



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Privatrecht

**Schweizerisches Zivilgesetzbuch
(Änderung betreffend öffentliche Beurkundung)
Vorentwurf vom Dezember 2012**

Zusammenfassung der Vernehmlassungen

Dezember 2013

Inhaltsverzeichnis

1	Allgemeines	3
2	Verzeichnis der Eingaben	3
3	Allgemeine Beurteilung des Vorentwurfs	3
3.1	Kurze Zusammenfassung des Ergebnisberichts	3
3.2	Bundesrechtliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung	3
3.3	Elektronische öffentliche Beurkundung	6
3.4	Bemerkungen grundsätzlicher Natur	8
4	Einzelne Bestimmungen des Vorentwurfs	9
4.1	Öffentliche Beurkundung. Begriff (Art. 55)	9
4.2	Vorschriften der Kantone (Art. 55a)	10
4.3	Ausbildung der Urkundspersonen (Art. 55b)	11
4.4	Öffentliche Urkunden in fremder Sprache (Art. 55c)	13
4.5	Urkundspflicht (Art. 55d)	13
4.6	Rechtsbelehrungspflicht (Art. 55e)	15
4.7	Unparteilichkeit (Art. 55f)	16
4.8	Wahrheitspflicht (Art. 55g)	18
4.9	Schweigepflicht (Art. 55h)	18
4.10	Hauptverfahren. Beurkundungsvorgang (Art. 55i)	19
4.11	Einheit des Aktes (Art. 55j)	22
4.12	Anwendung bundesrechtlichen statt kantonalen Verfahrens (55k)	24
4.13	Nichtentstehen der Urkunde (Art. 55l)	24
4.14	Anerkennung der Urkunde (Art. 55m)	26
4.15	Elektronische öffentliche Beurkundung. Elektronische öffentliche Urkunden, Ausfertigungen und Beglaubigungen (Art. 55n)	33
4.16	Gleichwertigkeit der Formen (Art. 55o)	34
4.17	Schweizerisches Register der Urkundspersonen (Art. 55p)	35
4.18	Aufbewahrung und Registrierung (Art. 55q)	36
4.19	Technische Anforderungen (Art. 55r)	40
4.20	Gebühren (Art. 55s)	41
4.21	Haftung (Art. 55t)	41
	Verzeichnis der Eingaben / Liste des organismes ayant répondu / Elenco dei partecipanti	43

1 Allgemeines

Das Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf vom Dezember 2012 einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches betreffend öffentliche Beurkundung dauerte vom 14. Dezember 2012 bis zum 26. März 2013. Zur Teilnahme eingeladen wurden die Kantone, die in der Bundesversammlung vertretenen politischen Parteien, die gesamtschweizerischen Dachverbände der Gemeinden, Städte und Berggebiete sowie der Wirtschaft und weitere interessierte Kreise.

Stellung genommen haben 26 Kantone, 5 politische Parteien und 14 offiziell eingeladene Dachverbände und Organisationen. Ausserdem haben 16 nicht offizielle Teilnehmer Stellung bezogen.

Ausdrücklich auf eine Stellungnahme verzichtet haben die Konferenz der kantonalen Justizdirektorinnen und -direktoren, der Schweizerische Arbeitgeberverband, der Kaufmännische Verband Schweiz, die Demokratischen Juristinnen und Juristen der Schweiz sowie das Bundesverwaltungsgericht.

2 Verzeichnis der Eingaben

Siehe Anhang.

3 Allgemeine Beurteilung des Vorentwurfs

3.1 Kurze Zusammenfassung des Ergebnisberichts

Bundesrechtliche Mindestanforderungen

Die «Nachführung» der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung wird – wenngleich seitens der Kantone nur knapp überwiegend – mehrheitlich begrüsst.

In diesem Sinn: AG, BL, BS, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SZ, ZG, ZH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SBV, SGB, SGV, SV, Uni LU, Uni NE, VSGV. *Contra*, d.h. gegen bundesrechtliche Mindestanforderungen: AI, BE, FR, GE, GL, JU, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil.

Demgegenüber wird die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte mehrheitlich abgelehnt.

In diesem Sinn: AI, AR, BE, BS, FR, GE, GL, GR, JU, NE, NW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, UR, VD, VS, ZG, ZH; CVP, FDP, SVP; SNV, Uni BE, Uni GE, Unil, VSGV. *Contra*, d.h. für Freizügigkeit: AG, BL, LU, OW; EVP, SP; economiesuisse, SAV, SBV, SGB, SGV, SV, Uni LU, Uni NE.

Elektronische Urschrift

Eine grosse Anzahl Vernehmlassungsteilnehmer befürwortet die vorgeschlagene Erweiterung der elektronischen öffentlichen Beurkundung durch die Urschrift.

In diesem Sinn: AG, BL, GR, LU, NE, OW, SG, SH, UR, VS, ZG, ZH; CVP, FDP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SV, Uni NE. *Contra*, d.h. gegen die elektronische Urschrift: AI, AR, BE, BS, FR, GE, GL, JU, NW, SO, SZ, TG, TI, VD; EVP; SBV, SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil, VSGV.

3.2 Bundesrechtliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird grundsätzlich begrüsst (AG, BL, BS, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SH, SZ, ZG, ZH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SBV, SGB, SGV, SV; Uni LU, Uni NE, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Der Vorentwurf überzeugt im grossen Ganzen, obwohl keine dringliche Notwendigkeit für die Kodifizierung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen gegeben ist (Inspektorat ZH).

Die allgemeine Stossrichtung der Vorlage, die bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung in das Zivilgesetzbuch aufzunehmen, verdient Zustimmung. Wer heute den Gesetzestext von Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB liest, wird nämlich in die Irre geführt: Nach der genannten Vorschrift bestimmen die Kantone, wie die öffentliche Beurkundung auf ihrem Gebiet hergestellt wird. Die Rechtswirklichkeit ist indessen eine andere: Im Verlauf der letzten Jahrzehnte hat das Bundesgericht die Legiferierungsfreiheit der Kantone in wichtigen Punkten relativiert, indem es ungeschriebene bundesrechtliche Minimalanforderungen an das Beurkundungsverfahren aufgestellt hat. Aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit für die Bürgerinnen und Bürger, aber auch für die Rechtsanwendenden sollten diese Vorschriften aus dem Gesetz ersichtlich sein (Uni LU).

Indifferenz

Das unterbreitete Vorhaben bringt weder besondere Vor- noch Nachteile (AR).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, BE, FR, GE, GL, JU, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Sofern der Bund an der Vorlage festhält: Vertiefte Analyse der bestehenden kantonalen Notariatsvorschriften sowie die Ausarbeitung eines neuen Entwurfs für ein eigenständiges eidgenössisches Notariatsgesetz in einer Expertenkommission (BN); umfassende Überarbeitung der vorgesehenen Beurkundungsbestimmungen mit Einbezug von Experten des Beurkundungsrechts und der Notariatspraxis (NPBS); Formulierung der Regelung als Auftrag an die Kantone, ihre kantonalen Gesetze so auszugestalten, dass sie die bundesrechtlichen Mindestanforderungen beinhalten (NBS, Vischer).

Das Gesetzgebungsvorhaben ist aufzugeben, und zwar wegen der Unangemessenheit, der jegliche kantonale Entwicklung der öffentlichen Urkunde lähmenden Starrheit, der Nivellierung nach unten und der Abschwächung der Schutzfunktion der öffentlichen Beurkundung (Unil).

Bewährtes geltendes Recht

Das geltende Recht – mithin die Aufgabenteilung im Bereich der öffentlichen Beurkundung zwischen Bund und Kantonen, verbunden mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – hat sich bewährt; eine Beschneidung kantonalen Kompetenzen (FR, GE, TI, UR; CVP, FDP; SNV, Uni BE, Uni GE) sowie eine Beeinträchtigung des lateinischen Notariats (FR) sind abzulehnen.

Eine Kodifizierung der von Lehre und Rechtsprechung anerkannten bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung – von niemandem verlangt (FDP) – ist nicht notwendig (SO, TG; CVP, FDP; SNV, SSN), denn diese Vorgaben wurden als Selbstverständlichkeiten bereits in die jeweiligen kantonalen Notariatserlasse aufgenommen (SO; CVP; SNV, Uni BE), z.B. die Rechtsbelehrungs-, Unparteilichkeits- und Wahrheitspflicht (SO). Das kantonale Beurkundungsrecht gibt zu keinen Beanstandungen Anlass (FDP). Im Sinn eines möglichst schlanken ZGB ist der Erlass der Artikel 55–55m SchIT ZGB überflüssig (CVP).

Das Notariat in der Schweiz zeichnet sich durch einen hohen Standard aus und bedarf keines Erlasses von bundesrechtlichen Mindestanforderungen. Das auf kantonalem Recht beruhende Notariat funktioniert zuverlässig. Schon heute werden in einem Kanton erstellte Notariatsakte in anderen Kantonen ohne Probleme anerkannt und vollzogen. Zu nennen sind etwa einfache Beglaubigungsakte, Erbschaftsurkunden, aber auch Versammlungsprotokolle im Gesellschaftsrecht und Handelsregisterbereich und

sogar Akte wie ein Vermögensübertragungsvertrag, in dem auswärtige Liegenschaften übertragen werden (Vischer).

Bei den Adressaten der vorgeschlagenen Mindestanforderungen geht es nicht um rechtssuchende Bürgerinnen und Bürger, sondern um fachlich bestens – durch ein Universitätsstudium und ein Praktikum mit vergleichbaren Lehrgängen – ausgewiesene Personen; diese bedürfen dieser «juristischen Kochbuchregeln» nicht (WNV).

Rechtsunsicherheit durch schwierige Abgrenzung zum Bundesrecht

Parallel zu den kodifizierten Mindestanforderungen würde kantonales Recht weiter unberührt stehen. Dies ist bedenklich, zumal es vermehrt zu nicht einfach zu lösenden Abgrenzungsfragen kommen dürfte (GL, TI, VD). Es entsteht ein ungeklärtes Nebeneinander von bundesrechtlichem und von kantonalem Beurkundungsverfahrensrecht. Für die Urkundsperson wird damit die Durchführung eines klar und verständlich geregelten Notariatsprozesses erschwert, für die kantonalen Aufsichtsbehörden wird die Überwachung eines funktionierenden Notariatsprozesses beeinträchtigt und vor allem wird die Rechtssicherheit zu Lasten der Notariatsklienten und der Registerbehörden geschwächt (Uni BE). Die Vorlage führt zu grosser Rechtsunsicherheit (GE, VD; Uni BE), namentlich durch unpräzise Normen (VD). Wenngleich eine Kodifizierung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung an sich zu begrüssen ist, vermag der Vorentwurf die anzustrebende Rechtssicherheit nicht zu erreichen. Namentlich die Regelung der Unparteilichkeit ist zu summarisch, zudem sind die Bestimmungen betreffend die Rechtsbelehrungspflicht und die Wahrheitspflicht lückenhaft (VS). Es bestehen Zweifel, ob sich die Vorlage auf alle öffentlichen Urkunden oder auf die Beurkundung von Willenserklärungen bezieht (TI). Die Vorlage stellt nicht klar, ob über die bundesrechtlichen Mindestanforderungen hinausgehende Regelungen Sache der Kantone oder einer bundesrätlichen Verordnung ist; im vorliegenden Zusammenhang wäre eine präzise Aufgabenverteilung zwischen Eidgenossenschaft und Kantonen durch Bundesgesetz vorzunehmen (JU).

Kodifikation von Mindestanforderungen a priori unmöglich und ungeeignet

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung enthält keine klare, eindeutige Umschreibung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung. Zudem beruht der Vorentwurf auf den Auffassungen bloss eines Teils der Doktrin, während andere Autoren zum Teil entschieden widersprechen (VD).

Mindestanforderungen im Bereich der Berufspflichten von Urkundspersonen sind für eine Kodifikation von vornherein ungeeignet. Die Rechtsprechung kann mit der erforderlichen Flexibilität einzelfallgerecht Minimalstandards setzen, während die Gesetzgebung solches als generell-abstrakte Rechtsetzung nicht zu leisten vermag (Uni BE).

Nivellierung nach unten

Werden Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung kodifiziert, bleibt das Bundesgericht an die neue Gesetzgebung strikte gebunden. Für eine Rechtsfortbildung ist kein Raum; zu Ende gedacht wird es im Sinn einer Nivellierung nach unten nur noch Mindestanforderungen geben (SNV, Uni BE).

Umfassendes Bundesbeurkundungsgesetz statt Mindestanforderungen

Eine gesetzliche Verankerung der von Lehre und Rechtsprechung anerkannten bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung steht im Widerspruch zu der Vereinheitlichung des Verfahrensrechts durch die Schweizerische Zivilprozessordnung. Es ist nur konsequent, auch das Beurkundungsrecht umfassend in Form eines separaten Bundesgesetzes zu regeln (GL).

Nach einer erst noch zu schaffenden Bundeskompetenz ist ein umfassendes eidgenössisches Gesetz über die öffentliche Beurkundung zu erarbeiten. Entsprechend dem Modell des Anwaltsgesetzes hat der Erlass den Grundsätzen nach auch die Notariatsprozesse, den mi-

nimalen Inhalt der Urkunde, die Ausbildungs- und Disziplinarwesen, die Gebühren und die Haftung usw. zu regeln (BE).

3.3 Elektronische öffentliche Beurkundung

Zustimmung

Die vorgeschlagene elektronische öffentliche Beurkundung wird begrüsst (AG, BL, GR, LU, NE, OW, SG, SH, UR, VS, ZG, ZH; CVP, FDP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SV, Uni NE).

Ebenso: BNV, Häusermann, Inspektorat ZH.

E-Government

Die Einführung der elektronischen Urschrift ist ein wertvoller Beitrag zum E-Government (SV). Darin ist ein innovativer, unabwendbarer und zugleich anspruchsvoller Schritt nach vorne in die Richtung der ausschliesslich elektronischen Beurkundung zu sehen, der eine vorsichtige Annäherung verdient (NE).

Die Vorlage kann als Bestrebung des Gesetzgebers erachtet werden, durch Schaffung von rechtlichen Rahmenbedingungen und mit Hilfe der heutigen Informations- und Kommunikationstechnik einen zeitgemässen, effizienten und wirtschaftlichen elektronischen Geschäftsverkehr zu fördern (economiesuisse).

Medienbruchfreiheit

Die Möglichkeit der uneingeschränkten Einführung der elektronischen Beurkundung ist zu begrüessen (BL). Die vorgeschlagenen Änderungen sind in sich stimmig und stellen einen konsequenten Ansatz ohne Medienbruch dar (SP). Die zeitlichen und finanziellen Vorteile, die mit der Medienbruchfreiheit (CVP, SP, SVP; economiesuisse) einhergehen, kommen dabei den Kunden der Notare zugute (NE).

Ergänzungsvorschläge

Intertemporales Recht

Aufgrund der teilweise gewichtigen Auswirkungen des Gesetzesentwurfs auf kantonaler Ebene sind lange Übergangsfristen vorzusehen (SH).

Fernbeurkundung

Im Handelsrecht wächst mit der fortschreitenden Internationalisierung das Bedürfnis, dass beispielsweise Generalversammlungen an verschiedenen Orten gleichzeitig stattfinden können. Eine gesetzliche Verankerung einer Fernbeurkundung, von Vorteil im Obligationenrecht, ist zu begrüessen. Die Beurkundung einer komplett virtuell stattfindenden Generalversammlung ist hingegen abzulehnen (Inspektorat ZH).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, AR, BE, BS, FR, GE, GL, JU, NW, SO, SZ, TG, TI, VD; EVP; SBV, SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil, VSGV).

Ebenso: BN, CNN, CP, Lehmann, NBS, NPPS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Bedürfnis

Es ist fraglich, ob ein echtes Bedürfnis nach rein elektronischen Urkunden besteht (BS, GE, JU; SSN, VSGV). Die Bedeutung der öffentlichen elektronischen Urkunde wird überbewertet (BS; VSGV). Nicht alles, was sich technisch machen lässt, ist auch sinnvoll. Es ist eine zunehmende Informatiklastigkeit und ein Hang zu zentralen Datenbanken des Bundes festzustellen (EVP). Die Elektronik birgt erhebliche Risiken (SSN). Es sollte auf die Rechtssicherheit und auf die Bedürfnisse (BS) des Publikums fokussiert werden (AR). In diesem Zusammenhang besteht Klärungsbedarf (AR).

Es stellt sich die Frage nach dem Sinn und dem Nutzen einer rein elektronischen Beurkundungsform (SO, VD). Möglicherweise ist zwischen Beurkundungen im Gesellschaftsrecht und solchen im privaten Bereich zu unterscheiden, z.B. was Liegenschaften, Ehe- und Erbverträge anbelangt (AR).

Ein Bedürfnis kann für elektronische Beglaubigungen sowie für Tatsachenbeurkundungen nachvollzogen werden, nicht jedoch bei Parteierklärungen (Vischer). Öffentlich zu beurkundende Transaktionen sind keine Massengeschäfte, deshalb besteht kein Bedürfnis (Lehmann).

Notwendigkeit neuer Bestimmungen

Weil die rechtlichen Grundlagen für die elektronischen Ausfertigungen auf Kantonsebene bereits geschaffen worden sind, sind bundesrechtliche Normen in diesem Bereich nicht notwendig (TG). Es genügt, wenn der Bund die technischen Anforderungen vorschreiben kann (AI). Aufgrund der Vielzahl und der Häufigkeit von Revisionen verschiedener technischer Erlasse ist es für die Kantone schwierig, mit den Entwicklungen Schritt zu halten und die erforderlichen Anpassungen vorzunehmen (GE). Gesetzesänderungen, insbesondere wenn sie zu technischen Anpassungen der Systeme führen, verursachen bei den Kantonen einen erheblichen Aufwand und sind mit nicht unwesentlichen Kosten verbunden (BS, VD; EVP; VSGV).

Zeitpunkt

Mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit sowie auf den Umstand, dass das Grundbuch zum Teil immer noch auf Papier geführt wird, wäre eine gänzliche Verabschiedung von der Papierurschrift verfrüht (FR, GE). Die Zeit für die Einführung einer elektronischen Urschrift ist noch nicht reif (NW, SZ). Nur wenige Personen sind heute bzw. mittel- bis längerfristig (VSGV) überhaupt in der Lage, ihre Unterschrift mittels einer qualifizierten (VD) elektronischen Signatur zu leisten (BS; EVP). Rein elektronische Urkunden werden Papierurkunden in absehbarer Zeit auch nicht verdrängen (AR, SO). Vorerst sind mit der elektronischen Anmeldung bzw. mit der elektronischen Ausfertigung (BS, NW) Erfahrungen zu sammeln (BE). Im heutigen Zeitpunkt liegen noch keine solchen Erfahrungen vor, so dass keine Aussage darüber möglich ist, ob sich diese neue Form überhaupt bewährt hat. Solche Erfahrungen müssen aber unbedingt vorliegen und ausgewertet werden, bevor mit der öffentlichen elektronischen Urschrift eine weitere Neuerung eingeführt wird (VSGV).

Effizienz

Das Verfahren für die Errichtung elektronischer Urkunden ist kompliziert und setzt sowohl bei der Urkundsperson wie bei den Urkundsparteien eine entsprechende Infrastruktur voraus (SO). Durch die «Elektronifizierung» leiden das Beurkundungsverfahren und die öffentliche Beurkundung selbst (SSN), ohne einen Beitrag zur Rechtssicherheit zu liefern (GE). Eine Zeitersparnis ist nicht ersichtlich, da die Vertragsparteien beim Beurkundungsvorgang persönlich anwesend sein müssen (BS). Von den zeitlichen Vorteilen wird lediglich die Verwaltung profitieren können. Dies wird vor allem zu Lasten des Übereilungsschutzes und deshalb auf Kosten der unerfahreneren Parteien erfolgen (Uni GE).

