



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)

Erläuternder Bericht mit Vorentwurf

Dezember 2012

Übersicht

Die Vorlage bezweckt zum einen eine Konsolidierung, zum andern eine Weiterentwicklung des Beurkundungsrechts.

Nach dem Bundesrecht unterliegen zahlreiche Rechtsgeschäfte der öffentlichen Beurkundung. Eine abschliessende bundesrechtliche Regelung des Beurkundungsverfahrens besteht im Wesentlichen jedoch nur betreffend Verfügungen von Todes wegen. Im Übrigen hält das Zivilgesetzbuch fest: «Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird» (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB). Ungeachtet dessen hat das kantonale Recht nach Lehre und Rechtsprechung bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung zu genügen, nämlich

- der ausreichenden Ausbildung der Urkundspersonen,*
- der Urkundspflicht,*
- der Rechtsbelehrungspflicht,*
- der Unparteilichkeit,*
- der Wahrheitspflicht,*
- der Schweigepflicht und*
- der Einheit des Beurkundungsvorgangs.*

Es ist an der Zeit, dass der Bundesgesetzgeber dieses ungeschriebene Recht im Interesse der Klarheit und Rechtssicherheit kodifiziert. Das Bundesgericht kann jederzeit zusätzliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung entwickeln.

Im Bereich der elektronischen öffentlichen Beurkundung erlaubt das geltende Recht lediglich die Erstellung von Ausfertigungen und Beglaubigungen. Urschriften müssen demgegenüber weiterhin auf Papier erstellt werden. Die aktuelle Rechtslage schöpft dabei die technischen Möglichkeiten nicht aus.

Die Kantone sollen die elektronische öffentliche Beurkundung ohne Einschränkungen einführen dürfen. Die Vorlage weitet deshalb das Spektrum der zulässigen elektronischen öffentlichen Urkunden auf die elektronische Urschrift aus.

Zur Erhöhung von Sicherheit und Transparenz soll der Bund zudem eine elektronische Urkundendatenbank betreiben, worin ein Referenzexemplar jeder elektronischen öffentlichen Urkunde zu speichern und zu registrieren ist.

Bericht

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Einleitung

Die öffentliche Beurkundung dient dem Schutz der Parteien bei wichtigen Rechtsgeschäften, der Beweissicherung und der Schaffung klarer Verhältnisse vor allem im Hinblick auf einen Registereintrag. Angesichts der grossen Bedeutung für den Privatrechtsverkehr hat der Gesetzgeber die Qualität der öffentlichen Beurkundung nachhaltig zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund bezweckt die Vorlage zum einen eine Konsolidierung, zum andern eine Weiterentwicklung des Beurkundungsrechts:

- Lehre und Rechtsprechung haben seit Jahrzehnten bundesrechtliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung erarbeitet. Eine «Nachführung» des ungeschriebenen Bundes-Beurkundungsrechts ist ein Gebot der Zeit.
- Das geltende Recht sieht im Rahmen der öffentlichen Beurkundung die elektronische Ausfertigung und Beglaubigung vor, während die Urschrift immer noch auf Papier zu erstellen ist. Diese Hürde will die vorgeschlagene Regelung beseitigen.

1.2 Bundesrechtliche Mindestanforderungen

1.2.1 Ausgangslage

Nach dem Bundesrecht unterliegen zahlreiche Rechtsgeschäfte der öffentlichen Beurkundung, namentlich der Abschluss eines Ehevertrags (Art. 184 ZGB), Verträge auf Eigentumsübertragung an Grundstücken (Art. 657 Abs. 1 ZGB), alle rechtsgeschäftlich begründeten Grundpfandrechte (Art. 799 Abs. 2 ZGB), der Begründungsakt auf Errichtung von Stockwerkeigentum (Art. 712d Abs. 3 ZGB), Gesellschaftsgründung (AG: Art. 629 Abs. 1 OR; GmbH: Art. 777 Abs. 1 OR), Kapitalerhöhung (AG: 650 Abs. 2 OR; GmbH: Art. 781 Abs. 5 Ziff. 1 OR) und -herabsetzung (AG: Art. 734 OR; GmbH: Art. 782 Abs. 4 OR) und Statutenänderungen (AG: Art. 647 OR; GmbH: Art. 780 OR).

Die Rechtsgeschäfte, die zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen, sind vom Bundesrecht abschliessend bestimmt. Dagegen hält Artikel 55 Absatz 1 SchlT ZGB fest:

Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird.

Zu klären ist somit, was der Bundesgesetzgeber unter «öffentlicher Beurkundung» versteht, deren Verfahrensordnung er den Kantonen überlässt. Eine explizite und abschliessende bundesrechtliche Regelung des Beurkundungsverfahrens besteht nur betreffend öffentliche letztwillige Verfügung, Erbvertrag, Schenkung von Todes wegen und Verpfändungsvertrag (Art. 499 ff., 512 Abs. 1 ZGB, Art. 245 Abs. 2, Art. 522 Abs. 1 OR).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat einen Wandel vollzogen, und zwar vom Verständnis öffentlicher Beurkundung als ausschliesslicher Angelegenheit des kantonalen Rechts zu der Anerkennung bundesrechtlicher Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung:

- Das Gericht hat es während Jahrzehnten abgelehnt, kantonale Beurkungsverfahren daraufhin zu prüfen, ob sie bundesrechtliche Mindestanforderungen erfüllen. Die Kantone hätten zu bestimmen, was unter «öffentlicher Beurkundung» zu verstehen sei; die Festsetzung der Verfahrensordnung sei ausschliesslich Sache der Kantone: «Bundesrechtliche Vorschriften bestehen nur darüber, welche Verträge öffentlich beurkundet werden müssen; in welcher Weise dagegen die öffentliche Beurkundung hergestellt wird, bestimmen gemäss Art. 55 Schl. T. die Kantone auf ihrem Gebiet abschliessend. Ob eine gültige öffentliche Beurkundung vorliegt, beurteilt sich daher ausschliesslich nach kantonalem Recht, dessen Handhabung einer Überprüfung durch das Bundesgericht entzogen ist» (BGE 59 II 9 E. 2).
- Unter dem Einfluss der Rechtsprechung des Kassationshofes in Strafsachen betreffend Urkundsdelikte (s. BGE in ZBGR 33/1952, S. 75 ff.) hat das Bundesgericht 1964 bundesrechtliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung erstmals klar anerkannt: Es hätte eine Klage abgewiesen, «wenn das kantonale Recht die Pflichten der kantonalen Urkundspersonen abschliessend regeln würde. Das trifft jedoch nicht zu. Vielmehr auferlegt schon das Bundesrecht den Urkundspersonen, die ein beurkundungsbedürftiges Geschäft des Bundeszivilrechts öffentlich beurkunden, bestimmte Pflichten. Diese ergeben sich für gewisse Fälle aus ausdrücklichen Bestimmungen des Bundesrechts (vgl. Art. 499 ff. ZGB über die öffentliche letztwillige Verfügung, die auch für den Erb- und den Verpfändungsvertrag gelten) und im übrigen aus dem Begriff der öffentlichen Beurkundung, welcher, soweit das Bundesrecht diese Form fordert, trotz dem Fehlen einer bundesgesetzlichen Umschreibung dem Bundesrecht angehört. Nach diesem beurteilt sich, was unter der öffentlichen Beurkundung zu verstehen ist und welchen Mindestanforderungen sie zu genügen hat» (BGE 90 II 280 f. E. 5).

Nach heutiger Auffassung sind den kantonalen Verfahrens- oder Formvorschriften durch das Bundesrecht somit Schranken gesetzt: Muss die kantonale Regelung einerseits die sich aus dem Begriff und Zweck der öffentlichen Beurkundung ergebenden Mindestanforderungen erfüllen, so darf sie andererseits auch nicht so weit gehen, dass sie die Wirksamkeit des Bundeszivilrechts beeinträchtigt oder verunmöglicht (BGE 99 II 162 E. 2a).

1.2.2 Beantragte Neuregelung

Vorgeschlagen wird, die von Lehre und Rechtsprechung anerkannten bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung zu kodifizieren, und zwar

- die ausreichende Ausbildung der Urkundspersonen (Art. 55b VE SchlT ZGB),
- die Urkundspflicht (Art. 55d VE SchlT ZGB),
- die Rechtsbelehrungspflicht (Art. 55e VE SchlT ZGB),
- die Unparteilichkeit (Art. 55f VE SchlT ZGB),
- die Wahrheitspflicht (Art. 55g VE SchlT ZGB),
- die Schweigepflicht (Art. 55h VE SchlT ZGB) sowie
- den Beurkundungsvorgang (Art. 55i VE SchlT ZGB) mit der Einheit des Aktes (Art. 55j VE SchlT ZGB).

Die Rechtssicherheit gebietet eine Regelung der Fälle, in denen wegen Verletzung bundesrechtlicher Mindestanforderungen keine öffentliche Urkunde entsteht (Art. 55/VE SchlT ZGB).

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist nicht unbesehen zu übernehmen. So soll die vom Gericht gebilligte Nichtanerkennung ausserkantonaler errichteter öffentlicher Urkunden über innerkantonale Grundstücke der Vergangenheit angehören, damit die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde entsprechend der herrschenden Lehre auch im Bereich der Liegenschaftsverträge gilt (Art. 55m VE SchlT ZGB).

Die vorgeschlagene Regelung betrifft Beurkundungsrecht im Rahmen des Zivilgesetzbuchs. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Terminologie im Zusammenhang mit Urkundendelikten sowie Delikten gegen die Amts- und Berufspflichten bleiben unberührt.

1.2.3 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

Die bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung bilden im Wesentlichen Bestandteil des ungeschriebenen Rechts, so dass es seit Jahrzehnten Lehre und Rechtsprechung obliegt, sie aufzudecken und Streitfragen zu klären. Die erforderliche Klarheit kann freilich nur durch ein Eingreifen des Bundesgesetzgebers geschaffen werden; eine «Nachführung» des ungeschriebenen Bundes-Beurkundungsrechts tut not. Das Bundesgericht kann jederzeit zusätzliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung entwickeln.

Das geschriebene Beurkundungsrecht des Bundes im Bereich der öffentlichen letztwilligen Verfügungen und der Erbverträge (Art. 499 ff., 512 ZGB) ist unübersichtlich und führt immer wieder zur Ungültigkeit von Verfügungen von Todes wegen. Deshalb ist es kaum tauglich als Vorbild für die kantonale Beurkundungsgesetzgebung. Ob die Sonderregelung des Erbrechts über die Errichtungsform öffentlicher Verfügungen ihre Berechtigung hat, ist nicht im vorliegenden Rahmen bundesrechtlicher Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung, sondern allenfalls im Zusammenhang mit der Motion 10.3524 Für ein zeitgemässes Erbrecht zu prüfen.

1.3 Elektronische Urschrift

1.3.1 Ausgangslage

Nach geltendem Recht muss das Original der öffentlichen Urkunde, d.h. die Urschrift als das schriftlich abgefasste Ergebnis des durchgeführten Hauptverfahrens, als Papierdokument erstellt werden. Unter Urschrift wird in der Regel jene öffentliche Urkunde verstanden, die zum einen im Gewahrsam jener Urkundsperson verbleibt, welche die Beurkundung vorgenommen hat und zum andern bei der Beendigung ihrer Berufstätigkeit einer staatlichen Stelle zur weiteren Aufbewahrung zu übergeben ist.

Artikel 55a Absatz 1 SchlT ZGB erlaubt es der Urkundsperson im beurkundungsrechtlichen Nachverfahren, aufgrund der von ihr auf Papier errichteten Urschrift eine elektronische Ausfertigung zu erstellen. Das Papierdokument muss dabei eingelesen werden (Art. 10 Abs. 2 der Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung vom 23. September 2011, EÖBV; SR 943.033). Nach Beifügung der Bestätigung (Verbal), worin die wortgetreue Übereinstimmung zwischen Papierurkunde und dem eingelesenen Dokument zum Ausdruck kommt (Art. 10 Abs. 3 EÖBV), hat die Urkundsperson das so entstandene elektronische Dokument mit ihrer qualifizierten

elektronischen Signatur nach Artikel 3 Absatz 1 EÖBV zu unterzeichnen.

Die elektronische Ausfertigung vertritt dabei die Originalurkunde im elektronischen Geschäftsverkehr (Art. 5 Abs. 2 EÖBV). Diese Lösung ist in Anlehnung an die Regelung in jenen Kantonen entstanden, welche die Ausfertigung auf Papier mit Vertretungsfunktion und voller Beweiskraft im Rechtsverkehr bereits kannten. Konsequenterweise sind elektronische Ausfertigungen denjenigen auf Papier gleichgestellt (Art. 5 Abs. 1 EÖBV).

In jenen Kantonen, die den elektronischen Geschäftsverkehr eingeführt haben, können den kantonalen Behörden, insbesondere den Grundbuch- und Handelsregisterämtern, elektronische Ausfertigungen mit voller Rechtswirkung zugestellt werden. Denn sie stellen einen genügenden Rechtsgrundausweis dar.

Auch wenn bisher mit der Einführung von Artikel 55a Absatz 1 SchlT ZGB bzw. mit der EÖBV ein erster wichtiger Schritt in Richtung elektronischer öffentlicher Beurkundung gemacht worden ist, handelt es sich um eine Kompromisslösung, weil sie Konsequenz vermissen lässt.

Urkundspersonen bedienen sich zur Redaktion von Papierurkunden bereits seit Jahrzehnten des Computers als Hilfsmittel. Die Entwürfe der Urschriften entstehen heute somit regelmässig in elektronischer Form. Urschriften können die Urkundspersonen jedoch nicht direkt am Computer erstellen und deshalb schon gar nicht im elektronischen Geschäftsverkehr einsetzen. Vielmehr sind mehrere Zwischenschritte zu durchlaufen. Den am Computer erstellten Entwurf müssen sie zunächst auf Papier ausdrucken, um daraus eine öffentliche Urkunde, eine Urschrift, herzustellen. Möchten sie die so entstandene öffentliche Urkunde im elektronischen Geschäftsverkehr einsetzen, ist sie durch Einlesen zurückzuverwandeln. Dies, obschon der Entwurf ursprünglich bereits in elektronischer Form vorgelegen hat. Dieser Arbeitsablauf bedeutet ein unnötiges, mit keinerlei Qualitätssteigerung einhergehendes Hin und Her. Darunter leidet auch die Effizienz.

Die nach geltendem Recht einzuhaltende Vorgehensweise ist jeweils mit einem Medienbruch verbunden. Diejenigen Kantone, die den elektronischen Geschäftsverkehr einführen wollen, müssen dies medienbruchfrei tun können. Sieht jedoch das Bundesrecht vor, dass die Urkundsperson die Urschrift auf Papier erstellen muss, um erst daraus eine für den elektronischen Geschäftsverkehr taugliche Urkunde mit voller Beweiswirkung zu schaffen, ist die Medienbruchfreiheit nicht gegeben. Dadurch wird längerfristig eine hybride Aktenführung geradezu unausweichlich.

In diesem Zusammenhang ist auch die Aufbewahrung mitzubedenken. Elektronische Dokumente beanspruchen weniger Platz als Papierdokumente. Dieser Vorteil geht mit dem heutigen dualistischen System jedoch weitgehend verloren, weil sämtliche Urschriften zunächst auf Papier zu erstellen bzw. sicher aufzubewahren sind.

Die nach geltendem Recht erstellten elektronischen Ausfertigungen werden qualifiziert elektronisch signiert und erhalten so einen erhöhten Schutz vor unerlaubten Veränderungen. Elektronische Ausfertigungen haben von Gesetzes wegen volle Beweiskraft, und zwar zeitlich unbeschränkt (Art. 9 ZGB i.V.m. Art. 5 EÖBV). Tatsächlich sinkt jedoch die Fälschungssicherheit von elektronisch signierten Dokumenten durch Zeitablauf in erheblichem Masse (vgl. Botschaft vom 3. Juli 2001 zum Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur [ZertES], BBl 2001, S. 5710). Wird ein elektronisches Dokument als fälschungssicher gehalten, obwohl es diese Eigenschaft objektiv nicht mehr aufweist, hat dies hinsichtlich der Verlässlichkeit und der Beweiskraft gravierende Folgen. Der Gesetzgeber muss deshalb im Bereich der elektronischen öffentlichen Urkunden Anforderungen stellen,

um diesen technisch bedingten Unsicherheiten entgegenzuwirken.

1.3.2 Beantragte Neuregelung

Vorgeschlagen wird, den konsequenten Schritt zur vollständigen elektronischen Beurkundung zu vollziehen. Die Urkundsperson soll nicht wie bisher in einem ersten Schritt die Urschrift auf Papier erstellen müssen, um daraus erst in einem zweiten Schritt im Rahmen des beurkundungsrechtlichen Nachverfahrens ein elektronisches Dokument mit voller Beweiswirkung schaffen zu können. Vielmehr werden die Kantone den Urkundspersonen die elektronische Beurkundung, d.h. die Errichtung der elektronischen Urschrift (Original), bereits im Hauptverfahren erlauben können. Die elektronische Urschrift soll im elektronischen Geschäftsverkehr als vollwertige öffentliche Urkunde mit voller Beweiswirkung tauglich sein.

Öffentliche Urkunden auf Papier werden nach Massgabe des kantonalen Rechts aufbewahrt. Als Pendant dazu wird eine Aufbewahrungspflicht für elektronische öffentliche Urkunden vorgeschlagen. Damit wird die Pflicht zur Führung eines mit Tagebuch- bzw. Journalcharakter ausgestatteten notariellen Registers für elektronische öffentliche Urkunden verbunden, das über alle vollzogenen elektronischen Geschäfte Auskunft geben soll.

Dazu bedarf es geeigneter gesetzlicher Grundlagen. Die vorgeschlagene Legaldefinition der öffentlichen Beurkundung (Art. 55 VE SchlT ZGB) verzichtet auf die explizite Nennung eines bestimmten Trägers bzw. eines Mediums, auf dem die öffentliche Urkunde zu errichten ist. Die Umschreibung enthält jedoch zwei Hinweise: Zum einen hat die Aufzeichnung rechtsgeschäftlicher Erklärungen in einer vorgeschriebenen Form und in einem vorgeschriebenen Verfahren zu erfolgen. Zum andern hat das Ergebnis der Aufzeichnung in einem Dokument zu bestehen. Diese Grundkonzeption bleibt erhalten. Am Begriff bzw. an der Funktion der öffentlichen Urkunde wird sich mit der Einführung der elektronischen Urschrift somit nichts ändern.

Mit der Ermöglichung der elektronischen Urschrift soll jedoch das Spektrum der gesetzlich zulässigen Urschriften erweitert werden (vgl. Art. 10 Abs. 1 EÖBV). Vorgeschlagen wird als Erzeugnis des beurkundungsrechtlichen Hauptverfahrens eine ausschliesslich in elektronischer Form existierende Urschrift. Als solche wird sie ausschliesslich in Form einer Datei in einem vom Gesetzgeber bestimmten Datenformat vorhanden sein, d.h. ohne körperliche bzw. taktil wahrnehmbare Reproduktion auf Papier.

