschnitt Ausgeführten müssten die Sanktionen der Vertragsungültigkeit eintreten, wenn ein dem Anschein nach vollständig beurkundeter Grundstückkauf durch eine zweite öffentliche Urkunde ergänzt würde, in welcher nichts weiter als ein Aufpreis oder ein Preisnachlass öffentlich beurkundet würde. Würde am ersten Tag der Kaufpreis 100 öffentlich beurkundet, würde sodann am folgenden Tag ein Aufpreis von 50 öffentlich beurkundet und am dritten Tag die erste Urkunde ohne die zweite beim Grundbuch angemeldet, so läge eine krasse Verletzung der Deklarationspflicht¹⁸⁷ vor, welche zur Ungültigkeit des ganzen Geschäftes führen müsste; hieraus ergibt sich, dass - unabhängig von der Anmeldung oder Nicht-Anmeldung der zweiten Urkunde beim Grundbuch - der erste Akt als durch den zweiten aufgehoben betrachtet werden muss; mit der Beurkundung des Aufpreises verliert der erste Akt die Eigenschaft eines gültigen Rechtsgrundausweises für den Grundbucheintrag. Nur die Figur einer Kauf-

preis-Deklarationspflicht, nicht diejenige des Schutzes der Parteien vor Unbedacht, auch nicht die allgemeine beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht vermögen diese praktischen Postulate zu reichend zu erklären.

Fn 184 - Zulässig ist die Vereinbarung der Zahlungsmodalitäten für den Kaufpreis (sogenannte Reglierungsbestimmungen), soweit sie ohne wesentlichen Einfluss auf Verhältnis von Leistung und Gegenleistung sind; solche Absprachen können auch in einfacher Schriftform stipuliert werden, da sie zu den Nebenpunkten gehören.

Fn 185 - Zur begrifflichen Unterscheidung der Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde und der Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 186 - Auch unabhängig von der Beurkundung einer solchen Aufhebungserklärung hat der zuerst beurkundete Vertrag als aufgehoben zu gelten. Wird über ein vorkaufsrechtsbelastetes Grundstück ein Kaufvertrag zu einem für den Vorkaufsberechtigten prohibitiv teuren Preis beurkundet und später, eventuell sogar nach erfolgtem Grundbucheintrag des Käufers, eine Preisreduktion beurkundet, so löst diese zweite Beurkundung das Vorkaufsrecht (nochmals) aus; vgl. Urteil des Appellationshofes BE vom 2.11.1988, BN 1990 S. 94 ff.

Fn 187 - Zur Deklarationsfunktion der öffentlichen Urkunde und zur Deklarationspflicht vgl. Ziff. 276 ff.

****S. 721****

2541 - Unschädlich dagegen sind öffentlich beurkundete oder privatschriftliche Nachträge bzw. Ergänzungsvereinbarungen zu einem Grundstückkauf, wenn sie lediglich vorbehaltene Nebenpunkte festlegen oder Nebenabsprachen ohne offensichtlichen Einfluss auf den Kaufpreis abändern oder präzisieren, ferner ein formloser Verzicht einer Vertragspartei auf öffentlich beurkundete Ansprüche¹⁸⁸. Bezüglich nachträglicher Änderungen des Leistungsumfanges beim Verkauf von im Bau befindlichen Gebäuden vgl. Ziff. 2549 und 2561.

c) Richtige und vollständige Beurkundung des Preises

2542 - *Die öffentliche Urkunde muss die Gesamtheit aller Leistungen wahrheitsgemäss¹⁸⁹ nennen, welche der Käufer dem Verkäufer und allfälligen Dritten¹⁹⁰ als Entgelt für die Übertragung des Eigentums am Grundstück erbringen*

Fn 188 - Vgl. BGE 95 II 419 i.S. Vögtlin/Bächtold AG.

Fn 189 - Bezüglich des beurkundungsrechtlichen Wahrheitserfordernisses - welches beim Grundstückkaufpreis besonders hervorgehoben wird - vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 123, N 438, mit Verweis auf PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch, Schenkung, SPR VII/1 (1977) S. 1 ff. (132), MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 84 und 148 zu Art. 657 ZGB, BRUNO PAOLETTO, Die Falschbeurkundung beim Grundstückkauf, Diss. Zürich 1973, S. 43 und 84 ff., OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1936) N 5 ff. zu Art. 216 OR, LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 15 und 40 zu Art. 657 ZGB. - A.M. SPIRO, Die unrichtige Beurkundung des Preises beim Grundstückkauf, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 70 (1964) S. 23 ff., welcher nur eine zu hohe, nicht eine zu niedrige Preisangabe für schädlich hält, da das Beurkundungsobligatorium den Grundstückveräusserer, nicht jene Partei schützen wolle, welche bloss Geld zahlt; bei zu hoher Preisbeurkundung werde der Grundstückveräusserer in dem ihm zustehenden notariellen Schutz vor Unbedacht verkürzt.

Fn 190 - Vgl. BGE 98 II 313 i.S. Bergamin, wo die Mutter ihr Einfamilienhaus einem von mehreren Nachkommen zu einem niedrigen Anrechnungswert übereignet hatte, wobei als Gegenleistung die Übernahme der Grundpfandschuld durch den Erwerber und die Erbringung einer lebenslänglichen Rente an die Mutter deklariert worden waren; verschwiegen wurden in der öffentlichen Urkunde hingegen die Abfindungssummen, welche der Übernehmer seinen Geschwistern zahlen sollte. Zu Recht stellte das Bundesgericht Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes fest. Der Entscheid macht jedoch zu wenig deutlich, dass nur die unvollständige Deklaration der vereinbarten Leistungen, nicht die zu niedrige Bewertung des Grundstücks im Vertrag den Mangel begründete. Mit welchen Geldbeträgen die Parteien eines Schenkungs- oder Tauschgeschäfts ihre gegenseitigen Leistungen bewerten, bzw. ob diese Beträge in der Nähe der Verkehrswerte liegen, ist beurkundungsrechtlich belanglos. - Ein ähnlicher Vertrag, jedoch mit vollständiger Beurkundung der Leistungen, stand unter dem Gesichtswinkel der Handänderungsabgabepflicht zur Diskussion im Entscheid der Justizkommission BE vom 22.11.1988 i.S. Rüeeggger, BN 1988, S. 286, mit Bemerkungen von PETER RUF.

****S. 722****

muss¹⁹¹ oder bereits erbracht hat¹⁹². Die Leistungen müssen so vollständig und genau¹⁹³ angegeben werden, wie sie im Zeitpunkt der Beurkundung bereits vereinbart, d.h. von den Parteien bestimmt sind.

2543 - Umfasst eine vom Grundstückserwerber versprochene oder bereits erbrachte Leistung neben dem Entgelt für das Grundstück auch das Entgelt für weitere Sach- und Dienstleistungen des Grundstückverkäufers oder Dritter, ohne dass die Vertragsparteien festgelegt haben, welche Teilbeträge des Entgeltes welche einzelnen Leistungen abdecken, so liegt ein gemischtes Geschäft vor¹⁹⁴, das in seiner Gesamtheit dem Formzwang unterliegt.

2544 - Erläuterung: Wenn sich die Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte im Sinne von Art. 2 OR geeinigt haben, dann muss der übereinstimmende Parteiwille, nichts mehr und nichts weniger, in der Urkunde wahrheitsgemäss zum Ausdruck gebracht werden. Umfasst der Parteiwille einen bestimmten Preis, so ist dieser Preis genau zu beurkunden. Umfasst der Parteiwille nur einen ungefähren Preis oder eine Preisberechnungsformel, beispielsweise einen Quadratmeterpreis für eine noch zu vermessende Fläche, so ist der ungefähre Preis als solcher, oder es ist die Preisberechnungsformel zu beurkunden. Nicht die Beurkundung eines "genauen Preises"¹⁹⁵, sondern die genaue

Fn 191 - Vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 77, N 122, mit Verweis auf BGE 104 II 101, 101 II 331, 98 II 316, 94 II 272, 93 II 104, 92 II 324, 90 II 296 f.

Fn 192 - Das Verschweigen bereits geleisteter Anzahlungen und die blosser Beurkundung des im Beurkundungszeitpunkt noch offenen Restkaufpreises galt früher als zulässig und wurde vom Bundesgericht in einer Praxisänderung erstmals in BGE 84 IV 164 als unzulässig qualifiziert. - Vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 77, N 122, mit Verweis auf die seitherige Praxis: BGE 90 II 296, 87 II 30, 86 II 37, MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 151 zu Art. 657 ZGB; ALBERT COMMENT, Grundstückkauf II, Formvorschriften, SJK Karte 225, S. 3, ROGER SECRETAN, Vente d'immeubles, JdT (1959) S. 322 ff, ADOLF KELLERHALS, Simulation im Grundstückkauf (Diss. 1952) S. 122.

Fn 193 - Bezüglich Rechnungsfehler i.S. von Art. 24 Abs. 3 OR und deren Tragweite im Zusammenhang mit Art. 219 OR vgl. Urteil des HG ZH vom 16.10.1967, SJZ 64 S. 254-257 (die genaue Vermessung ergab in diesem Fall ein grösseres als das beurkundete Flächenmass). - Zur Haftung des Verkäufers für das beurkundete Flächenmass Gemäss Art. 219 Abs. 1 OR in Kantonen ohne eidgenössisches Grundbuch vgl. Urteil des KG VS vom 22.10.1986, RVJ 1987 213-222; wird ein aufgrund der Quadratmeterzahl errechneter Kaufpreis im beurkundeten Kaufvertrag auf eine runde Summe abgerundet, so liegt darin noch keine ausdrückliche Vereinbarung eines Pauschalpreises, aus welchem die Wegbedingung der Haftung für das Mindermass geschlossen werden könnte (E. 4b) (in casu war ein Kaufpreis von Fr. 270'000.-- für eine Fläche gemäss Katasterauszug von 554 m2 beurkundet worden; zwei Jahre später ergab die exakte Vermessung eine Fläche von 407 m2. Das Gericht sprach dem Käufer eine entsprechende Kaufpreisminderung zu).

Fn 194 - Vgl. BGE 118 II 142: Gemischter Kauf-/Werkvertrag.

Fn 195 - So unzutreffend LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 77, N 122, Anm. 70. - Nicht vereinbar mit Art. 184 Abs. 3 OR sind in diesem Punkte auch die Erwägungen von JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988)

****S. 723****

Beurkundung des bei den Parteien bei Vertragsschluss vorhandenen Wissens und Wollens ist erforderlich¹⁹⁶.

d) Grundstücksbeschreibung bei Grundstücksgeschäften

2545 - Das vertragsgegenständliche Grundstück ist durch die grundbuchliche Nummer (Grundbuchkreis und Parzellennummer) zu bestimmen¹⁹⁷. Ausserdem¹⁹⁸ soll¹⁹⁹ die öffentliche Urkunde die geographische Lage (durch Bezeichnung des

S. 159, N 563-564, welcher als objektiv wesentlich lediglich die abstrakte Leistungsumschreibung "Grundstück gegen Geld" betrachtet, die Höhe des vereinbarten Preises aber nicht zu den objektiven essentialia negotii zählt; vgl. demgegenüber EUGEN BUCHER, Preisvereinbarung als Voraussetzung der Vertragsgültigkeit beim Kauf, in: Mélanges Paul Piotet, Bern 1990, S. 371-408 (379): "In der schweizerischen Praxis wird die Notwendigkeit der Preisvereinbarung insgesamt in den Vordergrund gestellt; bereits BGE 22 (1896) 640 betont, dass der Preis, wenn nicht ziffernmässig festgelegt, so doch, durch Namhaftmachung der Bemessungskriterien, so weit bestimmt sein müsse, «dass danach der gewollte Preis objektiv, ohne neue Einigung der Parteien ermittelt werden kann»". In späteren Entscheiden hat das Bundesgericht am Erfordernis der Preisvereinbarung festgehalten (BGE 84 II 18 E. 2, 272 E. 2 sowie 274 lit. b, 630; BGE 85 II 408 lit. b).

Fn 196 - In diesem Sinne MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar (3.A. 1974) N 84 zu Art. 657 ZGB; ADOLF KELLERHALS, Simulation im Grundstückskauf (Diss. 1952) S. 92 ff.

Fn 197 - Vorausgesetzt ist hiebei, dass eine solche Nummer besteht. Gibt es sie nicht, so ist das Grundstück in anderer Weise zu identifizieren.

Fn 198 - Die blosse Parzellennummer genügt nicht für den urkundlichen Nachweis, dass die Parteien von Lage und Umfang des Vertragsgegenstandes eine bewusste Vorstellung gehabt haben. "Die Grundbuchnummer kann für die Parteien unsignifikant sein" (so zutreffend MANUEL MÜLLER, Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts in Grundbuchsachen, BN 1991 S. 213-222 [214]).

Fn 199 - Von Bundesrechts wegen kann es sich bei den weiteren Requisiten um eine blosse Ordnungsregel handeln. Der grundbuchliche Eintragsstand gilt als öffentlich bekannt; seine Wiedergabe in der Urkunde kann nicht als eine unabdingbare Gültigkeitsvoraussetzung für das beurkundete Geschäft qualifiziert werden; wollte man solches verlangen, so entstünde ein Widerspruch zur Zulassung des Verkaufs von Grundstücken, welche im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erst bestimmbar, noch nicht bestimmt sind. Bezüglich bloss bestimmbarer Grundstücke kann kein grundbuchlicher Eintragsstand beurkundet werden. Wo kantonale Vorschriften die vollständige Rekapitulation des grundbuchlichen Eintragsstandes zur Bedingung für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes machen, liegt willkürliche Gesetzgebung vor. Vgl. einen solchen Fall in Art. 49 Abs. 2 NG FR: "Handelt es sich um Beurkundungen über Liegenschaften, so sind diese gemäss Grundbuchauszug [...] zu beschreiben." Gestützt auf diese Bestimmung hat die freiburgische Aufsichtsbehörde über das Grundbuch mit Entscheid vom 1.12.1988, ZBGR 71 (1990) S. 73-77, die Abweisung eines Geschäftes (Schenkung eines Grundstückabschnitts von Nachbar zu Nachbar) bestätigt, bei welchem der einschlägige Grundbuchauszug von den Parteien unterzeichnet und der Urkunde als Beilage beigelegt worden war, unter Verweis auf die Beilage in der Urkunde. Die Aufsichtsbehörde führte aus (E. 4c, S. 76): "En exigeant en particulier la reproduction intégrale de l'extrait du registre

****§. 724****

Ortsteils oder einer angrenzenden öffentlichen Strasse samt Hausnummer, durch kartographische Koordinaten oder in ähnlicher Weise) und das Flächenmass²⁰⁰, ferner den (von der Urkundsperson zu erhebenden²⁰¹) grundbuchlichen Eintragsstand²⁰² für jenes Grundstück²⁰³ wiedergeben, über welches verfügt wird. Wiedergeben ist der Eintragsstand gemäss Hauptbuch²⁰⁴, unter Berücksichtigung der pendenten Geschäfte gemäss Tagebuch²⁰⁵; Umfang und Darstellungsweise richten sich nach kantonalem Recht und nach kantonaler Praxis²⁰⁶; von Bundesrechts wegen genügt die eindeutige Bestimmung oder Bestimmbarkeit des vertragsgegenständlichen Grundstücks.

fancier dans l'acte, la loi veille à ce que les parties aient connaissance de l'ensemble des données qui se rapportent aux immeubles, que ce soit lorsque le notaire procède à la lecture ou lorsqu'elles lisent elles-mêmes l'acte. En revanche, un simple renvoi à un extrait, certes signé, n'est en principe pas de nature à atteindre ces buts." Dem kann nicht beigelegt werden. - A.M. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückskaufvertrages (1989) S. 76, N 118, unter Verweis auf BGE 90 II 282 f. - Jedoch sind die Ausführungen des Bundesgerichts über die erforderliche Angabe bestehender Grundpfandlasten in dem erwähnten Entscheid im Lichte des Tatbestandes der **unrichtigen**, nicht der **fehlenden** Beurkundung zu würdigen: Wenn in der Urkunde die Pfandbelastung wiedergegeben wird, so muss sie richtig wiedergegeben sein.

Fn 200 - Wo das eidgenössische Grundbuch noch nicht eingeführt ist, erfordert die urkundengemässige Grundstücksbeschreibung äusserstenfalls einen Augenschein; vgl. MANUEL MÜLLER, Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts in Grundbuchsachen, BN 1991 S. 213-222 (214).

Fn 201 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 146, N 2 zu Art. 11 ND BE.

Fn 202 - Der grundbuchliche Eintragsstand umfasst den gesamten dinglichen Rechtsbestand, d.h. die Pfandbelastung, die Dienstbarkeitslasten und -rechte, alle Anmerkungen und Vormerkungen, bei Baurechts- und Stockwerkeigentumsverhältnissen den gesamten Rechtsbestand auch bezüglich der Eigentums- und Stammparzellen; vgl. Entscheid der Notariatskammer BE vom 21.2.1989, ZBGR 74 (1993) S. 23-32 (S. 27 Ziff. 3.1.1) und BN 1989, S. 386-396 (390); LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 76, N 118, mit Verweis auf KG GR, ZBGR 69 (1988) S. 275 f.

Fn 203 - Bei Miteigentum, Stockwerkeigentum und bei selbständigen und dauernden Rechten sind auch die Beschreibungen der zugrundeliegenden Stammparzellen, des Bodenblattes und allfälliger weiterer Bezugsgrundstücke in die Urkunde aufzunehmen. Erleichterungen gelten diesbezüglich für Schuldbriefe; vgl. Erläuterung des EJPD, ZBGR 69 (1988) S. 60, ferner BN 1988 S. 231.

Fn 204 - BE ND Art. 11 Abs. 4.

Fn 205 - Vgl. BGE 90 II 274 und 93 II 239; FRIEDRICH, "Interimstitel" im Hypothekarwesen, ZBGR 52 (1971) 1-31 (8): Die Urkundsperson, die nach einem von der Rechtsprechung aus dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung abgeleiteten Satz verpflichtet ist, die Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildenden Grundstücke vollständig zu beschreiben, ist gehalten, ausser dem Hauptbuch auch die Tagebucheintragungen zu konsultieren.

Fn 206 - **ZH** NV § 156 verlangt mindestens die Angabe der für die Identifikation des Grundstücks einschlägigen Parzellennummern und der Fläche und gestattet für alles andere einen Verweis auf die Bücher; **BE** ND Art. 11 Abs. 4 verlangt bei Handänderungen die "ganze grundbuchliche Beschreibung", für andere Grundstücksgeschäfte die "genaue Bezeichnung des Grundstücks"; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 148, N 15 zu Art. 11 ND BE, verlangt die Vorlesung nur jener Teile des in der Urkunde

****§. 725****

2546 - Soweit der Eintragsstand wegen grundbuchlicher Pendenzen, die für den Geschäftswillen der Parteien nicht relevant sein können, nicht eindeutig ist, genügt die Aufnahme des bei Vertragsschluss bestehenden Eintragsstandes in die öffentliche Urkunde, unter Hinweis auf die pendenten Punkte. Grundbuchliche Rückstände sollen nicht die Dispositionsfähigkeit Privater beschränken²⁰⁷.

2547 - Mietverträge über erhebliche Teile des Grundstückes sollen im Vertrag erwähnt werden, wenn sie aufgrund des Vertragswortlautes oder angesichts der dem Mieter durch den gesetzlichen Mieterschutz zustehenden Erstreckungsmöglichkeiten einer anderweitigen Nutzung des Objektes durch den Käufer über längere Zeit im Wege stehen können; in der Urkunde soll wenn möglich zum Ausdruck kommen, dass der Erwerber sämtliche bestehenden Mietverhältnisse kennt²⁰⁸.

enthaltenen Grundstücksbeschriebs, welche für die Beteiligten von Bedeutung sind; es soll also unter Umständen ein umfangreicherer Grundstücksbeschrieb in die Urkunde aufgenommen werden, als was im Beurkundungsvorgang vorgelesen wird; die nicht vorgelesenen, d.h. die in den Bewusstmachungsvorgang vor der Unterzeichnung nicht einbezogenen Teile dienen in einem solchen Falle lediglich dem Erwerber zu späterer Orientierung und Kontrolle. - Man kann sich fragen, ob es von Beurkundungsrechts wegen sinnvoll ist, die Aufnahme von Erklärungsinhalten in den Urkundentext zu verlangen, deren Bewusstmachung anlässlich des Beurkundungsvorgangs als entbehrlich bezeichnet wird. - **BS** GedrW Nr. 29: "Bei Parzellen, auf denen ein mit einer Hausnummer versehenes Gebäude steht, kann die nähere Beschreibung mittels Angabe der anstossenden Parzellen unterbleiben; dagegen soll sie bei unbebauten, insbesondere bei landwirtschaftlichen Grundstücken nicht unterlassen werden." - **BS** GedrW Nr. 31: "Es empfiehlt sich, den Inhalt allfälliger Dienstbarkeiten wörtlich in den Kaufvertrag aufzunehmen; wo dies nicht geschieht, ist im Kaufvertrag zu bemerken, dass die Parteien von dem Wortlaut des Inhaltes Kenntnis genommen haben." - **BS** GedrW Nr. 30: "Bei Dienstbarkeiten mit grosser Parzellenzahl [d.h. beim Vorhandensein einer Dienstbarkeit auf dem Kaufsobjekt, mit grosser Zahl berechtigter oder verpflichteter anderer Parzellen] brauchen nicht alle berechtigten oder belasteten Parzellen aufgeführt zu werden; wo dies nicht geschieht, ist jedoch in der Urkunde zu bemerken, dass die Parteien auf den Grundbucheintrag hingewiesen worden sind." - **BS** GedrW Nr. 33: "Die Notare haben bei Handänderungen das Bestehen von Bau-, Strassen- und Fussweglinien entweder selbst auf dem Vermessungsamt abzuklären und diese im Vertrag aufzuführen oder die Parteien auf die Möglichkeit des Bestehens solcher Linien aufmerksam zu machen, sie an das Vermessungsamt zu verweisen und sich die geschehene Aufklärung im Akt bestätigen zu lassen."

Fn 207 - Dem Verfasser ist bekannt, dass es sich bei dem hier formulierten Postulat um eine Wunschvorstellung handelt, die von den Realien der Grundbuchpraxis weit entfernt ist.

Fn 208 - Richtigerweise wird im Grundstückkauf die pro-rata-Abrechnung per Antrittstag über prä- und postnumerando eingehende Mietzinsen ausdrücklich vorgesehen, da sich diese (sachlogische) Abrechnungsart nicht bereits von Gesetzes wegen ergibt; vgl. ALFRED KOLLER, Probleme beim Verkauf vermieteter Wohnliegenschaften, ZBGR 72 (1991) S. 193-214 (201); in Anlehnung an einen Formulierungsvorschlag von ROLAND PFÄFFLI, Zur Vormerkung von Mietverträgen und Vorkaufsrechten (mit Berücksichtigung des neuen Mietrechtes), BN 1990 S 41 ff. (45), kann folgende Vertrags-

****S. 726****

2548 - Die Beschreibung des physischen Zustandes erfolgt in der Regel durch Wiedergabe der aus dem Grundbuch ersichtlichen Stichwörter, welche den Überbauungszustand bezeichnen²⁰⁹; eine weitergehende Beschreibung braucht nicht in die Urkunde aufgenommen zu werden²¹⁰.

2549 - Werden Stockwerkeigentumspartellen gemäss Plan oder Volleigentums-Grundstücke vor Erstellung eines geplanten Gebäudes verkauft, so genügt die urkundliche Beschreibung des geplanten Gebäudes gemäss dem beim Vertragsschluss vorhandenen Planungsstand. Das Gebäude soll nach Lage und Grösse verbal beschrieben, die Beschreibung eventuell mit einer Planskizze illustriert werden. Dagegen sollen die vollständigen Baupläne weder als Beilagen dem Kaufvertrag beigelegt noch im Hauptteil der Urkunde mitbeurkundet werden²¹¹.

2550 - Erläuterung: Als Ordnungsregel gilt bei allen Rechtsgeschäften, welche die Übertragung oder die Belastung²¹² von Grundstücken zum

bestimmung zweckmässig sein: "Der Käufer hat Kenntnis von den Mietverhältnissen bezüglich des Vertragsobjektes, ferner davon, dass er mit dem Eigentumserwerb von Gesetzes wegen in die Vermieterstellung eintritt (Art. 261 Abs. 1 OR). Der Käufer übernimmt sämtliche Schadenersatzpflichten gegenüber Mietern, die aus einer vorzeitigen Kündigung der Mietverträge nach Eigentumserwerb des Käufers entstehen können. Über die den Parteien per Antrittstag pro rata zustehenden Mietzinsen rechnen Käufer und Verkäufer direkt untereinander ab." - LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 87, N 169, verneint die wirtschaftliche Wesentlichkeit bestehender Mietverträge bezüglich der Kaufpreisgestaltung (was in solcher Allgemeinheit nicht zutreffend sein kann) und hält ihre Erwähnung in der Kaufurkunde aus diesem Grunde für nicht erforderlich, ausser wenn solche Mietverträge im Grundbuch vorgemerkt sind. - Nach der hier vertretenen Auffassung sind Vormerkungen im Rahmen der Grundstücksbeschreibung (grundbuchlicher Eintragsstand) aus Ordnungsinteressen, nicht aber notwendigerweise wegen ihrer Eigenschaft als objektiv wesentliche Elemente in der Urkunde anzugeben. Nach dem heute geltenden Mietrecht (Art. 261 OR) sind auch nicht vorgemerkte Mieter so stark gegenüber jedem Erwerber der Mietsache in ihren vertraglichen Rechten geschützt, dass der grundbuchliche Vormerkungsschutz einen grossen Teil seiner Bedeutung verloren hat. Der Schutz des nicht vorgemerkten Mieters ist nur insofern noch schwächer, als er eine vorzeitige Kündigung bei dringendem Eigenbedarf des Grundstückkäufers hinnehmen muss. Dabei wächst ihm ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem bisherigen Vermieter wegen Vertragsbruchs zu; vgl. PFÄFFLI, a.a.O., S. 46.

Fn 209 - Ähnlich LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 76, N 119.

Fn 210 - Ungenau LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 77, N 120, welcher bei erst geplanten Bauten die Beurkundung eines Baubeschriebs verlangt, welcher die "Identifizierung" des Kaufobjekts erlaubt. Es geht nicht um die Identifikation eines Objektes, sondern um die hinlängliche Konkretisierung der Vorstellungen der Vertragsparteien über die bauliche Gestalt der versprochenen Leistung.

Fn 211 - Vgl. BGE 103 II 112 f.

Fn 212 - Bei der Errichtung von Grundpfandrechten ist es nicht zwingend nötig (jedoch üblich und im Sinne einer Ordnungsregel allemal zu empfehlen), den Betrag der vorgehenden Pfandrechte zu erwähnen. Die Angabe des Pfandrechtvorganges stellt kein wesentliches Element des Errichtungsaktes dar und ist somit für die Eintragung des Pfandrechtes im Grundbuch nicht erforderlich; vgl. BN 1990 S. 126, Nr. 40, mit Verweis auf BGE vom 20.4.1990).

****S. 727****

Gegenstand haben, dass der aus dem Grundbuch-Hauptbuch ersichtliche Grundstücksbeschrieb so vollständig in die öffentliche Urkunde zu integrieren oder in Gestalt eines Grundbuchauszuges als

erklärungsergänzende Beilage²¹³ urkundenmässig damit zu verbinden ist, als dieser Grundstücksbeschrieb aus dem Grundbuch eindeutig ersichtlich und als er für den Erwerber dinglicher Rechte an dem betreffenden Grundstück von Belang sein kann²¹⁴.

2551 - Die Urkunde kann so gestaltet werden, dass die Vertragsparteien den Grundstücksbeschrieb als individuelle Willenserklärung zu Urkund erklären. Wird so vorgegangen, so ist der von den Parteien erklärte Text und das damit inhaltlich Gemeinte Vertragsinhalt.

2552 - Von Beurkundungsrechts wegen ist es aber auch zulässig, den Vertragsgegenstand im Rahmen der Parteierklärungen weniger ausführlich zu beschreiben, insbesondere auf erklärungsergänzende Beilagen oder direkt auf das Grundbuch zu verweisen. Denn für das vertragswirksame Zustandekommen des Konsenses der Parteien ist eine Willensäusserung der Parteien, welche den grundbuchlichen Eintragungsstand lückenlos rekapituliert, nicht erforderlich, ebensowenig für das Zustandekommen der öffentlichen Urkunde oder für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes. Man sollte sich davor hüten, die Gepflogenheit der vollständigen Grundbuch-Rekapitulation in ihrer vertragsrechtlichen Bedeutung zu überschätzen oder in ihr grundsätzlich eine Bedingung für das Zustandekommen des Grundstückkaufs zu erblicken²¹⁵.

2553 - Grundbuchliche Pendenzen dürfen die sofortige Beurkundung und den sofortigen Eintrag des beurkundeten Geschäftes nicht behindern, sofern sie Nebenpunkte betreffen, welche im Sinne von Art. 2 Abs. 1 OR einer späteren Einigung zwischen den Parteien vorbehalten werden können. Wenn ein Kanton seinen Urkundsperson eine Vollständigkeit des Grundstücksbeschriebs zur Pflicht macht, welche wegen grundbuchlicher Pendenzen im Zeitpunkt der Beurkundung nicht erreichbar ist und eine Nachbeurkundung bei Klärung der grundbuchlichen Situation erforderlich machen würde, so läge hierin eine Vereitelung von Bundesrecht, d.h. eine Überschreitung der von Bundesrechts wegen zulässigen Maximalanforderungen an die öffentliche Beurkundung. Die Anforderungen an den urkundlichen Grundstück-

Fn 213 - Zum Begriff der erklärungsergänzenden Beilage vgl. Ziff. 1363 ff.

Fn 214 - Für den Grundstückskäufer kann alles von Belang sein, was das verkaufte Grundstück direkt oder indirekt berührt. Bei der Begründung einer kleinen Dienstbarkeit kann die Grundstückbeschreibung zuweilen sehr kurz gefasst werden.

Fn 215 - Zu weitgehend in dieser Richtung ist wohl die Äusserung im Entscheid der Notariatskammer BE vom 21.2.1989, ZBGR 74 (1993) S. 23-32 (27) und BN 1989, S. 386-396 (390), der Notar sei dafür verantwortlich, dass "der gesamte dingliche Rechtsbestand des Grundbuchs bei einem Kaufvertrag zum Ausdruck gelangt."

****§. 728****

beschrieb dürfen nicht so weit gespannt werden, dass den Vertragsparteien bei unwesentlichen grundbuchlichen Pendenzen die sofortige Eingehung einer unbedingten vertraglichen Bindung verunmöglicht würde²¹⁶.

2554 - Von Beurkundungsrechts wegen kann ein Grundstücksbeschrieb in der Urkunde nur in jenem Umfang gefordert werden, als dies für den Schutz der Parteien vor Unbedacht notwendig ist²¹⁷. Dritte und das Grundbuchamt (in seiner Eigenschaft als Urkunden-Adressat) bedürften dieser Information nicht, sondern können sich unmittelbar und besser im Grundbuch selber informieren. In die Urkunde sollen nur Inhalte aufgenommen werden, deren Bewusstmachung für die Parteien unmittelbar vor der Urkundenunterzeichnung typischerweise wichtig ist oder sein kann.

2555 - Soweit der grundbuchliche Eintragungsstand in der öffentlichen Urkunde wiedergegeben wird, muss er **richtig** wiedergegeben werden²¹⁸, und zwar auch bezüglich jener Angaben, deren Wiedergabe nicht nötig wäre. Jede Unrichtigkeit impliziert die Möglichkeit eines Irrtums der Parteien. Betrifft die Abweichung vom grundbuchlichen Eintragungsstand den Leistungsinhalt, so ist

die beurkundungsbedürftige Willenserklärung neu, d.h. unter neuem Datum fehlerfrei zu beurkunden²¹⁹. Betrifft die Unrichtigkeit nicht den Leistungsinhalt, so

Fn 216 - Insofern bildet der urkundliche Vorbehalt einer Nachbeurkundung bei derzeitiger Unmöglichkeit, einen umfassenden und eindeutigen grundbuchlichen Eintragsstand in die Urkunde aufzunehmen, wie er im Entscheid der Notariatskammer BE vom 21.2.1989, ZBGR 74 (1993) S. 23-32 (28) und BN 1989, S. 386-396 (391) empfohlen wird, keine Lösung. Die Vertragsparteien wären auch bei einem solchen Vorbehalt nicht verpflichtet, zur Nachbeurkundung Hand zu bieten. Würde sich eine Partei wegen aufkommender Vertragsreue der Nachbeurkundung entziehen, so entstünde eine lästige Schwebesituation.

Fn 217 - Ein solcher Tatbestand lag vor in BGE 90 II 274-284; ein in zwei aufeinander beziehenden Urkunden kontrahierter Grundstücktausch kam nicht zustande, und die eine Partei verlor ihre Anzahlung im Konkurs der andern, weil die Urkundsperson in der einen Urkunde die Grundpfandbelastung **unrichtig** angegeben hatte und weil dies zu Verzögerungen beim Grundbucheintrag geführt hatte. Die Ausführungen des Bundesgerichts über die erforderliche Angabe bestehender Grundpfandlasten sind im Lichte des Tatbestandes der **unrichtigen**, nicht der fehlenden Beurkundung zu würdigen.

Fn 218 - Vgl. MANUEL MÜLLER, Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts in Grundbuchsachen, BN 1991 S. 213-222 (215/216).

Fn 219 - Vgl. einen solchen Fall in BGE 116 II 291 (in italienischer Sprache) = ZBGR 72 (1991) S. 371 (deutsch): Im Errichtungsakt für zwei Schuldbriefe im 8. Rang wurde die Pfandsumme des 7. Ranges fälschlich mit Fr. 200'000.-- statt mit Fr. 300'000.-- angegeben. Der anmeldende Eigentümer behauptete, es handle sich um ein blosses Schreibversehen, das unter Wahrung des Anmeldungsdatums korrigiert werden könne. Grundbuchamt und Beschwerdeinstanzen verneinten das Vorliegen eines offensichtlichen Schreibversehens, hielten stattdessen auch für möglich, dass der Anmeldende zunächst eine Reduktion des 7. Ranges beabsichtigt haben mochte und

****S. 729****

kann trotzdem ein Irrtum der Erklärenden vorliegen. Betrifft der Fehler die Vertragsgrundlagen oder bestätigt die fehlerhafte Angabe bloss den Wissensstand der Parteien, so darf der Grundbuchverwalter die Anmeldung nicht kurzerhand abweisen, sondern er muss eine Korrektur der Urkunde auch nach dem Datum der Grundbuchanmeldung noch zulassen; das Datum der ursprünglichen Anmeldung bleibt dabei gewahrt.

2556 - Soweit der vorbestehende Eintragsstand auf den Tag des Rechtserwerbs zu ändern ist, hat die Angabe des bisherigen Zustands bloss informativen Charakter, allenfalls den Charakter einer (nicht beurkundungsbedürftigen) Vertragsgrundlage²²⁰.

2557 - Wird der grundbuchliche Eintragsstand in die Haupturkunde²²¹ integriert, so bezeugt die Urkunde eine weitgehend konkretisierte Bewusstmachung von Willens- und Wissensinhalten bei den Vertragsparteien. Wird der grundbuchliche Eintragsstand lediglich in Gestalt eines Grundbuchauszuges als Beilage beigefügt, so bezeugt die öffentliche Urkunde eine weniger weitgehende Konkretisierung bei der Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes. Die öffentliche Urkunde ist aber auch dann entstanden und das Geschäft gültig beurkundet, wenn der grundbuchliche Eintragsstand weder im Hauptteil noch als

wiesen die Anmeldung aus diesem Grunde ab. - Allgemein kann gesagt werden, dass bei der Verpfändung von Grundstücken der in der Verpfändungserklärung angegebene Vorgang ein wesentliches Element der beurkundeten Willenserklärung ist. Wer erklärt, ein Grundpfand hinter der Vorgangssumme X errichten zu wollen, kann nicht nachträglich auf dem Wege der berichtigenden Korrektur eine Vorgangssumme Y einsetzen, sondern muss seinen Verpfändungswillen neu erklären.

Fn 220 - Ein solcher Tatbestand lag vor in BGE 93 II 239-241 i.S. Fleischli/Denzler. Anlässlich eines bloss bedingt abgeschlossenen Grundstückkaufs (Bedingung des Erhalts einer Baubewilligung) hatte der Käufer eine Anzahlung geleistet, die er infolge Insolvenz des Verkäufers später verlor; das Geschäft scheiterte am Ausbleiben der Baubewilligung. Der frustrierte Käufer klagte gegen die zürcherische Urkundsperson auf Schadenersatz wegen eines Beurkundungsfehlers. In der Urkunde war die vorbestehende, aber auf den Tag des Eigentumsübergangs abzulösende Pfandbelastung - aus welcher die angespannte Finanzlage des Verkäufers hätte erahnt werden

können -, richtig, aber nur summarisch erwähnt gewesen. Das Bundesgericht hielt fest, dass kein Beurkundungsfehler vorliege. - Die Rechtsprechung wurde verdeutlicht in BGE 101 II 329 i.S. Günthner / Juventus. Günthner hatte zum Preis von Fr. 880'000.-- verkauft. Der Kaufpreis sollte laut Urkunde zu Fr. 400'000.-- bei der Eigentumsübertragung in bar und zu Fr. 480'000.-- durch einen neu im 1. Rang zu errichtenden Inhaberschuldbrief zugunsten des Verkäufers getilgt werden. Günthner wurde vertragsreug und behauptete Ungültigkeit des Geschäftes, weil fünf vorbestehende, alte Schuldbriefe im Vertrag nicht erwähnt worden waren. Die Gerichte waren mit der Käuferin der Meinung, dass sich Günthners Pflicht, die alten Schuldbriefe auf den Fertigungstag abzulösen, aus der Urkunde ergebe, und dass sich die urkundliche Erwähnung der alten Schuldbriefe demgemäss erübrigt habe. Leistung und Gegenleistung waren vollständig und richtig beurkundet, der Kauf also gültig.

Fn 221 - Zum Begriff der Haupturkunde vgl. Ziff. 1358.

****S. 730****

Beilage ersichtlich ist²²². Als Gültigkeitserfordernis für das Zustandekommen des Geschäftes genügt es, wenn die vertragsgegenständliche Parzelle in der Haupturkunde eindeutig bestimmt oder bestimmbar ist.

2558 - Unüblich ist eine weitere Konkretisierung des Parzellenbeschriebs bezüglich des bestehenden und durch das beurkundete Geschäft nicht abgeänderten Rechtszustandes, etwa durch wörtliche Wiedergabe bestehender Dienstbarkeiten oder durch Beifügung von diesbezüglichen Servitutplänen²²³; Beurkundungsbedürftigkeit liegt nicht vor, weil der bestehende und unverändert bleibende Rechtszustand der Parzelle blosser Grundlage, nicht Inhalt des zu beurkundenden rechtlichen Gestaltungswillens ist.

2559 - Wird der rechtserhebliche Parzellenbeschrieb durch das zu beurkundende Geschäft geändert, z.B. durch Einräumung einer neuen Dienstbarkeit auf einer Teilfläche des Grundstücks, so ist die Bestimmung der betreffenden Fläche Inhalt des beurkundungsbedürftigen Gestaltungswillens (sofern es sich um eine beurkundungsbedürftige Dienstbarkeit handelt). In diesem Falle muss die Servitutsfläche den Beteiligten anlässlich des Beurkundungsvorgangs bewusst gemacht werden. Die Fläche muss in der Urkunde selber klar bestimmt werden, entweder durch verbalen Beschrieb oder durch Mitbeurkundung²²⁴ des Servitutplans. Der Plan ist in einem solchen Falle Inhalt des rechtlichen Gestaltungswillens, nicht blosser Vertragsgrundlage²²⁵ oder Vorstellungsausserung.

2560 - Aus notarieller Sicht spielt der physische Zustand des Grundstücks eine Rolle, wenn sich daraus ein besonderes Risiko für Bauhandwerkerpfandrechte, gesetzliche Pfandrechte des kantonalen öffentlichen Rechts oder eine Haftung des jeweiligen Grundeigentümers für die Beseitigung von Altlasten²²⁶ ergibt. Die Urkundsperson hat sich demgemäss von den Beteiligten mitteilen zu lassen, ob sich auf dem Grundstück ein Neubau oder eine neu renovierte oder neu umgebaute Liegenschaft befindet oder ob in der Vergangenheit auf der Parzel-

Fn 222 - Blosser Verweis auf das Grundbuch ist ein Indiz für ungenügend erteilte notarielle Belehrung; vgl. Urteil des KG GR vom 1.7.1985, PKG 1985 Nr. 6, S. 24-33 (30).

Fn 223 - Pläne sind nur dort mitzubeurkunden, wo der Leistungsinhalt ohne die Pläne nicht bestimmbar wäre; dies ist der Fall bei der Errichtung von Dienstbarkeiten oder beim Verkauf von Parzellenabschnitten, wenn die relevanten Abschnittsgrenzen verbal nicht in eindeutig bestimmbarer Weise in der Haupturkunde beschrieben sind; vgl. Ziff. 1403 ff.

Fn 224 - Zum Begriff des Mitbeurkundens von Urkunden-Beilagen vgl. Ziff. 1395.

Fn 225 - Fragwürdig ist demgemäss die baselstädtische Praxis, welche auch in solchen Fällen keine Mitbeurkundung des neu angefertigten Servitutplans verlangt, sofern dieser beim Vermessungsamt dauernd aufbewahrt ist und dort eingesehen werden kann; vgl. GedrW Nr. 3a und 3b.

Fn 226 - Zur vertraglichen Regelung der Altlastenproblematik vgl. Ziff. 2495.

****S. 731****

le bodengefährdende Tätigkeiten (z.B. ein Tankstellenbetrieb oder Lagerhaltung von Brennstoffen oder Chemikalien) ausgeübt wurden.

2561 - Wird ein künftiges (erst geplantes oder begonnenes) Gebäude verkauft, was insbesondere beim Verkauf von Stockwerkeigentumspartellen gemäss Plänen der Fall sein kann²²⁷, so soll der Grundstücksbeschreibung zwar konkret sein, für künftige Änderungen der Pläne und für abweichende Bauausführung aber Raum lassen, ohne deswegen eine Nachbeurkundung nötig zu machen. Empfehlenswert ist ein Änderungsvorbehalt in der Urkunde, welcher den Parteien die spätere privatschriftliche Vereinbarung von Abweichungen von den bei Vertragsschluss bestehenden Bauplänen, ferner die Vereinbarung von zusätzlichen Bauleistungen gegen zusätzliches Entgelt und den Verzicht auf beurkundete Bauleistungen gegen Reduktion des Entgelts ohne Nachbeurkundung erlaubt²²⁸.

e) Grundstücksbeschreibung bei Grenzverschiebungen

2562 - *Grenzverschiebungen zwischen Nachbarn sind Handänderungen von Teilflächen. Zwei Vorgehensweisen sind möglich:*

a) Entweder wird die zu übertragende Teilfläche in einem ersten Schritt abgetrennt und als Parzelle grundbuchlich verselbständigt, in einem zweiten Schritt an den Nachbarn veräussert und eventuell in einem dritten Schritt mit seiner Parzelle vereinigt. Anschliessend wird das soeben eröffnete neue Grundbuchblatt wieder geschlossen.

b) Oder die Teilfläche wird in einer einzigen Mutation von der Parzelle des Veräusserers abgetrennt und derjenigen des Erwerbers zugeschlagen.

In der öffentlichen Urkunde ist beidemale der Plan der zu veräussernden Teilfläche als Beilage beizufügen, und es sind die von der Mutation betroffenen Parzellen zumindest mit ihrer grundbuchlichen Nummer eindeutig zu bestimmen.

Fn 227 - Vgl. einen solchen Fall in BGE 107 II 211.

Fn 228 - Unklar ist BGE 103 II 112 i.S. Wildbolz/Schörg, wo von der wirklichkeitsfremden Annahme ausgegangen wird, der Veräusserer habe sich zur unentgeltlichen Erbringung zusätzlicher Bauleistungen verpflichten wollen, was ohne Nachbeurkundung zulässig und rechtswirksam gewesen sei. Der Streit drehte sich aber gerade darum, dass der Veräusserer die fertiggestellte Stockwerkeigentumspartelle nicht übertragen wollte, weil er aufgrund zusätzlicher Bauleistungen ein höheres als das beurkundete Entgelt beanspruchte und weil die Käuferin dieses nicht zu bezahlen bereit war. (Aus der bundesgerichtlichen Sachverhaltsdarstellung wird leider nicht restlos deutlich, welche Partei welche Zusatzleistungen verlangt bzw. bezahlt hat, so dass das bundesgerichtliche Dictum, unentgeltliche Zusatzleistungen des Veräusserers bedürften keiner Nachbeurkundung, in der Luft hängt).

****S. 732****

2563 - Erläuterung: Darüber hinausgehende kantonale Vorschriften, welche zur grundbuchlichen Eintragungsfähigkeit des Geschäftes auch eine vollständige Mitbeurkundung, d.h. Plandarstellung der durch den Erwerb kleiner und grösser werdenden Parzellen, verlangen, haben den Charakter blosser Ordnungsvorschriften. Die Kantone können die Darstellung der durch die Mutation vergrösserten Parzelle nicht zur Bedingung für die Gültigkeit des beurkundeten Geschäftes machen²²⁹.

2564 - Ob das Veräusserungsgeschäft gültig beurkundet ist, wenn die (entstandene) öffentliche Urkunde nur die vertragsgegenständliche Teilfläche eindeutig bestimmt, ohne zugleich die beiden be-

nachbarten Parzellen in ihrer gesamten Ausdehnung vor und nach der Mutation aufzuzeigen, ist allemal eine Frage des Bundesrechts, nicht des kantonalen Beurkundsrechts²³⁰.

f) Vereinfachte Beurkundung bei Grenzverbesserungen und bei Handänderungen an kleinen Parzellen

2565 - *Für die auf Vereinbarung beruhenden Grenzverbesserungen landwirtschaftlicher Grundstücke haben die Kantone von Bundesrechts wegen²³¹ ein vereinfachtes Verfahren der öffentlichen Beurkundung zu mässigen Gebühren festzusetzen. Manche Kantone kennen solche vereinfachten Verfahren auch bei kleinen nicht-landwirtschaftlichen Grundstücken²³².*

2566 - **Erläuterung:** Das vereinfachte Verfahren kommt namentlich bei Grenzberichtigungen zwischen privaten Nachbargrundstücken und

Fn 229 - Vgl. die abweichende Auffassung der AB FR über das Grundbuch, Entscheid vom 14.12.1989, ZBGR 72 (1991) S. 270 ff., mit der zutreffenden redaktionellen Kritik von JÜRIG SCHMID (S. 272). - Die fribourgische AB begründete ihre Auffassung mit der lakonischen Feststellung, die Veräusserung einer Teilfläche bewirke "Eintragungen bei zwei Liegenschaften. Demzufolge sind diese beiden Liegenschaften in der Veräusserungsurkunde zu beschreiben." - Demzufolge? - Zu beschreiben ist beim Grundstückkauf der Kaufgegenstand in bestimmter oder bestimmbarer Weise, nichts sonst. Art. 55 SchlT ZGB ermächtigt die Kantone nicht, weitere Requisite aufzustellen.

Fn 230 - Zur begrifflichen Unterscheidung der Nichtenstehung der öffentlichen Urkunde und der Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1480 ff.

Fn 231 - Der Gesetzgebungsauftrag an die Kantone findet sich in Art. 81 Abs. 3 des Landwirtschaftsgesetzes vom 3.10.1951, SR 910.1. Gemäss Art. 82 Abs. 2 des gleichen Erlasses dürfen die Kantone für solche Zusammenlegungen keine Handänderungssteuern oder ähnlichen Abgaben erheben.

Fn 232 - Vgl. solche Regelungen in **BE** ND Art. 18 und Dekret vom 16.11.1925 über das öffentliche Verurkundungsverfahren bei Übertragung des Eigentums an kleinen Grundstücken; **BS** GedrW Nr. 4a und 4b.

****§. 733****

zwischen solchen Grundstücken und der Allmend zur Anwendung²³³, wo Besichtigung der ausgesteckten neuen Grenze an Ort und Stelle den Vertragsparteien den Inhalt und die Tragweite des Geschäftes deutlicher zu Bewusstsein bringt, als was die Lesung eines Textes während des Beurkundungsverfahrens zu leisten vermag.

2567 - In diesen Fällen genügt eine Vermerkbeurkundung ohne Ingress und Beurkundungsvermerk, sofern eine kantonale Vorschrift oder Praxis dies ausdrücklich zulässt und nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt²³⁴. Der Vermerk wird auf dem Mutationsplan (d.h. dem amtlichen Vermessungsdokument, welches den alten und den neuen Zustand ersichtlich macht) angebracht. Er muss den Geschäftswillen und den Eintragungsauftrag an das Grundbuchamt im Sinne von Art. 963 Abs. 1 ZGB zumindest stichwortartig zum Ausdruck bringen. Er ist von den Parteien und der Urkundsperson zu unterzeichnen.

2568 - Die gleiche Vereinfachung kann getroffen werden bei Änderungen an Pfandrechten, Grundlasten, Dienstbarkeiten und Vormerkungen, die eine unmittelbare Folge einer solchen Übertragung sind. Sollen weitere Änderungen an diesen Rechten stattfinden, so muss die ordentliche Beurkundungsform eingehalten werden.

2569 - Es handelt sich um eine Form, welche den allgemeinen bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung zwar nicht entspricht, aber aufgrund des bundesrechtlichen Vorbilds in Art. 81 Abs. 3 des eidg. Landwirtschaftsgesetzes²³⁵ als vom Bundesgesetzgeber nicht nur toleriert sondern gewünscht betrachtet werden darf.

Fn 233 - Vgl. BE DkIG Art. 1 Abs. 1. Das Dekret erfasst Handänderungen im Zusammenhang mit Erstellung oder Veränderung von Strassen, Wegen, Kanälen, Bachbetten etc. im öffentlichen Interesse, ferner zwecks Grenzbereinigung, sofern der Preis für jeden einzelnen Grundstückabschnitt nicht über Fr. 500.-- liegt und die handändernde Fläche pro Grundstück oder Abschnitt 5 Aren nicht übersteigt und sofern (Abs. 2) keine Dienstbarkeiten, Grundpfandrechte etc. begründet oder berührt werden.

Fn 234 - Etwas anders sind die bernischen Vorschriften: Gemäss BE DkIG Art. 1 Abs. 5 umfasst die Urkunde die Messurkunde des Geometers und einen Textteil mit der Feststellung, dass der Notar die Parteien über die Mutation aufgeklärt hat, ferner die verbalen Willenserklärung der Parteien bezüglich der neuen Flächenangaben, die Eintragungsermächtigung an das Grundbuchamt, die Kaufpreisvereinbarung und weitere obligatorische Abreden, Kostentragung, Pfandentlassungen - alles auf vorgedrucktem Formular (Abs. 2), mit Datum, Parteiunterschriften und Notarunterschrift. Unterzeichnung in Gegenwart des Notars. Identitätsprüfung etc. erfolgt gemäss allgemeinen Grundsätzen (Abs. 3).

Fn 235 - Hier auferlegt der Bundesgesetzgeber den Kantonen die Pflicht, "für eine auf Vereinbarung beruhende Grenzverbesserung ... ein vereinfachtes Verfahren der öffentlichen Beurkundung zu mässigen Gebühren festzusetzen;" vgl. dazu JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 40, N 159.

****S. 734****

g) Kontrolle der Verfügungsbefugnis des Veräusserers

2570 - Die Urkundsperson hat bei Grundstücksgeschäften zu kontrollieren, ob die verfügende Person gemäss Grundbucheintrag Verfügungsbefugt ist. Ist diese Person verheiratet, so ist überdies ihre eherechtliche Verfügungsbefugnis zu kontrollieren. Handelt die Verfügungsbefugte Person durch einen gewillkürten Stellvertreter, so soll ihre Unterschrift auf der Vollmacht beglaubigt sein²³⁶.

2571 - Fehlt die Verfügungsbefugnis, so ist entweder ein entsprechender Vorbehalt in der Urkunde anzubringen, oder es ist von der Beurkundung abzusehen.

2572 - Erläuterung: Die öffentlich beurkundeten Grundstücksgeschäfte enthalten im wesentlichen Verpflichtungserklärungen der Vertragsparteien. Eine gültige Verpflichtung kann auch von einer Person eingegangen werden, die im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäftes über den versprochenen Leistungsgegenstand nicht Verfügungsbefugt ist. In der Praxis sind solche Verpflichtungsgeschäfte bezüglich fremder oder noch nicht existierender Leistungsgegenstände aber eine Ausnahme²³⁷.

2573 - In der Regel verpflichten sich die Vertragsparteien in der Meinung und im gegenseitigen Vertrauen, das Leistungsversprechen werde durch eine Verfügungsbefugte Person abgegeben. Aus diesem Grund, d.h. unter dem Gesichtswinkel der Wahrung von Treu und Glauben, soll die Urkundsperson die Verfügungsbefugnis kontrollieren und, wo sie ausnahmsweise fehlt und gleichwohl kontrahiert werden soll, die Besonderheit des Leistungsversprechens (durch eine nichtverfügungsbefugte Person) in der Urkunde zum Ausdruck bringen (Ordnungsregel). Die vorbehaltlose notarielle Beurkundung einer Person als Grundstücksverkäufer, welche nicht Eigentümerin des Kaufgegenstandes ist, erweckt in den Augen des Käufers und in denjenigen Dritter den falschen Anschein, diese Person sei tatsächlich Eigentümer²³⁸.

Fn 236 - Da der Grundbuchverwalter in der Regel die Beglaubigung der Vollmachtgeberunterschrift verlangt - und verlangen darf; vgl. Entscheid des RR GR vom 19.10.1981, RPR 1981/1982 S. 28 und Handbuch der Justizdirektion BE (1982), Ziff. II/2 und II/8 - soll die Urkundsperson bereits anlässlich der öffentlichen Beurkundung auf die Beibringung der Unterschriftsbeglaubigung dringen. Wenn sie den Vollmachtgeber und seine Unterschrift kennt, kann sie die Beglaubigung auf der Vollmacht im Abwesenheitsverfahren auch selber anbringen. Die fehlende Beglaubigung beschlägt nicht die Gültigkeit der vom Stellvertreter abgegebenen urkundlichen Erklärungen; vgl. Urteil des KG GR vom 1.7.1985, PKG 1985 Nr. 6, S. 24-33 (29); in gleichem Sinne BGE 99 II 159 (E. 2b S. 162).

Fn 237 - Ausgenommen hiervon ist die Errichtung von Grundpfändern durch den Erwerber eines Grundstücks, wo die Verpfändungserklärung in der Regel beurkundet wird, bevor der Verpfänder ins Eigentum eingetreten ist.

Fn 238 - Zur notariellen Pflicht, falschen Anschein zu vermeiden, vgl. Ziff. 1196 ff.

****§. 735****

2574 - Hinzu kommt, dass gemäss Art. 965 Abs. 1 ZGB der Grundbuchverwalter die Verfügungsberechtigung zu prüfen haben wird und dass die Urkundsperson sich um die Schaffung eintragungsfähiger Belege zu bemühen hat. Ist die sich in der öffentlichen Urkunde zu einer grundbuchlichen Verfügung verpflichtende Partei zur Zeit noch nicht verfügungsbefugt, so hat die Urkundsperson die Frage zu klären, auf welche Weise diese Person bis zum Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung die Verfügungsbefugnis erwerben will²³⁹.

2575 - Besonders wichtig ist die Klarstellung fehlender Verfügungsbefugnis auch deshalb, weil in der öffentlichen Urkunde regelmässig nicht nur die Verpflichtung des Veräusserers zur Eigentumsübertragung, sondern bereits auch die Verfügungserklärung, nämlich die Anweisung an das Grundbuchamt zur grundbuchlichen Fertigung im Sinne von Art. 963 ZGB, abgegeben wird. Mit der Abgabe dieser Erklärung behauptet der Erklärende implizit, dass er verfügungsbefugt ist. Die Richtigkeit dieser Behauptung muss aus der Sicht des Käufers als wesentliche Vertragsgrundlage im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR betrachtet werden; stellt sich nach Vertragsschluss heraus, dass sich der Veräusserer zu Unrecht als verfügungsbefugt ausgegeben hat, so ist das Geschäft anfechtbar. Die Urkundsperson hat sich darum zu bemühen, solche Anfechtbarkeit zu verhindern.

2576 - Verfügt eine verheiratete Person über Grundeigentum, so ist deren Verfügungsbefugnis unter dem Gesichtswinkel des Eherechts zu kontrollieren, und es sind gegebenenfalls in der Urkunde die entsprechenden Vorbehalte anzubringen²⁴⁰.

h) Vorkehren gegen gesetzliche Pfandrechte und öffentlichrechtliche Lasten

2577 - *Die Urkundsperson hat im Rahmen ihrer Belehrungspflicht den Grundstückserwerber auf allfällige Risiken hinzuweisen, die ihm aufgrund gesetzlicher, bei Vertragsschluss noch nicht bestehender oder nicht erkennbarer Pfandrechte drohen können*²⁴¹.

Fn 239 - Offensichtlich ist dieser künftige Erwerb, wenn der Grundstückskäufer gleichzeitig mit der Unterzeichnung der Kaufsurkunde bereits seinen künftigen Besitz, zwecks Finanzierung des Kaufpreises, mit Grundpfändern belastet.

Fn 240 - Vgl. hierzu das **Kreisschreiben** der Verwaltungskommission des OG ZH an die Notariate und Grundbuchämter über **neues Eherecht und Grundbuch** vom 16. Dezember 1987, ZR 87 (15) S.34-40, ferner KURT WISSMANN, Das neue Ehegüterrecht, ZBGR 67 (1986) S. 321-368.

Fn 241 - So Urteil des KG VS vom 11.5.1979, RVJ 1980 119-125 (125); TI Regolamento d'applicazione della LN Art. 28a und diesbezüglich BGE vom 7.5.1987, Rep 1989 S. 114/115 (in italienischer Sprache).

****§. 736****

2578 - *Desgleichen hat die Urkundsperson, wenn die Umstände besondere diesbezügliche Risiken nahelegen, auf die den jeweiligen Grundeigentümer treffende Haftung für rückständige Anschlussgebühren, Anwänderbeiträge, ferner für Beseitigungskosten für Altlasten*²⁴² *(Bodenverunreinigung durch gewässergefährdende Stoffe) hinzuweisen.*

2579 - *Gegebenenfalls hat die Urkundsperson geeignete Vorkehren zur Abwendung solcher Risiken im Rahmen der Vertragsgestaltung und im Vollzug zu empfehlen.*

2580 - **Erläuterung:** Routinemässig ist in Kantonen, welche gesetzliche Pfandrechte für rückständige Steuern²⁴³ und Beiträge des Grundstückverkäufers kennen, eine Gestaltung des Leistungsaustauschs vorzuschlagen, bei welcher eine Treuhandstelle mit der Abzweigung eines entsprechenden

Betrags vom Kaufpreis betraut wird. Als Treuhandstelle kann die Urkundsperson selber ihre Dienste anbieten.

2581 - Das gleiche gilt generell bei der Veräusserung von Neubauten und von Grundstücken, die in jüngster Zeit umgebaut oder renoviert wurden.

i) Eintragungsbewilligung (Eintragungsermächtigung) gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB und ihr Widerruf; Grundbuchanmeldung und Anmeldungsrückzug

aa) Begriffliches

2582 - *Wird in der öffentlichen Urkunde eine Verpflichtung zur Verfügung über Grundeigentum eingegangen, so erfordert die Erfüllung dieser Verpflichtung*

(a) eine vom zuständigen Rechtsinhaber ausgehende, einseitige Verfügungserklärung, in Gestalt einer schriftlichen (nicht notwendigerweise öffentlich beurkundeten) Handlungsanweisung an das Grundbuchamt (auch Eintragungsbewilligung, Eintragungsantrag, Eintragungsermächtigung, Fertigungsermächtigung oder Auftrag an das Grundbuchamt genannt) und

(b) die physische Zustellung der Eintragungsbewilligung mitsamt dem dazugehörenden Rechtsgrundaussweis (z.B. mit der Kaufsurkunde) an das Amt.

2583 - Erläuterung: Die schriftliche Erklärung des Grundeigentümers, d.h. jener Antrag an den Grundbuchverwalter, eine bestimmte Verfügung des bisherigen Grundeigentümers zu vollziehen, ist eine Erklärung **an**

Fn 242 - Zur vertraglichen Regelung der Altlastenproblematik vgl. Ziff. 2495.

Fn 243 - Zu notariellen Belehrungspflicht bezüglich der steuerlichen Folgen des beurkundeten Geschäftes vgl. Ziff. 1750, zur Steuerberatung Ziff. 1818 und 654.

****S. 737****

die Adresse des Grundbuchverwalters²⁴⁴. Durch die bloss Abgabe dieser Erklärung gegenüber dem Käufer oder Grundpfandgläubiger hat der Eigentümer noch nicht verfügt. Solange die Erklärung nicht beim Grundbuchamt eingetroffen ist, ist sie widerruflich. Nachher ist sie unwiderruflich²⁴⁵.

2584 - HOMBERGER²⁴⁶ bezeichnet die Eintragungsbewilligung des Eigentümers und die Grundbuchanmeldung als keine voneinander verschiedenen Willenserklärungen. Diese Auffassung wird der Praxis insofern nicht gerecht, als die Eintragungsbewilligung notwendigerweise eine einseitige Erklärung der über ihr Grundeigentum verfügenden Person ist, wogegen die Grundbuchanmeldung in der Praxis als ein Akt erscheint, der von sämtlichen am Geschäft beteiligten Personen ausgeht. Demgemäss tragen Eintragungsbewilligung und Grundbuchanmeldung in der Regel verschiedene Unterschriften: Die erstgenannte ist notwendigerweise von der verfügenden Person oder ihrem lebzeitigen Vertreter unterzeichnet, die zweitgenannte in der Regel durch die Urkundsperson, welche die Grundbuchanmeldung sinngemäss namens sämtlicher Vertragsparteien²⁴⁷ unterschreibt. Die Grundbuch-

Fn 244 - Nach WIELAND, Zürcher Kommentar (1909) N 2 zu Art. 963 ZGB (S. 559) auch an die Adresse des Käufers. WIELAND stand mit seiner Auffassung der Figur der dinglichen Einigung des deutschen Rechts nahe, die neuerdings von DESCHENAUX, Le registre foncier, SPR V/II (1983) S. 236 wieder aufgenommen worden ist; vgl. hiezu WOLFGANG WIEGAND, Doppelverkauf und Eigentumserwerb - Wer zuerst kommt, mahlt zuerst?, BN 1985, S. 11-30 (17).

Fn 245 - Verfügt ist erst dann, wenn die Grundbuchanmeldung beim Grundbuchamt eintrifft, dann aber - unter Vorbehalt eines von allen Parteien veranlassten Rückzugs der Grundbuchanmeldung - irreversibel und unabhängig vom Zeitpunkt, in welchem der Hauptbucheintrag des angemeldeten Geschäftes erfolgt; vgl. BGE 115 II 221-231 i.S. Schwarz / Waser (Änderung der früheren gegenteiligen Rechtsprechung, die in der neueren Litera-

tur fast einhellig kritisiert worden war). Diesem Bundesgerichtsentscheid vom 20.6.1989 war bereits am 25.6.1975 ein Entscheid des Aargauischen Departements des Innern i.S. B.L.-N., AGVE 1975 S. 506-511, vorgegangen, in welchem diese kantonale Behörde die alte Praxis verworfen und die 14 Jahre später auch vom Bundesgericht übernommene neue Praxis eingeleitet hatte. Im aargauischen Entscheid heisst es: "Zwischen dem Veräusserer und der anmeldungsberechtigten Urkundsperson besteht ein Auftrags- und Stellvertretungsverhältnis. Der Notar bringt die Anmeldung als Beauftragter und Stellvertreter des Veräusserers beim Grundbuchamt an. Der Auftraggeber kann deshalb gegenüber der Urkundsperson den Auftrag und die Vollmacht zur Anmeldung des Geschäftes widerrufen, solange dasselbe noch nicht beim Grundbuchamt angemeldet ist. Dagegen ist ein Widerruf gegenüber dem Grundbuchamt rechtlich wirkungslos, weil dieses in keinem Auftragsverhältnis zum Veräusserer steht. Die an das Grundbuchamt gerichtete Anweisung der Beschwerdeführerin, nicht zu «grundbuchen», ist daher unbeachtlich." (S. 511).

Fn 246 - HOMBERGER, Zürcher Kommentar (1938) N 3 zu Art. 963 ZGB.

Fn 247 - Wird die Grundbuchanmeldung nicht von der Urkundsperson, sondern von einem Stellvertreter der über ihr Grundeigentum verfügenden Person unterzeichnet, so muss diese ihre Vertretungsmacht gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen, und

****S. 738****

anmeldung - nicht jedoch die Eintragungsbewilligung des Verfügungsberechtigten - ist unnötig, wo der Grundbuchverwalter nach kantonalem Recht die Beurkundung durch Einschreibung in das Urkundenprotokoll vornimmt (Art. 948 Abs. 3 ZGB und Art. 30 GBV). Hier ersetzt die Beurkundung die Anmeldung²⁴⁸. Wird eine Grundbucheintragung aufgrund richterlichen Urteils oder aufgrund einer Gesetzesvorschrift vom Nicht-Verfügungsberechtigten verlangt, so ist eine Grundbuchanmeldung erforderlich, nicht jedoch eine Eintragungsbewilligung des Verfügungsberechtigten²⁴⁹.

2585 - Die Eintragungsbewilligung des Eigentümers kann schriftlich erklärt, dokumentiert und öffentlich beurkundet worden sein, ohne dass die Grundbuchanmeldung erfolgt ist. Sodann kann die Eintragungsbewilligung gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB am Datum A erklärt und beurkundet, und es kann als Tag der Grundbuchanmeldung das Datum B vereinbart und beurkundet werden²⁵⁰.

2586 - Zuzustimmen ist HOMBERGER insofern, als die Eintragungsbewilligung erst vom Tage der Grundbuchanmeldung an ihre Dispositionswirkung entfaltet, und zwar nicht nur inter partes, sondern auch mit Drittwirkung²⁵¹. Die schriftliche Erklärung der Eintragungsbewilligung

zwar durch eine Vollmacht mit beglaubigter Originalunterschrift der Vollmachtgeberin. Eine Telefax-Vollmacht genügt nicht; vgl. OG LU, Justizkommission, Entscheid vom 16.7.1990, ZBGR 73 (1992) S. 286 und LGVE 1990 I s. 20, Nr. 14.

Fn 248 - So ROLAND PFÄFFLI, Das Antragsprinzip im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Erbgangs, BN 1985, S. 63-77 (63).

Fn 249 - Vgl. ROLAND PFÄFFLI, Das Antragsprinzip im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Erbgangs, BN 1985, S. 63-77 (64).

Fn 250 - Eine vor dem Datum B erfolgende, verfrühte Grundbuchanmeldung hätte in einem solchen Fall keine Übertragungswirkung; die Rechtswirkung könnte auch nicht hinterher eintreten, wenn das verfrüht angemeldete Geschäft bis zum Datum B beim Amt liegen bleibt. Vielmehr muss das verfrüht angemeldete Geschäft zurückgezogen und am Datum B (oder nachher) erneut angemeldet werden. Das Grundbuchamt kann um der Rechtssicherheit willen nur unverzüglich ausführbare Anmeldungen entgegennehmen; vorbehalten bleibt die Behebung von Mängeln an den Anmeldebelegen, welche keine Nachbeurkundung unter späterem Datum erfordern, sondern während des grundbuchlichen Eintragsverfahrens korrigiert werden können. Diesbezüglich soll der Grundbuchverwalter den Anmeldenden wenn immer möglich Gelegenheit geben, die Mängel unter Wahrung des Anmelde datums zu verbessern. Eine beschwerdefähige Abweisung der Anmeldung und damit die Kanzellierung des Anmelde datums soll nur erfolgen, wenn die Anmeldenden zu einer Behebung korrigierbarer Mängel nicht innert einer ihnen vom Grundbuchverwalter angesetzten Frist Hand bieten.

Fn 251 - Nachträglich beim Grundbuchverwalter eintreffende Grundbuch- und Kanzleisperren können den (bis dahin vielleicht noch nicht erfolgten) Hauptbucheintrag nicht mehr verhindern; vgl. ROLAND PFÄFFLI, Die Auswirkungen des neuen Ehe- und Erbrechts auf die Grundbuchführung, BN 1986, S. 281-292 (283, Beispiel A); BGE Pra. 73 (1984) Nr. 218: "In der Tat konnte die [nach erfolgter Grundbuchanmeldung, aber vor erfolgtem

Hauptbucheintrag ergangene richterliche] Verfügungsbeschränkung nach Massgabe von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auf die Eintragung im Haupt-

****§. 739****

und ihre physische Zustellung an das Grundbuchamt zusammen bestimmen das Datum des dinglichen Rechtsübergangs, sofern sich der ebenfalls angemeldete Rechtsgrundaussweis anlässlich der amtlichen Prüfung als eintragungsfähig erweist.

2587 - Die Eintragungsbewilligung gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB als einseitige Willenserklärung ist von der Grundbuchanmeldung gemäss Art. 963 Abs. 3 und GBV Art. 11-17 auch insofern zu unterscheiden, als die erfolgte Anmeldung bis zum Datum des Hauptbucheintrags zurückgezogen werden kann, wenn sämtliche am Grundgeschäft beteiligten Parteien dies gemeinsam beantragen²⁵².

2588 - In der Regel wird nicht bloss jener Rechtsgrundaussweis, auf welchen sich die hievor erwähnte Eintragungsbewilligung bezieht, sondern es werden alle zu dem Geschäft gehörenden Belege (Löschungsbewilligungen für abzulösende Grundpfandrechte, Errichtungsakte für neu zu begründende Grundpfandrechte, Vertragsdoppel zwecks Visierung durch das Grundbuchamt etc.) mit einem von der Urkundsperson unterzeichneten Begleitblatt, der "Grundbuchanmeldung" (auf vorgedrucktem Formular), an das Grundbuchamt übermittelt. Dieses Anmeldeformular enthält seinerseits nochmals die Handlungsanweisung an das Grundbuchamt, sämtliche zum Vollzug der beiliegenden Rechtsgrundaussweise erforderlichen Amtshandlungen vorzunehmen. Das Anmeldeformular wird von der Urkundsperson sinngemäss (jedoch nicht ausdrücklich) namens sämtlicher Klienten unterzeichnet. In der vorliegenden Arbeit wird unter Grundbuchanmeldung die von der Urkundsperson oder einem Beauftragten sämtlicher

buch keinen Einfluss mehr haben [...]; denn die Wirkung der Eintragungen in das Hauptbuch wird auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen (Art. 972 Abs. 2 ZGB). Deshalb kann, nachdem der verfügungsberechtigte Eigentümer die Anmeldung i.S. von Art. 963 Abs. 1 ZGB vorgenommen und sich gemäss Art. 965 ZGB über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund ausgewiesen hat, eine in der Folge erlassene Verfügungsbeschränkung die Verfügung des Eigentümers nicht mehr verhindern. Diese Lösung [...] wird von der Lehre allgemein anerkannt" (mit Verweis auf LIVER, Eigentum, in SPR V/1 (1977) S. 1 ff. (140) u.a.). "Nach der Meinung der zit. Autoren macht auch eine kantonale rechtliche Grundbuch- oder Kanzleisperre die durch die Anmeldung auf dem Grundbuchamt und durch Eintragung in das Tagebuch getroffene Eigentumsverfügung nicht mehr rückgängig." - Kritisch hiezu äussert sich WOLFGANG WIEGAND, Doppelverkauf und Eigentumserwerb - Wer zuerst kommt, mahlt zuerst?, BN 1985, S. 11-30 (23 ff.), welcher in bestimmten Fällen eine gerichtliche verfügte Grundbuchsperrung mit der Wirkung der "Einfrierung" des grundbuchlichen Rechtszustandes (und der Aufhebung der Rechtswirkungen einer widerrechtlich ergangenen Grundbuchanmeldung) für erwägenswert hält. Fn 252 - So ROLAND PFÄFFLI, BN 1989, S. 419, Nr. 51; hatte die Urkundsperson auf Ersuchen einer Partei Interimsbescheinigungen mit Verpflichtungswirkung abgegeben, so darf der Rückzug des Geschäfts nur erfolgen, wenn die Urkundsperson gleichzeitig von solchen Verpflichtungen befreit wird; vgl. in diesem Sinne schon BGE 88 II 162-168 i.S. Magid/Desert.

****§. 740****

Beteiligten ausgehende Handlungsanweisung und Zustellung der Akten an das Grundbuchamt verstanden, im Gegensatz zur Eintragungsbewilligung, d.h. der schriftlichen Erklärung des Verfügungsberechtigten im obigen Sinne.

2589 - Ist die Grundbuchanmeldung gültig erfolgt, so kann weder die über ihre dinglichen Rechte verfügende Person ihre Eintragungsbewilligung widerrufen, noch kann die anmeldende Person die Anmeldung zurückziehen²⁵³.

2590 - Da die erwähnte Erklärung bis zu ihrem Eintreffen beim Grundbuchamt widerruflich ist, muss dem Verfügenden²⁵⁴ auch die Befugnis zustehen, die Grundbuchanmeldung zu verhindern. Er

kann demgemäss einseitig, d.h. ohne Mitwirkung der andern Vertragspartei, der Urkundsperson die verbindliche Anweisung erteilen, die Grundbuchanmeldung zu unterlassen.

2591 - Diese Befugnis muss auch dort angenommen werden, wo das kantonale Beurkundungsrecht den Urkundspersonen die Amtspflicht auferlegt, die von ihnen beurkundeten Grundbuchgeschäfte anschliessend unverzüglich zur Anmeldung zu bringen. Der ausdrückliche Widerruf bzw. die Instruktion des Grundeigentümers an die Urkundsperson, das Geschäft **nicht** anzumelden, hat grösseres Gewicht als die kantonalrechtliche Anmeldungspflicht der Urkundsperson²⁵⁵.

Fn 253 - So MANUEL MÜLLER, Die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts in Grundbuchsachen, BN 1991 S. 213-222 (230). - Das Gesagte muss auch für beschränkte dingliche Rechte immer dann gelten, wenn für deren Löschung nach erfolgten Hauptbucheintrag die Zustimmung eines Dritt-Berechtigten erforderlich wäre. Bei Inhaber- und Eigentümerschuldbriefen darf der Grundbuchverwalter dem Anmeldungsrückzug durch den Verpfänder nur stattgegeben, wenn er sich vorher vergewissert hat, dass die Urkundsperson keine Interimsbescheinigungen an Gläubiger ausgestellt hat.

Fn 254 - Nur ihm, nicht auch dem Erwerber; vgl. HOMBERGER, Zürcher Kommentar (1938) N 4 zu Art. 963 ZGB.

Fn 255 - In diesem Sinne bezeichnet HOMBERGER, Zürcher Kommentar (1938) N 18 zu Art. 963 ZGB, die kantonalrechtliche Amtspflicht von Urkundspersonen, die von ihnen beurkundeten Geschäfte beim Grundbuchamt anzumelden, als eine Ermächtigung, die "in gleicher Weise wie eine vertragliche jederzeit widerruflich" ist; sie "erlischt notwendig mit der Verfügungsbefugnis des Eigentümers, wie das z.B. bei dessen Tod oder Konkurs der Fall ist. Ein unwiderrufliches Mandat müsste einen unerträglichen Einbruch in die Struktur des Sachenrechtes bedeuten, indem sich in diesen Fällen der Verfügungsberechtigte schon mit Abschluss des obligatorischen Grundgeschäftes seines Verfügungsrechtes begeben hätte" (unter Verweis auf BGE 55 I 345). Hombergers Auffassung findet sich bestätigt im Entscheid der Aufsichtsbehörde über das Grundbuchamt des Kantons Fribourg vom 17.2.1971, ZBGR 53 (1972) S. 221-227: "Les cantons peuvent charger les officiers publics qui ont qualité pour dresser des actes authentiques de requérir l'inscription des actes reçus par eux. Il s'agit d'un mandat officiel comportant le pouvoir pour le notaire de faire les réquisitions nécessaires pour exécuter les actes qu'il a instrumentés. L'officier public est ainsi placé dans la situation qu'il aurait si les parties lui donnaient elle-mêmes mandat et procu-

****S. 741****

bb) Pflicht der Urkundsperson, ungesäumt anzumelden

2592 - *Wenn die Urkundsperson aufgrund kantonalen öffentlichen Rechts zur Grundbuchanmeldung von Amtes wegen verpflichtet ist oder wenn ihr die Grundbuchanmeldung von den Vertragsparteien anvertraut worden ist²⁵⁶, hat sie die Anmeldung so rasch als möglich nach der Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde, bzw., wenn ein späterer Anmeldungstag ausdrücklich vereinbart wurde, pünktlich an diesem Tage vorzunehmen und das dem Rechtserwerber zustehende Datum der Grundbuchanmeldung zu sichern.*

2593 - *Sind zwischen Beurkundung und Anmeldung weitere Abklärungen und Verrichtungen erforderlich, so hat die Urkundsperson die Parteien auf den voraussichtlichen Zeitbedarf hinzuweisen und zu ermitteln, ob die Parteien die vertragliche Bindung während einer möglicherweise längeren Wartezeit wirklich wollen. Ist dies nicht der Fall, so ist den Klienten zu empfehlen, mit der Beurkundung zuzuwarten, bis die für die vollständige Grundbuchanmeldung erforderlichen Abklärungen und Verrichtungen erfolgt sind.*

2594 - Erläuterung: Die Urkundsperson soll sich darum bemühen, mit vollständigem Dossier beim Grundbuch anzumelden. Ausnahmsweise mag sich aufdrängen, mit unvollständigen Akten anzumelden und einzelne Belege nachzureichen. Die unter Wahrung des Anmeldungsdatums nachreichbaren Belege können streng genommen nur Sachverhalte betreffen, welche im Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung bereits vorhanden waren, wie beispielsweise die Tatsache, dass das Grundstück, über welches verfügt wird, damals keine Familienwohnung im Sinne von Art. 169 ZGB gewesen ist. Bei strenger Betrachtungsweise sind Belege über nachträglich eingetretene Umstände

oder Vorgänge nicht nachreichbar, wie beispielsweise über eine nachträglich erklärte Genehmigung oder Zustimmung (Ehegattenzustimmung zur Veräusserung einer Familienwohnung im Sinne von Art. 169 ZGB²⁵⁷). Denn wenn die für die Verfügung erforderliche Zustimmung erst nachträglich erteilt wird, war die "verfügende" Person im Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung noch nicht verfügungsbefugt. Die Verfügungsbefugnis muss aber in diesem Zeitpunkt vorhanden gewesen sein²⁵⁸, auch wenn ihr vollständiger Nachweis erst später erfolgt.

ration à cet effet. Les cantons ne sauraient lui conférer un pouvoir plus étendu sans se heurter au droit fédéral. L'art. 16 alinéa 3 ORF dit d'ailleurs bien qu'ils peuvent «autoriser (ermächtigen) les personnes ...». Ce pouvoir légal peut être retiré par le disposant, comme une procuration privée ..." (S. 226).

Fn 256 - Dass es sich bei dieser Amtspflicht nicht um die Eintragungsbewilligung des Verfügungsberechtigten handeln kann, liegt auf der Hand. Es schafft Verwirrung, die Eintragungsbewilligung des Verfügungsberechtigten und den Anmeldeakt der Urkundsperson mit dem gleichen Begriff der Grundbuchanmeldung zu bezeichnen.

Fn 257 - Die Praxis ist diesbezüglich allerdings meist grosszügig und nimmt auch Willenserklärungen nachträglich entgegen, angesichts deren Fehlen im Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung eigentlich noch nicht verfügt werden konnte.

Fn 258 - Vgl. LVGE 1982 I Nr. 6.

****S. 742****

2595 - Grundsätzlich besteht kein schutzwürdiges Interesse des Verfügenden an einer Bedenkzeit für den Ermächtigungswiderruf bis zum Tag einer späteren Grundbuchanmeldung. Wenn ein solcher Widerruf wider Treu und Glauben, oder wenn ein Konkursausbruch seitens des Verfügenden zu befürchten ist, so entsteht für die Urkundsperson eine besondere Amtspflicht, die Grundbuchanmeldung notfalls auch mit unvollständiger Aktenlage sofort zu bewirken.

2596 - Auch bei **Amtsnotariaten**, bei welchen Beurkundungsfunktion und Grundbuchführung in einem Amt bzw. unter einem Dach vereint sind, soll die Grundbuchanmeldung als separater Beleg erstellt und unterzeichnet werden. Was gemäss Vertragswortlaut unverzüglich beim Grundbuchamt angemeldet werden kann, soll bei solchen Doppelämtern unverzüglich angemeldet werden. Wird gemäss Praxis des betreffenden Amtes auf die Erstellung einer separaten Anmeldung verzichtet, so hat das Geschäft mit der Fertigstellung der öffentlichen Urkunde als grundbuchlich angemeldet zu gelten.

cc) Verbindlichkeit der Weisung, nicht anzumelden

2597 - *Erhält die Urkundsperson von der verfügenden Person vor erfolgter Grundbuchanmeldung des Geschäftes die Anweisung, die Anmeldung zu unterlassen, so hat sie dieser Anweisung Folge zu leisten.*

2598 - Erläuterung: Das Gesagte gilt auch dann, wenn die notarielle Pflicht zur Grundbuchanmeldung im kantonalen Recht ausdrücklich verankert ist. Ist im Zeitpunkt des Erhalts einer solchen Anweisung schon angemeldet, so findet ein Rückzug der erfolgten Anmeldung nicht statt.

j) Grundstücktausch

2599 - Bezüglich der örtlichen Zuständigkeit und der Notwendigkeit zweier öffentlicher Urkunden im Falle des Tauschs von Grundstücken in verschiedenen Beurkundungsbezirken vgl. oben, Ziff. 2089. Müssen zwei Urkunden hergestellt werden, so sollen sie möglichst deckungsgleich formuliert sein.

k) Geschäfte über mehrere Grundstücken in verschiedenen Kantonen

2600 - Im Interesse der kantonalen Kontrollhoheit über die Beurkundung kantonaler Grundstücke sind Geschäfte, bei denen gleichzeitig über mehrere Grund-

****S. 743****

stücke in verschiedenen Kantonen Verpflichtungen eingegangen oder Verfügungen getroffen werden sollen, in so vielen Urkunden darzustellen, als verschiedene kantonale Beurkundungszuständigkeiten vorhanden sind. In jeder einzelnen Urkunde soll auf den Zusammenhang mit den andernorts beurkundeten Teilen des Geschäftes hingewiesen werden²⁵⁹.

2601 - Erläuterung: Ein solcher Hinweis und die ausdrückliche Beurkundung einer allfälligen Absprache, dass das einzelne Geschäft von der Gültigkeit oder von der Erfüllung anderer Geschäfte im Sinne einer *conditio sine qua non* abhängig sein und mit dem Hinfall bestimmter anderer Geschäfte ebenfalls dahinfallen solle, ist nützlich und allemal zu empfehlen, kann aber nicht als Gültigkeitserfordernis für das beurkundete Geschäft qualifiziert werden.

2. Verpfändung von Grundstücken

a) Ausstandsregeln

2602 - Bei der Errichtung eines Grundpfandes zugunsten eines namentlich bestimmten Gläubigers und bei der Errichtung eines Drittpfandrechts zur Sicherung der Schuld einer andern Person müssen neben dem Verpfänder auch der Gläubiger und der von der Drittverpfändung begünstigte Schuldner im Sinne der Ausstandsregeln als beteiligt gelten, d.h. das Geschäft ist Angelegenheit auch dieser Personen. Diesen Personen soll die Urkundsperson demgemäss nicht nahestehen.

2603 - Erläuterung: Die hier formulierte Ausstandsregel fehlt im kodifizierten kantonalen Recht an den meisten Orten. Sie ist als ungeschriebene Ordnungsvorschrift zu betrachten. Die freiberufliche Urkundsperson, welche Verwaltungsratsmitglied einer Bank ist, soll keine Grundpfandrechte zugunsten dieses Instituts beurkunden.

b) Beurkundungsvorgang

2604 - Für die Errichtung eines Grundpfandrechts genügt die Erklärungsabgabe durch den Verpfänder. Zur gültigen Verpfändung ist erforderlich, dass der Pfandgläubiger vorgängig seinen Vertragswillen gegenüber dem Verpfänder geäußert hat. Im Sinne einer Ordnungsregel soll der Verpfänder das Vorlie-

Fn 259 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 52, N 10 zu Art. 18; ZBGR 54 (1973) S. 232.

****S. 744****

gen dieser gläubigerseitigen Willensäusserung urkundlich bestätigen²⁶⁰. Der Pfandgläubiger und, bei Drittpfandverhältnissen, der Schuldner der pfandgesicherten Forderung, brauchen jedoch nicht vor der Urkundsperson zu erscheinen.

2605 - Erläuterung: Art. Art. 799 Abs. 2 ZGB²⁶¹ verlangt die öffentliche Beurkundung für den "Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandes"; mit dem Begriff des Vertrags ist ein zweiseitiges Geschäft gemeint. LEEMANN²⁶² kommentiert die erforderliche Form des Pfandvertrags dahingehend, dass nur das **Pfandbestellungsversprechen** der öffentlichen Beurkundung bedürfe. Hieran hält sich die Praxis seit Jahrzehnten. Die vom Pfandgläubiger ausgehenden Erklärungen werden nicht öffentlich beurkundet.

2606 - Da nur der "Vertrag" auf Errichtung eines Grundpfandes beurkundungsbedürftig ist, gilt die Errichtung eines Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefes als nicht-beurkundungsbedürftig. Denn in diesen Fällen wird kein Vertrag abgeschlossen, sondern es findet eine einseitige "Kreation" des Pfandrechts bzw. des Titels statt²⁶³; das zweiseitige Rechtsverhältnis zwischen Pfandschuldner und Pfandgläubiger entsteht hier mit der späteren Begebung des Titels. - Die Grundbuchpraxis verlangt allerdings öffentliche Beurkundung bei der Errichtung von Inhaber- und Eigentümerschuldbriefen in der Regel dann, wenn zugleich mit dem Schuldbrief bereits eine Gläubigeradresse angemeldet und dadurch die Zweiseitigkeit des Geschäftes - im Sinne eines Vertrages - für den Grundbuchverwalter ersichtlich wird²⁶⁴.

2607 - Bei der Errichtung von Grundpfandverschreibungen und Namensschuldbriefen verlangen manche kantonalen Beurkundungserlasse die Mitwirkung des Pfandgläubigers (als Vertragspartei) zumindest in einfacher Schriftform²⁶⁵, wobei sich die betreffenden Bestimmungen

Fn 260 - Empfehlenswert ist die Einleitung der Verpfändungserklärung mit einer entsprechenden Klausel wie beispielsweise: *"Aufgrund des mir von der X-Bank zugesagten Grundpfanddarlehens bestelle ich zugunsten dieser Bank nunmehr das nachfolgend beschriebene Grundpfand ..."*

Fn 261 - Art. 799 Abs. 2 ZGB: "Der Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandes bedarf zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung."

Fn 262 - LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 21 zu Art. 799 ZGB.

Fn 263 - LEEMANN, Berner Kommentar (1920/25) N 4 und 25 zu Art. 799 ZGB.

Fn 264 - Vgl. in diesem Sinne Entscheid der AB TI über das Grundbuch vom 2.1.1986, zusammengefasst in BGE 112 II 430 (italienisch), ZBGR 72 (1991) 238 (deutsch): "Nach Ansicht des Departementes [JD TI] kann sich derjenige, der sich verpflichtet, einen Pfandtitel als Sicherheit für ein Darlehen abzutreten, nicht auf Art. 20 GBV berufen, welcher die einfache Schriftform zulässt; das Versprechen, einen noch nicht errichteten Titel zu verpfänden, bedarf der öffentlichen Beurkundung (BGE 71 II 262)".

Fn 265 - Vgl. etwa ZH NV § 159: "Für die Beurkundung von Verträgen auf Errichtung eines Grundpfandes genügt die Anwesenheit des Pfandeigentümers. Die Mitwirkung des Gläubigers erfolgt in solchen Fällen durch eine schriftliche Erklärung." - SZ BeurkV § 12: "c) bei einseitigen Verträgen: Bei der Beurkundung von einseitig verpflichten-

****§. 745****

nicht darüber aussprechen, ob die Gläubigerzustimmung anlässlich der öffentlichen Beurkundung bereits vorliegen muss oder ob sie auch noch nachträglich beigebracht werden kann.

2608 - Aus beurkundungsrechtlicher Sicht ist die Verknüpfung der Frage des Formzwangs mit dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Pfandgläubigers im Zeitpunkt der Verpfändungserklärung nicht zu rechtfertigen. Weder die Belegfunktion der öffentlichen Urkunde noch der Schutz des Verpfänders vor Unbedacht erheischen eine unterschiedliche Vorgehensweise im einen und im anderen Fall. Es ist nicht nur sinnlos, sondern geradezu inkonsequent, aus dem Wort "Vertrag" in Art. 799 ZGB den Formzwang abzuleiten, wann immer der Gläubiger bereits bekannt ist, diesen Gläubiger dann aber in das Beurkundungsverfahren nicht einzubeziehen, sondern für seine Erklärungsabgabe die einfache Schriftform genügen zu lassen (oder auch darauf zu verzichten²⁶⁶).

2609 - Statt der beurkundungsrechtlich nicht definierbaren schriftlichen Gläubigerzustimmung sollte die Beurkundungspraxis auf eine urkundliche **Erklärung des Verpfänders** Gewicht legen, in welcher dieser zum Ausdruck bringt, dass ein bestimmter Gläubiger ein Darlehen gewährt oder in Aussicht gestellt und als Sicherheit die Errichtung des nachgenannten Grundpfandes verlangt habe. Demgemäss verpfände der Erschienene hiermit nun zugunsten dieses Gläubigers sein Grundstück X. - Eine solche Formulierung bringt zum Ausdruck, dass nicht eine bloss Offert-Erklärung, sondern dass die Annahmeerklärung beurkundet wird; denn die öffentliche Urkunde hat den unmittelbar wirksamen vertraglichen Bindungswillen des Verpfänders, nicht bloss seinen Willen zur Stellung einer Offerte zu dokumentieren.

2610 - Die Gültigkeit der Verpfändungserklärung als Rechtsgrundaussweis für das Grundbuch hängt aber nicht von einer urkundlichen Erklärung im dargestellten Sinne ab, auch nicht vom Vorliegen einer schriftlichen Gläubigerzustimmung oder von deren Erwähnung in der Urkunde, erst recht nicht von der nachträglichen Beibringung der privatschriftlichen Gläubigerzustimmung auf separatem Papier oder durch "Gegenzeichnung" der öffentlichen Urkunde. All dies ist für die Entstehung der öffentlichen Urkunde ebenso unnötig wie für die

den Verträgen, insbesondere bei der Bestellung eines Grundpfandes oder der Errichtung einer Bürgschaft, muss nur die sich verpflichtende Person vor der Urkundsperson erscheinen, sofern die Zustimmung der berechtigten Partei schriftlich beigebracht wird." - ZG BeurkG § 17: "Bei der Beurkundung von einseitig verpflichtenden Verträgen, insbesondere bei der Bestellung eines Grundpfandes und bei der Eingehung einer Bürgschaft, genügt es, wenn nur die verpflichtete Partei vor der Urkundsperson erscheint, sofern die Zustimmung der berechtigten Partei schriftlich beigebracht wird."

Fn 266 - So die Basler Praxis.

****S. 746****

Gültigkeit der beurkundeten Verpfändungserklärung - sofern nur die Gläubigererklärung in irgend einer Form dem Verpfänder **vorgängig der öffentlichen Beurkundung der Verpfändungserklärung** zugegangen ist. Denn die zugunsten eines namentlich bestimmten Gläubigers abgegebene Verpfändungserklärung wäre blosser Offenerklärung und damit nicht Vertragsbeurkundung im Sinne von Art. 799 Abs. 2 ZGB, wenn der betreffende Gläubiger von der Verpfändung nichts weiss und seinen diesbezüglichen Vertragswillen gegenüber dem Verpfänder nicht bereits geäussert hat.

c) Gestaltung der Urkunde

2611 - Bezüglich der Angabe der dem Pfandrecht im Range vorgehenden Belastungen des Pfandobjektes vgl. Ziff. 2550 ff.

d) Erwähnung künftiger Tatsachen in Gegenwartsform

2612 - *Errichtet der Grundstückserwerber im Hinblick auf seinen Erwerb Grundpfandrechte zugunsten der den Kaufpreis finanzierenden Bank, so ist mancherorts üblich, den Grundpfanderrichtungsakt schon vor dem Eigentumserwerb des Verpfänders so zu formulieren, als ob der Verpfänder bereits Eigentümer wäre und als ob sämtliche in dem (noch unerfüllten) Kaufvertrag vorgesehenen grundbuchlichen Verrichtungen bereits vorgenommen worden wären. Bei solcher Darstellungsweise wird ein künftiger grundbuchlicher Eintragungsstand als Beschreibung des Pfandgegenstandes (d.h. als Grundstücksbeschreibung) in die öffentliche Urkunde aufgenommen, und zwar in Gegenwartsform²⁶⁷.*

2613 - *Desgleichen ist es üblich, die Verpfändungserklärung mit der Anerkennung einer bestimmten Schuld einzuleiten und als Zweck der Verpfändung die Sicherstellung der genannten Schuld zu nennen, obwohl diese Schuld gegenwärtig noch nicht besteht, d.h. obwohl das Darlehen erst zugesagt, aber noch nicht ausbezahlt (valutiert) worden ist.*

2614 - *Eine solche Beurkundung zukünftiger Tatsachen in Gegenwartsform kann, aufgrund langdauernder, unangefochtener Usanz, als zulässig betrachtet werden. Angesichts der Möglichkeit, die Gegenwartsform aus den gesamten Umständen und aufgrund der erwähnten Usanz ohne weiteres als Beschreibung von etwas Zukünftigem zu interpretieren, liegt keine Falschbeurkundung vor.*

Fn 267 - So erklärt der künftige Eigentümer der Pfandsache etwa: "Zur Sicherstellung dieser Schuld errichte ich hiermit ein Pfandrecht als Grundpfandverschreibung *im ersten Rang an dem mir gehörenden Grundstück ...*".

****S. 747****

2615 - Erläuterung: Seitdem das Hypothekargeschäft weitestgehend von institutionellen Gläubigern, d.h. von Banken, Versicherungsgesellschaften und Pensionskassen, beherrscht wird, hat sich, im Sinne einer Vereinfachung, die Beurkundung von Schuldanerkennungen in der Gegenwarts- oder Vergangenheitsform²⁶⁸ eingebürgert, obwohl im Zeitpunkt der Beurkundung die solcherart anerkannte Schuld noch nicht besteht. Dieses auf eine breite und unangefochtene Praxis abgestützte Vorgehen kann nicht als Falschbeurkundung qualifiziert werden. Die Urkundsperson hat der Klientschaft zuweilen zu erläutern, dass praxisgemäss in der Urkunde als Tatsache dargestellt wird, was sich erst in der Zukunft verwirklichen wird.

2616 - Die urkundliche Bezeichnung eines noch nicht erworbenen Pfandgegenstands als gegenwärtiges Eigentum des Verpfänders und die Beurkundung der Schuldanerkennung für eine nicht-valutierte Schuld schafft in den Augen von Laien einen falschen Anschein. Der Urkundsperson obliegt es demgemäss, dafür zu sorgen, dass aus solchen Formulierungen keine Schäden aufgrund falschen Scheins entstehen können²⁶⁹. Die Urkundsperson soll beurkundete Schuldanerkennungen für nicht-valutierte Darlehen ausschliesslich an solche Gläubiger aushändigen, von denen kein Missbrauch zu befürchten ist, und sie soll solche Urkunden an die betreffenden Gläubiger direkt aushändigen, nicht also an die Klientschaft. Denn nicht nur ein unredlicher Gläubiger, auch die Klientschaft selber kann mit derartigen Urkunden Schaden anrichten, indem der falsche Anschein, erhebliche Darlehen erhalten zu haben, bei Dritten den Eindruck hoher finanzieller Vertrauenswürdigkeit erweckt und eine Motivation zur Gewährung neuer Darlehen schafft²⁷⁰.

Fn 268 - "Der Erschienene erklärt, von der X-Bank Fr. NNN als Darlehen erhalten zu haben" oder, beim Schuldbrief: "...erklärt, der X-Bank [oder: dem Inhaber; oder: dem Eigentümer] Fr. NNN zu schulden."

Fn 269 - Ein solcher Schadensfall lag offenbar dem Urteil des KGA GR vom 31.8.1987, PKG 1987 S. 71-74 zugrunde. - Unzutreffend erscheinen allerdings die Ausführungen in dem Entscheid, der betreffende Anwalts-Notar hätte eine nicht-valutierte Grundpfandverschreibung mit Schuldanerkennung nicht ans Grundbuch "zur Eintragung weiterleiten dürfen, es sei denn, er hätte F vorher auf das Risiko hingewiesen und dieser hätte dennoch ausdrücklich die Anmeldung beim Grundbuchamt gewünscht." - Nicht um die Belehrung über ein Risiko, sondern um die Vermeidung hätte sich der Anwalts-Notar in erster Linie zu kümmern gehabt. Der Grundbucheintrag des Grundpfandes schafft keinen Beweis, geschweige denn öffentlichen Glauben, für den Bestand der Schuld; das gleiche gilt für die Urkundenkopie, die an den Grundpfandgläubiger geht: Dem "Schuldner" steht immer der Nachweis der nicht erhaltenen Valuta oder der Tilgung der Schuld offen, auch gegenüber Dritten, welche diesbezüglich gegenüber dem "Schuldner" keinen gutgläubigen Erwerb geltend machen können.

Fn 270 - Die Überlegung eines angesprochenen Geldgebers kann etwa dahin gehen, dass er getrost eine Million ausleihen kann an eine Person, welche von der renommierten X-Bank bereits einen Kredit von mehreren Millionen erhalten hat. Grosse Schulden

****S. 748****

e) Interimsbescheinigungen zuhanden von Grundpfandgläubigern

2617 - *Freiberuflich tätige Urkundspersonen machen sich gegenüber Grundpfandgläubigern zuweilen dadurch dienstbar, dass sie diesen im Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung eines neu errichteten oder betragsmässig erhöhten Grundpfandes eine Bescheinigung ausstellen, welche dem Gläubiger Sicherheit geben soll, damit er schon vor der grundbuchlichen Erstellung des Schuldbriefs oder der grundbuchlichen Eintragungsbestätigung der Grundpfandverschreibung das pfandgesicherte Darlehen an den Schuldner ausbezahlen kann, und zwar vom Auszahlungstage an als ein hypothekarisch sichergestelltes²⁷¹.*

2618 - *Zwei Formen solcher Bescheinigungen werden unterschieden, nämlich*

(a) eine blosser Wissenserklärung der Urkundsperson, worin diese bescheinigt, dass ein bestimmtes Grundpfandrecht beurkundet und beim Grundbuchamt mit einem gewissen Rang auf der verpfändeten Parzelle angemeldet worden ist²⁷², ferner

(b) eine Wissens- und Willenserklärung, d.h. eine Erklärung im soeben beschriebenen Sinne, ergänzt durch eine Verpflichtungserklärung der Urkundsperson, dem Grundpfandgläubiger den Schuldbrief nach dessen Ausstellung durch das Grundbuchamt auszuhändigen (notarielle Einlieferungspflicht)²⁷³.

2619 - Erläuterung: Soweit die Interimsbescheinigung blosser Wissenserklärung ist, verdeutlicht sie die Rechtslage in den Augen des Gläubigers, ohne sie jedoch materiell zu ändern. Vom Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung an entsteht die notarielle Haftung gegenüber dem von dieser Anmeldung in Kenntnis gesetzten Gläubiger, und zwar als öffentlichrechtliche Haftung²⁷⁴, in der Regel beschränkt auf schuldhafte -

eines Debtors scheinen in der bankmässigen Bonitätsbeurteilung zuweilen gerade so vertrauensbildend zu wirken wie umfangreiche Aktiven: entscheidend scheint die grosse Zahl zu sein, nicht deren Vorzeichen. - Auch die Naivität begüterter Privatpersonen bei der Gewährung von Darlehen und Treuhandanlagen grenzt zuweilen ans Unvorstellbare.

Fn 271 - Vgl. zur Problematik der Interimsbescheinigungen FRIEDRICH, "Interimstitel" im Hypothekarwesen, ZGBR 52 (1971) 1-31.

Fn 272 - In der BRD werden solche Bescheinigungen demgemäss Rangbestätigungen genannt; vgl. DIETER HUHN / HANS-JOACHIM VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 489.

Fn 273 - Solche Bescheinigungen werden wegen ihrer interimistischen Funktion der zeitlichen Überbrückung des Intervalls zwischen Grundbuchanmeldung und grundbuchlicher Aushändigung der Eintragungsbestätigung oder des Schuldbrieftitels "Interimsbescheinigungen" oder "Interimstitel" genannt.

Fn 274 - Vgl. ERICH ALFRED FISCHER, Interimsurkunden im Grundpfandrecht, Basel 1977, S. 41; HANS-PETER FRIEDRICH, "Interimstitel" im Hypothekarwesen, ZGBR 52 (1971) 1-31 (20).

****§. 749****

Schadensverursachung. Kommt es in der Folge nicht zum Hauptbucheintrag und damit nicht zur Entstehung des Grundpfandes, und kommt der Gläubiger, der nach der Kenntnisnahme des erfolgten Grundbucheintrages das Darlehen ausbezahlt hat, wegen der Nichtenstehung des Grundpfandrechtes zu Verlust, so haftet die Urkundsperson für diesen Verlust nach Massgabe des kantonalen Notariats-Haftungsrechts, d.h. in der Regel nach Massgabe ihres Verschuldens.

2620 - Diese Haftung besteht unabhängig davon, ob die erfolgte Grundbuchanmeldung dem Gläubiger durch eine Interimsbescheinigung mitgeteilt oder ob sie ihm in anderer Weise zur Kenntnis gekommen ist. - Hat der Gläubiger das Darlehen nachweislich ausbezahlt, ohne von der bereits erfolgten Grundbuchanmeldung des Grundpfandrechtes Kenntnis zu haben, so ist sein allfälliger Verlust nicht kausal durch die Nichtenstehung des Grundpfandrechtes verursacht und kann aus diesem Grund nicht Anlass zu einer Notarhaftung geben.

2621 - Wenn weitergehende **Interimsbescheinigungen mit Garantiecharakter** ausgehändigt werden, so liegt privatrechtliches Handeln der Urkundsperson vor²⁷⁵. Hier lässt sich die Urkundsperson - unter dem Druck der Konkurrenzsituation im freiberuflichen Notariat - in Dinge ein, in die sie sich richtigerweise nicht einlassen darf. Das Risiko der Nichtenstehung eines Grundpfandrechtes trotz erfolgter Anmeldung muss, soweit es nicht durch ein haftungsrechtlich relevantes Verschulden der Urkundsperson begründet ist, allemal das ausschliessliche Risiko des Gläubigers sein. Es soll dem Gläubiger nicht durch die Urkundsperson abgenommen werden. Die Urkundsperson soll nicht in die Rolle des Kreditausfallversicherers zugunsten des Grundpfandgläubigers treten²⁷⁶. Wenn in gewissen Kantonen die Banken von den Notaren eine Einlieferungsverpflichtung in Form einer Garantie verlangen und wenn die Konkurrenzsituation zwischen den Notaren zu einer Dienstbereit-

schaft in dieser Richtung führt, so ist für ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde höchste Zeit. Der Notar verliert seine

Fn 275 - Vgl. ERICH ALFRED FISCHER, Interimsurkunden im Grundpfandrecht, Basel 1977, S. 83/84, mit Verweis auf HANS MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Kommentar, Bern 1964, N 17 in Verbindung mit N 25 zu Art. 1 NG BE vom 31.1.1909; FRIEDRICH, "Interimstitel" im Hypothekarwesen, ZGBR 52 (1971) 1-31 (20) und BGE 88 II 162-168 i.S. Magid/Desert. Wurde die Urkundsperson vom Verpfänder beauftragt, die Verpflichtungserklärung gegenüber dem künftigen Schuldbriefgläubiger abzugeben (selbstverständlich darf sich die Urkundsperson nur beim Vorliegen eines solchen Auftrags in entsprechender Weise verpflichten), so kann der Verpfänder gemäss Art. 402 Abs. 1 OR diesen Auftrag nur wirksam widerrufen, wenn er zugleich selber die Auslieferungsverpflichtung übernimmt und die Urkundsperson hievon befreit.

Fn 276 - Solche Garantien können - als freiwillig kontrahierte Zahlungspflichten - nicht von der Berufshaftpflichtversicherung der Urkundsperson abgedeckt sein. Die Berufshaftpflicht deckt nur die Folgen von notariellem Fehlverhalten. Sie greift nicht, wo kein solcher Fehler vorliegt.

****S. 750****

Unabhängigkeit und er gefährdet seine Zahlungsbereitschaft, wenn er derartige Garantien abgibt. Ist der kantonale Notarenverband nicht fähig, seine Mitglieder zu einer solidarischen Ablehnung der bankenseitigen Zumutungen zu veranlassen, so hat die Aufsichtsbehörde zum Rechten zu sehen.

2622 - Das erwähnte Risiko ist angesichts der wachsenden Regelungsdichte mit Pfandbelastungsgrenzen, Ausländergesetzgebung, Sperrfristen etc., angesichts auch des wachsenden Perfektionismus gewisser Grundbuchämter, die an bisher akzeptierten Urkundenformen plötzlich etwas aussetzen finden, vernünftigerweise nicht tragbar. Jedes Grundbuchamt ist befugt, seine Eintragungspraxis zu ändern und strenger zu werden etc. - Hinzu kommt, dass bei Schuldbriefen bis zur physischen Aushändigung des Titels an den Gläubiger keine dingliche Sicherheit besteht, und dass der künftige Schuldbriefgläubiger im Falle des Konkurses des Verpfänders in der Zwischenzeit zwischen Grundbuchanmeldung und Schuldbrief-Aushändigung auch kein dingliche Sicherheit mehr erwerben kann²⁷⁷. Die Urkundsperson kann also die Verschaffung der Pfandsicherheit gerade für diesen besonders wichtigen Fall grundsätzlich nicht garantieren. Zwar haftet sie nicht für eine unerfüllbare Obligation. Ultra posse nemo obligatur. Aber sie schafft mit der Interims-Garantie einen falschen Schein in den Augen eines möglicherweise rechtsunkundigen Gläubigers.

2623 - Soweit Interimsbescheinigungen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungscharakter haben und eine persönliche Garantie der Urkundsperson zugunsten des Gläubigers darstellen, kommt ihnen nicht der Charakter einer öffentlichen Urkunde zu, und zwar auch dann nicht, wenn solche Dokumente unrichtigerweise mit der amtlichen Notarunterschrift und dem Siegel versehen sein sollten. Denn mit der Ausstel-

Fn 277 - In diesem Sinne EVA LAREIDA, Der Schuldbrief aus wertpapierrechtlicher Sicht, Zürich 1986, S. 46, mit Verweis auf BGE 93 II 86 und 41 III 237 sowie auf DIETER ZOBL, Probleme bei der Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen, ZBGR 59 (1978) S. 193-229 (196) und PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar (1959) N 19 zu Art. 967 OR. - Vgl. Fälle, bei welchem die Gläubiger wegen Konkursausbruchs vor Titelbegebung zu Verlust gekommen sind, in den Urteil des OG ZH vom 20.10.1987, ZBGR 72 (1991) S. 86-90 und vom 18.10.1984, ZR 85 Nr. 115, S. 287 (vom Bundesgericht bestätigt am 11.3.1985), wo zutreffend ausgeführt wird (S. 288): "Die Übertragung des Schuldbriefrechtes kann auch nicht dadurch vollzogen werden, dass der Anspruch gegenüber dem Grundbuchamt auf Herausgabe des auszustellenden Titels abgetreten wird (sogenannte Aushändigungsklausel). [...] Ein Versprechen, den ausgestellten Titel dem Gläubiger auszuhändigen, [...] vermag aber das dingliche Recht am Titel nicht zu verschaffen, bevor dessen Besitz übergeht." - Beherzigenswert ist demgemäss die Empfehlung des zürcherischen Notariatsinspektorats, ZBGR 36 (1955) S. 229, in Interimsbescheinigungen regelmässig den Hinweis aufzunehmen, jemand anderes als der Grundeigentümer könne nur durch Übertragung des Schuldbriefs selbst daran Rechte erwerben; so auch FRIEDRICH, "Interimstitel" im Hypothekarwesen, ZGBR 52 (1971) 1-31 (25/26).

****S. 751****

lung einer persönlichen Verpflichtungserklärung handelt die Urkundsperson in eigenen Belangen. Die Urkundsperson kann eigene Verpflichtungen nicht selber beurkunden - sowenig sie beispielsweise ihre eigene Verbürgung selber zu beurkunden vermag²⁷⁸.

3. Begründung von Stockwerkeigentum

2624 - Bei der Begründung von Stockwerkeigentum soll die Urkundsperson auf ein gemeinschaftsfähiges Reglement auch dann hinwirken, wenn die Klientschaft sich vorwiegend von der Maximierung des Verkaufspreises für die einzelnen Wohnungen leiten lässt.

2625 - Erläuterung: Manche Bauunternehmer sind der Meinung, mit einem möglichst weitgehenden Ausbau individueller Ausschliesslichkeitsrechte sei der höchste Verkaufserlös zu erzielen. Aus diesem Grunde werden mancherorts zwingend gemeinschaftliche Teile, insbesondere der Umschwung des Gebäudes, so weitgehend als möglich einzelnen Stockwerken von Reglements wegen zur ausschliesslichen Sondernutzung zugewiesen. Denn die solcherart zugeordneten Flächen können gewissermassen individuell verkauft werden, wogegen die echt gemeinschaftlichen Flächen in geringerem Masse preisbestimmend sind. Für das spätere Zusammenleben der Stockwerkeigentümer können sich aus derartigen Konstruktionen langfristige Nachteile ergeben, die beim anfänglichen Erwerb nicht vorausgesehen werden, etwa, wenn eine bessere infrastrukturelle Erschliessung des Gebäudes durch den Inhaber eines reglementarischen Sondernutzungsrechts blockiert wird²⁷⁹.

Fn 278 - In diesem Sinne auch FRIEDRICH, "Interimstitel" im Hypothekarwesen, ZGBR 52 (1971) 1-31 (20), welcher die Rechtsnatur der Bescheinigung als öffentliche Urkunde im Sinne von Art. 9 ZGB nur für die Wissenserklärung bzw. Tatsachenbeurkundung, nicht auch für die persönliche Verpflichtungserklärung der Urkundsperson postuliert.

Fn 279 - ROLF WEBER, Minderheitenschutz beim Stockwerkeigentum, ZBGR 60 (1979) S. 144-177 (177), äussert sich skeptisch, indem er darauf hinweist, dass die notarielle Beratung "in den praktisch überwiegenden Fällen der einseitigen Begründung ebenfalls nicht zur Wirkung [kommt], weil der Notar die Interessen der späteren (hypothetischen) Käufer nur schwer abschätzen kann und der antragstellende Bauträger sich kaum zu Änderungen bewegen lassen wird. Diese beschränkte Kognition des Notars ist deshalb bedauerlich, weil ihm die präventiv wertvolle Funktion zukommen könnte, abwegige, sachwidrige und unbillige Gemeinschaftsbestimmungen zu verhindern."

****S. 752****

§ 84 Entkräftung des Schuldscheins gemäss Art. 90 OR

2626 - Die Entkräftungserklärung ist eine mit Behaftungswillen abgegebene Wissenserklärung des Gläubigers. Der Gläubiger lässt sich behaften bei seinem Wissen um die Nichtexistenz des Schuldscheins und bei seinem Willen, aus dem Schuldschein keine Rechte mehr abzuleiten.

2627 - Erläuterung: Unter den vom Obligationenrecht vorgesehenen Beurkundungen individueller Erklärungen steht die Entkräftung des Schuldscheins gemäss Art. 90 OR zuvorderst. Die wenigsten Urkundsperson haben Gelegenheit, jemals eine Entkräftungsurkunde gemäss Art. 90 OR auszufertigen. Das Kreditgeschäft liegt heue im wesentlichen bei institutionellen Kreditgebern, welche ihre Dokumentation nicht zu verlieren pflegen.

2628 - Die Entkräftungserklärung ist eine mit Behaftungswillen individuell abgegebenen Wissenserklärung; sie erfolgt im Rahmen eines Vertragsverhältnisses, in der Regel eines Darlehensverhältnisses, und dient zur Beendigung dieses Rechtsverhältnisses. Der Erklärende will sich bei seinem Wissen, dass es den Schuldschein nicht mehr gibt und dass die Schuld getilgt ist, in Zukunft behaften lassen. Dieser Behaftungswille wird mit öffentlichem Glauben beurkundet.

§ 85 Bürgschaftserklärung einer natürlichen Person

a) Umfang des Formzwangs

2629 - Beurkundungsbedürftig ist ausschliesslich die Erklärung des Bürgen²⁸⁰. Das kantonale Recht kann die Gläubigerzustimmung nur im Sinne einer Ord-

Fn 280 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 140, N 492, mit Verweis auf GEORGES SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgschaft, SPR VII/2 (1979) S. 315 ff. (399 f.), GIOVANOLI, Berner Kommentar (2.A. 1978) N 9 zu Art. 493 OR, VON TUHR/PETER, OR AT I (3.A. 1974 und 1979, mit Supplementband 1984) S. 238; SIDLER, Komm. LU (1975) S. 119, OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1945) N 17 und 67 zu Art. 493 OR.

****S. 753****

nungsregel vorsehen, nicht jedoch als Bedingung für die materiellrechtliche Formgültigkeit des beurkundeten Geschäftes²⁸¹. Auch wenn die schriftliche Gläubigerzustimmung vorliegt, kann die Urkundsperson nicht den zustande gekommenen Konsens beurkunden²⁸².

2630 - Die von Art. 493 Abs. 1 und 2 verlangte Angabe des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrages²⁸³ der Bürgenhaftung muss in eine einzige Zahl - in Ziffern oder Worten - gefasst sein. Blosser Bestimmbarkeit durch Beurkundung der Berechnungsweise genügt nicht²⁸⁴.

2631 - Die öffentliche Urkunde muss überdies alle für die konkrete Bürgenverpflichtung subjektiv wesentlichen (also für den Abschlusswillen erkennbar ausschlaggebenden) Vereinbarungen enthalten, mit Ausnahme jener Abreden, welche die Rechtsstellung des Bürgen erleichtern²⁸⁵.

2632 - Erläuterung: Gemäss Art. 13 Abs. 1 OR bedürfen mehrseitige Verträge der Unterschrift nur jener Personen, die durch den Vertrag verpflichtet werden sollen. Das nur für den Bürgen, nicht für den Gläubiger geltende Beurkundungsobligatorium ist Ausfluss aus der erwähnten, allgemeinen Regel. Da die Bürgschaftserklärung von Bundesprivatrechts wegen als einseitige Erklärung, ohne Dokumentation der Gläubigerzustimmung, rechtsverbindlich ist, kann das kantonale Beurkundungsrecht nicht die Schriftform für die Gläubigerzustimmung, und erst recht nicht die Erklärungsabgabe des Gläubigers in einem bestimmten Verfahren und binnen bestimmter Fristen verlan-

Fn 281 - So auch GIOVANOLI, Berner Kommentar (2.A. 1978) N 35 zu Art. 493 OR.

Fn 282 - Zur Unzulässigkeit, privatschriftlich vorliegende Erklärungen als Tatsache des "Erklärt-worden-seins" zum Gegenstand einer Sachbeurkundung zu machen, vgl. Ziff. 3064 ff.

Fn 283 - Für die praktizierende Urkundsperson spielt der Theorienstreit keine Rolle, ob es sich beim anzugebenden Haftungshöchstbetrag um ein essentielle negotii oder um eine besondere gesetzliche Formvorschrift handelt; zu beurkunden ist dieser Betrag allemal. - Im Sinne der erstgenannten Theorie GIOVANOLI, Berner Kommentar (2.A. 1978) N 25 zu Art. 493 OR, im Sinne der zweitgenannten JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 142, Anm. 319, und GEORGES SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgschaft, SPR VII/2 (1979) S. 315 ff. (400).

Fn 284 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 142, N 499, mit Verweis auf GIOVANOLI, Berner Kommentar (2.A. 1978) N 21 f. und 37 zu Art. 493 OR, GEORGES SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgschaft, SPR VII/2 (1979) S. 315 ff. (400), OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1945) N 36 zu Art. 493 OR.

Fn 285 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 143, N 502, mit Verweis auf BGE 78 II 225 ("soweit sie eine Abschwächung der Hauptverpflichtung bewirken"), GEORGES SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgschaft, SPR VII/2 (1979) S. 315 ff. (400), GIOVANOLI, Berner Kommentar (2.A. 1978) N 17 und 37 zu Art. 493 OR, BRUNO VON BÜREN, OR BT (1972) S. 287 Anmerkung 7a, derselbe, OR AT (1964) S. 144, OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1945) N 22 und 26 ff. zu Art. 493 OR.

Fn 286 - Vgl. einen Katalog "belastender" Nebenabreden bei JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 144, N 504-512, einen Katalog "erleichternder" Abreden S. 145, N 513-519.

****S. 754****

gen; diesbezügliche kantonale Beurkundungsvorschriften haben den Charakter von Ordnungsvorschriften, nicht von Gültigkeitsvoraussetzungen für die Bürgschaftsverpflichtung. Für die rechtliche Bedeutung der einseitig beurkundeten Erklärung des Bürgen vgl. Ziff. 1864 ff.

2633 - Um die Rechtsnatur der einseitig beurkundeten Bürgschaftserklärung als Annahmeerklärung im Sinne von Art. 3 OR deutlich zu machen, ist eine entsprechende Bezugnahme auf die gläubigerseitige Offerte empfehlenswert, beispielsweise mit den Worten: "Aufgrund des von der X-Bank unter Voraussetzung der nachstehenden Verbürgung zugesagten Kredites zugunsten des Hauptschuldners H. verpflichte ich mich gegenüber der X-Bank als Solidarbürge. Für diese Bürgschaft gelten die folgenden Bestimmungen: ...".

2634 - Mitbürgen brauchen ihre Bürgschaftserklärung weder gleichzeitig noch vor der gleichen Urkundsperson beurkunden zu lassen²⁸⁷. Hingegen ist im Falle der Mitbürgschaft der Gesamthafungsbetrag, nicht bloss der Kopfteil (die Quote) des einzelnen Bürgen anzugeben²⁸⁸.

2635 - Das in den beiden vorhergehenden Ziffern Gesagte gilt sinngemäss auch für die **Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft** und für das Versprechen zur Leistung einer Bürgschaft gemäss Art. 493 Abs. 6 OR²⁸⁹. Die beurkundungsbedürftigen Elemente der Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft umfassen nach herrschender Lehre

- (a) die Ermächtigung zur Eingehung einer bestimmten und hinreichend charakterisierten Bürgschaft,
- (b) den zahlenmässig bestimmten Höchstbetrag der Bürgenhaftung,
- (d) die Unterschrift des Vollmachtgebers und gegebenenfalls
- (d) den Willen des Vollmachtgebers, eine Solidarbürgschaft einzugehen.

2636 - Als nicht erforderlich wird angesehen, den gesamten wesentlichen Inhalt der abzuschliessenden Bürgschaft in der Vollmacht anzugeben²⁹⁰.

Fn 287 - Vgl. SIDLER, Komm. LU (1975) S. 119; OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1945) N 40 zu Art. 493 und N 15, 24, 34 zu Art. 497 OR.

Fn 288 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 143, N 500, mit Verweis auf OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1945) N 37 zu Art. 493 OR und N 24 zu Art. 497 OR.

Fn 289 - BE ND Art. 11 Abs. 2 erlaubt in diesen beiden Fällen die stille Selbstlesung, als Ausnahmeregel.

Fn 290 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 150, N 535, mit Verweis auf OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1945) N 77 zu Art. 493 OR.

****S. 755****

b) Notarieller Ausstand

2637 - *Neben dem Bürgen selber müssen auch der Gläubiger und der von der Bürgschaft begünstigte Schuldner als beteiligt gelten, d.h. das Geschäft ist Angelegenheit auch dieser Personen. Diesen Personen soll die Urkundsperson demgemäss nicht nahestehen.*

2638 - **Erläuterung:** Der potentielle Bürge steht typischerweise von zwei Seiten her unter Druck, seine Unterschrift zu leisten, nämlich vonseiten des Hauptschuldners und vonseiten des Gläubigers. Beide haben ein Interesse am Zustandekommen der Bürgschaft. Den Parteien des zu verbürgenden Hauptschuldverhältnisses soll die Urkundsperson demgemäss nicht nahestehen, wenn sie ohne Befangenheit den Bürgen vor unbedachter Unterschriftsleistung schützen soll.

c) Ehegattenzustimmung: Ermittlungs- und Kontrollhandlungen

2639 - *Unter dem Gesichtswinkel von Art. 494 Abs. 1 OR darf sich die Urkundsperson grundsätzlich mit Erklärungen des Bürgen über seinen Zivilstand und die für die Ehegattenzustimmungsbedürftigkeit relevanten Sachverhalte begnügen²⁹¹. Die Erklärungen sind in der Form der Erklärungsbeurkundung, nicht als notarielle Sachbeurkundung in die Urkunde aufzunehmen. Erfolgen Kontrollhandlungen, so sollen diese in der Urkunde genannt werden. Erfolgen keine Kontrollhandlungen, so ist auch dies in der Urkunde zum Ausdruck zu bringen²⁹². Im Einzelnen sollen folgende Ordnungsregeln beachtet werden:*

2640 - *Erklärt der Bürge, er sei unverheiratet, und ergeben sich aus den gesamten Umständen für die Urkundsperson keine Anhaltspunkte, dass die Erklärung unwahr sein könnte, so braucht die Urkundsperson keine weiteren Kontrollhandlungen vorzunehmen.*

2641 - *Erklärt der Bürge, er sei verheiratet, bedürfe der Ehegattenzustimmung aber nicht wegen eines einschlägigen Handelsregistereintrags im Sinne von Art. 494 Abs. 2 OR, so soll dem Bürgen auferlegt werden, diese Tatsache durch*

Fn 291 - In diesem Sinne ZH NV § 162 Abs. 1: "Der Bürge ist zu veranlassen, sich über seinen Zivilstand und, falls er verheiratet ist, darüber auszusprechen, ob einer der Gründe vorliege, welche die Zustimmung des Ehegatten entbehrlich machen."