Die bisherigen Ergebnisse und Erfahrungen auf dem Gebiet des elektronischen Geschäftsverkehrs sind ernüchternd. Der Postweg geht viel schneller, viele Register fordern die Kunden geradezu auf, weiterhin den Postweg zu benützen (Vischer).

Medienbruchfreiheit

Heute wird wohl nirgends medienbruchfrei gearbeitet, weil die Parteien sowohl bei der Selbstlesung als auch bei der Vorlesung ein Papierexemplar vor sich haben möchten (SNV). Medienbruchfreies Arbeiten wird rein quantitativ gesehen, wenn überhaupt, erst dann ein Thema sein, wenn die Kantone den elektronischen Geschäftsverkehr nicht nur erlauben, sondern obligatorisch erklären (SNV). Der heute vorhandene Medienbruch ist auch nicht als wirklich nachteilig zu erachten (AR, SO). Zwischen der Darstellung auf dem Bildschirm und dem Papierausdruck kommt es bisweilen zu unerklärlichen Abweichungen (GE).

Solange Papieraufbereitungen für die privaten Parteien erforderlich bleiben, was richtigerweise noch Jahrzehnte der Fall sein wird, bleibt ein Medienbruch unvermeidbar (BN). Die Urschrift in Papierform und in elektronischer Form müsste unausweichlich für eine lange Dauer gemeinsam existieren. Man denke etwa an die notfallmässige Anrufung eines Notars, der im Spital den letzten Willen der Partei beurkundet. Es ist schwer vorstellbar, wie er in der genannten Situation rein elektronisch beurkunden könnte (CNN).

Gegenstand und Umfang des Vorentwurfs

Erforderlich wäre ein umfassendes eidgenössisches Gesetz über die öffentliche Beurkundung (BE). Der Vorentwurf verhilft der elektronischen öffentlichen Beurkundung nicht zum Durchbruch (Uni BE).

Die Koordinationsaufgabe des Bundes besteht nur gerade darin, die notwendigen technischen Grundlagen und deren Verwendung festzulegen, nicht um damit eine einheitliche Prozessordnung zu schaffen, sondern um eine einheitliche registerliche Behandlung der elektronischen Urkunden zu ermöglichen. Zur Herstellung von Urkunden auf elektronischen Trägern bedarf es im Übrigen keiner zusätzlichen Grundlage im formellen Sinn. Die grundsätzliche Zulässigkeit ergibt sich schon aus der Vorschrift von Artikel 14 Absatz 2^{bis} OR. Das Gesetzgebungsprojekt soll auf die Notwendigkeit der Einführung und Förderung des elektronischen Geschäftsverkehrs redimensionalisiert werden (SNV).

3.4 Bemerkungen grundsätzlicher Natur

Systematik

Fraglich ist, ob der Schlusstitel des ZGB der richtige Ort für die neuen Vorschriften darstellt; vielmehr ist zu prüfen, das bundesrechtliche Beurkundungsrecht in einem separaten Erlass (AR, OW, ZH; Uni BE) oder in einem besonderen Abschnitt des ZGB oder des OR zu regeln (AR). Die vorliegende Regelung ist nicht im Schlusstitel zum ZGB zu verankern (BS), wo sie einen Fremdkörper darstellt (SSN), sondern im Hauptteil des ZGB; dies trägt der Würde und Bedeutung des Beurkundungswesens besser Rechnung als die Unterbringung in einer «Rumpelkammer im Hinterhof der gesetzlichen Architektur». Am geeignetsten erscheint eine Platzierung im Anschluss an die Regeln über das Grundbuch, d.h. in neuen Artikel 978 ff. ZGB (BS).

Es sprechen gute Gründe für die Regelung im Schlusstitel des ZGB. So ist es nicht unüblich, dass öffentlich-rechtliche Verfahrensvorschriften mit Bezug auf das Zivilrecht im ZGB oder im OR geregelt sind, z.B. die Bestimmungen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, des Grundbuch- oder des Handelsregisterrechts (Inspektorat ZH).

Bundesbeurkundungsgesetz

Wenngleich eine Kodifikation der Mindestanforderungen befürwortet wird, ist zu prüfen, ob – unter Schaffung der erforderlichen Verfassungsgrundlage – ein Bundesgesetz über das Notariat zu erlassen sei. Dies wäre nur konsequent, nachdem bereits die Zivilprozessordnung und die Strafprozessordnung auf Bundesebene geregelt sind (BL).

Sonderregelung des Erbrechts

Der Erlass einer Bestimmung über den Beurkundungsvorgang des Hauptverfahrens bietet Gelegenheit, auch die ebenfalls bundesrechtlichen erbrechtlichen Beurkundungsvorschriften als solche auf ihre Zweckmässigkeit und Praktikabilität zu überprüfen. Allgemeine bundesrechtliche Form (Art. 55i VE SchIT ZGB) und erbrechtliche Beurkundungsform sollten einander angepasst werden, umso mehr, als letztere durch ihre relative Kompliziertheit – Verfahren als solches, Beizug von Zeugen samt notwendigen Bescheinigungen – immer wieder zu Formmängeln führt. Die Harmonisierung sollte zweckmässigerweise jetzt, bei Gelegenheit des Erlasses der Artikel 55 ff. SchIT ZGB, erfolgen und nicht auf den ungewissen Zeitpunkt einer grösseren Erbrechtsreform verschoben werden (Uni LU).

Statt zu gestatten, gestützt auf Artikel 55k VE SchIT ZGB betreffend Anwendung bundesrechtlichen statt kantonalen Verfahrens etwa Grundstückkäufe nach dem Verfahren über Erbverträge zu beurkunden, ist es zweckmässiger, die Artikel 499 ZGB (betr. Errichtungsform öffentlicher letztwilliger Verfügung), Artikel 500 ZGB (betr. Mitwirkung des Beamten), die Ausstandsvorschriften für Urkundspersonen nach Artikel 503 ZGB sowie die Spezialvorschrift für Erbverträge nach Artikel 512 Absatz 2 ZGB (betr. Gleichzeitigkeit der Willensmitteilungen der Vertragsparteien gegenüber der Urkundsperson) aufzuheben und im Rahmen der erbrechtlichen Bestimmungen des ZGB lediglich das Erfordernis der beiden Beurkundungszeugen beizubehalten (BS).

Kreis beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte

Es ist grundlegend zu überprüfen, welche Rechtsgeschäfte noch einer öffentlichen Beurkundung würdig sind bzw. neu dieser Formvorschrift unterstellt werden sollten (AR).

Verfassungsmässigkeit

Die Legiferierungszuständigkeit des Bundes lässt sich auf die allgemeine Privatrechtskompetenz nach Artikel 122 BV stützen. Zudem kann, nachdem das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung ungeschriebene Minimalanforderungen an die öffentliche Beurkundung herausgearbeitet hat, dem Gesetzgeber kein geringerer Legiferierungsspielraum offen stehen. Dies gilt auch für jene der vorgeschlagenen Normen wie Artikel 55d VE SchIT ZGB betreffend Urkundspflicht sowie Artikel 55h VE SchIT ZGB betreffend Schweigepflicht, die mit dem materiellen Privatrecht nur indirekt zusammenhängen (Uni LU).

Es bestehen Bedenken wegen der Verfassungsmässigkeit der Vorlage (JU, SO, VD; SNV, Uni BE). Die auf die Bundeszuständigkeit im Bereich des Zivilrechts abgestützte Verfassungsgrundlage für die vorgeschlagene, weitreichende Regelung des Beurkundungswesens erscheint als nicht ausreichend. Die Regelung der öffentlichen Beurkundung obliegt den Kantonen; der Bund kann dazu nur Bestimmungen erlassen, soweit dies für die Verwirklichung des Bundeszivilrechts unabdingbar ist (SO, VD). Der Vorentwurf geht mit verschiedenen Bestimmungen darüber hinaus, was sich im Rahmen der Verfassung aus der Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung des bundesrechtlichen Begriffs der öffentlichen Urkunde ergibt (Unil). Die Regelung der Ausbildung und der Aufgaben der Urkundspersonen ist als kantonales öffentliches Recht der Bundeszuständigkeit entzogen (VD).

Die Vorlage zerstört verfassungsmässig verbürgte Garantien: Der Bund schützt die kulturelle Vielfalt des Landes (Art. 2 Abs. 2 BV), die Sprachenvielfalt und -freiheit sind gewährleistet (Art. 4, 18 und 69 Abs. 3 BV) und die Kantone bestimmen nach Artikel 70 Absatz 1 BV ihre Amtssprachen (ONT).

Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Es ist zu prüfen, ob nicht sinnvollerweise in den gesetzlichen Bestimmungen zur ganzen Vorlage (Art. 55–55t, also über Art. 55r VE SchIT ZGB hinaus) die Befugnis des Bundesrats festgeschrieben werden soll, bestimmte Einzelheiten auf dem Verordnungsweg zu regeln (Uni LU).

Zusätzliche Mindestanforderungen

Prüfenswert ist die Verankerung von Mindestbestimmungen betreffend die Aufsicht über Notare im Bundesrecht (OW).

4 Einzelne Bestimmungen des Vorentwurfs

4.1 Öffentliche Beurkundung. Begriff (Art. 55)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, BS, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SH, ZG, ZH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SBV, SGB, SGV, SV, Uni LU, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Änderungsvorschläge

Der missverständliche Begriff «prozessrechtliche» Erklärungen, der auf Erklärungen im verwaltungs-, zivil- oder strafprozessualen Verfahren hinweist, ist durch den in Lehre und Praxis anerkannten Ausdruck «veranstaltungsgebundene» Erklärungen zu ersetzen (SZ).

Der Begriff «Dokument» ist durch «Urkunde» zu ersetzen, denn das Ergebnis der öffentlichen Beurkundung ist die öffentliche Urkunde (BE).

Der Begriff «à raison du lieu» (örtlich zuständig) ist nicht in Einklang mit Artikel 55m VE SchIT ZGB betreffend Anerkennung der Urkunde. Wörtlich ausgelegt könnte man zudem «à raison de la matière» (sachlich zuständig) so verstehen, dass gewisse Notare ausschliesslich Grundstücksgeschäfte beurkunden dürften, während andere im Bereich des Erbrechts oder des Gesellschaftsrechts zuständig wären (Uni NE).

Die vorliegende Legaldefinition ist um weitere Begriffe zu erweitern, z.B. Urschrift, elektronische öffentliche Beurkundung, Ausfertigung, Kopie, Beglaubigung, Urkundsperson, Nebenperson (AG).

Weil die Daten der amtlichen Vermessung mit der Genehmigung durch die kantonale Behörde die Beweiskraft öffentlicher Urkunden erlangen (Art. 29 VAV; SR 211.432.2), ist der Personenkreis um die im Geometerregister eingetragenen patentierten Ingenieur-Geometer zu erweitern (SZ).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, FR, GE, GL, JU, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen Willens- und Sachbeurkundungen und legen für Feststellungsbeurkundungen besondere Verfahren fest; auf diese Besonderheiten wird keine Rücksicht genommen (SNV). Wiewohl die Definition der öffentlichen Urkunde der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entnommen ist, wäre der Anwendungsbereich klarer abzugrenzen. So entsprechen etwa eine Unterschriftsbeglaubigung oder ein gerichtlicher Vergleich in einem Prozess über privatrechtliche Ansprüche der vorliegenden Definition. Die Artikel 55a ff. VE SchIT ZGB sind aber nicht dazu bestimmt, die erwähnten Fälle zu regeln (Unil).

4.2 Vorschriften der Kantone (Art. 55a)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, BS, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SH, ZG, ZH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SV, Uni LU, Uni NE, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Die Botschaft hat namentlich auf die Frage einzugehen, ob die zu kodifizierende Rechtsprechung als Auslegungshilfe weiter gilt (OW).

Änderungsvorschläge

Weil detailliertere Bestimmungen in einer Verordnung zu regeln sind, ist die Norm um einen Absatz 2 zu ergänzen:

«² Der Bundesrat schafft nach den nachfolgenden Bestimmungen eine Verordnung, welche Mindestvorschriften zum Verfahrensablauf, der Sprache, der Aus- und Weiterbildung von Urkundspersonen, der Aufsicht, dem Inhalt und der Form von öffentlichen Urkunden enthält» (SBV).

Man könnte die Bestimmung um einen Absatz 2 wie folgt ergänzen:

«Les cantons fixent les modalités de rémunération des officiers publics» (Uni NE).

Die Artikel 55a VE SchIT ZGB betreffend Vorschriften der Kantone und Artikel 55c VE SchIT ZGB betreffend öffentliche Urkunden in fremder Sprache sind in Artikel 55a VE SchIT ZGB zusammenzufassen (ZH).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, FR, GE, GL, JU, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Die Vorschrift täuscht vor, die Gesetzgebungskompetenz bleibe erhalten. In Wirklichkeit setzen die «Mindestanforderungen» die bewährte Kompetenzausscheidung ausser Kraft (SNV). Es ist schwierig, eine Grenze zu ziehen zwischen «Mindestanforderungen» und «Weise der öffentlichen Beurkundung» (SSN).

Die bundesrechtlichen Minimalanforderungen des Vorentwurfs sind im Vergleich zum kantonalbernerischen Recht wesentlich weniger präzise (BN).

Die Kantone können neben den bundesrechtlichen Bestimmungen noch ergänzende Regeln erlassen, was allerdings schwierig ist, weil einzig die Sanktion des Disziplinarrechts zur Verfügung steht (Unil).

Artikel 55/ VE SchIT ZGB regelt abschliessend die Fälle, in denen keine öffentliche Urkunde entsteht. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass immer eine öffentliche Urkunde entsteht, sofern nicht gegen eine Vorschrift der Ziffern 1–3 der erwähnten Norm verstossen wird. Faktisch werden somit weitergehende kantonale Vorschriften zu reinen Ordnungsvorschriften, die lediglich disziplinarische oder vermögensrechtliche Konsequenzen haben können (Inspektorat ZH).

4.3 Ausbildung der Urkundspersonen (Art. 55b)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AR, AG, GR, NE, NW, SG, SH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SBV, SGB, SGV, SV, Uni LU, Uni NE).

Ebenso: CNN, Häusermann, Inspektorat ZH.

Dass die Kantone bestimmen, welche Anforderungen an die Ausbildung sie stellen, trägt den verschiedenen Systemen – Amtsnotariat, freiberufliches Notariat oder Mischformen – Rechnung; insbesondere für Kantone, in denen das Beurkundungsrecht in begrenzten Bereichen an den Inhaber eines Amtes geknüpft wird, wäre die Forderung einer wissenschaftlichen Ausbildung übertrieben (AR). Die Mindestanforderungen an die Ausbildung der Urkundspersonen dürfen nicht zu einem Standesrecht der Juristen verkommen. In vielen Bereichen der Wirtschaft ist die Aus- und Weiterbildung für Quereinsteiger durchlässiger geworden; es ist somit sicherzustellen, dass dies auch für Notare gilt (SBV).

Den kantonalen Besonderheiten ist zwingend Rechnung zu tragen. Sowohl bei den Amtsnotariaten wie auch bei den Kantonen mit Mischformen ist es üblich, dass insbesondere bei Beurkundungen über dingliche und realobligatorische Rechte an Grundstücken Personen mit der Beurkundung betraut werden, die nicht über eine akademische bzw. wissenschaftliche Ausbildung verfügen. Dennoch zeichnen sich diese Personen durch eine fundierte praktische und theoretische Ausbildung aus. (Die Erteilung der Beurkundungsbefugnis über dingliche und vormerkbare Rechte an Grundstücken ist vor allem an die erfolgreiche Ablegung einer Fachprüfung gebunden. Die Fachprüfungskommission wird vom Obergericht ernannt; die notwendigen theoretischen Kenntnisse werden mittels kantonalen Fachkurse vermittelt, die sich über drei Jahre erstrecken.) Dieses – unter anderem im Kanton Zürich seit Jahrzehnten im Einsatz stehende – System hat sich sowohl sachlich wie auch gegenüber der Kundschaft bewährt und soll auch weiterhin die Basis für eine Vielzahl von standardisierten Geschäften bilden (Inspektorat ZH).

Die Botschaft hat festzuhalten, dass «Ausbildung» nicht im Sinn des eidgenössischen Berufsbildungsgesetzes (SR 412.10) zu verstehen ist (AG).

Änderungsvorschläge

Gesamtschweizerische Regelung statt Delegation der Befugnisse an die Kantone

Eine Delegation der Befugnisse an die Kantone ist untauglich; es ist unabdingbar, den Mindeststandard der Notarenausbildung gesamtschweizerisch zu regeln (BE, OW), und zwar im Sinn einer akademischen Grundausbildung mitsamt Praktika (BE) oder spezifischer Ausbildung mit ausreichendem Notariatspraktikum und adäquater Prüfung (SZ).

Mit der gegenseitigen Anerkennung von öffentlichen Urkunden stellt sich auch die Frage der Ausbildung. Es ist sinnvoll, entsprechende Grundsätze einheitlich zu statuieren, allerdings unter Wahrung des Rechts der Kantone zur Festlegung der Anforderungen für den Erwerb der Beurkundungsbefugnis (LU). Die Bestimmung könnte wie folgt ergänzt werden:

«Les cantons déterminent les modalités d'accès à la profession» (Uni NE).

Die Erfordernisse einer ausreichenden Ausbildung der Urkundspersonen sind zu konkretisieren (BL, GL), z.B. mit der Formulierung «als ausreichende Ausbildung gilt ...» (BL).

Gerade im Hinblick auf die Einführung der elektronischen Urkunde sind Richtlinien für die Ausbildung unerlässlich; dem Bundesrat ist in einem ergänzenden Absatz 2 eine entsprechende Verordnungskompetenz einzuräumen (SAV).

Wissenschaftliche Ausbildung

Die volle Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde setzt voraus, dass die Urkundspersonen gesamtschweizerisch über eine qualitativ hochstehende Ausbildung verfügen (BE, OW). Es ist nicht ersichtlich, wie die ständig wachsenden Anforderungen an die Rechtskenntnisse in Zukunft noch von Notaren ohne Hochschulausbildung erfüllt werden können (BS; VSGV). Ein Verzicht auf das Erfordernis einer universitären Ausbildung ist befremdlich (GE); zu verlangen ist ein Master of Law (JU). Das Erfordernis einer ausreichenden Ausbildung erfordert, dass die Urkundsperson über sehr gute juristische Kenntnisse verfügt (NW).

Prüfungserfordernis

Da der blosse Besuch eines Ausbildungsgangs nicht ausreicht, ist die Bestimmung um einen zweiten Absatz zu ergänzen:

«²Die Urkundspersonen erwerben ihre Befähigung mit einer erfolgreich abgelegten Prüfung» (ZG).

Weiterbildung

Prüfenswert ist eine bundesrechtliche Regelung der Weiterbildung (FR). Neben der Ausbildung sind auch Mindestvorschriften für die Weiterbildung vorzusehen; der Bundesrat hat eine entsprechende Regelung zu erlassen (SBV).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, SO, TG, TI, UR, VD, VS, ZH; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Die vorliegende Bestimmung ist überflüssig, zumal der Begriff «ausreichende Ausbildung» keine Vorgaben an die Mindestausbildung macht und die konkreten Anforderungen sich ohnehin nicht einheitlich festlegen lassen (ZH; Unil).

Der Inhalt der Bestimmung bleibt unbestimmt, so dass seine Tragweite kaum abzuschätzen ist und er die Rechtssicherheit eher beeinträchtigt als verbessert (NPBS).