Zu diesem Zweck soll der Katalog von Artikel 55a SchlT ZGB, der bereits die elektronischen Ausfertigungen und Beglaubigungen enthält, um die elektronische Urschrift erweitert werden.

Für die Herstellung der elektronischen Urschrift wird an das bereits durch die EÖBV geregelte Vorgehen für elektronische Ausfertigungen angeknüpft. Weil die Einzelheiten zur Herstellung einem zum Teil schnellen technischen Wandel unterworfen sind, sollen die Bestimmungen auf Gesetzesstufe so weit wie möglich technologieneutral, also nicht bezogen auf eine spezifische technische Lösung, formuliert werden. Auf eine Detailregelung auf Gesetzesstufe ist deshalb zu verzichten. Einzelheiten zur Herstellung der elektronischen Urschrift sollen entsprechend der durch die EÖBV vorgezeichneten Vorgehensweise ebenfalls Gegenstand der Verordnungsbestimmungen sein.

Auf Gesetzesstufe bedarf es jedoch Bestimmungen, welche die Grundpfeiler für die Verlässlichkeit der elektronischen Urschrift als Gegenstück zur heutigen Papierurschrift aufstellen, und zwar unter Berücksichtigung der Eigenheiten elektronischer Dokumente, namentlich ihrer Flüchtigkeit und fehlenden Verkörperung. Denn der Umstand, dass die Urschrift nicht auf Papier, sondern auf einem anderen Medium erstellt wird – nämlich ausschliesslich als elektronisches Dokument –, darf ihre Beweiskraft bzw. ihre Beweissicherungsfunktion nicht schmälern.

Entsprechend ist in beweisrechtlicher Hinsicht zunächst die Gleichwertigkeit von elektronischen öffentlichen Urkunden und öffentlichen Urkunden auf Papier auf Gesetzesstufe festzuhalten. Dies genügt jedoch nicht, sondern es müssen überdies weitere Anforderungen an das Medium des elektronischen Dokuments bzw. an den Umgang mit demselben aufgestellt werden.

Neben der gesetzlich verlangten elektronischen Signatur, die heute schon für die Errichtung von elektronischen Ausfertigungen unter anderem als Schutz vor Abänderbarkeit der Urkunde notwendig ist (Art. 55a Abs. 3 SchlT ZGB), soll die sichere Aufbewahrung bei einer Amtsstelle des Bundes vorgesehen werden.

Die Urkundsperson soll zu diesem Zweck unmittelbar nach Errichtung der elektronischen öffentlichen Urkunde das jeweilige Dokument auf die elektronische Urkundendatenbank des Bundes überführen. Von diesem Moment an hat der Bund in Ausschöpfung der zum jeweiligen Zeitpunkt gegebenen technischen Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass die Beweisfunktion der darin gespeicherten Datei dauernd erhalten bleibt.

Die elektronische Urkundendatenbank soll die darin gespeicherten Dokumente dauernd revisionssicher, lesbar und vor unbefugtem Zugang sicher aufbewahren. Diese gelten von Gesetzes wegen als massgebliche elektronische Originale. Wurde eine Urkunde abgeändert, die sich im Umlauf befindet, kann eine Abweichung durch einen Abgleich festgestellt werden. Dies wird einen dauerhaften Schutz vor Abänderbarkeit der Urkunde gewährleisten.

Die elektronische Urkundendatenbank wird schliesslich mit einem elektronischen Urkundenregister ausgestattet, auf dem die Urkundsperson sämtliche öffentliche Urkunden laufend im Sinne eines Beurkundungsjournals registriert. Dieser in der Papierwelt bereits bekannte Standard soll für die elektronischen öffentlichen Urkunden eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage erhalten.

1.3.3 Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung

Die Bedeutung rein elektronischer Dokumentation nimmt sowohl im Privat- und Geschäftsleben wie im Bereich des E-Government ständig zu. Merkmal dieser Art von Dokumentation ist, dass sämtliche Aktenstücke in elektronischer Form vorhanden sind. Die jeweiligen Dokumente haben dabei dieselben rechtlichen Wirkungen zu entfalten wie Papierurkunden. Soll sich diese Art von Aktenführung künftig uneingeschränkt durchsetzen, dürfen gerade öffentliche Urkunden mit Rücksicht auf die gesetzliche Beweisregel nach Artikel 9 ZGB bzw. 179 ZPO davon nicht ausgenommen werden.

Dazu sind jedoch die rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen. Ohne solche Grundlagen müssen Urschriften, die im elektronischen Geschäftsverkehr für die elektronische Aktenführung Verwendung finden sollen, zunächst umgewandelt werden. Es ereignet sich der sogenannte Medienbruch. Ein solcher Wechsel des informationstragenden Mediums führt jedoch zu einer Erschwerung und Verlangsamung

der Geschäftsprozesse. Deshalb wird auf kantonaler wie auf eidgenössischer Ebene eine Strategie der medienbruchfreien Aktenführung verfolgt. Mit der Einführung der elektronischen Urschrift wird ein bedeutender Schritt bezüglich der strengsten vom Gesetz vorgesehenen Form mit der höchsten Beweiskraft gemacht.

Die Frage des Eigentums an der Urschrift, die kantonale unterschiedlich geregelt ist, wird von der Einführung der elektronischen Urkundendatenbank nicht berührt. Die zentrale Aufbewahrung der elektronischen Urschrift auf einem vom Bund zur Verfügung zu stellenden Speicherort wird die Rechtssicherheit durch die jederzeitige Verfügbarkeit der Urschrift für die Berechtigten steigern. Es entfällt die Gefahr einer Zerstörung oder eines Verlusts der Urschrift.

Die Einführung der elektronischen Urschrift hat einen weiteren Vorteil im Zusammenhang mit der Beendigung der Tätigkeit als Urkundsperson. Die bisher erforderliche Übertragung des Gewahrsams der Urschriften an eine vom Kanton bezeichnete Stelle bzw. an die übernehmende Urkundsperson gestaltet sich weniger aufwändig. Abgesehen von den Urschriften auf Papier wird kein physisches Übertragen mehr erforderlich sein. Die elektronischen Originale (Referenzdokumente) sind bereits zentral und sicher aufbewahrt. Auch die übernehmende Urkundsperson braucht von der für die elektronische Urkundendatenbank zuständigen Bundesbehörde lediglich einen Zugang auf die ihr übertragenen Geschäfte. Im Grundbuchgeschäft müssen die Grundbuchämter ebenfalls keine Originale der elektronischen Urkunden mehr entgegennehmen bzw. aufbewahren.

Mit der Einführung der elektronischen Urschrift und damit der elektronischen Urkundendatenbank wird langfristig auch das Problem des steigenden Platzmangels gelöst, weil keine Papierarchive mehr geführt werden müssen.

Durch die elektronische Registrierung sämtlicher elektronisch erstellter Urkunden entfällt die Pflicht, ein Urkundenregister auf Papier zu führen. Ausdrucke des Registers wird es ebenfalls nicht mehr brauchen. Dadurch, dass die Urkundsperson nebst den elektronischen Urkunden auch die auf Papier erstellten Urkunden elektronisch registriert, werden die Übersichtlichkeit und die Nachvollziehbarkeit für Dritte verbessert, namentlich für den Fall einer Übernahme durch eine Büronachfolgerin oder einen Büronachfolger sowie für die kantonalen Behörden.

2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln¹

Art. 55 Öffentliche Beurkundung. Begriff

«Öffentliche Beurkundung» – eine Amtshandlung der freiwilligen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit (GULDENER, S. 9, 12) – ist die Aufzeichnung rechtsgeschäftlicher oder prozessrechtlicher Erklärungen oder rechtserheblicher Tatsachen in einem Dokument durch eine dazu örtlich und sachlich zuständige Urkundsperson in einer vorgeschriebenen Form und in einem vorgeschriebenen Verfahren. Diese Legaldefinition übernimmt unverändert die Formulierung von Artikel 2 der Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung (EÖBV; SR 943.033) und entspricht der klassischen Umschreibung des Bundesgerichts (BGE 99 II 161 E. 2a: «Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staat geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren»; vgl. auch Botschaft Register-Schuldbrief BBl 2007, S. 5341; CARLEN, S. 88). Der Begriff der öffentlichen Beurkundung setzt sich aus fünf Elementen zusammen: Herstellung eines selbständigen Schriftstücks, bestimmter Inhalt des Schriftstücks, positivrechtliche Formvorschrift, vorgeschriebenes Verfahren sowie Durchführung des Verfahrens durch eine sachlich und örtlich zuständige Urkundsperson (RUF, Rz. 159).

Gegenstand einer öffentlichen Beurkundung können Willenserklärungen wie verschiedene Vorgänge und Zustände, d.h. Sachbeurkundungen, sein (vgl. MARTI, S. 27 f., 121 f.; RUF, Rz. 475 ff., 484, 1499). Der Praxis obliegt die Herstellung begrifflicher und logischer Kohärenz zwischen der vorliegenden Legaldefinition und der Beurkundung von Willenserklärungen sowie Vorgängen und Zuständen nach Artikel 55/ Ziffer 1 VE SchlT ZGB.

Art. 55a Vorschriften der Kantone

Das Bundesrecht schreibt vor, in welchen Fällen eine öffentliche Urkunde zu errichten ist, und es regelt dabei, welcher materiell-rechtliche Inhalt der öffentlichen Beurkundung bedarf, d.h. welchen Umfang der Formzwang einnimmt (RUF, Rz. 143; vgl. auch BGE 125 III 133 E. 4b). Abgesehen vom Bereich der Testamente, Erbverträge, Schenkungen von Todes wegen und Verpfändungsverträge (Art. 499 ff., 512 Abs. 1 ZGB, Art. 245 Abs. 2, Art. 522 Abs. 1 OR) bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird; die vorliegende Norm übernimmt unverändert Artikel 55 Absatz 1 SchlT ZGB. Neben der Organisation des Beurkundungswesens wird auch das Verfahren, das bei der Erstellung einer öffentli-

¹ *Schrifttum:* CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993; LOUIS CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976; CLAUDIA ECKERT, IT-Sicherheit, 6. Aufl., München 2009; MAX GULDENER, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954; FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986; HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, ZBGR 69/1988, S. 228 ff. (grundlegend); DANIEL MARKWALDER, Public Key Infrastructure, Zürich 2009; HANS MARTI, Notariatsprozess, Bern 1989; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Bern 2005; ALEXANDER ROSSNAGEL et al., Scannen von Papierdokumenten, Baden-Baden 2008; PETER RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995; SIMON SCHLAURI, Elektronische Signaturen, Zürich 2002; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988 (zit. Schmid); JÜRGEN SCHMID, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II (Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB), 4. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK-Schmid); INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009; ANDREAS VON TUHR, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914; ROLF H. WEBER/ANNETTE WILLI, IT-Sicherheit und Recht, Zürich 2006.

chen Urkunde zu beachten ist, grundsätzlich durch das kantonale Recht geregelt (SCHMID, S. 38). Beschränkt wird diese kantonale Gestaltungsfreiheit allerdings durch bundesrechtliche Mindestanforderungen (BGE in ZBGR 81/2000, S. 75 E. 4; SCHMID, S. 38; BRÜCKNER, Rz. 6).

Die Kantone sind nicht bloss ermächtigt, sondern von Bundesrechts wegen auch verpflichtet, zu bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird. Diese Pflicht folgt aus der Überlegung, dass die entsprechenden kantonalen Normen notwendige Voraussetzungen für die Verwirklichung des Bundesprivatrechts sind (SCHMID, S. 39; MARTI, S. 33).

Ob im konkreten Fall eine rechtsgenügende Beurkundung vorliegt, bestimmt sich nach Bundesrecht und nach kantonalem Recht (SCHMID, S. 30). Der kantonalen Regelung bleiben im Bereich des Beurkundungswesens ungezählte Fragen vorbehalten (vgl. SCHMID, S. 77 ff.). Dabei stehen unterschiedliche Modelle im Raum, was namentlich die Folgen der Missachtung kantonaler Beurkundungsvorschriften anbelangt: Nach der Meinung BRÜCKNERS ist im Interesse der Rechtsharmonisierung «zu fordern, dass kantonale Nichtigkeit ignoriert und die Urkunde als entstanden betrachtet wird, wenn die bundesrechtlichen Mindestanforderungen eingehalten sind» (BRÜCKNER, Rz. 37). Dieser Auffassung wird vorliegend nicht gefolgt; soweit das kantonale Recht die Einzelheiten der öffentlichen Beurkundung regelt, soll es auch darüber bestimmen, ob es sich um eine Gültigkeits- oder blosser Ordnungsvorschrift handelt (BGE 106 II 151 E. 3). Freilich haben die Kantone mit Augenmass vorzugehen; nicht jede Ordnungswidrigkeit soll die Ungültigkeit der Urkunde bewirken. Gültigkeitsvorschriften sind jene Regeln, die zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde im Hinblick auf die verschiedenen Urkundszwecke unerlässlich sind. Bezeichnet das kantonale Recht eine Verfahrensbestimmung als Gültigkeitsvorschrift, welche diese Qualifikation im Hinblick auf den Urkundenzweck nicht rechtfertigt, wird sie willkürlich sein (MARTI, S. 80). Die Kantone dürfen mit ihren beurkundungsrechtlichen Verfahrens- oder Formvorschriften die Wirksamkeit des Bundeszivilrechts nicht beeinträchtigen oder verunmöglichen (BGE 106 II 150 E. 2b; SCHMID, S. 59), z.B. die Gültigkeit eines beurkundungsbedürftigen Vertrags nicht von der Beurkundung einer Tatsache abhängig machen, die von Bundesrechts wegen keiner besonderen Form bedarf. Wenn das Bundesrecht eine Stellvertretung formfrei gelten lässt, kann die Gültigkeit der Beurkundung nicht vom Vorliegen einer beglaubigten Vollmacht abhängig gemacht werden (BGE 99 II 162 E. 2a/b). Die Beurkundung darf auch nicht prohibitiv teuer sein (BRÜCKNER, Rz. 20).

Bei Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift entsteht keine öffentliche Urkunde; der Verstoss gegen eine Ordnungsvorschrift führt trotzdem zu einer öffentlichen Urkunde, die Urkundsperson kann sich jedoch disziplinarisch oder vermögensrechtlich verantwortlich machen (RUF, Rz. 147, 1298). Die zivilrechtlichen Folgen der Missachtung kantonalen Gültigkeitsvorschriften sind ausschliesslich nach Bundesrecht zu bestimmen (SCHMID, S. 80; a.M. BGE 106 II 151 f. E. 3, das kantonale Recht sei massgebend nicht nur für den Entscheid darüber, ob der Verstoss gegen eine Formvorschrift das Geschäft ungültig mache, sondern auch für die Frage, ob es sich um eine absolute oder relative Wirkung der Ungültigkeit handle).

Die Urkundsperson kann in vermögensrechtlicher, disziplinarischer und strafrechtlicher Hinsicht verantwortlich sein:

- Die Beziehungen zwischen der Urkundsperson und den Parteien des zu beurkundenden Geschäfts, soweit sie die Beurkundung zum Gegenstand haben, unterstehen nicht den Vorschriften des Obligationenrechts über den Auftrag, sondern grundsätzlich dem kantonalen öffentlichen Recht, und zwar gilt dies

auch dann, wenn das kantonale Recht mit der öffentlichen Beurkundung nicht einen Beamten, sondern eine/n freierwerbende Notar/in oder Anwältin/Anwalt oder betraut hat. Die Haftung einer freierwerbenden Urkundsperson für den Schaden, den sie bei der öffentlichen Beurkundung eines Vertrags den Vertragsparteien verursacht, richtet sich somit nicht nach Artikel 398 OR. Vielmehr greift Artikel 61 Absatz 1 OR ein, wonach der Bund und die Kantone befugt sind, über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten zum Ersatz des Schadens, den sie bei Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, auf dem Weg der Gesetzgebung abweichende – d.h. von Artikel 41 ff. OR verschiedene – Bestimmungen aufzustellen. Die Urkundsperson fällt nach der weiten Auslegung, die der Begriff der öffentlichen Beamten und Angestellten im Sinn von Artikel 61 OR erfahren hat, auch dann unter diesen Begriff, wenn sie nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Staat steht, sondern ihren Beruf selbständig ausübt. Besondere bundesrechtliche Vorschriften über die Haftung der Notare für den bei Vornahme einer öffentlichen Beurkundung verursachten Schaden bestehen nicht. Hat der in Frage stehende Kanton diese Haftung nicht geregelt, so sind nach Artikel 61 Absatz 1 OR unabhängig davon, ob es sich um eine beamtete oder eine freierwerbende Urkundsperson handelt, die Vorschriften von Artikel 41 ff. OR anwendbar (BGE 90 II 277 f. E. 1).

- Unabhängig von der vermögensrechtlichen und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit oder neben diesen untersteht die Urkundsperson dem kantonalen Disziplinarrecht (CARLEN, S. 44, 48, 145 f.). Das Disziplinarrecht bezweckt, im Bereich des Notariatsrechts das ordnungsgemässe Funktionieren der öffentlichen Beurkundung zu sichern und das Vertrauen zu erhalten, das die Öffentlichkeit in das Notariat setzt (RUF, Rz. 1119). In den meisten Kantonen umfassen die Disziplinarstrafen – in aufsteigender Schwere der Sanktion – den Verweis, die Busse sowie die vorübergehende und die dauernde Einstellung in der notariellen Amts- oder Berufstätigkeit (BRÜCKNER, Rz. 3565).
- Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wird namentlich ausgelöst, wenn sich die Urkundsperson bei der Beurkundung einer Falschbeurkundung nach Artikel 317 StGB schuldig gemacht hat.

Art. 55b Ausbildung der Urkundspersonen

Die Zulassung zur Berufsausübung der Urkundsperson ist kantonal geregelt; die Kantone sind in der Ausgestaltung der entsprechenden Bestimmungen «weitgehend frei» (BGE in ZBGR 81/2000, S. 75 E. 4). Ist allerdings die Rechtsbelehrungspflicht bundesrechtliche Mindestanforderung (Art. 55e VE SchlT ZGB), so sind kraft Bundesrechts betreffend die Urkundsperson jene fachlichen Qualitäten unabdingbar, die zur Erstellung der dem schweizerischen Recht bekannten öffentlichen Urkunden (BRÜCKNER, Rz. 3448) und der damit zusammenhängenden Rechtsbelehrungspflicht erforderlich sind (SCHMID, S. 46; MOOSER, Rz. 62); im Amtsnotariat wie im freiberuflichen Notariat (vgl. MOOSER, Rz. 62) wird die öffentliche Beurkundung ohne ausreichende Fachkenntnisse der Urkundsperson «zur Farce» (MARTI, S. 35 Fn. 11).

Namentlich das Notariatsgesetz des Kantons Bern vom 22. November 2005 (NG) verlangt nebst einer praktischen Ausbildung im Kanton (Art. 5 Abs. 2 Bst. b NG) das juristische Lizentiat oder Masterdiplom einer schweizerischen Hochschule oder ein gleichwertiges Hochschulstudium eines Staates, mit dem die Schweiz die gegenseitige Anerkennung vereinbart hat und der für die Zulassung zur Notariatsprüfung Gegenrecht hält (Art. 5 Abs. 2 Bst. a NG). Demgegenüber wird als bundesrechtliche

Mindestanforderung keine wissenschaftliche Ausbildung vorausgesetzt.