Fn 292 - So ZH NV § 162 Abs. 1: Werden die Erklärungen des Bürgen, wonach die Ehegattenzustimmung nicht erforderlich ist, nicht urkundenmässig nachgewiesen und von der Urkundsperson also nicht kontrolliert, "so ist in der Beurkundung deutlich darzustellen, dass es sich um nicht nachgeprüfte Angaben des Bürgen handelt."

****S. 756****

einen Handelsregisterauszug neueren Datums zu belegen. Telephonische Rückfrage der Urkundsperson beim zuständigen Handelsregisteramt ist jenseits ihrer Amtspflicht und im Falle auswärtiger Ämter, zu denen keine persönlichen Beziehungen bestehen, meist auch nicht zielführend. In der Urkunde ist der betreffende Handelsregistereintrag anzugeben, ferner die Art seiner Kontrolle durch die Urkundsperson.

2642 - *Bringt der Bürge die schriftliche Zustimmungserklärung des Ehegatten zur Beurkundung mit, so soll die Urkundsperson kontrollieren, ob die Unterschrift in einer Weise beglaubigt ist, welche - zusammen mit den vom Bürgen mitgebrachten Ausweisschriften - sicherstellt, dass die zustimmende Person der Ehegatte ist. Fehlt es an der Möglichkeit rascher Kontrolle, so kann der Klient trotzdem die Beurkundung verlangen. Auf das Fehlen der Kontrolle soll in der Urkunde hingewiesen werden.*

2643 - *Eine Kontrollhandlung (Identitätsermittlung) ist auch vorzunehmen, wenn der Ehegatte zum Beurkundungsvorgang mitkommt²⁹³ und seine Zustimmungserklärung vor der Urkundsperson abgibt.*

2644 - **Erläuterung:** Die Urkundsperson braucht vom Bürgen nicht die Beibringung eines Zivilstandsregisterauszuges zu verlangen. Solches wäre - angesichts der kaum je vorgekommenen Fälle von Bürgschaftsbetrug und angesichts der Schwierigkeit, innert nützlicher Frist von Zivilstandsämtern derartige Bescheinigungen zu erhalten - eine das Verfahren unverhältnismässig belastende Vorsichtsmassnahme. In der Urkunde ist zu formulieren, der Bürge sei "nach seiner eigenen Erklärung unverheiratet".

2645 - Die Identifikation des anwesenden, zustimmenden Ehegatten ist wichtig, weil die bestehende Ehe gerade dieser zustimmenden Person mit dem Bürgen Gültigkeitserfordernis für die Bürgschaftsverpflichtung des letzteren ist. Dies begründet den Kontrollbedarf. Die Kontrolle erfolgt durch Einsichtnahme in ein kurantes Ausweispapier der zustimmenden Person, d.h. durch Kontrolle

der Übereinstimmung des Familiennamens mit demjenigen des Bürgen. Ist die Kontrolle momentan nicht möglich, weil der (angebliche) Ehegatte kein Ausweispapier mitgebracht hat, so soll die Urkundsperson die Urkunde zurückbehalten, bis das Ausweispapier nachgereicht wurde²⁹⁴.

Fn 293 - ZH NV § 162 Abs. 2

Fn 294 - Die Retention der Urkunde ist der Beurkundung eines Vermerks über die unterbliebene Identifikation vorzuziehen; denn solche Vermerke werden vom Urkundenadressaten leicht übersehen und bergen dann die Gefahr in sich, einem falschen Anschein geprüfter Gültigkeit Vorschub zu leisten.

****S. 757****

d) Notarielle Belehrung

2646 - Wenn sich der Bürge wirtschaftlich in eigener Sache verbürgt, d.h. zur Absicherung von Verpflichtungen einer von ihm beherrschten juristischen Person, erübrigt sich ein auf Schutz vor Unbedacht abzielendes Belehrungsgespräch. Ergibt sich jedoch, dass der Bürge ohne eigenes wirtschaftliches Interesse zugunsten eines Dritten bürgt, so ist seitens der Urkundsperson gegebenenfalls die Frage aufzuwerfen,

(a) ob der Bürge seinerseits angemessen sichergestellt worden sei und, wenn nicht,

(b) warum er sich auf die Sache einlasse und

(c), warum er nicht dem Hauptschuldner den verbürgten Betrag unmittelbar als Darlehen oder schenkungsweise zur Verfügung stelle.

Fehlt dem Bürgen für Letzteres die Liquidität, so muss seine Verbürgung als abenteuerlich bezeichnet und es muss ihm dieser Umstand zu Bewusstsein gebracht werden.

2647 - Erläuterung: Das Beurkundungsobligatorium bei der Verbürgung natürlicher Personen dient ausschliesslich dem Schutze des Bürgen vor Unbedacht, nicht dem Schutze der Gläubigerinteressen²⁹⁵. Klient ist allein der Bürge. Die notarielle Haftung für sorgfältige, die Interessen des Bürgen wahrende Beurkundungstätigkeit, insbesondere für richtige Belehrung, besteht nur gegenüber dem Bürgen, nicht auch gegenüber dem Gläubiger.

f) Schrifttechnische Gestaltung der Urkunde

2648 - Die Bürgschaftsurkunde kann unter kombinierter Verwendung eines vorgedruckten Formulars und eines notariell geschriebenen Textes hergestellt werden.

2649 - Erläuterung: Bei Bürgschaften zugunsten von Banken besteht in manchen Kantonen die Usanz, vorgedruckte Bankformulare mit einem hand- oder maschinengeschriebenen Ingress und einem ebensolchen Schlussteil zu versehen, bzw. Personalien und andere individuelle Angaben wie den Haftungsbetrag und den Namen des Hauptschuld-

Fn 295 - So JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 140, N 490, mit Verweis auf BGE 111 II 178, 93 II 383, 84 I 124, GEORGES SCYBOZ, Garantievertrag und Bürgschaft, SPR VII/2 (1979) S. 315 ff. (398 f.), OSER/SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar (2.A. 1945) N 9 der Vorbemerkungen zu Art. 492-512 OR sowie N 14 und 21 zu Art. 493 OR, GIOVANOLI, Berner Kommentar (2.A. 1978) N 33 zu Art. 493 OR, BRUNO VON BÜREN, OR BT (1972) S. 73 und 287.

****S. 758****

ners in dieser Weise in das Formular an den vorgesehenen Stellen einzutragen. Die Praxis widerspricht dem Grundsatz der schrifttechnischen Urkundenherstellung aus einem Guss²⁹⁶, ist jedoch angesichts des legitimen Bedürfnisses der institutionellen Gläubiger nach formulärmässig standardisierten Bürgschaftserklärungen gerechtfertigt²⁹⁷. Auch entsteht beim sorgfältigen und vollständi-

gen Ausfüllen eines Formulars weder der Eindruck einer Fälschung noch ein Risiko erleichterter Fälschungsmöglichkeiten.

g) Interessewahrung zugunsten des Gläubigers

2650 - Die Urkundsperson hat bei der Beurkundung der Bürgschaft alles zu vermeiden, was einem unredlichen Bürgen eine Täuschung des Gläubigers durch falschen urkundlichen Schein ermöglichen oder erleichtern kann.

2651 - Erläuterung: Der Gläubiger ist der Urkunden-Adressat. Als solcher darf er sich darauf verlassen, dass die öffentlich beurkundete Bürgschaftserklärung keine Mängel aufweist, welche die Ungültigkeit der Verpflichtung des Bürgen bewirken können. Er darf sich ferner darauf verlassen, dass die Urkundsperson die für die Gültigkeit des Geschäftes relevanten Voraussetzungen sorgfältig kontrolliert - oder dass sie die entsprechenden Vorbehalte mit aller nötigen Deutlichkeit dem Gläubiger zur Kenntnis gebracht hat.

2652 - Einen falschen Schein der gültigen Verbürgung erweckt die Urkundsperson namentlich dann, wenn sie die Nichterforderlichkeit der Ehegattenzustimmung oder das Vorliegen dieser Zustimmung selber bezeugt, ohne die diesbezüglich relevanten Sachverhalte pflichtgemäss abgeklärt zu haben. Falscher Schein entsteht auch, wenn die Urkundsperson auf einer beurkundungsbedürftigen Bürgschaftserklärung lediglich die Bürgenunterschrift beglaubigt²⁹⁸.

Fn 296 - Vgl. hierzu Ziff. 1341.

Fn 297 - BE NV Art. 10 Abs. 3 erlaubt ausdrücklich die Beurkundung von Bürgschaftserklärungen auf vorgedruckten Formularen.

Fn 298 - Vgl. einen solchen Fall im Urteil des KG VS vom 27.1.1984, RVJ 1984 S. 112-122; zu Unrecht hat das Gericht in dieser Entscheid die Haftung der Urkundsperson gegenüber dem getäuschten Gläubiger verneint. Wenn sich ein Betrüger mit den Ansinnen an die Urkundsperson wendet, auf einer beurkundungsbedürftigen Erklärung nur die Unterschrift zu beglaubigen (damit nämlich keine gültige Bürgenverpflichtung, wohl aber deren Anschein entstehen soll), so gehen vertragsrechtliche Erwägungen darüber, welche Belehrungspflichten die Urkundsperson gegenüber dem Betrüger allenfalls gehabt haben mag, an der Sache vorbei.

****S. 759****

§ 86 Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in das ganze Schuldnervermögen ohne vorgängige Betreuung

2653 - Die schweizerische Urkundsperson soll Unterwerfungsabsprachen gemäss ausländischem Recht nur beurkunden, wenn der sich unterwerfende Schuldner seinen Wohnsitz im Ausland hat oder wenn ausländisches Recht nach den Regeln des IPR als Vertragsstatut gilt oder aus wichtigem Grund von den Parteien gewählt wird. Die Ermöglichung der Unterwerfungsabsprache sollte bei der Rechtswahl nicht im Vordergrund stehen.

2654 - Zur Erstellung "vollstreckbarer Ausfertigungen"²⁹⁹ ist die schweizerische Urkundsperson nicht zuständig, solange die Bundesgesetzgebung hierzu keine ausdrückliche Grundlage schafft.

2655 - Erläuterung: Art. 50 Abs. 1 des Lugano-Übereinkommens, das am 1.1.1992 für die Schweiz in Kraft getreten ist, verleiht "vollstreckbaren Ausfertigungen" aus dem Ausland die Anerkennung in der Schweiz. Dabei geht es um folgendes: Nach dem Recht gewisser ausländischer Staaten, wozu alle vier Nachbarländer der Schweiz gehören, kann eine sich in öffentlicher Urkunde zu Geldleistungen verpflichtende Partei rechtswirksam den Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel und das ordentliche Betreibungsverfahren erklären. Die betreffende Absprache innerhalb der öffentlichen Urkunde lautet beispielsweise folgendermassen³⁰⁰: "Der Schuldner [z.B. der Käufer oder der Grundpfandschuldner] unterwirft sich wegen aller in dieser Urkunde eingegangenen Zahlungsverpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Der Gläubi-

ger [z.B. der Verkäufer oder der Grundpfandgläubiger] ist berechtigt, sich eine vollstreckbare Ausfertigung ohne Nachweis jener Tatsachen erteilen zu lassen, welche Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung sind." - Oder: "Wegen der vorstehend aufgeführten Forderung einschliesslich der Zinsen unterwirft sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Die Zwangsvollstreckung darf jedoch nicht vor ... [Datum] beginnen."

Fn 299 - Vgl. den Überblick über die betriebsrechtliche Rechtslage nach bisherigem internem und Staatsvertragsrecht der Schweiz bei FRANZ KELLERHALS, Vollstreckbare öffentliche Urkunden aus schweizerischer Sicht - Bemerkungen zur Ausgangslage, BN 1993, S. 1-24. - Die Revision des SchKG, welche die Grundlage für die Erteilung von Vollstreckbarkeitsklauseln durch schweizerische Urkundspersonen schaffen soll, ist im Gange.

Fn 300 - Die hier wiedergegebene Formulierung entstammt einer deutschen Urkunde.

****S. 760****

2656 - Tritt der Zahlungsrückstand des Schuldners ein, so wendet sich die Gläubigerin mit ihren Inkassobemühungen weder an die Betreibungsbehörde noch an den staatlichen Richter, sondern an eine Urkundsperson, welcher sie den Vertrag mit der beurkundeten Unterwerfungsklausel nachweist. Hierauf erstellt die Urkundsperson eine "Vollstreckbare Ausfertigung". Diese besteht aus einer Kopie des ursprünglichen Vertrags, auf welchem die Urkundsperson die "Vollstreckbarkeitsklausel" in Vermerkform anbringt. Die Vollstreckbarkeitsklausel lautet nach deutschem Recht beispielsweise folgendermassen: *"Diese mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird der Gläubigerin X. zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt. sig. Y, Notar."* Anlässlich der Erstellung der vollstreckbaren Ausfertigung trifft die Urkundsperson keine Prüfungspflicht. Etwas Abweichendes gilt nur dann, wenn zwischen den Parteien vereinbart worden ist, dass der Gläubiger der Urkundsperson bestimmte Tatsachen nachweisen oder bestimmte Behauptungen machen muss. Dann hat die Urkundsperson das Vorliegen solcher vertraglich definierter Voraussetzungen zu kontrollieren.

2657 - Gemäss ausländischem Vollstreckungsrecht kann mit einer solchen vollstreckbaren Ausfertigung bei der zuständigen staatlichen Behörde unmittelbar die Vornahme der Pfändung von Schuldnervermögen bewirkt und anschliessend zur Verwertung geschritten werden, wobei dem Schuldner allerdings einige Tage im voraus die vollstreckbare Ausfertigung zur Kenntnis gebracht und die bevorstehende Pfändung angezeigt wird. Nach deutschem Recht kann sich der Schuldner hiegegen nur mit einer "Vollstreckungsabwehrklage"³⁰¹ zur Wehr setzen.

2658 - Im Rahmen der notariellen Belehrung ist seitens der schweizerischen Urkundsperson darauf zu achten, dass Unterwerfungsklauseln nur bei Rechtsverhältnissen kontrahiert werden, bei denen im Falle eines Schuldnerverzugs keine unklaren Sachverhalte zu erwarten sind, ferner nur zugunsten von Gläubigern, von denen ein sauberes Geschäftsgebaren und im Falle unberechtigter Vollstreckung die Rückerstattung von zu Unrecht erhaltenen Leistungen erwartet werden kann. Von Unterwerfungsklauseln in Kauf-, Werk- und Dienstleistungsverträgen zulasten des Käufers und Bestellers ist abzuraten.

Fn 301 - Art. 767 DZPO; in der Vollstreckungsabwehrklage sind Einwendungen "nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen nach den Vorschriften dieses Gesetzes spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können." Die Klage führt also namentlich zum Erfolg, wenn der Nachweis der erfolgten Zahlung oder des mittlerweile erklärten Forderungsverzichts des Gläubigers erbracht wird. Durch die Einredenbeschränkung unterscheidet sich die Klage grundsätzlich von der Aberkennungsklage schweizerischen Rechts; die vollstreckbare öffentliche Urkunde kommt einem definitiven Rechtsöffnungstitel gleich (a.M. MONIQUE JAMETTI GREINER, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde, BN 1993 S. 37-63 [46], welche die betreffende Urkunde nur als provisorischen Rechtsöffnungstitel qualifizieren möchte).

****S. 761****

§ 87 Verpfründung

2659 - *Der Verpfründungsvertrag bedarf der gleichen Form wie der Erbvertrag (Art. 522 OR)³⁰².*

2660 - *- Steht der Verpfründungsvertrag im Zusammenhang mit der Abtretung von Grundstücken, so sind zusätzlich die kantonalen Regeln für Grundstücksgeschäfte zu beachten, sofern das kantonale Recht³⁰³ hievon nicht dispensiert. Der kantonalrechtliche Dispens hat auf der gleichen Normenhierarchiestufe zu erfolgen, auf welcher die strengere kantonale Regelung verankert ist.*

§ 88 Ausservertragliche individuelle Wissenserklärungen (zu Urkund)

2661 - Das nachstehend Gesagte bezieht sich nur auf Wissenserklärungen **zu Urkund**.

2662 - An anderer Stelle zu behandeln sind die anlässlich von Sachbeurkundung vor der Urkundsperson abgegebenen Wissenserklärungen, z.B. die Erklärungen des Veranstaltungsleiters bezüglich des erfolgten Einladungsversands und des erreichten Beschlussquorums, ferner Auskünfte über Familien- und Vermögensverhältnisse gegenüber einer Urkundsperson, welche ein Inventar aufnimmt (Beurkundung bestehender Tatsachen³⁰⁴).

1. Zulässige Beurkundungsgegenstände

2663 - Es kann auf das oben, Ziff. 88 ff., Gesagte verwiesen werden.

2664 - Bei den zulässigen Beurkundungsgegenständen handelt es sich im einzelnen um die folgenden:

Fn 302 - Vgl. Ziff. 2462 ff.

Fn 303 - Vgl. einen solchen Dispens in ZH NV § 163 Abs. 2, BE ND Art. 16 Abs. 1.

Fn 304 - Zum Gegensatz der Inventaraufnahme auf dem Wege der Erklärungsbeurkundung und auf dem Wege der Sachbeurkundung vgl. hinten, Ziff. 3145 ff.

****S. 762****

2. Erklärung ("Affidavit") zuhanden einer Behörde

2665 - *Soll eine individuelle Wissenserklärung zu Urkund erklärt werden, so hat die Urkundsperson sich zu vergewissern,*

(a) dass diese Form des Belegs von einer Behörde verlangt wird und

(b) dass die erklärende Person aufgrund der Umstände als befähigt erscheint, den zu belegenden Wissensinhalt mit jenem hohen Grad an Glaubwürdigkeit zu bezeugen, welcher Voraussetzung für dessen Beurkundung mit öffentlichem Glauben ist.

2666 - *Ein typischer Fall ist die Erklärung seiner eigenen Personalien eines schriftenlosen Flüchtlings, zuhanden des hiesigen Zivilstandsamtes.*

2667 - *Ein anderer Fall ist die Erklärung eines Betriebsleiters, das Produkt, für welches eine Markenregistrierung nachgesucht wird, werde im eigenen Betrieb hergestellt; eine solche Erklärung mag von einem Markenregister (Amt für geistiges Eigentum) in notarieller Form verlangt werden.*

2668 - *Zuhanden inländischer Ämter ist bei solchen Beurkundungen der Begriff des Eides zu vermeiden.*

2669 - **Erläuterung:** Die selbständige Beurkundung von Wissenserklärungen ist sinnvoll nur dann, wenn die beurkundete Erklärung dadurch erhöhter Beweiskraft - den öffentlichen Glauben gemäss

Art. 9 ZGB - teilhaft wird. Wo dies nicht der Fall ist bzw. nicht der Fall sein kann, schafft die öffentliche Urkunde einen falschen Anschein und leistet Missbräuchen Vorschub.

2670 - Wo aber öffentlicher Glaube geschaffen wird, muss - im Falle der Lüge - als Korrelat auch die Strafbarkeit des Erklärenden gemäss Art. 251/253 StGB gefordert werden. Diese Strafbarkeit kann nicht allein dadurch begründet sein, dass jemand vor einer Urkundsperson Wissenserkklärungen abgibt. Vielmehr ist die Strafbarkeit für unrichtig zu Urkund abgegebene Wissenserkklärungen auf typische Fälle zu beschränken, in welchen Dritte oder der Staat auf die wahrheitsgemässe Eigenaussage des Erklärenden abstellen müssen, ohne in anderer Weise die Wahrheit erfahren oder

****S. 763****

die Eigenaussage des Erklärenden kontrollieren zu können. Es handelt sich um jene Fälle, in denen an einer bestimmten rechtserheblichen Information im Rechtsverkehr ein gewichtiges öffentliches Interesse besteht, diese Information aber von niemand anderem als vom Betroffenen selber, in seiner eigenen Sache, geliefert werden kann, weil sie lediglich in seinem subjektiven Wissen vorhanden ist. In diesen Fällen kommt der Wissenserkklärung besondere Beweiseignung³⁰⁵ zu, und es ist ihr demgemäss öffentlicher Glaube zuzuerkennen.

2671 - Wo keine besondere Beweiseignung besteht, d.h. wo eine rechtlich erhebliche Tatsache typischerweise auf einem anderen Weg besser und zuverlässiger nachgewiesen werden kann, ist für die Beurkundung einer Wissenserkklärung kein Raum. Die Urkunde könnte bezüglich ihres Inhaltes - um dessentwillen sie errichtet wird - keinen öffentlichen Glauben geniessen zu³⁰⁶. Da Dritte im Rechtsverkehr jedoch eine mit notariellem Siegel versehene Urkunde nicht unter beurkundungsdogmatischen Gesichtspunkten analysieren können, werden sie in der Regel das Fehlen des öffentlichen Glaubens nicht bemerken und werden also über die Tragweite und Geltungskraft der Urkunde getäuscht. Aus diesem Grund soll die selbständige Beurkundung von Wissenserkklärungen in der Regel unterbleiben.

2672 - Selbstverständlich ist das strafprozessuale Prinzip, wonach niemand zum Geständnis einer strafbaren Tat rechtlich verpflichtet sein kann, auch im Beurkundungsrecht anzuerkennen: Wer in einer individuellen Erklärung zu Urkund wahrheitswidrig eine begangene strafbare Handlung abstreitet, kann nicht urkundenstrafrechtlich haftbar werden. Demgemäss sollen solche Aussagen unter keinen Umständen zum Gegenstand einer öffentlichen Beurkundung gemacht werden.

3. Eidesstattliche Erklärungen für das Ausland

2673 - *Bei der Beurkundung von Wissenserkklärungen zuhanden ausländischer Administrativ-Behörden³⁰⁷ darf der Begriff des Eides oder der Eidesstattlichkeit verwendet werden, wenn dies vom Urkunden-Adressaten verlangt wird.*

2674 - *In diesem Falle ist, zwecks Vermeidung einer notariellen Unwahrheit, dem Erklärenden ein Eid oder ein Handgelübde abzunehmen³⁰⁸, und zwar, wenn möglich und soweit die*

Fn 305 - Zur besonderen Beweiseignung als Voraussetzung des öffentlichen Glaubens vgl. Ziff. 295 ff.

Fn 306 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 163, N 2 zu Art. 17 ND BE.

Fn 307 - Die Einschränkung der Eidesstattlichen Erklärung auf Beurkundungen, die für das Ausland bestimmt sind, findet sich in verschiedenen kantonalen Notariatsgesetzen; vgl. BE ND Art. Art. 17 Abs. 2; LU BeurkG § 46 Abs. 1.

Fn 308 - LU BeurkG § 46 Abs. 2 und 3: "Die Urkundspartei hat die Urkunde zu unterschreiben und zu schwören oder an Eidesstatt zu erklären, dass der Inhalt der Urkunde

****S. 764****

Urkundsperson bekannt, nach den Regeln am Ort des Urkunden-Adressaten³⁰⁹, obgleich für die Eid-Abnahme eine Rechtsgrundlage im schweizerischen Recht fehlt und obgleich dieses Vorgehen der beurkundete Erklärung nach schweizerischer Rechtsauffassung keine andere rechtliche Qualität verleiht³¹⁰.

der Wahrheit entspricht. Der Notar hat zu bescheinigen, dass die Urkundspartei vor ihr geschworen bzw. an Eidesstatt erklärt hat, der Inhalt der Urkunde entspreche der Wahrheit".

Fn 309 - Das amerikanische Recht kennt zwei Formen, den "oath", welcher nach schweizerischen Vorstellungen dem Eid entspricht und auf Gott Bezug nimmt, und die "affirmation", welche dem Handgelübde entspricht und keine religiöse Legitimation beansprucht, sondern lediglich auf die Straffolgen des Meineides verweist. Eine mit dem Amerikanischen Konsulat abgesprochene Wegleitung der Basler Notariatskammer vom 4.10.1963 empfiehlt folgendes praktische Vorgehen, welches hier auszugsweise zitiert werden soll:

"Der Notar hat die Person, die einen Eid (oath) oder eine Bestätigung (affirmation) abzugeben wünscht, aufzufordern, sich über ihre Identität auszuweisen. Er hat hierauf die Frage an sie zu stellen, ob ihr der Inhalt des Dokumentes, über den sie einen Eid oder eine Bestätigung abgeben will, in allen Teilen bekannt ist. Sodann hat sie ihren Namen in Tinte auf die Linie oder in den Zwischenraum, die für die Unterschrift unter das betreffende Dokument vorgesehen sind, zu setzen. Nachher hat der Notar die Person, die willens ist, einen Eid oder eine Bestätigung abzugeben, aufzufordern, ihre rechte Hand zu erheben und aufrecht zu behalten, während der Notar ihr die folgenden Worte vorsagt:

Für einen Eid (oath):

"You do solemnly swear that the statements set forth in this paper which you have here signed before me are true. So help you God."

Für eine Bestätigung (affirmation):

"You do solemnly, sincerely and truly affirm and declare that the statements set forth in this paper which you have here signed before me are true, and this you do under the pains and penalties of perjury."

Hierauf hat die Person, die einen Eid oder eine Bestätigung abgeben will, zu antworten: "I do (deutsch: Ich schwöre (bestätige) es", französisch: "Je le jure (je l'affirme et je le certifie)".

Es ist zulässig, den Eid oder die Bestätigung in Deutsch, Französisch oder jeder andern Sprache abzunehmen, die die Person, die ihn abgeben will, klar versteht. Die entsprechenden Übersetzungen in Deutsch oder Französisch würden wie folgt lauten:

Eid:

"Erklären und schwören Sie feierlich, dass die Angaben in diesem Dokument, das Sie vor mir unterschrieben haben, der Wahrheit entsprechen, so wahr Ihnen Gott helfe."

Bestätigung:

"Bestätigen Sie feierlich und aufrichtig, dass die Angaben in diesem Dokument, das Sie vor mir unterschrieben haben, der Wahrheit entsprechen und dass Sie dies unter Strafandrohung des Meineides tun."

Serment:

"Vous jurez solennellement que les déclarations faites en ce document signé en ma présence, sont conformes en tous points à la vérité, que Dieu vous aide."

Déclaration:

"Vous affirmez et certifiez solennellement et en toute sincérité que les déclarations faites en ce document signé en ma présence, sont véridiques et qu'elles sont sujettes aux conséquences de parjure."

****S. 765****

2675 - Über den letztgenannten Umstand, d.h. über die rechtliche Bedeutung der Abnahme des Eides nach schweizerischem Recht, hat sich die die Urkundsperson in der Urkunde nicht zu äussern.

2676 - Erläuterung: Im anglo-amerikanischen Rechtskreis, und von dorthier imitiert in manchen Entwicklungsländern, wird eine Eidesleistung vor der Urkundsperson verlangt in Fällen, die nach ihrer materiellen Bedeutung gemäss schweizerischem Beurkundungsrecht als Unterschriftsbeglau-

bigungen zu interpretieren sind³¹¹. Der Unterschied der Auffassungen ist, vereinfacht gesagt, derjenige, dass die anglo-amerikanische "Duly-sworn"-Beurkundung vom Erklärenden das Bekenntnis zur Wahrheits des Dokumenten-Inhalts verlangt, bei der Identifikation des Erklärenden aber geringe Anforderungen stellt, wogegen das schweizerische Beurkundungsrecht in den entsprechenden Zusammenhängen statt dessen das Gewicht ausschliesslich auf die genaue Identifikation der Erklärenden und die Echtheit seiner Unterschrift legt, das Bekenntnis des Erklärenden zur inhaltlichen Wahrheit aber nicht verlangt³¹².

Der Notar, der einen Eid oder eine Bestätigung entgegennimmt, soll das in feierlicher Weise tun. Es ist unumgänglich, dass die Person, die ihn abgeben will, persönlich vor dem Notar erscheint, das entsprechende Dokument vor ihm unterzeichnet und den Eid auch selber vor ihm leistet.

Der Notar darf nicht einen Eid durch einen Stellvertreter oder gar telephonisch abnehmen.

Die Beurkundung eines Eides oder einer Bestätigung ist in den Vereinigten Staaten bekannt unter der Bezeichnung "jurat". Das "jurat" [welches einem Beurkundungsvermerk entspricht] ist in der folgenden Form unter die Unterschrift der Person, die den Eid resp. die Bestätigung abgegeben und das betreffende Dokument unterzeichnet hat, zu setzen:

"Subscribed and sworn (affirmed) to before me this (Datum) day of (Monat) 1963 (nineteenhundredandsixtythree) at Basle, Canton of Basel-Stadt, Switzerland".

Unterschrift des Notars in Tinte

Darunter Angabe des Namens und der Adresse des Notars mit Schreibmaschine oder mit Gummistempel, sowie Beifügung des notariellen Siegels."

- Beizufügen ist, dass die inhaltliche und redaktionelle Gestaltung solcher Urkunden den nach hiesigem Beurkundungsrecht üblichen regelmässig **nicht konform** sind. Namentlich fehlt in den anglo-amerikanischen Vordrucken in der Regel der nötige Raum, um die erschienene Person so zu identifizieren (d.h. deren Personalien festzuhalten), wie dies bei Beurkundungen für Verwendung in der Schweiz üblich und vom hiesigen Beurkundungsrecht vorgeschrieben ist.

Fn 310 - Vgl. SIDLER, Komm. LU (1975) S. 132, N 3: "In der Schweiz haben derartige Schriftstücke keine rechtliche Bedeutung. Insbesondere können sie eine Beweisführung, wie sie vor einer schweizerischen Behörde nach den Vorschriften der entsprechenden Verfahrensordnung gefährt werden muss, nicht ersetzen. Ob eidesstattliche oder unter Eid abgegebene Erklärungen im Ausland Wirkungen zu entfalten vermögen, bestimmt das massgebende ausländische Recht."

Fn 311 - Vgl. Ziff. 1077.

Fn 312 - Der Verfasser hat die Erfahrung gemacht, dass die meisten ausländischen Amtsstellen, welche die Be Schwörung des Erklärungsinhaltes auf "Duly-sworn"-Formularen wünschen, die Nichtbeachtung ihrer Formulare in der Regel akzeptieren und sich

****S. 766****

2677 - Unterzieht sich die schweizerische Urkundsperson dem ausländischen Wunsch nach eidlicher Inhalts-Beschwörung, so liegt darin eine gewisse Problematik, weil der vom Ausland verlangte Eid bzw. der "eidesstattliche" Charakter der Erklärung im schweizerischen Recht keine Grundlage hat. Die eidesstattliche Erklärung ist nach schweizerischer Qualifikation eine blosser Wissenserklärung, die möglicherweise nicht unter beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht steht, und erst recht nicht unter der Strafdrohung des Meineides. Wird in der Urkunde der Begriff des Eides erwähnt, so schafft die schweizerische Urkundsperson den **falschen Anschein bezüglich der Rechtsnatur** des betreffenden Dokumentes.

2678 - Im Gegensatz zu den gerichtlichen Behörden haben die Urkundspersonen in der Schweiz nicht die Möglichkeit, irgendjemandem einen Zeugeneid und damit für beliebige Sachfragen eine sich aus der Beidigung ergebende Wahrheitspflicht zu überbinden.

2679 - Der Erklärende kann sich auch nicht freiwillig einer solchen besonderen Wahrheitspflicht unterziehen, indem er vor der Urkundsperson einen Eid schwört; Meineid ist gemäss Art. 306 und 307 StGB nur in gerichtlichen Verfahren strafbar, nicht im Verfahren der öffentlichen Beurkundung. Die von der schweizerischen Urkundsperson beurkundete eidesstattliche Erklärung kann in den Augen des ausländischen Empfängers deshalb einen falschen Schein erwecken, falls dieser

Empfänger sich bestimmte Vorstellungen über die rechtliche Bedeutung der Eidleistung überhaupt macht.

2680 - Immerhin ist der Abstand zwischen der urkundenrechtlichen Wahrheitspflicht gemäss Art. 251 ff. StGB und der vom ausländischen Empfänger der Urkunde (irrtümlich) zugeschriebenen eidesrechtlichen Wahrheitspflicht wohl derart gering, dass der durch die Verwendung des Wortes "Eid" entstehende falsche Anschein im Ergebnis als belanglos vernachlässigt werden kann.

2681 - Demgemäss gilt die vorbehaltlos abgefasste eidesstattliche Erklärung in der Schweiz als zulässig³¹³. Das bernische Notariatsdekret sieht ausdrücklich vor, dass der Notar dem Erklärenden einen Eid oder ein Gelübde abzu-

mit der schweizerisch-rechtlichen Unterschriftsbeglaubigung ohne weiteres abfinden. Die Behörden in den Empfängerländern kümmern sich nur selten um die beurkundungsrechtlichen Unterschiede zwischen amerikanisch-rechtlicher Inhalts-Beschwörung und schweizerischer Echtheits-Beglaubigung, solange nur ein Notariatssiegel und die übrigen Embleme amtlicher Mitwirkung auf dem Dokument sichtbar sind.

Fn 313 - Vgl. Art. 17 des bernischen Notariatsgesetzes; MARTI, Bernisches Notariatsrecht S. 162; Gedruckte Weisungen der Justizkommission des Kantons Basel-Stadt an die Notare, Ziff. 15.

****§. 767****

nehmen hat. Andere Kantone kennen in ihren Notariatserlassen keine derartigen Vorschriften und überlassen es demzufolge dem Ermessen der Urkundsperson, wie sie den in der Urkunde verwendeten Begriff des Eides oder der Eidesstattlichkeit im Beurkundungsverfahren konkretisiert. Was immer die Urkundsperson an Eideszeremonien vorkehrt, so haben diese bloss Solemnitätswirkung; sie begründen keine eidesrechtliche Wahrheitspflicht und nicht die Strafbarkeit des Meineides.

2682 - Im Bewusstsein dieser Fragwürdigkeit der Verwendung des Wortes "Eid" in einer schweizerischen öffentlichen Urkunde haben verschiedene kantonale Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden festgelegt, dass eidesstattliche Erklärungen **nur zur Rechtswahrung im Ausland** angefertigt werden dürfen³¹⁴. Für schweizerischen Gebrauch hat die Urkundsperson die Beurkundung eidesstattlicher Erklärungen grundsätzlich zu unterlassen.

4. Inventar gemäss Art. 195a ZGB

2683 - Es kann auf Ziff. 3145 ff. verwiesen werden.

5. Keine Beurkundung anderer privater Wissenserkklärungen

2684 - Ausserhalb solcher Tatbestände administrativer Dokumentation gibt es kaum Fälle, in welchen jemandem die Abgabe einer Wissenserklärung unter beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht in eigener Sache zugemutet werden muss oder darf. Private Wissenserkklärungen in anderen Belangen dürfen demgemäss vom Wissenden nicht in der Gestalt einer öffentlichen Urkunde verlangt werden.

2685 - Umgekehrt kann der Erklärende auch nicht freiwillig, d.h. zur Verfolgung seiner privaten Interessen, durch die Erklärungsabgabe in öffentlicher Urkunde die Beweislage zu eigenen Gunsten verändern. Wer keinen Glauben genießt, kann sich solchen nicht dadurch verschaffen, dass er eine Urkundsperson aufsucht und dort seine Behauptungen zu Urkund erklärt.

Fn 314 - Vgl. Art. 17 ND BE; Ziff. 15 der GedrW der Justizkommission des Kantons Basel-Stadt an die Notare.

****S. 768****

6. Unzulässige Beurkundung im Hinblick auf die Beweisführung in einem Verfahren mit kontradiktorischer Wahrheitsfindung

2686 - *Ausservertragliche Wissenserklärunen im Sinne vorsorglicher Zeugenaussagen, zum Zwecke der Beweisführung in einem streitigen, auf kontradiktorische Wahrheitsfindung ausgerichteten Prozessverfahren, können nicht zu Urkund erklärt werden*³¹⁵.

2687 - Erläuterung: In Ergänzung des vorne, Ziff. 1619 Gesagten ist zu unterstreichen, dass die Urkundsperson nicht anstelle richterlicher Behörden, im Hinblick auf einen möglichen Prozess, vorsorgliche Einvernahmen von Parteien und Zeugen zum ewigen Gedächtnis vornehmen soll. Die Wahrheitsfindung im kontradiktorischen Verfahren hat insgesamt gemäss den für diese Verfahren geltenden Beweisregeln zu erfolgen³¹⁶. Ein zentraler Verfahrensgrundsatz der kontradiktorischen Wahrheitsfindung ist das rechtliche Gehör der Gegenpartei, welche bei jeder Zeugeneinvernahme teilnahmeberechtigt sein muss³¹⁷, ferner die durch den prozessualen Zeugeneid verdeutlichte Wahrheitspflicht des Zeugen. Es ginge nicht an, dass potentielle Zeugen ihre Erklärungen unter Ausschluss der Gegenpartei vor einer Urkundsperson zu Urkund abgeben und dass solchen Erklärungen anschliessend öffentlicher Glaube zukäme. Kommt ihnen aber öffentlicher Glaube nicht zu, so sind solche Beurkundungen tunlichst zu unterlassen.

2688 - Beurkundungsrechtlich (wenn auch nicht notwendigerweise zivilprozessual³¹⁸) zulässig ist es in einem solchen Falle, dass die Urkundsperson die Aussagen einer Partei oder eines potentiellen Zeugen durch den Betreffenden privatschriftlich zu Papier bringen lässt und anschliessend Unterschrift und Datum beglaubigt. Aber bereits für eine derartige "Offizialisierung" der für Parteizwecke bestimmten Erklärung erntet die Urkundsperson von der Gegenpartei weder Verständnis noch Dank.

Fn 315 - Ihre allfällige Beurkundung wäre gegebenenfalls als Erklärungsaufnahme zu Protokoll zu qualifizieren und könnte bezüglich des Erklärungsinhaltes keinen öffentlichen Glauben geniessen.

Fn 316 - Vgl. Kassationsgericht ZH, Urteil vom 10.11.1967, ZR 67 42b S. 167: "Nur ein unter Einhaltung der Formvorschrift des § 165 Abs. 2 GVG aufgenommenes Protokoll kann eine taugliche Grundlage eines allfälligen Strafverfahrens wegen falschen Zeugnisses oder wissentlich falscher Aussage einer Partei in der persönlichen Befragung bilden."

Fn 317 - Das Beurkundungsverfahren ist kein Parteienverfahren; vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 3.

Fn 318 - Zur Unzulässigkeit der Einholung schriftlicher Statements von voraussichtlichen Prozess-Zeugen: Vgl. KG GR, Urteil vom 11. Juli 1977 ZF 20/77, PKG 1977 10 S. 49-57.

****S. 769****

Kapitel 11: Protokollierung von Vorgängen

§ 89 Bedingungen protokollwirksamer Erklärungsabgabe

1. Begriffliches

2689 - In der vorliegenden Arbeit werden die Protokollierungen¹ eingeteilt in drei Gruppen, nämlich

(a) die **nachträglichen** Protokollierungen, welche die Urform der Protokollierung darstellen und bei welchen der Protokollführer als Berichterstatter eines nicht im voraus feststehenden Ablaufs tätig ist, ferner

(b) die **vorbereiteten** und

(c) die **unterschriftsbedürftigen** Protokollierungen².

2690 - Bei den beiden letztgenannten Formen ist der zu protokollierende Vorgang durch das vorformulierte Protokoll im Voraus festgelegt und wird, statt dass er von den handelnden Personen in lebendiger Rede und Gegenrede durchgespielt wird, durch eine zustimmende Kenntnisnahme (bei der unterschriftsbedürftigen Protokollierung zudem durch Unterzeichnung) des vorformulierten Protokolls dargestellt.

Fn 1 - Zur allgemeinen Begriffsbestimmung des notariellen Protokolls vgl. vorn, Ziff. 94.

Fn 2 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

****S. 770****

2. Rechtliche Tragweite der Unterscheidung von Erklärungsbeurkundung und Protokollierung

2691 - *Bei den Protokollierungen hat sich die Urkundsperson, im Gegensatz zu ihren Amtspflichten bei den Erklärungsbeurkundungen, nicht um den wirklichen inneren Willen der Veranstaltungsteilnehmer zu kümmern.*

2692 - *Ferner obliegt der Urkundsperson bei den Protokollierungen keine Belehrungspflicht bezüglich der Willensbildung der zu Protokoll erklärenden Personen, sondern ausschliesslich eine solche betreffend der rechtmässig durchzuführenden Veranstaltung³.*

2693 - *Schliesslich spielt bei der Formulierung der Ausstandsregeln bei den Protokollierungen das Risiko notarieller Parteilichkeit keine Rolle.*

2694 - Erläuterung: Da im Protokoll nicht ein von der Urkundsperson ermittelter wirklicher innerer Wille der Veranstaltungsteilnehmer zum Ausdruck kommt, gelten für die Abgrenzung der beurkundungsbedürftigen und nicht-bedürftigen Beschlussinhalte andere Regeln als bei der Beurkundung individueller Erklärungen. **Verweise⁴** auf urkunden-externe Dokumente sind bei den protokollierungsbedürftigen Beschlüssen in weiterem Masse möglich. So kann bei der Statutenänderung einer Aktiengesellschaft auf einen der Versammlung vorliegenden neuen Statutentext verwiesen, und es kann dieser Text durch eine Abstimmung in Kraft gesetzt werden, ohne dass er anlässlich der Versammlung im Wortlaut vorgelesen oder von den Versammlungsteilnehmern still selber gelesen wird. Der Verweis in der öffentlichen Urkunde auf den betreffenden neuen Statutentext, ferner das notarielle Zeugnis seines Vorhandenseins anlässlich der protokollierten Veranstaltung und der Identität des dem Handelsregister eingereichten neuen Statutentextes mit dem an der Versammlung beschlossenen genügt. Ein solches Vorgehen genügt auch bei vorbereiteter und bei unterschriftsbedürftiger Protokollierung (also auch bei der Gründung der Aktiengesellschaft und der GmbH). In allen diesen Fällen können Statuten beschlossen werden, ohne dass sie als Willenserklärungen beurkundet, d.h. ohne dass sie im vollen Wortlaut anlässlich der Veranstaltung gelesen werden⁵.

Fn 3 - Zur Belehrungspflicht im Rahmen von Protokollierungen vgl. Ziff. 2784 ff.

Fn 4 - Zum Verweisungsproblem vgl. Ziff. 1377 ff.

Fn 5 - Hieran zeigt sich ein Unterschied zur Beurkundung individueller Erklärungen. Damit individuelle Erklärungen als öffentlich beurkundet gelten können, müssen sie anlässlich des Beurkundungsvorgangs gelesen werden, und sie müssen, soweit es sich um verbale Erklärungen (nicht um Bildmaterial) handelt, in der Urkunde im vollen Wortlaut oberhalb der Unterschriften der Erschienenen und der Notarunterschrift dargestellt werden. Blosser Verweis auf Beilagen oder auf urkunden-externe Informationsträger genügt nicht. - Zur rechtlichen Bedeutung der Textbei-

****S. 771****

3. Protokollwirksame Erklärungsabgabe nur anlässlich der Veranstaltung

2695 - *Damit eine Erklärung protokollwirksam abgegeben, ein Beschluss protokollwirksam gefasst wurde, bedarf es einer Äusserung erklärungs- bzw. stimmberechtigter Anwesender anlässlich der zu protokollierenden Veranstaltung selbst.*

2696 - Erläuterung: Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Unterzeichnung unterschriftsbedürftiger Protokolle anlässlich der zu protokollierenden Veranstaltung, nicht vorher und nicht nachher, zu erfolgen hat. Würde die Urkundsperson die vorher oder nachher beigesetzten Unterschriften zu Protokoll nehmen, so wäre dies die (unzulässige) "Beurkundung" eines unter Abwesenden gefassten Zirkularbeschlusses⁶, nicht Veranstaltungs-Protokollierung eines Vorgangs.

4. Ausdrücklichkeit und Bestimmtheit der zu protokollierenden Äusserungen

2697 - *Jede Äusserung eines Veranstaltungsteilnehmers bedarf zu ihrer Protokollwirksamkeit einer hinlänglichen Ausdrücklichkeit und inhaltlichen Bestimmtheit, damit sie dem Äussernden als Erklärung zugerechnet werden kann.*

2698 - Erläuterung: Erklärungen zu Protokoll können nur dann protokollwirksam erfolgen, wenn die beteiligten Personen aufgrund der Umstände wissen konnten, welchen Inhalt sie mit ihrer Äusserung meinten. Die zustimmende Stimmabgabe zu einem Text, den die Abstimmenden aus objektiven Gründen nie zur Kenntnis nehmen **konnten**, kann nicht als Stimmabgabe gelten; der Beschluss wäre nichtig.

2699 - Ob die Abstimmenden die von ihnen gutgeheissene Vorlage tatsächlich zur Kenntnis genommen haben, und mit welcher Verständnis-

lagen vgl. Ziff. 1389 ff., zu derjenigen von Bildbeilagen (insbesondere Plänen und Planskizzen) Ziff. 1403 ff. - Zum Verhältnis von Haupturkunde zu Beilagen vgl. Ziff. 1380 ff. - Zum Verbot, Dokumente mit späterem Datum der früher datierten Haupturkunde als Beilagen beizufügen vgl. Ziff. 1413 und 1415 ff.

Fn 6 - Notarielle Protokollierung von Zirkularbeschlüssen ist nicht möglich. - Vgl. hiezu Ziff. 3064 ff., ferner in gleichem Sinne PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (378, Anmerkung 146, mit Hinweis auf die abweichende Meinung von ROLF WATTER, Prospekthaftpflicht heute und morgen, Aktuelle juristische Praxis, AJP 1992, S. 48 ff. (61).

****S. 772****

tiefe sie dies getan haben, spielt hingegen für die Gültigkeit des Beschlusses keine Rolle.

5. Beschlussfassung über Texte, die nicht vorgelesen werden: Eindeutige Identifikation und ersichtliche Zugänglichkeit

2700 - *Werden anlässlich einer Veranstaltung Textinhalte beschlossen, welche nicht im vollen Wortlaut und für alle Anwesenden hörbar zur Beschlussfassung vorgestellt werden, sondern wird der zu beschliessende Inhalt durch Verweis auf einen geschriebenen Text definiert, so ist für die protokollwirksame Beschlussfassung erforderlich, dass dieser Text den Veranstaltungsteilnehmern im Zeitpunkt der Beschlussfassung zugänglich war, dergestalt, dass die Teilnehmer die Möglichkeit der inhaltlichen Kenntnisnahme hatten.*

2701 - *Diese Zugänglichkeit soll aus dem Protokoll ersichtlich werden.*

2702 - Erläuterung: Bei der notariellen Protokollierung können nur solche Erklärungen und Beschlüsse als erfolgt protokolliert werden, für welche die **Möglichkeit** inhaltlicher Kenntnisnahme seitens der verfahrensbeteiligten Personen im Protokoll **ersichtlich gemacht werden kann**. Diese

Möglichkeit sollte sich richtigerweise aus den protokollierten Umständen ersehen lassen, d.h. sie sollte aus der Urkunde selber ersichtlich werden. Der Nachweis möglicher Kenntnisnahme wird am wirksamsten gerade dadurch erbracht, dass die zu beschliessenden Inhalte während der zu beurkundenden Veranstaltung im vollständigen Wortlaut vorgelesen oder von den Teilnehmern aus vorhandenen Texten still selber gelesen werden und dass die erklärungsergänzenden Beilagen (Beförderungslisten, Revisionsvorlagen bei Statutenrevisionen etc.) anlässlich der Veranstaltung **zur Hand sind**.

2703 - Ungenügende Zugänglichkeit läge bei der Statutenrevision einer Publikumsaktiengesellschaft vor, wenn ein einziges Exemplar des Revisionsprojektes auf dem Präsidententisch vorhanden wäre.

2704 - Genügende Zugänglichkeit ist gegeben, wenn der zu beschliessende Text an den Saaleingängen zur Selbstbedienung auflag und Interessenten während der Versammlung noch an den Platz gebracht wird. Genügende Zugänglichkeit ist auch belegt, wenn der Versammlungsvorsitzende gegenüber den Anwesenden unwidersprochen erklärt, der zu beschliessende Text sei allen Aktionären mit der Einladung zugestellt worden. In solchen Fällen kann an der Versammlung selber auf die Verlesung des beantragten neuen Statutentextes verzichtet, und es kann anlässlich der Beschlussfassung und demgemäss auch im Protokoll auf jenen Text verwiesen werden, welcher mit der Einladung

****S. 773****

zugestellt oder welcher den Anwesenden während der Veranstaltung zugänglich gemacht wurde.

2705 - Das Erfordernis der Lesung dient, im Gegensatz zu dem entsprechenden Erfordernis bei der Beurkundung individueller Erklärungen, nicht dem Schutz vor Unbedacht und nicht einer hierauf abzielenden (nochmaligen) Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes vor seiner Inkraftsetzung, sondern der Ersichtlichmachung des Umstandes, dass die Abstimmenden die Möglichkeit hatten, ihre Stimmabgabe anlässlich der protokollierten Veranstaltung inhaltsbewusst zu tätigen. - Dass die Abstimmenden ein solches Inhaltsbewusstsein tatsächlich haben, dass es ein vernünftiges sei und dem wirklichen inneren Willen entspreche, liegt ausserhalb des Horizontes der protokollierenden Urkundsperson. Sie hat sich hierum nicht zu kümmern.

2706 - Da es nur um die **Möglichkeit** des Inhaltsbewusstseins der Veranstaltungsteilnehmer geht, kann bei der Protokollierung in einem weiteren Umfang auf erklärungsergänzende Beilagen verwiesen werden, als dies bei den individuellen Erklärungen möglich ist, und es können solche in Beilagen enthaltene Texte rechtswirksam beschlossen werden, wogegen bei den individuellen Erklärungen nur das anlässlich des Beurkundungsvorgangs wirklich Gelesene als beurkundet gelten kann. Statuten einer neu zu gründenden Aktiengesellschaft brauchen anlässlich des Errichtungsaktes nicht gelesen zu werden. Es genügt die protokollarische Ersichtlichmachung, dass die Gründer den Statuteninhalt **kennen konnten**, indem im Protokoll festgehalten wird, dass die Statuten vorlagen. Dies impliziert, dass jeder Gründer die Statuten lesen konnte, wenn er dies wollte. Ob er es wirklich getan hat, spielt für die Gültigkeit des Gründungsprotokolls keine Rolle und ist von der Urkundsperson nicht zu kontrollieren.

6. Materiellrechtliche Erfordernisse, bestimmte Inhalte im vollen Wortlaut zu beschliessen oder zu Protokoll zu erklären

2707 - Grundsätzlich wäre denkbar, das ganze Gründungsprotokoll, gleich wie die ganzen Statuten, mit einer einzigen Abstimmung, uno actu, zu beschliessen. Das materielle Aktienrecht, nicht das Beurkundungsrecht, verbietet aber ein solches Vorgehen. Der Gesetzgeber verlangt einen höheren Grad an Ausdrücklichkeit, d.h. eine separate Beschlussfassung für bestimmte typische Traktanden,

wobei das legislatorische Ziel nicht in der Bewusstmachung zum Schutze der Gründer, sondern in der Auferlegung ausdrücklicher Bestätigung und ausdrücklicher

****S. 774****

Deklaration⁷ zwecks besserer Wahrheitsdisziplin liegen dürfte. Was ausdrücklich gesagt bzw. in separater Abstimmung beschlossen werden muss, ist dem Risiko der Wahrheitsmanipulation weniger ausgesetzt, als was sich durch einen Verweis auf vorhandene Texte pauschal beschliessen lässt. Denn viele Menschen scheuen sich, in ausdrücklichen Worten eine Unwahrheit zu sagen, wogegen die Bereitschaft zur Unwahrheit eher gegeben ist, wenn sich das Unwahre in weiteren Zusammenhängen und in pauschalen Aussagen verbergen kann. Das revidierte, seit dem 1.7.1992 in Kraft befindliche Aktienrecht ist geradezu durchdrungen vom Glauben des Gesetzgebers, rechtmässiges Verhalten lasse sich dadurch fördern, dass die Akteure - unter Aufsicht der Urkundsperson - zur ausdrücklichen verbalen Deklaration jenes Tuns veranlasst werden, an welchem dem Gesetzgeber besonders gelegen ist.

2708 - Die gesetzlichen Anforderungen an die Ausdrücklichkeit der Erklärungsabgabe anlässlich bestimmter gesetzlich geregelter Veranstaltungen haben ihren Grund also primär im Schutz Dritter vor Unwahrheit, nicht im Schutz der Erklärenden vor Unbedacht.

§ 90 Beurkundungsvoraussetzungen:

1. Zulässige Gegenstände

2709 - *Gegenstand notarieller Protokollierungstätigkeit sind Vorgänge des Rechtsverkehrs, für deren Rechtswirksamkeit oder registerliche Eintragungsfähigkeit die notarielle Protokollierung gesetzlich vorgeschrieben ist, ferner jene weiteren Vorgänge des Rechtsverkehrs, an deren Rechtmässigkeitskontrolle und Dokumentation durch eine neutrale, rechtskundige Person öffentlichen Glaubens ein schutzwürdiges Interesse besteht, insbesondere*

a) verbandsrechtlich geregelte Beschlussfassungen;

b) die Eröffnung von Ehe-, Erbverträgen und letztwilligen Verfügungen;

c) Versteigerungen;

Fn 7 - Zur Deklarationsfunktion der öffentlichen Urkunde vgl. Ziff. 276.

****S. 775****

d) Wechselproteste;

e) gewisse andere Vorgänge, bei welchen an der Kontrolle und Dokumentation des rechtmässigen Ablaufs durch eine neutrale Person öffentlichen Glaubens ein schutzwürdiges Interesse besteht, so z.B. Verlosungen.

2710 - *Die Urkundsperson soll davon absehen, weitere Vorgänge zu protokollieren; sie hat von der Protokollierung insbesondere abzusehen,*

a) wenn die Protokollaufnahme nicht eine Veranstaltung der Klientin, sondern das Verhalten von Drittpersonen ausserhalb einer solchen Veranstaltung festzuhalten bestimmt ist;

b) wenn die Urkundsperson den zu protokollierenden Ablauf in tatsächlicher Hinsicht nicht hinlänglich überblickt, um für die mit öffentlichem Glauben zu protokollierenden Vorgänge die Wahrheitsgewähr übernehmen zu können;

c) wenn sie einen auf seine Rechtmässigkeit zu kontrollierenden Ablauf nicht aus eigener Rechtskenntnis rechtlich zu beurteilen vermag;

d) wenn die Beurkundung zu missbräuchlichem Zweck, insbesondere zu Reklamezwecken, gewünscht wird oder wenn mit der Urkunde ein falscher Anschein notariell geprüfter Wahrheit oder Rechtmässigkeit bei Dritten erweckt werden soll;

e) wenn die Beurkundung zur Beweisschaffung in einem hängigen oder im Hinblick auf einen wegen besonderer Umstände zu erwartenden Rechtsstreit gewünscht wird.

2711 - Erläuterung: Die Protokollierung von Vorgängen hat sich auf bestimmte typische Fälle zu begrenzen; nicht jeder beliebige Vorgang kann Gegenstand notarieller Protokollierung sein.

2712 - Zu den typischen Vorgängen, die hievor unter den Auffang-Begriff der "anderen Vorgänge" subsumiert werden können, zählen etwa die Durchführung von Verlosungen, die Auszählung der Stimmen bei der Wahl von Arbeitnehmervertretern einer Pensionskasse sowie die Protokollierung der Eröffnung eines derelinquierten Schrankfaches bei einer Bank in Abwesenheit des Schrankfachmieters.

2713 - Es gibt keinen Beurkundungsanspruch, wonach jemand das Verhalten beliebiger Dritter in öffentlicher Urkunde protokollarisch festhalten zu lassen das Recht hätte. Der Beurkundungsanspruch beschränkt sich auf die **Dokumentation des eigenen Tuns** jener Person, welche das notarielle Protokoll aufnehmen lässt, bei der Protokollierung von Versammlungen also auf die Versammlungen der eigenen Mitglieder und eigenen Organe der betreffenden Verbandsperson. Hieraus folgt, dass die Urkundsperson eine Handlungsweise in der Art des Privatdetektivs ablehnen muss. Die Urkundsperson kann sich nicht von der Person A an einen bestimmten Ort, etwa an eine Warenmesse

****S. 776****

schicken lassen, um dort zu protokollieren, welche Werbeaussagen die Konkurrenten der A machen. Sie kann sich auch nicht in eine Hotelhalle schicken lassen, um zu protokollieren, welche Drittpersonen ein- und ausgehen. Denn Drittpersonen müssen sich nicht gefallen lassen, ihr eigenes Verhalten in einer öffentlichen Urkunde protokolliert zu sehen, ohne dass sie selber hiefür das Begehren gestellt oder wissentlich an einer notariell protokollierten Veranstaltung teilgenommen hätten.

2714 - Aus dem gleichen Grund muss auch der notarielle Testkauf als unzulässig qualifiziert werden, bei welchem die Urkundsperson zwecks Protokollierung eines Verkaufs in ein Ladengeschäft eintritt und dort ein bestimmtes markenverletzendes oder patentverletzendes Produkt kauft, um mit öffentlichem Glauben den Beweis der rechtswidrigen Feilbietung zu schaffen. Derartige Aufträge können durch Privatdetektive oder private Überwachungsinstitutionen, nicht aber durch öffentliche Urkundspersonen ausgeführt werden.

2715 - Wegen mangelnden Überblicks in tatbeständlicher Hinsicht wird die Urkundsperson sodann in der Regel die Protokollierung physikalischer Abläufe ablehnen. Man denke an die Protokollierung von wissenschaftlichen Experimenten, sportlichen Leistungen, Verkehrszählungen und statistischen Erhebungen aller Art. Die Urkundsperson geniesst öffentlichen Glauben kraft ihrer amtlichen Stellung und den damit verbundenen Rechtspflichten - nicht kraft besonderer Fähigkeiten im Wä-

gen, Zählen und Messen. Sie sollte ihren öffentlichen Glauben nicht zur Verfügung stellen, wenn die einschlägigen Beweisargumente in der Expertise technischer Sachverhaltsermittlung liegen.

2716 - Auf die Protokollierung von Abläufen unter bloss äusseren (physikalischen) Gesichtspunkten wird in der vorliegenden Darstellung demgemäss nicht weiter eingetreten.

2717 - Wegen mangelnder Rechtskenntnis wird die Urkundsperson die Protokollierung von Veranstaltungen ablehnen, deren Verlauf durch eine ihr unbekanntere Verfahrensnorm geregelt ist⁸.

2718 - Was vorn zu den Wissensklärungen gesagt wurde, gilt auch hier: Öffentliche Beurkundung zum Zwecke der Tatsachen-Dokumentation darf nicht in Konkurrenz treten zur **richterlichen Wahrheitsfindung** im kontradiktorischen Prozess⁹. Ein zentraler Verfahrensgrundsatz der kontradiktorischen Wahrheitsfindung ist das rechtliche Gehör der Gegenpartei, welche bei jeder amtlichen Beweiserhebung teilnahme-

Fn 8 - Es verhält sich ähnlich wie mit der Sportreportage, die ohne Kenntnis der Spielregeln nicht möglich ist.

Fn 9 - A.M. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 165, N 3 zu Art. 19 ND BE, welcher die notarielle Beurkundungstätigkeit in Konkurrenz zur richterlichen Wahrheitsfindung als zulässig betrachtet und als Beispiel die notarielle Feststellung von Schäden an einer aufgegebenen Mietwohnung erwähnt.

****S. 777****

berechtigt sein muss. Ferner ist der kontradiktorische Prozess beherrscht von formellen Beweisregeln, welche die Wahrheit für den (häufigen) Fall eines Gewissheitsdefizits rechtlich festlegen. Die beurkundungsrechtliche Tatsachen-Dokumentation kennt demgegenüber kein rechtliches Gehör von Gegenparteien¹⁰ und keine Regeln für die Eventualität der Beweislosigkeit. Sie ist grundsätzlich nur für die Beleg-Schaffung bei nicht-streitigen Verhältnissen geeignet. Soll vor Prozessbeginn ein Beweis gesichert werden, beispielsweise bezüglich des Zustandes einer aufgegebenen Mietwohnung, so können Experten, Architekten, Mieter- und Hauseigentümerverbände die nötigen Protokolle erichten und Fotografien herstellen. Die fachliche Kompetenz solcher Persönlichkeiten und die Schlüssigkeit des von ihnen protokollierten Befundes müssen alsdann vom Richter in freier Beweiswürdigung beurteilt werden können. Es geht nicht an, dass die richterliche Beweiswürdigung durch den öffentlichen Glauben einer notariellen Urkunde abgeschnitten wird (dies wäre eine Verkürzung der Gegenpartei in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör), und es kann der notariellen Urkunde demgemäss kein öffentlicher Glaube zukommen. Fehlt ihr dieser aber, so schafft ihre Aufertigung falschen Schein, was zum Postulat führt, dass die Urkundsperson von jeder Sachbeurkundung Abstand zu nehmen hat, welche in Konkurrenz zu richterlicher Wahrheitsfindung zu treten bestimmt ist.

2719 - Folgendes kommt hinzu: Die im kontradiktorischen Prozessverfahren gefundene Sach- und Rechtswahrheit wirkt nur zwischen den Prozessparteien, beansprucht also keine umfassende Geltung. Es handelt sich um eine spezifische Prozess- oder Verfahrenswahrheit. Demgegenüber ist der öffentliche Glaube der notariellen Urkunde als eine gegenüber jedermann Geltung beanspruchende Wahrheit zu verstehen. Der öffentliche Glaube ist nicht Verfahrenswahrheit mit Geltungskraft inter partes, sondern Wahrheitsgeltung schlechthin. Wegen des unbeschränkten Geltungsanspruchs des öffentlichen Glaubens soll dieser nur geschaffen werden bezüglich einfach zu ermittelnder Sach- und Rechtstatsachen, die ausser Streit liegen. Ist ein Konflikt bereits ausgebrochen und eine kontradiktorisch zu findende Wahrheit inter partes in gerichtlicher Erarbeitung begriffen, so darf die Urkundsperson nicht mit ad hoc erstellten Urkunden intervenieren, welche mit ihrem unbeschränkten Wahrheitsgeltungsanspruch nicht nur das prozessuale Beweisverfahren unterlaufen, sondern über den Rahmen des Prozesses hinaus Wirkung entfalten könnten.

2720 - Im Prozessrecht sorgen die Zuständigkeitsvorschriften und die Regeln über res iudicata, ferner die Beschränkung der Wahrheits- und Rechtsgeltung des Urteils auf den inter partes beurteilten Sachverhalt

Fn 10 - Das Beurkundungsverfahren ist kein Parteienverfahren; vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 3.

****§. 778****

dafür, dass widersprechende "Wahrheiten" bzw. Feststellungen verschiedener Urteile zu Widersprüchen in der rechtlichen Ordnung der Verhältnisse der Parteien führen. Im Beurkundsrecht gibt es keine solchen institutionalisierten Vorkehrungen gegen das Phänomen einander widersprechender öffentlicher Urkunden. Keine Zuständigkeitsnorm verbietet es der Urkundsperson A, gleichzeitig oder im Nachgang zur Urkundsperson B eine Erbgangsbeurkundung über den gleichen Nachlass zu erstellen, und keine Regel von res iudicata besagt, was gelten solle, wenn zwei Erbgangsbeurkundungen über den gleichen Nachlass einander inhaltlich widersprechen. Das Risiko von einander widersprechenden Urkunden wird beurkundsrechtlich offenbar als derart gering eingestuft, dass es zu keinerlei normativen Vorkehrungen Anlass gibt. Gerade dies muss aber zum Verzicht auf die Vornahme von Beurkundungen führen, wenn der zu beurkundende Sachverhalt bereits bestritten.

2. Sachliche Zuständigkeit

2721 - Die Frage nach der sachliche Zuständigkeit fällt bei den Protokollierungen zusammen mit der hievor erörterten Frage nach den zulässigen Beurkundungsgegenständen.

3. Örtliche Zuständigkeit

2722 - *Da mit der notariellen Protokollierung eine neutrale Kontrolle der Rechtmässigkeit des Ablaufs und insofern die Ausübung kantonaler Hoheit verbunden ist, darf die Urkundsperson nur solche Vorgänge notariell protokollieren, die sich innerhalb ihres örtlichen Tätigkeitsgebietes ereignen.*

2723 - Erläuterung: Keine Rolle spielt, wo die Rechtswirkungen des Vorgangs eintreten und wo das notarielle Protokoll demzufolge seine Belegfunktion erfüllen wird. Es können also die Versammlungen und Beschlussfassungen von Verbänden mit auswärtigem Sitz beurkundet werden, sofern die Versammlungen im örtlichen Tätigkeitsgebiet der Urkundsperson abgehalten werden.

****§. 779****

4. Beurkundungswille der Klientschaft

2724 - *Die Urkundsperson darf in amtlicher Eigenschaft an der zu protokollierenden Veranstaltung nur mitwirken und die Urkunde ausfertigen, wenn dies von ihr verlangt wird und wenn die Veranlassung von einer Person stammt, deren Willensäußerung aufgrund der gesamten Umstände auf den Beurkundungswillen der Klientschaft¹¹ schliessen lässt¹².*

2725 - *Wird die Versammlung eines Verbandsorganes, insbesondere eine Mitgliederversammlung oder die Sitzung eines Verwaltungsrates, vom Präsidenten des obersten Exekutivorganes dieses Verbandes geleitet, so ist dessen ausdrückliche oder konkludente Aufforderung anlässlich der betreffenden Veranstaltung an die Urkundsperson, sie möge das Protokoll in öffentlicher Urkunde führen, als Ausdruck des Beurkundungswillens des Verbandes zu qualifizieren. Auf wessen Veranlassung die Urkundsperson sich zu der Veranstaltung begeben hat¹³, spielt in einem solchen Fall keine Rolle.*

2726 - Fehlt es während der Veranstaltung am Beurkundungswillen der Klientschaft und wohnt eine Urkundsperson der Veranstaltung in privater (nicht-amtlicher) Eigenschaft, z.B. als Aktionärin oder Rechtsberaterin, bei, so kann sie nicht auf nachträgliches Begehren ein notarielles Protokoll erstellen.

2727 - Erläuterung: Bei den notariellen Protokollierungen ergibt sich der Beurkundungswille der Klientschaft nicht wie bei der Beurkundung individueller Erklärungen bereits konkludent aus deren Mitwirkung am Beurkundungsvorgang. Bei den Protokollierungen kann unklar

Fn 11 - Bei den Organbeschlüssen bestehender Verbände ist der jeweilige Verband der Klient; bei der Protokollierung von Verbandsgründungen sind sämtliche Gründer die Klienten. Vgl. zum Begriff der Klientschaft im übri- gen vorn, Ziff. 402.

Fn 12 - Vgl. ZH NV § 96a Abs. 1 (Fsg. 24.9.1992): Die Urkundsperson hat zu prüfen, "ob das Gesuch um Er- richtung einer öffentlichen Urkunde von einer dazu ermächtigten Person gestellt wird."

Fn 13 - Die in BE ND Art. 20 Abs. 1 enthaltene Vorschrift, wonach im Protokoll anzugeben sei, wer den Notar beauftragt hat, lässt offen, ob hier allemal grundsätzlich die Klientschaft zu nennen ist - deren Identität sich bei Verbandsbeschlüssen unmittelbar aus der urkundlichen Bezeichnung der Veranstaltung als einer solchen des be- treffenden Verbandes ohnehin ergibt - oder ob ein bestimmtes Verbandsorgan oder gar jene natürliche Person zu nennen ist, welche das Beurkundungsbegehren an die Urkundsperson herangetragen hat; die Übermittlung mag telefonisch z.B. durch einen Sachbearbeiter geschehen sein. Die Nennung einer "rogierenden Person" kann, wenn damit jemand anderes als der Verband selber gemeint sein sollte, wegen der Zufälligkeit solcher Übermitt- lung nicht als bundesrechtliches Erfordernis qualifiziert werden. PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (367, Anm. 94) geht davon aus, dass die Rogation (bernischen Rechts) von jener Instanz ausgehen muss, welche zur gültigen Einberufung der betreffenden Versammlung zuständig ist, bei der Aktiengesellschaft in der Regel also vom amtierenden Verwaltungsrat.

****S. 780****

oder streitig sein, ob die Urkundsperson in amtlicher Eigenschaft anwesend ist und handeln soll oder darf. Die Urkundsperson hat für die nötige Klärung zu sorgen. Sie kann den Veranstaltungsverlauf nur dann in amtlicher Eigenschaft begleiten, wenn sie hiezu von einem zuständigen Vertreter des Veranstalters ausdrücklich oder konkludent aufgefordert worden ist.

2728 - War die Urkundsperson zunächst bloss als Rechtsberaterin anwesend, so kann sie nicht auf nachträgliches Beurkundungsbegehren hin die Veranstaltung hinterher notariell protokollieren. Dies wäre eine Incognito-Beurkundung¹⁴, welcher die Qualität der öffentlichen Urkunde nicht zukom- men könnte¹⁵.

2729 - Unerheblich ist, in welcher Form der Anstoss zur Beurkundung an die Urkundsperson her- angetragen worden ist. Es genügt, dass eine Person, welche als Klientin oder als deren Organ oder Vertreterin auftritt, zur Protokollierung den Anstoss gegeben hat.

2730 - Bei den beurkundungsbedürftigen Beschlüssen juristischer Personen (z.B. bei Statutenände- rungen von Aktiengesellschaften) gibt es nur eine einzige Klientin: die juristische Person selber. Die Urkundsperson ist befugt und verpflichtet, protokollierend tätig zu werden, wenn der Anstoss hiezu von dem Mitglied eines verbandsrechtlich zuständigen Exekutivorgans erfolgt. Ob dieses Or- ganmitglied einzeln oder kollektiv zeichnungsberechtigt ist, spielt keine Rolle. Auch ein nur kol- lektiv zeichnender Verwaltungsratspräsident ist befugt, ohne Mitwirkung anderer Zeichnungsbe- rechtigter die Urkundsperson zur Protokollierung aufzubieten. Diese Befugnis gehört zu den Kom- petenzen des Versammlungsvorsitzenden; er leitet die Versammlung als verbandsinternen Vorgang allein, nicht kollektiv zu zweien.

2731 - Die Urkundsperson handelt auch pflichtgemäss, wenn sie auf Veranlassung eines Prokuris- ten oder auf diejenige der Sekretärin des Verwaltungsratspräsidenten oder eines Sachbearbeiters zur Veranstaltung geht, sofern die Urkundsperson den Eindruck hat, diese Personen seien zur Übermitt- lung des Auftrags zuständig. Hat sie Zweifel, so ist die Urkundsperson befugt, eine förmliche Ein-

ladung zu verlangen, welche von zeichnungsberechtigten Personen namens der betreffenden Klientenschaft rechtsgültig unterzeichnet ist. Solche Förmlichkeit ist jedoch unüblich.

2732 - Ist die Kompetenz des Vorsitzenden zur Versammlungsleitung unbestritten und offensichtlich, so ist die vom Vorsitzenden hiezu eingeladene Urkundsperson zur Protokollierung befugt und verpflichtet, auch wenn andere Verwaltungsratsmitglieder oder Aktionäre gegen die

Fn 14 - Zur Incognito-Beurkundung vgl. Ziff. 1507 Nr. 8.

Fn 15 - So sinngemäss BE NG Art. 21 lit b; BE ND Art. 20 Abs. 1; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 167, N 5 zu Art. 20 ND BE.

****S. 781****

notarielle Protokollierung Einspruch erheben. Denn nur der Versammlungsvorsitzende vertritt in diesem Augenblick die Gesellschaft in deren Eigenschaft als Klientin.

2733 - Dementsprechend hat es auch der Versammlungsvorsitzende in der Hand, die notarielle Protokollierung während der Versammlung abbrechen zu lassen. Die Urkundsperson ist nicht befugt, ihre Protokollierungstätigkeit weiterzuführen, wenn der Versammlungsvorsitzende ihr eine gegenteilige Weisung erteilt.

2734 - Nach Beendigung einer mit Einverständnis des Vorsitzenden protokollierten Versammlung endet auch die (auf die Versammlung beschränkte) Weisungsbefugnis des Vorsitzenden. Die Fertigstellung des notariellen Protokolls gehört nun zu den öffentlichrechtlichen Amtspflichten der Urkundsperson. Weder der Verwaltungsratspräsident noch der Gesamtverwaltungsrat oder eine neuerlich einberufene Generalversammlung von Aktionären kann die Urkundsperson von ihrer Pflicht dispensieren, das rechtmässig aufgenommene Protokoll fertigzustellen, zu unterzeichnen und zu siegeln und es zur Verfügung der Gesellschaft zu halten¹⁶.

5. Anwesenheit oder Vertretung der Klientenschaft

2735 - *In einigen gesetzlich geregelten Fällen (wie z.B. beim Wechselprotest) ist der Klient anlässlich der Protokollaufnahme weder anwesend noch vertreten. In den meisten andern Fällen, namentlich bei der Protokollierung verbandsrechtlich geregelter Versammlungen, muss der betreffende Verband in seiner Eigenschaft als Klient gegenüber der Urkundsperson vertreten sein. Fehlt es an einer solchen Vertretung, so kann die Protokollierung nicht stattfinden.*

2736 - **Erläuterung:** Protokollaufnahmen können - unter Vorbehalt der genannten Ausnahmen - nicht im Abwesenheitsverfahren durchgeführt werden. Der Klient muss anwesend oder vertreten sein. Ist er weder anwesend noch vertreten, so kann die Veranstaltung nicht als eine solche des Klienten qualifiziert, d.h. sie kann diesem rechtlich nicht zugerechnet werden. Kann sie ihm nicht zugerechnet werden, so kann sie nicht als dessen Veranstaltung protokolliert werden.

2737 - Hieraus folgt namentlich, dass die Versammlungen oppositioneller Aktionärsgruppen, welche gegen den Willen der amtierenden Exe-

Fn 16 - Wo das kantonale Recht der Urkundsperson die Amtspflicht zur Anmeldung der protokollierten Beschlüsse beim Handelsregisteramt auferlegt, handelt es sich um eine von der Klientenschaft revozierbare Pflicht. Die Urkundsperson darf die Urkunde nicht gegen den erklärten Willen der Klientenschaft anmelden.

****S. 782****

kutivorgane die Statuten ändern wollen, nur dann notariell protokolliert werden dürfen, wenn die Versammlung aufgrund korrekt durchgeführter Einberufung und aufgrund der Erreichung eines allenfalls erforderlichen Präsenzquorums legitimiert ist, einen Tagespräsidenten - und in dessen

Person den Vertreter der Aktiengesellschaft gegenüber der Urkundsperson - gültig zu ernennen. Ob diese Legitimation vorliegt, ist von der Urkundsperson zu kontrollieren. Fehlt es an der Legitimation, so entsteht kein dem betreffenden Verband zurechenbares Protokoll. Die Urkundsperson hat jeden falschen Anschein eines der betreffenden Aktiengesellschaft zurechenbaren Protokolls zu vermeiden. Ob eine Generalversammlung der Aktiengesellschaft oder ob das private Treffen einer oppositionellen Aktionärsgruppe vorliegt, ist eine für die Vornahme oder Ablehnung der Beurkundung entscheidende Frage. Ihre Beantwortung soll nicht einem allfälligen späteren gerichtlichen Anfechtungsverfahren anheimgestellt bleiben.

6. Beurkundungsvoraussetzung: Kein Ausstand

2738 - *Auch bei den Protokollierungen befindet sich die Urkundsperson im Ausstand,*

(a) wenn sie dergestalt in eigener Sache handeln müsste, dass die begriffsnotwendige Distanz¹⁷ zwischen Beurkundungsfunktion und privaten Belangen entfiel, ferner

(b) wenn die Beurkundung eine Angelegenheit der Urkundsperson oder einer dieser nahestehenden Person zum Gegenstand hat.

a) Private Belange der Urkundsperson

2739 - *Zu den privaten (nicht-amtlichen) Belangen¹⁸ der Urkundsperson gehört die Teilnahme an einer zu protokollierenden Veranstaltung oder an einem anderen zu protokollierenden Vorgang in nicht-amtlicher Eigenschaft¹⁹.*

Fn 17 - Zu diesem Erfordernis vgl. Ziff. 1630 ff.

Fn 18 - Vgl. zum Begriff der privaten Belange der Urkundsperson auch das in Ziff. 780 ff. Ausgeführte.

Fn 19 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 35; anders BE NG Art. 28 Abs. 3 und MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 74, N 15 zu Art. 27 NG BE, wo nur Stimmrechtsausübung in eigenem oder fremdem Namen den Ausstand begründen soll. - Deutlicher CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 117, welcher die Präsenz der Urkunds-

****S. 783****

2740 - *Kein privates Handeln liegt vor, wenn die Urkundsperson gewisse Hilfstätigkeiten selber übernimmt und in die notarielle Funktion integriert, welche andernfalls auch von Privaten wahrgenommen werden könnten, wie Übersetzungsarbeit (Dolmetscher- und Taubstummenübersetzerfunktion) und Stimmzählung.*

2741 - *Leitet die Urkundsperson in privat-verbandsrechtlicher Funktion eine Versammlung, leitet sie beispielsweise als Verwaltungsratspräsidentin einer Aktiengesellschaft deren Generalversammlung, so geht dem von ihr selber errichteten notariellen Protokoll der öffentliche Glaube insgesamt ab; es entsteht keine öffentliche Urkunde²⁰.*

2742 - **Erläuterung:** Bei Versammlungen liegt der Zweck der notariellen Protokollierung hauptsächlich in der Kontrolle des Verfahrensablaufs durch eine unbeteiligte Person öffentlichen Glaubens. Demgemäss kann die Urkundsperson nicht in privater Eigenschaft durchführen, was sie in amtlich-neutraler Eigenschaft zu kontrollieren hat. Handelt die Urkundsperson bei einer verbandsrechtlich geregelten Versammlung in der Doppelfunktion des Versammlungsvorsitzenden und der Urkundsperson, so entsteht keine öffentliche Urkunde.

2743 - Bei anderen Veranstaltungen, die nicht verbandsrechtlich geregelt sind und welche demgemäss nicht von Gesetzes wegen eines Veranstaltungsleiters bedürfen, wie bei der Auszählung von Wahlzetteln oder bei Losziehungen, kann sich aus der notariellen Belehrungspflicht eine faktische

Oberleitungsfunktion zulässigerweise ergeben. Indem die Urkundsperson die anwesenden Laien darüber belehrt, wie der Vorgang korrekt durchzuführen ist, und indem sie die Einhaltung ihrer notariellen Belehrung überwacht, wird die Urkundsperson faktisch zur Veranstaltungsleiterin. Beurkundungsrechtlich ist der Sachverhalt auch in solchen Fällen dahingehend zu interpretieren, dass die Verfahrensverantwortung bei den anwesenden Laien liegt und dass die Urkundsperson lediglich belehrt, kontrolliert und ihre Wahrnehmungen aufzeichnet. Beteiligt sich die Urkundsperson bei einer solchen Veranstal-

person als private Versammlungsteilnehmerin auch dann als schädlich bezeichnet, wenn die Urkundsperson ihr Stimmrecht nicht ausübt. In gleichem Sinne Entscheid des KG VS vom 7.7.1978, RVJ 1981, S. 277-286 (218): "Le notaire apparaît également comme partie intéressée, selon la pratique suisse, quand il tient le procès-verbal d'une assemblée où il détient le droit de vote, qu'il en use ou non" -, mit Verweis auf MARTI, Notariatsrecht 1964 S. 69 und ZBGR 21 (1940) p. 292; 24 p. 300; RSJ 39 p. 248; BURCKHARDT, Bundesrecht, III no 1483 II); - "le notaire ne peut alors fonctionner comme tel, car il n'a pas le droit de consigner ses propres déclarations de volonté (intérêt formel à l'acte)." - Ebenso LU AB über die Urkundspersonen, Entscheid vom 12.2.1974, Maximen XII S. 263 Nr. 228 und ZBGR 57 (1976) S. 92: "Ein Aktionär darf daher bei der Beschlussfassung einer Generalversammlung der Aktiengesellschaft in keinem Fall als Notar amten".

Fn 20 - Vgl. hiezu Ziff. 1507 Nr. 4. - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

****S. 784****

tung selber am Auszählen von Stimmzetteln, so ist diese Tätigkeit als Akt notarieller Wahrnehmung, nicht als exekutive Durchführungshandlung zu qualifizieren. Die Urkundsperson soll sich, wo sie in amtlicher Eigenschaft protokolliert, nicht zugleich in Exekutivfunktionen innerhalb der zu protokollierenden Veranstaltung einbeziehen lassen²¹.

2744 - Das Beurkundungsverfahren leidet an einem Fehler, wenn die Urkundsperson ihre gleichzeitige private Anwesenheit, ihre privaten Handlungen oder Erklärungen protokolliert. Der Fehler wird nicht dadurch aus der Welt geschafft, dass die Urkundsperson ihre eigene Mitwirkung an der Veranstaltung in der Urkunde unerwähnt lässt; die hiedurch geschaffene Unvollständigkeit bzw. Ungenauigkeit oder sogar Unwahrheit des Protokolls kann den Mangel nicht heilen. So geht es namentlich nicht an, dass die Urkundsperson ihre eigenen Aktien an der von ihr protokollierten Aktionärsversammlung zwar vertreten lässt, sie aber nur bei den in einfacher Schriftform protokollierten Traktanden mitstimmen lässt und ihre Präsenz bei den notariell protokollierten Traktanden ignoriert, d.h. hier eine geringere Aktienpräsenz protokolliert, als was zu Beginn der Veranstaltung festgestellt worden war. Dies wäre eine Falschbeurkundung.

2745 - Man wird eigenes privates Mitwirken der Urkundsperson an der notariell protokollierten Veranstaltung (wozu bereits die private Präsenz gehört) für das Entstehen der öffentlichen Urkunde dann als unschädlich betrachten dürfen, wenn diese Mitwirkung im Rahmen der protokollierten Vorgänge von nebensächlicher Bedeutung war. Nichtigkeit der Urkunde ist hingegen anzunehmen, wenn die Urkundsperson mit ihren Aktien den Ausschlag gibt, insbesondere wenn sie selber die Mehrheits- oder Alleinaktionärin ist oder wenn sie als Bevollmächtigte ein entscheidendes Aktienpaket an der Veranstaltung selber vertritt, oder wenn sie die Veranstaltung präsidiert.

b) Angelegenheit einer Person und Nahestehen: Vorbemerkung

2746 - Die Begriffe der Angelegenheit einer Person und des Nahestehens sind angesichts der sachlichen Gegebenheiten bei Protokollierungen liberaler zu definieren als bei Beurkundungen individueller Erklärungen, d.h. es ist der Urkundsperson die Protokollierungstätigkeit für Perso-

Fn 21 - Von Gesetzes wegen zugelassen ist die notarielle Oberleitung der freiwilligen öffentlichen Versteigerung nach bernischem Recht, ND BE Art. 27 und 28; die eigentliche Durchführung liegt jedoch nicht beim Notar.

****S. 785****

nen zu gestatten, deren individuelle Erklärungen sie bei analogen Umständen nicht beurkunden dürfte.

2747 - Dies hat seinen Grund darin, dass die Ausstandsregeln bei den individuellen Erklärungen primär das Parteilichkeitsrisiko zu vermindern bestimmt sind. Parteilichkeit ist leicht möglich und hinterlässt in der Urkunde kaum jemals sichtbare Spuren. Der Kreis der Ausstandsgründe ist dort also weit zu ziehen. Demgegenüber bezwecken die Ausstandsregeln bei den Sachbeurkundungen, wozu die Protokollierungen gehören, vorwiegend die Vermeidung von Verletzungen der notariellen Kontroll- und Wahrheitspflicht. Die an einer bestimmten Angelegenheit beteiligte Urkundsperson soll nicht in Versuchung geraten, durch ungenügende Kontrolle und "Kulanz" oder durch eine inhaltlich unklare, unvollständige, missverständliche oder geradezu unwahre Beurkundung sich selber oder ihr nahestehende Personen zu begünstigen.

2748 - Eine Verletzung der Kontroll- und der Wahrheitspflicht ist viel seltener denkbar und erscheint als das wesentlich geringere Risiko als die notarielle Parteilichkeit bei der Beurkundung individueller Erklärungen. Immerhin gibt es das Risiko, wie folgendes Beispiel illustrieren mag: Man denke an einen jungen Notar, der im Büro eines autoritären Seniors Anstellung gefunden hat und dem die Protokollierung der Generalversammlung einer von seinem Chef präsierten Aktiengesellschaft übertragen wird. Hier ist es möglich, dass der Notar gewisse Verfahrensmängel übersieht, indem er "ein Auge zudrückt", oder dass er sie im Protokoll nicht deutlich festhält. Das Beurkundungsrecht hat solchen Risiken durch geeignete Ausstandsregeln Rechnung zu tragen.

2749 - Die Begriffe der Angelegenheit einer Person und der nahestehenden Person sind bei den Protokollierungen im Hinblick auf Risiken von der soeben erwähnten Art zu formulieren.

c) Angelegenheit einer Person

2750 - *Der zu protokollierende Vorgang ist die Angelegenheit*

(a) jener Person, welche als die Klientin in Erscheinung tritt, ferner

(b) jener natürlichen Personen, die anlässlich der zu protokollierenden Veranstaltung Verfahrensverantwortung tragen²² und deren Tätigkeit anlässlich der Veranstaltung demgemäss Gegenstand der notariellen Kontrolle ist.

Im Einzelnen gilt demgemäss:

Fn 22 - BE NG Art. 28 kennt diesen Ausstandsgrund nicht.

****S. 786****

2751 - *Die Gründung der Aktiengesellschaft ist die Angelegenheit sämtlicher Gründer, bei Sacheinlage- und Sachübernahmegründungen zusätzlich der Gegenparteien, die in diesen Verträgen als Sachbeteiligte auftreten.*

2752 - *Verbandsbeschlüsse sind die Angelegenheit des betreffenden Verbandes - nicht diejenige seiner Mitglieder²³, seiner Organe, seiner Gläubiger oder der durch den Beschluss mittelbar betroffenen Drittpersonen (wie z.B. Aktienzeichner bei Kapitalerhöhungen).*

2753 - *Die Eröffnung letztwilliger Verfügungen sowie diejenige von Ehe- und Erbverträgen ist Angelegenheit der Erben (einschliesslich der von ihrem gesetzlichen Erbrecht ausgeschlossenen Erben), der Vermächtnisnehmer und des überlebenden Ehegatten, nicht jedoch der Nachlass-*

*gläubiger, Nachlassschuldner, des Willensvollstreckers, des amtlichen Erbschaftsverwalters oder sonstiger Personen*²⁴.

2754 - *Losziehungen unter notarieller Aufsicht sind Angelegenheit des Lotterieveranstalters*²⁵. *Auszählungen von Stimmzetteln sind die Angelegenheit jener Körperschaft oder Anstalt (insbesondere Stiftung), deren Organe gewählt werden.*

2755 - *Die Abgabe nicht beurkundungsbedürftiger Protokollerklärungen macht das Geschäft nicht zur Angelegenheit der zu Protokoll erklärenden Person. Votieren Aktionäre an einer Generalversammlung zu Protokoll oder wird bei der Verbürgung einer verheirateten Person die Ehegattenzustimmung als Protokollerklärung in die Bürgschaftsurkunde integriert, so macht dies Generalversammlung und die Bürgschaft nicht zur Angelegenheit des Votanten und des zustimmenden Ehegatten. Diesen Personen darf die Urkundsperson nahestehen.*

2756 - **Erläuterung:** Bei notariellen Protokollierungen bezwecken die Ausstandsregeln nicht primär die Vermeidung parteilicher Belehrung und Formulierung, sondern die Vermeidung ungenügender Kontrolle und unwahrer Belegung des zu protokollierenden Vorganges. Da ungenügende Kontrolle, beispielsweise ein Hinwegsehen über das -

Fn 23 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 72, N 6 zu Art. 27, bezeichnet den Aktionär als "beteiligt an den Beschlüssen der Generalversammlung"; dieser übers Ziel hinausschiessende Grundsatz wird dann - in der gegenteiligen Richtung wiederum etwas zu weit gehend - praktisch aufgehoben durch BE NG Art. Art. 28 Abs. 3; die Ausnahmebestimmung erlaubt dem bernischen Notar die Protokollierung von Versammlungsbeschlüssen, wann immer er nicht selbst stimmen will - also theoretisch sogar dann, wenn er die von ihm neutral zu kontrollierende Veranstaltung selber leitet.

Fn 24 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 74, N 17 zu Art. 27 NG BE.

Fn 25 - LU BeurkG § 23 verlangt Ausstand bei Ziehungen, wenn der Notar "Veranstalter ist oder diesen bei der Beurkundung zu vertreten hat, oder wenn der Veranstalter sein Arbeitgeber ist, oder wenn er Mitglied des leitenden Organs des Veranstalters oder seiner Kontrollstelle ist." - Der Ausstand bei Mitgliedschaft im leitenden Organ des Veranstalters hat nach der hier vertretenen Auffassung den Charakter einer Ordnungsregel, die Ausstandspflicht bei Zugehörigkeit zum leitenden Organ der Kontrollstelle geht zu weit.

****S. 787****

Fehlen der Einzahlungsbescheinigung bei der Gründung einer Aktiengesellschaft, normalerweise aktenkundige Spuren hinterlässt und als notarielle Verfehlung später sanktioniert werden mag, sind die Befangenheitsrisiken hier gering. Der Begriff der "Angelegenheit einer Person" muss im Interesse flexibler Mandatierung demgemäss eng gefasst werden.

2757 - *Verbandsbeschlüsse juristischer Personen sind in zweierlei Hinsicht "Angelegenheit": Von der Sache her sind sie Angelegenheit des betreffenden Verbandes, vom Verfahren her sind sie die Angelegenheit der Verfahrensverantwortlichen, deren verfahrensleitende Tätigkeit Gegenstand der notariellen Kontrolle ist. Bei Aktionärsversammlungen ist dies der Versammlungsvorsitzende (nicht die Stimmzähler und nicht die Saaldiener und Präsenzkontrolleure).*

2758 - *Beschlüsse von Verbänden, denen die juristische Persönlichkeit abgeht (Gemeinderschaften, Stockwerkeigentümergeinschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften etc.) sind die Angelegenheit aller Verbandsmitglieder, auch der bei der Beschlussfassung abwesenden und nicht vertretenen. Denn der Beschluss gestaltet allemal die Rechtsverhältnisse sämtlicher Mitglieder, nicht diejenigen des Verbandes. Ist die Urkundsperson also Stockwerkeigentümerin, so kann sie Beschlüsse der Stockwerkeigentümergeinschaft auch dann nicht in öffentlicher Urkunde protokollieren, wenn sie an der betreffenden Versammlung in ihrer privaten Eigentümereigenschaft abwesend zu sein vorgibt.*

2759 - Anlässlich der **Gründung einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH** darf die Urkundsperson keinem der Gründer nahestehen. In diesem Zeitpunkt gibt es die Gesellschaft noch nicht. Der Gründungsvorgang²⁶ ist darum Angelegenheit sämtlicher Personen, deren Mitwirkung zivilrechtlich gültigkeitsrelevant ist, also sämtlicher Gründer.

2760 - Anders liegen die Dinge bei der **Kapitalerhöhung**. Hier gibt es die Gesellschaft als juristische Person und damit als Klientschaft. Der Kapitalerhöhungsbeschluss ist primär die Angelegenheit der Gesellschaft, sekundär diejenige des Versammlungsvorsitzenden. Die blossе Anwesenheit, Stimmabgabe einschliesslich Zeichnungserklärung eines Aktionärs macht diese Erklärung bzw. die ganze Versammlung nicht zur Angelegenheit dieses Aktionärs. Bei Kapitalerhöhungen darf die Urkundsperson den Aktienzeichnern nahestehen, nicht jedoch beim Errichtungsakt²⁷.

Fn 26 - Gemäss MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 80, N 5 zu Art. 28, kann die Gründung der Aktiengesellschaft auch in der Form der übereinstimmenden Willenserklärung der Gründer, d.h. als Erklärung zu Urkund beurkundet werden.

Fn 27 - In keinem Falle kann die Urkundsperson selbst zu den Zeichnern gehören, da sie sonst eigene private Belange in amtlicher Funktion zu protokollieren hätte.

****S. 788****

d) Nahestehende Person

2761 - *Der Begriff des Nahestehens ist bei Protokollierungen folgendermassen zu umschreiben:*

aa. Verwandtschaftliches Nahestehen

2762 - *Das verwandtschaftliche Nahestehen ist sollte weniger streng definiert werden als bei der Beurkundung individueller Erklärungen. Nur sehr nahe verwandtschaftliche Beziehungen, nämlich Aszendenz und Deszendenz in gerader Linie, Geschwisterschaft und bestehende Ehe können als schädlich betrachtet werden*²⁸.

2763 - **Erläuterung:** Eine Abweichung von den Regeln über die Beurkundung individueller Erklärungen rechtfertigt sich, weil es bei den Protokollierungen nicht um die Gewährleistung der Unparteilichkeit, sondern um korrekte Verfahrenskontrolle und Urkundenwahrheit geht.

bb. Vertragliches Nahestehen

2764 - *Vertragliche Beziehungen der Urkundsperson zu einer Person, deren Angelegenheit protokolliert wird, sind nur schädlich, wenn sie typischerweise eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Urkundsperson vom anderen Vertragspartner zur Folge haben. Dies ist der Fall*

(a) beim Vorliegen einer einfachen Gesellschaft, wenn diese von Dauer ist und wesentliche wirtschaftliche Verhältnisse der Urkundsperson (d.h. deren Einkommensgrundlage) erfasst; dies trifft namentlich zu bei Büro-Partnerschaften von Notaren und Rechtsanwälten, sofern diese den Charakter von Gewinn- und Verlustgemeinschaften haben: jeder Gesellschafter steht hier jedem anderen nahe; ferner

(b) bei Anstellungsverhältnissen: die Urkundsperson darf nicht Angestellte jener Person²⁹ sein, deren Angelegenheit protokolliert wird.

Fn 28 - In diesem Sinne Justizkommission LU, Stellungnahme vom 3.8.1964, Maximen XI S. 339 Nr. 316 und ZBGR 55 (1974) S. 15: Die Urkundsperson befindet sich bezüglich der Protokollierung einer Generalversammlung im Ausstand, wenn ihr Vater der Verwaltungsratspräsident ist.

Fn 29 - LU BeurkG § 22 lit. b verlangt Ausstand bei Protokollierungen, "wenn die Gesellschaft sein [des Notars] Arbeitgeber ist", was gemäss SIDLER, Komm. LU (1975) S. 78, N 2 zur zitierten Bestimmung, aus übergangs-

rechtlichen Gründen noch während einer beschränkten Zeit möglich sein konnte bei Urkundspersonen, welche die Beurkundungsbefugnis trotz Anstellung bei einer Unternehmung vor dem 1.1.1974 erworben hatten.

****§. 789****

2765 - *Andere Vertragsverhältnisse begründen, im Gegensatz zur Beurkundung individueller Erklärungen, kein ausstandsrelevantes Nahestehen.*

2766 - *Die Urkundsperson darf also in keinem Anstellungsverhältnis und in keiner anwaltlichen oder notariellen Gewinn- und Verlustgemeinschaft zum Versammlungsvorsitzenden stehen, dessen Vorgehen während der zu protokollierenden Veranstaltung sie zu kontrollieren hat, darf aber dessen Rechtsanwalt oder Anwalt des betreffenden Verbandes sein (Auftragsverhältnis).*

2767 - Erläuterungen: Die weitgehende Irrelevanz vertraglicher Beziehungen der Urkundsperson zu der Klientschaft³⁰ und zu deren Organen ergibt sich daraus, dass hier keine Parteilichkeit zu befürchten ist. Nichts steht also entgegen, dass die Urkundsperson eine Gesellschaft in einer ersten Phase anwaltlich für eine vorgesehene Kapitalerhöhung, Statutenänderung oder Umstrukturierung berät und in der zweiten Phase als Urkundsperson fungiert. Anwaltliche Beratung im Hinblick auf eine Protokollierung³¹ ist etwas grundsätzlich anderes als im Hinblick auf einen Vertragsschluss³².

2768 - Hingegen muss die Kontrolle der für die Durchführung der zu protokollierenden Veranstaltung verantwortlichen Personen durch angemessene Ausstandsregeln sichergestellt werden. Die Urkundsperson darf also nicht von einer zu kontrollierenden Person abhängig, nicht deren Angestellte sein. Ist eine Urkundsperson Verwaltungsratspräsidentin einer AG, so kann sie deren Beschlüsse nicht durch einen angestellten Notar ihres eigenen Büros in öffentlicher Urkunde protokollieren lassen.

cc. Verbandsrechtliches Nahestehen

2769 - *Verbandsrechtliches Nahestehen ist ausstands begründend, wenn es eine ähnliche umfassende Abhängigkeit der Urkundsperson zu schaffen geeignet ist wie ein arbeitsvertragliches Anstellungsverhältnis, also beim Vorliegen einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft³³, welche die wesentlichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Urkundsperson erfasst³⁴: hier steht die Urkundsperson jedem anderen Gesellschafter nahe.*

Fn 30 - Zu diesem Begriff vgl. vorn, Ziff. 402.

Fn 31 - Vgl. ein solches Beispiel bei MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 102: Notarielle Empfehlung an eine Aktiengesellschaft, benötigte Mittel durch einen Bankkredit statt durch eine Kapitalerhöhung zu beschaffen. - Das Beispiel liegt allerdings wohl etwas ausserhalb jener Belange, in welchen gute Ratschläge der Urkundsperson für die Klientschaft bedeutsam sind.

Fn 32 - Wohl allzu pauschal ist die Meinung von ALFRED SANTSCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) 1-16 (2), wonach die Urkundsperson bei der Beurkundung von Tatsachen regelmässig keine konsultative Tätigkeit entfalte.

Fn 33 - BE NG Art. 27 Abs. 1 lit. c.

Fn 34 - Vgl. die Begründung dieser Einschränkung vorn, Ziff. 1655 ff.

****§. 790****

2770 - *Hingegen bedeutet die Mitgliedschaft in den Exekutivorganen juristischer Personen (Verwaltungsrat, Stiftungsrat, Vereinsvorstand) im Zusammenhang mit Protokollierungen, anders als bei der Beurkundung individueller Erklärungen, kein Nahestehen zur juristischen Person; solche Mitgliedschaften sind einem Anwalts-Mandat vergleichbar und begründen sowenig wie dieses jene wirtschaftliche Abhängigkeit, welche die Eignung der Urkundsperson bezüglich der auszuübenden Kontrolle und ihre Wahrhaftigkeit in Frage stellt. Desgleichen braucht bei*

den Protokollierungen der Ausstandsgrund der beherrschenden Beteiligung nicht postuliert zu werden.

2771 - *Als Ordnungsregel muss jedoch gelten, dass die Urkundsperson im Interesse des öffentlichen Ansehens der Beurkundungsfunktion, d.h. zwecks Vermeidung jedes Anscheins möglicher Befangenheit, die Protokollierung nicht selber durchführt, wenn sie einem Exekutivorgan des betreffenden Verbandes angehört*³⁵.

2772 - **Erläuterung:** Organmitgliedschaft wird hier, im Gegensatz zur Beurkundung individueller Erklärungen, als unschädlich dargestellt.

2773 - Wird die Urkundsperson an einer von ihr notariell protokollierten Versammlung selber in den Verwaltungsrat gewählt, so ist diese Wahl - im Rahmen der Protokollierung - nicht eine eigene Sache der Urkundsperson; sie befindet sich nicht im Ausstand. Auch begründet die aus der Wahl resultierende Organmitgliedschaft, für die Zwecke der Protokollierung, kein Nahestehen, so dass die Urkundsperson trotz ihrer erfolgten Wahl die Beurkundung zu Ende führen darf. Hingegen kann sie nicht ihre eigene Wahlannahmeerklärung mit öffentlichem Glauben selber notariell protokollieren - dies wäre ein unzulässiges Handeln in der doppelten Funktion der öffentlichen Urkundsperson und in derjenigen der Privatperson³⁶.

2774 - Unschädlich ist unter dem Gesichtswinkel des verbandsrechtlichen Nahestehens auch die beherrschende Beteiligung an einer juristischen Person. Die Urkundsperson darf grundsätzlich die Veranstaltung einer Gesellschaft notariell protokollieren, deren Aktienmehrheit ihr selber gehört, sofern sie an dieser Veranstaltung nicht zugleich als Aktionärin, d.h. in privater Eigenschaft anwesend oder vertreten ist. Letzteres ist immerhin kaum denkbar: Wenn die Urkundsperson eine

Fn 35 - Eindeutig zu weit geht LU BeurkG § 22 lit. c, wo Ausstand bei Protokollierungen verlangt wird, wenn eine der Urkundsperson nahestehende Person "dem leitenden Organ der Gesellschaft oder ihrer Kontrollstelle angehört." - Diese Regel verletzt auch den Grundsatz, dass das Nahestehen zu Nahestehenden keinen Ausstand schafft; vgl. Ziff. 808.

Fn 36 - Keine Rolle spielt es in einem solchen Zusammenhang, ob der beurkundete Vorgang dem gesetzlichen Beurkundungsobligatorium untersteht. Auch bei freiwilliger öffentlicher Beurkundung darf die Urkundsperson nicht in amtlicher Eigenschaft fungieren und der Urkunde den Schein des öffentlichen Glaubens verleihen, wenn sie in beurkundungsrechtlichem Sinne befangen war. Nichts hindert sie, in einem solchen Falle als Privatperson ein Protokoll zu errichten.

****S. 791****

Aktienmehrheit besitzt, kann sie in privater Eigenschaft der Versammlung kaum fernbleiben. Sobald sie als Aktionärin anwesend oder vertreten ist, kann sie nicht mehr notariell protokollieren.

e) Berufsethische Ausstandsregeln

2775 - Es kann auf das vorn, Ziff. 1663 ff., Gesagte verwiesen werden.

7. Kein begründeter Anlass zur Annahme, es würden beurkundungsrechtliche Wahrheitspflichten verletzt

2776 - *Ergeben sich konkrete Anhaltspunkte, eine sich auf den Verfahrensablauf beziehende Tatsache werde wahrheitswidrig zu Protokoll erklärt, und lassen sich die notariellen Zweifel nicht beheben, so bricht die Urkundsperson, unabhängig von der Rechtserheblichkeit der vermuteten Unwahrhaftigkeit, die Protokollierung ab und fertigt keine öffentliche Urkunde aus.*

2777 - *Die Urkundsperson soll bei den von ihr protokollierten Veranstaltungen aus eigener Kompetenz Vollmachten, Präsenz und Stimmen im Rahmen ihrer Möglichkeiten summarisch kontrollieren. Sie soll, wenn ihr die diesbezüglichen Erklärungen des Veranstaltungsleiters un-*

glaubhaft erscheinen bzw. wenn die Erklärungen den eigenen Wahrnehmungen der Urkundsperson widersprechen, Verifikation verlangen.

2778 - Bietet der Veranstaltungsleiter zu einer solchen Verifikation nicht Hand, so ist die Urkundsperson verpflichtet, ihre Protokollierungstätigkeit einzustellen. Die Kompetenz der Urkundsperson bezieht sich auf den Abbruch der Beurkundung. Sie kann nicht den Abbruch der protokollierten Veranstaltung anordnen.

2779 - Erläuterung: Die Urkundsperson darf sich zwar grundsätzlich auf die Erklärungen des Vorsitzenden bezüglich der Teilnehmerpräsenz und bezüglich der Abstimmungsergebnisse abstützen. Die notarielle Protokollierung erfordert nicht, dass die Urkundsperson diese Belange aus eigener Wahrnehmung bezeugt. Die notarielle Funktion gewinnt jedoch an Bedeutung und die Urkunde gewinnt an Beweiskraft, wenn die Urkundsperson die ihr gegebenen Wahrnehmungsmöglichkeiten aktiv nützt. Bei Versammlungen mit einer überschaubaren Zahl von Vollmachten soll sie die Vollmachten ansehen; erkennt sie dabei beispielsweise, dass sich einzelne oder alle Vollmachten auf eine längst vergangene Generalversammlung beziehen, so stellt sie den Vorsitzenden zur Rede und bricht die Protokollierung gegebenenfalls ab. Es ist

****S. 792****

nicht einzusehen, weshalb die Urkundsperson auf derartige summarische Kontrollen verzichten und sich tatenlos täuschen lassen sollte, wenn sie eine Kontrolle ohne nennenswerten Aufwand durchführen kann.

2780 - Wird bei grossen Veranstaltungen mit Handmehr abgestimmt und stellt der Vorsitzende aufgrund eines blossen Blicks in den Saal fest, der Beschluss sei mit grosser Mehrheit zustande gekommen, wogegen die Urkundsperson aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmung unter dem Eindruck steht, die ablehnenden Stimmen seien in ungefähr gleicher oder sogar in grösserer Zahl vorhanden gewesen, so soll die Urkundsperson vom Vorsitzenden die Wiederholung der Abstimmung und ein genaues Auszählen der Stimmen verlangen.

2781 - Bezüglich der Abgrenzung der Wahrheitspflicht bei notariell protokollierten Veranstaltungen vgl. vorn, Ziff. 1107.

§ 91 Vorbereitung der Protokollaufnahme

2782 - *Bei nachträglicher Protokollierung braucht die Urkundsperson die Protokollaufnahme grundsätzlich nicht vorzubereiten. Allenfalls ist der Klientschaft Belehrung zu erteilen, welche Vorkehren sie ihrerseits vor der zu protokollierenden Veranstaltung zu treffen hat, damit diese rechtsgültig durchgeführt und protokolliert werden kann.*

2783 - *Bei vorbereiteter und bei unterschriftsbedürftiger Protokollierung obliegt der Urkundsperson zusätzlich die instruktionsgemässe Formulierung des Urkundenentwurfs³⁷.*

Fn 37 - Laut BE ND Art. 19 Abs. 2 trifft der Notar die "nötigen Vorbereitungen, um eine einwandfreie Feststellung zu gewährleisten." Diese Bestimmung, in welcher gemäss MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 166, N 3 zu Art. 20 ND BE, das Erfordernis eines Vorverfahrens kodifiziert ist, ist Ausfluss der notariellen Amtspflicht, nur zu beurkunden, wovon die Urkundsperson sich überzeugt hat. Bei den nachträglichen Protokollierungen findet die zu bezeugende Wahrnehmung während der Protokollaufnahme, d.h. an der Veranstaltung selber statt; bei den vorbereiteten Protokollierungen wird zuerst das notarielle Zeugnis ausformuliert und anschliessend durch Lesung und Genehmigung anlässlich der Veranstaltung wahr gemacht.

****S. 793****

§ 92 Belehrungspflicht vor der Protokollaufnahme

2784 - Die notarielle Belehrungspflicht bezieht sich nicht auf den Schutz der Beteiligten vor Unbedacht³⁸, sondern auf die rechtsgültige Durchführung und Protokollierung einer bestimmten Veranstaltung. Soweit die Klientschaft bzw. deren Organe und Hilfspersonen³⁹ die nötigen Kenntnisse nicht haben, obliegt der Urkundsperson schon anlässlich der Vorbereitung der Protokollaufnahme die Belehrung, welche Erfordernisse

(a) für die rechtsgültige Durchführung der Veranstaltung und

(b) für deren mängelfreie notarielle Protokollierung bedeutsam sind.

2785 - Bei der Protokollierung von Gesellschaftsgründungen und von Verbandsbeschlüssen (Mitgliederversammlungen und Beschlüsse von Exekutivorganen) beschränkt sich die notarielle Belehrungspflicht, vorbehältlich einer von der Klientschaft nachgesuchten und von der Urkundsperson übernommenen weitergehenden Tätigkeit, auf die Prüfung der von der Klientschaft beabsichtigten Rechtshandlungen und beigebrachten Belege (Statutenentwürfe, Statutenänderungsentwürfe, Revisionsberichte, Verwaltungsratsberichte, Sacheinlageverträge, Sacheinlage- und -übernahmebilanzen etc.) unter dem Gesichtswinkel der Rechtmässigkeit und der handelsregisterlichen Eintragungsfähigkeit⁴⁰. Eine Beratung der Klientschaft über die Zweckmässigkeit

Fn 38 - Vgl. BGE 102 II 420 (424): "So schreibt Art. 657 ZGB die öffentliche Beurkundung im Verkehr mit Grundstücken insbesondere vor, um die Vertragsschliessenden vor unüberlegten Entschlüssen zu bewahren. [...] Die Formvorschriften der Art. 637 und 638 OR dagegen verlangen die öffentliche Beurkundung der Beschlüsse der konstituierenden Generalversammlung bzw. des Errichtungsaktes nicht zum Schutze der Gründer. Damit sollen vielmehr unlautere Machenschaften verhindert, die gesetzeskonforme Abwicklung des Gründungsvorganges gewährleistet und verlässliche Beweise gesichert werden" (unter Verweis auf F. VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4.A. S. 118; ALFRED SIEGWART, Komm. zum OR, Zürich (1945) N 2 zu Art. 637 OR).

Fn 39 - Adressat der Belehrung ist bei den Protokollierungen grundsätzlich ausschliesslich die Klientschaft; vgl. in diesem Sinne MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 85, N 9 zu Art. 30 NG BE; die Urkundsperson hat die Belehrung in erster Linie jenen Organen, Hilfspersonen oder Stellvertretern des Belehrungs-Adressaten zu erteilen, welche für diesen mit der Vorbereitung und Durchführung der betreffenden Veranstaltung betraut sind.

Fn 40 - Mit dieser Einschränkung ist MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (268) beizupflichten: "A mon avis, le notaire a [...] le devoir de conseiller les fondateurs en ce qui concerne la rédaction des statuts."

****S. 794****

von Statuten und Statutenänderungsentwürfen unter dem Gesichtswinkel unternehmerischer Ziele gehört nicht zu den notariellen Amtspflichten⁴¹.

2786 - Hat die Urkundsperson begründeten Verdacht, im Rahmen einer zu protokollierenden Veranstaltung seien rechtswidrige Handlungen beabsichtigt, so muss sie auf deren Unzulässigkeit und auf die allfälligen Rechtsfolgen hinweisen.

2787 - Erläuterung: Die Urkundsperson muss klar machen, was es braucht, und zwar gegebenenfalls schon vor dem Beginn der zu protokollierenden Veranstaltung⁴². Bei der Gründung der Aktiengesellschaft und der GmbH hat die Urkundsperson auf die gesetzlichen Anforderungen an die Statuten, auf alle formellen Anforderungen des Gründungsvorganges einschliesslich der Nationalitätserfordernisse bei der Zusammensetzung des Verwaltungsrates⁴³ hinzuweisen, soweit sich aus der Kontrolle der Unterlagen diesbezügliche Mängel ergeben. Sind das von der Klientschaft beabsich-

tigte Vorgehen und die zur notariellen Prüfung unterbreiteten Belege in Ordnung, so erübrigt sich eine notarielle Belehrung.

2788 - Ein Verdacht rechtswidriger Absicht und die genannte notarielle Belehrungspflicht ist beispielsweise begründet, wenn die Urkundsperson aus dem Vorbereitungsgespräch erfährt, dass die Kapitaleinzahlung nur treuhänderisch erfolgt und dass das Kapital nach der Gründung den Gründern in Form von Darlehen oder in anderer Weise zurückgegeben werden soll⁴⁴.

Fn 41 - A.M. MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (266): "L'intervention d'un notaire doit garantir la régularité de l'acte de fondation (richtig!), l'établissement de statuts répondant au but poursuivi par les intéressés (nein!) et l'élection valable des organes sociaux" (richtig!).

Fn 42 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 85, N 4 zu Art. 30 NG BE, erwähnt als Beispiel die notarielle Pflicht, im Hinblick auf eine Kapitalerhöhung auf die nötigen Feststellungen hinsichtlich der Zeichnung und Liberierung des neuen Aktienkapitals hinzuweisen.

Fn 43 - Auf die diesbezügliche Belehrungspflicht weist MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (270) hin.

Fn 44 - Vgl. diesen Fall notarieller Belehrungspflicht bei MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 85, N 6 zu Art. 30 NG BE.

****S. 795****

§ 93 Beschlussfähigkeit

2789 - *Bei der Fassung von Beschlüssen bedarf es entweder der einstimmigen geäußerten Beschlussfassungswillens sämtlicher Mitglieder des beschlussfassenden Organs (und damit der Anwesenheit oder Vertretung sämtlicher Mitglieder an der betreffenden Veranstaltung) oder der Einhaltung der für die Erlangung der Beschlussfähigkeit erforderlichen Förmlichkeiten.*

2790 - **Erläuterung:** Jede Beschlussfassung zielt darauf ab, eine Mehrzahl persönlicher Willenserklärungen zu bündeln und zu verwandeln in einen einzigen Kollektivwillen⁴⁵. Für die Beschlussfassung ist charakteristisch, dass die abgegebenen Stimmen als statistisch gezählte Tatsache rechtliche Bedeutung haben, nicht aufgrund der Übereinstimmung von Erklärung und wirklichem Willen, ferner, dass die Minderheitsmeinung unbeachtet bleibt.

2791 - Zur Beschlussfassung, d.h. zur rechtsverbindlichen Durchsetzung des Mehrheitswillens gegenüber einer sich beugenden Minderheit, bedarf es einer rechtlichen Voraussetzung, der **Beschlussfähigkeit**. Diese wird erreicht durch einen in der Regel verbandsrechtlich geordneten Ablauf von Förmlichkeiten, namentlich durch eine ordnungsmässige Einberufung der Versammlung seitens des hiezu legitimierte Organs, durch gehörige Traktandierung der zu fassenden Beschlüsse und allenfalls durch eine bestimmte Mindestpräsenz anlässlich der Versammlung (Beschlussquorum).

2792 - Wenn sämtliche Angehörigen eines Verbandsorgans (der Mitgliederversammlung oder eines Exekutivorgans, beispielsweise eines Stiftungsrates oder Verwaltungsrates) versammelt sind, so ersetzt der gemeinsame, einstimmig geäußerte Beschlussfassungswille aller Anwesenden die Einberufungsformalitäten. Mit solchem Abstimmungswillen kann das vollzählig repräsentierte Organ jederzeit und an jedem beliebigen Ort Beschlussfähigkeit herstellen.

Fn 45 - Gemäss VON TUHR/PETER I § 20, S. 145, dienen Beschlüsse dazu, "eine einheitliche Entscheidung in einer gemeinsamen Angelegenheit zu treffen; sie sind nur in gesetzlich vorgesehenen Fällen zulässig" (recte: rechtsrelevant).

****S. 796****

§ 94 Private Veranstaltungsleitung

2793 - *Wird eine Veranstaltung durch eine vorsitzende Person geleitet, so wäre die Übernahme dieser Funktion durch die Urkundsperson gleichbedeutend mit privatem Handeln, und es könnte in einem solchen Falle wegen der Verletzung des Ausstandsgrundes des amtlichen Handelns in privaten Belangen keine öffentliche Urkunde entstehen*⁴⁶.

2794 - Erläuterung: Fehlt es an der gemeinsamen Anwesenheit oder am gemeinsamen Abstimmungswillen aller, so sind zur Erlangung der Beschlussfähigkeit die verbandsrechtlich vorgesehenen Förmlichkeiten einzuhalten. Dabei ist theoretisch denkbar, dass sämtliche Anwesenden über jeden Verfahrensschritt, insbesondere über die Durchführung von Abstimmungen und die Formulierung der Abstimmungsfragen, Konsens erzielen. In der Praxis wird auf diese einzelschrittweise Konsensfindung in der Regel verzichtet und statt dessen ein Veranstaltungsleiter ernannt bzw. anerkannt, welcher im Rahmen des verbandsrechtlich vorgegebenen Verfahrens das Verfahren leitet.

2795 - Die Rolle der Veranstaltungsleitung beschränkt sich nicht auf blosse Formalien. Für die Willensbildung eines Kollektivs ist mitunter von Bedeutung, wie die Diskussionsergebnisse zwecks "Erhebung zum Beschluss" und wie die Abstimmungsfragen formliert werden. Die Versammlungsleitung ordnet nicht bloss die Beschlussfassung an, sondern sie legt fest, worüber abgestimmt wird, d.h. sie **legt den Inhalt des Beschlusses dadurch fest, dass sie dem Beschluss seine sprachliche Gestalt verleiht**. Die Formulierung des Beschlusses bzw. die verbale Zusammenfassung eines Diskussionsergebnisses zwecks "Erhebung zum Beschluss" mit stillschweigender Zustimmung aller ist eine verbandspolitische Führungshandlung.

2796 - Wo eine solche Veranstaltungsleitung stattfindet, ist es der Urkundsperson verwehrt, selber diese Veranstaltungsleitung zu übernehmen. Es läge unzulässige Beurkundungstätigkeit der Urkundsperson in ihren privaten Belangen vor. Dem Protokoll wäre keine öffentliche Urkunde.

2797 - Hingegen ist die blosse notarielle Vorlesung eines vorbereiteten Protokolls keine verbandsrechtliche Führungstätigkeit. Das von den Anwesenden ausdrücklich oder konkludent genehmigte Protokoll ist eine öffentliche Urkunde.

Fn 46 - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

****S. 797****

§ 95 Der private Veranstaltungsleiter als Repräsentant des Veranstalters im Beurkundungsverfahren

2798 - *Ist ein verbandsrechtlich legitimerter Veranstaltungsleiter vorhanden, so repräsentiert er den Veranstalter gegenüber der Urkundsperson; diese repräsentiert die Öffentlichkeit.*

2799 - Erläuterung: Wird ein Verbandsbeschluss öffentlich beurkundet, so wird nicht bloss ein qualifizierter Beleg geschaffen, sondern der Verband tritt bei der notariellen Protokollaufnahme der durch die Urkundsperson repräsentierten Öffentlichkeit gegenüber. Die verbandsinterne Beschlussfassung wird vor das Angesicht der Öffentlichkeit getragen, findet "coram publico" statt; bei der notariellen Protokollaufnahme begegnet der Verband dem Staat.

2800 - Diese Begegnung als ein nach Ort und Zeit abgegrenzter Vorgang erheischt, dass sowohl der Verband als auch der Staat gehörig repräsentiert sind. Repräsentation bedeutet in diesem Zusammenhang nicht Vertretung im Sinne des Vertrags- oder Gesellschaftsrechts, sondern Verkörperung der (unsichtbaren) Rechtspersönlichkeit des Veranstalters bzw. des Staates durch legitimierte natür-

liche Personen. Der Verband muss anlässlich der Protokollaufnahme als Verband "da sein". Es genügt nicht, dass seine Mitglieder in privater Eigenschaft anwesend sind. Wenn die gleichen natürlichen Personen zugleich die sämtlichen Verwaltungsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft und die sämtlichen Stiftungsratsmitglieder der patronalen Pensionskasse sind, so muss sich die Urkundsperson bei der Protokollierung eines Beschlusses dieser Personen Rechenschaft darüber geben, ob sie der AG oder der Pensionskasse gegenübersteht. Das blosses Zusammensein der betreffenden natürlichen Personen am gleichen Ort bedeutet noch keine Anwesenheit der AG oder der Stiftung.

2801 - Wenn alle Mitglieder eines Verbandsorgans versammelt sind, so schafft deren einstimmig geäusserteter Konstituierungswille die beurkundungsrechtlich erforderliche Anwesenheit des Verbandes. Fehlt es an der Anwesenheit einzelner oder sind nicht alle Anwesenden zur Konstituierung willens, so schafft die Einhaltung der Einberufungsformalitäten und die von einem - in diesem Falle notwendigen - legitimierten Veranstaltungsleiter zum Ausdruck gebrachte Konstituierung die Anwesenheit des Verbandes. Die Konstituierung findet dadurch statt, dass der Vorsitzende sinngemäss erklärt, die Sitzung sei eröffnet. Mit der Eröffnung der Sitzung wird das Beieinandersein von Privatpersonen zur Anwesenheit des Verbandes. Der Akt der Sitzungseröffnung hat ausdrücklich oder konkludent anzugeben, in wessen

****§. 798****

Name die Sitzung abgehalten bzw. in welcher Eigenschaft die Anwesenden tagen - ob als Aktionäre oder als Verwaltungsratsmitglieder der AG oder als Stiftungsratsmitglieder der patronalen Pensionskasse. Meist ergibt sich dies aus der Einladung, aufgrund derer sich die Anwesenden zusammengefunden haben, eindeutig, so dass die ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme des Vorsitzenden auf die Einladung genügt, um klarzustellen, welches Verbandsorgan nun tagt.

§ 96 Identifikation der veranstaltungsleitenden Person und Prüfung ihrer Legitimation zur Repräsentation des Verbandes

2802 - *Die veranstaltungsleitende Person ist in der Urkunde mit vollen Personalien so zu identifizieren, wie die Erschienenen bei individuellen Erklärungen identifiziert werden. Die Identität ist anlässlich der Protokollaufnahme von der Urkundsperson zu kontrollieren.*

2803 - *Die Urkundsperson hat ferner zu kontrollieren, ob die veranstaltungsleitende Person zur Repräsentation des Verbandes aufgrund ihrer Organstellung, eines ausdrücklichen oder stillschweigend erteilten Auftrags legitimer Organe oder eines Beschlusses der Versammlung tatsächlich legitimiert ist⁴⁷. Fehlt die Legitimation, so kann die Versammlung nicht als diejenige des betreffenden Verbandsorgans protokolliert werden.*

2804 - *Bei juristischen Personen ist in erster Linie der Vorsitzende des obersten Exekutivorgans (bei Aktiengesellschaften: der Verwaltungsratspräsident) legitimiert, die Klientschaft gegenüber der Urkundsperson zu repräsentieren. Ob er extern einzeln oder nur zu mehreren zeichnet, spielt für die verfahrensrechtliche Repräsentation des Verbandes keine Rolle. Ist der Vorsitzende des obersten Exekutivorgans verhindert, so kann jede beliebige andere Person, welche an der betreffenden Veranstaltung teilnahmeberechtigt ist und von der Versammlung zur Versammlungsvorsitzenden gewählt wird, die Veranstaltungsleitung übernehmen; üblich, aber nicht zwingend notwendig ist, dass*

⁴⁷ Fn 47 - Vgl. ZH NV § 96a Abs. 1 (Fsg. 24.9.1992). - Die Wahl und die Abberufung des Veranstaltungsleiters muss aus offensichtlichen Gründen auf blossen Antrag eines beliebigen Anwesenden, d.h. ohne präsidiale Anordnung der Abstimmung, gültig möglich sein. Es handelt sich um eine Ausnahme von der oben, Ziff. 2794 ff., dargestellten Regel.

