

Entwurf des Notariatsgesetzes (NG) – Kommentar zu den einzelnen Artikel

BIBLIOGRAPHIE ZITIERTER ODER KONSULTIERTER WERKE UND BEITRÄGE

Betrifft eine Botschaft des Staatsrats eine technische Angelegenheit, dienen Situationsplan, Zeichnungen oder andere graphische Darstellungen der Information des Grossen Rates. Der Entwurf des Notariatsgesetzes beschränkt sich demgegenüber auf juristische Fragestellungen. Aufgrund einfacherer Lesbarkeit wird in der Botschaft auf wörtliche Zitate im Text selber verzichtet; stattdessen erfolgt eine Quellenangabe in den Fussnoten, die einer späteren Auslegung des Gesetzestextes ebenfalls dienen. Diese Vorgehensweise erfordert die nachstehende Auflistung der zitierten oder konsultierten Werke und Beiträge:

- Aubert Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Vol. II, Neuchâtel, 1967
- Auer Andreas, Malinverni Giorgio, Hottelier Michel, *Droit constitutionnel suisse*, II, Berne, 2000
- d'Aumeries Sylvie, *La responsabilité civile du notaire et son assurance*, étude de droit vaudois, thèse, Lausanne 1980
- Beck Emil, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. V, Schlusstitel : Einführungs- und Übergangsbestimmungen, II. Abschnitt : articles 51 à 63, Berne 1932
- Bertoni Brenno, De l'acte authentique en droit civil suisse, in *Revue de droit suisse*, 40/1921, p. 146a ss
- Boinay Gabriel, Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande, in *Revue jurassienne de jurisprudence*, 1998, p. 1ss
- Bolla Augusto, L'acte authentique cantonal comme titre pour les inscriptions au registre foncier, in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 32/1951, p. 241ss
- Brückner Christian, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zürich 1993
- Carlen Louis, *Notariatsrecht der Schweiz*, Zürich 1976
- Cavin Pierre, La vente, l'échange, la donation, in *Traité de droit privé suisse*, Vol. VII/1, Fribourg 1978
- Christe Pierre, Le notariat jurassien - Quelques questions choisies, in *Revue jurassienne de jurisprudence*, 1991, p. 191ss
- Dépraz Alex, *La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé*, Thèse de doctorat, Lausanne 2002
- Deschenaux Henri, *Le titre préliminaire du Code civil suisse*, *Traité de droit privé suisse*, Vol. II/1, Fribourg 1969 (cité : Deschenaux)
- Deschenaux Henri, Le Registre foncier, in *Traité de droit privé suisse*, Volume V, tome II/II,2, 1983 (cité : Deschenaux, Registre foncier)
- Deschenaux Henri / Tercier Pierre, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Berne 1982 (cité : Deschenaux/Tercier)
- Dutoit Bernard, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2A Bâle 1997
- Engel Pierre, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2^{ème} éd. Stämpfli Editions SA, Berne, 1997
- Escher Arnold, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. II/2 : articles 252 à 359 CCS, 2^{ème} éd., Zurich 1943
- Escher Arnold, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. III/1 : articles 456 à 536 CCS, 3^{ème} éd., Zurich 1959
- Escher Arnold, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol III/2 : articles 537 à 640 CCS, 3^{ème} éd., Zurich 1960
- Fellmann Walter, *Commentaire bernois*, Berne 1992
- Gampert René, Notariat, in *Fiche juridique suisse*, no 74, Etat 30 juin 1972

- Gauch Peter, Schlupe Walter R., Tercier Pierre, *Partie générale du droit des obligations*, Vol. I et II, Editions Schulthess Zurich, 1982, 2^{ème} éd (cité : Gauch/Schlupe/Tercier)
- Gautschi Georg, *Commentaire bernois*, Berne 1971
- Grisel André, *Traité de droit administratif*, Vol. II, Neuchâtel, 1984 (cité : André Grisel)
- Grisel Etienne., *Liberté du commerce et de l'industrie : libéralisme et droit économique en Suisse*, Vol. I, Partie générale, Berne, 1993 (cité Etienne Grisel)
- Grossen Jacques-Michel, L'acte authentique, notion de droit fédéral, in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 48/1967, p. 321ss
- Guldener Max, "Müssen bei öffentlicher Beurkundung von Verträgen die Kontrahenten gleichzeitig anwesend sein", in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 38/1957, p. 347 (cité : Guldener)
- Guldener Max, *Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Zurich 1954 (cité : Guldener, Grundzüge)
- Gygi Fritz, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, Berne 1983
- Hangartner Yvo, in *Pratique juridique actuelle*, 1999, p. 200-202
- Homberger Arthur et Marti Hans, Gage immobilier I : définition, objet, constitution, droits de gage en faveur du propriétaire ou au porteur, extinction, in *Fiche juridique suisse*, no 608, Etat 1942
- Huber Hans, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, in *Revue de la société des juristes bernois*, 103/1967, p. 249, réimprimé in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 69/1988, p. 228
- Imboden Max / Rhinow René A., *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, 1976
- Knapp Blaise, *Précis de droit administratif*, Bâle, 4^{ème} éd., 1991, 3^{ème} éd., 1988, 2^{ème} éd., 1982
- Koller Alfred, *Grundstückkauf*, 2^{ème} éd., Berne 2001
- Kölz Alfred, Intertemporales Recht, in *Revue de droit suisse*, 1983 II, p. 100ss
- Kratzer Jean, *L'acte authentique en droit suisse*, thèse, Lausanne 1930
- Kunz Hans, *Öffentliche Vertragsverurkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht*, Dissertation, Berne 1928
- Laim Hermann, *Commentaire bâlois*, 1998, ad article 657 CCS
- Marti Hans, *Bernisches Notariatsrecht*, Bern 1983 (cité : Marti)
- Marti Hans, *Notariatsprozess*, Berne 1989 (cité : Marti, Notariatsprozess)
- Marti Hans, Das freiberufliche Notariat, in *Le notaire bernois*, 39/1978, p. 452
- Meier Willy, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 65/1984
- Meier-Hayoz Arthur, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. IV/1/1 : articles 641 à 654 CCS, 5^{ème} éd., Berne 1981
- Meier-Hayoz Arthur, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. IV/1/2 : articles 655 à 679 CCS, 3^{ème} édition, 1974
- Montani Valérie et Catherine Barde, La jurisprudence du Tribunal administratif relative au droit disciplinaire, in *Revue de droit administratif et fiscal*, 1996, p. 345ss
- Moor Pierre, *Droit administratif*, Vol. I : Les fondements généraux, Stämpfli, 2^{ème} éd., Berne 1994
- Moor Pierre, *Droit administratif*, Vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, Stämpfli, Berne 1991
- Moor Pierre, *Droit administratif*, Vol. III : L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat, Stämpfli, Berne 1992
- Müller Heinrich-Andreas, *Der Verwaltungszwang*, Dissertation, Zurich 1976
- Mutzner Paul, Die öffentliche Beurkundung im Schweizerischen Privatrecht, in *Revue de droit suisse* 40/1921
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Vol. V/2 : articles 184 à 418 CO, 2^{ème} éd., Zurich 1936
- Perrin Antoine, *La forme authentique dans le nouveau droit de la société anonyme*, Etude de droit fédéral et de droit vaudois, Thèse, 1996

- Piotet Denis, *La responsabilité patrimoniale des notaires et autres officiers publics*, Zurich 1981 (cité : Piotet)
- Piotet Denis, *Deux idées préconçues sur la responsabilité patrimoniale des notaires*, in 8^{ème} Journée des notaires, La responsabilité civile du notaire, Fribourg 1998 (cité : Piotet, Idées)
- Piotet Denis / Alex Dépraz, Notaires et droit de la concurrence : doit-il y avoir un libre-marché de la juridiction gracieuse ?, in *Semaine judiciaire*, 1999 II 139 (cités : Piotet/Dépraz)
- Piotet Denis, La notion fédérale de l'acte authentique à l'épreuve de la doctrine, in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen*, p. 19, Neuchâtel, 1992 (cité : Piotet, Mélanges)
- Piotet Denis, La forme authentique simplifiée du cautionnement dans la loi vaudoise et le droit privé fédéral, in *Journaux des tribunaux*, 1996 III 2 (cité : Piotet, JT 1996 III 2)
- Piotet Denis, Aspects particuliers de la responsabilité patrimoniale du notaire bernois, in *Le notaire bernois*, 3/1997, p. 98 (cité Piotet : Le notaire bernois)
- Piotet Paul, Du début de la prescription décennale délictuelle, in *Journaux des tribunaux*, 1998, p. 162ss (cité : Paul Piotet)
- Reymond Jean-Marc, Action en paiement des honoraires de l'avocat et procédure de modération : Jonction, suspension ou jugement conditionnel ?, in *Journaux des tribunaux*, 1988 III 139ss
- Rhinow René, *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, ad article 31, Etat 1988, Ed. Helbing, Schulthess et Stämpfli
- Rigot Dominique, *Le recouvrement forcé des créances de droit public selon le droit de la poursuite pour dettes et la faillite*, Thèse, Lausanne 1991
- Ruf Peter, *Notariatsrecht*, Langenthal 1995
- Santschi Alfred, *Die Rechtsberatung durch den Notar*, in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 49/1968, p. 1ss (cité : Santschi)
- Santschi Daniel, *Die Ausstandspflicht des Notars*, Langenthal 1992
- Schmid Jörg, *Die Öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen*, thèse, Fribourg 1988 (cité : Schmid)
- Schmid Jörg, Les règles intercantionales relatives aux actes authentiques pour des contrats portant sur des droits réels relatifs à des biens-fonds, in *Baurecht/Droit de la Construction*, 1989, p. 12ss (cité : Schmid, Règles intercantionales)
- Schmidlin Bruno, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. V/1/1/3 : articles 11 à 17 CO, Berne 1986
- Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (das Obligationenrecht)*, Vol. V/1a :: articles 1 à 17 CO, Zurich 1973
- Schwager Rudolf, *Die Vertretung des Gemeinwesens beim Abschluss privatrechtlicher Verträge*, Fribourg, 1974
- Spielmann Fritz, *Notice sur les formalités de l'acte authentique en Suisse*, in *Journaux des tribunaux*, 1930 I 2ss
- Steinauer Paul-Henri, La forme authentique en droit fédéral - in *La forme authentique*, Journée juridique à l'intention des notaires, Fribourg, 3 octobre 1989, (cité : Steinauer)
- Steinauer Paul-Henri, *Les droits réels*, Tome III : Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, Stämpfli Editions SA Berne, 1992 (cité : Steinauer, Les droits réels)
- Tercier Pierre, L'objet et l'étendue de la forme authentique - in *La forme authentique*, Journée juridique à l'intention des notaires, Fribourg, 3 octobre 1989 (cité : Tercier)
- Tercier Pierre, Les notaires et le droit de la concurrence, in *Semaine judiciaire*, 1998, p. 505ss (cité Tercier, SJ 1998)
- Tercier Pierre, *Les contrats spéciaux*, Zurich 1995 (cité : Tercier, Contrats)
- von Thur Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Tome I, Zurich 1979
- Tuor Peter, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, vol. III/1 : articles 457 à 536 CCS, Berne 1952/1964
- de Weck Bruno, La faute civile du notaire, in 8^{ème} Journée des notaires, *La responsabilité civile du notaire*, Fribourg 1998
- Werro Franz, *La mandat et ses effets*, Fribourg, 1993
- Wild W., Kantonale Beurkundung und Grundbuchführung, in *Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier*, 32/1951, p. 301

1. Kapitel: Die Organisation des Notariats

Wie bereits dargelegt obliegt es den Kantonen, die für die Beurkundung zuständigen Behörden und das Verfahren für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und Tatsachen festzulegen. Diese Zuständigkeit ist in Artikel 55 des Schlusstitels zum ZGB ausdrücklich vorgesehen.