Art. 55c Öffentliche Urkunden in fremder Sprache

Die Bestimmung übernimmt materiell unverändert Artikel 55 Absatz 2 SchlT ZGB. Danach muss es in jedem Kanton möglich sein, öffentliche Urkunden «in fremder Sprache» zu errichten. Die Kantone sind somit nicht befugt, die Urkundssprache auf eine oder mehrere Landes- oder Amtssprachen der Schweiz zu beschränken; die Urkunde ist vielmehr, soweit hierfür ein berechtigtes Interesse besteht, in der von den Rechtsgeschäftsparteien gewünschten Sprache abzufassen (SCHMID, S. 39, 53). Wenngleich die Kantone bestimmen, in welcher Sprache die öffentliche Urkunde abzufassen ist (vgl. CARLEN, S. 96), sind solche Regelungen nur als Ordnungsvorschriften zu verstehen, denn kantonale Vorschriften, welche die Entstehung der öffentlichen Urkunde oder die Gültigkeit des beurkundeten Geschäfts von der Verwendung einer bestimmten Sprache abhängig machen, erschweren die öffentliche Beurkundung in bundesrechtswidriger Weise (BRÜCKNER, Rz. 1277). Sofern eine Urkundspartei den Inhalt der Urkunde sprachlich nicht versteht, entsteht keine öffentliche Urkunde, da diesfalls die Urkundspartei nicht rechtsgenügend Kenntnis vom Inhalt des Urkundenentwurfs erlangt (RUF, Rz. 1328, 1426) oder die Genehmigung nicht korrekt erfolgt ist (vgl. Art. 55i Abs. 1 und 2, Art. 55i Ziff. 3 VE SchlT ZGB). Es ist nicht nötig, dass die Urkundspartei die Urkundssprache «beherrscht»; ihre Sprachkenntnisse müssen aber ausreichen für das sprachliche Verständnis der Urkunde, was vom sprachlichen Schwierigkeitsgrad der Urkunde abhängt (MARTI, S. 113). Falls eine Urkundspartei oder die Urkundsperson die Urkundssprache nicht hinreichend versteht, ist eine Übersetzerin oder ein Übersetzer beizuziehen (SCHMID, S. 53).

Art. 55d Urkundspflicht

Urkundspflicht nach Absatz 1 ist die Pflicht der Urkundsperson, eine Beurkundung vorzunehmen, wenn dies von ihr verlangt wird (CARLEN, S. 116). Wird an eine Urkundsperson das Begehren gerichtet, eine in ihren Zuständigkeitsbereich fallende Beurkundung vorzunehmen, so ist die Urkundsperson – auch im Fall des sogenannten «freien Notariats» – von Bundesrechts wegen zur Vornahme verpflichtet (SCHMID, S. 42).

Die Urkundspflicht ist das Korrelat zu dem vom Staat verliehenen Beurkundungsmonopol (CARLEN, S. 116; MARTI, S. 57; RUF, Rz. 618). Wenn das Zivilrecht die öffentliche Beurkundung für gewisse Rechtsgeschäfte vorschreibt und darüber hinaus den Kontrahenten im Rahmen von Artikel 16 OR eine vertraglich vorbehaltene Form belässt, müssen die Kantone dafür besorgt sein, dass die öffentliche Beurkundung jedermann zur Verfügung steht (RUF, Rz. 615); diese Möglichkeit darf nicht dem Ermessen der Urkundsperson anheimgestellt sein (MARTI, S. 57 f.; RUF, Rz. 615, 619). Ausserdem folgt die Urkundspflicht zum einen aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV), das jeder Person in gleicher Weise das Recht auf die Durchführung einer öffentlichen Beurkundung garantiert (CARLEN, S. 116; MARTI, S. 58; RUF, Rz. 619; SCHMID, S. 42), zum andern aus dem Verbot der Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung nach Artikel 29 Absatz 1 BV (MOOSER, Rz. 143; RUF, Rz. 622). Die Urkundspflicht hat namentlich sicherzustellen, dass sich freiberufliche Urkundspersonen nicht vor unangenehmen oder nichtlukrativen Geschäften drücken (BRÜCKNER, Rz. 837, 870; RUF, Rz. 635).

Die Urkundspflicht besteht nicht vorbehaltlos (RUF, Rz. 654); nach Absatz 2 darf die Urkundsperson eine in ihren Kompetenzbereich fallende Beurkundung ablehnen,

wenn hierfür wichtige Gründe vorliegen (SCHMID, S. 42 f.), weil z.B. die Wahrheitspflicht zu beachten ist (MOOSER, Rz. 141 Fn. 303), Ausstandspflichten bestehen (MOOSER, Rz. 148), es offensichtlich ist, dass der Inhalt der Beurkundung rechtlich unmöglich, rechts- oder sittenwidrig ist oder bei der Beurkundung eine offensichtlich nicht urteilsfähige Person mitwirken soll (vgl. RUF, Rz. 658 ff.).

Die Urkundsperson verletzt die Urkundspflicht – dies mit disziplinarischer und allenfalls vermögensrechtlicher Verantwortlichkeit (vgl. CARLEN, S. 48; MARTI, S. 39; RUF, Rz. 629) –, wenn sie zu verstehen gibt, dass sie gar nicht zu beurkunden gedenkt (RUF, Rz. 622) oder wenn sie die Beurkundung an die Hand nimmt, aber nicht innert nützlicher Frist abschliesst (CARLEN, S. 145; RUF, Rz. 622, 1015). Die Urkundsperson darf ein Geschäft nicht liegenlassen, sondern hat es rasch auszuführen. Dringliche Geschäfte, z.B. die Beurkundung der letztwilligen Verfügung eines Schwerkranken, sind vorzuziehen (CARLEN, S. 123).

Art. 55e Rechtsbelehrungspflicht

Die Rechtsbelehrungspflicht ist bundesrechtliche Mindestanforderung (MARTI, S. 35), zumal es der Urkundsperson obliegt, «beide Vertragsparteien über die Tragweite ihrer Verpflichtungen aufzuklären» (BGE 90 II 284 E. 8). Der Umfang dieser Pflicht wird vom kantonalen Recht festgelegt; zu einem Minimum an Belehrung zwingen die Urkundsperson indes bereits der bundesrechtliche Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung, denn einerseits muss der Geschäftswille unter Mithilfe der Urkundsperson einwandfrei ermittelt und in eine gültige und zweckmässige rechtsgeschäftliche Form gebracht werden, andererseits hat die Urkundsperson die Parteien auf Mängel und Gefahren des in Aussicht genommenen Rechtsgeschäfts hinzuweisen (SCHMID, S. 45 f.). Die Belehrung erfolgt vor allem im Vorverfahren der Beurkundung (CARLEN, S. 124), was nicht ausschliesst, dass die Urkundsparteien noch im Hauptverfahren eine rechtliche Erläuterung wünschen oder benötigen (MARTI, S. 101). Die Urkundsperson kann die Rechtsbelehrung nicht an eine Hilfsperson delegieren (Bundesamt für Justiz, ZBGR 64/1983, S. 346). Inwiefern die Rechtsbelehrungspflicht auch für Sachbeurkundungen gilt, müssen Lehre und Rechtsprechung entwickeln (vgl. MOOSER, Rz. 701 m.w.N.).

Wie weit die Belehrung durch die Urkundsperson zu gehen hat, lässt sich nur nach Lage des Einzelfalls beurteilen (CARLEN, S. 125, 142; RUF, Rz. 940). Eine Belehrung kann auch entfallen, wenn die Parteien rechtskundig und geschäftsgewandt und sowohl formell wie materiell unterrichtet sind; die Belehrung muss aber da einsetzen und umso intensiver sein, wo die Beteiligten rechtsunkundig, unerfahren und auch nicht in der Lage sind, sich über die rechtliche Bedeutung und die rechtlichen Konsequenzen des Geschäfts im Klaren zu sein (CARLEN, S. 125). «Der Umfang der Belehrungspflicht richtet sich nach den Bedürfnissen der Vertragsparteien, d.h. nach der Natur des Geschäfts und nach dem Wissensstand der erklärenden Personen [...]. In diesem Umfang ist die Belehrung indessen unverzichtbar; der Notar muss die Urkundsparteien über den Vertragsinhalt sowie dessen rechtliche Ausgestaltung und seine rechtlichen Folgen aufklären» (BGE in ZBGR 81/2000, S. 62). Die Rechtsbelehrungspflicht gilt auch dann, wenn der Urkundsperson eine vorbereitete Urkunde vorgelegt wird (CARLEN, S. 125). Wenn sich die Parteien nicht belehren lassen, hat die Urkundsperson die Beurkundung abzulehnen (BGE 90 II 283).

Rechtsbelehrung durch die Urkundsperson ist die Aufklärung der Parteien über die Vertragsform und Vertragsart sowie deren rechtliche Bedeutung und Folgen (CARLEN, S. 124).

- Formelle Rechtsbelehrung ist die Aufklärung über die zu wählende Form des Rechtsgeschäfts und die dabei zu beachtenden verschiedenen Beurkundungsverfahren (vgl. CARLEN, S. 124; RUf, Rz. 885). Stehen mehrere Formen zur Verfügung, hat die Urkundsperson darüber aufzuklären, welche Vor- und Nachteile die eine oder die andere Form bietet (RUf, Rz. 886).
- Materielle Rechtsbelehrung ist die Aufklärung über den Inhalt der Urkunde und ihre rechtlichen Wirkungen, d.h. die Belehrung der Urkundsparteien über den Vertragsinhalt sowie dessen rechtliche Ausgestaltung und seine rechtlichen Folgen (vgl. CARLEN, S. 124; RUf, Rz. 899). Insbesondere bei Grundstücksgeschäften umfasst die Belehrungspflicht den Hinweis auf die Rechtslage, die sich aus dem Grundbuch und aus dem Gesetz ergibt (BGE in ZBGR 81/2000, S. 62). Aufzuklären ist etwa über die zivilrechtlichen Folgen unmöglicher und rechts- oder sittenwidriger Vertragsbestimmungen (CARLEN, S. 124 f.; RUf, Rz. 901). Ob und inwiefern eine Pflicht zur Aufklärung über die steuerrechtlichen Folgen des beabsichtigten Geschäfts besteht, ist umstritten (vgl. MOOSER, Rz. 236 ff.; RUf, Rz. 909), jedenfalls kann das kantonale Recht der Urkundsperson eine entsprechende Rechtsbelehrungspflicht auferlegen (BGE 4C.146/2002, E. 2.2 und 2.3).

Die Rechtsbelehrungspflicht erstreckt sich grundsätzlich nicht auf die Vorteilhaftigkeit oder Unvorteilhaftigkeit des Geschäfts, die Urkundsperson ist «nicht der wirtschaftliche Berater der Vertragschliessenden» (RUf, Rz. 906). «Ob der zur Beurkundung genannte Kaufpreis dem wirklichen Werte der Liegenschaft entspricht, hat die Urkundsperson nicht zu prüfen», zumal es nicht ihre Sache ist «zu verhüten, dass eine Liegenschaft zu billig oder zu teuer verkauft werde. Die Höhe des Kaufpreises ist lediglich eine Angelegenheit der Parteien unter sich» (BGE 50 II 147 E. 3). Die Belehrungspflicht der Urkundsperson «erstreckt sich nicht oder nur in Ausnahmefällen auf die rein wirtschaftlichen Aspekte des Rechtsgeschäfts» (BGE in ZBGR 81/2000, S. 62). Der Vertragsinhalt darf jedenfalls nicht zur Übervorteilung einer Vertragspartei nach Artikel 21 OR führen; hier beginnt eine Belehrungspflicht hinsichtlich der wirtschaftlichen Folgen des Geschäfts (RUf, Rz. 911 Ziff. 2.5; für Belehrungspflicht bereits unterhalb der Schwelle der Übervorteilung BRÜCKNER, Rz. 1761).

- Für Notariatsdienstleistungen sind von Bundesrechts wegen die tatsächlich zu bezahlenden Preise in Schweizerfranken bekanntzugeben (Art. 10 Abs. 1 Bst. v der Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211).

Im Gegensatz zur «Belehrung» ist unter notarieller «Beratung» der Vergleich verschiedener Gestaltungsvarianten zu verstehen. Die zureichend belehrten Parteien wissen, was sie tun; die umfassend beratenen Parteien wissen zudem, warum sie gerade dies und nicht etwas anderes tun (BRÜCKNER, Rz. 1728 f., 1783 ff.). Rechtsberatung gehört kaum zu den Berufspflichten der Urkundsperson, diese kann eine solche Beratung aber im Rahmen eines privatrechtlichen Auftrags erteilen (RUf, Rz. 902, 931, 937, 1082).

Eine ungenügende oder unrichtige Belehrung hindert die Entstehung der öffentlichen Urkunde nicht (MOOSER, Rz. 681; BGE 63 II 363 E. 2 betr. Verfügung von Todes wegen), die Urkundsperson kann jedoch vermögensrechtlich und disziplinarisch verantwortlich werden (BRÜCKNER, Rz. 1561, 1774 mit Fn. 123; RUf, Rz. 881, 943). Zivilrechtlich besteht die Möglichkeit, dass derjenige, der durch eine Rechtsbelehrung der Urkundsperson mangelhaft oder unrichtig orientiert wird, das Rechtsgeschäft wegen Willensmängeln, namentlich wegen Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR),

anfechten kann (RUF, Rz. 882).

Art. 55f Unparteilichkeit

Ohne Rücksicht auf kantonale Bestimmungen über Ausstandspflicht und Unvereinbarkeit ist bereits kraft Bundesrechts ein Minimum an Unparteilichkeit unabdingbar. Dies folgt aus dem Gebot der Rechtsgleichheit sowie aus dem amtlichen Charakter der Beurkundungstätigkeit (SCHMID, S. 43). Die öffentliche Beurkundung – eine Handlung der sogenannten freiwilligen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit – ist nämlich eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit und die Urkundsperson ein staatliches Organ. Dies gilt unabhängig davon, ob mit der Beurkundung nach kantonalem Recht ein Beamter oder ein freierwerbender Notar oder Anwalt beauftragt ist (BGE 128 I 281 E. 3; vgl. auch BGE in ZBGR 81/2000, S. 408 E. 3b); auch die Unabhängigkeit und Neutralität des freiberuflichen Notars ist von herausragender Bedeutung (BGE in ZBGR 89/2008, S. 372 E. 3.3). Insbesondere die Involviertheit des «Dorf-Notars» in die Gesamtheit der örtlichen Grundstückangelegenheiten, in die Mehrzahl der Nachlässe, in zahlreiche Ehe- und Familienfragen und in weitere Rechtsprobleme der ansässigen Bevölkerung macht ihn zu einer wichtigen Person, wobei die Gefahr von Machtmissbrauch und Parteilichkeit solcher Notare angesichts ihrer gesellschaftlichen Integration in die örtliche Oberschicht kaum zu verkennen ist (BRÜCKNER, Rz. 731).

Im Unterschied zur Rechtsanwältin oder dem Rechtsanwalt ist die Urkundsperson, d.h. die Notarin oder der Notar, der «Mann der Mitte» für beide Parteien (Obergericht Luzern, zit. nach MOOSER, Rz. 241). Somit muss die notarielle Tätigkeit unparteiisch ausgeübt werden (*Abs. 1*), die Urkundsperson hat in ihrer Stellung als unparteiischer Treuhänder die Interessen der Beteiligten in objektiver Weise zu wahren (RUF, Rz. 988, 1001). Namentlich die Einbindung der Urkundsperson im geschäftlichen Bereich – z.B. die überwiegende Tätigkeit in einer Handelsgesellschaft – ist geeignet, ihre Unabhängigkeit zu schwächen und das notwendige Vertrauen zu untergraben, das der einzelne Bürger in sie haben muss, wenn er um ihre Dienste ersucht. Es fehlt nach der Auffassung des Bundesgerichts nicht an guten Gründen davon auszugehen, dass eine aktive Teilnahme der Urkundsperson in jeglichem Sektor der Wirtschaft generell die Neutralität, die man von ihr erwarten muss, präjudizieren kann (BGE in ZBGR 81/2000, S. 409; vgl. auch BGE in ZBGR 89/2008, S. 372 E. 3.3; BGE in ZBGR 74/1993, S. 52 E. 3b). Die Unparteilichkeit ist eine Berufspflicht der Urkundsperson und bezieht sich nur auf ihre hauptberufliche Tätigkeit; für die nebenberufliche Tätigkeit ergibt sich die Pflicht, die Interessen des Auftraggebers zu wahren, regelmässig aus dem Auftragsrecht (RUF, Rz. 989 f.).

Beträchtliche Vorsicht soll die Urkundsperson walten lassen, wenn sie die Beurkundung anhand eines von einer Partei vorbereiteten Vertragsentwurfs durchführt. Weil die Möglichkeit besteht, dass in gewissen Formulierungen des Entwurfs einseitige Interessen wahrgenommen werden, hat sie den Urkundeninhalt besonders genau zu prüfen (RUF, Rz. 1002). Die Urkundsperson hat darüber zu wachen, dass nicht unbefugte Dritte, z.B. Liegenschaftsvermittler, einer Beurkundung beiwohnen und dabei die Gefahr der Beeinflussung einer Urkundspartei entsteht (CARLEN, S. 123; RUF, Rz. 1012). Falls die Urkundsperson zugleich den Anwaltsberuf ausübt, darf sie in einem Streit, dessen Gegenstand eine öffentliche Urkunde bildet, die sie errichtet hat, keine der beteiligten Parteien anwaltlich vertreten (CARLEN, S. 123; RUF, Rz. 1013; BGE in ZBGR 92/2011, S. 124 ff., 127 ff., 135 ff.).

Die Unparteilichkeit der Urkundsperson besteht aus vielfältigen Einzelpflichten (vgl. RUF, Rz. 1001, 1005 ff.), wird in ihrem Kern aber durch Ausstandspflichten sichergestellt (*Abs. 2*). Deren Grund ist darin zu erblicken, dass die Urkundsperson als Organ

der staatlichen, freiwilligen Gerichtsbarkeit objektive und unparteiische Beurkundungen vorzunehmen hat; die Urkundsperson soll im Rahmen der Erfüllung staatlicher Aufgaben «persönlich interessenlos» sein (RUF, Rz. 721). Die Ausstandspflicht ist eine zwingende Verpflichtung der Urkundsperson; die Parteien können davon nicht entbinden (RUF, Rz. 737).

Wenngleich die Ausstandspflicht im Fall der Selbstbeteiligung der Urkundsperson oder der Beteiligung ihr nahestehender Personen von Bundesrechts wegen gefordert ist (SCHMID, S. 43; MARTI, S. 21), werden die einzelnen Ausstandsgründe vom kantonalen Recht geregelt (MOOSER, Rz. 156). Für bundesrechtlich normierte Beurkundungsverfahren richten sich die Ausstandspflichten allerdings nach Artikel 503 ZGB.