****S. 799****

das Tagespräsidium dem ranghöchsten anwesenden Organmitglied übertragen wird.

2805 - *Bei Aussenseiter-Versammlungen, denen die Mitglieder des obersten Exekutivorganes in corpore fernbleiben, kann die Urkundsperson die Befugnis des Versammlungsvorsitzenden zur Repräsentation des Verbands im Beurkundungsverfahren nicht aufgrund der bestehenden inneren Organisation dieses Verbandes annehmen, sondern ausschliesslich aufgrund eines Beschlusses der Versammlung selbst. Die Versammlung ihrerseits ist zu einer entsprechenden Beschlussfassung nur legitimiert, wenn sie rechtsgültig einberufen worden ist und wenn das allenfalls erforderliche Präsenzquorum stimmberechtigter Versammlungsteilnehmer erreicht ist. Beides ist von der Urkundsperson zu kontrollieren. Sie darf sich nicht darauf beschränken, die diesbezüglichen Erklärungen eines selbsternannten oder von der Versammlung gewählten Tagespräsidenten als Beschlüsse des betreffenden Verbandes zu protokollieren. Fehlt es nach dem Befund der Urkundsperson an den Voraussetzungen für eine verbandsrechtlich gültige Ernennung des Tagespräsidenten, so fehlt es damit an der beurkundungsrechtlich erforderlichen Repräsentation der Klientschaft. Die öffentliche Urkunde muss in diesem Falle zum Ausdruck bringen, dass nicht das Verbandsorgan, sondern eine Aussenseiter-Versammlung getagt hat. Eine nicht legitimierte Aussenseiter-Versammlung darf nicht als die Generalversammlung der betreffenden Aktiengesellschaft notariell protokolliert werden. In der Regel dürfte bei solchen Versammlungen das schutzwürdige Beurkundungsinteresse fehlen, so dass aus diesem Grunde die notarielle Mitwirkung abzulehnen ist.*

2806 - Erläuterung: Da der Klient - mit Ausnahme der Situation beim Wechselprotest - nur sein eigenes Verhalten bzw. seine eigenen Veranstaltungen notariell protokollieren lassen kann, muss er während der zu protokollierenden Veranstaltung notwendigerweise anwesend oder repräsentiert sein. Von Beurkundungsrechts wegen ist davon auszugehen, dass der jeweilige Veranstaltungsleiter die Klientschaft gegenüber der Urkundsperson repräsentiert, und zwar auch ohne dass eine formelle Bevollmächtigung oder Organstellung vorliegt. Aufgrund der Beziehungen des Veranstaltungsleiters zur Klientschaft muss eine derartige Repräsentationsbefugnis aber ersichtlich sein.

2807 - Da die veranstaltungsleitende Person die Klientschaft während der zu protokollierenden Veranstaltung gegenüber der Urkundsperson repräsentiert, liegt die Weisungsbefugnis bezüglich eines vorzeitigen Abbruchs des Beurkundungsverfahrens bei der veranstaltungsleitenden Person. Die Urkundsperson kann nicht gegen den Willen des Veranstaltungsleiters ein notarielles Protokoll aufnehmen, auch wenn sie Anlass zur Annahme hat, dass verbandsintern übergeordnete Verbandsorgane die Protokollierung wünschen. Verlangt eine Mehrheit der anwesenden Versammlungsteilnehmer die notarielle Protokollierung, während die veranstaltungsleitende Person den Abbruch der Protokollierung anordnet, so hat die Urkundsperson trotzdem den Anordnun-

****S. 800****

gen der veranstaltungsleitenden Person Folge zu leisten. Erst wenn gegebenenfalls der Versammlungsvorsitz neu geregelt ist, kann die Urkundsperson, auf Anordnung eines neuen Vorsitzenden, ihre Protokollierungstätigkeit fortsetzen.

§ 97 Kompetenzen der veranstaltungsleitenden Person

2808 - *Die Zulassung der übrigen Veranstaltungsteilnehmer, ihre Identifikation, Zählung und die Prüfung ihrer Teilnahmeberechtigung fällt in den Kompetenz- und Verantwortungsbereich der als Repräsentantin der Klientschaft legitimierten veranstaltungsleitenden Person, nicht in denjenigen der Urkundsperson. Die Urkundsperson hat diesbezüglich jedoch zu kontrollieren, ob*

die Feststellungen des Veranstaltungsleiters mit den eigenen Wahrnehmungen der Urkundsperson in Einklang stehen.

§ 98 Gebot der Offenheit - Unzulässigkeit verdeckter Protokollaufnahme

2809 - *Wann immer die Urkundsperson ein notarielles Protokoll aufnimmt, muss sie sich gegenüber den in die Protokollierung einbezogenen Personen als Urkundsperson zu erkennen geben und deutlich machen, dass sie ein Protokoll in öffentlicher Urkunde aufzunehmen beabsichtigt. Soweit eine entsprechende Kenntnis der Anwesenden nicht vorausgesetzt werden kann, hat die Urkundsperson ferner deutlich zu machen, auf wessen Veranlassung und Kosten und zu welchem Zweck sie das Protokoll aufzunehmen beabsichtigt.*

2810 - *Wo die Protokollaufnahme unter Verheimlichung der notariellen Amtsstellung durchgeführt werden müsste, um ihren Zweck zu erreichen, ist sie abzulehnen⁴⁸.*

Fn 48 - So ZH NV § 43 Abs. 2.

****§. 801****

2811 - Erläuterung: Das Gebot der Offenheit ergibt sich unmittelbar aus dem Begriff der öffentlichen Beurkundung. Diese kann nie als geheime Tatbestandsaufnahme, nie als verstecktes Belauschen erfolgen. Öffentliche Beurkundung unterscheidet sich wesensmässig von der Tätigkeit eines Detektivs. Auch würde sich die incognito tätige Urkundsperson regelmässig einer unzulässigen Parteinahme schuldig machen, indem sie notwendigerweise zugunsten ihrer (wissenden) Kontaktperson und zum Nachteil der (über die Tätigkeit der Urkundsperson nicht aufgeklärten) weiteren Veranstaltungsteilnehmer handelte.

2812 - Aus dem Gebot der Offenheit ist abzuleiten, dass die Urkundsperson sich anlässlich des Wechselprotests als Urkundsperson zu erkennen geben muss. Würde sie den Wechsel so präsentieren, dass Schuldner oder Zahlstelle annehmen müssten, es mit dem Gläubiger oder dessen privatem Inkassobevollmächtigtem zu tun zu haben, so wäre das Beurkundungsverfahren für den Wechselprotest fehlerhaft. Im Protest hat die Urkundsperson nicht bloss zu bezeugen, dass der Wechsel nicht bezahlt wurde, sondern dass er gegenüber einer (in dieser Funktion erkennbaren) Urkundsperson nicht bezahlt wurde.

§ 99 Pflichten der Urkundsperson während der protokollierten Veranstaltung

2813 - Vorbemerkung: Die Amtspflichten sind verschieden zu definieren für den Normalfall der vorbereiteten Protokollierung (gemäss vorformuliertem Protokollentwurf) und für den Ausnahmefall nachträglicher Protokollierung.

1. Identifikation von Anwesenden bei nachträglicher Protokollierung

2814 - *Die Urkundsperson hat in jedem Falle die Identität des Veranstaltungsleiters und - wenn möglich - diejenige allfälliger weiterer Personen zu ermitteln und*

****§. 802****

in der Urkunde zu bezeugen⁴⁹, deren Erklärungen zum Verfahren (wie z.B. zum rechtzeitig erfolgten Einladungsversand, Angabe der Teilnehmerzahl und der Abstimmungsergebnisse) als persönliche Erklärungen in die Urkunde eingehen.

2815 - *Die Urkundsperson braucht die Identität der übrigen Veranstaltungsteilnehmer nicht zu ermitteln⁵⁰, und zwar auch dann nicht, wenn solche Teilnehmer Erklärungen zu Protokoll abge-*

ben. Die Angabe der Namen einzelner Votanten empfiehlt sich stets; sie ist geboten, wenn die Voten bezüglich der Rechtsstellung der Votanten (z.B. unter dem Aspekt eines persönlichen Anfechtungsrechts bzw. der Verwirkung dieses Rechts) von Belang sein können. Die Identität solcher Votanten braucht von der Urkundsperson nicht kontrolliert zu werden; es genügt, dass die Urkundsperson die Namen so protokolliert, wie sie ihr mündlich genannt werden.

2816 - Erläuterung: MARTI⁵¹ vertritt die Auffassung, die Namen von weiteren Veranstaltungsteilnehmern, d.h. von solchen, welche weder mit der Veranstaltungsleitung noch mit der Stimmzählung befasst sind, seien dann in der Urkunde festzuhalten, wenn dies von der Versammlung verlangt wird. Dem ist insofern beizupflichten, als die Urkundsperson kaum einen Grund hat, sich einem solchen Verlangen des Plenums zu widersetzen. Hingegen soll die Urkundsperson von sich aus auch andere Votanten namentlich erwähnen, wenn dies ohne besonderen Ermittlungsaufwand möglich ist und der Klärung der Verhältnisse bei einem allfälligen späteren Rechtsstreit dienen kann.

Fn 49 - BS NG § 3 Abs. 2: "Die Notare haben die Identität der Parteien, der für dieselben handelnden Vertreter und allfälliger Mitwirkender sorgfältig zu prüfen, und wenn sie sich von der Identität überzeugt haben, den Grund ihrer Überzeugung in der Urkunde namhaft zu machen. Neben Beruf, Zivilstand, Heimat- und Wohnort haben sie in der Urkunde auch Vor- und Familiennamen jener Personen womöglich vollzählig anzugeben, und zwar unverkürzt und in der amtlich massgebenden Schreibweise." - BS GedrW Nr. 13: "Bei der Feststellung der Identität der Person, die vor ihm auftritt, darf sich der Notar nicht auf das Zeugnis eines am Inhalt der Beurkundung offenbar beteiligten Dritten verlassen." - Dem ist beizufügen, dass sich die Urkundsperson auch sonst auf kein Zeugnis verlassen darf, sondern Ausweise einzusehen oder dann selber eine Beurteilung aufgrund der gesamten Umstände vorzunehmen hat.

Fn 50 - Bei grossen Versammlungen ist dies aus praktischen Gründen auch gar nicht möglich; vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 96.

Fn 51 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 169, N 4 zu Art. 22 ND BE.

****S. 803****

2. Identifikation von Anwesenden bei vorbereiteter und unterschriftsbedürftiger Protokollierung⁵²

2817 - Wird ein vorbereitetes Protokoll verlesen und werden die Veranstaltungsteilnehmer darin als "Erschienene" bezeichnet, welche die Urkunde lesen, genehmigen und unterzeichnen, so erfordert die Wahrmachung dieser Formulierungen, dass sämtliche solcherart erwähnten Personen das Protokoll unterzeichnen. In diesem Fall muss die Urkundsperson die Identität ermitteln und in der Urkunde festhalten, und zwar in gleicher Weise wie bei Personen, welche Erklärungen zu Urkund abgeben.

2818 - Bei unterschriftsbedürftiger Protokollierung, d.h. namentlich beim Errichtungsakt der Aktiengesellschaft und der GmbH, ferner bei den Zeugenprotokollen bei letztwilligen Verfügungen etc. müssen die von Gesetzes wegen unterzeichnungspflichtigen Personen in gleicher Weise identifiziert werden⁵³.

2819 - Erläuterung: Die Begründung des Identifizierungserfordernisses bezüglich der "Erschienenen" bei nicht-unterzeichnungsbedürftigen Protokollen ist eine äusserliche. Für den Urkunden-Leser wäre die Urkunde unverständlich, wenn die Personalien von "Erschienenen" nicht mit jener Genauigkeit und Vollständigkeit in der Urkunde aufgeführt wären, wie dies bei der Formulierung des Erscheinens vor der Urkundsperson üblich ist; müssen solche Personen aber in der Urkunde mit genauen Personalien aufgeführt werden, so erheischt die notarielle Wahrheitspflicht, dass die Urkundsperson diese Personalien mit der gehörigen Sorgfalt ermittelt.

2820 - Bei den unterschriftsbedürftigen Protokollen hat die Identität der unterzeichnungspflichtigen Personen eine analoge Bedeutung wie bei der Beurkundung individueller Erklärungen. Da der Gesetzgeber will, dass bestimmte Personen (die Gründer im Falle von Art. 629 OR; der gesetzliche

Vertreter im Falle von Art. 184 ZGB) die öffentliche Urkunde mitunterzeichnen, müssen sich diese Personen im Beurkundungsverfahren auch mit ihrer wirklichen Identität zu erkennen geben, und es muss diese Identität notariell ermittelt und urkundlich belegt werden.

Fn 52 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

Fn 53 - So für die Simultangründung der Aktiengesellschaft ZH NV § 94 Abs. 2; in gleichem Sinne MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (266), welcher die notwendige Identifikation der Gründer allerdings nicht aus der beurkundungsrechtlichen Notwendigkeit der Bestimmung der Verfahrensteilnehmer, sondern aus der materiellrechtlichen Gründerverantwortung ableitet.

****§. 804****

3. Entgegennahme von Erklärungen des Veranstalters statt eigener Tatsachenermittlung der Urkundsperson

2821 - Bestimmte Elemente des zu protokollierenden Verfahrens entziehen sich der Ermittlung seitens der Urkundsperson. Diesbezüglich muss und darf sich die Urkundsperson darauf beschränken, die Erklärungen des Veranstalters zum Verfahren entgegenzunehmen.

2822 - Unbekannt ist und bleibt der Urkundsperson bei Mitgliederversammlungen in der Regel die Zusammensetzung des Kreises der Verbandsmitglieder⁵⁴. Die Urkundsperson hat weder das Recht noch die Pflicht, Einsicht in die Mitgliederliste zu nehmen. Dieser Umstand verunmöglicht die notarielle Überprüfung

(a) der rechtmässigen Einberufung der Versammlung durch Einladungsversand an sämtliche Mitglieder und

(b) der Teilnahmeberechtigung der anwesenden oder vertretenen Personen sowie

(c) der Rechtsgültigkeit der einzelnen Vertretungsvollmachten. Daraus folgt die Unkontrollierbarkeit

(d) der Zahl der anwesenden Verbandsmitglieder und

(e) der Erreichung eines allenfalls erforderlichen Beschluss-Quorums.

Demgemäss protokolliert die Urkundsperson die erwähnten Tatsachen richtigerweise nicht als Ergebnis eigener Ermittlung, d.h. nicht als notarielle Bezeugung in der Form der urkundlichen Eigenaussage, sondern als Protokollierung einer diesbezüglichen Erklärung des Versammlungsvorsitzenden⁵⁵.

2823 - Bei grösseren, nachträglich protokollierten Versammlungen übersteigt die Auszählung der Abstimmungsvoten die Ermittlungsmöglichkeiten der Urkundsperson. In diesen Fällen werden auch die Abstimmungsergebnisse in der Gestalt einer Erklärung des Vorsitzenden (oder allenfalls einer solchen der Stimmzähler) protokolliert.

2824 - Werden Erklärungen von Stimmzählern protokolliert, so sollen die Stimmzähler in der Urkunde namentlich genannt werden. Ihre Identität braucht aber notariell nicht kontrolliert zu werden⁵⁶.

Fn 54 - Aus diesem Grund ist es kaum denkbar, dass die Urkundsperson den Einladungsversand aufgrund eigener Ermittlung mit öffentlichem Glauben bezeugt; das Formulierungsbeispiel einer diesbezüglichen notariellen Bezeugung bei MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 169, N 3 zu Art. 22 ND BE, dürfte Ausnahmecharakter haben.

Fn 55 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 169, N 3 zu Art. 22 ND BE.

Fn 56 - Es besteht keine notarielle Pflicht zur Ausweiskontrolle gegenüber Stimmzählern.

****S. 805****

2825 - *Allemaal hat die Urkundsperson die zu Protokoll abgegebenen Erklärungen Dritter, aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmungen, auf ihre Glaubhaftigkeit hin zu beurteilen und bei Unglaubhaftigkeit die Verifikation der Erklärung durchzusetzen, insbesondere bei undeutlichem Ergebnis einer offenen Abstimmung deren Wiederholung und genaue Auszählung der einzelnen Stimmen zu verlangen.*

2826 - Erläuterung: Wie im 1. Kapitel, Ziff. 323, ausgeführt wurde, ist der öffentliche Glaube nicht eine Einheitsmünze mit gleichbleibendem Wert. Die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde im nicht-streitigen Rechtsverkehr und erst recht ihre Beweiskraft im Falle prozessualer Bestreitung sind abhängig von den Ermittlungsmöglichkeiten der Urkundsperson, von der Ersichtlichmachung konkreter Ermittlungshandlungen in der Urkunde selbst und von den gesamten Umständen, unter welchen eine Feststellung getroffen wurde; das gleiche gilt aber auch für die zu Protokoll erklärten Tatsachenermittlungen von Privatpersonen.

4. Umgang mit Vollmachten bei Protokollierungen

2827 - *Bei Durchführung der Veranstaltung im Verfahren der vorbereiteten Protokollierung soll die Urkundsperson alle schriftlichen Teilnahme-Vollmachten in Gewahrsam nehmen und in ihrer Belegsammlung dauerhaft aufbewahren oder als Beilage⁵⁷ der Urkunde beifügen.*

2828 - Erläuterung: Unterschriftsbedürftige Protokollierungen begegnen in der Praxis vor allem bei der Gründung von Aktiengesellschaften (Art. 629 Abs. 1 OR). Die Gründer oder deren Stellvertreter müssen das notarielle Gründungsprotokoll, den Errichtungsakt, unterzeichnen⁵⁸. Während nach dem vor dem 1.7.1992 geltenden Recht die Vollmachten der vertretenen Gründer zu den Akten des Handelsregisters einzureichen waren⁵⁹, ist diese bundesrechtliche Einreichungspflicht mit der Revision der Handelsregisterverordnung entfallen. In einzelnen Kantonen schreibt das kantonale Recht weiterhin die urkundenmässige Verbindung aller Vollmachten, aufgrund derer öffentliche

Fn 57 - Zur rechtlichen Bedeutung der Textbeilagen vgl. Ziff. 1389 ff., zu derjenigen von Bildbeilagen (insbesondere Plänen und Planskizzen) Ziff. 1403 ff. - Zum Verhältnis von Haupturkunde zu Beilagen vgl. Ziff. 1380 ff. - Zum Verbot, Dokumente mit späterem Datum der früher datierten Haupturkunde als Beilagen beizufügen vgl. Ziff. 1413 und 1415 ff.

Fn 58 - Art. 79 Abs. 1 lit. i HRegV.

Fn 59 - Art. 78 HRegV (alt) in der Fassung gemäss BRB 20.12.1971.

****S. 806****

Urkunden unterzeichnet werden, mit der Urkunde vor⁶⁰; wird so vorgegangen, dann ist der Beweis der gültigen Bevollmächtigung dauerhaft gesichert. Wird anders vorgegangen, dann soll der Beweis durch Aufbewahrung der Vollmachten in der notariellen Belegsammlung gesichert werden.

2829 - Bei vorbereiteten Protokollierungen ohne unterschriftsbedürftige Protokollerklärungen ist die Behändigung der Teilnahmevollmachten und ihre dauerhafte Aufbewahrung in der notariellen Belegsammlung empfehlenswert, weil es sich um eine wirkungsvolle Beweissicherung handelt, die mit einem verhältnismässig geringen Aufwand geleistet werden kann. Werden die Anwesenden im Protokoll als "Erschienenene" bezeichnet und wird im Beurkundungsvermerk eine Lesung, Genehmigung und Unterzeichnung durch die Erschienenen nach dem Vorbild der Beurkundung individueller Erklärungen bezeugt, dann drängt sich die Behändigung der Vollmachten und gegebenenfalls ihre Verbindung mit der Urkunde als Urkundenbeilagen aus äusserer Analogie zum Verfahren der Beurkundung individueller Erklärungen auf.

2830 - Die Ordnungsregel der Beweissicherung, wo sie ohne besonderen Aufwand möglich ist, ergibt sich daraus, dass im Falle späterer gerichtlicher Anfechtung der notariell protokollierten Veranstaltung wegen fehlenden Quorums oder gefälschter Vollmachten ein schutzwürdiges Interesse bestehen kann, auf die von der Urkundsperson eingesehenen Belege zurückzugreifen. Es wäre schwer verständlich, dass die Urkundsperson bei einem auf seine Rechtmässigkeit hin zu kontrollierenden Verfahren die ihr zur Hand liegenden Beweismittel nicht sicherstellt, wenn dies ohne besonderen Aufwand möglich ist.

5. Nachträgliche Protokollierung: Protokollaufnahme

2831 - *Bei nachträglicher Protokollierung soll sich die Urkundsperson solcherart auf die Protokollaufnahme vorbereiten, dass sie alle rechtlich erheblichen Verfahrenserfordernisse vollständig überschaut, um anlässlich der Protokollaufnahme abschliessend kontrollieren zu können, ob alle nötigen Personen und Dokumente vorhanden sind und ob alles Erforderliche gesagt und beschlossen wird.*

Fn 60 - Vgl. BS NG § 11 Abs. 2; demgegenüber ist ZH NV § 92 Abs. 2 (Fsg. 24.9.1992) angepasst worden und lautet nun: "Werden der für das Handelsregisteramt bestimmten Ausfertigung der Urkunde weitere als die in Art. 631 Abs. 2 OR genannten Beilagen beigeheftet, so ist diese Ausfertigung als solche besonders zu bezeichnen."

****S. 807****

2832 - *Soweit die Versammlung nicht gemäss einem vorbereiteten Drehbuch abläuft, das der Urkundsperson vorliegt, soll sie die zu protokollierenden Vorgänge an Ort und Stelle handschriftlich festhalten; die während der Veranstaltung erstellten Handnotizen sind die Grundlage der Errichtung des reingeschriebenen Protokolls. Sie sollen später im Klientendossier⁶¹ aufbewahrt bleiben.*

2833 - *Wo Texte (namentlich Statuten und Statutenänderungen) zum Gegenstand eines Beschlusses gemacht werden, hat sich die Urkundsperson zu vergewissern, dass alle an der Beschlussfassung teilnehmenden Personen von dem zu beschliessenden Text vorgängig Kenntnis erhalten konnten⁶².*

2834 - *Bei Versammlungen mit überschaubarer Mitgliederzahl soll die Urkundsperson die Beschlussfassung aufgrund eigener Wahrnehmung protokollieren. Sie hat sich zu vergewissern und erforderlichenfalls den Veranstaltungsleiter zu belehren, dass die Abstimmungsfragen klar und für die Versammlungsteilnehmern verständlich gestellt werden und dass für alle Teilnehmer deutlich ist, wann und worüber abgestimmt wird⁶³.*

2835 - *Erhebt der Veranstaltungsleiter aufgrund einer offensichtlichen Mehrheitsmeinung im Saal das Diskussionsergebnis zum Beschluss, so hat sich die Urkundsperson zu vergewissern,*

(a) dass dem Teilnehmern die Möglichkeit gegeben wurde, die Abstimmung zu verlangen,

(b) dass von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht wurde, ferner

(c) dass das Vorgehen des Veranstaltungsleiters, insbesondere die Formulierung des Beschluss-Inhaltes, dem Ergebnis der vorangegangenen Diskussion entspricht.

2836 - *Die Urkundsperson hat insbesondere jene Tatsachen und Umstände festzuhalten, die abschliessend in das notarielle Protokoll eingehen sollen; zu dessen Inhalt vgl. hinten, Ziff. ~~1020~~ [richtig: 2898 ff.]*

2837 - *Die Unterzeichnung der Urkunde kann durch die Urkundsperson allein erfolgen, wenn das kantonale Recht nichts Abweichendes vorschreibt⁶⁴.*

Fn 61 - Denkbar ist in zweiter Linie auch die Aufbewahrung bei den Nebenakten.

Fn 62 - Nicht dass die Abstimmenden von dem Text tatsächlich Kenntnis **hatten**, sondern dass sie sich solche Kenntnis verschaffen **konnten**, ist das für die Gültigkeit der Beschlussfassung relevante Faktum; es soll aus der öffentlichen Urkunde ersichtlich werden, indem die tatbeständlichen Voraussetzungen solcher Kenntnisnahme ausdrücklich erwähnt werden.

Fn 63 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 97.

Fn 64 - BE ND Art. 22 Abs. 2 verlangt die Unterzeichnung des nachträglich erstellten Protokolls seitens des Vorsitzenden und des privaten Protokollführers des betreffenden Verbandes, offenbar zum Zeichen der Genehmigung der notariellen Formulierungsarbeit (Protokollgenehmigung; es handelt sich um eine Textgenehmigung im vorne beschriebenen Sinn, vgl. Ziff. 1712), ferner zur Bestätigung des erfolgten Beurkundungsbegehrens; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 170, N 4 zu Art. 22 ND BE. -

****S. 808****

6. Vorbereitete Protokollierung: Lesung und Genehmigung

2838 - Bei vorbereiteter Protokollierung wird der Protokollentwurf entweder vorgelesen oder durch die Beteiligten still selbst gelesen. Eine allfällige Vorlesung braucht nicht durch die Urkundsperson zu erfolgen⁶⁵.

2839 - Der Urkundsperson obliegt die Kontrolle, dass alle in der Urkunde vorausprotokollierten Sachverhalte, namentlich die Präsenz der Anwesenden und das Vorliegen der in der Urkunde als vorliegend erwähnten Dokumente, tatsächlich vorhanden sind. Auf besondere Ermittlungspflichten ist hinten, Ziff. 2855 ff., zurückzukommen.

2840 - Nach erfolgter Lesung muss die Protokollgenehmigung stattfinden. Sie hat auch dann durch alle Veranstaltungsteilnehmer erteilt zu werden, wenn einzelne eine oppositionelle Stimmabgabe protokollieren liessen. Die Genehmigung kann ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere dadurch erfolgen, dass die Anwesenden auf die Frage des Sitzungsvorsitzenden oder der Urkundsperson, ob Einwendungen zum Protokoll erhoben oder andere Anträge gestellt würden, keine Wortbegehren stellen.

2841 - Die Unterzeichnung der Urkunde kann durch die Urkundsperson allein erfolgen, wenn das kantonale Recht nichts Abweichendes vorschreibt⁶⁶.

2842 - Erläuterung: Die Protokollgenehmigung ist bei vorbereiteter Protokollierung jener Akt, mit welchem die vorausprotokollierten Vorgänge zur Wirklichkeit werden. Wird also die Protokollgenehmigung von einem Veranstaltungsteilnehmer verweigert, so hat der vorausprotokollierte Vorgang nicht stattgefunden; das vorbereitete Protokoll wird dadurch gegenstandslos.

Dies bedingt unter Umständen ein nachträgliches Erscheinen der erwähnten Personen auf dem Notariatsbüro, wodurch das Protokollierungsverfahren etwas schwerfälliger wird.

Fn 65 - A.M. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 170/1, N 9 und 10 zu Art. 22 ND BE; MARTI macht zwischen vorbereiteter Protokollierung und der Beurkundung individueller Erklärungen (Beurkundung von Willenserklärungen) keinen Unterschied; in konsequenter Ausformulierung seiner Betrachtungsweise hält er die vorbereitete Protokollierung nur für möglich, wenn Einstimmigkeit (d.h. Konsens aller Beteiligten) besteht. - Die Deutung eines Beschlusses als Summe konsensualer individueller Willenserklärungen führt insofern in einen Widerspruch, wenn gesagt wird, die Anwesenheit aller Organmitglieder sei nicht nötig; statt dessen genüge es, wenn der Verwaltungsrat beschlussfähig sei (vgl. in diesem Sinne PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 [365]). Würde es sich wirklich um den Konsens von Individuen handeln, dann könnte es nicht auf die Beschlussfähigkeit des Organs, sondern nur auf die Zustimmung sämtlicher Organmitglieder ankommen. - Zur Zulässigkeit der vorbereiteten Protokollierung einer im voraus bekannten Opposition vgl. Ziff. 117.

Fn 66 - Vgl. Ziff. 2837 hievov.

****S. 809****

2843 - Die Protokollgenehmigung kann auch von Veranstaltungsteilnehmern erteilt werden, deren im voraus bekannten oppositionellen Voten vorausprotokolliert wurden. Denn auch eine ablehnende Stimmabgabe kann im voraus protokolliert werden⁶⁷. Mit seiner Protokollgenehmigung verwirklicht der Opponent seine ablehnende Stimmabgabe. Verweigert er die Protokollgenehmigung, so ist das Protokoll mit einem neu formulierten Beurkundungsvermerk nochmals zu schreiben: Der Beurkundungsvermerk muss nun richtigerweise erkennen lassen, dass im Protokoll verbale Voten der Veranstaltungsteilnehmer, nicht die Zustimmung (Genehmigungserklärung) zu einem schriftlich vorliegenden Text wiedergegeben sind. Von einer Genehmigung darf im Beurkundungsvermerk nun nicht mehr die Rede sein. Das Protokoll wird auf diese Weise zu einem nachträglichen.

7. Unterschriftsbedürftige Protokollierung: Belehrung und Einholung der Unterschriften

2844 - *Bei der Beurkundung unterschriftsbedürftiger Protokollerklärungen⁶⁸ hat die Urkundsperson anlässlich der Urkundenlesung die Unterzeichner im erforderlichen Umfang terminologisch zu belehren.*

2845 - *Nach erfolgter Lesung hat sie die Unterschriften aller Personen auf der Originalurkunde einzuholen, welche unterschriftsbedürftige Protokollerklärungen abgeben.*

2846 - **Erläuterung:** Während die Personen, welche Erklärungen zu Protokoll abgeben, nicht vor Unbedacht geschützt werden müssen, ist von Beurkundungsrechts wegen zu postulieren, dass sie in terminologischer Hinsicht verstehen, was sie unterschreiben.

2847 - Sie müssen das Protokoll während der protokollierten Veranstaltung unterzeichnen. Unterbleibt die Unterzeichnung, dann ist die Protokollerklärung nicht während der Veranstaltung abgegeben und damit überhaupt nicht rechtswirksam abgegeben worden.

2848 - Die nachträgliche Unterzeichnung käme einer verspäteten Stimmabgabe nach abgeschlossenem Abstimmungsverfahren gleich.

Fn 67 - Hiedurch unterscheidet sich die vorbereitete Protokollierung von der Beurkundung des Vertragskonsenses, der nur als allseitige Zustimmung möglich ist.

Fn 68 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

****S. 810****

8. Sachverhaltsermittlung

2849 - *Die Urkundsperson hat aufgrund der Erklärungen des Veranstaltungleiters oder aufgrund der für sie erkennbaren Umstände die Rechtsnatur der zu protokollierenden Veranstaltung zu ermitteln und im Protokoll ausdrücklich zu erwähnen.*

2850 - *Zur notariellen Ermittlungspflicht gehört sodann, sich anlässlich der Bestandesaufnahme des zu protokollierenden Sachverhaltes nach allen Sachverhaltselementen zu erkundigen (Erkundigungspflicht), die für die rechtliche Beurteilung des Verfahrensablaufs von Belang sein können.*

2851 - **Erläuterung:** Es genügt nicht, dass die Teilnehmer vor der Urkundsperson zwecks Beurkundung erscheinen. Sie müssen sich zur Abhaltung der zu protokollierenden Veranstaltung zusammenfinden und für die gültige Abhaltung dieser Veranstaltung gegenüber der Urkundsperson legitimieren. Ob das Zusammensein sämtlicher Aktionäre einer Familien-AG ein Familientag oder eine Generalversammlung ist, ist ein wesentliches, von der Urkundsperson zu ermittelndes und im

Protokoll festzuhaltenden Faktum. Dies ist so selbstverständlich, dass es in den beurkundungsrechtlichen Erlassen meist nicht ausdrücklich erwähnt wird⁶⁹.

2852 - Die Erkundigungspflicht (als Ausfluss der Ermittlungspflicht) kann folgendermassen erläutert werden: Vergisst bei einer Aktionärsversammlung der Vorsitzende, den Einladungsversand und dessen Datum mitzuteilen, oder schweigt er sich aus über die Anzahl vertretener Aktien, so hat die Urkundsperson sich nach diesen Fakten zu erkundigen und die vom Vorsitzenden gegebenen Antworten festzuhalten. Zwar genügt für ein rechtsgültiges Beschlussfassungsverfahren, **dass** die Einladungen rechtzeitig an alle Aktionäre versandt worden sind und dass an der Versammlung das erforderliche Präsenzquorum erreicht ist. Der Vorsitzende braucht diese Fakten von Verbandsrechts wegen nicht ausdrücklich zu erwähnen. Das notarielle Verfahrensprotokoll soll aber dem späteren Leser unmittelbaren Aufschluss über solche verfahrensrelevanten Fakten geben. Die Urkundsperson hätte ihre Ermittlungspflicht verletzt, wenn sie sich nicht nach diesen Fakten erkundigte und die erhaltenen Antworten ins Protokoll aufnahm.

2853 - Der Veranstaltungsleiter gibt regelmässig relevante Erklärungen zum Verfahren ab; überdies vertritt er die Klientschaft. Aus diesen

Fn 69 - In diesem Sinne fordert Art. 20 ND BE, die Urkunde habe eine "genaue Beschreibung des Vorganges" zu enthalten; diese Beschreibung kann sich nicht auf die Schilderung äusserlich wahrnehmbarer Abläufe beschränken, sondern sie muss auch die rechtliche Qualifikation der protokollierten Veranstaltung enthalten.

****S. 811****

Gründen ist er stets so zu identifizieren, wie die Urkundsperson die Erschienenen bei der Beurkundung individueller Erklärungen identifiziert, d.h. mit Namen, Vornamen, in der Regel Geburtsdatum, Heimatort (bei Ausländern: Nationalität) und Wohnort. Ist der Veranstaltungsleiter der Urkundsperson nicht bereits bekannt, so ist seine Identität anhand eines Ausweispapiers zu kontrollieren.

2854 - Der Veranstaltungsleiter ist im Vorfeld der Protokollaufnahme jedoch in gleicher Weise auf die Ausweispflicht aufmerksam zu machen, wie dies gegenüber Personen zu geschehen hat, welche Erklärungen zu Urkund abgeben. Ist die Identitätskontrolle während der Veranstaltung nicht möglich, so kann und soll sie im Anschluss daran nachgeholt werden; sie ist nicht ein notwendiger Teil der Veranstaltung, welcher nur im Rahmen dieser Veranstaltung stattfinden könnte.

a) Besondere Ermittlungsregeln

2855 - *Bei der Protokollierung von Vorgängen, einschliesslich der Protokollierung von Erklärungen zu Protokoll, gilt als besondere Ermittlungsregel ebenfalls das Erfordernis unmittelbarer Wahrnehmung⁷⁰. Die Urkundsperson darf nur solche Vorgänge und Erklärungen protokollieren, die sie selber, in persönlicher Anwesenheit, wahrgenommen hat.*

2856 - *Die allgemeine Ermittlungsregel der gehörigen Sorgfalt gebietet bei den Protokollierungen überdies, dass die Urkundsperson alle sich auf das protokollierte Verfahren beziehenden Erklärungen würdigt, wobei sie diese Würdigung aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmungen und Kenntnisse vorzunehmen hat.*

2857 - **Erläuterung:** Erklärt der Versammlungsvorsitzende nach offen durchgeführter Abstimmung, der Antrag sei von einer Mehrheit angenommen worden, und hatte die Urkundsperson aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmung den Eindruck, nur eine Minderheit habe zugestimmt, so darf sich die Urkundsperson nicht damit begnügen, eine solche Erklärung des Veranstaltungsleiters zu protokollieren; sie wird ihrer Pflicht auch dann nicht gerecht, wenn sie zusätzlich zur Erklärung des Vorsitzenden ihre eigenen Zweifel aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmungen protokolliert: dadurch

würde die Rechtsunsicherheit nur gesteigert; sondern die Urkundsperson muss nun auf eine Wiederholung der Abstimmung und auf Auszählung der einzelnen Stimmen dringen. Nur so übt sie jene Verfahrenskontrolle wirksam aus, der die notarielle Protokollierung sinngemäss dient.

2858 - Erklärt der Vorsitzende, sämtliche Verbandsmitglieder seien anwesend oder gültig vertreten, und hat die Urkundsperson Kenntnis

Fn 70 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 95.

****S. 812****

von einem Verbandsmitglied, welches weder anwesend noch vertreten ist, so darf sie ebenfalls die Protokollerklärung des Vorsitzenden über die Präsenz nicht unbeanstandet entgegennehmen, sondern hat ihn mit ihrer abweichenden eigenen Kenntnis zu konfrontieren und eine Verifikation zu verlangen.

b) Kontrollhandlungen

2859 - *Die Urkundsperson hat Vollmachten nicht auf Inhalt und Echtheit zu kontrollieren, wenn der bevollmächtigte Veranstaltungsteilnehmer sich auf die Vollmacht zum einzigen Zwecke der Verfahrensteilnahme und der Ausübung korporativer Rechte (Antragsrecht, Stimmrecht etc.) beruft.*

2860 - *Wird eine Vollmacht zusätzlich gebraucht, um im Namen einer abwesenden Person Verpflichtungen zu begründen oder Verfügungen zu treffen, beispielsweise durch die Erklärung der Aktienzeichnung (Begründung der Liberierungspflicht), so ist die Vollmacht durch die Urkundsperson in gleicher Weise auf Inhalt und Echtheit summarisch zu kontrollieren, wie dies vor jeder stellvertretenden individuellen Erklärungsabgabe zu geschehen hat.*

2861 - Erläuterung: Der Kontrollumfang bei Aktienzeichnungen ist ein anderer, je nachdem, ob es sich um die Zeichnung anlässlich der Gründung oder um die Zeichnung anlässlich einer Kapitalerhöhung handelt. Bei der Gründung zeichnen die Gründer vor der Urkundsperson ihre Aktien, indem sie den Errichtungsakt unterzeichnen. Bei der Kapitalerhöhung muss die Zeichnungserklärung dagegen in separaten, schriftlichen Erklärungen, den Zeichnungsscheinen, dokumentiert werden. Der Errichtungsakt ist bezüglich der Zeichnungserklärung notwendigerweise ein unterschriftsbedürftiges Protokoll und bedarf der Unterschrift der Zeichner bzw. ihrer Stellvertreter. Liegt Stellvertretung vor, so hat sich die Urkundsperson durch summarische Kontrolle der Vollmacht von deren Rechtmässigkeit zu vergewissern. Bei dieser Vollmachtenkontrolle hat die Urkundsperson darauf zu dringen, dass die Unterschriften auf den vorgelegten Vollmachten beglaubigt sind; fehlende Beglaubigung kann nachträglich nachgeholt werden.

2862 - Bei der Kapitalerhöhung obliegt die Feststellung der erfolgten Zeichnung - und damit die Echtheitskontrolle der Zeichnungsscheine - dem Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft. Zwar hat der Verwaltungsrat die Zeichnungsscheine der Urkundsperson vorzulegen, und diese hat deren Vorlage in der Urkunde zu erwähnen (gesetzlich vorgeschriebene Nennung der Belege), aber sie hat die Zeichnungsscheine nicht auf Inhalt und Echtheit zu kontrollieren. Sie braucht sich demgemäss auch nicht darum zu kümmern, ob die Unterschriften auf den Zeichnungsscheinen beglaubigt sind.

****S. 813****

c) Keine Kontrolle von Handlungsfähigkeit und innerem Willen der Veranstaltungsteilnehmer

2863 - Handlungsfähigkeit und wirklicher innerer Wille der Veranstaltungsteilnehmer bezüglich deren Erklärungen zu Protokoll ist seitens der Urkundsperson nicht zu kontrollieren⁷¹. Wo jedoch offensichtliche Handlungsunfähigkeit vorliegt, hat die Urkundsperson ihre Wahrnehmungen im Protokoll zum Ausdruck zu bringen. Liegt die offensichtliche Handlungsunfähigkeit in der Person des Veranstaltungsleiters, so kann die Veranstaltung nicht rechtsgültig durchgeführt werden. Von der Protokollaufnahme ist in einem solchen Falle abzusehen.

2864 - Während der wirkliche innere Wille der zu Protokoll erklärenden Personen grundsätzlich keine Rolle spielt, erfolgen die Erklärungen des Veranstaltungsleiters und seiner allfälligen Hilfspersonen, welche sich auf das Verfahren beziehen, unter Wahrheitspflicht. Die Urkundsperson hat auf diese Wahrheitspflicht erforderlichenfalls, d.h. wenn sie Zweifel an der Wahrhaftigkeit hat, ausdrücklich aufmerksam zu machen. Es ergibt sich daraus, dass die Urkundsperson solche Erklärungen zum Verfahren nur von Personen entgegennehmen soll, wenn sie bezüglich deren Handlungsfähigkeit und bezüglich der Wahrhaftigkeit ihrer Erklärungsabgabe keine Zweifel hat.

2865 - Erläuterung: Seitdem die Aktionärsversammlungen der grossen Publikumsgesellschaften zu Manifestationen aller Art missbraucht werden, kommen Provokationen vor, mit welchen die juristische Schlagfertigkeit der Veranstaltungsleitung getestet und allenfalls ein Anfechtungstatbestand geschaffen werden soll. So ist etwa vorgekommen, dass ein Aktionär den Versammlungsraum in Begleitung eines Kindes zu betreten vermochte und sich anlässlich der Abstimmungen auf den Standpunkt gestellt hat, nicht er, sondern das Kind übe mit seiner Vollmacht das Stimmrecht aus. Bei solchen Vorkommnissen ist die Distanz⁷² zwischen Veranstaltungsleiter und Urkundsperson wesentlich. Dem Veranstaltungsleiter obliegt an Ort und Stelle der Entscheid, ob er die von dem Kind abgegebenen Stimmen zählen soll oder nicht (richtigerweise sind sie nicht mitzuzählen); der Urkundsperson obliegt die exakte Protokollierung des Sachverhaltes. Wenn die von dem Kind abgegebenen Stimmen zufälligerweise den Ausschlag für das Zustandekommen des Beschlusses geben sollten, kann von der Urkundsperson nicht an Ort und Stelle ein abschliessender Entscheid

Fn 71 - So ZH NV § 96a Abs. 2 (Fsg. 24.9.1992): Bei der Protokollierung von Gesellschaftsbeschlüssen hat die Urkundsperson "keine Pflicht, die Handlungsfähigkeit der an der Versammlung teilnehmenden Personen, die Zeichnungsbefugnis für juristische Personen und die Echtheit der Unterschriften [auf Vollmachten] zu prüfen." - In gleichem Sinne GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 97.

Fn 72 - Zu diesem Erfordernis vgl. Ziff. 1630 ff.

****S. 814****

verlangt werden, ob der Antrag von der Versammlung gutgeheissen oder verworfen wurde. Es kann jedoch verlangt werden, dass die Urkundsperson den objektiven Sachverhalt zutreffend protokolliert. Seine abschliessende rechtliche Beurteilung - und damit auch die Beurteilung, ob der Veranstaltungsleiter richtig vorgegangen ist - obliegt dem Richter.

9. Belehrung während der Veranstaltung

2866 - Anlässlich der zu protokollierenden Veranstaltung ist die Urkundsperson gegenüber der Klientschaft zur Erteilung jener Belehrungen verpflichtet, deren Befolgung für die Zweckdienlichkeit, den öffentlichen Glauben und die registerliche Eintragungsfähigkeit der Urkunde erforderlich sind⁷³.

2867 - Die Urkundsperson erfüllt diese Pflicht dadurch, dass sie dem Veranstaltungsleiter während der zu protokollierenden Veranstaltung an Ort und Stelle die nötigen Belehrungen erteilt, damit keine schädlichen Verfahrensfehler begangen werden⁷⁴.

2868 - Die an den Veranstaltungsleiter gerichteten Belehrungen können als stille Hinweise ausserhalb des Protokolls erfolgen, wenn der Veranstaltungsleiter den Belehrungen Rechnung trägt.

2869 - Lehnt der Veranstaltungsleiter es ab, den notariellen Belehrungen Rechnung zu tragen, so soll die Urkundsperson das Wort verlangen und ihre ernsthaften Zweifel an der Rechtmässigkeit des Veranstaltungsverlaufs oder ihre Überzeugung von bevorstehenden oder begangenen Verfahrensfehlern gegenüber sämtlichen Veranstaltungsteilnehmern zur Kenntnis bringen, und sie soll ihre Erklärungsabgabe protokollieren.

2870 - Weitergehende Kompetenzen, namentlich die Kompetenz zum Eingreifen in den Veranstaltungsverlauf im Sinne einer Antragstellung oder im Sinne von Empfehlungen und Verhaltensanweisungen an die Adresse der Veranstaltungsteilnehmer stehen der Urkundsperson nicht zu.

2871 - Ist der mit einem Beschluss verfolgte Zweck offensichtlich unredlich oder rechtswidrig, so hat die Urkundsperson die Pflicht, die Protokollierung abzu-

Fn 73 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 170, N 5 zu Art. 22 ND BE. Adressat der Belehrung ist bei den Protokollierungen grundsätzlich ausschliesslich die Klientschaft; vgl. in diesem Sinne MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 85, N 9 zu Art. 30 NG BE.

Fn 74 - Die Belehrungspflicht über Nichtigkeitsgründe wird auch in der deutschen Lehre bejaht; vgl. Daimer/Reithmann, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars, 3. Aufl., Köln (1970) S. 238, Rz 440 mit weiteren Verweisen. - Ergeben sich während einer Veranstaltung unerwartete Rechtsfragen, deren abschliessende Beantwortung an Ort und Stelle schwierig ist, so kann die Urkundsperson nicht als verpflichtet gelten, unverzüglich eine einschlägige Antwort zur Hand zu haben.

****S. 815****

lehnen⁷⁵. Soweit die Urkundsperson zur Ablehnung der Beurkundung verpflichtet ist, muss sie vorher den Veranstaltungsleiter belehren. Eine Begründung des Abbruchs der Beurkundung ist gegenüber dem Plenum der Anwesenden nicht erforderlich.

2872 - Die Urkundsperson soll anlässlich der von ihr zu protokollierenden Veranstaltung nicht als advokatorisch tätige Rechtsberaterin und als diesbezügliches Sprachrohr des Vorsitzenden bzw. des Verwaltungsrates in parteilicher Weise in die Diskussion eingreifen, sondern sie soll bei Kontroversen zwischen dem Veranstaltungsleiter und anderen Teilnehmern die von ihr verlangten rechtlichen Belehrungen unter strikter Wahrung der notariellen Neutralität erteilen.

2873 - Erläuterung: Die Klientschaft ist bei den Protokollierungen in der Regel eine Verbandsperson, deren Organbeschlüsse protokolliert werden.

2874 - Die Veranstaltung steht von Anfang bis Ende unter der ausschliesslichen Leitung des Veranstaltungsleiters⁷⁶, nicht unter derjenigen der Urkundsperson.

2875 - Die Urkundsperson ist nicht befugt, sich mit Ratschlägen oder Anweisungen an die übrigen Veranstaltungsteilnehmer zu wenden. Sie hat kein Antragsrecht.

2876 - Die notarielle Autorität und das Vertrauen der Veranstaltungsteilnehmer in die notarielle Kontrolle erheischt jedoch eine ans Plenum gerichtete Belehrung, wenn die Urkundsperson ernsthafte Zweifel an der Rechtmässigkeit des Veranstaltungsverlaufs hat. Lässt beispielsweise der Vorsitzende über einen Antrag abstimmen, der nach Auffassung der Urkundsperson möglicherweise einem Beschlussquorum unterliegt, und ist dieses Quorum nicht erreicht, so darf die Urkundsperson

diesen Umstand nicht stillschweigend hinnehmen, sondern sie hat ihre Zweifel gegenüber dem Plenum zur Kenntnis zu bringen und diese Kenntnissgabe zu protokollieren⁷⁷.

Fn 75 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 170, N 6 zu Art. 22 ND BE.

Fn 76 - Für die speziellen Verhältnisse anlässlich der Gründung der AG und GmbH, wo kein Versammlungsvorsitzender vorhanden ist, vgl. Ziff. 2963 ff.

Fn 77 - Anders für das deutsche Recht Daimer/Reithmann, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars, 3. Aufl., Köln (1970) S. 238, Rz 439 und 441: "Es würde der Stellung des Notars in der Hauptversammlung widersprechen, wenn er sich durch Hinweise auf Anfechtbarkeit in die Verhältnisse der Gesellschaft einmischen und für eine Aktionärsgruppe Partei ergreifen würde. Es muss den Aktionären überlassen bleiben, ob sie einen Beschluss als anfechtbar betrachten und die notwendigen Schritte einleiten wollen." - Dieser Lehrmeinung ist entgegenzuhalten, dass die notarielle Orientierung der Anwesenden über die gesetzliche und statutarische Rechtslage keine Beschränkung der Verbands- und Aktionärsautonomie bedeutet. Auch können Verfahrensfehler nicht ohne weiteres mit Interessengegensätzen zwischen Aktionärsgruppen in Verbindung gebracht werden. Bei Publikumsgesellschaften stehen sich meist nicht Mehrheit und Minderheit gegenüber, sondern Verwaltungsrat

****S. 816****

2877 - Das gleiche gilt, wenn die Anfechtbarkeit des Beschlusses offensichtlich, bzw. wenn die Urkundsperson hiervon überzeugt ist. Aber auch in diesem Falle steht die Fassung eines (bloss) anfechtbaren Beschlusses im Ermessen der Versammlung. Das Beurkundungsobligatorium dient nicht dem Zweck, das bewusste Fassen anfechtbarer Beschlüsse zu verhindern und den Verband in seinem privatautonomem rechtlichen Können zu beschränken, sondern lediglich dem Zweck, den Veranstaltungsteilnehmern den Verfahrensmangel zu klarem Bewusstsein zu bringen und die erfolgte notarielle Abmahnung protokollarisch zu dokumentieren.

2878 - Die Urkundsperson kann nur solche Belehrungen im Protokoll festhalten, welche sie gegenüber dem Plenum erteilt hat. Stille Hinweise an den Veranstaltungsleiter sind nicht protokollierungsfähig.

2879 - Wenn ein nach Meinung der Urkundsperson klarerweise nichtiger Beschluss⁷⁸ gefasst werden soll, so ist die Protokollierung abzulehnen.

2880 - Stehen Kontroversen zu befürchten, so soll die Urkundsperson dem Veranstaltungsleiter empfehlen, den Firmen-Anwalt zur Versammlung einzuladen, damit dieser - nicht die Urkundsperson - gegebenenfalls mit juristischer Eloquenz auf die Überzeugungsbildung im Saal im Sinne des Verwaltungsrates Einfluss nehmen kann.

§ 100 Pflichten der übrigen Beteiligten während der Protokollaufnahme

2881 - *Wer anlässlich einer in öffentlicher Urkunde zu protokollierenden Veranstaltung im Rahmen einer veranstaltungsbezogenen Zuständigkeit, insbesondere*

und Aktionäre. Der Verwaltungsrat manipuliert die Aktionäre insgesamt, wobei die Nicht- bzw. Desinformation der Aktionäre durch den Verwaltungsrat ein wesentliches Instrument zur Durchsetzung seiner Ziele ist. Die Urkundsperson hat gegen solche Desinformation Gegensteuer zu geben. Protokolliert sie stillschweigend, so vertraut der rechtsunkundige Aktionär darauf, dass der Versammlungsablauf rechtlich in Ordnung ist. Die schweigende Mitwirkung der Urkundsperson schafft in einem solchen Falle einen falschen Anschein. - Beizupflichten ist den zitierten deutschen Autoren bei ihren weiteren Ausführungen: "Der Notar darf auch keineswegs die Beurkundung eines anfechtbaren Beschlusses verweigern. Es ist Sache der Aktionäre, ob sie die Anfechtung durchführen wollen oder nicht."

Fn 78 - Vgl. etwa die Nichtigkeitsgründe für Generalversammlungsbeschlüsse der Aktiengesellschaft gemäss Art. 706b OR.

****S. 817****

re als Veranstaltungsleiter oder als Stimmenzähler, gegenüber der Urkundsperson Erklärungen zu Protokoll abgibt, die für die Beurteilung des rechtmässigen Verlaufs bedeutsam sein können, ist diesbezüglich zur Erklärungsabgabe nach bestem Wissen und Gewissen verpflichtet.

2882 - Die Urkundsperson hat die betreffenden Personen erforderlichenfalls auf ihre Wahrheitspflicht hinzuweisen.

2883 - Erläuterung: Die Wahrheitspflicht bezüglich der verfahrensrelevanten Tatsachen ist in der Erwägung begründet, dass sich die Urkundsperson (und mit ihr die späteren Urkundenleser) auf die betreffenden privaten Angaben in einem gewissen Umfange verlassen müssen und dürfen. Wenn der Vorsitzende einer Aktionärsversammlung gegenüber der Urkundsperson bewusst falsche Angaben über das Datum des Einladungsverands oder über die Zahl der vertretenen Aktienstimmen macht, und wenn er durch solche Angaben eine ordnungsgemässe Einberufung und ein erreichtes Beschlussquorum wahrheitswidrig vorspiegelt, so erschleicht er eine falsche öffentliche Beurkundung und macht sich gemäss Art. 253 StGB strafbar. Dies bedeutet, dass er bezüglich der verfahrensrelevanten Tatsachen nicht lügen darf.

2884 - Die Wahrheitspflicht erstreckt sich aber nicht nur auf die tatsächlich gültigkeitsrelevanten Fakten, sondern auf alle möglicherweise gültigkeitsrelevanten Fakten. Wenn die Stimmenzähler vorsätzlich eine 75-prozentige Mehrheit auf 85 Prozent "aufrunden" und gegenüber der Urkundsperson eine entsprechend verfälschte Angabe über das Abstimmungsergebnis machen, so liegt hierin auch dann die Verletzung einer beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht, wenn der Beschluss auch mit 75 Prozent Ja-Stimmen gefasst werden konnte.

2885 - Keine beurkundungsrechtliche Wahrheitspflicht besteht bezüglich jener Erklärungen, welche nicht das protokollierte Verfahren und die Rechtsgültigkeit der zu fassenden Beschlüsse betreffen. Wenn der Vorsitzende zwecks Begründung einer Kapitalerhöhung falsche Angaben über den Vermögensstand der Gesellschaft macht, so liegt auch dann keine Verletzung beurkundungsrechtlicher Wahrheitspflicht vor, wenn solche Erklärungen (unnötigerweise) Eingang ins notarielle Protokoll finden.

2886 - Keiner beurkundungsrechtlichen Wahrheitspflicht unterstehen Veranstaltungsteilnehmer ohne veranstaltungsbezogene Verantwortung bzw. Zuständigkeit. Erklärt ein anwesender Aktionär wider besseres Wissen, er habe keine Einladung erhalten, so liegt darin keine beurkundungsrechtliche Pflichtverletzung.

2887 - Die Urkundsperson hat den Veranstaltungsleiter und die Stimmenzähler auf ihre Wahrheitspflicht dann ausdrücklich hinzuweisen, wenn Zweifel an der Ernsthaftigkeit und Verlässlichkeit der Angaben bestehen.

****S. 818****

2888 - Hat die Urkundsperson dagegen aufgrund eigener Wahrnehmung oder aufgrund von Hinweisen von dritter Seite begründeten Anlass zur Annahme, dass falsche Angaben zum Verfahren gemacht wurden, so hat sie nicht bloss zur Wahrheit zu ermahnen, sondern im Rahmen ihrer Möglichkeiten auf Verifikation zu drängen, beispielsweise eine Wiederholung der Abstimmung und eine genaue Auszählung der Stimmen zu verlangen.

§ 101 Keine Einheit des Aktes bezüglich der Protokollaufnahme

2889 - Im Gegensatz zur Beurkundung individueller Erklärungen braucht bei den Sachbeurkundungen die Tatbestandsaufnahme nicht an einem einzigen Ort in ununterbrochenem Verfahren

*renszusammenhang stattzufinden, sondern sie kann sich über mehrere Etappen hinziehen und den Ort wechseln*⁷⁹.

2890 - Erläuterung: Ob die Eröffnung letztwilliger Verfügungen, eine öffentliche Versteigerung oder eine Versammlung in einem Zug oder mit Unterbrechungen durchgeführt werden können, ist eine Frage des materiellen Rechts, nicht des Beurkundungsrechts. Dass bei einer Versammlung alle Teilnehmer gleichzeitig am gleichen Ort versammelt sein müssen, dass es also keine Versammlungen im Sukzessivverfahren⁸⁰ gibt, ergibt sich aus dem Begriff der Versammlung, nicht aus beurkundungsrechtlichen Erfordernissen. Die im Sukzessivverfahren erfolgende, schriftliche Beschlussfassung auf dem Wege des Zirkularbeschlusses oder der Urabstimmung kann nicht notariell protokolliert werden⁸¹.

Fn 79 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 165, N 2 zu Art. 19 und S. 170, N 8c zu Art. 22 ND BE.

Fn 80 - Zu den Begriffen der Simultan- und der Sukzessivbeurkundung vgl. Ziff. 2062 ff.

Fn 81 - Notarielle Protokollierung von Zirkularbeschlüssen ist nicht möglich. - Vgl. hierzu Ziff. 3064 ff., ferner in gleichem Sinne PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (378, Anmerkung 146, mit Hinweis auf die abweichende Meinung von ROLF WATTER, Prospekthaftpflicht heute und morgen, Aktuelle juristische Praxis, AJP 1992, S. 48 ff. (61).

****§. 819****

§ 102 Fertigstellung der Urkunde

2891 - Enthält ein unterschrittsbedürftiges Protokoll die Unterschriften aller erklärenden Personen, noch nicht aber die Notarunterschrift, so ist es eine unfertige öffentliche Urkunde. Zu ihrer Fertigstellung bedarf die Urkunde zusätzlich der Unterschrift und des Siegels der Urkundsperson.

2892 - Für nachträglich ausgefertigte Protokolle drängt sich die Annahme eines Zustandes der Unfertigkeit nicht auf. Hier entsteht das Protokoll als rechtserhebliches Dokument erst mit der notariellen Unterschrift.

2893 - Bei der notariellen **Protokollaufnahme ist zu unterscheiden zwischen unterschrittsbedürftigen und anderen Protokollen⁸².**

2894 - Bei nachträglicher Protokollierung wohnt die Urkundsperson einer Veranstaltung gewissermassen mit leeren Händen, d.h. ohne Urkundenentwurf, bei und fertigt anschliessend, allein in ihren Amtsräumen, die Urkunde aus. Höchstpönlich muss jene Urkundsperson, welche der Veranstaltung beigewohnt hat, unter das nachträglich erstellte Protokoll ihre Unterschrift setzen. Weitere Unterschriften, auch diejenige des Sammlungsvorsitzenden, sind entbehrlich. Wegen des Erfordernisses höchstpönlicher Unterschriftsleistung empfiehlt sich bei Statutenänderungen (namentlich Kapitalerhöhungen) grosser Publikumsgesellschaften eine so weitgehende Vorbereitung des (nachträglich auszufertigenden) Protokolls, dass anlässlich der Sammlung - bei programmgemässen Ablauf - nur noch wenige Wörter und Zahlen von Hand einzusetzen sind.

2895 - Es empfiehlt sich, dass die Urkundsperson noch an Ort und Stelle ein solcherart vorläufiges Veranstaltungsprotokoll unterzeichnet und als Notprotokoll so lange aufbewahrt, bis das endgültige, durchgehend schreibmaschinengeschriebene Protokoll in Reinschrift vorliegt und unterzeichnet ist. Würde die Urkundsperson zwischen Abschluss der Veranstaltung und späterer Unterzeichnung des reingeschriebenen Protokolls handlungsunfähig, so wäre eine Wiederholung der Veranstaltung unumgänglich und der für die Gesellschaft entstehende Schaden möglicherweise unabsehbar⁸³.

2896 - Bei unterschrittsbedürftigen Protokollen müssen sämtliche Veranstaltungsteilnehmer ihre Protokollerklärungen **während der Veranstal-**

Fn 82 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

Fn 83 - Für das Notprotokoll können die Anforderungen an Einheit der Schrift, Sauberkeit der Darstellung etc. keine Geltung haben; wichtig ist nur, dass Dritte es klar zu entziffern vermögen. - Ist das reingeschriebene Protokoll einmal unterzeichnet, so muss das Notprotokoll in geeigneter Weise entkräftet werden; es ist nicht zu vernichten, sondern gehört als Beleg ins Klientendossier der Urkundsperson.

****S. 820****

tung unterzeichnen. Die schriftliche Erklärungsabgabe wird durch den Akt der Unterzeichnung vollzogen. Nachträgliche Erklärungsabgabe ist - aus verbandsrechtlichen, nicht aus beurkundungsrechtlichen Gründen - unwirksam; denn bei verbandsrechtlich normierten Beschlussfassungsverfahren sind nur jene Voten rechtserheblich, die während der betreffenden Veranstaltung abgegeben wurden. Nachträgliche Stimmabgabe oder Zustimmung ist, wo die Verbandsstatuten nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen, bedeutungslos. Dies gilt auch für die nachträgliche Unterzeichnung eines unterschriftsbedürftigen Protokolls.

2897 - Unschädlich, unnütz, aber aus psychologischen Gründen naheliegend⁸⁴ ist die Unterzeichnung des Protokolls durch Veranstaltungsteilnehmer im Sinne der **Protokollgenehmigung**. Diese hat nicht den Charakter der rechtlich bindenden Eigenerklärung (wie im Falle der Unterzeichnung individueller Erklärungen und von unterschriftsbedürftigen Protokollen), sondern sie bezeugt lediglich das Einverständnis des Unterzeichners mit der notariellen Redaktionsarbeit. Demgemäss kann jemand das Protokoll genehmigen und gleichzeitig den Standpunkt vertreten, die protokollierte Veranstaltung sei wegen rechtswidriger Durchführung nichtig. Wenn das Protokoll jene Sachverhalte richtig wiedergibt, die nach Auffassung des Opponenten die Nichtigkeit der protokollierten Beschlüsse zur Folge haben, kann er ohne Preisgabe seiner Opposition dem Protokoll zustimmen.

§ 103 Gestalt und Inhalt der Urkunde

1. Äussere Gestaltung: Überblick

2898 - Während bei der Beurkundung individueller Erklärungen die redaktionelle Dreiteilung der Urkunde in Ingress, individuelle Erklärungen und Schlussteil der klaren Trennung der beurkundungsrechtlich relevanten Autorschaft und Wahrheitsgewähr für die einzelnen Teile dient, kommt einer analogen Dreiteilung der Urkunde bei den Sachbeurkun-

Fn 84 - Bei vorbereiteter Protokollierung vermögen die Veranstaltungsteilnehmer den Sinn des Verfahrens kaum einzusehen, wenn sie im Anschluss an die Protokollverlesung, ohne eine Unterschrift beifügen zu dürfen, wort- und tatenlos das Lokal verlassen sollen.

****S. 821****

dungen, wozu die Protokollierungen gehören, nicht die gleiche Bedeutung zu.

2899 - Bei den Sachbeurkundungen kann eine Dreiteilung in dem Sinne stattfinden, dass die Urkundsperson in einem ersten Teil, den man wiederum den Ingress nennen mag, gewisse Aussagen zum Beurkundungsverfahren macht: Erklärungen über die Person, welche die Beurkundung veranlasst hat, über den Zweck der Protokollierung und die von der Urkundsperson bis zum Beginn der Protokollaufnahme allenfalls unternommenen Vorbereitungs-handlungen, schliesslich Ort, Zeit und äusseren Rahmen der Protokollaufnahme.

2900 - Im zweiten Teil, dem Hauptteil, beurkundet die Urkundsperson alsdann ihre Wahrnehmungen anlässlich der Protokollaufnahme. Hierzu gehören auch, aber nicht nur, die von den Veranstaltungsteilnehmern abgegebenen Erklärungen zu Protokoll. Solche Dritterklärungen finden in das notarielle Protokoll Eingang als von der Urkundsperson wahrgenommene Tatsachen. Ort und Zeit

der protokollierten Veranstaltung können im Ingress, besser aber im Hauptteil als Elemente des Sachverhaltes protokolliert werden.

2901 - Der Schlussteil kann einen Beurkundungsvermerk enthalten, ferner soll er den Ort der notariellen Protokollunterzeichnung angeben; er soll **deren** Datum (nicht dasjenige der protokollierten Veranstaltung, falls diese an einem früheren Datum erfolgte; das Veranstaltungsdatum ist wesentlicher Teil des protokollierten Sachverhaltes) enthalten, und er muss die Notarunterschrift und - bei Zirkulationsurkunden - das Siegel enthalten.

2. Zulässige Mehrheit von Urkunden für die gleiche Veranstaltung

2902 - *Bei der Protokollierung von Veranstaltungen können für voneinander unabhängige Traktanden separate notarielle Protokolle ausgefertigt werden.*

2903 - Erläuterung: Die Aufteilung der Protokollierung in mehrere selbständige Protokolle ist empfehlenswert, wenn von verschiedenen notariell zu protokollierenden Traktanden einzelne voraussichtlich Gegenstand eines Anfechtungsprozesses werden, wogegen andere Traktanden unbeantwortet bleiben⁸⁵. Das gleiche gilt, wenn von den

Fn 85 - Auch bei Protokollierung sämtlicher Beschlüsse in einer einzigen Urkunde sollte allerdings die Anfechtung eines einzelnen Beschlusses richtigerweise die handelsregisterliche Behandlung der übrigen Beschlüsse nicht verzögern.

****S. 822****

an der gleichen Versammlung gefassten Beschlüssen die einen zu einem früheren Zeitpunkt als andere beim Handelsregister angemeldet werden sollen.

2904 - Üblich und rechtlich zulässig ist sodann die Aufteilung der Protokollierung in ein privates, vom Sekretär der Gesellschaft erstelltes Protokoll über die nicht-beurkundungsbedürftigen Traktanden, und in ein notarielles Protokoll, welches sich auf die beurkundungsbedürftigen Traktanden beschränkt.

2905 - Werden verschiedene Beschlüsse der gleichen Versammlung in verschiedenen öffentlichen Urkunden protokolliert, so hat jede Urkunde den vollen Ingress mit Erwähnung von Veranstaltungsort, Zeit, Vorsitz und Präsenz zu enthalten. Der Verweis auf eine andere Urkunde genügt nicht.

2906 - Zur Vermeidung des falschen Anscheins, das einzelne Protokoll gebe alle beurkundungsbedürftigen Vorgänge der betreffenden Veranstaltung wieder, ist ein entsprechender Vermerk erforderlich, dass es sich um ein Teil-Protokoll handelt. Zweckmässigerweise wird der Vermerk in den Urkundeningress aufgenommen. Angezeigt ist in einem solchen Falle auch die Erwähnung in jedem der verschiedenen Protokolle, dass die separat protokollierten Beschlüsse von einander in dem Sinne unabhängig sind, dass die Anfechtung oder verzögerte handelsregisterliche Behandlung der im einen Protokoll dargestellten Beschlüsse nicht die Eintragung der im andern Protokoll dargestellten Beschlüsse hindern solle. Diesbezügliche Vermerke dürfen allerdings nur formuliert werden, wenn sie einem Versammlungsbeschluss oder einem ausdrücklichen, von den Versammlungsteilnehmern unwidersprochen gebliebenen Votum des Vorsitzenden entsprechen. Dass zwischen einzelnen Traktanden ein innerer Zusammenhang besteht oder nicht besteht, kann nicht von der Urkundsperson in eigener Kompetenz festgestellt werden.

3. Unterschiedliche Redaktionskompetenz bei unterschriftsbedürftigen und bei anderen Protokollen

2907 - *Für die nicht-unterschriftsbedürftigen Teile des Protokolls liegt die Formulierungskompetenz bzw. Redaktionskompetenz ausschliesslich bei der Urkundsperson. Aus der Vielzahl von Fakten und aus der möglicherweise grossen Zahl verbal geäusselter Erklärungen wählt sie aus, was sie im Rahmen der zu protokollierenden Veranstaltung für rechtserheblich und damit beurkundungswürdig betrachtet.*

****S. 823****

2908 - *Bei unterschriftsbedürftigen Protokollen⁸⁶ liegt die Redaktionskompetenz für die von den Veranstaltungsteilnehmern zu unterzeichnenden Erklärungen, gleich wie bei individuellen Erklärungen zu Urkund⁸⁷, gemeinschaftlich bei der Urkundsperson und bei den den privaten Unterzeichnern.*

2909 - Erläuterung: Die Urkundsperson ist bei ihrer protokollierenden Berichterstattung nicht verpflichtet, verbale Erklärungen von Veranstaltungsteilnehmern wörtlich in ihr Protokoll aufzunehmen. Die in Art. 702 Abs. 2 Ziff. 4 OR kodifizierte Pflicht, in aktienrechtlichen Generalversammlungsprotokollen die von den Aktionären zu Protokoll gegebenen Erklärungen festzuhalten, ist eine Pflicht des Verwaltungsrates, nicht der Urkundsperson. Die erwähnte Protokollierungspflicht betrifft das gesellschaftsinterne, private Protokoll, nicht die notarielle Protokollierung. Dies bedeutet, dass bei den Generalversammlungen grösserer Gesellschaften, deren Ablauf nachträglich protokolliert wird, richtigerweise nebeneinander ein privates und ein notarielles Protokoll aufgenommen werden. Der interne Protokollführer der AG muss unter Umständen mehr Einzelheiten protokollieren und Aktionärsvoten in sein Protokoll aufnehmen, auf deren Protokollierung die Urkundsperson verzichtet⁸⁸.

2910 - Bei unterschriftsbedürftigen Protokollen liegt die Redaktionskompetenz für die von den Veranstaltungsteilnehmer zu unterzeichnenden Erklärungen dagegen gemeinschaftlich bei der Urkundsperson und bei den Unterzeichnern. Sind die letztgenannten mit der von der Urkundsperson entworfenen Formulierung einer Erklärung, die sie in der Veranstaltung nicht verbal abgegeben haben, nicht einverstanden, so können sie durch die Verweigerung ihrer Unterschrift der von der Urkundsperson vorformulierten Erklärung die Anerkennung versagen und die notarielle Formulierung auf diese Weise gegenstandslos machen. Der Urkundsperson bleibt in einem solchen Falle nichts

Fn 86 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

Fn 87 - Vgl. Ziff. 1832 ff.

Fn 88 - Es ist in solchen Fällen üblich und zulässig, dass der interne Protokollführer für die der öffentlichen Beurkundung unterliegenden Vorgänge, welche zuweilen nur ein einziges Traktandum einer längeren Generalversammlung betreffen, auf die öffentliche Urkunde verweist. Unzulässig wäre das Umgekehrte, dass nämlich die öffentliche Urkunde auf das interne Gesellschaftsprotokoll verwies; in der öffentlichen Urkunde müssen die Rahmenbedingungen der Veranstaltung, Vorsitz, Präsenz, Einladungsversand etc. auch dann nochmals vollständig festgehalten werden, wenn diese Angaben bereits im gesellschaftsinternen, privaten Protokoll dokumentiert sind. - MARTIS Auffassung, ein Protokoll des Sekretärs der Versammlung habe neben der öffentlichen Urkunde keinen Sinn (vgl. Notariatsrecht (1983) S. 168, N 1 zu Art. 22 ND BE), trifft de facto häufig zu, namentlich bei einstimmigen Beschlussfassungen kleiner und kleinster Verbände; denkt man jedoch an kontroverse Statutenänderungen von Publikumsgesellschaften, so ist die Notwendigkeit eines privaten Protokolls, welches den Diskussionsverlauf festhält, zusätzlich zur öffentlichen Urkunde, welche sich auf die handelsregisterlich relevanten Beschlüsse beschränkt, evident.

****S. 824****

anderes übrig, als eine Formulierung in das neu zu fassende Protokoll aufzunehmen, welche von den betreffenden Veranstaltungsteilnehmern als deren Erklärung unterschriftlich anerkannt wird.

4. Erster Teil der Urkunde: Ingress

2911 - Der Ingress hat das Dokument als öffentliche Urkunde zu kennzeichnen, zweckmässigerweise durch die Hauptüberschrift "Öffentliche Urkunde" oder "Notarielles Protokoll".

2912 - Die Redaktionskompetenz für die Überschrift(en) liegt ausschliesslich bei der Urkundsperson.

2913 - Der Ingress hat sodann über Art und Rechtsnatur der protokollierten Veranstaltung und über die Identität des Veranstalters⁸⁹ Aufschluss zu geben.

2914 - Im Sinne einer Ordnungsregel soll im Ingress angegeben werden, auf wessen Begehren die Urkundsperson der protokollierten Veranstaltung in ihrer amtlichen Eigenschaft beigewohnt und das Protokoll aufgenommen hat. Dabei sind nicht jene Personen zu nennen, welche das Begehren an die Urkundsperson übermittelt haben, sondern die ranghöchste Person des betreffenden Verbandes, welcher dieses Begehren anlässlich der Veranstaltung ausdrücklich oder konkludent bestätigt. In der Regel ist dies der Versammlungsvorsitzende.

2915 - Ist die Legitimation des Veranstaltungsleiters zur Vertretung des Verbandes gegenüber der Urkundsperson nicht offensichtlich wie etwa bei der Protokollierung einer von Dissidenten einberufenen Aktionärsversammlung, von welcher sich der amtierende Verwaltungsrat distanziert, so ist die Legi-

Fn 89 - Namens- bzw. Firmennennung des Veranstalters genügt; Ermittlungshandlungen bezüglich der Existenz (etwa durch Einsichtnahme in einen Handelsregisterauszug) und urkundliche Bezeugung, wie die Urkundsperson sich von Existenz und Namen des Verbandes überzeugt hat (etwa durch die Worte "persönlich bekannt") sind nicht erforderlich; in diesem Sinne äussert auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 167, N 5 zu Art. 20 ND BE: "Die Identität der Urkundspartei muss nicht festgestellt werden". Dabei wird aber stillschweigend vorausgesetzt, dass die Urkundsperson weiss, mit welchem Veranstalter sie es zu tun hat. Bei ortsansässigen Verbänden ist dieses Wissen regelmässig vorhanden, oder es kann durch einen Blick ins Telefon- oder ins Rationenbuch erworben werden. Von hergereisten Personen, welche sich als Repräsentanten unbekannter Verbände ausgeben und eine Verbandsveranstaltung protokollieren lassen wollen, hat die Urkundsperson mindestens jene Angaben über den Verband zu erheben, welche die Legitimität des Vorhabens glaubhaft und einen plumpen Schwindel unwahrscheinlich machen.

****S. 825****

timität der Veranstaltung - im Hinblick auf ihre Zurechnung zur Klientschaft - genau zu prüfen; sie soll im Ingress ausdrücklich festgehalten werden⁹⁰.

2916 - Bei vorbereiteter Protokollierung ist es üblich, bei unterschrittsbedürftiger Protokollierung erforderlich, dass im Ingress die Personalien des Veranstaltungsleiters und aller jener Personen festgehalten werden, welche die Urkunde unterzeichnen, ferner die allfälligen Kontrollhandlungen bezüglich der Identität dieser Personen. Die Personalien sollen mit den gleichen Angaben in die Urkunde aufgenommen werden, mit welchen die Beteiligten bei der Beurkundung individueller Erklärungen in der Urkunde genannt werden⁹¹.

2917 - Beim Wechselprotest ist gemäss Art. 1036 Abs. 1 Ziff. 1 OR der Name jener Person, für die der Protest erhoben wird, in der Protesturkunde anzugeben.

2918 - Der Ingress hat den Namen und den Amtsort der Urkundsperson zu nennen.

2919 - Erläuterung: Die Angabe der Person, auf deren Veranlassung beurkundet wird, dient beim Wechselprotest nicht primär der Dokumentation des korrekt durchgeführten Protestverfahrens, sondern der Dokumentation des wertpapierrechtlichen Rechtsverhältnisses, auf dessen Grundlage das Protestverfahren durchgeführt wird.

2920 - Die einzelnen Elemente des Ingresses und ihre rechtliche Bedeutung werden im übrigen nachstehend erörtert.

2921 - Um die Verschiedenheit der notariellen Funktion bei der (bewusstmachenden) Beurkundung von Rechtsgeschäften und der (beaufsichtigenden und berichterstattenden) Protokollierung von Vorgängen deutlich abzugrenzen, empfiehlt sich eine entsprechende **Formulierung der Ingresse und Beurkundungsvermerke**.

2922 - Bei der Beurkundung individueller Erklärungen beginnt der Akt mit der notariellen Aussage, dass bestimmte Personen, die mit Namen, Geburtsdatum und weiteren Personalien identifiziert werden, **vor der Urkundsperson erschienen** sind und vor ihr die nachfolgenden Erklärungen abgegeben haben.

2923 - Bei den notariellen Protokollen heisst es im Ingress statt dessen sinngemäss, dass die Urkundsperson der zu protokollierenden Veranstaltung beigewohnt hat und dass sie über die wahrgenommenen Vorgänge das nachfolgende Protokoll aufgenommen habe. Da die Urkundsperson nicht die Veranstaltungsleitung hat, sondern ein **vom protokollierten Verfahren verschiedenes Verfahren** (das Beurkundungsverfahren) in eigener Verantwortung durchführt, wäre es unrichtig, die Veranstaltungsteilnehmer als "vor der Urkundsperson Erschie-

Fn 90 - Ähnlich MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 129, N 4 zu Art. 2 ND BE; bei diesem Requisit handelt es sich nicht um eine Bedingung für das Entstehen der öffentlichen Urkunde.

Fn 91 - Die Namen weiterer Beteiligter brauchen nicht notwendigerweise in der Urkunde genannt zu werden; vgl. hierzu Ziff. 2815.

****§. 826****

nene" zu bezeichnen. Die Teilnehmer sind primär zu der Veranstaltung, nicht zum Beurkundungsverfahren erschienen.

2924 - Notarielle Veranstaltungsprotokolle gewinnen an Aussagekraft, wenn im Ingress der **genaue Ort** erwähnt wird, an welchem die Veranstaltung stattgefunden hat. Bei Veranstaltungen kommt der genauen Protokollierung des äusseren Rahmens, in welchem die Veranstaltungen stattgefunden haben, grössere Bedeutung zu, als dies bei der Beurkundung individueller Erklärungen der Fall ist. So können Gesellschafterversammlungen anfechtbar oder nichtig sein, wenn sie nicht an jenem Ort abgehalten werden, der in der Einladung angegeben war. Bei individuellen Erklärungen gibt es keine derartige Rechtserheblichkeit des genauen Ortes.

2925 - Das Erfordernis der genauen Ortsangabe bei Veranstaltungsprotokollen muss als Ordnungsvorschrift gelten. Die Ortsangabe soll in der Urkunde durch Nennung der Ortschaft, Strasse und Hausnummer erfolgen.

5. Zweiter Teil der Urkunde - Darstellung der von der Urkundsperson wahrgenommenen rechtserheblichen Teile des protokollierten Vorgangs

2926 - *Der zweite Teil der Urkunde soll enthalten*⁹²:

*a) den Ort und das Datum der Veranstaltung, ferner die Uhrzeit*⁹³ *des Beginns der Veranstaltung, soweit sie nicht bereits im Ingress genannt ist; wohnt die Urkundsperson nicht der ganzen Ver-*

anstaltung bei, so ist die Uhrzeit anzugeben an welcher die Urkundsperson an der Veranstaltung eingetroffen ist;

b) die von Veranstaltungsleiter gegenüber der Urkundsperson gemachten Erklärungen zum Verfahren (Einberufung, Konstituierung, Zahl der Anwesenden, erreichtes Beschlussquorum, etc.);

c) die Namen der vom Veranstaltungsleiter ernannten Stimmzähler und weiteren Personen, welche in der Folge Erklärungen zum Veranstaltungsverlauf zu Protokoll abgeben;

Fn 92 - Vgl. BE ND Art. 21 Abs. 1.

Fn 93 - Die Angabe der Uhrzeit ist fakultativ; sie empfiehlt sich insbesondere, wenn der gleiche Veranstalter am gleichen Tag mehrere Versammlungen abhält. BE ND Art. 20 verlangt die Angabe der Tageszeit nur, "soweit nötig".

****S. 827****

d) die Namen aller weiteren Personen, z.B. Revisoren, deren individuelle Anwesenheit während der Veranstaltung von rechtlicher Bedeutung ist (und zwar, soweit die Urkundsperson diese Personen nicht persönlich kennt, in der Form der Protokollnahme einer diesbezüglichen Erklärung des Veranstaltungsleiters);

e) die rechtserheblichen, von der Urkundsperson wahrgenommenen Vorgänge, insbesondere die vom Veranstaltungsleiter ans Plenum gerichteten Erklärungen, die rechtserheblichen Erklärungen anderer Veranstaltungsteilnehmer, die genaue Formulierung der Abstimmungsfragen und die Abstimmungsergebnisse, letzteres unter Angabe der Art des Abstimmungsverfahrens (offenes Handmehr oder schriftliche, geheime Abstimmung);

f) die Nennung jener Dokumente, deren Vorhandensein anlässlich der Veranstaltung für die gültige Beschlussfassung erforderlich ist⁹⁴, und, soweit sich ein Beschluss auf ein Dokument bezieht (z.B. der Beschluss über eine Statuten-Generalrevision) die Angabe, in welcher Weise der beschlossene Text den Veranstaltungsteilnehmern zur Kenntnis gebracht wurde oder ihnen zugänglich war;

g) die Uhrzeit des Endes der Veranstaltung bzw., wenn die Urkundsperson nicht bis zum Schluss bleibt, diejenige ihres Weggangs⁹⁵.

2927 - Erläuterung: Bei der Protokollierung von Vorgängen hat die Urkundsperson aus der Vielzahl von Beobachtungen jene herauszugreifen und in der Urkunde zu bezeugen, die von rechtlicher Bedeutung sind oder sein können. Dies gilt auch für die anlässlich der Veranstaltung abgegebenen Erklärungen. Die Urkundsperson entscheidet aufgrund ihrer eigenen rechtlichen Beurteilung der Voten, welche Erklärungen sie zu Protokoll nehmen will. Kein Teilnehmer⁹⁶, auch nicht der Veranstaltungsleiter, kann der Urkundsperson verbindliche Weisung erteilen, eine bestimmte, für alle Anwesenden vernehmliche Äusserung müsse ins Protokoll aufgenommen werden oder dürfe nicht protokolliert werden. Die Urkundsperson wird jedoch nicht ohne wichtigen Grund eine verlangte Protokollierung ablehnen oder eine "nicht fürs Protokoll bestimmte" Äusserung schriftlich festhalten.

2928 - In der Urkunde ist ersichtlich zu machen, in welcher Weise die Zugänglichkeit beschlossener, aber nicht in extenso vorgelesener Texte gewährleistet war.

Fn 94 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 170, N 7 zu Art. 22 ND BE, welcher diesbezüglich von der rechtspolizeilichen Aufgabe der Urkundsperson spricht.

Fn 95 - Diese Angabe ist fakultativ.

Fn 96 - BE ND Art. 22 Abs. 1 lit. c verpflichtet die Urkundsperson zur Protokollierung von Anträgen und anderen Erklärungen von Versammlungsteilnehmern, wenn der Erklärende dies verlangt oder wenn die Versammlung es so beschliesst.

****S. 828****

6. Dritter Teil der Urkunde: Schlussteil

a) Der Beurkundungsvermerk

2929 - *Bei nachträglicher und bei vorbereiteter Protokollierung soll der Beurkundungsvermerk besagen, dass die Urkundsperson den vorliegenden Text als notarielles Protokoll aufgrund ihrer Wahrnehmungen ausgefertigt hat.*

2930 - *Bei unterschriftsbedürftiger Protokollierung soll der Beurkundungsvermerk mit den Worten "von den Erschienenen vor der Urkundsperson gelesen, genehmigt und unterzeichnet" zusätzlich besagen, dass die im Protokoll wiedergegebenen Erklärungen der Veranstaltungsteilnehmer durch Lesung des Protokolls anlässlich der Veranstaltung tatsächlich abgegeben und durch seine [richtig: ihre] Unterzeichnung von den Erklärenden in Kraft gesetzt wurden.*

2931 - Erläuterung: Da beim unterschriftsbedürftigen Protokoll die Unterschriften der erklärenden Personen unverzichtbar sind, wogegen sie bei den anderen Protokollierungen fehlen können, ist die diesbezügliche Rechtsnatur des Protokolls rechtserheblich. Sie soll aus dem Protokoll selber ersichtlich sein. Die Ersichtlichmachung erfolgt zweckmässigerweise nicht im Ingress, sondern im Beurkundungsvermerk. Dieser soll für unterschriftsbedürftige und für andere Protokolle unterschiedlich lauten.

2932 - Bei den **nachträglichen und vorbereiteten Protokollen** soll er sinngemäss etwa folgendes sagen: "Dessen zu Urkund habe ich, die Urkundsperson, dieses Protokoll aufgrund meiner Wahrnehmungen ausgefertigt, unterzeichnet und gesiegelt." - Eine irgendwie geartete Lesung, Vorlesung oder Genehmigung des Protokolls seitens der Veranstaltungsteilnehmer oder seitens des Vorsitzenden braucht weder stattgefunden zu haben noch bezeugt zu werden.

2933 - Wird in berichterstattenden Protokollen eine Genehmigung durch den Vorsitzenden oder durch andere Veranstaltungsteilnehmer im Beurkundungsvermerk erwähnt, so kann diese lediglich die Bedeutung der Protokollgenehmigung haben, d.h. der Bezeugung der Billigung der Redaktionsarbeit der Urkundsperson. Die Protokollgenehmigung bringt keinen rechtsgeschäftlichen Behaftungswillen der Genehmigenden zum Ausdruck, sondern bedeutet lediglich sinngemäss: "Der Text stimmt" bzw. "Der Text gibt den wahrgenommenen Ablauf der Veranstaltung richtig wieder".

2934 - Bei **unterschriftsbedürftigen Protokollen** kommt der Unterschriftsleistung der zu Protokoll erklärenden Personen die rechtliche Bedeutung der Erklärungsabgabe zu. Haben die Veranstaltungsteilnehmer die Erklärungen nicht selber mündlich geäussert, sondern bloss still gelesen oder einer Vorlesung zugehört, so macht erst die Unterschriftsleistung auf dem Protokoll die betreffende Äusserung zu einer

****S. 829****

Erklärung des Veranstaltungsteilnehmers. Wird die Unterschrift verweigert, so hat die betreffende Erklärung als nicht erfolgt zu gelten. Sie darf in diesem Falle nicht protokolliert werden.

2935 - Bei den unterschriftsbedürftigen Protokollen hat der Beurkundungsvermerk sinngemäss auszusagen, dass die im Protokoll dargestellte Erklärungsabgabe durch Vorlesung des Protokolls oder durch stille Selbstlesung (kurz formuliert: durch Lesung) tatsächlich stattgefunden hat und dass jeder Anwesende die ihm zuzurechnenden Protokollerklärungen durch seine Unterschriftsleistung

während der protokollierten Veranstaltung, d.h. in gleichzeitiger Anwesenheit der anderen Veranstaltungsteilnehmer und der Urkundsperson, in Kraft gesetzt hat.

b) Ort der Errichtung

2936 - *Bei den nachträglichen Protokollen ist zu unterscheiden zwischen dem im Urkundeningress möglichst genau zu beschreibenden Veranstaltungsort (wobei hier auch die Angabe von Strasse und Hausnummer empfehlenswert ist) und der Ortsangabe im Schlussteil im Rahmen der Urkundendatierung. Die beiden Ortsangaben sollen verschieden sein, wenn die Urkundsperson das Protokoll an einem andern als am Veranstaltungsort unterschreibt. Bei den unterschriftsbedürftigen Protokollen müssen Veranstaltungs- und Unterzeichnungsort identisch sein, da hier die unmittelbar aufeinanderfolgende Protokollunterzeichnung seitens der Veranstaltungsteilnehmer und seitens der Urkundsperson ein wesentlicher Teil der Veranstaltung ist.*

2937 - *Ort der Protokollaufnahme und Ort der Urkundenerrichtung sollen aus der Urkunde ersichtlich sein.*

2938 - Erläuterung: Es kann auf die Darstellung im allgemeinen Teil, Ziff. 1237 ff., verwiesen werden.

c) Datum der Errichtung

2939 - *Das Datum der protokollierten Veranstaltung muss aus der Urkunde ersichtlich sein. Bei nachträglicher Protokollierung soll zusätzlich das Datum der Urkundenerstellung angegeben werden, wenn diese an einem späteren Tag erfolgt.*

2940 - Erläuterung: Das Datum der protokollierten Veranstaltung wird in der Regel im Urkundeningress genannt. Wird bei nachträglicher Protokollierung die Notarunterschrift an einem späteren Tag auf die Urkunde gesetzt, so erheischt das Gebot der Wahrheit die Urkundendatierung vom Tage der notariellen Unterzeichnung; denn das neben der Notarunterschrift ersichtliche Datum wird vom Urkundenleser als

****S. 830****

das Datum der Unterzeichnung verstanden und soll in diesem Sinne wahr sein⁹⁷.

2941 - Im übrigen kann auf die Darstellung in Ziff. 1243 ff. verwiesen werden.

d) Unterschriften aller zu unterschriftsbedürftigem Protokoll erklärenden Personen

2942 - *Das Protokoll muss die Unterschriften jener Personen tragen, deren Protokollerklärungen erst durch ihre Unterschriftsleistung als rechtswirksam abgegeben gelten. Die Unterschriften müssen räumlich unterhalb des unterzeichneten Erklärungsinhaltes angebracht werden.*

2943 - Erläuterung: Für die Zeugen- und Dolmetscherprotokolle ergibt sich das Erfordernis der Unterschriftsleistung seitens der zu Protokoll erklärenden Personen aus dem Beurkundungsrecht. Für andere Fälle, insbesondere für den Errichtungsakt der Aktiengesellschaft und der GmbH, ergibt sich das Unterschriftserfordernis aus dem materiellen Recht; hier ist es das materiellrechtliche Unterschriftserfordernis, welches das notarielle Protokoll als unterschriftsbedürftiges qualifiziert.

e) Kein Erfordernis der Protokollunterzeichnung durch weitere Privatpersonen

2944 - *Soweit das materielle Verfahrensrecht keine Protokollunterzeichnung seitens bestimmter Verfahrensteilnehmer verlangt, kann eine solche Unterzeichnung auch von Beurkundungsrechts wegen nicht im Sinne einer Bedingung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde⁹⁸ gefordert werden.*

2945 - Erläuterung: Kantonale Vorschriften, welche bei vorbereiteter und nachträglicher Protokollierung die Mitunterzeichnung durch den Versammlungsvorsitzenden und durch den (privaten) Protokollführer

Fn 97 - Die getrennte Angabe der Daten der protokollierten Veranstaltung und der notariellen Unterzeichnung des Protokolls ist im deutschen Beurkundungsrecht Vorschrift; vgl. § 37 Abs. 2 des deutschen BeurkG, welcher verlangt, dass das Protokoll kumulativ Ort und Tag der Wahrnehmungen des Notars sowie Ort und Tag der Errichtung der Urkunde angibt. - Nach schweizerischem Beurkundungsrecht wird man die "Rückdatierung" der Notarunterschrift auf den Tag der Protokollaufnahme, welche in einzelnen Kantonen Usanz ist, nicht als schädlich für die Entstehung der Urkunde betrachten. Der Grundbuchverwalter unterzeichnet Schuldbriefe ebenfalls unter Angabe eines in der Vergangenheit liegenden Datums, nämlich desjenigen der Grundbuchanmeldung.

Fn 98 - Zur Unterscheidung zwischen Entstehung der öffentlichen Urkunde und Formgültigkeit des beurkundeten Geschäfts vgl. Ziff. 1480 ff.

****S. 831****

bzw. Sekretär des Verbandes verlangen, für welchen das Protokoll aufgenommen wird, können weder die Entstehung der öffentlichen Urkunde noch die Rechtswirksamkeit des protokollierten Geschäftes beschlagen⁹⁹.

2946 - Werden solche Privatunterschriften seitens des Versammlungsvorsitzenden und gegebenenfalls des (privaten) Protokollführers des betreffenden Verbandes auf einem notariellen Protokoll beigesetzt, so haben sie den Charakter blosser Protokollgenehmigung. Mit solchen Unterschriften bringen die privaten Unterzeichner zum Ausdruck, dass sie aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmungen an der protokollierten Veranstaltung die Redaktionsarbeit der Urkundsperson für richtig erachten. Die Beisetzung der privaten Unterschriften hat jedoch keine Inkraftsetzungswirkung.

f) Unterschrift und Siegel der Urkundsperson

2947 - Es kann auf das in Ziff. 1258 ff. und 1264 ff. Gesagte verwiesen werden.

g) Protokollnummer

2948 - Die Ordnungsnumerierung von Protokollen zwecks Ablage in der notariellen Belegsammlung und zwecks Registrierung im chronologischen Verzeichnis der vorgenommenen Beurkundungen des Notariates sollen unter dem Datum der protokollierten Veranstaltung, nicht unter dem Datum einer allfällig späteren Fertigstellung der Urkunde erfolgen. Im übrigen kann für die Ablage in der Belegsammlung und für die chronologische Registrierung auf das vorn, Ziff. 1458 ff. Gesagte, verwiesen werden.

Fn 99 - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 96 scheint die Mitunterzeichnung des Protokolls mindestens durch die Versammlungsleitung, d.h. durch den Vorsitzenden für geboten zu erachten. ND BE Art. 22 Abs. 2 verlangt bei notariellen Versammlungsprotokollen die Mitunterzeichnung durch den Vorsitzenden und den "allfälligen Protokollführer".

****S. 832****

7. Beilagen

2949 - *Bei unterschrittsbedürftiger Protokollierung sollen die Vollmachten, aufgrund derer das Protokoll unterzeichnet wurde, als Beilagen beigefügt werden.*

2950 - *Bei anderen Protokollierungen ist die Verbindung von Vollmachten mit der Urkunde als Urkundenbeilage nicht empfehlenswert, weil solche Beilagen die Urkunde unnötig belasten. Die Beifügung darf in diesen Fällen überdies nur mit Zustimmung der Beteiligten stattfinden. Das notarielle Protokoll wird durch seine Einreichung beim Handelsregisteramt register-öffentlich.*

Die an der Versammlung aufgrund einer Vollmacht vertretenen Aktionäre haben einen Anspruch auf Anonymität. Sie haben demgemäss einen Anspruch, dass ihre Identität nicht durch Beifügung der Vollmachten zur öffentlichen Urkunde register-öffentlich wird¹⁰⁰.

2951 - Erläuterung: Beilagen zu Protokollen gehören durchwegs der Kategorie der beweisleichternden¹⁰¹ Beilagen¹⁰² an. Ihre urkundenmässige Beifügung ist nie Bedingung für das Entstehen der öffentlichen Urkunde. Auch für Protokollbeilagen gilt der Grundsatz des "Redaktionsschlusses"¹⁰³, d.h. es dürfen nur solche Dokumente als Urkundenbeilagen beigefügt werden, die anlässlich der protokollierten Veranstaltung zur Hand waren und kein späteres Datum tragen.

Fn 100 - Keinen Anspruch auf Anonymität haben anlässlich der Gründung der Aktiengesellschaft die Gründer. Sie müssen im Errichtungsakt namentlich genannt sein. Anspruch auf Anonymität haben hingegen bei der Kapitalerhöhung der Aktiengesellschaft die Zeichner des Erhöhungskapitals (sofern nicht durch Sacheinlage liberiert wird). Dies ergibt sich aus Art. 652g Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 2 OR und für die Liberierung durch Verrechnung aus Art. 652e Ziff. 3 OR. Der Verwaltungsrat hat im Durchführungsbeschluss gemäss dieser Gesetzesbestimmung die Erklärung abzugeben (bzw. zum Beschluss zu erheben), "dass sämtliche Aktien gültig gezeichnet sind". Zudem hat die Urkundsperson im notariellen Protokoll "die Belege, die der Kapitalerhöhung zugrundeliegen, einzeln zu nennen und zu bestätigen, dass sie dem Verwaltungsrat vorgelegen haben." Diese Nennung der Belege - wozu die Zeichnungsscheine gehören - erfordert aber nicht die Namensnennung der einzelnen Zeichner. Eine solche Namensnennung müsste, da sie mit dem Anonymitätsgedanken des Aktienrechtes im Widerspruch steht, als notarielle Ordnungswidrigkeit qualifiziert werden. Hingegen sind die Zeichnungsscheine in der notariellen Belegsammlung dauerhaft zu verwahren.

Fn 101 - Zur Unterscheidung von erklärungsergänzenden und beweisleichternden Beilagen vgl. Ziff. 1967 ff.

Fn 102 - Zur rechtlichen Bedeutung der Textbeilagen bei Erklärungsbeurkundungen vgl. Ziff. 1389 ff., zu derjenigen von Bildbeilagen (insbesondere Plänen und Planskizzen) Ziff. 1403 ff. - Zum Verhältnis von Haupturkunde zu Beilagen vgl. Ziff. 1380 ff. - Zum Verbot, Dokumente mit späterem Datum der früher datierten Haupturkunde als Beilagen beizufügen vgl. Ziff. 1413 und 1415 ff.

Fn 103 - Vgl. vorn, Ziff. 1417 ff.

****§. 833****

§ 104 Korrekturen an der Urkunde

2952 - Die Urkundsperson kann Protokolle, die keine privaten Drittunterschriften tragen, jederzeit korrigieren, solange weder eine Aushändigung des Protokolls noch seine Registrierung und Ablage in der notariellen Belegsammlung stattgefunden hat. Derartigen Korrekturen können als zulässige Neuerstellung eines als fehlerhaft erkannten Protokollentwurfs betrachtet werden.

2953 - Wurden auf nicht-unterschriftsbedürftigen Protokollen private Unterschriften wie namentlich diejenige des Sitzungsvorsitzenden eingeholt, so soll die Urkundsperson an dem vom privaten Unterzeichner genehmigten Teil des Protokolls nicht mehr ohne die Zustimmung des Genehmigenden korrigieren. Wird nachträglich korrigiert, so soll der Drittunterzeichner seine Genehmigung zur Korrektur durch Visierung des Korrekturvermerks auf der Urkunde bestätigen¹⁰⁴.

2954 - Ist die Drittunterschrift nicht leicht beibringbar, so kann die Urkundsperson die Korrektur auch aus eigener Korrekturkompetenz anbringen, hat ihre Korrekturvisum in diesem Falle aber zu datieren.

2955 - Bei unterschriftsbedürftigen Protokollen¹⁰⁵ sind Korrekturen nur unter Beobachtung jener Regeln zulässig, die für die Korrekturen an individuellen Erklärungen (Erklärungen zu Urkunden) gelten. Es kann auf das unter Ziff. 1315 ff. Gesagte verwiesen werden.

2956 - Erläuterung: Die Urkundsperson kann Protokolle, die keine Drittunterschriften tragen, auch nach der Siegelung so lange neu ausfertigen und gesiegelte Fassungen vernichten, unter Beibehaltung der Journalnummer und des Urkundendatums, als noch keine Fotokopien oder beglaubigte

Ausfertigungen der Urkunde oder des der Erstausfertigung zugrundeliegenden Entwurfs an Dritte herausgegeben wurden.

2957 - Befinden sich Kopien des Entwurfs oder Ausfertigungen der fehlerhaften, gesiegelten Urkunde, in Händen Dritter, so darf die Urkundsperson Korrekturen nur noch auf dem Wege der Durchstreichung und handschriftlichen, als Korrektur gekennzeichneten Einfügung vornehmen, d.h. unter Sichtbarbelassung des originalen Textes und Ersichtlichmachung der Korrektur als solcher.

2958 - Die erweiterten Korrekturmöglichkeiten bei Protokollen - im Verhältnis zu den Beurkundungen individueller Erklärungen - sind darin begründet, dass bei den Protokollen nicht ein bestimmter Text Gegenstand der Beurkundung ist, sondern ein bestimmter Vorgang. Dieser Vorgang kann nachträglich auch in anderen Worten und Buch-

Fn 104 - Hierin liegt der praktische Nachteil der Einholung unterschriftlicher Genehmigungen auf nicht-unterschriftsbedürftigen Protokollen.

Fn 105 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

****S. 834****

staben beschrieben werden als in jenen, welche anlässlich der Protokollaufnahme als Protokollentwurf vorgelegen haben mögen. Sobald allerdings private Unterschriften im Sinne der Textgenehmigung auf die Urkunde gesetzt wurden, soll die Urkundsperson ihre späteren Korrekturen nur entweder unter Einholung der Korrekturvisen der privaten Mitunterzeichner oder unter Datierung der Korrektur vornehmen. Die Datierung macht für den Urkundenleser deutlich, dass die Korrektur von der Genehmigung der privaten Mitunterzeichner nicht gedeckt ist.

§ 105 Delegation der Kompetenz zu redaktionellen Änderungen an die Urkundsperson

2959 - *Die in notariellen Versammlungsprotokollen zuweilen vorzufindende Ermächtigung der Urkundsperson, redaktionelle, vom Handelsregisteramt allenfalls verlangte Änderungen von sich aus, ohne Einberufung einer neuen Versammlung vorzunehmen, betrifft naturgemäss nur vorbereitete Protokolle und andere Texte, insbesondere Statutentexte, die anlässlich der Beschlussfassung vorhanden waren. Zur redaktionellen Änderung eines nachträglichen Protokolls bedarf die Urkundsperson keiner besonderen Ermächtigung; sie ist dazu ohne weiteres befugt.*

2960 - *Die Delegation einer Korrekturkompetenz an die Urkundsperson ist nur bezüglich berichtiger Korrekturen¹⁰⁶ zulässig. Die Delegation einer Kompetenz zu inhaltsändernden Korrekturen an die Urkundsperson ist rechtlich wirkungslos.*

2961 - Erläuterung: Mancherorts besteht die Praxis, sogenannte **redaktionelle Änderungen** an Veranstaltungsprotokollen ausdrücklich vorzusehen und die Urkundsperson zu deren Vornahme zu ermächtigen. So mag bei der Teilrevision der Statuten einer Aktiengesellschaft ein neuer Artikel eingefügt worden sein, und es mag bei der Protokollierung der revidierten Statuten übersehen worden sein, dass gewisse Querverweise im Statutentext, aufgrund der nun veränderten Artikelnumerierung, nicht mehr stimmen. Nachdem die Versammlung ein insofern fehlerhaftes Statutenexemplar genehmigt hat, mag die Ur-

Fn 106 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 1309 ff.

****S. 835****

kundsperson hinterher die Irrtümer im Sinne einer redaktionellen Änderung ohne materielle Bedeutung von sich aus ausmerzen.

2962 - Unzulässig ist hingegen jede sprachliche Neufassung, welche in irgend einer Weise am Inhalt der Urkunde etwas ändert, beispielsweise eine Präzisierung der Vinkulierungsbestimmung in AG-Statuten gemäss den Vorstellungen des Handelsregisteramtes. Die Generalversammlung muss einen bestimmten Statutenwortlaut beschliessen; sie kann sich nicht auf die Beschlussfassung von Grundsätzen beschränken und die Einzelheiten einer späteren Verhandlung der Urkundsperson mit dem Handelsregisterführer anheimstellen. Selbst terminologische Änderungen wie die Umbenennung des Grundkapitals in das Aktienkapital, des Partizipationsscheinkapitals in das Partizipationskapital oder der Kontrollstelle in die Revisionsstelle kann nicht an die Urkundsperson, im Sinne einer Kompetenz zu redaktionellen Änderungen, delegiert werden, sondern muss vom zuständigen Gesellschaftsorgan beschlossen werden.

§ 106 Besonderheiten bei einzelnen Geschäften

1. Versammlungsprotokolle

a) Errichtungsakt der Aktiengesellschaft und der GmbH (Art. 629 und 779 OR)

aa) Rechtsnatur und notwendiger Inhalt

2963 - *Die Errichtungsakte der Aktiengesellschaft¹⁰⁷ und der GmbH sind nach der hier vertretenen Auffassung notarielle Protokolle¹⁰⁸. Der Errichtungsakt der Aktiengesellschaft muss nach neuem Aktienrecht als Mindestinhalt drei*

Fn 107 - Zu den Elementen des Errichtungsaktes nach revidiertem Aktienrecht vgl. PETER BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992, S. 20, N 53 ff.

Fn 108 - Die herrschende Lehre qualifiziert den Errichtungsakt im Falle der Simultangründung, welche im neuen Aktienrecht die einzige zulässige Form ist, als Beurkundung übereinstimmender individueller Erklärungen. Vgl. PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (357); CHRISTOPH V. GREYERZ, Öffentliche Urkunden im neuen Aktienrecht, BN 1984, S. 393-412 (395).

****S. 836****

rechtsgestaltende Beschlüsse¹⁰⁹, eine unterschrittsbedürftige individuelle Protokollerklärung¹¹⁰ jedes Gründers und drei Feststellungsbeschlüsse enthalten. Die Beschlüsse müssen einstimmig gefasst werden.

2964 - *Hinzu kommen die erforderlichen Eigenaussagen der Urkundsperson über den Ablauf des Gründungsvorgangs und die dabei vorliegenden Belege.*

2965 - *Unwirksam ist die Konstituierung des Verwaltungsrates und die Ernennung von Zeichnungsberechtigten im Errichtungsakt¹¹¹.*

2966 - *Bei den erwähnten rechtsgestaltenden Beschlüssen handelt es sich um die Gründungserklärung¹¹², die Statutenfestlegung¹¹³ und die Organbestellung (Art. 629 Abs. 1 OR)¹¹⁴.*

Fn 109 - Dass es sich um Beschlüsse handelt, war bereits nach altem Recht die Auffassung des Bundesgerichtes; vgl. BGE 102 II 420 E. 2b (424): "Die Formvorschriften der Art. 637 und 638 OR dagegen verlangen die öffentliche Beurkundung der **Beschlüsse** der konstituierenden Generalversammlung...".

Fn 110 - Zum Begriff der unterschrittsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

Fn 111 - Dies ergibt sich aus Art. Art. 716a Ziff. 4 OR, welcher die Ernennung und Abberufung der mit der Vertretung betrauten Personen in den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabenbereich des Verwaltungsrates stellt; vgl. auch WALTER LUSSY, Auswirkungen des neuen Aktienrechts auf die Handelsregisterführung, BN 1992, S. 420 (434); MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (269). - Denkbar ist allerdings die Ernennung des Präsidenten im Errichtungsakt, wenn diese Ernennungskompetenz gemäss Statuten bei der Generalversammlung liegt, vgl. Art. 712 Abs. 2 OR.

Fn 112 - Dies ist der eigentliche Geburtsakt der Gesellschaft.

Fn 113 - PETER BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992, S. 20, N 54 bezeichnet diesen Beschluss als eine Normschöpfung. - Die AG-Statuten sind von den Gründern in einfacher Schriftform aufzustellen und von den Gründern durch einstimmigen Beschluss zu beschliessen. Das altrechtliche Erfordernis der Unterzeichnung der Statuten durch die Gründer gemäss Art. 629 Abs. 2 aOR ist mit der Gesetzesrevision entfallen; vgl. MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (274). Die Inkraftsetzung der Statuten bedarf nun ausschliesslich des notariell protokollierten und von den Gründern unterzeichneten Beschlusses (Festlegung der Statuten gemäss Art. 629 Abs. 1 OR). Das Datum dieses Beschlusses - d.h. das Datum des Errichtungsaktes - ist das Statutendatum i.S. von Art. 641 Ziff. 1 OR; eine zeitlich frühere Datierung der Statuten, wie sie bei der altrechtlichen Sukzessivgründung Sinn hatte, wäre nach neuem Recht ohne rechtliche Bedeutung. Der Versammlungsbeschluss und das Vorliegen des Statutenentwurfs wird als Teil der Gründungsveranstaltung notariell protokolliert, nicht als individuelle Willenserklärung der Gründer zu Urkund festgehalten. Demgemäss braucht der Inhalt der AG-Statuten nicht Gegenstand der öffentlichen Beurkundung zu sein: Der Statuteninhalt muss anlässlich der Gründung weder gelesen noch im vollen Wortlaut in den Errichtungsakt eingebracht werden. Dies gilt nun auch für die Bestimmungen der Statuten über Sacheinlagen, Übernahme von Vermögenswerten und Gründervorteilen, welche nach Art. 638 Ziff. 3 aOR einer gesonderten Beschlussfassung - und damit der Lesung anlässlich der Gründung - zu unterziehen gewesen waren; nach revidiertem OR genügt es, dass der zu beschliessende Statutentext gesamthaft beschlossen wird und dass er den Veranstaltungsteilnehmern während dieser Beschlussfassung zur Hand und in der Urkunde eindeutig bestimmt ist; vgl. MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (268). - Bei dem einstimmig zu fassenden Beschluss

****S. 837****

2967 - Als persönliche, unterschriftsbedürftige Erklärung zu Protokoll ist die von jedem Gründer mit Verpflichtungswirkung für sich selber abzugebende Aktien-Zeichnungserklärung zu qualifizieren (Art. 629 Abs. 2 OR)¹¹⁵.

2968 - Feststellungsbeschlüsse¹¹⁶ sind die in Art. 629 Abs. 2 Ziff. 1-3 geforderten Feststellungen,

(a) dass sämtliche Aktien gültig gezeichnet sind,

(b) dass die versprochenen Einlagen dem gesamten Ausgabebetrag entsprechen und

(c) dass die gesetzlichen und statutarischen Anforderungen an die Leistung der Einlagen erfüllt sind.

2969 - Erläuterung: Der Errichtungsakt ist von zwei Seiten her zu betrachten, einerseits als Vorgang, andererseits als fertiges Dokument. Das Wort "Errichtungsakt" hat beide Bedeutungen. Es handelt sich aber um verschiedene Dinge. So kann namentlich der Vorgang gesetzeskonform abgelaufen, die Urkunde aber fehlerhaft oder noch unfertig sein.

2970 - Es erübrigt sich, auf die Streitfrage zurückzukommen, ob der Errichtungsakt nach altem Aktienrecht vertraglicher Natur gewesen

handelt sich nicht um einen vertraglichen Konsens. - A.M. PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (357).

Fn 114 - PETER BÖCKLI, Das neue Aktienrecht, Zürich 1992, S. 20, N 54 spricht von einem Wahlakt.

Fn 115 - Mit dem neurechtlichen Gebot der Aktienzeichnung, ferner aus der Formulierung, die Gründer hätten den Gründungswillen in öffentlicher Urkunde zu erklären, ist m.E. das bisherige Gebot der Protokollunterzeichnung unverändert ins revidierte Recht übernommen worden, obwohl das Unterzeichnungserfordernis von Art. 638 aOR in Art. 629 revOR nicht als solches wiedergegeben ist. Dies ist auch die Auffassung des Bundesrates; vgl. Art. 79 Abs. 1 lit i HRegV; in gleichem Sinne MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (273 unten). - Ungerechtfertigt ist demgemäss wohl - in dieser Hinsicht - die Kritik an der erwähnten Verordnungsbestimmung in ZBGR 73 (1992) 264. - Im gleichen Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Urkundsperson die Echtheit der Gründerunterschriften zu prüfen hat, während der Handelsregisterführer gemäss Art. 79 Abs. 1 lit. i HRegV lediglich deren Vorhandensein prüft.

Fn 116 - PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (358) qualifiziert diese Erfordernisse als individuelle Wissenserkklärungen der Gründer.

Fn 117 - Vgl. zu dem mittlerweile überholten Streit um die Kreationstheorie und die Gesamttaktstheorie FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht I, Zürich 1981, S. 204, § 8, N 10 ff. - Von der Vertragstheorie ging das Bundesgericht in BGE 69 II 248 aus, wo es ausführte, Aktiengesellschaften seien "in ihrem Kern ... Gebilde, die auf einem Vertrag beruhen, durch den die Gesellschafter ... zu einer Zweckgemeinschaft zusammengeschlossen werden." Gegenteilig dann BGE 80 II 269: "Der Aktionär, der durch seine Kapitalbeteiligung die Gesellschaft bilden hilft, steht ihr in dieser Eigenschaft nicht als Vertragsschliessender gegenüber, sondern die beidseitigen Pflichten und Rechte sind jedenfalls dem Grundsatz nach wesentlich körperschafts-

S. 838

sei¹¹⁷. Die anlässlich der Gründung erforderliche Anwesenheit sämtlicher Gründer oder ihrer Vertreter, das vom Gesetz geforderte Vorhandensein verschiedener Belege (Art. 631-635 OR), ferner die erforderlichen Kontroll- und Prüfungshandlungen, an welchen auch die Gründer teilnehmen müssen, um die in Art. 629 Abs. 2 verlangten Feststellungen aus eigenem Wissen abgeben zu können, charakterisieren die Gründung als eine **Veranstaltung**¹¹⁸. Der aktienrechtlich definierte Rahmen und die aktienrechtlich verlangten Belege und Prüfungshandlungen gehen über dasjenige hinaus, was von Beurkundungsrechts wegen anlässlich einer Vertragsbeurkundung gefordert ist. Dieses Zusätzliche unterscheidet den Gründungsvorgang von einer Vertragsbeurkundung und verleiht ihm die Qualität der Veranstaltung. Als Veranstaltung ist der Gründungsvorgang zudem aktienrechtlich derart klar strukturiert, dass die in seinem Rahmen kollektiv abzugebenden Erklärungen¹¹⁹ zwanglos als **Beschlüsse der Veranstaltungsteilnehmer**¹²⁰ qualifiziert werden können¹²¹.

rechtlich." - Für die Vertragstheorie sprach sich in neuerer Zeit besonders deutlich ROLAND BÜHLER, Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege, ZBGR 63 (1982) S. 321-361 (326) aus, dies in Übereinstimmung mit der (seit 24.6.1992 allerdings abgeänderten) Bestimmung von ZH NV § 92 Abs. 1 in Verbindung mit dem (nun aufgehobenen) § 94 Abs. 2, wo für die (altrechtliche) Simultangründung die Form der Beurkundung von Willenserklärungen verlangt wurde.

Fn 118 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 112.

Fn 119 - Nämlich die Feststellungen gemäss Art. 629 Abs. 2 Ziff. 1-3 OR.

Fn 120 - Nur als solche, nicht zugleich auch als Beschlüsse der Gründungsgesellschaft. Diese als einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 OR verstandene Vereinigung der zukünftigen Gründer ist für die wirksame Gründung nicht Voraussetzung. Bei vielen Gründungen, insbesondere bei der Gründung von Tochtergesellschaften, ist eine Gründungsgesellschaft im Sinne von Art. 530 OR nicht vorhanden. Demgemäss kann für die Rechtsnatur des Errichtungsaktes nichts aus der Figur der Gründungsgesellschaft abgeleitet werden. Jedoch genügt der von den Art. 629-635 OR definierte Veranstaltungsrahmen, um die Veranstaltungsteilnehmer als beschlussfähige, durch die Veranstaltung selber zusammengehaltene und in ihrem personellen Bestand eindeutig bestimmte Personenvereinigung zu qualifizieren. Zur Beschlussfähigkeit, d.h. zur Fähigkeit, den der Personenvereinigung zuzurechnenden Gemeinschaftswillen zu bilden, bedarf es lediglich des vereinigenden Rahmens, nicht auch notwendigerweise eines Vorsitzenden (vgl. das diesbezüglich allzu enge Verständnis des Beschluss-Begriffs bei VON TUHR/PETER, OR AT I (3.A. 1974/79) S. 145, wo Abstimmungen als Willenserklärungen gegenüber dem Vorsitzenden interpretiert werden; selbstverständlich kann beispielsweise eine Stockwerkeigentümergeinschaft auch ohne Bestimmung eines Vorsitzenden verbindlich Beschluss fassen).

Fn 121 - SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar (1973) N 51 zu Art. 1 OR bezeichnen Rechtsgeschäfte, welche dauerhafte Gemeinschaftsverhältnisse begründen, verändern oder beenden, als "Statusgeschäfte" oder "Sozialakte". Hiezu zählen sie ausdrücklich die Gründung der Aktiengesellschaft, ohne aus dieser Qualifikation jedoch rechtliche Folgerungen abzuleiten.

S. 839

2971 - Während der Gründungs-Veranstaltung, also zu einem einzigen, klar bestimmten Zeitpunkt, müssen die von den Gründern abzugebenden Erklärungen zustandekommen und wahr sein¹²².

2972 - Dass in den meisten Kantonen auf die Lesung der Statuten verzichtet und die Statuten nur als vorhandenes, identifiziertes Dokument beschlossen werden, macht den Wesensunterschied zur Beurkundung individueller Willenserklärungen deutlich, wie er von der Praxis durchaus zutreffend

empfunden wird. - Auch müssten die Gründer individuelle Willenserklärungen - wenn es sich um solche handelte - theoretisch auch in zeitlicher Staffelung, nach dem Verfahren der Sukzessivbeurkundung, abgeben können¹²³.

2973 - Eine Negation des Veranstaltungs-Charakters der Gründung und des Beschluss-Charakters der Gründer-Erklärungen müsste zu unklaren Rechtslagen auch bezüglich der Rechtsfolgen einer allfälligen Simulation, Urteilsunfähigkeit, Willensmangelhaftigkeit¹²⁴ führen, fer-

Fn 122 - Wollte man den Gründungsvorgang als Beurkundung individueller Willenserklärungen interpretieren, so wäre die integrale Lesung der Statuten - als *essentiale negotii* - unumgänglich, desgleichen die Einfügung der Statuten in die öffentliche Urkunde in einer Weise, dass der gesamte Statutentext von den Unterschriften der Gründer und der Urkundsperson gedeckt ist, also räumlich vor dem Beurkundungsvermerk und den sämtlichen Unterschriften. Mit dem revidierten Aktienrecht ist nun aber gerade das Erfordernis der Statutenunterzeichnung aufgehoben worden, welches im alten Art. 629 für die Sukzessivgründung vorgesehen und von dort her analog auch bei der Simultangründung eingehalten worden war. - Sinngemäss forderte ROLAND BÜHLER, *Öffentliche Urkunden des Aktienrechts als Handelsregisterbelege*, ZBGR 63 (1982) S. 321 ff. (344) denn auch, dass bei Gründung und Totalrevision, wann immer also ein vollständig zu beschliessendes Statutenexemplar vorhanden war, dieses (auch) von der Urkundsperson unterzeichnet werden musste, wogegen es bei Teilrevisionen genügte, wenn die Urkundsperson das nachträglich erstellte, nachgeführte Statutenexemplar als die von der Generalversammlung beschlossene Fassung beglaubigte. - In BÜHLERS Auffassung kam jener Widerspruch zum Ausdruck, der mit der Interpretation der AG-Gründung als individuelle Willenserklärung einhergeht und welcher darin besteht, dass bei einer Beschlussfassung bezüglich der gesamten Statuten deren ganzer Text angeblich als erklärter Willensinhalt von den Unterschriften der Erklärenden gedeckt sein muss, während der Willensinhalt bei Teilrevisionen kein gleichermassen erklärter ist und also von keinen Unterschriften gedeckt zu sein braucht. - Solches ist keine sinnvolle Theorie.

Fn 123 - Diese Konsequenz ist denn auch von verschiedenen Autoren gezogen worden; vgl. FORSTMOSER, *Schweizerisches Aktienrecht I*, Zürich 1981, S. 257, § 9, N 153 mit Verweisen auf weitere Literatur. Die Sukzessivbeurkundung ist aber nach dem Wortlaut des seit dem 1.7.1992 geltenden Art. 629 OR nicht mehr denkbar, weil bei sukzessiver Erklärungsabgabe die von Art. 629 Abs. 2 Ziff. 1-3 geforderten Feststellungserklärungen nur von dem zuletzt erklärende Gründer wahrheitsgemäss abgegeben werden könnten. Nach neuem Aktienrecht (Art. 629 Abs. 2 OR) haben die Gründer die Aktien im Errichtungsakt selber zu zeichnen; die blosse Feststellung des Vorliegens von Zeichnungsscheinen, welche zu einem früheren Zeitpunkt von Abwesenden unterschrieben wurden, genügt nicht mehr.

Fn 124 - Nach herrschender Auffassung wird die Geltendmachung von Dissens, Simulation und Willensmängeln zwar wie bei Verträgen zugelassen, zeitlich aber bis zum Han-

****S. 840****

ner bei zeitlich gestaffelter Erklärungsabgabe zu Unklarheiten bezüglich der Rechtsfolgen des Widerrufs einer Erstunterschrift oder des Todes eines Erstunterzeichners oder seines Konkursausbruchs, bevor alle Gründerunterschriften beigesetzt sind. Es besteht keine dogmatische Notwendigkeit und vor allem kein praktischer Bedarf, die Realien des Errichtungsaktes durch eine Vertragstheorie solcherart zu komplizieren.

bb) Insbesondere: Rechtsnatur der protokollierungsbedürftigen Feststellungen

2974 - *Auch die anlässlich der Gründung einstimmig zu treffenden Feststellungen sind Beschlüsse, nicht individuelle Erklärungen.*

2975 - **Erläuterung:** Die anlässlich der Gründungsveranstaltung zu fassenden **Feststellungsbeschlüsse** sind kollektive Wissenserklärungen. Sie bedürfen der Einstimmigkeit, weil sie unter gemeinsamer Wahrheitspflicht aller Veranstaltungsteilnehmer abgegeben werden müssen und weil jede nicht-einstimmige Beschlussfassung hier einen Widerspruch darstellen müsste; eine mit Mehrheitsentscheid beschlossene Wahrheit ist nicht denkbar¹²⁵. Mit dem Erfordernis der Feststellungsbeschlüsse will der Gesetzgeber sämtlichen Veranstaltungsteilnehmern die Wahrheitspflicht vor Augen führen und sie beim Inhalt des Beschlusses behaften.

2976 - Wann immer rechtserhebliche Tatsachen in Beschlussform festzustellen sind, genügt nicht die Protokollierung einer entsprechenden Mitteilung des Vorsitzenden, von welcher die Anwesenden zustimmend Kenntnis nehmen. Ungenügend ist also beispielsweise folgender Protokollwortlaut: *"Die Anwesenden nehmen zustimmend Kenntnis von der Mitteilung des Vorsitzenden, wonach sämtliche Aktien gültig gezeichnet sind."* Richtig muss es heissen: *"Die Anwesenden stellen fest, dass sämtliche Aktien gültig gezeichnet sind."* Nur in der zweiten Formulierung treten sämtliche Anwesenden in die ihnen vom Gesetz zugeordnete Wahrheitspflicht.

2977 - Mit der Qualifikation als Feststellungsbeschlüsse und damit als **kollektive**¹²⁶ Wissenserklärungen wird die Qualifikation als überein-

delsregistereintrag begrenzt; vgl. FORSTMOSER, Aktienrecht (1981) S. 395. Nach der hier vertretenen Auffassung sollten solche Mängel nicht zur Aufhebung des Errichtungsaktes führen können. - Zu den Pflichten der Urkundsperson zur Verhütung derartiger Mängel bei unterschrittsbedürftigen Protokollen vgl. Ziff. 107 ff.