Die Organisation des Notariats hat in allgemeiner Hinsicht der öffentlichen Beurkundung zu dienen. In diesem Sinne wurden die Bestimmungen betreffend die Zulassung zum Beruf, die Unvereinbarkeit, die Aufgabe der Tätigkeit, die allgemeinen Berufspflichten sowie die Aufsicht über die Notare einer besonderen Prüfung unterzogen.

1.1 1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Der 1. Abschnitt enthält die grundlegenden Bestimmungen des Entwurfs und präzisiert einige Bestimmungen des geltenden Gesetzes, insbesondere betreffend die Abgrenzung des Anwendungsbereichs (Artikel 1), den Gesetzeszweck (Artikel 2), das Rechtsstatut des Notars (Artikel 3), seine örtliche Zuständigkeit (Artikel 4) sowie Art und Inhalt der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Notars (Artikel 5 und 6).

Artikel 1

- * Das Gesetz ist nur anwendbar auf praktizierende Notare (Bst. a), Inhaber des Notariatsdiploms, welche die Berufsausübungsbewilligung verlangen (Bst. b) und den Inhaber eines Lizentiaten oder Doktorates, der ein Notariatspraktikum absolviert (Bst. c). Der Gesetzesentwurf unterscheidet somit klar zwischen den Notaren mit Notariatsdiplom und jenen im Besitze einer Berufsausübungsbewilligung. **Einzig die Berufsausübungsbewilligung verschafft somit die Eigenschaft der Amtsperson (Urkundsperson)** (vgl. Artikel 16). Das Gesetz ist somit nicht anwendbar auf den Inhaber eines Notariatsdiploms (vgl. Artikel 15), der auf die Erteilung der Berufsausübungsbewilligung durch den Kanton verzichtet.
- * Das Gesetz behält die im Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch (Art. 197 EGZGB) vorgesehene vereinfachte Beurkundungsform sowie die im ZGB vorgesehenen Formen der öffentlichen Beurkundung vor.

Artikel 2

Der Zweck weist auf das Ziel der öffentlichen Beurkundung hin (s. oben 2.4), insbesondere den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und erinnert an die Präambel des geltenden Gesetzes.

Artikel 3

- * Der Entwurf enthält den Grundsatz des **unabhängigen Notariats** und erinnert an die hauptsächlichsten Merkmale der bundesgerichtlichen Rechtssprechung (s. ZBGR 2000 S. 407, BGE 124 I 296ff) Der Notar ist somit Mitglied **der freiwilligen Gerichtsbarkeit**, dem der Staat das Recht der öffentlichen Beurkundung verliehen hat. In diesem Sinne ist er eine Amtsperson, die sich – obwohl den Beruf unabhängig ausübend – **nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen kann**⁸. Er ist der Aufsicht des Staates unterstellt, obwohl er kein Staatsbeamter ist.

⁸ Piotet, S. 5; Piotet/Dépraz, dieser zitiert: BGE 23 I 481, c. 3; BGE 73 I 366 = JT 1948 I 345; BGE vom 9. Mai 1994 in ZBGR 1996, Nr. 18, S. 110; BGE vom 12. Dezember 1991, in RDAT 1997, II, Nr. 10, S. 14; BGE vom 30. Juni 1998, in BN 1998, S. 297; BGE 124 I 297, Lösung bestätigt durch Hangartner, in PJA 1999, S. 200-202

- * Das Beamtennotariat, wie vom PS in der Vernehmlassung vorgeschlagen, lehnt der Staatsrat ab.

Artikel 4

- * Wird der Notar um seine Dienste gebeten, hat er seine örtliche und sachliche Zuständigkeit zu prüfen.

Der Entwurf bringt bezüglich sachlicher Zuständigkeit (Art. 1 Abs. 1 NG) keine Neuerung. Es sei jedoch daran erinnert, dass das Bundesrecht bestimmt, welche Urkunden zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Form bedürfen (Art. 11 OR). Diesen vom Gesetz verlangten Fällen sind jene beizufügen, welchen die Parteien diese Form geben wollen (Art. 16 OR). Schliesslich kann es vorkommen, dass Parteien sich nicht an einen bestimmten Vertragstyp halten, sondern Elemente verschiedener Vertragstypen vereinen (gemischte Verträge) oder überhaupt vom Gesetz nicht geregelte Verträge (Verträge *sui generis*) abschliessen; für alle diese Innominatverträge ist von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die öffentliche Form erforderlich ist.⁹ Das Bundesrecht bestimmt ebenfalls den materiellen Mindestinhalt, den ein Vertrag enthalten muss, um der öffentlichen Beurkundungsform zu genügen. Allfällige kantonale Vorschriften über den Mindestinhalt einer Urkunde haben somit nicht nur keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Urkunde, sondern sind rechtswidrig. (Bundesrecht bricht kantonales Recht).¹⁰

Als Inhaber eines Teils der öffentlichen Gewalt kann der Notar seine hoheitliche Funktion nur in einem bestimmt abgegrenzten Gebiet ausüben.¹¹ Als Inhaber der öffentlichen Staatsgewalt und Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit steht dem Notar die Beurkundungskompetenz zu, soweit er sich auf eine Delegation der öffentlichen Gewalt, welche ihm ein solches Recht überträgt, berufen kann. Das hat zur Folge, dass ein von einem Walliser Notar im Kanton Waadt errichtetes öffentliches Testament nichtig ist und keine Wirkung entfaltet (z.B. Gegenstand der VPB 9, Nr. 78, S. 64).

Dasselbe gilt für einen Notar der ausserhalb des Kantons an einer Generalversammlung zur öffentlichen Beurkundung des Protokolls teilnimmt, selbst wenn er diese Beurkundung in seiner Kanzlei beendet (vgl. namentlich Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide – LGVE 1988 I Nr. 20, S. 34f; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide – AGVE 1972, Nr. 2, S. 172; ZBGR 1959, Nr. 16, S. 115). Artikel 4 Absatz 2 des Entwurfes, welcher im Lichte der Artikel 1 und 17 zu lesen ist, behält einzig dem Walliser Notar das Recht vor, im ganzen Kantonsgebiet zu beurkunden.

In diesem Sinne hat Artikel 55 des Schlusstitels zum ZGB nur intrakantonale Bedeutung. Ein ausserhalb des Kantons beurkundeter Akt ist somit nur gültig, wenn der betreffende Kanton bereit ist, diese hoheitliche Tätigkeit auf seinem Territorium zuzulassen und damit die Gültigkeit der Urkunde anerkennt.¹² Eine Beurkundung ohne Bewilligung stellt einen Eingriff in die Souveränität des anderen Kantons dar. Kantonale Bestimmungen, welche dem Notaren erlauben, auf dem Gebiet eines anderen Kantons zu beurkunden, sind somit bundesrechtswidrig, da nur der Kanton selber bestimmen kann, wer in seinem Hoheitsgebiet beurkunden darf.¹³

Walliser Notare haben vom Departement Bewilligungen zur Beurkundung ausserhalb des Kantons verlangt. Diese Ausdehnung der territorialen Zuständigkeit könnte somit einem praktischen Bedürfnis entsprechen. Rechtlich können mehrere Kantone gegenseitig die Ausdehnung der Zuständigkeit der Beamten ausserhalb des Kantonsgebietes vereinbaren. Diese Frage kann durch Konkordate oder durch gegenseitige Vereinbarungen, sofern das kantonale Verfassungsrecht der Exekutive diese Möglichkeit gewährt, geregelt werden. Der Kanton Waadt sieht eine derartige Öffnung vor.

Aufgrund des Vernehmlassungsverfahrens ist jedoch davon auszugehen, dass die „Waadtländer Lösung“ nicht einem gegenwärtigen Bedürfnis entspricht, hat sich doch der PRD ausdrücklich dagegen ausgesprochen.