Die Regelung hat eine starke Nivellierung nach unten zur Folge (SNV, Unil).

Der Bund hat im vorliegenden Bereich kantonalen öffentlichen Rechts keine Regelungskompetenz (VD; SNV, Unil); die Ausbildung der Urkundspersonen ist nicht unabdingbar für die einheitliche Anwendung des Bundeszivilrechts (VD).

4.4 Öffentliche Urkunden in fremder Sprache (Art. 55c)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, BS, GR, LU, NE, NW, OW, SG, SH, ZG, ZH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SV, Uni LU, Uni NE, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Freilich ist die Bestimmung als Absatz 2 in Artikel 55a VE SchIT ZGB betreffend Vorschriften der Kantone zu integrieren (ZH).

Änderungsvorschläge

Die Bestimmung ist wie folgt zu ergänzen:

«Les cantons règlent l'établissement des actes authentiques dans une langue étrangère que l'officier public maîtrise».

Denn der Beizug eines Übersetzers ist mit praktischen Problemen verbunden, erhöht die Kosten und verlangsamt das Verfahren (GE).

Die Bestimmung ist wie folgt zu formulieren:

«Der Kanton bestimmt, in welcher Sprache die öffentliche Urkunde zu errichten ist».

Dabei ist für sprachunkundige Urkundsparteien der Beizug von Übersetzern zu verlangen. Hingegen muss die Urkundsperson die Sprache, in der die Urkunde verfasst wird, zwingend beherrschen (SO).

Öffentliche Urkunden dürfen nicht in irgendeiner Sprache erstellt werden, vielmehr sind sie in einer der Landessprachen sowie in Englisch zu errichten. Dabei sollen in jedem Kanton jede der Landessprachen und Englisch zu gelassen werden (SBV).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, FR, GL, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Die Kantone stellen die Verständlichkeit der öffentlichen Urkunde in der Regel durch Beizug eines Übersetzers sicher. Damit ist der Sprachenvielfalt Genüge getan; die vorgeschlagene Regelung geht über eine gefestigte Minimalanforderung hinaus (SNV).

Artikel 55 Ziffer 3 VE SchIT ZGB sieht die Sanktion des Nichtentstehens nur für Formbestimmungen des neuen Bundesrechts und nicht für die Regeln des vorbehaltenen kantonalen Rechts vor. Es ist aber inkohärent, wenn die Kantone nicht bestimmen können, was einen Formfehler darstellt. Zudem regelt die vorliegende Bestimmung nur die Errichtung von öffentlichen Urkunden in fremder Sprache und erfasst nicht den aus praktischer Sicht häufigsten Fall einer mündlichen Übersetzung, die sich nicht in einem fremdsprachigen Text niederschlägt, also jener Übersetzung, die während des Beurkundungsverfahrens vorgenommen wird (Unil).

4.5 Urkundspflicht (Art. 55d)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BS, GR, NW, OW, SH, ZG; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SBV, SGB, SGV, SV, Uni NE, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Lehre und Rechtsprechung werden die «wichtigen Gründe» nach Absatz 2 im Lichte der Botschaft zu konkretisieren haben (Uni NE).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, FR, GE, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Die Urkundspflicht ist direkt mit der kantonalen Organisation des Notariats oder der Urkundspersonen verbunden, und für eine bundesrechtliche Regelung, die den Grundsatz undifferenziert wiederholt, ist kein Raum (Unil).

Das bernische Notariatsgesetz erfasst die Problematik der Urkundspflicht umfassender und griffiger und schafft damit die für die Berufspflichten einer Urkundsperson zwingend notwendige Rechtssicherheit (BN).

Die Urkundspflicht ergibt sich bereits aus dem verfassungsmässigen Rechtsverweigerungsverbot (SNV, Unil). Wenn der einfache Gesetzgeber dieses Prinzip übernimmt, muss er die Urkundspflicht im Einzelnen regeln und darf sich nicht auf eine trügerische Übernahme des Grundsatzes beschränken (Unil). Zudem werden die kantonalen Ausstandsgründe durch eine bloss fakultativ ausgestaltete Ablehnungsmöglichkeit illusorisch gemacht, was den verfassungsmässigen Anspruch des Rechtsunterworfenen auf Unparteilichkeit und Unabhängigkeit aushöhlt (SNV).

Namentlich die «wichtigen Gründe» (Abs. 2), aus denen eine Beurkundung abgelehnt werden darf, würden Anwendungsprobleme heraufbeschwören (TI; Uni BE, Uni GE, Unil). Soll jeder Kanton die für die Klientschaft unerlässliche Klarstellung präzisierend selber vornehmen (Uni BE)? Die kantonale Gesetzgebung ist in Bezug auf die Ablehnungsgründe in der Regel viel präziser, so dass es keiner Vervollständigung auf Bundesebene bedarf (Uni GE).

Absatz 1

Sollte die Freizügigkeit auch in Bezug auf Liegenschaftsverträge eingeführt werden – was abzulehnen ist –, wäre die Urkundspflicht allerdings nicht so weit zu fassen (NW, SZ). Die Urkundspersonen sind nämlich nicht in der Lage, die lokalen Usancen, die Gepflogenheiten aller Grundbuchämter der ganzen Schweiz sowie die jeweiligen kantonalen Baugesetzgebungen, z.B. bei der Einräumung von Näherbaurechten, zu kennen (NW). Die unterschiedliche Höhe der Notariatsgebühren würde in Kantonen mit tieferen Ansätzen zu einem markanten Anstieg der Beurkundungen führen. Der zeitlich überlastete Notar könnte die Beurkundung jedoch nicht ablehnen, da Arbeitsüberlastung nicht als wichtiger Grund gelten würde (SZ).

Die Urkundspflicht erstreckt sich nur auf auf Rechtsgeschäfte, für welche die Urkundsperson zuständig ist, deshalb ist die Bestimmung zu ergänzen: «Die Urkundsperson nimmt jede Beurkundung *in ihrem Zuständigkeitsbereich* vor, [...]» (SG).

Absatz 2

Regelungsbefugnisse der Kantone

Soweit bundesrechtliche Mindestanforderungen im Gesetz festgeschrieben werden, ist es von zentraler Bedeutung für die Kantone, zu wissen, welche Regelungsbefugnisse ihnen noch verbleiben und welche nicht. Fragen hinsichtlich dieser «abschliessenden Natur» des Bundesrechts wirft in diesem Zusammenhang – neben dem Unparteilichkeitsgebot nach Artikel 55f VE SchIT ZGB – die vorliegende Bestimmung auf. Die grundsätzliche bundesrechtliche Festlegung der Urkundspflicht nach Artikel 55d Absatz 1 VE SchIT ZGB ist zu begrüssen. Weniger klar ist jedoch, wie sich die Ausnahme davon nach Artikel 55d Absatz 2 VE SchIT ZGB bestimmt: Geschieht dies durch Auslegung der bundesrechtlichen Gesetzesnorm oder durch kantonale Regeln? Will man auf eine einlässliche Bundesregelung verzichten, so sollte die Umschreibung der einzelnen Ausnahmen durch die Kantone erfolgen; die entsprechende Kompetenzverteilung ist klarer zu fassen, etwa mit der Formulierung:

«Die Kantone bestimmen, in welchen Fällen die Urkundsperson eine Beurkundung ablehnen kann» (Uni LU).

In der Botschaft ist festzuhalten, dass die «wichtigen Gründe» im Lichte des kantonalen Rechts auszulegen sind (NE).

Offen ist die Frage, ob künftig im Zweifelsfall die Beurkundung abgelehnt werden muss oder ob Beurkundungen mit einem Vorbehalt der Urkundsperson zulässig sind. Nur

letztere Lösung lässt sich mit dem Grundsatz der Urkundspflicht vereinbaren (Inspektorat ZH).

Konkretisierung durch den Bundesgesetzgeber

Die «wichtigen Gründe», aus denen eine Beurkundung abgelehnt werden darf, sind einzeln aufzuführen (BE) bzw. mit konkretisierenden Merkmalen zu ergänzen (BL, GL, JU), etwa in Form einer nicht abschliessenden Aufzählung von Beispielfällen wie «insbesondere wenn ...», «namentlich bei ...» (BL). Zur einheitlichen Festlegung der Mindeststandards sind die Gründe auf Gesetzesstufe wie folgt aufzulisten:

«¹ [unverändert]

² Die Urkundsperson verweigert die Beurkundung, wenn deren Inhalt offensichtlich rechtlich unmöglich, rechts- oder sittenwidrig ist oder eine offensichtlich nicht urteilsfähige Person bei der Beurkundung mitwirken soll.

³ In Zweifelsfällen nimmt die Urkundsperson die Beurkundung vor und hält die Bedenken in einem Vorbehalt auf der Urkunde fest» (ZH).

Es ist heikel, wenn Urkundspersonen nicht nur berechtigt, sondern auf Wunsch der Klientschaft auch verpflichtet sind, ausserkantonale Grundstücksgeschäfte zu beurkunden. Deswegen ist durch eine Ergänzung der Bestimmung klarzustellen, dass immer ein wichtiger Ablehnungsgrund vorliegt, wenn es um ein ausserkantonales Grundstücksgeschäft geht (NBS).

Ablehnung unter erleichterten Voraussetzungen

Eine Ablehnung ist nicht nur aus «wichtigen Gründen», sondern unter erleichterten Voraussetzungen zuzulassen, denn gerade Urkundspersonen, die bei Gemeinden angestellt sind und über keine wissenschaftliche Ausbildung verfügen, können mit komplexen und umfangreichen Geschäften fachlich wie zeitlich überfordert sein (AR).

Pflicht zur Ablehnung

Die Formulierung ist bedenklich, wonach die Urkundsperson eine Beurkundung ablehnen «darf». Es gibt nämlich Fälle, in denen abzulehnen ist, z.B. wegen Rechtswidrigkeit oder Simulation (Uni GE). Wenn der Notar die Beurkundung verweigern *muss*, wie dies die Mehrzahl der kantonalen Erlasse vorschreibt, werden diese Regeln dem neuen Recht zuwiderlaufen, das lediglich eine Möglichkeit und nicht eine Pflicht zur Ablehnung der Beurkundung vorsieht (Unil).

Keine Begründungspflicht

Wichtig ist, dass die Urkundsperson im Fall einer Ablehnung aus wichtigen Gründen keiner Begründungspflicht unterliegt, denn gerade die als Rechtsanwälte tätigen Notare müssen aufgrund des Anwaltsgeheimnisses in Fällen von möglichen Interessenkonflikten ohne weiteres ablehnen können (LU).

4.6 Rechtsbelehrungspflicht (Art. 55e)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, BS, GR, NE, NW, OW, SG, SH, SZ, ZG, ZH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SBV, SGV, SV, Uni LU, Uni NE, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Änderungsvorschläge

Ausweitung der Belehrungspflicht

Die Bestimmung ist nicht auf die Belehrung zu beschränken, sondern auf die notarielle Beratung auszuweiten (GE). Begrüssenswert wäre zudem eine Klarstellung betreffend die Rechtsbelehrungspflicht in fiskalischen Angelegenheiten (AR).

Begriff der «Urkundspartei»

Der Begriff «Urkundspartei» ist im Gesetz oder in der Botschaft näher zu erläutern, zumal sonst unklar ist, ob nur die sachbeteiligten Klienten bei der Beurkundung unter den Begriff fallen oder auch deren Stellvertreter (ZG). Es ist bedenklich, von einer Definition des Begriffs der «Urkundspartei» abzusehen. Nach geltendem Recht kann der kantonale Gesetzgeber z.B. den Pfandgläubiger in einer Urkunde zur Errichtung eines Schuldbriefs zur «Partei» erklären oder ihm diese Eigenschaft absprechen. Ist etwa der zustimmende Ehegatte nach Artikel 169 ZGB ebenfalls als «Partei» zu verstehen (Unil)?

Der deutsche Begriff «Urkundspartei» ist auf Französisch statt «*parties à la procédure*» zutreffender mit «*parties à l'acte*», «*parties*» oder «*comparants*» wiederzugeben (Uni GE).

Beweis

Mit Rücksicht auf Beweisfragen wäre es sinnvoll, die Bestimmung wie folgt zu ergänzen:

«... de l'acte et en fait mention dans l'acte» (Uni NE).

Zeitpunkt der Belehrung

Die Bestimmung ist dahingehend zu ergänzen, dass die Rechtsbelehrung vor dem Beurkundungsvorgang zu erfolgen hat (LU).

Fürsorgepflicht der Urkundsperson

Die Bestimmung ist zu vage formuliert. Es ist eine Fürsorgepflicht der Urkundsperson einzufügen, die der nicht vertretenen Partei zukommt, und zwar ähnlich in der Wirkung wie die richterliche Fürsorge gegenüber der nicht anwaltlich vertretenen Partei (SGB).

Diskriminierungsfreie Gestaltung der öffentlichen Beurkundung

Um eine unterschiedliche Behandlung von Menschen mit Behinderung in den Kantonen zu verhindern und weil die Verpflichtung zum diskriminierungsfreien Zugang zur öffentlichen Beurkundung eine Bundesvorgabe darstellt, ist die Rechtsbelehrungspflicht um einen Absatz 2 zu ergänzen:

«²Die Belehrung des Abs. 1 muss im Einzelfall auf die besonderen Bedürfnisse einer Person mit Behinderung angepasst werden» (EH).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, FR, GL, JU, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Fraglich ist, inwiefern nach der vorgeschlagenen Bestimmung Raum ist für ergänzende kantonale Regelungen (TI). Der Umfang und die wirkliche Tragweite der Rechtsbelehrungspflicht sind völlig unbestimmt (VD). Es fehlt eine Belehrung über das Verfahren (Uni BE).

Die Regelung führt zu einer Nivellierung nach unten, zumal die Rechtsbelehrung in der Praxis vielerorts weitergeht und etwa auch die Besteuerung und die Rechtsberatung umfasst (SNV, Unil).

Wenn der erläuternde Bericht auf Lehre und Rechtsprechung betreffend Rechtsbelehrungspflicht im Bereich der «Sachbeurkundungen» hinweist, wäre es klarer, diese vom Anwendungsbereich der Regelung auszunehmen (Unil).

4.7 Unparteilichkeit (Art. 55f)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, BS, GR, LU, NW, OW, SG, SH, ZG; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SGB, SGV, SV, VSGV), freilich nur Absatz 1 (ZH).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, FR, GE, GL, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Fraglich wäre insbesondere die Auslegung des Begriffs der «nahestehenden Personen» nach Absatz 2 (TI, VD; SNV, Uni BE, Uni GE, Unil). Statt Bundesrecht und kantonales Recht zu vermengen, wären die Ausstandsgründe abschliessend zu regeln (VD). Absatz 2 ist ersatzlos zu streichen. Da die einzelnen Ausstandsgründe bereits vom kantonalen Recht geregelt werden, ist auf eine bundesrechtliche Regelung zu verzichten (ZH; Unil). Angesichts der oft präzisen Regelung der Ausstandspflicht durch das kantonale Recht ist nicht nachvollziehbar, inwiefern die vorgeschlagene Regelung der Klarheit und Rechtssicherheit dienen soll (Uni GE).

Die Unparteilichkeit und die Ausstandspflicht haben Verfassungsrang. Eine entsprechende Bestimmung auf Gesetzesstufe hat mangels eigenständiger Bedeutung keinen Sinn (SNV, Unil).

Gravierend ist, wenn eine Verletzung der Ausstandspflicht die Gültigkeit der Urkunde unberührt lässt; allenfalls wäre eine gerichtliche Aufhebung innert einer beschränkten gesetzlichen Frist vorzusehen (Unil).

Absatz 1

Der Begriff «Beteiligte» ist im Gesetz oder in der Botschaft näher zu umschreiben. Sonst ist unklar, ob neben den Vertragsparteien auch eine «beteiligte» Drittperson, z.B. der nach Artikel 169 ZGB zustimmungspflichtige Ehegatte, dazu gehört (ZG).

Weil die Beteiligten davon ausgehen, dass die Urkundsperson sie absolut neutral und unabhängig behandelt, ist die Unabhängigkeit ausdrücklich zu erwähnen (SBV).

Absatz 2

Regelungsbefugnisse der Kantone

Soweit bundesrechtliche Mindestanforderungen im Gesetz festgeschrieben werden, ist es von zentraler Bedeutung für die Kantone, zu wissen, welche Regelungsbefugnisse ihnen noch verbleiben und welche nicht. Fragen hinsichtlich dieser «abschliessenden Natur» des Bundesrechts wirft in diesem Zusammenhang – neben der Urkundspflicht nach Artikel 55d VE SchIT ZGB – die vorliegende Bestimmung auf. Die grundsätzliche bundesrechtliche Festlegung der Unparteilichkeit nach Artikel 55f Absatz 1 VE SchIT ZGB ist zu begrüßen. Weniger klar ist jedoch, wie sich die Ausnahme davon, nämlich die Ausstandspflicht nach Artikel 55f Absatz 2 VE SchIT ZGB, bestimmt: Geschieht dies durch Auslegung der bundesrechtlichen Gesetzesnorm oder durch kantonale Regeln? Will man auf eine einlässliche Bundesregelung verzichten, so sollte die Umschreibung der einzelnen Ausnahmen durch die Kantone erfolgen; die entsprechende Kompetenzverteilung ist klarer zu fassen, etwa mit der Formulierung:

«Die Kantone bestimmen, in welchen Fällen die Urkundsperson in den Ausstand zu treten hat» (Uni LU).

Konkretisierung durch den Bundesgesetzgeber

Der Ausstand ist zu knapp geregelt; zahlreiche Bestimmungen des Bundesrechts – namentlich Artikel 10 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) betreffend Ausstandspflicht sowie Artikel 8 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) betreffend Unvereinbarkeit in der Person – sind präziser. Die vorliegende Regelung ist nach den erwähnten Bestimmungen auszurichten (Uni NE).

Die Ausstandsgründe sind einzeln und abschliessend zu regeln (BE). Der Bundesgesetzgeber hat zu bestimmen, welche Ausstandsregeln gelten, oder er hat diese selber zu normieren. Denkbar wäre auch ein Verweis auf die Ausstandsregeln der ZPO (SZ). Das Gesetz hat zu regeln, in welchem Verhältnis der vorliegende Absatz 2 zu den bundesrechtlichen Aus-

standsregeln nach Artikel 503 ZGB und zu den kantonalrechtlichen Ausstandsbestimmungen steht. Sollte es nicht möglich sein, eine klare Rahmenordnung zu erlassen, ist eine bundesrechtliche Ausstandsregelung erforderlich (SAV).

Erforderlich ist eine Konkretisierung der «nahestehenden Personen» (JU; SAV), und zwar durch das kantonale Recht (NE). Die Begriffe «Beteiligung» und «Selbstbeteiligung» sind im Gesetz (SZ; SAV) oder in der Botschaft näher zu umschreiben (SZ).

4.8 Wahrheitspflicht (Art. 55g)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, BS, GR, LU, NW, OW, SG, SH, SZ, ZG, ZH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SBV, SGB, SGV, SV, Uni LU, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Allerdings ist die Bestimmung in einem Satz zusammenzufassen:

«Die Urkundsperson beurkundet wahrheitsgetreu und klar» (ZH).

Änderungsvorschläge

Der Randtitel ist unvollständig, denn die Wahrheitspflicht und die Klarheitspflicht sind nicht dasselbe und haben eine unterschiedliche Finalität. Dementsprechend wäre zu formulieren: «6. Wahrheits- und Klarheitspflicht». Man könnte sich auch fragen, ob Absatz 2 (scil. «Sie beurkundet klar») nicht entbehrlich ist (Uni NE).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, FR, GE, GL, JU, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Die undifferenzierte Behandlung der Wahrheitspflicht hat untragbare Folgen, zumal die Regelung eine unterschiedliche Würdigung von Willens- und Sachbeurkundungen unmöglich macht (SNV).

