

DIE VORHERRSCHAFT DES BUNDES
BEZÜGLICH DER FORMVORSCHRIFTEN DER
ÖFFENTLICHEN BEURKUNDUNG SOWIE DER
FREIZÜGIGKEIT DER ÖFFENTLICHEN
URKUNDEN UND DER NOTARE

von

Denis PIOTET

Ordinarius an der Faculté de droit, des sciences
criminelles et d'administration publique der
Universität Lausanne

I. Eine Flut von Bundeserlassen bezüglich des Notariats

- Der Vorentwurf zur Revision der Art. 55 ff. SchlT ZGB
- Verordnung vom 26. Juni 2013 über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (SR 935.011)
- Die Untersuchung der WEKO im Jahre 2013 und ihre Empfehlung 614-0002



II. Politische Parameter

- Die ursprüngliche Diskussionen in der EU
- Verwaltung vs Parlament
- Ist die Vereinheitlichung das Ideal?



III. Neuer Art. 55m

Die nach den am Errichtungsort geltenden Vorschriften und von einer zuständigen Urkundsperson errichtete öffentliche Urkunde wird von jedem Kanton anerkannt.

Nach dem Inkrafttreten des neuen Art. 55m SchIT ZGB beurkundet ein Notar aus dem Kanton X eine Immobilien-Transaktion, die im Genfer Grundbuch eingetragen werden soll. Im Nachhinein wird er für die ungenügende Rechtsbelehrung i.Z.m. der jüngsten Genfer Rechtsprechung betreffend die Veräusserung von Mietwohnungen verantwortlich gemacht.



III. Neuer Art. 55m

Die nach den am Errichtungsort geltenden Vorschriften und von einer zuständigen Urkundsperson errichtete öffentliche Urkunde wird von jedem Kanton anerkannt.

Über die Angelegenheit verunsichert weigert sich der gleiche Notar aus dem Kanton X in einem späteren Fall, einen Kaufvertrag ausserhalb seines eigenen Kantons zu beurkunden. Daraufhin wird er wegen ungerechtfertigter Verletzung der Beurkundungspflicht disziplinarisch angezeigt. Ihm wird vorgeworfen, dass er die massgebenden Gesetze und kantonalen Rechtsprechungen nicht ignorieren dürfe, ungeachtet des Ortes (Kantons) der gelegen Sache.



IV. Neuer Art. 55I

Keine öffentliche Urkunde entsteht, wenn:

- 1. die Urkundsperson die Willenserklärungen oder Vorgänge und Zustände nicht wahrheitsgetreu beurkundet hat;*
- 2. die Urkundsparteien nicht eindeutig bezeichnet sind oder das Vertretungsverhältnis nicht eindeutig angegeben ist;*
- 3. die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Beurkundungsvorgang sowie die Einheit des Aktes verletzt sind.*

Ein Notar nahm die öffentliche Beurkundung eines ehelichen Inventars vor. Der Wert einer Sammlung alter Fahrzeuge wurde mit 50'000 Franken eingesetzt. Im Verlaufe eines späteren Rechtsstreits stellte sich aufgrund eines Expertengutachtens jedoch heraus, dass die Sammlung dreimal so viel wert war. Der Notar hatte auf die Angaben der Ehegatten vertraut. Nach dem Tod eines der Ehegatten berufen sich seine Nachkommen aus einer früheren Ehe auf Art. 55I Ziff. 1 SchlT ZGB (welcher zum Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung gerade in Kraft getreten war) und machen einen Formmangel geltend.



IV. Neuer Art. 55/

Keine öffentliche Urkunde entsteht, wenn:

- 1. die Urkundsperson die Willenserklärungen oder Vorgänge und Zustände nicht wahrheitsgetreu beurkundet hat;*
- 2. die Urkundsparteien nicht eindeutig bezeichnet sind oder das Vertretungsverhältnis nicht eindeutig angegeben ist;*
- 3. die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Beurkundungsvorgang sowie die Einheit des Aktes verletzt sind.*

Gegenstand einer öffentlichen Urkunde war der Kauf/Verkauf eines Grundstücks mitsamt des darin betriebenen Handelsgeschäftes. Allerdings gehörten mehrere der in dieser Urkunde mitverkauften Mobilien einem Dritten. Zwei Monate nach der Beurkundung, auf Anfrage des Verkäufers hin, genehmigte dieser Dritte den Verkauf in Bezug auf die ihm gehörenden Gegenstände. Im Rahmen einer anschließenden Streitigkeit zwischen den Parteien macht der Käufer die Nichtigkeit der öffentlichen Urkunde aufgrund der nicht eindeutigen Bezeichnung der Vertretungsverhältnisse in der Urkunde geltend (Art. 55/ Ziff. 2 SchlT ZGB).



IV. Neuer Art. 55f

Keine öffentliche Urkunde entsteht, wenn:

- 1. die Urkundsperson die Willenserklärungen oder Vorgänge und Zustände nicht wahrheitsgetreu beurkundet hat;*
- 2. die Urkundsparteien nicht eindeutig bezeichnet sind oder das Vertretungsverhältnis nicht eindeutig angegeben ist;*
- 3. die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Beurkundungsvorgang sowie die Einheit des Aktes verletzt sind.*

Entsprechend der im bisherigen kantonalen Beurkundungsverfahren anerkannten Gewohnheit korrigierte der Notar nachträglich ein in der Urkunde erwähntes Datum, indem er einen Zusatz und seine Unterschrift am Ende der Urkunde beibrachte, dies ohne Mitwirkung der Parteien. Er sieht sich nun mit einem Verfahren zur Feststellung der Nichtigkeit der öffentlichen Urkunde konfrontiert, weil er die Ergänzung in Abwesenheit der Urkundsparteien vorgenommen und unterschrieben hat (Art. 55i, 55j Abs. 1 und 55f Abs. 3 SchlT ZGB).