Ein anderes Problem ist jenes der freien Notarwahl, welche den Parteien zusteht. Diese Frage obliegt dem kantonalen Recht innert der Kantonsschranken, überschreitet jedoch im interkantonalen Bereich die Zuständigkeit des kantonalen Gesetzgebers. Es handelt sich um die Frage eines interkantonalen Gerichtsstandes im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Gerichtsstand ist gemäss Rechtssprechung und

⁹ Steinauer, S. 5

¹⁰ BGE 125 III 131; BGE 113 II 402 Erw. 2a S. 404; BGE 106 II 146 Erw. 1 S. 147; Piotet, S. 128-129

¹¹ Ruf, S. 145 und die zitierten Autoren; Marti, ad Art. 17 NG, Nr. 1

¹² Marti, ad Art. 17 NG, Nr. 2; Ruf, S. 145; Brückner, S. 214, Schmid, S. 63

¹³ Ruf, Nr. 536, S. 150, korrigierend Schmid, S. 65; Marti, Notariatsprozess, S. 46

Bundespraxis frei, ausgenommen den Bereich der öffentlichen Urkunde über dingliche Rechte an Grundstücken (BGE 113 II 501, JT 1988 I 550). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Grundbuchverwalter die Eintragung einer Urkunde verweigern, welche in Verletzung der Beurkundungsvorschriften des Ortes des Grundstückes errichtet wurde (*lex rei sitae*). Vorliegend handelte es sich um eine Bestimmung des Zürcher EGZGB, welche nur den Zürcher Notaren erlaubt, eine Urkunde betreffend ein im Kanton Zürich gelegenes Grundstück zu errichten. Diese Rechtsprechung wurde von der Lehre heftig kritisiert, da der Grundsatz der *lex rei sitae* im Widerspruch zum Bundesrecht steht, namentlich bezüglich der den Parteien zustehenden Freiheit, den Vertragsabschlussort selber zu bestimmen und weil diese den interkantonalen Immobilienhandel wesentlich erschwert (z.B. ein Kaufvertrag oder Kreditgeschäft betreffend Grundstücke, die in mehreren Kantonen liegen, kann nicht in einem Vertrag abgeschlossen werden). Der Entwurf überlässt es deshalb dem Grundbuchverwalter, ob er eine Urkunde, die ausserhalb des Kantons errichtet wurde, eintragen will oder nicht. Aufgrund der gegenwärtigen Praxis und der Konzeption des unabhängigen Notariats müssten die Grundbuchverwalter die Eintragung derartiger Urkunden wohl verweigern. Die Situation könnte sich aber ändern, da der Entscheid des Grundbuchverwalters sukzessive beim Staatsrat (Art. 956 Abs. 2 ZGB/Art. 69 Abs. 2 EGZGB), danach beim Kantonsgericht (Art. 98 a OG/Art. 69 Abs. 2 EGZGB) und schliesslich mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht (Art. 956 Abs. 3 ZGB und 102ff GBV) anfechtbar ist. Die gewählte Lösung kann somit einer Änderung der Rechtsprechung Rechnung tragen.

Der WNV hat im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens vorgeschlagen, die Einführung einer Strafbestimmung zu prüfen, gestützt auf die ein in einem anderen Kanton niedergelassener Notar, der im Kanton Wallis unrechtmässig einen Akt stipuliert, bestraft werden könnte. Dieses Verhalten stellt jedoch bereits einen Tatbestand der Amtsanmassung (Art. 287 StGB) dar, braucht mithin nicht speziell geregelt zu werden.

Artikel 5 und 6

- * Die Artikel 5 und 6 des Entwurfs präzisieren Art und Inhalt der bisher in Artikel 19 des geltenden Gesetzes vorgesehenen zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Notars. Der Entwurf sieht neu zusätzlich das Erfordernis einer Berufshaftpflichtversicherung vor (vgl. Artikel 19).

Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung¹⁴ gilt die in Artikel 19 NG vorgesehene ausdrückliche Unterstellung der zivilen Verantwortlichkeit des Notars¹⁵ unter das kantonale Recht nur für dessen **amtliche Tätigkeit**. Die sogenannte Nebentätigkeit, die er unabhängig von der staatlichen Zuständigkeit und seiner Funktion als Amtsperson ausübt, untersteht dem Bundesprivatrecht unter Einschluss der zivilen Verantwortlichkeit.¹⁶ Diese Unterscheidung zwischen amtlicher Tätigkeit und Nebentätigkeit findet ihren Grund in Artikel 61 OR. Dieser sieht im Verantwortlichkeitsrecht eine gesetzgeberische Trennung der Kompetenzen zwischen Bund und Kanton vor. Nebentätigkeiten fallen unter den Anwendungsbereich von Artikel 61 Absatz 2 OR, welcher den Kantonen verbietet, von den obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Verantwortlichkeit abzuweichen oder die Verantwortlichkeit der Beamten und Angestellten für gewerbliche Verrichtungen abzuschwächen.

In der Praxis ist es jedoch öfters schwierig abzugrenzen, was der öffentlichen Verantwortlichkeit unterliegt und was nicht. Dies gilt namentlich für gewisse Dienste des Notars, welche über dessen amtliche Aufgaben hinaus gehen, trotzdem aber in einem engen Zusammenhang mit der öffentlichen Beurkundung stehen.¹⁷ Um diese Schwierigkeiten zu vermeiden, schlagen einige Autoren¹⁸ vor, ein einheitliches Verantwortlichkeitssystem zu wählen und auf die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zu verzichten. Einige Kantone haben diese Konzeption in ihrem Notariatsgesetz¹⁹ vorgesehen. Eine solche Vereinheitlichung scheint Art. 61 OR zu widersprechen. Der Kanton kann sich nicht ohne

¹⁴ ZWR 1996, S. 182; Piotet, S. 36; de Weck, S. 5

¹⁵ BGE 96 II 46; ZWR 1981, S. 346

¹⁶ ZWR 1984, S. 129

¹⁷ Die folgenden Entscheide reflektieren die Schwierigkeiten dieses Systems für den Rechtsunterworfenen: ZWR 1979, S. 137; 1981, S. 346; 1982, S. 236; 1984, S. 112 und 127; 1994, S. 227; 1996, S. 182.

¹⁸ Piotet, Idées, S. 6; Engel P., S. 70

¹⁹ vgl. namentlich Art. 11 NG/GE, Art. 111 NG/VD

²⁰ BGE 126 III 371; BGE 70 II 221 = JT 1945 I 199

Weiteres Bundeskompetenzen aneignen. Es wäre tatsächlich fragwürdig, wenn in einem Verwaltungs- oder Steuerverfahren, in welchem ein Notar als privater Vertreter auftritt, sich dieser auf einmal mit der Verantwortlichkeit des kantonalen öffentlichen Rechts konfrontiert sähe. Aus diesem Grund verzichtet der Entwurf auf eine radikale Lösung und unterscheidet zwischen amtlicher Tätigkeit, beruflicher Tätigkeit mit Bezug zur amtlichen Tätigkeit sowie reiner beruflicher Tätigkeit (Nebentätigkeit). *Zur beruflichen Tätigkeit mit Bezug zur amtlichen Tätigkeit* gehören etwa in der Urkunde vorgesehene Handlungen, die nicht notwendigerweise Gültigkeitserfordernis für die Eintragung der Urkunde sind (Eintrag in den öffentlichen Registern, Inkasso und Zahlung des Verkaufspreises, Entlastung von Grundstücken, ...) oder die vorgängige Einholung von Verwaltungsbewilligungen, inbegriffen die Beschwerde im Falle deren Verweigerung. Diese Lösung ist konform mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung,²⁰ welche die dem Kanton zustehende Kompetenz zur Regelung der Verantwortlichkeit der Notare direkt aus Artikel 6 ZGB ableitet. Allerdings darf der Kanton diese gegenüber dem Bundesprivatrecht nicht abschwächen. Für zivile Klagen betreffend die Verantwortlichkeit des Notars im Rahmen seiner amtlichen oder mit der amtlichen Tätigkeit verbundenen beruflichen Tätigkeit verweist Artikel 6 deshalb auf die Regeln des Obligationenrechts. Dieser Verweis bezieht sich auf die Artikel 97 ff., 127 ff. und 394 ff. OR – und nicht etwa auf Artikel 41 ff. OR. Der Notar unterliegt somit für seine amtliche Tätigkeit einer quasi-vertraglichen Verantwortlichkeit und für seine berufliche Tätigkeit mit Bezug zur amtlichen Tätigkeit einer vertraglichen Verantwortlichkeit. Der Vorentwurf sah diesbezüglich noch einen allgemeinen Verweis auf das OR vor, was Quelle einer Rechtsunsicherheit sein könnte. Obwohl von keiner Seite bestritten, haben diverse Vernehmlassungsteilnehmer einen ausdrücklichen Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen des OR vorgeschlagen. Der Schaden kann ein materieller oder ein moralischer (Genugtuung) sein (ZWR 1996 S. 182). Das Verantwortlichkeitssystem wird ausgedehnt, da der Notar allein für den verursachten Schaden verantwortlich ist. Der Staat kann diesbezüglich nicht zur Verantwortung gezogen werden. Der Notar, der z.B. in einer Steuer- oder Verwaltungssache als Privatbeauftragter handelt, ist in dieser Eigenschaft ausschliesslich dem Bundesprivatrecht unterstellt (Art. 394 ff. OR).

Artikel 5 Absatz 2 des Entwurfes sieht vor, dass der Notar auch für seine Hilfspersonen haftet. Diese Verantwortlichkeit entspringt direkt dem Hinweis auf die allgemeinen Regeln des OR (insbesondere Art. 101 OR). Als Mitarbeiter gelten nicht die Übersetzer und Dolmetscher, welche Nebenpersonen des Notars darstellen (Art. 89); (immerhin muss er deren Fähigkeit überprüfen und diese auf deren Pflichten aufmerksam machen, soweit ihm dies zugemutet werden kann).

Im Falle der Unterschriftsbeglaubigung oder der Beglaubigung von Kopien ist der Notar für deren Inhalt nur verantwortlich, wenn er diese selber verurkundet hat oder zu deren Errichtung beigetragen hat.²¹ Letzterer Fall betrifft die Errichtung einer nicht öffentlichen Urkunde – in der Annahme diese sei mangelhaft – durch einen Notar. Dieser Mangel ist hier somit zu berücksichtigen aufgrund der Vereinheitlichung der amtlichen und „*beruflichen*“ Verantwortlichkeit des Notars (Art. 5 Abs. 1 Bst. b). Die Verantwortlichkeit des Notars bezieht sich einzig auf die Echtheit der zu beglaubigenden Unterschrift oder Kopien.²² Hat er jedoch infolge eines privaten Auftrags einen nicht öffentlichen Vertrag errichtet, welcher Gegenstand einer Beglaubigung bildet, gilt seine privatrechtliche Haftpflicht, welche gegebenenfalls mit seiner amtlichen Verantwortlichkeit konkurrieren kann.

Wie oben bereits erwähnt ist der Staat für die zivilen Folgen notarieller Fehler nicht haftbar (Art. 5 Abs. 4).²³ Vorbehalten bleibt die Verantwortlichkeit des Notars, welcher als Hilfsperson der Justiz handelt, oder der Fall von Artikel 112 des Entwurfes. In diesen Fällen handelt der Notar nicht selbständig als von den Parteien Beauftragter, sondern auf Gesuch einer Behörde in einem von einem Richter geführten Verfahren.²⁴ Hier handelt er als eine Hilfsperson der Gerichtsbarkeit (BGE 126 III 370ff, S. 373, Erw. 7, Bst. a) und ist wie ein öffentlicher Staatsbeamter zu betrachten. Seine Verantwortlichkeit beurteilt sich somit nach dem Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Gemeinwesen und ihrer Amtsträger (Art. 112 Abs. 2).