Es besteht das Risiko, dass die vorgeschlagene Minimalregelung die Anforderungen zahlreicher kantonalen Erlasse nach unten nivelliert (Unil).

Absatz 1

Die vorgeschlagene Wahrheitspflicht geht zu wenig weit, denn sie erlaubt die Beurkundung von Tatsachen, von denen der Notar bloss annimmt, dass sie stimmen. Die Urkundsperson soll aber nur Willenserklärungen und Tatsachen beurkunden dürfen, die sie selbst vorschriftsgemäss wahrgenommen hat (BE, NE).

Der Satz 2 (scil. «Insbesondere trifft sie in der öffentlichen Urkunde keine Feststellung, von der sie weiss, dass sie nicht stimmt») folgt aus der Wahrheitspflicht nach Satz 1 und ist mangels selbständiger Bedeutung zu streichen (NE, ZH).

4.9 Schweigepflicht (Art. 55h)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, GR, NW, OW, SG, SH, ZG, ZH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SV, Uni LU, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, GE, GL, JU, NE, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil, Uni NE).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Weil sich – je nach Notariatssystem – das Amtsgeheimnis im Amtsnotariat und das Berufsgeheimnis im freiberuflichen Notariat nicht über einen Leisten schlagen lassen, ist vorliegend bloss der Grundsatz der Schweigepflicht festzuhalten. Die nähere Ausgestaltung obliegt dem kantonalen Recht (NE).

Erforderlich ist eine Harmonisierung mit Artikel 321 StGB betreffend die Verletzung des Berufsgeheimnisses (JU; Uni NE). Die vorgeschlagene Regelung steht nicht im Einklang mit der Verletzung des Amtsgeheimnisses und des Berufsgeheimnisses im Sinn des Strafgesetzbuchs (VD; SNV, Unil). Zudem wäre die Schweigepflicht der Urkundsperson an das absolute Berufsgeheimnis nach Artikel 13 Absatz 1 des Anwaltsgesetzes (SR 935.61) anzugleichen (VD; Unil).

Die vorgeschlagene Regelung ist verfassungswidrig, denn die Gesetzgebungskompetenz zur Festlegung der Schweigepflicht liegt ausserhalb der Bundeskompetenz im Gebiet des Zivilrechts (SNV).

Absatz 1

Die Verwendung des rechtlich nicht definierten Begriffs «Beteiligte» ist unzweckmässig (LU).

Absatz 2

Die Bestimmung ist lückenhaft; in Ziffer 1 fehlt insbesondere die Entbindung vom Berufsgeheimnis durch die Aufsichtsbehörde (BS, FR, SZ).

Ziffer 3 ist wie folgt zu ergänzen: Keine Schweigepflicht besteht, wenn «die Urkundsperson durch die Gesetzgebung zur Bekanntgabe an Behörden *oder Dritte* verpflichtet ist» (SZ). Aus Gründen der Rechtssicherheit sind beispielhaft die wichtigsten Fälle festzuhalten, in denen die Urkundsperson durch die Gesetzgebung zur Bekanntgabe an Behörden verpflichtet ist (SGB).

Im Zusammenhang mit der Aufklärungspflicht darf die Schweigepflicht nicht zum Konflikt führen. Es ist ausdrücklich zu erwähnen, dass die Schweigepflicht nur gegenüber Drittpersonen gilt; allein die Gegenwart einer bestimmten Person könnte eine Partei daran hindern, kritische Fragen zu stellen. Erforderlich ist deshalb folgende Ergänzung:

«Keine Schweigepflicht besteht:

(*neu*) unter den an der öffentlichen Urkunde direkt beteiligten Parteien» (SBV).

Absatz 3

Der Begriff der «Nebenperson» ist näher zu bestimmen (BE).

4.10 Hauptverfahren. Beurkundungsvorgang (Art. 55i)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, GR, OW, SH, SZ, ZG, ZH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SBV, SGB, SGV, SV, Uni LU, Uni NE, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, AR, FR, GE, GL, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Die Parteien können im Rahmen des Hauptverfahrens nicht gezwungen werden, den im Vorverfahren ausgehandelten Urkundenentwurf nochmals zu lesen. In der Regel beschränken sich die Vertragsteile darauf, den Entwurf mit der künftigen Urschrift kurz zu vergleichen – dies im Vertrauen darauf, dass ihnen die Urkundsperson nichts Unerwartetes unterbreitet. Das Hauptverfahren wird dadurch zu einer äusserst kurzen Angelegenheit. Statt aufgrund der Lehre und Rechtsprechung ein «nicht mehr gelebtes» Verständnis des Hauptverfahrens

festzuschreiben, ist eine «zeitgemässe» Regelung des Beurkundungsverfahrens anzustreben (AR).

Nach dem Randtitel ist die Bestimmung nur bei «rechtsgeschäftlichen Beurkundungen» anzuwenden. Sollten damit Willensbeurkundungen gemeint sein, ist zu bedenken, dass die Schuldbrieferrichtung als rechtsgeschäftliche Beurkundung zu qualifizieren ist. Sie muss also dem Grundpfandgläubiger vorgelesen oder zu lesen gegeben werden. Damit würden alle anderen im Schuldbriefrecht bekannten Beurkundungsprozesse unzulässig, welche von einer Mitwirkungspflicht des Grundpfandgläubigers absehen (SNV).

Legt der Bund selbst das Hauptverfahren bei rechtsgeschäftlichen Beurkundungen fest, so genügt es nicht, wenn er bei den Berufspflichten nur unvollständig und unklar verfasste Mindestanforderungen legiferiert. Eine in sich abgestimmte Ordnung des formellen Beurkundungsrechts geht damit verloren, was die Rechtssicherheit im Zusammenhang mit öffentlich beurkundeten Rechtsgeschäften in unerträglichem Ausmass schwächt (Uni BE).

Es fehlt eine Regelung des Falles, in dem namentlich eine Behinderung einer Partei der normalen Durchführung des Hauptverfahrens entgegensteht (TI).

Absatz 1

Vorlesung oder Selbstlesung werden als gleichwertig nebeneinander gestellt, ohne zu bestimmen, ob es sich dabei um eine Wahlfreiheit der kantonalen Verfahrensordnungen oder der Parteien handelt (SNV).

Die Selbstlesung ist vor der Vorlesung zu nennen. In vielen Kantonen stellt nämlich das Selbstlesungsverfahren die übliche Beurkundungsart dar. Das Vorlesungsverfahren wird nur angewandt, die die Parteien dies explizit wünschen oder wenn die Anwendung dieses schwerfälligeren Beurkundungsverfahrens objektiv geboten ist. In gewissen Kantonen mit Vorlesungsverfahren wird bei umfangreicheren Urkunden anstelle des kantonalen Beurkundungsverfahrens das eidgenössische Verfahren nach Artikel 499 ff. ZGB angewandt, um die Vorlesung zu umgehen (Inspektorat ZH).

Zudem wäre zu prüfen, ob es allenfalls reichen würde, wenn die Urkundsperson der Urkundspartei in geeigneter Form vom Inhalt der Urkunde Kenntnis gibt (BN).

Sollte eine kantonale Regelung, die lediglich die Vorlesung durch die Urkundsperson als verlangt, als bundesrechtswidrig erachtet werden, würde die Qualität der öffentlichen Beurkundung einen schweren Rückschlag erleiden (Unil).

Ergänzend ist vorzusehen, dass der Inhalt einer Urkunde solchen Personen, die in ihrer sinnlichen Wahrnehmung beeinträchtigt sind, dass sie die Urkunde weder selbst lesen noch den Inhalt durch Zuhören zur Kenntnis nehmen können, auch auf andere Weise vermittelt werden kann (SAV). Für sogenannte «ausserordentliche» Verfahren ist global auf das kantonale Recht zu verweisen (Unil).

Diskriminierungsfreie Gestaltung der öffentlichen Beurkundung

Blosse Hinweise in den Erläuterungen auf «ausserordentliche Verfahren» vermögen keinen diskriminierungsfreien Zugang zu der öffentlichen Beurkundung sicherzustellen. Für viele Menschen mit Hörbehinderung reicht die Selbstlesung nicht aus, wenn es um komplexe Dokumente geht. Insbesondere jene, deren Muttersprache die Gebärdensprache ist, haben grosse Probleme mit dem Verständnis komplizierter schriftlicher Texte. Deswegen ist die Regelung des Verfahrens wie folgt zu ergänzen:

«Kann bei Personen mit Hörbehinderung durch Selbstlesung nicht sichergestellt werden, dass diese vom Inhalt des Urkundenentwurfs Kenntnis erhalten, so ist ein/e Gebärdensprachdolmetscher/in auf Kosten der Behörde beizuziehen.»

Alternativ ist folgender Absatz aufzunehmen:

«Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung muss im Einzelfall auf die besonderen Bedürfnisse einer Person mit Behinderung angepasst werden» (EH).

Der deutsche Begriff «Urkundspartei» ist auf Französisch statt «*parties à la procédure*» zutreffender mit «*parties à l'acte*», «*parties*» oder «*comparants*» wiederzugeben (Uni GE).

Absatz 2 und 3

«Erklärung» und «Genehmigung»

Absatz 2 verlangt, die die Parteien «erklären», ob der Urkundenentwurf ihrem Willen entspricht, während Absatz 3 mit der «Genehmigung» durch die Urkundsparteien fortfährt. Dies führt zur Frage, ob die Erklärung nach Absatz 2 etwas anderes ist als die Genehmigung nach Absatz 3. Die beiden Absätze sind wie folgt zu formulieren:

«Nach Kenntnisnahme des Urkundenentwurfs bestätigen die Urkundsparteien, dass der Entwurf ihrem Willen entspricht. Nach dieser Genehmigungserklärung unterzeichnet die Urkundsperson die Urkunde» (BS).

Der undefinierte Begriff der «Genehmigung» ist zu streichen oder durch einen anderen Begriff, z.B. «Zustimmung», zu ersetzen (LU).

Unterzeichnung durch die Urkundsparteien

Mit Rücksicht auf die Bedeutung, die nach verbreiteter Überzeugung in der eigenhändigen Unterzeichnung des Vertrags liegt, ist die Preisgabe des Erfordernisses der Parteiunterschriften unter der öffentlichen Vertragsurkunde abzulehnen (BS, FR; VSGV). Ein Verzicht auf die Unterzeichnung durch die Urkundsparteien ist bedenklich, denn der Vorschlag widerspricht der in zahlreichen Kantonen vorgeschriebenen Regelung, wonach die Rekognition – unter Vorbehalt körperlichen Unvermögens – durch Unterzeichnung geschieht. Die Vorstellung, dass man «sich erst mit der Unterzeichnung bindet», dürfte auch in der schweizerischen Bevölkerung weit verbreitet sein (Uni LU). Der symbolische Charakter der öffentlichen Beurkundung ist zu wahren. Die Unterzeichnung der Urkunde vor der Urkundsperson soll als bundesrechtliche Anforderung für die öffentlichen Urkunden in Papierform beibehalten werden; es handelt sich dabei um ein Schlüsselement, insbesondere zur Gewährleistung der Rechtssicherheit (SSN). Es darf nicht dem kantonalen Recht überlassen werden, die Unterzeichnung durch die Urkundsparteien zu verlangen, denn dies würde zu unterschiedlichen Regelungen führen (VSGV). Die gesetzliche Vermutung nach Artikel 9 ZGB könnte im Fall fehlender Unterschrift der Parteien leichter umgestossen werden (JU). Jede öffentliche Beurkundung soll zwingend die Unterschrift der Urkundsparteien enthalten, es sei denn dass eine Partei nicht in der Lage ist, zu unterzeichnen (NW). Der Verzicht auf die eigenhändige Unterschrift ist bundesrechtswidrig, denn der Vorschlag widerspricht der abschliessend geregelten bundesgesetzlichen Ordnung der Formvorschriften von Artikel 13–15 OR betreffend die Erfordernisse der einfachen Schriftlichkeit (SNV).

Die Unterzeichnung durch die Urkundsparteien entspricht auch dem Konzept der öffentlichen Beurkundung des ZGB, zumal die in öffentlicher Urkunde errichteten Testamente und Erbverträge sogar in Anwesenheit von Zeugen durch die Verfügenden unterzeichnet werden (NPBS).

Gerade im Sukzessivbeurkundungsverfahren ist die eigenhändige Unterzeichnung der Urkunde durch alle Parteien ein im Rechtsverkehr anerkanntes und unverzichtbares Zeichen, dass tatsächlich alle Parteien vom Inhalt der Urkunde im Beisein des Notars Kenntnis genommen und diesen Inhalt durch ihre Unterschrift genehmigt haben (NBS).

Bei einer allfälligen Einführung der elektronischen Urkunden wäre zur Vermeidung von Anfechtungs- und Fälschungsrisiken zumindest eine digitale Mitunterzeichnung der Parteien vorzusehen (NPBS).

Spezifische Präzisierungen

In Absatz 2 ist eine Präzisierung anzubringen, wonach die Urkundsparteien «in der Urkunde» erklären, ob der Urkundenentwurf ihrem Willen entspricht. Allenfalls könnte auch ein zweiter Satz angefügt werden: *«Il en est fait mention dans l'acte»* (Uni NE).

Obwohl aus dem Prinzip der Einheit des Aktes nach Artikel 55j VE SchIT ZGB hervorgeht, dass die Unterzeichnung der Urkunde durch die Urkundsperson Teil des Beurkundungsvorgangs ist, erscheint in Absatz 3 die Ergänzung angebracht, wonach die Urkundsperson die Urkunde vor den Urkundsparteien zu unterzeichnen hat (LU).

Nebst dem Datum ist in Absatz 3 auch der Ort der Beurkundung anzugeben (AG).

Die Identität der Urkundsperson muss sich eindeutig und zweifelsfrei aus der Urkunde selbst entnehmen lassen. Deshalb ist in Absatz 3 Satz 2 ergänzend einzufügen: «Diese enthält zudem den Namen *und einen Vornamen* der Urkundsperson [...]» (SG).

Berichtigungsverfahren

Die Regelung verhindert ein vereinfachtes Berichtigungsverfahren, wie es in manchen Kantonen besteht (Unil).

Protokolle

Die Bestimmung ist wie folgt zu ergänzen:

«Le notaire chargé de dresser un procès-verbal d'une assemblée d'un organe suprême ou d'une réunion d'un organe de gestion doit y indiquer le lieu, la date, le mode de convocation, la composition de l'assemblée ou de la réunion, les décisions prises et le résultat du vote. Le procès-verbal est signé par le notaire en tant qu'officier public ainsi que par le président et l'éventuel secrétaire de l'assemblée ou de la réunion» (NE).

Begriff der «Urkundspartei»

Der deutsche Begriff «Urkundspartei» ist auf Französisch statt «*parties à la procédure*» zutreffender mit «*parties à l'acte*», «*parties*» oder «*comparants*» wiederzugeben (Uni GE).

4.11 Einheit des Aktes (Art. 55)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, BS, GR, OW, SG; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SV, Uni NE, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Die gesetzliche Niederlegung der Einheit des Beurkundungsaktes ist richtig; problematisch ist hingegen die Zulassung der Sukzessivbeurkundung nach Absatz 3 (Uni LU).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Die Bestimmung entbehrt der verfassungsmässigen Grundlage und verletzt Bundesrecht (SNV). Der Grundsatz der Einheit des Aktes ist keine Mindestanforderung an die öffentliche Beurkundung (SNV), sondern eine Frage des kantonalen Rechts (Unil). Die Zulassung der Sukzessivbeurkundung folgt den Regeln über die Entstehung der Obligation durch Offerte und Akzept und ist keine Frage von wichtigen Gründen (SNV).

Absatz 1

Audiovisuelle Mittel

Die Einheit des Aktes umfasst auch die Einheit des Ortes. Das Notariatsrecht des Kantons Basel-Stadt (§ 12 der Notariatsverordnung) lässt unter bestimmten Voraussetzungen aber auch Versammlungen durch audiovisuelle Übermittlung von anderen Orten zu. Es ist davon auszugehen, dass ein solches Vorgehen der Einheit des Ortes nicht entgegensteht, sofern die Übertragung in Ton und Bild gewährleistet ist und die Urkundsperson damit die notwendigen eigenen Wahrnehmungen machen kann (BS).

Es ist widersinnig, mit der einheitlichen Regelung einer Einheit des Ortes audiovisuelle Mittel auszuschliessen, die den Bedürfnissen der Praxis entsprechen (Unil).

Nebenpersonen

Es ist wichtig, dass die Beurkundung nur in Anwesenheit der absolut notwendigen Personen vollzogen wird. Die Anwesenheit der Nebenpersonen ist deshalb auf das Notwendige zu beschränken (SBV).

Anwendungsbereich

Wiewohl der erläuternde Bericht festhält, der Grundsatz der Einheit des Aktes sei auf Sachbeurkundungen, d.h. die Beurkundung von Vorgängen und Zuständen, nicht anwendbar, geht diese Einschränkung nicht aus dem Normtext hervor (Unil).

Begriffliches

Die Begriffe «Urkundspartei» und «Nebenpersonen» sind nicht definiert (Unil).

Der deutsche Begriff «Urkundspartei» ist auf Französisch statt «*parties à la procédure*» zutreffender mit «*parties à l'acte*», «*parties*» oder «*comparants*» wiederzugeben (Uni GE).

Diskriminierungsfreie Gestaltung der öffentlichen Beurkundung

Die Regelung der Einheit des Aktes ist wie folgt zu ergänzen:

«Die barrierefreie Zugänglichkeit des Beurkundungsortes muss gewährleistet sein, wenn die Anwesenheit von Personen mit Behinderung im Sinne des Art. 55j Abs. 1 verlangt ist» (EH).

Absatz 2

Der unbestimmte Rechtsbegriff «ohne wesentliche Unterbrechung» ist zu vermeiden bzw. mit konkretisierenden Merkmalen zu ergänzen (GL).

Absatz 3 (Sukzessivbeurkundung)

Änderungsvorschläge

Wichtig ist, dass Sukzessivbeurkundungen zulässig sind. Dabei ist es zweckmässiger, dass die Urkundsperson nur in «begründeten Fällen» statt aus «wichtigen Gründen» eine solche Beurkundung vornehmen darf und den Grund in der Urkunde zu nennen hat (SAV).

Es fehlen Leitlinien, welche «wichtigen Gründe» anerkannt sind (AR). Dieser unbestimmte Rechtsbegriff führt zu Rechtsunsicherheit (FR, GE, SZ; Unil) und lässt zu viel Spielraum offen, der nicht den zahlreichen einzelnen Urkundspersonen überlassen werden kann (NW). Der Begriff des «wichtigen Grundes» ist näher – jedenfalls exemplarisch in der Botschaft (SG) – zu definieren (LU, ZG) bzw. mit konkretisierenden Merkmalen zu ergänzen (BL, JU), etwa in Form einer nicht abschliessenden Aufzählung von Beispielfällen wie «insbesondere wenn ...», «namentlich bei ...» (BL).

Die Voraussetzungen der Sukzessivbeurkundung sind restriktiver zu formulieren (FR, JU), und zwar mit der Einschränkung: «*Mit Ausnahme des Ehe- und Erbvertrages können Verträge auch mit jeder Urkundspartei einzeln beurkundet werden*» (SZ). Es ist dafür zu sorgen, dass – entsprechend dem Grundsatz der Einheit des Aktes – Sukzessivbeurkundungen wirklich nur in Ausnahmefällen vorkommen und nicht zur Regel werden (ZG). Um sicherzustellen, dass nur im Ausnahmefall Verträge mit den Urkundsparteien einzeln beurkundet werden, sollen Ausnahmen von der Einheit des Aktes nur mit der Bewilligung der zuständigen Aufsichtsbehörde zulässig sein (NW).