Fn 125 - Zur Tragweite dieses Satzes bei späteren Feststellungsbeschlüssen von Gesellschaftsorganen, nach erfolgter Gründung, vgl. Ziff. 2997.

Fn 126 - A.M. PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (358), welcher in diesen Erklärungen übereinstimmende individuelle Wissenserklärungen erblickt, vergleichbar etwa der Wissenserklärung von Vertragsparteien, eine bestimmte Anzahlung sei bereits geleistet worden.

****S. 841****

stimmende individuelle Wissenserklärung abgelehnt. Mit der kollektiven Wissenserklärung, d.h. mit dem Feststellungsbeschluss, übernimmt die Gesamtheit der Gründer die Wahrheitsverantwortung kollektiv. Der nachträgliche Einwand eines einzelnen, er habe simuliert oder er habe sich aus entschuldigen Gründen geirrt, kann den gefassten Feststellungsbeschluss nicht nach den gleichen Regeln aus den Angeln haben, wie es die Simulationseinrede oder die Irrtumsanfechtung bei einem Vertrag zu tun vermöchte. Auch die Gesamtheit der Gründer kann sich nicht auf Simulation (Erklärungsabgabe wider besseres Wissen aller) berufen: Der notariell protokollierte Feststellungsbeschluss behält als Beschluss seine Rechtswirksamkeit unabhängig davon, was sich die Veranstaltungsteilnehmer während des Beschlussfassungsverfahrens im stillen gedacht haben¹²⁷.

cc) Kein Schutz der Gründer vor Unbedacht

2978 - *Anlässlich der Gründung ist es nicht Aufgabe der Urkundsperson, die Gründer vor unbedachter Erklärungsabgabe zu schützen.*

2979 - **Erläuterung:** Den Gegensatz des Errichtungsaktes zu einer notariellen Vertragsbeurkundung hat das Bundesgericht mit dem zutreffenden Hinweis verdeutlicht, die Beurkundungsbedürftigkeit des Errichtungsaktes diene nicht dem Schutze der Gründer¹²⁸. Präzisierend kann gesagt werden: Das notarielle Protokoll dient nicht dem

Fn 127 - PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (369), stellt die beurkundungsrechtlichen Verschiedenheiten dar, welche entstehen, wenn die gleiche Veranstaltung entweder als Vorgang protokolliert oder als konsensuale Willenserklärung der Teilnehmer beurkundet wird; nach der hier vertretenen Auffassung besteht kein Anlass, den Beteiligten oder der Urkundsperson zwei derartige Varianten zur Wahl zu stellen. Der hier vertretenen Auffassung entspricht - für die der Gesellschaftsgründung zeitlich nachfolgenden Veranstaltungen - die zürcherische Rechtsauffassung gemäss ZH NV § 96 (Fsg. 24.9.1992).

Fn 128 - BGE 102 II 420 E. 2b (424): "Die Formvorschriften der Art. 637 und 638 OR dagegen verlangen die öffentliche Beurkundung der Beschlüsse der konstituierenden Generalversammlung bzw. des Errichtungsaktes nicht zum Schutze der Gründer. Damit sollen vielmehr unlautere Machenschaften verhindert, die gesetzeskonforme Abwicklung des Gründungsvorganges gewährleistet und verlässliche Beweise gesichert werden. Die Vorschriften verfolgen also vor allem objektive Zwecke zum Schutze Dritter, mögen die Beteiligten daran auch selber interessiert sein" (unter Verweis auf F. VON STEIGER, Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4.A. S. 118; ALFRED SIEGWART, Komm. zum OR, Zürich (1945) N 2 zu Art. 637 OR). - Ähnlich GULDENER,

Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 97: Die Mitwirkung des Urkundsbeamten bei der Gründung zielt darauf ab, die Ordnungsmässigkeit der Gründung zu gewährleisten. "Dabei kann es sich aber nur um eine Prüfung daraufhin handeln, ob dem äusseren Tatbestand nach dem Gesetze Genüge getan ist und keine offensichtlichen Rechtsverletzungen vorliegen." - Vgl. auch FORSTMOSER, Schweizerisches Aktienrecht I, Zürich 1981, S. 253, § 9, N 139.

****S. 842****

Schutz der Gründer **vor eigenem Unbedacht**, nicht also dem **Übereilungsschutz**. Selbstverständlich kommt der durch das Beurkundungsverfahren gewährleistete Schutz gegen unredliche Machenschaften auch und gerade jenen Gründern zugut, welche gegebenenfalls die unwissenden Opfer solcher Machenschaften werden könnten¹²⁹. Der notarielle Schutz vor unredlichen Machenschaften geschieht durch die amtliche Kontrolle äusserer Abläufe, nicht durch die Ermittlung des wirklichen Willens der Erklärenden; die Erklärenden (und Dritte, insbesondere Gesellschaftsgläubiger) sollen vor äusseren Täuschungsmanövern, nicht vor den Folgen ihres inneren, unbedachten Willens geschützt werden.

2980 - Schutz der Gründer vor unnützen, kostspieligen Vorkehren ergibt sich aus der notariellen Amtspflicht, die Protokollierung abzulehnen, wenn die von den Gründern beabsichtigten Rechtshandlungen und die von ihnen beigebrachten Gründungsdokumente handelsregisterlich nicht eintragungsfähig sind, die Gesellschaft auf diese Weise also nicht gegründet werden kann. Zu solchen Mängeln, welche zur Ablehnung der notariellen Protokollierung führen müssen, gehören beispielsweise bei Sacheinlagegründungen eine **Prüfungsbestätigung** gemäss Art. 78 Abs. 2 lit. b HRegV, welche einen Vorbehalt aufweist, oder ein **Sacheinlagevertrag**, der Grundstücke betrifft, ohne dass für diese die erforderlichen öffentlichen Urkunden von der örtlich zuständigen Urkundsperson erstellt worden wären¹³⁰. Die Protokollierung ist auch abzulehnen, wenn die von den Gründern entworfenen **Statuten**¹³¹ nicht den gesetzlichen Mindestinhalt aufweisen und die Gründer sich zu einer gesetzeskonformen Fassung nicht bereit finden, ferner wenn sie auf einer rechtswidrigen Zusammensetzung des Verwaltungsrates, etwa auf einer Mehrheit Ausländern und Personen im Ausland, insistieren. In der Regel fügen sich die Gründer der notariellen Belehrung ohne weiteres. Rechthabereien mögen sich ergeben, wenn die Akten von einer ausserkantonalen Treuhandgesellschaft fertig vorbereitet wurden in einer Form, die in anderen Kantonen den Test der

Fn 129 - So FORSTMOSER, a.a.O., Anm. 300. - Zwischen FORSTMOSER und dem Bundesgericht besteht demgemäss in diesem Punkt wohl keine Meinungsabweichung.

Fn 130 - Vgl. in diesem Sinne MARC-ANTOINE SCHAUB, L'acte constitutif d'une société anonyme et ses annexes, ZBGR 73 (1992) S. 265-276 (275).

Fn 131 - Wenn die Urkundsperson die Statuten nicht selber formuliert, ist sie zu einer summarischen Prüfung des von den Klienten beigebrachten Statutenentwurfs verpflichtet, insbesondere was die firmenrechtliche Zulässigkeit der gewählten Firma in deren Verhältnis zum Gesellschaftszweck, die Struktur des Aktienkapitals, die Vinkulierungsbestimmungen und die Organisation der Gesellschaft anbelangt. Bei Zweifeln hat die Urkundsperson die Klienten zu ergänzenden Abklärungen aufzufordern oder sich von ihnen zu eigenen Abklärungen, allenfalls zur Unterbreitung der Statuten ans zuständige Handelsregisteramt zwecks Vorprüfung, ermächtigen zu lassen.

****S. 843****

handelsregisterlichen Eintragungsfähigkeit bereits bestanden hat, die am jetzigen Gründungsort aber auf Schwierigkeiten zu stossen verspricht. In solchen Fällen trifft die Urkundsperson die undankbare Aufgabe, der Klientschaft zu erläutern, weshalb das Handelsregister als eidgenössische Einrichtung in verschiedenen Kantonen verschieden funktioniert.

dd) Erfordernis notarieller Identitäts- und Legitimationskontrolle; kein Nachreichen von Vollmachten

2981 - *Angesichts des Veranstaltungs-Charakters der Gründung der Aktiengesellschaft und der GmbH müssen im Zeitpunkt dieser Veranstaltung alle Vollmachten von abwesenden Gründern vorliegen. Nachträgliches Beibringen fehlender Vollmachten oder nachträgliche Genehmigung seitens eines abwesenden Vollmachtgebers kommt nicht in Frage.*

2982 - Erläuterung: Obgleich die Gründungsveranstaltung als Veranstaltung und die öffentliche Urkunde als Protokoll zu qualifizieren sind, fehlt es im Gründungszeitpunkt noch an einer gesellschaftsrechtlichen Struktur, aufgrund derer eine veranstaltungsleitende Privatperson den Vorsitz und damit einen Teil der Verfahrensverantwortung übernehmen könnte. Die Gründungsveranstaltung steht unter der Leitung der Urkundsperson. Demgemäss hat die Urkundsperson auch selber die Identität der Gründer und das Vorliegen allfälliger Vollmachten zu ermitteln. Sie kann sich diesbezüglich nicht, wie bei späteren Generalversammlungen und Verwaltungsratsbeschlüssen der betreffenden Aktiengesellschaft, mit der Entgegennahme und summarischen prima-facie-Überprüfung von Erklärungen des Veranstaltungsleiters begnügen.

2983 - Handeln einzelne Erschienene als Stellvertreter abwesender Personen, so müssen die Unterschriften der Vollmachtgeber notariell beglaubigt und, bei ausländischer Beglaubigung, vorschriftsgerecht überbeglaubigt sein; die Beglaubigung von Firmenunterschriften muss zugleich die Existenz der betreffenden juristischen Person bezeugen. Fehlt dieses Zeugnis im Beglaubigungsvermerk¹³², so ist die Existenz bis spätestens zum Zeitpunkt der Gründungsveranstaltung¹³³ durch

Fn 132 - Eine solche Lücke ist etwa denkbar, wenn der Beglaubigungsvermerk nur die Echtheit der persönlichen Unterschriften der Unterzeichner beglaubigt, ohne deren Zeichnungsbefugnis für eine bestimmte Firma zu bezeugen. - Wird die Zeichnungsbefugnis bezeugt, so ist darin stets die implizite und damit ausreichende Bezeugung des Existenz der vertretenen Firma enthalten.

Fn 133 - Während bei Vertragsbeurkundungen jede Partei frei ist, sich vorläufig auf den Abschluss mit einem vollmachtlosen Stellvertreter einer vielleicht nicht existierenden Gegenpartei einzulassen (was ein Nachreichen der beglaubigten Vollmacht nach

****S. 844****

Beibringung eines Handelsregisterauszugs oder eines vergleichbaren Belegs nachzuweisen.

2984 - Von Bundesrechts wegen brauchen die Gründervollmachten dem Errichtungsakt weder beigefügt noch dem Handelsregisteramt eingereicht zu werden¹³⁴; werden sie dem Handelsregisteramt nicht eingereicht, so sollen sie von der Urkundsperson als Nebenakten¹³⁵ dauerhaft aufbewahrt bleiben. Kantonale Bestimmungen, welche eine Beifügung der Vollmachten zur Urkunde verlangen¹³⁶, müssen in bezug auf notarielle Protokolle als blosse Ordnungsvorschriften qualifiziert werden¹³⁷.

ee) Sacheinlage von Grundstücken

2985 - *Werden bei Sacheinlagegründungen Grundstücke auf die Aktiengesellschaft übertragen, so müssen die öffentlich beurkundeten Übertragungsverträge für die einzelnen Grundstücke anlässlich der Gründungsveranstaltung vorliegen*¹³⁸. *Nach herrschender Auffassung gilt für solche Sacheinlageverträge die örtliche Beurkundungszuständigkeit am Ort der gelegenen Sache*¹³⁹. -

Abschluss des Beurkundungsvorgangs ermöglicht bzw., wenn die Vollmacht nicht beigebracht werden kann, zu dem allseits in Kauf genommenen Dahinfallen des geschlossenen Vertrages führt), ist das gleiche bei Verbandsbeschlüssen nicht möglich. Die Stimmberechtigung der Veranstaltungsteilnehmer muss im Zeitpunkt der Abstimmung eindeutig nachgewiesen sein. Die Veranstaltungsteilnehmer formen durch ihre Stimmabgabe den Verbandswillen und damit den Willen einer Drittperson. Diese Formung kann nicht als eine vorläufige bzw. beding-

te geschehen; sie kann nicht unter den Vorbehalt gestellt werden, dass einzelne Abstimmungsteilnehmer ihre Stimmberechtigung nachträglich nachweisen.

Fn 134 - Der frühere Art. 78 HRegV verlangte, die Vollmachten der vertretenen Gründer der Aktiengesellschaft seien zu den Akten des Handelsregisters einzureichen. Mit der Revision der Handelsregisterverordnung ist dieses Erfordernis von Bundesrechts wegen fallengelassen worden.

Fn 135 - Zum Begriff der Nebenakten vgl. Ziff. 1462.

Fn 136 - Vgl. etwa BS NG § 11 Abs. 2: "Vollmachten, kraft welcher Urkunden unterzeichnet werden, sind im Original oder in notariälsch beglaubigter vollständiger oder auszugsweiser Abschrift den Urkunden beizuhängen."

Fn 137 - Den Handelsregisterämtern obliegt nicht die Durchsetzung solcher kantonaler Vorschriften; eine handelsregisterliche Beanstandung des angemeldeten Errichtungsaktes mit der Begründung, das kantonale rechtliche Erfordernis der Beifügung der Gründervollmachten sei verletzt, wäre als handelsregisterliche Kompetenzüberschreitung zu betrachten.

Fn 138 - So ZH NV § 95.

Fn 139 - Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 67, N 241, mit Verweis auf W. WILD, Kantonale Beurkundung und Grundbuchführung, ZBGR 32 (1951) S. 301 ff. (315), ALFRED SIEGWART, Komm. zum OR, Zürich (1945) N 18 zu Art. 628 OR, C. VOLKART, Der Übernahmevertrag bei der Gesellschaftsgründung, ZBGR 19 (1938) S. 76; sinngemäss auch THEO GUHL, Die Aufgaben der Urkundsperson im neuen Gesellschaftsrecht, ZBJV 73 (1937) S. 249 ff. (254), der bemerkt, solche Verträ-

****§. 845****

2986 - Erläuterung: Da die Gesellschaft gemäss Art. 634 Ziff. 2 OR ihren bedingungslosen Anspruch auf Grundbucheintrag schon anlässlich des Errichtungsaktes haben muss, müssen notwendige Bewilligungen (Lex Friedrich, Sperrfristenbeschluss usw.) dem Grundsatz nach bereits in diesem Zeitpunkt vorliegen¹⁴⁰.

ff) Statutenredaktion: notarielle Nebenleistung

2987 - *Stellt die Urkundsperson die Gesellschaftsstatuten her, so handelt es sich um eine notarielle Nebenleistung¹⁴¹ zur öffentlichen Beurkundung¹⁴².*

b) Andere Versammlungs- und Sitzungsprotokolle

aa) Rechtsnatur

2988 - *Andere öffentlichen Urkunden, in welchen Generalversammlungs-, Gesellschafter- und Verwaltungsratsbeschlüsse festgehalten werden¹⁴³, sind durchwegs als Protokolle zu qualifizieren.*

ge seien grundsätzlich gewöhnlichen Kaufverträgen nachgebildet. - A.M., d.h. für die Beurkundbarkeit am Gründungs-ort AUGUSTO BOLLA, L'acte authentique cantonal comme titre pour les inscriptions au Registre Foncier, ZBGR 32 (1951) S. 241 ff. (251).

Fn 140 - So PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (360). - Das Gesetz schreibt jedoch nicht vor, dass das Vorhandensein des bedingungslosen Eintragsanspruchs durch Vorlegung entsprechender Dokumente anlässlich der Gründung nachgewiesen werden muss. Es genügt, dass solche Bewilligungen - soweit erforderlich - nach Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister tatsächlich vorliegen. Eine Schwebezeit der Ungewissheit wird auf diese Weise ins Ermessen der Gründer und der mit der Gründung befassten Urkundsperson gelegt, wenn eine bestimmte Bewilligung von der Behörde zwar mündlich zugesichert, aber noch nicht ausgestellt worden ist, und wenn trotzdem bereits gegründet wird, mit der Absicht, die Handelsregisteranmeldung erst nach Vorliegen der betreffenden Bewilligung vorzunehmen. Bleibt die Bewilligung in einem solchen Falle aus, so ist die noch nicht angemeldete Gründung rückgängig zu machen. Das Risiko liegt bei den Gründern. Die Urkundsperson hat sie über dieses Risiko gegebenenfalls zu belehren, sofern sie zu einer solchen Gründung überhaupt Hand bietet.

Fn 141 - Zu diesem Begriff vgl. Ziff. 495 und 501 ff.

Fn 142 - In diesem Sinne bezeichnet ALFRED SANT'SCHI, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49 (1968) 1-16 (1) die Kontrolle bzw. Ausfertigung der Statuten durch den Notar als zu den "Akzidentalien" der öffentlichen Beurkundung gehörend.

Fn 143 - Neben den nachstehend erwähnten Fällen sei auf die Beschlüsse der obersten Verwaltungsorgane (Verwaltungsrat, Bankrat, Geschäftsführer, Stiftungsrat u. dgl.) und auf die Beschlüsse der unbeschränkt haftenden und zur Vertretung befugten Gesellschafter von Personengesellschaften verwiesen, welche die **krisenzeitliche Sitzverlegung ins Ausland** zum Gegenstand haben und welche der notariellen Protokollierung bedürfen, sofern sie in der Schweiz gefasst werden (Art. 2 BRB vom 12.4.1957)

****S. 846****

2989 - Erläuterung: Diese Qualifikation gilt auch dann, wenn nur eine einzige Person vor der Urkundsperson erscheint¹⁴⁴.

bb) Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft

2990 - Nach revidiertem Aktienrecht¹⁴⁵ ist die Kapitalerhöhung zwingend in zwei öffentlichen Urkunden darzustellen.

2991 - Die erste Urkunde ist ein **Generalversammlungsprotokoll**. Die Kernaussage der hier zu protokollierenden Beschlüsse beinhaltet nicht die unmittelbar rechtsgestaltende Kapitalerhöhung: Die Aktionäre können nicht mit sofortiger Wirkung die Kapitalerhöhung beschliessen. Ihre Kompetenz geht nur dahin, eine künftig durchzuführende Kapitalerhöhung zu beschliessen und den Verwaltungsrat mit der Durchführung zu beauftragen. Zu formulieren ist in der Urkunde also, dass das Aktienkapital "zu erhöhen ist" oder dass es "erhöht werden soll"¹⁴⁶, und zwar in dem ebenfalls zu beschliessenden Umfang und zu den hier festzulegenden Bedingungen.

2992 - Die zweite Urkunde ist ein **Verwaltungsratsprotokoll**, wobei man hier von der "Sitzung", nicht von der "Versammlung" des Verwaltungsrates spricht. Alle seit der Generalversammlung erfolgten Vollzugshandlungen und der anlässlich der Verwaltungsratssitzung vorliegende Aktenstand ist in Gestalt von einstimmigen Wissenserklärungen zum Inhalt von Feststellungsbeschlüssen zu machen: *"Der Verwaltungsrat stellt fest, dass sämtliche neu auszugebenden Aktien gültig gezeich-*

betr. vorsorgliche Schutzmassnahmen für juristische Personen, Personengesellschaften und Einzelfirmen). - Ferner seien die notariell zu protokollierenden Verbandsbeschlüsse von Berufsverbänden (in der Regel handelt es sich um Mitgliederversammlungen von Vereinen) hingewiesen, wenn ein solcher Verband durch sein zur Statutenänderung zuständiges Verbandsorgan die **Errichtung oder Auflösung einer AHV-Ausgleichskasse** beschliesst (Art. 53 und 60 AHVG vom 20.12.1946, SR 831.10).

Fn 144 - Vgl. in diesem Sinne ZH NV § 96 (Fsg. 24.9.1992): "Bei den der Gründung zeitlich folgenden Veränderungen bei Aktiengesellschaften, Kommanditaktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Statutenänderungen gemäss Art. 647 und 784 OR, Kapitalerhöhung und Durchführung derselben gemäss Art. 650, 652g und 653g OR, Auflösungsbeschlüsse gemäss Art. 736 und 820 OR) soll die Beurkundung zum Ausdruck bringen, dass die Willensbildung auf Beschlüssen der Generalversammlung bzw. des Verwaltungsrates und nicht auf einzelnen Willenserklärungen der Beteiligten beruht."

Fn 145 - Die Revision des Aktienrechts vom 1.7.1992 hat zu einer Vermehrung der Beurkundungsfälle geführt, welche den Urkundspersonen zwar ein grösseres Honorarvolumen beschert, von der Sache her aber als Missbrauch des Beurkundungswesens bezeichnet werden muss. In zahlreichen Fällen hat die Urkundsperson nun mechanisch bestimmte Checklisten abzuhaken, die in weitgehend gleicher Weise anschliessend durch den Handelsregisterführer nochmals abgehakt werden.

Fn 146 - Vgl. diese "soll"-Form in Art. 650 Abs. 2 Ziff. 1 OR.

****S. 847****

net und dass sie voll liberiert worden sind." - Es kann nicht genügen, dass der Versammlungsvorsitzende eine entsprechende Mitteilung macht, von welcher die übrigen Versammlungsteilnehmer Kenntnis nehmen; denn der Verwaltungsrat erfüllt seine Wahrheitspflicht nur dann, wenn er in der

Form einer gemeinsamen Eigenerklärung das Vorhandensein der vom Gesetz geforderten Tatsachen nach bestem Wissen und Gewissen ausdrücklich bezeugt¹⁴⁷. Dies geschieht im Feststellungsbeschluss, nicht in einem Austausch von präsidialer Mitteilung und gemeinsamer Kenntnisnahme-Erklärung.

2993 - Die vom Verwaltungsrat ausserdem zu beschliessende Statutenänderung ist ein rechtsgestaltender Beschluss. *"Der Verwaltungsrat beschliesst folgenden abgeänderten Wortlaut der Artikel X, Y und Z der Statuten: ..."*

cc) Nachliberierung des Aktienkapitals

2994 - Die Nachliberierung des Aktienkapitals (Einberufung des Nonversés) wurde nach altem Aktienrecht in einer Sachbeurkundung gegenüber dem Handelsregisteramt nachgewiesen. Nach revidierten Aktienrecht¹⁴⁸ beruft der Verwaltungsrat das nichtliberierte Aktienkapital ganz oder teilweise ein; hiefür fasst er einen nicht-beurkundungsbedürftigen Beschluss. Gestützt auf diesen Beschluss erfolgt die Liberierung in den vom Gesetz geforderten Formen (Geldzahlungen an die

Fn 147 - Die vom Gesetzgeber gewollte Feierlichkeit dieser Feststellungen geht teilweise verloren, wenn beurkundungsbedürftige Beschlüsse durch ein einziges Verwaltungsratsmitglied zu Protokoll erklärt werden, in Abwesenheit sämtlicher anderer Mitglieder. Gerade diese Verfahrensweise wird bei grösseren Gesellschaften nun aber regelmässig gewählt, wo die zeitgerechte Einberufung einer grösseren Anzahl von Verwaltungsratsmitgliedern organisatorische Probleme schafft; hinzu kommt, dass man in Verwaltungsratskreisen die Beurkundung von Statutenänderungsbeschlüssen gemäss Art. 647 Abs. 1 OR als eine administrative Formalität empfindet, welche die Einberufung des Gesamtverwaltungsrates nicht rechtfertigt. - Die Teilnahme an Verwaltungsratssitzungen steht nur den Verwaltungsratsmitgliedern persönlich, nicht auch Stellvertretern offen. Um die vom revidierten Aktienrecht geforderten Verwaltungsratsbeschlüsse in öffentlicher Urkunde ohne die Umständlichkeit einer Präsenz grosser Verwaltungsratsgremien fassen zu können, werden für die beurkundungsbedürftigen Beschlüsse neuerdings alle Quorumserfordernisse statutarisch wegbedungen, so dass bei entsprechender Statutenformulierung ein einziges Verwaltungsratsmitglied die öffentliche Beurkundung mit der Urkundsperson unter vier Augen errichten kann. Die Sitzung muss immerhin ordnungsgemäss einberufen worden sein.

Fn 148 - Die nachfolgende Darstellung folgt derjenigen von PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (365); abweichend von RUF wird in der vorliegenden Arbeit die Auffassung vertreten, dass auch der einstimmige Verwaltungsratsbeschluss nur als Beschlussprotokoll, nicht als Konsens übereinstimmender individueller Willenserklärungen verstanden werden kann.

****S. 848****

Depositenstelle; Sacheinlagen und Verrechnungen aufgrund eines "Gründungsberichts" sowie mit dem Prüfungsbericht eines Revisors). In einem dritten Schritt ist in öffentlicher Urkunde ein Feststellungsbeschluss des Verwaltungsrates zu protokollieren, welcher den eingegangenen Nachliberierungs- und den resultierenden Gesamtliberierungsbetrag festhält. In der gleichen Urkunde hat der Verwaltungsrat die Statuten zu ändern, indem er den geänderten Statutentext beschliesst; der revidierte Statutentext muss den neuen Liberierungsgrad sowie allfällige Bestimmungen über neu geleistete Sacheinlagen¹⁴⁹ zum Ausdruck bringen.

dd) Keine Stellvertretung bei Verwaltungsratsbeschlüssen; keine notarielle Protokollierung von Zirkularbeschlüssen

2995 - Für **beurkundungsbedürftige Verwaltungsratsbeschlüsse der Aktiengesellschaft** gilt allgemein folgendes: Abwesende Verwaltungsratsmitglieder können sich nicht durch bevollmächtigte Anwesende vertreten lassen, selbst wenn die Statuten dies gelegentlich vorsehen¹⁵⁰. Beschlussfassung auf dem Zirkularweg ist nicht möglich¹⁵¹. Hingegen gibt es von Gesetzes wegen kein bestimmtes Präsenzquorum für Verwaltungsratsbeschlüsse. Wenn die Statuten nichts Gegenteiliges vorschreiben, kann ein einziges Verwaltungsratsmitglied die beurkundungsbedürftigen Verwal-

tungsratsbeschlüsse in Anwesenheit der Urkundsperson zu Protokoll erklären¹⁵², unter Vorbehalt der Einhaltung der Einberufungsformalitäten.

Fn 149 - Die gleiche Anforderung an die Statuten gilt sogar für Sachübernahmen, d.h. für erhebliche Anschaffungen, welche in zeitlicher Nähe zur Kapitalerhöhung mit den zur Liberierung einbezahlten Geld getätigt werden sollen; vgl. für diesen Fall das Erfordernis der Stampa-Erklärung in Art. 83e HRegV.

Fn 150 - Vgl. PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (377) mit Hinweis auf ADRIAN PLÜSS, Die Rechtsstellung des Verwaltungsratsmitgliedes, Diss. ZH (1990) S. 84, BGE 71 II 277 ff. (279).

Fn 151 - In gleichem Sinne PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (378, Anmerkung 146, mit Hinweis auf die abweichende Meinung von ROLF WATTER, Prospekthaftpflicht heute und morgen, Aktuelle juristische Praxis, AJP 1992, S. 48 ff. (61). - Zur Unzulässigkeit, privatschriftlich vorliegende Erklärungen als Tatsache des "Erklärt-worden-seins" zum Gegenstand einer Sachbeurkundung zu machen - woraus sich die Beurkundungsunfähigkeit von Zirkularbeschlüssen ergibt -, vgl. Ziff. 3064 ff.

Fn 152 - So PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (365 und 379).

S. 849

ee) Notarielle Protokolle: Notarunterschrift genügt

2996 - Art. 713 Abs. 3 OR verlangt für die privat protokollierten Verwaltungsratsprotokolle die Unterzeichnung durch den Vorsitzenden und den Protokollführer. Bei notarieller Protokollierung soll in analoger Anwendung dieser Bestimmung die Unterschrift des Vorsitzenden eingeholt werden, so dass auch das notarielle Protokoll zwei Unterschriften trägt. Die zusätzliche Einholung der Unterschrift eines privaten - in casu aber untätig gebliebenen - Protokollführers der Aktiengesellschaft hat hingegen keinen Sinn. Wo die Durchführung der Sitzung durch ein einziges Verwaltungsratsmitglied zulässig ist, darf nicht durch ein derartiges Mitunterzeichnungsrequisit die zusätzliche Anwesenheit eines (untätig gebliebenen) privaten Protokollführers erforderlich gemacht werden. Aber auch die Präsidialunterschrift ist auf einem notariellen Verwaltungsratsprotokoll kein zwingendes Erfordernis und sollte von den Handelsregisterämtern richtigerweise nicht verlangt werden. Zulässig ist nämlich, dass Verwaltungsratsitzungen in lebendiger Rede und Gegenrede, mit Anträgen und Gegenanträgen und mit Mehrheitsbeschlüssen durchgeführt werden. In solchen (Ausnahme-)Fällen kann das notarielle Protokoll erst nachträglich erstellt werden. Wird der Vorsitzende bis zum Vorliegen des Protokolls handlungsunfähig oder demissioniert er in der Zwischenzeit oder verweigert er aus einem anderen Grund seine Unterschrift, so darf dies das Zustandekommen der gefassten Beschlüsse und ihres Belegs in öffentlicher Urkunde nicht hindern. Muss die Präsidialunterschrift in solchen Fällen als entbehrlich gelten, so kann sie generell nicht gefordert werden.

ff) Erfordernis der Einstimmigkeit bei allen notariell protokollierten Feststellungsbeschlüssen

2997 - Während alle rechtsgestaltenden Beschlüsse mit einer Mehrheit gegen eine Minderheit gefasst werden können, schafft das Vorhandensein **ablehnender Minderheitsstimmen bei Feststellungsbeschlüssen** Probleme. Ob das Nonversé tatsächlich einbezahlt ist, muss nach Meinung des Gesetzgebers als kollektive Wissenserklärung der (in diesem Zusammenhang wahrheitspflichtigen) Verwaltungsratsmitglieder protokolliert werden. Da es nur *eine* Wahrheit geben kann, belegt jede Abweichung von der Einstimmigkeit entweder die Verletzung der Wahrheitspflicht oder den Irrtum einzelner Veranstaltungsteilnehmer. Die Urkundsperson kann sich unter solchen Umständen nicht mit der Protokollierung des mit Stimmenmehr gefassten Beschlusses begnügen. Statt dessen muss sie von den Veranstaltungsteilnehmern deren Begründungen für ihren verschiedenen Wissensstand erfragen. Führt dies zu keinem für die Urkundsperson eindeutigen Befund über den

****S. 850****

objektiven Sachverhalt, so ist die Protokollierung abzulehnen. Erweist sich aufgrund der Anhörung, dass einzelne Veranstaltungsteilnehmer in querulatorischer Weise eine offen zu Tage liegende Wahrheit bestreiten, so darf die Urkundsperson den Mehrheitsbeschluss als solchen protokollieren; zweckmässigerweise protokolliert sie auch jene weiteren Erklärungen, aus welchen sich die Wahrheitstreue der Versammlungsmehrheit ersehen lässt.

gg) Vorgänge bei der GmbH

2998 - Die **Abtretung eines Gesellschaftsanteiles an einer GmbH** bedarf gemäss Art. 791 Abs. 4 OR der öffentlichen Beurkundung. Dabei handelt es sich um einen Veräusserungsvertrag zwischen zwei Parteien, welcher in der Regel das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft in einem Akt zusammenfasst; werden die beiden Schritte zu verschiedenen Zeiten stipuliert, so sind zwei öffentliche Urkunden erforderlich, eine erste für das Verpflichtungsgeschäft, eine zweite für die Erfüllungshandlung, soweit sie in der Verfügung über den abzutretenden GmbH-Anteil besteht. Die Beurkundung ist beidemale eine solche individueller Erklärungen.

2999 - Die von Art. 791 Abs. 2 OR geforderte Zustimmung von drei Vierteln aller Gesellschafter und drei Vierteln des Stammkapitals bedarf nicht der öffentlichen Beurkundung, da die Übertragung eines Anteils¹⁵³ keine beurkundungsbedürftige Statutenänderung¹⁵⁴ voraussetzt.

3000 - Für die Kapitalerhöhung der GmbH verweist Art. 786 Abs. 1 OR auf die Gründungsformalitäten, d.h. auf Art. 779 OR. Hieraus ist abzuleiten, dass sämtliche Gesellschafter das notarielle Versammlungsprotokoll unterzeichnen müssen. Es handelt sich insofern um ein unterschriftsbedürftiges Protokoll¹⁵⁵.

3001 - Für den Umgang mit Vollmachten bei Gesellschafter- und Generalversammlungen¹⁵⁶ kann auf das vorn, Ziff. 2827 ff. Gesagte, verwiesen werden.

Fn 153 - Die Übertragung selber ist als Vertrag beurkundungsbedürftig; vgl. Art. 791 Abs. 4 OR.

Fn 154 - Art. 785 Abs. 1 OR.

Fn 155 - Zum Begriff der unterschriftsbedürftigen Protokollerklärung vgl. Ziff. 105.

Fn 156 - Bezüglich der Unzulässigkeit der Stellvertretung innerhalb des Verwaltungsrates vgl. Fussnote in Ziff. 2992.

****S. 851****

c) Vorgehen bei Protokollierung grosser Aktionärsversammlungen

3002 - Bei der Protokollierung von Generalversammlungen grosser Publikumsgesellschaften, wo die Urkundsperson selber weder die Zahl der Anwesenden noch die gültige Bevollmächtigung von Stellvertretern ermitteln kann und wo ihr oft auch das Auszählen der Stimmen bei Abstimmungen nicht möglich ist, obliegen ihr folgende Pflichten:

3003 - Seitens der Gesellschaftsorgane hat sie sich ein Exemplar der an die Aktionäre versandten Einladung und sämtlicher Einladungsbeilagen vorlegen zu lassen, und sie hat diese Dokumente in ihrem Klientendossier, eventuell bei den Nebenakten dauerhaft abzulegen. Die Urkundsperson muss wissen, welche Papiere und Texte den anwesenden Veranstaltungsteilnehmern kraft Einladungsver sand vorliegen bzw. als bekannt gelten können.

3004 - Bezüglich der Tatsache und des Datums des Einladungsver sandes kann und muss sich die Urkundsperson mit einer ausdrücklichen Erklärung des Versammlungsvorsitzenden begnügen. Desgleichen begnügt sich die Urkundsperson mit Erklärungen des Versammlungsvorsitzenden bezüglich der Anzahl der erschienenen Aktionäre und der Zahl der vertretenen Aktienstimmen. Auch

wenn der Vorsitzende die entsprechenden Ermittlungen nicht selber gemacht, sondern die Zugangskontrolle an Mitarbeiter delegiert hat, hat die Urkundsperson die Erklärung über die Anzahl Anwesender vom Vorsitzenden, nicht von den Mitarbeitern entgegenzunehmen. Der Vorsitzende trägt für die diesbezüglichen Ermittlungen persönlich die beurkundungsrechtliche Wahrheitsverantwortung.

3005 - Die erwähnten Erklärungen des Vorsitzenden sollen gegenüber dem Plenum der Anwesenden, zu deren Information, gemacht werden. Was im Protokoll als Erklärung des Vorsitzenden festgehalten wird, gilt als Erklärung gegenüber der ganzen Versammlung¹⁵⁷. Werden solche Erklärungen nur gegenüber der Urkundsperson abgegeben, so soll dies im Protokoll deutlich gemacht werden (*"Der Vorsitzende hat gegenüber mir, der Urkundsperson, erklärt ..."*).

Fn 157 - Art. 702 OR verlangt zwar nicht, dass die zu protokollierende Aktionärspräsenz als eine Präsidialerklärung gegenüber der Versammlung protokolliert werde, jedoch ist die Bekanntgabe der Präsenz üblich und nützlich. Die Versammlung kann auch dann gültig Beschluss fassen, wenn nicht sämtliche Anwesenden über die Zahl der vertretenen Aktien informiert sind. Vorbehalten bleibt das Erfordernis der Bekanntgabe der Anzahl jener Aktien, die von Gesellschaftsorganen, unabhängigen Stimmrechtsvertretern und Depotvertretern vertreten werden und die auf Begehren eines Aktionärs gemäss Art. 689e OR gegenüber der Versammlung mitgeteilt werden muss.

****S. 852****

3006 - Bezeichnet der Vorsitzende für die Erhaltung von Abstimmungsergebnissen bestimmte Personen (die nicht Organe der Gesellschaft zu sein brauchen) als Stimmzähler und wird diese Ernennung gegenüber der Versammlung ausdrücklich erklärt und von der Versammlung genehmigt (was durch stillschweigende Zustimmung erfolgen kann), so nimmt die Urkundsperson die Abstimmungsergebnisse in zulässiger Weise von den solcherart ernannten Stimmzählern entgegen; eine diesbezügliche Wahrheitsverantwortung des Vorsitzenden entfällt.

3007 - Verzichtet der Vorsitzende auf eine von der Versammlung genehmigte Bestellung von Stimmzählern, so sind die von ihm zum Auszählen bestimmten Personen als seine persönlichen Hilfspersonen zu betrachten; in diesem Falle nimmt die Urkundsperson die Erklärungen über die Abstimmungsergebnisse nur vom Vorsitzenden persönlich entgegen, der in diesem Falle die Wahrheitsverantwortung trägt.

3008 - Die Urkundsperson unterzieht die ihr mitgeteilten Präsenz- und Abstimmungszahlen einer summarischen Kontrolle durch Vergleichung der erhaltenen Angaben mit ihren eigenen Wahrnehmungen an Ort und Stelle. Können die vom Vorsitzenden und von den Stimmzählern gemachten Angaben offensichtlich nicht zutreffen, so muss die Urkundsperson die vorbehaltlose Protokollierung solcher Angaben ablehnen. Da aber die Protokollierung mit dem Vorbehalt, die betreffenden Erklärungen stünden im Widerspruch zu den eigenen Wahrnehmungen der Urkundsperson, keinen Sinn hat, ergibt sich aus der Ablehnung der Urkundsperson die Notwendigkeit, die Auszählung wiederholen bzw. deren Elemente gegenüber der Urkundsperson konkret nachweisen zu lassen¹⁵⁸.

3009 - Sämtliche Abstimmungsergebnisse müssen an der Versammlung selber gegenüber dem Plenum bekanntgegeben werden. Nur wenn die Anwesenden an der Versammlung selber Kenntnis von den Abstimmungsergebnissen erhalten und erfahren haben, was beschlossen worden ist, können sie ihr Antragsrecht sinnvoll ausüben. Unterbleiben Auszählung der Stimmen oder Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses anlässlich der Versammlung, so ist der betreffende Beschluss nicht zustande gekommen. Aus dem Protokoll soll ersichtlich werden, dass das Abstimmungsergebnis anlässlich der Versammlung bekanntgegeben worden ist.

3010 - Bezüglich zu beschliessender Statutenänderungen hat sich die Urkundsperson zu vergewissern, dass den Versammlungsteilnehmern die zu beschliessenden Statutentexte vorliegen oder zumindest zugänglich sind, d.h. in der Regel: dass sie mit der Einladung versandt wur-

Fn 158 - In gleichem Sinne PETER RUF, Gründung und Kapitalerhöhung im neuen Aktienrecht, BN 1992 S. 351 (370/71).

****§. 853****

den. Werden während der Versammlung Abänderungen an vorgeschlagenen Statutenartikeln beschlossen, so wacht die Urkundsperson darüber, dass die abgeänderten Fassungen in einer für alle Versammlungsteilnehmer klaren und verständlichen Diktion vorgelesen wurden, bevor die entscheidende Abstimmung hierüber erfolgt.

3011 - Ob ein an der Versammlung gestellter Antrag innerhalb oder ausserhalb eines traktandierten Verhandlungsgegenstandes im Sinne von Art. 700 Abs. 2 und 3 liegt, ist letztlich durch den Vorsitzenden, nicht durch die Urkundsperson zu beurteilen und zu entscheiden. Liegt ein Antrag **offensichtlich** ausserhalb der traktandierten Verhandlungsgegenstände und will ihn der Vorsitzende trotzdem zur Abstimmung zu bringen, so soll ihn die Urkundsperson über die Anfechtbarkeit des Beschlusses belehren, und zwar wenn möglich vor der Durchführung der Abstimmung.

3012 - Sind "Wahlen in den Verwaltungsrat" traktandiert, so sind beliebige Aktionärsanträge auf Zu- und Abwahlen zulässig; ist statt dessen bloss "Neuwahl von X in den Verwaltungsrat als Ersatz des zurückgetretenen Y"¹⁵⁹ traktandiert, so ist eine Auffassung vertretbar, wonach ein Aktionärsantrag anlässlich der Versammlung auf Neuwahl von Z (anstelle von X) ausserhalb der traktandierten Themen liegt und vom Vorsitzenden nicht zur Abstimmung gebracht zu werden braucht.

3013 - Sind "Statutenänderungen" traktandiert, so sind Anträge gedeckt, welche inhaltlich mit den mit der Einladung bekanntgegebenen Revisionspunkten in einem direkten sachlichen Zusammenhang stehen; unerheblich ist, ob sich ein Antrag redaktionell auf einen Statutenartikel oder -absatz bezieht, welcher gemäss Einladungsunterlagen zur Abänderung vorgesehen ist.

3014 - Immer ist das Kriterium der zulässigen Abstimmungsthematik dasjenige, ob ein abwesender Aktionär aufgrund der ihm mit der Einladung zugestellten Traktandenliste mit dem betreffenden Zusatzantrag an der Versammlung rechnen musste; die Traktandenliste schafft bei den abwesenden Aktionären ein begründetes Vertrauen, dass über nicht-tractandierte Themen **nicht** Beschluss gefasst werden wird. Die Abwesenden dürfen in diesem Vertrauen nicht dadurch getäuscht werden, dass die Beschlussfassungen an der Versammlung auf nicht zu gewärtigende zusätzliche Themen ausgedehnt werden.

3015 - Da bei grossen Versammlungen das Auszählen der Stimmen pro Abstimmungsrunde auch bei optimaler Organisation der Stimmzählung bis zu einer halben Stunde Zeit in Anspruch nehmen kann, bemühen sich die Versammlungsvorsitzenden in der Regel, das ganze

Fn 159 - Mit einer so engen Traktandierung kann der amtierende Verwaltungsrat versuchen, unliebsame Überraschungen anlässlich der Generalversammlung abzublocken, insbesondere sich gegen ein überraschendes "unfriendly takeover" abzusichern.

****§. 854****

Statutenänderungspaket in einer einzigen Abstimmung beschliessen zu lassen. Dies ist zulässig. Stellt ein Aktionär Antrag auf artikelweise Beratung und Beschlussfassung, so muss der Vorsitzende diesen Antrag vorweg der Versammlung zur Beschlussfassung unterbreiten; wird der Antrag abgelehnt, so bleibt es bei einer einzigen materiellen Abstimmung.

3016 - Wird eine weitgehend einheitliche Meinung der Versammlungsteilnehmer erwartet oder in der Diskussion offenbar, so wird die Abstimmung zweckmässigerweise mit dem offenen Handmehr durchgeführt. Der Vorsitzende hat der Reihe nach jene Versammlungsteilnehmer, welche zustimmen, zum Handerheben aufzufordern, dann die ablehnenden und schliesslich die stimmenthaltenden.

den. Werden nur wenige ablehnende und stimmenthaltende Hände erhoben, so können die Stimmenzähler rasch bei den betreffenden Personen im Saal vorsprechen und die Anzahl der von ihnen vertretenen Aktienstimmen mündlich erfragen. In der öffentlichen Urkunde wird dann protokolliert, der Antrag des Verwaltungsrates sei in offener Abstimmung mit überwiegendem Mehr, bei X ablehnenden und Y Stimmenthaltungen, zum Beschluss erhoben worden. Auf eine Bezifferung der zustimmenden Voten ist, wenn sie nicht konkret ausgezählt wurden, zu verzichten; die Urkundsperson darf die Anzahl der zustimmenden Aktionäre nicht durch eine Subtraktion der ihr gemeldeten Anwesenden abzüglich der ablehnenden und stimmenthaltenden Aktionäre errechnen; ein solches Rechnungsergebnis wäre, wegen der schwer zu erfassenden Abgänge von Versammlungsteilnehmern während der Veranstaltung, höchstwahrscheinlich unrichtig.

3017 - Protokolle grosser Aktionärsversammlungen mit tatsächlich durchgeführten Abstimmungen werden stets als **nachträgliche Protokollierungen** erstellt. Die Urkundsperson kann die Erklärungen des Vorsitzenden und der Stimmenzähler über Präsenz und Abstimmungsergebnisse in mündlicher Form entgegennehmen. Die Erstellung besonderer Stimmenzähler-Protokolle, die von den Stimmenzählern eigenhändig unterschrieben werden, ist üblich, beurkundungsrechtlich aber nicht erforderlich. Erst recht besteht kein Anlass, dass die Stimmenzähler oder der Vorsitzende¹⁶⁰ die öffentliche Urkunde unterzeichnen; eine solche Mitunterzeichnung muss gegenteils als unzweckmässig qualifiziert werden, da sie richtigerweise erst unter dem definitiven, reingeschriebenen Protokoll erfolgen kann und da der Vorsitzende und die Stimmenzähler nach abgeschlossener Reinschrift möglicherweise nicht rasch erreichbar sind.

3018 - Die der Versammlung beiwohnende Urkundsperson hat sich zu bemühen, aufgrund ihres vorbereiteten Protokollentwurfs und der

Fn 160 - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 96, scheint die Mitunterzeichnung durch die Versammlungsleitung als geboten zu erachten.

****S. 855****

laufend darin nachgetragenen Änderungen und Ergänzungen im Zeitpunkt des Versammlungsschlusses ein vollständiges (wenn auch mehrfach handschriftlich korrigiertes) Versammlungsprotokoll zustande zu bringen. Sie soll dieses Dokument nach Schluss der Versammlung unverzüglich eigenhändig unterschreiben. Bis zur Erstellung der Reinschrift, die möglicherweise erst einige Stunden später erfolgen kann, stellt die handschriftlich korrigierte und ergänzte Erstfassung das öffentlich beurkundete Versammlungsprotokoll ("Notprotokoll") dar, dessen Siegelung und Fertigstellung erforderlichenfalls auch durch Kanzleiangestellte der Urkundsperson erfolgen kann, wenn diese plötzlich ausfallen sollte.

3019 - Bei grossen Versammlungen, welche neben beurkundungsbedürftigen auch andere Traktanden behandeln, werden in der Regel simultan ein privates Protokoll durch den Protokollführer der Gesellschaft und ein notarielles Protokoll geführt. Zum gegenseitigen Verhältnis dieser beiden Protokolle vgl. Ziff. 2909.

d) Öffentliche Urkunden des Genossenschaftsrechts

3020 - Während Art. 834 OR für die Gründung der Genossenschaft keine öffentliche Beurkundung vorschreibt, besteht Beurkundungsbedürftigkeit gemäss Art. 874 OR für die Herabsetzung oder Aufhebung der Anteilscheine, und zwar kraft des Verweises auf die Bestimmungen über die Herabsetzung des Grundkapitals (nun: des "Aktienkapitals") bei der Aktiengesellschaft, d.h. auf die Art. 732 in Verbindung mit 647 Abs. 1 bezüglich der Statutenänderung, ferner Art. 733-735 OR bezüglich der Durchführung der Herabsetzung. Erforderlich sind zwei öffentliche Urkunden, nämlich

(a) ein Protokoll über die Generalversammlung der Genossenschafter (Inhalt: Beschluss der Statutenänderung) und

(b) eine Beurkundung bestehender Tatsachen (Inhalt: Notarielle Bezeugung, d.h. Feststellung, dass die gesetzlichen Vorschriften über die Kapitalherabsetzung erfüllt sind.)

3021 - Diese Beurkundungen kommen in der Praxis allerdings selten vor. Wegen der als unverhältnismässig empfundenen Last des vom Gesetz vorgesehenen Verfahrens dispensieren manche kantonalen Aufsichtsbehörden gestützt auf Art. 31 HRegV die Genossenschaften von der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften¹⁶¹.

Fn 161 - Vgl. GUHL/KOLLER/DRUEY, Obligationenrecht, 8. Aufl. (1991) S. 755/56.

****S. 856****

2. Wechselprotest

3022 - *Der Wechselprotest¹⁶² ist die Protokollierung der erfolglosen Präsentation¹⁶³ eines Wechsels gegenüber einer für die Weigerungserklärung zuständigen Person¹⁶⁴, an dem hierfür massgebenden Ort zu der massgebenden Zeit, oder die Protokollierung der erfolglosen Suche nach einer für die Weigerungserklärung zuständigen Person¹⁶⁵ an dem für die Wechselzahlung¹⁶⁶ massgebenden Ort zu der massgebenden Zeit¹⁶⁷.*

3023 - *Dem Klienten obliegt es, der Urkundsperson klare Instruktionen zu erteilen, bei welcher Person und an welchem genauen Ort der Wechsel präsentiert werden kann. Der Urkundsperson obliegt es, aufgrund der erhaltenen Klienteninstruktion sich um die Auffindung der für die Weigerungserklärung zuständigen Person sorgfältig zu bemühen.*

3024 - *Die Aufnahme und Ausstellung des Wechselprotestes richtet sich nach den bundesrechtlichen Bestimmungen der Art. 1035 ff. OR¹⁶⁸. Mit der Protokollierung einer Weigerungserklärung bezeugt die Urkundsperson implizit, dass die erklärende Person zur Abgabe der Weigerungserklärung zuständig gewesen ist.*

3025 - *Da das Bundesrecht für die Erhebung des Protests nicht das Tätigwerden einer Urkundsperson verlangt, gilt es als zulässig, dass die mit dem Wechselprotest betraute Urkundsperson eine Hilfsperson zum Domizil des*

Fn 162 - Das hier Gesagte gilt analog für den Checkprotest, auf welchen aber wegen seiner praktischen Seltenheit nicht weiter eingegangen wird.

Fn 163 - So GUHL/KOLLER/DRUEY, Obligationenrecht, 8. Aufl. (1991) S. 830.

Fn 164 - D.h. beim Protest mangels Zahlung beim Wechselschuldner oder seinem Stellvertreter.

Fn 165 - Der sogenannte Wandprotest (die Urkundsperson steht vor verschlossener Tür, an einer Wand) und der Windprotest (die Urkundsperson vermag die angegebene Adresse nicht zu finden und irrt im Wind umher) sind dem Verfasser in 16-jähriger Praxis nicht begegnet und dürften generell kaum vorkommen.

Fn 166 - Das hier für den Protest mangels Zahlung Gesagte gilt sinngemäss auch für den Protest mangels Annahme (Art. 1034 Abs. 1 OR) und für die weiteren, eher seltenen Protesttatbestände gemäss Art. 1065 Abs. 2, 1067 Abs. 2, 1059 Abs. 1 und 1099 Abs. 2 OR.

Fn 167 - Demgegenüber deutet MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 134, den Wechselprotest im Falle der Zahlungsverweigerung als Beurkundung einer Wissenserklärung, bei Unauffindbarkeit des Schuldners als Beurkundung eines Zustandes.

Fn 168 - Das gleiche gilt für die Rechtsfolgen von Beurkundungsmängeln. Von Bundesrechts wegen genügt, dass der Protest als ein solcher erkennbar und der protestierte Wechsel bestimmt oder bestimmbar ist und der Protest vom Beamten unterzeichnet wurde; vgl. DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuchâtel/Bâle/Francfort s. Main 1992, S. 19-28 (27, Anm. 40) mit Verweis auf HANS MERZ, Die notarielle Aufnahme von Wechselprotesten, MBVR 1953, S. 228 ff., H.E. GERBER, Der Protest im

schweizerischen Wechsel- und Checkrecht, Diss. Bern 1944, S. 97-98; P. RENOLD, Die allgemeine Vermögenschaden-Haftpflichtversicherung, Basel 1937, S. 355.

****S. 857****

*Schuldners schickt. Wird so vorgegangen, dann muss der Text der Protesturkunde wahrheitsgemäss wiedergeben, durch wen die Präsentation des Wechsels erfolgt ist. Unterschrift und Siegel auf der Protesturkunde müssen aber diejenigen der Urkundsperson bzw. des Protestbeamten selber sein*¹⁷⁰.

3026 - In Abweichung vom Grundsatz der Urkundenherstellung aus einem Guss kann der Textteil des Wechselprotests auf einem vorgedruckten Formular ausgestellt werden¹⁷¹. Die von Art. 1037 Abs. 1 OR verlangte Verbindung des Wechsels mit der Protesturkunde soll nicht mit Schnur und Nasssiegel, sondern mit Schnellheftung oder Klebematerial hergestellt werden, und es soll nach erfolgter Verbindung eine Stempelung mit dem Notariatsstempel so angebracht werden, dass ein Teil des Stempelaufdrucks auf den Wechsel, der andere Teil auf die Protesturkunde zu stehen kommt.

3027 - Erläuterung: Bei der Protestaufnahme besteht für die Urkundsperson die praktische Hauptschwierigkeit zuweilen darin, die für die Weigerungserklärung zuständige Person zu eruieren und persönlich anzutreffen. Ist ein Wechsel am Hauptsitz einer Grossbank domiziliert, so ist es für die Urkundsperson zwar ein Leichtes, in den Räumen dieser Bank Personen anzutreffen, welche die Bezahlung des Wechsels ablehnen; weniger einfach ist es, jene Person ausfindig zu machen, welche zur Abgabe der entsprechenden Weigerungserklärung zuständig ist. Hierauf aber kommt es bei der Protestaufnahme an, nicht auf die blossе Exkursion in bestimmte Geschäftsräume zu einer bestimmten Zeit.

3028 - Bei unübersichtlichen Verhältnissen am Ort der Protestaufnahme ist es in erster Linie Sache des Wechselinhabers, rechtzeitig die nötigen Erkundigungen einzuziehen, um der Urkundsperson die einschlä-

Fn 169 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 81, N 3 zu Art. 29 NG BE: "Die Beurkundung von Wechselprotesten ist der einzige Fall, in welchem der Notar von Bundesrechts wegen selber beurkunden kann, was sein Angestellter wahrgenommen hat (M 51 225ff)." - LU BeurkG § 27 Abs. 2: "Die Urkundsperson kann den Protest beim Wechsel und Check durch einen Angestellten aufnehmen lassen und sich auf die Unterzeichnung der Protesturkunde beschränken."

Fn 170 - Eine ausführliche Regelung der notariellen Pflichten bei Wechselprotesten enthält ZH NV § 165-171. Erwähnenswert sind folgende Regeln: Der Eingang von Wechseln ist in einer Wechselkontrolle datumsgerecht einzutragen, bei spät oder verspätet eingehenden Wechseln unter Angabe der Uhrzeit. Sichtwechsel sollen am Tage ihres Eingangs zur Zahlung präsentiert werden. Verspätet eingegangene Wechsel sind trotzdem zur Zahlung zu präsentieren, und es ist das Ergebnis in einer Bescheinigung festzuhalten, die nicht als notarieller Wechselprotest dargestellt wird. Bei Domizil- und Zahlstellenwechseln ist am betreffenden Ort nach dem Wechselschuldner oder seinem Vertreter zu fragen und dessen allfällige Erklärung aufzunehmen; ausserdem ist die Zahlstelle zur Zahlung aufzufordern und deren Erklärung festzuhalten. Wird Zahlung geleistet, so ist diese entgegenzunehmen und unverzüglich an den Wechselinhaber weiterzuleiten.

Fn 171 - BE NV Art. 10 Abs. 3 erlaubt die Erstellung von Wechselprotesten auf vorgedruckten Formularen ausdrücklich.

****S. 858****

gige Instruktion für die Protestaufnahme erteilen zu können. Aufwendige Recherchen und Terminabsprachen zwecks Zusammentreffen mit der für die Weigerungserklärung zuständigen Person sind der Urkundsperson in der Regel nicht zuzumuten, sondern sind gegebenenfalls die Sache des Wechselinhabers.

3029 - Das Obligationenrecht verlangt für den Wechselprotest nicht die Tätigkeit einer Urkundsperson. Die Belegschaftung durch irgend eine "ermächtigte Amtsstelle" genügt. Die Kantone können als Protestbeamte auch Personen bezeichnen, welche nicht über die üblichen notariellen Fähigkeiten, insbesondere nicht über familien- und sachenrechtliche Rechtskenntnisse verfügen, wie sie für die Beratung, Belehrung und Urkundenformulierungen in jenen Rechtsgebieten von einer Urkundsperson in der Regel erwartet werden.

3030 - Da das Obligationenrecht die persönliche Anwesenheit der Urkundsperson anlässlich der Wechselpräsentation nicht verlangt, sind die Kantone frei, die Erhebung des Protests, d.h. den Gang ans Domizil des Schuldners und die dortige Präsentation des Wechsels, auch Protestbeamten zu übertragen, welche nicht die beruflichen Qualifikationen einer Urkundsperson besitzen.

3031 - ZH NV § 166 Abs. 2 sieht auch die telefonische Zahlungsaufforderung vor, wenn besondere Umstände dies notwendig machen; in diesem Falle sind auch die besonderen Umstände in der Protesturkunde zu erwähnen; telefonische Protestaufnahme muss heute als grundsätzlich rechtswirksame Form der Protesterhebung gelten, sofern die Urkundsperson die für die Weigerungserklärung zuständige Person telefonisch erreicht und sich von deren Identität und Zuständigkeit zu überzeugen vermag.

3032 - Bezüglich der beschränkten Beurkundungspflicht kleiner Notariate bei spät eingereichten Wechseln vgl. Ziff. 928.

3033 - Der Wechselprotest muss als irreguläre Form der öffentlichen Beurkundung bezeichnet werden; das gleiche gilt für die nachstehend erörterten Beurkundungen der freiwilligen öffentlichen Versteigerung, Protokollierung der Auszählung von Wahlzetteln für Pensionskassen-Stiftungsräten, ferner für die Verlosungen unter notarieller Aufsicht. Irregulär sind diese Beurkundungsverfahren insofern, als die Urkundsperson hier nicht lediglich beobachtet und aufzeichnet, sondern selber an der Durchführung des protokollierten Vorgangs beteiligt ist, ja diesen Vorgang selber leitet. Der typische Rahmen der öffentlichen Beurkundung, nämlich die Belegschaftung durch eine neutrale aussenstehende Person mit öffentlichem Glauben, wird in diesen Verfahren gesprengt. Indem der Urkundsperson exekutiv Verantwortung bei der Durchführung des zu protokollierenden Vorgangs auferlegt wird, verliert sie ihre Eigenschaft als neutrale aussenstehende Protokollführerin. Sie protokolliert mindestens teilweise ihr eigenes Verhalten. Macht die Urkundsperson bei der Verfahrensleitung Fehler (was grundsätz-

****§. 859****

lich nicht ausgeschlossen werden darf), so steht sie vor der Wahl, im Protokoll ihr eigenes Fehlverhalten zu bezeugen oder ein unvollständiges oder unwahres Protokoll zu verfassen.

3034 - Dass der Wechselprotest eine öffentliche Urkunde ist und also auch bezüglich der Bezeugung der eigenen Tätigkeit der Urkundsperson öffentlichen Glauben genießt, ergibt sich aus dem klaren Wortlaut aus Art. 1034 OR. Man mag die Bezeugung eigenen exekutiven Handelns der Urkundsperson mit öffentlichem Glauben hier dadurch rechtfertigen, dass die Präsentation eines Wechsels eine unschwierige Tätigkeit mit geringem Fehlerrisiko ist.

3. Versteigerungen

3035 - *In einzelnen Kantonen¹⁷² wird die Veranstaltungsleitung bei freiwilligen öffentlichen Versteigerung und deren Protokollierung, d.h. die Erstellung des Steigerungsprotokolls i.S. von Art. 235 Abs. 2 OR, in die Zuständigkeit von Urkundspersonen gelegt¹⁷³.*

3036 - **Erläuterung:** Die Veranstaltungsleitung ist ausführende Verwaltungs-, nicht Beurkundungstätigkeit. Beurkundungsrechtlich ist die Pflichtenstellung der Urkundsperson insofern von

Belang, als in diesen Fällen ein notarielles Protokoll erstellt wird. Geschieht dies, so ist der protokollierenden Urkundsperson von Beurkundsrechts wegen verwehrt, selber zugleich als Bietende mitzuwirken. Die Protokollierung des eigenen Angebotes bzw. des eigenen Erwerbs in öffentlicher Urkunde wäre unvereinbar mit der Rollentrennung von privatem und amtlichem Handeln.

3037 - Für Grundstückversteigerungen gilt die örtliche Zuständigkeit am Ort der gelegenen Sache¹⁷⁴.

Fn 172 - BE ND Art. 27-29; in Zürich liegt diese Kompetenz nur in bestimmten Fällen beim Notar, nämlich wenn er im Rahmen eines ihm erteilten amtlichen Auftrages kraft eigenen Rechtes (z.B. als amtlicher Erbschaftsverwalter, bei der amtlichen Erbschaftsliquidation) oder aus besonderem Auftrag des Einzelrichters im summarischen Verfahren (z.B. bei der Erbenvertretung) Mobilien und Immobilien zu veräussern hat; vgl. ZH NV § 185.

Fn 173 - Vgl. JÖRG SCHMID, Die Grundstückversteigerung, in: Der Grundstückkauf, Hrsg. ALFRED KOLLER (1989) S. 431-468, zu Verfahren und Form der freiwilligen öffentlichen Versteigerung insbesondere S. 445-457.

Fn 174 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 51, N 8 zu Art. 18, letzter Satz.

****S. 860****

3038 - Das Steigerungsprotokoll ersetzt bei der freiwilligen, öffentlich angekündigten Versteigerung den öffentlich beurkundeten Vertrag¹⁷⁵. Gemäss Art. 235 Abs. 2 OR meldet die Steigerungsbehörde - gegebenenfalls die Urkundsperson als Veranstaltungsleiterin - dem Grundbuchamt den Zuschlag zur Eintragung an. Rechtsgrundaussweis ist das Steigerungsprotokoll¹⁷⁶.

3039 - Es gelten die für Protokollierungen massgebenden Ausstandsgründe¹⁷⁷.

3040 - Auch die Versteigerungen gehören zu den irregulären Beurkundsverfahren¹⁷⁸; vgl. Ziff. 3041 hienach.

Fn 175 - Für die nicht öffentlich angekündigte, d.h. private Versteigerung von Grundeigentum, etwa unter Miteigentümern gemäss Art. 651 Abs. 2 ZGB, ist öffentliche Beurkundung erforderlich, und zwar auch dann, wenn die Versteigerung durch eine richterliche Verfügung angeordnet wurde; vgl. Urteil des OG LU vom 22.5.1985, LGVE 1985 I Nr. 4, S. 7-9. Der Richter darf Versteigerung unter den Miteigentümern richtigerweise nur anordnen, wenn entweder alle Miteigentümer damit einverstanden sind oder wenn alle Miteigentümer erwiesenermassen über genügend liquides Vermögen verfügen, dass sie mit gleichen Chancen ihre Interessen durch Mitbieten wahren können. Der Zuschlag ist in diesem Falle die Voraussetzung für die öffentliche Beurkundung, die - unter Erwähnung der Versteigerung, der von den Beteiligten vereinbarten oder vom Richter verfügten Steigerungsbedingungen (namentlich bezüglich der Sachgewährleistung) und des Zuschlags - im übrigen als normaler Grundstückkauf zu formulieren ist.

Fn 176 - Vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 67, N 81; SCHMID, Die Grundstückversteigerung (1989) S. 458, N 1347.

Fn 177 - BE NG Art. 28 Abs. 2: Bei Versteigerungen gilt die Ausstandspflicht nur im Verhältnis zum Versteigerer; ferner kann ein Notar in einer von ihm beurkundeten Steigerung nicht selbst ersteigern. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 79.

Fn 178 - Welche Rolle ein (unrichtiges) Steigerungsprotokoll unter dem Gesichtswinkel des Gutgläubenschutzes spielen kann, wird beleuchtet durch BGE 98 II 49-56 i.S. Mottet/Auroi. Anlässlich der öffentlichen Versteigerung von Grundstücken aus einem Nachlass in St. Imier/BE verkündete der Ausrufer jedesmal "adjudé provisoirement". Der die Versteigerung leitende Notar protokollierte "adjudé à X." etc., ohne urkundliche Erwähnung des Wortes "provisoirement". Die Ersteigerer bezahlten die angebotenen Beträge und setzten ihre Unterschriften auf dem notariellen Protokoll bei, in der gutgläubigen Meinung, definitiv zu erwerben. Das Bundesgericht schützte das Vertrauen der Ersteigerer in den Wortlaut des Protokolls und sprach ihnen die Grundstücke zu, obwohl die Erben und der von ihnen beauftragte Notar die Sache anders verstanden und sich gemäss Steigerungsbedingungen den provisorischen Zuschlag, d.h. den anschliessenden Verkaufsentscheid noch hatten vorbehalten wollen.

****S. 861****

4. Wahlen, Verlosungen und andere Vorgänge unter (freiwilliger) notarieller Aufsicht

3041 - *Wird die Urkundsperson zur Protokollierung der Auszählung von Wahlzetteln, zur Protokollierung einer Verlosung oder zur Protokollierung anderer Vorgänge (z.B. Eröffnung eines derelinquierten Schrankfachs und Inventarisierung seines Inhalts) beigezogen, so ist sie von Beurkundungsrechts wegen befugt, jede Durchführungsverantwortung, insbesondere die Verantwortung für die Leitung des betreffenden Vorgangs abzulehnen und die Übernahme dieser Verantwortung durch den Veranstalter bzw. durch eine von der Klientschaft beauftragte Privatperson zur Bedingung der Protokollaufnahme zu machen.*

3042 - *Bei der Protokollaufnahme hat die Urkundsperson insbesondere auf jene Umstände ihr Augenmerk zu richten bzw. vom Veranstaltungsleiter die einschlägigen Erklärungen einzuholen, welche für die Korrektheit des protokollierten Verfahrens von tatsächlicher Bedeutung sind.*

3043 - **Erläuterung:** Da bei den Vorgängen der hier beschriebenen Art von Beurkundungsrechts wegen regelmässig keine Verpflichtung der Urkundsperson zur Durchführung der Veranstaltung besteht, empfiehlt sich die Ablehnung aller Durchführungsverantwortung. Die Urkundsperson soll sich als nicht involvierte Beobachterin und Protokollführerin, nicht als handelnde oder gar veranstaltungsleitende Person beiziehen lassen.

3044 - Zur Vermeidung falschen Anscheins notariell geprüfter Rechtmässigkeit muss die Urkundsperson ihr besonderes Augenmerk auf jene Umstände richten, die für die korrekte Durchführung des protokollierten Verfahrens relevant sind.

3045 - Bei der **Auszählung von Wahlzetteln** soll sich die Urkundsperson erklären lassen, dass und wie die Abstimmungsunterlagen an sämtliche Betriebsangehörigen verteilt worden sind und an welchen Orten und bis zu welchem Enddatum die ausgefüllten Abstimmungszettel eingereicht werden konnten. Sie soll sich ferner darüber erkundigen, ob einzelne Wahlzettel verspätet eingereicht worden sind und wie die Datierung des Eingangs kontrolliert wurde und belegt ist. Wurden die Wahlzettel nicht in verschlossenen Kuverts eingereicht, so ist dieser Umstand (im Sinne eines Verfahrensfehlers) im Protokoll zu erwähnen und es ist erläutern zu lassen, auf welche Weise die Entfernung bestimmter Wahlzettel aus der Gesamtheit der eingegangenen Papiere verhindert worden ist. Bei der Auszählung der Wahlzettel ist darauf zu achten, dass die ausgezählten Bündel von Zetteln anschliessend durch andere Personen nochmals kontrolliert werden.

3046 - Bei notariell überwachten **Losziehungen** liegt das Hauptrisiko darin, dass die zur Ziehung beigebrachten Lose bzw. Wettbewerbsteil-

****S. 862****

nahmekarten nicht die Gesamtheit der eingesandten Lose darstellen. Eine mit der Verfahrensdurchführung befasste Person kann sich oder Dritte begünstigen und deren Gewinnchancen erhöhen, wenn sie beispielsweise die vor einem bestimmten Zeitpunkt eingetroffenen Lose beseitigt. Die Urkundsperson soll sich auf die Protokollierung einer Losziehung demgemäss nur einlassen, wenn sie sich von der Zweckmässigkeit der organisatorischen Massnahmen überzeugt hat, welche solche Manipulationen auszuschliessen geeignet sind. Es würde falscher Anschein geprüfter Rechtmässigkeit geschaffen, wenn die Urkundsperson lediglich den Vorgang der Losziehung protokollieren würde, ohne sich gleichzeitig davon zu überzeugen, dass die zur Ziehung gebrachten Lose die Gesamtheit der innert Frist eingegangenen Lose darstellen.

3047 - Die notarielle Mitwirkung bei Losziehungen hat Tradition und muss unter dem Gesichtswinkel des Reklameverbots auch dann als zulässig gelten, wenn die Losziehung Teil einer kommerziel-

len Werbeveranstaltung ist¹⁷⁹. Jedoch soll die Urkundsperson bei Losziehungen im Rahmen von Werbeveranstaltungen auf eine zurückhaltende, nicht marktschreierische Veranstaltungsregie dringen, soweit die Urkundsperson in den Vorgang involviert ist. Es schickt sich für die Urkundsperson nicht, unter den Emblemen der werbenden Firma neben Sport- und Medienstars, welche das Gewinnerlos in der Hand schwenken, den Pressefotografen und Fernsehleuten Modell zu stehen.

3048 - Für die Ziehungen im Rahmen inländischer Prämienobligationsanleihen gilt Art. 25 der V zum BG vom 8.6.1923 über die Lotterien und die gewerbsmässigen Wetten¹⁸⁰: "Das notarielle Protokoll muss unter namentlicher Anführung aller mitwirkenden Personen eine Darstellung des Ziehungsvorganges enthalten, aus welcher sich insbesondere ergibt, dass die öffentliche Urkundsperson der Ziehung von Anfang bis zu Ende beigewohnt hat und welche Vorkehrungen getroffen waren, um die Rechte der Titelinhaber zu sichern, sowie jeden Einfluss der an der Ziehung Beteiligten auf das Ergebnis der Ziehung auszuschliessen. Auf der Ziehungsliste sind die gezogenen Nummern und Treffer, welche auf noch nicht ausgegebene Stücke gefallen sind, besonders zu kennzeichnen." - Diese bundesrechtlichen Regeln können bei allen Losziehungen als Orientierungshilfe dienen.

3049 - Bei der **Inventur** des Inhalts **derelinquirter Bankschränkächer** kann zuweilen das photographische Festhalten einer Auslegeordnung bessere Gewähr für einen beweiskräftigen Beleg geben als eine verbale Beschreibung der einzelnen Objekte. Werden solche Aufnahmen gemacht, dann sollen sie der Urkunde als Bildbeilagen beigefügt werden.

Fn 179 - Dies ist der häufigste Fall notariell protokollierter Losziehungen.

Fn 180 - SR 935.511.

****S. 863****

5. Zeugen- und Übersetzerprotokolle bei der Beurkundung individueller Erklärungen

3050 - Es kann auf das unter Ziff. 2250 ff. Gesagte verwiesen werden.

6. Zu Protokoll abgegebene Zustimmungserklärungen (Zustimmung zu öffentlich beurkundeten Erklärungen zu Urkund)

3051 - Gewisse Zustimmungserklärungen, welche von Erschienenen in eine Beurkundung von Willenserklärungen Dritter eingebracht werden, erweisen sich insofern als Erklärungen zu Protokoll, als die Urkundsperson die Erklärenden nicht vor Unbedacht zu schützen und sich nicht um deren wirklichen Willen zu kümmern hat. In diesem Sinne sind die Zustimmungen des gesetzlichen Vertreters beim Ehevertragsschluss einer minderjährigen oder bevormundeten Person gemäss Art. 184 ZGB, ferner die vor der Urkundsperson abgegebene Zustimmungserklärung des Ehegatten zur Bürgschaftsverpflichtung gemäss Art. 494 OR¹⁸¹ als Erklärungen zu Protokoll zu qualifizieren. Auf die persönliche Unterschriftsleistung der erklärenden Person kommt es hier entscheidend an.

Fn 181 - Hier ist die Erklärungsabgabe vor der Urkundsperson allerdings nicht erforderlich; es genügt auch die Beibringung einer zuvor unterzeichneten privatschriftlichen Zustimmungserklärung. Der zustimmende Ehegatte muss anlässlich der Bürgschaftsbeurkundung nicht anwesend sein.

****S. 864****

Kapitel 12: Beurkundung bestehender Tatsachen in selbständigen Dokumenten

§ 107 Beurkundungsvoraussetzungen

1. Zulässige Gegenstände

a) Nur rechtlich erhebliche Tatsachen

3052 - *Gegenstand notarieller Sachbeurkundung sind rechtserhebliche Tatsachen¹. Aus dem Erfordernis der Rechtserheblichkeit ergibt sich, dass der Beurkundungsgegenstand stets zweierlei umfasst, nämlich*

(a) eine oder mehrere äussere Tatsachen und

(b) das notarielle Zeugnis über den rechtlichen Bezug dieser Tatsachen bzw. über bestimmte, mit diesen Tatsachen zusammenhängende rechtliche Verhältnisse.

3053 - Erläuterung: Zuweilen wird eine Unterscheidung getroffen zwischen der Beurkundung von äusseren Tatsachen und der Beurkundung rechtlicher Verhältnisse; dieser Unterscheidung dient eine Terminologie, welche auf die Beurkundung äusserer Tatsachen den Begriff des notariellen "Zeugnisses", auf die Beurkundung rechtlicher Verhältnisse den Begriff der notariellen "Bescheinigung" anwendet². In der vorliegenden Darstellung wird auf eine solche terminologische Differenzie-

Fn 1 - Dies ergibt sich aus dem Begriff der öffentlichen Beurkundung als einer Dokumentation rechtlich erheblicher Tatsachen, vgl. BGE 90 II 281 E. 6; CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 88 und dort wiedergegebene Belegstellen; SIDLER, Komm. LU (1975) S. 21, N 9.

Fn 2 - Vgl. in diesem Sinne etwa ZH NV § 35 und § 40.

****S. 865****

rung verzichtet, weil in jeder Sachbeurkundung sowohl äussere Tatsachen als auch rechtliche Verhältnisse zum Ausdruck kommen. Es gibt keine rechtlichen Verhältnisse ohne tatbeständlichen Bezug. Umgekehrt können rechtliche Verhältnisse nicht bescheinigt werden, ohne dass zugleich deren tatbeständliche Voraussetzungen bezeugt werden³. Andererseits soll die Urkundsperson keine äusseren Tatbestände als solche, sondern sie soll diese immer nur im Hinblick auf einen bestimmten rechtlichen Bezug beurkunden.

3054 - Die Anwendung rechtlicher Aussagen auf äussere Tatsachen bzw. die Einordnung äusserer Tatsachen in ihren rechtlichen Bezug und die notarielle Bezeugung beider Aspekte machen den typischen Inhalt jeder Sachbeurkundung aus. Dabei kann im Einzelfall der rechtliche Aspekt im Vordergrund stehen, oder es kann der überwiegende Teil der Urkunde der Beschreibung äusserer Tatsachen gewidmet sein. Die verschiedene gegenseitige Gewichtung rechtlicher und tatsächlicher Elemente in verschiedenen Sachbeurkundungen ändert aber nichts daran, dass stets beide Elemente vorhanden sind.

3055 - Dies möge veranschaulicht werden an den verschiedenen Dokumentationszuständigkeiten beim Tod eines Menschen. Ob der Mensch gestorben, ob sein Körper eine Leiche ist, ist eine äussere ("natürliche") Tatsache, die vom Arzt, nicht von der Urkundsperson zu ermitteln und im ärztlichen Todesschein zu dokumentieren ist. - Begehrt ein Klient die Beurkundung des Todes einer Person, ohne dass gleichzeitig der dadurch bewirkte Übergang bestimmter Rechte oder Pflichten beurkundet wird, so ist ein Auszug aus dem Zivilstandsregister, nicht eine notarielle Todesbeurkundung der geeignete Beleg. Die Urkundsperson weist den Klienten ans Zivilstandsregister weiter und verzichtet darauf, die zivilstandsamtliche Todesbescheinigung zu duplizieren.

3056 - Andererseits fällt in die ausschliessliche Dokumentationskompetenz der Urkundsperson - nicht des Arztes und nicht des Zivilstandsamtes - die Bezeugung mittels des Erbenscheines, dass infolge des Todes einer Person bestimmte andere Personen nun deren Erben sind,

Fn 3 - Dies mag am Beispiel einer Erbgangsbeurkundung illustriert werden: So kann die Erbenqualität des X bezüglich des Nachlasses Y als rechtliches Verhältnis nicht bescheinigt werden, ohne dass zugleich die bisherige Existenz des Erblassers Y, sein Ableben und die Existenz des Erben X als natürliche Person bezeugt wird. Eine Erbgangsbeurkundung, welche die Wahrheitsverantwortung für die genannten äusseren Tatsachen ablehnte und lediglich das rechtliche Verhältnis der Erbenqualität bescheinigen wollte, wäre unbrauchbar; dies wird augenfällig, wenn eine solche Einschränkung der Wahrheitsverantwortung durch die entsprechende Formulierung hervorgehoben würde: "Unter der Voraussetzung dass der Erblasser Y gelebt hat und gestorben ist, was in der vorliegenden Urkunde nicht bezeugt wird, und unter der weiteren Voraussetzung, dass X der Sohn des Y ist und als natürliche Person existiert, was ebenfalls nicht bezeugt wird, wird hiermit bescheinigt, dass X der Erbe des Y ist."

****S. 866****

ferner die Bezeugung mittels der Erbgangsbeurkundung, dass bestimmte zum Vermögen des Verstorbenen gehörende Rechte und Pflichten auf die Erben übergegangen sind.

b) Nur Tatsachen, deren rechtlichen Bezug die Urkundsperson erkennt

3057 - *Die Urkundsperson soll nur solche Tatsachen beurkunden, deren rechtliche Bedeutung sie erkennt.*

3058 - Erläuterung: Die rechtliche Einordnung bzw. der rechtliche Bezug ist wesentliches Element jeder Sachbeurkundung und soll in der Urkunde implizit oder ausdrücklich erwähnt sein.

3059 - Ist der rechtliche Bezug für die Urkundsperson nicht ersichtlich, so ist es auch das rechtlich schutzwürdige Interesse an der Beurkundung nicht und es steht eine missbräuchliche Inanspruchnahme der öffentlichen Beurkundung zu befürchten. Dies hinwiederum erheischt die Ablehnung der Beurkundung.

c) Nur offensichtliche, leicht verifizierbare, gegenwärtig bestehende Tatsachen

3060 - *Gegenstand der Beurkundung sollen nur offensichtliche, leicht verifizierbare, gegenwärtig bestehende Tatsachen sein.*

3061 - Erläuterung: Die Beurkundung bestehender Tatsachen soll sich auf Sachverhalte beschränken, die ohne besondere Fähigkeiten im Wägen, Messen und Zählen ermittelt und überblickt werden können. Der öffentliche Glaube ist der Urkundsperson verliehen aufgrund ihrer Unparteilichkeit, ihrer Wahrheitstreue und ihrer Fähigkeit, rechtliche Bezüge zu erkennen. Wo technische Expertise zur Sachverhaltsermittlung erforderlich ist, soll die Urkundsperson nicht beurkundend tätig werden. So hat sich die Urkundsperson beispielsweise bei der Unterschriftsbeglaubigung (auf welche im einzelnen hinten einzugehen ist) nicht auf kriminaltechnische Echtheitskontrollen einzulassen oder deren Ergebnis zu beurkunden.

3062 - Die Erstellung von **Bilanzen, Wareninventaren und Revisionsberichten** für buchführungspflichtige und andere Unternehmungen fällt in die Kompetenz von Buchhaltern und Revisoren. Auch wenn die Urkundsperson über ein Buchhalter-Diplom verfügt und ausnahmsweise für eine Unternehmung als Revisor tätig ist, darf sie den Revisionsbericht nicht als öffentliche Urkunde gestalten. Denn die Kontrollstelle gilt als Organ der Gesellschaft und ist in diesem Sinne Partei. Sie darf ihrem Befund nicht den Mantel jener staatlichen Autorität und

****S. 867****

gesteigerten Beweiskraft umhängen, der den öffentlichen Urkunden eigen ist.

3063 - Die öffentliche Beurkundung ist auch nicht dazu da, historische Recherchen über zurückliegende Vorgänge, Tatsachen und Rechtszusammenhänge mit öffentlichem Glauben auszustatten. Eigentliche Recherchiertätigkeit ist der notariellen Sachbeurkundung fremd.

d) Keine Beurkundung der Tatsache, dass eine schriftliche Erklärung zu einem früheren Zeitpunkt abgegeben worden ist

3064 - *Privatschriftliche Erklärungen können nicht nachträglich dadurch zum Gegenstand einer Sachbeurkundung gemacht werden, dass die Urkundsperson die Tatsache des "Schriftlich-erklärt-worden-seins" bezeugt oder dass sie die Rechtsfolge der privatschriftlichen Erklärung (z.B. das Zustandekommen eines Vertrags oder eines Zirkularbeschlusses) bezeugt.*

3065 - Erläuterung: Es gibt nur zwei Formen notarieller Beurkundung von Erklärungen, nämlich die Erklärungsbeurkundung (Beurkundung individueller Erklärungen zu Urkund) und die Protokollierung des vor der Urkundsperson gesprochenen Wortes oder eines vor ihr unterzeichneten Textes. Unzulässig ist eine weitere Form, die darin bestünde, dass die Urkundsperson aufgrund der Einsichtnahme in privatschriftlich abgegebene Erklärungen (Offerten, Annahmeerklärungen, Verzichtserklärungen auf die Ausübung eines Vorkaufsrechts, Löschungsbewilligungen, schriftliche Zustimmung zu einem Antrag auf dem Wege des Zirkularbeschlusses etc.) die Tatsache beurkundet, solche Erklärungen seien privatschriftlich abgegeben worden. Unzulässig ist auch die Beurkundung der durch solche Erklärungen bewirkten Rechtsfolgen, etwa als Sachbeurkundung mit dem Inhalt, ein privatschriftlich abgeschlossener Vertrag sei zustandegekommen und bestehe gültig, oder ein Vorkaufs- oder Pfandrecht sei infolge Verzichts des Berechtigten erloschen oder ein Zirkularbeschluss sei kraft Eintreffens schriftlicher Zustimmungen gefasst worden. In diesem Sinne sind Zirkularbeschlüsse grundsätzlich nicht beurkundungsfähig.

3066 - Liegt bei der Beurkundung einer Bürgschaft die Ehegattenzustimmung gemäss Art. 494 Abs. 1 OR in Schriftform vor, so soll das betreffende Dokument der Bürgschaftsurkunde als beweiserleichternde Beilage beigelegt werden, und es soll in die Urkunde ein Verweis auf die Beilage mit der notariellen Erklärung aufgenommen werden, die Beilage sei anlässlich des Beurkundungsvorgangs vorhanden gewesen. Hingegen soll die Urkundsperson in der Urkunde nicht bezeugen, der (abwesende) Ehegatte habe zugestimmt.

****S. 868****

3067 - Die Unzulässigkeit solcher "Erklärungsbeurkundungen" in der Gestalt der Sachbeurkundung ergibt sich aus der Erwägung, dass der Beweis einer privatschriftlich abgegebenen Erklärung unmittelbar durch den privatschriftlichen Erklärungsbeleg selber zu führen ist. Ein solcher privatschriftlicher Beleg kann nicht durch zu öffentlichem Glauben erhoben werden, dass die Urkundsperson sein Vorhandensein und die Rechtswirkungen der darin dokumentierten Erklärung als bestehende Tatsache beurkundet.

3068 - Eine Ausnahme kann aus praktischer Notwendigkeit gemacht werden, wenn die Urkundsperson auf einem Sparheft oder einem Ordrepapier in Vermerkform bezeugt, der (bisher auf den Erblasser lautende) Titel sei infolge Erbgangs und Teilung auf einen bestimmten neuen Berechtigten übergegangen. Mit der Bezeugung der Teilung wird ein privatschriftliches Dokument (der Teilungsvertrag) aus dem praktischen Grunde notariell bezeugt, weil dieses Dokument dem Sparheft oder dem Ordrepapier nicht in beglaubigter Fotokopie beigeheftet werden kann. Für das Grund-

buchamt wäre eine derartige "Erbteilungs-Beurkundung" aber unbrauchbar: Hier ist die Vorlegung des Teilungsvertrags unumgänglich.

e) Keine Beschränkung auf unmittelbar wahrgenommene Tatsachen

3069 - Die Beurkundung bestehender Tatsachen ist nicht beschränkt auf unmittelbar wahrgenommene äussere Tatsachen, sondern kann auch Überzeugungen der Urkundsperson umfassen, die aus bestehendem Wissen, aus Lebenserfahrung und Überlegungen gewonnen sein [richtig: sind], ferner rechtliche Verhältnisse.

3070 - Erläuterung: Einzelne Kantone scheinen gemäss dem Wortlaut ihrer Beurkundungserlasse eine Beschränkung der notariellen Sachbeurkundungen auf **unmittelbar wahrgenommene Tatsachen** vorzusehen. Eine solche Beschränkung lässt sich nicht mit dem Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung begründen und kann nicht als ein Element des bundesrechtlichen Begriffs der öffentlichen Beurkundung angesehen werden.

f) Keine Beurkundung von Rechtsmeinungen und Gutachten

3071 - Keine Gegenstand notarieller Sachbeurkundung können rechtliche Aussagen sein, die den Charakter von Argumentationen haben.

3072 - Erläuterung: Nur die einfache rechtliche Einordnung äusserer Tatsachen unter einschlägige Normen (welche der Urkundsperson

****S. 869****

vertraut sein müssen) können Gegenstand öffentlicher Sachbeurkundung sein⁴. Was sich als Rechtsauffassung aus mehrgliedrigen Argumentationsketten ableitet, kann nicht von einer Urkundsperson mit öffentlichem Glauben als Rechtstatsache beurkundet werden.

3073 - Die Grenze zwischen dem zulässigen Gegenstand notarieller Beurkundung und dem nur als Meinungsäusserung zu verstehenden Rechtsgutachten ist fließend: Eine Erbgangsbeurkundung kann sich bei überschaubaren, klaren Verhältnissen mit öffentlichem Glauben über die güterrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten und die erbrechtliche Stellung der Erben aussprechen. Hatten die Ehegatten aber ihren ehelichen Wohnsitz in verschiedenen Ländern und liegen Eheverträge mit divergierenden güterrechtlichen Rechtswahlen vor, so wird die Ermittlung der güter- und erbrechtlichen Rechtsverhältnisse kompliziert. Eine Äusserung hierüber kann den Charakter eines Rechtsgutachtens erhalten, d.h. einer rechtlichen Meinungsäusserung.

3074 - Sobald sich bei der rechtlichen Einordnung eines Sachverhaltes in guten Treuen verschiedene Meinungen vertreten lassen, ist die Grenze notarieller Rechtstatsachen-Beurkundung überschritten; die Dokumentation solcher Tatsachen bleibt dem Privatgutachten, die rechtliche Entscheidung bei Meinungsverschiedenheiten dem Richterspruch vorbehalten.

3075 - Da die notarielle Sachbeurkundung stets konkrete Tatsachen und deren rechtlichen Bezug, d.h. bestimmte damit zusammenhängende rechtliche Verhältnisse zu bezeugen hat, sollen **Antworten auf abstrakte Rechtsfragen nicht öffentlich beurkundet werden, auch wenn die Antwort eindeutig und zweifelsfrei gegeben werden kann⁵. So soll die öffentliche Beurkundung der Erb- und Pflichtteilsregeln des ZGB zuhanden einer ausländischen Amtsstelle unterbleiben; statt dessen ist eine beglaubigte Kopie oder Übersetzung des Gesetzestextes auszufertigen.**

g) Keine Beurkundung streitiger Tatsachen

3076 - Die Urkundsperson soll von der Beurkundung einer bestehenden Tatsache absehen, sofern die Tatsache in einer aktuellen Konfliktsituation rechtserheblich ist.

Fn 4 - BE NG Art. 16 Abs. 2: "Folgt aus den vom Notar festgestellten Tatsachen zwingend eine bestimmte Rechtslage, so kann der Notar auch diese bescheinigen."

Fn 5 - Vgl. jedoch ZH NV § 41: "Zur Verwendung im Ausland bestimmte Bescheinigungen über den Inhalt von Vorschriften der inländischen Gesetzgebung sind ohne Rücksicht auf die im fraglichen andern Staate gestellten Anforderungen so abzufassen, als müssten sie in der Schweiz verwendet werden."

****S. 870****

3077 - Erläuterung: Zur Begründung wird auf Ziff. 1619 f. und 2718 ff. verwiesen werden.

3078 - Abzulehnen ist also beispielsweise die Beurkundung des Zustandes einer Kaufsache, eines Werkes (Prüfung gemäss Art. 367 Abs. 2 OR⁶) oder einer Mietsache⁷ im Hinblick auf die Geltendmachung von Mängelrechten oder des Vorhandenseins einer patent- oder markenverletzenden Ware an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit (beispielsweise an einer Ausstellung oder in einem Verkaufsgeschäft). Auch die Beurkundung von Zuständen im Hinblick auf nachbarrechtliche Auseinandersetzungen⁸ soll unterbleiben. Es kann diesbezüglich auf das vorn zur Beurkundung von Wissenserklärungen Gesagte verwiesen werden.

3079 - Ausnahmen von der hier postulierten Regel müssen gemacht werden, wenn in ländlichen Gegenden für die rasche und zuverlässige Sachverhaltsdokumentation keine andere Behörde oder kein sach-

Fn 6 - Unter "Beurkundung" des Zustandes eines abgelieferten Werkes ist gemäss zutreffendem Urteil des OG LU vom 14.2.1986, LGVE 1986 I Nr. 12, S. 18-22, nicht "öffentliche Beurkundung" zu verstehen, sondern die Festhaltung des Befundes durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen. - A.M. GAUTSCHI, Berner Kommentar (2.A. 1967) N 23 zu Art. 367 OR.

Fn 7 - Das Zivilprozessrecht kennt allerdings die notarielle Urkunde zur vorsorglichen Beweisaufnahme. Erwähnt sei § 157 ZPO BS: "Verbalprozesse. -

(1) Namentlich kann auch von den Parteien aus [vor wirklich anhängigem Prozess] vorsorglicher Beweis erhoben werden mittelst Verbalprozessen, welche bestimmt sind, in notarieller Urkunde die Beschaffenheit von Waren und anderen Gegenständen festzustellen.

(2) Solche Verbalprozesse, welche von den beteiligten Parteien durch zwei oder mehrere gemeinschaftlich ernannte Sachverständige aufgenommen werden, haben die Beweiskraft eines Kompromisses in allen von den Experten einhellig begutachteten Tatumständen.

(3) Der instrumentierende Notar hat den Experten das Handgelübde auf unparteiische Ausübung ihrer Funktion abzunehmen." - Diese Bestimmung, welche seit langem nicht mehr angewendet wird, überträgt der Urkundsperson lediglich die Aufgabe, übereinstimmende Expertenmeinungen zu protokollieren, nicht jedoch selber den Zustand von Waren zu ermitteln. Die beurkundeten Expertenmeinungen geniessen bezüglich ihres Inhaltes nicht öffentlichen Glauben, sondern schaffen als Kompromiss Wahrheit inter partes. - Weiter geht demgegenüber MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 165, N 3 zu Art. 19 ND BE, welcher die notarielle Beurkundungstätigkeit in Konkurrenz zur richterlichen Wahrheitsfindung als zulässig betrachtet und als Beispiel die notarielle Feststellung von Schäden an einer aufgegebenen Mietwohnung erwähnt. - Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine solche Beurkundungstätigkeit mit der notariellen Unparteilichkeit nicht vereinbar; sie führt zu einer Überdehnung des öffentlichen Glaubens der Urkunde.

Fn 8 - Vgl. auch Ziff. 2719. - Gemäss ZH NV § 43 sind Gesuchsteller mit Begehren um Befundaufnahmen zwecks Beweissicherung für einen hängigen oder bevorstehenden Rechtsstreit, z.B. über den Zustand von Mietlokalen, die Beschaffenheit von Warenlieferungen, Mängel eines Werkes, Einwirkungen auf ein Grundstück an die zuständigen Instanzen zu weisen (Gemeindeammann, Einzelrichter im summarischen Verfahren etc.).

****S. 871****

verständiger Experte erreichbar ist. Die Funktion der Urkundsperson nähert sich in solchen Verhältnissen einer friedensrichterlichen Tätigkeit an.

h) Schutzwürdiges Beurkundungsinteresse

3080 - *Die Sachbeurkundungen sollen sich auf Sachverhalte beschränken, an deren Belegung durch ein Dokument öffentlichen Glaubens ein schutzwürdiges Interesse besteht*⁹.

3081 - Erläuterung: Ein schutzwürdiges Interesse liegt namentlich vor, wenn der Urkunden-Adressat eine Behörde oder eine Institution ist, welche zum Zwecke der Vornahme gewisser Rechtshandlungen des nicht-streitigen Rechtsverkehrs die Tatsachen-Belegung in öffentlicher Urkunde verlangt.

3082 - Kein schutzwürdiges Interesse liegt vor, wenn die Beurkundung Werbezwecken oder der Reklame dient oder wenn sie einer privaten Angelegenheit den Anschein amtlicher Autorität und Wahrheit verleihen soll. Zweifel sind unter diesem Aspekt angebracht, wenn sich die Urkundsperson etwa dazu hergibt, die Auflagenhöhe einer Tageszeitung zu beurkunden, insbesondere wenn die Urkundsperson die genaue Zahl selber nicht zuverlässig kontrollieren kann, sondern sich auf Angaben der Klientschaft abstützen muss.

i) Katalog zulässiger Gegenstände

3083 - *Zulässige Gegenstände notarieller Tatsachenbeurkundung sind insbesondere:*

- *Todesbeurkundungen (Beurkundung der Tatsache des Todes einer natürlichen Person im Hinblick auf den Übergang bestimmter Rechte oder Pflichten)*¹⁰;

- *Erbenbescheinigungen (Beurkundung der Erbenqualität bestimmter Personen bezüglich eines bestimmten Nachlasses)*¹¹;

- *Erbgangsbeurkundungen (Beurkundung des Eigentumsübergangs bestimmter Vermögensstücke auf bestimmte Personen infolge Erbgangs);*

Fn 9 - So ZH NV § 43 Abs. 2.

Fn 10 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 164, N 1a zu Art. 19 ND BE.

Fn 11 - Vgl. Kreisschreiben des OG ZH vom 9.9.1970, ZR 70 S. 14-17, an die Notariate über Voraussetzungen und Inhalt von Erbenbescheinigungen; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 175, N 1 zu Art. 24 ND BE.

****S. 872****

- *Inventare*¹² *(Beurkundung des Umfangs und der Zusammensetzung eines Gesamt- oder Teil-Vermögens, meist*¹³ *im Zusammenhang mit der Beurkundung der rechtlichen Zuordnung dieses Vermögens zu einer Person);*

- *Beurkundung des erfolgten Schuldenrufs und der Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger (Art. 734 und 788 OR)*¹⁴;

- *Negativ-Beurkundungen:*

(a) dass ein Grundstück keine Familienwohnung im Sinne von Art. 169 ZGB enthalte;

(b) dass eine juristische Person im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs nicht ausländisch beherrscht sei.

2. Sachliche Zuständigkeit

3084 - Die Frage nach der sachliche Zuständigkeit fällt bei der Beurkundung bestehender Tatsachen zusammen mit der hievor erörterten Frage nach den zulässigen Beurkundungsgegenständen.

Fn 12 - Das notarielle Inventar ist eine öffentliche Urkunde, deren der wesentliche Inhalt von Beurkundsrechts wegen keinen öffentlichen Glauben genießt. Im einzelnen wird auf Ziff. 3150 ff. verwiesen.

Fn 13 - Nicht notwendigerweise. Die Urkundsperson kann den Inhalt eines derelinquierten Bankschrankschrankes inventarisieren, ohne sich über die Person des aktuellen Inhabers und damit über die Eigentumsverhältnisse zu äussern; die fehlende Kenntnis des Eigentümers ist in diesen Fällen gerade der Anlass für die notarielle Inventur.

Fn 14 - Die unter altem Aktienrecht gemäss Art. 83 HRegV (alt) zu erstellende Beurkundung der erfolgten Nach- und Vollübertragung des Aktienkapitals entfällt nach neuem Recht; statt dessen ist die Nachübertragung - wie die Übertragung bei Kapitalerhöhungen - vom Verwaltungsrat festzustellen, und es ist gleichzeitig die entsprechende Statutenänderung zu beschliessen; beides wird in einem notariellen Veranstaltungsprotokoll (Protokoll einer Verwaltungsratssitzung) öffentlich beurkundet (Art. 83 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 revHRegV).

****S. 873****

3. Örtliche Zuständigkeit

a) Für Wahrnehmungsbeurkundungen

3085 - *Bei den Wahrnehmungsbeurkundungen¹⁵ ist die örtliche Zuständigkeit auf Gegenstände beschränkt, welche die Urkundsperson innerhalb ihres Amtsgebietes wahrgenommen hat.*

3086 - Erläuterung: Für die Begründung kann auf Ziff. 705 ff. verwiesen werden.

b) Für Überzeugungsbeurkundungen

3087 - *Bei den Überzeugungsbeurkundungen¹⁶ gibt es von Beurkundsrechts wegen keine Schranken der örtlichen Zuständigkeit. Jedoch soll die Urkundsperson Beurkundungen ablehnen, wenn die festzustellenden Sachverhalte von einer anderen Urkundsperson an einem anderen Ort mit geringerem Aufwand oder erhöhter Zuverlässigkeit ermittelt werden können.*

3088 - Erläuterung: Das vorn dargestellte Beispiel der notariellen Todesbeurkundung (welche nicht aufgrund unmittelbarer Wahrnehmung des Leichnams, sondern aufgrund von Bescheinigungen Dritter und von Registereinträgen erfolgt) macht deutlich, dass notarielle Sachbeurkundung grundsätzlich unabhängig von der physischen Lokalisierung der äusseren Tatsachen erfolgt. Da bei der Beurkundung bestehender Tatsachen nicht die physische Tatsache mit ihrer örtlichen Belegenheit, sondern ihre rechtliche Einordnung wesentlicher Gegenstand der öffentlichen Beurkundung ist, kann es für solche Beurkundungen keine örtliche Beschränkung der Beurkundungstätigkeit geben. Zur Bezeugung des Todes in anatomisch-physiologischer Hinsicht muss der Arzt am Ort der Leiche anwesend sein. Zur Bezeugung des Todes in rechtlicher Hinsicht bedarf es keiner solchen Ortsanwesenheit der Urkundsperson. Die Urkundsperson bezeugt nicht die Wahrnehmung einer Leiche, sondern das Ende der Persönlichkeit als Rechtstatsache. Diese Rechtstatsache ist nicht lokalisiert und kann von Urkundspersonen auch an entfernten Orten zum Gegenstand von Sachbeurkundungen gemacht werden.

3089 - Zutreffend ist demgemäss entschieden worden, dass die Urkundsperson örtlich zuständig ist zur Errichtung einer Erbenbescheinigung zuhanden des Grundbuchamtes im Beurkundungskanton auch für den

Fn 15 - Zum Begriff der Wahrnehmungsbeurkundung vgl. Ziff. 133.

Fn 16 - Zum Begriff der Überzeugungsbeurkundung vgl. Ziff. 134 ff.

****S. 874****

Fall, dass der Erblasser seinen letzten Wohnsitz ausserhalb des betreffenden Kantons hatte¹⁷.

3090 - Desgleichen kann ein notarielles Inventar Aktiven innerhalb und ausserhalb des örtlichen Tätigkeitsgebietes der Urkundsperson belegen, und es kann die Schulden gegenüber ortsansässigen

und auswärtigen Gläubigern ausweisen. Auch kann es den Beschrieb von auswärtigen, ja von ausländischen Grundstücken wiedergeben. Die Urkundsperson ist befugt, diesbezügliche Informationen postalisch oder durch persönlichen Augenschein an Ort und Stelle auch ausserhalb ihres örtlichen Tätigkeitsgebietes einzuholen¹⁸. Der Gang zu einem auswärtigen Grundbuchamt, das Gespräch mit auswärtigen Erben an deren Domizil zwecks Erstellung eines Nachlass-Inventars ist keine Überschreitung des örtlichen Wirkungsbereichs der Urkundsperson, weil die zu beurkundenden Tatsachen nicht primär die örtlich lokalisierten, äusseren Fakten, sondern deren rechtliche Qualifikation ist. Umfang und Zusammensetzung eines Nachlasses sind in rechtlicher Hinsicht Tatsachen ohne unmittelbaren lokalen Konnex.

4. Beurkundungswille der Klientschaft

3091 - Die Urkundsperson darf Vorbereitungshandlungen zur Beurkundung einer bestehenden Tatsache nur an die Hand nehmen und sie darf die Urkunde nur ausfertigen, wenn dies von ihr verlangt wird, und sie darf es nur tun, wenn der Anstoss von einem Klienten kommt.

3092 - Erläuterung: Im Gegensatz zur Beurkundung individueller Willenserklärungen¹⁹ und zur Protokollierung von Verfahrensabläufen kommt bei der Beurkundung bestehender Tatsachen das Einverständnis der Klientschaft nicht bereits in deren faktischer Verfahrensteilnahme konkludent zum Ausdruck; die Klientschaft ist in der Regel bei der notariellen Tatbestandsaufnahme nicht anwesend.

Fn 17 - Vgl. Entscheid der JD BE vom 7.9.1989, BN 1990 S. 19.

Fn 18 - So äusserte das BAJ in einer Stellungnahme vom 10.5.1974, VPB 39 Nr. 11 S. 32 (42) die Auffassung, der französische Notar könne für einen in Frankreich eröffneten Nachlass zuhanden des schweizerischen Grundbuchamtes eine Erbgangsbeurkundung errichten ("rien n'empêche le notaire français requis par un ayant-droit d'établir l'attestation notariée destinée au conservateur du registre foncier suisse d'obtenir préalablement dudit conservateur la description utile de l'immeuble"). - Was für den französischen Notar bezüglich schweizerischer Grundstücke gilt, muss umgekehrt auch für die schweizerische Urkundsperson bezüglich ausländischer Grundstücke gelten.

Fn 19 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 85 f.

****§. 875****

3093 - Dennoch ergibt sich auch hier meist ohne weiteres, in wessen Interesse und auf wessen Begehren die Beurkundung erstellt wird, so dass ein diesbezüglicher Hinweis in der Urkunde unterbleiben kann. Dies sei exemplifiziert:

3094 - Die Beurkundung, dass eine Grundstücks-Erwerberin nicht Ausländerin und nicht ausländisch beherrscht ist, erfolgt im Interesse eben dieser Erwerberin; dass sie die Erstellung dieser Urkunde wünscht und damit einverstanden ist, braucht in der Urkunde nicht gesagt zu werden.

3095 - Wird beurkundet, dass das veräusserte Grundstück keine Familienwohnung im Sinne von Art. 169 ZGB enthalte, so erfolgt dies im Interesse des Veräusserers, was ebenfalls nicht ausdrücklich gesagt zu werden braucht.

3096 - Die Beurkundung, dass im Zuge einer Kapitalherabsetzung, Liquidation oder Fusion von Aktiengesellschaften das Schuldenrufverfahren durchgeführt und abgeschlossen worden sei, erfolgt im Interesse der betreffenden Aktiengesellschaften, was wiederum keine Erwähnung in der öffentlichen Urkunde verdient.

3097 - Bei Erbgangsbeurkundungen (Todes- und Erbenbeurkundung zuhanden des Grundbuchamtes zwecks grundbuchlichen Vollzugs des Erbgangs) und bei Nachlassinventaren ist die Errichtung der Urkunde bzw. des Inventars von Gesetzes wegen geboten. In manchen Kantonen werden die betreffenden Urkunden ohne ausdrückliches Begehren der Erben durch staatliche Erb-

schaftsämter und Bezirksschreibereien ausgefertigt. - In jenen Kantonen, in denen Inventur und Erstellung von Erbgangsbeurkundungen den freiberuflichen Urkundspersonen anvertraut sind, bedarf es eines privaten Anstosses für die notarielle Intervention, und zwar vor allem aus dem Grunde, weil an manchen Orten mehrere Urkundsperson zur Verfügung stehen und weil die von der Beurkundung betroffenen Privaten in diesem Falle die freie Notarwahl haben.

3098 - Jeder einzelne Erbe, der an eine Urkundsperson mit dem Begehren um Vornahme der Inventur oder Erstellung einer Erbgangsbeurkundung herantritt, erfüllt eine ihm obliegende Rechtspflicht. Hieraus folgt, dass sich die solcherart beigezogene Urkundsperson nicht um das Einverständnis anderer Erben zu kümmern braucht. Jeder Erbe ist befugt, die Notarwahl mit Wirkung für die ganze Erbengemeinschaft verbindlich auszuüben. Wünschen die Erben später die Ablösung der einmal gewählten Urkundsperson durch eine andere, so haben sie die zuerst gewählte Urkundsperson durch einstimmigen Akt ihrer Pflichten zu entheben.

****S. 876****

5. Kein Ausstand

a) Vorbemerkung

3099 - Was vorn zu den Ausstandsregeln bei den Protokollierungen gesagt wurde, gilt sinngemäss auch bei der Beurkundung bestehender Tatsachen. Die Ausstandsregeln sollen und können nicht kriminelles Handeln amtierender Urkundspersonen, nicht also die Herstellung inhaltlich unwahrer oder gefälschter Urkunden ausschliessen.

3100 - Das Risiko der Verletzung der notariellen Wahrheitspflicht ist beurkundungsrechtlich nur auf jener Ebene relevant, welche **nicht** als Kriminalität in Erscheinung tritt. Denkbar ist, dass Urkundspersonen aus persönlichen Interessen die sie selber oder Nahestehende berührende Sachbeurkundungen unvollständig, missverständlich, irreführend oder unklar formulieren, aber doch so, dass nicht geradezu eine strafrechtlich relevante Falschbeurkundung vorliegt. Auf die Verminderung derartiger Risiken müssen die Ausstandsregeln ausgerichtet sein.

3101 - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen sind an dieser Stelle von den drei ausstandsbe gründenden Begriffen des Handelns in eigenen privaten Belangen, der Angelegenheit einer Person und des Nahestehens von Personen nur die beiden zuletztgenannten selbständig zu definieren. Bezüglich des Begriffs der privaten Belange kann auf das vorn, Ziff. 780 ff. Gesagte verwiesen werden. - Was nachfolgend als Angelegenheit einer Person qualifiziert wird, ist gleichzeitig stets als privater Belang der Urkundsperson zu betrachten, sofern die betreffende Sachnähe in deren Person verwirklicht ist.

b) Angelegenheit einer (nahestehenden) Person

3102 - *Bestehende Tatsachen müssen als die Angelegenheit jener Personen gelten, welche an der Erlangung unrechtmässiger Vorteile aufgrund einer Falschbeurkundung ein potentiell Interesse haben könnten, bzw. bei denen ein solches Interesse typischerweise zu vermuten ist*²⁰.

3103 - *Ein potentiell Falschbeurkundungsinteresse liegt namentlich vor, wenn die Beurkundung jemandem den Zugang zu Rechtsgestaltungen oder zu*

Fn 20 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 71, N 6 zu Art. 27 bezeichnet denjenigen als "beteiligt, dessen Rechtslage durch die Beurkundung betroffen wird, sei es, dass seine Rechtslage eine Änderung erfährt oder bestätigt wird, sei es, dass er durch die Beurkundung ein Beweismittel erhält (oder verliert)."

****S. 877****

einem Rechtserwerb eröffnet, den er ohne die Beurkundung nicht hätte. Demgemäss ist die Beurkundung, dass eine juristische Person nicht ausländisch beherrscht ist und also schweizerische Grundstücke erwerben kann, primär die Angelegenheit der erwerbenden juristischen Person, sekundär aber auch des Veräusserers, der sonst vielleicht keinen Abnehmer für das Grundstück zu dem gleichen Preis findet. Die Beurkundung, dass das veräusserte Grundstück nicht die Familienwohnung des Veräusserers ist, ist primär die Angelegenheit des Veräusserers, sekundär auch des Erwerbers, der sonst vielleicht kein gleichwertiges Objekt findet. Die Beurkundung, dass der Schuldenruf bei einer Kapitalherabsetzung durchgeführt worden ist und dass sich keine Gläubiger gemeldet haben, ist allemal Angelegenheit der betreffenden Aktiengesellschaft, nicht ihrer Aktionäre, nicht ihrer Organe und nicht ihrer Gläubiger.

3104 - Erbgangsbeurkundungen sind die Angelegenheit sämtlicher gesetzlicher, eingesetzter und vom gesetzlichen Erbrecht ausgeschlossener Erben sowie der Vermächtnisnehmer²¹, nicht jedoch der Nachlassgläubiger, Nachlassschuldner, des Willensvollstreckers oder weiterer Personen.

3105 - Inventare sind die Angelegenheit jener Personen, denen die inventarisierten Aktiven gehören²², nicht jedoch Angelegenheit der inventarisierten Debitoren (Schuldner)²³ und Kreditoren (Gläubiger).

3106 - Ist die Urkundsperson eingesetzte Willensvollstreckerin, so macht dieser Umstand die Erbgangsbeurkundung und die Errichtung des Nachlassinventars nicht zur Angelegenheit der Urkundsperson²⁴. Die Willensvollstrecker-eigenschaft begründet unter dem Gesichtswinkel des Falschbeurkundungsrisikos keine ausstandsrelevante Sachnähe zum Nachlass.

3107 - Allerdings kann die Urkundsperson nicht zu eigenen Gunsten die Willensvollstreckerbescheinigung in öffentlicher Urkunde ausfertigen. Denn die Willensvollstrecker-Funktion als solche ist eine private Angelegenheit des Willensvollstreckers; notarielle Erstellung der Willensvollstreckerbescheinigung zu eigenen Gunsten wäre ein Verstoss gegen das Gebot der Distanz zwischen amtlicher Funktion und privaten Belangen der Urkundsperson²⁵.

3108 - Erläuterung: Bei den Beurkundungen bestehender Tatsachen bezwecken die Ausstandsregeln die Vermeidung des Entstehens von Falschbeurkundungen, nicht die Gewährleistung der Unparteilichkeit. Die Zuordnung der Sachbeurkundung zu einer Person als deren Angelegenheit hat unter Berücksichtigung dieser Zwecksetzung zu erfolgen.

3109 - Soll also beurkundet werden, dass ein Grundstückserwerber nicht ausländisch beherrscht ist, so darf die Urkundsperson diesem Erwer-

Fn 21 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 74, N 14 zu Art. 27 NG BE.

Fn 22 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 72, N 6 und S. 74, N 16 zu Art. 27.

Fn 23 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 72, N 9b) zu Art. 27.

Fn 24 - So seit 19.11.1990 die Praxis der Justizdirektion des Kantons Bern, BN 1990 S. 171 und 1991 S. 271, im Gegensatz zur gegenteiligen älteren Praxis (BN 1977 S. 189).

Fn 25 - Zu diesem Erfordernis vgl. Ziff. 1630 ff.

****S. 878****

ber nicht nahestehen. Soll beurkundet werden, dass das Schuldenrufverfahren anlässlich der Kapitalherabsetzung, Liquidation oder Fusion von Aktiengesellschaften durchgeführt und abgeschlossen ist, so darf die Urkundsperson diesen Aktiengesellschaften nicht nahestehen. Bei Erbgangsbeurkundungen darf die Urkundsperson nicht selber zum Kreis der Erben gehören. Bei Nachlassinventaren darf sie zudem keinem der Erben nahestehen.

3110 - Hat die Urkundsperson als anwaltliche Beraterin zu Lebzeiten vom Erblasser Mitteilungen über rechtlich nicht einwandfreie Sachverhalte unter dem Schutzmantel des Anwaltsgeheimnisses entgegengenommen, so dauert die anwaltliche Geheimhaltungspflicht auch über das Ableben des Geheimnisherrn hinweg an. Das Vorhandensein geheimzuhaltender Kenntnisse zwingt die Urkundsperson bezüglich der Nachlassinventur in den Ausstand. In diesem Sonderfall ist es nicht das Falschbeurkundungsrisiko, sondern die Pflichtenkollision, welche den Ausstand begründet. Denn die Urkundsperson darf anlässlich der Inventarisierung - wie überall sonst - nicht unterscheiden zwischen privatem (z.B. anwaltlich erlangtem) und amtlich-notariellem Wissen. Mit dem notariellen Wahrheitszeugnis bezeugt die Urkundsperson stets ihr gesamtes Wissen, nicht nur das innerhalb des Beurkundungsverfahrens erlangte²⁶.

c) Persönliches Nahestehen

3111 - *Der Begriff des Nahestehens ist bei der Beurkundung bestehender Tatsachen gleich zu umschreiben wie bei den Protokollierungen. Es kann auf das vorn Gesagte²⁷ verwiesen werden.*

Fn 26 - Das Gesagte gilt als Ausstandsgrund auch für den Willensvollstrecker, und zwar auch für jenen, der nicht zugleich Urkundsperson ist. Denn jeder Willensvollstrecker hat bei der Errichtung des Nachlassinventars nach bestem Wissen und Gewissen mitzuwirken und darf bei seiner Auskunftserteilung gegenüber Inventurbeamten und Steuerbehörden nicht unterscheiden zwischen früher erlangten, geheimnisgeschützten Kenntnissen und anderen, nicht geheimnisgeschützten Kenntnissen.

Fn 27 - Vgl. Ziff. 2761 ff. - Da das bernische Notariatsrecht beim verbandsrechtlichen Nahestehen an die Unterschriftsberechtigung, nicht an die Organstellung der Urkundsperson beim betreffenden Verband abstellt, und da der Ausstand nur für den Fall der Unterschriftsberechtigung - und auch hier nur für die Protokollierung von Versammlungsbeschlüssen - vorgeschrieben wird (BE NG Art. 28 Abs. 3), entfällt die Figur des verbandsrechtlichen Nahestehens für die Beurkundung bestehender Tatsachen völlig; vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 77, N 29 zu Art. 27 NG BE.

****§. 879****

§ 108 Amtspflichten anlässlich der Sachverhaltsermittlung

1. Ermittlungshandlungen

3112 - *Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen erfolgt die Sachverhaltsermittlung nur ausnahmsweise durch unmittelbare Wahrnehmung der Urkundsperson, in der Regel durch Erkundigungen bei Amtsstellen und Privaten, Einsichtnahme in Register und Dokumente sowie Rückgriff auf bestehendes Wissen²⁸ der Urkundsperson²⁹. Starre Regeln für die Sachverhaltsermittlung lassen sich nicht formulieren. Folgende Grundsätze können als Orientierungshilfe dienen:*

3113 - *Die Urkundsperson holt die für die Beurkundung erforderlichen Informationen bei den hierfür in erster Linie geeigneten Institutionen und Personen ein, d.h. bei jenen Stellen, welche die betreffende Information "aus erster Hand" erteilen können (Sachverhaltsermittlung aufgrund von Primärquellen). Folgende Prioritätenfolge kann beachtet werden:*

a) In erster Linie sind Auskünfte von Behörden heranzuziehen, welche zur Auskunftserteilung kompetent sind und deren schriftliche Mitteilungen öffentlichen Glauben geniessen; hierzu gehören Grundbuchamt, Handelsregister, Zivilstandsregister³⁰.

b) In zweiter Linie sind Auskünfte anderer schweizerischer Amtsstellen heranzuziehen, welche - ohne öffentlichen Glauben zu geniessen - für die betreffende Auskunftserteilung zuständig sind; hierzu gehören Erbschaftsämtler und Einwohnerkontrollen.

Fn 28 - Vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 58: "Als Beweismittel kann auch das eigene Wissen der Behörde, z.B. über die Identität des Gesuchstellers, in Betracht fallen."

Fn 29 - Die Anforderung von GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 95, die Urkundsperson dürfe in Sachbeurkundungen grundsätzlich nur bezeugen, wovon sie sich aufgrund eigener Sinneswahrnehmung überzeugt habe, ist zu eng.

Fn 30 - In diesem Sinne MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 82, N 6 Abs. 2 zu Art. 29 NG BE. - ZH NV § 40 Abs. 1 verlangt (als Ordnungsvorschrift), dass die Urkundsperson sich nur auf "authentische" Unterlagen anderer Register abstützen soll. Eine solche Einschränkung der zulässigen Überzeugungsbildung der Urkundsperson kann nicht als beurkundungsrechtliche Regel von allgemeiner Tragweite gelten, da sie in manchen Fällen eine unverhältnismässige Erschwerung der öffentlichen Beurkundung zur Folge haben müsste.

****S. 880****

c) Auskünfte von Privatpersonen sollen nur dann der Beurkundung zugrundegelegt werden, wenn die betreffenden Personen bezüglich des Gegenstandes ihrer Auskunftserteilung als wohlinformiert und unbefangen, bezüglich ihrer Auskunftserteilung als vertrauenswürdig erscheinen.

3114 - Für die notarielle Sachverhaltsermittlung sind wenn möglich schriftliche Auskünfte der vorerwähnten Stellen heranzuziehen. Mündliche und telefonische Informationsbeschaffung ist zulässig, wenn die Urkundsperson von der Zuverlässigkeit der Auskunftsperson und derjenigen der mündlichen Übermittlung überzeugt ist.

3115 - Die Urkundsperson kontrolliert alle erhaltene Information, indem sie dieselben nach den Kriterien der Vernunft und der Lebenserfahrung würdigt.

3116 - Die Urkundsperson darf als Tatsachen nur Dinge beurkunden, von deren Vorhandensein sie sich aufgrund objektiver Umstände vorbehaltlos überzeugt hat³¹.

3117 - Beurkundet die Urkundsperson eine logische Folge oder eine Rechtsfolge, so genügt sie der Wahrheitspflicht nur dann, wenn die mit gehöriger Sorgfalt ermittelten tatbeständlichen und rechtlichen Gegebenheiten keinen anderen Schluss als den beurkundeten zulassen³².

3118 - Erläuterung: Einzelne Beurkundungserlasse schreiben vor, dass die Urkundsperson in der Urkunde beschreibt, aufgrund welcher Register, Urkunden und Auskünfte sie sich von der beurkundeten Tatsache überzeugt hat³³. Die Vorschrift bedarf einer einschränkenden Auslegung, wenn die Beurkundungspraxis nicht unverhältnismässig erschwert werden soll. Bildet sich die Urkundsperson ihre Überzeugung aus der Würdigung verschiedener Dokumente, von denen keines für sich allein öffentlichen Glauben genießt, so ist die Nennung dieser Unterlagen in der Urkunde für den Urkundenleser verwirrend.

3119 - Dies sei veranschaulicht anhand der baselstädtischen Praxis der Erbgangsbeurkundungen für grundbuchliche Übertragungen. Hier beurkundet die Urkundsperson in den Regel die Tatsache des Todes des Erblassers und des Todesdatums aufgrund notarieller Einsichtnahme in eine Fotokopie des erbschaftsamtlichen Inventars. Telefonische Rückfrage beim Zivilstandsamt oder gar ein persönlicher Gang auf dieses Amt oder der Beizug eines Auszugs aus dem Zivilstandsregister findet nicht statt. Wenn die Urkundsperson in der Erbgangsbeur-

Fn 31 - BS NG § 6: "Ist die Übereinstimmung von Buchauszügen oder Abschriften mit dem Original oder das Dasein und die Beschreibung eines tatsächlichen Zustandes oder Vorganges zu beurkunden, so hat sich der Notar vorerst von der Richtigkeit seiner Angaben genau zu überzeugen."

Fn 32 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 82, N 7 zu Art. 29 NG BE.

Fn 33 - So ZH NV § 37 Abs. 1: "Sind es ihrerseits Urkunden, denen der Notar seine Feststellung entnimmt, so ist anzugeben, von wem und wann sie ausgestellt und an wen sie gerichtet worden sind, wie sie unterzeichnet und beglaubigt sind und ob es sich um Originale oder Abschriften handelt."

****S. 881****

kundung nun offenlegen müsste, auf welche Weise sie sich vom Tod des Erblassers überzeugt hat, so würde dies die Beweiskraft der Erbgangsbeurkundung in den Augen Dritter relativieren. Um die Anforderung eines frischen Auszugs aus dem Zivilstandsregister wäre mit Fug nicht herumzukommen. Eine solche Erschwerung des Beurkundungsverfahrens wäre aber unverhältnismässig, da der eingespielte Informationsfluss vom Zivilstandsamt zum Erbschaftsamt, von hier ins erbschaftsamtl. Inventar und auf dem Wege der (unbeglaubigten) Fotokopie zur Urkundsperson seit Jahrzehnten einwandfrei funktioniert und Beurkundungsfehler in diesem Bereich bis heute nicht vorgekommen sind. Eine Formalisierung der notariellen Tatsachenermittlung in dem Sinne, dass nur beurkundet werden dürfte, wovon sich die Urkundsperson aufgrund öffentlicher Urkunden überzeugt hat, würde die Beurkundung erschweren, ohne an deren Qualität etwas wesentliches zu ändern.

3120 - Da die Beurkundung bestehender Tatsachen vorwiegend aufgrund notarieller Einsichtnahme in Dokumente unter Einbezug vorbestehenden Wissens und erfahrungserprobter Beurteilungskriterien erfolgt, wird eine Darstellungsweise dem typischen Beurkundungsfall nicht völlig gerecht, welche für diese Beurkundungen ein "Hauptverfahren"³⁴ postuliert, das mit einem "Augenschein" beginnen und mit der Niederschrift des "Protokolls über die gemachte Feststellung" enden soll³⁵. - Ein Augenschein im gebräuchlichen prozessrechtlichen Sinne des Wortes (wovon im Beurkundsrecht abzuweichen kein Anlass besteht), findet nur ganz ausnahmsweise statt. Der Gang aufs Grundbuch- und aufs Handelsregisteramt kann nicht als Augenschein bezeichnet werden, ebenso wenig der Beizug von Bankauszügen zwecks Erstellung eines Inventars. Von einem Augenschein könnte nur gesprochen werden, wenn sich die Urkundsperson etwa zur Besichtigung von Grundstücken ausser Haus begibt.