²¹ Piotet, S. 164

²² Vorbehalten sind die Fälle wo der Notar nicht zuständig ist oder die Beglaubigung einen die Ungültigkeit bewirkenden Formfehler aufweist; in diesen Fällen ist der Notar ebenfalls für die nicht gültige Beglaubigung verantwortlich, Piotet, S. 163.

²³ Piotet, S. 186 Bst. b; siehe auch ZWR 1982, S. 236; ZWR 1984, S. 112, 117; ZWR 1994, S. 228; ZWR 1996 S. 182

²⁴ Als Beispiel können dienen die Errichtung des allgemeinen Inventars durch den vom Bezirksrichter bezeichneten Notar (Art. 97ff EGZGB und 32 Abs. 1 EGZGB), die Errichtung des Sicherungsinventars durch den vom Gemeinderichter bezeichneten Notar (Art. 100 Abs. 4 EGZGB), die Versiegelung durch den Gemeinderichter, verbeiständet durch den von ihm bezeichneten Notar (Art. 102 Abs. 1 EGZGB), die Errichtung des Inventars im Erbverfahren mit öffentlichem Inventar und amtlicher Liquidation durch den vom Bezirksrichter bezeichneten Notar (Art. 106 Abs. 1, 109 Abs. 1 EGZGB), die Verwaltung der Erbschaft durch den Notar, der das Inventar errichtet hat (Art. 107 Abs. 1 und 3 EGZGB), die Erbschaftsliquidation (Art. 110 Abs. 3 EGZGB), die Versteigerung von Mündelgut (Art. 189 Abs. 4 EGZGB).

Für Streitigkeiten betreffend die zivile Verantwortlichkeit des Notars beschränkte sich der Vorentwurf darauf, den Zivilrichter als zuständig zu erklären. Die Konferenz der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter hat in diesem Zusammenhang zu recht auf prozessuale Schwierigkeiten aufmerksam gemacht, welche durch einen einfachen Verweis auf die Zuständigkeits- und Verfahrensregeln der Zivilprozessordnung (ZPO) entstehen können. Um die angestrebte Vereinheitlichung der Verantwortlichkeitsordnung des Notars nicht durch unliebsame verfahrensrechtliche Folgen zunichte zu machen, ist von den ordentlichen Regeln der ZPO abzuweichen. Die alleinige und Streitwert unabhängige erstinstanzliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts (Art. 6 Abs. 2) entspricht der Regelung von Artikel 78 Absatz 1 des Einführungsgesetzes zum ZGB (EGZGB). Die Erwähnung des anwendbaren – ordentlichen – Verfahrens in Artikel 6 Absatz 2 soll anderen verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten begegnen; (in diesem Zusammenhang sind etwa die verschiedenen Rechtsmittelwege ans Bundesgericht zu nennen, je nachdem ob die Streitigkeit die amtliche oder die berufliche Verantwortlichkeit des Notars betrifft). Die Berufungsmöglichkeit ans Kantonsgericht ist für die der Berufung ans Bundesgericht unterliegenden Streitigkeiten bundesrechtlich vorgeschrieben (Art. 48 Abs. 2 OG).

Artikel 7

- * Artikel 7 übernimmt grundsätzlich Artikel 9 des gegenwärtigen Gesetzes. Der Staatsrat erachtet es für nicht erforderlich, auf diese Bestimmung zurück zu kommen, da sie – abgesehen von der fehlenden Bereitschaft der Notare, als Mitglieder der Aufsichtskammer zu fungieren – nie besondere Schwierigkeiten geboten hat. Der WNV wird aus allen im Kanton praktizierenden Notaren gebildet, d.h. aus jenen Notaren, welche Inhaber der Berufsausübungsbewilligung sind (vgl. die vorgenannte Unterscheidung zwischen Notar mit Notariatsdiplom und Notar mit Berufsausübungsbewilligung; nur letzterer ist Amtsperson).

Der WAV hat im Rahmen der Vernehmlassung vorgeschlagen, diese Bestimmung aufgrund der Vereinsfreiheit wegzulassen. Die Vereinsfreiheit vermag jedoch die obligatorische Zugehörigkeit zu einem Berufsverband, damit Standesregeln angewendet werden können, nicht zu hindern (Andreas Auer, Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Band II, Note 875).

Artikel 8

- * Artikel 8, der eine Neuerung darstellt, stützt sich auf Artikel 73 VVRG, demzufolge das jeweilige Departement erstinstanzlich in Verwaltungsangelegenheiten zuständig ist, für welche altrechtlich der Staatsrat einzige Entscheidbehörde war. Das Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege ist anwendbar.

Artikel 9

- * Artikel 9 des Entwurfes übernimmt weitgehend Artikel 13 des geltenden Gesetzes. Als Neuerung führt der Entwurf – zusätzlich zur Publikation der Einstellung und Entsetzung, welche disziplinarische Sanktionen darstellen (vgl. Art. 68) – die Veröffentlichung des Entzugs der Berufsausübungsbewilligung ein; hierbei handelt es sich um eine Aufsichtsmassnahme (Art. 65 und 66).

Entgegen dem vom WNV in der Vernehmlassung gemachten Antrag kann auf die Veröffentlichung der Einstellung des Amtes während sechs Monaten nicht verzichtet werden, weil der Notar gemäss Art. 34 verpflichtet ist, seine Dienste anzubieten.

Artikel 10

- * Artikel 10 des Entwurfes trägt der geschlechtsneutralen Formulierung von Gesetzestexten Rechnung. Er erinnert namentlich an die Artikel 1 Absatz 4 EGZGB; 2 ZPO, 6 Ziff. 2 StPO und 4 GGB, welche dieselbe Formulierung enthalten.

1.2 2. Abschnitt: Zulassung zum Beruf und Beendigung der Tätigkeit

Der unabhängige Notar ist in seiner Eigenschaft als Amtsperson strengen Anforderungen unterstellt in Bezug auf seine Fähigkeiten, seine Moralität und seine Rechtschaffenheit, welche die einwandfreie Ausübung der von ihm übernommenen Dienste gewährleisten sollen.²⁵

Praktikum und Examen (Art. 11 - 15)

Die Ausbildung der Praktikanten sowie der Inhalt der Examen sollen die Qualität der vom Notar zu leistenden Dienste gewährleisten. Die Grundsätze sind im Gesetz enthalten und im Übrigen präzisiert ein Reglement des Staatsrates die Modalitäten und den Ablauf des Praktikums und des Examens (Art. 15 Abs. 2).

- * Der Praktikumsbeginn bildet Gegenstand einer vom Departement erteilten **Bewilligung**, welche verschiedenen Voraussetzungen unterliegt (**Art. 11** Abs. 1 Bst. a - d). Diese werden bereits vor Beginn des Praktikums geprüft um sicherzustellen, dass der Kandidat bereits zu diesem Zeitpunkt die zur Ausübung des Notariats erforderlichen Bedingungen der Moralität und der Rechtschaffenheit erfüllt (vgl. Art. 17 Bst. b und c). Die schweizerische Nationalität (Art. 17 Bst. a) ist dagegen keine Bedingung für die Zulassung zum Praktikum. Diese Option ermöglicht es dem ausländischen Kandidaten, sein Praktikum zu beginnen, obwohl das von ihm eingeleitete Einbürgerungsverfahren noch nicht abgeschlossen ist.

Die Ausbildung der Walliser Rechtspraktikanten hat zu vielerlei Kritik Anlass gegeben. Es wurde namentlich darauf hingewiesen, dass eine Praktikumsdauer von einem Jahr, welche im Übrigen mit dem Anwaltspraktikum kumuliert werden kann, offensichtlich zu kurz ist, um eine befriedigende Ausbildung im Hinblick auf die komplexe notarielle Tätigkeit zu gewährleisten (vgl. die Entwicklung des Rechts und der Rechtsprechung). Viele sehen in dieser Ausbildungslücke die Gründe für die relativ hohe Durchfallquoten bei den Notariatsexamen, zumindest was den ersten Examensdurchgang angeht.

Aufgrund dieser Kritik versucht der Entwurf die Grundausbildung der Notariatspraktikanten in verschiedener Hinsicht zu verbessern. So hat das Notariatspraktikum grundsätzlich der **beruflichen Ausbildung** zu dienen (Art. 11 Abs. 2), weshalb eine **Kumulation mit dem Anwaltspraktikum nicht möglich** ist (Art. 11 Abs. 3). Diese Ansicht wird ebenfalls durch den WNV vertreten, welcher am 9. Juni 1995 Folgendes festhielt: „*On doit en effet constater que, si sur le plan théorique, les candidats aux examens de notaire sont relativement bien préparés, il n'en va pas de même sur le plan pratique. Or, il s'agit là d'un examen professionnel au terme duquel les experts doivent juger de la capacité du candidat à affronter les difficultés de la pratique notariale. En examinant ce problème, nous sommes arrivés à la conviction que les difficultés à acquérir des connaissances pratiques tenaient pour l'essentiel au fait que la législation actuelle sur le notariat autorise le cumul du stage de notaire avec celui d'avocat. On doit en effet constater que les stagiaires de première années, dans presque toutes les études, fond pendant huit à neuf mois du travail d'avocat à savoir la rédaction de mémoires, de recours, la présentation des parties devant les tribunaux. A trois ou quatre mois des examens, ces mêmes candidats se mettent à étudier d'une manière beaucoup trop théorique les branches d'examen. Il n'est pas rare qu'ils n'aient jamais eu l'occasion ni de préparer concrètement un acte pour leur maître de stage, ni d'assister à l'instrumentation d'un tel acte. Avec la séparation des stages, cette situation pourrait changer radicalement, dans la mesure où on interdirait aux stagiaires de notaires de faire du travail d'avocat.*“

- * Um eine optimale praktische Ausbildung zu garantieren, wird eine Verlängerung der Praktikumsdauer vorgeschlagen. Diese beträgt inskünftig **24 Monate anstatt ein Jahr** (**Art. 12** Abs. 1). Die Verlängerung ist gerechtfertigt mit Blick auf einen Beruf, welcher immer detailliertere Kenntnisse in verschiedensten Rechtsbereichen erfordert. In diesem Sinne bietet die Ausbildung die notwendige Gewähr dafür, dass die Amtsperson ihre Dienste in der gewünschten Qualität anbietet und der Zweck der öffentlichen Beurkundung (Schutz der Parteien vor unüberlegten Handlungen, Erhöhung der Rechtssicherheit, klare Grundlage für die Eintragung in öffentlichen Registern) sichergestellt ist. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Mehrheit der Westschweizer Kantone eine Dauer von 24 Monaten vorsehen.²⁶ Diese kann um 12 Monaten reduziert werden, wenn der Kandidat bereits ein Notariatsdiplom aus einem anderen Kanton besitzt. Obwohl sich der Notar nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen und den Beruf nicht frei in der ganzen Schweiz ausüben kann,²⁷ sollte der bereits erworbenen beruflichen Erfahrung Rechnung getragen werden. Ein Praktikum von 12 Monaten scheint diesbezüglich angemessen, um die Eigenheiten des Walliser Rechts kennen zu lernen. Der Anwalt demgegenüber hat ein Notariatspraktikum von

²⁵ ZBGR 81, 2000, S. 407; BGE 124 I 296ff

zwei Jahren zu absolvieren: obschon die beiden Berufe vereinbar sind, bleiben erhebliche Unterschiede, welche eine jeweils zweijährige Praktikumsdauer rechtfertigen.