Beachtlich sind im Allgemeinen folgende Ausstandsgründe: Eine formelle Selbstbeteiligung, die vorliegt, wenn die Urkundsperson am Beurkundungsverfahren als Urkundspartei selber teilnimmt (vgl. CARLEN, S. 117; RUF, Rz. 755). Bei materieller Selbstbeteiligung ist die Urkundsperson am Gegenstand der Beurkundung mitbeteiligt, indem sie Rechte erwirbt oder abtritt oder sich verpflichtet (vgl. CARLEN, S. 117; RUF, Rz. 759). Zudem ist die Urkundsperson ausgeschlossen, wenn bei einer Beurkundung ihr nahestehende Personen, Handelsgesellschaften oder juristische Personen beteiligt sind (vgl. MARTI, S. 59; CARLEN, S. 117 ff.). Im Fall der Sachbeurkundung sind die Ausstandsgründe im Allgemeinen eingeschränkter als bei der Beurkundung von Willenserklärungen (MOOSER, Rz. 706 m.w.N.).

Grundsätzlich berührt die Verletzung der Unparteilichkeit und der Ausstandspflicht nicht das Zustandekommen der öffentlichen Urkunde (MOOSER, Rz. 244, 681). Die Kantone können die Folgen der Verletzung dieser Pflichten aber mit Ordnungsbestimmungen und – z.B. im Fall der Selbstbeteiligung der Urkundsperson – mit Gültigkeitsvorschriften regeln; die Urkundsperson kann insbesondere disziplinarisch und vermögensrechtlich verantwortlich werden (MOOSER, Rz. 167, 244).

Art. 55g Wahrheitspflicht

Wahrheitspflicht bei der öffentlichen Beurkundung und Beweisfunktion der öffentlichen Urkunde gehören untrennbar zusammen. Nur diese Wahrheitspflicht für Urkundspersonen, deren Verletzung strafrechtliche Sanktionen nach sich zieht, rechtfertigt es, der öffentlichen Urkunde privilegierte Beweiskraft nach Artikel 9 ZGB zuzuerkennen. Da die Beweisfunktion der öffentlichen Urkunde und die strafrechtliche Sanktion gegenüber einer Verletzung der Wahrheitspflicht bundesrechtlich geordnet sind, muss notwendig auch die Wahrheitspflicht bei der öffentlichen Beurkundung ein Grundsatz des Bundesrechts sein (HUBER, S. 239; vgl. auch BGE 118 II 34 E. 3d).

Die Wahrheitspflicht nach Absatz 1 verlangt im Wesentlichen, dass die Urkundsperson zum einen die Tatsachen selber sinnlich wahrnimmt – vor allem durch Sehen und Hören –, und zum andern in der öffentlichen Urkunde keine Feststellung trifft, von der sie weiss, dass sie nicht stimmt (vgl. CARLEN, S. 120 f.; SCHMID, S. 44). Die Urkundsperson darf nur solche Tatsachen beurkunden, die sie selbst wahrgenommen hat, zumal die verstärkte Beweiskraft nach Artikel 9 Absatz 1 ZGB nur das umfasst, was die Urkundsperson «aufgrund eigener Wahrnehmung» zuverlässig feststellen kann (BGE 110 II 3 E. 3a). Erforderlich ist jedoch nicht, dass die Urkundsperson die beurkundeten Tatsachen mit eigenen Sinnen «unmittelbar» wahrgenommen hat; man kann z.B. eine Geburt beurkunden, ohne sie gesehen zu haben, indem auf die Angaben dessen abgestellt wird, der sie angezeigt hat (BGE in ZBGR 33/1952, S. 78 f.).

Der Inhalt der Wahrheitspflicht entzieht sich freilich einer einfachen Formel, zumal im Einzelnen zu unterscheiden ist:

- Zur Wahrheitspflicht gehört die richtige Wiedergabe des Parteiwillens (CARLEN, S. 141; BGE 78 IV 112). Im Fall der Beurkundung einer Willenserklärung kann die Wahrheitspflicht der Urkundsperson aber nicht in einer exakten Prüfung der inhaltlichen Wahrheit der Erklärung bestehen (RUf, Rz. 842). Vielmehr verlässt sich die Urkundsperson grundsätzlich auf die Angaben der Parteien oder ermittelt sie durch Schlussfolgerungen aus sinnlich wahrnehmbaren Tatsachen; sie beurkundet nicht nur Erklärungen, sondern auch den Willen der Parteien (BGE 90 II 282 E. 6; BGE in ZBGR 33/1952, S. 79 E. 2). Halten die Äusserungen der Parteien einer sorgfältigen notariellen Würdigung stand, ist die Urkundsperson ihnen gegenüber zu keinen weiteren inquisitorischen Willens- und Wissenserforschungen verpflichtet (BRÜCKNER, Rz. 1716). Falls die Urkundsperson aber weiss oder bei pflichtgemässer Sorgfalt erkennen kann, dass der Inhalt der Erklärung unwahr ist – etwa wenn der Kaufpreis beim Grundstückkauf zu tief angegeben wird –, hat sie die Beurkundung abzulehnen (CARLEN, S. 121; RUf, Rz. 842 f.). Es verträgt sich mit dem Wesen der öffentlichen Beurkundung nicht, dass die Urkundsperson in der öffentlichen Urkunde eine Feststellung trifft, von der sie weiss, dass sie nicht stimmt (BGE 90 II 282 E. 6).

Bei Sachbeurkundungen, d.h. der Beurkundung von Vorgängen und Zuständen, bezieht sich die Wahrheitspflicht grundsätzlich nur auf die Tatsache, dass die Erklärung inhaltlich so abgegeben worden ist, wie sie von der Urkundsperson aufgrund eigener sinnlicher Wahrnehmung festgehalten wird (MARTI, S. 123 f.; RUf, Rz. 853, 1507 f.). So muss die Urkundsperson z.B. bei der Beurkundung eines Versammlungsbeschlusses auch solche Anträge oder Erklärungen von Versammlungsteilnehmern in das Protokoll aufnehmen, von denen sie weiss, dass sie unwahr sind. Wiewohl sich die Urkundsperson in der Regel auf die Erklärungen des Versammlungsvorsitzenden verlassen kann, darf sie jedoch z.B. ein für sie erkennbar unrichtiges Abstimmungsergebnis mit Rücksicht auf die Wahrheitspflicht nicht protokollieren, selbst wenn der Vorsitzende ein solches bekanntgibt. Wenn die Urkundsperson kraft eigener Wahrnehmung das richtige Ergebnis kennt, hat sie dieses zu protokollieren und den Vorsitzenden darüber zu unterrichten (RUf, Rz. 853).

- Es gibt Tatsachen, welche die Urkundsperson nicht unmittelbar sinnlich wahrnehmen kann, sondern die sie gestützt auf andere öffentliche Urkunden indirekt erfahren hat, z.B. Geburt, Tod oder Eheschliessung einer Person. Der Wahrheitspflicht wird genügt, wenn die Urkundsperson die entsprechenden öffentlichen Urkunden einsieht (CARLEN, S. 121; MARTI, S. 123; RUf, Rz. 269, 527, 857).
- Die Urkundsperson kann Rechtsfolgen oder Rechtsbeziehungen bescheinigen, die sich – z.B. im Fall eines Erbscheins – aufgrund eines logischen Schlusses aus sinnlich festgestellten Tatsachen ergeben (CARLEN, S. 121; RUf, Rz. 480, 858).

Falls die Urkundsperson im erwähnten differenzierten Umfang die beurkundeten Willenserklärungen oder Vorgänge und Zustände nicht selbst wahrgenommen oder in der öffentlichen Urkunde eine Feststellung getroffen hat, von der sie weiss, dass sie nicht stimmt, entsteht von Bundesrechts wegen keine öffentliche Urkunde (Art. 55/ Ziff. 1 VE SchlT ZGB). Die Kantone können die Verletzung der Wahrheitspflicht auch

mit einer Disziplinar massnahme sanktionieren (BGE in ZBGR 89/2008, S. 381, 383 f. E. 3.1).

Im Zusammenhang mit den rechtspolizeilichen Prüfungspflichten der Urkundsperson (vgl. RuF, Rz. 489 ff., 1023 ff.) führt eine Verletzung der Wahrheitspflicht nicht ohne weiteres zu einem Nichtentstehen der Urkunde:

- Die Prüfung der Identität der Urkundsparteien ist ein Gebot des Bundesrechts; unterlässt die Urkundsperson jedoch die Identitätsprüfung, verletzt sie eine Berufspflicht, es entsteht aber gleichwohl eine öffentliche Urkunde (RuF, Rz. 1390). Nur wenn bei der öffentlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften die einwandfreie Bezeichnung der Parteien fehlt, die sich durch die Erklärungen berechtigen und verpflichten (vgl. BGE 112 II 332 E. 1a; BGE in ZBGR 54/1973, S. 367, 369 E. 1b), entsteht keine öffentliche Urkunde (Art. 55/ Ziff. 2 VE SchlT ZGB).
- Die Urkundsperson hat bei Vertretungsverhältnissen zu prüfen, ob die Vertretungsbefugnis tatsächlich besteht; dies setzt die Prüfung der Identität des Vertretenen und das Vorliegen eines gültigen Vertretungsverhältnisses voraus (RuF, Rz. 1405; vgl. auch MARTI, S. 92 f.). Wenn ein Dritter für eine Partei handelt, ist die Angabe des Vertretungsverhältnisses bundesrechtliche Mindestanforderung (vgl. BGE 112 II 332 E. 1a; BGE in ZBGR 54/1973, S. 367, 369 E. 1b). Sofern die Angaben die bundesrechtlich geforderte einwandfreie Identifizierung des Vertreters nicht zulassen (vgl. MARTI, S. 138), entsteht keine öffentliche Urkunde (Art. 55/ Ziff. 2 VE SchlT ZGB). Es wäre z.B. unerfindlich, weshalb es zulässig sein soll, dass die Urkundsperson im Vertrag einen Vertreter angibt, der nicht erscheint, den tatsächlich erscheinenden dagegen verschweigt (BGE 112 II 332 E. 1a).
- Die Urkundsperson hat die Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien zu prüfen (MARTI, S. 92; betr. Sachbeurkundungen MOOSER, Rz. 700 m.w.N.), wobei sie die Urteilsfähigkeit einer Person grundsätzlich vermuten, erkennbare Anhaltspunkte für deren Fehlen jedoch nicht ignorieren darf (BRÜCKNER, Rz. 986, 998 f.). Hat die Urkundsperson begründeten Anlass zu Zweifeln, sind Kontrollmassnahmen in Bezug auf die Handlungsfähigkeit erforderlich. Zum einen hat die Urkundsperson zur Beibringung eines Handlungsfähigkeitszeugnisses – d.h. der Bescheinigung der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, dass für die betreffende Person keine Massnahmen bestehen – aufzufordern (BRÜCKNER, Rz. 993, 999), zum andern hat sie bei leichten Zweifeln an der Handlungsfähigkeit bzw. Urteilsfähigkeit einer Partei die Meinung eines Arztes, bei erheblichen Zweifeln ein eigentliches psychiatrisches Gutachten einzuholen (BGE 124 III 344 f. E. 2c/bb; BRÜCKNER, Rz. 999). Das materielle Recht regelt die Folgen mangelnder Handlungsfähigkeit; im Fall der Ungültigkeit des Geschäfts kann sich die Urkundsperson wegen unterlassener Prüfung der Handlungsfähigkeit der Urkundsparteien vermögensrechtlich und disziplinarisch verantwortlich machen (MOOSER, Rz. 189). Das Gericht ist an eine notarielle Bescheinigung der Handlungsfähigkeit nicht gebunden (BGE 124 III 9 E. 1c; BRÜCKNER, Rz. 997).

Die Klarheit bei der Redaktion der öffentlichen Urkunde (Abs. 2) ist das Gegenstück der wahrheitsgemässen Abfassung (RuF, Rz. 868). Die öffentliche Beurkundung soll zwischen den Parteien «wahrheitsgetreue und rechtlich klare» Verhältnisse schaffen, der Text der öffentlichen Urkunde muss klar und unzweideutig sein (BGE in ZBGR 81/2000, S. 62; RuF, Rz. 868 f.). Unklare und mehrdeutige Erklärungen darf die Ur-

kundsperson auch dann nicht beurkunden, wenn die Urkundsparteien dies von ihr verlangen (RuF, Rz. 870). Hält die Urkundsperson eine von den Verfahrensbeteiligten gewünschte Formulierung für unklar und kommt keine Einigung über die Formulierung zustande, so hat die Urkundsperson die Beurkundung abzulehnen (BRÜCKNER, Rz. 1837). Klarheit setzt eine richtige und präzise Verwendung der Sprache voraus, auch in Bezug auf die rechtliche Qualifikation (MARTI, S. 61); so bringt etwa das farblose Verb «geben» das tatsächlich Beabsichtigte – ob die Zuwendung z.B. Vorempfang, Schenkung oder Darlehen bedeutet – nicht klar zum Ausdruck (RuF, Rz. 873). Die Urkundsperson trägt auch die Verantwortung für die inhaltliche Widerspruchslöslichkeit der öffentlichen Urkunde (RuF, Rz. 871).

Eine Verletzung der Klarheitspflicht berührt das Zustandekommen der öffentlichen Urkunde nicht (MOOSER, Rz. 681). Eine Urkundsperson, die eine Urkunde sprachlich unklar oder widersprüchlich abfasst, macht sich allenfalls disziplinarisch und vermögensrechtlich verantwortlich (vgl. CARLEN, S. 122, 141). Eine unklare, irreführende Vertragsgestaltung kann aber auch dazu dienen, die wahren Tatsachen zu verschleiern (vgl. BGE in BN 2007, S. 106 ff. betr. unwahren Kaufpreis).

Zur Klarheit gehört schliesslich die Vollständigkeit des Urkundeninhalts, d.h. die Beurkundung der subjektiv und objektiv wesentlichen Vertragspunkte (RuF, Rz. 168 ff., 874). Bei Nichteinhaltung der Formvorschrift ist das Rechtsgeschäft nach Artikel 11 Absatz 2 OR grundsätzlich ungültig.

Art. 55h Schweigepflicht

Wer eine öffentliche Urkunde errichten lassen will, muss die Dienste der Urkundsperson in Anspruch nehmen und ihr unter Umständen Einblick in die persönlichen Verhältnisse gewähren. Diese Zwangssituation ist nur zumutbar, wenn die Urkundsperson verpflichtet ist, über die so erworbenen Kenntnisse Dritten gegenüber zu schweigen (RuF, Rz. 945). Die öffentliche Beurkundung kann lediglich dann richtig und einwandfrei ausgeübt werden, wenn das Publikum aufgrund einer Garantie der Verschwiegenheit das unentbehrliche Vertrauen zum Inhaber des Berufs hat (vgl. BGE 112 Ib 606).

Die staatlich beamtete Urkundsperson untersteht dem Amtsgeheimnis nach Artikel 320 Absatz 1 StGB, die freiberuflich tätige dem Berufsgeheimnis nach Artikel 321 Absatz 1 StGB: «[...] Notare [...] sowie ihre Hilfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, werden [...] bestraft». Alle kantonalen Notariatsgesetze schärfen die Wahrung der Schweigepflicht besonders ein (CARLEN, S. 126), somit ist diese Pflicht auch als bundesrechtliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung festzuhalten.

Gegenstand der Schweigepflicht sind nach *Absatz 1* Tatsachen, welche die Beteiligten der Urkundsperson infolge ihres Berufs anvertraut haben oder welche die Urkundsperson für die Beteiligten – von Dritten oder kraft eigener Abklärung – beruflich erfahren hat (vgl. RuF, Rz. 949). Die gleiche Schweigepflicht gilt für die Mitarbeitenden der Urkundsperson und für Nebenpersonen (*Abs. 3*), d.h. Sachverständige, Übersetzerinnen und Übersetzer, Schätzerinnen und Schätzer sowie Zeuginnen und Zeugen. Die Urkundsperson ist auch nach Aufgabe ihrer beruflichen Tätigkeit an die Schweigepflicht gebunden (CARLEN, S. 127).

Nicht unter die Schweigepflicht fallen selbstverständlich Tatsachen, die allgemein bekannt sind; dies ist auch der Fall, wenn die Tatsache aufgrund eines öffentlichen Registers jedermann frei zugänglich ist (vgl. RuF, Rz. 958).

Die Schweigepflicht kann nicht in absoluter Weise gelten (*Abs. 2 Ziff. 1–3*): Sie entfällt, wenn die Beteiligten die Urkundsperson von der Pflicht entbinden (MOOSER, Rz. 252) oder das kantonale Recht einen entsprechenden Geheimhaltungsdispens der Aufsichtsbehörde vorsieht (MOOSER, Rz. 252; a.M. BRÜCKNER, Rz. 1160, 1172; vgl. auch CARLEN, S. 128); sie entfällt ferner, wenn die richtige Erfüllung einer beruflichen Obliegenheit – mithin eine Kollision von Berufspflichten – die Bekanntgabe an Dritte erfordert (vgl. MOOSER, Rz. 253 ff.). Keine Verletzung der Schweigepflicht liegt schliesslich vor, wenn die Urkundsperson durch die Gesetzgebung zur Bekanntgabe an Behörden verpflichtet ist (vgl. MOOSER, Rz. 256 ff.).

Eine Verletzung der Schweigepflicht kann disziplinarische, vermögensrechtliche und strafrechtliche Folgen haben (CARLEN, S. 127).

Art. 55i Hauptverfahren. Beurkundungsvorgang

Bei der Regelung des den Kantonen vorgegebenen Rahmens ist von der Verfahrensgliederung der Beurkundungsverfahren in Vorverfahren, Hauptverfahren und Nachverfahren auszugehen (vgl. HUBER, S. 236, 241; MARTI, S. 97 ff., 105 ff., 150 ff.):

- Das «Vorverfahren» geht dem eigentlichen Beurkundungsakt voraus.
- Das «Hauptverfahren», d.h. der Beurkundungsakt, umfasst die Kenntnisnahme des Urkundenentwurfs durch die am Rechtsgeschäft beteiligten Personen, darauf folgen die Genehmigung und allenfalls Unterzeichnung durch die Parteien sowie der Vollzug der Beurkundung durch die Urkundsperson.
- Das «Nachverfahren» beinhaltet die Registrierung und Aufbewahrung der öffentlichen Urkunde.

Artikel 500 Absatz 1 ZGB bestimmt in Bezug auf die öffentliche letztwillige Verfügung: «Der Erblasser hat dem Beamten seinen Willen mitzuteilen, worauf dieser die Urkunde aufsetzt oder aufsetzen lässt und dem Erblasser zu lesen gibt». Dazu hat das Bundesgericht erkannt, das Vorverfahren sei «frei gestaltet». Für die Willensmitteilung an die Urkundsperson ist keine bestimmte Form vorgesehen; diese Mitteilung kann durch den Erblasser selbst oder durch einen Dritten mündlich oder schriftlich erfolgen. Die Abfassung des Urkundenentwurfs ist Aufgabe der Urkundsperson, doch ist auch die Verwendung eines bereits formulierten Textes zulässig, den der Erblasser selbst oder ein Dritter erstellt hat (BGE 63 II 361 f. E. 1). Was für das bundesrechtlich geregelte Beurkundungsverfahren gilt, muss allgemein auch für die Ausgestaltung des kantonalen Beurkundungsverfahrens gelten. Insbesondere verlangt der bundesrechtliche Beurkundungsbegriff nicht, dass die Willensmitteilung an die Urkundsperson durch die Parteien persönlich geschieht, dass der Urkundenentwurf von der Urkundsperson aufgesetzt oder abgefasst wird oder dass Vorverfahren und Hauptverfahren unmittelbar aufeinander zu folgen haben (HUBER, S. 238; vgl. auch RUF, Rz. 164).