Fn 34 - Zur Fragwürdigkeit dieses Begriffs im Zusammenhang mit der Beurkundung bestehender Tatsachen vgl. Ziff. 144 und Fussnote zu "Hauptverfahren".

Fn 35 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 166, N 4 zu Art. 20 ND BE. - Wenn der gleiche Autor andererseits einräumt, dass der Notar nicht selten Tatsachen beurkundet, "die er nicht selbst sinnlich wahrgenommen hat (Tod einer Person, Abstammungsverhältnisse, Eheschluss)" und dass er in diesen Fällen seiner Wahrheitspflicht genügt, wenn er auf Grund anderer öffentlicher Urkunden (Familienregisterauszüge, Ehescheine usw.) seine Urkunde errichtet, so ist hier als "Augenschein" die Einsichtnahme in die betreffende öffentliche Urkunde zu betrachten, und es muss in diesem Falle der Vorgang der Einsichtnahme die Hauptaussage der notariellen Urkunde bilden. Aus diesem Vorgang, der im Sinne eines Sachverhaltsermittlungs-Protokoll beurkundet wird, kann alsdann der Urkunden-Leser die ihn interessierende, rechtlich erhebliche Tatsache im Sinne einer rechtlichen Schlussfolgerung ableiten, soweit die Urkundsperson diese Schlussfolgerung nicht in der Urkunde selber bereits gezogen hat.

****S. 882****

3121 - Erfolgt die Beurkundung aufgrund der notariellen Einsichtnahme in Dokumente, so kann die Urkunde in der Regel auch nicht als "Protokoll über die [im Augenschein] gemachte Feststellung" qualifiziert werden. Denn die Urkundsperson pflegt in der Urkunde ihren Wahrnehmungsakt nicht zu beschreiben, nicht also anzugeben, an welchem Ort und zu welcher Zeit sie bestimmte Dokumente eingesehen hat und wie diese Dokumente ausgesehen haben. Vielmehr beurkundet die Urkundsperson die aus den Dokumenten gedanklich gezogenen Schlussfolgerungen (z.B. in der Erbenbescheinigung gemäss Art. 559 ZGB den erfolgten Tod einer Person, das Nichtvorhandensein einer letztwilligen Verfügung, die Anerkennung bestimmter Personen als Erben); diese notariellen Zeugnisse können nicht als ein "Protokoll über gemachte Feststellungen" bezeichnet werden³⁶.

2. Belehrung

3122 - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen besteht keine Belehrungspflicht der Urkundsperson³⁷.

3123 - Erläuterung: Nicht Gegenstand der Belehrungspflicht sind jene Dinge, welche die Urkundsperson selber vorzukehren hat.

3124 - Die notariellen Hinweise auf die Erforderlichkeit oder Nicht-Erforderlichkeit einer Tatsachenbeurkundung im Hinblick auf einen bestimmten Beleg-Zweck werden im Rahmen der Eintretenspflicht³⁸, in der Regel vor Stellung eines Beurkundungsbegehrens und damit ausserhalb des Beurkundungsverfahrens kostenlos erteilt. Erfordern solche Auskünfte einen gewissen Prüfungsaufwand, so gehören sie zu der im Hinblick auf eine potentielle Beurkundung erteilten Beratung³⁹.

Fn 36 - Zur Ablehnung der Vorstellung von "indirekter Wahrnehmung", welche durch Vermittlung von Urkunden gemacht wird, vgl. Ziff. 139 ff.

Fn 37 - So auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 85, N 7 zu Art. 30 NG BE in bezug auf die materielle Rechtsbelehrung.

Fn 38 - Vgl. vorn, Ziff. 843 und 848.

Fn 39 - Zur notariellen Beratung vgl. Ziff. 1783 ff.

****S. 883****

3. Keine Einheit des Aktes bezüglich der Sachverhaltsermittlung

3125 - Im Gegensatz zur Beurkundung individueller Erklärungen braucht bei der Beurkundung bestehender Tatsachen die Sachverhaltsermittlung nicht an einem einzigen Ort in ununterbrochenem Verfahrenszusammenhang stattzufinden, sondern sie kann sich über mehrere Etappen hinziehen und den Ort wechseln⁴⁰.

3126 - Erläuterung: Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen fehlt es in der Regel an einem zentralen Akt, welcher dem Beurkundungsvorgang bei den individuellen Erklärungen oder der Protokollaufnahme bei der Beurkundung von Vorgängen entspricht. Demgemäss ist für den Begriff der Einheit des Aktes hier kein Raum.

§ 109 Erstellung und Gestalt der Urkunde

3127 - Der Ingress hat die Kennzeichnung des Aktes als öffentliche Urkunde - üblicherweise durch entsprechende Überschrift(en) - zu enthalten, ferner Namen und Amtssitz der Urkundsperson⁴¹, schliesslich einen Satz, der sinngemäss besagt, die Urkundsperson beurkunde was folgt.

3128 - Im Sinne einer Ordnungsregel soll im Ingress angegeben werden, auf wessen Begehren die Urkundsperson die Urkunde erstellt. Auch die Angabe des Zwecks, zu welchem die Beurkundung erfolgt, kann nützlich sein, wenn sich der Zweck nicht aus den Umständen von selbst versteht.

3129 - Notarielle Angaben über Ort und Zeit einzelner Ermittlungshandlungen werden, wenn sie in die Urkunde aufgenommen werden, richtigerweise ebenfalls im Ingress untergebracht.

3130 - Der zweite Teil (Hauptteil) der Urkunde gibt die notariellen Feststellungen zur Sache wieder.

Fn 40 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 165, N 2 zu Art. 19 und S. 170, N 8c zu Art. 22 ND BE.

Fn 41 - Vgl. ZH NV § 39: "Die Urkunde wird mit der Überschrift "Öffentliche Urkunde" versehen und soll in einer Einleitungs- oder Schlussformel als Akt des zuständigen öffentlichen Notars gekennzeichnet werden."

****S. 884****

3131 - Der Schlussteil enthält die Datierung. Diese soll ihrerseits den Ort der Urkundenherstellung angeben⁴². Auf die Orts- und Datumsangabe muss Notarunterschrift und - bei Zirkulationsurkunden - notarielles Amtssiegel folgen.

3132 - Ein Beurkundungsvermerk ("Dessen zu Urkund...") ist nicht erforderlich, wenn sich der Beurkundungswille der Urkundsperson bereits eindeutig aus dem Ingress ("Die Urkundsperson beurkundet was folgt...") oder der Überschrift ("Öffentliche Urkunde") ersehen lässt.

3133 - Erläuterung: Ist bei der Beurkundung bestehender Tatsachen ausnahmsweise nicht aus dem Zusammenhang klar, für wen die Beurkundung vorgenommen wurde, so muss die Nennung dieser Person in der Urkunde selbst als Ordnungsregel gelten⁴³. Diese Nennung macht für spätere Leser der Urkunde die näheren Umstände der Beurkundung, den damit verfolgten Zweck und das Nichtvorhandensein von Ausstandsgründen ersichtlich.

3134 - Bei den Überzeugungsbeurkundungen⁴⁴ sind jene Wahrnehmungen, aufgrund derer sich die Urkundsperson ihre Überzeugung von den zu beurkundenden Tatsachen bildet, nämlich Registereinsicht oder Einsichtnahme in fotokopierte, beglaubigte oder unbeglaubigte Registerauszüge neueren oder älteren Datums, telefonische und briefliche Erkundigungen bei den Vorstehern oder untergeordneten Mitarbeitern von Erbschaftsämtern, Grundbuch, Zivilstandsamt, Familienangehörigen eines Verstorbenen etc. so vielfältig und so zufällig, dass eine diesbezügliche, ins einzelne gehende Protokollierung der einzelnen Kontrollhandlungen usanzgemäss unterbleibt. Dies gilt jedenfalls für Erbgangsbeurkundungen und notarielle Inventare, welche nur die Ergebnisse einer vielleicht umfangreichen notariellen Erkundigungstätigkeit bezeugen, ohne die Einzelheiten dieser Erkundigungen und ohne also die konkreten Wahrnehmungen der Urkundsperson zu protokollieren.

3135 - Wird aber bloss das Ergebnis notarieller Erkundigungen als Tatsache öffentlich beurkundet, so erübrigt sich die Angabe von Ort und Zeit der einzelnen Erkundigungshandlungen. Die typische Tatbestandsbeurkundung trägt das Datum ihrer Erstellung, nicht dasjenige der einzelnen Erkundigungshandlungen und unmittelbaren Wahrnehmungen der Urkundsperson. Diese Wahrnehmungen erfolgen für Erbgangsbeurkundungen und Inventare in der Regel an mehreren verschiedenen Daten, wobei eine datenkonforme Journalführung der einzelnen Erkundigungshandlungen nicht zu den Pflichten der Urkundsperson gehört.

Fn 42 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 167, N 4 zu Art. 20 ND BE.

Fn 43 - So BE ND Art. 20 Abs. 1.

Fn 44 - Zum Begriff der Überzeugungsbeurkundung vgl. Ziff. 134 ff.

****S. 885****

3136 - Auch dort, wo einzelne Kontrollhandlungen zwecks Ersichtlichmachung der Urkundenwahrheit in der Urkunde erwähnt werden, wie namentlich die Einsichtnahme in bestimmte Register oder Registerauszüge, ist das genaue Datum solcher Einsichtnahme belanglos, seine Erwähnung in der Urkunde nicht erforderlich. Wenn also die Urkundsperson zwecks Beurkundung, dass eine grundstückserwerbende juristische Person nicht ausländisch beherrscht sei, Einblick in deren Statuten, Aktienbuch und neueste Bilanz nimmt, so dient es der Ersichtlichmachung sorgfältiger notarieller Kontrolle, die eingesehenen Register und Dokumente in der Urkunde einzeln zu nennen; unnötig aber ist die Angabe, wann und wo die Urkundsperson diese Register und Dokumente vor Augen gehabt hat. Es kann dies an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten gewesen sein⁴⁵.

3137 - Bei Sachbeurkundungen ist dem Urkundenadressaten oft an dem knappen, unter eigener Wahrheitsverantwortung des Notars abgegebenen Resultat mehr gelegen als an einem umfangrei-

chen Ermittlungsprotokoll. Zwar steigern Ermittlungsprotokolle die Ersichtlichkeit der notariell bezeugten Tatsachen; sie ermöglichen es in letzter Konsequenz der Urkundsperson aber auch, die Urkunde auf das Ermittlungsprotokoll zu beschränken und sich eigener Wahrheitsverantwortung für das Ergebnis zu entziehen. Gerade damit ist manchem Urkundenadressaten nicht gedient. Dem Adressaten mag an einem kurzen und bündigen notariellen Zeugnis, eine Tatsache verhalte sich in bestimmter Weise, mehr gedient sein als mit einem umfangreichen Protokoll, in welchem die Urkundsperson ihre Wahrnehmungen beschreibt und die daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen dem Leser überlässt, ohne für deren Wahrheit selber Gewähr zu leisten.

3138 - Die Angabe von Ort und Zeit unmittelbarer Wahrnehmungen der Urkundsperson kann allerdings nur dann unterbleiben, wenn die Urkundsperson in der Sachbeurkundung für die Ergebnisse selber die Wahrheitsgewähr übernimmt.

3139 - Fehlt es an einer notariellen Eigenaussage zur Sache selbst und beschränkt sich die öffentliche Urkunde auf die Mitteilung von Ermittlungshandlungen und Wahrnehmungen der Urkundsperson, aus denen der Urkundenleser alsdann die rechtserheblichen Tatsachen selber abzuleiten hat, so ist Angabe von Ort und Zeit der Ermittlungshandlungen unentbehrlich. In diesem Falle beschränkt sich der Urkundeninhalt auf die Protokollierung der Ermittlungshandlungen; nun muss diese vollständig, d.h. mit Angabe von Ort und Zeit jeder ein-

Fn 45 - Wäre die Einsichtnahme ausserhalb des örtlichen Zuständigkeitsgebietes erfolgt, so dürfte sie in der Urkunde nicht erwähnt werden, sondern die Urkundsperson müsste sich in diesem Falle darauf beschränken, ihr aus der Einsichtnahme gewonnenes Wissen als solches zu beurkunden; vgl. hiezu Ziff. 705 ff.

****§. 886****

zelnen Ermittlungshandlung, wiedergegeben werden. Dies ist etwa der Fall, wenn die Urkundsperson lediglich die Anerkennungserklärung einer Person in bezug auf eine schon beigezeichnete Unterschrift protokolliert, ohne zugleich in eigener Wahrheitsverantwortung, d.h. in Gestalt einer notariellen Eigenaussage, die Echtheit der Unterschrift zu bezeugen. Ist die Anerkennungserklärung der Gegenstand der öffentlichen Beurkundung, so muss sie mit Ort und Zeit ihrer Abgabe dokumentiert werden.

3140 - Bei der Beurkundung bestehender Tatsachen, bei welcher sich die notarielle Tatbestandsaufnahme zuweilen über Wochen hinziehen kann, kann als einziges relevantes **Urkundendatum** dasjenige der Fertigstellung der Urkunde gelten. Dies gilt auch für Beglaubigungsvermerke.

3141 - Die Höchstpersönlichkeit der notariellen Unterschrift ist bei der Beurkundung bestehender Tatsachen aber insofern von zweitrangiger Bedeutung, als die geleistete Ermittlungsarbeit in der Regel nicht jene unmittelbare Wahrnehmung impliziert, welche die höchstpersönliche Urkundenunterzeichnung seitens der ermittelnden Person verlangt. Hat in einer Notariatskanzlei mit mehreren Urkundspersonen die eine die Ermittlungsarbeit geleistet, die erforderlichen Erkundigungen, Bank- und Registerauszüge eingeholt, Gespräche geführt etc., so kann notfalls auch eine andere Urkundsperson aufgrund der erhobenen Akten die Sachbeurkundung ausfertigen. Sie braucht die gleichen Erkundigungen nicht selber ein zweites Mal einzuholen.

§ 110 Korrekturen nach Siegelung der Urkunde

3142 - *Bei Sachbeurkundungen, welche nur die Unterschrift der Urkundsperson tragen, kann die Urkundsperson die fehlerhafte gesiegelte Urkunde vernichten und unter gleicher Protokollnummer mit gleicher Datierung eine fehlerfreie neue Urkunde ausfertigen, sofern sie nicht bereits Fotokopien oder Ausfertigungen der fehlerhaften Urkunde an Dritte abgegeben hat.*

****S. 887****

§ 111 Beurkundungsmängel und ihre Rechtsfolgen

3143 - Bei qualifizierten Beurkundungsmängeln fehlt der fertiggestellten Sachbeurkundung der öffentliche Glaube im Sinne von Art. 9 ZGB.

3144 - Erläuterung: Im Gegensatz zu fehlerhaft beurkundeten individuellen Erklärungen stellt sich bei den Sachbeurkundungen nicht die Frage der Gültigkeit eines Geschäftes, sondern diejenige des öffentlichen Glaubens der Urkunde. Der öffentliche Glaube fehlt insbesondere, wenn Gegenstände beurkundet wurden, die ihrer Natur nach der öffentlichen Beurkundung nicht zugänglich sind, so wenn die Urkundsperson eine technische Expertise oder eine Grundstücksbewertung in der Gestalt der öffentlichen Urkunde ausfertigt oder wenn sie Sachverhalte zum Zwecke der Beweisführung in einem pendenten oder unmittelbar bevorstehenden Zivil- oder Strafprozess beurkundet.

§ 112 Besonderheiten bei einzelnen Geschäften

1. Inventare

a) Grundsätzliches

3145 - Von der Sache her ist die Aufnahme von Vermögens-Inventaren im wesentlichen eine Verwaltungs-, keine Beurkundungstätigkeit; denn der rechtserhebliche Inhalt des Inventars, d.h. die Summe und Vollständigkeit der aufgenommenen Aktiven und Passiven, die Eigentumsverhältnisse an den Aktiven und der Bestand der Passiven können zum überwiegenden Teil nicht mit öffentlichem Glauben notariell bezeugt werden. Die notarielle Wahrheitsfähigkeit und damit der öffentliche Glaube kann sich nur auf die rechtlich unerhebliche Tatsache erstrecken, dass die Urkundsperson die aufgelisteten Objekte anlässlich der Inventur vorgefunden hat.

3146 - Jedoch ist es dem kantonalen Recht nicht verwehrt, die von Urkundspersonen errichteten Vermögens-Inventare als öffentliche Urkunden zu qualifizieren, wobei das kantonale Recht allerdings den öffentlichen Glauben nicht auf den Inventar-Inhalt ausdehnen kann.

****S. 888****

3147 - Das Inventar wird demgemäss entweder

(a) in der Form eines amtlich errichteten Dokumentes ohne öffentlichen Glauben oder

(b) in der Form der notariellen Sachbeurkundung oder

(c) in derjenigen der Erklärungsbeurkundung aufgenommen.

3148 - In den soeben erwähnten Fällen (a) und (b) sind die Erklärungen von Erben und Dritten zu dem ihnen bekannten Vermögensstand weder als Erklärungen zu Urkund noch als solche zu (notariellem) Protokoll zu qualifizieren; denn die Erklärungsabgabe erfolgt nicht im Rahmen eines Verfahrens der öffentlichen Beurkundung, sondern sie ist eine solche vor einer Verwaltungsbehörde, d.h. zu amtlichem (nicht zu notariellem) Protokoll. Unwahre Erklärungsabgabe kann auch in diesen Fällen gemäss Art. 251/253 StGB strafbar sein⁴⁶.

b) Normalfall: Inventar in der Form der Beurkundung bestehender Tatsachen

3149 - Qualifiziert das kantonale Recht das von der Urkundsperson errichtete Inventar als öffentliche Urkunde, so ist in dem Inventar die Beurkundung bestehender Tatsachen zu erblicken, soweit sich die Urkundsperson die Information über die einzelnen Inventarposten durch eigene

Ermittlungshandlungen beschafft hat. Zu diesen Ermittlungshandlungen können auch Erkundigungen bei den Eigentümern des aufzunehmenden Vermögens (namentlich bei Erben im Falle des Nachlassinventars) gehören. Deren Auskünfte sind aber gemäss den obigen Ausführungen als diejenigen von Auskunftspersonen, nicht als Erklärungen zu Urkund oder zu notariellem Protokoll zu qualifizieren.

3150 - Erläuterung: Wird das notarielle **Inventar in der Form der Sachbeurkundung** aufgenommen, so entsteht eine öffentliche Urkunde, deren wesentlicher Inhalt von Beurkundsrechts wegen keinen öffentlichen Glauben genießt.

3151 - Für die Errichtung des öffentlichen Inventars gemäss Art. 581-584 ZGB verleiht das zürcherische Recht der Urkundsperson die Befugnis, die Erben "einzuvernehmen", d.h. sie unter Wahrheitspflicht aussagen zu lassen; die Wahrheitspflicht ist in diesem Falle eine bundesrechtliche⁴⁷. Das Ergebnis ist ein Einvernahmeprotokoll, welches von den Erben unterzeichnet werden muss⁴⁸.

Fn 46 - Vgl. einen solchen Hinweis auf die Strafbarkeit in ZH NV § 145 Abs. 2.

Fn 47 - Sie ergibt sich aus Art. 581 Abs. 2 und 3 ZGB.

Fn 48 - ZH NV § 145 Abs. 1; über die Rechtsfolgen, welche bei der Verweigerung dieser Erbenunterschrift eintreten, schweigt sich die Verordnung aus. Die Errichtung des öffentlichen Inventars darf jedenfalls nicht von dieser Unterschriftsleistung abhängig gemacht werden.

****S. 889****

3152 - MARTI⁴⁹ weist zutreffend darauf hin, dass das notarielle Inventar mit öffentlichem Glauben nur belegen kann, dass der Notar die inventarisierten Sachen⁵⁰ vorgefunden hat; unbezeugt bleiben die Eigentumsverhältnisse an diesen Sachen sowie deren Vollständigkeit in bezug auf das zu erhebende Vermögen, desgleichen die Existenz und Vollständigkeit der inventarisierten Passiven. Das Inventar ist insofern lediglich "eine vorläufige Zusammenstellung von Aktiven und allenfalls von Passiven"⁵¹.

3153 - Wo die Aufnahme von Nachlassinventaren in den Pflichtenkreis einer Urkundsperson gelegt wird, geschieht dies nicht, weil der Stand des aufzunehmenden Vermögens mit öffentlichem Glauben bezeugt werden soll oder kann (er kann es nicht), sondern weil die Urkundsperson als besonders befähigt erscheint, einen solchen Vermögensstand mit einem hohen Grad von Stimmigkeit zu ermitteln.

3154 - Wird das Inventar in der Form der Sachbeurkundung errichtet, so findet kein Beurkundungsvorgang statt; die als Auskunftspersonen einbezogenen Privaten, namentlich die Erben, können das notariell angefertigte Inventar zwar unterzeichnen. Die rechtliche Bedeutung einer solchen Unterschriftsleistung beschränkt sich jedoch auf die implizite schriftliche Erklärung der Unterzeichner, dass sie das Inventar als richtig und vollständig betrachten, d.h. auf die Textgenehmigung⁵² im Sinne der Gutheissung der notariellen Ermittlungs- und Formulierungsarbeit⁵³.

Fn 49 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 173, N 11 zu Art. 23 ND BE; in gleichem Sinne schon GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 11.

Fn 50 - Ungenau ist die Qualifikation des auf Wahrnehmung beruhenden Sach-Inventars als "Aktiveninventar" (vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 172, N 3 zu Art. 23 ND BE); unter Aktiven im bilanzrechtlichen Sinne sind nicht wahrnehmbare Sachen, sondern die einer Person zugeordneten Rechte zu verstehen, wobei diese Rechte nicht nur dingliche Rechte an Sachen, sondern auch persönliche Rechte (Forderungsrechte) und Immaterialgüterrechte umfassen.

Fn 51 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 174, N 14 zu Art. 23 ND BE.

Fn 52 - Zum Begriff der Textgenehmigung vgl. Ziff. 1712.

Fn 53 - In diesem Sinne auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 173, N 9 zu Art. 23 ND BE: "Die Unterzeichnung ... bedeutet lediglich, dass die Urkundspartei keine Bemerkungen zur Vollständigkeit des Inventars anzubringen

hat". Auch wo das kantonale Recht die Unterzeichnung des Inventars durch die Vermögensinhaber, insbesondere diejenige des Nachlassinventars durch die Erben, verlangt, liegt eine blosse Ordnungsvorschrift vor.

****S. 890****

c) Ausnahme: Inventar gemäss Art. 195a ZGB in der Form der Erklärungs-Protokollierung

3155 - Inventaraufnahme in der Form der Erklärungs-Protokollierung liegt vor, wenn die Urkundsperson ausschliesslich die Erklärungen der Vermögensinhaber über deren eigene Vermögensverhältnisse protokolliert und keine eigenen Ermittlungshandlungen vornimmt.

3156 - Ein solcher Fall liegt vor bei der Erstellung des ehегüterrechtlichen Inventars gemäss Art. 195a ZGB⁵⁴.

3157 - Erläuterung: Die Erstellung des ehегüterrechtlichen Inventars gemäss Art. 195a ZGB ist als notarielle Festhaltung privater Wissenserklärungen zu Protokoll zu qualifizieren. Die Urkundsperson hat die Klienten zwar - angesichts der von Art. 195a verliehenen Richtigvermutung des Inventars - zur Wahrheit anzuhalten und durch zweckmässige Fragestellung zu einer möglichen vollständigen Deklaration ihrer Vermögensverhältnisse zu führen. Trotzdem kann den Erklärungen der Klienten nicht öffentlicher Glaube im Sinne von Art. 9 ZGB zukommen. Die entstehende Urkunde geniesst den öffentlichen Glauben nur bezüglich des notariell bezeugten äusseren Ablaufs der Protokollaufnahme.

3158 - Zutreffend wird der Protokoll-Charakter des ehегüterrechtlichen Inventars in der zürcherischen Mustersammlung dahingehend erläutert, dass die Urkundsperson nur die Erklärungen der Ehegatten beurkunde; "selbstverständlich bestätigt sie damit nicht die Richtigkeit dieser Erklärungen."

3159 - Die verstärkte Beweiskraft (Richtigvermutung) des Güterrechtsinventars gemäss Art. 195a ZGB⁵⁵ bestätigt den Protokollcharakter der Klientenerklärungen. Weil dem Inventar der öffentliche Glaube gemäss Art. 9 ZGB abgeht⁵⁶, ist die Anordnung einer gesetzlichen Richtigvermutung durch eine spezielle, dem Eherecht angehörende Gesetzesbestimmung sinnvoll. Unter dem Gesichtswinkel von Art. 9 ZGB wäre

Fn 54 - Ferner kommt die Inventaraufnahme als Erklärung-Protokollierung beim Nutzniessungsinventar vor.

Fn 55 - Die auch gegenüber Dritten wirksame Vermutung der inhaltlichen Richtigkeit bezieht sich auf das Einbringen, die Zugehörigkeit und die Vollständigkeit der verzeichneten Werte; vgl. BERNHARD SCHNYDER, Private Rechtsgestaltung im neuen Ehe- und Erbrecht, BN 1986, S. 309-328 (315) mit Verweis auf PAUL PIOTET, Le régime matrimonial suisse de la participation aux acquêts (1986) S. 136 und RUTH REUSSER, Die allgemeinen Vorschriften des Güterrechts, in: Vom alten zum neuen Eherecht, ASR 503 (1986) S. 53.

Fn 56 - Vgl. zur Beweiskraft in diesem Falle BERNHARD SCHNYDER, Private Rechtsgestaltung im neuen Ehe- und Erbrecht, BN 1986, S. 309-328 (315) mit Verweis auf RUTH REUSSER, Die allgemeinen Vorschriften des Güterrechts, in: Vom alten zum neuen Eherecht, ASR 503 (1986) S. 53 und HEINZ HAUSHEER, Der neue ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, ASR 503 (1986) S. 65 f.

****S. 891****

nicht einzusehen, weshalb die Ehegatten nur gerade binnen eines Jahres seit dem Einbringen des Vermögenswertes für die Abgabe ihrer Erklärungen den öffentlichen Glauben geniessen sollten⁵⁷.

3160 - MARTI⁵⁸ empfiehlt, dieses Inventar in der Gestalt übereinstimmender Willenserklärungen der Ehegatten zu beurkunden. Dabei ist jedoch eine Unterscheidung zu treffen. Soweit mit der Inventur die Richtigvermutung gemäss Art. 195a Abs. 2 beansprucht wird, ist vertragliche Gestaltungsfreiheit der Ehegatten ausgeschlossen; hier geht es um die Protokollierung von Wissenserklärungen

über bestehende Tatsachen⁵⁹. Die Ehegatten haben die Erklärungen nach bestem Wissen und Gewissen, nicht aufgrund übereinstimmenden Willens zu Urkund abzugeben⁶⁰.

3161 - Nur inter partes, d.h. im gegenseitigen Verhältnis der Ehegatten, mag das nach Fristablauf errichtete Inventar als eine mit Behaftungswillen abgegebene Wissenserklärung und damit als ein Akt mit vertraglicher Bindungswirkung qualifiziert werden⁶¹.

d) Nutzniessungsinventar

3162 - Im Gegensatz zum Ehegüterrechtsinventar kann das **Nutzniessungsinventar** (Inventar über die Zusammensetzung eines Nutzniessungsvermögens) gemäss Art. 763 ZGB wie ein Vertrag beurkundet werden⁶². Denn die Zusammensetzung des Nutzniessungsgutes ist vertraglicher Gestaltung seitens der Beteiligten in vielen Fällen zugänglich. Soweit nicht bloss ein Wissen, beispielsweise über den Umfang der der Nutzniessung gesamthaft unterliegenden Nachlasses, sondern ein Ge-

Fn 57 - In gleichem Sinne GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 11, Anm. 20, unter Hinweis auf Art. 197 ZGB (alt); die spezielle Verleihung des öffentlichen Glaubens an das innert Frist errichtete Inventar bilde eine Bestätigung dafür, dass seine Zuverlässigkeit problematisch ist.

Fn 58 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 173, N 10 zu Art. 23 ND BE.

Fn 59 - So GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 11. - Mit dem Gesagten wird auch die in BGE 100 IV 238 vertretene Auffassung abgelehnt, wonach die Angabe der Vermögensverhältnisse seitens der Ehegatten in einem Ehevertrag als *Willenserklärung* bezüglich der güterrechtlichen Zuteilung zu deuten ist, deren Richtigkeit durch die Urkundsperson im Sinne des notariell ermittelten wirklichen Parteiwillens mitbezeugt wird.

Fn 60 - ZH NV § 102 sieht vor, dass der Notar im Interesse der Beweiskraft des Inventars darauf hinwirken soll, dass die Inventargegenstände, insbesondere der Hausrat, nicht nur mit Sammelbezeichnungen (Wäsche, Kücheneinrichtung, Möbel usw.), sondern möglichst genau nach Zahl, Art oder Wert aufgeführt werden.

Fn 61 - GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 11, betrachtet das Inventar inter partes als aussergerichtliches Geständnis.

Fn 62 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 173, N 10 zu Art. 23 ND BE.

****S. 892****

schäftswille bezüglich der gegenständlichen Abgrenzung einer der Nutzniessung unterliegenden Nachlass-Quote erklärt wird, soll das Nutzniessungsinventar in der Form der Beurkundung individueller Erklärungen beurkundet werden.

e) Gemeinsamer Inhalt aller Inventare

3163 - *Das notarielle Inventar soll angeben, wozu⁶³ und auf wessen Veranlassung es aufgenommen wurde⁶⁴.*

3164 - *Sofern die wesentlichen Inventarpositionen aufgrund notarieller Sachverhaltsermittlung anlässlich eines Augenscheins an Ort und Stelle, eventuell im Beisein von Auskunftspersonen, aufgenommen wurden, kann Ort und Zeit dieses Augenscheins und es können die Namen der anwesenden Auskunftspersonen in der Urkunde angegeben werden⁶⁵. Die Angabe von Ort und Zeit weiterer Erkundigungen, z.B. bei Banken, ist nicht empfehlenswert.*

3165 - *In den Hauptteil des Inventars ist das Verzeichnis des zum inventarisierten Vermögen oder zur inventarisierten Sachgesamtheit gehörenden Sachen und Rechte aufzunehmen, ferner, wenn ein Vermögen den Gegenstand der Inventur bildet, auch die dazugehörenden Verbindlichkeiten und Eventualverbindlichkeiten⁶⁶.*

3166 - *Wenn einzelne Sachen und Rechte im Inventar bewertet werden, ist anzugeben, worauf die Bewertung beruht (Kurswert an einem bestimmten Stichtag; Steuerwert; Versicherungswert;*

Schätzwert gemäss eigener Schätzung der Urkundsperson oder gemäss Schätzung einer Drittperson⁶⁷ etc.).

3167 - Da bei den häufig noch im nachhinein zusätzliche Aktiven und Passiven gemeldet werden, ist für diese Urkunden das Anfügen ergänzender oder

Fn 63 - Vgl. BS GedrW Nr. 19: "Da die Vorschriften über das Inventar je nach dem Inventurgrund verschieden sind (§ 138 EGZGB), ist die Grundangabe erforderlich, um zu zeigen, dass das Inventar den gesetzlichen Vorschriften genügt. Die Notare werden daher ersucht, in jedem von ihnen errichteten Inventar den Inventurgrund anzugeben."

Fn 64 - Es handelt sich um eine Ordnungsregel. Die Angabe, auf wessen Veranlassung die Urkundsperson das Inventar aufnimmt, dient der Orientierung des Urkundenlesers. Vgl. die entsprechende Vorschrift in BE ND Art. 23 Abs. 1 lit. a.

Fn 65 - Vgl. BE ND Art. 23 Abs. 1 lit. b.

Fn 66 - BE ND Art. 23 Abs. 1 lit. c verpflichtet die Urkundsperson nur dann zur Inventarisierung der Passiven, wenn dies von der Urkundspartei verlangt wird. Allgemein muss wohl gelten, dass die Pflicht zur Inventarisierung der Passiven sich auch aus den Umständen, insbesondere aus der Art und dem Verwendungszweck des Inventars ergibt.

Fn 67 - BE ND Art. 23 Abs. 2 erwähnt den ins Beurkundungsverfahren einzubeziehenden Schätzer. Gemäss Art. 1 Abs. 2 ND fällt er unter den verfahrensrechtlichen Begriff der "Nebenperson". - Die Urkundsperson kann aber auch selber Schätzungen vornehmen; dass sie selber geschätzt hat, soll aus dem Inventar ersichtlich sein.

****§. 893****

berichtigender Nachträge typisch⁶⁸. Solche Nachträge können auf der bestehenden Inventarurkunde angebracht werden; sie sind am Tag ihrer Anbringung zu datieren und unter Beisetzung des Siegels zu unterzeichnen.

2. Eröffnung von letztwilligen Verfügungen, Erbverträgen und Eheverträgen

3168 - Die Eröffnung letztwilliger Verfügungen gemäss Art. 557 ZGB besteht in der persönlichen Mitteilung des Verfügungsinhalts an die bekannten Erben und in der Mitteilung an die potentiellen Erben unbekanntem Aufenthalts durch öffentliche Auskündigung (Art. 557 und 558 ZGB). Die Eröffnung ist jener Akt, durch welchen die einmonatige Bestreitungsfrist ausgelöst wird, nach deren reaktionslosem Ablauf den Erben die Erbenbescheinigung, d.h. die Bescheinigung darüber ausgestellt wird, dass sie unter Vorbehalt der Ungültigkeitsklage und der Erbschaftsklage als Erben anerkannt seien (Art. 559 Abs. 1 ZGB).

3169 - Die Eröffnung von Erbverträgen ist im ZGB nicht vorgesehen, wird heute aber in sämtlichen Kantonen praktiziert⁶⁹, und zwar in helvetischer Vielfalt an den einen Orten zwingend, an andern Orten nur auf Antrag von Erben oder erbvertragliche ausdrückliche Anordnung⁷⁰, an den einen Orten beschränkt auf die Rechtsfolgen des abzuwickelnden Nachlasses⁷¹, an anderen Orten vollständig, d.h. unter Aufdeckung auch jener Anordnungen, welche erbvertraglich insbesondere auf das Ableben des zweitversterbenden Ehegatten hin vorgesehen sind.

Fn 68 - Vgl. GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 64.

Fn 69 - Vgl. PIOTET, Erbrecht, SPR IV/2 (1981) S. 717.

Fn 70 - So ZH NV § 132.

Fn 71 - Dies entspricht der Regel von § 2273 BGB, wonach gemeinschaftliche Testamente (die dem Erbvertrag des schweizerischen Rechts funktionell gleichkommen) nur soweit zu eröffnen sind, als sie durch den Tod des Erblassers in Kraft gesetzt werden. Danach sind die Testamente wieder zu verschliessen und in besondere amtliche Verwahrung zu nehmen. PETER HERZER, Die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen in der Praxis der Kantone, Diss. Zürich 1979, S. 114 f., empfiehlt die Befolgung einer solchen Regel in allen Kantonen. Zwar mag für die sofortige Gesamteröffnung die Erwägung sprechen, dass betroffene Personen ihre Rechte nur dann zweckmässig zu wahren vermögen, wenn sie von Anfang an erfahren, was sie in sämtlichen vom Erbvertrag ge-

regelten Erbgingen erwartet. Diese Erwägung hat aber geringeres Gewicht neben dem Interesse des überlebenden Vertragserben, die ihm verbleibende Lebensspanne nicht in Feindschaft zu jenen Angehörigen zubringen zu müssen, die über ihre Benachteiligung in einem späteren Erbgang vorzeitig aufgeklärt worden sind und dafür den überlebenden Vertragserben mitverantwortlich machen.

****S. 894****

3170 - Die Eröffnung von Eheverträgen ist im ZGB ebenfalls nicht vorgesehen, wird aber in einzelnen Kantonen praktiziert und erlaubt alsdann den Vollzug einer durch vertragsgemässe Auflösung des Güterstandes eingetretenen, dinglichen Gesamtrechtsnachfolge⁷² des überlebenden Ehegatten ohne Einholung der Zustimmung anderer Blutsverwandter des verstorbenen Ehegatten.

3171 - Wo das kantonale Recht die Eröffnung von letztwilligen Verfügungen, Erbverträgen und Eheverträgen in die Zuständigkeit von Urkundspersonen stellt⁷³, liegt primär eine Verwaltungs-, keine Beurkundungstätigkeit vor.

3172 - Erläuterung: Bei Erbverträgen ist die Einlieferung und Eröffnung bundesrechtlich nicht vorgesehen, was nach herrschender Auffassung als legislatorischer Missgriff betrachtet wird⁷⁴. Denn die überlebende Partei eines Erbvertrags hat gleich wie die Testamentserben ein Interesse daran, dass allfälligen Opponenten die dreissigtägige Bestreitungsfrist gesetzt und der Beginn der einjährigen Klagefrist zur Ungültigkeits- oder Herabsetzungsklage amtlich mitgeteilt, der Erbvertrag also durch einen amtlichen Akt "eröffnet" wird⁷⁵.

3173 - Die praktische Rechtswirkung der Eröffnung besteht darin, dass die mit dem Tode des Erblassers von Gesetzes wegen eingetretene Gesamtrechtsnachfolge **ohne Zustimmungserklärungen allfälliger Drittpersonen (insbesondere der testamentarisch vom Erbrecht ausgeschlossenen Blutsverwandten) dokumentarisch vollzogen werden kann. Der dokumentarische Vollzug umfasst insbesondere die Eintragung des Erbgangs im Grundbuch, ferner in allfälligen weiteren Registern (Aktienregistern bezüglich Namensaktien) und auf zirkulierenden Urkunden (Namenpapieren, Sparheften etc.). Ist nur ein einziger Erbe vorhanden, so eröffnet ihm der dokumentarische Vollzug des Erbgangs die faktische Möglichkeit, über die Nachlassaktiven allein zu**

Fn 72 - Nur diese, d.h. insbesondere den Fall, in welchem dem überlebenden Ehegatten infolge Gütergemeinschaft das Alleineigentum zufällt, nicht jedoch zugleich die Erfüllung von Vorschlagsansprüchen des überlebenden Ehegatten durch Übereignung von Nachlassaktiven, selbst wenn der Vorschlag wertmässig den ganzen Nachlass umfasst. Zur Erfüllung der Vorschlagsforderung durch Übereignung des Nachlasses bedarf es der Mitwirkung der Erben; vgl. hiezu PETER RUF, Die Bedeutung der Eröffnung von Eheverträgen für die Eigentumsübertragung von Grundstücken, BN 1985 S. 101-114 (108).

Fn 73 - Vgl. die Zuständigkeit für die Eröffnung von Erbverträgen gemäss BE ND Art. 24; in den meisten Kantonen liegt die Eröffnungszuständigkeit bei einer staatlichen Nachlassbehörde (Erbschaftsamt).

Fn 74 - Vgl. JEAN-NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts (2.A. 1988) S. 187, Rz 9; PETER HERZER, Die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen in der Praxis der Kantone, Diss. Zürich 1979, S. 28, 67, 80-88; TUOR/PICENONI, Berner Kommentar (1959) N 2 zu Art. 556 ZGB.

Fn 75 - So PETER RUF, Die Bedeutung der Eröffnung von Eheverträgen für die Eigentumsübertragung von Grundstücken, BN 1985 S. 101-114 (102); ROLAND PFÄFFLI, Das Antragsprinzip im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Erbgangs, BN 1985, S. 63-77 (70 f.) mit Verweis auf PICENONI in ZBGR 48 (1967) S. 264.

****S. 895****

verfügen. Sind mehrere Erben vorhanden, so wird die Allein-Verfüugungsmöglichkeit erst durch den Abschluss des Teilungsvertrags (oder durch ein rechtskräftiges Teilungsurteil) erreicht.

3174 - Die Eröffnung macht nicht nur eine Zustimmungserklärung von Drittpersonen entbehrlich, sondern sie erlaubt die Durchführung des Erbgangs auch in Fällen, in welchen eventuelle Nachlassprätendenten unbekanntem Aufenthaltes sind; in diesen Fällen erfolgt die Eröffnung gemäss Art. 558 Abs. 2 ZGB durch Publikation in dem vom kantonalen Recht vorgesehenen Organ, in der Regel im Kantonsblatt.

3175 - Auf die Eröffnung folgt die amtliche Kontrolle, ob binnen Frist eine Bestreitung eingeht. Jene Behörde oder Person, welche die Eröffnung vorgenommen hat und welche in der Folge das Ausbleiben von Bestreitungen innerhalb der Monatsfrist kontrolliert hat, ist in erster Linie geeignet, diese beiden Tatsachen zu bezeugen und daraus die Rechtsfolge abzuleiten, dass bestimmte Personen als Erben anerkannt seien.

3176 - Gemäss der hier verwendeten Terminologie fällt die notarielle Bezeugung der Eröffnung unter den Begriff der Protokollierung; Gegenstand des notariellen Zeugnisses ist ein von der Urkundsperson wahrgenommener Vorgang. Die Aussage, es seien binnen Frist keine Bestreitungen eingegangen, hat hingegen nicht Protokoll-Charakter, sondern ist Beurkundung einer bestehenden Tatsache, bei der man sich fragen kann, ob sie als solche der Wahrnehmung zugänglich oder ob sie ihrerseits die komplexe Schlussfolgerung aus einer Reihe anderer Wahrnehmungen ist. Eindeutig ausserhalb notarieller Wahrnehmung liegt die Rechtsfolge, dass bestimmte Personen als Erben des Verstorbenen anerkannt seien.

3177 - Das Ergebnis kann in diesem Falle die Erbenbescheinigung sein, welche, wenn sie von einer zuständigen Urkundsperson ausgestellt wird, den Charakter der öffentlichen Urkunde hat. - Vgl. hierzu den folgenden Abschnitt.

3. Erbenbescheinigung (Erbenschein, Erbschein; Art. 559 Abs. 1 ZGB)

3178 - *Die Erbenbescheinigung⁷⁶ ist jener Beleg, welcher die Eröffnung der letztwilligen Verfügung oder des Erb- oder Ehe- und Erbvertrags, ferner den unbe-*

Fn 76 - BE ND Art. 25 nennt dieses Dokument die Eröffnungsurkunde; sofern innert Frist eine Bestreitung eingeht, bleibt es bei der Bezeugung der Eröffnung des Erbvertrags; andernfalls bestätigt der Notar im Sinne von Art. 559 Abs. 1 ZGB in der Urkunde auch die Erbenqualität. - Vgl. zur Erbenbescheinigung VITO PICENONI, Die Behandlung der Grundbuchgeschäfte im Erbgang, ZBGR 52 (1972) 129-140 (132 ff.).

****S. 896****

nützten Ablauf der Frist von Art. 559 Abs. 1 ZGB⁷⁷ und die daraus gezogene Schlussfolgerung bezeugt, dass die im Schein genannten Personen als Erben bzw. als güterrechtliche Gesamtrechtsnachfolgerin eines bestimmten Erblassers anerkannt⁷⁸ seien.

3179 - *Erbenbescheinigungen werden aufgrund anerkannter Praxis nicht nur den eingesetzten, sondern auch den gesetzlichen Erben ausgestellt⁷⁹.*

3180 - *Zur Ausstellung der Erbenbescheinigung ist jene Behörde örtlich und sachlich zuständig, welche gemäss Art. 538 ZGB mit der Eröffnung des Erbgangs befasst war.*

3181 - **Erläuterung:** In der hier verwendeten Terminologie bezieht sich die Erbenbescheinigung auf den Gesamtnachlass⁸⁰. Sie ist personen-, nicht sachbezogen. Beurkundet wird der Tod des Erblassers und die Zusammensetzung der Gemeinschaft der anerkannten Erben, nichts sonst. Wird die Beurkundung dagegen eingeschränkt auf die Auswirkung des Erbgangs auf bestimmte Nachlassgegenstände, so liegt in der hier verwendeten Terminologie eine Erbgangsbeurkundung vor (vgl. dazu den nächsten Abschnitt).

3182 - Wo die Ausstellung der Erbenbescheinigung in die Zuständigkeit einer Urkundsperson gelegt ist und wo diese die Erbenbescheinigung in beurkundender Eigenschaft, d.h. mit ihrer Notarunterschrift und dem Notariatsiegel ausstellt, handelt es sich um eine öffentliche

Fn 77 - Wenn eine Bestreitung innert der Monatsfrist von Art. 559 Abs. 1 ZGB erfolgt ist, anschliessend aber die einjährige Klagefrist gemäss Art. 521 und 533 ZGB unbenützt abgelaufen ist, kann und muss der Erbenschein nach Ablauf dieser Jahresfrist ausgestellt werden; vgl. Urteil des OG ZH vom 16.1.1985, ZR 1986 S. 25; Urteil des TC VD vom 4.6.1985, SJZ 1986 S. 147; Urteil des OG ZH vom 18.2.1962, SJZ 1963 S. 272-274; ROLAND PFÄFFLI in BN 1985, S. 72.

Fn 78 - Die Erben sind dann anerkannt, wenn sie die Erbschaft nicht ausgeschlagen haben und wenn gegen ein Testament oder gegen einen Erbvertrag kein Einspruch erhoben worden ist. Vgl. ROLAND PFÄFFLI, Zur Revision der Grundbuchverordnung mit besonderer Berücksichtigung des neuen Ehe- und Erbrechts, BN 1988 S. 221-237 (234, Ziff. 12).

Fn 79 - Vgl. TUOR/SCHNYDER, ZGB, 10. Auflage, 1986, S. 486; ROLAND PFÄFFLI, Das Antragsprinzip im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Erbgangs, BN 1985, S. 63-77 (69) mit Verweis auf PICENONI in ZBGR 53 (1972) S. 131, TUOR/PICENONI, Berner Kommentar (1959) N 14/15 zu Art. 559 ZGB, ESCHER, Zürcher Kommentar (3.A. 1959) N 17/18 zu Art. 559 ZGB, MERZ in ZBGR 36 (1954) S. 122; BGE 73 I 275.

Fn 80 - Einzelne Erbschaftsämtler verweigern neuerdings die Ausstellung von Erbenbescheinigungen in dem hier definierten Sinne, in klarer Verletzung ihrer Amtspflicht gemäss Art. 559 Abs. 1, und stellen statt dessen nur noch objektbezogene Erbgangsbeurkundungen aus, z.T. unter irreführenden Titeln ("Bezugsermächtigung betreffend das Sparheft X."). Durch die Beschränkung solcher "Bezugsermächtigungen" auf die im Nachlassinventar deklarierten Bankguthaben wird vermehrte Steuerehrlichkeit erhofft. Banken ohne kompetenten Rechtsdienst lassen sich zuweilen durch den Wortlaut der "Bezugsermächtigung" beeindrucken und zögern, weitere, in der "Bezugsermächtigung" nicht erwähnte Nachlassguthaben freizugeben.

****S. 897****

Urkunde⁸¹. Die Urkundsperson bezeugt mit öffentlichem Glauben die erfolgte Eröffnung der letztwilligen Verfügung oder des Erbvertrags einerseits, den unbenützten Ablauf der einmonatigen Bestreitungsfrist gemäss Art. 559 Abs. 1 ZGB (oder, falls bestritten und anschliessend nicht geklagt wurde, den unbenützten Ablauf der einjährigen Klagefrist gemäss Art. 521 und 533 ZGB) andererseits. Diese beiden notariellen Zeugnisse geniessen den öffentlichen Glauben gemäss Art. 9 ZGB. Bezüglich der daraus gezogenen rechtlichen Folgerung, dass die im Erbenschein genannten Personen als Erben anerkannt sind, gilt nicht der öffentliche gemäss Art. 9 ZGB, sondern die schwächere Rechtsvermutung gemäss Art. 559 Abs. 1 ZGB.

3183 - Angesichts des im Erbenschein enthaltenen, umfassenden Zeugnisses der Erbenqualität einer Person ist eine ausschliessliche Beurkundungszuständigkeit jener Behörde anzunehmen, die mit der Eröffnung des betreffenden Erbgangs befasst war und sich in dieser Eigenschaft von Amtes wegen mit der Ermittlung aller gesetzlichen und eingesetzten Erben des Erblassers zu befassen hatte⁸².

3184 - Gemäss Art. 96 IPRG muss der in Frankreich beurkundete Acte de notoriété als grundbuchlich eintragungsfähiger Rechtsgrundaussweis in der Schweiz anerkannt werden⁸³. In dieser Urkunde erklären zwei Zeugen (bei denen es sich um Angestellte des französischen Notars handeln kann), dass der Erblasser E. die Person P. als gesetzliche Erbin hinterlassen hat, dass kein Testament vorliege und dass dies allgemein bekannt sei (hievon die Bezeichnung der Urkunde!).

Fn 81 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 175, N 1 zu Art. 24 ND BE.

Fn 82 - Vgl. PETER RUF, BN 1990, S. 23 Nr. 3, mit Verweis auf TUOR/PICENONI, Berner Kommentar (1959) N 27 zu Art. 559 ZGB.

Fn 83 - Dies war für die Rechtslage vor dem Inkrafttreten des IPRG bereits die Auffassung des BAJ; vgl. dessen Stellungnahme vom 10.5.1974, VPB 39 Nr. 11 S. 32 (mit kritischer Stellungnahme [S. 36] zum früher ergangenen, in gegenteiligem Sinne entscheidenden BGE 79 I 260), zur Frage, ob ein französischer Acte de notoriété in Genf als Rechtsgrundaussweis gemäss Art. 18 GBV für den Grundbucheintrag des Erbgangs genügen könne. Zutreffend wurde festgehalten, dass der schweizerischen Urkundsperson nicht zugemutet werden kann, zuhanden

ihres lokalen Grundbuchamtes eine Erbenbescheinigung schweizerischer Usanz für schweizerische Grundstücke zu erstellen, die zu einem ausländischen Nachlass gehören. Wenn die von den zuständigen ausländischen Stellen produzierten Dokumente nach schweizerischer Auffassung zu wenig zuverlässig sind, so muss, mangels besserer Belegmöglichkeiten, der schweizerische Grundbuchführer trotzdem unmittelbar auf die ausländischen Dokumente abstellen. Es ginge nicht an, einer schweizerischen Urkundsperson eine Ermittlungsverantwortung für Tatsachen zu überbürden, die im wesentlichen im Ausland zu erheben sind. Ebensovienig würde es befriedigen, wenn eine schweizerische Urkundsperson die unzuverlässigen ausländischen Belege ohne zusätzliche eigene Ermittlungsarbeit dadurch "aufwertete", dass sie gestützt darauf eine Erbenbescheinigung nach schweizerischem Muster erstellte ("on voit mal, ..., pourquoi l'on pourrait exiger d'un notaire suisse qu'il avalise le contenu des documents établis par l'autorité étrangère du Pays de domicile du de cujus, s'il ne dispose pas d'autres sources de renseignements que lesdits documents", S. 38).

****S. 898****

4. Erbgangsbeurkundung

3185 - Unter dem Begriff der Erbgangsbeurkundung (auch Erbgangsurkunde oder Erbgangsbescheinigung⁸⁴ genannt) wird in der vorliegenden Darstellung eine Erbenbescheinigung gemäss Art. 559 Abs. 1 ZGB verstanden, deren Aussage auf bestimmte, urkundlich genannte Nachlassgegenstände (insbesondere Grundstücke und Ordrepapiere) bezogen ist.

3186 - Für Erbgangsbeurkundungen ist neben der örtlichen Zuständigkeit am Ort des letzten Wohnsitzes des Erblassers zusätzliche eine solche der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache, d.h. am Ort des durch Erbgang übergegangenen Vermögensstücks, anzuerkennen⁸⁵; im zweitgenannten Falle stützt sich die Urkundsperson bei ihrer Beurkundung auf Belege und Auskünfte, die sie von der für die Abwicklung des Nachlasses zuständigen Behörde einholt, ferner gegebenenfalls auf eigene Ermittlungen.

3187 - Erläuterung: Erbgangsbeurkundungen mit Nennung der betroffenen Grundstücke werden in einzelnen Kantonen verlangt für die

Fn 84 - Das bernische Beurkundsrecht unterscheidet begrifflich die "Erbangsurkunde" zuhanden des Grundbuchs, deren Urschrift beim Notar aufbewahrt bleibt und von welcher das Grundbuchamt eine Ausfertigung erhält, von der "Erbgangsbescheinigung", welche einem bestehenden Schriftstück, z.B. einem Sparheft nachgetragen und deren Urschrift der Klientschaft herausgegeben wird; vgl. Musterurkundensammlung des Verbandes bernischer Notare (4.A. 1991), Nr. 551-559; ROLAND PFÄFFLI, Zur Revision der Grundbuchverordnung mit besonderer Berücksichtigung des neuen Ehe- und Erbrechts, BN 1988 S. 221-237 (234, Ziff. 12); MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 144, N 1 zu Art. 20 ND BE.

Fn 85 - So Entscheid der Justizdirektion BE vom 7.9.1989, BN 1990 S. 19. - Eine Unterscheidung der örtlichen Zuständigkeit je nach dem, ob sich die Erbenqualität aus Gesetz oder Erbvertrag einerseits, letztwilliger Verfügung andererseits ergibt, wie dies von PETER RUF, BN 1990, S. 25 und 26, vorgeschlagen wird, drängt sich nicht auf. Die Bezeugung, dass eine Person - aufgrund eines innert Frist unangefochten gebliebenen Testaments - eingesetzte Erbin sei, setzt den gleichen notariellen Sachverhalts-Überblick voraus wie die Bezeugung, dass eine Person - aufgrund des Ausbleibens einer Testaments-Einreichung bei der zuständigen Behörde innert einer bestimmten Frist - als gesetzliche Erbin anzuerkennen sei. - Beherzigenswert ist RUFs im gleichen Zusammenhang gemachter Vorschlag, es sei die örtliche Zuständigkeit für Erbgangsbeurkundungen zuhanden des Grundbuchs auch an dritten Orten, die weder letzter Wohnsitz des Erblassers noch Ort des gelegenen Grundstücks sind, anzuerkennen. Ohne zwingende Gründe für eine gegenteilige Regelung sollte zumindest den in der Schweiz erstellten öffentlichen Urkunden innerhalb des ganzen schweizerischen Staatsgebietes umfassende Freizügigkeit zukommen. Jene Einschränkungen der Behördenzuständigkeit, welche sich aus IPRG Art. 88 bei letztem Erblasserwohnsitz im Ausland für die Nachlassabwicklung ergeben, gelten nicht für die notarielle Belegschaft zuhanden eines Grundbuchamtes. Es genügt, dass die Urkundsperson das Begehren um Erbgangsbeurkundung von einer für die Nachlassabwicklung zuständigen Person oder Behörde erhält; die Urkundsperson selber braucht für die Abwicklung des betreffenden Nachlasses weder verantwortlich noch örtlich zuständig zu sein.

****S. 899****

grundbuchliche Eintragung der Erben als neue Eigentümer. Der grundbuchliche Belegbedarf mag daher rühren, dass die Nennung der betroffenen Grundstücke⁸⁶ einen Identitätsirrtum bezüglich des Erblassers mit besonderer Zuverlässigkeit ausschliesst, ferner vom grundbuchlichen Bestreben, Anmeldungen und Belege stets auf bestimmte Grundstücke zu beziehen und diesen Bezug in den Belegen selbst dargestellt zu sehen. Auch soll die Identität des bisher eingetragenen Eigentümers mit der verstorbenen Person grundstücksbezogen belegt werden⁸⁷. Schliesslich besteht die Auffassung, den Erben oder dem Willensvollstrecker müsse anheimgestellt bleiben, den Erbgang für verschiedene Grundstücke zu verschiedenen Zeiten grundbuchlich eintragen zu lassen.

3188 - Andere Grundbuchämter, beispielsweise diejenigen des Kantons Zürich, übertragen Grundstücke grundbuchlich auf die Erben aufgrund eines Erbenscheines im Sinne von Art. 559 ZGB, welcher auf die Zusammensetzung des Nachlasses und auf einzelne Nachlassaktiven keinen Bezug nimmt, die grundbuchlich zu übertragenden Parzellen also nicht nennt. In diesem Falle wird der Erbgang grundsätzlich für alle zum Nachlass gehörenden Grundstücke gleichzeitig eingetragen, ohne dass Erben oder Willensvollstrecker eine zeitlich gestaffelte Eintragung bewirken können.

3189 - Bei Erbgangsbeurkundungen sollen Geburtsdatum, Todesdatum, Zivilstand und letzter Wohnsitz des Erblassers aufgeführt werden, ferner die vollen Namen, Vornamen, die Geburtsdaten und Zivilstände der neu einzutragenden Erben. Ist ein Grundstück Gegenstand eines Vermächtnisses, so sind das Vermächtnis und die Personalien des Begünstigten in der Erbgangsbeurkundung anzugeben. Bestand Gütergemeinschaft, so ist der überlebende Ehegatte als Vermögensteilhaber zu nennen.

3190 - Wird in der Erbgangsbeurkundung eine Testaments-, Ehe- oder Erbvertrags-Eröffnung belegt, so soll das Eröffnungsdatum genannt werden.

3191 - Ist im Zeitpunkt der Ausstellung der Erbgangsbeurkundung der Nachlass bezüglich der in der Urkunde erwähnten Vermögenswerte bereits geteilt, so kann im Rahmen von Vermerkbeurkundungen als viertes Zeugnis auch gerade die Erbteilung und die Person des nun-

Fn 86 - Es genügt eine Identifikation der Parzelle mit Angabe der Gemeinde und Grundbuchblatt-Nummer; eine weitergehende Beschreibung ist nicht nötig; vgl. ROLAND PFÄFFLI, Das Antragsprinzip im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Erbgangs, BN 1985, S. 63-77 (74).

Fn 87 - Auch bei dem gemäss Art. 965 Abs. 1 ZGB zu belegenden Verfügungsrecht der verfügenden Person geht es vor allem um den Beleg ihrer Identität mit der im Grundbuch eingetragenen Person; vgl. HOMBERGER, Zürcher Kommentar (1938) N 6 zu Art. 965 ZGB.

****S. 900****

mehrigen Alleineigentümers angefügt werden; dies geschieht namentlich auf Ordrepapieren⁸⁸, und zwar in Vermerkform⁸⁹.

3192 - Die Erbgangsbeurkundung wird in der Regel als reine Überzeugungsbeurkundung ausgestellt, d.h. ohne Protokollierung der notariellen Wahrnehmungen (bzw. der beigezogenen Akten und eingeholten Auskünfte), aufgrund derer die Urkundsperson sich vom Urkundeninhalt überzeugt hat⁹⁰.

3193 - Angesichts des auf bestimmte Nachlassgegenstände beschränkten Verwendungszwecks der Erbgangsbeurkundung kann die **örtliche Zuständigkeit** der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache anerkannt werden, auch wenn diese Urkundsperson zur Ausstellung des umfassenden Erbenscheines gemäss Art. 559 ZGB nicht zuständig ist. Die Erbgangsbeurkundung einer schweizerischen Urkundsperson kann insbesondere notwendig sein, wenn ausländische Behörden keine Belege aus-

zufertigen vermögen, die in der Schweiz grundbuchfähig sind⁹¹. Die schweizerische Urkundsperson ist in ihrer Überzeugungsbildung in solchen Fällen flexibler als der auf strikte Aktenprüfung verpflichtete und auf standardisierte Belege angewiesene Grundbuchverwalter. Auch Erbgangsbeurkundungen, die in Vermerkform auf Ordrepapieren beigelegt werden, müssen am Ort des Titelbesitzes erstellt werden können.

Fn 88 - Vgl. Ziff. 3064 ff., ferner BS GedrW Nr. 25: "Die Beurkundung der Übertragung von Namen- und Ordrepapieren infolge Erbgangs und Erbteilung soll in einer kurzen Notiz bestehen, deren Form sich möglichst der Form des Indossaments nähern soll, also z.B.: 'Infolge Todes des X (Gläubigers und Erblassers) in der Erbteilung übergegangen auf Albert Y (Erbe 1). Basel, den ... N.N. Notar L.S.'".

Fn 89 - Das Grundbuchamt darf sich, im Gegensatz zum privaten Registerführer eines Aktienbuches, nicht mit einer derartigen Beurkundung begnügen, sondern bedarf gemäss Art. 18 Abs. 3 GBV als Rechtsgrundaussweis der von den Erben unterzeichneten Teilungsvereinbarung oder ihrer schriftlichen Zustimmungserklärung.

Fn 90 - So auch ROLAND PFÄFFLI, Das Antragsprinzip im Grundbuchrecht unter besonderer Berücksichtigung des Erbgangs, BN 1985, S. 63-77 (74); eine gegenteilige Empfehlung (die Grundlagen der Beurkundung seien aus Beweisgründen aufzuführen) findet sich in der Musterurkundensammlung des Verbandes bernischer Notare (4.A. 1991), Nr. 552 Bemerkung 5 und Nr. 553 Ziff. 6.

Fn 91 - Eine auf das in der Schweiz gelegene Nachlassvermögen eines im Ausland verstorbenen Ausländers beschränkte Erbgangsbeurkundung kann sogar die für die Abwicklung dieser Nachlasswerte eingesetzten Willensvollstrecker bescheinigen; vgl. Entscheid des OG ZH vom 1.2.1990, ZBGR 73 (1992) S. 277 (281 unten, Ziff. 6).

****S. 901****

5. Certificat de coutume

3194 - Erläuterung: Das dem französischen Recht bekannte Certificat de coutume, d.h. die notarielle Bescheinigung des geltenden materiellen Erbrechts, kann, da es sich um ein Kurzgutachten über eine abstrakte Rechtsfrage handelt, nach schweizerischem Beurkundsrecht nicht Gegenstand einer öffentlichen Urkunde sein⁹².

6. Andere Fälle notarieller Tatsachendokumentation:

a) "Keine Familienwohnung"

3195 - Bei der Beurkundung, ein Grundstück⁹³, über welches verfügt wird, sei keine Familienwohnung im Sinne von Art. 169 ZGB, handelt es sich um eine Überzeugungsbeurkundung⁹⁴, deren wesentlicher Inhalt sich sinnlicher Wahrnehmung entzieht. In der Beurkundung soll höchstens summarisch angegeben werden, auf welche Weise die Urkundsperson ihre Überzeugung gewonnen hat⁹⁵.

Fn 92 - Vgl. BS GedrW Nr. 16. Die Notare sollen nach einem Kreisschreiben des eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 23. März 1929 keine Bescheinigungen über die schweizerische oder kantonale Gesetzgebung, sog. "Certificats de Coutume", für den Gebrauch in Frankreich ausstellen; vielmehr sollen Interessenten solche Bescheinigungen ausschliesslich bei den schweizerischen Vertretungen in Frankreich einverlangen.

Fn 93 - Gegenstand der Familienwohnung können sein: das Einfamilienhaus (auch das im Baurecht erstellte), die Eigentumswohnung, eine Wohnung in einem Mehrfamilienhaus sowie eine Wohnung, die sich in einem Geschäftshaus mit weiteren Wohnungen und Gewerberäumen, Ladenlokalen und Büroräumlichkeiten befindet. Familienwohnung kann ferner auch ein einzelner Raum in einer Wohnung, ein Wohnboot oder ein Wohnwagen sein. Vgl. Stellungnahme der AB LU über die Urkundspersonen vom 2.12.1988, LGVE 1988 I S. 32 Nr. 19 und ZBGR 72 (1991) S. 99-101, mit Verweis auf ROLAND PFÄFFLI, Die Auswirkungen des neuen Ehe- und Erbrechts auf die Grundbuchführung, BN 1986, S. 281-292 (285), THOMAS GEISER, Neues Ehe- und Grundbuchführung, ZBGR 68 (1987) S. 16, HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Komm. (1988) N 15 zu Art. 169 ZGB.

Fn 94 - Zum Begriff der Überzeugungsbeurkundung vgl. Ziff. 134 ff.

Fn 95 - In einer Stellungnahme der AB LU über die Urkundspersonen vom 2.12.1988, LGVE 1988 I S. 32 Nr. 19 und ZBGR 72 (1991) S. 99-101 (101) wird empfohlen, die Urkundsperson habe ihre Beurkundung "zweckmässigerweise unter Hinweis auf die getätigten Abklärungen abzugeben".

****S. 902****

3196 - Die Beurkundung soll nur zwecks Vollzug eines notarielle beurkundeten Geschäftes⁹⁶ und nur auf Begehren der verfügenden Person, nicht auf dasjenige der Erwerberin erstellt werden.

3197 - Die Beurkundung soll nur dann erstellt werden, wenn hierfür ein begründeter Anlass besteht, d.h. wenn die Zustimmung des anderen Ehegatten aus objektiven Gründen (Ortsabwesenheit, schwere Krankheit etc.) nicht innert nützlicher Frist beigebracht werden kann, oder wenn wegen gerichtlicher oder faktischer Ehetrennung eine Kontaktnahme nicht opportun ist.

3198 - Die Beurkundung soll nur in Fällen ausgestellt werden, in denen der Sachverhalt für die Urkundsperson völlig klar ist. Verweigert der andere Ehegatte die Zustimmung mit der Begründung, es handle sich um die Familienwohnung, so ist für eine notarielle Beurkundung auch dann kein Raum, wenn die Urkundsperson die Weigerung als ungerechtfertigt und schikanös beurteilt. In Konfliktsituationen darf die Urkundsperson nicht in die Rolle des Richters treten.

3199 - Erläuterung: Der Begriff der Familienwohnung gemäss Art. 169 ZGB umfasst einen objektiven Tatbestand - das Zentrum des Ehe- und Familienlebens befindet sich in der Wohnung - und er umfasst eine subjektive Seite: die betreffenden Räumlichkeiten dienen *nach dem Willen der Ehegatten* dauernd der gemeinsamen Unterkunft⁹⁷. Für die Negativ-Beurkundung, um welche es im vorliegenden Zusammenhang geht, genügt das Fehlen des objektiven Tatbestandes. Wo die Ehegatten dauernd gemeinsam wohnen *wollen*, spielt für die Urkundsperson keine Rolle, wenn das Objekt, über welches verfügt wird, momentan von keinem Ehegatten bewohnt wird.

3200 - Das Obergericht des Kantons Zürich äusserte sich zum Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt des Nichtvorhandenseins einer Familienwohnung folgendermassen⁹⁸: "Ist die verfügungsberechtigte Person verheiratet und könnte das Grundstück seiner Natur nach als Familienwohnung dienen, so hat aus den Anmeldungsbelegen (amtliche Bescheinigungen, Aktennotiz über persönliche Feststellungen der

Fn 96 - Die Negativ-Beurkundung gemäss Art. 169 muss als Nebenleistung zu einer notariellen Geschäftsbeurkundung verstanden werden, welche ausschliesslich im Hinblick auf die Kontrollpflichten des Grundbuchamtes erbracht wird, nicht als Dienstleistung zugunsten einer privaten Gegenpartei. Denn eine solche kann die erforderlichen Abklärungen zu ihren eigenen Zwecken genau so gut selber treffen; sie hat keinen Beurkundungsanspruch gegenüber der Urkundsperson. Der Nachweis, dass beispielsweise eine mieterseitige Vertragskündigung keiner Ehegattenzustimmung gemäss Art. 169 bedarf, ist zwischen den privaten Parteien des Mietverhältnisses ohne Beizug einer Urkundsperson zu schaffen.

Fn 97 - Vgl. LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückkaufvertrages (1989) S. 49-89 (55), mit Verweis auf HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar (1988) N 13 ff. zu Art. 169 ZGB und Art. 271a OR.

Fn 98 - OG ZH, Kreisschreiben an die Notariate und Grundbuchämter über neues Eherecht und Grundbuch vom 16.12.1987ZR 87 (15) S. 34-40 (35).

****S. 903****

Urkundsperson) hervorzugehen, dass das Grundstück nicht als Familienwohnung dient, oder dass es sich nicht um eine Verfügung im Sinne von Art. 169 ZGB handelt. Fehlen diese Nachweise oder fehlt die Zustimmung des Ehegatten zu einer entsprechenden Verfügung, so weist der Grundbuchverwalter die Anmeldung ab (neuer Art. 15a GBV). Als Familienwohnung gilt diejenige Wohnung, welche von den Ehegatten und ihren Kindern oder von kinderlosen Ehegatten gemeinsam bewohnt wird. Zweitwohnungen gelten nicht als Familienwohnung. Die Beschränkungen des Art. 169 ZGB gelten grundsätzlich auch während der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts (Art. 175 ZGB), der

gerichtlichen Trennung und während der Dauer des Scheidungsprozesses, sofern auch nur ein Teil der Familie die Wohnung bewohnt. Hat der zustimmungsbedürftige Ehegatte einen andern Wohnsitz, so verliert die Wohnung den Charakter als Familienwohnung."

3201 - In anderen Kantonen verlangen die Grundbuchämter nicht bloss Aktennotizen über persönliche Feststellungen der Urkundsperson, sondern - als Voraussetzung für den Verzicht auf weitergehende Anforderungen - eine eigentliche Beurkundung. Dies lässt sich insofern rechtfertigen, als beim Genügenlassen blosser Aktennotizen oder brieflicher Erklärungen keine klare Zuordnung der Prüfungsverantwortung gegeben ist. Wird statt dessen von der Urkundsperson eine eigentliche Beurkundung verlangt, so liegt es in ihrem Entscheid, ob sie die damit verbundene Ermittlungspflicht und Wahrheitsverantwortung übernehmen kann und will oder ob sie der Klientschaft eine anderweitige Lösung des vom Gesetzgebers geschaffenen Problems zumutet.

3202 - Die Beurkundung kommt nur in Frage, wenn die Urkundsperson die familiären Wohnverhältnisse der Klientschaft entweder persönlich überblickt oder wenn sie sich von der anderweitigen Wohnadresse durch Rückfrage bei der Einwohnerkontrolle überzeugt hat oder wenn ihr von der Klientschaft in anderer Weise, insbesondere durch Vorlegung von Ausweisen neueren Datums mit Adressangaben schlüssig dargetan wird,

(a) dass die Familie der verfügenden Person an einer anderen Adresse wohnt oder

(b) dass das Objekt, über welches verfügt wird, unbewohnt ist oder ausschliesslich von Dritten bewohnt wird.

3203 - Die von der luzernischen Aufsichtsbehörde empfohlene⁹⁹ Rücksprache der Urkundsperson mit dem anderen Ehegatten zwecks Erhalt einer

Fn 99 - Vgl. Stellungnahme der AB LU über die Urkundspersonen vom 2.12.1988, LGVE 1988 I S. 32 Nr. 19 und ZBGR 72 (1991) S. 99-101 (101).

****S. 904****

Wissenserklärung, das zu beurkundende Geschäft betreffe nicht die Familienwohnung, erscheint als wenig zweckmässig. Ist der Ehegatte für eine solche Wissenserklärung erreichbar, so ist er in der Regel auch für die Abgabe einer schriftlichen Zustimmungserklärung (Willenserklärung) zu dem beurkundeten Geschäft zugänglich; dann soll eine solche Zustimmung, nicht eine auf telefonischer Rücksprache gegründete notarielle Überzeugungsbeurkundung als Beleg geschaffen werden.

3204 - Auf telefonische Rücksprachen bei Dritten (Fremdmietern etc.) zu Kontrollzwecken und erst recht auf einen Augenschein soll sich die Urkundsperson nicht einlassen, da derartige Ermittlungstätigkeit ausserhalb ihrer Beurkundungsfunktion liegt.

3205 - Die Justizdirektion BE wies die bernischen Notare 1987 an, gegebenenfalls in die Urkunde die notarielle Bezeugung aufzunehmen: *"Der Notar stellt fest, dass der Verkäufer nicht über die Wohnung der Familie gemäss Art. 169 ZGB verfügt; die Zustimmung des andern Ehegatten ist deshalb nicht erforderlich."*¹⁰⁰ Anstelle einer solchen Beurkundung, die am besten am Schluss der Urkunde ihren Platz findet, kann auch im Urkundeningress die Adresse des Verkäufers angegeben und die einschlägige Aussage in diesem Zusammenhang gemacht werden: *"Vor der Urkundsperson ist erschienen Herr X, verheiratet ..., wohnhaft an der Y-Strasse in Z, wo sich die Wohnung seiner Familie im Sinne von Art. 169 ZGB befindet, ... und hat erklärt: ..."* - Da jede Familie nur **eine** Familienwohnung im Sinne des Gesetzes haben kann, ergibt sich aus diesem notariell bezeugten Ingress, dass der Verkauf eines Grundstücks an anderer Adresse nicht die Familienwohnung des Veräusserers betrifft. Der Grundbuchverwalter ist imstande, diese Schlussfolgerung und die weitere Konsequenz der Nichterforderlichkeit der Ehegattenzustimmung im Rahmen seiner Prüfungscompetenz selber zu ziehen.

3206 - Die Negativ-Beurkundung gemäss Art. 169 ZGB kann auch nach erfolgter Grundbuchanmeldung, unter Wahrung von deren Datum, nachgereicht werden, hat die beurkundete Tatsache aber auf den Tag der Grundbuchanmeldung zu bezeugen¹⁰¹.

Fn 100 - Vgl. BN 1987 S. 149, Ziff. 7 und 1988 S. 224, Ziff. 3.

Fn 101 - Ungenau ist demgemäss die Auffassung der AB LU über die Urkundspersonen in deren Stellungnahme vom 2.12.1988, LGVE 1988 I S. 32 Nr. 19, ZBGR 72 (1991) S. 99-101 (101), der betreffende Nachweis sei "im Zeitpunkt der Anmeldung (Art. 15a GBV) zu erbringen"; eine nachträgliche Beweisführung "per" Anmeldezeitpunkt genügt und ist mit Art. 15a GBV vereinbar.

****S. 905****

b) "Keine ausländische Beherrschung"

3207 - Jede gemäss schweizerischem Bundesprivatrecht bestehende juristische Person, welche Grundeigentum in der Schweiz erwirbt, hat nachzuweisen, dass sie nicht ausländisch beherrscht ist; vorbehalten bleiben die Fälle, in denen der Grundbuchverwalter die Bewilligungspflicht von sich aus ohne weiteres ausschliessen kann¹⁰².

3208 - Der Grundbuchverwalter kann sich in anderen Fällen, die für ihn unklar, für die Urkundsperson aufgrund ihres direkten Klientenkontaktes jedoch klar sind, mit einer notariellen Bezeugung der Nicht-Ausländer-Eigenschaft des Grundstückserwerbers begnügen. In diesem Fall tritt das einfache und kostengünstige notarielle Ermittlungsverfahren an die Stelle des umständlicheren Verfahrens vor der Bewilligungsbehörde¹⁰³.

3209 - Das baselstädtische Grundbuchamt verlangt zu diesem Zweck bei grunderwerbenden Aktiengesellschaften eine Beurkundung, welche den folgenden Wortlaut aufzuweisen hat:

"Der unterzeichnende öffentliche Notar beurkundet, sich aus eigener Wahrnehmung unter Einsichtnahme in

- (a) die Statuten,
- (b) einen Handelsregisterauszug,
- (c) ein Verzeichnis der ausländischen Kreditoren¹⁰⁴ und
- (d) ein Verzeichnis der Aktionäre der X-AG¹⁰⁵

Fn 102 - Art. 18 BewG.

Fn 103 - Zu den Voraussetzungen für das notarielle Belegverfahren anstelle des Beweisverfahrens vor der Bewilligungsbehörde und zu der Geltungskraft des öffentlichen Glaubens der notariellen Urkunde in diesem Spezialfall vgl. Ziff. 250 ff.

Fn 104 - Das "Verzeichnis der ausländischen Kreditoren" ist ein Dokument, das es bei den meisten Unternehmen nicht gibt und das auch für die Zwecke der hier erörterten Beurkundung in der Regel nicht sinnvoll erstellt werden kann. Zweckmässiger ist es, dass sich die Urkundsperson von einer zuständigen Person, wenn möglich vom Chefbuchhalter der betreffende Unternehmung, aufgrund einer Bilanz oder Zwischenbilanz oder eines Computerausdrucks neueren Datums schriftlich bescheinigen lässt, welche Teilbeträge der ausgewiesenen Fremdkapital-Bilanzpositionen (Hypotheken, Bankdarlehen, Verbindlichkeiten gegenüber Vorsorgeeinrichtungen, Lieferantenkreditoren, andere kurzfristige Verbindlichkeiten etc.) und welcher Prozentsatz der gesamten Verbindlichkeiten gegenüber Personen im Ausland bestehen. Dieser Prozentsatz, das Datum der betreffenden Zwischenbilanz und dasjenige der darauf bezugnehmenden Buchhalter-Bescheinigung, ferner der Name des betreffenden Buchhalters sollen in der Urkunde angegeben werden; die Zwischenbilanz und die Bescheinigung der "Ausländer-Quoten" bleibt bei den Nebenakten der Urkundsperson.

Fn 105 - Das "Verzeichnis der Aktionäre" ist ebenfalls ein Dokument, das es bei den meisten Aktiengesellschaften nicht gibt. Die Namenaktionäre sind gemäss Art. 686 OR

****S. 906****

darüber vergewissert zu haben, dass keine beherrschende Beteiligung im Sinne des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1983 und der Verordnung vom 1. Oktober 1984 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland besteht."

3210 - Eine solche Urkunde befriedigt den Belegbedarf des Grundbuchverwalters und entlastet ihn von eigener Prüfungsverantwortung. Von einem beurkundungsrechtlichen Standpunkt aus ist der zitierte Text dagegen fragwürdig, weil die Dokumente (c) und (d) nur schwer beigebracht werden können.

3211 - Ihre wirkliche Überzeugung vom schweizerischen Charakter der Unternehmung gewinnt die Urkundsperson in der Regel ohnehin aus anderen Quellen, nämlich aus dem Vorhandensein eines derart gewichtigen Unternehmensschwerpunkts in der Schweiz, dass der Erwerb oder der Besitz der betreffenden Unternehmung durch Ausländer **zum vorwiegenden Zwecke des Erwerbs schweizerischer Grundstücke** keiner kommerziellen Vernunft entspricht. Kein Ausländer wird eine schweizerische Maschinenfabrik aufkaufen oder für seine ausländischen Arbeitnehmer eine Pensionskasse in der Schweiz aufbauen, um auf diesem Weg an schweizerisches Grundeigentum heranzukommen. Weiss die Urkundsperson um den realen Unternehmensschwerpunkt in der Schweiz, so kann sie die einschlägigen Belegbedürfnisse mit gutem Gewissen befriedigen. Ist dagegen unklar, wo die Unternehmung ihre Leute und ihre festen Einrichtungen hat, dann schafft auch eine firmenseitige Bescheinigung über Aktionärswohnorte und Fremdkapitalquoten ausländischer Herkunft keine hinlängliche Gewissheit; dann soll die Urkundsperson die Klientschaft an die Bewilligungsbehörde zur weiteren Abklärung verweisen.

im Aktienbuch festzuhalten. Bei Publikumsgesellschaften besteht meist ein gewisser Prozentsatz von Dispositionsaktien, d.h. von Namenaktien, deren frühere Eigentümer im Aktienbuch gelöscht und deren gegenwärtige Eigentümer der Gesellschaft noch nicht bekannt gegeben worden sind. Die Inhaberaktionäre sind bei vielen Gesellschaften nicht oder nicht vollständig bekannt. Dieser Realität hat die notarielle Beurkundung Rechnung zu tragen. Sie soll etwa lauten: *"Gemäss Bescheinigung von Frau X. vom ... [Datum], Führerin des Aktienbuches der Y-AG, lagen am ... [Datum] 12'387 Namenaktien in der Hand von Personen mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz. Diese Aktien verkörpern 72,4 % sämtlicher statutarischer Aktienstimmen und 85,9 % der gesamten Aktiennennwerte."*

****S. 907****

c) Einhaltung der Vorschriften über die Kapitalherabsetzung; erfolgter Schuldenruf (bei Kapitalherabsetzung, Liquidation und Fusion von Aktiengesellschaften)

3212 - Gemäss Art. 734 OR (für die AG), Art. 788 OR (für die GmbH) und Art. 874 OR (für die Genossenschaft) ist öffentlich zu beurkunden, dass der Schuldenruf erfolgt ist und dass die Gläubiger der das Kapital herabsetzenden Gesellschaft vollständig befriedigt oder sichergestellt wurden¹⁰⁶. Wenn die Urkundsperson in den SHAB-Publikationen selber als Adressatin für die Forderungseingaben angegeben wird, so kann sie mit einiger Zuverlässigkeit aus eigener Überzeugungsbildung bestätigen, dass innert Frist keine Forderungen bei ihr eingegangen sind. Wird als Adresse für die Forderungseingaben dagegen die Gesellschaft selber oder deren Kontrollstelle oder Hausbank angegeben, so muss sich die Urkundsperson ihre Überzeugung aufgrund der blossen Behauptung einer Drittperson bilden. In der Praxis wird solches zwar gemacht; es ist von Beurkundungsrechts wegen jedoch kein befriedigendes Vorgehen, da die Urkundsperson in diesem Falle als eigene Überzeugung ausgibt, wovon sie bloss annehmen kann, dass eine Privatperson es meine.

Fn 106 - Folgender Inhalt der Urkunde mag die notariellen Tätigkeiten illustrieren: *"Beurkundung betreffend Herabsetzung des Aktienkapitals der X.-AG. - Die unterzeichnete Urkundsperson ... beurkundet hiermit, nach Einsicht in a) die öffentliche Urkunde vom 30.12.1992 betreffend Herabsetzung des Aktienkapitals der X.-AG; b)*

die Nummern ..., ... und ... des Schweizerischen Handelsamtsblatts vom ... 1993, ... 1993 und ... 1993, dass 1. der in der öffentlichen Urkunde vom 30. Dezember 1992 beurkundete Beschluss über die Herabsetzung des Aktienkapitals der X.-AG dreimal veröffentlicht worden ist in den vorerwähnten Nummern des Schweizerischen Handelsamtsblattes; 2. in dieser Bekanntmachung die Gläubiger der Gesellschaft aufgefordert worden sind, ihre Forderungen bei der unterzeichneten Urkundsperson anzumelden und Befriedigung oder Sicherstellung zu verlangen; 3. bei der unterzeichneten Urkundsperson bis zum heutigen Tag keine Forderungen angemeldet worden sind (Ort, Datum, Notarunterschrift und Siegel)."

****S. 908****

Kapitel 13: Beurkundungen in Vermerkform

§ 113 Begriffliches

1. Allgemeines

3213 - Für die Beurkundung individueller Erklärungen, für die notariellen Protokolle und die im vorherigen Kapitel dargestellten Beurkundungen bestehender Tatsachen ist die Form der selbständigen Niederschrift typisch. Diese Urkunden bestehen aus einem Hauptteil und allfälligen Beilagen; Beilagen sind fremde Texte, die zum Hauptteil der Urkunde akzessorisch hinzutreten und mit ihm verbunden werden¹.

3214 - Umgekehrt verhalten sich Hauptteil und akzessorisches Hinzutreten bei den notariellen Vermerken, insbesondere bei den Beglaubigungen. Diese werden auf Dokumenten mit bereits vorhandenem Fremd-Text nachträglich beigefügt und nehmen Bezug auf diesen Fremd-Text oder Teile desselben.

3215 - Gemeinsame Eigenschaft aller in Vermerkform ausgefertigten öffentlichen Urkunden ist die Bezugnahme auf das Dokument, auf welchem sie beigesetzt sind. Das Dokument wird durch den notariellen Vermerk nicht als ganzes zur öffentlichen Urkunde, sondern es vereinigt einen vorbestehenden, meist privatschriftlichen Teil mit einer später ausgefertigten öffentlichen Urkunde auf dem gleichen Papier.

3216 - Wird die Echtheit einer Unterschrift nicht auf dem gleichen Dokument notariell bezeugt, auf welchem die Unterschrift steht, so ist

Fn 1 - Zur rechtlichen Bedeutung der Textbeilagen bei Erklärungsbeurkundungen vgl. Ziff. 1389 ff., zu derjenigen von Bildbeilagen (insbesondere Plänen und Planskizzen) Ziff. 1403 ff. - Zum Verhältnis von Haupturkunde zu Beilagen vgl. Ziff. 1380 ff. - Zum Verbot, Dokumente mit späterem Datum der früher datierten Haupturkunde als Beilagen beizufügen vgl. Ziff. 1413 und 1415 ff.

****S. 909****

das notarielle Zeugnis nicht als Vermerk, sondern als selbständige Sachbeurkundung oder als Teil einer selbständigen öffentlichen Urkunde auszugestalten².

3217 - In formeller Hinsicht ist der notarielle Vermerk dadurch gekennzeichnet, dass der Ingress auf die Überschrift und eventuell der Satz "*Die unterzeichnete Urkundsperson beglaubigt...*" verkürzt, dass der Beurkundungsvermerk weggelassen wird und dass die inhaltliche Aussage zuweilen in blossen Stichworten ("...für getreue Kopie..."), nicht in vollständigen Sätzen, gemacht wird. Un-erlässlich (im Sinne einer Voraussetzung des öffentlichen Glaubens) sind für den Vermerk, neben einer verständlichen inhaltlichen Aussage und einer zumindest implizit gemachten Bezugnahme auf das ihn tragende Dokument, das Datum (d.h. die Angabe von Tag, Monat und Jahr der Erstellung des Vermerks), die Unterschrift und das Siegel des Notars.

3218 - Ob und in welchem Umfang die von der Urkundsperson vorgenommenen Kontrollhandlungen im Vermerk zwecks Ersichtlichmachung seiner Wahrheit dokumentiert werden müssen, beur-

teilt sich nach den gleichen Kriterien wie für selbständige Sachbeurkundungen; es handelt sich um eine Frage, die für notarielle Vermerke nicht anders als für selbständige Urkunden zu beantworten ist.

3219 - Die notariellen Vermerke werden in der deutschsprachigen Schweiz gemeinhin insgesamt als "Beglaubigungen" bezeichnet; die französische Terminologie unterscheidet demgegenüber zwischen "légalisation" (Unterschriftsbeglaubigung) und "certification de la conformité" (Kopien-Beglaubigung). In der vorliegenden Arbeit werden die Vermerk-Beurkundungen in drei Gruppen unterteilt, nämlich

- (a) die Beglaubigungen im engeren Sinne,
- (b) die Herstellungsvermerke und
- (c) die Kontrollvermerke.

Fn 2 - Eine ehemalige Basler Praxis ging dahin, im öffentlich beurkundeten Errichtungsakt (Verpfändungserklärung) die Echtheit der Unterschrift des Schuldbriefschuldners auf dem Schuldbrief zu bezeugen; dieses Zeugnis wurde in Basler Terminologie der "Begleitvermerk" genannt. Dabei handelte es sich aber nicht um einen Vermerk in dem hier definierten Sinne, sondern um eine Sachbeurkundung innerhalb einer selbständigen notariellen Niederschrift.

****§. 910****

2. Begriff der Beglaubigung im engeren Sinne

3220 - Beglaubigungen sind eine Untergruppe der in Vermerkform zulässigen Sachbeurkundungen. Die Beglaubigungen im engeren Sinne unterscheiden sich von anderen Vermerk-Beurkundungen dadurch, dass bei der Beglaubigung das notarielle Zeugnis neben die Aussage eines Dritten tritt. **Beglaubigen (im engeren Sinne) heisst Mit-Bezeugen.** Der Urkundenleser soll die in der Urkunde enthaltene Drittaussage in gleicher Weise glauben, wie wenn sie von der Urkundsperson selber stammte. Die beglaubigende Urkundsperson verschafft einem Dritten für **dessen** Aussage den öffentlichen Glauben.

3221 - Als Beglaubigungen in dem hier beschriebenen engeren Sinne sind die meisten Unterschriftsbeglaubigungen zu qualifizieren, ferner die sehr seltenen Datumsbeglaubigungen und ausnahmsweise gewisse Übersetzungsbeglaubigungen.

3222 - Die begriffliche Eigenheit der Beglaubigung im engeren Sinne sei erläutert am Typ der **Unterschriftsbeglaubigung**. Hier wird die in der originalen Unterschrift implizit enthaltene Willenserklärung des Unterzeichners - "ich will, dass der von mir unterzeichnete Text rechtlich mir zugeordnet wird" - dadurch beglaubigt, dass die Urkundsperson die Autorschaft der notariell identifizierten Person des Unterzeichners für die betreffende Unterschrift selber mitbezeugt. Es handelt sich um ein **Mit-Bezeugen** insofern, als der Unterzeichner durch seine Unterschriftsleistung bereits seinerseits seine Autorschaft **selber bezeugt hat**.

3. Begriff des Herstellungsvermerks

3223 - Nicht unter den Begriff der Beglaubigung in dem soeben dargestellten Sinne fallen notarielle Zeugnisse, wenn sie nicht einer impliziten Drittaussage öffentlichen Glauben verleihen, sondern wenn es sich um selbständige Eigenaussagen der Urkundsperson handelt.

3224 - Kein Mit-Bezeugen liegt vor, wenn die Urkundsperson die Echtheit von selber oder durch ihre Hilfspersonen ausgefertigten Fotokopien ("Für getreue Fotokopie...") und Textauszügen ("Für getreuen Auszug...") bescheinigt. Solche Vermerke sind nicht Beglaubigungen im soeben definierten

ten Sinne, sondern Herstellungsvermerke. Die Urkundsperson bezeugt, dass sie eine Fotokopie oder einen Auszug aufgrund eines ihr vorliegenden Originals **selber ausgefertigt** hat.

****§. 911****

3225 - Der wesentliche Unterschied zwischen Beglaubigung im engeren Sinne und Herstellungsvermerk liegt darin, dass bei jeder Beglaubigung eine Kontrollhandlung stattfindet; beim Herstellungsvermerk gibt es keine Kontrollhandlungen³.

3226 - Eigenaussagen und Eigenausfertigungen kann die Urkundsperson in dem hier definierten Sinne nicht "beglaubigen"; niemand kann sein eigenes Tun, seine eigenen Aussagen "beglaubigen". Da sich aber für notarielle Herstellungsvermerke der Begriff der Beglaubigung (in einem weiteren Sinne) fest eingebürgert hat, soll in dieser Arbeit von dem bestehenden Sprachgebrauch nicht abgewichen werden. Wesentlich bleibt die Erkenntnis, dass die Beglaubigung von Unterschriften, manuell ausgefertigten Abschriften von dritter Hand und von Fremd-Übersetzungen rechtlich etwas anderes ist als die notarielle Bescheinigung, ein Dokument in bestimmter Weise (nämlich ab Original) selber ausgefertigt zu haben.

4. Begriff des Kontrollvermerks

3227 - Eine Mittelstellung zwischen der mit-bezeugenden Beglaubigung im engeren Sinne und dem Herstellungsvermerk kommt den Kontrollvermerken zu. Kontrollvermerke liegen vor, wenn die Urkundsperson weder selber ein Dokument ausfertigt, noch die implizite Behauptung einer anderen Person mitbezeugt, sondern wenn sie lediglich ein Dokument - als ein ihr vorliegendes **Objekt** - auf seine Übereinstimmung mit einem anderen Dokument kontrolliert und diese Übereinstimmung bezeugt.

3228 - Kontrollvermerke sind in der Praxis selten geworden. Als Kontrollvermerke zu qualifizieren sind die notariellen Übereinstimmungsbescheinigungen auf jenen Abschriften, Auszügen und Übersetzungen, die ausnahmsweise nicht von der Urkundsperson selber ausgefertigt werden.

3229 - Namentlich das manuelle Kopieren von Texten mit Hand- oder Schreibmaschinenschrift ist heute, angesichts der leichten Verfügbarkeit der Fotokopie, ausser Gebrauch geraten. Es mag dies etwa noch vorkommen, wenn aus einer alten, nicht fotokopierbaren Handschrift oder einem nicht fotokopierbaren, gebundenen Protokollbuch einzelne Passagen von der Klientschaft manuell herauskopiert werden und

Fn 3 - Dies führt dazu, dass richtigerweise die Tarifstruktur für Beglaubigungen eine höhere Entschädigung vorsehen sollte als für Herstellungsvermerke. Vgl. hierzu Ziff. 3521 ff.

****§. 912****

die Übereinstimmung der Kopie mit dem alten Original durch die Urkundsperson zu bescheinigen ist.

3230 - Der Kontrollvermerk unterscheidet sich von der Beglaubigung in dem hier beschriebenen engeren Sinne dadurch, dass nicht die implizite Richtigkeitsbehauptung einer Person (des Kopisten oder Übersetzers) mitbezeugt wird, sondern dass die Kopie oder Übersetzung als Objekt kontrolliert und ihre Konformität mit einem notariell identifizierten Original bescheinigt wird. Die Person des Kopisten oder Übersetzers spielt beim objektbezogenen Kontrollvermerk keine Rolle.

3231 - Häufiger als bei den manuell angefertigten Abschriften kommt der Kontrollvermerk bei Textauszügen, namentlich bei Protokollauszügen zuhanden des Handelsregisteramtes vor. Manche Firmen übersenden der Urkundsperson das originale Protokoll zusammen mit einem bereits firmenseitig redigierten Protokollauszug⁴, der nur die für das Handelsregister wesentlichen Beschlüsse

enthält, worauf die Urkundsperson die Konformität dieses Auszugs kontrolliert und in Vermerkform bescheinigt.

5. Bedeutung der begrifflichen Unterscheidung

3232 - Die Unterscheidung von Beglaubigungen im engeren Sinne des Mitbezeugens einerseits, von Herstellungs- und Kontrollvermerken andererseits ist insofern bedeutsam, als bei den Beglaubigungen die Person eine Rolle spielt, deren implizite Aussage notariell mit-bezeugt werden soll: Nur diese Person kann als Klientin betrachtet werden; auf ihren Beurkundungswillen kommt es an, wenn danach gefragt wird, für wen die Urkundsperson die Beglaubigung ausstellt und ausstellen darf. - Wegen des Personenbezugs von Beglaubigungen spielen hier auch die Ausstandsregeln eine Rolle, so dass die Urkundsperson insbesondere nicht ihre eigene Unterschrift beglaubigen kann⁵.

Fn 4 - Ein Missbrauch, dem die Urkundsperson zu wehren hat, liegt vor, wenn ihr gewisse Firmen nur den selbst angefertigten Protokollauszug zur Anbringung des notariellen Vermerks zusenden, ihr aber das vollständige Protokoll vorenthalten in der Meinung, die übrigen Parteien gingen auch die Urkundsperson nichts an. Die Urkundsperson kann die Konformität des Auszugs nicht bescheinigen, wenn sie nicht das vollständige Original vor Augen gehabt hat.

Fn 5 - Die von diesem Grundsatz abweichende Bestimmung von BE NG Art. 28, welche die Geltung von Ausstandsregeln für die Unterschriftsbeglaubigung schlechthin negiert und damit sogar die notwendige Distanz zwischen amtlicher Funktion und privaten Belangen der Urkundsperson in Abrede stellt, kann von Bundesrechts wegen keine Geltung beanspruchen. Die von der Urkundsperson ausgestellte Beglaubigung ihrer eigenen Privatunterschrift wird dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung nicht gerecht. HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 162, N 3 zu § 6 hält fest: "Allerdings ist die Beglaubigung der eigenen Unterschrift nichtig, da diese Handlung sich nicht mit der Stellung des Notars als eines unabhängigen Trägers eines öffentlichen Amtes verträgt". Dieser Grundsatz muss für die Urkundspersonen in der Schweiz Geltung haben. - Neuestens weist DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Langenthal 1992, S. 230/1 darauf hin, dass die Beglaubigung der eigenen Unterschrift die Würde und das Ansehen des Notariatsstandes gefährden kann, hält aber die Ausnahmebestimmung von BE NG Art. 28 Abs. 1 im Ergebnis mit den bundesrechtlichen Mindestanforderungen gerade noch für vereinbar. - Vgl. auch vorn Ziff. 1631 ff.

****§. 913****

3233 - Bei Herstellungs- und Kontrollvermerken spielt die Person, welche zur Beurkundung den Anstoss gibt bzw. welche die Beurkundung verlangt, keine Rolle; diese Person braucht nicht identifiziert zu werden⁶ und es gibt hier keine Ausstandsgründe⁷.

§ 120 Gemeinsame Regeln für alle Vermerke: Gestalt des Vermerks

3234 - Bei den notariellen Vermerken wird usanzgemäss darauf verzichtet, jene Person zu erwähnen, welche die Vornahme der Beglaubigung verlangt hat. Mit Ausnahme der stets zu setzenden Überschrift kann der Urkundeningress, ferner der Beurkundungsvermerk, d.h. die Protokollierung von Kontrollhandlungen mit Angabe ihres Ortes und des Datums ihrer Durchführung, weggelassen werden, wenn die Urkundsperson als Kernaussage des Vermerks selber die Echtheit oder Konformität des betreffenden Dokumentes bezeugt.

3235 - Unterlässt sie diese Bezeugung und teilt sie lediglich mit, was ein Dritter vor ihr zu Protokoll erklärt hat oder welche Kontrollhandlungen sie vorgenommen hat, so sind Angabe von Ort und Zeit erforderlich, und es können in diesem Falle nur Kontrollhandlungen mit öffentlichem Glauben bezeugt werden, die im örtlichen Tätigkeitsgebiet der Urkundsperson vorgenommen wurden.

Fn 6 - So ausdrücklich LU BeurkG § 25 Abs. 2: "Die Feststellung der Identität ist nicht erforderlich, wenn eine Abschrift, ein Auszug, eine andere Wiedergabe eines Schriftstückes oder eine Übersetzung amtlich zu beglaubigen ist."

Fn 7 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 79, N 2 zu Art. 28 NG BE.

****S. 914****

3236 - Bei Abschrifts-, Auszugs- und Übersetzungsbeglaubigungen umfasst das notarielle Zeugnis den **gesamten** abgeschriebenen oder übersetzten Text. Durch die äussere Gestaltung des Beglaubigungsvermerks muss eindeutig und fälschungssicher klargestellt werden, welches der beglaubigte Text ist.

3237 - Bei den Beglaubigungen von Übersetzungen ist zudem die eindeutige und bleibende Identifizierbarkeit des übersetzten **Ausgangstextes** seitens der Urkundsperson sicherzustellen. Am zweckmässigsten erfolgt dies dadurch, dass der Ausgangstext mit der beglaubigten Übersetzung durch Schnur und Siegel verbunden wird.

3238 - Für die meisten notariellen Vermerke kann als einziges relevantes **Urkundendatum** dasjenige der Beisetzung der Notarunterschrift gelten. Dies gilt auch für Beglaubigungsvermerke. Um bei Unterschriftsbeglaubigungen, welche die persönliche Unterschriftsleistung oder Unterschriftsankererkennung durch den Unterzeichner vor der Urkundsperson bezeugen, kein späteres Beglaubigungsdatum zu erhalten als dasjenige des Tages der Begegnung von Urkundsperson und Unterzeichner, soll die Urkundsperson die Beglaubigung und ihre Unterschrift stets am gleichen Tag beisetzen, an welchem die zu beglaubigende Unterschrift vor ihr beigesetzt oder anerkannt wurde.

§ 114 Notarielle Vermerke auf mehrseitigen Dokumenten

3239 - Ob bei der Unterschriftsbeglaubigung auf mehrseitigen Dokumenten die urkundenmässige Verbindung sämtlicher Blätter nötig ist, um den späteren Austausch einzelner Blätter zu erschweren und den durch die beglaubigte Unterschrift ursprünglich gedeckten Text intakt zu sichern, muss aus einer Würdigung der Umstände abgeleitet werden. Die Schnürung und Siegelung des gesamten mehrseitigen Dokuments um einer blossen Unterschriftsbeglaubigung willen ist geeignet, den falschen Anschein einer das ganze Dokument umfassenden notariellen Inhaltskontrolle zu erwecken; dies spricht gegen das Zusammennähen der mehreren Blätter. Ergibt sich jedoch aus den Umständen, dass die Entfernung, der Austausch oder die Einfügung weiterer Blätter zu einer Veränderung der Rechtslage ohne Wissen und Willen des Unterzeichners führen könnte und dass gewisse Interessen an einer solchen Manipulation bestehen können, so ist die urkundenmässige Verbindung sämtlicher Blätter angezeigt.

3240 - Mehrseitige **Abschrifts-, Auszugs- und Übersetzungsbeglaubigungen** sind regelmässig durch Schnur und Siegel urkundenmässig

****S. 915****

zu einem einzigen Dokument zu verbinden. Hier umfasst das notarielle Zeugnis die **Vollständigkeit des beglaubigten Textes**; die äussere Gestalt der Urkunde muss so sein, dass die Entfernung, Beifügung oder der Austausch einzelner Blätter nicht ohne weiteres möglich ist.

§ 115 Unterschriftsbeglaubigung: Beurkundungsvoraussetzungen

3241 - Erläuternde Vorbemerkung: Die Unterschriftsbeglaubigung⁸ ist jener Urkundentyp, der in der Praxis am häufigsten zur Anwendung gelangt⁹. Dies rechtfertigt es, die Unterschriftsbeglaubigung einlässlich zu erörtern. Die Darstellung gilt der Unterschriftsbeglaubigung natürlicher Personen. Auf Besonderheiten bei der Beglaubigung von Firmenunterschriften wird an gegebener Stelle jeweils hingewiesen.

3242 - Die meisten Beurkundungsgesetze lassen die Vorstellung des Gesetzgebers erkennen, dass der Unterzeichner sich mit dem noch nicht unterzeichneten Dokument zur Urkundsperson begibt, sich dort mit einem Ausweispapier über seine Identität ausweist und vor den Augen der Urkunds-

person die Unterschrift auf dem betreffenden Dokument beisetzt, worauf die Urkundsperson die Echtheit beglaubigt.

Fn 8 - Im deutschen Recht wird terminologisch zwischen Beglaubigung und Legalisation unterschieden, wobei der erste Begriff die notarielle Echtheitsbezeugung einer Unterschrift, der zweite Begriff die amtliche Bescheinigung der Kompetenz und Identität der beglaubigenden Urkundsperson ("Überbeglaubigung" gemäss deutschschweizerischer Terminologie) meint; vgl. HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkGt, N. 52 zu § 1, S. 92. - ETIENNE BOURGNON, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 68 (1987) S. 73-90 (73) definiert in ähnlichem Sinne: "On entend par légalisation de signature l'attestation officielle de l'authenticité de la signature d'une personne publique (Legalisierung) ou d'une personne privée (Beglaubigung)". - In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff der Legalisation nicht verwendet; er ist, wegen seiner in den deutschen Sprachraum hinüberwirkenden, leicht verschiedenen Bedeutungen in den romanischen Sprachen und im Englischen, als präziser juristischer Terminus nicht brauchbar.

Fn 9 - Zur Beglaubigungskompetenz im internationalen Amtsverkehr vgl. ETIENNE BOURGNON, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 68 (1987) S. 73-90; eine Liste der schweizerischen Beglaubigungsinstanzen, die von der Bundesrepublik Deutschland ohne Überbeglaubigung unmittelbar anerkannt werden findet sich bei TRUTZ LINDE, Unterschriftsbeglaubigungen in der Schweiz, ZBGR 53 (1972) S. 342-347.

****S. 916****

3243 - Dieser Ablauf ist derart aufwendig, dass Klienten und Urkundspersonen mit wiederkehrenden Beglaubigungsbedürfnissen die vereinfachte (vom Gesetzgeber kaum in Betracht gezogene) Form der **Beglaubigung unter Abwesenden**¹⁰ vorziehen, sofern diese vom kantonalen Gesetzgeber nicht ausdrücklich verboten oder eingeschränkt wurde. Namentlich Firmen, die einen häufigem Kontakt mit ausländischen Amtsstellen haben, arrangieren sich mit einer Urkundsperson meist dahingehend, dass die Unterschriftsberechtigten sich ein einziges Mal bei der Urkundsperson persönlich vorstellen, worauf in der Folge die Unterschriften auf Dokumenten aller Art während Jahren auf dem Korrespondenzweg beglaubigt werden¹¹.

3244 - Bei Unterschriftsbeglaubigungen ist im Auge zu behalten, dass die vom Unterschrifts-Autor gemachte und von der Urkundsperson zu bestätigende (zu beglaubigende) Aussage nicht nur dahin geht, der Autor habe die Unterschrift selber gesetzt. Vielmehr bringt der Autor einer Unterschrift durch die Unterzeichnung eines Textes zum Ausdruck, dass er sich diesen Text rechtlich zuordnen lassen will.

3245 - Die notarielle Unterschriftsbeglaubigung besagt also nicht nur, die identifizierte Person X sei Autorin der vorliegenden Unterschrift, sondern sie besagt zudem implizit, der unterzeichnete Text sei dieser Autorin zuzurechnen. Damit wird der Text selber nicht zur öffentlichen Urkunde. Die Urkundsperson hat weder kontrolliert noch bestätigt sie, dass der betreffende Text dem wirklichen Wissen und Willen der unterschriftsleistenden Person entspricht. Die Urkundsperson braucht sich um diesen Text, seine Vernünftigkeit, Widerspruchsfreiheit, Vollständigkeit etc. nicht im einzelnen zu kümmern. Die Zuordnung des Textes zum Autor der Unterschrift ist die einzige Tatsache, welche die beglaubigende Urkundsperson bestätigt.

3246 - Nach diesen erläuternden Vorbemerkungen sind die einschlägigen Beurkundungsgrundsätze darzustellen und einzeln zu erläutern:

Fn 10 - In deutscher Terminologie wird von Fernbeglaubigung gesprochen; vgl. HUH/VON SCHUCKMANN, S. 501 N. 19 zu § 40 des [deutschen] BeurkG.

Fn 11 - Allzu einschränkend und im Widerspruch zur herrschenden Praxis in der Schweiz sind SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 90 zu Art. 13 OR, S. 572, der Auffassung, die Beglaubigung unter Abwesenden sei unzulässig. Mit ähnlichem Misstrauen begegnet das deutsche Beurkundungsrecht der Beglaubigung unter Abwesenden: § 40 Abs. 1 des [deutschen] BeurkG lautet: "Eine Unterschrift soll nur beglaubigt werden, wenn sie in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt wird." Unter der Voraussetzung qualifizierter telephonischer Geräte akzeptieren HUH/VON SCHUCKMANN, N. 20 zu § 40, S. 502, immerhin die Fernbeglaubigung bei telephonischer Unterschriftsanerkennung durch den Unterzeichner gegenüber der Urkundsperson persönlich. - Die mit der Notariats-

praxis vertrauten Autoren SIDLER und MARTI gehen übereinstimmend von der Zulässigkeit der Unterschriftsbeglaubigung unter Abwesenden aus, vgl. MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 132; SIDLER, Komm. LU (1975) S. 127, N. 3 zu § 42; diese Beglaubigungsform muss in der ganzen Schweiz als zulässig gelten, unabhängig vom Wortlaut kantonaler Beurkundungserlasse.

****S. 917****

1. Beurkundungsgegenstand

3247 - Gegenstand der Unterschriftsbeglaubigung sind Unterschriften im Sinne von Art. 13 OR, d.h. jene Namenszüge, die vom Unterzeichner als sein individuelles Zeichen im Schriftverkehr regelmässig verwendet werden, die also seine Unterschrift im Rechtssinne darstellen¹². Unerheblich ist, ob die Unterschrift leserlich¹³ ist oder ob sie den bürgerlichen Namen des Unterzeichners vollständig und richtig wiedergibt. Auch Künstlernamen und Pseudonyme¹⁴ können der Beglaubigung zugängliche Unterschriften darstellen, sofern der Unterzeichner sich ihrer regelmässig bedient.

3248 - Bei der Unterschriftsbeglaubigung unter einer privatschriftlichen Erklärung bezeugt die Urkundsperson unmittelbar die Echtheit der Unterschrift unter einem bestimmten Text und damit mittelbar die rechtliche Zuordnung des unterzeichneten Textes zu der durch die Unterschrift individualisierten und identifizierten Person¹⁵.

Fn 12 - ETIENNE BOURGNON, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 68 (1987) S. 73-90 (88) fordert, "qu'il s'agisse de signes distinctifs habituels, révélateurs de la personnalité", unter Hinweis auf PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973, p. 175, wonach die Unterschrift im Rechtssinne "marque la volonté de déclarer du signataire". "La signature est le nom par lequel une personne (le signataire) affirme par écrit son identité, **en relation avec une déclaration écrite qu'elle entend faire sienne**" (E. BEGUELIN, Forme du contrat et signature, FJS 199).

Fn 13 - Diesbezüglich wohl überholt ein Entscheid der Cour de justice civile du canton de Genève, Semaine judiciaire 1942 p. 385 ss., welcher die Verweigerung der Beglaubigung für unleserliche Unterschriften akzeptierte, "lorsque le nom qu'il doit représenter ne peut être déterminé". - Vgl. hierzu die deutsche Praxis gemäss HUHNS/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, S. 498, N 8 zu § 42: "Die zu beglaubigende Unterschrift braucht nicht lesbar, muss aber vollständig sein; diese - den Engherzigkeiten der Rechtsprechung abgewonnene - Formel besagt, dass der Notar als Unterschrift nur denjenigen Schriftzug beglaubigen darf, der nach der dem Notar deutlichen Vorstellung des Unterschreibenden seine vollständige Unterschrift sein soll; dafür genügt eine die Identität des Unterschreibenden kennzeichnende Individualität des Schriftzuges; Abkürzungen innerhalb des Schriftzuges nehmen ihm also nicht die Eigenart als Unterschrift." - Gemeint sind hier offensichtlich die in der Unterzeichnungsroutine entstandenen, dauernd verwendeten Abkürzungen; keine der Beglaubigung zugängliche Unterschrift ist aber die ausnahmsweise Abkürzung, etwa die Reduktion auf die Initialen, mag das graphische Bild auch noch so individuell geprägt sein.

Fn 14 - So ETIENNE BOURGNON, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 68 (1987) S. 73-90 (88).

Fn 15 - In diesem Sinne SEIYBOLD/HORNIG, Kommentar zur [deutschen] Bundesnotarordnung, 5. Aufl. München (1976) S. 340, N 10 zu § 20: Die "Erklärungsunterschrift bedeutet das Bekennen des Unterzeichners zu dem darüberstehenden Text (§ 416 ZPO); die gleiche Bedeutung hat ein notariell beglaubigtes Handzeichen. Auch im Falle der

****S. 918****

3249 - Unbezeugt bleibt die inhaltliche Bewusstmachung des unterzeichneten Textes. Dass der Unterzeichner den Text gelesen hat und dass dieser seinem wirklichen, ernsthaften Wissen oder Willen entspricht, ist von der Urkundsperson anlässlich der Unterschriftsbeglaubigung nicht zu kontrollieren, wird von ihr nicht bezeugt und auch nicht von Rechts wegen vermutet¹⁶; es genügt, dass der Unterzeichner den Text kennen konnte.

3250 - Erläuterung: Gegenstand der Unterschriftsbeglaubigung ist nicht die Herkunft eines irgendwie handgeschriebenen Namenszuges, nicht bloss die Zuordnung von manuell produzierten Zeichen zu einer individualisierten Person als deren Autor, sondern eines **Namenszuges mit Unterschriftsqualität** und damit mittelbar die Zuordnung **des unterzeichneten Textes zu der unterzeichnenden Person**¹⁷. Die Art der Zuordnung (Autorschaft von Aussagen im ausserrechtlichen Bereich [Briefe, wissenschaftliche und literarische Arbeiten], Behaftungswille bei rechtserheblichen Wissenserklärungen, rechtliche Gestaltung bei

Blankounterschrift ist es nicht anders: Mit der Blankounterschrift bekennt sich der Unterzeichner zu einem erst später ganz oder teilweise noch einzusetzenden Text; die Blanks-Unterschrift kommt der Vollmacht nahe. Gegenstand der [notariellen] Bezeugung ist nicht nur, dass die Schriftzeichen (oder Handzeichen) von einer bestimmten Person gefertigt wurden, sondern auch, dass sich mit diesen Zeichen der Unterzeichner zu dem darüberstehenden Text bekennt, als in jedem Fall eine (auch konkludent geschehende) Anerkennung. Die in § 40 genannte Alternative 'vollzogen und anerkannt' ist keine echte Alternative, erforderlich ist in jedem Fall die Anerkennung der Unterschrift als Unterschrift (des Handzeichens als Handzeichen); dazu kann (aber muss nicht) bezeugt werden, dass die Fertigung der Schrift- oder Handzeichen vor dem Notar erfolgte."

Fn 16 - Vgl. BUCHER, OR AT (2.A. 1988) S. 165. - Im Unterschied dazu bezeugt die Urkundsperson bei der Beurkundung von Willenserklärungen die Tatsache der **Erklärungsabgabe nach gehöriger Bewusstmachung der Inhalte**. Ob der Unterzeichner das Erklärte in seinem Innern letztlich wirklich will, ist ausserhalb des Erkenntnis- und Zeugnisbereichs der Urkundsperson; der äusserungskonforme innere Wille wird von Rechts wegen kraft des öffentlichen Glaubens gemäss Art. 9 ZGB vermutet, nicht von der Urkundsperson bezeugt.

Fn 17 - Vgl. PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel 1973, S. 175: "La signature est le nom par lequel une personne (le signataire) affirme par écrit son identité, *en relation avec une déclaration écrite qu'elle entend faire sienne*" (unter Verweis auf E. BEGUELIN, *Forme du contrat et signature*, FJS 199); in gleichem Sinne ETIENNE BOURGNON, *La légalisation des signatures en droit suisse et international*, ZBGR 68 (1987) S. 73-90 (Ziff. V/2, S. 88). - Unter rechtsgeschäftlichen Texten hat die Unterschrift die spezielle Funktion, den rechtsgeschäftlichen Erklärungswillen des Unterzeichnenden zu dokumentieren; BUCHER, OR AT (2.A. 1988) S. 164; in der Unterschrift tritt der sogenannte Erklärungswille zutage; VON TUHR/PETER, OR AT I (1974/1979) S. 239; ETIENNE BOURGNON, a.a.O. S. 89: "La légalisation rend certaine la signature légalisée. De ce fait, les déclarations contenues dans le document souscrit sont présumées émaner du signataire."

****S. 919****

individuellen Willenserklärungen¹⁸; Genehmigungs-, Zustimmung- oder blosse Kenntnisnahme-Erklärung unter Texten von fremder Hand, etc.) wird durch die Unterschriftsleistung als solche nicht definiert und durch die notarielle Unterschriftsbeglaubigung nicht bezeugt, wohl aber wird die Zuordnung im Sinne eines abstrakten geistigen Bandes zwischen unterschriebenem Text und Unterzeichner durch die Unterschriftsleistung zum Ausdruck gebracht und vom Beglaubigungsvermerk bezeugt¹⁹.

3251 - Wenn ein unterzeichneter Text zur Unterschriftsbeglaubigung gebracht wird, so ist in den meisten Fällen die erwähnte Text-Zuordnung die rechtlich erhebliche Tatsache. Wie ein Unterschriftsmuster des betreffenden Autors auf weissem Papier aussieht, ist für sich allein in der Regel keine rechtlich erhebliche Tatsache; auch ist der für jede Sachbeurkundung erforderliche rechtliche Bezug bei Unterschriftsmustern auf weissem Papier nicht erkennbar²⁰.

3252 - Bezüglich eines Handzeichens auf weissem Papier verliert der **Begriff der Echtheit**, die in der Unterschriftsbeglaubigung notariell zu bezeugen ist, unter Umständen seinen Sinn. Jedes handgeschriebene Zeichen stammt von einem Autor und ist als dessen graphisches Produkt "echt"; nicht allein auf solche Echtheit im Sinne graphischer Autorschaft kommt es aber an, sondern auf die Echtheit der **Unterschrift als individualisierendes Zuordnungszeichen für geschriebenes Wort im Rechtsverkehr** (vgl. Art. 13 Abs. 1 OR). Auch der Begriff der Unechtheit hat nur im Zusammenhang mit der von der Unterschrift geleisteten rechtlichen Zuordnung einen Sinn. Nicht die Imitation einer fremden Unterschrift auf weissem Papier führt zum Tatbestand der Unechtheit oder der

Urkundenfälschung, sondern jene Imitation, **welche über die Zuordnung eines unterzeichneten Textes täuscht**²¹.

3253 - Aus der hier vertretenen Sinndeutung der Unterschriftsbeglaubigung ergibt sich die notarielle Pflicht, die Beglaubigung abzulehnen,

Fn 18 - Vgl. zu diesem Begriff Ziff. 85 f.

Fn 19 - Auf der Grundlage einer allgemeinen, lediglich durch den Vorbehalt rechts- und sittenwidriger Sachzusammenhänge und reklamehafter Beglaubigungen eingeschränkten Beglaubigungspflicht steht ETIENNE BOURGNON, *La légalisation des signatures en droit suisse et international*, ZBGR 68 (1987) S. 73-90 (87).

Fn 20 - Insofern muss wohl der Begriff der Unterschriftsbeglaubigung, wie ihn MARTI, *Notariatsrecht* (1983) S. 182, N 1 zu Art. 30 ND BE definiert ("Unterschriftsbeglaubigung ist die notarielle Feststellung, dass die auf einem Dokument befindliche Unterschrift von der in der Beglaubigung genannten Person eigenhändig geschrieben oder von ihr ausdrücklich als eigene Unterschrift anerkannt worden ist"), als etwas zu eng qualifiziert werden.

Fn 21 - Zum Inhalt der Unterschriftsbeglaubigung vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 88 zu Art. 13 OR, S. 572.

****§. 920****

wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Unterzeichner den unterzeichneten Text nicht kennt oder sich über dessen Inhalt täuscht.

a) In der Regel keine Beglaubigung undatierter Unterschriften

3254 - *Die Urkundsperson soll eine Unterschrift nur dann beglaubigen, wenn sie datiert ist, d.h. wenn das Datum ihrer Beisetzung aus dem unterzeichneten Dokument ersichtlich ist.*

3255 - Erläuterung: Es handelt sich um eine Ordnungsregel. Die Unterschriftsbeglaubigung bezeugt nicht die zeitlose Echtheit eines graphischen Zeichens, sondern die Echtheit dieses Zeichens als Willensäußerung in bezug auf den unterzeichneten Text. Die durch die Unterschriftsleistung dargestellte Willensäußerung ist etwas Historisch-Einmaliges und soll, zur Vermeidung späterer Manipulationen und Täuschungshandlungen, von Anfang an datiert sein. Der notarielle Beglaubigungsvermerk, der seinerseits ebenfalls datiert sein muss, darf unter keinen Umständen ein früheres Datum als die beglaubigte Unterschrift tragen, da sonst der Anschein einer unzulässigen (und nichtigen) Vorratsbeglaubigung auf weissem Papier entstehen müsste. Das Risiko der Entstehung eines solchen Anscheins wird vermindert, wenn die Urkundsperson darauf besteht, dass die von ihr zu beglaubigende Unterschrift ihrerseits vom Unterzeichner datiert wird, bevor die Urkundsperson den Beglaubigungsvermerk beisetzt.

b) In der Regel keine Beglaubigung von Blankett-Unterschriften

3256 - *Wird von der Urkundsperson die Beglaubigung einer Blankett-Unterschrift verlangt, so hat die Urkundsperson, zur Vermeidung von Missbräuchen, abzuklären, ob die Beglaubigung einem schutzwürdigen Zweck dient. Vermag der Unterzeichner keinen schützenswerten Bedarf an der Beglaubigung seiner Blankett-Unterschrift darzutun, so ist dem Beglaubigungsbegehren nicht stattzugeben*²². *Wird die Unterschrift ausnahmsweise blanko beglaubigt, so ist dieser Umstand im Beglaubigungstext ausdrücklich zu erwähnen*²³.

Fn 22 - So auch HUH/VON SCHUCKMANN, *Kommentar zum [deutschen] BeurkG*, N. 15 zu § 40, S. 500.

Fn 23 - So ZH NV § 179 Abs. 2; § 40 Abs. 5 des deutschen BeurkG.

****S. 921****

c) Zurückhaltende Unterschriftsbeglaubigung unter lückenhaftem Text

3257 - *Als häufigster Tatbestand der Unterschriftsbeglaubigung unter lückenhaften Texten fällt die Vollmachtserklärung mit offengelassenem Namen des Bevollmächtigten in Betracht. Gegen solche Beglaubigungen bestehen keine Bedenken. Die Erwähnung der Lücke im Beglaubigungsvermerk ist nicht erforderlich.*

3258 - *Im übrigen ist bei der Unterschriftsbeglaubigung unter lückenhaften Texten Zurückhaltung am Platz. Sind die Lücken solcher Art, dass sie eine missbräuchliche Dokumentenverwendung nahelegen, so ist die Unterschriftsbeglaubigung abzulehnen. Wird trotzdem beglaubigt, so empfiehlt sich ein Hinweis auf die Lückenhaftigkeit des unterzeichneten Textes im Zeitpunkt der Unterschriftsbeglaubigung²⁴.*

3259 - *Besteht die Lücke im Fehlen des Unterzeichnungsdatums, so ist die Lücke wenn immer möglich anlässlich der Beglaubigung zu schliessen, d.h. das Dokument zu datieren²⁵. Vgl. hierzu vorn, Ziff. 3254.*

d) Keine Beglaubigung historischer Unterschriften

3260 - *Gegenstand der Beglaubigung können nur Unterschriften sein, welche durch den Unterzeichner im Zeitpunkt der Beglaubigung mit rechtlich gleicher Bedeutung reproduziert werden könnten. Unterschriften auf historischen Dokumenten, deren Beweiswert und rechtliche Zuordnung wegen Zeitablaufs der heutigen Verfügung ihrer Autoren entzogen sind, dürfen nicht notariell beglaubigt werden. Aus dem gleichen Grunde dürfen Unterschriften verstorbener Personen nicht beglaubigt werden.*

3261 - Erläuterung: Zum Verständnis dieses Grundsatzes denke man an die bestrittene Echtheit der Unterschrift auf einem Schriftstück, das am letzten Tag einer Frist abgesandt wurde und - im Falle der unrichtigen Unterzeichnung - unwirksam bleiben müsste oder an einen Gästebucheintrag, der im Rahmen einer strafrechtlichen Verteidigung als Alibi geltend gemacht wird. - Im nachhinein betrifft die Echtheit solcher Unterschriften historisch abgeschlossene, nicht mehr reproduzierbare Vorgänge. Im Nachhinein mag der Echtheitsbeweis mit vitalen Interessen des Unterzeichners verknüpft sein. Der Beweis ist erforderlichenfalls mit kriminaltechnischen Mitteln zu führen. Das Anerkennen der Unterschrift vor der Urkundsperson durch den (angeblichen)

Fn 24 - Vgl. hierzu HUH/VON SCHUCKMANN, Kommentar zum [deutschen] BeurkG, N. 16 zu § 40, S. 501.

Fn 25 - Mit Ermächtigung des Unterzeichners kann das Datum auch von der Urkundsperson eingefügt werden.

****S. 922****

Unterzeichner wird zur blossen Parteibehauptung in einem Verfahren mit kontradiktorischer Wahrheitsfindung. Die Urkundsperson darf und kann nicht einer solchen Parteibehauptung im Vorfeld richterlicher Verifikation den öffentlichen Glauben verleihen²⁶.