Das Praktikum **muss** in der Kanzlei eines oder, sukzessive, mehrerer erfahrener Notare des Kantons (min. 5 Jahre Praxis, Art. 11 Abs. 1 Bst. d) sowie auf einem Grundbuch- und Handelsregisteramt (Art. 12 Abs. 4) absolviert werden. Das Praktikum auf einem Grundbuch- oder Handelsregisteramt ist, auch verglichen mit der Praxis in anderen Kantonen,²⁸ notwendig, weshalb sich dessen Obligatorium rechtfertigt. Das Reglement des Staatsrats, welches die Dauer und die Modalitäten der obligatorischen Praktika regelt (Art. 12 Abs. 7), hat den organisatorischen Schwierigkeiten Rechnung zu tragen und dafür zu sorgen, dass den Praktikanten ein rechtsgleicher Zugang zu den jeweiligen Ämtern offen steht.

Zusätzlich **kann** ein Teil des Praktikums in der kantonalen Verwaltung absolviert werden, wenn die Dienststelle einen mit der notariellen Tätigkeit verbundenen Aufgabenbereich hat (Abs. 5). Als Beispiele können aufgeführt werden die Kantonale Steuerverwaltung, die Grundbuchvermessung oder auch die mit der Lex Friedrich befasste Dienststelle. Das Notariatsexamen soll kein Super-Lizenziat sein, sondern ein Berufsexamen über die während der Ausbildung gesehenen und erlernten Bereiche. Der Entwurf verpflichtet deshalb zum Besuch von jährlichen Weiterbildungskursen, welche das Departement in Zusammenarbeit mit dem Notarsverband organisiert (Abs. 6).

- * Der Entwurf regelt im Gesetz die Grundsätze des Examens. Der Begriff des Examens wird in **Artikel 13** Absatz 1 präzisiert und entspricht Artikel 7 des Bundesgesetzes über den Anwaltsberuf (BGFA). Kriterien sowie Inhalt der Examen werden in Artikel 14 präzisiert. Die Prüfungskommission hat für jeden Examensbereich eine Liste des Prüfungsstoffes zu erstellen. In Übereinstimmung mit dem Bundesanwaltsgesetz (vgl. Art. 21 Abs. 3 BGFA) und dem kantonalen Anwaltsgesetz (Art. 8 Abs. 3 AG) ermöglicht Artikel 13 Absatz 3 des Entwurfes dem Kandidaten, sich dreimal zum Examen zu präsentieren. Das dritte Nichtbestehen ist endgültig; zwischen dem zweiten und dritten Durchgang muss mindestens ein Jahr verfließen sein (entspricht der Regelung für die Anwaltsexamen, vgl. Art. 8 Abs. 3 AG).
- * Die mündliche Prüfung umfasst unter anderem die allgemeinen Begriffe der kaufmännischen Buchführung (**Art. 14** Abs. 2 Bst. g); darunter sind Kenntnisse der Bilanz, der Betriebsrechnung, der doppelten Buchführung und des Abschlusses sowie der Buchführungsvorschriften gemäss Artikel 957 ff. OR zu verstehen.

Berufsausübungsbewilligung (Art. 16 - 23)

- * Einzig die vom Staatsrat erteilte Berufsausübungsbewilligung verleiht das Statut einer Amtsperson (**Art. 16**). In diesem Sinne unterscheidet der Entwurf klar zwischen den **Notaren als Amtsperson**, deren Liste jedes Jahr im Amtsblatt publiziert wird, und den diplomierten Notaren im Sinne von Artikel 15.
- * Die Zulassungsbedingungen (**Art. 17**) entsprechen weitgehend jenen in den Artikeln 2 und 3 des geltenden Gesetzes. Der Entzug der bürgerlichen Ehrenrechte ist jedoch im Gesetz nicht mehr erwähnt, da der Kandidat über die **volle Handlungsfähigkeit** verfügen muss und die Bevormundung im Sinne von Artikel 369 ZGB (Geisteskrankheit und Geistesschwäche) den einzigen Grund darstellt, für den Entzug des Stimm- und Wahlrechts (vgl. Art. 136 Abs. 1 BV, Art. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte, Art. 12 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes über die Wahlen und Abstimmungen). Als Neuerung ist ebenfalls zu erwähnen, dass der Notar keine notarielle Sicherheit mehr zu leisten hat (Vernehmlassungsantrag des WNV), jedoch im Besitz einer Berufshaftpflichtversicherung sein muss (vgl. Art. 19). Der Begriff der Unwürdigkeit (Art. 3 NG, Art. 17 Bst. b) wurde in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht der in Artikel 8 Absatz 1 Bst. b BGFA enthaltenen Definition angepasst. Nicht berücksichtigt wurde der im Rahmen der Vernehmlassung vom parti socialiste gemachte Antrag, Ausländern, welche Inhaber des Ausweises C

²⁶ Namentlich Bern, 24 Monate (Art. 6 der Verordnung über das Notariatsexamen); Freiburg, 2 Jahre (Art. 5 Ausführungsreglement/FR), Genf, 4 Jahre und 3 Monate (Art. 40 NG/GE); Neuenburg, 24 Monate (Art. 9 NG/NE), Waadt, 2 ½ Jahre (Art. 52 NG/VD).

²⁷ Piotet, S. 5, dieser zitiert Art. 5 Übergangsbestimmungen der BV, BGE 23 I 481 (n.p. au JT); BGE 73 I 366 = JT 1948 I 341; ZBGR 7, 1926, S. 179 = SGVP Nr. 571 S. 417; ZBGR 25, 1944, S. 306; SJ 1981 S. 7, c. 4.

²⁸ Derartige obligatorische Praktika finden sich in vielen kantonalen Gesetzgebungen, z.B. Art. 6 VO/BE (obligatorisches Praktikum von 3 Monaten in einem Grundbuchamt), Art. 40 NG/GE (obligatorische Praktika von 2 Monaten im Grundbuchamt, 2 Monate im Handelsregisteramt und 2 Monate beim Friedensrichteramt und am Vormundschaftsgericht), Art. 9 NG/NE (Praktikum von 3 Monaten in einem Grundbuchamt oder Handelsregisteramt).

sind, die Berufsausübungsbewilligung zu erteilen: als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit muss der Notar schweizerischer Nationalität sein.

- * Der Notar muss eine der Öffentlichkeit zugängliche Kanzlei führen, welche sich für die Ausübung der Berufstätigkeit eignet und **von jedem anderen Büro getrennt** ist. Der Entwurf verzichtet auf die Reglementierung der Eröffnung eines „Zweitbüros“ (vgl. Art. 7 Abs. 2 NG und Art. 16 ARNG). Gemäss Art. 28 Abs. 2 NG kann der Notar ausserhalb seiner Schreibstube eine Urkunde errichten; der Entwurf übernimmt diese Möglichkeit (Art. 76 Abs. 2). Im Ausführungsreglement des Staatsrats werden die Aufbewahrung der Verzeichnisse und des Archivs sowie die Aushändigung eines zusätzlichen Notarssiegels für Notare, welche zwei Kanzleien an zwei verschiedenen Orten unterhalten, zu regeln sein. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens der Grundsatz eines einzigen notariellen Sitzes heftig bekämpft wurde.
- * Gemäss Artikel 5 des Entwurfes ist der Notar zivilrechtlich verantwortlich für jeden Schaden, den er rechtswidrig, vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer ihm obliegenden Pflicht in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit oder der damit zusammenhängenden beruflichen Tätigkeit verursacht. Die aus dieser erweiterten Verantwortlichkeit stammenden Schadenshypothesen werden durch das gegenwärtige System der Sicherheiten mit einem Minimalbetrag von Fr. 50'000.-- (Art. 15 Abs. 2 ARNG) nicht mehr hinreichend gedeckt, zumal der Notar als Spezialist in einem Monopolbereich tätig ist und damit erhöhten Verantwortlichkeitskriterien zu genügen hat. Es wird deshalb in Übereinstimmung mit anderen kantonalen Rechtsordnungen²⁹ der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung vorgesehen. Einige kantonale Gesetzgebungen sehen vor, dass der Versicherer seine Haftpflicht auch im Falle der Grobfahrlässigkeit oder bei Vorsatz nicht ausschliessen kann (Art. 14 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag/BVG). **Artikel 19** Absatz 2 des Entwurfes sieht dies ebenfalls vor, umso mehr, als nunmehr die notarielle Sicherheit nicht mehr zu leisten sein wird. Der Versicherungsvertrag kann ein Rückgriffsrecht des Versicherers auf den Notar vorsehen für grobfahrlässig oder vorsätzlich verursachte Schadenfälle.