V. Neuer Art. 55j

¹Die Urkundsparteien, die Urkundsperson und, soweit nötig, die Nebenpersonen sind während des ganzen Hauptverfahrens am Beurkundungsort anwesend.

²Das Hauptverfahren wird ohne wesentliche Unterbrechung durchgeführt.

³Aus wichtigen Gründen können Verträge mit jeder Urkundspartei einzeln beurkundet werden.

Das Protokoll der Generalversammlung der Z AG wurde vom Notar vor Ort geführt. Entsprechend den Vorschriften des bisherigen kantonalen Rechts bereinigte und finalisierte er das Protokoll später in seinem Büro. Art. 55j Abs. 1 und 2 SchlT ZGB ist nun jedoch in Kraft getreten. Nun wird aufgrund einer Verletzung des Prinzips der Einheit des Aktes die Formnichtigkeit der Urkunde geltend gemacht. Die Ausnahme von Abs. 3 greife eben nur bei einer Mehrheit von Urkundsparteien.



V. Neuer Art. 55j

¹Die Urkundsparteien, die Urkundsperson und, soweit nötig, die Nebenpersonen sind während des ganzen Hauptverfahrens am Beurkundungsort anwesend.

²Das Hauptverfahren wird ohne wesentliche Unterbrechung durchgeführt.

³Aus wichtigen Gründen können Verträge mit jeder Urkundspartei einzeln beurkundet werden.

Wie vom früheren kantonalen Recht gestattet, wurde die Generalversammlung der X AG gleichzeitig mit derjenigen der Y AG, aber an zwei Orten, abgehalten. Der mit der Beurkundung der Fusionsbeschlüsse der beiden Gesellschaften beauftragte Notar war an der GV am Sitz der Y AG zugegen, wo er der GV am Sitz der X AG per Videokonferenz folgte. Minderheitsaktionäre und Gläubiger der Y AG fechten im Nachhinein die Urkunde wegen Formmangels an (Art. 55j Abs. 1 SchlT ZGB).



V. Art. 55j neu

¹Die Urkundsparteien, die Urkundsperson und, soweit nötig, die Nebenpersonen sind während des ganzen Hauptverfahrens am Beurkundungsort anwesend.

²Das Hauptverfahren wird ohne wesentliche Unterbrechung durchgeführt.

³Aus wichtigen Gründen können Verträge mit jeder Urkundspartei einzeln beurkundet werden.

Bezüglich des Kaufs/Verkaufs eines Grundstücks in der Schweiz nimmt der Notar die öffentliche Beurkundung mit dem Käufer und dem Verkäufer getrennt vor, weil keiner der beiden es wünscht, den anderen persönlich zu treffen oder eine Vollmacht an einen Vertreter zu geben. Später erfährt der Notar, dass die neuerdings miteinander in einen Rechtsstreit verwickelten Vertragsparteien nun einen Formmangel der Urkunde geltend machen, weil keine wichtigen Gründe gemäss Art. 55j Abs. 3 SchlT ZGB gegeben gewesen seien.



VI. Die elektronische Urschrift

Es gibt Abweichungen zwischen den Texten dreier elektronischer Kopien (Dateien) einer elektronischen öffentlichen Urkunde. Die Version, welche beim Notar aufbewahrt wurde, stimmt weder mit derjenigen, die den Parteien übermittelt wurde, noch mit derjenigen, die im eidgenössischen Register der elektronischen öffentlichen Urkunden aufbewahrt ist, überein. Die Parteien streiten sich darüber, welche die Originalversion sein soll.

Seit der Abschaffung der Papier-Urschriften ist die Bezeichnung des Originaltextes nicht mehr gesetzlich festgelegt. Ein elektronisches Gutachten wurde in Auftrag gegeben. Angesichts der unterschiedlichen Dateien stellt sich die Festlegung der Originalversion aber als schwierig heraus.



VII. BGBM und Binnenmarkt

Art. 2 BGBM Freier Zugang zum Markt

Der Notar des Kantons Z wendet einen anderen Gebührentarif an als die anderen Notare des Kantons. Seinen Kollegen, die ihm dies vorwerfen, erwidert er, dass er gemäss Art. 2 BGBM den Tarif seines Heimatkantons X anwende, wo er sein Patent erworben habe.

Der Kanton X versuchte nun, die Rechtmässigkeit der Praxis des fraglichen Notars anhand seiner kantonalen Gesetzgebung zu überprüfen. Da der betroffene Notar aber kein Büro im Kanton X führt, konnte der Überprüfungsversuch durch die Behörden nicht gelingen.



VII. BGBM und Binnenmarkt

Art. 3 BGBM Beschränkung des freien Zugangs zum Markt

Schliesslich macht der Kanton Z denselben Notar darauf aufmerksam, dass er dem Recht des Kantons Z unterstellt sei, da er dort tätig sei. Der Notar macht aber geltend, dass diese Unterstellung Art. 3 Abs. 2 BGBM verletze.



VII. BGBM und Binnenmarkt

Ein ausländischer Notar beabsichtigt, einen Erbschein für einen im Kanton Bern eröffneten Nachlass auszustellen. Es wird ihm mitgeteilt, dass diese Funktion der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Notariat nicht offen stehe: hierauf antwortet er, dass die kürzlich in Kraft getretenen Anwendungsbestimmungen zu den bilateralen Abkommen ihn zur Ausübung sämtlicher notariellen Tätigkeiten in der ganzen Schweiz berechtigten.

Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!