3262 - Aufgrund des Gesagten können die **Unterschriften Verstorbener** grundsätzlich **nicht** mehr Gegenstand notarieller Beglaubigung sein. Ist die Echtheit rechtserheblich, so haben sich die an der Beweisführung interessierten Personen auf jedem gangbaren Weg um ihre Rechtswahrung zu kümmern; der öffentliche Glaube der Urkundsperson kann für solche postume Beweisführung nicht in Anspruch genommen werden.

e) Beglaubigungsgegenstand: Rechtstatsache der Autorschaft, nicht kriminaltechnische Echtheit und nicht Dokumentenechtheit der Schriftherstellung

3263 - Die beglaubigende Urkundsperson bezeugt die Autorschaft für eine Unterschrift aufgrund der unmittelbaren Wahrnehmung des Unterzeichnungsvorganges oder aufgrund der Kenntnis der Unterschrift. Bei der Unterschriftsbeglaubigung im Abwesenheitsverfahren ist die Urkundsperson zu sorgfältiger Echtheitskontrolle von blossem Auge, nicht aber zu kriminaltechnischen Analysen verpflichtet; die Beglaubigung bezeugt und gewährleistet nicht Echtheit in kriminaltechnischem Sinne.

3264 - Ob die Unterschrift mit dokumentenechtem Schreibmittel (Tinte, dokumentenechter Kugelschreiber) produziert und insofern den rechtlichen Anforderungen an das unterzeichnete Dokument gerecht wird, ist eine Frage, welche durch die Beglaubigung nicht beantwortet wird²⁷. Die Urkundsperson soll jedoch nur Unterschriften beglaubigen, die mit so haltbaren Schreibmitteln hergestellt sind, dass sie nach Beisetzung der Beglaubigung nicht ohne weiteres spurlos entfernt oder verändert werden können.

3265 - Erläuterung: Der öffentliche Glaube des notariellen Vermerks bezieht sich auf die Rechtstatsache der Autorschaft der in der Beglaubigung erwähnten Person, nicht auf die kriminaltechnische Echtheit der Unterschrift in physikalischem Sinn. Ist die Echtheit einer im Abwesenheitsverfahren beglaubigten Unterschrift prozessual streitig, indem Fälschung behauptet wird, so kann der Beglaubigungsvermerk bezüglich der physikalischen Herkunft der beglaubigten Unterschrift keinen verstärkten Beweis schaffen, weil die Urkundsperson nicht Expertin der kriminaltechnischen Echtheitskontrolle ist und eine sol-

Fn 26 - Vgl. Ziff. 1619 f.

Fn 27 - In diesem Sinne zutreffend der Entscheid des aargauischen Verwaltungsgerichtes i. S. Weber vom 26.9.1975, AGVE 1975 S. 141-145.

****§. 923****

che auch gar nicht vorgenommen hat. Die Belegfunktion der Unterschriftsbeglaubigung im nicht-streitigen Rechtsverkehr geht weiter als ihre Beweiskraft bei bestrittener Echtheit.

3266 - Die Zurückhaltung bei der Beglaubigung bleistiftgeschriebener²⁸ oder anderer leicht löschbarer Unterschriften ist geboten, weil hier die spätere Veränderung der beglaubigten Unterschrift leicht möglich ist; im Falle einer solchen Manipulation würde die notarielle Beglaubigung einer qualifizierten Fälschung Vorschub leisten.

2. Sachliche Zuständigkeit

3267 - Die sachliche Zuständigkeit der Urkundsperson erstreckt sich auf die Beglaubigung aller Unterschriften, die gemäss den soeben dargelegten Kriterien Gegenstand der Unterschriftsbeglaubigung sein können.

3. Örtliche Zuständigkeit

a) - Grundsatz

3268 - Die Urkundsperson ist örtlich zuständig für die Beglaubigung aller Unterschriften, die innerhalb ihres örtlichen Tätigkeitsgebietes zur Beglaubigung gelangen und von deren Echtheit sie sich in geeigneter Weise überzeugt hat. An welchem geographischen Ort sich der Unterzeichner anlässlich der Beisetzung der zu beglaubigenden Unterschrift befunden hat und an welchem Ort sich die Urkundsperson ihre Überzeugung von der Echtheit gebildet hat, spielt keine grundsätzliche Rolle.

3269 - Erläuterung: In örtlicher Hinsicht spielt es keine Rolle, an welchem geographischen Ort sich die Urkundsperson ihre Überzeugung von der Echtheit der Unterschrift gebildet hat. Dieser Ort kann ausserhalb ihres örtlichen Tätigkeitsgebietes liegen. Denn die Echtheit einer Unterschrift ist eine (örtlich nicht anknüpfbare) bestehende Tatsache. Diese Tatsache wird bezeugt. Die Unterschriftsbeglaubigung ist nicht als die (ört-

Fn 28 - ZH NV § 175 Abs. 2 verbietet die Beglaubigung bleistiftgeschriebener Unterschriften.

****S. 924****

lich fixierte) Protokollierung eines Vorganges zu interpretieren²⁹. Das Wesen der Unterschriftsbeglaubigung besteht darin, dass die Urkundsperson die Echtheit als bestehende Tatsache beurkundet³⁰.

b) - Besonderheit bei Fernbeglaubigungen

3270 - Im Abwesenheitsverfahren soll die Urkundsperson in der Regel die Unterschriften nur solcher Personen beglaubigen, welche ihren Wohnsitz, ihre Geschäftsniederlassung oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt innerhalb des örtlichen Tätigkeitsgebietes der Urkundsperson haben. Vorbehalten bleiben Ausnahmen aus wichtigen Gründen.

3271 - Erläuterung: Die Glaubwürdigkeit der Unterschriftsbeglaubigung wird in den Augen der Urkunden-Adressaten faktisch dadurch gestützt, dass sich die Urkundsperson zum Unterzeichner in geographischer Nähe befindet, ihn und seine Unterschrift also aufgrund solcher Nähe persönlich kennt oder kennen kann. Da bei der Beglaubigung im Abwesenheitsverfahren keine kriminaltechnische Echtheitskontrolle stattfindet, sondern da sich die Urkundsperson ihre Überzeugung von der Unterschriftenechtheit aufgrund einer summarischen Beurteilung von blossen Auge, in Verbindung mit ihrer Kenntnis weiterer Umstände (Dokumenteninhalt, persönliche oder geschäftliche Verhältnisse des Unterzeichners, welche die Echtheit der betreffenden Unterschrift unter dem betreffenden Dokument gewährleisten) bildet, ist geographische Nähe von Amtssitz der Urkundsperson und Domizil des Unterzeichners von Vorteil für die Qualität der Beglaubigung.

Fn 29 - Anderer Meinung MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 132, der die Unterschriftsbeglaubigung bei Unterzeichnung in Anwesenheit der Urkundsperson als die Beurkundung eines Vorganges qualifiziert, ferner S. 131, wo die Anerkennung der Echtheit einer bereits beigesetzten Unterschrift durch den Unterzeichner als die Beurkundung einer Wissenserklärung qualifiziert wird.

Fn 30 - Dass die Unterschriften-**Echtheit** ein wesentlicher Teil des notariellen Zeugnisses darstellt, darf als anerkannt gelten. Echtheit ist gemeint, wenn gesagt wird, das notarielle Zeugnis besage, dass die Unterschrift von einer bestimmten Person stamme. Vgl. in diesem Sinne MARTI, Notariatsprozess (1989) S. 131; SIDLER, Komm. LU (1975) N 2 zu § 42; SCHÖNENBERGER/JÄGGI (1973) N. 87 zu Art. 13 OR. Für das deutsche Recht fordern HUHNS/VON SCHUCKMANN, N. 22 zu § 40: "Der Beglaubigungsvermerk ist ein Zeugnis. Er **muss** also ein Zeugnis des Notars über die Echtheit der Unterschrift enthalten ..." (S. 502). Etwas zu eng formulieren gewisse Beurkundungserlasse, die Unterschriftsbeglaubigung bestehe in der notariellen Bescheinigung, die Unterschrift sei in Gegenwart der Urkundsperson angebracht oder anerkannt worden (so Art. 30 ND BE; § 42 BeurkG LU). Zu eng sind solche Definitionen, weil sie dem Missverständnis Vorschub leisten, die Urkundsperson könne sich bei einer normalen Unterschriftsbeglaubigung von der eigenen Echtheitsbezeugung dispensieren und lediglich die vor ihr abgegebene Anerkennungserklärung als solche protokollieren. Vgl. zu dieser Problematik den nachfolgenden Text.

****S. 925****

3272 - Abzulehnen sind demgemäss Beglaubigungen im Abwesenheitsverfahren für auswärtige Unternehmungen. Eine Unternehmung in Hamburg soll die Unterschriften auf ihren Schriftstücken durch einen Notar in Hamburg, nicht durch einen solchen in der Schweiz beglaubigen lassen. Die

schweizerische Beglaubigung kommt hier nur in Frage, wenn sie durch die Anwesenheit der Unterzeichner vor der schweizerischen Urkundsperson gerechtfertigt ist.

3273 - Passanten-Beglaubigungen für auswärtige Personen, die ein einziges Mal zu einer Erst-Beglaubigung vor der Urkundsperson erschienen sind, sollen in der Regel keine Folgebeglaubigungen im Abwesenheitsverfahren nach sich ziehen.

3274 - Keine Einwände bestehen gegen die Beglaubigung der Unterschriften auswärts domizilierter Organmitglieder hiesiger juristischer Personen, wenn die Urkundsperson den Unterzeichner, die betreffende juristische Person und deren Verhältnisse so weitgehend kennt, als dies für die Beurteilung der Unterschriftenechtheit im Abwesenheitsverfahren erforderlich ist.

4. Schutzwürdiges Beurkundungsinteresse und Missbrauchsverhütung

3275 - *Die Urkundsperson soll eine Unterschrift nur beglaubigen, wenn hierfür ein schutzwürdiges Beurkundungsinteresse ersichtlich ist. Sie soll die Vornahme der Beglaubigung ablehnen, wenn eine missbräuchliche Verwendung des beglaubigten Dokumentes zu gewärtigen ist.*

3276 - Erläuterung: Da der Unterschied zwischen einer öffentlich beurkundeten Erklärung und einer privatschriftlichen Erklärung mit notariell beglaubigter Unterschrift nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden darf, enthält sich die Urkundsperson der Unterschriftsbeglaubigung auf privaten Akten, wenn für diese Beglaubigung kein wichtiger Grund ersichtlich ist.

3277 - Aus dem gleichen Grunde vermeidet sie in der Regel, anlässlich der Unterschriftsbeglaubigung auf einem mehrseitigen Dokument das ganze Dokument urkundenmässig zu binden oder es gar mit einem Deckblatt mit den Emblemen des Notariats zu versehen.

3278 - Wegen der Gefahr der Irreführung muss die Unterschriftsbeglaubigung unter privatschriftlichen Erklärungen, die zu ihrer Rechtswirksamkeit der öffentlichen Beurkundung bedürften, als unzulässig gelten. Denn sowohl Urkunden-Adressaten wie Dritte werden hiedurch zur

****§. 926****

unrichtigen Schlussfolgerung verleitet, das Dokument sei aus notarialischer Sicht formgültig³¹.

3279 - Aus der allgemeinen Amtspflicht der Urkundsperson, missbräuchlicher Inanspruchnahme der notariellen Autorität entgegenzuwirken, sollen Unterschriften nur dann beglaubigt werden, wenn ein einleuchtender Bedarf ersichtlich ist, dass die **Zuordnung des unterzeichneten Textes zum Unterzeichner in rechtlich erheblichen Zusammenhängen** mit öffentlichem Glauben belegt wird. Unterschriften sind nur auf Dokumenten zu beglaubigen, deren Text **kraft der Unterschrift** dem Unterzeichner zugerechnet wird. Nicht zu beglaubigen sind demgemäss Unterschriften-Muster auf Ausweispapieren. Die Zuordnung des Ausweises zu seinem Inhaber ergibt sich in der Regel aus dem Passfoto, allenfalls aus dem Inhalt des Ausweises selber; notarielle Beglaubigungsvermerke haben auf amtlichen und privaten Ausweispapieren³² aller Art keinen Raum.

3280 - Nicht zu beglaubigen sind ferner Unterschriften auf Dokumenten, deren Belegzweck für die Urkundsperson nicht ersichtlich ist. Vermag der Klient einen rechtmässigen Belegbedarf nicht glaubhaft zu machen, so ist die Absicht missbräuchlicher Verwendung des beglaubigten Dokumentes zu vermuten und die Vornahme der Beglaubigung abzulehnen³³.

3281 - Fehl am Platz sind Beglaubigungen ferner auf Dokumenten, wenn die rechtliche Zuordnung keine Rolle spielt oder durch den Unterzeichner im direkten Kontakt gegenüber dem Empfänger jederzeit in

Fn 31 - Vgl. einen solchen Fall im Entscheid des KG VS vom 27.1.1984 i.S. Y.AG, RVJ (1984) S. 112-122. - Das Gericht hat in jenem Fall, aus dem verständlichen Bemühen heraus, die Urkundsperson vor einer erdrücken-

den Schadenersatzpflicht zu bewahren, Aussagen zur Beratungspflicht der Urkundsperson gemacht, die keine Allgemeingültigkeit beanspruchen können. - Die Urkundsperson darf zu keinen Beurkundungen Hand bieten, deren Sinn und Zweck nicht einsehbar ist. An einem solchen Sinn fehlt es bei der Unterschriftsbeglaubigung unter der Bürgschaftserklärung einer natürlichen Person. Ist der Akt mangels öffentlicher Beurkundung insgesamt unverbindlich, so bedarf die Unterschrift keiner Beglaubigung; da manche Laien den Unterschied zwischen notarieller Beglaubigung und Beurkundung einer individuellen Erklärung zu Urkund nicht kennen, hat die Urkundsperson, die von Laien rechtsirrtümlich um eine Beglaubigung angegangen wird, wo eine Erklärungsbeurkundung nötig wäre, auf den Unterschied hinzuweisen.

Fn 32 - Vgl. diesbezüglich das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des OG ZH an die Notariate, Stadtammannämter und Gemeindeammannämter sowie an die Bezirksgerichte als deren erstinstanzliche Aufsichtsbehörden vom 9.1.1974, ZR (74) 8 S. 15.

Fn 33 - Damit wird der Auffassung von GULDENER, Freiwillige Gerichtsbarkeit (1954) S. 3, entgegengetreten, wonach sich in der Regel nicht voraussehen lasse, wem gegenüber die Beglaubigung rechtliche Bedeutung erlangen kann. - Wenn der Beglaubigungszweck für die Urkundsperson nicht offensichtlich ist, hat sie sich ihn von der Klientschaft darlegen zu lassen. Bei allen für eine Amtsstelle bestimmten Dokumenten ist der Beglaubigungszweck offensichtlich.

****S. 927****

anderer Weise bewiesen werden kann, wie etwa auf politischen Manifesten, privaten Korrespondenzen, Kündigungsschreiben, Abgangszeugnissen, Diplomurkunden, Fähigkeitsausweisen etc. Wird auf solchen Dokumenten eine Unterschriftsbeglaubigung verlangt, so handelt es sich um einen Missbrauch der notariellen Autorität, oft zum Zwecke der Reklame³⁴ oder der Einschüchterung, und es ist dem Begehren nicht stattzugeben.

3282 - Abzulehnen ist die Unterschriftsbeglaubigung von Künstlersignaturen auf Gemälden; denn das Beurkundungsverfahren ist nicht dazu da, die Echtheit von Kunstwerken im Sinne ihrer Zuordnung zu einem bestimmten Künstler zu erhärten. Lebt der Künstler noch, so kann er seine Werke erforderlichenfalls persönlich als echt anerkennen. Ist er verstorben, so käme die Unterschriftsbeglaubigung einer unzulässigen Beglaubigung historischer Unterschriften gleich.

3283 - Um sich ein Bild vom schutzwürdigen Beurkundungsinteresse der Klientschaft zu machen, soll die Urkundsperson vom Dokumenteninhalte, welcher durch die zu beglaubigende Unterschrift gedeckt ist, summarisch Kenntnis nehmen. Will die Klientschaft diesen Text abdecken und gegenüber der Urkundsperson geheimhalten, so ist die Vornahme der Beglaubigung abzulehnen.

5. Beurkundungswille des Unterzeichners

3284 - *Klient ist bei Unterschriftsbeglaubigungen der Unterzeichner, bei Firmenunterschriften die Firma.*

3285 - *Wird die Unterschrift eines Dritten zur Beglaubigung im Abwesenheitsverfahren vorgelegt, so darf die Beglaubigung nur vorgenommen werden, wenn die Umstände darauf schliessen lassen, dass der Unterzeichner mit der Beglaubigung seiner Unterschrift einverstanden ist³⁵.*

3286 - *Unzulässig ist die Beglaubigung auf Begehren von Drittpersonen, welche durch den von der Unterschrift gedeckten Text rechtlich begünstigt sind.*

3287 - *Unzulässig ist die Unterschriftsbeglaubigung ohne ausdrückliche Zustimmung des Unterzeichners allemal, wenn die Unterschrift eine Vollmacht mit Ermächtigung zum Selbstkontrahieren oder zur Doppelvertretung, oder wenn sie ein einseitig begünstigendes Geschäft (Schenkung, Schulder-*

Fn 34 - Zur Unzulässigkeit reklamehafter Unterschriftsbeglaubigungen vgl. ETIENNE BOURGNON, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 68 (1987) S. 73-90 (87).

Fn 35 - Aus diesem Grund erlaubt ZH EGZGB § 247 Abs. 2 und 3 die Unterschriftsbeglaubigung im Abwesenheitsverfahren nur, wenn der Inhaber des zu beglaubigenden Dokuments sich als Bevollmächtigter des Unterzeichners ausweist.

****§. 928****

lass, Verpfändung, unentgeltliche Bestellung eines Vorkaufsrechtes u. dgl.) zugunsten des Bevollmächtigten oder einer diesem nahestehenden Person abdeckt.

3288 - Erläuterung: Da die beglaubigende Urkundsperson bezüglich der Zuordnung des unterzeichneten Textes zur Person des Unterzeichners öffentlichen Glauben schafft, ist der Unterzeichner als der Klient zu qualifizieren. Wenn der Unterzeichner notarielle Beglaubigung seiner Unterschrift nicht wünscht, so steht es in der Regel keinem Dritten zu, die Beglaubigung gegen den Willen des Unterschrifts-Autors einzuholen.

3289 - Einzuschränken ist die Auffassung MARTIS, jeder jeweilige Inhaber der Urkunde sei befugt, die Beglaubigung zu verlangen³⁶; diese Auffassung trifft zu für die objektbezogenen Kontrollvermerke, bei denen die Person des Dokumenten-Ausfertigers keine Rolle spielt, ferner bei der (seltenen) Datumsbeglaubigung, durch welche das Vorhandensein eines Dokumentes in jemandes Händen an einem bestimmten Datum notariell bezeugt wird. Befindet sich aber eine unterzeichnete Urkunde in fremder Hand, so darf die Unterschrift ohne Zustimmung des Unterzeichners in der Regel nicht notariell beglaubigt werden.

3290 - Bringt nämlich jemand die Unterschrift eines Dritten zur Beglaubigung, so weiss die Urkundsperson nicht, ob der Dritte den von der Unterschrift gedeckten Text (noch) so will, ob er diesen Text mittlerweile widerrufen hat, ob er ihn überhaupt kennt - kurz: ob er ihn sich rechtlich so zurechnen lassen will, wie dies durch die Unterschriftsbeglaubigung bekräftigt würde.

3291 - In manchen Kantonen ergibt sich das hier dargestellte Erfordernis bereits daraus, dass gemäss ausdrücklicher Verfahrensvorschrift nur Unterschriften beglaubigt werden dürfen, welche vor der Urkundsperson beigesetzt oder vom Unterzeichner persönlich anerkannt wurden. Wird diese Vorschrift eingehalten, dann sind Beglaubigungsbegehren seitens unbefugter Dritter de facto ausgeschlossen³⁷.

3292 - Solche Gesetzgebung verletzt aber mit ihrer Strenge das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 4 BV), indem sie das Abwesenheitsverfahren schlechthin verunmöglicht - eine Verfahrensform, auf die im modernen Geschäftsverkehr nicht verzichtet werden kann. Wenn die Urkundsperson über die Identität des Unterzeichners keine Zweifel hat und die Unterschrift kennt, erübrigen sich persönliche Vorsprache der

Fn 36 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 130, N 7 zu Art. 2 ND BE.

Fn 37 - Das gleiche ergibt sich aus dem Erfordernis gemäss ZH NV § 176, wonach der Auftraggeber für die Unterschriftsbeglaubigung seine Unterschrift, als Kontroll-Specimen der zu beglaubigenden Unterschrift, in einem Unterschriftenbuch des Notariates eigenhändig einzutragen hat.

****§. 929****

Unterzeichners bei der Urkundsperson und Wahrnehmung des Unterzeichnungsvorgangs durch dieselbe³⁸.

3293 - Eine Ausnahme kann gemacht werden für die seltenen Fälle, in denen die Unterschrift einer vorübergehend nicht erreichbaren Person in einer Situation zeitlicher Dringlichkeit zu beglaubigen ist. Hier hat sich die Urkundsperson vom Vorliegen wichtiger Gründe zu vergewissern, welche die eilige Unterschriftsbeglaubigung rechtfertigen. Sie hat sich insbesondere die Frage zu stellen, ob die Beglaubigung und die dadurch ermöglichte Verwendung des betreffenden Dokumentes durch des-

sen Inhaber der mutmasslichen gegenwärtigen Absicht des Unterzeichners entspricht. Die Frage kann grundsätzlich immer dann nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit bejaht werden (und die Unterschriftsbeglaubigung ist demgemäss abzulehnen), wenn in dem Dokument eine Ermächtigung zum Selbstkontrahieren oder zur Doppelvertretung erteilt wird oder wenn Zuwendungen aus dem Vermögen des Unterzeichners ohne entsprechende Gegenleistung veranlasst werden sollen.

6. Kein Ausstand

3294 - Unterschriftsleistung und Echtheit der eigenen Unterschrift gehören zu den privaten Belangen, nicht aber zu den "Angelegenheiten" des Unterzeichners im Sinne der Ausstandsregeln. Daraus folgt zweierlei:

3295 - a) Gibt die Urkundsperson ihre Unterschrift in privater Eigenschaft ab, so kann sie diese Unterschrift wegen der notwendigen Distanz³⁹ zwischen amtlichem Handeln und privaten Belangen nicht selber notariell beglaubigen⁴⁰.

Fn 38 - Der Entscheid des OG ZG (als Aufsichtsbehörde über die zur öffentlichen Beurkundung ermächtigten Rechtsanwälte) vom 1.7.1986 i.S. Rechtsanwalt X, ZGGVP (1985) 86 S. 110-113, war ein Sachverhalt zu beurteilen, in welchem die Urkundsperson 17 Unterschriften im Abwesenheitsverfahren, gestützt auf mündliches Zeugnis Dritter, beglaubigte. Eine der 17 Unterschriften stammte nicht vom angeblichen Unterzeichner. Die Aufsichtsbehörde hat dem fehlbaren Rechtsanwalt in erster Linie die Beglaubigung im Abwesenheitsverfahren vorgeworfen. Der Unrechtsgehalt des Falles bestand aber ebenso sehr darin, dass die fehlbare Urkundsperson Unterschriften auf einer Verzichtserklärung beglaubigte, die der Urkundsperson vom **Erklärungsbegünstigten** überbracht worden war. Der Fall illustriert, wie wichtig es ist, dass die Urkundsperson Unterschriften nur mit Zustimmung der Unterzeichner - dann aber zulässigerweise auch im Abwesenheitsverfahren - beglaubigt.

Fn 39 - Zu diesem Erfordernis vgl. Ziff. 1630 ff.

Fn 40 - Abweichend - seit dem 1.1.1982 - das bernische Recht (BE NG Art. 28 Abs. 1); vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 75, N 19 und S. 79, N 1 zu Art. 28 NG BE. Abzuleh-

****§. 930****

Ebensowenig kann sie ihre eigene Zeichnungsbefugnis als Organ einer juristischen Person beurkunden. Einer derartigen Beglaubigung fehlt von Bundesrechts wegen der öffentliche Glaube; hieran können auch kantonale Vorschriften nichts ändern, welche die Selbstbeglaubigung zulassen möchten.

3296 - b) Im übrigen kann die Urkundsperson beliebige Unterschriften, auch diejenige nahestehender Personen, mit öffentlichem Glauben beglaubigen und deren Zeichnungsbefugnis für juristische Personen beurkunden. Als Ordnungsregel muss jedoch gelten, dass die Urkundsperson die Beglaubigung naher Verwandter grundsätzlich vermeidet, um jeden Anschein möglicher Befangenheit in den Augen Dritter zu vermeiden.

3297 - Eine Einschränkung drängt sich auf für das Abwesenheitsverfahren. Hier wird die neue Unterschrift beglaubigt aufgrund ihrer Ähnlichkeit mit einer älteren, unzweifelhaft echten Unterschrift derselben Person oder aufgrund der blossen Erinnerung der Urkundsperson an frühere Unterschriften dieser Person. Dies bedingt ein gewisses Beurteilungsermessen und damit möglicherweise eine Versuchung der Urkundsperson, ihre Wahrheitspflicht nicht mit der gebotenen Sorgfalt wahrzunehmen, wenn der von der beglaubigten Unterschrift gedeckte Text die Urkundsperson oder ihr nahestehende Personen begünstigt. Im Abwesenheitsverfahren sollen demgemäss Unterschriften nur beglaubigt werden, wenn der unterschriebene Text keine Begünstigung der Urkundsperson oder ihr nahestehender Personen beinhaltet. Hierbei ist der Kreis der nahestehenden Personen gleich zu ziehen wie bei den Protokollierungen und bei der Beurkundung bestehender Tatsachen. Es kann diesbezüglich auf das vorn Gesagte verwiesen werden⁴¹.

3298 - Erläuterung: Die Unterschriftsbeglaubigung schafft und gestaltet keine Rechte, ist materiellrechtlich also nie konstitutiv. Sie verleiht lediglich gewissen materiellrechtlich gültigen Erklärungen eine erhöhte Beweiskraft. Ob das Dokument, auf welchem die Unterschrift beglaubigt werden soll, für den Unterzeichner oder Dritte Rechte oder Pflichten, Vor- oder Nachteile etc. begründet oder aufhebt, ist demgemäss nicht Gegenstand der Beurkundung und ist beurkundungsrechtlich - auch unter dem Gesichtswinkel der Ausstandsregeln - grundsätzlich

nen ist auch die Auffassung von MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 183, N 6 zu Art. 30 ND BE, wonach die Unterschriftsbeglaubigung seiner eigenen (privaten) Unterschrift für den bernischen Notar entbehrlich sei, da er "seine Unterschrift durch das Siegel bestätigen" könne. Keinesfalls könnte eine solcherart selbstbestätigte Unterschrift ausserhalb des Kantons Bern als beglaubigte Unterschrift anerkannt werden. - Dass schweizerische Urkundspersonen, wenn sie in ihrer **amtlichen** Eigenschaft unterschreiben, für den Rechtsverkehr innerhalb der Schweiz keiner Beglaubigung bedürfen, ist eine Tatsache, die gerade in dem hier beschriebenen Dualismus seinen Grund hat. Die der Urkundsperson von Staats wegen verliehene öffentliche Glaubwürdigkeit ist ihr nur für den amtlichen Gebrauch verliehen; die Urkundsperson kann diesen öffentlichen Glauben nicht für ihren privaten Eigenbedarf fruktifizieren.

Fn 41 - Vgl. Ziff. 2761 ff.

****S. 931****

ohne Belang. Die beglaubigende Urkundsperson wirkt nicht mit an der Inkraftsetzung des Geschäftes, sondern macht nur die vom Unterzeichner gewollte persönliche Zurechnung seiner - ausserhalb des Beurkundungsverfahrens erfolgten - Erklärung zu sich selber beweisbar.

3299 - Unter dem Gesichtswinkel der beurkundungsrechtlichen Ausstandsregeln ist bei der Unterschriftsbeglaubigung - wie bei allen Sachbeurkundungen - nicht das Parteilichkeitsrisiko, sondern dasjenige der Verletzung der notariellen Wahrheitspflicht durch eine Falschbeurkundung von Bedeutung.

3300 - Im typischen Fall der Unterschriftsbeglaubigung unter Anwesenden, bei welcher die Unterschrift vor der Urkundsperson beigesetzt oder persönlich anerkannt wird, käme jede Unwahrheit einer vorsätzlich begangenen kriminellen Handlung gleich. Die Ausstandsregeln sind nicht dazu bestimmt, und sie wären auch nicht geeignet, solche Kriminalitätsrisiken auszuschliessen. Die Normen des Strafgesetzbuches genügen zu diesem Zweck.

3301 - Im Anwesenheitsverfahren darf die Urkundsperson demgemäss die Unterschrift ihres Ehegatten oder eines Geschwisters oder Büopartners grundsätzlich beglaubigen, desgleichen die Unterschrift auf einer Vollmacht, welche durch einen Stellvertreter in einem Beurkundungsverfahren vor der gleichen Urkundsperson verwendet werden soll⁴². Der hier empfohlene Verzicht auf die Beglaubigung der Unterschrift naher Verwandter entspringt nicht sachlicher Notwendigkeit, sondern er dient dem Interesse des öffentlichen Ansehens der Beurkundungsfunktion. Der beurkundungsrechtlich ungeschulte Urkundenleser überblickt die normativen Hintergründe der Ausstandsregeln nicht und mag an Unterschriftsbeglaubigungen für Nahestehende Anstoss nehmen.

3302 - Strengere, sachlich begründete Ausstandspflichten müssen gelten für die Unterschriftsbeglaubigung **im Abwesenheitsverfahren**, weil eine persönlich interessierte und damit befangene Urkundsperson in diesem Falle eine inhaltlich unwahre Beglaubigung errichten kann, ohne sich einer nachweisbaren strafbaren Handlung schuldig zu machen. Ist die beglaubigte Unterschrift nämlich eine täuschend ähnliche Fälschung, so braucht die Urkundsperson keine Verurteilung wegen fahrlässiger Urkundenfälschung im Sinne von Art. 317 Ziff. 2 StGB zu befürchten.

Fn 42 - Die gleiche Urkundsperson, welche zur Identitätskontrolle der Erschienenen anlässlich des Beurkundungsvorgangs befugt ist, muss auch zu den entsprechenden Kontrollhandlungen zugelassen sein, wenn ein Sachbeteiligter nicht am Beurkundungsvorgang selber teilnehmen kann, aber vorher vor der Urkundsperson zwecks Unterschriftsbeglaubigung auf der Vollmacht erscheint. Unbegründet erscheinen demgemäss die diesbe-

züglichen Zweifel im Entscheid des aargauischen Verwaltungsgerichtes i.S. Weber vom 26.9.1975 (AGVE 1975 S. 141-145).

****§. 932****

§ 116 Unterschriftsbeglaubigung: Sachverhaltsermittlung

1. Gegenstand und Methoden der Sachverhaltsermittlung

3303 - *Die notarielle Sachverhaltsermittlung bezieht sich bei der Unterschriftsbeglaubigung auf drei Elemente, nämlich auf die Identität des Unterzeichners (im doppelten Sinne der Existenz und der Namensträgerschaft⁴³), auf die Echtheit der Unterschrift (d.h. auf die schrifttechnische Autorschaft der identifizierten Person) und auf den Unterzeichnungswillen dieser Person.*

3304 - *Die Methoden der Sachverhaltsermittlung können verschieden sein je nach den für die Urkundsperson erkennbaren Umständen, unter welchen die Unterschriftsbeglaubigung begehrt wird.*

3305 - Erläuterung: Bezüglich der **Echtheitskontrolle**⁴⁴ ergeben sich unterschiedliche Verfahrensregeln für Unterschriften von Personen, die der Urkundsperson **bekannt** sind und für die Unterschriften von **Unbekannten**.

3306 - Die Anforderungen an das Beglaubigungsverfahren sind zu definieren aufgrund des Zwecks der Unterschriftsbeglaubigung. Dieser Zweck geht nicht primär dahin, Verwechslungen und Unklarheiten zu vermeiden, sondern **deliktisches Verhalten zu erschweren**⁴⁵. Mit dem notariellen Siegel unter einer beglaubigten Unterschrift wird für jeden Empfänger des Dokumentes ersichtlich, dass eine Person öffentlichen Glaubens das unter den Umständen Gebotene und Verhältnismässige

Fn 43 - Vgl. Ziff. 947.

Fn 44 - Vgl. BS EGZGB § 239: "Die Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens soll nur erfolgen, wenn die Unterschrift in Gegenwart des Beglaubigenden vollzogen oder anerkannt wird, oder wenn ihre Echtheit sonstwie einwandfrei für den Beglaubigenden erstellt ist; die Echtheit einer nicht vor ihm selbst vollzogenen oder anerkannten Unterschrift darf er jedoch nicht aufgrund des blossen Zeugnisses eines Dritten beglaubigen." - BS GedrW Nr. 14a: "Die Echtheit einer nicht in Gegenwart des Notars vollzogenen oder anerkannten Unterschrift soll nach § 239 Abs. 1 EGZGB nicht aufgrund des blossen Zeugnisses eines Dritten beglaubigt werden. Dagegen darf das Zeugnis eines Unbeteiligten Dritten neben andern Umständen mitberücksichtigt werden, die für die Echtheit der Unterschrift sprechen."

Fn 45 - ETIENNE BOURGNON, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 68 (1987) S. 73-90 (74), erwähnt als Zweck der Unterschriftsbeglaubigung ausser der Erschwerung von Fälschungen noch die Approbation von Handzeichen Schreibbehinderter, welche ohne solche Approbation nicht Unterschriftswert haben könnten.

****§. 933****

getan hat, um eine Unterschriftenfälschung auszuschliessen. Die deliktische Absicht des potentiellen Unterschriftenfälschers könnte in erster Linie darauf gerichtet sein, beim Empfänger des beglaubigten Dokumentes den irrigen Glauben zu erwecken, der unterzeichnete Text sei der durch die Unterschriftsbeglaubigung als Urheberin bezeugten Person rechtlich zuzurechnen - obwohl die durch das gefälschte Dokument vorgespiegelte "Urheberin" von diesem Text nichts weiss oder obwohl eine solche Person gar nicht existiert.

3307 - Bei der Beglaubigung von Unterschriften von der Urkundsperson **persönlich bekannten Personen** genügt es, dass sich die Urkundsperson in geeigneter Weise Gewissheit von der rechtlichen Zuordnung des unterzeichneten Textes zur unterzeichnenden Person verschafft. Diese Gewissheit kann sich aus dem Beglaubigungsbegehren ergeben, wenn er in persönlicher Anwesenheit oder telephonisch (mit einer der Urkundsperson oder ihren Mitarbeitern bekannten Stimme) durch

die unterzeichnende Person selber⁴⁶, mit summarischer Beschreibung des unterzeichneten Dokumentes, erfolgt.

3308 - Zusätzliche Voraussetzung für die Beglaubigung **unter Abwesenden** ist, dass die Urkundsperson die zu beglaubigende Unterschrift bereits kennt oder dass sie ein zuverlässiges Muster zum Vergleich zur Hand hat. Ist die Unterschrift bekannt, so kann der Beglaubigungstext auf die Protokollierung von Kontrollhandlungen insgesamt verzichten und dahingehend lauten, es werde die Echtheit der der Urkundsperson bekannten Unterschrift der Person X beglaubigt.

3309 - Wichtiger als formalisierte Kontrollhandlungen (Ausweiskontrolle und Unterschriftsprobe) sind die Gesamtheit der Indizien, welche für die Urkundsperson die rechtmässige Zuordnung des unterzeichneten Dokumentes zum Unterzeichner erkennbar machen; die notarielle Beurteilung des Umfeldes, aus welchem das zu beglaubigende Dokument stammt, schafft meist eine grössere Gewissheit bezüglich seiner Echtheit, als Ausweiskontrolle und Unterschriftenprobe dies tun können. Diese notarielle Gesamtbeurteilung wird im Beglaubigungsvermerk in zulässiger Weise mit den knappen Worten zusammengefasst, die Unterschrift sei der Urkundsperson bekannt.

3310 - Eine grundsätzlich andere Situation liegt vor, wenn ein **Unbekannter** von der Urkundsperson die Unterschriftsbeglaubigung verlangt. Bei solchen Beglaubigungen, die man als **Erst-Beglaubigungen** bezeichnen kann, besteht ein echtes Fälschungsrisiko und damit ein

Fn 46 - Kennt die Urkundsperson die Verhältnisse, so darf sie das Beglaubigungsbegehren auch von einem ihr bekannten Mitarbeiter oder einer Mitarbeiterin des Unterzeichners entgegennehmen, beispielsweise von der Sekretärin das Beglaubigungsbegehren für die Unterschrift ihres Vorgesetzten. Sofern nach Zweck und Inhalt des betreffenden Dokumentes keine Selbstbeteiligung der Sekretärin möglich ist, steht deren Beglaubigungsbegehren ohne weiteres für dasjenige ihres Vorgesetzten.

****§. 934****

echter Kontrollbedarf bezüglich Unterschriftenechtheit und Identität des Unterzeichners. In diesen Fällen hat die Urkundsperson die vor ihr beigesetzte Unterschrift mit derjenigen in dem vorgelegten Ausweispapier zu **vergleichen**.

3311 - Wird eine bereits beigesetzte Unterschrift vorgelegt und lediglich anerkannt, so soll die Urkundsperson den Überbringer auffordern, an Ort und Stelle auf neutralem Papier nochmals ein Unterschriftsmuster vor den Augen der Urkundsperson abzugeben; dieses Muster ist dann mit der zu beglaubigenden Unterschrift und mit der Unterschrift im vorgelegten Ausweispapier zu vergleichen.

3312 - Bei Erst-Beglaubigungen ist die blosser Protokollnahme der Anerkennungserklärung des Erschienenen ungenügend; denn der Empfänger des beglaubigten Dokumentes (der Urkunden-Adressat) erwartet eine notarielle Echtheitsbezeugung bezüglich der Unterschrift, nicht lediglich die notarielle Protokollnahme⁴⁷ der mündlichen Äusserung eines (möglicherweise deliktisch handelnden) Passanten. Der beglaubigenden Urkundsperson ist mindestens die gleiche Sorgfalt zuzumuten wie dem Schalterbeamten einer Bank, welcher einen Reisescheck einlöst; auch er darf sich nicht mit der Anerkennungserklärung des Kunden begnügen, eine bereits vorhandene Unterschrift auf dem Scheck stamme vom Kunden selber.

3313 - Bei der Erst-Beglaubigung ist auch eine sorgfältige Identitätskontrolle des Unterzeichners, d.h. die Würdigung des vorgelegten Ausweispapiers nach Inhalt, Rechtsnatur, Alter und äusserem Zustand, ein Vergleich des Passfotos mit dem Aussehen der erschienenen Person und eine angemessene Kontrolle der anderen Merkmalsbeschreibungen und Personalangaben geboten. Fällt die Urkundsperson auf plumpe Ausweisfälschungen herein, so hat sie ihre Amtspflicht nicht erfüllt. Die Ausweiskontrolle ist bei der Erst-Beglaubigung nicht eine blosser Protokollnahme bezüglich des

vorgelegten Papiers, sondern eine mit pflichtgemässer Aufmerksamkeit durchzuführende Kontrollhandlung⁴⁸.

Fn 47 - Anderer Meinung MARTI, Bernisches Notariatsrecht S. 183; nach der dort vertretenen Auffassung kann der beglaubigende Notar auf ein Mitbezeugen der Unterschriftsechtheit verzichten und bloss die Anerkennungs-erklärung als Dritt-Erklärung beurkunden.

Fn 48 - In diesem Sinne wohl ETIENNE BOURGNON, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 68 (1987) S. 73-90 (86): "Le légalisateur engage sa responsabilité s'il opère une légalisation sans vérifier attentivement l'identité de la personne dont il certifie la signature. Il n'est cependant pas responsable s'il a été trompé par des apparences sérieuses." - ZH NV § 93 Abs. 2 enthält eine analoge Regel für die Belege bei der Gründung der Aktiengesellschaft: Der Notar hat zu prüfen, "ob die Belege wenigstens ihrem äusseren Aussehen nach formell in Ordnung sind."

****S. 935****

2. Identitätsermittlung, insbesondere bei Fernbeglaubigungen

3314 - Die Identität anwesender Personen ist gemäss den allgemeinen Regeln zu ermitteln. Es kann auf das vorn Gesagte verwiesen werden⁴⁹.

3315 - Die Identifizierung einer abwesenden natürlichen Person kann in drei Formen erfolgen:

a) aufgrund persönlicher Bekanntheit (die Urkundsperson kennt die abwesende Unterzeichnerin und deren Unterschrift);

b) aufgrund eines fremden Identitätszeugnisses öffentlichen Glaubens (insbesondere aufgrund einer notariellen Unterschriftsbeglaubigung);

c) aufgrund eines qualifizierten privaten Identitätszeugnisses.

3316 - Erläuterung: Die Identifizierung erfolgt stets im Hinblick auf das notarielle Zeugnis der Zugehörigkeit der Unterschrift zu der identifizierten, abwesenden Person, bzw. (mittelbar) der Zuordnung des unterzeichneten Textes zu dieser Person als der Erklärung-Autorin. Wenn die Urkundsperson kein solches Zeugnis abzugeben hat, findet keine Identifizierung der abwesenden Unterzeichnerin statt. Wenn die Urkundsperson die Erklärung eines Stellvertreters beurkundet, welcher sich durch eine beglaubigte Vollmacht ausweist, so erfolgen zwei verschiedene Identitätsermittlungen. Die erste Urkundsperson, welche die Unterschrift des Vollmachtgebers auf der Vollmacht beglaubigt hat, musste die Identität des Vollmachtgebers, nicht aber diejenige des Bevollmächtigten ermitteln und bezeugen. Die zweite Urkundsperson, welche die Erklärung des Bevollmächtigten beurkundet, ermittelt und bezeugt die Identität des letzteren, nicht aber diejenige des Vollmachtgebers.

3317 - Bei der Unterschriftsbeglaubigung im Abwesenheitsverfahren (Fernbeglaubigung) geht es um etwas anderes. Hier ermittelt und bezeugt die Urkundsperson die Identität einer abwesenden Person, d.h. die Identität der Autorin einer vorliegenden Originalunterschrift.

3318 - Kennt die Urkundsperson die abwesende Unterzeichnerin, so finden keine aktualisierenden Ermittlungshandlungen statt.

3319 - Kennt sie die Unterzeichnerin nicht, so muss sie sich auf das Identitätszeugnis Dritter abstützen. Dieses Zeugnis kann ein solches öffentlichen Glaubens sein, insbesondere ein solches in Form der Unterschriftsbeglaubigung einer anderen Urkundsperson oder Amtsstelle. Es kann auch ein privates sein, sofern ihm qualifizierte Glaubwürdig-

Fn 49 - Vgl. Ziff. 954 ff.

****S. 936****

keit zukommt. Im Vordergrund stehen diesbezüglich die Unterschriftenlisten von Unternehmungen, wenn die Gestalt, die relative Neuheit und die Herkunft solcher Unterschriftenlisten für die Urkundsperson keinen Zweifel an der Existenz der Autoren der darin abgebildeten Unterschriften lässt⁵⁰. Sind in solchen Unterschriftenlisten nur die Namen und Vornamen sowie die Zeichnungsberechtigung, nicht aber die weiteren Personalien angegeben, so kann die Urkundsperson sich in geeigneter, rechtlich nicht formalisierter Weise, etwa durch telefonische Rückfrage, die Kenntnis der weiteren Personalien (Geburtsdatum, Bürgerort, Wohnort) beschaffen und aufgrund solcher Ermittlung eine Fernbeglaubigung mit sämtlichen beurkundungsrechtlich vorgeschriebenen Angaben erstellen.

3. Ermittlung der Unterschriftenechtheit und des Unterzeichnungswillens im Anwesenheitsverfahren

3320 - Die Unterschriftenechtheit und der Unterzeichnungswille können im Anwesenheitsverfahren auf zwei Arten ermittelt werden:

3321 - a) durch Wahrnehmung des Unterzeichnungsvorgangs, wenn der Unterzeichner den betreffenden Text in Anwesenheit der Urkundsperson unterschreibt⁵¹;

3322 - b) durch Wahrnehmung der Anerkennungserklärung, wenn jemand vor der Urkundsperson erklärt, die Unterschrift als die seinige anzuerkennen⁵²;

Fn 50 - GE LN Art. 21 erlaubt dem Notar die Beglaubigung der "signature ... connue de lui, ou qui est conforme à un modèle déposé à son étude." Dabei versteht sich, dass das deponierte Muster seinerseits qualifiziert, d.h. glaubwürdig, wenn auch nicht notwendigerweise notarielle beglaubigt sein muss.

Fn 51 - ZH EGZGB § 247 Abs. 1; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 182, N 3a zu Art. 30 ND BE.

Fn 52 - ZH EGZGB § 247 Abs. 1; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 183, N 3c zu Art. 30 ND BE; ungenau ist wohl MARTIS Auffassung, hier beurkunde der Notar eine Wissenserklärung und die Beglaubigung sei auch dann wahr, wenn die Unterschrift effektiv nicht von der anerkennenden Person stammt; die betreffende Person müsse dann die Unterschrift trotz ihrer Unechtheit gegen sich gelten lassen, und der Notar habe die Wissenserklärung richtig beurkundet. - Die auf einem Schwindel beruhende Beurkundung kann nicht als richtig und gültig anerkannt werden; der Schwindler haftet gegebenenfalls deliktsrechtlich für angerichteten Schaden, nicht aufgrund der vertraglichen Bindungswirkung einer simulierten Anerkennungserklärung im Beurkundungsverfahren.

****S. 937****

um einen Schwindel auszuschliessen, soll die Urkundsperson in diesem Fall, wenn sie den Unterzeichner nicht kennt, die Unterschrift in dem vorgezeigten Legitimationspapier mit der zu beglaubigenden Unterschrift sorgfältig vergleichen.

3323 - Erläuterung: Das Anwesenheitsverfahren ist nur möglich, und es darf eine der hier beschriebenen Ermittlungsformen im Beglaubigungsvermerk nur dann erwähnt werden, wenn die Wahrnehmung innerhalb des örtlichen Tätigkeitsgebietes der Urkundsperson erfolgt.

4. Ermittlung der Unterschriftenechtheit und des Unterzeichnungswillens im Abwesenheitsverfahren (Fernbeglaubigung)

3324 - Im Abwesenheitsverfahren⁵³ ermittelt die Urkundsperson die Unterschriftenechtheit

a) entweder durch Vergleich der Unterschrift mit einer anderen, der Urkundsperson vorliegenden, unzweifelhaft echten Unterschrift oder

b) durch Beurteilung der Unterschrift aufgrund eigener Erinnerung an früher gesehene Unterschriften der gleichen Person.

3325 - Der Unterzeichnungswille des Unterzeichners ergibt sich aus den Umständen, d.h. aus der Positionierung der Unterschrift unter einem Text, dessen rechtliche Zurechnung zum Unterzeichner in dessen mutmasslicher oder in der Instruktion an die Urkundsperson erklärten Absicht des Unterzeichners liegt⁵⁴.

Fn 53 - Die Zulässigkeit des Abwesenheitsverfahrens findet sich von Gesetzes wegen beschränkt in ZH EGZGB § 247 und NV § 177; die dort vorgesehene Lockerung, welche darin besteht, dass ein der Urkundsperson bekannter Bevollmächtigter die Anerkennung der Unterschrift des der Urkundsperson ebenfalls bekannten Unterzeichners erklärt, führt letztlich zur Zulässigkeit des Abwesenheitsverfahrens, wenn immer der Unterzeichner der Urkundsperson bekannt und sein Beglaubigungswille durch die Vollmacht nachgewiesen ist. Damit verbietet das zürcherische Recht - richtigerweise - de facto die Abwesenheitsbeglaubigung ohne das Wissen oder gegen den Willen des Unterzeichners. ZH NV § 177 Abs. 2 verlangt vom Beglaubigungsklienten bei der Abwesenheitsbeglaubigung eine ausdrückliche Freistellung des Notariats von aller Haftung für den Fall eines Missbrauchs, ferner eine Verpflichtung zur Schadloshaltung des Staates gegen allfällige Schadenersatzansprüche Dritter. Diese Vorsichtsmassregeln sind wohl unverhältnismässig streng, wenn bedacht wird, dass in Kantonen, in welchen Abwesenheitsbeglaubigungen ohne solche Formalitäten täglich zu Dutzenden ausgestellt werden, während Jahrzehnten kein einziger Haftungsfall bekannt geworden ist.

Fn 54 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 183, N 3b zu Art. 30 ND BE.

****§. 938****

3326 - Erläuterung: Von den beiden genannten Ermittlungsformem ist die erstgenannte (Vergleich von zwei oder mehr vorliegenden Unterschriften) anscheinend die zuverlässigere. Sie kommt in der Praxis jedoch kaum jemals vor.

3327 - Die Echtheitsbezeugung aufgrund blosser Erinnerung soll nur stattfinden, wenn die Urkundsperson mit dem betreffenden Unterzeichner mit einer gewissen Regelmässigkeit zu tun hat und aufgrund der gesamten Umstände (verwendetes Briefpapier des Unterzeichners, Inhalt des von ihm unterzeichneten Textes, Art der Übermittlung des Beglaubigungsbegehrens etc.) eine Fälschung mit Sicherheit ausschliessen kann. Hat die Urkundsperson eine solche Kenntnis der einschlägigen Umstände, dann kann die wahrheitsgemässe Beglaubigung mit grösserer Zuverlässigkeit erfolgen, als was ein Unterschriftenvergleich zeitigen würde. Die Fernbeglaubigung aufgrund der Beurteilung der gesamten Umstände, ohne Unterschriftenvergleich, ist demgemäss der bewährte Normalfall.

3328 - Hat die Urkundsperson dem Unterzeichnungsvorgang ausserhalb ihres Amtsbezirks beige-wohnt, so darf sie im Beglaubigungsvermerk nicht diese unmittelbare Wahrnehmung erwähnen. In diesem Falle kann die Urkundsperson nur die durch die Wahrnehmung gewonnene Echtheits-Überzeugung als solche beurkunden. Der Beglaubigungsvermerk muss dahingehend lauten, die Urkundsperson kenne die betreffende Unterschrift. Ausdrücke wie "vor mir beigesetzt" oder "vor mir anerkannt" sind in diesem Falle zu vermeiden.

5. Handlungsfähigkeit des Unterschrifts-Autors

3329 - Mit der vorbehaltlosen Unterschriftsbeglaubigung bezeugt die Urkundsperson, dass sie im Umgang mit dem Unterzeichner oder - bei Abwesenheitsbeglaubigung - aufgrund ihrer persönlichen Kenntnis des Unterzeichners, trotz Anwendung gehöriger Sorgfalt, keinen Anlass hatte, an der Urteilsfähigkeit und, bei volljährigen Personen, an der Handlungsfähigkeit des Unterzeichners zu zweifeln.

3330 - Bei Minderjährigen ist das Geburtsdatum im Beglaubigungsvermerk anzugeben, ferner bei Personen, von deren Bevormundung die Urkundsperson Kenntnis hat, dieser Umstand, sofern er sich nicht anderweitig klar aus dem Dokument ergibt, welches die beglaubigte Unterschrift trägt.

3331 - *Besondere Ermittlungshandlungen bezüglich der Urteils- und der Handlungsfähigkeit sind nicht erforderlich.*

3332 - Erläuterung: An gewissen Orten besteht die Theorie, dass die Urkundsperson bei der Beglaubigung von Unterschriften auf Voll-

****S. 939****

machten für Grundstücksgeschäfte das Handlungsfähigkeitszeugnis einzuholen und für die Handlungsfähigkeit des Unterzeichners einzustehen habe. In der Praxis ist eine solche Amtspflicht kaum erfüllbar.

6. Summarische Würdigung des unterzeichneten Textes

3333 - *Bei jeder Unterschriftsbeglaubigung hat die Urkundsperson den von der Unterschrift gedeckten Text unter dem Gesichtswinkel der Ausstandsgründe, des schutzwürdigen Beglaubigungsinteresses und der Missbrauchsverhütung summarisch zu würdigen.*

3334 - Erläuterung: Die Urkundsperson braucht sich nicht darum zu kümmern, ob der unterzeichnete Text mit dem wirklichen Wissen oder Willen des Unterzeichners übereinstimmt⁵⁵. Hingegen muss sie sich zwecks Einhaltung der Ausstandsregeln und zwecks Vermeidung allfälliger Missbräuche des durch die Unterschriftsbeglaubigung geschaffenen Anscheins notarieller Prüfung Rechenschaft darüber geben, **was** unterzeichnet wird⁵⁶. Ist der betreffende Text nicht für ein Amt oder für eine Person bestimmt, die üblicherweise solche Texte mit beglaubigten Unterschriften entgegennimmt, dann liegt die Vermutung nahe, mit der Beglaubigung solle in missbräuchlicher Weise die notarielle Autorität zur äusserlichen "Aufwertung" eines privaten Dokumentes in Anspruch genommen werden⁵⁷. Wird der Beglaubigungsbedarf nicht glaubhaft erläutert, so ist dem Beglaubigungsbegehren nicht stattzugeben.

3335 - Obgleich die Unterschriftsbeglaubigung von manchen Urkundspersonen als ein Bagatell-Geschäft empfunden wird, ist die gleiche

Fn 55 - In diesem Sinne ETIENNE BOURGNON, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 68 (1987) S. 73-90 (87); LIVER, Entstehung und Ausbildung des Eintragungs- und des Vertrauensprinzips im Grundstücksverkehr, ZBGR 60 (1979) S. 1-23 (S. 6).

Fn 56 - § 40 Abs. 2 des [deutschen] BeurkG verlangt ausdrücklich, der Notar habe die Urkunde daraufhin zu prüfen, ob Gründe bestehen, seine Amtstätigkeit zu versagen. Dies erfordert, im Sinne des hier aufgestellten Postulates, allemal die summarische Kenntnisnahme des von der zu beglaubigenden Unterschrift gedeckten Textes.

Fn 57 - Beispiele sind: Droh- und Einschüchterungsbriefe, Kündigungs- und Mahnschreiben, Fristsetzungen etc.; der Verfasser solcher Schreiben möchte mit der Unterschriftsbeglaubigung dem Empfänger Angst machen, ihm den Eindruck vermitteln, Amtspersonen befänden sich bereits im Anmarsch.

****S. 940****

Genauigkeit wie bei Beurkundungen mit hohem Interessewert erforderlich. Ungenauigkeiten bei der Protokollierung des Ablaufs, beispielsweise die unwahre Angabe, die beglaubigte Unterschrift sei vor der Urkundsperson beigesetzt worden (wenn tatsächlich eine Beglaubigung unter Abwesenden stattgefunden hat), muss als gravierende Pflichtverletzung der Urkundsperson qualifiziert werden⁵⁸. Erweist sich eine Urkundsperson bei ihrer Berichterstattung über unmittelbar wahrgenommene Vorgänge als ungenau oder sogar vorsätzlich unwahrhaftig, so ist der öffentliche Glaube ihres Amtes in Frage gestellt; würden solche Verfehlungen, wenn sie an den Tag kommen, sanktionslos bleiben, so wäre die Institution der öffentlichen Beurkundung insgesamt tangiert. Die fehlbare Urkundsperson kann sich nicht mit dem Argument verteidigen, ihre Unwahrhaftigkeit sei im konkreten

Falle belanglos gewesen, weil der Fehler keine rechtlich erheblichen Sachverhalte betroffen und keinen Schaden bewirkt habe.

3336 - Wegen der Missbrauchs- und Täuschungsrisiken kann keine Urkundsperson als verpflichtet gelten, Unterschriftsbeglaubigungen im Abwesenheitsverfahren vorzunehmen; ihr Eintreten auf das Abwesenheitsverfahren liegt in ihrem freien notariellen Ermessen⁵⁹.

§ 117 Gestaltung und Inhalt des Beglaubigungsvermerks

3337 - *Der Beglaubigungsvermerk soll unmittelbar unterhalb oder, wenn dort kein Platz auf dem Blatt vorhanden ist, auf dessen Rückseite, wenn auch dort keine Möglichkeit ist auf einem mit Schnur und Siegel beizufügenden Blatt beigesetzt werden. Steht der Beglaubigungsvermerk nicht in unmittelbarer Nähe der beglaubigten Unterschrift, so ist erforderlichenfalls im Vermerk deutlich zu machen, an welcher Stelle im Dokument sich die beglaubigte Unterschrift befindet*⁶⁰.

Fn 58 - Im Entscheid 113 IV 77 hat das Bundesgericht die Verurteilung eines Graubündner Notars zu acht Monaten Gefängnis (bedingt) bestätigt, welcher anlässlich der Beglaubigung (echter) Unterschriften im Beurkundungsvermerk wahrheitswidrig festgehalten hatte, die Unterzeichner hätten ihre Unterschrift im Beisein der Urkundsperson geleistet.

Fn 59 - So sinngemäss ZH NV § 177 Abs. 3.

Fn 60 - So BE ND Art. 33.

****S. 941****

3338 - *Bei mehrseitigen Dokumenten, die nicht nur auf der letzten Seite Originalunterschriften aufweisen, kann die Unterschriftsbeglaubigung auch im Innern des Dokuments, in unmittelbarer Nähe der zu beglaubigenden Unterschrift angebracht werden.*

3339 - *Der Beglaubigungsvermerk soll durch eine Überschrift als solcher gekennzeichnet sein ("Beglaubigung", "Unterschriftsbeglaubigung", "Legalisierung" oder ähnliches).*

3340 - *Die Identität der beglaubigenden Urkundsperson muss aus dem Beglaubigungsvermerk, erforderlichenfalls in Verbindung mit Siegel und Notarunterschrift oder einem der Unterschrift beigefügten Stempel oder ähnlichen Beifügungen in gleicher Weise bestimmbar sein, wie diese Identität bei selbständigen öffentlichen Urkunden bestimmbar sein muss.*

3341 - *Der Beglaubigungsvermerk ist als notarielle Echtheitsbezeugung zu formulieren (z.B.: "Die unterzeichnete Urkundsperson beglaubigt hiermit die Echtheit der obigen Unterschrift...").*

3342 - *Die Person, deren Unterschrift beglaubigt wird, ist im Vermerk durch die gleichen Personalangaben zu identifizieren, mit welchen Personen identifiziert werden, die individuelle Erklärungen zu Urkund abgeben: Name, mindestens ein voll ausgeschriebener Vorname, Geburtsdatum, Heimat- und Wohnort (bei Ausländern statt des Heimatortes die Nationalität), eventuell Zivilstand und Güterstand. Abweichende Regeln gelten für die Beglaubigung von Firmenunterschriften; sie sind in der folgenden Ziffer dargestellt.*

3343 - *Bei der Beglaubigung von Firmenunterschriften genügt es, die namens der Firma unterzeichnenden natürlichen Personen mit ihrem Namen und einem voll ausgeschriebenen Vornamen sowie Heimat- und Wohnort zu nennen; Geburtsdatum, Zivil- und Güterstand sollen nicht erwähnt werden, da sie die Beglaubigung mit Dingen belasten, die im Zusammenhang mit der Firmenunterschrift ohne Rechtserheblichkeit sind. Als Zeichnungsberechtigte einer bestimmten Firma ist die unterzeichnende natürliche Person auch ohne Angabe ihres Geburtsdatums, Zivil- und Güterstandes hinlänglich "geortet".*

3344 - *Zusätzlich ist bei der Beglaubigung der Firmaunterschrift die Zeichnungsbefugnis der unterzeichnenden natürlichen Person notariell zu bezeugen; dieses Zeugnis enthält die implizite*

Aussage, dass die betreffende Firma tatsächlich existiert. Üblich sind Formulierungen wie: "Die unterzeichnete Urkundsperson beglaubigt die Echtheit der obigen Firmaunterschrift der F.AG, Aktiengesellschaft mit Sitz in S, beigesetzt durch U, Bürger von B, wohnhaft in W, welcher für die genannte Firma als deren Verwaltungsratspräsident die rechtsverbindliche Einzelunterschrift führt." - Bei einer solchen Formulierung sind alle Aussagen des Beglaubigungstextes Zeugnisse der Urkundsperson, für welche sie die volle Wahrheitsgewähr zu leisten hat. Es ist nicht erforderlich, den Zeugnis-Charakter für einzelne Aussagen besonders hervorzuheben (etwa durch den überflüssigen, nach der Bezeugung der Zeichnungsbefugnis angefügten Satz: "...was hiermit beurkundet wird").

3345 - Als Ordnungsregel gilt, dass die Urkundsperson im Beglaubigungsvermerk ersichtlich machen soll, wie sie sich von der Echtheit der Unterschrift

****S. 942****

und der Identität der unterzeichnenden natürlichen Person überzeugt hat ("vor mir beigesetzte Unterschrift" oder "vor mir anerkannte Unterschrift" oder "die mir bekannte Unterschrift"; Identitätserwahrung: "...ausgewiesen durch ihren Pass" etc. oder: "...mir persönlich bekannt")⁶¹.

3346 - Der Beglaubigungsvermerk ist unter Angabe von Ort und Tag mit der eigenhändig beigesetzten Notarunterschrift und dem Amtssiegel der Urkundsperson abzuschliessen⁶². Ort und Tag bezeichnen das Datum der Beisetzung der Notarunterschrift, nicht dasjenige der Präsentation oder Beisetzung der beglaubigten Unterschrift.

3347 - Auch die Unterschriftsbeglaubigung soll mit einer Journalnummer versehen werden, welche auf das von der Urkundsperson zu führende, chronologische Journal verweist.

3348 - Wird aus wichtigem Grund ausnahmsweise eine Blankettunterschrift beglaubigt, so ist dieser Umstand im Beglaubigungsvermerk zu erwähnen.

3349 - Zulässig ist die Anbringung des Beglaubigungsvermerks mit einem Stempel, der von Hand oder mit Maschienenchrift ausgefüllt und datiert und von der Urkundsperson unterzeichnet wird⁶³.

§ 118 Unterschriftsbeglaubigungen für das Ausland

3350 - Wo der ausländische Urkundenadressat eine Unterschriftsbeglaubigung in der anglo-amerikanischen Gestalt der "Duly-sworn"-Erklärung verlangt, ist die schweizerische Urkundsperson gestützt auf Art. 11 Abs. 3 IPRG befugt, die Beglaubigung in dieser Weise vorzunehmen⁶⁴.

Fn 61 - ZH EGZGB § 247 Abs. 4; BS EGZGB § 239 Abs. 2 und GedrW Nr. 14b: "In der Beglaubigung ist gemäss § 239 Abs. 2 EGZGB ausdrücklich anzugeben, ob die als echt beglaubigte Unterschrift des (identifizierten und als zeichnungsberechtigt legitimierten) X vor dem Notar vollzogen wurde oder vor ihm durch X anerkannt wurde, oder dem Notar persönlich bekannt ist, oder ihm auf andere Weise (Vergleichung mit andern, unzweifelhaft echten Unterschriften und dergl.) als echt erwiesen ist."

Fn 62 - ZH EGZGB § 247 Abs. 4.

Fn 63 - BE NV Art. 10 Abs. 4 erwähnt die Verwendung eines solchen Stempels ausdrücklich. Es handelt sich um eine Ausnahme vom Erfordernis der Maschinen- oder Handschrift, die als allgemein zulässig betrachtet werden muss, weil sie den Bedürfnissen der Praxis gerecht wird. Sie erlaubt insbesondere die rasche und schrifttechnisch saubere Anbringung von Beglaubigungen auch auf mehrblättrigen Dokumenten, welche nicht in eine Schreibmaschine gespannt werden können.

Fn 64 - Zur Zulässigkeit solcher Beurkundungen nach ausländischem Verfahrensrecht vgl. Ziff. 1077.

****S. 943****

3351 - Erläuterung: Die anglo-amerikanische Form verlangt, dass der private Unterzeichner vor der Urkundsperson die inhaltliche Wahrheit des Dokumentes "beschwört" und vor der Urkundsperson die Unterschrift beisetzt. Die Abwesenheitsbeglaubigung wird den anglo-amerikanischen Vorstellungen nicht gerecht. Hingegen brauchen im Beglaubigungsvermerk weder die Personalien des Unterzeichners noch die Art der notariellen Identitätsermittlung angegeben zu werden. Der meist formulärmässig bereits vorgedruckte Beglaubigungsvermerk ("Duly sworn before me on this Day of , 199. ") erfordert lediglich das handschriftliche Einfügen von Tag, Monat und Jahres-Endzahl, ferner die Notarunterschrift und den Notariats-Stempel.

§ 119 Kein Ersatz des notariellen Echtheits-Zeugnisses durch blosser Protokollierung von Dritterklärungen und von Kontrollhandlungen

3352 - Die Unterschriftsbeglaubigung im eigentlichen Sinne des Begriffs enthält das notarielle Zeugnis, **dass die betreffende Unterschrift echt** sei⁶⁵. Die Urkundsperson äussert sich also selber zur Unterschrift und übernimmt für deren Echtheit die Wahrheitsgewähr, wobei dem notariellen Zeugnis der öffentliche Glaube zukommt.

3353 - Keine Unterschriftsbeglaubigung liegt vor, wenn die Urkundsperson, **ohne selber in direkter Rede die Echtheit der Unterschrift zu bezeugen**, sich darauf beschränkt, bestimmte Kontrollhandlungen zu protokollieren. Bezeugt die Urkundsperson in diesem Sinne lediglich, eine identifizierte Person habe die Unterschrift gegenüber der Urkundsperson als die ihrige anerkannt, so liegt keine Beglaubigung der Unterschrift, sondern die Protokollierung einer Erklärung vor.

Fn 65 - Im diesem Sinne ausdrücklich das deutsche Recht, HUHNSCHUCKMANN S. 645, § 34 des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes Abs. 1 Ziff. 2/3: Der Beglaubigungsvermerk "muss enthalten 1. die Bestätigung, dass die Unterschrift echt ist."

****S. 944****

§ 120 Verfahren gemäss Art. 14 Abs. 3 und Art. 15 OR

3354 - Art. 15 OR will den Schreibbehinderten möglichst gleichen Zugang zu schriftlicher Rechtsgestaltung geben wie den Unbehinderten. Das Gesetz stellt den Behinderten⁶⁶ zwei Formen zur Verfügung, nämlich entweder diejenige der eigenhändigen Beisetzung eines Handzeichens mit anschliessender notarieller Beglaubigung (Beglaubigungsverfahren) oder die öffentliche Beurkundung des ganzen Erklärungsinhaltes (Beurkundungsverfahren).

3355 - Das Verfahren gemäss Art. 15 OR ist immer dann, wenn der Klient den Urkundeninhalt selber lesen kann, ein gewöhnliches **Beglaubigungsverfahren**, bei welchem eine Willensermittlung und Klientenbelehrung seitens der Urkundsperson nicht erforderlich ist. Die Urkundsperson hat sich mit dem Urkundeninhalt nicht weitergehend zu befassen, als dies im Falle einer Unterschriftsbeglaubigung auch sonst der Fall ist (summarische Kenntnisnahme des von der zu beglaubigenden Unterschrift gedeckten Textes zwecks Missbrauchsverhütung; vgl. Ziff. 3283)⁶⁷. Auch tariflich muss diese notarielle Dienstleistung den Honorierungsgrundsätzen für Unterschriftsbeglaubigungen angepasst sein. Eine weitergehende Sorge um den Urkundeninhalt ist nur in dem nachgenannten Fall der Leseunfähigkeit der Klientschaft erforderlich.

3356 - Kann der Unterzeichnungsunfähige⁶⁸ nicht lesen (etwa weil er Analphabet oder sehbehindert ist, also in einzelnen Fällen gemäss Art. 15 und in allen Fällen der Beglaubigung der Blindenunterschrift gemäss Art. 14 Abs. 3), so muss sich das Beglaubigungsverfahren gemäss der in der

vorliegenden Arbeit vertretenen Sinndeutung der Unterschriftsbeglaubigung⁶⁹ erweitern auf die **notarielle Kontrolle, ob die Klientschaft vom Inhalt des von ihrem Handzeichen oder von der**

Fn 66 - Nur diesen; die Formen gemäss Art. 15 OR stehen schreibfähigen Personen nicht zur Verfügung und können für solche Personen nicht als Unterschriftersatz gelten; vgl. SCHÖNENBERTER/JÄGGI, Komm., N 28 zu Art. 14/15 OR.

Fn 67 - Der Beglaubigungstext kann in einem solchen Falle etwa so lauten: *"Die unterzeichnete Urkundsperson beurkundet hiermit, dass X, der wegen Bandagierung der rechten Hand zur Zeit nicht unterschreiben kann, vor ihr erklärt hat, der obige Text enthalte seinen Willen; dessen zu Urkund und als Ersatz der Unterschrift des X hat die Urkundsperson ihre Unterschrift und ihr Amtssiegel beigesetzt. (Ort, Datum, Notarunterschrift und Siegel)"*.

Fn 68 - Zur Unterscheidung der Schreibfähigkeit im Sinne natürlichen Könnens und der Unterzeichnungsfähigkeit im Sinne rechtlichen Vermögens vgl. Ziff. 2008 ff.

Fn 69 - Vgl. Ziff. 3248 ff.

****S. 945****

Blindenunterschrift gedeckten Textes eine hinlängliche Kenntnis hat. Die vollständige Lesung oder Vorlesung des Urkundentextes ist nicht erforderlich, erst recht nicht die Einhaltung der Vorschriften für die öffentliche Beurkundung des Geschäftsinhaltes⁷⁰. Soll aber das Handzeichen eines Analphabeten oder die Unterschrift eines Blinden beispielsweise unter einem Wohnungsmietvertrag beglaubigt werden, so hat die Urkundsperson die Klientschaft zur Kontrolle etwa zu befragen, was für einen Vertrag sie hier abzuschliessen beabsichtige; auf welche Wohnung sich der Vertrag beziehe und welches der monatliche Mietzins sei. Zeigt sich dabei, dass die Klientschaft uninformiert oder dass sie falsch informiert ist, so hat die Urkundsperson schützend einzugreifen⁷¹.

3357 - Wird das Beurkundungsverfahren gemäss Art. 15 OR durchgeführt, so ist dieses nach den gleichen Regeln durchzuführen, welche auch für beurkundungsbedürftige Geschäftstypen beim Vorhandensein der betreffenden Schreib- und allfälliger Lesebehinderungen einzuhalten sind. Der blosser Umstand, dass das zu beurkundende Geschäft nicht einem generell beurkundungsbedürftigen Geschäftstyp angehört, rechtfertigt nicht die Postulierung eines Beurkundungsverfahrens sui generis, d.h. eines solchen, bei welchem nur die Lesung und Genehmigung notariell zu bezeugen, nicht aber vor Unbedacht zu schützen wäre.

Fn 70 - In diesem Sinne verdeutlichend BS GedrW Nr. 5: "Wenn Personen, die als Analphabeten nicht unterschreiben können, ein beglaubigtes Handzeichen auf einer Urkunde (z.B. Vollmacht) anbringen wollen (Art. 15 OR) oder wenn Blinde eine Urkunde unterschreiben (Art. 14 OR), genügt es, wenn der Notar die Beglaubigung nach Vorschrift von § 239 des EGZGB vornimmt; es bedarf nicht ausserdem der Beiziehung eines ferneren Notars oder von zwei Zeugen. Vorbehalten bleibt § 232 EGZGB bei Wahl der öffentlichen Beurkundung."

Fn 71 - Gleicher Auffassung in bezug auf die Beglaubigung der Unterschrift leseunfähiger Personen gemäss Art. 14 Abs. 3 OR, d.h. Befürwortung des Postulats, dass die Beglaubigung hier auch die Inhaltskenntnis zu bezeugen habe: BECKER, Berner Kommentar (1941) N 9 zu Art. 13-15; a.M., gestützt auf den Gesetzeswortlaut, Komm. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 23 zu Art. 14 und 15 OR; VON TUHR/SIEGWART (1944) S. 227 Anm. 50.

****S. 946****

§ 121 Beglaubigung von Firmenunterschriften

1. Beurkundungswille der Klientschaft

3358 - Bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften liegt die Antragsbefugnis für die Beglaubigung von Firmenunterschriften sowohl bei jedem individuellen Autor als auch bei der juristischen Person bzw. deren Organen.

3359 - Erläuterung: Die Urkundsperson kann das Beglaubigungsbegehren auch von Hilfspersonen, insbesondere vom Sekretariat jener Person entgegennehmen, deren Unterschrift zu beglaubigen ist (sofern der von der Unterschrift gedeckte Text keine Angelegenheit der betreffenden Hilfsperson betrifft).

2. Ausstand

3360 - Die Ausstandspflicht beurteilt sich nach den Kriterien, die für die Beglaubigung der Unterschriften natürlicher Personen dargestellt wurden.

3361 - Erläuterung: Die Unterschriftsleistung als solche kann nicht als "Angelegenheit einer Person" gelten, so dass persönliches Nahestehen der Urkundsperson zu der betreffenden Firma oder den unterzeichnenden natürlichen Personen keinen Ausstand begründet. Hingegen ist der durch die beglaubigten Unterschriften gedeckte Text Angelegenheit jener Personen, deren Rechte dadurch unmittelbar betroffen werden. Die Urkundsperson soll also - im Sinne einer Ordnungsregel - keine Unterschriften auf Dokumenten beglaubigen, die ihr selber oder ihr nahestehenden Personen Rechte einräumen und Vorteile gewähren, namentlich also nicht auf Vollmachten, Schenkungen, Verzichtserklärungen und Löschungsbewilligungen, die zugunsten der Urkundsperson selber lauten.

3. Sachverhaltsermittlung

3362 - Es bestehen keine formellen Regeln für die notarielle Ermittlung der Existenz der Firma und der Zeichnungsberechtigung der unterzeichnenden Personen.

****S. 947****

Die Urkundsperson hat sich in geeigneter Weise ihre diesbezügliche Überzeugung zu bilden.

3363 - Ergibt sich die Zeichnungsberechtigung der unterzeichnenden Personen aus einem schweizerischen Handelsregister, so stehen die notarielle Einsichtnahme in das betreffende Handelsregister, eine telefonische Anfrage bei diesem Handelsregister oder der Beizug eines neuen Handelsregisterauszugs als geeignetste Ermittlungshandlungen im Vordergrund.

3364 - Ergibt sich die Zeichnungsberechtigung nicht aus dem Handelsregister (so bei Handlungsbevollmächtigten, ferner bei neu ernannten Zeichnungsberechtigten, deren Unterschriften noch nicht beim Handelsregister angemeldet worden sind), so soll sich die Urkundsperson von der betreffenden Firma entweder den Organbeschluss nachweisen lassen, durch welchen die Zeichnungsberechtigung erteilt wurde, oder sie soll sich eine Unterschriftenliste der betreffenden Firma und zusätzlich die schriftliche Bestätigung aushändigen lassen, die in der Unterschriftenliste aufgeführten Unterschriften seien rechtsgültige Firmenunterschriften. Die Bestätigung soll von zuständigen Organen der betreffenden Firma original unterzeichnet sein, in erster Linie durch den Verwaltungsratspräsidenten und den Verwaltungsratssekretär.

3365 - Erläuterung: Auf die Einsichtnahme ins Handelsregister wird in der Regel verzichtet. Wird vom Urkunden-Adressaten ausdrücklich verlangt, in der Beglaubigung sei notariell zu bestätigen, dass in beim zuständigen Handelsregister Einsicht genommen wurde, so ist diese Kontrollhandlung als aussertarifarische Leistung mit ca. Fr. 100.-- bis Fr. 200.-- separat in Rechnung zu stellen. Die üblichen Beglaubigungstarife decken eine solche Kontrollhandlung nicht ab.

3366 - Auch bei erstmaliger Beglaubigung einer Unterschrift für eine bestimmte Firma begnügt sich die Urkundsperson in der Regel mit einem neueren Handelsregisterauszug oder mit einem Blick ins Regionenbuch. Sie verletzt durch eine solcherart vereinfachte Ermittlungsarbeit in der Regel keine ausdrücklichen kantonalen Vorschriften.

3367 - Ist die Unterschriftsberechtigung einer Person im Handelsregister nicht ersichtlich, so tritt eine verlässliche Mitteilung zuständiger Firmen-Organe über den Ernennungsbeschluss oder über die Gültigkeit der Unterschriftenliste als Beweismittel an die Stelle des Handelsregisterauszugs.

3368 - Bei der summarischen **Kontrolle des von den beglaubigten Firmenunterschriften gedeckten Textes** hat die Urkundsperson sich die Frage zu stellen, ob die von ihr beglaubigten Firmenunterschriften solchen Firmenvertretern angehören, die für die dokumentierten Rechtshandlungen **kompetent** sind. Unterzeichnen Prokuristen die Vollmacht zu einem Grundstücksverkauf oder einer Grundstücks-Belastung, so darf die Urkundsperson die Rechtsgültigkeit der Unterschriften nicht beglaubigen, ohne sich über das Vorhandensein der ausdrücklichen Ermächtigung gemäss Art. 459 Abs. 2 OR vergewissert zu haben. Ist die Unterschriftsbefugnis einer Person auf den Geschäftskreis einer

****S. 948****

Zweigniederlassung beschränkt, so darf die Urkundsperson die Unterschrift nicht beglaubigen, wenn sie ein Rechtsgeschäft deckt, die offensichtlich eine andere Zweigniederlassung oder das Gesamtunternehmen betrifft. Wiederum ist davon auszugehen, dass die Empfänger des beglaubigten Dokumentes sich mit dem Beglaubigungsvermerk als solchem begnügen und auf die Überschrift "Unterschriftsbeglaubigung" und die graphisch hervortretende notarielle Unterschrift und das notarielle Amtssiegel vertrauen, ohne den Text des Beglaubigungsvermerks und die darin allenfalls vorhandenen Vorbehalte und Einschränkungen im einzelnen zu analysieren. Trotz solcher Vorbehalte und Einschränkungen im Beglaubigungstext würde die Urkundsperson den falschen Anschein amtlich geprüfter Gültigkeit schaffen, wenn sie eine Firmenunterschrift beglaubigt, ohne sich von der Kompetenz der Unterzeichner bezüglich des von ihren Unterschriften gedeckten Geschäftes vollständig überzeugt zu haben.

4. Inhalt der Beglaubigung

3369 - *Die Beglaubigung von Firmenunterschriften⁷² enthält das notarielle Mit-Bezeugen dreier Aussagen des Unterzeichners:*

(a) dass die betreffende Firma als juristische Person oder als Handelsgesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit existiere;

(b) dass die unterzeichnende Person für die betreffende Firma zeichnungsbefugt sei;

(c) dass der von der beglaubigten Firmaunterschrift gedeckte Text rechtlich der betreffenden Firma zuzurechnen sei⁷³.

Fn 72 - Terminologisch wird in der Regel unterschieden zwischen der Beglaubigung der Unterschriften im Sinne der Echtheit handgeschriebener Schriftzüge und der Beurkundung der Zeichnungsbefugnis, wobei hierunter die notarielle Bezeugung des Bestandes der Firma und der handelsrechtlichen Ermächtigung der unterzeichnenden Person verstanden wird; vgl. BS EGZGB § 230 Abs. 2 und Abs. 4.

Fn 73 - In der Praxis wird die Bescheinigung der Zeichnungsbefugnis zuweilen als Beurkundung von der Unterschriftsbeglaubigung unterschieden, indem formuliert wird, die Urkundsperson beglaube die betreffenden Unterschriften als echt und beurkunde gleichzeitig, aufgrund ihrer Handelsregistereinsicht, die Zeichnungsbefugnis der Unterschreibenden. Für eine solche begriffliche Differenzierung besteht nach dem hier Ausgeführten kein Anlass. Auch die Zeichnungsbefugnis kann in Vermerkform bezeugt werden; auch sie wird, wie die Echtheit der Unterschriften, von der Urkundsperson mit-bezeugt.

****S. 949****

3370 - Nicht erforderlich ist das Zeugnis, die Urkundsperson kenne die unterzeichnenden natürlichen Personen oder sie habe diese identifiziert.

3371 - Erläuterung: Die typische Firmenunterschriftsbeglaubigung lautet demgemäss: *"Die unterzeichnende Urkundsperson beglaubigt hiermit die Echtheit der vorstehenden, ihr bekannten Unterschrift der X.-AG, Aktiengesellschaft mit Sitz in S., beigesetzt durch die beiden kollektiv zeichnungsberechtigten Direktoren A., von und in Y., und B., von und in Z."*

3372 - Klientin ist die Personengesellschaft oder juristische Person, deren Firmenunterschrift beglaubigt werden soll. Das Beglaubigungsbegehren kann also von irgendeinem Organ oder einer Hilfsperson der Firma erteilt werden, insbesondere auch von den Sekretariaten der unterzeichnenden Personen. Eine Rückfrage der Urkundsperson bei den Unterzeichnern selbst ist nicht erforderlich, wenn die Urkundsperson die Verhältnisse der betreffenden Unternehmung kennt.

5. In der Regel keine blosse Beglaubigung persönlicher Unterschriften

3373 - *Wenn die Urkundsperson zwar die Identität der namens einer Firma unterzeichnenden natürlichen Personen kennt und sich von der Echtheit ihrer Unterschriften überzeugt hat, jedoch kein eigenes Wissen und keinen genügenden Beleg bezüglich der Existenz der betreffenden Firma und der Zeichnungsbefugnis dieser natürlichen Personen namens der betreffenden Firma hat, so soll zwecks Vermeidung eines falschen Scheins von der Beglaubigung abgesehen werden.*

3374 - *Eine Ausnahme ist zulässig, wenn sich ergibt, dass der Urkundenadressat die entsprechenden Kenntnisse selber hat und nur die Beglaubigung der persönlichen Unterschriften braucht.*

3375 - Erläuterung: Der schweizerischen Urkundsperson begegnen solche Beglaubigungsbedürfnisse unter anderem, wenn die ihr aus der Beglaubigungstätigkeit bekannten Zeichnungsberechtigten einer ortsansässigen Firma ihre Unterschriften als diejenigen einer ausländischen Tochtergesellschaft beglaubigen lassen möchten, etwa als "President of the Board" und als "Treasurer" einer X.-Corporation in Panama oder auf den Bahamas. In solchen Fällen soll sich die Urkundsperson auf die Bezeugung der Echtheit der persönlichen Unterschriften beschränken. Sie soll die Beglaubigung ablehnen, wenn ihr die hiesige Unternehmung und deren Leute nicht als zuverlässig bekannt sind.

3376 - Eine abweichende Auffassung ergibt sich aus ZH NV § 178 Abs. 1: "Bei der Beglaubigung der Unterschrift eines Vertreters einer Einzel-

****S. 950****

firma, einer Handelsgesellschaft oder juristischen Person ist der Unterzeichner nur mit seinen eigenen Personalien zu nennen, und es ist durch entsprechende Einschränkungen der Anschein zu vermeiden, dass mit der Beglaubigung der Unterschrift auch die Befugnis zur Zeichnung für die Firma bescheinigt werde." - Tatsächlich kann ein solcher Anschein auch mit einer ausdrücklich formulierten Einschränkung nicht immer völlig vermieden werden. Beurkundungsrechtlich ungeschulte Urkundenleser verstehen die unter eine Firmenunterschrift gesetzte Beglaubigung als eine Beglaubigung der Firmenunterschrift. Das subtile Unterscheiden zwischen echten persönlichen Unterschriften und gültiger Firmaunterschrift darf bei juristischen Laien nicht vorausgesetzt werden. Die notarielle Beglaubigung, welche die Existenz der Firma und die Zeichnungsbefugnis der unterzeichnenden natürlichen Personen ausdrücklich als unbezeugt ausklammert und lediglich die Echtheit der persönlichen Unterschriften bezeugt, ist demgemäss geeignet, beim Urkundenadressaten einen falschen Schein geprüfter Gültigkeit zu schaffen.

3377 - Ausnahmen sind denkbar, wenn sich der Urkundenadressat - etwa das Handelsregisteramt oder die betreffende Firma selber - nur die Echtheit der persönlichen Unterschriften bezeugen zu lassen braucht oder wenn die am Ort des Notariats domizilierten Organmitglieder einer auswärtigen juristischen Person - beispielsweise die schweizerischen Verwaltungsräte einer amerikanischen Corporation oder die schweizerischen Geschäftsführer einer deutschen GmbH - an ihrem schweizerischen Domizil nur die Echtheit ihrer persönlichen Unterschriften beglaubigen lassen wollen und die firmenbezogenen Bescheinigungen am Firmensitz nachholen zu lassen erklären.

§ 122 Herstellungsvermerke: Beurkundungsvoraussetzungen

1. Zulässige Gegenstände

3378 - *Beglaubigte Fotokopien und Textauszüge können von beliebigen Texten ausgefertigt werden, deren Rechtserheblichkeit für die Urkundsperson erkennbar ist. Fotokopien von nicht-textuellen Vorlagen, z.B. von Graphiken, Bildern, Notenschriften etc. sollen nicht mit notarieller Beglaubigung ausgefertigt*

****S. 951****

werden. Das gleiche gilt für fremdsprachige Texte oder für unlesbare Handschriften, deren Inhalt für die Urkundsperson nicht verständlich ist.

3379 - Erläuterung: Die notarielle Beglaubigung von Fotokopien und Textauszügen ist eine Dienstleistung im Rahmen des Rechtsverkehrs. Nur solche Texte, welche für die Belegung der Voraussetzungen für die Gestaltung oder Durchsetzung von Rechten erheblich sein können, sollen Gegenstand von beglaubigten Fotokopien und Auszügen sein. Wenn Missbräuche vermieden werden sollen, muss sich die beglaubigende Urkundsperson ein Bild vom Inhalt und Zweck des betreffenden Dokumentes machen können.

2. Zuständigkeit

3380 - *Die Urkundsperson ist zur Erstellung beglaubigter Fotokopien und Auszüge sachlich zuständig bezüglich sämtlicher Dokumente und Texte, die ihr im Original oder in original beglaubigter Kopie vorgelegt werden. Sie ist örtlich zuständig für alle Beglaubigungen, die sie in ihrem Beurkundungsbezirk unterzeichnet und siegelt.*

3381 - Erläuterung: Es gibt keine anderen Schranken der Zuständigkeit als diejenige der Zulässigkeit des Beurkundungsgegenstandes und des Erfordernisses der hoheitlichen Amtstätigkeit innerhalb des eigenen Beurkundungsbezirks.

3. Kein Ausstand

3382 - *Bei den Herstellungsvermerken gibt es keine Ausstandspflichten. Die Urkundsperson braucht nicht zu kontrollieren, wer Verfasser oder Eigentümer der Vorlage ist und für wen die beglaubigte Kopie bestimmt ist⁷⁴.*

3383 - *Die Urkundsperson bezeugt gemäss dem Wortlaut des Vermerks zwar die Übereinstimmung des beglaubigten Dokumentes mit der Vorlage, faktisch aber nichts anderes als die Eigenverantwortung für die Dokumentenherstellung gemäss Vorlage.*

3384 - *Die Erstellung von Kopien und Übersetzungen ist im Sinne der Ausstandsregeln nie-mandes "Angelegenheit".*

Fn 74 - So MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 75, N 19 zu Art. 27 und S. 79, N 2 zu Art. 28 NG BE.

****S. 952****

3385 - Erläuterung: Zwar bestehen an dem ausgefertigten Dokument, d.h. an seinem Vorhandensein, an seiner Zustellung, seinem Erhalt etc. regelmässig Interessen. Durch die Erstellung und den Vermerk ändert die Urkundsperson aber nichts an der bestehenden Rechtslage. Sie ändert lediglich die Belegsituation, indem sie die gleichzeitige Belegung des bestehenden Sachverhalts an verschiedenen Orten ermöglicht.

3386 - Der Herstellungsvermerk ändert auch nichts an der prozessualen Beweislage. Er schafft nicht öffentlichen Glauben für den Urkundeninhalt, sondern macht lediglich den gleichen Urkundeninhalt an mehreren Orten, mit gleicher Belegwirkung und mit gleicher Beweiskraft, faktisch verfügbar, z.B. gleichzeitig bei einer Verwaltungsbehörde und bei einem Gericht.

3387 - Sind Herstellungsvermerke im Sinne der Ausstandsregeln niemandes "Angelegenheit", so erübrigt sich in diesem Zusammenhang auch eine Erörterung des Begriffs des Nahestehens.

§ 123 Beglaubigte Kopie

3388 - *Bei der Erstellung einer beglaubigten Kopie⁷⁵ (Abschrift, Vervielfältigung oder Fotokopie) bezeugt die Urkundsperson, dass das beglaubigte Dokument mit einem Ausgangsdokument textlich (im Falle der Abschrift) oder graphisch (im Falle der Vervielfältigung oder Fotokopie) übereinstimmt. Das Zeugnis kann implizit durch einen kurzen Vermerk erfolgen, der etwa folgenden Wortlaut aufweisen kann: "Für getreue Fotokopie - [Ort, Datum, Notarunterschrift und Siegel]".*

3389 - *Dieses Zeugnis setzt voraus, dass die Urkundsperson oder ihre Hilfspersonen das originale Ausgangsdokument anlässlich der Erstellung des beglaubigten Dokuments in Händen hatten.*

3390 - *Die Herstellung einer beglaubigten Fotokopie soll nicht erfolgen aufgrund einer Vorlage, die ihrerseits eine unbeglaubigte Fotokopie ist. Sie soll ferner abgelehnt werden, wenn an der Vorlage Manipulationen vorgenommen wurden, die in der Fotokopie nicht mehr erkennbar sind oder wenn aufgrund der gesamten Umstände bezüglich der Vorlage der Verdacht einer Fälschung⁷⁶ besteht.*

Fn 75 - Vgl. BE ND Art. 31.

Fn 76 - Vgl. das Urteil des Strafgerichts BS vom 6.11.1969, BJM 1971 S. 37-38 (37): "Indem der Angeklagte die Gemeindeganzlei A. veranlasste, vom gefälschten Diplom eine Abschrift zu erstellen und diese zu beglaubigen, hat er wohl insofern eine Beurkundung erschlichen, als diese bei Kenntnis der Fälschung hätte verweigert werden müssen, was jedoch nach Art. 253 Ziff. 1 StGB nicht genügt."

****S. 953****

3391 - Erläuterung: Die Fotokopien-Beglaubigung enthält nur dann ein implizites notarielles Zeugnis über die Qualität des Ausgangsdokumentes, d.h. über seine Echtheit und dokumentarische Vollständigkeit, wenn das Ausgangsdokument im Verantwortungsbereich der Urkundsperson ausgefertigt wurde und wenn die Urkundsperson aufgrund ihrer eigenen Kopiensammlung auch später die Qualität des Ausgangsdokumentes kontrollieren kann. Ein solches implizites Vollständigkeits- und Echtheitszeugnis bezüglich des Ausgangsdokumentes ist namentlich in Kopienbeglaubigungen enthalten, welche die Urkundsperson von selber ausgefertigten öffentlichen Urkunden erstellt.

3392 - Beglaubigt die Urkundsperson dagegen Fotokopien von "fremden" Dokumenten, so liegt es nicht in ihrem Aufgabenbereich und häufig auch jenseits ihrer Möglichkeiten, sich über die Qualität des Ausgangsdokumentes ein Urteil zu bilden. Die vorbehaltlose Beglaubigung von Fremddokumenten enthält immerhin das implizite Zeugnis der Urkundsperson, sie habe anlässlich einer sum-

marischen Prüfung des Ausgangsdokumentes keinen Anlass gehabt, an dessen Echtheit und Vollständigkeit zu zweifeln⁷⁷.

3393 - Stellt die Urkundsperson an dem von fremder Hand ausgefertigten Ausgangsdokument Rasuren, Löschungen, chemotechnische Manipulationen, Riss-Spuren (Entfernung einzelner Seiten aus einem mehrseitigen Dokument) etc. fest, welche in der Fotokopie nicht mehr in gleicher Weise erkennbar sind, so besteht mit einer vorbehaltlosen Fotokopien-Beglaubigung das Risiko eines irreführenden Anscheins amtlich geprüfter Ordnungsmässigkeit. Die Fotokopie ist demgemäss nur zu beglaubigen, wenn sich die Urkundsperson Gewissheit verschafft hat, dass kein Missbrauch zu befürchten ist. Im Zweifelsfalle ist die Vornahme der Beglaubigung abzulehnen. Wird trotzdem beglaubigt, so sind die Mängel des Ausgangsdokumentes in der Kopienbeglaubigung ausdrücklich zu erwähnen⁷⁸.

3394 - Im übrigen besagt das im Vermerk "für getreue Fotokopie" enthaltene notarielle Zeugnis nicht primär, dass die vorliegende Fotokopie aufgrund einer graphisch gleich aussehenden Vorlage erstellt worden ist (bei einwandfrei funktionierenden Fotokopiergeräten ist dies regelmässig der Fall), sondern **dass die Urkundsperson das optisch gleich aussehende Ausgangsdokument in Händen gehabt hat.**

Fn 77 - ZH EGZGB § 248 Abs. 1 Ziff. 1: Der Beamte hat sich von der Echtheit des ihm vorgelegten Originals zu überzeugen; ist das nicht möglich, so ist dieser Umstand in der Beglaubigung ausdrücklich zu erwähnen.

Fn 78 - ZH EGZGB § 248 Abs. 2; § 42 Abs. 2 des deutschen BeurkG.

****S. 954****

3395 - Die Urkundsperson soll sich zur Gewohnheit machen, ihre Unterschrift unter den Vermerk "für getreue Fotokopie" nur dann zu setzen, wenn sie die Gewissheit hat, dass das relevante Ausgangsdokument in ihrem Büro vorhanden gewesen ist und als Ausgangsdokument für den Fotokopiervorgang gedient hat. Wird der Urkundsperson eine nicht original-beglaubigte Fotokopie mit dem Begehren übermittelt, hievon eine "beglaubigte Fotokopie" auszufertigen, so ist die verlangte Verrichtung abzulehnen. Die Aufwertung des Dokuments durch einen originalen notariellen Beglaubigungsvermerk schafft falschen Anschein, wenn die Urkundsperson nicht die Möglichkeit hatte, die Authentizität des Ausgangsdokumentes selber zu kontrollieren. Mit der Erwähnung im Beglaubigungsvermerk, dass der beglaubigten Kopie eine unbeglaubigte Kopie zugrunde gelegen habe⁷⁹, ist das Problem der irreführenden Aufwertung eines notariell nicht kontrollierten Ausgangsdokuments nicht gelöst.

3396 - Im Rahmen der **Missbrauchsverhütung** hat sich die Urkundsperson von folgenden Erwägungen leiten zu lassen: Ein schutzwürdiges Beurkundungsinteresse ist bei der Beglaubigung von Fotokopien nur dann erfüllt, wenn an zwei oder mehr verschiedenen Orten eine bestimmte Dokumentation dauerhaft geführt wird und wenn an der notariellen Bezeugung der Übereinstimmung der hier und dort aufbewahrten Dokumente ein schutzwürdiges Interesse anzunehmen ist. Die Kopienbeglaubigung schafft eine Verbindung zwischen zwei Orten bzw. zwischen zwei Dokumenten, dem Ausgangsdokument und der Kopie. Mit dem Beglaubigungsvermerk bezeugt die Urkundsperson die Identität des äusseren Aussehens beider Dokumente und macht damit eine Aussage über **beide** Dokumente, nicht bloss über die Kopie. Dieses Zeugnis hat keinen Sinn und schafft falschen Anschein, wenn das Ausgangsdokument nicht mit einer gewissen Dauerhaftigkeit und Unveränderlichkeit an einem für die Urkundsperson ersichtlichen Ort aufbewahrt bleibt.

3397 - Sinnlos und demgemäss zu unterlassen ist die Kopienbeglaubigung, wenn das Ausgangsdokument ein in weiterer Bearbeitung befindlicher Entwurf oder ein blosses Arbeitspapier ist. Als Ordnungsregel mag gelten, dass die Urkundsperson Fotokopien nur von solchen Ausgangsdoku-

menten beglaubigt, für welche jemand eine rechtliche Aufbewahrungspflicht (und zugleich die Pflicht, künftige Veränderungen am Dokument zu unterlassen) hat.

3398 - Aus dem Gesagten folgt, dass die Erstellung beglaubigter Fotokopien von bleistiftgeschriebenen Texten in der Regel abzulehnen ist⁸⁰.

Fn 79 - Vgl. in diesem Sinne BE ND Art. 31 Abs. 2.

Fn 80 - ZH NV § 180 Abs. 3 verlangt für diesen Fall "besondere Vorbehalte", ohne zu präzisieren, worin diese Vorbehalte bestehen sollen.

****S. 955****

3399 - Primärer Gegenstand von Kopienbeglaubigungen sind demgemäss Dokumente, für welche die Urkundsperson selber eine Aufbewahrungspflicht hat (Originale und Abschriften selber angefertigter öffentlicher Urkunden), ferner Ausgangsdokumente, die bei Ämtern und bei Privatpersonen aufgrund von Amts-, Buchführungs- und obligationenrechtlichen Aufbewahrungspflichten langfristig in unverändertem Zustand aufbewahrt werden.

3400 - Die Einhaltung dieser Ordnungsregel kann nicht ausschliessen, dass in Ausnahmefällen nachträgliche Manipulationen am Ausgangsdokument vorgenommen werden, obwohl bereits beglaubigte Fotokopien im Umlauf sind, welche eine frühere, heute nicht mehr existierende Fassung des Ausgangsdokumentes belegen. Ein solcher Zustand ist unter dem Gesichtswinkel des Zwecks notarieller Kopienbeglaubigung nicht wünschbar, die Kopienbeglaubigung also dann abzulehnen, wenn die Urkundsperson voraussieht, dass den beglaubigten Kopien in absehbarer Zeit kein äusserlich identisches Ausgangsdokument mehr gegenüberstehen wird.

3401 - Hat die Urkundsperson von einer selber ausgefertigten öffentlichen Urkunde, beispielsweise von einer Stiftungsurkunde, beglaubigte Fotokopien an verschiedene Empfänger versandt, bevor das Geschäft definitiv im Handelsregister eingetragen wurde, und ergibt sich im Eintragungsverfahren ein Korrekturbedarf bezüglich des Originals, so entsteht die peinliche Situation, dass die Urkundsperson selber nachträglich am Ausgangsdokument manipulieren muss, dessen bisheriges Aussehen sie durch den Versand beglaubigter Fotokopien gegenüber Dritten bezeugt hat. Sind die in Umlauf gesetzten beglaubigten Fotokopien nicht mehr vollumfänglich rekuperierbar, so entsteht mit der nachträglichen Korrektur am Ausgangsdokument ein falscher Anschein bei allen künftigen Lesern der im Umlauf verbliebenen Fotokopien, für welchen die Urkundsperson die Verantwortung trifft. Als Vorsichtsmassnahme empfiehlt sich demzufolge, beglaubigte Fotokopien erst dann an Dritte herauszugeben, wenn das unter der Verantwortung der Urkundsperson ausgefertigte Ausgangsdokument in seiner endgültigen Gestalt feststeht und keine nachträglichen Korrekturen an diesem Dokument mehr zu gewärtigen sind.

3402 - Eine uneingeschränkte Kopienbeglaubigung bezeugt die Kopiaturn im Massstab 1:1. Allfällige **Verkleinerungen** oder **Vergrösserungen** sind wohl in keinem Kanton ausdrücklich untersagt, weil die in Kraft stehenden Beurkundungserlasse grösstenteils aus einer Zeit stammen, in welcher diese Möglichkeiten noch nicht vorhanden waren. Im Interesse einer geordneten Beglaubigungspraxis sollte auf Massstabsveränderungen verzichtet werden. Gegebenenfalls ist die Veränderung im Beglaubigungsvermerk zu erwähnen.

****S. 956****

§ 124 Beglaubigter Auszug

3403 - *Bei der Erstellung eines beglaubigten Auszuges bezeugt die Urkundsperson, dass der Auszug mit den für den Urkunden-Adressaten wesentlichen Teilen des Originaldokumentes inhaltlich übereinstimmt.*

3404 - *Die Auslassungen sind ersichtlich zu machen*⁸¹.

3405 - *Dieses Zeugnis setzt in der Regel voraus, dass die Urkundsperson in das Originaldokument in dessen vollständigem Wortlaut Einsicht nimmt.*

3406 - *Fertigt die Urkundsperson beglaubigte Auszüge aus aufgrund unbeglaubigter Fotokopien oder aufgrund der blossen Einsicht in einzelne Seiten des Originaldokumentes, so liegt eine Pflichtwidrigkeit vor, welche zwar nicht den öffentlichen Glauben des Herstellungsvermerks beschlägt, im Falle der Fehlbeglaubigung aber die Haftung der Urkundsperson nach sich zieht.*

3407 - *Werden im Originaldokument nachträglich Änderungen vorgenommen, welche die Erstellung eines neuen beglaubigten Auszuges erforderlich machen, so hat die Urkundsperson sicherzustellen, dass die Erstfassung des beglaubigten Auszuges beseitigt wird. Sie hat anlässlich der Erstellung der Zweitfassung wiederum in das vollständige Originaldokument, nicht bloss in die ausgetauschten Seiten, Einblick zu nehmen und sich zu vergewissern, dass die Korrekturen im Originaldokument vollzogen worden sind.*

3408 - Erläuterung: Die hier aufgestellten Regeln ergeben sich aus dem Sinn der Auszugsbeglaubigung⁸². Der Urkunden-Adressat braucht Gewissheit über bestimmte Teile einer in fremder Hand befindlichen Dokumentation, braucht diese Dokumentation aber nicht in ihrem vollen Umfang bei den eigenen Akten. Sein Belegbedarf beschränkt sich auf Inhalts-Gewissheit; wörtliche oder graphische Übereinstimmung der Dokumentation ist nicht erforderlich.

3409 - Die Urkundsperson kann inhaltliche Übereinstimmung des von ihr ausgefertigten Auszugs mit dem Originaldokument in der Regel nur dann mit dem erforderlichen Mass an Gewissheit bezeugen, wenn sie das vollständige Originaldokument vor Augen gehabt hat. Werden der Urkundsperson nur einzelne Seiten des Originals oder nur eine unbeglaubigte Fotokopie des Originals unterbreitet, so verbleibt eine

Fn 81 - So ZH EGZGB § 249.

Fn 82 - Die notarielle Auszugsbeglaubigung ersetzt ein vom privaten Protokollführer der Gesellschaft originales, ungekürztes Protokoll. Wird ein solches eingereicht, so braucht die Unterschrift des Protokollführers gemäss Art. 28 Abs. 2 HRegV nicht beglaubigt zu sein. Die privaten Organe der Gesellschaft sind aber gemäss derselben Verordnungsbestimmung nicht zuständig zur Erstellung von Protokollauszügen zuhanden des Handelregisteramtes; nur dem notariell beglaubigten Protokollauszug kommt hinlängliche Beweiskraft zu; vgl. BGE vom 29.4.1988, Pra 1988 Nr. 204, BN 1989 S. 360.

****S. 957****

Ungewissheit darüber, ob in den fehlenden Passagen Aussagen enthalten sind, welche den vorgelegten Passagen einen anderen Sinn geben, oder ob die vorgelegte Fotokopie dem Original entspricht.

3410 - Ausnahmen von der Regel der Einsichtnahme in das vollständige Originaldokument sind vertretbar, wenn eine als vertrauenswürdig bekannte Klientschaft das Originaldokument aus sachlichen Gründen nicht aus der Hand geben will. Dies kann etwa der Fall sein bei Verwaltungsrats- und Generalversammlungsprotokollen einer Aktiengesellschaft, deren Originale in der zentral geführten Protokollsammlung in einem einzigen Exemplar unterzeichnet und aufbewahrt werden.

3411 - Die Erstellung von Auszugs-Beglaubigungen kommt nur im engen Rahmen kuranter registerlicher Dokumentationsbedürfnisse in Frage. Ausserhalb des Verkehrs von Firmen mit dem Handelsregister ist für beglaubigte Auszüge kein schutzwürdiges Beurkundungsinteresse ersichtlich, welches die Intervention der Urkundsperson rechtfertigen könnte.

3412 - Die in älteren Zivilprozessordnungen der Urkundsperson zugedachte Funktion der Informationstreuhanderin im Beweisverfahren⁸³ muss heute als überholt gelten. Mit der Technisierung der Buchführung hat sich die Erstellung derartiger Dokumente heute in den Kompetenzbereich von

Bücherexperten verschoben. Lässt sich die Urkundsperson auf derartige Belegschaft ein, so soll sie wegen ihrer Unparteilichkeitspflicht darauf achten, dass sie den Auftrag entweder vom Richter oder von beiden Streitparteien gemeinsam erhält. Als "Partei-Expertise" wäre ein derartiger notarieller Beleg misslich.

3413 - Die Stellung des Beurkundungsbegehrens durch beide Parteien ist auch in anderen Fällen derartiger Informations-Treuhänderschaft als Voraussetzung für die Anhandnahme des Geschäftes zu postulieren, beispielsweise, wenn eine Aktiengesellschaft bestimmte Informationen an Aktionäre, welche diese verlangt haben, nur auszugsweise aber dennoch mit amtlich geprüfter Glaubwürdigkeit erteilen will.

3414 - Nicht zu empfehlen ist, dass sich die Urkundsperson im Auszugsvermerk über die weggelassenen Textteile des Ausgangsdokuments äussert, indem sie etwa erklärt, nach ihrer Ansicht sei nichts zur Sache Gehöriges weggelassen worden⁸⁴. Um des öffentlichen Glaubens der Urkunde willen sollen möglichst wenig notarielle Erklärungen in öffentliche Urkunden aufgenommen werden, welche ein notarielles Beurteilungsermessen voraussetzen.

Fn 83 - So wird etwa die notarielle Erstellung oder Kontrolle ("Vidimation") von Rechnungs- bzw. Buchauszügen, d.h. von Auszügen der prozessrelevanten Teile aus einer im übrigen geheimnisgeschützten Buchhaltung, erwähnt.

Fn 84 - Vgl. eine solche Vorschrift in ZH EGZGB § 249 Abs. 1.

****S. 958****

§ 125 Gestalt des Auszugs und des Herstellungsvermerks

3415 - *Bei Fotokopie-Beglaubigungen wird der Herstellungsvermerk ans Ende des beglaubigten Textes gesetzt, so dass er diesen Text in entsprechendem Sinne deckt, wie eine Unterschrift den unterzeichneten Text deckt.*

3416 - *Entsteht von einem mehrseitigen Dokument eine Fotokopie, die mehrere Blätter umfasst, so wird mit dem Herstellungsvermerk der Umfang des Originaldokuments bezeugt und es muss durch Schnürung und Siegelung sichergestellt werden, dass aus der beglaubigten Fotokopie nicht einzelne Blätter spurlos entfernt oder ausgetauscht werden können. Das Zusammenfassen mehrerer Blätter mit Schnur und Siegel ist bei der Beglaubigung von Fotokopien also, im Gegensatz zur Unterschriftsbeglaubigung, unerlässlich.*

3417 - *Der Beglaubigungsvermerk kann in kürzester Form stichwortartig etwa folgendermassen formuliert werden: "Für getreue Fotokopie / Ort und Datum / Notarunterschrift und Siegel".*

3418 - *Die Erstellung beglaubigter Textauszüge erheischt das notarielle Zeugnis, aus welchem Ausgangsdokument der Auszug gewonnen worden ist, ferner das Zeugnis, dass der Auszug richtig hergestellt worden ist. Wird der Auszug im Notariatsbüro ausgefertigt, so empfiehlt sich die Zweiteilung dieses Zeugnisses. In dem von der Urkundsperson als Eigenaussage formulierten Ingress wird das Ausgangsdokument beschrieben: "Notarieller Auszug aus dem Verwaltungsprotokoll der X AG vom [Datum]". Den Abschluss des Auszuges bildet ein stichwortartiger Beglaubigungsvermerk wie etwa: "Für getreuen Auszug / Ort und Datum / Notarunterschrift und Siegel".*

3419 - *Zwischen dem Ingress und dem Beglaubigungsvermerk am Ende des Dokumentes ist der verkürzte Text des Ausgangsdokumentes wiederzugeben.*

3420 - *Wird der Auszugstext von der Klientschaft ausgefertigt, so können notarielle Beschreibung des Ausgangsdokumentes und Beglaubigungsvermerk in einem einzigen Satz zusammengefasst und unter den Text des Auszuges gesetzt werden, etwa: "Für getreuen Auszug aus dem Ver-*

waltungsratsprotokoll der X AG vom [Datum] / Beglaubigungsort und Beglaubigungsdatum / Notarunterschrift und Siegel".

3421 - Erläuterung: Die Erstellung beglaubigter Auszüge besteht darin, dass die für einen bestimmten Zweck rechtserheblichen Teile des Originaldokumentes wörtlich wiedergegeben, die restlichen Teile weggelassen werden. Die inhaltliche Zusammenfassung eines Originaldokumentes, welche in neugeschaffenen Formulierungen wesentliche Inhalte des Originals wiedergibt, kann nicht als notariell beglaubigter Auszug gelten. Sobald von den Formulierungen des Originaltextes abgewichen wird, betritt man einen Bereich redaktionellen Ermessens und freier Interpretation, welche mit dem notariellen Zeugnis öffentlichen

****S. 959****

Glaubens unvereinbar ist. Im Rechtsverkehr wird unter einem notariell beglaubigten Auszug denn auch regelmässig die wörtliche Wiedergabe einzelner Passagen des Ausgangsdokumentes, nicht eine resümierende Neuformulierung erwartet.

§ 126 Kontrollvermerke: Beurkundungsvoraussetzungen

3422 - Vorbemerkung: Die nachstehend erörterten Kontrollvermerke unterscheiden sich äusserlich z.T. nicht von den Herstellungsvermerken, welche im vorhergehenden Abschnitt behandelt wurden. Hier wie dort bezeugt der Vermerk, seinem Wortlaut nach, die wörtliche oder auszugsweise Übereinstimmung des beglaubigten Dokuments mit einer Vorlage. Der Sinngehalt des Vermerks ist aber insofern ein anderer, als bei den Herstellungsvermerken die notarielle Herstellung des beglaubigten Dokumentes gemäss Vorlage, bei den Kontrollvermerken die notarielle Kontrolle fremder Arbeit bezeugt wird.

3423 - Das vorn zu den Herstellungsvermerken Gesagte gilt sinngemäss. Vgl. Ziff. 3378 ff. und Ziff. 3382 ff.

§ 127 Amtspflichten anlässlich der Sachverhaltsermittlung

3424 - Die der Beisetzung des Kontrollvermerks vorausgehende Kontrollhandlung, d.h. der Vergleich des zu beglaubigenden Dokumentes mit dem Ausgangsdokument, kann durch eine hiezu befähigte Hilfsperson der Urkundsperson erfolgen.

3425 - Erläuterung: Kontrollvermerke sind Überzeugungsbeurkundungen. Die Übereinstimmung des beglaubigten Dokumentes mit der Vorlage ist nichts Wahrnehmbares, sondern ist eine gedankliche Schlussfolgerung aus der vergleichenden Wahrnehmung der Vorlage und des davon hergestellten Zweitdokuments. Die Urkundsperson darf sich ihre Überzeugung von dieser Übereinstimmung aufgrund der Kontrollarbeit einer Hilfsperson bilden.

****S. 960****

§ 128 Beglaubigung manueller Abschriften

3426 - Die Beglaubigung manueller Abschriften kommt im Zeitalter der Fotokopie nur noch ausnahmsweise vor. Von der Sache her wird hier stets ein historisches, in seinem Bestand relativ unveränderliches und dauerhaft aufbewahrtes Dokument in Frage kommen. Wenn die Abschrift nicht in der Kanzlei der Urkundsperson selber ausgefertigt wurde, hat die Beglaubigung den Charakter des Kontrollvermerks⁸⁵. Die Urkundsperson hat im Beglaubigungsvermerk ausdrücklich oder implizit zu bezeugen, dass sie die beglaubigte Abschrift mit dem ihr vorgelegten Original verglichen und inhaltliche Übereinstimmung festgestellt hat⁸⁶. Dieses Zeugnis kann etwa lauten: "Für getreue Abschrift aufgrund Vergleichs mit dem Original"⁸⁷.

§ 129 Beglaubigung von Auszügen

3427 - Es kann auf das oben, Ziff. 3403 ff. Gesagte verwiesen werden.

Fn 85 - Bezüglich der Tarifgestaltung für die notariatischen Verrichtungen ist zu bedenken, dass die Kontrolle einer manuell angefertigten Abschrift durch Vergleichung mit dem Ausgangsdokument einen erheblichen Arbeitsaufwand erfordert, der richtigerweise mit einem mehrfachen Betrag dessen entschädigt wird, was für den Herstellungsvermerk beim Fotokopieren angemessen ist. Bei der Fotokopien-Beglaubigung hat sich die Urkundsperson lediglich des Vorhandenseins des Originals zu vergewissern; bei der Abschriftsbeglaubigung hat sie Seite für Seite den Text zu vergleichen. Dies sind verschiedene Arbeitsgänge, die verschieden honoriert werden sollten.

Fn 86 - ZH EGZGB § 248 Abs. 1 Ziff. 2.

Fn 87 - Die kürzere Formulierung "Für getreue Abschrift" darf nur für den Herstellungsvermerk verwendet werden, d.h. wenn die Abschrift im Büro der Urkundsperson ausgefertigt wurde.

****S. 961****

§ 130 Konformität eines Statutenexemplars mit der beschlossenen Fassung

3428 - Bei den von den Handelsregisterämtern verlangten **Konformitätsbeglaubigungen, -bescheinigungen oder -beurkundungen von Statuten** geht es, unabhängig von der gewählten Bezeichnung, allemal um folgendes:

3429 - Die Konformitätsbeurkundung beinhaltet das notarielle Zeugnis, dass ein bestimmtes, dem Handelsregisteramt eingereichtes Statutenexemplar jenen Text aufweist, der anlässlich einer gleichzeitig beim gleichen Handelsregisteramt angemeldeten Statutenänderung von der Generalversammlung der Aktionäre beschlossen worden ist. Das Belegbedürfnis für die Konformitätsbestätigung hat seinen Grund darin, dass bei Statutenänderungen oft nur die zu ändernden Artikel im notariellen Versammlungsprotokoll festgehalten werden. Die Erstellung eines nachgeführten, vollständigen Statutenexemplars obliegt alsdann den Organen der Gesellschaft. Dieses Statutenexemplar kann in einfacher Schriftform erstellt werden. Es bedarf nicht der öffentlichen Beurkundung. Es muss insbesondere nicht anlässlich der notariell protokollierten Versammlung im vollen Wortlaut vorgelesen werden. Grundsätzlich wäre den Handelsregisterbeamten möglich, anhand des Versammlungsprotokolls und der bisher gültigen Statutenversion selber zu überprüfen, ob das dem Amt eingereichte, nachgeführte Exemplar die weitergeltenden alten Bestimmungen und die neu beschlossenen abgeänderten Bestimmungen richtig wiedergibt. Diese Arbeit des vergleichenden Prüfens übernimmt in der Regel die Urkundsperson, welche auf dem dem Handelsregisteramt eingereichten neuen Statutenexemplar bezeugt, dass dieses inhaltlich jene Fassung darstellt, welche aufgrund der jüngsten Versammlungsbeschlüsse die gültige ist. Ob man dieses notarielle Zeugnis als Konformitätsbeurkundung, -beglaubigung oder -bescheinigung bezeichnet oder ob man eine andere Bezeichnung dafür wählt, ist eine Frage der terminologischen Konvenienz. Allemal besteht die notarielle Leistung in der Bezeugung der **inhaltlichen Richtigkeit** eines Dokumentes anhand des Vergleichs mit anderen Dokumenten, aufgrund derer das als konform bescheinigte Dokument erstellt wurde⁸⁸.

Fn 88 - Wurde die nunmehr geltende Statutenfassung im vollen Wortlaut anlässlich der Versammlung protokolliert, so ist die Einreichung eines separaten, als konform bescheinigten Statutenexemplars an das Handelsregisteramt nicht erforderlich. Wird ein separates Exemplar hergestellt, so muss hierfür eine Fotokopie- oder Abschriftsbeglaubigung genügen, in welcher die Urkundsperson bezeugt, dass das Statutenexemplar aus dem Versammlungsprotokoll herauskopiert wurde.

****S. 962****

3430 - Wird gegenüber Dritten in anderem Zusammenhang bescheinigt, dass ein bestimmtes Statutenexemplar die heute gültige Fassung, bzw. den heute geltenden Rechtszustand verkörpere, so liegt

keine Konformitätsbescheinigung im beschriebenen Sinn vor, sondern die Bezeugung eines bestehenden Rechtszustandes. Für dieses Zeugnis ist in erster Linie das Handelsregisteramt am Sitz der Gesellschaft, nicht eine Urkundsperson zuständig. Das Handelsregisteramt stellt zu solchen Zwecken beglaubigte Kopien der jeweils gültigen Statuten aus.

§ 131 Übersetzungsbeglaubigung

3431 - *Die Urkundsperson soll Übersetzungen nur beglaubigen, wenn es sich um kurze und einfache Texte des Rechtsverkehrs, etwa um Ernennungsbeschlüsse oder Löschungsbewilligungen, handelt und wenn die Urkundsperson Ausgangs- und Zielsprache hinlänglich beherrscht*⁸⁹.

3432 - *Der Ausgangstext muss im Beglaubigungsvermerk eindeutig und fälschungssicher identifiziert werden, am besten durch seine urkundenmässige Verbindung mit dem Übersetzungstext.*

3433 - **Erläuterung:** Übersetzungsbeglaubigungen im Sinne von **Herstellungsvermerken** sind nicht geradezu unzulässig, können aber den Rahmen notarieller Tätigkeit überschreiten. Ein Herstellungsvermerk liegt dann vor, wenn die Urkundsperson **selber als Übersetzerin** fungiert und die Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer eigenen Übersetzungsarbeit mit dem notariellen Vermerk "für getreue Übersetzung" selber bezeugt. Derartige Herstellungsvermerke erwecken keine Bedenken, wenn die Übersetzung einen kurzen und einfachen Ausgangstext und eine der Urkundsperson völlig geläufige andere Sprache betrifft (etwa die Übersetzung eines Verwaltungsratsbeschlusses betreffend die Ernennung von Prokuristen, aus dem Deutschen ins Französische oder umgekehrt, durch eine schweizerische Urkundsperson, zuhanden eines einsprachig geführten Handelsregisteramtes).

3434 - Bei **längeren und bei komplizierten Texten** soll die Urkundsperson nicht eigene Übersetzungstätigkeit und den ihr verliehenen öffentlichen Glauben miteinander vermengen. Hier stellt sich die grundsätzliche Frage, in welchem Umfang die Urkundsperson ihren öffentlichen

Fn 89 - Vgl. Auskunft der Verwaltungskommission des OG ZH vom 29.11.1982, ZR 82 S. 109; die Bestätigung richtiger Übersetzung durch den Notar ist unzulässig, wenn er die betreffende Sprache nicht kennt.

****§. 963****

Glauben den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs dienstbar zu machen vermag⁹⁰. Bei der Kontrolle von Übersetzungen auf ihre Genauigkeit und Vollständigkeit sind sprachliches Können ebenso wichtig wie notarielle Wahrhaftigkeit und Unparteilichkeit. Auch wenn die Urkundsperson perfekt Englisch und Deutsch spricht, muss sich die Frage stellen, warum sie mit öffentlichem Glauben die Richtigkeit einer Übersetzungsarbeit - beispielsweise vom Englischen ins Deutsche - bezeugen soll. Ihr Zeugnis wiegt in einem solchen Falle nicht schwerer als dasjenige eines Sprachlehrers, der Englisch und Deutsch unterrichtet; der wesentliche Unterschied reduziert sich auf den Umstand, dass die Urkundsperson, im Gegensatz zum Lehrer, ihr Zeugnis mit einem Amtssiegel schmücken kann. Zieht man sodann die Schwierigkeiten aller Übersetzungsarbeit und die Unmöglichkeit, gewisse Dinge exakt zu übersetzen, in Betracht, so mehren sich die Zweifel, ob die "Richtigkeit" einer Übersetzung der notariellen Wahrheitsgewähr überhaupt zugänglich ist. Bei Texten mit wissenschaftlichen oder literarischem Anspruch kann von "richtiger" und "unrichtiger" Übersetzung oft nicht gesprochen werden, sondern von sinngemässer im Gegensatz zu wörtlicher, von unbeholfener im Gegensatz zu eleganter Übersetzung. All diese Erwägungen führen zur Schlussfolgerung, dass sich die Urkundsperson nicht auf die Beglaubigung längerer Übersetzungen einlassen soll, selbst wenn sie Ausgangs- und Zielsprache beherrscht.

3435 - Die notarielle Beglaubigungskompetenz ist jedenfalls überschritten, wenn der Text nicht unmittelbar dem Rechtsverkehr angehört, sondern beispielsweise literarische, journalistische oder wissenschaftliche Bedeutung hat.

3436 - Eine stets mögliche Form, Übersetzungen beliebigen Inhalts in den Augen Dritter aufzuwerten, besteht darin, dass ein Übersetzer vor der Urkundsperson zu Protokoll erklärt, die Übersetzung nach bestem Wissen und Gewissen ausgefertigt zu haben; gleichzeitig kann der Übersetzer seine beruflichen Qualifikationen zu Protokoll erklären und möglicherweise ein Übersetzerdiplom oder eine Akkreditierung als Dolmetscher vorlegen. Solche Dokumente können von der Urkundsperson wie Ausweise kontrolliert, ihre Vorweisung ebenfalls protokolliert werden.

3437 - Bei Übersetzungsbeglaubigungen stellt sich das Problem der Identifikation des übersetzten Originals. Es genügt nicht, dass die korrekte Übersetzung oder eine Übersetzungsarbeit nach bestem Wissen und Gewissen bezeugt wird. Die Übersetzungsbeglaubigung muss den

Fn 90 - Zur Problematik der Übersetzungsbeglaubigungen und den rechtlichen Gegebenheiten im Kanton Zürich vgl. die Auskunft der Verwaltungskommission vom 29.11.1982, ZR (82) 42 S. 109.

****S. 964****

Originaltext identifizieren, dessen Übersetzung sie als korrekt bezeugt. Am zuverlässigsten geschieht diese Identifikation, wenn sich Originaltext und Übersetzung auf dem gleichen Blatt befinden oder wenn sie in einem mehrseitigen Dokument mit Schnur und Siegel zusammengefasst werden können.