Nach Ansicht von Piotet³⁰ eröffnet Artikel 19 Absatz 3 des Entwurfes einen auf die Versicherungspolice abgestützten Direktanspruch des Geschädigten gegenüber dem Versicherer. Dies – wie auch das in Artikel 19 Abs. 2 enthaltene Obligatorium, grobfahrlässig oder vorsätzlich verursachte Schadenfälle durch die Versicherung abdecken zu lassen – verstösst nach Ansicht der Konferenz der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter, des WNV und des WAV gegen Bundesrecht. Der gegenteiligen Meinung des Sachverständigen des Staatsrats zufolge kann das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag unter den Voraussetzungen von Artikel 6 ZGB durch kantonales öffentliches Recht eingeschränkt werden. Die kantonale Reglementierung der groben Fahrlässigkeit betrifft eine Voraussetzung, von der die Ausübung des Notariats abhängt. Angesichts des öffentlichen Interesses an einem wirksamen, obligatorischen, haftpflichtrechtlichen Versicherungsschutz steht ohne Zweifel fest, dass eine solches Erfordernis im kantonalen Gesetz enthalten sein kann. Bezüglich der Direktklage schlägt der Experte vor, die streitige Bestimmung durch eine Abtretungsklausel zugunsten Dritter im Sinne von Artikel 112 Absatz 2 OR abzuändern (Art. 19 Abs. 3). Dadurch wird das Ziel des öffentlichen Interesses erreicht.

- * Die Bestimmungen über die Unvereinbarkeiten bilden ein zentrales Element der Revision, welchem ein besonderes Augenmerk geschenkt wurde. Die entsprechende Übergangsregelung findet sich in Artikel 116 des Entwurfes.

Die Bestimmungen über die Unvereinbarkeiten verfolgen ein dreifaches Ziel: die Unabhängigkeit des Notars, die Qualität seiner Arbeit und die Achtung seiner Amtstätigkeit. Sie sind somit durch ein überwiegendes öffentliches Interesse geboten, was von Lehre und Rechtssprechung bestätigt wird. Gemäss Peter Ruf³¹ bezweckt die Bestimmung über die Unvereinbarkeit Folgendes: Unabhängigkeitsgarantie, Vorbeugung von Interessenkonflikten,³² genügende berufliche Verfügbarkeit zur Ausübung der amtli-

²⁹ Namentlich NE, welches eine Haftpflichtversicherung von 2 Millionen Franken vorsieht (Art. 6 Abs. 2 Rex/NE), Waadt mit Haftpflicht von 1 Million Franken und einer Sicherheit von 300'000 Franken (Art. 17 Rex/VD) und Freiburg mit einem Haftpflichtminimum von 1 Million Franken und Sicherheit in Höhe von 50'000 Franken (Art. 11 NG/FR).

³⁰ Piotet, S. 212

³¹ Ruf, Nr. 443

³² in demselben Sinne, Marti, S. 18 ad Art. 3 NG/BE

³³ SJ 1990 S. 97ff

³⁴ namentlich Art. 10 NG und 17 ARNG, Art. 4 und 5 NG/NE, Art. 6 NG/FR, Art. 4 NG/GE

³⁵ Siehe ZBGR 81, 2000 S. 407, wo das Bundesgericht entschied, dass die Notariatstätigkeit unvereinbar sei mit der Ausübung einer überwiegenden Tätigkeit in einer Handelsgesellschaft.

chen Tätigkeit, Erwerb und Erhalt spezifischer Rechtskenntnisse sowie Sammeln einer soliden Erfahrung.

In seinem Entscheid Christ³³ betreffend Artikel 4 des Genfer Notariatsgesetzes über die Unvereinbarkeiten stellt das Bundesgericht Folgendes fest: „*En obtenant le pouvoir d'instrumenter, le particulier acquiert la qualité d'officier public. Qu'il soit alors considéré comme un concessionnaire (Marti, Notariatsprozess, Berne 1989 p. 56; Marti, Das freiberufliche Notariat, in Le notaire bernois 39, 1978 p. 452) ou comme un simple délégué de l'Etat (Knapp, Précis de droit administratif, Bâle 1988 no 2734), cette position d'officier public, détenteur d'une parcelle du pouvoir étatique, le place dans un rapport de droit public spécial. Cela l'oblige notamment à exercer son ministère lorsqu'il en est requis (cf. art. 2 LN) et soumet sa personne à une série d'incompatibilités visant à garantir la qualité du service qu'il accepte d'assurer (art. 4 LN).*“

Der Entwurf erachtet deshalb die Notariatsausübung grundsätzlich als nicht vereinbar mit jeder anderen, überwiegend Gewinn bringenden Tätigkeit, ausgenommen jener des Anwalts (Art. 20).

Auf den Vorschlag des Vorentwurfs, welcher (auch) die Unvereinbarkeit des Notars- und des Anwaltsberufs vorsah und lediglich vom parti socialiste du Valais romand unterstützt wurde, wird daher verzichtet. Artikel 20 Absatz 2 sieht einen speziellen Fall der Unvereinbarkeit vor, welche auf die grundsätzliche Vereinbarkeit der beiden Berufe zurückzuführen ist.

- * Der Entwurf zählt sodann eine Reihe von unvereinbaren Tätigkeiten auf, da diese die Unabhängigkeit des Notars in Frage stellen könnten; diese Unvereinbarkeitsfälle gehen auf gegenwärtiges Recht (Art. 10 NG und Art. 17 ARNG), andere kantonale Gesetze³⁴ sowie Lehre und Rechtsprechung³⁵ zurück. Verschiedene gegenwärtig im NG enthaltene Unvereinbarkeitsfälle werden im Entwurf präzisiert. Die Begriffe der Funktionen und Anstellungen im Staatsdienst umfassen die öffentlichen Gemeinwesen sowie die Körperschaften und die Anstalten des öffentlichen Rechts (**Art. 21** Bst. a). Artikel 40 Absatz 3 der Kantonsverfassung sieht vor, dass das Gesetz verschiedene Aufgaben des Staates an öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Anstalten delegieren kann und Artikel 3 Absatz 1 VVRG klassifiziert diese als Verwaltungsbehörden. Nach der Lehre handelt es sich bei den öffentlichen Körperschaften und Anstalten um juristische Personen, denen das Gesetz bestimmte Aufgaben überträgt.³⁶ Pierre Moor³⁷ teilt diese Ansicht und geht davon aus, dass diese spezifische Interessen wahrnehmen (z.B. Verwaltung von Wäldern und Weiden, Wasserverteilung, Orientierungsschulen, Bodenverbesserungsgenossenschaften usw.). Die Unvereinbarkeit gemäss Artikel 21 Bst. a besteht somit einerseits in den Funktionen und Anstellungen in der Staatsverwaltung und in den Gemeindeverwaltungen sowie jene in den öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten im vorgenannten Sinne. Neu ist auch die Regelung, dass eine Teilzeitbeschäftigung in diesen Bereichen mit dem Notariat unvereinbar ist.

Als weitere Neuerung ist die Unvereinbarkeit mit der Funktion des Vorstehers des Handelsregisteramtes (Bst. b) hervorzuheben; diese gilt jedoch nicht für den Substituten, da dieser nicht Angestellter des Handelsregisteramtes ist. Der Entwurf verbietet dem Notaren jedoch nicht Verwalter, Gesellschafter, Geschäftsführer oder Vertreter einer juristischen Person mit Gewinnstrebigkeit zu sein – dies obwohl das Bundesgericht in einem Entscheid zu Artikel 4 Absatz 3 NG/GE (ZBGR 74, 1993, S. 50ff) ein derartiges Verbot für zulässig erklärte, da ein Risiko bestehe, dass „*la participation active du notaire dans les affaires et, surtout son implication personnelle dans le monde économique à des fins lucratives soient de nature à saper son indépendance et à entamer la confiance nécessaire que les particuliers doivent avoir dans le notaire lorsqu'ils ont recours à son ministère.*“ Vorbehalten bleibt jedoch der Fall, wo die Funktion des Verwalters oder Geschäftsführer als überwiegend im Sinne des Artikels 20 des Entwurfes gilt. Hier ist zu präzisieren, dass die Neutralität, die vom Notar erwartet werden kann, von Kanton zu Kanton verschieden ist und letztendlich von dem Ermessen des kantonalen Gesetzgebers abhängt (ZBGR 74, 1993, S. 52).

Die Unvereinbarkeit mit überwiegenden Handels- und industriellen Tätigkeiten entspricht weitgehend der Grundregel von Art. 20 Abs. 1: sie ist gegeben, wenn diese Aktivitäten überwiegend ausgeübt werden (Art. 21 Bst. c). Die Regelung ist restriktiver bezüglich dem Immobilienverkauf, dem Handel und der Vermittlung von Immobilien (Art. 21 Bst. d), da diese Tätigkeiten häufiger eine öffentliche Beurkundung zur Folge haben.

³⁶ Knapp, 2. Auflage, Nr. 1317ff und 1386ff; 4. Auflage, Nr. 2488ff und 2564ff.

³⁷ Moor, Vol. 3, Ziff. 2.3.3., S. 84ff

- * Auch gewerbsmässige Bankgeschäfte und Vermögensverwaltungen auf Rechnung Dritter sind mit dem Notariat unvereinbar (Art. 21 Bst. e, vgl. Art. 17 Abs. 1 ARNG). Es handelt sich namentlich um die Kreditgewährung, die Entgegennahme von Geldbeträgen sowie den Zinsendienst. Es ist dem Notar insbesondere untersagt, das Aktienkapital einer Gesellschaft, die er gegründet hat, zu liberieren oder den Kaufpreis eines Kaufvertrages zu bezahlen. Dadurch soll seine Unabhängigkeit bestmöglich gewährleistet sein. Wenn er dagegen im eigenen Namen handelt oder im Rahmen eines ihm persönlich erteilten Auftrages, gegebenenfalls durch eine Behörde, so ist der Notar ermächtigt, Immobilien und Vermögen zu verwalten (**Art. 22** Abs. 2).

Die Überweisung einer Ruhegehaltsrente durch eine öffentliche Kasse oder durch eine Kasse, welche von einem öffentlichen Gemeinwesen unterstützt wird, stellt – unabhängig von der Betragshöhe – ebenfalls ein Unvereinbarkeitsfall dar (Art. 21 Bst. f). Der Rentenempfänger einer staatlichen Einrichtung im weitesten Sinne kann nicht gleichzeitig Besoldeter dieses Staates sein. Die in Bst. f aufgeführte Unvereinbarkeit ist im Übrigen gleicher Natur wie die in den Bst. a und b aufgeführten, welche die Unabhängigkeit des Notars gegenüber dem Staat bezwecken, namentlich wenn dieser in einer Beurkundung als Partei einem Privaten gegenüber steht.