Demgegenüber ist die Kenntnisnahme vom Urkundeninhalt im Rahmen des Hauptverfahrens bundesrechtliche Mindestanforderung (MOOSER, Rz. 619 m.w.N.). Die Kantone kennen unterschiedliche Ordnungen. Hauptform ist das Vorlesungsverfahren, vielfach gestattet ist auch das Selbstlesungsverfahren. Das Bundesrecht sieht für die öffentliche Beurkundung der Verfügung von Todes wegen das Selbstlesungsverfahren (Art. 501 ZGB) und das Vorlesungsverfahren (Art. 502 ZGB) als gleichwertige Formen vor (BGE 66 II 102). Daraus folgt, dass sowohl das Selbstlesen als auch das Vorlesen mit dem Begriff der öffentlichen Beurkundung vereinbar sind (HUBER,

S. 241, 243). Vor diesem Hintergrund stellt die Urkundsperson sicher, dass die Urkundsparteien vom Inhalt des Urkundenentwurfs Kenntnis erlangen (*Abs. 1*). Anstelle der Vorlesung oder der Selbstlesung kann nicht etwa eine Orientierung durch die Urkundsperson über den Urkundsinhalt treten (MARTI, S. 111).

- Die Vorlesung muss grundsätzlich durch die Urkundsperson vorgenommen werden, indes wird die Vorlesung durch eine Hilfsperson im Beisein der Urkundsperson kaum gegen die bundesrechtlichen Mindestanforderungen verstossen (RUF, Rz. 1430; MARTI, S. 111). «Ob es als Gültigkeitsvoraussetzung angesehen werden muss, dass der Urkundsbeamte im Verfahren nach Art. 502 ZGB die Urkunde selber vorliest, wie dies das Bundesgericht 1919 entschieden hat (BGE 45 II 141), muss mit Blick auf die damals gegebene Begründung und den inzwischen eingetretenen technischen Wandel als zweifelhaft angesehen werden» (BGE 118 II 277 E. 3/b/aa). Eine Vorlesung in Abwesenheit der Urkundsperson ist hingegen keine öffentliche Beurkundung (MARTI, S. 111). Es muss zulässig sein, dass die Urkundsparteien im Rahmen des Hauptverfahrens zusätzlich den Urkundenentwurf selber lesen; dies bedeutet keine Unterbrechung des Hauptverfahrens und damit keinen Verstoss gegen den Grundsatz der Einheit des Aktes nach Artikel 55j VE SchlT ZGB (BGE 56 II 161 E. 1; RUF, Rz. 1431). Im Schrifttum besteht Dissens betreffend die Frage, ob der gesamte Inhalt der Urkunde vorzulesen ist (MOOSER, Rz. 639 m.w.N.). Die vorgeschlagene Formulierung, wonach die Urkundsparteien «vom Inhalt» des Urkundenentwurfs Kenntnis erlangen (*Abs. 1*), verlangt von der Urkundsperson kein sklavisches Vorlesen des gesamten Inhalts; vorzulesen ist jedoch alles, was Bestandteil der Willenserklärung ist (vgl. RUF, Rz. 1434 ff.; MARTI, S. 112). Bei Hörbehinderten muss auf das Verfahren der Selbstlesung ausgewichen werden (MARTI, S. 113).
- Im Fall der Selbstlesung hat die Urkundsperson zu kontrollieren, dass die Urkundsparteien den Text lesen, nicht bloss durchblättern (BRÜCKNER, Rz. 1912). Eine Selbstlesung in Abwesenheit der Urkundsperson ist keine öffentliche Beurkundung (MARTI, S. 114).

Eine öffentliche Urkunde entsteht somit nur, wenn die Urkundsparteien rechtsgenügend vom Inhalt der Urkunde Kenntnis erlangt haben (vgl. RUF, Rz. 1296 Ziff. 5). Die Urkundsperson hat dafür zu sorgen und sich zu vergewissern, dass die Kenntnisnahme wirklich erfolgt und nicht nur eine entsprechende Erklärung abgegeben wird (HUBER, S. 243 f.). Auf das Lesen oder Vorlesen im Rahmen des Hauptverfahrens können die Parteien nicht verzichten – auch nicht mit dem Hinweis, der Text sei ihnen bereits bekannt (SCHMID, S. 49).

Die Vorlesung erfolgt herkömmlicherweise anhand eines Ausdrucks auf Papier. Am Grundsatz, wonach der Entwurf nicht von einem Bildschirm abgelesen werden darf (vgl. BRÜCKNER, Rz. 1904), ist bei der Errichtung der elektronischen Urschrift nicht festzuhalten. Ein Ausdrucken auf Papier ginge denn auch mit einem Wechsel des Mediums einher (vgl. Erläuterungen zu Art. 55n VE SchlT ZGB). Entsprechend soll die Urkundsperson bei der Erstellung einer elektronischen Urschrift das am Computer erstellte Dokument vorlesen bzw. zur Selbstlesung mit einem geeigneten Gerät auf eine Leinwand projizieren. Wie dies mit dem Entwurf auf Papier der Fall ist, könnte die Urkundsperson ein elektronisches Exemplar im PDF/A-Format den Urkundsparteien zur Durchsicht zukommen lassen, damit sie das Dokument selbstständig zu studieren vermögen.

Die Genehmigung bzw. Rekognition durch die Parteien ist bundesrechtliche Mindestanforderung (MOOSER, Rz. 653 m.w.N.), d.h. nach Kenntnisnahme des Urkun-

deninhalts müssen die Parteien darüber eine Erklärung abgeben, ob dieser ihrem Willen entspricht (*Abs. 2*); die Parteien sollen im Urkundstext ihren Willen «wiedererkennen (*recognoscere*)». Die Urkundsperson darf die Beurkundung nur durchführen, wenn diese Genehmigung erfolgt ist (HUBER, S. 244). Von Bundesrechts wegen besteht keine Vorgabe in Bezug auf die Form der Genehmigung; sie kann ausdrücklich oder konkludent – durch blosser Unterzeichnung der Urkunde – erfolgen (RUF, Rz. 164). Unerlässlich ist hingegen, dass die Genehmigung während des Beurkundungsakts und gegenüber der Urkundsperson geäussert wird (HUBER, S. 245). Die Genehmigung ist nur in unbedingter, vorbehaltloser Form möglich, was nicht ausschliesst, dass der Urkundeninhalt Vorbehalte und Bedingungen umfasst; nicht das beurkundete Geschäft, sondern die Genehmigungserklärung anlässlich des Beurkundungsvorgangs erträgt keine Bedingungen und Vorbehalte (BRÜCKNER, Rz. 1936 mit Fn. 227). Eine erforderliche Mitwirkung der Urkundsparteien in Bezug auf den Urkundeninhalt, d.h. Rekognition aufgrund der Vorlesung durch die Urkundsperson bzw. der Selbstlesung durch die Parteien, ist Voraussetzung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde (vgl. MARTI, S. 110; RUF, Rz. 1296 Ziff. 5).

Absatz 3 regelt den Vollzug der Beurkundung. Die Urkundsperson hat – zum Zeichen dafür, dass der Urkundeninhalt dem Parteiwillen entspricht – die Urkunde zu unterzeichnen (SCHMID, S. 50). Die Unterzeichnung durch die Urkundsperson (*Satz 1*) ist bundesrechtliche Mindestanforderung (MOOSER, Rz. 558, 656); dadurch wird der Urkundenentwurf zur öffentlichen Urkunde (MOOSER, Rz. 658). Die Unterschrift ist so anzubringen, dass sie den Inhalt der Urkunde deckt (BGE 106 II 149 E. 2a; SCHMID, S. 50). Die Urkundsperson kann ihre Unterschrift nicht nachträglich, nach Weggang der Parteien, beisetzen; die Unterzeichnung durch die Urkundsperson in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten ist mit Rücksicht auf die Einheit des Aktes Voraussetzung für die Entstehung der öffentlichen Urkunde (vgl. RUF, Rz. 1296 Ziff. 6).

Das Bundesrecht verlangt, dass die öffentliche Urkunde den Namen der ausstellenden Urkundsperson nennt und datiert ist (SCHMID, S. 57):

- Bundesrechtliche Mindestanforderung ist nach *Satz 2* die durch Namen und in der Regel Vornamen feststehende Identität der Urkundsperson. Das Bundesgericht hält dafür, «dass die öffentliche Urkunde zu ihrer Gültigkeit der Angabe der Personalien der Urkundsperson bedarf, und zwar so, dass diese Angaben die zweifelsfreie Feststellung der Identität der Urkundsperson erlauben [...]. Welche der Identifizierung der Urkundsperson dienenden Angaben auf der Urkunde in welcher Form angebracht werden müssen, bestimmt sich freilich nach kantonalem Recht [...]. Bundesrechtlich erforderlich und hinreichend ist lediglich, dass sich die Identität der Urkundsperson eindeutig und zweifelsfrei der Urkunde selbst entnehmen lässt» (BGE in ZBGR 78/1997, S. 286). Nur wenn die beurkundende Person erkennbar ist, lässt sich beurteilen, ob die Regeln über die örtliche und sachliche Zuständigkeit beobachtet worden sind oder ob Ausstandsgründe vorgelegen haben usw. (SCHMID, S. 57).
- Erforderlich ist nach *Satz 2* zudem die richtige Datierung der Urkunde (HUBER, S. 248; a.M. BGE 4C.314/2005, E. 2.3, der die Formgültigkeit einer Bürgschaft trotz unrichtiger Datumsangabe in der öffentlichen Urkunde bejaht); ausreichend ist die Angabe des Tages, an dem der Beurkundungsvorgang stattgefunden hat (BRÜCKNER, Rz. 1249 mit Fn. 19). Das Datum der Ausstellung der Urkunde bezeichnet den Beginn der Rechtswirksamkeit des beurkundeten Geschäfts und spielt namentlich dann eine besondere Rolle, wenn die Urkunde als Beleg zum Bestandteil eines öffentlichen Registers wird (SCHMID, S. 57). Die Datierung muss spätestens beim Vollzug der Beurkundung ange-

bracht werden, kann aber bereits im Vorverfahren erfolgen (BGE 55 II 237).

Der Unterschrift der Parteien kommt keine selbständige Bedeutung zu; die öffentliche Urkunde ist nicht ein Schriftsatz der Parteien, sondern die förmliche obrigkeitliche Feststellung einer privaten Erklärung (GULDENER, S. 9, 12, 93; HUBER, S. 246). Die Unterschrift der Parteien ist somit nicht bundesrechtliche Mindestanforderung (MOOSER, Rz. 558, 656; a.M. BRÜCKNER, Rz. 1950 ff.). Ob im konkreten Fall die öffentliche Urkunde nicht bloss von der Urkundsperson, sondern auch von den Rechtsgeschäftsparteien zu unterzeichnen ist, bestimmt sich grundsätzlich nach dem anwendbaren kantonalen Recht; dieses entscheidet unter Vorbehalt von Artikel 15 OR betreffend Ersatz der Unterschrift auch darüber, ob eine solche Unterzeichnung Gültigkeitsvoraussetzung der Urkunde bildet (SCHMID, S. 41 f., 78). Vereinzelt verlangt das Bundesrecht, z.B. Artikel 184 ZGB betreffend den Ehevertrag, zusätzlich zur öffentlichen Beurkundung die Unterschrift der Vertragschliessenden.

Abschliessend sind im vorliegenden Zusammenhang spezifische Fragen erläuterungsbedürftig:

- Stehen körperliche Mängel einer Partei der normalen Durchführung des Hauptverfahrens entgegen – ist die Partei z.B. blind, taub oder taubstumm –, so ist das Verfahren kraft Bundesrechts so abzuwickeln, dass dennoch Gewähr für eine einwandfreie Kenntnisnahme durch die Partei und allenfalls für ihre unmissverständliche Genehmigung besteht; zu diesen Zwecken sehen die kantonalen Beurkundungserlasse regelmässig sogenannte «ausserordentliche» Verfahren vor (SCHMID, S. 52).
- Das Schlussverbal oder der Beurkundungsvermerk enthält die Feststellung, welche Förmlichkeiten des Beurkundungsverfahrens eingehalten worden sind. Geschildert wird der Ablauf des Hauptverfahrens; die durch das Schlussverbal bezeugten Tatsachen geniessen nach Artikel 9 Absatz 1 ZGB volle Beweis kraft, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist (RUF, Rz. 1620). Artikel 500 Absatz 3 ZGB verlangt nur die Datierung und die Unterzeichnung der Urkunde durch die Urkundsperson. Diese Regelung besagt, dass der bundesrechtliche Begriff der öffentlichen Beurkundung ein Schlussverbal oder gar die Siegelung der Urkunde nicht verlangt; Datierung und Unterzeichnung durch die Urkundsperson genügen (HUBER, S. 247; MOOSER, Rz. 557).

Art. 55j Einheit des Aktes

Der Grundsatz der Einheit des Aktes (*unitas actus*), eine Mindestanforderung des Bundesrechts (MOOSER, Rz. 604 m.w.N.), dient zum einen der genauen Kenntnisnahme der Urkundsparteien vom Inhalt der Urschrift, zum andern der Überzeugung der Urkundsperson, dass der Urkundeninhalt wirklich dem Willen der Parteien entspricht (RUF, Rz. 1475). Die Maxime gilt nur für das Hauptverfahren, d.h. den Beurkundungsvorgang (BRÜCKNER, Rz. 17, 2047). Der Grundsatz der Einheit des Aktes schützt die Urkundsparteien und kommt deshalb nicht zum Tragen, wenn diese – namentlich bei Sachbeurkundungen, d.h. der Beurkundung von Vorgängen und Zuständen – im Hauptverfahren nicht mitzuwirken haben (MARTI, S. 78, 106, 123).

Bestimmend sind drei Elemente (vgl. RUF, Rz. 1476 ff.):

- Die Einheit des Ortes verlangt, dass alle Mitwirkenden – d.h. die Urkundsparteien, die Urkundsperson und allfällige Nebenpersonen – während des Hauptverfahrens am gleichen Ort anwesend sind (*Abs. 1*). Nebenpersonen sind

Zeuginnen und Zeugen, Sachverständige sowie Übersetzerinnen und Übersetzer (MARTI, S. 66).

Erforderlich ist insbesondere, dass die Urkundsperson wenigstens während des ganzen Hauptverfahrens, dem Kernstück der eigentlichen Beurkundungstätigkeit, persönlich zugegen ist. Beim Erfordernis der persönlichen Anwesenheit und Mitwirkung der Urkundsperson handelt es sich um einen Grundsatz von allgemeiner Bedeutung, von dem aus Gründen der Rechtssicherheit und den der öffentlichen Beurkundung vom Gesetzgeber zugedachten Funktionen, namentlich der Beweisfunktion, auf keinen Fall abgewichen werden darf (Bundesamt für Justiz, ZBGR 64/1983, S. 346). Nach der Vorstellung des Bundesgesetzgebers kann die Urkundsperson nur gestützt auf eine persönliche Mitwirkung im Hauptverfahren – also kraft eigener sinnlicher Wahrnehmung – mit hinreichender Zuverlässigkeit bestätigen, dass die Parteien den Urkundenwortlaut kennen und ihn als Geschäftswillen gelten lassen wollen; allein der unmittelbare Kontakt zwischen Urkundsperson und Vertragsparteien bietet genügende Gewähr für eine authentische Überlieferung des Parteiwillens (SCHMID, S. 47). Der Urkundstext muss jedoch nicht durch die Urkundsperson selber verfasst werden (CARLEN, S. 92; HUBER, S. 238).

- Die Einheit der Zeit besagt zum einen, dass die Urkundsparteien, die Urkundsperson und allfällige Nebenpersonen «während des ganzen Hauptverfahrens» am Beurkundungsort anwesend sein müssen (*Abs. 1*), zum andern, dass nach *Absatz 2* das Hauptverfahren «ohne wesentliche Unterbrechung» (vgl. CARLEN, S. 98) – «in einem Zuge» (HUBER, S. 248) – durchzuführen ist. Der ohne wesentliche Unterbrechung durchgeführte Beurkundungsakt ist bedeutsam für die Errichtung inhaltlich wahrer und klarer Urkunden, denn er bietet Gewähr dafür, dass die Parteien den Überblick über den Urkundsgegenstand behalten (SCHMID, S. 54). Die Urkundsparteien haben den Beurkundungsort vom Beginn des Vorlesens bzw. Selbstlesens bis zur Unterzeichnung grundsätzlich nicht zu verlassen. Unterbrechungen dürfen nur kurze Zeit dauern und müssen sachlich begründet sein. Wird das Hauptverfahren längere Zeit unterbrochen, ist es zu wiederholen. Keine Unterbrechung im Rechtssinn besteht im Fall von Tätigkeiten in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beurkundung, z.B. Besprechung des Urkundeninhalts oder Rechtsbelehrung durch die Urkundsperson (RuF, Rz. 1478 ff.).
- Die Einheit des Verfahrens verbietet es, ein anderes Beurkundungsverfahren dazwischenzuschalten. Hat die Urkundsperson im gleichen Zusammenhang mehrere Beurkundungen durchzuführen, sind die Urkunden nacheinander vorzulesen und zu unterzeichnen (RuF, Rz. 1481).

Namentlich im Fall des Erbvertrags haben die Vertragsparteien «gleichzeitig dem Beamten ihren Willen zu erklären und die Urkunde vor ihm und den zwei Zeugen zu unterschreiben» (Art. 512 Abs. 2 ZGB). Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob bei zwei- oder mehrseitigen Rechtsgeschäften die einheitliche Durchführung des Beurkundungsakts auf die einzelne Vertragspartei beschränkt werden kann – sogenannte Sukzessivbeurkundung –, oder ob ein gemeinsamer Akt für alle Vertragsteile erforderlich ist. Das Bundesgericht hat einerseits die Frage der privatrechtlichen Gültigkeit eines Grundstückkaufvertrags offengelassen, wenn die Vertragsparteien nicht gleichzeitig vor der Urkundsperson erschienen sind, und eine Auslegung des Walliser Notariatsgesetzes, die lediglich die gleichzeitige Abgabe der Unterschrift einer Partei und der Urkundsperson verlangt, als nicht willkürlich bezeichnet (BGE in ZBGR 61/1980, S. 249 ff.), andererseits festgehalten, die Urkundsperson habe nicht

bloss die Willenserklärungen der Parteien – «der öffentlich beurkundete Vertrag ist kein blosses Protokoll über abgegebene Erklärungen» –, sondern den Vertrag als solchen zu beurkunden (BGE in ZBGR 33/1952, S. 79).