3438 - Wird eine Übersetzung beglaubigt, ohne dass der Originaltext urkundenmässig damit verbunden werden kann, so bedarf es einer klaren Beschreibung des Originaltextes und seines Standortes. Die Beschreibung muss dem Urkundenleser die Auffindung und Identifikation des Originals ermöglichen.

§ 132 Keine Beglaubigung von Fotografien

3439 - *Fotografien können nicht in dem Sinne notariell beglaubigt werden, dass die Urkundsperson die Übereinstimmung des Bildes mit dem abgebildeten Gegenstand bezeugt.*

3440 - **Erläuterung:** Einem Kreisschreiben der Verwaltungskommission des zürcherischen Obergerichtes⁹¹ ist zu entnehmen, dass notarielle Beglaubigungen von Fotografien (Passfotos) in privaten Ausweisen vorgekommen sind, wobei die Urkundsperson die Identität der abgebildeten Person mit derjenigen bezeugt hat, auf welche der Ausweis lautete. Zutreffend hat die Verwaltungskommission auf den missbräuchlichen Charakter solcher Beglaubigungen hingewiesen. Für derartige Beglaubigungen ist in der Tat kein Raum, und zwar auch dann nicht, wenn die Urkundsperson beim Akt des Fotografierens und beim Entwickeln des Bildes persönlich anwesend war und diesbezüglich ihre eigene Wahrnehmung bezeugen kann. Es ist kein schutzwürdiges Interesse denkbar, die Übereinstimmung eines Bildes mit der abgebildeten Person mit öffentlichem Glauben zu bezeugen. Das Passfoto dient gerade dazu, beliebigen Dritten, denen das Ausweispapier vorgelegt wird, **selber** den Vergleich von Ausweis und Ausweisträger zu ermöglichen. Kommt der Ausweis in falsche Hände, so wird die notarielle Beglaubigung, die durch das Passfoto abgebildete Person sei mit dem Inhaber des Ausweises identisch, zur Unwahrheit. Als blosse Echtheitsbezeugung bezüglich der Fotografie (dahingehend, die Foto-

Fn 91 - Kreisschreiben der Verwaltungskommission des OG ZH an die Notariate, Stadttammannämter und Gemeindeammannämter sowie an die Bezirksgerichte als deren erstinstanzliche Aufsichtsbehörden vom 9.1.1974, ZR (74) 8 S. 15.

****S. 965****

grafie stelle die fotografierte Person dar) besagt die Beglaubigung das Selbstverständliche.

§ 133 Gestaltung des Kontrollvermerks

3441 - Kontrollvermerke sollen die erfolgte Kontrollhandlung erkennen lassen, etwa durch Formulierungen wie: "Für getreuen Auszug aufgrund Vergleichs mit dem Original", "für getreue Kopie aufgrund Vergleichs mit dem Original" und "für getreue Abschrift aufgrund Vergleichs mit dem Original". Keiner Erwähnung bedarf, welche Drittperson den Auszug, die Kopie oder die Abschrift ausgefertigt hat.

3442 - Erläuterung: Die Formulierung von Kontrollvermerken soll sich von derjenigen der Herstellungsvermerke unterscheiden, damit der Urkundenleser nicht den Eindruck erhält, die Urkundsperson habe das beglaubigte Dokument selber ausgefertigt. Die Stichworte "für getreuen Auszug", "für getreue Kopie", "für getreue Abschrift" deuten auf die Eigen-Herstellung des beglaubigten Dokumentes durch die Urkundsperson oder ihre Hilfspersonen hin und sind für Kontrollvermerke nicht zu verwenden.

§ 134 Datumsbeglaubigung

3443 - Die Datumsbeglaubigung ist eine Figur, die sich in einzelnen kantonalen Gesetzen erwähnt findet⁹². Gemäss MARTI⁹³ dient die Datumsbeglaubigung dem Nachweis, dass das in Frage stehende Dokument, z.B. ein Rezept oder die Beschreibung einer Erfindung, zu einem bestimmten Zeitpunkt, nämlich demjenigen der Vorweisung gegenüber dem Notar, bereits existiert hat.

3444 - Wird ein Datum beglaubigt, so handelt es sich im Sinne der Ausstandsregeln um die Angelegenheit der Person, welche das Dokument

Fn 92 - ZH EGZGB § 250 und NV § 181; BE ND Art. 32; VS NotG Art. 44.

Fn 93 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 185 N. 1 zu Art. 32 ND.

****§. 966****

zur Beglaubigung vorlegt, d.h. ihre Innehabung des Dokumentes an dem betreffenden Datum notariell bezeugen lässt⁹⁴.

3445 - Die Problematik der Datumsbeglaubigung liegt darin, dass der notarielle Vermerk das beglaubigte Dokument nicht gegen spätere Veränderungen, namentlich Ergänzungen seitens des Autors schützt. Die Datumsbeglaubigung kann den unveränderten Bestand des Dokumentes nicht bezeugen, weil der Inhaber des Dokumentes mit der Vornahme der Beglaubigung nicht die Befugnis verliert, das Dokument in Zukunft zu verändern. Will sich ein Erfinder also den Beweis der Existenz seines Rezeptes an einem bestimmten Datum sichern, so ist es zweckmässiger, dass er das Rezept in versiegeltem Umschlag bei einem Berufsverband oder einem Treuhänder hinterlegt⁹⁵. Unter allen Beurkundungsgeschäften ist das mit dieser Problematik behaftete, ungewöhnliche Beglaubigen von Daten für die Urkundsperson zweifellos nicht das liebste.

Fn 94 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 75, N 19 zu Art. 27 NG BE.

Fn 95 - Auch das deutsche BeurkG kennt in § 43 eine Bestimmung über die "Feststellung des Zeitpunktes der Vorlegung einer privaten Urkunde". Diese Art der Beglaubigung kommt aber in der Praxis nicht vor; vgl. HUHNS/VON SCHUCKMANN, N. 2 zu § 43 des [deutschen] BeurkG, S. 525.

Kapitel 14: Organisation des Beurkundungswesens

§ 135 Amtsnotariat und freiberufliches Notariat

3446 - Einzelne Kantone kennen ausschliesslich das freiberufliche Notariat, wobei die 15 Kantone mit vorwiegendem Anwalts-Notariat (LU, UR, SZ, OW, NW, GL, ZG, SO, BS, SG, GR, AG, TI, VS, JU) in der Mehrzahl, die 5 Kantone mit ausschliesslichem oder vorwiegendem Nur-Notariat (BE, FR, VD, NE, GE) in der Minderzahl sind.

3447 - Einzelne Kantone kennen staatlich beamtete Notare, d.h. Beamte mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis. Eine letzte Gruppe von Kantonen hat die Beurkundungstätigkeit auf verschiedene Amtsstellen aufgeteilt. In diesen Fällen pflegt kein einzelner Beamter den Titel des Notars zu führen. Die Organisation in den einzelnen Kantonen ist die folgende¹:

Zürich: Amtsnotariat². Die beamteten Notare haben unbeschränkte Beurkundungsbefugnis³. Für die Beglaubigungen sind auch die Gemeindeammänner⁴ und allfällige, durch besondere Gesetze bestimmte Stellen zuständig.

Bern: Freiberufliches Notariat⁵; das bernische Beurkundungsrecht ist ausgerichtet auf die Berufstätigkeit von Nur-Notaren; das Anwalts-Notariat ist aber zugelassen⁶; die Notare haben unbeschränkte Beurkundungsbefugnis⁷.

Fn 1 - Vgl. DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, S. 81-105; der hier wiedergegebene Überblick lehnt sich eng an die bei Santschi enthaltene Darstellung an.

Fn 2 - ZH NG § 18.

Fn 3 - ZH EGZGB § 236.

Fn 4 - ZH EGZGB § 246.

Fn 5 - BE NG Art. 2

Fn 6 - BE NG Art. 3 Abs. 4; das Anwalts-Notariat fasst vor allem in den Agglomerationen Fuss, während auf dem Land weiterhin das Nur-Notariat vorherrscht.

Fn 7 - BE NG Art. 16

Luzern: Freiberufliche Anwalts-Notare⁸ und beamtete Notare, Beglaubigungsbeamte und Protestbeamte^{9,10}. Die Beglaubigungs- und Protestbeamten sind nicht freiberuflich tätig. Freiberufliche Notare sind die beurkundungsrechtlich autorisierten Rechtsanwälte, die im Kanton Luzern ein Anwaltsbüro führen oder ständig in einem solchen tätig sind. Beamtete Notare sind die patentierten, im Amt stehenden Gemeindeschreiber, ihre vollamtlichen, patentierten Substituten und zuweilen weitere Beamte mit Gemeindeschreiber-Funktionen¹¹.

Uri: Freiberufliches Anwalts-Notariat¹²; für Beglaubigungen sind zusätzlich beamtete Urkundspersonen zuständig (Staatsarchivar, Landschreiber u.a.)¹³.

Schwyz: Beamtete Notare mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis, ferner die Gemeindeschreiber, der Staatsschreiber, der Staatsarchivar, die Gerichtsschreiber der schwyzerischen Gerichte und die Untersuchungsrichter, schliesslich freiberufliche Urkundspersonen (Anwälte). Der Kanton Schwyz ist in sieben Notariatskreise eingeteilt, wobei jeder Bezirk einen Kreis bildet mit Ausnahme des Bezirkes Schwyz, der in zwei Kreise aufgeteilt ist¹⁴. Die beamteten Notare werden vom jeweili-

gen Bezirksrat des Notariatskreises gewählt. Von den insgesamt sieben beamteten Notaren sind deren fünf im sog. Sportelsystem angestellt, d.h. die Notare werden zwar vom Bezirksrat gewählt, in finanzieller Hinsicht sind sie jedoch "autonom" und die Gebühren fallen nicht dem Bezirk, sondern dem Notar persönlich zu. Die restlichen zwei Notare sind als reine Beamtennotariate ausgestaltet, in denen der gesamte Aufwand und Ertrag über die ordentliche Bezirksrechnung abgewickelt wird¹⁵. - Der Gemeindeschreiber besitzt Beurkundungsbefugnis für öffentliche letztwillige Verfügungen und Beglaubigungen, die restlichen beamteten Urkundspersonen nur für Beglaubigungen. Freiberufliche Urkundspersonen sind die im Kanton Schwyz wohnhaften Rechtsanwälte mit schwyzerischem Anwaltspatent, die bei der Aufsichtskommission als Urkundspersonen registriert sind; ihre Zuständigkeit beschränkt sich auf Eheverträge und letztwillige Geschäfte.

Obwalden: Amtsnotare und freiberufliche Anwalts-Notare, ferner Beglaubigungsbeamte und Protestbeamte. - Die Notare sind in drei Kategorien eingeteilt: Kantonale Amtsnotare (mit ihren Stellvertretern),

Fn 8 - LU BeurkG § 5 Abs. 1 lit. a.

Fn 9 - LU BeurkG § 1 lit. a; den Notaren steht unbeschränkte, den Beglaubigungs- und Protestbeamten beschränkte Beurkundungsbefugnis zu.

Fn 10 - LU BeurkG § 4.

Fn 11 - LU BeurkG § 5.

Fn 12 - UR EGZGB Art. 21 Abs. 1.

Fn 13 - UR EGZGB Art. 24.

Fn 14 - § 81 EGZGB SZ.

Fn 15 - Vgl. Entscheid des KG SZ vom 28.2.1989, ZBGR 73 (1992) S. 286-294 (289).

****S. 969****

freierwerbende Notare und Gemeindenotare. Als Beglaubigungsbeamte kommen in Frage die Notare, die Beglaubigungsbeamten der Staatskanzlei, die Gemeindeschreiber und ihre Stellvertreter, die Gerichtspräsidenten und Gerichtsschreiber, die Grundbuchverwalter und ihre Stellvertreter. Protestbeamte sind die Einwohnergemeindeschreiber und ihre Stellvertreter¹⁶.

Nidwalden: Beamtete Urkundspersonen und freiberufliche Anwalts-Notare¹⁷. Beamtete Urkundspersonen sind die Landschreiber, die Amtsnotare und Grundbuchverwalter sowie deren Stellvertreter, Handelsregisterführer und deren Stellvertreter, ferner die Gemeindeschreiber. Freiberufliche Urkundspersonen sind die beurkundungsrechtlich autorisierten, im Kanton wohnhaften, frei praktizierenden Rechtsanwälte¹⁸. Mit Ausnahme des Handelsregisterführers haben sämtliche Urkundsperson unbeschränkte Beurkundungsbefugnis¹⁹.

Glarus: Freiberufliche Anwalts-Notare mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis sind die vom Obergericht ermächtigten, selbständig praktizierenden Rechtsanwälte. Regierungskanzlei, Gerichtskanzlei, Ortsgemeindeschreiber und Grundbuchverwalter haben beschränkte Beurkundungsbefugnis²⁰.

Zug: Beamtete Urkundspersonen und freiberufliche Anwalts-Notare. Beamtete Urkundspersonen sind der Gemeindeschreiber und sein Stellvertreter, der Grundbuchverwalter und sein Stellvertreter. Freiberufliche Urkundspersonen sind die zur öffentlichen Beurkundung ermächtigten Rechtsanwälte²¹. Der Gemeindeschreiber und sein Stellvertreter haben unbeschränkte, die anderen Urkundspersonen beschränkte Beurkundungsbefugnis²². Blosses Beglaubigungsbefugnis liegt auch bei der Staatskanzlei und der Gerichtskanzlei²³.

Fribourg: Freiberufliches Nur-Notariat²⁴ mit einer Beschränkung der Höchstzahl der zugelassenen Notare auf 42²⁵; die Notare haben unbeschränkte Beurkundungsbefugnis²⁶.

Solothurn: Freiberufliches Anwalts-Notariat und beamtete Urkundspersonen. Zu den letzteren gehören die Amtsschreiber sowie die Betreibungs- und Konkursbeamten. Beglaubigungsbefugnis liegt auch bei anderen Personen. Für Rechtsgeschäfte über Grundstücke sind

Fn 16 - OW BeurkG Art. 2.

Fn 17 - NW BeurkG Art. 2 Abs. 1 Ziff. 5.

Fn 18 - NW BeurkV § 6; BALBI, Beurkundung in Nidwalden (1981) S. 50 f.

Fn 19 - NW BeurkV §§ 12 und 13.

Fn 20 - GL EGZGB Art. 19 und 25, GL EGOR Art. 11.

Fn 21 - ZG BeurkG §§ 1 und 2.

Fn 22 - ZG BeurkG §§ 6 und 7.

Fn 23 - ZG BeurkG § 29.

Fn 24 - Das Anwalts-Notariat ist allerdings zugelassen; FR NG Art. 6 e contrario.

Fn 25 - FR NG Art. 2 (Fsg. von 1986).

Fn 26 - FR NG Art. 1 Abs. 2.

****§. 970****

ausschliesslich die Amtsschreiber des betreffenden Amtskreises zuständig²⁷.

Basel-Stadt: Freiberufliches Anwalts-Notariat; die Notare haben unbeschränkte Beurkundungsbefugnis. In einigen gesetzlich vorbehaltenen Fällen sind auch beamtete Urkundspersonen zuständig (Handelsregisterführer, Vorsteher des Erbschaftsamtes)²⁸; Beglaubigungsbefugnis liegt auch bei der Staatskanzlei und bei gewissen Gemeindebeamten der Gemeinden Riehen und Bettingen²⁹.

Basel-Landschaft: Beamtete Urkundspersonen mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis³⁰.

Schaffhausen: Beamtete Urkundspersonen: Bezirksrichter, Schreiber der Erbschaftsbehörde, Grundbuchverwalter, Gemeinderatsschreiber, Gemeinderatspräsident, die durch die Gemeindeverfassung ermächtigten Beamten oder besonderen kommunalen Amtsstellen. Keine dieser Urkundspersonen verfügt über unbeschränkte Beurkundungsbefugnis. Für die durch EGZGB nicht einer bestimmten Amtsstelle zugewiesenen Beurkundungsfälle gilt die generelle Zuständigkeit des Bezirksrichters³¹.

Appenzell-Ausserrhoden: Amtsnotariat: Urkundsperson mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis ist der Gemeindeschreiber, in Handelsregistersachen auch der Handelsregisterführer³².

Appenzell-Innerrhoden: Amtsnotariat: Unbeschränkte Beurkundungsbefugnis liegt beim Land-schreiber und beim Bezirksschreiber³³. Beschränkte Beurkundungsbefugnis kann durch die Standeskommission den innerkantonalen Rechtsanwälten verliehen werden³⁴.

St. Gallen: Amtsnotariat und freiberufliches Anwalts-Notariat: Je auf abgegrenzte Zuständigkeitsbereiche³⁵ eingeschränkte Beurkundungsbefugnis besitzen der Bezirksammann, der Gemeindeammann, der Grundbuchverwalter, der Gemeinderatsschreiber, der Handelsregisterführer, die vom Gemeinderat hiezu ermächtigten Beamten, der Bezirksamtsschreiber und die Staatskanzlei, ferner die im Kanton wohnhaften Rechtsanwälte (Inhaber eines St. Gallischen Anwaltspatentes).

Fn 27 - SO EGZGB §§ 4 und 5.

Fn 28 - BS EGZGB § 230.

Fn 29 - BS EGZGB § 230 Abs. 4.

Fn 30 - BL EGZGB § 18 Abs. 1.

Fn 31 - SH EGZGB Art. 21-24.

Fn 32 - AR EGZGB Art. 9 Abs. 2 und 3.

Fn 33 - AI EGZGB Art. 20 Abs. 1.

Fn 34 - AI Verordnung über die öffentliche Beurkundung im Kanton Appenzell I.Rh. vom 1.6.1951 Art. 1 Abs. 2.

Fn 35 - SG EGZGB Art. 15 und Art. 1 der Verordnung über die Beglaubigung privater Unterschriften vom 15.1.1938.

****§. 971****

Graubünden: Amtsnotariat und freiberufliches Anwalts-Notariat³⁶; beamtete Notariatspersonen der Kreise sind Kreisnotar, Stellvertreter des Kreisnotars, Hilfsnotar; freiberufliche Notare sind die beurkundungsrechtlich autorisierten bündnerischen Rechtsanwälte. Zur Beurkundung von Rechtsgeschäften des Grundstückverkehrs ist auch der Grundbuchverwalter zuständig³⁷.

Aargau: Amtsnotariat und freiberufliches Anwalts-Notariat: Beschränkte Beurkundungsbefugnis liegt bei den Gemeindeschreibern und Gemeindeammännern, unbeschränkte Beurkundungsbefugnis bei den freiberuflichen Notaren³⁸.

Thurgau: Amtsnotariat: Unbeschränkte Beurkundungsbefugnis liegt beim (beamteten) Notar; beschränkte Beurkundungsbefugnis liegt beim Gerichtsschreiber, Gemeinderatsschreiber, Grundbuchverwalter³⁹.

Tessin: Freiberufliches Anwalts-Notariat⁴⁰.

Waadt: Freiberufliches Nur-Notariat⁴¹ mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis⁴².

Wallis: Freiberufliches Anwalts-Notariat⁴³ mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis⁴⁴.

Neuchâtel: Freiberufliches Nur-Notariat⁴⁵ mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis⁴⁶.

Genf: Freiberufliches Nur-Notariat⁴⁷ mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis⁴⁸. Beschränkte Beurkundungsbefugnis liegt beim Friedensrichter und beim Grundbuchverwalter⁴⁹.

Jura: Freiberufliches Nur- und Anwalts-Notariat⁵⁰ mit unbeschränkter Beurkundungsbefugnis⁵¹.

Fn 36 - GR NV Art. 1 Abs. 1.

Fn 37 - GR EGZGB Art. 177 Abs. 1.

Fn 38 - AG EGZGB § 3 Abs. 2 und § 14.

Fn 39 - TG EGZGB § 18 Abs. 1.

Fn 40 - TI LN Art. 11 Abs. 3.

Fn 41 - VD LN Art. 3 Abs. 1; die gleichzeitige Ausübung des Anwaltsberufes ist dem waadtländischen Notar verwehrt.

Fn 42 - VD LN Art. 1.

Fn 43 - VS NG Art. 4 und 10.

Fn 44 - VS NG Art. 1 Abs. 1.

Fn 45 - NE LN Art. 9 e contrario lässt das Anwalts-Notariat zu.

Fn 46 - NE LN Art. 8.

Fn 47 - GE LN Art. 4 verbietet dem Genfer Notar die Anwaltstätigkeit.

Fn 48 - GE LN Art. 1; EGZGB Art. 22 Abs. 1.

Fn 49 - GE EGZGB Art. 22 Abs. 2 und 4.

Fn 50 - JU LN Art. 4 und 11.

****§. 972****

§ 136 Zulassung zum Notariat

3448 - Die Zulassung zur Berufsausübung der Urkundsperson ist kantonal geregelt. Als bundesrechtliches Mindestefordernisse müssen Sprachbeherrschung und Rechtskenntnisse in jenem Umfang gelten, der zur Erstellung der dem schweizerischen Recht bekannten öffentlichen Urkunden und zu der damit zusammenhängenden Belehrung der Verfahrensbeteiligten erforderlich ist⁵². Akademische Ausbildung ist in den Kantonen mit freiberuflichem Notariat durchwegs verlangt⁵³, wogegen von staatlichen Amtsnotaren ebenso systematisch kein Rechtsstudium gefordert wird⁵⁴.

3449 - Die Zulassung zum Notariat setzt zwei Dinge voraus, nämlich die persönliche Befähigung des Kandidaten und die Verleihung der Amtsträgerschaft⁵⁵. In Kantonen mit Amtsnotariat ist eine verfahrensrechtliche Trennung von Befähigungserwerb und Amtsverleihung rechtlich geboten. In Kantonen mit freiberuflichem Notariat können beide Schritte verfahrensrechtlich zusammengefasst sein.

3450 - Wo Befähigungserwerb und Amtsverleihung in getrennten Verfahren erfolgen, wird anlässlich des Befähigungserwerbs vorwiegend die fachliche Qualifikation geprüft⁵⁶, wogegen bei der Amtsverleihung zusätzlich gewisse persönliche Eigenschaften in Betracht fallen⁵⁷. In der vorliegenden Darstellung werden die Voraussetzungen für den Befähigungserwerb und für die Amtsverleihung getrennt erörtert.

Fn 51 - JU LN Art. 1.

Fn 52 - JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 46, N 176, hält von Bundesrechts wegen für erforderlich, dass Urkundspersonen über eine "gründliche Rechtsausbildung" verfügen.

Fn 53 - Mit Ausnahme des Kantons Aargau, welcher gemäss AG NO § 4 Ziff. 3 neben einem Praktikum lediglich den Vorlesungsbesuch während eines Jahres an einer "Rechtsschule" verlangt.

Fn 54 - Mit Ausnahme von ZH und SO: ZH NotariatsprüfungsV § 6 verlangt ein juristisches Studium in den Prüfungsfächern an einer schweizerischen Hochschule während mindestens vier Semestern; die solothurnischen Amtsschreiber haben über das Anwaltspatent zu verfügen.

Fn 55 - Die beiden Voraussetzungen sind vergleichbar der Habilitierung und der Berufung von Hochschullehrern.

Fn 56 - BE NG Art. 4

Fn 57 - BE NG Art. 5

****§. 973****

§ 137 Kantonale Erteilung des Befähigungsausweises

3451 - *Die Urkundsperson muss über eine Ausbildung und eine praktische Erfahrung verfügen, welche sie zur genauen, richtigen und verständlichen Formulierung der Urkunden, zur Belehrung der zu Urkund erklärenden Personen im Rahmen der zu beurkundenden Geschäfte und zur Protokollierung der beurkundungsbedürftigen Veranstaltungen des schweizerischen Zivilrechts befähigt.*

3452 - Erläuterung: Wünschbar ist eine abgeschlossene juristische Hochschulausbildung⁵⁸ und ein Notariatspraktikum, für welches bei Kandidaten mit Hochschulabschluss eine Dauer von mindestens drei, höchstens zwölf Monaten als angemessen bezeichnet werden kann⁵⁹. Das Praktikum sollte

Erfahrung in der Vorbereitung und Erstellung öffentlicher Urkunden und in der Abwicklung der beurkundeten Geschäfte, ferner Einblick in die Tätigkeiten des Grundbuch- und des Handelsregisteramtes vermitteln. Die fachlichen Fähigkeiten sollten in einer kantonalen Notariatsprüfung⁶⁰ examiniert werden; das kantonale

Fn 58 - Das bernische Notariatsrecht bezeichnet das Notariat als "wissenschaftlichen Beruf", Art. 2 Abs. 1 NG BE, womit das Requisit akademischer Ausbildung gemeint ist; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 15, Ziff. 7 zu Art. 2: Verweis auf die "wissenschaftlichen Berufsarten" gemäss Art. 33 BV. - Das Requisit gilt nicht für alle Kantone und kann nicht als ein aus Sinn und Zweck des Beurkundungswesens abzuleitendes allgemeines Erfordernis gelten; die Belehrung kann sich notfalls auf jenen Kernbereich von Rechtstatsachen beschränken, in welchem auch ein Nicht-Jurist nach einer Notariatslehre Auskunft zu geben vermag. Allerdings werden öffentliche Urkunden, die aus Kantonen ohne akademisch gradierte Notare stammen, im Ausland zuweilen nicht als gültige Beurkundungen beurkundungsbedürftiger Geschäfte anerkannt. In der Schweiz gibt es keine Nicht-Anerkennung öffentlicher Urkunden ausserkantonaler schweizerischer Urkundspersonen mit der Begründung, es habe einer Urkundsperson die juristische Befähigung zur Belehrung gefehlt.

Fn 59 - Wo für ausgebildete Juristen längere Praktika verlangt werden, wie beispielsweise in Genf (GE LN Art. 40: 4 Jahre und 3 Monate, wovon mindestens 3 Jahre in Genf!) ist die gewerbepolitische Zielsetzung unverkennbar, nämlich die Beschränkung der Zahl praktizierender Urkundspersonen.

Fn 60 - Wird der Kandidat wegen Nichtbestehens der Notariatsprüfung abgewiesen, so genügt als Begründung der Abweisungsverfügung die Mitteilung der Note; vgl. den Entscheid des RR AG vom 6.4.1987, ZBl 1988 S. 231/232, wo festgehalten wird: "Es widerspräche dem Sinn dieser Regelung [Benotungspflicht der Notariatsprüfungsbehörde], von den Prüfungsorganen neben der Benotung jeweils zusätzlich noch eine verbale Umschreibung ihrer Beurteilung der einzelnen Arbeiten zu verlangen." - Beim Vorliegen von Revisionsgründen ist eine Wiedererwägung des Prüfungsergebnisses geboten; vgl. Entscheid des OG LU (Notariatsprüfungskommission) vom 30.12.1988, LGVE 1988 I Nr. 21 S. 35. - Unzulässig ist die Ausdehnung des Prüfungsstoffes auf neue Gegenstände, beispielsweise auf Erbschafts- und Schenkungssteuer,

****S. 974****

Recht kann immerhin für Personen, denen die notariellen Fähigkeiten aufgrund anderweitig nachgewiesener Kenntnisse oder Erfahrungen zuzutrauen sind, von einer Notariatsprüfung dispensieren.

§ 138 Kantonale Verleihung des notariellen Amtes

3453 - Die Ernennung einer Person, welche die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, zur Urkundsperson ist rechtlich als Verleihung kantonaler Amtsgewalt zu qualifizieren. Demgemäss gilt die Ernennung nur für die Amtstätigkeit im ernennenden Kanton.

3454 - Erläuterung: Es handelt sich nicht um eine gewerbepolizeiliche Bewilligung zu einem freien Beruf⁶¹, sondern um die Verleihung öffentlichrechtlicher, kantonaler Amtsgewalt. Die Ernennung geht in manchen Kantonen von einer anderen Instanz aus als die Erteilung des Befähigungsausweises⁶².

wenn diese Themen in der Prüfungsverordnung nicht vorgesehen sind; so Entscheid des RR AG vom 29.9.1980, ZBl 1981 S. 179-181 (allerdings weist eine Prüfungsordnung, welche die bei Beurkundungen wiederkehrend anfallenden Steuern nicht erwähnt, gravierende Lücken auf, indem sie der Prüfungsbehörde verbietet, Kenntnisse zu examinieren, welche für die spätere einwandfreie Berufsausübung der Urkundsperson unabdingbar sind!).

Fn 61 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 24, N 1 zu Art. 5; Urteil des OG LU vom 22.5.1981, LGVE 1981 I Nr. 22, S. 42/43 (vom BG im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren bestätigt am 19.5.1982), wo festgehalten wurde, dass sich der in seinem auswärtigen Wohnsitzkanton zugelassene Notar nicht gestützt auf Art. 33 BV i.V. mit Art. 5 ÜbbV auf berufliche Freizügigkeit berufen und die Amtsverleihung im Kanton LU beanspruchen könne. - Eine eigenartige Regelung findet sich in der zugerischen V über die Prüfung der Rechtsanwälte mit ausserkantonalem Patent für die Zulassung als Urkundspersonen im Kanton Zug, vom 16.10.1951, wo ausserkantonalen Rechtsanwälten ein Anspruch auf Verleihung des zugerischen Notariatspatents zuerkannt wird, sofern der Wohnsitzkanton des Gesuchstellers Gegenrecht hält. Das OG ZG hielt in einem Urteil vom 17.9.1981, ZGGV 1981 Nr. 82, S. 110-113, fest, dass von Gegenrecht nur in bezug auf Kantone mit freiberuflichem Notariat ge-

sprochen werden könne. Aus diesem Grund kam für einen zürcherischen Rechtsanwalt die Erlangung der Beurkundungsbefugnis im Kanton Zug nicht in Frage.

Fn 62 - BE NG Art. 12 Abs. 1: Befähigungsausweis durch Justizdirektion, BE NG Art. 11 Abs. 1: Ernennung durch Regierungsrat

****S. 975****

1. Persönliche Voraussetzungen

3455 - Zum Notariat können nur Personen zugelassen werden, welche handlungsfähig und im Besitz eines guten Leumunds sind⁶³. Sie müssen in dem Kanton, von welchem sie die Beurkundungsbefugnis verliehen erhalten, über ein permanentes, für die Durchführung von Beurkundungen geeignetes Geschäftsdomizil verfügen.

3456 - Erläuterung: Schweizerische Staatsangehörigkeit⁶⁴ und zivilrechtlicher Wohnsitz im Kanton⁶⁵ der Amtsausübung kann nicht aufgrund allgemeiner Grundsätze des Beurkundungsrechts gefordert werden.

3457 - Altersgrenzen finden sich im positiven Recht kaum⁶⁶.

2. Unabhängigkeit der Urkundsperson

a) Grundsatz

3458 - Die Urkundsperson muss unabhängig sein.

3459 - Erläuterung: Die Unabhängigkeit ist beim Amtsnotariat primär eine Forderung an die Behördenorganisation, beim freiberuflichen Notariat eine Bedingung für die Verleihung der Beurkundungsbefugnis. Das Erfordernis der Unabhängigkeit zwingt sodann jede Urkundsperson zum Verzicht auf Nebenbeschäftigungen, welche generelle Befangenheitsrisiken mit sich bringen⁶⁷. Der individuellen Befangen-

Fn 63 - BE NG Art. 4 Abs. 1. - Der gute Leumund, d.h. der blanke Strafregisterauszug, ist andauernde Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der Amtsverleihung. Dabei können allerdings nicht beliebige strafregisterlich erfasste Delikte eine Rolle spielen, sondern nur solche, welche Rückschlüsse auf die mangelnde Wahrheitstreue und Unparteilichkeit nahelegen oder die Urkundsperson nach herrschenden moralischen Vorstellungen als amtsunwürdig erscheinen lassen, insbesondere also die meisten vorsätzlich begangenen oder versuchten Delikte des gemeinen Strafrechts, kaum aber Tatbestände des Neben- und Verwaltungsstrafrechts, insbesondere dann nicht, wenn fahrlässige Begehung vorliegt. Andererseits fallen auch im Ausland ergangene Verurteilungen in Betracht; vgl. Urteil des Tribunale di appello TI vom 2.9.1985, Rep 1986 S. 297-301.

Fn 64 - BE NG Art. 4 Abs. 1

Fn 65 - Wohnsitzpflicht im Kanton kennen BE NG Art. 5 Abs. 2 lit. d; LU BeurkG § 5 Abs. 2 lit. d; GE LN Art. 3 Abs. 1.

Fn 66 - BE NG Art. 6 Abs. 2 sieht den Bewilligungsentzug vor, wenn der Notar wegen dauernder Beeinträchtigung der Gesundheit nicht mehr in der Lage ist, den Beruf auszuüben.

Fn 67 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 64, N 4 der Vorbemerkungen vor Art. 25.

****S. 976****

heit wegen besonderer Nähe zu einem bestimmten Beurkundungsgegenstand ist nicht auf der Ebene der Berufszulassung, sondern auf derjenigen der Ausstandsregeln Rechnung zu tragen.

b) Unabhängigkeit beim Amtsnotariat

3460 - Beim Amtsnotariat bedeutet Unabhängigkeit eine Organisation, welche die einzelne Urkundsperson abschirmt gegen politische Einflüsse einerseits, gegen die Weisungen von Behörden

andererseits, denen die Verfolgung bestimmter staatlicher Interessen obliegt (Strafverfolgungsbehörden, Steuerbehörden etc.). Ausserdem muss das Beurkundungsgeheimnis gegenüber anderen staatlichen Instanzen staatsintern geschützt sein.

c) Unabhängigkeit beim freiberuflichen Notariat: selbständige Erwerbstätigkeit auf eigene Rechnung

3461 - *Beim freiberuflichen Notariat bedeutet Unabhängigkeit in der Regel, dass die Urkundsperson ihre Amtstätigkeit als Selbständigerwerbende auf eigene Rechnung und in eigener Verantwortung ausübt.*

3462 - Erläuterung: Das bernische Notariatsgesetz umschreibt die Selbständigkeit der freiberuflich tätigen Urkundsperson exemplarisch mit den Worten: "Das Notariat ist ein freier, wissenschaftlicher und öffentlicher Beruf. Der Notar übt den Beruf unabhängig und auf eigene Verantwortung aus."⁶⁸ - In dieser Formulierung kommen allgemeine Grundsätze zum Ausdruck⁶⁹, die in allen Kantonen mit freiberuflichem Notariat Beachtung verdienen.

d) Gesellschaftsverhältnisse zwischen Selbständigerwerbenden

3463 - *Gesellschaftsverhältnisse zwischen selbständigerwerbenden Urkundspersonen oder zwischen Urkundspersonen und Rechtsanwälten begründen keine schädliche Abhängigkeit, wenn sie sich auf den gemeinsamen Betrieb der Büro-Infrastruktur beschränken. Gewinn- und Verlustgemeinschaften widersprechen dagegen dem Grundsatz, dass die öffentlichrechtliche Beurkundungs-*

Fn 68 - NG BE Art. 2 Abs. 1 und 2, 1. Satz.

Fn 69 - Nur kantonale, nicht allgemeine Geltung hat allerdings das Requisite der Wissenschaftlichkeit. Einzelne Kantone verlangen von ihren Urkundsperson keine akademische Ausbildung.

****S. 977****

gebühr für das einzelne Geschäft unmittelbar jener Urkundsperson zukommen soll, welche das Geschäft in persönlicher Verantwortung bearbeitet hat.

3464 - Erläuterung: Unbedenklich sind Notariats-Partnerschaften in der Rechtsform der einfachen Gesellschaft, die sich auf den gemeinsamen Betrieb der Büro-Infrastruktur beschränken. Hier erhebt jede Urkundsperson die Beurkundungsgebühren auf eigene Rechnung⁷⁰.

3465 - Die Führung von Notariatsbüros in der Rechtsform der Kommandit- oder Kollektivgesellschaft erscheint bedenklich⁷¹, da diese Gesellschaften eine starke vermögensrechtliche Bindung der Partner an den Verband implizieren und durch die im Handelsregister eingetragene Firma einen Willen zum kollektiven Wirtschaften dokumentieren, der mit der persönlichen Amtspflichtstellung der einzelnen Urkundsperson gegenüber dem Staat schwer vereinbar ist. Immerhin haftet der partnerschaftlichen Aufteilung der Beurkundungsgebühren innerhalb einer Gemeinschaft, die sich ausschliesslich aus Urkundspersonen zusammensetzt, unter dem Gesichtswinkel der Unabhängigkeit nicht die gleiche Problematik an wie der Gebührenerhebung auf Rechnung eines Arbeitgebers, der selber keine Beurkundungsbefugnis besitzt.

e) Zulässige Anstellung bei einer anderen Urkundsperson

3466 - *Die Urkundsperson kann ihre Amtstätigkeit als Angestellte einer anderen Urkundsperson⁷² ausüben, insbesondere in den ersten Jahren ihrer Berufstätigkeit.*

Fn 70 - Als blosse Infrastruktur-Gemeinschaften sind selbstverständlich auch Kollektiv- und Aktiengesellschaften unbedenklich. Es ist zulässig, dass freiberufliche Notare die Büroliegenschaft durch eine Immobilien-AG halten, bei welcher sie die Mieter sind. Auch alle übrigen Betriebskosten wie Angestelltenlöhne, Kosten für juristische Bibliothek etc. können über eine Gesellschaft abgerechnet werden, an welche die Notare periodisch die erforderlichen Entschädigungen bezahlen. Bloss das persönliche Berufseinkommen des Notars darf nicht in der Gestalt des Angestellten-Lohns erzielt werden, sondern muss der verantwortlichen Urkundsperson als die ihr persönlich geschuldete Gebühr für die Erfüllung ihrer Amtspflichten zufließen.

Fn 71 - BE NG Art. 8 Abs. 2 erlaubt Notariats-Kollektiv- und -Kommanditgesellschaften wie folgt: "Jeder Notar übt seine hauptberufliche Tätigkeit, auch im Falle einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft mit andern Notaren oder Anwälten, im eigenen Namen und auf eigene Verantwortung aus. Er hat seine Urschriftensammlung und die vorgeschriebenen Register gesondert zu führen." - Dieser Wortlaut erlaubt die Gebührenerhebung durch den Notar in dessen eigenem Namen, aber auf Rechnung der Gesellschaft. Nach der in der vorliegenden Arbeit vertretenen Auffassung geht dies jedenfalls dann zu weit, wenn die Gesellschaft auch Nicht-Notare umfasst.

Fn 72 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 16, N 11 zu Art. 2.

****S. 978****

3467 - Erläuterung: Wenn die Urkundsperson die Angestellte einer anderen Urkundsperson ist und das Entgelt für deren Rechnung erhebt, so kann davon ausgegangen werden, dass die Geschäfte vorwiegend oder teilweise von der Arbeitgeberin - **in deren Eigenschaft als Urkundsperson** - akquiriert werden. Die Beurkundungsgebühr fliesst einer Person mit Beurkundungsbefugnis und also mit der Möglichkeit zu, bei der Bearbeitung der Geschäfte mitzuhelfen. Dies kann für die Klientenschaft dann von Vorteil sein, wenn die mit dem Geschäft betraute, im Anstellungsverhältnis stehende Urkundsperson noch wenig Berufserfahrung hat. Beurkundungstätigkeit im Anstellungsverhältnis ist demgemäss sachgerecht für angehende Urkundspersonen am Beginn ihrer Laufbahn.

f) Unzulässige Anstellungsverhältnisse

3468 - Unzulässig ist die Ausübung der notariellen Amtstätigkeit als Angestellte und auf Rechnung⁷³ des Angehörigen eines anderen Berufs oder einer juristischen Person des Privatrechts.

3469 - Erläuterung: Erfüllt die Urkundsperson ihre Amtspflichten in ihrer Funktion als Angestellte und damit auf Rechnung eines Arbeitgebers, dem keine Beurkundungsbefugnis zukommt, so müsste das Beurkundungsverhältnis grundsätzlich als ein Rechtsverhältnis zwischen der Klientenschaft und dem Arbeitgeber qualifiziert werden. Dies aber ist unzulässig, wenn der Arbeitgeber keine Beurkundungsbefugnis besitzt.

3470 - Die verschiedene Beurteilung von Arbeitsverhältnissen der Urkundsperson gegenüber dem Staat (beim Amtsnotariat) und gegenüber einem privaten Arbeitgeber (beim freiberuflichen Notariat) ist darin begründet, dass die Urkundsperson ihre Amtspflichten immer gegenüber dem Staat zu erfüllen hat. Sie handelt *für den Staat zugunsten der Klientenschaft*. Mit dieser Pflichtenstellung der Urkundsperson gegenüber dem Staat ist deren Beamtung vereinbar, sofern in der Behördenorganisation die nötigen Vorkehrungen getroffen sind, dass die Urkundsperson von wirtschaftlichen und politischen staatlichen Interessen abgeschirmt bleibt. - Wäre die Urkundsperson die Angestellte eines privaten Arbeitgebers, so wäre ihr Handeln ein solches *für den Staat und für den Arbeitgeber zugunsten der Klientenschaft*. Damit wäre eine Pflichtenkollision insoweit vorgegeben, als dieser Arbeitgeber mangels eigener Beurkundungsbefugnis nicht seinerseits ebenfalls in einer Pflichtenstellung gegenüber dem Staat stünde.

Fn 73 - Zur Ausübung der Beurkundungstätigkeit auf eigene Rechnung der (diesbezüglich selbständigerwerbenden) Urkundsperson, wenn diese zugleich teil- oder vollzeitlich bei einem Arbeitgeber ohne Beurkundungsbefugnis angestellt ist, vgl. die Ausführungen zu den zulässigen Nebenbeschäftigungen hienach.

****S. 979****

3471 - Die freiberufliche Urkundsperson darf die Beurkundungstätigkeit aus dem weiteren Grund nicht als Angestellte des Angehörigen eines anderen Berufes, also auch nicht als Angestellte eines Rechtsanwaltes⁷⁴ ausüben, weil bei einem solchen Anstellungsverhältnis die Beurkundungsgebühren einer Person ohne Beurkundungsbefugnis zufließen. Die Beurkundungsgebühren sind durch Gesetz und Verordnung als unmittelbares Entgelt für die Beurkundungstätigkeit festgelegt und sind von der Klientschaft der Urkundsperson persönlich geschuldet. Die Urkundsperson ist an den Tarif gebunden und darf demgemäss weder Rabatte noch Provisionen noch "Kick-backs" aus dem Beurkundungstarif an Dritte abzweigen. Es widerspräche der Tarifbindung, wenn die Urkundsperson ihren öffentlichrechtlichen Entschädigungsanspruch an einen Arbeitgeber ohne Beurkundungsbefugnis abtritt oder wenn sie die Gebühr auf dessen Rechnung erhebt, um von diesem dann einen Lohn zu beziehen.

3472 - Übt die Urkundsperson ihre Beurkundungstätigkeit als Angestellte eines Rechtsanwaltes aus, so wäre davon auszugehen, dass ein Teil der Beurkundungsgeschäfte durch den Arbeitgeber in dessen Eigenschaft als Rechtsanwalt oder als Verwaltungsratsmitglied oder als Geschäftsmann akquiriert und der angestellten Urkundsperson im eigenen Hause "zugehalten" werden. Indem die Beurkundungsgebühr in die Tasche des Arbeitgebers fliesst, während die Urkundsperson von diesem als Lohnempfängerin abhängig ist, wird ihre Unparteilichkeit bei der Bearbeitung der "zugehaltenen" Geschäfte in Frage gestellt.

3473 - Der Anwalts-Notar kann jedoch bezüglich seiner Anwaltstätigkeit Angestellter eines Nur-Anwalts sein und zugleich die Beurkundungstätigkeit als Selbständigerwerbender auf eigene Rechnung ausüben, sofern das kantonale Recht dies nicht ausdrücklich verbietet.

3474 - Unzulässig ist, dass Urkundspersonen die Beurkundungstätigkeit als Angestellte ihrer eigenen Aktiengesellschaft ausüben⁷⁵.

3. Unzulässige Nebenbeschäftigungen (Unvereinbarkeitsgründe)

3475 - *Beamtete und freiberufliche Urkundspersonen haben während der Dauer ihres Amtes auf alle Nebenbeschäftigungen zu verzichten, welche in genereller Weise die unparteiliche und integre Beurkundungstätigkeit in Frage zu*

Fn 74 - So in bezug auf das nidwaldische Recht: BALBI, Beurkundung in Nidwalden (1981) S. 59/60.

Fn 75 - So BE NG Art. 2 Abs. 2.

****S. 980****

*stellen geeignet sein können*⁷⁶. *Ist die Beurkundungsbefugnis auf Vermerkbeurkundungen beschränkt (Beglaubigungsbefugnis⁷⁷), so sind Nebenbeschäftigungen in einem weiten Umfange zulässig.*

3476 - Erläuterung: Unter Nebenbeschäftigung bzw. nebenamtlicher Tätigkeit wird hier jede andere Betätigung verstanden, welche nicht Beurkundungstätigkeit ist, unabhängig vom Umfang der zeitlichen Beanspruchung durch diese andere Tätigkeit.

3477 - Von Beurkundungsrechts wegen müssen mit der umfassenden Beurkundungsbefugnis alle jene neben- und hauptamtlichen Arbeits- oder Beamtenverhältnisse⁷⁸ als unvereinbar gelten, in welchen die Urkundsperson vorwiegend die wirtschaftlichen oder politischen Interessen ihres Arbeitgebers zu vertreten hat⁷⁹. Unzulässig ist demgemäss beispielsweise, dass die Urkundsperson als angestellte Juristin in der Rechtsabteilung eines privaten Unternehmens arbeitet und zugleich als Selbständigerwerbende auf eigene Rechnung eine Beurkundungstätigkeit mit umfassender Beur-

kundungsbefugnis ausübt⁸⁰. Kennt ein Kanton für seine Urkundspersonen nur die umfassende Beurkundungsbefugnis, so kann eine Urkundsperson nicht durch Verzichtserklärung den Status der reinen Beglaubigungsbeamtin erwerben und auf diese Weise die Unvereinbarkeit vermeiden.

3478 - Als vereinbar mit der umfassenden Beurkundungsbefugnis haben zu gelten: Lehrtätigkeit⁸¹; öffentliche Funktionen, die ihrerseits typi-

Fn 76 - Vgl. zum Unabhängigkeitserfordernisses auch Ziff. 344.

Fn 77 - Die Kantone kennen Urkundspersonen mit blosser Beglaubigungsbefugnis nur im Status staatlicher Beamter. Das freiberufliche Nur-Beglaubigungsnotariat, welches in den angelsächsischen Ländern bekannt ist, kommt in der Schweiz nicht vor. Seine Einführung drängt sich trotz der offensichtlichen Praktikabilität des angloamerikanischen Systems nicht auf. Während sich im angelsächsischen Bereich mit dem Begriff des "notary public" generell die Vorstellung einer "freiberuflichen Beglaubigungsperson" verbindet, müsste in der Schweiz eine Unterscheidung getroffen werden zwischen freiberuflichen Urkundspersonen mit umfassender Beurkundungsbefugnis und solchen mit blosser Beglaubigungsbefugnis. Eine solche Unterscheidung zwischen freiberuflichen Notaren innerhalb des gleichen Kantons würde von der Öffentlichkeit wohl nur schwer verstanden.

Fn 78 - BE NG Art. 3 Abs. 1 verbietet den Notaren die Ausübung eines öffentlichen Vollamtes, unter Vorbehalt der Ausnahmegewilligung für Gemeindeämter.

Fn 79 - BE NG Art. 3 Abs. 2 verbietet, unter Vorbehalt von Ausnahmegewilligungen, jedes "Arbeitsverhältnis, das die Arbeitszeit des Notars überwiegend beansprucht".

Fn 80 - Vgl. einen solchen Fall im Urteil des VerwG BS vom 5.2.1988, ZBGR 74 (1993) S. 18 und BJM 1990 S. 162-168, wo die Verleihung der Beurkundungsbefugnis zwecks "nebenamtlicher Beurkundungstätigkeit" an einen bei einer Industrieunternehmung angestellten Juristen abgelehnt wurde. - In BGE 94 I 213-217 wurde der Entscheid des Tribunale di appello TI geschützt, welches Unvereinbarkeit des Notariatstätigkeit mit derjenigen des Direktors der Agentur einer Versicherungsgesellschaft festgestellt hatte.

Fn 81 - Von Beurkundungsrechts wegen spricht nichts dagegen, dass die Urkundsperson als Lehrer an einer staatlichen oder privaten Schule oder an einer Hochschule tätig ist,

****S. 981****

scherweise in selbstverantwortlicher Art ausgeübt werden wie Gemeindeschreiber, Konkursverwalter, Grundbuchverwalter, Handelsregisterführer, ferner nebenamtliche, selbstverantwortlich ausgeübte politische Funktionen in Legislativorganen (Parlamenten).

3479 - Zulässig sind - vorbehaltlich ausdrücklicher kantonaler Verbote - nebenamtlich ausgeübte Verwaltungsratsmandate⁸². Obleich Verwaltungsratsmitglieder die wirtschaftlichen Interessen der Gesellschaft

wobei auch eine ordentliche Professur keine schädliche Abhängigkeit schafft. Die anderweitige zeitliche Beanspruchung und die vorgegebene häufige Büroabwesenheit eines ordentlichen Professors wäre nur dann ein sachlicher Unvereinbarkeitsgrund, wenn im betreffenden Kanton von allen Urkundspersonen eine gewisse Mindestpräsenz im Büro verlangt würde. Die Verhinderung von "Doppelverdienertum" ist kein sachlich begründbares Regelungsziel, jedenfalls kein beurkundungsrechtliches. - GE LN Art. 4 erlaubt dem Notar ausdrücklich "l'exercice de l'enseignement juridique", ohne Einschränkung auf blosser Lehraufträge oder ausserordentliche Professur; die Genfer Regelung ist andererseits in ihrer Einschränkung auf das Unterrichtsthema (Recht) sachlich kaum zu begründen. Warum darf ein Notar nicht Klavierstunden geben?

Fn 82 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 19, N 8 zu Art. 3 NG BE, hält die Ausübung eines Verwaltungsratsmandats für unschädlich, wenn es die Arbeitszeit des Notars nicht überwiegend beansprucht. - Neben der zeitlichen Beanspruchung (die auch durch eine umfangreiche Anwaltspraxis gegeben sein und die für sich allein kein allgemeingültiges Unvereinbarkeitskriterium sein kann) muss der Unvereinbarkeitsgrund insbesondere in der Vereinnahmung der Urkundsperson durch eine einzelne Unternehmung gesehen werden. Eine Vielzahl kleinerer Anwalts- und Verwaltungsratsmandate kann zeitlich mehr beanspruchen, bewahrt aber die Unabhängigkeit der Urkundsperson besser als ein einziges Mandat, aus welchem sie längerfristig einen wesentlichen Teil ihres Erwerbseinkommens bezieht. - GE LN Art. 4 (Fsg. vom 25.11.1988) verbietet den Notaren die Funktionen eines "conseiller d'Etat, d'avocat, d'agent d'affaires, d'huissier judiciaire, de magistrat titulaire ou suppléant du pouvoir judiciaire (sauf avec celles de juge de paix suppléant) et de fonctionnaire public salarié, à l'exception de l'exercice de l'enseignement juridique", ferner "d'exercer aucun commerce ou industrie et aucun emploi salarié (sauf le

cas de collaborateurs d'autres notaires)", schliesslich "de se livrer à aucune spéculation de bourse, de commerce ou sur immeubles, créances ou doits successifs, de se constituer garants et cautions, ..., des prêts faits par leur intermédiaire ou qu'ils sont chargés de constater par acte public ou privé. Un notaire ne peut être administrateur, associé, gérant ou représentant d'une personne morale à but lucratif." - Mit der letztgenannten Vorschrift kennt GE wohl die engste Einschränkung unter allen Kantonen mit freiberuflichem Notariat. Das Bundesgericht hat die zitierten Bestimmungen als verfassungskonform beurteilt, vgl. BGE vom 10.11.1989 i.S. Christ, ZBGR 74 (1993) S. 50-55 und Semjud. 112 (1990) S. 97-105; dem Urteil ist beizupflichten, soweit es sich auf die Verhältnisse in einem Kanton mit freiberuflichem Nur-Notariat und einem faktischen numerus clausus handelt. Dass der Rekurrent beim Inkrafttreten der angefochtenen Vorschrift Verwaltungsrat in einer "trentaine de sociétés immobilières" gewesen war, machte seine Situation geradezu anstössig. - In Kantonen mit einer grösseren Anzahl von Anwalts-Notaren müsste ein generelles Verbot der Verwaltungsratsmitgliedschaft wohl als willkürlich betrachtet werden; Enthaltensamkeit könnte den Anwalts-Notaren immerhin mit guten Gründen bezüglich Immobiliengesellschaften auferlegt werden.

****§. 982****

zu vertreten haben, stehen sie zu dieser typischerweise nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis, wie es sich aus einem Anstellungsverhältnis ergibt.

3480 - Zulässig ist - vorbehältlich eines ausdrücklichen kantonalen Verbots - die gleichzeitige Ausübung von Beurkundungstätigkeit und Rechtsanwaltsberuf⁸³, und zwar auch dann, wenn die anwaltliche Beanspruchung dem einzelnen Anwalts-Notar nur wenig Zeit für die Beurkundungstätigkeit lässt.

3481 - Zulässig ist die Verbindung des freiberuflichen Notariats mit einer Tätigkeit im Bereich der Vermögensverwaltung, einschliesslich der Verwaltung von Liegenschaften. Der Begriff der Verwaltung umfasst die Betreuung eines im wesentlichen ruhenden Vermögens.

3482 - Die Unabhängigkeit des Notars erfordert den Verzicht auch auf gewisse andere Bindungen und Betätigungen, namentlich den Verzicht auf jede direkte oder indirekte Betätigung im Grundstückhandel⁸⁴. Aktiver Kauf und Verkauf von Grundstücken ist mit der Beurkundungstätigkeit unter keinen Umständen vereinbar. Jede Betätigung im Grundstückhandel ist geeignet, die Neutralität der Urkundsperson anlässlich der Beurkundung von Grundstücksgeschäften in Frage zu stellen. Es entsteht das Risiko, dass die Urkundsperson Marktinformation für eigene Zwecke missbraucht, welche ihr in ihrer beruflichen Eigenschaft von der Klientschaft anvertraut wird⁸⁵. Die Unvereinbarkeit

Fn 83 - So ausdrücklich BE NG Art. 3 Abs. 4; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 20, N 16 zu Art. 3 weist auf gleiche Regelungen hin in den Kantonen FR, NE, VS und BS. - GE LN Art. 4 verbietet den Notaren die Anwaltstätigkeit und (Art. 5) die Bürogemeinschaft mit Anwälten.

Fn 84 - BE NG Art. 3 Abs. 3 verbietet wegen Unvereinbarkeit mit dem Ansehen des Notariatsstandes insbesondere drei Tätigkeiten: Spekulationsgeschäfte, Bürgschaftsleistung und Werbung; vgl. auch MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 65, N 5 vor Art. 25 und Kreisschreiben der Justizdirektion des Kantons Bern vom 30.3.1965, in BN 26 S. 1 ff. - Statt des schwer abgrenzbaren Spekulationsbegriffs ist eher auf denjenigen der aktiven Handelstätigkeit (im Gegensatz zu bankmässiger Vermögensverwaltung) abzustellen: die Urkundsperson darf nicht gewerbsmässig Handel treiben, weder mit Grundstücken noch mit Waren, Wertschriften oder Immaterialgütern. - LU BeurkG § 18 Abs. 4 verbietet den Notaren die gewerbsmässige Vermittlung im Grundstückverkehr. - Zu der (allgemein unzulässigen) Verbürgung des Notars im Zusammenhang mit Notariatsgeschäften sollte richtigerweise auch die Abgabe von Interimsbescheinigungen mit Verpflichtungscharakter gezählt werden, sofern der Notar damit eine vermögensrechtliche Haftung übernimmt.

Fn 85 - Hierin, nicht in einer moralischen Anrührigkeit des Grundstückhandels, liegt der Grund der Unvereinbarkeit; vgl. demgegenüber die von moralischen Bedenken gegenüber dem gewerbsmässigen Grundstückshandel geprägte Begründung der Notariatskammer BE im Entscheid vom 6.3.1990, ZBGR 74 (1993) 32-37 und BN 1990 S. 56 ff., wo ein Notar wegen der 20-prozentigen Beteiligung am Aktienkapital, der Domizilgewährung und der Einsitznahme im Verwaltungsrat einer aktiven Immobiliengesellschaft mit Fr. 10'000.-- gebüsst wurde.

****S. 983****

besteht auch, wenn der Handel indirekt, z.B. durch eine Immobiliengesellschaft getätigt wird, auf deren Geschäftsführung die Urkundsperson Einfluss nehmen kann.

3483 - Unzulässig ist für die Urkundsperson die Führung eines Handels-⁸⁶ oder Industriebetriebs als dessen persönlicher Inhaber (Einzelunternehmer oder vollhafter Gesellschafter in einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft). Es fiele schwer, einen Notar als Vertrauensperson öffentlichen Glaubens mit der vom Gesetz gewünschten Unabhängigkeit zu betrachten, wenn eine dieser Tätigkeiten ausgeübt würde.

§ 139 Anforderung an das Siegel

3484 - *Das Notariats-Siegel ist Amts-Symbol. Beim Amtsnotariat ist jeder Amtsstelle ein Siegel zugeordnet, mit welchem sämtliche Amtsnotare des betreffenden Notariats siegeln. Beim freiberuflichen Notariat ist jeder Urkundsperson ein individuelles Siegel zugeordnet⁸⁷; es darf nach Amtsniederlegung dieser Urkundsperson nicht weiterhin verwendet werden.*

3485 - *Als Amts-Symbol eines bestimmten Notariats bzw. einer individuellen Urkundsperson muss das Notariats-Siegel jene Mindestinformation enthalten, welche zusammen mit der Notarunterschrift erlaubt, die in der Urkunde erklärende Urkundsperson zweifelsfrei zu bestimmen. Die Siegel von Amtsnotariaten müssen demgemäss die betreffende Amtsstelle erkennen lassen, diejenigen von freiberuflichen Urkundspersonen deren Namen, Vornamen und Kanton. Ist der Kanton in Form eines Wappens versinnbildlicht, so erübrigt sich die verbale Nennung des Kantonsnamens. Ist der Amtsort mit dem Namen einer Gemeinde angegeben, so erübrigt sich die Nennung des Kantons ebenfalls.*

3486 - *Das Notariatssiegel muss, um als Siegel erkenntlich zu sein, den überlieferten Usanzen entsprechen. Es muss demgemäss rund sein, einen Durchmesser von mindestens 2 und maximal 5 Zentimetern aufweisen und durch Schrift, Wappen oder Bild zur Individualisierung der Notarunterschrift beitragen, neben welche es gesetzt wird⁸⁸.*

Fn 86 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 19, N 11 zu Art. 3.

Fn 87 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 25, N 6 zu Art. 5: Das Siegel soll jederzeit ermöglichen, den Notar festzustellen, der beurkundet hat. Haben zwei Notare den gleichen Vor- und Familiennamen, so müssen sich ihre Siegel unterscheiden.

Fn 88 - BS GedrW Nr. 1.a) [10.4.1986]: "Das Notariatssiegel hat den Namen, das Familienwappen sowie einen Hinweis darauf zu enthalten, dass der Notar als Basler Notar -

****S. 984****

3487 - Erläuterung: Die Individualisierungsfunktion des Siegels wird am besten dadurch erfüllt, dass es im Falle des Amtsnotariats die Amtsstelle und deren geographischen Sitz, bei freiberuflichem Notariat den Namen der Urkundsperson und ihren Amtssitz in klar lesbarer Schrift enthält. Zusätzlich soll das Siegel das Amts- oder Kantonswappen, bei freiberuflichem Notariat das Familienwappen oder andere Zeichen enthalten, welche dem Siegel ein charakteristisches Gepräge verleihen und Fälschungen erschweren.

3488 - Wo den freiberuflichen Notaren die Gestaltung ihres Siegels anheimgestellt ist, müssen Missbräuche vermieden werden. Unzulässig sind Siegel, die zu Täuschungen Anlass geben können oder die von ihrem Inhalt her mit der öffentlichen Funktion des Notars als eines kantonalen Amtsträgers⁸⁹ oder mit der Würde und dem Ansehen des Beurkundungswesens nicht vereinbar sind⁹⁰, oder die reklamehaften Charakter haben.

3489 - Zur Positionierung und Funktion des Siegels auf der Urkunde vgl. Ziff. 1264 ff.

§ 140 Anforderung an das Notariatsbüro

3490 - *Jede Urkundsperson muss ihre Tätigkeit an einem permanenten Geschäftsdomizil innerhalb des Kantons ausüben, von welchem sie die Beurkundungsbefugnis verliehen erhalten hat.*

3491 - *Hier hat sie im Normalfall die ihr anvertrauten Beurkundungen durchführen.*

amtiert. Das Siegel muss zur Individualisierung des Notars tauglich sein. der Durchmesser des Siegels beträgt 30-40 mm. In Zweifelsfällen entscheidet die Justizkommission." - BS GedrW Nr. 1.b) [10.4.1986]: "Neben dem Prägesiegel sind auch Gummistempel zulässig, welche die gleiche Gestaltung wie das Notariatssiegel aufweisen müssen."

Fn 89 - Schriftzeichen einer fremdländischen Schrift, etwa chinesische, japanische, arabische Symbole sind unzulässiger Inhalt des Amtssiegels eines schweizerischen Notars. Solche Zeichen verwirren den Urkundenleser, indem sie den amtlichen Charakter der öffentlichen Beurkundung als einer dem schweizerischen öffentlichen Recht unterstehenden Funktion verschleiern. Im weiteren, allerdings nur sekundär, kann auch eine unzulässige Werbewirkung bei potentiellen Mandanten aus den betreffenden Ländern eintreten.

Fn 90 - BE NG Art. 40 Abs 1; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 64, N 5 der Vorbemerkungen vor Art. 25.

****§. 985****

3492 - *Am Geschäftsdomizil muss die Urkundsperson von der Klientenschaft, von Grundbuch- und Handelsregisteramt und von der kantonalen Aufsichtsbehörde während der üblichen Bürozeiten in der Regel erreichbar sein⁹¹.*

3493 - *Am Geschäftsdomizil sind die der kantonalen Aufsicht unterstehenden Aufbewahrungs-, Registrierungs- und Buchführungspflichten zu erfüllen*

3494 - **Erläuterung:** Einzelne Kantone kennen gesetzlich geregelte Anforderungen an das Notariatsbüro, ferner an Zweigbüros⁹². Im Interesse der Solemnität des Beurkundungsvorgangs und der Wahrung des Beurkundungsgeheimnisses muss allgemein gelten, dass Beurkundungen in einem eigenen, akustisch und optisch abgetrennten Raum durchzuführen sind, also nicht im Abteil eines Grossraumbüros. Hingegen erheischen keine allgemeinen Grundsätze, dass bei mehrköpfigen Notariats- und Anwaltsgemeinschaften jeder Notar über ein eigenes Beurkundungslokal verfügt. Ein von allen Partnern abwechselnd benütztes Sitzungszimmer genügt.

3495 - Die Urkundsperson soll Erklärungsbeurkundungen und vorbereitete Protokollierungen in ihrem Büro durchführen, sofern kein sachlicher Grund die Beurkundung an einem anderen Ort erheischt. Als sachlicher Grund fällt insbesondere körperliche Bewegungsunfähigkeit einer erklärenden Person in Betracht; kein sachlicher, aber in einzelnen Kantonen trotzdem ein Grund ist die grosse Wichtigkeit bestimmter Persönlichkeiten, deren Selbstwertgefühl den Gang zum Notar und damit die Respektierung beurkundungsrechtlicher Regeln verbietet.

3496 - Unvereinbar mit der Schutzfunktion und der Feierlichkeit der öffentlichen Beurkundung ist deren sofortige, ambulante Durchführung unmittelbar am Orte des Vertragsschlusses auf Märkten, Messen oder in Wirtshäusern⁹³, wenn die individuellen Erklärungen voll bewegungsfähiger Personen zu beurkunden sind.

3497 - Bei nachträglichen Protokollierungen hat die Urkundsperson das Protokoll am Ort der Veranstaltung aufzunehmen.

Fn 91 - Vgl. FR NG Art. 9 Abs. 1: "Der Notar ist verpflichtet, im Kanton ein der Öffentlichkeit zugängliches Büro zu führen."

Fn 92 - BE NG Art. 7

Fn 93 - Vgl. FR NG Art. 52 Abs. 1: "In öffentlichen Gaststätten dürfen keine Urkunden errichtet werden, ausgenommen solche über öffentliche Versteigerungen und Verlosungen, oder in einem nur für die Beurkundung reservierten Lokal."

****S. 986****

§ 141 Beendigung des Amtes der Urkundsperson infolge Verzichts oder Todes

3498 - *Amtsnotare können von ihrem Amt gemäss den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften zurücktreten.*

3499 - *Freiberufliche Notare können auf ihre Amt jederzeit ohne Grundangabe verzichten.*

3500 - Erläuterung: Für freiberufliche Notare besteht keine Pflicht, den Notariatsberuf auszuüben. Sie können darauf verzichten⁹⁴. Ferner endet das Amt der Urkundsperson ohne weiteres mit deren Tod.

§ 142 Beendigung des Amtes der Urkundsperson infolge Bewilligungsentzuges

3501 - *Entfallen die Voraussetzungen für die fachliche Befähigung oder entfallen andere Voraussetzungen für die Amtsverleihung, so wird der Urkundsperson die Amtsverleihung entzogen*⁹⁵.

3502 - Erläuterung: In Kantonen mit zweistufiger Zulassung kann die Amtsverleihung suspendiert werden, während der Befähigungsausweis in Kraft bleibt. Das Umgekehrte ist nicht denkbar. Der Entzug des Befähigungsausweises zieht notwendigerweise den Hinfall der Amtsverleihung nach sich.

Fn 94 - BE NG Art. 6 Abs. 1; BS NG § 32: Verzichtet ein Notar auf die Fortführung der Notariatstätigkeit, so hat er dem Vorsteher des Justizdepartements schriftliche Anzeige zu erstatten.

Fn 95 - BE NG Art. 6 Abs. 3; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 27, N 3-5 zu Art. 6; BS NG § 37: Verliert ein Notar das Schweizerische Aktivbürgerrecht oder fällt er in Konkurs oder wird er fruchtlos ausgepfändet, so hat ihm die Justizkommission, ohne hiezu einer Ermächtigung des Regierungsrates zu bedürfen, das Recht zur Ausübung des Notariats zu entziehen. Der Entscheid ist endgültig. - BS NG § 38: "Wird ein Notar zur Ausübung des Notariats geistig oder körperlich unfähig, so kann ihm die Justizkommission mit Ermächtigung des Regierungsrates das Recht zur Ausübung des Notariats zeitweise oder dauernd entziehen."

****S. 987****

§ 143 Folgen der Beendigung der Amtstätigkeit

3503 - *Da das Amt der Urkundsperson ein öffentliches ist, muss der Kanton, welcher die Amtsträgerschaft verliehen hatte, nach Beendigung der Amtstätigkeit einer Urkundsperson die dauernd aufzubewahrenden Akten, namentlich die notarielle Belegsammlung und das Journal, in Verwahrung nehmen*⁹⁶.

3504 - *Der Kanton hat dafür zu sorgen, dass nach Schliessung eines Notariatsbüros die hängigen Geschäfte von einer anderen Urkundsperson zu Ende geführt werden*⁹⁷.

§ 144 Reklameverbot (Werbeverbot)

3505 - *Sowohl unter dem Gesichtswinkel des öffentlichen Amtes als auch unter demjenigen des liberalen Berufes enthält sich die Urkundsperson jeder Reklame*⁹⁸, ***ferner jeder Werbung, die auf andere Weise als durch gute notarielle, anwaltliche oder wissenschaftliche Arbeit erfolgt.***

3506 - Erläuterung: Die Urkundsperson verkauft nicht eine Dienstleistung, für deren Absatz und Konsum geworben werden könnte. Auch Individualwerbung, bei welcher sich ein Notar als beson-

derer Spezialist für einen bestimmten Geschäftsbereich anpreist, ist unzulässig. Wo Notare als Referenten auftreten, Interviews gewähren, Zeitungsartikel schreiben oder über sich schreiben lassen, sind sie selber verantwortlich dafür, dass in den entsprechenden Ankündigungen nichts enthalten ist, was auf Werbung hinausläufe. Wer an einer Seniorenveranstaltung über Nachlassplanung referiert, muss dafür sorgen, dass er nicht als "der Spezialist in Testamentsfragen" angepriesen wird, und er muss wissen, dass die Veranstalter derartiger Anlässe zur Erzielung eines guten Besuchs geneigt sind, derartige Superlative in die Annoncen zu schreiben.

3507 - In öffentlichen Urkunden, ferner in jener Korrespondenz, in welcher sich die Urkundsperson als solche bzw. als Notar bezeichnet, soll sie, mit Ausnahme ihrer akademischen Titel und gegebenenfalls des zusätzlichen Titels eines Rechtsanwalts, keine weiteren Titel und Qua-

Fn 96 - BE NG Art. 9 Abs. 2; BS NG § 33-39.

Fn 97 - BE NG Art. 10 Abs. 1

Fn 98 - BE NG Art. 3 Abs. 3; GE LN Art. 6.

****S. 988****

lifikationen verwenden, insbesondere keine Hinweise auf aktuelle oder ehemalige politische Ämter, auf Verwaltungsratsmandate, erhaltene Preise, Auszeichnungen, aktuelle oder vergangene Präsidien von Notariats- und Anwaltskammern oder auf besondere berufliche Spezialisierungen⁹⁹.

3508 - Zulässig sind Publikationen in Fachzeitschriften, unter Nennung des Autors und seiner Berufsbezeichnung als Notar. Populär verständlich-beratende Kolumnen in der Laienpresse und regelmässige Funktionen als Briefkastenonkel dürften unter Namens- und Berufsnennung als unzulässig gelten.

3509 - Unzulässig ist die Publikation von Ferienabwesenheiten¹⁰⁰, zulässig hingegen der ortsübliche Hinweis auf Büroöffnung, Adressänderung und Aufnahme weiterer Urkundspersonen in eine bestehende Gemeinschaft¹⁰¹.

3510 - Unzulässig ist der werbende Hinweis auf besonders niedrige Tarifgestaltung. Bei Tarifierfragen von potentiellen Klienten soll die Urkundsperson den geltenden Tarif erläutern, ohne dabei entgegenkommende Preisofferten zu machen.

3511 - Sachfremde tarifliche Werbung und demzufolge unzulässig ist auch die Entgegennahme von Wirtschaftsring-Gutscheinen ("WIR-Geld") als Beurkundungs-Entschädigung¹⁰².

§ 145 Tarifstruktur

3512 - *Das Entgelt für die Beurkundung stellt in der Regel eine Gebühr dar. Bei staatlichem Amtsnotariat darf die Entschädigung auch als Gemengsteuer ausgestaltet sein.*

3513 - Erläuterung: Für Gebühren gilt das Kostendeckungsprinzip und das Äquivalenzprinzip, d.h. das Erfordernis wertmässiger Entsprechung von Leistung und Gegenleistung.

3514 - Bei staatlichem Amtsnotariat darf das Beurkundungsentgelt eine **Gemengsteuer** sein, was bedeutet, dass das Entgelt teilweise auch ohne

Fn 99 - Vgl. in diesem Sinne TI LN Art. 12 Abs. 2: "Nella corrispondenza e carta da lettera, alla qualifica di notaio può essere aggiunta solo la menzione del titolo accademico o die quello d'avvocato, ad esclusione di ogni altra qualifica."

Fn 100 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 19, N 13 zu Art. 3.

Fn 101 - So ausdrücklich TI LN Art. 12 Abs. 1; GE LN Art. 6.

Fn 102 - Vgl. die diesbezügliche Weisung der JD BE vom 14.3.1990, BN 1990 S. 76, ZBGR 72 (1991) S. 123.

****S. 989****

Rücksicht auf die Gegenleistung des Staates erhoben werden kann¹⁰³. Auch eine Gemengsteuer darf jedoch den Zugang zur öffentlichen Beurkundung nicht durch übersetzte Höhe geradezu verunmöglichen oder übermässig erschweren¹⁰⁴.

3515 - Wenn der gleiche Tarif für freiberufliche und für beamtete Notare anwendbar ist, muss er reinen Gebührencharakter haben.

3516 - Aus BGE 103 Ia 85 (88 ff.)¹⁰⁵ lassen sich einige Anforderungen an die kantonalen Beurkundungs-Gebührentarife ableiten¹⁰⁶, nämlich:

3517 - Die Beurkundungsgebühren benötigen eine **gesetzliche** Grundlage; wenigstens der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Abgabe und deren Bemessung sind nach Auffassung des Bundesgerichts durch ein formelles Gesetz, nicht bloss durch eine Verordnung, festzulegen. - Zu Recht wird diese Auffassung relativiert in BGE 107 Ia 32. Dass die Inanspruchnahme des Beurkundungswesens gegen Entschädigung erfolgt und dass diese von jenen Personen zu bezahlen ist, welche die notarielle Dienstleistung beanspruchen, kann unmittelbar aus dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung abgeleitet werden und bedarf keiner ausdrücklichen kantonalen Gesetzgebung. Normierungsbedürftig ist lediglich die Bemessung der Entschädigung in den verschiedenen Beurkundungsfällen.

3518 - Das Bundesgericht ist ferner der Auffassung, dass der Gesamtertrag der Gebühren nach dem **Kostendeckungsprinzip** die Gesamtkosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht übersteigen solle. Dabei sei zu bedenken, dass die Verrichtungen der Urkundsperson bei wirtschaftlich unwichtigen Geschäften häufig nicht kostendeckend sind, sich deshalb ein gewisser Ausgleich bei bedeutenderen Geschäften rechtfertigt.

3519 - Diese vom Bundesgericht entwickelte Regel trifft zu für das staatliche Amtsnotariat, kann aber nicht ohne weiteres auf die Tarifstrukturen für **freiberufliche Urkundspersonen** übertragen werden¹⁰⁷. Die

Fn 103 - Vgl. für ZH: BGE vom 8.8.1989, ZBGR 72 (1991) S. 310-314; ferner BGE 95 I 507, ZBGR 52 (1971) S. 360-378 (369) i.S. Meierhofer/Kanton Zürich und Urteil des OG ZH vom 25.2.1976, ZR 76 Nr. 78 S. 200.

Fn 104 - Vgl. Entscheid des KG SZ vom 28.2.1989, ZBGR 73 (1992) S. 286 (288), mit Verweis auf BGE 82 I 286 E. 4.

Fn 105 - Dieser wichtige Entscheid ist auch wiedergegeben in JdT 1979 I S. 98-107, Praxis 66 S. 165 ff., ZBGR 59 (1978) S. 371 ff.

Fn 106 - Vgl. auch Entscheid des KG SZ vom 28.2.1989, ZBGR 73 (1992) S. 286-294; JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 60, N 219-222.

Fn 107 - Das Bundesgericht hat selber erkannt, dass die Anwendung dieser Grundsätze beim freiberuflichen Notariat zu grossen praktischen Schwierigkeiten führen müsste; es prüft die kantonalen Tarife für freiberufliche Urkundsperson demgemäss nur unter den beiden Gesichtspunkten,

(a) ob die konkrete Beurkundungsgebühr in einem vernünftigen Verhältnis zur erbrachten Leistung steht, sowie

****S. 990****

freiberufliche Urkundsperson erwirtschaftet ein **Einkommen**, dessen Umfang und Rechtfertigung nicht mit dem Begriff der "Kosten" erfasst werden kann. Es ist nicht möglich, ein gerechtes bzw. sozialadäquates oder leistungskonformes Einkommen als Kostenfaktor zu qualifizieren, darüberhinausgehende Einkommensbestandteile der gleichen Urkundsperson als "Gewinn", und es ist nicht sinnvoll, der Urkundsperson einen Anspruch auf "Kosten" zuzuerkennen, ihr aber den "Gewinn" abzuspochen.

3520 - Erst recht kann dem Gedanken des Ausgleichs bzw. der Mischrechnung von nicht-kostendeckenden Geschäften und von besonders gut honorierten, wirtschaftlich bedeutenderen Geschäften keine tragende Bedeutung zugestanden werden. Es ist die Crux mancher kantonaler Beurkundungstarife, dass sie für die wirtschaftlich unbedeutenden Geschäfte zu geringe, für die bedeutenden Geschäfte zu hohe Ansätze vorsehen. Der gerechte Ausgleich, von welchem in BGE 103 Ia 88 f. die Rede ist, findet häufig nicht statt, weil sich die wirtschaftlich bedeutenden Geschäfte in den Kanzleien einiger weniger Urkundsperson konzentrieren, wo dann sehr hohe Jahreseinkommen erzielt werden, während sich die Masse der weniger rentablen Geschäfte auf die Gesamtheit der Urkundsperson einigermassen gleichmässig verteilt¹⁰⁸.

3521 - Aufgrund dieser Tatsache dürfte der Ansatz für eine Unterschriftsbeglaubigung - im Falle des persönlichen Erscheinens des Unterzeichners und der Ausweiskontrolle - in keinem Kanton unter jenem Entgelt liegen, welches für gelernte Handwerkerarbeit von ca. einer halben Stunde Dauer ortsüblich ist, d.h. im Jahre 1993 nicht unter ca. Fr. 50.--. Die Beglaubigung einer bekannten Unterschrift im Abwesenheitsverfahren mag niedriger, d.h. beispielsweise mit Fr. 20.-- honoriert werden.

3522 - Muss ein mehrseitiges Dokument im Rahmen einer Vermerkbeurkundung mit Schnur und Siegel zusammengefügt werden, so ist die Schnürung und Siegelung als solche mit mindestens Fr. 20.-- zu honorieren.

3523 - Im übrigen soll der Seitentarif für die Erstellung beglaubigter Fotokopien niedrig angesetzt werden, jedenfalls nicht über Fr. 1.-- pro Seite.

(b) ob der Tarif nach sachlich haltbaren Gesichtspunkten ausgestaltet ist und keine Unterscheidungen trifft, die nicht auf vernünftigen Gründen beruhen. Vgl. auch JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 61, N 223.

Fn 108 - Naturgemäss sind die Notarenverbände in jenen Kommissionen, welche die kantonalen Tarifgrundsätze bearbeiten, regelmässig durch Urkundspersonen aus besonders renommierten Kanzleien vertreten, durch Urkundspersonen also, denen die "Mischrechnung" aufgrund ihrer eigenen Akquisitionskraft besser einleuchten mag als manchem weniger renommierten Kollegen.

****§. 991****

3524 - Beim **Wechselprotest** ist die Gangentschädigung (Zeitaufwand für Dislokation, Aufwand für die Unterbrechung der Arbeit innerhalb des eigenen Büros) mit mindestens Fr. 100.-- anzusetzen. Allfällige Taxispesen kommen dazu. Ferner sollte eine in jedem Falle zu entrichtende Protestgebühr in ca. gleicher Höhe als fester Sockelbetrag vorgesehen werden. Für Wechsel oberhalb einer bestimmten Wechselsumme sollte, angesichts der gesteigerten Verantwortung, ein Promillesatz auf dem Wert vorgesehen werden, welcher degressiv ausgestaltet ist, in keinem Falle aber den Betrag von ca. Fr. 1000.-- übersteigen sollte.

3525 - Bei **Eheverträgen, Erbverträgen und letztwilligen Verfügungen** sollte das Vermögen der Klientschaft nicht als Bemessungsgrundlage für eine in Promillen zu berechnende Beurkundungssteuer herangezogen werden, sondern es sollte der Zeitaufwand und die Bedeutung des Beurkundungsgegenstandes nach Ermessenskriterien, wie bei der Honorierung von Anwälten, Berücksichtigung finden. Die wohlhabenden Klienten sind in der Regel auch gleichzeitig die komplizierten und zeitlich beanspruchenden Klienten. Ein Stundenansatz, welcher, zusätzlich zu einer festen Sockelgebühr für die Erstellung der Urkunde öffentlichen Glaubens, in Relation zur wirtschaftlichen Bedeutung des Geschäftes bemessen wird, ist hier das optimale Tarifierungskriterium. Dabei ist kein Grund ersichtlich, bei begüterten Klienten den Tarifrahmen nach oben zu begrenzen. Wenn eine wohlhabende Klientschaft die Urkundsperson mit immer neuen Begehren und Beratungsfragen während 20 Stunden beansprucht, so sollte ein Honorar von beispielsweise Fr. 10'000.-- **innerhalb** des Tarifs, nicht als eine teilweise "aussertarifarische Leistung", beansprucht werden können.

3526 - Bei den **Grundstückgeschäften, Gesellschaftsgründungen und Kapitalerhöhungen** ist wiederum ein fester Sockelbetrag für die Erstellung der Urkunde öffentlichen Glaubens angezeigt, ferner ein degressiver Promillesatz, berechnet auf dem Interessewert des Geschäftes.

3527 - Der Interessewert eines Vertrages ist nicht gleichbedeutend mit jenem Wert, auf welchem Handänderungs- und Grundstückgewinnsteuern erhoben werden, sondern umfasst den Wert des ganzen Geschäftes, welches der notariellen Belehrung und Formulierungstätigkeit, d.h. der notariellen Verantwortung unterlag, bei gemischten Kauf-/Werkverträgen also das ganze beurkundete Entgelt¹⁰⁹. Ausser Betracht bleiben Entgelte, die in bloss beigelegten, nicht mitbeurkundeten Dokumenten, d.h. in Urkunden-Beilagen stipuliert sind.

3528 - Statt einer festen betragsmässigen Plafonierung des Höchstonorars, wie sie in einzelnen Kantonen vorzufinden ist, wäre eine Höchst-

Fn 109 - So Entscheid der Notariatskammer BE vom 21.2.1989, ZBGR 74 (1993) S. 23-32 und BN 1989, S. 381 ff. (384).

****S. 992****

begrenzung vorzuziehen, welche an den Zeitaufwand der Urkundsperson anknüpft und eine Entschädigung pro aufgewendete Stunde von beispielsweise Fr. 1000.-- als oberste Limite festsetzt. Um ein Honorar von Fr. 100'000.-- beanspruchen zu können, müsste die Urkundsperson demgemäss einen Zeitaufwand von mindestens 100 Stunden nachweisen. Es stösst in der Bevölkerung auf wenig Verständnis, dass eine freiberufliche Urkundsperson für die Behandlung eines dem Beurkundungsobligatorium unterstehenden Geschäftes mit einem Zeitaufwand von beispielsweise 20 Stunden ein Honorar in der genannten Höhe verdienen sollte - auch wenn das Erhöhungskapital der betreffenden Gesellschaft Hunderte von Millionen Franken beträgt¹¹⁰. - Auch hier gilt übrigens die Erfahrung, dass Klienten mit grossen Kapitalien in der Regel eine besonders zeitaufwendige Betreuung beanspruchen; **hiefür**, nicht für die Höhe des Kapitals an sich, sollen sie die Beurkundungstaxe zu einem angemessenen Stundenansatz bezahlen. Entschliesst sich die Klientschaft, die rechtliche Gestaltung durch Rechtsanwälte und Treuhänder konzipieren und ausformulieren zu lassen, und reduziert sich demgemäss der Zeitaufwand der Urkundsperson, so ist eine entsprechende reduzierte Beurkundungsgebühr angezeigt, und sie entspricht in diesem Falle auch den berechtigten Erwartungen der Klientschaft.

3529 - Bezüglich des Anwendungsbereichs der Beurkundungstarife und des Tarifzwangs vgl. Ziff. 554 ff.

§ 146 Aufsicht

3530 - *Da die Urkundspersonen im Bereiche der Beurkundungstätigkeit ein öffentliches Amt ausüben, unterstehen sie diesbezüglich der staatlichen Aufsicht.*

3531 - Erläuterung: Die staatliche Aufsicht über die Urkundspersonen erfolgt sowohl präventiv als auch repressiv. Der präventiven Aufsichtstätigkeit gehört die Erteilung von Weisungen und die periodische Durchführung von Inspektionen an. Hierher gehört auch die periodische Erhebung von Meldungen (z.B. jährliche Meldung der beurkundeten Geschäfte an die Aufsichtsbehörde).

Fn 110 - In diesem Sinne verlangt BGE 103 Ia 89 die Einhaltung des Äquivalenzprinzips; d.h. die Gebühr darf zum objektiven Wert der notariellen Leistung nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen und muss sich in vernünftigen Grenzen bewegen. Vgl. auch JÖRG SCHMID, Beurkundung von Schuldverträgen (1988) S. 60, N 21.

****S. 993****

3532 - Die repressiven Instrumente der staatlichen Aufsicht sind verkörpert im Disziplinarwesen.

3533 - Aufsichtsähnliche Funktion kommt gewissen Institutionen der privaten Notarenverbände zu. Solchen Verbänden obliegt nicht der Schutz des Publikums vor fehlbaren Urkundspersonen, sondern die Wahrung der berufsständischen Interessen bzw. der Standesehre. Zu den Institutionen verbandsinterner Aufsicht über die Mitglieder gehören demgemäss in manchen kantonalen Verbänden die sogenannten Ehrengerichte. Von der Sache her laufen die Verletzung privater Klienteninteressen und diejenige der Standesehre durch eine fehlbare Urkundsperson meist simultan nebeneinander her. Trotzdem beschränkt sich die verbandsinterne Disziplinierung richtigerweise auf die Beurteilung des Sachverhaltes unter dem Gesichtswinkel der Standesinteressen.

3534 - Nicht der Aufsicht zuzurechnen sind die vermögensrechtlichen Folgen fehlerhafter Beurkundungstätigkeit, d.h. die Schadenersatzpflicht der fehlbaren Urkundsperson oder des Kantons (als des Arbeitgebers von Amtsnotaren).

3535 - Nicht zur Aufsicht gehören schliesslich die strafrechtlichen Konsequenzen fehlerhafter Beurkundungstätigkeit.

3536 - In Kantonen mit Nur-Notaren steht auch die nebenberufliche Tätigkeit (die nach bernischer Auffassung nicht im Zusammenhang mit einer Beurkundung steht, aber typischerweise von Notaren ausgeübt wird) unter der staatlichen Aufsicht¹¹¹.

§ 147 Disziplinarwesen

3537 - Vorbemerkung: Es werden hier nur jene Aspekte des Disziplinarwesens dargestellt, welche mit der Beurkundungstätigkeit zusammenhängen.

Fn 111 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 55, N 8 zu Art. 19.

****S. 994****

1. Zweck des Disziplinarwesens

3538 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 111, N 1-3 zu Art. 40 NG BE, verneint den Sühnecharakter des Disziplinarrechts, im Gegensatz zum Bundesgericht (BGE 106 Ia 100 ff., E. 13). MARTI sieht den Zweck des Disziplinarrechts ausschliesslich in der zukunftsgerichteten Spezialprävention¹¹².

3539 - Mit dem Zweck hängt das **Opportunitätsprinzip** zusammen. Die Disziplinärbehörde ist zur Einleitung eines Verfahrens nicht verpflichtet, wenn sie ein solches nicht für opportun hält¹¹³.

2. Geltungsbereich des Disziplinarrechts

a) Persönlicher Geltungsbereich

3540 - *Das Disziplinarrecht umfasst nur Beamte, im freiberuflichen Notariat nur Personen mit Beurkundungsbefugnis, nicht deren Hilfspersonen*¹¹⁴.

b) Sachlicher Geltungsbereich

3541 - Sachlich erstreckt sich das Disziplinarrecht auf alle Beurkundungstätigkeit einschliesslich notarieller Nebenleistungen¹¹⁵, in Kantonen mit Nur-Notariat zusätzlich auch auf die nebenberufliche Tätigkeit¹¹⁶.

Fn 112 - BE NG Art. 40 Abs 3 bestimmt, dass von der Disziplinierung Umgang genommen werden kann, wenn in einem leichten Fall nach den Umständen anzunehmen ist, dass der Notar seinen Beruf künftig einwandfrei ausüben wird. - Die Beschränkung auf leichte Fälle und die Bestimmung von BE NG Art. 42 Abs. 4, wonach der freiwillige Verzicht auf die Berufsausübung deren disziplinarischen Entzug nicht ausschliesst, macht jedoch deutlich, dass der bernische Gesetzgeber den Sühnecharakter nicht völlig ausschliessen wollte.

Fn 113 - Vgl. SIDLER, Komm. LU (1975) S. 44, N 88 und S. 147, Ziff. 4 zu § 59 BeurkG LU.

Fn 114 - Vgl. für BE: MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 111, N 4 zu Art. 40 NG BE.

Fn 115 - Zum Begriff der notariellen Nebenleistungen vgl. Ziff. 495 ff. und 501 ff. - Ein Disziplinarfall wegen fehlerhaft erbrachter Nebenleistung (notarielle Säumnis bei der Handelsregisteranmeldung einer beurkundeten Kapitalerhöhung) findet sich im Entscheid des OG LU als AB über die Urkundspersonen vom 18.9.1974, Maximen XII Nr. 231, S. 264 und ZBGR 57 (1976) S. 141-145.

Fn 116 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 112, N 5 zu Art. 40 NG BE.

****S. 995****

3542 - Die disziplinarische Ahndung anderer Tätigkeiten mit der Begründung, durch das betreffende Verhalten werde die Eignung der Urkundsperson für die Beurkundungstätigkeit oder das Ansehen des Notariatsstandes in Frage gestellt, kann nicht zulässig sein. Zeigt sich an einem Verhalten ausserhalb der notariellen Tätigkeit die fehlende Eignung zur Amts- oder Berufsausübung, so kann nur administrative Amtsenhebung, nicht disziplinarische Bestrafung die Folge sein.

3543 - Will eine Urkundsperson im Rahmen ihrer persönlichen Freiheit bestimmte rechtmässige Tätigkeiten wie beispielsweise ein Handelsgewerbe ausüben, so ist sie von Beurkundungsrechts wegen verpflichtet, zuvor die notarielle Berufsausübung einzustellen. Missachtet sie diese Pflicht, so liegt in der Fortsetzung der Beurkundungstätigkeit, nicht in der Ausübung der Handelstätigkeit, ein beurkundungsrechtlicher Disziplinartbestand¹¹⁷.

3544 - Verwirklicht die Urkundsperson Tatbestände des gemeinen Strafrechts, wird sie beispielsweise in Vermögensdelikte verwickelt, so liegt hierin keine Verletzung der vorerwähnten Pflicht; denn da die Begehung von Straftaten grundsätzlich verboten ist, kann keine besondere, disziplinarisch zu ahndende beurkundungsrechtliche Pflicht zur vorherigen Berufseinstellung bestehen, und es kann eine solche Pflicht auch nicht verletzt werden. Die gegen eine Urkundsperson gerichtete Strafverfolgung wegen krimineller Handlungen, die nicht mit der Beurkundungstätigkeit zusammenhängen, kann demgemäss keine beurkundungsrechtlichen Disziplinarsanktionen, sondern nur den administrativen Entzug der notariellen Beamtung und allenfalls des Fähigkeitsausweises zur Folge haben.

c) Örtlicher Geltungsbereich

3545 - Für Handlungen der unterstellten Personen in- und ausserhalb des Kantons¹¹⁸.

d) Zeitlicher Geltungsbereich

3546 - Zeitlich erstreckt sich der Geltungsbereich des Disziplinarrechts auf die Zeitspanne von der Erteilung der Berufsausübungsbewilligung bis zu ihrem Erlöschen¹¹⁹.

Fn 117 - Dem Gesagten entspricht der Disziplinartbestand der Verletzung des Gebots unabhängiger Berufsausübung, vgl. BE NG Art. 40 Abs. 1.

Fn 118 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 112, N 6 zu Art. 40 NG BE.

Fn 119 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 112, N 7 zu Art. 40 NG BE.

****S. 996****

3547 - Eine Ausnahme gilt für den disziplinarischen Entzug des Patents. Da dieser für eine allfällige spätere Neuzulassung zum Notariatsberuf und für deren frühest möglichen Zeitpunkt präjudiziell

ist, schliesst der freiwillige Verzicht auf die Berufsausübung den disziplinarischen Patent-Entzug nicht aus¹²⁰.

3. Disziplinaratbestände

3548 - Vorbemerkung: Im Disziplinarrecht gibt es, im Unterschied zum Strafrecht, keine einzeln umschriebenen Unrechtstatbestände¹²¹. Zu disziplinarischen Sanktionen kann jede Verletzung von Amts-, Berufs- und Standespflichten Anlass geben.

3549 - Die Disziplinaratbestände werden von den kantonalen Gesetzgebern unterteilt in zwei Gruppen, nämlich

(a) in die Gruppe der Verletzung geschriebener und ungeschriebener beurkundungsrechtlicher Vorschriften,

(b) in eine weitere Gruppe von Tatbeständen, welche, ohne Verletzung einer beurkundungsrechtlichen Vorschrift zu sein, in einem weiteren Sinne als unethisch oder unwürdig zu qualifizieren sind; diese zweite Gruppe wird etwa mit den Begriffen der nicht-einwandfreien Berufsausübung oder der Verletzung der Würde und des Ansehens des Notariatsstandes umschrieben.

3550 - Gegen die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie derjenigen der nicht-einwandfreien Berufsausübung und der Würde des Notariatsstandes bestehen Bedenken. Um der Rechtssicherheit willen haben sich die Disziplinarbehörden bei der Findung und Begründung ihrer Entscheide stets darum zu bemühen, jene Regeln zu konkretisieren, deren Verletzung der Urkundsperson zum Vorwurf gemacht wird. Unterbleibt die Nennung einer konkreten Verhaltensregel, so läuft die Disziplinarrechtsprechung Gefahr, in Willkür abzugleiten. Im Rechtsstaat kann es nicht in der Kompetenz einer Disziplinarbehörde liegen, Begriffe wie "einwandfreie Berufsausübung" und "Würde des Notars" ohne objektivierende Regelbildung, d.h. nach blossem Gefühl und freiem Ermessen einzelfallweise auszufüllen.

Fh 120 - So BE NG Art. 42 Abs. 4; vgl. auch Entscheid der Camera avvocatura e notariato TI vom 16.9.1986, Rep 1988 S. 389-392.

Fh 121 - SIDLER, Komm. LU (1975) S. 44, N 88.

****S. 997****

a) Verletzung geschriebener und ungeschriebener Vorschriften

3551 - *Disziplinaratbestände sind die Verletzungen aller geschriebenen und ungeschriebenen Vorschriften, welche die Urkundsperson bei der Beurkundungstätigkeit zu beachten hat. Zu diesen Vorschriften gehören insbesondere die nachfolgend genannten.*

3552 - *Die Urkundsperson darf Information, insbesondere solche über die Möglichkeit zum Abschluss eines Geschäftes, welche ihr in ihrer amtlichen Eigenschaft zugetragen wird, nicht auf eigene Rechnung verwerten (Verbot des Selbst-Eintritts)¹²².*

3553 - *Die Urkundsperson darf sich an Geschäften, die sie beurkundet, nicht auf eigene Rechnung beteiligen, insbesondere nicht durch Bezug eines Anteils am Gewinn oder einer Provision¹²³.*

3554 - *Die Urkundsperson darf auf keine andere Weise als durch die Qualität ihrer Arbeit und durch wissenschaftliche Publikationen für sich Werbung betreiben. Insbesondere ist ihr jede Art von Reklame und jede Aufforderung an potentielle Klientschaft, bei der Urkundsperson eine Beurkundung vornehmen zu lassen, untersagt¹²⁴.*

3555 - Wenn die Urkundsperson von Klienten, von Behörden oder von Dritten in ihrer notariellen Eigenschaft angesprochen wird, hat sie, auch wo die Ansprache keine Beurkundung betrifft, innert nützlicher Frist höflich und sachlich zu reagieren. Vorbehalten bleiben wichtige Gründe, welche den Verzicht auf eine Reaktion rechtfertigen¹²⁵.

3556 - Wenn die Urkundsperson Funktionen wahrnimmt, die zwar nicht eine öffentliche Beurkundung betreffen, welche aber typischerweise an Notare wegen ihrer Vertrauensstellung und der bei ihnen vorausgesetzten Unparteilichkeit und Wahrhaftigkeit übertragen werden, wie beispielsweise Willensvollstreckungen, Erbteilungen, Vermögensverwaltungen, Treuhandfunktionen und gleichzeitige Beratung verschiedener Parteien, so hat die Urkundsperson die modalen Amtspflichten¹²⁶ einzuhalten¹²⁷.

Fn 122 - Vgl. Urteil des Tribunale d'appello TI vom 19.5.1978, Rep 1981, S. 385-389, E. 7; MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 113, N 11 zu Art. 40 NG BE.

Fn 123 Vgl. Marti, Notariatsrecht (1983 - S. 113, N 11 zu Art. 40 NG BE.

Fn 124 - MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 113, N 11 zu Art. 40 NG BE erwähnt als Tatbestände unzulässiger Werbung den Besuch bei Erben, um von diesen einen Auftrag zu erhalten, den Versand von Kondolenzbriefen ausserhalb des Bekanntenkreises, die Bitte an andere Behörden um Zuweisung von Klientschaft, die unnötige Publikation von Rechnungsrufen unter Namensnennung der Urkundsperson, das Unterbieten des Gebührentarifs zwecks Akquisition von Klienten, die Beurkundung von Vertragsklauseln, in welchen sich eine Person verpflichtet, künftige Beurkundungen durch die betreffende Urkundsperson vornehmen zu lassen.

Fn 125 - Vgl. MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 113, N 10 zu Art. 40 NG BE.

Fn 126 - Zum Begriff der modalen Amtspflichten vgl. Ziff. 834.

****S. 998****

3557 - Während der Dauer ihres Amtes darf die Urkundsperson keine Tätigkeiten ausüben und keine Stellungen annehmen, welche mit der Unabhängigkeit des Notariats unvereinbar sind. Bevor die Urkundsperson eine rechtmässige, aber mit dem Notariat unvereinbare Tätigkeit aufnimmt, hat sie von ihren notariellen Funktionen formell zurückzutreten.

3558 - Erläuterung: Die häufigste Pflichtverletzung von Urkundspersonen liegt wohl in einer gewissen Parteilichkeit. Sie ist disziplinarisch kaum zu fassen.

b) Nicht-einwandfreie Amtsführung oder Berufsausübung

3559 - Beim Disziplinaratbestand der Verletzung des Gebotes einwandfreier und unabhängiger Amts- oder Berufsausübung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher im Interesse der Rechtssicherheit in einer sukzessive zu entwickelnden Praxis der fallgruppenweisen Konkretisierung bedarf. Die Disziplinarbehörde sollte neue, ohne Präjudiz dastehende Sachverhalte nur mit Zurückhaltung, wenn möglich erst nach vorheriger Publikation eines "letztmaligen Freispruchs mangels Präjudiz", einführen.

c) Verletzung der Würde und des Ansehens des Notarenstandes

3560 - Einzelne Kantone kennen als disziplinarrechtlichen Auffangtatbestand die "Verletzung der Würde und des Ansehens des Notarenstandes" oder ähnlich formulierte Umschreibungen¹²⁸.

Fn 127 - Vgl. einen solchen Tatbestand im Urteil des Trib. Adm. GE vom 30.04.1980 i.S. Rose Marie C., SemJud 1981 S. 7-12 (Genfer Notar begünstigt anlässlich einer von ihm durchgeführten Erbteilung einen Erben zum Nachteil eines andern).

Fn 128 - Als Beispiele seien erwähnt: BE NG Art. 40 Abs. 1: "Der Notar, der [...] gegen das Ansehen des Notariatsstandes verstossen hat, wird unabhängig von seiner vermögens- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit disziplinarisch bestraft." - SO NG § 60: "Verletzt ein Notar die ihm obliegenden Pflichten oder verstösst gegen die Würde, die Ehre und das Vertrauen, die für die Ausübung des Notariats unerlässlich sind, so ergreift der Regie-

rungsrat auf Antrag eines Beteiligten oder von Amtes wegen disziplinarische Massnahmen." - BS NG § 36: "Verletzt ein Notar die ihm obliegenden Pflichten, oder verstösst er gegen die Würde, die Ehre und das Vertrauen, welche für die Ausübung des Notariats unerlässlich sind, so schreitet die Justizkommission disziplinarisch gegen ihn ein". - Vgl. auch CARLEN, Notariatsrecht (1976) S. 48.

****S. 999****

3561 - Erläuterung: Beim Disziplinaratbestand der Verletzung der Würde und des Ansehens des Notarenstandes handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Für die diesen Begriff anwendende Disziplinarbehörde besteht das Gebot einer fallgruppenweise konkretisierenden, konstanten Disziplinarpraxis unter Ausformulierung der relevanten Verhaltensregeln bzw. Verbote.

3562 - Die meisten Disziplinarfälle, welche als Verletzung der Würde und des Ansehens des Notariatsstandes in Betracht fallen, können auf die vorn konkretisierten Regeln (Werbeverbot, Verbot des Selbst-Eintritts, Pflicht zur Einhaltung modaler Amtspflichten¹²⁹ auch ausserhalb der Beurkundungstätigkeit; Pflicht, sich während der Amtsdauer bestimmter Tätigkeiten zu enthalten) verstanden werden.

3563 - Liegt nicht die Verletzung einer beurkundungsrechtlichen Vorschrift, sondern ein kriminelles Verhalten oder ein Charakterfehler der Urkundsperson vor, welcher sie zu weiterer Beurkundungstätigkeit als ungeeignet erscheinen lässt, so ist sie richtigerweise auf administrativem, nicht auf disziplinarischem Wege, ihres Amtes zu entheben. Das Disziplinarrecht soll nicht Gesinnungsstrafrecht sein. Fällt mit der Verurteilung wegen einer kriminellen Handlung der gute Leumund und damit der Nachweis der für die Berufsausübung erforderlichen ehrenhaften Gesinnung dahin, so kann das administrativ verfügte Berufsverbot mit einer objektiven Begründung Remedur schaffen, ohne dass auf den unbestimmten Rechtsbegriff des Ansehens des Notarenstandes zurückgegriffen wird¹³⁰. Durch solche nachträgliche Disziplinierung kann das Ansehen des Berufsstandes nicht gewinnen.

3564 - Unzulässig ist die disziplinarische Ahndung der Beurkundung eines Geschäftes, durch dessen Abschluss oder Gestaltung Gesetze in legaler Weise umgangen werden. Solange keine anerkannte Rechtsprechung die Umgehung als unzulässig und die Umgehungsgeschäfte demgemäss als unwirksam qualifiziert, kann im Ausnutzen der von der Rechtsordnung - in ihrer Unvollkommenheit - vorgegebenen Möglichkeiten keine notarielle Pflichtwidrigkeit erblickt werden. Die Füllung von Gesetzeslücken ist Aufgabe des Gesetzgebers, die einzelfallweise Verhinderung ihrer Ausnutzung Sache der Gerichte¹³¹, nicht diejenige der Urkundspersonen¹³².

Fn 129 - Zum Begriff der modalen Amtspflichten vgl. Ziff. 834.

Fn 130 - Im Entscheid der Camera avvocatura e notariato TI vom 16.9.1986 wird festgehalten, jede Straftat eines Notars, welche durch ein rechtskräftiges Strafurteil geahndet worden sei, stelle, unabhängig von der Schwere der Strafe, ein entehrendes Delikt ("delitto infamante") und damit einen Verstoss gegen die berufliche Würde ("un reato contrario alla dignità professionale") dar. - Das kann in dieser pauschalen Weise nicht richtig sein.

Fn 131 - Blosser Lehrmeinungen genügen nicht. Zu Recht verlangt MARTI, Notariatsrecht (1983) S. 114, N 13 zu Art. 41 NG BE, eine "bewährte und gefestigte Praxis", womit klarerweise eine Gerichtspraxis gemeint ist.

****S. 1000****

4. Disziplinarstrafen

3565 - *Die Disziplinarstrafen umfassen in den meisten Kantonen, in aufsteigender Schwere der Sanktion, den Verweis, die Busse sowie die vorübergehende und die dauernde Einstellung in der notariellen Amts- oder Berufstätigkeit*¹³³.

3566 - Erläuterung: Die disziplinarische Einstellung in der notariellen Amts- oder Berufstätigkeit findet sich in den Kantonen zuweilen abgestuft: In Betracht fällt der Entzug der Amtsverleihung (des Patentes) sowie - als schwerste Disziplinarstrafe - der Entzug des Befähigungsausweises.

3567 - Es mag sich Konkurrenz ergeben zum Berufsverbot, das vom Strafrichter gemäss Art. 54 StGB als Nebenstrafe auf höchstens fünf Jahre ausgesprochen werden kann¹³⁴, ferner, wo ein Verschulden fehlt, zum administrativen Entzug von Patent oder Fähigkeitsausweis aus objektiven Gründen (Wegzug ins Ausland, dauernder Verlust der Handlungsfähigkeit etc.).

5. Keine Präjudizialität des Disziplarentscheidendes für andere Verfahren

3568 - Disziplarentscheide sind für die strafrechtliche Würdigung und für die vermögensrechtliche Haftung der Urkundsperson nicht präjudiziell. Die Disziplinarbehörde hat sich in ihrem Entscheid nicht auszusprechen über das Vorliegen eines Vermögensschadens und dessen kausale Verursachung durch die Urkundsperson; wenn sie diesbezügliche Annahmen trifft, soll sie diese als solche kennzeichnen.

3569 - Erläuterung: Disziplinarische Untersuchungen und Sanktionen werden in der Regel nicht unter den gleichen Gesichtswinkeln durchgeführt und verhängt, welche für die strafrechtliche Beurteilung und für diejenige der vermögensrechtlichen Haftung massgebend sind. Die

Fn 132 - Vgl. den Entscheid der Notariatskammer BE vom 5.3.1991, BN 1991 und ZBGR 73 (1992) S. 203-207 (notarielle Mitwirkung an einer Umgehung des Pfandbelastungsbeschlusses durch Errichtung von Eigentümerschuldbriefen unmittelbar vor Verkauf; von disziplinarischer Bestrafung wurde zu Recht abgesehen, weil im Zeitpunkt der Beurkundung noch keine herrschende Meinung bezüglich Unzulässigkeit des gewählten Vorgehens bestand).

Fn 133 - BE BE Art. 42; BS NG § 36 Abs. 2.

Fn 134 - Vgl. einen solchen Fall im Urteil des Tribunale d'appello TI vom 19.5.1978, Rep 1981, S. 385-389.

****S. 1001****

Disziplinaufsicht fragt nicht primär danach, ob die Urkundsperson einen Schaden widerrechtlich und kausal verursacht hat. Auch ein Verhalten, welches eine abstrakte Gefährdung staatlicher oder privater Interessen in sich birgt, kann Anlass zu Disziplinarsanktionen geben, ohne dass ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Urkundsperson und einem bestimmten Schaden nachgewiesen ist.

3570 - Entsprechend den verschiedenen Kriterien für die disziplinarische Würdigung und die vermögensrechtliche Haftung der Urkundsperson sollten die Aufsichtsbehörden in ihren Stellungnahmen gegenüber der angeschuldigten Urkundsperson und Dritten, die im Zusammenhang mit Anzeigen gegen Urkundspersonen und mit Disziplinarverfahren abgegeben werden, Zurückhaltung üben bezüglich der Frage, ob ein notarielles Verschulden in vermögensrechtlich haftungsbegründendem Sinne vorliegt, ferner ob ein Kausalzusammenhang zwischen notarieller Pflichtverletzung und eingetretenem Schaden, schliesslich ob ein Schaden entstanden ist. Alle diese Fragen gehören ausschliesslich in die Kompetenz des Zivilrichters und sollen durch Aufsichtsbehörden nicht präjudiziert werden.

§ 148 Periodische notarielle Berichterstattung gegenüber der Aufsichtsbehörde

3571 - In den meisten Kantonen haben die Urkundsperson periodisch gegenüber der Aufsichtsbehörde über die von ihnen vorgenommenen Beurkundungen Bericht zu erstatten. In dieser Berichterstattung, die statistischen und Kontrollzwecken dient, pflegen keine Klientennamen genannt zu

werden¹³⁵; allenfalls werden Gruppierungen verlangt gemäss Geschäftstypen und Preisen sowie gemäss Personenmerkmalen wie Alter, Mann und Frau.

Fn 135 - BS NG § 21: Am Schluss jedes Jahres hat jeder Notar der Justizkommission eine tabellarische Zusammenstellung der im Laufe des Jahres von ihm besorgten Notariatsgeschäfte auf einem von der Justizkommission festgesetzten Formular einzureichen.

****S. 1003-1038****

Sachregister

Die Zahlen verweisen auf die Randziffern. Zahlen in fester Schrift verweisen auf die Stellen, in denen die einzelnen Stichwörter ausführlicher behandelt sind.

A

Abbruch des Beurkundungsverfahrens

- notarielle Pflicht zum A. 156, 179 ff.
- insbesondere beim Zögern einer Partei 2048
- bei Verdacht der Unwahrhaftigkeit 1714 ff.
- Recht der Klientschaft, den A. zu verlangen 419, 1955 Fn. 247
- A. bei Protokollierungen 2733, 2778, 2807, 2871

Abkürzung des Namens in der Unterschrift

- Unschädlichkeit 3247

Abkürzungen in öffentlichen Urkunden

- Pflicht zur Vermeidung von A. 1305, 2093

Ablehnung der Beurkundung

- formlose 856, 858
- in beschwerdefähiger Verfügung 857
- Pflicht zur unverzüglichen Mitteilung an die Klienten 880

Ablehnungspflicht der UP

- Begriff 841 ff.
- A. und Ausstandsgründe 1643
- notarielles Ermessen im Einzelfall 845, 862 Fn. 148, 1664
- A.-fälle 861 ff.
- im allgemeinen 156, 179 f., 860 ff.
- bei unklarer Identität 957
- bei zweifelhafter Urteils- oder Handlungsfähigkeit 1002, 2401
- bei zweifelhaftem Beurkundungswillen der Klientschaft 418
- bei voraussehbarer Nutzlosigkeit der Urkunde 745, 863, 2980
- bei Verdacht von Unwahrhaftigkeit aus objektiven Gründen 307, 821
- nicht bei bloss subjektiven Verdachtsmomenten 308, 1718
- bei offensichtlicher Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit und Sittenwidrigkeit des Geschäftes 826 ff., 2471 Fn. 105
- bei rechtswidrigen Veranstaltungen 2871
- nicht bei Pflichtteilsverletzungen 1125
- nicht wegen bestrittener Rechte Dritter 1122 ff.
- bei Sachbeurkundungen ohne erkennbaren rechtlichen Bezug 3057 ff.
- bei Sachbeurkundungen ohne örtliche Nähe 3088
- bei missbrauchsverdächtigen Beglaubigungen 3275 ff., 3375

Ablehnungsrecht der Klientschaft 818 ff.

Ablehnungsrecht der UP

- allgemeines aus wichtigen Gründen 845
- bei selektiver Inanspruchnahme nur für kleine Geschäfte 859
- bei Ausbleiben eines Kostenvorschusses 864

Ablieferungspflicht der Akten durch UP 228, 1471 f.

Abmahnungsverbal

s. Abmahnungsklausel

Abmahnungsklausel

- Begriff, Voraussetzungen 272 Fn. 196, 530, 626, 914 Fn. 181, **1846 ff.**
- Positionierung innerhalb der Urkunde 2194 f.

Abschriften aus öffentlichen Urkunden

- Anspruch auf Erhalt einer A. 1150

Abschriftenbeglaubigung 3388-3402

Abstimmungsergebnis, Nennung in der Urkunde 2926 e

Abstimmungsverfahren, Nennung in der Urkunde 2926 e

Abtrennung eines Grundstücksteils 2562 ff.

Abtretung Gesellschaftsanteil GmbH 2998f.

Abwesenheitsbeurkundung

- Begriff, Unzulässigkeit 8-18, 151, 1886-1889
- Verstoss gegen Einheit des Aktes 2051
- unzulässig auch bei Protokollierungen 2736
- bei Unterschriftsbeglaubigung s. dort (Fernbeglaubigung)

Acte de notoriété 3184

Administratives Entzugsverfahren 3501 f.

Adoption

- keine notarielle Beurkundungszuständigkeit 691

Affidavit s. Eidesstattliche Erklärung

AHV-Nummer

- keine Angabe in der Urkunde 2138

Akademische Ausbildung

- freiberuflicher UP 345, **3448**
- kein Requisit für Amtsnotare 346, **3448**

Aktensammlung

- Inhalt 1461 ff.
- Aufbewahrung 1458 ff.
- Ablieferung 228, 1471 f.

Aktiengesellschaft

- Errichtungsakt: Veranstaltungsprotokoll, nicht individuelle Willenserklärung 98, 111, **2963 ff.**
- Unverzichtbarkeit der Gründerunterschriften 1950, 2024
- Lesung der Statuten nicht erforderlich 2694-2706, **2963**
- Versammlungsprotokolle, Pflichten der UP 324, 981, 1018 ff., 2800 ff.
- Ausstandsregeln bei der Protokollierung von Beschlüssen 762, 798, 2739-2760

- Ausstandsregeln bei Vertragsbeurkundungen für die A. 803, **1657** ff.
- Versammlungsvorsitzender als Vertreter der Klientschaft 2804
- Legitimation zur Einberufung, notarielle Prüfung 2737, 2805
- Belehrungspflicht bei Gründung und späteren Protokollierungen 656, 2784 ff.
- Schuldenruf bei Kapitalherabsetzung und Liquidation, Beurkundung 188, 3096, 3103, 3109, **3212**
- Beurkundung nichtvorhandener ausländischer Beherrschung 3209
- Kapitalerhöhung der A. 2990 ff.
- Verwaltungsratsbeschlüsse bei der A. 2995
- Gründerhaftung der UP 655
- Haftung der UP bei unterlassener Belehrung 656

Alleinaktionär

- UP als A. kann nicht notariell protokollieren 2745

Altlasten

- Belehrungspflicht beim Grundstückkauf 2495

Amtliche Beglaubigung

s. Unterschriftsbeglaubigung; Kopienbeglaubigung; Abschriftenbeglaubigung; Übersetzungsbeglaubigung; Auszug, notarieller

Amts- und Berufsgeheimnis der UP

- Begriff 1136 f.
- sachlicher Geltungsbereich 1138 ff.
- betr. Aktensammlung 1470
- persönlicher Geltungsbereich 1147 ff,
- Dispens zwecks Honorarinkasso 1157
- Dispens aus anderen Gründen 1158 ff.
- Aufhebung durch Amtspflicht (Meldepflicht) 1176 ff.
- notarielle Auskunftspflicht gegenüber Behörden 1160, 1176-1181

Amtsbezirk der gelegenen Sache 702 Fn. 21, 2371 f.

Amtsenthebung

- als Disziplinarstrafe 3565 ff.

Amtskautions der UP 677

Amtsnotariat

- und freiberufliches Notariat 337 ff.

Amtspflichten, modale

- Begriff 834

Amtssiegel s. Siegel

Amtsstempel s. Siegel

Analphabet (leseunkundige Person)

- notwendige Zulassung zum Beurkundungsverfahren 380
- Umgang mit A.en im Verfahren **2007** ff.
- Vorlesungserfordernis, insbes. bei letztwilliger Verfügung 2423 ff.
- Genehmigungserklärung von A.en 2238 Fn. 116
- Unterzeichnung mit Handzeichen 11 Fn. 15, 2015
- Anwesenheitserfordernis für Beurkundungszeugen 2035 f.
- Formulierung des Beurkundungsvermerks bei A.en 2216

- Beglaubigung der Unterschrift eines A.en 3356 f.
- Verfahren gemäss Art. 15 OR 2017, 3356 f.

Änderung s. Korrektur

Anfechtbarkeit

- beurkundungsrechtliche 1496 ff.

Angelegenheit einer Person (Ausstandsgrund)

- bei individuellen Erklärungen 1633-1639
- bei Protokollierungen 2739-2774
- bei bestehenden Tatsachen 3102-3110
- bei der Unterschriftsbeglaubigung 3232, **3294-3302**, 3333
- bei der Beglaubigung von Firmenunterschriften 3360 f.

Angestellte der UP

- als Dolmetscher 535, 1990, 2004
- s. Hilfsperson

Angestellter Notar (freiberuflicher)

- zulässige Anstellung bei anderem Notar 3466 f.

Anhandnahmepflicht

s. Beurkundungspflicht

Anmeldung des beurkundeten Geschäfts

- Pflicht der UP zur Anmeldung 1222-1225
- ungesäumte Anmeldung 2592-2596, 3541 Fn. 115
- gegenteilige Klienteninstruktion 2597 f., 2734 Fn. 16
- A. als Gegenstand des Nachverfahrens 144 Fn. 128
- A. als notarielle Nebenleistung 495
- A. als nichthoheitliche Tätigkeit 704
- Grundbuchanmeldung 2582 ff.
- - verfrühte 2585
- - durch einen Ehegatten (Art. 665 Abs. 3 ZGB) 2370
- - durch Klienten oder Stellvertreter 2584 Fn. 247
- - Ergänzung der Belege nach erfolgter A. 3206 Fn. 101
- - Rückzug, Zustimmung der UP 2585 Fn. 252, 2589 Fn. 253
- Entschädigung in Beurkundungstaxe inbegriffen 565, 571
- notarielle Beschwerdelegitimation bei Abweisung der A. 1226

Annexion s. Fusion

Anschein der Befangenheit, Pflicht zur Vermeidung 1636

Anschein, Pflicht zur Vermeidung von falschem A. s. falscher Anschein

Ansehen des Notarenstandes

- Verletzung des A. als Disziplinaratbestand 3560-3564

Anstellungsverhältnis

- als Ausstandsgrund 1645, 1647, 2764-2769
- unzulässiges A. (Unvereinbarkeit mit Beurkundungstätigkeit) 3468-3474, 3477

Anwalt

- anwaltliche oder notarielle Beratung? 501-503
- Rollenwechsel von Anwalts- zu Beurkundungstätigkeit als Verletzung der Unparteilichkeitspflicht 1821 f.

- Anwaltsnotariat und Nurnotariat 183 Fn. 137, 345 ff., 924
- Verbot "anwaltlicher" Formulierungstätigkeit 1115 ff.
- laufendes Anwaltsmandat als Ausstandsgrund 1645, 1651 f.
- anwaltliche Assoziation als Ausstandsgrund 2766
- keine anwaltliche Verteidigung der Gültigkeit selber beurkundeter Geschäfte 902-906

Anwendbares Recht

- s. locus regit actum

Anzeige

- des Klienten an die Aufsichtsbehörde 858
- Anzeigepflichten der UP 1135, 1160, 1174, **1183-1186**
- s. Strafanzeige
- s. Meldepflicht der UP

Arbeitsverhältnis

s. Anstellungsverhältnis

Armenrecht s. Kostenerlass

Art. 55 SchlT ZGB 5 ff.

Arzt

- als sachverständiger Beurkundungszeuge 396 ff., 917, 993 Fn. 238

Ärztliches Zeugnis

- bei Zweifeln an der Urteilsfähigkeit 214 f., 993-999, 1007, 2400, 2420 f.

Associé

- keine Geheimhaltungspflicht gegenüber A. 1153
- A. als nahestehende Person im Sinne der Ausstandsregeln
- - bei individuellen Erklärungen 1645
- - bei Protokollierungen 2764
- - nicht bei Unterschriftsbeglaubigungen 3301
- keine Solidargläubigerschaft mehrerer A.s für Beurkundungsgebühren 575
- keine solidarische Berufshaftung aus Beurkundungstätigkeit 576
- Unterzeichnung der Sachbeurkundung durch A. 368

Aufbewahrung

- eigener Urschriften 1432, 1449
- fremder Urschriften 1450
- letztwilliger Verfügungen, Erbverträge 1451-1453

Aufhebung

- der AG- Gründung vor der Handelsregisteranmeldung 2986 Fn. 140

Aufsicht über die UP

- Grundsatz der Staatsaufsicht 486 f., **3530-3536**
- s. Aufsichtsbehörde

Aufsichtsbehörde

- einzelne Kompetenzen
- - Bewilligung von Tarifiereduktionen 558, 562
- - Hinwirken auf Unparteilichkeit der UP 731
- - keine Kompetenz, von Ausstandspflichten zu dispensieren 816
- - bei Verletzung der Beurkundungspflicht 858

- - Dispens vom Beurkundungsgeheimnis 1157-1180
- - Bewilligung der Herausgabe von Urschriften 1433
- - Überwachung der notariellen Aufbewahrungs- und Ablieferungspflichten 1471 f.
- Insider des Beurkundungsgeheimnisses 1154
- s. Aufsicht

Aufsichtsbeschwerde

- wegen Verletzung der Beurkundungspflicht 858

Auftrag für Beurkundungstätigkeit

s. Beurkundungsbegehren

Auftragsrecht

s. Nebenberufliche Tätigkeit

Ausfertigung

- Begriff 231, 1440
- Herausgabe 1454-1457

Aushändigung

- von Ausfertigungen 1454-1457
- von Urschriften mit Bewilligung der Aufsichtsbehörde 1433

Auskunft

- Begriff 120 ff.
- A.-pflicht der UP gegenüber Behörden 1160, 1176-1181
- notarielle Sachverhaltsermittlung aufgrund von Auskünften Dritter 120-126, **3112-3121**, 3149, 3164

Auskunftsperson

- Begriff, Rechtsstellung 471-473, 1113
- Identitätszeuge als A. 978
- Erschleichen einer Falschbeurkundung durch A. 1108

Auslagenersatz

- Anspruch der UP auf A. 550-553, 583-585, Fn. 64 und 66

Ausländisches Recht

- Pflicht zu dessen Anwendung 1070-1077

Auslassung

- von Textteilen bei der Vorlesung 1901
- im Urkundentext 1502 Fn. 133
- bei Auszugsbeglaubigungen 3404
- s. Lücke

Ausserordentliche Beurkundungsverfahren

- s. Analphabet, Blinde, Fremdsprachige, Schreibunfähige, Taube

Aussertarifarische Bemühungen,

Entschädigungsanspruch 566, 3365, 3525

Ausservertragliche Wissensklärung 88, 91-93, 2661-2688

Ausstand der UP

- Zweck der Ausstandsregeln 755 ff., 3099-3101, 3108-3110
- notwendige Differenzierung der Ausstandsregeln gemäss Beurkundungstyp 71, 111, 114, 401, 755-769, 803 ff., 2693

- Verhältnis zur Anhandnahmepflicht 867
- zwingende Geltung der Ausstandsregeln 816 f.
- Ausstandsregeln, Überblick 774-779, 1628 f.
- Ausstandsregeln bei Vertragsbeurkundungen 803, **1628-1664**
- Ausstandsregeln bei der Protokollierung von Beschlüssen 762, 798, **2739-2760**
- Ausstandsregeln bei Beurkundung bestehender Tatsachen **3099-3111**
- A. bei Errichtung von Grundpfandrechten 2602 f. - A. bei Bürgschaftserklärung 2637 f.
- Ausstandsregeln bei der Unterschriftsbeglaubigung 3232, **3294-3302**, 3333
- bei der Datumsbeglaubigung 3444
- kein Ausstand bei Herstellungs- und Kontrollvermerken 3233, 3382-3387
- keine Kombination von Ausstandsregeln 1629
- ausstandsbegründende Beratung 503, 1820-1829
- ausstandsbegründendes privates Wissen 1098, 3110 Fn. 26
- Beurkundung trotz A., Rechtsfolgen 1498 Fn. 15, 1510, 1559 f.
- s. Nahestehende Person

Ausstand von Beurkundungszeugen 386 ff., **393**, 2259, 2391, 2458 f.