Betreffend die vereinbaren Tätigkeiten (Art. 22) wollte der Staatsrat die Ausübung der im kantonalen Recht vorgesehenen Funktionen, insbesondere jene in den Artikeln 5 Absatz 5 GGB, 15 Absatz 5 und 17 Absatz 4 EGZGB, nicht übermässig erschweren. So kann der Notar eine Lehrtätigkeit oder ein politisches Mandat in Teilzeit annehmen oder als Gemeinderichter, Suppleant eines Gerichtsmagistraten sowie als juristischer Schreiber einer kommunalen oder interkommunalen Organisation oder der Vormundschaftskammer tätig sein (Art. 22 Abs. 1).

- * Um die Unabhängigkeit und die Glaubwürdigkeit des lateinischen Notariats zu gewährleisten, verbietet der Entwurf eine Bürogemeinschaft, es sei denn mit einem anderen Notaren oder Anwalt (**Art. 23** Abs. 1). Gemäss Artikel 23 Absatz 2 des Entwurfs übt jeder Notar seine Funktion unter eigener Verantwortung aus. Dies führt dazu, dass die Formen der Zusammenschlüsse begrenzt sind. Aus Gründen der persönlichen Verantwortlichkeit jedes Notars scheidet eine Gesellschaft in Form einer Kollektiv- oder Kapitalgesellschaft aus (BGE 124 III 363; primäre Verantwortlichkeit der Kollektivgesellschaft im Falle einer Verantwortlichkeitsklage).

Der Entwurf bekämpft schliesslich die Praxis, wonach eine Aktiengesellschaft Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter anstellt, um diese sodann Notaren, welche in Form einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen sind, zur Verfügung zu stellen. Diese Mitarbeiter unterstehen der Aktiengesellschaft und nicht dem Notar. Er kann somit die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht und des Berufsgeheimnisses nicht in genügender Weise überwachen (vgl. Art. 17 Abs. 4 NG, Art. 40).

Ende der Berufstätigkeit (Art. 24 - 31)

Die meisten kantonalen Gesetzgebungen regeln die Beendigung der Berufstätigkeit sehr knapp.³⁸ Die Lehre scheint sich für diese Frage ebenfalls nicht zu interessieren.³⁹ Dieses Desinteresse rührt vermutlich daher, dass dieser Problembereich verschiedenste Situationen umfasst, welche es kaum erlauben, grundsätzliche Regelungen aufzustellen. Die Gesetzgeber ziehen es offensichtlich vor, anstatt einer Kodifizierung dieser Regelungen, den Behörden die Regelung von Fall zu Fall zu überlassen.

Die Lücke im geltenden Gesetz führte zu Unsicherheiten und Streitverfahren. Der Entwurf will deshalb Minimalregeln für die Beendigung der Berufstätigkeit aufstellen; dies namentlich bezüglich der Gründe für die Liquidation einer Notariatskanzlei (Art. 24), den für diesen Fall erforderlichen amtlichen Massnahmen (Art. 25), den Verpflichtungen des Notars, dessen Kanzlei liquidiert wird (Art. 26) und den Grundsätzen zum Liquidationsnotar (Art. 27 - 29). Im Übrigen werden die Fälle der dauernden Verhinderung und der Suspendierung (Art. 30- 31) behandelt.

- * Der Entwurf sieht vier Gründe für die Beendigung der Berufstätigkeit vor: den Entscheid des Notars seine Tätigkeit einzustellen, den Tod, den Entzug der Bewilligung und die Amtsentsetzung (**Art. 24**). Das nachträgliche Wegfallen von Zulassungsbedingungen für die Berufsausübung (Art. 12 NG und 45

³⁸ Siehe namentlich Art. 12 NG und 45ff ARNG; Art. 29 NG/GE; Art. 9 und 10 NG/BE und 8 und 23 Vo/BE; Art. 39ff NG/VD; 76 NG/FR und 21-25 ARNG/FR.

³⁹ Brückner, Nr. 3498 - 3504; Ruf, Nr. 307 und 1667; Marti, S. 32ff; Carlen, S. 132ff

ARNG) stellt keinen Beendigungsgrund dar. In diesem Fall ist die Behörde verpflichtet, im Rahmen ihrer administrativen Aufsicht die Bewilligung zu entziehen oder den Notar disziplinarisch zu entsetzen.

- * Bei Beendigung der Berufstätigkeit hat der Staat die Massnahmen anzuordnen und die Handlungen zu kontrollieren (**Art. 25**). In der ersten Phase werden erhaltende und feststellende Massnahmen angeordnet, in der zweiten Phase erfolgt die eigentliche Auflösung der Notariatskanzlei (Regelung der nicht eingetragenen Urkunden, Abschluss der hängigen Geschäfte, Rechnungsabschluss).

Der Inspektor wird vom Departement ernannt (Art. 25 Abs. 1 Bst. b). Die Dienststelle für Grundbuchämter, der der Inspektor angegliedert ist, hat ein Vorschlagsrecht (Art. 60 Abs. 2). **Unter Vorbehalt der Aufgaben des Departementes und des Liquidationsnotars** muss er die **zweckmässigen Anordnungen** treffen sowie die notwendigen Massnahmen zur Auflösung der Kanzlei anordnen zur Erhaltung der öffentlichen Urkunden und deren Belege (Art. 25 Abs. 2). Diese Verpflichtungen sind allgemein gefasst, da die Garantienstellung des Inspektors sich auf verschiedenste Situationen beziehen kann, weshalb eine detaillierte Umschreibung nicht möglich ist. Minimalpflichten sind jedoch vom Gesetz festgelegt (Art. 25 Abs. 3), um einen optimalen Ablauf des Liquidationsverfahrens zu gewährleisten.

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, eine Notariatskanzlei aufzulösen: Auflösung durch den Notar selber, durch einen übernehmenden Notar oder durch den Liquidationsnotar.

Der Entwurf sieht die Möglichkeit der Übernahme der Kanzlei durch einen vom Inspektor vorgeschlagenen Notar⁴⁰ nicht vor. Dies widerspräche der freien Notarwahl. Im Unterschied zum französischen Recht kennt das Wallis im Übrigen den Grundsatz der Übertragbarkeit öffentlicher Verpflichtungen nicht. Schliesslich kennt der Kanton keinen *numerus clausus* der Notare und er hat auch die territoriale Zuständigkeit in keiner Weise begrenzt. Der Grundsatz der Übernahme der Kanzlei ist somit abzulehnen. Aus derselben Überlegung ist die Praxis abzulehnen, wonach der Rechtsnachfolger des verstorbenen Notars die Urkunden und Verzeichnisse desselben bei sich aufbewahrt. In seiner Vernehmlassung hat der WNV vorgeschlagen, dem die Tätigkeit aufgebenden Notar die Möglichkeit einzuräumen, selber und ohne entsprechenden Entscheid des Inspektors seine Kanzlei einem Nachfolger zu übertragen, vorausgesetzt, dieser sei Inhaber der Berufsausübungsbewilligung. Abgesehen von den bereits hievore geltend gemachten Vorbehalten muss diese Lösung auch deshalb abgelehnt werden, weil der Notar Konzessionär eines öffentlichen Dienstes ist und es daher der konzederenden Behörde obliegt, über die Auflösung des Konzessionsregimes zu befinden. Daher hat das Departement den Liquidationsnotar zu bezeichnen (Art. 27 Abs. 1 und 2), wobei es den vom aufgebenden Notar vorgeschlagenen Notar berücksichtigen kann.

Ebenfalls abzulehnen ist die Möglichkeit, dass die Parteien sich an einen anderen Notar wenden, wenn der von ihnen Beauftragte seine Tätigkeit einstellt. Nebst den praktischen Problemen für die Urkundspartei wäre die Kontrolle der Liquidationshandlungen kaum mehr möglich, da unter Umständen gleich viele Liquidationsnotare wie hängige Urkunden tätig sein könnten. Daneben ist auch zu berücksichtigen, dass die Verzeichnisse und Urkunden öffentliches Eigentum darstellen und dass das öffentliche Interesse an der Erhaltung der öffentlichen Ordnung das private Interesse einer einzelnen Person, eine sie betreffende Urkunde durch eine andere Urkundsperson erledigen zu lassen, überwiegt.

- * **Artikel 26** regelt die allgemeinen Pflichten eines Notars und seiner Rechtsnachfolger im Falle der Auflösung der Kanzlei. **Der Notar soll grundsätzlich selber für die Auflösung besorgt sein.** Die Mitteilung des Notars an das Departement, dass er auf die Berufsausübungsbewilligung verzichte (Art. 24 Abs. 1), hat zur Folge, dass er ab diesem Moment keine Urkunden mehr errichten darf und zu keiner Verurkundung mehr verpflichtet ist. Er behält aber das Siegel noch so lange, bis er die hängigen Urkunden erledigt hat (Art. 26 Bst. b).

Der Entwurf sieht vor, dass der Notar die öffentlichen Urkunden abgeben muss (Art. 26 Abs. 2), selbst wenn er den Kanton nicht verlässt. Das Gesetz sieht hierfür keine Frist vor, damit den verschiedenen Situationen bestmöglichst Rechnung getragen werden kann (die Frist wird fallweise vom Departement festgesetzt).

Als weitere Neuerung enthält der Entwurf die ausdrückliche Regelung der Intervention des Liquidationsnotars. Die Bezeichnung des Liquidationsnotars trägt dem Statut des ersetzten Notars als Amtsperson Rechnung (Art. 3). Der Entwurf erwähnt ausdrücklich, dass die Aufgabe des Liquidationsnotars eine *amtliche* ist (Art. 28 Abs. 1). Dieser hat sich somit nicht um die privatrechtlichen Tätigkeiten des ersetz-

⁴⁰ Diese Lösung gilt in den Kantonen Genf (Art. 29 NG/GE) und Bern (Art. 9 Abs. 4 NG/BE und 8 Abs. 2 und 3 Vo/BE).

ten Notars zu kümmern. Trotzdem können privatrechtliche Handlungen als Folge einer öffentlichen Urkunde (Art. 28 Bst. c) aufgrund deren Konnexität und Akzessorietät zur hauptamtlichen Tätigkeit in den kantonalen öffentlichen Aufgabenbereich des Liquidationsnotars eingeschlossen werden (Art. 6 ZGB), ohne dass dieser sich in unzulässiger Weise in das Bundesprivatrecht einmischt. Die Befugnisse des Liquidationsnotars entsprechen somit jenen der Aufsichtsbehörde, welche diese selber wahrnehmen könnte, wenn sie den Fall im Sinne von Artikel 28 des Entwurfs erledigen müsste: es handelt sich, mit anderen Worten, um die Befugnisse der Aufsichtsbehörde, welche ein öffentliches Amt *aufzulösen* hat.