Der deutsche Begriff «Urkundspartei» ist auf Französisch statt «*parties à la procédure*» zutreffender mit «*parties à l'acte*», «*parties*» oder «*comparants*» wiederzugeben (Uni GE).

Ablehnung

Nur das gemeinsam durchgeführte Hauptverfahren bietet Gewähr für die Überprüfung und Beurkundung des übereinstimmenden Parteiwillens (SH). Die öffentliche Beurkundung ist nicht für Alltagsgeschäfte, sondern für Geschäfte von grosser Tragweite vorgesehen. Der Grundsatz der Einheit des Aktes ist dabei von herausragender Bedeutung und sichert na-

mentlich die Rechtsbelehrung der Parteien, den Schutz vor übereilten Handlungen und die Schaffung solider Grundlagen für Registereintragungen. Bei gemeinsamer Durchsicht des anstehenden Geschäfts können Differenzen aufgedeckt und bereinigt werden. Es ist von den Parteien im Interesse der Rechtssicherheit zu verlangen, wenigstens für das Hauptverfahren persönlich vor der Urkundsperson zu erscheinen oder zumindest einen Stellvertreter zu bevollmächtigen. Zudem wirft die administrative Abwicklung der Sukzessivbeurkundung verschiedene Fragen auf, etwa die Festlegung von Fristen zwischen den Beurkundungen, das Vorgehen im Säumnisfall und die Möglichkeit der Urkundsperson, ein Geschäft endgültig abzuschreiben (ZH).

Die Sukzessivbeurkundung ist auszuschliessen (NE, SH) oder höchstens als Rechtsetzungsdelegation an die Kantone auszugestalten (SH, ZH; Uni LU), denn sie führt zu Rechtsunsicherheit (NE). Abzulehnen ist die Sukzessivbeurkundung, weil sie in einem ungeklärten Verhältnis zur Bindung des Offerenten an seinen Antrag nach Artikel 3 ff. OR steht und der einheitlichen Wahrnehmung der Rechtsbelehrungspflicht nach Artikel 55e VE SchIT ZGB widerspricht. Will der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit der Sukzessivbeurkundung in den Kantonen, welche diese bis anhin zugelassen haben, dennoch beibehalten, ist eine kantonale Legiferierungskompetenz zu formulieren:

«Die Kantone sind ermächtigt, vorzusehen, dass aus wichtigen Gründen Verträge mit jeder Urkundspartei einzeln beurkundet werden können» (Uni LU).

4.12 Anwendung bundesrechtlichen statt kantonalen Verfahrens (55k)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, GR, LU, NW, OW, SG, SH, SZ, ZG; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SGB, SGV, SV, Uni LU, Uni NE, VSGV).

Ebenso: CNN, Häusermann.

Die Vorschrift ist grundsätzlich zu begrüssen, würde aber praktisch kaum Konsequenzen haben (SNV, Unil).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, BS, FR, GE, GL, JU, NE, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SAV, SBV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil), zumal dafür kein praktische Bedürfnis besteht (SAV).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Die Zulässigkeit verschiedener Formen kompliziert das Verfahren (SBV). Allenfalls ist eine Neuformulierung notwendig, die den Sinn und Zweck klarer zum Ausdruck bringt; soll die Urkundsperson bei jeder Beurkundung wählen können, ob sie kantonales oder bundesrechtliches Verfahren anwendet, so ist auf die Bestimmung zu verzichten (ZH).

4.13 Nichtentstehen der Urkunde (Art. 55f)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, GR, LU, NW, OW, SG, SH, SZ, ZG, ZH; EVP, SP, SVP; economiesuisse, SBV, SGB, SGV, SV).

Ebenso: Häusermann.

Allerdings stellt sich die Frage, ob nicht – zumindest in den Fällen von Ziffer 2 und 3 – Ungültigkeit statt Nichtigkeit die bessere Rechtsfolge wäre, und zwar in Anlehnung an Artikel 520/520a ZGB i. Verb. m. Artikel 55k VE SchIT ZGB (SH).

Änderungs- und Prüfungsvorschläge

Nichtigkeitspraxis

Falls mit «Nichtentstehen» die «Nichtigkeit» im Sinn der bundesgerichtlichen Praxis zur Verletzung von Formvorschriften unter Lebenden gemeint ist, muss darauf hingewiesen werden,

dass die herrschende Lehre diese «Nichtigkeitspraxis» unter Hinweis auf Artikel 11 Absatz 2 OR stark kritisiert (Uni LU).

Es wäre zu begrüssen, wenn die Meinungsdivergenz der Folgen eines Verstosses gegen Artikel 11 OR zwischen dem Bundesgericht (Nichtigkeitsfolge) und der herrschenden Lehre (Ungültigkeit) durch eine explizite Gesetzesnorm beendet würde (Inspektorat ZH).

Die generelle Nichtigkeit der öffentlichen Urkunden ist in den in der Bestimmung erwähnten Fällen nicht überall erforderlich und sinnvoll. Ganz im Gegenteil, denn dies würde die Rechtssicherheit übermässig und unnötig beeinträchtigen. Auch eine «blosse» Formungültigkeit mit entsprechender Anfechtungsmöglichkeit wäre nicht in allen Fällen notwendig und zweckmässig. Die Bestimmung müsste im Gesamtzusammenhang überdacht und auch mit den kantonal-rechtlichen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften harmonisiert werden (NPBS).

Katalog der Ungültigkeitsgründe

Unklar ist, ob in Ziffer 1–3 wirklich alle Fälle aufgeführt sind, die wertungsmässig als Gültigkeitsmangel angesehen werden müssen. Ein solcher Mangel liegt heute nach dem Recht mehrerer Kantone auch vor, wenn Vorschriften über die Zuständigkeit, Unvereinbarkeit und Ausstand verletzt worden sind – eine Wertung, die konsequent ist und in das Bundesrecht übernommen werden sollte (Uni LU). Eine öffentliche Urkunde soll auch nicht entstehen, wenn der Notar die Urkunde ohne Rogation erstellt (BE).

Die Fälle, in denen keine öffentliche Urkunde entsteht, sind nach einer vertieften Prüfung allenfalls auszuweiten (JU).

«Vollständige und richtige» Beurkundung

Die bisherige Fragestellung, ob eine öffentliche Urkunde entstanden und ob das Geschäft gültig abgeschlossen wurde ist, hatte ihren Grund in der Aufteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Kantonen; mit der Kodifizierung eines Bundes-Beurkundungsrechts entfällt die Rechtfertigung für eine solche Trennung der Fragestellung. Fortan ist nur noch zu prüfen, ein ein beurkundungsbedürftiges Geschäft gültig zustande gekommen ist; unerheblich ist hingegen die Frage, ob der Ungültigkeitsgrund in einer Verletzung verfahrens- oder materiellrechtlicher Bestimmungen des Bundesrechts liegt. Deshalb ist die Bestimmung anders zu formulieren:

«Art. 55/ Voraussetzungen der formgültigen Beurkundung

¹ Bei der öffentlichen Beurkundung von Willenserklärungen kann das Geschäft nur gültig zustandekommen, wenn alle vom Formzwang erfassten Punkte in der gleichen Urkunde vollständig und richtig beurkundet werden.

² Werden Vorgänge oder Rechtstatsachen öffentlich beurkundet, so müssen alle nach Gesetz oder nach den Umständen wesentlichen Punkte vollständig und richtig beurkundet werden.»

Mit dem Erfordernis, dass die Beurkundung «vollständig und richtig» erfolgen muss, ist implizit gesagt, dass die Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften zur Ungültigkeit des Geschäfts führt (BS).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, AR, FR, GE, GL, NE, SO, TG, TI, UR, VD, VS; CVP, FDP; SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil).

Ebenso: BN, BNV, CP, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Vorliegend geht es nicht um Nichtenstehen, sondern um absolute Nichtigkeit der öffentlichen Urkunde wegen Formmangels (Unil).

Die einzelnen Nichtigkeitsgründe sind der Rechtsprechung zu überlassen (NE). Die bundesrechtlichen Nichtenstehensgründe können in Widerstreit mit kantonalen Nichtigkeitsgründen geraten. Nach Ziffer 1 hätte jeder Irrtum bei der Beurkundung, z.B. betreffend die Identität

der Parteien, die Nichtigkeit zur Folge (VD). Zudem wäre vor dem Hintergrund des Erfordernisses einer eindeutigen Angabe des Vertretungsverhältnisses nach Ziffer 2 eine Stellvertretung ohne Ermächtigung nach Artikel 38 OR ausgeschlossen (VD; Unil).

Während Artikel 11 Absatz 2 OR die Nichtigkeit nur bei Nichtbeachtung der Form bei den wesentlichen Vertragspunkten vorsieht, schafft Artikel 55/ VE SchIT ZGB neue Nichtigkeitsstatbestände, wo das materielle Recht keine vorsieht. Man kann die Regelung angesichts der dadurch entstehenden immensen Rechtsunsicherheit nur ablehnen, zumal Artikel 55/ Ziffer 3 VE SchIT ZGB keine genaue Liste der Nichtigkeitsstatbestände enthält. Vertiefende Überlegungen sollten sich auch auf die Bezeichnung der Rechtsfolge – Nichtentstehen der Urkunde anstatt Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit – und danach, ob die Rechtsfolgen in allen Fällen gleich sein sollte, richten (SSN). Verschiedene Kantone sehen in besonderen Situationen, wie jener des Ausstands, zeitlich beschränkte gerichtliche Aufhebungen vor. Mit Rücksicht auf die Ablehnung abgestufter Sanktionen wird dies nicht mehr möglich sein (Unil).

Die Bestimmung wirft zentrale Fragen auf, ohne sie zu beantworten: Können die Kantone beliebig weitere Gültigkeitsvorschriften definieren? Wenn ja: Dürfen die Kantone wie bisher festlegen, ob die Ungültigkeit eine absolute oder nur eine relative Wirkung hat (Uni BE)?

Ziffer 1

Hat die Urkundsperson nur Teile der Willenserklärung oder von Vorgängen und Zuständen nicht wahrheitsgetreu beurkundet, ist in Analogie zu Artikel 20 Absatz 2 OR eine Teilnichtigkeit der Urkunde vorzusehen (SAV).

Die Vorschrift wirft die Gesamtheit der differenzierten etablierten Auslegungsregeln und Sanktionsfolgen von inhaltlichen Mängeln und Willensmängeln über Bord; die Sanktionsfolge der Nichtigkeit ist masslos (SNV). Es besteht kein Anlass, den Artikel 11 Absatz 2 OR mit einer nicht koordinierten Regel für Willenserklärungen zu verdoppeln (Unil).

Ziffer 2

Die – auch wenn der Mangel materiell folgenlos bleibt – «nicht eindeutige» Bezeichnung der Urkundsparteien oder des Vertretungsverhältnisses ist überspitzt formalistisch (SNV).

Ziffer 3

Da übertrieben harte Sanktionen zu vermeiden sind, muss die Nichtigkeit der öffentlichen Urkunde *ultima ratio* bleiben. Folglich ist zu ergänzen, dass keine öffentliche Urkunde entsteht, wenn die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Beurkundungsvorgang sowie die Einheit des Aktes «ont été gravement violées ou ne peuvent pas être réparées» (Uni NE).

Der Begriff «sowie» ist durch «oder» zu ersetzen, denn die Verletzung der erwähnten Bestimmungen stellt je für sich einen Nichtigkeitsgrund dar (AG).

4.14 Anerkennung der Urkunde (Art. 55m)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, LU, OW; EVP, SP; economiesuisse, SAV, SBV, SGB, SGV, SV, Uni LU, Uni NE).

Ebenso: Vischer.

Wiewohl die Bestimmung verbandsintern seitens der *Chambre vaudoise des arts et métiers* mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis abgelehnt wird, kann man sich damit abfinden, dass die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde auch im Bereich der Liegenschaftsverträge gilt (SGV).

Argumente gegen Freizügigkeit für Grundstücksgeschäfte unbegründet

Die dargelegten Gründe für die Öffnung der interkantonalen Freizügigkeit auf die Liegenschaftsgeschäfte sind überzeugend, und es ist richtig, den «Heimatschutz» fallen zu lassen (OW). Die interkantonale Anerkennung («Freizügigkeit») der öffentlichen Urkunde verdient

Zustimmung. Soweit sie sich nicht auf Grundstücksgeschäfte bezieht, ist sie heute schon weitgehend unumstritten. Diese Freizügigkeit (*locus regit actum*) rechtfertigt sich jedoch auch für Grundstücksgeschäfte, zumal sie dem bundesrechtlichen Grundsatz der freien Wahl des Abschlussortes entspricht und keine überzeugenden Gründe für eine kantonale «Abschottung» bestehen. Im Jahr 1987 hat das Bundesgericht zwar den Kantonen zugestanden, bei Grundstücksgeschäften die Beurkundungsbefugnis den Urkundspersonen des Lageorts vorzubehalten (BGE 113 II 501 ff.). Dieser Praxis wird jedoch von der überwiegenden Lehre widersprochen, und auch einzelne kantonale Gerichte, etwa das Obergericht Basel-Landschaft in: ZBGR 2002, S. 278 ff., sind dieser Rechtsprechung nicht gefolgt (Uni LU).

Widerstand gegen die Freizügigkeit im Bereich der Grundstücksgeschäfte mag auf einem verständlichen Protektionismus beruhen, ist rechtlich aber unbegründet. Das Argument, «*hors-sol*»-Urkundspersonen könnten in Unkenntnis lokaler Eigenheiten im Immobiliengeschäft tätig werden, überzeugt nicht, denn sie würden sich verantwortlich machen. Auch gegen die Liberalisierung des Anwaltsmarktes wurden entsprechende Argumente vorgebracht; die Angst hat sich aber als ungerechtfertigt erwiesen (Uni NE).

Vorteile durch Förderung des Wettbewerbs

Die volle Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde ist im Umfeld der heutigen Mobilität der Bevölkerung und der weiträumigen wirtschaftlichen Aktivitäten angebracht. Die Kundschaft wird ihre Notariatsgeschäfte aus einer Hand abwickeln können, selbst wenn Liegenschaften in mehreren Kantonen betroffen sind. Eine gesunde Konkurrenz der verschiedenen kantonalen Notariate wird auch zu einer allmählichen Angleichung der Notariatsgebühren führen, die sich teilweise im reinen Phantasiebereich befinden (BL).

Die Einführung der Freizügigkeit auch im Bereich der Grundstücksgeschäfte stärkt den begrüssenswerten Wettbewerb (*economiesuisse*), dient der Vereinfachung und lässt den Parteien eine Wahlmöglichkeit (LU). Wesentlich erleichtert wird die zentrale Bewirtschaftung des Liegenschaftsbestands sowie der beurkundungsbedürftigen dinglichen Rechte (*economiesuisse*).

Vorbild Fusionsgesetz

Das Bundesrecht sieht schon heute in Artikel 70 Absatz 2 des Fusionsgesetzes (FusG; SR 221.301) für den Vertrag auf Vermögensübertragung ausdrücklich vor, dass eine einzige öffentliche Urkunde auch dann genügt, wenn Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen (Uni LU).

Schon seit langer Zeit funktioniert Freizügigkeit im Handelsregisterbereich bestens. Seit dem Erlass des Fusionsgesetzes tragen Grundbuchämter auf der Basis von ausserkantonalen Urkunden Handänderungen aufgrund von Vermögensübertragungen ein. Ausserkantonale Urkunden führen unter anderem auch bei den Erbgängen zu Grundbuchmutationen (Vischer).

Problem der Doppelbeurkundung

Mit der vorgeschlagenen Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde soll in erster Linie das Ärgernis der Doppelbeurkundung ausgeräumt werden, die in verschiedenen Kantonen notwendig ist, wenn im Zusammenhang mit anderen beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäften, z.B. Eheverträgen oder Sacheinlagegründungen im Gesellschaftsrecht, Grundstücke übertragen werden (SAV).

Die heutige restriktive Praxis erschwert die Abwicklung von Liegenschaftstransaktionen. Dies namentlich dort, wo Handänderungen von in verschiedenen Kantonen gelegenen Liegenschaften Zug um Zug, also Zahlung gegen Grundbucheintrag/Eigentumsübergang, herbeigeführt werden sollen. Die heute fehlende Freizügigkeit verhindert in solchen Fällen materielles Bundesrecht (Vischer).

Elektronischer Zugang im Grundbuchbereich

Im Handelsregisterbereich ist heute eine sehr gute Plattform im Betrieb, die es dem Notar erlaubt, viele für eine Beurkundung erforderliche Informationen von Gesellschaf-

ten in der ganzen Schweiz effizient und günstig abzurufen. Will eine Urkundsperson aber die angedachte Freizügigkeit beanspruchen, wird sie darauf angewiesen sein, einen flächendeckenden permanenten elektronischen Zugang zu möglichst sämtlichen Grundbuchämtern der Schweiz – ähnlich dem Handelsregisterbereich – zu erhalten (Vischer).

Enthaltung

Die vorliegende Frage ist im Endeffekt mehr politischer als juristischer Natur (SSN).

Die Notariatskammer Basel-Stadt geht davon aus, dass die vorgeschlagene Liberalisierung von ihren Mitgliedern unterschiedlich beurteilt wird, und verzichtet daher auf eine Stellungnahme *pro* oder *contra*. Sollte allerdings die Freizügigkeit eingeführt werden, sind Rahmenbedingungen zu beachten. Insbesondere wäre der direkte elektronische Zugriff auf die Grundbuchdaten nicht nur den kantonalen, sondern auf Wunsch auch den ausserkantonalen Urkundspersonen zu gewähren (NBS).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, AR, BE, BS, FR, GE, GL, GR, JU, NE, NW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, UR, VD, VS, ZG, ZH; CVP, FDP, SVP; SNV, Uni BE, Uni GE, Unil, VSGV).

Ebenso: BN, BNV, CNN, CP, FRI, Häusermann, IGS, NBS, NPBS, ONT, PLR VD, WNV.

Der Vorschlag könnte nur im Rahmen eines Bundesgesetzes über die öffentliche Beurkundung befürwortet werden (BE, BS).

Grundsätzlich verdienen die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereich der Liegenschaftsverträge und eine entsprechende Öffnung der kantonalen Schranken Zustimmung. Diese Änderung des geltenden Rechts darf jedoch nicht isoliert – im Rahmen der vorliegenden Gesetzesänderung betreffend die öffentliche Beurkundung – vorgenommen werden, sondern hat im Rahmen einer umfassenderen bundesrechtlichen Neugestaltung der Rahmenbedingungen im Bereich Notariat zu erfolgen (Häusermann). Damit es bei der Qualität der öffentlichen Urkunden in der Schweiz nicht zu einer gefährlichen Nivellierung nach unten kommt, darf die generelle Anerkennung ausserkantonaler Urkunden erst nach dauerhafter Anhebung des Ausbildungsstandards der Urkundspersonen in allen Kantonen auf das Niveau von Basel-Stadt, Genf, Bern und vergleichbaren Kantonen erfolgen (NPBS).

Abgesehen vom Gebot, Grundbuchsachen vorliegend auszunehmen, ist die Bestimmung um einen Satz 2 zu ergänzen: «Die zuständige Behörde des Errichtungskantons bescheinigt auf Verlangen die Zuständigkeit der Urkundsperson und die Einhaltung der Verfahrensvorschriften» (SG).