Ausstand von Dolmetschern 347, 378, 535, 2004

Ausstand von Schätzern, Experten? 399

Austritt s. Ausstand

Ausweise

- als Identitätsbeweis 965 ff.

Auszug, notarieller

- Inhalt des notariellen Zeugnisses, Verfahren 3236, **3404-3414**
- Gestaltung des Auszugs- und des Herstellungsvermerks 3245, **3418-3421**
- Keine Ermittlung der Klientenidentität 948 Fn. 198
- A. als Herstellungsvermerk 3224
- A. als Kontrollvermerk 3441 f.

Autorschaft

- bei der öffentlichen Beurkundung 79 ff.
- für beurkundete Erklärungen 212 ff.

B

Banksafe

- Protokollierung der Eröffnung in Abwesenheit des Mieters 3041 ff., **3049**

Bankschrankfach, derelinquiertes s. Banksafe

Bauhandwerkerpfandrecht

s. Gesetzliche Pfandrechte

Baulandumlegung

- als Belehrungsgegenstand 1749, 1807, 2487, 2502 Fn. 133

Baurecht

- Sukzessivbeurkundung des B.- Vertrags 2067
- als Familienwohnung gemäss Art. 169 ZGB 3195 Fn. 93

Beamte mit Beurkundungsbefugnis

- s. Amtsnotariat

Bedingung

- beim Grundstückkauf, Beurkundungsbedürftigkeit 2518

Bedürfnisklausel für Notare

- s. numerus clausus

Beendigung der Berufsausübung

- infolge Verzicht oder Tod 3498-3500
- infolge Bewilligungsentzug 3501 f.
- Folgen der B. 3503 f.
- Ablieferung der Urschriftensammlung 228, 1471

Befähigungsausweis

- als Voraussetzung der Verleihung der Beurkundungsbefugnis 3451 f.

Befangenheit s. Ausstand

Befund, notarieller

- betr. Zustand von Mietsachen, Waren etc. 3078

Beginn des Beurkundungsverfahrens

- allgemein 509-517
- aufgrund eines Beurkundungsbegehrens 509 ff.
- aufgrund eines Erklärungsaustauschs mit notarieller Zusage der Anhandnahme 514, 865, 921

Beglaubigte Übersetzung

s. Übersetzungsbeglaubigung

Beglaubigter Auszug

s. Auszug, notarieller

Beglaubigung

- s. Unterschriftsbeglaubigung; Kopienbeglaubigung; Übersetzungsbeglaubigung; Auszug, notarieller

Begriff der öffentlichen Beurkundung

- bundesrechtlicher 5 ff.

Begriff des Bundesrechts

s. Bundesrechtlicher Begriff der öffentlichen Beurkundung

Beherrschung, ausländische

- Beurkundung ihres Fehlens 3207-3211

Beilagen

- zur Urkunde 1354 f.
- erklärungsergänzende 1363 ff., 1972 ff.
- beweis erleichternde 1375 f., 1977
- Umgang mit B. während des Beurkundungsvorgangs 1967-1977
- Erwähnung in der Urkunde 2208-2212

Beistandschaft

- Ermittlung 1051-1055
- keine Belegung in der Urkunde 2150

Belege bei Gründungen und Kapitalerhöhungen

- gesetzlich verlangte B. (Art. 631 Abs. 1, 652g Abs. 2, 779 Abs. 3 OR) 2785-2787, 2862, 2950 Fn. 100, 2964, 2970

Belegfunktion der öffentlichen Beurkundung 240 ff.

Belegsammlung s. Aktensammlung

Belehrung, notarielle

- Abgrenzung zur Beratung 1728
- als Vorbereitung des Beurkundungsvorgangs 144 Fn. 126, 1668, 1704, 1875
- ausländisches Recht als B.-Gegenstand 395, 737 f., 1071, **1780** ff., 2379 ff.
- bei Aufbewahrung von Geschäften von Todes wegen 1451 Fn. 24
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen: keine B. 3122 ff.
- bei Beurkundung individueller Erklärungen
 - allgemeines 100, 185, 1675
 - als Schutz vor Unbedacht 263 f., 272
 - auch gegen den Willen der zu belehren den Person 884
 - Ausfluss der Interessewahrungspflicht 881 f.
 - Begriff, Umfang, Grundsatz **1725** ff.
 - bei Benachteiligung Dritter 527
 - bei Bürgschaft 2646
 - bei Ehe- und Erbverträgen, letztwillige Verfügung 1776, 2339 f., 2464
 - bei Grundstücksgeschäften 1685, **2482** ff., 2577
 - bei Nachtragsbeurkundungen 2292
 - bei Stiftungserrichtung 2311
 - bei Unterwerfungserklärung (Zwangsvollstreckung) 2653 ff.
 - betr. Anfechtbarkeit des beurkundeten Geschäftes 1125
 - betr. notarielles Honorarinkasso 582
 - betr. steuerliche Folgen des Geschäftes 1750 ff.
 - betr. Ungewöhnlichkeit 1753 ff., 891
 - betr. wirtschaftliche Seite des Geschäftes 1785 ff.;
 - s. auch Ungewöhnlichkeitsbelehrung
 - keine B. für konnexe Verträge 278
 - nur soweit erforderlich 1730, **1772** ff.
 - parteiliche B. 757, 803, 1635 ff., 1828
 - Rechtsfolgenbelehrung 1745 ff.
 - Taube, Stumme, Taubstumme als B. Empfänger 1996 ff.
 - Umfang der Belehrungspflicht 727 f.
 - unparteiliche B. 896, 1777
 - Unverzichtbarkeit der B. 1730
 - Urkundenerläuterung 1739 ff.
 - verfahrensrechtliche B. 1735 ff.
- bei Protokollierungen 2692, 2743, 2782
 - Adressat 2784 Fn. 39
 - allgemeines 102, 108, 111, 708
 - bei der Gründung der Aktiengesellschaft 2787, 2980
 - bei unterschrittsbedürftiger Protokollierung 2844 ff.
 - vor der Veranstaltung 2784 ff.
 - während der Veranstaltung 2866 ff.
- Beurkundungszeugen als Belehrungsempfänger 1148
- Dolmetscher als Belehrungsempfänger 1990
- formelle B. s. Rechtsbelehrung
- Haftung für unrichtige oder unterlassene B. 612 Fn. 104, 624 ff., 649 ff.
- materielle B. s. Rechtsbelehrung

- nicht Bedingung für die Entstehung der öff. Urkunde 1561, 1728 ff., 1774, 1778 f.
- s. Rechtsbelehrung
- s. Tatsachenbelehrung

Belehrungspflicht

s. Belehrung, notarielle

Beratung

- Abgrenzung gegenüber der Belehrung 1728
- als nebenberufliche Tätigkeit 347
- als Nebenleistung 495, 501
- als nicht hoheitliches Handeln 704,714
- als Vorbereitung des Beurkundungsvorganges 1668, 1704
- Begriff 1783 f.
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3124
- bei Ehe- und Erbverträgen 2340 ff., 2380
- bei Protokollierungen 2767, 2785
- Disziplinarrecht 3556
- ehe- und erbrechtliche B. 1776
- Errichtung von Stiftungen 2314
- Geheimhaltungspflicht 1171
- Haftung für mangelhafte B. 611,624 ff., 649 ff., 1814 ff.
- Honorierung 555
- keine Pflicht zur Steuerberatung 133
- notarielle B., Abgrenzung zur anwaltlichen 503
- Pflicht zur B., s. Beratungspflicht
- über ausländisches Recht 2384
- unparteiliche B. 503, 757, 803, 1820 fl,
- von Hör- und Sprechbehinderten 1995

Beratungspflicht

- Begriff 1785 ff.
- Umfang 1802 ff.
- erbrechtliche 2397 Fn. 66

Bereinigung der Urkunde

- während des Beurkundungsvorgangs 1919-1933

Beruf

- Angabe des B. als Teil der Personalangaben 2134, 2136

Berufsausübungsbewilligung

- s. Befähigungsausweis, Verleihung der Beurkundungsbefugnis

Berufsbild der UP 344 ff.

Berufsethische Ausstandsregeln 1663 f.

Berufsgeheimnis

s. Amts- und B.

Berufsnotariat, freies

- s. freiberufliches Notariat

Berufspflichten

- Verletzung als allg. Disziplinartatbestand 3548 ff.

Berufszulassung

- allgemeines 3348 ff.
- Befähigungsausweis 3451 f.
- Amtsverleihung 3453-3483
- - Handlungsfähigkeit, Leumund, Wohnsitz 3455 ff.
- - erforderliche Unabhängigkeit 3458-34112
- - zulässige Gesellschaftsverhältnisse 3463 ff.
- - zulässige Anstellung bei anderer UP 3466
- - unzulässige Anstellungsverhältnisse 3468
- - unzulässige Nebenbeschäftigungen 3475 ff.

Berufung

- an das Bundesgericht in Beurkundungssachen 40

Beschränkung der kantonalen Regelungskompetenz 26 ff.

Beschwerdelegitimation der UP

- bei Abweisung des angemeldeten Geschäftes 1226

Besondere Beurkundungsverfahren

- s. Analphabet, Blinde, Fremdsprachige, Schreibunfähige, Taube

Bestehende Tatsachen (Zustände)

- als Beurkundungsgegenstand, Begriffliches 65 ff.
- zulässige Beurkundungsgegenstände 3052-3063
- Katalog zulässiger Gegenstände 3083
- nur rechtlich erhebliche Tatsachen 3052 ff.
- nur bei erkennbarem rechtlichem Bezug 3057 ff.
- nur leicht verifizierbare, gegenwärtige T. 3060 ff.
- unzulässige Beurkundungsgegenstände 3064 ff.
- - erfolgte schriftliche Erklärungsabgabe 3064-3068
- - Rechtsmeinungen und -gutachten 3071-3075
- - streitige Tatsachen 3076-3079
- Beurkundungszuständigkeit 3084
- schutzwürdiges Beurkundungsinteresse der Klientschaft 3080 ff.
- Ausstand 3099-3111
- Sachverhaltsermittlung 3112-3121
- Belehrungspflicht 3122 ff.
- Gestaltung der Urkunde 3127 ff.
- Beurkundungsvermerk 3132 ff.
- Korrekturen an der Urkunde 3142
- Beurkundungsmängel und Rechtsfolgen 3143 f,

Beteiligung (Ausstandsgrund) 794 ff.

- formelle 790, 795 f.
- materielle 795 f.
- s. Private Belange der UP; Angelegenheit einer Person; Nahestehende Person

Beurkunden

- Begriff 74 ff.

Beurkundende Personen 196 ff.

Beurkundung

- öffentliche, Begriff 76 ff.

- individueller Erklärungen 1611-2688 (Kapitel 8-10)
- von Vorgängen (Protokollierungen) 2689-3051 (Kapitel 11)
- B. bestehender Tatsachen 3052-3212 (Kapitel 12)
- B. in Vermerkform s. Vermerkbeurkundungen 3213-3445 (Kapitel 13)
- mit Blinden s. Blinde
- mit Schreibunfähigen s. Schreibunfähige
- mit Stummen s. Sprechbehinderte
- mit Tauben s. Taube
- ohne Unterschrift der Erklärenden trotz vorhandener Unterzeichnungsfähigkeit? 220, 1946
- - bei letztwilligen Geschäften (Neben form) 2402-2404, 2423-2435
- - Vorbereitung der B.
- - bei individuellen Erklärungen 1668 1850
- - bei Protokollierungen 2782 ff.
- Durchführung der B. s. Beurkundungsvorgang

Beurkundungs-Tourismus

- örtliche Zuständigkeit gemäss IPRG 733 ff.
- Dispens vom einheimischen Tarifzwang? 564

Beurkundungsakt

s. Beurkundungsvorgang

Beurkundungsanspruch

- Begriff 419 ff.
- Träger des B. (rogationslegitimierte Personen) 357, 410-416
- Korrelat zur Beurkundungspflicht der UP 404
- bei Protokollierungen: nicht für fremdes Verhalten 2713
- für Negativbeurkundung "Keine Familienwohnung" 3196 Fn. 96

Beurkundungsbefugnis

- Begriff 691 Fn. 5
- beschränkte und umfassende 181, 691 ff., **3447**
- örtlicher Umfang der B. 701 f., 715 ff.
- s. Verleihung der B., Entzug der B.

Beurkundungsbegehren

- Begriff 144,420,482, 511-518
- Formfreiheit 431, 751
- B. als Ersichtlichkeit des Beurkundungswillens 748-753
- als Verfahrensschritt 144
- Rechtswirkung 851
- keine formelle Prüfung des B. durch die UP 432
- nicht Entstehungsbedingung für die öffentliche Urkunde 1556-1558
- Legitimation zur Stellung des B. 420 ff.
- Legitimation bei Versammlungsprotokollen 2724 ff.
- Eintreten bzw. Nichteintreten auf das B. 845 ff.
- Rückzug 419
- fehlendes oder mangelhaftes, Rechtsfolgen 1556 ff.
- Angabe des B. in der Urkunde 1558, 2193
- zur Errichtung eines Grundpfandes 1709
- zur Erstellung eines Auszugs aus geheimen Texten 3412
- nicht vorangekündigtes, Haftung bei unterbleibender Kenntnisnahme seitens der UP 631
- nachträgliches, Wirkungslosigkeit 2728

- unmassgeblich für die rechtliche Qualifikation der notariellen Tätigkeit 508
- notarielle Auskunftspflichten vor Eingang des B. 850 Fn. 139, 3124

Beurkundungsbegriff

- bundesrechtlicher, als öffentlich- rechtliches Verfahrensrecht 21 ff.

Beurkundungsformel

- s. Beurkundungsvermerk

Beurkundungsgebühren

- s. Entschädigungsanspruch für Beurkundungsleistungen

Beurkundungsklausel

- s. Beurkundungsvermerk

Beurkundungsmängel

- Begriff, Abgrenzung zu Formmängeln 1475-1501
- B. mit der Rechtsfolge der Nichtentstehung der Urkunde 1502-1518
- Katalog der Nichtigkeitsgründe 1507 ff.
- B. mit der Rechtsfolge der Formungültigkeit des beurkundeten Geschäftes 1519-1554
- B. ohne Auswirkung auf Urkunde und Geschäft 1556-1592
- beim Wechselprotest 3024 Fn. 168
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3143 ff.
- Haftung der UP für B. 622 ff.
- nicht gegenüber letztwillig Begünstigten 650-666

Beurkundungsort

- bei unterschiedlichen Orten für Protokollaufnahme und Urkundensiegelung 2936-2938
- s. Zuständigkeit, Datierung der Urkunde

Beurkundungspflicht der UP

- im allgemeinen 835-839
- Korrelat zum Beurkundungsmonopol 840
- als Pflicht gegenüber dem Staat 489
- Eintretenspflicht, Anhandnahmepflicht, Ablehnungspflicht 841 f.
- unbedingte und bedingte B. 843-859
- Ablehnungsrecht der UP 845
- betr. Wechselprotest 928
- keine B. für Grundstücksgeschäfte ohne Binnenbeziehung 722 Fn. 41
- keine B. für sämtliche Geschäfte in einer bestimmten Fremdsprache 1290
- Haftung wegen Verletzung der B. 630 ff.
- Erfüllung durch Hilfspersonen 871-876

Beurkundungsrecht

- Begriff 181 ff.
- des Bundes s. Bundes- Beurkundungsrecht

Beurkundungsverfahren

- Begriff 141 ff.
- Gemeinsame Regeln für alle B. 678-1226 (Kapitel4)
- bei Beurkundung individueller Erklärungen 1611-2083 (Kapitel 8)
- bei Beurkundung von Vorgängen (Protokollierungen) Kapitel 11, insbesondere 2782-2899
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3112-3142
- bei Vermerkbeurkundungen
- - Unterschriftsbeglaubigung (natürliche Personen) 3303-3336

- - Verfahren gemäss Art. 14 Abs. 3 und 15 OR 3354-3357
- - Beglaubigung von Firmenunterschriften 3358-3377
- - Kopienbeglaubigung 3388-3402
- - beglaubigter Auszug 3403-3414
- - Beglaubigung manueller Abschriften 3424-3426
- - Konformitätsbeglaubigung von Statuten 3428-3430
- - Übersetzungsbeglaubigung 3431-3438

Beurkundungsvermerk

- bei individuellen Erklärungen: wesentlicher Inhalt 2215 ff;
- rechtliche Bedeutung 2230-2233
- Positionierung in der Urkunde 2227-2229
- Anfügung des vergessenen B. in einer Nachbeurkundung 2234 f.
- bei Protokollen 2929-2935
- bei bestehenden Tatsachen 3132 ff.

Beurkundungsvoraussetzungen

- Grundsatz 682 ff.
- zulässiger Beurkundungsgegenstand 685-688
- sachliche Zuständigkeit 687-694
- örtliche Zuständigkeit 695-700
- Ersichtlichkeit des Beurkundungswillens 748-753
- Absenz von Ausstandsgründen 754-820
- kein Anlass zur Annahme von Unwahrhaftigkeit 821-825
- keine offensichtliche Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit, Sittenwidrigkeit; keine Verletzung von Rechten Dritter 826-832

Beurkundungsvorgang

- bei individuellen Erklärungen 1869 ff.
- Ort und Zeit 1870-1874
- Pflichten der UP während des B. 1875 ff.
- gleichzeitige Anwesenheit aller Beteiligten 1879-1889
- s. Lesung; Bereinigung; Genehmigung; Unterzeichnung; Einheit des Aktes
- bei Protokollierungen 2813-2890
- kein B. bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3126, 3154

Beurkundungszeit

s. Datierung der Urkunde

Beurkundungszeugen

- Begriff, Funktion, erforderliche Qualifikationen 384-394
- Tauglichkeit 2259-2261
- Rechtsverhältnis zu den B. 539-546
- zugleich Dolmetscher 375, 394

Bevormundungsbedürftige Personen als Erklärende

- notarielle Pflicht zu besonderen Kontrollhandlungen 993
- Pflicht zu besonderem Schutz 1014, 1174

Beweiseignung, besondere

- als Voraussetzung des öffentlichen Glaubens 294 ff.
- bei Willenserklärungen vorhanden 89
- bei Wissenserklärungen mit Behaftungswillen 90
- bei ausservertraglichen Wissenserklärungen 91 ff., 298 f., 2670 f.

- bei Erklärungen der UP 302
- fehlende von bloss orientierenden Wissenserklärungen 823

Beweisform 12

Beweiskraft der öffentlichen Urkunde

- unterschiedliche B. verschiedener Urkundenteile 243-246, 319 ff.
- Fälle geringer B. 322 ff.

Bezeugen

- als notarielle Funktion 154, 177, 178

Blankunterschrift, Blankett-Unterschrift

s. Unterschriftsbeglaubigung

Bleistift s. Schreibmittel

Blinde

- notwendige Zulassung zum Beurkundungsverfahren 380
- Umgang mit Blinden im Verfahren **2007** ff.
- mangelnde Rechtswirkung der Unterschrift 2014
- Vorlesungserfordernis, insbes. bei letztwilliger Verfügung 2423 ff.
- Genehmigungserklärung von Blinden 2238 Fn. 116
- Handzeichen als Unterschriftersatz nutzlos 2018
- Anwesenheitserfordernis für Beurkundungszeugen 2035 f.
- Formulierung des Beurkundungsvermerks bei Blinden 2216
- Beglaubigung der Unterschrift eines Blinden 3356
- anderes Verfahren als für Hörunfähige 2005

Blindenschrift

- als Urkundenschrift unzulässig 2043 ff.

Bodenverbesserungen

- als Gegenstand notarieller Belehrung 2487

Bundes- Beurkundsrecht

- geschriebenes 24 f.
- ungeschriebenes 24 f.
- keine Vorbildwirkung für die Kantone 41 ff.

Bundesgericht

- Kognition in Beurkundungsfragen 39 f.

Bundesrecht

- Verhältnis zum kantonalen Beurkundsrecht 5 ff.

Bundesrechtliche Beurkundungsformen

- Verhältnis zu den kantonalen Verfahren 2387-2397
- letztwillige Verfügung 2398-2461
- Erbvertrag 2462-2480
- Verpfändung 2659-2660

Bundesrechtlicher Begriff der öffentlichen Beurkundung 5 ff.

- als Verfahrensnorm 21 ff.

Bundeszivilrecht als ergänzendes kantonales Recht 488 Fn. 9, 603-606

Bürgerort s. Heimatort

Bürgerrecht

- schweizerisches, der UP 3456

Bürgerschaftserklärung

- Umfang des Formzwangs 2629-2636
- Ausstand 2637 f.
- Belehrungspflicht 2646 f.
- Ehegattenzustimmung: Ermittlungs- und Kontrollpflicht 2639-2645
- Verwendung vorgedruckter Formulare 2648 f.
- Interessewahrung des Gläubigers 2650 ff.

Büro

- der UP, räumliche Anforderungen 3490-3497

Bürogehilfe s. Hilfsperson

Bürogemeinschaft von Notaren

- zwischen Notaren oder mit Anwälten 3463-3467

Bürokollege s. Associé

Büropartnerschaft

- als Ausstandsgrund s. Nahestehende Person

Busse

- als Disziplinarstrafe 3565

C

Certificat de coutume

- unzulässige Ausstellung in der Schweiz 3194

Corporate seal (Firmensiegel) 2169

D

Datierung der Urkunde

- Angabe des Beurkundungsortes, allgemein und bei individuellen Erklärungen 1237-1242
- bei Protokollierungen 2936-2938
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3131
- bei Unterschriftsbeglaubigungen 3346
- Angabe der Beurkundungszeit, allgemein und bei individuellen Erklärungen 1243-1257
- bei Protokollierungen 2939-2941
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3131
- bei Unterschriftsbeglaubigungen 3346
- bei Korrekturen 2958, 3142

Datumsbeglaubigung

- Begriff, Problematik **3443-3445**
- D. ist Beglaubigung im engen Sinne 3221
- Dokumenteninhaber als Träger des Beurkundungsanspruchs 3289
- Ausstandsregeln 3444

Deklarationspflicht

- Begriff und Inhalt 276 ff., 1391, 1402 Fn. 132
- insbesondere bezüglich des Grundstückkaufpreises 2499
- Verweispflicht als Ausfluss der D. 2524 ff.
- Verletzung der D. durch Nachtragsbeurkundung 2539 f.

Derelinquiertes Schrankfach

s. Banksafe

Dienstbarkeit

- auf Grundstückteil, Beschreibung 2559

Disziplinarstrafen 3565 ff.

Disziplinarwesen 3537-3570

- Zweck 3538 f.
- Geltungsbereich 3540-3547
- Disziplinarartbestände 3548-3564
- Verletzung von Vorschriften 3551 ff.
- nicht einwandfreie Amtsführung 3559
- Verletzung der Würde und des Ansehens des Notarenstandes 3560-3564
- Disziplinarmittel bzw. ?strafen 3565-3567

Dolmetscher

- Begriff 373 ff.
- Voraussetzung für Beizug eines D. 1284 ff., **1296**, 1979 f.
- Beurkundung mit D. nur als ultima ratio 1280, 1294 f.
- Beizug ist Amtspflicht der UP 1989
- Rechtsstellung des D. 531-538
- Geheimhaltungspflicht des D. 1147
- erforderliche Qualifikationen des D. 373, 1012, 2258
- Ausstandsregeln für D. 378, 535
- D. kann zugleich Beurkundungszeuge sein 375, 394, 1296 Fn. 64
- D. ist in der Urkunde zu individualisieren 2122, 2129
- cura in eligendo, instruendo et custodiendo 671, 1148, 1982, 1990
- notarielle Belehrung des D.s 1990
- Beurkundungsverfahren mit D. 1983 1987, 2047
- Dolmetscherverfahren bei letztwilliger Verfügung 2452 f.
- Beurkundungsvermerk bei Mitwirkung eines D. 1293, 1298 f., 2113 ff., 2226
- Unterzeichnungspflicht des D. 2242 ff.
- Umfang des öffentlichen Glaubens der Urkunde 1292
- s. Dolmetschererklärung

Dolmetschererklärung

- Erfordernis 1994, 2091
- notwendiger Inhalt 538 Fn. 31, 2262-2267
- notwendige Unterzeichnung durch den D. 2242-2245
- Form und Positionierung in der Urkunde 2250-2256
- D. innerhalb des Beurkundungsvermerks 2226
- D. als notarielles Protokoll 2257-2261

Dolmetscherprotokoll

s. Dolmetschererklärung

Doppelname von Frauen

- Angabe in der Urkunde 2124

Doppelverkauf

s. Zweitverkauf

Doppelvertretung

- im Beurkundungsverfahren unzulässig? 446

E

Edition

- Bewilligung der Herausgabe von Urschriften 1433
- Herausgabe von Ausfertigungen 1454/1457

Ehe

- als Ausstandsgrund
- s. Nahestehende Person

Ehegüterrechtsinventar, Art. 195a 2GB

- Inhalt, Verfahren 3155-3161
- als Beurkundung von Wissenserklärungen 123 Fn. 107

Ehevertrag

- Kombination mit Erbvertrag 2337-2342, 2358 f.
- häufige Beratungsthemen 2343-2359
- Meistbegünstigung des überlebenden Ehegatten 2348 ff.
- Insolvenzsicherung 2350
- Problematik der Gütertrennung 2353
- Absprachen im Hinblick auf die Scheidung 2354 ff.
- Beurkundungsvorgang 2360 ff.
- Gestaltung der Urkunde 2365 ff.
- E. mit Auswirkungen auf Grundstücke 2370 ff.
- E. nach ausländischem Recht 2376 ff.
- Vorbehalt nach Art. 54 IPRG 2347

Eidesstattliche Erklärung

- Anwendungsfälle 55, 224
- gesetzliche Grundlage in IPRG Art. 11 Abs. 3 1072 ff., 1075 ff.
- Ausstand der UP 1618
- sachbeteiligte Person 436
- für das Inland: Schranken 2665 ff.
- für das Ausland 2673-2682
- öffentlicher Glaube 1618
- Gefahr falschen Anscheins 1075, 2677 2680
- Verfahren der Eidabnahme, insbes. für USA 2674

Eigengutserklärung

(Art. 199 2GB)

- als Inhalt des Ehevertrags 2345

Eigenschaft, zugesicherte

- beim Grundstückkauf, Beurkundungsbedürftigkeit? 2200 Fn. 90, 2505 a Fn. 137

Einheit

- des notariellen Wissens 712, 1097-1103
- des Aktes im Beurkundungsverfahren 1529, **2047-2061**
- als bundesrechtliche Entstehungsbedingung für die Erklärungsurkunde 1507 Ziff. 7
- Unterbrechungen des Beurkundungsvorgangs 1568, 2054ff., 2058 ff.
- Erwähnung in der Urkunde 2215 Fn. 99, 2224
- E. nicht erforderlich bei Protokollierungen 2889 f.

- E. nicht erforderlich bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3125 f.
- der Urkunde 2086-2090

Einmanggesellschaft

- UP als Alleinaktionärin ist im Ausstand 2745

Einstellung im Amte

- als Disziplinarstrafe 3565 ff.

Einstimmigkeit

- zwingendes Erfordernis bei Feststellungsbeschlüssen 2997

Einteilung der Beurkundungsfälle,

begriffliche 49, 68 ff.

Eintretenspflicht

s. Beurkundungspflicht

Elterliche Gewalt

- Kontrollhandlungen bei Erklärungen der Eltern 1052, 2152
- keine Belegung in der Urkunde 2150

Ende des notariellen Amtes

s. Beendigung der Berufsausübung

Entgeltlichkeit

s. Entschädigungsanspruch für Beurkundungsleistungen

Entkräftung des Schuldscheins

s. Schuldschein

Entmündigte als Erklärende

s. Unmündige

Entschädigungsanspruch für Beurkundungsleistungen

- Rechtsnatur (öffentlich-rechtlich) 488, 494, 552, 3512
- Tarifzwang **554-564**, 3471, 3510
- Tarifabsprachen mit der Klientschaft 494
- Herabsetzung, freiwillige 556-564
- Umfang und Bemessung des E. 565-573
- Auslagenersatz 550-553
- Person des Gläubigers **574-578**, 3471
- Person des Schuldners 428, 517, **579-582**
- Solidarhaftung mehrerer Klienten 579 ff.
- E. für notarielle Nebenleistungen 496
- E. für Vorbereitungsarbeiten ohne anschliessende Beurkundung 563
- kein E. bei Ablehnung der Beurkundung 849
- rechtliche Durchsetzung, Gerichtsstand 583-591
- rechtliche Durchsetzung und Entbindung von der Schweigepflicht 1157
- s. auch: Tarif; aussertarifarische Bemühungen

Entstehung der öffentlichen Urkunde

- begriffliche Abgrenzung zur Gültigkeit des beurkundeten Geschäfts 1480-1487

Entzug der Beurkundungsbefugnis

- administrativ 3501 f.
- disziplinarisch 3565 ff.
- strafrechtlich 3565 ff.

Erbenbescheinigung

- Begriff 3178 ff.
- Zuständigkeit 3180 ff.

Erbenschein

s. Erbenbescheinigung

Erbgangsbescheinigung

s. Erbgangsbeurkundung

Erbgangsbeurkundung

- Begriff, Inhalt, Zuständigkeit 3185-3193

Erbgangsurkunde

s. Erbgangsbeurkundung

Erbschaftsliquidation

- notarieller Ausstand bei Nahestehen 790 Fn. 99

Erbschein

s. Erbenbescheinigung

Erbvertrag

- Inhalt 2466-2476
- Kombination mit Ehevertrag 2477-2480
- unparteiliche Vorbereitung 2462-2465
- keine Stellvertretung der letztwillig Handelnden 2338
- Stiftungserrichtung nicht durch Erbvertrag 2305
- s. Ehevertrag

Ergänzendes kantonales Recht

s. Bundeszivilrecht als e.k.R.

Ergänzendes öffentliches Recht des Bundes 23

Erklärung

- zu Urkund, Begriff 57 ff., 85,88 ff.
- zu Protokoll, Begriff 60 ff., 86, 94 ff.
- veranstaltungsgebundene 94 ff.
- individuelle 85 ff.

Erklärung, eidesstattliche

s. Eidesstattliche Erklärung

Erklärungs-Autorschaft 79, 212 ff.

Erledigungspflicht

- Ausfluss der Interessewahrungspflicht 919-931

Erlöschen der Beurkundungsbefugnis

- s. Beendigung der Berufsausübung

Ermittlung, notarielle

- Begriff 154, 158, 162, 168 f.
- Überblick über die Gegenstände 939-946
- individuelle Erklärungen: personelle Ermittlungen 947-1065
- - Identität der Verfahrensbeteiligten 947 ff.
- - zulässige Identifikationspapiere 965 ff.
- - Handlungsfähigkeit 984 ff., 2142-2148

- - Existenz juristischer Personen, Zeichnungsberechtigung 1015 ff.
- - Gültigkeit von Vollmachten 1030 ff,
- - Vertretungsbefugnis gesetzlicher Vertreter 1049 ff.
- - Zivilstand natürlicher Personen 1056 ff,
- - Güterstand Verheirateter 1062 ff.
- - Ehegattenzustimmung bei Bürgschaft 2639-2645
- individuelle Erklärungen: inhaltliche Ermittlungen: s. auch Willensermittlung 1066, 1671
- Protokollierungen, allgemeines **2849-2858**
- - Identität 1536-1542, 2802-2808, 2814-2820, 2824, 2853
- - insbesondere bei der Gründung der AG 2981 ff.
- bestehende Tatsachen: Sachverhaltsermittlung **3112-3121**
- - Delegation an Hilfspersonen 368
- - keine örtlichen Schranken 1240
- Unterschriftsbeglaubigungen:
 - - Identitätsermittlung 3242 ff., 3292, 3313
 - - bei Fernbeglaubigung 3314-3319
- Herstellungsvermerke: Keine Ermittlung der Klientenidentität 948 Fn. 198

Ermittlungspflicht

- allgemeine Regel: Sorgfalt und Objektivität 934
- besondere Regeln 935-938
- s. Ermittlung, notarielle

Ernennung zur UP

- s. Verleihung der Beurkundungsbefugnis

Eröffnung

- von Ehe- und Erbverträgen als notarielle Tätigkeit 183, 190, 195, **3168-3177**
- als Gegenstand notarieller Protokollierung 2709 ff.
- Ausstandsregeln 2753
- Parteierklärung, ob eröffnet werden soll 2470
- Anwendbarkeit des Notariatstarifs 561

Errichtung

s. Aktiengesellschaft, GmbH, Grundpfand, Schuldbrief, Stiftung

Errungenschaftsbeteiligung

- ehevertragliche Abänderung 2345
- Mittel zur Meistbegünstigung des Ehegatten 2348
- s. Güterstand von Sachbeteiligten

Ersatz-Notar 809-815

Erschienene

- Begriff 357

Ersichtlichmachung

- der Gültigkeit in der Urkunde 1593-1608
- durch Protokollierung von Kontrollhandlungen 1600-1603, 1606-1608, 2170-2189

Ethische Ausstandsregeln 1663 f.

Examen s. Notariatsexamen

F

Fähigkeitsausweis

s. Befähigungsausweis

Fahrlässigkeit der UP

- s. Haftung der UP

Falschbeurkundung durch UP

- fahrlässige, kein Nichtigkeitsgrund 1088
- bei gefälschten Identifikationspapieren 2179
- vorsätzliche (Art. 317 StGB) als Nichtigkeitsgrund 1507 ff.
- durch falsche Parteibezeichnung in der Urkunde 1545, 2149
- durch tatsächenswidrige Angabe des Verfahrensablaufs 1964 Fn. 253
- durch Beurkundung der Äusserungen offensichtlich handlungsunfähiger Personen 1567
- durch verfrühte Beisetzung der Notarunterschrift 1571
- durch nicht autorisierte Korrekturen 1933
- durch Verschweigen der privaten Veranstaltungsteilnahme der UP im Protokoll 2744
- nicht durch Datierung des Protokolls mit dem Veranstaltungsdatum 1587
- nicht durch verspätete Beisetzung der Notarunterschrift 1964

Falschbeurkundung, Erschleichen durch Private

- mittelbare 216 Fn. 156, 314
- durch unwahre Angaben beim Grundstückkauf 2542 Fn. 189
- durch falsch instruierten Stellvertreter 1112
- Erschleichen einer F. durch Auskunftsperson 472, 1108
- urkundlicher Hinweis auf die Strafbarkeit bei Erschleichen einer F. 92 Fn. 84

Falschbeurkundungsinteresse

- als Kriterium des Ausstandes bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3102 ff.

falscher Anschein

- Pflicht zur Vermeidung von f. A. 861, **1196** ff.
- bei der Vorbereitung der Beurkundung 1197
- bei mangelhaften Kontrollmöglichkeiten 1198
- bei der Formulierung der Urkunde 1199, 2616
- bei anmeldungsbedürftigen Urkunden 1200, 1222 ff.
- bei Unterschriftsbeglaubigungen 1201-1203, 1353, 2652 Fn. 298, 3241, 3254 f., 3333 f., 3368, 3376
- bei Fotokopiebeglaubigungen nach zweifelhaften Vorlagen 3393 ff.
- auch bei notariellen Nebenleistungen 496
- gegenüber Urkundenadressaten 521
- f. A. durch Beurkundung ausservertraglicher Wissenserkklärungen 93, **2669**
- durch Aufteilung des Geschäftes auf mehrere Urkunden 1209
- durch Herstellung einer nutzlosen Urkunde 745 ff.
- durch Herstellung von Urkunden zu Reklamezwecken 1212
- durch genehmigungsbedürftige (nicht genehmigte) Urkunden 1214
- durch Beifügung zweifelhafter Beilagen 1977
- bei Identitätsschwindel 955 ff., 2645
- bei zweifelhafter Bevollmächtigung 1048
- bei zweifelhafter Vertretungsbefugnis 2156
- bei Grundstückverkauf durch einen Nichteigentümer 2573
- bei Protokollierungen 2710 d, 2876 Fn. 77, 2906, 3044
- bei Protokollierung von Losziehungen 3046
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3081 f.
- durch Beurkundung eidesstattlicher Erklärungen? 1075, 2677-2080

- Vermeidung von f. A. bei Anwendung ausländischer Formen gemäss IPRG 1076
- bei Gewissheitsdefiziten 1090 f.
- bei notariellen Zweifeln an der Rechtsgültigkeit 912
- durch Abmahnungsklausel in der Urkunde 1846 ff., 2194 f.
- Haftung der UP wegen f. A. 619 ff.

falsus procurator s. Vollmacht

Familienstiftung

- notarielle Abmahnungspflicht 2316, 2319

Familienwohnung

- Beurkundung "keine F." 3195-3206

favor negotii

- Auslegungsgrundsatz zugunsten der Geschäftsgültigkeit 36, 1237 Fn. 10, 1391, 1516, 1545, 1592, 2505 Fn. 137, 2535

Fehlerhafte Beurkundung

- s. Beurkundungsmängel

Feindschaft als Ausstandsgrund 863

Feststellen

- als notarielle Tätigkeit; Begriff 172-176

Feststellung der Identität

- s. Identität der Verfahrensteilnehmer

Feststellung von Vorgängen und Zuständen

- s. Beurkundung von Vorgängen (Protokollierungen) 2689-3051 (Kapitel 11), Beurkundung bestehender Tatsachen 3052-3212 (Kapitel 12)

Feststellungsurkunde

- Ablehnung des Begriffs 174

Filzstift s. Schreibmittel

Firmensiegel (Corporate seal) 2169

Firmenunterschrift

s. Beglaubigung; Angelegenheit einer Person; Private Belange

Fiskalische Meldepflichten der UP

- s. Meldepflicht der UP

Form

- der Urkunde s. Gestalt der Urkunde
- der Beurkundung s. Beurkundungsverfahren

Formelsammlungen

s. Musterurkunden

Formfreiheit

- des Beurkundungsbegehrens 431,751
- des Widerrufs der geleisteten Unterschrift 2076
- artfremder Absprachen beim Grundstückkauf 2509
- der Zusicherung von Eigenschaften beim Grundstückkauf 2507 Fn. 137

Formmangel

- des beurkundeten Geschäfts 1477-1479
- begriffliche Abgrenzung von der Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde 1480-1487
- keine kantonale Regelungskompetenz 1490 ff.
- Formungültigkeitsgründe, Katalog 1519-1555

Formular, vorgedrucktes

s. vorgedruckte Formulare

Formulieren

- als notarielle Tätigkeit 154

Formvorschrift

- s. Beurkungsverfahren, Gestalt der Urkunde

Fotografie

- kein zulässiger Beglaubigungsgegenstand 3439 f.

Fotokopie

- Beglaubigung 3388-3402

Frauen

- als UP 353
- mit Doppelnamen, Angabe in der Urkunde 2124

freiberufliches Notariat

- und Amtsnotariat 337 ff.

Freie Notarwahl

s. Notarwahl, freie

freiwillige Gerichtsbarkeit

- notarielle Aufgaben innerhalb der f. G. 183

freiwillige öffentliche Beurkundung

- s. gewillkürte öffentliche Beurkundung

Freizügigkeit

- fehlende F. für öffentliche Urkunden in Grundbuchsachen 719-732
- bei Erbgangsurkunden 3186
- s. locus regit actum
- keine berufliche Freizügigkeit für UP 3454 Fn. 61

fremdsprachige Beurkundung 1276 ff., 1979 ff.

fremdsprachige Verfahrensteilnehmer

- Umgang während des Verfahrens 1979 1994
- fremdsprachiger Testator 2448 ff.

Freundschaft als Ausstandsgrund 863

Fristversäumnis s. Säumnis, notarielle

Fürsprecher s. Anwalt

Fusion

- bei der AG, Sachbeurkundung, dass Schuldenruf erfolgt ist 188, 3096, 3103, 3109, **3212**
- von Stiftungen 2334

Fusionsvertrag

- Formulierung als notarielle Nebenleistung 495

G

Gebühr s. Entschädigungsanspruch für Beurkundungsleistungen

Gebührentarif s. Tarif

Gefälligkeitsnotar 809-815

Geheimhaltungspflicht s. Amts- und Berufsgeheimnis

Geheimnisherr

- als Inhaber der Dispensbefugnis 1159, 1164, **1167** ff.
- Haftung der UP gegenüber G. 1193 ff.
- nach Ableben des Klienten 3110

Gehör, rechtliches

- bei Tarifierung, Verletzung durch Voraus-Bescheide der Aufsichtsbehörde 590 Fn. 72
- kein G. bei notarieller Wahrheitsfindung 1620, 2687, 2718

Gehörbehinderte Erklärende s. Taube

Gemeindeamt als Unvereinbarkeitsgrund

- s. Unvereinbarkeitsgründe

Gemeinsamer Haushalt als Ausstandsgrund 1644 Fn. 25

Genehmigung

- kantonaler beurkundungsrechtlicher Erlasse durch den Bund 27

Genehmigung der Urkunde

- durch die Erklärenden 1934-1945

Generalunternehmervertrag

- als nicht beurkundungsbedürftiger, mit dem Grundstückkauf konnexer Vertrag 2505 Fn. 137, 2507, 2521

Genossenschaft

- öffentliche Urkunden des Genossenschaftsrechts 3020 f.

Gerichtsstand

- beim Honorarinkasso 583-591
- im Haftungsstreit 674-676

Geschäftsdomizil der UP

- s. Büro

Geschäftsführung ohne Auftrag

- Stellung des Beurkundungsbegehrens als G.o.A. 417, 428, 750, 752, 1031

Geschichte des Notariats

- Hinweis auf historische Darstellungen 47

Geschwister als Ausstandsgrund

- bei individuellen Erklärungen 1507 Ziff. 5, 1641-1655
- bei Protokollierungen 2762
- nicht bei Unterschriftsbeglaubigung 3301
- s. Nahestehende Person

Geschwisterkinder als Ausstandsgrund

- s. Nahestehende Person

Gesellschaft mit beschränkter Haftung

- s. GmbH

Gesellschaftsrecht

- öffentliche Beurkundungen 2689-3021 (Kapitel 11)

Gesetzgebung, beurkundungsrechtliche

- bundes- und kantonrechtliche 5 ff., 41 ff.
- Gliederung der kantonalen G. 48
- willkürliche G. 36

Gesetzliche Pfandrechte

- Belehrungspflicht 894, 2496
- Vorkehren gegen Belastung mit g.P. 2577-2581

Gesetzlicher Vertreter

- Nachweis der Vertretungsmacht 1049-1055
- Zustimmung zum Ehevertrag Unmündiger 107, 112
- s. Unmündige als Erklärende

Gesetzliches Vorkaufsrecht

- s. Vorkaufsrecht, gesetzliches

Gestalt der Urkunde

- Begriff der Urkundengestalt 2085
- anwendbares Recht s. locus regit actum
- Allgemeine Regeln 1227-1417 (Kapitel 5)
- - inhaltliche Gestaltung 1227-1273
- - Textgestaltung 1274-1330
- - äussere Gestalt der Urkunde 1331-1355
- - Beilagen zur Urkunde 1356-1417
- bei individuellen Erklärungen 2084-2299 (Kapitel 9)
- - Gestaltung der Stiftungsurkunde 2320 2326
- - Gestaltung des Ehevertrags 2365-2369
- - Gestaltung der letztwilligen Verfügung 2454-2459
- Gestalt von Protokollen 2898-2958
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3127-3142
- bei Vermerkbeurkundungen
- - Gestalt der Unterschriftsbeglaubigung 3337-3349
- - Gestalt von Herstellungs- und Kontrollvermerken 3415-3421, 3441 f.

Gesundheit der UP

- als Voraussetzung der Amtsausübung 3457 Fn. 66

Gewährleistung

- Wegbedingung beim Grundstückkauf 893, 2493-2497
- subjektive Wesentlichkeit 2505

Gewerbe

- s. Unvereinbarkeitsgründe

Gewillkürte öffentliche Beurkundung

- Missbrauchsverhütung 1206-1211

Gewissheitsdefizit

- Allgemeines 320 ff.
- Vorbehalt des entschuldbaren Irrtums 128
- Pflicht zum Hinweis auf unübliche Gewissheitsdefizite 1091 ff.
- bei der zweisprachigen öffentlichen Urkunde 1292
- Ersichtlichmachung durch Protokollierung von Kontrollhandlungen 1600-1603, 1606-1608, 2170-2189
- bei kontradiktorischer Wahrheitsfindung 2718

Glaube, öffentlicher

s. Öffentlicher Glaube

Glaubens- und Wissensfreiheit der UP

19 Fn. 33

GmbH

- Errichtungsakt 2963 ff.
- Abtretung eines Gesellschaftsanteils 2998-3001
- andere Versammlungs- und Sitzungsprotokolle 2988 ff.

Grenzverbesserung,

vereinfachte Beurkundung 2565 ff.

Grenzverschiebung

- Grundstückbeschreibung, Urkundengestaltung 2562 ff.
- keine Beifügung von Mutationsplänen zur Urkunde 2278 Fn. 143

Grundbuchanmeldung

- s. Anmeldung des beurkundeten Geschäftes

Grundpfand

- Beurkundungsbegehren zur Errichtung 1709
- Ausstand der UP 2602 f.
- Beurkundungsvorgang nur mit einer Partei 2604-2610
- Gestalt der Urkunde 2550 ff.
- Besonderheiten der Formulierung 2612 ff.
- s. Interimsbescheinigung, Schuldbrief

Grundstückbeschreibung

- in der öffentlichen Urkunde 2545-2564

Grundstückgeschäfte

- Verfügungsbefugnis des Veräusserers, Prüfung 2570-2576
- Zuständigkeit von Prokuristen, Prüfung 2481
- Grundstückbeschreibung in der Urkunde 2545-2564
- Eintragungsbewilligung gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB 2582-2591
- Anmeldepflicht 2592-2598
- s. Grundstückkauf

Grundstückgewinnsteuer

- als Gegenstand notarieller Belehrung 1751, 2485, 2496
- Sicherstellung durch Kaufpreisrückbehalt 495 c, 894
- Verantwortlichkeit der UP wegen unzeitiger Grundbuchanmeldung? 636

Grundstückhandel

- als unzulässige notarielle Nebenbeschäftigung 3482 Fn. 84

Grundstückkauf

- Belehrungspflicht 2482-2496 ff.
- Umfang des Formzwangs 2498-2541
- Tel-quel-Klausel (Wegbedingung der Gewährleistung) 893, 2493-2497
- - subjektiv wesentlich 2505
- zugesicherte Eigenschaft, Beurkundungsbedürftigkeit? 2200 Fn. 90
- richtige Beurkundung des Preises 2542-2544
- kleine Grundstücke, vereinfachtes Verfahren 2565 ff.
- Grundstückbeschreibung in der Urkunde 2545-2564
- s. Grundstücksgeschäfte

Grundstücktausch

- bei Belegenheit der Objekte in verschiedenen Beurkundungsbezirken 2089, 2599

Grundstückteil

- Belastung mit Dienstbarkeit, Beschreibung 2559
- Veräusserung 2562 ff.

Grundstückveräusserung

s. Grundstückkauf

Grundstückveräusserungsvertrag

s. Grundstücksgeschäfte

Gültigkeitsform 12

Gültigkeitsvorschriften

s. Beurkundungsmängel

Gütergemeinschaft

- Mittel zur Meistbegünstigung des Ehegatten 2348
- ausserbuchlicher Eigentumsübergang an Grundstücken 2370
- Erbgangsbeurkundung bei G. 3189
- s. Güterstand von Sachbeteiligten

Güterstand von Sachbeteiligten

- Ermittlung 1062-1065
- Angabe in der Urkunde 2126
- erfolgt ohne öffentlichen Glauben 2188
- als Gegenstand der Beratung bei Eheverträgen 1176, **1802**, 1806
- s. Ehevertrag

Gütertrennung

- Problematik der G. als Beratungsthema 2353
- unnötig zur Insolvenzabsicherung 2350
- s. Güterstand von Sachbeteiligten

H

Haftpflichtversicherung der UP 677

Haftung der Klienten für Beurkundungsgebühr

s. Entschädigungsanspruch für Beurkundungsleistungen

Haftung der UP, vermögensrechtliche

- bundes- und kantonrechtliche Regelung 600-606
- Haftungsgrund: schuldhafte Verletzung einer Amtspflicht 607-613

- adäquater Kausalzusammenhang 612
- H. wegen Unwahrheit der Urkunde 617 f.
- H. wegen Ungültigkeit oder Nichtzustandekommen des Geschäftes 619-621
- H. wegen beurkundungstechnischer Mängel 622 f.
- H. wegen Beratungs- und Belehrungsfehlern 624-626
- H. wegen notarieller Säumnis 627 f., 645 ff., 664, 925-931, 3541 Fn. 115
- weitere Haftungstatbestände 629-636
- H. für Hilfspersonen 669-673
- Schadensbemessung 637-659
- Haftungsstreit: Gerichtsstand 674-676

Handänderungssteuer

- als Gegenstand notarieller Belehrung 1751, 2485

- Meldepflicht der UP 1182

Handels- und Gewerbebefreiheit

- keine Berufung der UP auf H. 487

Handlungsfähigkeit

- Ermittlung 984 ff., 2142-2148
- Angabe in der Urkunde? 2141-2148
- Ablehnung der Beurkundung bei fehlen der H. 1002, 2401

Handmehr (offene Abstimmung) 2926 e

Handzeichen als Unterschriftersatz

- s. Analphabet, Blinde

Harmonisierung des Beurkundungsrechts, gesamtschweizerische 2 f.

Hauptberufliche Tätigkeit der UP

- Begriff 347-352
- Ausübung in eigenem Namen 661 Fn. 144
- Registeranmeldungen als h.T. 1225
- Beratung keine h.T.? 1799

Hauptform der letztwilligen Verfügung

s. Verfügung, letztwillige

Hauptverfahren, Begriff 15 ff.

Heimatort, Angabe in der Urkunde

- für die Erklärenden bei individuellen Erklärungen 2124
- des Veranstalters bei Protokollierungen 2853
- bei Unterschriftsbeglaubigungen 3342
- nicht für die UP 1228

Herabsetzung

- des Aktienkapitals s. Kapitalherabsetzung
- der Honorarforderung s. Entschädigungsanspruch der UP

Herausgabe s. Edition

Herstellung in einem Zug

- schrifttechnische Anforderung an die Urkundenherstellung 1341-1347

Herstellungsvermerk

- Begriff 3223-3226

- Beurkundungsvoraussetzungen 3378-3387
- Arten von Herstellungsvermerken 3388 ff.
- Beglaubigte Kopie 3388 ff.
- Beglaubigter Auszug 3403 ff.
- Schnürung und Siegelung mehrseitiger Dokumente 3416

Hilfsperson der Klientschaft

- als Übermittlerin des Beurkundungsbegehrens 3359, 3372

Hilfsperson der UP

- Begriff 370
- Delegation von Beurkundungsfunktionen an H.en 361 ff., 367, 1876
- zulässige Funktionen der H. 371 f., 1319, 1344, 2083, 3018, 3224, 3389, 3424 f., 3442
- nicht delegierbare Funktionen 1421, 1507 Ziff. 6, 1563, 1905 Fn. 203, 1966
- Instruktion der H. 1990
- Protesterhebung durch H. 3025
- Haftung für H.en 669 f.
- H.en werden in der Urkunde nicht erwähnt 2130
- als Dolmetscher 535, 1990, 2004
- nicht dem Disziplinarrecht unterstellt 3540

Hilfsperson des Veranstaltungsleiters

- bei Protokollierungen 2784, 2864, 3007

Historische Bedingtheit des Formzwangs 287 ff.

Honorar s. Entschädigungsanspruch für Beurkundungsleistungen

Hörbehinderte s. Taube

Hypothek s. Grundpfand, Schuldbrief

I

Identifikationspapiere

- zulässige für die Identitätsermittlung 965 ff.

Identifizierung des Erklärungsautors

- als Bedingung der Erklärungsbeurkundung 81

Identität der UP

- muss aus der Urkunde ersichtlich sein 81, **1229-1236**, 1507 Ziff. 9, 3340

Identität der Verfahrensteilnehmer

- Begriff der I. 947
- I. als Tatsache 169
- I. als "wesentlicher Vertragsbestandteil"? 2501 Fn. 132
- I.-Ermittlung bei individuellen Erklärungen 159, **947-985**, 2129
- Umfang der Ermittlungspflicht 954 ff.
- Ermittlungsregeln bezüglich Anwesender 956 ff.
- I. des zustimmenden Ehegatten bei Bürgschaft 2643
- zulässige Identifikationspapiere 965 ff.
- Identitätszeugen 976-978, 2171 Fn. 77
- Ermittlungsregeln bezüglich Abwesender 980-984, 3315
- Angabe der Identitätsermittlung in der Urkunde 1601, 2139, 2171 ff.
- Dispens von unmittelbarer Wahrnehmung bei Identitätsangabe "persönlich bekannt" 134 Fn. 114, 962, 982, 1574, 2176 f.

- I. muss aus der Urkunde ersichtlich sein 81,209
- Grad der Gewissheit der I. 128 Fn. 110, 321
- Ablehnungspflicht bei unklarer Identität eines Erschienenen 957
- Identitätsschwindel, Rechtsfolgen 1546, 2132
- I.-Ermittlung bei Protokollierungen 1536-1542, 2802-2808, 2814-2820, 2824, 2853
- insbesondere bei der Gründung der AG 2981 ff.
- I.-Ermittlung bei Unterschriftsbeglaubigung 3242 ff., 3292, 3313
- bei Fernbeglaubigung 3314-3319
- Keine I.-Ermittlung bei Herstellungsvermerken 948 Fn. 198

Identitätszeugen 976-978, 2171 Fn. 77

Immobilien-gesellschaft

- ihr Verkauf soll nicht beurkundet werden 916
- Grundstückhandel durch eine von der UP beherrschte I. als Unvereinbarkeitsgrund 3482
- Verbot für UP, im Verwaltungsrat einer I. tätig zu sein? 3479 Fn. 82

in favorem negotii s. favor negotii

Individuelle Erklärung

- Begriff 85 ff.
- als Beurkundungsgegenstand 57 ff.

Ingress der Urkunde

- bei individuellen Erklärungen 1227, 2103-2193
- Überschrift 2106-2112
- bei Grundstücksgeschäften 2536
- Protokollierung des Erscheinens 2113-2121
- Protokollierung von Kontrollhandlungen 2170-2189
- Bezeichnung der Sachbeteiligten und der Erschienenen 2122-2139
- Anforderungen an die Personalangaben 2124-2126
- Angaben über Handlungsfähigkeit? 2141-2148
- Angabe von Vertretungsverhältnissen 2149-2157
- Angaben über jur. Personen, Zeichnungsbefugnis 2158-2169
- Personalien der UP 1227
- Vermeidung falschen Scheins 2195
- Abmahnungsklausel 2194
- bei Protokollen **2911-2925**

Interessewahrungspflicht

- gegenüber der Klientschaft 877-931
- Inhalt 492
- insbesondere Schutz vor Unbedacht 886 ff.
- beim Vollzug beurkundeter Geschäfte 636
- gegenüber Urkundenadressaten 518-525
- keine gegenüber Drittbegünstigten und -benachteiligten 526-530
- gegenüber dem Staat 1128-1135

Interimsbescheinigung

- Begriff, Inhalt, Problematik 2617-2623
- bedroht Unabhängigkeit der UP 3482
- keine Ausstellung durch Amtsnotare 345
- separate Entschädigung 566
- Haftung der UP bei missbräuchlicher Verwendung 618

- Siegelung unzulässig 1269 Fn. 39
- Rückzug der Grundbuchanmeldung nur mit Zustimmung der UP 2585 Fn. 252, 2589 Fn. 253

Interimsquittung s. Interimsbescheinigung

Interimstitel s. Interimsbescheinigung

Interimsurkunde s. Interimsbescheinigung

Inventar

- Rechtsnatur der notariellen Inventur 3145 f.
- Rechtsnatur verschiedener Inventare 3147 f.
- I. als Beurkundung bestehender Tatsachen 3149 ff.
- I. als Erklärungsbeurkundung: Güterrechtsinventar (Art. 195a ZGB) 3155-3161
- Nutzniessungsinventar 3162 f.
- Inhalt des I. 3163 ff.
- Klientenstellung 469
- örtliche Zuständigkeit der UP 3090
- Sachverhaltsermittlung 71 Fn. 66, 711 ff.
- keine Protokollierung von Ermittlungshandlungen in der Urkunde 1603
- Notarunterschrift durch Bürokollegen 368
- Umfang des öffentlichen Glaubens 190 Fn. 143, 3145
- Massgeblichkeit des Notariatstarifs 561

iustum pretium

- kein Ziel der notariellen Intervention 884

Juristische Person

- Erklärungsabgabe namens einer j.P.
- Identitätsermittlung durch UP 1015 ff.
- bei Unterschriftsbeglaubigung 3274
- erforderliche Bezeichnung in der Urkunde 2127 ff.
- Angabe der Zeichnungsbefugnis in der Urkunde 2158 ff.
- j.P. des anglo-amerikanischen Rechts 2169
- j.P. als Stifterin 2304
- j.P. als Klientin bei Verbandsbeschlüssen 2730
- j.P. als Klientin bei Beglaubigung der Firmenunterschrift 3372
- j.P. als der UP nahestehende Person (Ausstandsgrund) 1657 ff., 2760, 3103
- kein Nahestehen bei Beglaubigung von Firmenunterschriften 3296
- s. Nahestehende Person

K

Kapitalbeteiligung der UP an juristischer Person

- als Ausstandsgrund 863

Kapitalerhöhung

- s. Aktiengesellschaft, Belege bei Kapitalerhöhung

Kapitalherabsetzung

- Sachbeurkundung, dass Schuldenruf erfolgt ist 188, 3096, 3103, 3109, 3212

Katalog der beurkundungsbedürftigen Geschäfte

- historische Bedingtheit 287 ff.

Kaufpreis

- s. unrichtige Beurkundung

Kausalzusammenhang

- als Voraussetzung vermögensrechtlicher Haftung der UP 508, 607 ff.

Kautions s. Amtskautions

keine ausländische Beherrschung

- als Beurkundungsgegenstand: s. Beherrschung, ausländische

keine Familienwohnung (Art. 169 ZGB)

- als Beurkundungsgegenstand: s. Familienwohnung

Klebesiegel 1350-1354

kleine Grundstücke

- vereinfachtes Verfahren beim Kauf 2565 ff.

Klientschaft

- Begriff 357, **402-404**

- Arten von Klienten 405-416

- K. als Träger des Beurkundungsanspruchs 417-434

Kognition

- bundesgerichtliche, in Beurkundungsfragen 39 f.

Kollektivgesellschaft

- mehrere UP als K. 575,661, 3465

- Beteiligung an K. als Ausstandsgrund 1656

Komparent s. Erschienene

Konkubinat als Ausstandsgrund 1644

Konkurrenz

- bundes- und kantonrechtlicher Beurkundungsnormen 28, 29

Konnexe Verträge

- Begriff 1368 f.

- Deklarationspflicht (Verweispflicht) bezüglich k.V. 278, 1391, 1402, **2527-2531**

- keine Beurkundungsbedürftigkeit **2507 ff.**

- Schutz vor Unbedacht bezüglich k.V. 292

- Darstellung in getrennter Urkunde 2088

Konsens

- nicht beurkundbar aufgrund übereinstimmender fernschriftlicher Erklärungen 1865

Kontradiktorische Wahrheitsfindung

- Gegensatz zur notariellen Wahrheitsfindung 825, 1099 ff., 1609 f., 1619 f.

- unzulässige Beurkundung im Hinblick auf k.W. 2686-2688, 2718 f., 3261

- Wirkung nur inter partes 2719

Kontrahent s. Sachbeteiligte

Kontrolle, notarielle

s. Kontrollieren, Kontrollpflichten

Kontrollieren

- als notarielle Tätigkeit: Begriff 154 Fn. 134, **164 f.**

- Verfahrenskontrolle als Zweck der öffentlichen Beurkundung bei den Protokollierungen 112, 129-132, 186, **283 f.**

Kontrollpflichten der UP

- betr. wirklicher Wille der Erklärenden 1672, 1714 ff.
- betr. vorformulierter Texte Dritter 1836 ff.
- betr. Kenntnisnahme des Urkundeninhaltes durch die Erschienenen 1911 ff.
- betr. Urkundenbeilagen 1969 ff.
- betr. Übersetzungsarbeit des Dolmetschers 1985
- keine K. betreffend Wohnort der Erschienenen 2135
- s. Ermittlung, Ermittlungspflicht

Kontrollvermerk

- Begriff, Verfahren 292 ff., 3223 ff.
- Arten von Kontrollvermerken 3426-3438
- Beglaubigung manueller Abschriften 3426 ff.
- Beglaubigung von Auszügen 3427
- Konformität von Statuten 3428 ff.
- Beglaubigung von Übersetzungen 3431 ff.
- Klientenstellung bei K. 409
- Klientenidentifikation nicht erforderlich 948 Fn. 197
- Verbindung mehrerer Blätter mit Schnur und Siegel 1351

Konventionalstrafe

- beim Grundstückkauf, Beurkundungsbedürftigkeit 2517

Kopien aus öffentlichen Urkunden

- Anspruch auf Erhalt einer K. 1150

Kopienbeglaubigung

- Gegenstand, Voraussetzungen, Inhalt des notariellen Zeugnisses 3388-3402
- keine Ausstandspflicht 3384
- keine Klientenidentifikation erforderlich 948 Fn. 198, 3233

Korrektur

- inhaltsändernde und berichtigende K. 1307-1314
- inhaltsändernde K. nur während der Beurkundung 1320-1325, 1919
- berichtigende K. auch noch später 1326 f.
- Korrekturkompetenz 1321
- Datierung der K. 1328 f.
- K. bei Sachbeurkundungen 1330
- K. muss erkennbar bleiben 1315 f.
- Auswechseln von Seiten 1317-1319

Korrekturkompetenz 1321

Kostenerlass

- im Beurkundungsverfahren 556
- Verzicht auf Kostenvorschuss aus sozialen Gründen 592

Kostengünstigkeit

- Amtspflicht zu kostengünstiger Gestaltung 915-918

Kostenvorschuss

- notarielle Befugnis zur Erhebung eines K. 592

Kugelschreiber s. Schreibmittel

Kundenfang s. Reklameverbot für UP

L

Legalisation

s. Unterschriftsbeglaubigung; Kopienbeglaubigung; Abschriftenbeglaubigung; Übersetzungsbeglaubigung; Auszug, notarieller

Lehrtätigkeit

- vereinbar mit Beurkundungstätigkeit 3478

Leihen der Unterschrift 809-815

Leseunfähige

- s. Blinde, Analphabet

Lesung (im Beurkundungsvorgang)

- Sinn und Zweck 1890 ff.
- Umfang der Lesungspflicht 1900 ff.
- notarielle Vorlesung 1905 f.
- stille Selbstlesung 1907 ff.
- Geschwindigkeit und Kontrolle 1911 ff.

letztwillige Verfügung

s. Verfügung, letztwillige

Leumund s. Berufszulassung

lex loci actus s. locus regit actum

Liegenschaftsvermittlung durch UP 3482

- s. Unvereinbarkeitsgründe

Liegenschaftsverträge

- s. Grundstückkauf, Grundstücktausch, Grundpfand

Liegenschaftsverwaltung

- als zulässige Nebenbeschäftigung der UP 3481

Liquidation der Aktiengesellschaft

- Sachbeurkundung, dass Schuldenruf erfolgt ist 188, 3096, 3103, 3109, 3212

Liquidationsmasse bei Nachlassvertrag

- notarieller Ausstand bei Nahestehen 790 Fn.99

locus regit actum

- anwendbares Verfahrensrecht 717 ff., 733 ff.
- Nichtanerkennung auswärtiger Urkunden 1492 Fn. 11
- auswärtige Nichtanerkennung hiesiger Urkunden 1902

Losziehung

- als Beurkundungsgegenstand 51
- gewillkürte Beurkundung 1207
- Veranstaltungsteilnehmer 467
- L. ist Angelegenheit des Veranstalters 2754
- notarielle Belehrung und Veranstaltungsleitung 2743
- notarielle Kontrollpflichten 3046 ff.

Lotterie s. Losziehung

Lücke

- im geschriebenen Text, Pflicht zur Vermeidung 1342

- inhaltliche Lückenhaftigkeit der Urkunde 1548 ff., 2500 Fn. 131, 2535
- beim Grundstückbesrieb 2289 Fn. 148
- beim Ehevertrag 2365
- Unterschriftsbeglaubigung unter lückenhaftem Text 3257-3259
- s. Auslassung

M

Mangelhafte Beurkundung

s. Beurkundungsmängel

Mangelhafte notarielle Belehrung

- Haftung der UP 656

Maximalanforderungen

- bundesrechtliche 19 f.

Maximalanforderungen,

bundesrechtliche 19 ff.

Mehrere Bogen oder Blätter

s. Verbindung mehrerer Blätter

Mehrheit von Urkunden für ein zusammengehörendes Geschäft

- bei individuellen Erklärungen 2086-2090
- bei Protokollen 2902-2906

Meldepflicht der UP

- Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit 481 Fn. 2
- Ausfluss der notariellen Pflicht zur staatlichen Interessewahrung 1132
- fiskalische 1132, **1182-1185**
- Pflicht zur Anzeige strafbarer Handlungen 1184 ff.

Mengenangaben s. Zahlen

Mietvertrag

- Übergang auf dem Grundstückserwerber als Gegenstand der Belehrungspflicht 2485
- Erwähnung in der Urkunde 2547
- Unterschriftsbeglaubigung auf M. 413 Fn. 41, 832, 3356
- kein Ausstandsgrund für die UP 1646

Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung

- bundesrechtliche 5, 8 ff.

Minute s. Urschrift

Mitarbeiter der UP

s. Hilfspersonen, Associé

Mitteilungspflicht

- s. Meldepflicht

Modale Amtspflichten

- Begriff 834

Moderation s. Tarifierung

Mündliche Bevollmächtigung s. Vollmacht

Musterurkunden

- Sammlungen von Musterurkunden 1708 Fn. 60

Mutation s. Grenzverschiebung

N

Nachbeurkundung

- Begriff, Abgrenzung zur Nachtragsbeurkundung 1323 Fn. 79
- N. zur Ersichtlichmachung von Kontrollhandlungen 1606-1608
- N. eines vergessenen Beurkundungsvermerks 2234 f.
- Vorbehalt der N. bei grundbuchlichen Pendenzen 2553 Fn. 216
- unzulässige Integration der N. in die Ausfertigung der früheren Urschrift 232 Fn. 166

Nachdatierung

- der öffentlichen Urkunde 1253

Nachrückungsrecht beim Grundpfand

- Gegenstand notarieller Belehrung 1740

Nachträgliche Protokollierung 95-96

Nachtragsbeurkundung

- Begriff, Abgrenzung zur Nachbeurkundung 1323 Fn. 79
- bei noch ausstehender Grundstücksvermessung 1398 Fn. 129

Nachverfahren, Begriff 16

Nachwährschaft s. Gewährleistung

Nahestehende Person (Ausstandsgrund)

- bei individuellen Erklärungen 1640-1662
- bei Protokollierungen 2761-2774
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3101-3111
- bei Unterschriftsbeglaubigung 3296-3302
- kein Nahestehen bei Herstellungs- und Kontrollvermerken 3233, 3382-3387

Namensangabe in der Urkunde

- der UP 1227-1236
- der Erklärenden und der Sachbeteiligten 2124 ff.
- des Auftraggebers beim Wechselprotest 2917
- bei Versammlungsprotokollen 2926 c, d
- Erfordernis bei Beurkundung bestehender Tatsachen? 3093 ff.

Nebenberufliche Tätigkeit der UP

- Begriff 347
- Unparteilichkeitspflicht in der n.T. 349
- Abgrenzung zu den Nebenleistungen 501
- Haftung aus n.T. 599
- Beratung als n.T. 1799
- Aufsicht 3536
- Disziplinarrecht 3541

Nebenform der letztwilligen Verfügung

s. Verfügung, letztwillige

Nebenleistungen, notarielle

- Begriff, Amtspflichten bei der Erbringung 495-508

Nebenperson

- Begriff 373 Fn. 15
- Ausstandsregeln für N. 386 Fn. 28
- öffentlich- rechtliche Verfahrensstellung 538 Fn. 32
- Erfordernis ihrer Identifikation 954 Fn. 200

Nebentätigkeit der UP

- nebenberufliche Tätigkeit, Unvereinbarkeitsgründe

Negativbescheinigung

s. Negativbeurkundungen

Negativbeurkundungen

- "Keine Familienwohnung" 3083, 3095, 3103, **3195-3206**
- "Keine ausländische Beherrschung" 3083, 3094, 3103, **3207-3211**

Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde

- begriffliche Abgrenzung zur Ungültigkeit des beurkundeten Geschäfts 1480-1487
- wegen Verletzung beurkundungsrechtlicher Normen 1488 ff.
- Nichtentstehungsgründe, Katalog 1507-1518

Nichtigkeit s. Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde, Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes

Nichtigkeitsgründe

- kantonale, "oberhalb" bundesrechtlicher Mindestanforderungen? 30-38

Normenkonkurrenz

- zwischen Bundes- und kantonalem Beurkundungsrecht 28 ff.

Notar

- Begriff, Gegensatz zum Begriff der UP 181 ff.

Notar- Stellvertreter

- zulässige Verweisung der Klientschaft an N. 870
- Funktionsbezeichnung in der Urkunde 1227

Notariatsexamen

- Wünschbarkeit eines Examens in allen Kantonen 3452
- verbindliche Umschreibung des Examensstoffes 3452 Fn. 60

Notariatspraktikum 3452

Notariatsrecht

- Begriff 183 ff.

Notariatssiegel s. Siegel

Notarielle Tätigkeiten 154 ff.

Notarunterschrift

- Erfordernis 1258-1263

Notarwahl, freie

- nur bei freiberuflichem Notariat 339ff.
- als generelle Rekusationsbefugnis 771
- und Beurkundungspflicht 835, 838
- missbräuchliche Ausübung 846, 859, 868-870
- Unzulässigkeit der vertraglichen Beschränkung der N. 835 Fn. 127

- Verhältnis zu den Ausstandsregeln 1643, 1646, 1650, 1664
- bei der Erbgangsbeurkundung 3097f.

Notprotokoll 2895, 3018

numerus clausus für Notare

- und Eintretenspflicht 843
- und Unvereinbarkeitsgründe 3479 Fn. 82

Nutzlose Urkunde 745, 863, 2980

O

Oblatensiegel 1350-1354

Öffentlich beurkunden

- Begriff 76 ff.

Öffentlicher Glaube

- Geltungsgrund und Umfang 294 ff.
- nur für persönliche Zeugnisse 300
- des notariellen Zeugnisses 302
- privater Erklärungen 303
- bei Überzeugungsbeurkundungen 332 ff.

Öffentliche Beurkundung

- Begriff 76 ff.

Opportunitätsprinzip

- im Disziplinarwesen 3539

OR s. Bundeszivilrecht als ergänzendes kantonales Recht

Ordentliches Verfahren

- als begrifflicher Gegensatz zu den ausserordentlichen Verfahren 2005, 2006, 2021

Ordnungsnummer 1451 Fn. 22

Ordnungsvorschriften

- Katalog unschädlicher Ordnungswidrigkeiten 1237 Fn. 10, 1249 Fn. 19, 1249 Fn. 20, 1273, 1275, 1277, 1293 Fn. 57, 1298 ff., 1302, 1348, 1495, 1516 Fn. 31, 1558, 1556-1592, 1642 ff., 2034 Fn. 305, 2047, 2072, 2154, 2180, 2191 Fn. 84, 2210 f., 2242 Fn. 124, 2563, 2603, 2632, 2925, 2984, 3113 Fn. 30, 3154 Fn. 53

Ordnungswidrigkeit

- s. Ordnungsvorschrift

Organ s. juristische Person

Organisation des Beurkundungswesens

- Amtsnotariat und freiberufliches Notariat 3446 f.
- s. Berufszulassung; Ort der Beurkundung s. Beurkundungsort

Orthographiefehler s. Korrektur

Örtliche Zuständigkeit

- s. Zuständigkeit der UP

P

Pachtvertrag

- Übergang auf den Grundstückserwerber als Gegenstand der Belehrungspflicht 2485

Papier

- Anforderungen an das P. öffentlicher Urkunden 1275, 1331-1333, 1343
- Pflicht zur Verwendung besteuerten Papiers 1590

Partei

- s. Erschienene, Sachbeteiligte, Urkundspartei

Parteiunterschrift bei Erklärungsbeurkundungen

- Erforderlichkeit, Positionierung in der Urkunde 2238 ff.

Parteivertretung durch UP, unzulässige

- im Beurkundungsverfahren 781 ff.
- im Rechtsstreit um die öffentliche Urkunde 902 ff.

Partner der UP s. Associé

Partnerschaft

- als Ausstandsgrund s. Nahestehende Person

Patent s. Befähigungsausweis

Personalangaben in öffentlichen Urkunden

- betreffend die UP 1227-1236
- betreffend natürliche Personen 2124-2126
- betreffend juristische Personen 2127 ff., 2158-2169
- bei Versammlungsprotokollen 2802 ff., 2819
- bei vorbereiteter Protokollierung 2916

Personalien der UP

- Angabe in der Urkunde 1227

Personalstatut der juristischen Person

- Angabe in der Urkunde nicht erforderlich 2137

Personen

- beurkundende 196 ff.

Personen im Ausland

s. Negativbeurkundung

Persönlich bekannt

- Inhalt des Zeugnisses 958-963, 982 f.

Pfandrecht, gesetzliches

s. Gesetzliche Pfandrechte

Pflegeverhältnis als Ausstandsgrund

s. Nahestehende Person

Pflichtenkollision

- Pflicht zu deren Vermeidung 1187 ff.

Pflichtteilsverletzung

- Beurkundung ist zulässig 830 Fn. 124, 1125
- Beurkundungspflicht 2354 Fn. 31
- Belehrungspflicht 1746 Fn. 89

Politisches Amt

- Unvereinbarkeit 3460, 3470, 3478

Praktikum

- als Voraussetzung des Fähigkeitsausweises 3452

Prämienobligation, Ziehung 3048

Private Belange der UP als Ausstandsgrund

- allgemeines 863, **780-786**
- bei individuellen Erklärungen 1628, **1630-1632**
- bei Protokollierungen **2739-2745**, 2793-2797
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3101 ff.
- bei der Unterschriftsbeglaubigung 3232, **3294-3302**, 3333
- bei der Beglaubigung von Firmenunterschriften 3360 f.
- Handeln in privaten Belangen als Nichtigkeitsgrund 1507 Ziff. 4

Prokurist

- Zuständigkeit für Grundstücksgeschäfte,

Prüfung 2481

Protestaufnahme s. Wechselprotest

Protokollbuch s. Register, notarielle

Protokollerklärung, unterschriftsbedürftige

- Begriff 95, 98, 105-111, 2689
- Tatbestände unterschriftsbedürftiger P. 2818
- Erklärungs- Autorschaft der Unterzeichner 205,209
- Redaktionskompetenz der Unterzeichner 2907 ff.
- Unterzeichner sind Klienten 406
- Erfordernis des persönlichen Erscheinens 452
- Identifizierung 209,946,954, 2817, 2916
- Ermittlung der Handlungsfähigkeit 986-993, 2141
- notarielle Belehrung 2844 ff.
- Wahrheitspflicht der Unterzeichner 823
- Datierung: Angabe des Veranstaltungsortes 1238
- Beurkundungsvorgang bei fremdsprachigen Klienten 1294 ff.
- Erfordernis der Unterzeichnung während der Veranstaltung 1552, 1950, 2696, 2896,2934
- Korrekturkompetenz 1321
- Zeugenerklärung als u.P. 2268

Protokollierte Veranstaltung

- Begriff 112-119

Protokollierung 2689-3051 (Kapitel II)

- nachträgliche 95 f.
- vorbereitete 95, 97 ff.
- unterschriftsbedürftige 105 ff.

Protokollnummer der Urkunde 1271 1273, 2248 f.

Protokollunterzeichnung

- notarielle: Ortsangabe 2901, 2936
- durch private Veranstaltungsteilnehmer 2944-2946

- durch AG- Gründer 2967 Fn. 115
- s. Unterzeichnung der Urkunde durch die Erklärenden; Unterzeichnung durch UP

Prüfen

- als notarielle Tätigkeit, Begriff 154, 166 ff.

Prüfung der Notare s. Notariatsexamen

Prüfungspflichten der UP

- Inhalt 1067-1069, 1737
- Umfang bei individuellen Erklärungen 1679-1685
- betr. Ausstandsgründe bei Zeugen 2259
- betr. Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit, Sittenwidrigkeit 826 ff.
- betr. Legitimität der protokollierten Veranstaltung 2915
- betr. Gültigkeit entgegengenommener Testamente 1450 Fn. 21
- s. Ermittlung, Ermittlungspflicht Prüfungsverfahren, Begriff 17

Psychiatrisches Gutachten

- bei Zweifeln an der Urteilsfähigkeit 993
- s. Ärztliches Zeugnis

R

Rangbestätigung s. Interimsbescheinigung

Rasur

- Verbot des Korrigierens durch R. 1315, 1343,
- in Vorlagen zu Fotokopienbeglaubigungen 3393

Rechte Dritter, Verletzung

- durch das zu beurkundende Geschäft 826-832

Rechtsanwalt s. Anwalt

Rechtsbelehrung, notarielle 1798

- formelle 1733, 1735 ff.
- materielle 1733, 1799
- Abgrenzung zur Tatsachenbelehrung 1763 ff.
- Beispiele 1221

Rechtsgeschäfte als Beurkundungsgegenstände 56

Rechtsharmonisierung

- interkantonale im Beurkundungswesen 15 ff.

Rechtsmittel

s. Willkürbeschwerde, Berufung

Rechtspolizeiliche Aufgaben der UP 239 Fn. 170, 481 Fn. 2, 724, 2926 Fn. 94

Rechtssicherheit

- als Zweck der öffentlichen Beurkundung 1504, 2478 Fn. 109
- Beeinträchtigung durch ungewöhnliche kantonale Gültigkeitsvorschriften 32 ff.
- im Bereich der Ausstandsregeln 778
- Beeinträchtigung durch unklare Gültigkeitsvorschriften 1506
- im Disziplinarwesen 3550

Rechtsverhältnis der UP zum Staat

- beim Amtsnotariat 485

- beim freiberuflichen Notariat 486 f.
- bei den Sachbeurkundungen 547-549

Rechtsverhältnis zur Klientschaft u.a.

- beim Amtsnotariat 487 ff.
- beim freiberuflichen Notariat 491 ff.
- bei den Sachbeurkundungen 547-549
- Beginn 509-517
- R. zu den Beurkundungszeugen 539-546

Rechtsverweigerung durch UP

s. Beurkundungspflicht

Rechtsverzögerung durch UP

s. Säumnis, notarielle

Rechtswidrigkeit

- des zu beurkundenden Geschäfts 826-832
- s. Ablehnungspflicht

Redaktionelle Änderungen

- Delegation der Kompetenz an UP 2959-2962

Redaktionelle Gestaltung

- der Erklärungsurkunde 2091-2103

Redaktionsschluss

- Prinzip des R. für Urkundenbeilagen 1417, 2951

Reduzierte Gebühr

s. Entschädigungsanspruch der UP

Register, notarielle 1271-1273, 1473 f.

Reklame

- Beurkundung als R. für die Klienten:
- Ablehnungspflicht der UP 861, 1212 f., 2710 d, 3082, 3281
- jedoch zulässige Mitwirkung bei Losziehungen 3047

Reklameverbot für UP 3047, 3488, 3505, 3511

Rekognition

- Bedeutung 1892 ff.
- Kritik des Begriffs 1943 ff.
- Unverzichtbarkeit der R. bei individuellen Erklärungen 1887
- Form der R. bei letztwilligen Geschäften 2408

Rekusation

- freie Notarwahl als voraussetzungslose Rekusationsbefugnis der Klientschaft 771,869

Religionsfreiheit der UP 19 Fn. 33

Retention von Urkunden und Akten

als Inkassomassnahme 593-598

Reugeld

- beim Grundstückkauf, Beurkundungsbedürftigkeit 2517

Rogation s. Beurkundungsbegehren

Rogations-Legitimation

s. Beurkundungsanspruch

Rollenwechsel, unzulässiger, von Anwalts- zu Notariatstätigkeit

- Verletzung der Unparteilichkeitspflicht 1822

Rückzug

- des Beurkundungsbegehrens
- jederzeit möglich 1860 Fn. 170, 1861-1864
- s. auch Beurkundungsbegehren der Grundbuchanmeldung 2582 ff.
- s. auch Interimsbescheinigung

Sachbeteiligte

- Begriff 357
- S. bei individuellen Erklärungen 435 ff.
- Ungenügender Schutz der S.n vor Unbedacht bei Stellvertretung im Beurkundungsverfahren 281
- Wahrheitspflicht 369, 1104 ff., 2526
- Klarstellung der S.- Eigenschaft in der Urkunde 1543 ff., 2122 ff., 2149, 2158
- Angabe des Zivilstands in der Urkunde nur betreffend 5. 2125
- s. auch Klientschaft

Sachbeurkundung

- Begriff 49 ff. - Beurkundung von Vorgängen s. Protokollierung
- Beurkundung bestehender Tatsachen s. bestehende Tatsache

Sacheinlagevertrag

- Formulierung des S. als notarielle Nebenleistung 495 b
- S. als Gegenstand notarieller Prüfung und Belehrung 2785, 2980, 2985
- örtliche Beurkundungszuständigkeit bei Grundstücken 2985 f.
- notarieller Ausstand bei Sacheinlagegründung 2751

Sachübernahme s. Sacheinlagevertrag

Sachverständige

- Begriff, Funktion, erforderliche Qualifikationen 396-399
- für ausländisches Recht 395
- s. Taubstummenübersetzer

Säumnis, notarielle

- als Verletzung der Erledigungspflicht 925
- Haftung wegen notarieller S. 627 f., 645 ff., 664, 925-931, 3541 Fn. 115

Schadenersatz s. Haftung der UP

Schätzer bei Inventur

- verfahrensrechtliche Rechtsstellung 373 Fn. 15, 396 ff., 538 Fn. 32, 3166 Fn. 67
- s. Nebenperson

Schlussverbal s. Beurkundungsvermerk

Schrankfach, derelinquiertes s. Banksafe

Schreibbehinderte s. Schreibunfähige

Schreibfähigkeit

- begrifflicher Gegensatz zur Unterzeichnungsfähigkeit 2008-2011, 2016

Schreibfehler

- unschädlich für die Gültigkeit 1576 ff.
- s. Korrektur

Schreibmittel

- für die öffentliche Urkunde 1335-1346, 1590
- für die zu beglaubigende Unterschrift 3264

Schreibpapier s. Papier

Schreibunfähige

- Begriff 2008 f.
- Zeugenerklärung bei Mitwirkung von Zeugen 2039
- Verfahren gemäss Art. 15 OR 20-24, 3355
- s. auch Analphabet

Schriftliche Abstimmung 2926 e

Schriftliche Beschlussfassung

s. Zirkularbeschluss

Schuld s. Verschulden der UP

Schuldbrief

- Errichtung ohne Anwesenheit des Gläubigers 2604-2610
- Zustellung des Titels 1445
- notarielle Zurückbehaltung 598
- keine Belehrungspflicht gegenüber Gläubiger 1725 Fn. 69

Schuldenruf, erfolgter

- als Gegenstand einer Sachbeurkundung 188, 3096, 3103, 3109, **3212**

Schuldschein

- Entkräftung (Art. 90 OR) 2626 ff.

Schutz vor Unbedacht

- als Zweck öffentlicher Beurkundung 258 ff.
- als Ausfluss der Interessenwahrungspflicht 886-894

Schwägerschaft s. Nahestehende Person

Schweigepflicht

- s. Amts- und Berufsgeheimnis

Schweizer Bürgerrecht s. Bürgerrecht

Sehbehinderte s. Blinde

Selbstkontrahieren

- im Beurkundungsverfahren unzulässig? 446

Sicherheitsleistung

s. Amtskautions der UP

Siegel

- S. als Amtssymbol 3484
- S. als Identifikationshilfe 34, 1229-1236
- Positionierung stets neben Notarunterschrift 1264 ff., **1269**, 2256
- Positionierung hinter sämtlichen beurkundungsbedürftigen Textteilen 735 Fn. 63
- Positionierung bei Zeugenprotokollen 2417

- Bedeutung 703 Fn. 23, 1266, 1269, 3484 ff.
- Anforderungen an Gestalt und Inhalt 3485-3488
- Amtsstempel rechtlich gleichbedeutend wie S. 1265, 1267
- Verbindung der Schnurenden durch das Siegel 1265, 1275, 1348, **1350-1354**, 2278 ff.
- fehlendes S. als Haftungstatbestand 622 f.
- fehlendes S. ist kein Nichtigkeitsgrund 1591 f., 1961 Fn. 250

Siegelung der Urkunde

- als notwendiger Teil des Beurkundungsverfahrens 146,368, **1264 ff.**, 2082 ff., 2891 ff.
- notwendig nur bei Zirkulationsurkunden 1266, 1434, 2901
- bei Beurkundung durch mehrere Notare 362 Fn. 10
- S. ist hoheitliches Handeln 548, **703**
- S. durch Hilfsperson zulässig 871, 1421, 3018
- unzulässige S. nicht öffentlicher Urkunden 1204
- S. mehrseitiger Urkunden 1265, 1275, 1348, **1350-1354**
- Zeitpunkt der S. im Verfahren 1853, 2234
- keine S. von Interimsbescheinigungen 2623

Simulation

- als Verletzung der Wahrheitspflicht 275

Simultanbeurkundung

s. Simultanverfahren

Simultangründung

- der Aktiengesellschaft 2818 Fn. 53

Simultanübersetzung

- durch UP während des Beurkundungsvorgangs 1294 ff., 1991, 2494 ff.
- Ersichtlichmachung im Beurkundungsvermerk 1298
- Inhalt der Dolmetschererklärung bei S. 2262 ff.

Simultanverfahren

- Begriff 2062 f.
- s. Einheit des Aktes

Sittenwidrigkeit

- des zu beurkundenden Geschäfts 826-832

Solidarhaftung

- mehrerer Klienten für Notariatsgebühr 579 ff.
- keine S. mehrerer UP; s. Associé

Sorgfalt s. Ermittlungspflicht

Sozialtarif

s. Entschädigungsanspruch der UP

Spekulation

- als unzulässige notarielle Nebenbeschäftigung 3482 Fn. 84

Sprache s. Urkundensprache, Fremdsprachige Beurkundungsteilnehmer, Fremdsprachige Beurkundung

Sprachschwierigkeiten s. Fremdsprachige

Staatliche Interessen, Pflicht zur Wahrung

- s. Interessewahrungspflicht

Standespflichten s. Berufspflichten

Statutenänderung s. Aktiengesellschaft

Steigerung s. Versteigerung

Stellvertreter im Beurkundungsverfahren

- S. als "Erschienene" 357, **449-456**
- Gegensatz zu den Sachbeteiligten 437, **443-448**
- Ablehnung des Begriffs der "Urkundspartei" für S. 357 Fn. 4
- Ausstand: Beurkundung individueller Erklärungen ist auch Angelegenheit der s. 788 ff., 1633
- S. muss urteilsfähig sein 445, 1012
- Ermittlung der Vertretungsmacht des S. 1030-1055
- Entgegennahme der Instruktion von S. 1647, 1671 ff.
- keine Identitätskontrolle der Sachbeteiligten 957
- keine Handlungsfähigkeitskontrolle der Sachbeteiligten 987 ff.
- mündliche Bevollmächtigung 1095
- kein Selbstkontrahieren, keine Doppelvertretung 446
- keine Stellvertretung bei Ehevertrag 2338, 2360-2364
- keine Stellvertretung der letztwillig Handelnden 2338, 2391, 2398
- keine Stellvertretung im Verwaltungsrat 2995
- Falschbeurkundung durch falsch instruierten Stellvertreter 1112
- Ungenügender Schutz der Sachbeteiligten vor Unbedacht bei Stellvertretung im Beurkundungsverfahren 280 f.
- genaue Bezeichnung der S. als solche 1537, 1543 ff., 2122, 2149-2157
- Stiftungserrichtung: Stellvertretung zulässig 2303 ff.
- s. Vollmacht, Notar- Stellvertreter, Vertretung der UP

Stempel s. Siegel

Steuern s. Belehrung, Beratung, Grundstückgewinnsteuer, Handänderungssteuer

Stiftung

- Errichtung, Natur des Errichtungsaktes 2300 ff.
- Stellvertretung zulässig 2303 ff.
- juristische Person als Stifterin 2304
- Errichtung nicht durch Erbvertrag 2305
- Widmung von Grundstücken 2306 f.
- notarielle Kontroll- und Belehrungspflicht 2308-2319
- Gestaltung der Stiftungsurkunde 2320 ff.
- Änderung der Stiftungsurkunde 2327 ff.
- Fusion von Stiftungen 2334 ff.

Stiftungsurkunde s. Stiftung

Stockwerkeigentum

- Begründung 2624 f.
- Reglement als Urkundenbeilage? 1372-1374
- Baubeschrieb als Urkundenbeilage? 1380 Fn. 115, 2549, 2561
- notarielle Protokollierung der S.- Versammlung 1513
- ist Angelegenheit aller Stockwerkeigentümer 2758
- Unterhaltsfonds, Beiträge 2533

Strafanzeige

- notarielle Pflicht zur S. 1131, **1184-1186**

Streitigkeiten

- über Entschädigungsforderungen der UP s. Entschädigungsanspruch für Beurkundungsleistungen
- über vermögensrechtliche Haftung der UP s. Haftung der UP

Stumme

- als Verfahrensteilnehmer
- s. Sprechbehinderte

Sukzessivbeurkundung

- s. Sukzessivverfahren

Sukzessivverfahren

- Begriff 2063
- rechtliche Bedeutung der sukzessiven Erklärungsabgaben 1862 f.
- Voraussetzungen der Zulässigkeit 2064-2067
- unzulässig für Ehe-, Erb- und Verpfändungsvertrag 2073 f., 2361
- unzulässig für Versammlungsprotokolle 2890,2972
- Verfahrensregeln 2068 ff.
- Datierung 1245, 1254, 2069

Suspendierung der Beurkundungsbefugnis 3502

T

Tarif

- T. ist Gebühr oder Gemengsteuer 3512-3515
- Angemessenheit kantonaler Tarife, Kriterien 2325 Fn. 3, 2341 Fn. 23, 3426 Fn. 85, **3516-3529**
- blosser Orientierungshilfe bei privatrechtlicher Tätigkeit 555

Tarifierung

- Zuständigkeit 584, 590, 591

Tarifstruktur, Kriterien 554 Fn. 40, 3516-3529

Tatbestände

- als Beurkundungsgegenstände, Begriffliches 65 ff.

Tatbestandsfeststellung

- Beurkundung von T. s. Bestehende Tatsachen

Tätigkeiten

- notarielle 154 ff.
- s. Hauptberufliche Tätigkeit, Nebenberufliche Tätigkeit, Nebenleistungen

Tatsachenbelehrung, notarielle

- Abgrenzung zur Rechtsbelehrung 1763 ff.

Taube

- Verfahren mit Tauben **1995-2006**
- letztwillige Verfügung eines Tauben 2405
- anderes Verfahren als für Blinde 2004 f.
- notarielle Verständigung mit Tauben 373
- Anforderungen an den Beurkundungsvermerk 2216

Taubstumme

- als Erklärende 1995-2006
- Gestaltung des Beurkundungsvermerks 2216

Taubstummen-Dolmetscher

s. Taubstummenübersetzer

Taubstummenübersetzer

- Rechtsstellung, öffentlichrechtliche 531-538, 2001 ff.
- T. als "Nebenpersonen" 373, 396
- T. als "Sachverständiger" 1999 Fn. 284
- T. kann gleichzeitig Beurkundungszeuge sein 394, 2004

Tausch s. Grundstücktausch

Tel-quel-Klausel

- beim Grundstückkauf 893, 2493-2497
- subjektiv wesentlich 2505

Testament s. Verfügung, letztwillige

Testamentenregister, zentrales des SNV 1452

Testierfähigkeit

- Begriff der T. 2421 f.
- notarielle Kontrolle 989
- Bezeugung durch Ärzte und Pfleger 2420

Tinte s. Schreibmittel

Tourismus s. Beurkundungs-Tourismus

Traktandierung

- Auslegung der Traktandenliste 3011-3014

Treu und Glauben

- notarielle Pflicht zur Wahrung von T. 500 ff., 525, 834, 1102, **1119-1127**, 1216, 1220
- beim Grundstückkauf 2573

U

Überbelastung der UP

- als Grund zur Befreiung von der Beurkundungspflicht 845

Übereilungsschutz

- als Zweck öffentlicher Beurkundung 258 ff.

Überschrift der öffentlichen Urkunde

- als Erklärungsinhalt 18~5, 1900 Fn. 197
- Anforderungen an die U. 2106-2112
- bei Grundstücksgeschäften 2536
- bei Protokollen 2911 f.
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 3127
- bei Vermerkbeurkundungen 3217, 3339

Übersetzung, mündliche

- während des Beurkundungsvorgangs s. Simultanübersetzung

Übersetzungsbeglaubigung

- Voraussetzungen, Prüfungspflicht 3431-3438

- Identifikation des Ausgangstextes 3432
- Keine Klientenidentifikation erforderlich 948 Fn. 198, 3233
- Inhalt des notariellen Zeugnisses 3236-3238
- Verbindung mehrerer Seiten mit Schnur und Siegel 3245
- Ausstandsregeln bei U. 3382-3387
- innerhalb der zweisprachigen Urkunde 1293
- Ü. als Herstellungsvermerk 3226
- Ü. als Kontrollvermerk 3228

Übertragung von Grundeigentum

s. Grundstückskauf

Überzeugungsbeurkundung 133 ff.

Unfertige Urkunde

- Begriff, Rechtslage 1418-1426
- Ungeschriebenes Bundes-Beurkundungsrecht 24 f.

Ungewöhnlichkeitsbelehrung 1753 ff.,

Ungültigkeit des beurkundeten Geschäftes

- begriffliche Abgrenzung von der Nichtentstehung der öffentlichen Urkunde 1480-1487
- Katalog der Ungültigkeitsgründe 1519-1555

unitas actus s. Einheit des Aktes (im Beurkundungsverfahren)

Universitätsprofessur

- vereinbar mit Beurkundungstätigkeit 3478

Universitätsstudium

s. Akademische Ausbildung

Unkosten s. Auslagenersatz

Unmöglichkeit

- des zu beurkundenden Geschäfts 826-832

Unmündige als Erklärende 1005-1011, 2143 ff.

- beim Ehevertrag 107, 2338, **2362, 2369**
- nicht beim Erbvertrag 2338
- bei der letztwilligen Verfügung 1014, 2399 ff.

Unnütze Urkunde 745, 863, 2980

Unparteilichkeitspflicht

- Ausfluss der Interessewahrungspflicht 883
- Problematik der Normierung und Durchsetzung der U. 895 ff.
- U. verlangt nicht "gerechten" Kaufpreis 884
- U. verlangt klaren Hinweis bei einseitigen Gestaltungen 1770
- konkretisierende Grundsätze 900-907
- U. bei der Vorbereitung 1627, 1987, 1996, 2462-2465
- keine geheime Parteiinstruktion 1690 ff.
- U. bei der Belehrung 896, 1777
- U. bei der Beratung 503, 757, 803, 1820 ff.
- U. bei der Formulierung 1840 ff.
- U. beim Vollzug des Geschäftes 1225
- U. bei der nebenberuflichen Tätigkeit 349
- Rollenwechsel von Anwalts- zu Beurkundungstätigkeit als Verletzung der U. 1822

- keine Gefahr der Parteilichkeit bei Protokollierungen 812
- U. bei der Beurkundung bestehender Tatsachen 3412
- Haftung wegen Verletzung der U. 634
- U. des Dolmetschers 533 ff.

unrichtige Beurkundung

- des Grundstückpreises
- bewirkt Ungültigkeit des Geschäftes 1482 Fn. 1 **1546 ff., 2499**
- durch Nachtragsbeurkundung 2289
- s. Falschbeurkundung

Unteilbarkeit des notariellen Wissens

s. Einheit des notariellen Wissens

Unterbrechungen des Beurkundungsvorganges

- schädliche 2054 ff.
- unschädliche 2058 ff.
- s. Einheit des Beurkundungsvorganges

Unterschrift in öffentlichen Urkunden

- der UP s. Notarunterschrift
- der Erschienenen bei individuellen Erklärungen s. Parteiunterschrift; Zeugenerklärung; Dolmetschererklärung
- des Vorsitzenden und anderer Privater bei Protokollen s. Protokollunterzeichnung
- Gestalt: Abkürzungen zulässig 3147

Unterschriftsbedürftige Protokollerklärung 95

Unterschriftsbedürftige Protokollierung 105 ff.

Unterschriftsbeglaubigung

- Unterschied zur Beurkundung; 10
- Inhalt des notariellen Zeugnisses bei der U. 138, 954 Fn. 203, 3061, **3222**, 3245 f., **3248**, 3352 f.
- Beurkundungspflicht, jederzeit unverzüglich zu beglaubigen 919,926
- Beurkundungsvoraussetzungen **3247-3302**
- Ausstandsregeln 3294-3302
- Befangenheitsrisiko nur bei Fernbeglaubigung 765
- Sachverhaltsermittlung **3303-3336**
- Identitätsfeststellung im Abwesenheitsverfahren 3315
- Dispens von unmittelbarer Wahrnehmung bei Identitätsfeststellung ("persönlich bekannt") 962,982, 1574, 2176 f.
- Summarische Würdigung des gesamten Dokumentes 3283, **3333-3336**
- Gestaltung und Inhalt des Beglaubigungsvermerks **3337-3349**
- als Wahrnehmungs- oder als Überzeugungsbeurkundung 138
- Fernbeglaubigung (Abwesenheitsverfahren) 3263, 3266, 3270-3274, 3285, 3297, 3302,3317,3324-3328
- Fernbeglaubigung, verminderte Gewissheit 334
- nur Unterzeichner ist Klient 413 f.
- Entschädigungsanspruch 571
- U. auf Vollmachten, Bedeutung für die Erklärungsurkunde 1042 ff., 1047
- U. für anglo- amerikanischen Raum ("duly sworn") 733 Fn. 58, 1077, 2676, **3350 f.**
- absolute Wahrheitspflicht der UP betr. persönliches Erscheinen 1086
- Vermeidung falschen Anscheins bei der U. 1201-1211
- Ablehnung der U. auf Dokumenten mit rechts- oder sittenwidrigem Inhalt 832 Fn. 125

- U. von Blankunterschriften 3248 Fn. 15, 3256
- Fernbeglaubigung auch aufgrund auswärtiger Ermittlung 1240
- Datierung der U. 1248, 1259, 3238
- Schnürung und Siegelung bei mehrseitigen beglaubigten Dokumenten 1352 f., 3244
- Angabe, wie die Echtheit ermittelt wurde, Bedeutung 1479, 1605
- Gestaltung des Beglaubigungsvermerks 3337-3349
- U. von Firmenunterschriften 3358-3377
- ohne Handelsregistereinsicht 2163 Fn. 71
- Formulierungsermessens als Kriterium der Ausstandsregelung 760

Unterschriftersatz s. Analphabet, Blinde, Unterzeichnungsunfähigkeit

Unterschriftslose Beurkundung

- Unterzeichnungsfähiger 43

Unterwerfungserklärung

s. vollstreckbare öffentliche Urkunde

Unterzeichnung der Urkunde durch die Erklärenden

- als Teil des Beurkundungsvorgangs 1946-1949
- bei der letztwilligen Verfügung 2402 ff.
- grundsätzlich erforderlich bei Unterzeichnungsfähigkeit 220-222, **1524-1529**, 1552-1554, 1950-1953, 2238 ff., 2446 f.
- bei unterschrittsbedürftiger Protokollierung 97, 105-111
- insbesondere Errichtungsakt der AG 2967 Fn. 115
- bei anderen Protokollierungen nicht erforderlich 2944 ff.
- in Abwesenheit der UP 10 ff.

Unterzeichnung durch UP

- als Teil des Beurkundungsvorgangs 1957-1966
- von Protokollen, Pflicht zur Angabe des Unterzeichnungsdatums 2901, 2936

Unterzeichnungsfähigkeit

- begrifflicher Gegensatz zur Schreibfähigkeit 2008-2011, 2016 ff.

Unterzeichnungsunfähige

- letztwillige Verfügung, Verfahren 2423-2435

Unterzeichnungsunfähigkeit

- Begriff 2010 f.
- s. auch Schreibunfähigkeit

Unvereinbarkeitsgründe

- unzulässige Nebenbeschäftigungen der UP 3475-3483

Urabstimmung

- nicht notariell protokollierbar 2890, 3064-3067

Urkunde

- redaktionelle Gestaltung bei individuellen Erklärungen 2091-2103

Urkundenadressat 223 ff., 474 f.

Urkundenbeilagen s. Beilagen

Urkundenbereinigung s. Bereinigung der Urkunde

Urkundenfälschung

- im Sinne von Art. 317 StGB 1518
- s. Falschbeurkundung

Urkundensprache 1276 ff.

Urkundenstrafrecht

- Verhältnis zur Beurkundungsdogmatik 216

Urkundsbefugnis

- s. Beurkundungsbefugnis

Urkundspartei

- Begriff 357, 438

Urkundsperson

- Begriff, Gegensatz zum Begriff des Notars 181 ff.
- als Erbringerin der notariellen Dienstleistung 361-369

Urkundspflicht s. Beurkundungspflicht

Urkundsrecht s. Beurkundungsbefugnis

Urschrift

- Gegensatz zur Zirkulationsurkunde 228-238
- Herstellung und Verbleib 1427-1434, 1449 ff.
- Beilagen zur U. 1414-1417
- Siegelung nicht notwendig 1266, 1270, 2277 ff.
- Aushändigung 1433

Urschriftensammlung

- Begriff, Umfang 1461
- s. Aktensammlung

Urschriftensystem

- Verbreitung in den Kantonen 231 f.
- Zweck und Funktionsweise des U. 1431 ff.
- Urschrift ist Staatseigentum 1427

Urteilsfähigkeit der Erklärenden

- unterschiedliche Bedeutung bei individuellen Erklärungen und bei Protokollierungen 87
- Ermittlung der U. 939, 992-1013
- U. wird vermutet 986-990, 995
- Protokollierung notarieller Zweifel in der Urkunde 2142
- Ablehnungspflicht bei ernsthaften Zweifeln 272
- Beurteilung durch Beurkundungszeugen 2028 ff.
- Arztzeugnis bei Zweifeln an der U. 993-999, 1007, 2145 f., 2400, 2420 f.
- erforderliches Mass bei letztwilligen Geschäften 2399 ff., 2422
- Stellvertreter müssen urteilsfähig sein 445

Urteilsfähigkeit des Unterzeichners

- wird durch die Beglaubigung implizit mitbezeugt 3329

Urteilsunfähigkeit der Erklärenden

- ist materiellrechtlicher Mangel des Geschäftes 1555
- s. Urteilsfähigkeit der Erklärenden

Veranstalter

- Begriff 358

Veranstaltung

- protokollierte 112 ff.

Veranstaltungsgebundene Erklärung

- Begriff 86 ff., 94 ff.

Veranstaltungsleiter

- Begriff 358

Veranstaltungsteilnehmer

- Begriff 358

Verantwortlichkeit der UP

- vermögensrechtliche, s. Haftung der UP, vermögensrechtliche
- disziplinarische, s. Disziplinarwesen
- strafrechtliche, s. Falschbeurkundung durch UP

Verbindung mehrerer Blätter (mehrbältrige Urkunde)

- bei Zirkulationsurkunden 1350-1353
- bei Vermerkbeurkundungen 1351
- bei Unterschriftsbeglaubigungen 1352 f.

Verfahrenskontrolle

- als Zweck öffentlicher Beurkundung bei Protokollierungen 283 ff.

Verfügung, letztwillige

- Bundes- und kantonrechtliche Verfahrensnormen 2387
- Aufbewahrung und Widerruf, Beratungspflicht 1449 ff., 2460 f.
- Beurkundungsvorgang bei unterzeichnungsfähigem Testator (Hauptform) 2402-2422
- Beurkundungsvorgang bei unterzeichnungsunfähigem Testator (Nebenform) 2402-2404, 2423-2435
- fremdsprachiger Testator, Verfahren 2448-2453
- handschriftliche Datierung 2454-2459
- notwendige Unterzeichnung bei Unterzeichnungsfähigkeit 2436-2447

Vergütung s. Entschädigungsanspruch für Beurkundungsleistungen

Verhältnismässigkeitsprinzip

- bei den Anforderungen an die notarielle Ermittlungsarbeit 334, 1094, 3113 Fn. 30
- bei Ermittlung der Handlungsfähigkeit 994
- bei Ermittlung des Zivilstands von Bürgen 2644
- bei Protokollierung von Kontrollhandlungen 2170 ff.
- Verletzung durch Versteigerung retinierter Urkunden 598
- Verletzung durch gesetzliches Verbot der Fernbeglaubigung 3292

Verhandlungsfeststellungen

s. Protokollierungen

Verhinderung des Notars

- Vorkehren bei temporärer V. 844

Verjährung

- der Schadenersatzansprüche gegen die UP 603 Fn. 89

Verkäuferpfandrecht

s. Gesetzliche Pfandrechte

Verleihung der Beurkundungsbefugnis

- Begriff 3453 f.
- durch den Kanton 486
- persönliche Voraussetzungen 3455-3457
- Unabhängigkeit der UP 3458 ff.
- unzulässige Nebenbeschäftigungen 3475 ff.

Verletzung bestehender Rechte Dritter

- durch das zu beurkundende Geschäft 826-832

Verlöbnis als Ausstandsgrund 1644

Verlosung s. Losziehung

Vermerkbeurkundungen

(Kapitel 13)

- Begriffe 3213-3228
- Gestaltung bei mehrseitigen Dokumenten 3239 f.

Vermerkform, Begriff 69, 3213-3219

Vermögensverwaltung

- als zulässige notarielle Nebenbeschäftigung 3481 ff.

Verpfründung

- Form, Verfahrensregeln 2659 f.

Versammlungsbeschluss

- als Beurkundungsgegenstand 51
- s. Protokollierungen

Verschulden der UP

- als Haftungsvoraussetzung s. Haftung derUP

Verschwiegenheitspflicht

s. Amts- und Berufsgeheimnis

Versicherungsverträge

- Übergang auf den Grundstückserwerber als Gegenstand der Belehrungspflicht 1748,2485
- nicht beurkundungsbedürftig 1368 ff.

Versteigerung

- als Beurkundungsgegenstand 51, 2709
- notarielle Durchführung der V. 183, 190 ff., 3035-3040
- Träger des Beurkundungsanspruchs bei V. 412
- Anwendung des Notariatstarifs auf V. 561
- gleichzeitige V. von Grundstücken in verschiedenen Kantonen 718

Vertretung der juristischen Person

- Ermittlung der Zeichnungsberechtigung 1015-1029
- Angabe in der Urkunde 2158-2169
- V. bei Versammlungsbeschlüssen 2802 2807
- UP als Vertreterin der juristischen Person 784
- keine Beglaubigung eigener Zeichnungsbefugnis 3295
- s. Juristische Person

Vertretung der UP

- keine stellvertretende Urkundenunterzeichnung 1966
- keine stellvertretende Eidabnahme 2674 Fn. 309

vertretungsfeindliche Rechtsgeschäfte

- s. Ehevertrag; Erbvertrag; Verfügung, letztwillige

Verwahrung s. Aufbewahrung

Verwaltungsrat

- V.mandat als zulässige Nebenbeschäftigung der UP 347 Fn. 242, 3479
- auch bei Immobilien-AG? 3479 Fn. 82
- V.mandat als Ausstandsgrund bei individuellen Erklärungen 803, 1657 ff., 2602 f.
- V.mandat kein Ausstandsgrund bei GV-Protokollierungen 798, 804, 2770 ff.
- aber bei VR- Protokollierungen 2741
- Verwaltungsratsbeschlüsse bei der AG 2995
- Beurkundungsbegehren 2725-2734
- Ausstand bei VR- Mitgliedschaft der UP 2741
- auch für Angestellte dieser UP 2768
- Dissens zwischen den Mitgliedern 117
- Ablehnung der notariellen Protokollierung durch einzelne Mitglieder 1513
- Unterzeichnung durch UP genügt 97 Fn. 92
- keine Stellvertretung im Verwaltungsrat 2995

Verwaltungsratsmandat

- als zulässige Nebenbeschäftigung der UP 3479

Verwandtschaft

- als Ausstandsgrund s. Nahestehende Person

Verweis als Disziplinarmittel

s. Disziplinarwesen

Verweisung

- auf Urkundenbeilagen 1396
- auf konnexe Verträge als Ausfluss der Deklarationspflicht 278, 1391 ff., 1402, **2524-2531**

Verzögerung s. Säumnis, notarielle

Vidimation von Buchauszügen 3412 Fn. 83

Visierung mehrerer Blätter

(mehrblättrige Urkunde) 1348 f.

Vollmacht

- mündliche Erteilung 1035-1037, 1040, 2153
- Hinweis in der Urkunde 1095
- Erfordernis der Unterschriftsbeglaubigung auf V. 1518 Fn. 33,
- bei Verfügungen über Grundstücke 2570
- bei AG- und GmbH- Gründung 2983
- Beifügung der V. zur Erklärungsurkunde 2150
- gefälschte V. 434, 753
- summarische Echtheitsprüfung der V. 1043
- Wegfall des öffentlichen Glaubens 1546

vollstreckbare öffentliche Urkunde

- Unterwerfungserklärung, Vollstreckbarkeitsklausel 2653 ff.
- dem bisherigen internen Recht unbekannt 335 f.

Vollstreckbarkeitsklausel

s. vollstreckbare öffentliche Urkunde

Voraussetzungen der Beurkundung

s. Beurkundungsvoraussetzungen

Vorbereitung der Beurkundung

- bei Individuellen Erklärungen 1668-1850
- bei Protokollierungen 2782 ff.
- ergebnislose, Entschädigung 563
- s. Belehrung, Beratung, Unparteilichkeit

Vordatierung

- der öffentlichen Urkunde 1253

Vorgänge und Zustände

- als Beurkundungsgegenstände 49 ff.
- s. Beurkundung von Vorgängen (Protokollierungen) 2689-3051 (Kapitel 11), Beurkundung bestehender Tatsachen 3052-3212 (Kapitel 12)

Vorgedruckte Formulare

- Urkunde auf vorgedruckte Formulare 1333

Vorkaufsrecht, gesetzliches

- Belehrungspflicht beim Grundstückkauf 2497

Vorlesung

- der Urkunde s. Lesung (im Beurkundungsvorgang)

Vormund

- Ermittlung der Vertretungsmacht 940, 1051-1055
- keine Belegung der Vormundschaft in der Urkunde 2150

Vorname

s. Namensangabe in der Urkunde

Vorprüfung, amtliche

- erleichterte notarielle Belehrungspflicht infolge V. 2311-2333

Vorschlagszuweisung

- von gesetzlicher Regelung abweichende 2345

Vorschuss s. Kostenvorschuss

Vorverfahren

- Begriff 15

Vorvertrag

- Beurkundungsbedürftigkeit 292 Fn. 206, 2503

W

Wahlen

- notarielle Protokollierung von W. 3041 3049

Wahrheitsfähigkeit 317 ff.

- als Voraussetzung des öffentlichen Glaubens 317 ff.

Wahrheitsgewähr

- als Element des Beurkundungsbegriffs 84
- umfassende und teilweise W. 127-132, 201 ff.

Wahrheitspflicht

- der UP 547, **1078-1103**
- als bundesrechtliches Erfordernis 1103 Fn.293
- bei der Beurkundung von Rechtslagen 3117
- der Sachbeteiligten und aller Erschienenen bei Erklärungen zu Urkund 369, **1104-1113**, 2526
- schon bei der Vorbereitung des Geschäftes 1706
- bei Abgabe von Wissenserklärungen zu Urkund 91 Fn. 83
- Abbruch der Beurkundung bei Verletzung der W. 84, 100
- Pflicht gegenüber dem Staat, nicht gegenüber der UP 1105 Fn. 296
- keine qualifizierte W. aufgrund einer Eidesleistung 2677-2682
- der Unterzeichner bei unterschriftsbedürftigen Protokollerklärungen 823
- der Veranstaltungsteilnehmer bei anderen Erklärungen zu Protokoll? 71 Fn. 67, 102, **1107**, 2885
- der Dolmetscher 538
- der Beurkundungszeugen 540
- Haftung der UP bei Verletzung ihrer W. 614

Wahrnehmung, notarielle

- sinnliche (Ablehnung des Begriffs) 938 Fn. 131
- unmittelbare **133 Fn. 112**, 137, 938
- indirekte (Ablehnung des Begriffs) 135 Fn. 117, 139 ff., 3121
- Element jeder Beurkundung 135, 181, 678
- Entstehungsbedingung für Erklärungsbeurkundungen und Protokollierungen 1507 Ziff. 6, 1511, 1528
- nur relative Bedeutung 71 Fn. 66, 936 f., **938**, 2218 Fn. 103
- Rechtserheblichkeit aller protokollierten W. 305, 1083
- Beweiseignung aller protokollierten W. 302 Fn. 214, 1083
- Verhältnis zur notariellen Wahrheitsgewähr 129,251 Fn. 177, 1597
- nicht Voraussetzung des öffentlichen Glaubens 217,320 ff., **332 ff.**
- W. in amtlicher Eigenschaft als hoheitliche Tätigkeit 703, 709, 3085
- W. ausserhalb des Beurkundungsbezirks 705, 710 ff., 3328
- bei Beurkundung individueller Erklärungen 363, 874, 1673, 2097
- Parteiwille ist nicht Gegenstand der W. 136 Fn. 118, 137 Fn. 119,265 Fn. 184
- fehlende W. beim Beizug eines Dolmetschers 382
- bei Protokollierungen 678, 875, 942, 2834, **2855 ff.**
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 679, 3088, **3112**, 3121, 3134 ff., 3195, 3209
- bei Unterschriftsbeglaubigungen 3263, 3292, **3321**, 3328
- bei Kontrollvermerken 3425
- Dispens von unmittelbarer W. bei Identitätsfeststellung ("persönlich bekannt") 962
- Abgrenzung zum Begriff der Ermittlung 162 f.
- Ersatz der W. durch Erklärungen Dritter 210, 324, 1539, **2777 ff.**, 2808, 2828, 2834, 2888, 3008
- Ersatz durch Wahrnehmung einer Hilfsperson 1507 Ziff. 6

Wahrnehmungen der Beurkundungszeugen 384,545, 2028, 2268, 2393

Wahrnehmungsbeurkundung 133 ff.

Wahrung der Interessen

- s. Interessewahrungspflicht

Wechselprotest

- als Beurkundungsgegenstand 51
- als Beurkundung einer Wissenserklärung? 51 Fn. 58
- Regeln für Aufnahme und Gestaltung 3022-3034

Wegbedingung der Gewährleistung

- beim Grundstückkauf 893, 2493-2497
- subjektiv wesentlich 2505

Weigerungsgründe

- s. Beurkundungspflicht (Ablehnungsrecht der UP)

Weisungsrecht der Aufsichtsbehörde 487

Werbeverbot s. Reklameverbot für UP

Werbung s. Reklameverbot für UP

Werkvertrag, konnexer

- mit Grundstückkauf, Pflicht zum Verweis in der Urkunde 278, 1393
- keine Beurkundungsbedürftigkeit 292, 2088, 2507 ff.

Wettbewerb s. Losziehung

Widerrechtlichkeit

- s. Rechtswidrigkeit, Ablehnungspflicht

Widerruf

- der Eintragungsbewilligung (Art. 963 Abs. 1 ZGB) 2583-2591
- der geleisteten Unterschrift 1860, 1955 Fn.247, 2076, 2973
- der letztwilligen Verfügung s. Verfügung, letztwillige

Willenserklärung

- Begriff 88 ff.
- als Beurkundungsgegenstand 49
- als Hauptteil der Erklärungsurkunde 2196-2200

Willensermittlung

- notarielle Ermittlung des wirklichen Parteiwillens 136 Fn. 118, 1669 Fn. 45, **1671-1678**, 1686 f., 1718
- notwendig für den Schutz vor Unbedacht 259
- Grundlage des öffentlichen Glaubens der privaten Willenserklärungen 315
- keine W. bei der Unterschriftsbeglaubigung 3355

Willensvollstrecker

- notarieller Ausstand bei Nahestehen 790 Fn.99

Willensvollstrecker-Einsetzung

- kein Ausstandsgrund für die Beurkundung 1638, 3106

Willkürbeschwerde

- an das Bundesgericht in Beurkundungssachen 36 Fn. 46, 39

WIR-Geld

- unzulässiges Zahlungsmittel für die Entschädigung von Beurkundungsleistungen 3511

Wirklicher Wille s. Willensermittlung

Wirtschaftliche Seite des Geschäftes

- Gegenstand notarieller Belehrungspflicht 892, 1746, 1753-1768, 1787,
- Gegenstand notarieller Beratung 1792-1800

Wissenserklärung

- Begriffliches 53-63
- als zulässiger Beurkundungsgegenstand 1613-1619
- vertragliche, mit Behaftungswillen abgegebene 88, 90, 2201-2207
- im Ehevertrag bezüglich Vermögenszuordnung 2356
- im Ehegüterrechtsinventar gemäss Art. 195a ZGB 123 Fn. 107, 3155-3161
- bei der Entkräftung des Schuldscheins 2626 ff.
- Verweis auf Urkundenbeilagen als W. 1396
- ausservertragliche W. 88, 91-93, **2661-2688**
- W. zu Protokoll 132
- Feststellungsbeschluss als kollektive W. zu Protokoll 2974-2977, 2992
- Wahrheitspflicht bei Abgabe einer W. 91 Fn. 83
- Fehlen des öff. Glaubens mangels Beweiseignung 91 f., 298, 1618
- Sachbeteiligung bezüglich W. 435 f.

Wohnort

- der UP s. Berufszulassung
- der Sachbeteiligten, Angabe in der Urkunde 2124, 2135
- des Veranstaltungsleiters, Angabe bei Protokollierungen 2853
- des Unterzeichners, Angabe im Beglaubigungsvermerk 3342 f.

Wohnsitz s. Wohnort

Würde des Notarenstandes

- Verletzung der W. als Disziplinartatbestand 3560-3564

Z

Zahlen

- Wiederholung in Worten 1339 f., 1590, 2094, 2102
- Berichtigung bei Schreibfehlern 1312 f., 2299
- nicht korrigierbare Fehler 1578

Zeichnungsbefugnis für jur. Personen und Handelsgesellschaften

- Angabe in der Urkunde 2158-2169

Zeichnungsscheine

- bei Kapitalerhöhung der AG unerlässlich 2861
- Echtheitskontrolle ist Aufgabe des Verwaltungsrates 2862

Zeugen s. Beurkundungszeugen

Zeugenerklärung

- als notwendiger Teil der Urkunde 2091
- als notarielles Protokoll 2411 Fn. 73
- Inhalt 1582, 2268-2276, 2408 Fn. 72
- bei letztwilligen Geschäften 2416-2422
- bei unterzeichnungsunfähigen Erklärenden 2037-2040
- Positionierung in der Urkunde 2226, 2250-2261, 2428
- Unterzeichnung durch die Zeugen 2242 ff., 2411
- durch Arzt als Sachverständigen 993 Fn. 238

Zeugnispflicht der UP

- im Straf- und Zivilprozess 1160, 1176-1180

Zeugnisverweigerungsrecht

s. Zeugnispflicht der UP

Ziehung s. Losziehung

Zirkularbeschluss

- nicht beurkundungsfähig 2890, 3064-3067

Zirkulationsurkunde

- Begriff 228-238

Zivilrechtliche Haftung

s. Haftung der UP, vermögensrechtliche

Zivilstand der Erschienenen

- Ermittlung 1056-1061
- bei Bürgerschaft 2639 ff.
- Angabe in der Urkunde (nur für Sachbeteiligte) 2125
- Angabe im Beglaubigungsvermerk 3342
- rechtliche Bedeutung der Angabe in der Urkunde 2187

Zugesicherte Eigenschaft s. Eigenschaft, zugesicherte

Zulassung zum Notariat

s. Berufszulassung

Zurückbehaltung von Urkunden und Akten als Inkassomassnahme 593-598

Zusage

- Rechtsnatur der notariellen Z. 490, 494
- der Anhandnahme 514, 865, 921
- Z. rascher Erledigung 494, 628, 921
- nach gegebener Z. kein Rücktritt 865 ff.

Zustände

- als Beurkundungsgegenstände 49 ff., 65 ff.

Zuständigkeit der UP

- sachliche 687-694
- örtliche, Begriff und Grundsätze **695-744**
- Voraussetzung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde 1507 Ziff. 3
- Ersichtlichkeit aus der Urkunde 1227
- bei Grundstücktausch 2087
- bei Sacheinlagevertrag 2985
- bei Grundstückversteigerung 3037
- bei Protokollierungen 2722 f.
- bei Beurkundung bestehender Tatsachen 67, **3085-3090**
- bei Erbenbescheinigung und Erbgangsurkunde 3180-3193
- bei Unterschriftsbeglaubigungen 3268-3274
- bei Fotokopienbeglaubigungen 3380

Zustellung öffentlicher Urkunden 1443-1448

Zustimmungserklärung

- notarielle Protokollierung 3051

Zwangstarif s. Entschädigungsanspruch für Beurkundungsleistungen

Zwangsvollstreckung

s. vollstreckbare öffentliche Urkunde

Zwecke der öffentlichen Beurkundung

- allgemeines 239
- Belegfunktion 240-257
- Schutz vor Unbedacht 258-282
- Verfahrenskontrolle 283-286

Zweigbüro 3494

Zweisprachige Urkunde 1291-1293

- Begriff 228-238

Zweitverkauf

- eines bereits verkauften Grundstücks 1124

Zwischenraum

- in der Urkunde, Pflicht zur Vermeidung 1342