Eine Sukzessivbeurkundung kann z.B. allen Beteiligten ermöglichen, persönlich vor der Urkundsperson zu erscheinen und auf den Beizug bevollmächtigter Stellvertreter zu verzichten (BRÜCKNER, Rz. 2065). Es soll deshalb zulässig sein, die einheitliche Durchführung des Beurkundungsverfahrens – *leges speciales* des Bundesrechts vorbehalten – auf die einzelne Urkundspartei zu beschränken (Abs. 3). Da die Sukzessivbeurkundung eine Urkundenbereinigung erschwert und einen Schwebezustand erzeugt, wird die Urkundsperson einem Begehren um Sukzessivbeurkundung nur aus wichtigen Gründen stattgeben (BRÜCKNER, Rz. 2064).

Art. 55k Anwendung bundesrechtlichen statt kantonalen Verfahrens

Zwischen einem die bundesrechtlichen Mindestanforderungen erfüllenden kantonalen Beurkundungsverfahren und dem bundesrechtlichen Verfahren für die Verfügungen von Todes wegen (Art. 499 ff., 512 ZGB) bestehen keine wesentlichen Unterschiede; es würde deshalb dem Sinn der öffentlichen Beurkundung als einem Institut zur Erhöhung der Rechtssicherheit widersprechen, wenn ein Gericht bei Anwendung des eidgenössischen statt des kantonalen Verfahrens auf Formnichtigkeit schliessen würde (HUBER, S. 252; gl.M. BRÜCKNER, Rz. 2478 f.). Folglich bestimmt etwa das bernische Recht: «Die Beurkundung von Willenserklärungen kann auch in den Formen erfolgen, welche das Bundesrecht für öffentliche letztwillige Verfügungen und Erbverträge vorsieht» (Art. 48 Abs. 1 der Notariatsverordnung vom 26. April 2006); eine entsprechende Klarstellung ist ebenso auf Bundesebene angezeigt. Die Folgen einer mangelhaften Beurkundung im fakultativen Anwendungsbereich des ZGB-Beurkundungsverfahrens richten sich unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung nach den Vorschriften des kantonalen Rechts.

Art. 55l Nichtentstehen der Urkunde

Aus Gründen der Rechtssicherheit werden die Fälle, in denen wegen Verletzung bundesrechtlicher Mindestanforderungen keine öffentliche Urkunde entsteht, ausdrücklich bestimmt. Die Verhältnisse sind grundsätzlich so zu betrachten, wie wenn die Urkunde nie errichtet worden wäre: *nihil actum est*. Das Bundesgericht versteht in ständiger Rechtsprechung unter Formungültigkeit im Sinn von Artikel 11 Absatz 2 OR absolute Nichtigkeit, die vom Gericht von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, und auf die sich auch am Vertrag nicht beteiligte Dritte berufen können (BGE 106 II 151 E. 3) – die Literatur lehnt diese Rechtsprechung mehrheitlich ab (statt aller SCHWENZER, Rz. 31.35 ff. m.w.N.). Eingeschränkt wird die Nichtigkeitsfolge freilich durch das Rechtsmissbrauchsverbot nach Artikel 2 Absatz 2 ZGB und durch die Rechtsfigur der Konversion (vgl. RUF, Rz. 151, 1299). Ein Rechtsgeschäft kann, so wie es von den Parteien gewollt ist, nichtig sein, weil es den gesetzlichen Erfordernissen nicht entspricht, dabei aber den Erfordernissen eines anderen Geschäftstypus von ähnlichem Zweck und Erfolg genügen. Ist dies der Fall, so soll nach Konversionsgrundsätzen das letztere Rechtsgeschäft gelten, wenn anzunehmen ist, dass dieses Rechtsgeschäft bei Kenntnis der Nichtigkeit des beabsichtigten Geschäfts gewollt sein würde (VON TUHR, BGB AT II/1, § 56 V, S. 287).

Keine öffentliche Urkunde entsteht, wenn die Urkundsperson die Willenserklärungen oder Vorgänge und Zustände nicht wahrheitsgetreu beurkundet hat (Ziff. 1). Der Um-

fang der Wahrheitspflicht – die Folgen ihrer Verletzung werden vorliegend geregelt – ergibt sich aus der Auslegung von Artikel 55g Absatz 1 VE SchlT ZGB.

Das Bundesrecht verlangt, dass die Urkundsperson in der von ihr zu errichtenden Urkunde alle für das Rechtsgeschäft wesentlichen Willenserklärungen und Tatsachen festhält. Zu diesen Tatsachen gehören auch die einwandfreie Bezeichnung der Parteien, die sich durch die Erklärungen berechtigen und verpflichten, sowie die Angabe des Vertretungsverhältnisses, wenn eine Partei sich durch einen Dritten vertreten lässt (BGE 112 II 332 E. 1a; BGE in ZBGR 54/1973, S. 367, 369 E. 1b):

- Bundesrechtlich genügen Angaben, die eine einwandfreie Identifizierung der Urkundsparteien ermöglichen; nur wenn diese nicht eindeutig bezeichnet sind, entsteht keine öffentliche Urkunde (*Ziff. 2*). Die Urkunde ist somit als gültig zu erachten, wenn die Urkundsparteien so angegeben werden, dass jeglicher Zweifel über ihre Identität ausgeschlossen ist (CARLEN, S. 104, 107). Die Kantone vermögen im Sinn von Ordnungsvorschriften ergänzende Regeln betreffend die Identitätsprüfung zu erlassen (MOOSER, Rz. 550, 554). Natürliche Personen können in der Urkunde als «persönlich bekannt» aufgeführt werden, sofern die Urkundsperson eine sichere Überzeugung von der Existenz einer Person des betreffenden Namens hat (BRÜCKNER, Rz. 959). Sonst erfolgt die Identitätsermittlung etwa durch einschlägige Ausweise (BRÜCKNER, Rz. 965) oder durch einen Identitätszeugen; im letzteren Fall wird auf einen vertrauenswürdigen, der Urkundsperson ausreichend persönlich bekannten Dritten abgestellt (RUF, Rz. 1388). Gibt eine erschienene Person ihre Personalien betreffend an, unterlässt die Urkundsperson aber die Identitätsprüfung, entsteht gleichwohl eine öffentliche Urkunde (BRÜCKNER, Rz. 974; RUF, Rz. 1390).
- Keine öffentliche Urkunde entsteht, wenn das Vertretungsverhältnis nicht eindeutig angegeben ist (*Ziff. 2*). Die Erteilung einer Vollmacht bedarf grundsätzlich keiner besonderen Form; dies gilt selbst dann, wenn die Vollmacht auf den Abschluss eines formbedürftigen Vertrags gerichtet ist. Wenngleich die öffentliche Urkunde das allfällige Vertretungsverhältnis richtig angeben muss, so folgt daraus nicht, dass die Kantone die Wirksamkeit der Stellvertretung und damit die Gültigkeit des öffentlich beurkundeten Vertrags von der Einhaltung besonderer Formvorschriften abhängig machen dürfen, die dem Bundeszivilrecht widersprechen. Soweit die Kantone die Urkundsperson im Interesse der Rechtssicherheit verpflichten, sich von der zivilrechtlichen Legitimation der Vertragsparteien und namentlich von der Befugnis ihrer allfälligen gesetzlichen oder gewillkürten Stellvertretung zu überzeugen, handelt es sich bloss um eine Ordnungsvorschrift; ihre Missachtung macht die Urkundsperson disziplinarisch verantwortlich, die Beurkundung aber nicht ungültig (BGE 99 II 162 f. E. 2b).

Nach *Ziffer 3* sind die Bestimmungen über den Beurkundungsvorgang (Art. 55i VE SchlT ZGB) verletzt, wenn die Kenntnisnahme des Urkundenentwurfs oder die Rekognition durch die Parteien oder der Vollzug der Beurkundung mitsamt Unterzeichnung durch die Urkundsperson und die Datierung der Urkunde nicht erfolgt ist; zudem wenn die Identität der Urkundsperson nicht eindeutig feststeht. Ebenfalls zum Nichtentstehen der öffentlichen Urkunde führt die Verletzung der Einheit des Aktes (Art. 55j VE SchlT ZGB); vorbehalten bleibt die Sukzessivbeurkundung (Art. 55j Abs. 3 VE SchlT ZGB).

Art. 55m Anerkennung der Urkunde

Das Kantonsgebiet ist die Grenze der örtlichen Zuständigkeit der Urkundsperson; dies folgt zum einen aus der Gebietshoheit, zum andern aus dem Wortlaut von Artikel 55a VE SchlT ZGB, wonach die Kantone zuständig sind, die öffentliche Beurkundung «auf ihrem Gebiet» zu ordnen (vgl. MARTI, S. 46 f.).

Entsprechend dem «Grundsatz der freien Wahl des Abschlussorts» können Verträge – auch solche, die der öffentlichen Beurkundung unterliegen – an jedem beliebigen Ort der Schweiz rechtswirksam abgeschlossen werden. Daraus folgt der «Grundsatz der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde», denn sind die Parteien auch bei beurkundungsbedürftigen Verträgen in der Wahl des Abschlussorts frei, muss die entsprechende Urkunde – sofern das Beurkundungsverfahren nach den Vorschriften des Errichtungsorts durchgeführt und die Urkunde von einer am Errichtungsort zuständigen Urkundsperson errichtet wurde – nach der sogenannten *locus regit actum*-Auffassung in der ganzen Schweiz, also von jedem Kanton, anerkannt werden (SCHMID, S. 62 ff.; vgl. auch RUF, Rz. 541; MARTI, S. 48). Der Kanton, dem eine ausserkantonal errichtete öffentliche Urkunde zur Anerkennung vorgelegt wird, darf eine Bescheinigung der zuständigen Behörde des Errichtungskantons verlangen, welche die Zuständigkeit der Urkundsperson und die Einhaltung der massgebenden Verfahrensvorschriften bestätigt (SCHMID, S. 65; RUF, Rz. 531; CARLEN, S. 70).

Der Grundsatz der freien Wahl des Abschlussorts und die damit verbundene interkantonale Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde sind in Lehre und Rechtsprechung unbestritten, soweit es um sogenannte «Nichtliegenschaftsgeschäfte» geht; darunter werden Rechtsgeschäfte zusammengefasst, die an und für sich mit dinglichen Rechten an Grundstücken unmittelbar nichts zu tun haben, z.B. Errichtung einer Stiftung, eines Ehevertrags, einer Verfügung von Todes wegen, einer Bürgschaft oder Gründung einer Aktiengesellschaft (SCHMID, S. 66). Uneinheitlich wird die Frage beantwortet, ob der Freizügigkeitsgrundsatz auch gilt, wenn die Begründung oder die Änderung von dinglichen Rechten an Grundstücken nicht unmittelbaren Beurkundungsgegenstand bilden, sondern nur eine unmittelbare oder mittelbare Folge desselben darstellen (RUF, Rz. 576; SCHMID, S. 66). Jedenfalls Eheverträge und Verfügungen von Todes wegen müssen nach einhelliger Auffassung überall beurkundet werden können, auch wenn sie sich auf Grundstücke in mehreren Kantonen auswirken (MARTI, S. 52).

Umstritten ist die Frage, ob der Freizügigkeitsgrundsatz auch in Bezug auf «Liegenschaftsverträge» gilt. Dabei geht es um Schuldverträge, durch die sich die eine Partei gegenüber der andern zur Einräumung oder Abänderung dinglicher Rechte an einem Grundstück verpflichtet, z.B. Grundstückkauf und Grundpfandvertrag (SCHMID, S. 68; vgl. auch MARTI, S. 51 f.; RUF, Rz. 560 ff.):

- Nach der Meinung des Bundesgerichts ist die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereich der Liegenschaftsverträge entsprechend der *lex rei sitae*-Auffassung eingeschränkt, indem die Kantone befugt sind, für die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften über dingliche und vormerkbare persönliche Rechte an Grundstücken die ausschliessliche Zuständigkeit der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache vorzusehen (vgl. BGE 113 II 504 E. 3). Insbesondere wird ausgeführt, zum Gehalt von Artikel 55 SchlT ZGB habe sich das Gericht bereits «in BGE 47 II 383 ff. eingehender geäussert. [...] Es sei nicht zu übersehen, dass es sich bei der öffentlichen Beurkundung um einen Gegenstand der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und damit um die Anwendung von öffentlichem Recht handle, das grundsätzlich in den Kompetenzbereich der Kantone falle. In diese Zuständigkeit habe das Bundesprivatrecht

nicht ohne Not einzugreifen. Als wichtigstes Argument gegen die *lex rei sitae* bezeichnete das Bundesgericht die im Vertragsrecht verankerte Freiheit in der Wahl des Abschlussortes. Indessen stehe beim Abschluss von Verträgen über dingliche Rechte an Liegenschaften der Erleichterung des Geschäftsverkehrs durch die *lex loci contractus* das Bedürfnis nach Verkehrssicherheit und nach Schutz der Parteien gegen Übereilung und gegen die Abfassung von ungenauen, unklaren und den örtlichen Verhältnissen zuwiderlaufenden Verträgen gegenüber. Dieses Bedürfnis sei stärker zu gewichten. Im Liegenschaftsverkehr weise der Vertragsinhalt eine besonders enge Beziehung zur Beschaffenheit des Grundstücks, zu den Gebräuchen der Gegend, den Besonderheiten ihres Liegenschaftsverkehrs und der Organisation ihres Grundbuchwesens auf. Im Beurkundungsverfahren komme der Aufklärung und Beratung der Parteien besondere Bedeutung zu. Zweifelsohne könne diese Aufgabe am Ort der gelegenen Sache besser erfüllt werden als anderswo in der Schweiz» (BGE 113 II 504 E. 3a).

- Demgegenüber wird die vom Bundesgericht gebilligte Nichtanerkennung ausserkantonaler errichteter öffentlicher Urkunden über innerkantonale Grundstücke von der herrschenden Lehre abgelehnt (vgl. BRÜCKNER, Rz. 725 Fn. 47 m.w.N.).

Nach der vorgeschlagenen Regelung soll die erwähnte bundesgerichtliche Praxis durch eine gesetzliche Bestimmung aufgehoben werden, damit die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde entsprechend der herrschenden Lehre auch im Bereich der Liegenschaftsverträge gilt. Zur Begründung ist insbesondere anzuführen:

- Nach dem «Grundsatz der freien Wahl des Abschlussorts» ist der Abschluss eines Vertrags kraft Bundesrechts an jedem Ort innerhalb der Schweiz möglich. Dies muss auch für beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte gelten, denn die öffentliche Beurkundung ist lediglich eine Form der Verträge. Die Kantone sind nicht befugt, die Herbeiführung der obligatorischen Bindung der Vertragschliessenden territorial zu beschränken (SCHMID, S. 71 f.).
- Die *lex rei sitae*-Auffassung führt zu einer Erschwerung des interkantonalen Grundstückverkehrs mit der damit verbundenen Gefahr der Vereitelung von Bundesrecht (SCHMID, S. 73; CARLEN, S. 71); wenn z.B. Grundstücke in mehreren Kantonen Gegenstand des gleichen Vertrags bilden, ist keine Urkundsperson zur Vornahme der öffentlichen Beurkundung allein örtlich zuständig (vgl. RUF, Rz. 610 f.; SCHMID, S. 74 f.).
- Die Qualitäts-Theorie, wonach die Beratung und Belehrung der Vertragsparteien durch die ortskundige Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache eine höhere Beurkundungsqualität garantiere, ist kaum überzeugend. Auch eine auswärtige Urkundsperson kann und muss den entsprechenden Anforderungen genügen (BRÜCKNER, Rz. 727). Wird durch bundesrechtliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung ein gewisser Standard gewährleistet, kann von allzu gravierenden Differenzen zwischen den kantonalen Beurkundungsverfahren nicht mehr gesprochen werden (SCHMID, S. 72).
- Indem ein Kanton die Grundstückbeurkundungen über innerkantonale Grundstücke seinen eigenen Urkundspersonen vorbehält und auswärts erstellten Urkunden die Anerkennung versagt, behält er – namentlich durch innerkantonale Aufsicht und Disziplinarwesen – eine gewisse Kontrolle über den Grundstückverkehr in seinem Gebiet zwecks Durchsetzung kantonalen öffentlicher Interessen, z.B. notarieller Hilfstätigkeit beim Steuerinkasso für Handän-

derungs- und Grundstückgewinnabgaben (BRÜCKNER, Rz. 724). Dabei ist zu bedenken, dass dem kantonalen Beurkundungsrecht eine Hilfsfunktion zur Verwirklichung des materiellen Privatrechts zukommt (SCHMID, S. 9). Hoheitlich und rechtspolizeilich motivierte öffentliche Interessen dürfen im vorliegenden Zusammenhang nicht ausschlaggebend sein, bezweckt die öffentliche Beurkundung doch im Wesentlichen einen Schutz der Parteien vor Übereilung, zudem erfüllt sie eine Beweisfunktion durch Schaffung klarer Verhältnisse zwischen den Parteien (SCHMID, S. 11, 13). Die Funktion, für die Führung öffentlicher Register klare Rechtsgrundlagen zu schaffen, dient auch dem Schutz Dritter, nicht aber fiskalischen Zwecken (SCHMID, S. 14).

- Die Annahme, dass eine Beschränkung der örtlichen Zuständigkeit den kleinen Notariatsbüros in ländlichen Gegenden einen gewissen – gewerbe- und staatspolitisch allenfalls erwünschten – Schutz vor der städtischen Konkurrenz bietet, darf für den Privatrechtsgesetzgeber nicht entscheidend sein (vgl. BRÜCKNER, Rz. 731; RUF, Rz. 558).

Einen spezifischen Eingriff in die kantonale Zuständigkeitsordnung sieht das Fusionsgesetz vom 3. Oktober 2003 vor (FusG; SR 221.301). Liegen die Gegenstand eines Vermögensübertragungsvertrags bildenden Grundstücke in verschiedenen Kantonen, genügt eine einzige öffentliche Urkunde; örtlich zuständig ist die Urkundsperson am Sitz der übertragenden Gesellschaft (Art. 70 Abs. 2 FusG).

Elektronische öffentliche Urkunden (vgl. dazu die Erläuterungen zu Art. 55n ff. VE SchlT ZGB) können lediglich in jenen Kantonen verwendet werden, die den elektronischen Geschäftsverkehr nach Artikel 5 Absatz 2 EÖBV eingeführt haben. Wurden Urschriften, Ausfertigungen und Beglaubigungen elektronisch erstellt, müssen sie zur Einreichung an eine Behörde eines Kantons, der den elektronischen Geschäftsverkehr noch nicht eingeführt hat, vorher in Papierform umgewandelt werden. Das Prinzip der Anerkennung der öffentlichen Urkunden gilt zwar uneingeschränkt. Hinsichtlich des Mediums, auf dem die öffentliche Urkunde erstellt worden ist, erfährt es hingegen eine Einschränkung.