Zustimmung zu der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat mit guten Gründen bestätigt, weshalb die volle Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde abzulehnen ist (NW, SZ, TG, ZG, ZH; FDP; SNV, Uni GE). Der Schutz der Parteien gegen die Abfassung von ungenauen, unklaren und den örtlichen Verhältnissen zuwiderlaufenden Verträgen ist stärker zu gewichten als die schweizweite Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde (GR, NW). Die Einführung der Freizügigkeit auch im Bereich der Grundstücksgeschäfte folgt einer Extremposition der Lehre (Uni BE).

Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Vorliegend geht es nicht um Vertragsfreiheit, sondern um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. In diesem Rahmen haben die Parteien ebenso wenig das Recht, ihre Urkundsperson zu wählen wie ihren Richter (VD, VS). Deswegen ist eine Lösung entsprechend Artikel 29 Absatz 4 ZPO vorzusehen, wonach für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die sich auf Rechte an Grundstücken beziehen, das Gericht – und folglich auch die Urkundsperson

son – an dem Ort zwingend zuständig ist, an dem das Grundstück im Grundbuch aufgenommen ist oder aufzunehmen wäre (VS; Uni BE).

Kantonale Unterschiede im Grundstückverkehr und im Grundbuchwesen

Trotz der bundesrechtlichen Regelung des Grundbuchrechts finden sich in der Praxis viele kantonale Unterschiede, womit die wichtigste Voraussetzung für eine gegenseitige Anerkennung der Urkunden nicht gegeben ist (BS, JU, NE; VSGV). Bei der Errichtung eines Pfandrechts ist mangels bundesrechtlicher Vorgabe je nach Kanton danach zu unterscheiden, ob der Gläubiger mitwirken muss oder nicht. Zudem besteht je nach Kanton eine unterschiedliche Praxis, was die Vereinbarung eines Nachrückungsrechts betrifft. Gewisse Kantone verzichten gänzlich darauf und ihre EDV-Grundbuchsysteme sehen einen entsprechenden Eintrag gar nicht vor (BS; VSGV). Weil bei Liegenschaftsverträgen gute Kenntnisse der lokalen Gegebenheiten betreffend Grundbuchwesen und Liegenschaftsverkehr unerlässlich sind, muss die öffentliche Beurkundung bei Liegenschaftsverträgen zwingend durch einen ortskundigen Notar durchgeführt werden (CVP).

Für den Grundstückverkehr sind nebst privatrechtlichen Bestimmungen auch Vorschriften des kantonalen öffentlichen Rechts massgeblich, namentlich betreffend das Bau- und Steuerrecht sowie die Raumplanung. Eine unzulängliche Kenntnis kantonalen Rechts seitens ausserkantonaler Notare führt zu Qualitätsminderung der Beurkundung (FR, GE, JU, NW, SH, SO; Uni BE, Uni GE). Nur kantonale Urkundspersonen sind mit dem kantonalen Bau- und Sachenrecht und damit den örtlichen Besonderheiten vertraut (SVP). Keine Urkundsperson vermag 26 kantonale Rechtsordnungen zu beherrschen (GE; Unil); mangelhafte Anträge ausserkantonaler Notare erzeugen Rechtsunsicherheit infolge von Mehraufwand und Abweisungen (GE). Auch der Grundbuchführer hat Schwierigkeiten, die Richtigkeit eines ausserkantonalen Erlasses abzuschätzen (TI).

Für Liegenschaftsgeschäfte ist eine exzellente Kenntnis der Behörden erforderlich, was im Fall ausserkantonaler Urkundspersonen nicht gewährleistet ist (JU).

In der Regel werden angesichts unterschiedlicher kantonalen Rechtsordnungen – mit Kostenfolge für die Urkundsparteien – zwei Notare beizuziehen sein: Die Urkundsperson des Errichtungskantons und der Notar am Ort der gelegenen Sache (CNN).

Beratung und Rechtsbelehrung

Die volle Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde führt zu Wettbewerbsverzerrungen und zur Quersubventionierung unter freiberuflichen und beamteten Notaren. Denn das lateinische Notariat nimmt nicht nur die eigentliche Beurkundung vor, sondern erbringt zudem eine umfassende Beratung. Diese Dienstleistung könnte infolge des finanziellen Drucks seitens der Amtsnotariate kaum aufrecht erhalten werden; die blossе Verurkundung kann ungleich günstiger angeboten werden, wenn sie – woran auch die Rechtsbelehrungspflicht (Art. 55e VE SchIT ZGB) nichts ändert – ohne jegliche Beratung erfolgt. Es besteht die Gefahr, dass das lateinische Notariat mit der vollen Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde entscheidend ins Hintertreffen gerät (BE). Da die Belehrungspflicht nach Artikel 55e VE SchIT ZGB keine notarielle Beratung umfasst, erstere jedoch keinen hohen Ausbildungsstand, insbesondere keine akademische Ausbildung voraussetzt, werden die Anforderungen an die Professionalität der Urkundspersonen in der Schweiz auf das Niveau der Kantone mit der schlechtesten Ausbildung der Urkundspersonen heruntergeschraubt (BS). Jedenfalls werden Parteien, die von der Urkundsperson statt einer umfassenden Beratung bloss eine (Rechts-)Belehrung erhalten, in unzulässiger Weise schlechter geschützt (GE). Eine auswärtige Urkundsperson wird aufgrund ungenügender oder aus zweiter Hand gewonnener Kenntnisse (Uni GE) der kantonalen und kommunalen Bau- und Steuergesetzgebung sowie der Organisation des Grundbuchwesens kaum in der Lage sein, ihrer Rechtsbelehrungspflicht nachzukommen (NW, SG, SH, TI, VD, VS, ZH; SNV, Unil). Das erhöhte Risiko infolge mangelnder rechtlicher Information benachteiligt den durchschnittlichen Rechtssuchenden, jedoch kaum den Immobilienfachmann (Unil). Aufklärung und Beratung sind mangelhaft, wenn das lokale Wissen fehlt. Gerade in Kantonen mit örtlich verschiedenen sachenrechtlichen Eigenheiten ist der Ortsbezug elementar wichtig. Die nicht ortsansässige Urkundsperson kennt z.B. die sachen- und

grundbuchrechtlichen Besonderheiten einer Region nicht. Ohne Kenntnis dieser regionalen Besonderheiten sind gewisse Gegebenheiten des kantonalen Grundbuchrechts nicht zu verstehen, z.B. Eigenheiten wie «Klobenrechte», «Wegrodel» oder «Nachzahlungspflichten» (SZ). Trotz des eidgenössischen Grundbuchs bestehen viele kantonale Eigenheiten, gerade im Bereich der Register (ZH). Auch ob ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinn einer Übervorteilung nach Artikel 21 OR besteht, kann die Urkundsperson nur bei Kenntnis der regionalen Preisverhältnisse erkennen (SG).

Das lateinische Notariat erbringt neben der eigentlichen Beurkundung eine umfassende Beratung. Da die blossе Beurkundung eines Textes ungleich günstiger angeboten werden kann, führt die vorgeschlagene Regelung zu einer bedenklichen Wettbewerbsverzerrung und zur Quersubventionierung unter beamteten und freiberuflichen Notaren (BN). Falls sich die Urkundsparteien systematisch an Amtsnotare richten, müssen sie die erforderliche Beratung – mit Kostenfolge – bei privaten Beauftragten, etwa Anwälten, einholen (BN, CNN). Amtsnotare sind somit nur auf den ersten Blick kostengünstiger (CNN).

Amtsnotariat

Viele Kantone der Zentral- und Nordwestschweiz kennen das Amtsnotariat; in einigen Kantonen besteht Personalunion der Urkundsperson und des Grundbuchführers. Die räumlichen und rechtlichen Kenntnisse der Amtsnotare ermöglichen eine auf die im jeweiligen Kanton zugeschnittene Beratung und Belehrung (SG). Die Freizügigkeit würde den heute bestehenden Vorteil des Amtsnotariats – keine Reibungsverluste zwischen Notar und Grundbuchverwalter bzw. keine Abweisungsverfahren – gefährden, was nicht zu unterstützen ist (SH, SZ). Ist die Urkundsperson zugleich Grundbuchverwalter, führt praktisch jeder Tagebucheintrag zum definitiven Eintrag im Grundbuch. Abweisungen erfolgen keine; auch deswegen hat der Kanton Schwyz schweizweit die tiefsten Notariats- und Grundbuchgebühren. Diese Rechtssicherheit des Kunden geht mit dem Grundsatz der freien Wahl des Abschlussortes verloren; die Abweisungen des Grundbuchverwalters werden stark zunehmen (SZ). Im Kanton Thurgau sind einzig die Grundbuchämter und die Notariate für die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften über Rechte an Grundstücken zuständig. Durch diese Beschränkung der Beurkundungskompetenz besteht eine grosse Rechtssicherheit. Die Grundbuchämter müssen nur selten Grundbuchanmeldungen abweisen, weil die Voraussetzungen für die Eintragung in das Grundbuch nicht erfüllt sind. Dementsprechend muss auch die Aufsichtsbehörde noch seltener Beschwerden gegen Abweisungsverfügungen behandeln. Das Amtsnotariat hat sich bewährt (TG). Im Kanton Solothurn dürfen lediglich Amtsschreiber Grundstücksgeschäfte beurkunden. Die Freizügigkeit führt dazu, dass sämtliche Urkundspersonen der Schweiz, auch im Kanton Solothurn tätige frei erwerbende Notare, Verträge über Grundstücke im Kanton beurkunden dürfen. Es ist zu befürchten, dass das bewährte Amtsnotariat damit unter Druck gerät und mittelfristig sogar abgeschafft werden könnte (SO).

Im Kanton Zürich gibt es in der Praxis – im Gegensatz zu den Kantonen mit lateinischem Notariat – keine Abweisungen von Grundbuchanmeldungen, die sich auf öffentliche Urkunden der Zürcher Urkundsperson stützen. Dies ist eine Folge der Synergieeffekte, wenn dem Notariat auch das Grundbuchamt angegliedert ist (Inspektorat ZH).

Freiberufliches Notariat

Die Regelung würde die freiberuflichen Zuger Urkundspersonen gegenüber freiberuflichen Notaren aus anderen Kantonen benachteiligen (ZG).

Wettbewerbsverzerrungen

Die vorgeschlagene Regelung führt zu einer nationalen Öffnung des Wettbewerbs zwischen den Notariaten in den verschiedenen Kantonen. Amtsnotariate würden in direkter Konkurrenz zum freien Notariat stehen, wobei die für einen wirksamen Wettbewerb notwendigen Instrumente – man denke etwa an kantonale Werbeverbote und enge Gebührenvorgaben – vom Bundesrecht nicht gewährleistet würden. Die einzelnen Notariate könnten sich aufgrund ihrer kantonalen notariatsrechtlichen Auflagen nicht frei und adäquat an die mit der neuen Freizügigkeit im Liegenschaftsbereich einhergehenden

de Marktveränderung anpassen. Folglich würde dies aufgrund unterschiedlicher kantonalen Rahmenbedingungen unweigerlich zu einer unerwünschten Markt- und Wettbewerbsverzerrung führen und einzelne Notariate je nach kantonalen Gesetzgebung bevorzugen oder benachteiligen. Mit der vorgeschlagenen Regelung würde ein Markteingriff vorgenommen, der die funktionierende, flächendeckende Erbringung von notariellen Dienstleistungen und somit das öffentliche Interesse gefährdet (Häusermann).

Aufsicht

Die Anwendung kantonalen Rechts im Immobilienwesen wird beeinträchtigt, indem ausserkantonale Urkundspersonen nicht der Aufsicht wie die Notare vor Ort unterstehen (GE). Ein Waadtländer z.B. müsste sich wegen der Beanstandung einer durch einen Zuger Notar vorgenommenen öffentlichen Beurkundung an die dortige Aufsichtsbehörde wenden, was eine Erschwerung des Rechtsschutzes bedeuten würde (VD). Gerade im Hinblick auf eine hohe Qualität und Rechtssicherheit ist im Grundstücksverkehr eine Verzettelung der Aufsicht über die Urkundspersonen zu vermeiden (SZ).

Haftungsrisiko

Es besteht die Gefahr eines erhöhten Haftungsrisikos für den Kanton, da die Notare öffentliche Urkunden betreffend Liegenschaften beurkunden werden, obwohl sie mit den örtlichen Gegebenheiten, Eigenheiten und Gepflogenheiten nicht vertraut sind (GR; SNV). Vor dem Hintergrund der Haftung des Kantons für den aus der Grundbuchführung entstehenden Schaden nach Artikel 955 ZGB kann es nicht sein, dass ein Kanton entstehen muss, wenn gestützt auf eine unzureichende Urkunde aus einem anderen Kanton ein fehlerhafter Eintrag im Grundbuch erfolgt ist (TG). Aufgrund der Urkundspflicht darf die Urkundsperson ein Beurkundungsgesuch trotz fehlender Orts- und Sprachkenntnisse nicht ablehnen; in der Folge könnte die Qualität der Beurkundungen sinken, während rechtliche Auseinandersetzungen und Haftungsansprüche zunehmen (ZH).

Tarife

Kantonale Tarife für Beurkundungen variieren in der Schweiz stark; die interkantonale Freizügigkeit öffentliche Urkunden führt zu einem unerwünschten Beurkundungstourismus (AR, FR, JU, TG), indem vermehrt Urkundspersonen der Kantone mit den tiefsten Beurkundungsgebühren berücksichtigt würden (NW). Die Kantone könnten gezwungen sein, ihre Tarife anzupassen (FR). Die Konzentration der Urkundenerstellung auf die Amtsschreibereien ist für die Urkundsparteien kostengünstig (SO).

Es ist zu befürchten, dass Laien bei den in der Regel besser vergüteten Immobiliengeschäften zu einer ausserkantonalen Beurkundung bei Tiefpreis-Notariaten verleitet würden. Dies würde letztlich das in vielen Kantonen wie in Basel-Stadt bestehende System der Sozialtarife in Frage stellen. Denn diese sind im Interesse des weniger zahlungskräftigen Publikums so aufgebaut, dass Beglaubigungen und allgemein Beurkundungen mit kleineren Geschäftswerten nicht kostendeckend in Rechnung gestellt werden dürfen, was aber auf die Dauer mit einträglicheren Notariatstaxen bei Beurkundungen mit grösseren Geschäftswerten kompensiert werden kann bzw. zur Erreichung eines Gleichgewichts kompensiert werden muss. Würden mit einer zu frühzeitigen interkantonalen Freizügigkeit falsche Anreize gesetzt, blieben in Kantonen mit hoher Qualität und Sozialtarifen lediglich bzw. überwiegend die unterpreisigen Beurkundungen, wohingegen viele bessere Grundstücksgeschäfte mit Kompensationscharakter in andere Kantone mit tieferen Standards und Kosten abwandern würden. Sozialtarife liessen sich deshalb auf Dauer nicht mehr halten und die Freizügigkeit würde sich damit auch zu Lasten der Konsumenten auswirken (NPBS).

Interkantonaler Grundstücksverkehr

Die *lex rei sitae*-Auffassung führt zu keiner Erschwerung des interkantonalen Grundstücksverkehrs. Auch wenn z.B. Grundstücke – was singuläre Vorkommnisse sind – in mehreren Kantonen gleichzeitig beurkundet werden müssen, können diese Beurkundungen mittels Bedin-

gungen problemlos durch mehrere Urkundspersonen abgewickelt und in den Grundbüchern eingetragen werden. Die Sache bedeutet keine Gefahr der Vereitelung von Bundesrecht und führt zu keinem negativen Zuständigkeitskonflikt (SZ). Der interkantonale Grundstücksverkehr wird weder behindert noch vereitelt, weil in Bezug auf die seltenen Verträge mit Grundstücken in mehreren Kantonen regelmässig Übereinkommen mit den Nachbarkantonen bestehen (TG).

Der interkantonale Grundstücksverkehr im «privaten» Bereich hält sich in bescheidenem Rahmen; meist geht um benachbarte Grundstücke. Wenn nötig ist es Sache der betroffenen Kantone, hier eine Regelung zu treffen (WNV).

Zentralisierung des Notariats und standardisierte Abläufe

Eine Verlagerung der Beurkundungen in die grossen Zentren könnte zum Nachteil des Notariats vor Ort erfolgen. Auch könnten Banken ihre Kunden dazu anhalten, alle Hypothekengeschäfte über die gleichen Notariatsbüros abzuwickeln (FR, JU), dies allenfalls an einem entfernten Ort, in einer fremden Sprache und ohne wirkliche Informationen über die lokalen Eigenheiten (VD).

Es ist bedenklich, ein System aufzugeben, das indirekt die «*petites études notariales de campagne*» schützt, zumal die Klientschaft mit einem sogenannten *service de proximité* zufrieden ist (CNN).

Es besteht die begründete Befürchtung, dass die lokalen öffentlichen Beurkundungen standardisierten Abläufen zum Opfer fallen (GR, VD), dies namentlich im Interesse grosser Immobilienfirmen (VD). Es ist davon auszugehen, dass professionelle Vertragsparteien im voraus formulierte Klauseln über die Wahl der Urkundsperson unterbreiten, denen der Erwerber nur noch zustimmen kann (Unil).

Landessprachen

Infolge der Freizügigkeit vermehrte Beurkundungen in allen Landessprachen beeinträchtigen die Klarheit der Anmeldungen und erschweren die Prüfung durch die Grundbuchämter (FR, NE). Für öffentliche Urkunden könnte nicht mehr der Gebrauch der italienischen Sprache vorgeschrieben werden (TI).

Arbeitsbelastung

Die mit der Freizügigkeit einhergehenden praktischen Probleme würden mit einer Zunahme der Arbeitsbelastung für die Grundbuchämter und einer längeren Behandlungsdauer für die Geschäfte einhergehen (NE). Durch vermehrte Erteilung von Rechtsauskünften, Vorprüfungen usw. würde sich der administrative Mehraufwand bei den Grundbuchämtern massiv erhöhen (UR). Mit Rücksicht auf die Beurkundungspflicht wäre mit vielen Abweisungen infolge unterschiedlicher Rechtsauffassungen in den Kantonen zu rechnen (AR).

Norarielle Hilfstätigkeit

Im Grundstücksverkehr nehmen Urkundspersonen am Ort der gelegenen Sache eine Hilfstätigkeit für die Belange des Kantons wahr, z.B. beim Steuerinkasso für die Grundstückgewinnsteuer. Diese Hilfstätigkeit würde im Fall der Einführung der vollen Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde wegfallen (SZ).

Widerspruch zum Fusionsgesetz

Die vorgeschlagene Regelung steht im Widerspruch zu Artikel 70 Absatz 2 des Fusionsgesetzes (FusG). Diese Bestimmung regelt schweizweit einheitlich die örtliche Zuständigkeit für die Beurkundung von Vermögensübertrageverträgen. Damit schränkt das Fusionsgesetz, das erst 2004 in Kraft gesetzt wurde, die freie Wahl des Abschlussorts bedeutend ein (Häusermann) – die genannte Bestimmung besagt, dass in begründeten Fällen eine örtlich verankerte Urkundsperson besser geeignet ist (Inspektorat ZH). Dass der Bundesgesetzgeber nun einer freien Wahl im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte zum Durchbruch verhelfen will, ist widersprüchlich. Dies umso mehr, als keine Absicht ersichtlich ist, Artikel 70 Absatz 2 FusG zu ändern (Häusermann).

Mindestausbildung

Eine Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde wird die Frage der Mindestausbildung der Urkundspersonen aufwerfen. Während gewisse Kantone für die Beurkundungsfähigkeit das juristische Lizenziat oder ein Masterdiplom voraussetzen, verlangt das zürcherische Verfahren eine Ausbildung mit dreijähriger kaufmännischer Lehre oder Mittelschule sowie ein juristisches Teilstudium in den Prüfungsfächern an einer schweizerischen Hochschule, eine mehrjährige Praxiserfahrung und nach internen Weiterbildungskursen eine Prüfung durch die vom Obergericht eingesetzte Prüfungskommission. Kantone, die ein Hochschulstudium voraussetzen, werden wohl Widerstand leisten bei der Anerkennung von öffentlichen Urkunden aus dem Kanton Zürich. Die führt unweigerlich zu einer Vereinheitlichung der Mindestausbildung und damit zu einem erneuten Eingriff in die kantonale Kompetenz (ZH).

Zugriff auf Grundbuchdaten

In der Regel haben die Urkundspersonen nur in ihrem eigenen Kanton den direkten elektronischen Zugriff auf die Grundbuchdaten. Wo das Grundbuch noch nicht informatisiert ist, weil – was insbesondere für den Kanton Wallis zutrifft – immer noch die kantonalen Grundbucheinrichtungen bestehen, fehlen zudem auswärtigen Urkundspersonen weitgehend die Kenntnisse mit einer solchen Einrichtung (WNV).

4.15 Elektronische öffentliche Beurkundung. Elektronische öffentliche Urkunden, Ausfertigungen und Beglaubigungen (Art. 55n)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, GR, LU, OW, SG, UR, VS, ZG, ZH; CVP, FDP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SV, Uni NE).

Ebenso: BNV, Häusermann, Inspektorat ZH.

Einführung der elektronischen Urschrift

Begrüsst wird, dass die uneingeschränkte Einführung der elektronischen Beurkundung lediglich als Möglichkeit und nicht als Pflicht ausgestaltet ist (BL, ZG), und dass die Notare nach wie vor die Wahlfreiheit haben, in welcher Form sie die Urkunden einreichen wollen (BL; FDP).

Ergänzungs- und Änderungsvorschläge

Beurkundungsverfahren und Unterschriftenfordernis

Vermisst wird eine Beschreibung des elektronischen Beurkundungsverfahrens (GR). Das Beurkundungsverfahren muss dieselben Garantien wie die der Beurkundung auf Papier gewährleisten (VS). Es ist nicht klar, ob auch diejenigen Urkunden erfasst sind, bei denen die Vertragsparteien zwingend zu unterschreiben haben, z.B. Eheverträge (SH). Es muss eine obligatorische Unterzeichnung der elektronischen Urschrift durch die Parteien eingeführt werden (VS) oder ein Mechanismus, dem hinsichtlich der Rechtssicherheit die gleiche Funktion wie der Unterschrift der Vertragsparteien zukommt (SSN).

In der Bevölkerung haben sich die qualifizierten elektronischen Signaturen noch nicht durchgesetzt. Nur ein kleiner Bruchteil ist im Besitz einer solchen Signatur. Das Bundeszivilrecht sieht jedoch in verschiedenen Fällen – Ehe-, Erb- und Verpfändungsverträge – vor, dass die Urkundsparteien die Urkunde unterzeichnen. Diese Fragestellung ist zu regeln (Inspektorat ZH).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, AR, BE, BS, FR, GE, GL, JU, NW, SO, SZ, TG, TI, VD; EVP; SBV, SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil, VSGV).

Ebenso: BN, CNN, CP, Lehmann, NBS, NPPS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Einführung der elektronischen Urschrift

Die Einführung der elektronischen Urschrift bringt gemessen an der elektronischen Ausfertigung keine Vorteile und stellt die Rechtssicherheit und Rechtsbeständigkeit in Frage (SNV).

Es ist nicht nachvollziehbar, dass einerseits die elektronische Urschrift mit einer qualifizierten elektronischen Signatur eingeführt werden soll, im Übrigen jedoch weiterhin Regeln gelten, die aus dem Jahr 1907 stammen, namentlich die Artikel 500–502 ZGB (Unil).

Die Kantone sollen entscheiden, ob sie die elektronische Urschrift einführen möchten und wie dieser Wechsel von der öffentlichen Urkunde auf Papier auf die elektronische öffentliche Urkunde auszugestaltet ist (PLR VD).

Rein elektronische Urkunde und Unterschriftenfordernis

Das Verfahren zur Errichtung elektronischer Urkunden ist kompliziert (SO). Eine allfällige Pflicht, Belege nur noch elektronisch einzureichen bzw. entgegenzunehmen, liefe auf eine Einschränkung des Publikums hinaus und sollte vermieden werden (AR). Der Schutz der Konsumenten wird erheblich in Frage gestellt (SSN).

Es herrscht zum Teil Skepsis hinsichtlich der Einschätzung der Wichtigkeit rein elektronischer öffentlicher Urkunden auf dem Bildschirm durch den Kunden der Urkundsperson (NE).

Durch das Unterzeichnen der physisch vorhandenen Urkunde bzw. das Signieren sämtlicher Seiten wird allen Parteien die Bedeutung des Rechtsgeschäfts nicht nur intellektuell, sondern «handfest» offenbar (Lehmann). Die elektronische Urschrift macht höchstens für die Erstellung einer Feststellungsurkunde (Sachbeurkundung) einen Sinn. Dort genügt, wie bei der elektronischen Beglaubigung einer elektronischen Kopie des Originaldokuments, die Unterzeichnung durch die Urkundsperson mittels einer zertifizierten elektronischen Signatur (WNV).

Fälschungssicherheit

Wichtig ist beurteilen zu können, ob Fälschungen von elektronischen Dokumenten häufiger vorkommen (Unil). Die mit Zeitablauf sinkende Fälschungssicherheit von elektronischen öffentlichen Urkunden spricht gegen die Zulassung der elektronischen öffentlichen Beurkundung (SO).

Absatz 1

Diese Bestimmung, welche die (Nicht-)Einführung einer elektronischen öffentlichen Beurkundung den Kantonen überlässt, ist unzweckmässig. Dadurch könnte eine markante Wettbewerbsverzerrung eintreten (BE).

Absatz 2

Der Anwendungsbereich von Absatz 2 ist nicht klar und enthält keine Sanktion. Das kann zu Rechtsunsicherheit führen (Unil).

4.16 Gleichwertigkeit der Formen (Art. 55o)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, BL, GR, LU, OW, SG, SH, UR, VS, ZG, ZH; CVP, FDP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SV, Uni NE).

Ebenso: BNV, Häusermann, Inspektorat ZH.

Es ist konsequent und richtig, die rechtliche Gleichstellung der elektronischen öffentlichen Urkunde mit der öffentlichen Urkunde auf Papier vorzusehen (ZH). Die Schaffung einer beweisrechtlichen Bestimmung, die klarstellt, dass keine Form der anderen vorgeht, ist angezeigt (SVP).

Absatz 2

Dieser Absatz erscheint deshalb sinnvoll zu sein, weil damit verdeutlicht wird, bei welchen Behörden elektronische öffentliche Urkunden eingereicht werden dürfen (NE).

Änderungsvorschläge

Absatz 2

Gegenüber ausländischen Behörden, die schweizerische elektronische Urkunden nicht anerkennen oder nicht bearbeiten können, ist es erforderlich, dass elektronische Urkunden auf Papier ausgefertigt werden. In welchen Fällen die Ausfertigung auf Papier verlangt werden kann, wer die Urkunden auf Papier ausfertigt, wie das zu geschehen hat bzw. wer für die Regelung dieser Fragen zuständig ist, muss im Gesetz festgelegt werden (SAV).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, AR, BE, BS, FR, GE, GL, JU, NW, SO, SZ, TG, TI, VD; EVP; SBV, SNV, SSV, Uni BE, Uni GE, Unil, VSGV).

Ebenso: BN, CNN, CP, Lehmann, NBS, NPPS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Diese Bestimmung braucht es nicht (NE), weil Artikel 9 ZGB nicht notwendigerweise einen Papierträger voraussetzt. Im Übrigen können die Kantone ein elektronisches Original bereits heute vorsehen, ohne dass dazu eine spezifische bundesrechtliche Bestimmung notwendig wäre (Unil).

4.17 Schweizerisches Register der Urkundspersonen (Art. 55p)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (BE, BL, GR, LU, NE, OW, SG, SH, UR, VS, ZH; CVP, FDP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SNV, SV, Uni NE).

Ebenso: BNV, Häusermann, Inspektorat ZH.

Das Register ist Ausfluss der bereits bestehenden Norm von Artikel 55a SchIT ZGB und dient der notwendigen und zweckmässigen Sicherstellung der Interoperabilität (SNV).

Ergänzungs- und Änderungsvorschläge

Regelungsdichte

Auf Gesetzesstufe sind die grundsätzlichen Fragen zu regeln, ob es sich um ein öffentliches Register handelt und ob eine Eintragungspflicht besteht. Falls ja, sind überdies die Aufbewahrungsdauer und die Löschung zu regeln (AG). Die Aufsicht sollte mindestens im Prinzip im Gesetz selber erwähnt werden (GE). Es fehlt eine Regelung der Zugriffsberechtigung und der Öffentlichkeit der Registereinträge. Zudem müsste festgehalten werden, dass es sich hierbei um ein elektronisches Register handelt (ZH).

Delegation der Aufgaben

Die Delegation der Aufgaben ist zu weit formuliert (GE, ZH). Die Vorschrift ist auch zu ergänzen. Denn es fehlt eine Festlegung von Ziel und Zweck des Registers (ZH). Die Bestimmung macht keine Vorgaben an die Wahrnehmung dieser Aufgabe (GE, ZH). Es fehlen zudem Angaben zur Frage einer allfälligen Haftung der Organisation ausserhalb der zentralen Bundesverwaltung (GE).

Die Bestimmung soll Kriterien für die Wahl einer Organisation ausserhalb der zentralen Bundesverwaltung enthalten (GE). Es muss verdeutlicht werden, dass die Organisation nach Absatz 2 «geeignet» sein muss. Das Register der Urkundspersonen ist der hoheitlichen Sphäre zuzurechnen und entsprechend zu schützen (SNV).

Kosten

Es ist dafür zu sorgen, dass die Kosten des Registers entweder durch den Bund selbst oder durch die Urkundspersonen als Benutzer – keineswegs durch die Kantone – zu tragen sind (BE).

Absatz 3

Es ist zu begrüßen, dass die Kantone bezüglich der technischen und organisatorischen Vorgaben angehört werden sollen. Die Anhörung darf jedoch nicht zu einer Auferlegung von weiteren, in Artikel 8 EÖBV nicht enthaltenen Pflichten führen (BE). Eine blosser Anhörung der Kantone genügt nicht, vielmehr haben die technischen und organisatorischen Vorgaben und die Bestimmung des Datenmodells in Zusammenarbeit mit den Kantonen zu erfolgen (ZH). Es ist darauf zu achten, dass zwischen den Amtsnotariaten und lateinisch organisierten Notariaten keine Ungleichheit aufkommt. In diesem Zusammenhang wird eine Klärung angeregt (SNV).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, AR, BS, FR, GE, GL, JU, NW, SO, SZ, TG, TI, VD; EVP; SBV, SSN, Uni BE, Uni GE, VSGV).

Ebenso: BN, CNN, CP, Lehmann, NBS, NPPS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Kosten

Die Regelung ist trotz ihres Wortlauts dazu geeignet, Kosten zu Lasten der Kantone zu verursachen. Deshalb ist sie abzulehnen (VD).

Nutzen

In den Kantonen mit Amtsnotariat sind die Funktionen und Personen aus dem Staatskalender ersichtlich bzw. können elektronisch abgerufen werden. In den Kantonen mit freiberuflichem Notariat sind die Urkundspersonen zudem im Telefonbuch aufgeführt. Eine weitere Auflistung in einem besonderen Register macht daher keinen Sinn (WNV).

Absatz 2

Die Möglichkeit des Bundes, die Registrierung an externe private Anbieter zu übertragen, ist problematisch (NW) und deshalb abzulehnen (ZG). Damit sichergestellt ist, dass für die ganze Schweiz ein einheitliches System besteht, auf das in allen Kantonen nach denselben Kriterien und mit denselben technischen Standards zugegriffen werden kann, muss der Bund sowohl das Register der Urkundspersonen als auch das System zur Aufbewahrung und Registrierung der öffentlichen elektronischen Urkunden betreiben. Es handelt sich in beiden Fällen um zentrale öffentliche und hoheitliche Aufgaben, die durch staatliche Instanzen erledigt werden müssen (SAV).

4.18 Aufbewahrung und Registrierung (Art. 55q)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Regelung wird begrüsst (AG, GR, LU, NE, OW, SG, SH, UR, VS, ZH; CVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SV, Uni NE).

Ebenso: BNV, Häusermann.

Vorteile einer Datenbank

Es ist sinnvoll, eine nationale Aufbewahrungsstelle für elektronische Urkunden vorzusehen, die den Kantonen eine einheitliche Arbeitsweise ermöglicht, vor allem aber auch eine Kostenaufteilung für die Entwicklung und den Unterhalt für eine Struktur, die notgedrungen eine hohe Qualität aufweisen muss (NE). Die elektronische Aufbewahrung von Urkunden wird mit

Blick auf die Möglichkeiten der Platzersparnis (VS; economiesuisse) und die finanziellen Auswirkungen enorme Vorteile für die Notare, Kantone sowie für die Kunden bringen (NE).

Vom Bund betriebenen Datenbank

Es ist vernünftig, eine nationale Datenbank zur Aufbewahrung der elektronischen öffentlichen Urkunden vorzusehen (AR), die den Kantonen eine einheitliche Arbeitsweise ermöglichen wird, und vor allem die Aufteilung der Kosten für die Entwicklung und den Unterhalt einer Infrastruktur, die eine hohe Qualität aufweisen muss (LU). Es handelt sich bei den Urkundspersonen aufgrund der verschiedenen Systeme um eine Vielzahl unterschiedlich informatikversierter Menschen (AR). Auch wenn die vorgeschlagene Bestimmung in die bisherige Zuständigkeit der Kantone eingreift, ist die Aufbewahrung und Registrierung von öffentlichen Urkunden eine hochsensible Aufgabe, die laufend dem technischen Fortschritt anzupassen ist. Selbst wenn die Zuständigkeit bei den Kantonen verbleiben würde, käme man nicht um bundesrechtliche Minimalstandards und eine Vereinheitlichung bei den technischen Vorschriften herum, da sonst der interkantonale Austausch von elektronischen öffentlichen Urkunden kaum einwandfrei funktionieren würde. Sind aber gewisse einheitliche Richtlinien erforderlich, ist zur Vereinfachung die gesamte Übertragung dieser hochsensiblen Aufgaben auf eine einzige Stelle – nämlich den Bund – zu favorisieren (SH). Eine zentrale Ablage wird dem Bedürfnis nach mehr Transparenz gerecht und lässt eine Effizienzsteigerung erwarten (ZH). Aus Effizienzgründen ist es sinnvoll, das System zur Aufbewahrung und Registrierung dem Kompetenzbereich des Bundesamtes für Justiz zuzuweisen (LU).

Die Vorteile der vorgeschlagenen Aufbewahrung der Urkunden sind im Fall der Aufgabe der Notariatstätigkeit und der damit einhergehenden Übernahme der Urkunden durch eine andere Urkundspersonen oder durch den Staat nicht zu leugnen (NE).

Eigentümerschaft über die Daten

Die Eigentümerschaft über die Urkunden soll unberührt bleiben. Damit wird die jederzeitige Verfügungsmacht über die Urkunden garantiert (NE).

Ergänzungs- und Änderungsvorschläge

Regelungsdichte

Zur Präzisierung und Ergänzung sind klare Bestimmungen zu Datenhoheit, Archivierung und Endarchivierung der elektronischen öffentlichen Urkunde im Gesetz zu regeln (ZH).

Zentralisierung

Ein zentralisiertes System zur Aufbewahrung und Registrierung von elektronischen öffentlichen Urkunden muss mit einer Langzeitsicherung und mit einer einheitlichen Verwaltung der Urkunden einhergehen (FR).

Wird die elektronische öffentliche Beurkundung zugelassen, ist eine bundesrechtliche Lösung mit einer zentralen und einheitlichen Informatiklösung allfälligen kantonalen Einzellösungen auf jeden Fall vorzuziehen, weil die Bundeslösung massgeblich zur Rechtssicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr beitragen würde (AR).

Der Bundesrat ist aufgefordert, die Vorlage mit detaillierten Angaben zu den Vor- und Nachteilen von dezentralen Urkundendatenbanken oder einer zentralen Lösung zu ergänzen (ZG).

Zugang

Die Datenbank wirft die Frage nach der Vertraulichkeit der Daten auf (GE). Den mit der Eröffnung von letztwilligen Verfügungen betrauten Stellen müsste ein Einsichts- und Zugriffsrecht eingeräumt werden (BS). Soll ein Einsichtsrecht bzw. ein erweiterter Zugang für Behörden und allfälligen Dritten (BE) betreffend die Urkunden eingerichtet werden, ist dies zumindest in den Grundzügen (BE) bzw. genau (SZ) und klar (LU) im Gesetz selber zu regeln (AG, BE).

Der rechtliche und technische Umgang durch die Empfänger – z.B. Handelsregisteramt und Grundbuch – mit den elektronischen Urkunden ist zu klären (SH).

Absatz 2, Ziffer 2

Verhältnis Urschrift auf Papier und elektronische Ausfertigung

Es stellt sich die Frage, ob die Urschrift auf Papier mit der Registrierung der elektronischen Ausfertigung ihren öffentlichen Glauben verliert (AG). Zu verdeutlichen ist, dass die Papierurschrift trotz Registrierung der elektronischen Ausfertigung auf das System weiterhin als Referenzdokument erhalten bleibt (NE).

Anwendungsbereich

Es ist unnötig, die Bestimmung auf alle elektronisch erstellten Ausfertigungen von Urkunden und alle Beglaubigungen von Kopien und Unterschriften auszuweiten (TG).

Die öffentlichen letztwilligen Verfügungen sind vorläufig vom Anwendungsbereich der neuen elektronischen öffentlichen Urkunden explizit auszunehmen. Mit Blick auf Artikel 504 ZGB stellt sich nämlich die Frage, inwieweit die Effizienz des Erbschaftsamtes wegen dieser Doppelspurigkeit beeinträchtigt wäre (BS).

Es ist zu klären, ob die Datenbank dazu dienen kann, die elektronischen Amtsbelege zu archivieren, oder ob die Kantone eine eigenständige und sichere EDV-Ablage aufbauen müssen (SH). Die Bestimmungen sind in diesem Punkt nicht ausgereift (SNV).

Es ist unverhältnismässig aufwändig und datenschutzrechtlich bedenklich, sämtliche elektronischen Beglaubigungen, welche sich nicht auf den Inhalt des Dokuments beziehen, in einem elektronischen Register zu archivieren. Artikel 55q Absatz 2 Ziffer 3 VE SchIT ZGB ist deshalb zu streichen (Inspektorat ZH).

Anzustreben wäre ein zentrales Beleg-Register für alle Grundbuch- und Handelsregisterämter. Denn es macht keinen Sinn, ein eidgenössisches Register aller Urkunden zu betreiben und weitere – mit gleichem Inhalt – in den Kantonen für die Registerämter zu führen (BN). Für die Archivierung der Grundbuchbelege sind die Kantone zuständig (WNV).

Absatz 3

Dieser Absatz ist als Artikel 55o Absatz 3 einzureihen und sollte beispielsweise wie folgt umformuliert werden:

«³ Im Fall von Widersprüchen zwischen den elektronischen öffentlichen Urkunden und der öffentlichen Urkunden auf Papier gehen die elektronischen öffentlichen Urkunden vor, sofern sie gemäss Artikel 55q SchIT ZGB registriert worden sind und aufbewahrt werden» (LU).