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

Die im geltenden Artikel 55a Absatz 1 und 2 SchlT ZGB enthaltene Regelung wird in einem einzigen Absatz zusammengefasst, jedoch auch erweitert. Neben der elektronischen Ausfertigung einer auf Papier errichteten Urschrift und der Beglaubigung nennt der vorgeschlagene *Absatz 1 Ziffer 1* den Oberbegriff der elektronischen öffentlichen Urkunde, welcher die elektronische Urschrift, nämlich das Original, mitumfasst. Mit Rücksicht auf diejenigen Kantone, die das Urschriftensystem nicht kennen (BRÜCKNER, Rz. 231, 233), wird im Erlasstext auf die explizite Nennung des Begriffs der elektronischen Urschrift verzichtet. Die Erweiterung des Katalogs der zulässigen elektronischen öffentlichen Urkunden geht mit begrifflichen und verfahrensrechtlichen Neuerungen einher.

In begrifflicher Hinsicht wird in das System des Beurkundungsrechts ein Novum eingeführt, nämlich die physisch nicht greifbare öffentliche Urkunde, die als Original ausschliesslich in elektronischer Form existiert. Nach dem herkömmlichen Verständnis ist die öffentliche Urkunde in einem Papierstück verkörpert. In Anwendung der einschlägigen kantonalen Vorschriften darf die Urkundsperson zur Erstellung von Urschriften ausschliesslich Papier verwenden. Dieses muss eine gute Qualität sowie ein bestimmtes Format aufweisen. Die Gründe für diese Regelungen liegen in der

guten Haltbarkeit, der Fälschungssicherheit sowie im Bedürfnis nach langfristiger Aufbewahrung der öffentlichen Urkunde (RUF, Rz. 1624; BRÜCKNER, Rz. 1274). Papierdokumente haben sich bisher unter anderem deshalb durchgesetzt, weil sie mit zahlreichen Sicherungsmerkmalen ausgestattet sind. Sie können durch Sachverständige anhand dokumentspezifischer physikalischer und chemischer Merkmale auf Manipulationen hin verlässlich überprüft werden (ROSSNAGEL et al., S. 55 ff.). Vermögen es jedoch andere Medien, dieselben Bedürfnisse zu befriedigen, spricht nichts gegen ihre Verwendung als Alternative zum Papier. Gründe, weshalb Urschriften weiterhin ausschliesslich auf Papier erstellt werden sollten, sind angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten kaum auszumachen. Die Fortschritte auf dem Gebiet der Informatik erlauben es nämlich, den Bedürfnissen nach Haltbarkeit, Fälschungssicherheit und langfristiger Aufbewahrung von öffentlichen Urkunden auch im Fall von elektronischen Dokumenten gerecht zu werden. Nämlich dergestalt, dass allfällige Manipulationen von elektronischen Dokumenten wissenschaftlich nachvollziehbar nachgewiesen werden können. Der Nachweis ist jedoch nicht mit den Mitteln der Physik oder der Chemie zu erbringen, wie dies bei den Papierurkunden der Fall ist, sondern durch geeignete Prüfverfahren der Informatik.

Im Rahmen der herkömmlichen Erstellung einer öffentlichen Urkunde auf Papier werden mehrere Blätter mit einer Schnürung und einer Siegelung zu einer Einheit zusammengehalten (BRÜCKNER, Rz. 1591 f.). Mit dem Siegel soll der Möglichkeit von Fälschungen öffentlicher Urkunden mit Verkehrsfunktion begegnet werden: Wer die Urkunde fälschen möchte, hat nicht nur die Unterschrift der Urkundsperson, sondern auch deren Siegel zu fälschen (RUF, Rz. 425). Der Schutz vor Fälschungen wird im Rahmen der elektronischen öffentlichen Beurkundung durch geeignete elektronische Pendants erbracht. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um die Verwendung eines vom Gesetzgeber anerkannten Formats, einer elektronischen Signatur, eines Zeitstempels sowie eines elektronischen Nachweises der Berechtigung zur Beurkundung (Art. 3 EÖBV). Bei der Erstellung einer elektronischen Urschrift hat die Urkundsperson ähnlich vorzugehen wie bei der Erstellung von Papierurkunden. Allfällige Papierbeilagen werden eingelesen und mit dem elektronischen Dokument untrennbar zu einer Einheit verbunden (BSK-SCHMID, Art. 55 SchIT ZGB N 45). Dies entspricht dem auch für die Urschriften auf Papier geltenden Erfordernis, dass die öffentliche Urkunde zusammenhängend abzufassen ist (CARLEN, S. 102 f.; BRÜCKNER, Rz. 1342). Die elektronische Signatur der Urkundsperson – auf einem mehrere Seiten umfassenden elektronischen Dokument angebracht – erfüllt unter anderem die Funktion der durch ein Siegel gehaltenen Schnur, die bei der Papierurkunde die Bogen und Blätter verbindet.

Der elektronischen Signatur kommt eine weitere Funktion zu, nämlich die der Wahrung der Integrität des elektronischen Dokuments, also der Fälschungssicherheit. Im Ergebnis erscheint die elektronische Urschrift somit als ein einziges Dokument, an dem nach Abschluss des Beurkundungsvorgangs keine Ergänzungen, Löschungen oder sonstige Veränderungen mehr vorgenommen werden können, ohne dass sich dies nicht verlässlich nachweisen liesse (MARKWALDER, Rz. 28 m.w.H.).

Elektronische Urschriften als rein elektronisch existierende Dokumente sind im Gegensatz zu Papierurschriften nur mittelbar durch Verwendung von technischen Hilfsmitteln lesbar. Dies mag im Vergleich zum herkömmlichen Verständnis von Urkunden zunächst als gewöhnungsbedürftig erscheinen. Die Verbreitung von geeigneten technischen Hilfsmitteln in der heutigen Geschäftswelt ist inzwischen aber dermassen gross, dass allfällige Befürchtungen kaum ausschlaggebend sein können. Im Übrigen verbietet die vorgeschlagene Regelung weder die Erstellung von Urschriften

auf Papier noch die Erstellung von Papierausfertigungen anhand von elektronischen Urschriften. Damit werden die aktuellen Wahlmöglichkeiten hinsichtlich des Mediums der öffentlichen Urkunde erweitert. Die Urkundsperson kann aus Papierurschriften elektronische Ausfertigungen und aus elektronischen Urschriften Papierausfertigungen erstellen, so dass bei Bedarf ein Wechsel von der virtuellen Welt in die physische Welt ohne Einbusse an Rechtssicherheit jederzeit möglich bleibt.

Die Einführung der elektronischen Urschrift bringt auch Neuerungen im beurkundungsrechtlichen Verfahren mit sich. Während das geltende Bundesrecht zur Erstellung von Urschriften das Medium des Papiers vorschreibt (Art. 10 Abs. 1 EÖBV) und deshalb elektronische Dokumente mit voller Wirkung erst im beurkundungsrechtlichen Nachverfahren erstellt werden können (BSK-SCHMID, Art. 55a SchlT ZGB N 5), erlaubt es die vorgeschlagene Regelung, elektronische Originale bereits im beurkundungsrechtlichen Hauptverfahren zu erstellen. Hat ein Kanton den elektronischen Geschäftsverkehr eingeführt, kann eine elektronische Urschrift direkt als Rechtsgrundaussweis für die Anmeldung beispielsweise beim Grundbuch- oder Handelsregisteramt eingereicht werden. Denn die elektronische Urschrift weist sämtliche Eigenschaften der elektronischen Ausfertigung nach Artikel 10 EÖBV auf, also die elektronische Signatur, den Zeitstempel und den Nachweis der Berechtigung zur Beurkundung (vgl. Art. 3 EÖBV). Diese Anforderungen finden Ausdruck in Absatz 2. Somit eignet sie sich als Urkunde mit Rechtsverkehrsfunktion (vgl. dazu RuF, Rz. 1694) uneingeschränkt. Die Notwendigkeit der Erstellung einer elektronischen Ausfertigung in Vertretung des Originals, d.h. als Zirkulationsurkunde, entfällt deshalb bei der elektronischen Urschrift. Dieses Erfordernis bleibt demgegenüber im Fall der Papierurschrift weiter bestehen. Mit der Einführung der elektronischen Urschrift wird die Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Urschrift ohne Verkehrsfunktion und Ausfertigung mit Vertretungsfunktion deshalb durchbrochen. Die im Urschriftensystem bekannte Sicherung der Urkundenexistenz (BRÜCKNER, Rz. 1431) durch zwingenden Gewahrsam der Urschrift bei der Urkundsperson wird in der vorgeschlagenen Regelung in anderer Weise garantiert (vgl. Art. 55q VE SchlT ZGB).

Art. 55o Gleichwertigkeit der Formen

Der Beweiswert von elektronischen bzw. digital signierten elektronischen Dokumenten wird vom Bundesgesetz vom 19. Dezember 2003 über die elektronische Signatur (ZertES; SR 943.03) nicht geregelt (MARKWALDER, Rz. 850). Artikel 177 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) erwähnt elektronische Dateien ausdrücklich. Hingegen verzichtet Artikel 179 ZPO auf die Erwähnung von elektronischen öffentlichen Urkunden. In Anwendung alleine dieser Bestimmungen unterlägen elektronische öffentliche Urkunden somit grundsätzlich der freien richterlichen Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO; MARKWALDER, Rz. 863).

Nach Artikel 5 Absatz 1 EÖBV werden jedoch elektronische Ausfertigungen und Beglaubigungen den Ausfertigungen und Beglaubigungen auf Papier gleichgestellt. Diese Gleichsetzung der Formen bedeutet eine Einschränkung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung. Elektronische Ausfertigungen und Beglaubigungen erhalten damit volle und zeitlich unbeschränkte Beweiskraft nach Artikel 9 ZGB bzw. 179 ZPO. Für elektronische Urschriften soll dasselbe gelten. Die Gleichwertigkeit der Formen ist angesichts der einschneidenden Wirkung auf das Beweisrecht nicht auf Verordnungs-, sondern auf Gesetzesstufe festzuhalten. Nach der vorgeschlagenen Regelung sollen alle in Artikel 55n Absatz 1 VE SchlT ZGB genannten elektronischen öffentlichen Urkunden erfasst werden, soweit sie unter Einhaltung der vom Bundesgesetz und den Verordnungsbestimmungen verlangten Anforderungen

entstanden sind und deshalb die dazu nötige Beweiseignung bzw. den Beweiswert erbringen. So entstandene elektronische öffentliche Urkunden sollen uneingeschränkt mit allen Behörden verwendet werden können, die den elektronischen Geschäftsverkehr eingeführt haben (*Abs. 2*). Der Entscheid, ob der elektronische Geschäftsverkehr eingeführt wird, obliegt jedoch den Kantonen. *Absatz 2* will verdeutlichen, dass diese Bestimmung in territorialer Hinsicht eine gewichtige Einschränkung erfassen kann.

Auch wenn der Spielraum relativ beschränkt sein dürfte, steht es den Kantonen offen, im Rahmen der bundesrechtlichen Anforderungen detaillierter zu regeln, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die elektronische öffentliche Beurkundung vorgenommen werden soll. In diesem Zusammenhang kann der kantonale Gesetzgeber allfälligen verfahrensrechtlichen Eigenheiten des kantonalen Rechts Rechnung tragen. Überdies ist es den Kantonen unbenommen, hinsichtlich der Sicherheit der Daten über die bundesrechtliche Regelung hinauszugehen und strengere Anforderungen aufzustellen.

Art. 55r Technische Anforderungen und Art. 55p Schweizerisches Register der Urkundspersonen

Artikel 55r VE SchlT ZGB entspricht im Wesentlichen Artikel 55a Absatz 4 SchlT ZGB. In Erweiterung der geltenden Regelung verdeutlicht die vorgeschlagene Fassung jedoch, dass die durch den Bundesrat zu erlassenden Bestimmungen unter anderem die Dauerhaftigkeit der Integrität (Echtheit, Vollständigkeit und Unversehrtheit der Daten), der Lesbarkeit, der Authentizität (Überprüfbarkeit der Urheberschaft) und der Sicherheit der Daten zu gewährleisten haben. Diese vier Kerneigenschaften elektronischer öffentlicher Urkunden sind im Fall elektronischer Urschriften besonders bedeutsam, weshalb sie bereits auf Gesetzesstufe einer ausdrücklichen Grundlage bedürfen. Weil diese Materie einem zum Teil schnellen technischen Wandel unterworfen ist, wird auf eine Detailregelung auf Gesetzesstufe verzichtet. Eine Konkretisierung ist hingegen auf Verordnungsstufe vorgenommen worden, nämlich in der EÖBV, in Kraft seit 1.1.2012. Ähnliche Überlegungen gelten für das Verfahren zur Errichtung der elektronischen Urschrift. Hier wird an das bereits geregelte Vorgehen für elektronische Ausfertigungen angeknüpft (Art. 10 EÖBV).

Unter den vier erwähnten Vorgaben ist die «Sicherheit» eine Art Auffangbegriff, der die übrigen drei mitumfasst. Eine von der jeweiligen Technologie und von spezifischen Sicherheitsstandards unabhängige Definition hat die Lehre entwickelt. Danach ist Sicherheit in der Informationstechnik der «Zustand, der herrscht, wenn alle technischen, personellen und organisatorischen Massnahmen zum Schutze der Verfügbarkeit, Vertraulichkeit und Integrität von Systemen, Ressourcen sowie von gespeicherten oder elektronisch bearbeiteten Informationen greifen» (WEBER/WILLI, S. 6). Dieser Definition wird im Zusammenhang mit den Ausführungsbestimmungen eine Leitfunktion zukommen. Das Erfordernis der Sicherheit wird denn auch vom geltenden Artikel 55a Absatz 4 SchlT ZGB übernommen.

Am Dokument dürfen über einen bestimmten Zeitraum keine Ergänzungen, Änderungen oder Löschungen vorgenommen werden, ohne dass sich dies nicht verlässlich nachweisen lässt; so wird die «Integrität» gemeinhin definiert (MARKWALDER, Rz. 28; ECKERT, S. 7 ff.). Es geht darum, den inhaltlichen Wert von elektronischen Dokumenten zu erhöhen und zu erhalten. Die Beweissicherung ist einer der Zwecke der öffentlichen Beurkundung (BRÜCKNER, Rz. 240; SCHMID, S. 34; BSK-SCHMID, Art. 55 SchlT ZGB N 8). Dieser Zweck muss auch bei der elektronischen Urschrift als Original dauerhaft garantiert sein. Entsprechend sind Anforderungen zu definieren, wel-

che die elektronische Urschrift zu erfüllen hat, damit deren Beweiskraft über die Zeit erhalten bleibt. Die einmalige elektronische Signatur verleiht dem signierten Dokument zwar den Schutz vor unentdeckter Veränderung, d.h. die Fälschungssicherheit (MARKWALDER, Rz. 29). Dieser Schutz ist jedoch für sich genommen nicht zeitlich unbeschränkt (Botschaft vom 3. Juli 2001 zum Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur [ZertES], BBl 2001, S. 5710). Signaturen werden nur schon durch die steigende Rechenleistung der Computer mit der Zeit manipulierbar. Mit jeder Verwendung des Zertifikats als Basis für eine Signatur nimmt die Sicherheit des Schlüsselmateri als ab, weil dessen Bekanntheitsgrad für Dritte erhöht wird. Es ist somit nicht auszuschliessen, dass Zertifikate über die Zeit nicht eine gleichbleibende Sicherheit bieten können. Entsprechend verdient das Thema der dauernden Integrität eines elektronischen Dokuments vom Gesetzgeber eine besondere Aufmerksamkeit (vgl. dazu auch Art. 55q VE SchlT ZGB). Auf Verordnungsstufe wird eingehender zu regeln sein, wie ein dauernder Schutz bei elektronischen öffentlichen Urkunden zu gewährleisten ist. Artikel 55r Satz 2 VE SchlT ZGB weist dem Bundesrat die Aufgabe zu, in Anwendung des ZertES die elektronischen Signaturen festzulegen. Da sich das ZertES gegenwärtig in Revision befindet, wurde Artikel 55n Absatz 2 Ziffer 1 VE SchlT ZGB dahingehend angepasst, dass der Begriff der «qualifizierten» elektronischen Signatur nicht mehr explizit genannt wird.

Die technologieneutral formulierte «Lesbarkeit» ist explizit zu erwähnen, weil die elektronische Urschrift ohne technische Hilfsmittel – d.h. ein Ausgabegerät eines Datenverarbeitungssystems zur Darstellung visueller Informationen, i.d.R. ein Bildschirm oder ein Projektor – nicht wahrnehmbar sein wird. Entsprechend muss dafür gesorgt werden, dass die Lesbarkeit des elektronischen Dokuments unabhängig vom Stand der Technik jederzeit gewährleistet ist.

Schliesslich ist die «Authentizität» im Rahmen der elektronischen öffentlichen Beurkundung ebenfalls von zentraler Bedeutung. Ist diese Eigenschaft erfüllt, kann verlässlich gesagt werden, dass die betroffenen Daten durch ein bestimmtes Subjekt, hier eine bestimmte Urkundsperson, bearbeitet worden sind (MARKWALDER, Rz. 32). Dieser Thematik widmen sich, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Identitätsfeststellung der Urkundsperson, sowohl Artikel 55r als auch Artikel 55p VE SchlT ZGB. Die Besonderheit der Feststellung der Identität besteht darin, dass der Urkundsperson durch die Zulassungsbehörden eine öffentlich-rechtliche, kantonale Amtsgewalt verliehen wird (BRÜCKNER, Rz. 3454). Den öffentlichen Urkunden auf Papier ist die Identität der Urkundsperson ohne weiteres zu entnehmen, und es kann festgestellt werden, ob die betroffene Person zum Zeitpunkt der Beurkundung zugelassen war. Diese Art von Prüfung ist auch im Fall von elektronischen öffentlichen Urkunden notwendig. Der Grundsatz der Feststellung der Identität der Urkundsperson bzw. die Prüfung ihrer Zulassung sind in beiden Artikeln enthalten. In Artikel 55r VE SchlT ZGB kommt dieser Grundsatz durch den Begriff des Nachweises der Berechtigung zur Beurkundung explizit zum Ausdruck, in Artikel 55p VE SchlT ZGB durch die Einrichtung, welche die konkrete Vornahme dieser Prüfung überhaupt erst ermöglicht. Entsprechend hat der Bundesrat gestützt auf Artikel 55a Absatz 4 SchlT ZGB die EÖBV – insbesondere Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe d und Absatz 3 sowie Artikel 7 EÖBV – erlassen, die diese Art von Prüfung ermöglichen. Nach geltendem Recht kann die Berechtigung der Urkundsperson zur Beurkundung aus dem schweizerischen Register der Urkundspersonen nach Artikel 7 EÖBV abgerufen werden. Damit lässt sich, sobald dieses Register operationell ist, verlässlich prüfen, ob die betroffene Urkundsperson Autorin der elektronischen öffentlichen Urkunde ist und ob sie zum fraglichen Zeitpunkt von den kantonalen Behörden zur Beurkundung zugelassen war. Die vorgeschlagene Regelung von Artikel 55p VE SchlT ZGB schafft ei-

ne explizite gesetzliche Grundlage für das schweizerische Register der Urkundspersonen nach Artikel 7 ff. EÖBV. Das Bundesamt für Justiz stellt ein System zur Führung eines schweizerischen Registers der Urkundspersonen bereit und betreibt es (Art. 55p Abs. 1 VE SchlT ZGB). Weil es sich hierbei um eine hochtechnische Aufgabe handelt, für die spezifisches Wissen unabdingbar ist, soll sich der Bund die Möglichkeit offenhalten, diese Aufgabe öffentlich auszuschreiben und an eine Organisation ausserhalb der zentralen Bundesverwaltung zu übertragen (Art. 55p Abs. 2 VE SchlT ZGB). Ohne Zusammenarbeit mit den Kantonen kann diese Aufgabe nicht erfüllt werden, weshalb die auf diesem Gebiet notwendigen rechtlichen Vorgaben erst nach Anhörung der Kantone zu erlassen sind. Dies verdeutlicht Artikel 55p Absatz 3 VE SchlT ZGB, indem es dem Bundesamt für Justiz zwei Aufgaben zuweist: die Koordination des Willensbildungsprozesses sowie die Aufgabe, nach Anhörung der Kantone die technischen und organisatorischen Vorgaben zu regeln und das Datenmodell zu bestimmen.