Neuer Absatz

Artikel 55q VE SchIT ZGB ist mit einem Absatz 4 zu ergänzen:

«⁴ Die archivische Bewertung der elektronischen Urkunden wird von Bund und Kantonen gemeinsam vorgenommen. Urkunden, die aus Sicht des Bundes nicht länger aufbewahrt werden, werden den zuständigen Kantonen zur Archivierung angeboten» (LU).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Regelung wird abgelehnt (AI, BL, BS, GE, GL, JU, NW, SO, SZ, TG, TI, VD; EVP, FDP; SBV, SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil, VSGV).

Ebenso: BN, CNN, CP, Lehmann, NBS, NPPS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Kompetenz des Bundes und der Kantone

Die Verpflichtung, elektronische Urkunden in elektronische Archive zu legen, ist grundsätzlich zu begrüssen. Eine solche Anlage ist ein echter Fortschritt bzw. auch zwangsläufige Folge der Implementierung des elektronischen Geschäftsverkehrs, und als solche zu befürworten, soweit sie innerhalb der hoheitlichen Sphäre verbleibt. Ob die Anlage eines elektronischen Archivs aber grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage überhaupt bedarf, muss bezweifelt werden (SNV).

Es stellt sich die Frage, ob dieses Vorhaben einen unzulässigen Eingriff in die kantonale Hoheit darstellt (VSGV). Die Zulässigkeit wird bestritten (VD). Die elektronische Urschrift geniesst alleine zum Zweck der Archivierung eine Berechtigung (Unil). Da die Aufbewahrung (SNV) und die Archivierung der kantonalen und kommunalen Urkunden (SNV) eine Frage des kantonalen Rechts ist, darf der Bund nach Artikel 122 Absatz 1 BV auf diesem Gebiet nicht legislieren (Unil). Damit wird in die ausschliessliche (TI) Kompetenz der Kantone eingegriffen (SO).

Ein solches System würde zu gefährlichen Überlagerungen und schwerwiegenden Kollateralfolgen für die kantonalen und kommunalen Verwaltungen führen. Unter Umständen würde die Notwendigkeit entstehen, mehrere gesicherte Systeme zu führen, je nachdem ob die Archivierung unter den im Rahmen des derzeit diskutierten Projektes des Bundes fiele, oder eben nicht. Aus diesem Grund ist es wünschenswerter, dass die Kantone selbst, in Funktion ihrer eigenen allgemeinen Archive, das technische Informatiksystem bestimmen, das ihnen am ehesten geeignet erscheint. Die vom Bund vorgeschriebenen technischen Normen sind nicht notwendigerweise mit den kantonalen Archivierungssystemen kompatibel (Unil).

Zentralisierung

Für ein zentrales System für die Aufbewahrung elektronischer öffentlicher Urkunden besteht keine Notwendigkeit (AI). Eine solche Regelung ist nicht nachvollziehbar (BL, GE) und führt zu weit (TG). Im Vergleich zu kantonalen Lösungen, die mit weniger finanziellem Aufwand realisiert werden können, wird eine Zentralisierung lediglich erhebliche (SO) Kosten generieren bzw. diese erhöhen (GE, TG). Eine zentrale Aufbewahrung ist nicht zweckmässig. Eine Verbesserung der Transparenz wird damit nicht erreicht (SNV). Die Zentralisierung, wie sie in Artikel 55q VE SchIT ZGB vorgeschlagen wird, ist vom Standpunkt der Sicherheit aus betrachtet nicht angebracht. Hier ist eine Dezentralisierung klar vorzuziehen (VD).

Die vorgeschlagene Lösung ist wenig konsistent, weil einzig die elektronischen öffentlichen Urkunden, nicht aber diejenigen auf Papier zentral archiviert werden (CNN, WNV). Dieser Umstand wird die Suche nach einer bestimmten Urkunde nicht vereinfachen (CNN).

Finanzielles

Bei der dauernden Wartung und Pflege der Systeme und der Software fallen Folgekosten an (SZ). In finanzieller Hinsicht könnte eine zentrale Urkundendatenbank aufgrund deren EDV-mässigen Komplexität ein Fass ohne Boden werden, weshalb vor dessen Aufbau ein echter Bedürfnisnachweis vorliegen sollte (AR). Die Wartung von elektronischen Archiven zur Erhaltung einer gesicherten Einsichtnahme in die Daten über Jahrhunderte hinweg wird voraussichtlich einen enormen Aufwand verursachen (Unil). Unter Berücksichtigung der kommenden Entwicklungen ist die Kostenschätzung im Bericht untertrieben. Im Übrigen sind diese Kosten im Vergleich zum beschränkten Nutzen des Systems nicht vertretbar (Unil).

Rechtsbeständigkeit

Es bestehen grosse Bedenken hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit sowie der Aufbewahrung (NW).

Absatz 3

Die vorgeschlagene Lösung erhöht die Rechtsunsicherheit, weil damit der Unterschied zwischen Original und Kopie verwischt wird (VD). Die Bestimmung ist schwer verständlich,

wenn sie den Begriff der «Kopie» verwendet, in Wirklichkeit jedoch das «Original» meint. Die darin enthaltene Vermutung wird Rechtsunsicherheit aufkommen lassen (Unil).

4.19 Technische Anforderungen (Art. 55r)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Bestimmung wird begrüsst (AG, BE, BL, GR, LU, NE, OW, SG, SH, UR, VS, ZG, ZH; CVP, FDP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SNV, SV, Uni NE).

Ebenso: BNV, Häusermann, Inspektorat ZH.

Der Regelungsgegenstand dieser Bestimmung scheint im Hinblick auf die künftigen schweizweiten Entwicklungen sehr wichtig zu sein (NE). Die unbefristete Aufbewahrung und die Integritätssicherung der elektronischen öffentlichen Urkunden sind die zentralen zu lösenden Probleme. Diese Fragen sind infolge ihrer Wichtigkeit und Tragweite auf Gesetzesstufe zu regeln (BE). Die Integrität und die Authentizität der elektronischen öffentlichen Urkunden müssen absolut garantiert werden können (FDP).

Die Sicherheitsbedenken sind nicht grösser als bei Papierurkunden. Bei elektronisch gespeicherten Dokumenten sind zumindest Verlust und Zerstörung unwahrscheinlicher (SVP).

Ergänzungs- und Änderungsvorschläge

Die Sicherstellung der technischen Anforderungen ist notwendig und wichtig. Diese sollten möglichst bald feststehen und nicht ständig geändert werden (SNV).

Die Sicherung des Beweiswertes einer Privaturkunde ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Staates, sondern der betroffenen Partei, die daraus Rechte ableiten will. Es ist daher erwägenswert, die Archivierungsdauer aus dieser Sicht zu hinterfragen. Ewig zu archivieren sind gewiss die Register. Auch nach der geltenden Rechtsordnung kommt dem Register prioritäre Bedeutung zu (SNV).

Anhörung der Kantone

Es ist zwar nachvollziehbar, dass der Bund sich darauf beschränkt, auf Gesetzesstufe die Grundprinzipien zu regeln, um auf Verordnungsebene die technischen Detailregelungen vorzunehmen. Er soll damit jedoch keine Blankoermächtigung erhalten. Vielmehr sind die Kantone bei der weiteren Konkretisierung der gesetzlichen Grundsätze anzuhören, dies nach dem Modell von Artikel 55p Absatz 3 VE SchIT ZGB (VS).

Registerharmosierungsmassnahme

Die Aufgabe der Sicherstellung der Interoperabilität der Systeme macht es rechtlich möglich, den Notaren den elektronischen Zugang zu Infostar anzubieten. Eine solche Öffnung stellt eine Registerharmosierungsmassnahme dar (SNV).

Zugangsregelung

Es ist darauf hinzuweisen, dass für den Verwalter des jeweiligen Registers die Zugangsregelung nach Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung über die elektronische Signatur (VZertES) massgeblich sein dürfte (Uni NE).

Bedürfnisse der Menschen mit Behinderung

Zur Sicherstellung des barrierefreien Zugangs zu elektronischen öffentlichen Urkunden muss gewährleistet werden, dass die technischen Anforderungen im Zusammenhang mit den Artikeln 55p–55r VE SchIT ZGB von Beginn an die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung hinsichtlich der Lesbarkeit berücksichtigen (EH).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Bestimmung wird abgelehnt (AI, AR, BS, FR, GE, GL, JU, NW, SO, SZ, TG, TI, VD; EVP; SBV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil, VSGV).

Ebenso: BN, CNN, CP, Lehmann, NBS, NPPS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Dauernde Lesbarkeit

Die Datei muss periodisch aktualisiert werden, damit sie lesbar bleibt. Der Entwurf legt jedoch keine zeitliche Grenze für die Wahrheitsvermutung von Artikel 9 ZGB fest (Unil).

Heute besteht weltweit keine Gewähr dafür, dass Dokumente zum Nachweis rechtlicher Tatsachen über sehr lange Dauer, d.h. über Generationen hinweg, mit digitalen Medien zuverlässig archiviert und lesbar gemacht werden können (Lehmann).

Sicherheit

In technischer Hinsicht birgt ein zentralistisches System ein Klumpenrisiko im Falle des Versagens (WNV). Die Gegebenheit, dass die Sicherheit keine absolute sein kann, ist beunruhigend. Die Vorstellung, dass auf einer grösseren Skala unter Umständen eine ganze Datenbank zerstört werden könnte, ist unerträglich. Es wäre in diesem Zusammenhang interessant in Erfahrung zu bringen, wie andere Länder mit diesem Problem umgehen, beispielsweise das französische Notariat. Offenbar konnte Frankreich ausschliesslich gute Erfahrungen mit der elektronischen Archivierung verzeichnen (CNN).

4.20 Gebühren (Art. 55s)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Bestimmung wird begrüsst (AG, GR, LU, OW, SG, SH, UR, VS, ZG, ZH; CVP, SP, SVP; economiesuisse, SAV, SGB, SGV, SV, Uni NE).

Ebenso: BNV, Häusermann, Inspektorat ZH.

Ergänzungs-, Prüfungs- und Änderungsvorschläge

Die Bestimmung soll festlegen, wer Gebührenschnldner (BE) ist und ob allenfalls eine Weiterverrechnung stattfinden kann (AG).

Hinsichtlich der Höhe der Gebühren sowie der Frage, ob sie auf die Parteien abgewälzt werden können, besteht Klärungsbedarf (AR, NE, NW). Haftet der Bund umfassend, wie dies gefordert wird (BE), so hat er es auch in den Händen, durch die Erhebung von entsprechenden Gebühren das Risiko abzudecken (BE).

Es wird davon ausgegangen, dass die Kantone keine Gebühr zu entrichten haben, wenn sie «ihre» Daten wider beziehen möchten (BS; VSGV). Es müsste mindestens auf eine Gebührenerhebung verzichtet werden, wenn die Kantone Urkunden aus dem Bundessystem in die kantonalen Archivsysteme übernehmen (LU).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Bestimmung wird abgelehnt (AI, AR, BL, BS, FR, GE, GL, JU, NW, SO, SZ, TG, TI, VD; EVP; SBV, SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil, VSGV).

Ebenso: BN, CNN, CP, Lehmann, NBS, NPPS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Die Einführung der elektronischen öffentlichen Urkunde führt zu einer unnötigen Erhöhung der Gebühren (SZ). Auch eine Kompetenzübertragung zur Gebührenregelung auf den Bund wird abgelehnt (TG).

4.21 Haftung (Art. 55f)

Zustimmung

Die vorgeschlagene Bestimmung wird begrüsst (AG, BL, GR, NE, OW, SH, UR, VS, ZH; CVP, FDP, SP, SVP; economiesuisse, SGB, SGV, SV, Uni NE).

Ebenso: BNV, Häusermann, Inspektorat ZH.

Ergänzungs-, Prüfungs- und Änderungsvorschläge

Aufgrund der technischen Herausforderung, welche die Realisierung und Führung der elektronischen Datenbank sowie des Registers der Urkundspersonen verursacht, wäre es allenfalls sinnvoll, zu diesem Punkt Ausführungen in den Erläuterungen zu machen (AG).

Das Verhältnis zwischen Haftung der Kantone im Rahmen der Grundbuchführung nach Artikel 955 ZGB und der vorgeschlagenen Regel ist klärungsbedürftig (BS).

Angesichts der Bedeutung der öffentlichen Urkunden für die Rechtssicherheit und den Rechtsverkehr ist allergrösste Sorgfalt im Umgang mit den entsprechenden Daten zwingend, weshalb eine Kausalhaftung des Bundes für die von ihm verwalteten Daten vorzusehen ist (SAV).

Im Interesse der Rechtssicherheit und des Vertrauens in den Rechtsstaat soll der Bund auch bei leichtem Verschulden haften, deshalb wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

«Der Bund haftet für den Schaden, den er absichtlich oder fahrlässig verschuldet» (SG).

Ablehnung

Die vorgeschlagene Bestimmung wird abgelehnt (AI, AR, BE, BS, FR, GE, GL, JU, LU, NW, SO, SZ, TG, TI, VD; EVP; SAV, SBV, SNV, SSN, Uni BE, Uni GE, Unil, VSGV).

Ebenso: BN, CNN, CP, Lehmann, NBS, NPPS, ONT, PLR VD, Vischer, WNV.

Die Einschränkung der Haftung auf grobes Verschulden ist wenig benutzerfreundlich (GE). Der Rechtsverkehr funktioniert nur dann einwandfrei, wenn sich die Bürger und Behörden auf die im Umlauf befindenden öffentlichen Urkunden verlassen können, weshalb eine umfassende Haftung zu fordern ist. Dazu ist eine Kausalhaftung nach dem Modell von Artikel 5 Absatz 1 SchKG vorzusehen (BE).

Der Bund hat grundsätzlich für sämtliche von ihm verursachten Schäden im Zusammenhang mit den elektronischen Beurkundungen aufzukommen (LU). Der Haftungsausschluss für leichtes Verschulden erscheint nicht sachgerecht (NW), weil diese Regelung unter Umständen dazu führen kann, dass der Schaden von einer betroffenen Privatperson getragen werden muss (BS).

Es ist nicht nachvollziehbar, wie der Bund eine risikobehaftete Aufgabe übernehmen kann, um sich dann im Widerspruch zum Verantwortlichkeitsgesetz von 1958 jeglicher Verantwortung für die unvermeidlichen Fehler und die daraus erwachsenden Schäden zu entziehen (Unil).

Eine solche Privilegierung kennt die unbestrittene Pflicht der Notarinnen und Notare nicht. Auf eine solche Regelung ist zu verzichten (NBS).

**Verzeichnis der Eingaben /
Liste des organismes ayant répondu /
Elenco dei partecipanti**

Kantone / Cantons / Cantoni

- AG** Aargau / Argovie / Argovia
- AI** Appenzell Innerrhoden / Appenzell Rh.-Int. / Appenzello Interno
- AR** Appenzell Ausserrhoden / Appenzell Rh.-Ext. / Appenzello Esterno
- BE** Bern / Berne / Berna
- BL** Basel-Landschaft / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna
- BS** Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città
- FR** Freiburg / Fribourg / Friburgo
- GE** Genf / Genève / Ginevra
- GL** Glarus / Glaris / Glarone
- GR** Graubünden / Grisons / Grigioni
- JU** Jura / Giura
- LU** Luzern / Lucerne / Lucerna
- NE** Neuenburg / Neuchâtel
- NW** Nidwalden / Nidwald / Nidvaldo
- OW** Obwalden / Obwald / Obvaldo
- SG** St. Gallen / St. Gall / San Gallo
- SH** Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa
- SO** Solothurn / Soleure / Soletta
- SZ** Schwyz / Svitto
- TG** Thurgau / Thurgovie / Turgovia
- TI** Tessin / Ticino
- UR** Uri
- VD** Waadt / Vaud
- VS** Wallis / Valais / Vallese
- ZG** Zug / Zugo
- ZH** Zürich / Zurich / Zurigo

Politische Parteien / Parti politiques / Partiti politici

- CVP** Christlichdemokratische Volkspartei / Parti démocrate-chrétien / Partito popolare democratico PPD
- EVP** Evangelische Volkspartei der Schweiz / Parti évangélique suisse / Partito evangelico svizzero
- FDP** Freisinnig-Demokratische Partei.Die Liberalen / Parti radical-démocratique.Les Libéraux-Radicaux / Partito liberale-radicali.I Liberali
- SP** Sozialdemokratische Partei der Schweiz / Parti socialiste suisse / Partito Socialista Svizzero

SVP Schweizerische Volkspartei / Union démocratique du centre / Unione Democratica di Centro

Gesamtschweizerische Dachverbände und übrige interessierte Organisationen / Associations faitières et autres organisations intéressées / Associazioni mantello e altre organizzazioni interessate

economiesuisse	Verband der Schweizer Unternehmen Fédération des entreprises suisses Federazione delle imprese svizzere
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband Fédération Suisse des Avocats Federazione Svizzera degli Avvocati
SBV	Schweizerischer Bauernverband Union Suisse des Paysans Unione Svizzera dei Contadini
SGB	Schweizerischer Gewerkschaftsbund Union syndicale suisse Unione sindacale svizzera
SGV	Schweizerischer Gewerbeverband Union suisse des arts et métiers Unione svizzera delle arti e mestieri
SNV	Schweizerischer Notarenverband Fédération Suisse des Notaires Federazione Svizzera dei Notai
SSN	Stiftung Schweizerisches Notariat Fondation Notariat Suisse Fondazione Notariato Svizzero
SV	Schweizerischer Städteverband Union des villes suisses Unione delle città svizzere
Uni BE	Universität Bern / Université de Berne / Università di Berna
Uni GE	Universität Genf / Université de Genève / Università di Ginevra
Unil	Universität Lausanne / Université de Lausanne / Università Losanna
Uni LU	Universität Luzern / Université de Lucerne / Università di Lucerna
Uni NE	Universität Neuenburg / Université de Neuchâtel / Università di Neuchâtel
VSGV	Verband Schweizerischer Grundbuchverwalter Société suisse des conservateurs du registre foncier Società svizzera degli ufficiali del registro fondiario

Übrige Teilnehmer / Autres participants / Altri Partecipanti

BN	Verband bernischer Notare Association des notaires bernois
BNV	Bündner Notarenverband Associazione griginese dei notai
CNN	Chambre des notaires neuchâtelois
CP	Centre Patronal
EH	Égalité Handicap

FRI	Fédération romande immobilière
Häusermann	Häusermann + Partner (M. Häusermann, Ch. Käser, E. M. Küffer, M. Gysi, B. Blum, C. Monnier, Th. J. Wenger, O. Reinhardt, Ch. Brügger), Bern
IGS	Ingenieur-Geometer Schweiz Ingénieurs-Géomètres Suisses Ingegneri-Geometri Svizzeri
Inspektorat ZH	Inspektorat für die Notariate, Grundbuch- und Konkursämter des Kantons Zürich
Lehmann	Beat Lehmann, Aarau
NBS	Notariatskammer Basel-Stadt
NPBS	Notariatsprüfungsbehörde Basel-Stadt
ONT	Ordine dei Notai del Cantone Ticino
PLR VD	PLR Les Libéraux-Radicaux Vaud
Vischer	Vischer AG (A. C. Albrecht, Ch. Brückner, S. Burckhardt, B. Christ, C. Cramer, Th. Gelzer, M. Kuster, M. Meier, R. M. Müller, M. H.P. Pfeifer, M. Staehelin), Basel
WNV	Walliser Notarenverband Association des Notaires Valaisans