Art. 55q Aufbewahrung und Registrierung

Die Aufbewahrungspflicht gehört verfahrensrechtlich zum beurkundungsrechtlichen Nachverfahren (MARTI, S. 152). Die Urkundsperson trifft eine zeitlich unbeschränkte Aufbewahrungspflicht. Sie hat ihre Beurkundungstätigkeit dauerhaft zu dokumentieren. Überdies hat sie die mit Tagebuch- bzw. Journalcharakter ausgestatteten Register zu führen. Von Bundesrechts wegen ist zu verlangen, dass die Register über alle vollzogenen Geschäfte Auskunft geben (BRÜCKNER, Rz. 1458 ff.; MOOSER, Rz. 265 ff.). Für die Kantone, die den elektronischen Geschäftsverkehr sowie die elektronische öffentliche Beurkundung einführen möchten, wird der Bund deshalb auch für diese Art von Urkunde eine Aufbewahrung vorsehen. Dabei ist das System so auszugestalten, dass sämtliche elektronische öffentliche Urkunden darauf gespeichert werden, d.h. in einer elektronischen Urkundendatenbank. Betreffend die Anforderungen, welche die darin gespeicherten Urkunden erfüllen sollen, ist auf die Erläuterungen zu den technischen Anforderungen zu verweisen (vgl. Art. 55r VE SchlT ZGB). Aufgrund der Eigenheit von elektronischen Dokumenten erscheint es sachgerecht, die Aufbewahrung von elektronischen öffentlichen Urkunden nicht bei der Urkundsperson, sondern beim Bund anzusiedeln. Dies aus folgenden Gründen:

Die dezentrale Führung des Grundbuchs mittels Informatik nach Artikel 949a Absatz 1 ZGB hat zu heterogenen Strukturen geführt und sich kaum bewährt. Vor diesem Hintergrund ist in Bezug auf die elektronische Urkundendatenbank eine zentrale Lösung auf Bundesebene vorzuziehen. Die fortschreitende Vernetzung erfordert es, auch kleinste technische Änderungen zu koordinieren, z.B. hinsichtlich der Übermittlungsvorgänge. Mit einer einheitlichen technischen Umsetzung entfällt dieser Abstimmungsbedarf. Weil die Kantone die elektronische Urkundendatenbank nicht selber erstellen und betreiben müssen, sondern diese Aufgabe durch den Bund übernommen wird, haben sie keine aufwändigen und kostspieligen Prüfverfahren zur Einhaltung von Kriterienkatalogen des Bundes zu durchlaufen. Für Behörden, die aufgrund der Freizügigkeit ausserkantonaler elektronischer öffentlicher Urkunden (Art. 55/ VE SchlT ZGB) Einsicht in die Dokumente nehmen wollen, ist das Aufsuchen einer zentralen Stelle effizienter. Mit der zentralen Lösung geht schliesslich eine weitere Vereinfachung einher: Ist zu klären, ob die sich im Umlauf befindende elektronische öffentliche Urkunde verändert wurde, kann der Abgleich mit der Referenzdatei jederzeit, zentral und nach einheitlichen Massstäben vorgenommen werden.

Während eine fotokopierte Urkunde auf Papier vom Original unterschieden werden kann, ist dies beim elektronischen Dokument nicht der Fall. Denn eine elektronische

Signatur vermag es zwar, eine nachträgliche Abänderung am Text zu unterbinden bzw. verlässlich feststellen zu lassen. Indessen enthält sie keinen Kopierschutz. Elektronisch signierte Dokumente können deshalb ohne weiteres beliebig oft vervielfältigt werden. Dabei kann nicht unterschieden werden, welches Dokument ursprünglich als Vorlage gedient hat und wie viele Duplikate erzeugt worden sind. Wie bereits ausgeführt (vgl. Erläuterungen zu Art. 55r VE SchlT ZGB), nimmt die Sicherheit der Signierschlüssel mit der Zeit ab. Es könnte sich nach Jahrzehnten somit die rechtlich unerwünschte Konstellation ereignen, dass mehrere elektronische Urschriften im Umlauf sind, bei denen die Sicherheit des Zertifikats nicht mehr gegeben ist, weil es beispielsweise abgelaufen ist, und deshalb mangels Referenzdokuments nicht verlässlich festgestellt werden kann, ob an der elektronischen Urschrift eine Veränderung vorgenommen worden ist. In diesem Fall könnte an der vollen Beweiswirkung von elektronischen öffentlichen Urkunden nicht mehr festgehalten werden. Während die zeitliche Begrenztheit des Modifikationsschutzes bei den elektronischen Ausfertigungen grundsätzlich kein grosses Problem darstellt, weil diese zwar mit dem Original inhaltlich übereinstimmen, jedoch eben keine Originale sind, ist dies bei der elektronischen Urschrift als elektronisches Original anders. Kann nämlich eine elektronische Urschrift nicht mehr als sicher qualifiziert werden, besteht für deren Richtigkeit keine Gewähr. Sie kann unter Umständen spurlos abgeändert werden. Damit würde ihr die der spezifischen Form eigene Rechtswirkung der erhöhten Beweiskraft entgehen (Art. 9 ZGB und Art. 179 ZPO).

Erforderlich ist somit ein Referenzdokument, mit dem die dauerhafte Sicherheit der elektronischen Signatur perpetuiert wird. Dies in Anlehnung an die aus der Papierwelt bekannte Aufbewahrung eines Doppels oder einer Kopie, um eine unbemerkte Fälschung zirkulierender Urkunden zu erschweren (SCHLAURI, Rz. 829; BRÜCKNER, Rz. 1458 ff.). Mit der Aufgabe der Aufbewahrung eines solchen Referenzdokuments sollte wegen des notwendigen Spezialwissens auf diesem Gebiet der Informatik nicht die Urkundsperson betraut werden. Sie müsste über die erforderliche Infrastruktur verfügen, um ein elektronisches Referenzdokument längerfristig sicher aufbewahren zu können und unabhängig von der zu verwendenden Technologie die Perpetuierung des Schutzes der elektronischen Signatur zu gewährleisten. Auch wäre die Infrastruktur auf dem neuesten technischen Stand zu halten. Das dazu nötige Spezialwissen der Sicherheitstechnologie kann von der Urkundsperson nicht verlangt werden. Hätte sie sich um diese Aufgaben zu kümmern, könnte sie sich nicht mehr auf ihr Kerngeschäft konzentrieren. Die Urkundsperson soll sich deshalb nach der Erstellung der elektronischen Urschrift darauf beschränken, das Dokument in die elektronische Urkundendatenbank hochzuladen und dieses zu registrieren.

Die Registrierung hat zeitgleich mit dem Hochladen der elektronischen Urkunde zu erfolgen. Dies wird in Anlehnung an die kantonalen Vorschriften verlangt, die der Urkundsperson die Pflicht zur Führung einer chronologischen und lückenlosen Dokumentation unter Verwendung von Registern auferlegen (BRÜCKNER, Rz. 1473 f.). Das System zur Aufbewahrung der elektronischen öffentlichen Urkunden ist so auszugestalten, dass die Urkundsperson, die ihre elektronische Datei darin abspeichert, unmittelbar danach durch entsprechende Eintragung der Informationen eine Registrierung vornehmen kann.

Von Moment des Hochladens an wird die im System aufbewahrte elektronische Urschrift von Gesetzes wegen zur massgeblichen Referenzkopie, weil die Perpetuierung des Schutzes der elektronischen Signatur technisch gewährleistet werden kann. Analoges soll im Fall von elektronischen Ausfertigungen von auf Papier errichteten Urschriften und Beglaubigungen von Kopien und Unterschriften gelten. Dies bringt

Absatz 3 zum Ausdruck.

Den angerufenen bzw. zuständigen Behörden – Grundbuchämtern, Handelsregisterämtern, Gerichten, kantonalen Aufsichtsbehörden – soll die jederzeitige Einsicht in die sie betreffenden elektronischen öffentlichen Urkunden gewährt werden. Der Urkundsperson ist nach dem Hochladen ebenfalls das Zugriffsrecht auf die durch sie erstellten elektronischen öffentlichen Urkunden einzuräumen, um daraus bei Bedarf beispielsweise Ausfertigungen in Papierform aufgrund der elektronischen Urschrift erstellen zu können.

Art. 55s Gebühren

Die Investition und der Betrieb des Systems zur Aufbewahrung und Registrierung der elektronischen öffentlichen Urkunden sollen durch Gebühren kostendeckend (GYGI, S. 271 f.) finanziert werden (*Abs. 1*). *Absatz 2* sieht vor, dass der Bundesrat in einer Gebührenverordnung die Einzelheiten regelt, namentlich die Tarife für die jeweiligen Dienstleistungen (GYGI, S. 268). Im Übrigen kann auf Artikel 46a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010) verwiesen werden.

Zu den Dienstleistungen gehören etwa die Gewährung eines personalisierten, auf die jeweilige Urkundsperson zugeschnittenen Zugangs zum System, die sichere Aufbewahrung der in Artikel 55q Absatz 3 VE SchlT ZGB erwähnten Referenzdokumente sowie die Möglichkeit, durch geeignete Prüfverfahren der Informatik allfällige Abänderungen der Kopie, die sich ausserhalb des Systems befindet, verlässlich festzustellen. Diese Aufzählung der Dienstleistungen ist indessen nicht abschliessend und hängt unter anderem von der Detailregelung in der EÖBV ab. Dies verdeutlicht der relativ offene Wortlaut von *Absatz 1*.

Art. 55t Haftung

Das Realisieren und das Führen einer elektronischen Urkundendatenbank sind technisch sehr anspruchsvoll. Denn die Datenbank muss in der Lage sein, gesamtschweizerisch elektronische öffentliche Urkunden über einen langen Zeitraum aufzubewahren und diejenigen Dokumente auf eine Manipulation hin zu überprüfen, die sich im Umlauf befinden. Der Bund wird diese nicht risikofreie Dienstleistung erfüllen und so die Entwicklung des schweizerischen Notariatswesens in technischer Hinsicht einen Schritt voranbringen. Beide Tätigkeiten, das Realisieren wie das Führen der elektronischen Urkundendatenbank, erfordern eine präzise und verlässliche Arbeitsweise. Dies sowohl auf der Seite des Dienstleistungserbringers wie auf derjenigen der Benutzerinnen und Benutzer. Die Dienstleistung wird geprägt sein von einem Zusammenwirken mehrerer Akteure auf unterschiedlichen Stufen, dies mit jeweils unterschiedlichem technischem Wissen auf dem Gebiet der Informatik. In einer solchen Konstellation sind trotz organisatorischer und technischer Vorkehren Datenverluste sowie Schäden infolge falscher oder fehlender Informationen und Handhabung naturgemäss nicht gänzlich ausgeschlossen. Deshalb schlägt die vorliegende Norm einen Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden vor.

Art. 55 und 55a SchlT ZGB

Die Artikel 55 und 55a SchlT ZGB betreffend öffentliche Beurkundung im Allgemeinen sowie elektronische Ausfertigungen und Beglaubigungen sollen durch die Artikel 55–55t VE SchlT ZGB ersetzt werden.

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

3.1.2 Bundesrechtliche Mindestanforderungen

Die vorgeschlagenen Bestimmungen haben keine Auswirkungen auf den Bund.

3.1.2 Elektronische Urschrift

Die Vorlage wird auf den Bund folgende zwei Auswirkungen haben: Der Bundesrat hat die Verordnungsbestimmungen nach Artikel 55r VE SchlT ZGB grundsätzlich so technologieneutral wie möglich auszuformulieren. Ausgehend von den gesetzlich vorgegebenen und im Wesentlichen der Sicherheit entspringenden Bedürfnissen wird er jedoch periodisch evaluieren müssen, ob die technischen Erkenntnisse auf dem Gebiet der Informatik aufgrund ihrer Gewichtigkeit eine Anpassung der Ausführungsbestimmungen erforderlich machen.

Die elektronische Urschrift bzw. ganz allgemein die elektronischen öffentlichen Urkunden nach der geltenden EÖBV bedürfen eines elektronischen Nachweises der Berechtigung zur Beurkundung (vgl. Art. 55a Abs. 4 SchlT ZGB i.V.m. Art. 3 und 7 EÖBV; neu ausdrücklich zu regeln in Art. 55n Abs. 2 Ziff. 2 sowie Art. 55r VE SchlT ZGB). Zur Umsetzung dieser Anforderung bedarf es eines schweizerischen Registers der Urkundspersonen (Art. 55p VE SchlT ZGB). Das Bundesamt für Justiz muss entscheiden, ob es diese Vollzugsaufgabe, nämlich das Bereitstellen und Führen des Registers, selber wahrnehmen oder öffentlich ausschreiben soll.

Zur zentralen Aufbewahrung und zur Registrierung jeweils eines Referenzexemplars der elektronischen öffentlichen Urkunden hat der Bund eine elektronische Urkundendatenbank zu erstellen und zu betreiben.

Für den Aufbau und die Inbetriebnahme muss mit Investitionskosten von 1'200'000 Franken gerechnet werden.

Der personelle Mehrbedarf beträgt zusammenfassend 300 Stellenprozent (unbefristet) im Umfang von 435'000 Franken für Bezüge sowie 83'000 Franken für Arbeitgeberbeiträge (exkl. Arbeitsplatzkosten). Über die definitive Zuteilung dieser Mittel wird der Bundesrat gestützt auf die Gesamtbeurteilung Ressourcen im Personalbereich 2015 entscheiden. Die für das angebehrte Personal erforderlichen Arbeitsplätze sind vorhanden.

Die jährlichen Kosten für den Betrieb, die Weiterentwicklung und Katastrophensicherung der Urkundendatenbank belaufen sich auf 350'000 Franken pro Jahr.

Die Investition und der Betrieb sollen durch Gebühren kostendeckend finanziert werden (Art. 55s Abs. 1 VE SchlT ZGB). Der Bundesrat wird in einer Gebührenverordnung die Einzelheiten regeln. Dadurch ergibt sich für den Bund – abgesehen von einer rückzahlbaren Anschubfinanzierung – kein zusätzlicher finanzieller oder personeller Aufwand.

3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden

3.2.1 Bundesrechtliche Mindestanforderungen

Grundsätzlich haben die vorgeschlagenen Bestimmungen infolge ihres Charakters als Nachführung bereits bestehender bundesrechtlicher Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung keine Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden. Frei-

lich soll durch die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde (Art. 55m VE SchlT ZGB) der nicht länger gerechtfertigte «Heimatschutz» im Bereich der Liegenschaftsverträge aufgehoben werden. In diesem Zusammenhang werden die Kantone die zuständige Behörde des Errichtungsorts zu bezeichnen haben, welche die Zuständigkeit der Urkundsperson und die Einhaltung der massgebenden Verfahrensvorschriften bestätigt.

3.2.2 Elektronische Urschrift

Artikel 55o Absatz 2 VE SchlT ZGB sieht vor, dass elektronische öffentliche Urkunden eingesetzt werden können, wenn der betroffene Kanton den elektronischen Geschäftsverkehr eingeführt hat.

Der Bundesrat hat gestützt auf Artikel 949a Absatz 1 Ziffer 3 ZGB entschieden, dass die Einführung des elektronischen Geschäftsverkehrs im Grundbuchbereich fakultativ ist (Art. 39 Abs. 1 GBV [SR 211.432.1]).

Im Handelsregisterbereich hat er demgegenüber eine davon abweichende Regelung aufgestellt: Neben den Anmeldungen auf Papier müssen Anmeldungen zu Händen der Handelsregisterämter nach dem 1. Januar 2013 auf elektronischem Weg möglich sein (Art. 16 Abs. 2 und Art. 175 HRegV [SR 221.411] i.V.m. Art. 929a Abs. 2 OR). Die Kantone haben im Rahmen der Erarbeitung des Tarifs für die Erstellung von elektronischen öffentlichen Urkunden die Auswirkungen der Vorlage zu evaluieren. So bewirkt diese beispielsweise eine Verringerung des Aufwands für die Aufbewahrung der elektronischen öffentlichen Urkunden für die Urkundsperson, weil diese Aufgabe neu dem Bund zukommen soll. Weiter entfällt die Notwendigkeit der Erstellung von elektronischen Ausfertigungen aufgrund von elektronischen Urschriften (vgl. Erläuterungen zu Art. 55q VE SchlT ZGB).

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft und die Gesellschaft

3.3.1 Bundesrechtliche Mindestanforderungen

Die erhöhte Rechtssicherheit durch die Nachführung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen im Bereich bedeutsamer, weil öffentlicher Beurkundung unterliegender Geschäfte ist ein volkswirtschaftlich und gesellschaftlich hohes Gut.

3.3.2 Elektronische Urschrift

Mit der Einführung der elektronischen Urschrift kann der gesamte Geschäftsverkehr mit den kantonalen Behörden elektronisch geführt werden. Dies geht mit einer Verminderung des zeitlichen Aufwands einher, was entsprechende Auswirkungen auf die Volkswirtschaft und die Gesellschaft erwarten lässt.

4 Rechtliche Aspekte

4.1 Verfassungsmässigkeit

Der Vorentwurf stützt sich auf Artikel 122 BV, der dem Bund die Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts gibt.

4.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Nach dem geltenden Artikel 55a Absatz 4 SchlT ZGB hat der Bundesrat die Aufgabe, Verordnungsbestimmungen zu erlassen. Die vorgeschlagene Bestimmung von Artikel 55r VE SchlT ZGB ändert an dieser Delegation nichts. Sie bringt hingegen die geltende gesetzliche Regelung deutlicher zum Ausdruck. Der Bundesrat hat weiter die Aufgabe, eine Gebührenverordnung zu erlassen (Art. 55s Abs. 2 VE SchlT ZGB). Schliesslich wird dem Bundesamt für Justiz die Aufgabe zugewiesen, technische und organisatorische Vorgaben zu erlassen sowie das Datenmodell zu bestimmen (Art. 55p Abs. 3 VE SchlT ZGB). Aufgrund der Spezialität der Materie ist es sachgerecht, die Rechtsetzungsbefugnis für diese Art von Detailregelungen auf Stufe Amt anzusiedeln.