- * Die Bezeichnung des Liquidationsnotars (Art. 27 ff.) erfolgt als Sanktion, wenn der Notar die ihm obliegenden Pflichten bei der freiwilligen Beendigung der Berufsausübung nicht erfüllt. Sie ist ebenfalls denkbar für den Fall, wo der Notar aus anderen Gründen nicht mehr praktizieren kann. **Artikel 27** Absatz 3 des Vorentwurfs präziserte, dass der Liquidationsnotar der „gesetzliche Vertreter“ des betroffenen Notars sei. Dieser Umstand sollte es dem Liquidationsnotar erlauben, vom Kanzleikonto Beträge für die Erledigung der Urkunden zu entnehmen (Art. 28 Bst. g). Tatsächlich kann die Auflösung einer Kanzlei nicht erfolgen, wenn der Liquidationsnotar nicht über die Guthaben der Kanzlei verfügen kann. In seiner Vernehmlassung hat der WNV vorgeschlagen, Artikel 27 Absatz 3 wegen den möglichen, bankenrechtlichen Schwierigkeiten aufzuheben. Die Walliser Bankiervereinigung hat sich in diesem Zusammenhang wie folgt vernehmen lassen:

"L'alinéa 3 de l'article de loi mis en consultation prévoit que "le notaire liquidateur est le représentant légal du notaire suppléé".

Cette disposition n'est, à notre sens, pas assez précise. Le code civil suisse connaît l'institution de représentants légaux avec des pouvoirs fort différents. Le conseil légal coopérant ne fait que conseiller le tiers; les parents ont un pouvoir de gestion sur les biens de l'enfant, mais ils ne peuvent agir que dans l'intérêt de ce dernier; le tuteur dispose de pouvoirs plus étendus.

A notre avis, le notaire liquidateur doit avoir des pouvoirs aussi larges que le tuteur. L'alinéa 3 doit ainsi être explicité dans ce sens. Le notaire liquidateur doit pouvoir valablement donner quittance, solder des comptes et faire toutes les opérations nécessaires pour procéder à la liquidation de l'étude".

Artikel 27 Absatz 3 des Entwurfs ist in diesem Sinne geändert worden. Die Analogie mit dem Vormund gilt auch für die Auslegung des Begriffs der wichtigen Gründe in Artikel 27 Absatz 2, bei deren Vorliegen ein Liquidationsmandat abgelehnt werden kann.

Rechtlich ist die Situation wie die der gesetzlichen Verwaltung des der Führung der Kanzlei dienenden Vermögens des ersetzten Notars zu beurteilen. Die gesetzliche Verwaltung hat sich demzufolge auf das absolut Notwendige zu beschränken; jeder Missbrauch der Vertretung macht den Liquidationsnotar gegenüber dem ersetzten Notar oder dessen Rechtsnachfolger verantwortlich (Art. 27 Abs. 4). Vorbehalten bleibt im Übrigen die Pflicht des vertretenen Notars, mit dem Liquidationsnotar zusammenzuarbeiten (Art. 26 Bst. e), namentlich was den Zugang zu den Kanzleikonti anbelangt.

Die Verantwortlichkeit des Liquidationsnotars entspricht jener, der er auch als Notar unterworfen ist; sie entspringt dem öffentlichen kantonalen Recht. Er gilt nicht als Hilfsperson der Gerichtsbarkeit im Sinne des Artikels 112 des Entwurfes, weshalb die primäre Haftung des Staates nicht zur Anwendung gelangt. Dieses rigorose Verantwortlichkeitsprinzip steht im Widerspruch zur Pflicht des Notars, Liquidationsmandate anzunehmen, wird jedoch durch das Entschädigungssystem ausgeglichen (Art. 29).

- * Die Umschreibung des Auftrags des Liquidationsnotars (**Art. 28**) stützt sich auf Artikel 49 NG/VD. Die Bestimmung enthält sowohl eine generelle Klausel (erhaltender und amtlicher Auftrag) als auch eine spezielle Komponente (Beschreibung der allgemeinen Aufgaben); sie versucht auf die verschiedenen in der Praxis möglichen Fälle zu antworten.

Die Honorarforderung des Liquidationsnotars (Entschädigung, Art. 29) beruht auf kantonalem öffentlichem Recht: sie entspricht der Verantwortlichkeit des ersetzten Notars aufgrund der verschuldeten oder nicht verschuldeten Nichtausführung oder der nicht korrekten Ausführung der Auflösungsverpflichtung, welche ihm in seiner Eigenschaft als Amtsperson obliegt. Der öffentlich-rechtliche Anspruch des Liquidationsnotars ist aufgrund allgemeiner Verwaltungsrechtsgrundsätze gegenüber dem Störer geltend zu machen. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um einen Verhaltensstörer (Disziplinarfehler des ersetzten Notars) oder Zustandsstörer (Erbe des verstorbenen Notars) handelt. Der Kanton hat freie Hand bei

der Festlegung dieses Grundsatzes, da er zuständig ist für die Festlegung der Aufgaben und der Verantwortlichkeit des Notars.⁴¹

- * Der Liquidationsnotar hat Anspruch auf die tarifierten Gebühren, für die von **ihm selber** vorgenommenen Handlungen (**Art. 29** Abs. 1). Er hat somit keinen Anspruch auf die tarifierten Gebühren für Urkunden, für deren Erledigung er sorgt (vgl. Art. 28 Bst. f). Stirbt beispielsweise ein Notar, nachdem er alle notwendigen Arbeiten für die Beurkundung eines schwierigen Vertrages ausgeführt hat, diesen aber dem Grundbuchamt infolge Fehlens der Bewilligung gemäss bürgerlichem Bodenrecht noch nicht vorlegen konnte, hat der Liquidationsnotar – nach Erhalt der erforderlichen Bewilligung – Anspruch auf Entschädigung für die Vorlegung des Vertrages zur Eintragung im Grundbuchamt sowie für die Zustellung der Abschriften. Die Beurkundungsgebühren für die Errichtung der Urkunde als solcher stehen jedoch dem vertretenen Notar bzw. dessen Rechtsnachfolger zu.

Nebst der Gebühr für die ausgeführten Handlungen hat der Liquidationsnotar Anspruch auf die Rückerstattung seiner effektiven Kosten und auf eine feste Entschädigung, festgelegt nach Umfang und Schwierigkeit des Auftrages sowie der hierfür nützlicherweise aufgewendeten Zeit. Darunter fallen alle für die Auflösung erforderlichen Auslagen, namentlich diejenigen für die Anstellung einer Sekretärin, die Miete eines Büros, den Ankauf von Archivschachteln sowie alle anderen durch das Verfahren verursachten Auslagen. Die Entschädigung wird vom Departement festgelegt aufgrund einer vom Liquidationsnotar vorgelegten Abrechnung. Die diesbezüglichen Kriterien sind jene des GTar zur Festlegung der Entschädigung des Anwalts.

Der ersetzte Notar ist Schuldner der dem Liquidationsnotar zustehenden Entschädigung. Der Liquidationsnotar kann seine vom Departement festgesetzte Entschädigung nicht direkt vom Kanzleikonto beziehen, obwohl er gesetzlicher Vertreter des ersetzten Notars ist und über dessen Kanzleikonti verfügen kann. Es handelt sich um eine Geldschuld. Das direkte Inkasso durch Verwaltungszwang (vorliegend die Anwendung von Amtsgewalt, welche dem Liquidationsnotar aufgrund seines Stellvertretungsmandates zusteht) kollidiert mit dem Bundesrecht über die Zwangsvollstreckung. Das Bundesrecht (SchKG und seine Verordnungen) regelt ausschliesslich die Zwangsvollstreckung von öffentlichen Geldforderungen oder Sicherheitsleistungen (Art. 38 SchKG). Die Kantone können von diesen nicht abweichen, indem sie gewissen Gläubigern des öffentlichen Rechts besondere Vorzüge einräumen (Vorbehalt von Art. 44 SchKG, welcher hier jedoch nicht in Frage kommt)⁴². Im Falle der Zahlungsunfähigkeit des ersetzten Notars oder dessen Rechtsnachfolger kommt der Staat für die Zahlung auf (Art. 29 Abs. 4). Auf diese Weise wird dem öffentlichen Charakter des Auftrags Rechnung getragen. Der Rückforderungsanspruch gegen den vertretenen Notar oder dessen Rechtsnachfolger verjährt innert 10 Jahren nach Beendigung des Auftrags durch das Departement.

- * **Artikel 30** des Entwurfes stützt sich auf Artikel 10 Absatz 2 NG/BE. Beim Terminus „*dauerhafte Verhinderung*“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff; es wird jedoch an den Begriff der Verhinderung im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung einer Frist im Sinne der Verfahrensgesetze erinnert.
- * Der suspendierte Notar kann Abschriften errichten (**Art. 31**) jedoch keinerlei andere amtlichen Handlungen vornehmen. Artikel 31 Absatz 2 des Entwurfes verweist demzufolge auf die Bestimmungen über die Beendigung der Berufstätigkeit, welche analog auf die hängigen Geschäfte anwendbar sind. Dieser Hinweis beinhaltet die durch den Inspektor ausgeführte Aufsicht im Sinne von Artikel 25 Absatz 2 und 3 des Entwurfes und die Bezeichnung eines Liquidationsnotars, wenn der suspendierte Notar die Erledigung seiner Urkunden vernachlässigt (Art. 27).

1.3 **3. Abschnitt: Allgemeine Pflichten des Notars (Art. 32 - 44)**

Der Abschnitt über die allgemeinen Pflichten des Notars stellt ohne Zweifel eines der zentralen Kapitel der vorliegenden Revision dar. Artikel 2 des Entwurfes will die mit der öffentlichen Beurkundung verbundenen Garantien sowie den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr gewährleisten, was mit den dem Notar obliegenden allgemeinen Berufspflichten erreicht werden soll.

⁴¹ Piotet, S. 62ff

⁴² Moor, Band II, S. 86; Rigot, S. 56-59, Nr. 48 und verschiedene Hinweise zur Rechtsprechung Nr.10, S. 57; Müller, S. 53-54

Der Entwurf berücksichtigt dabei die ausgedehnte und seit 1942 publizierte Rechtsprechung, die Lehre sowie die Entscheide der Aufsichtsbehörde zu Artikel 17 NG, insbesondere was die Interessenwahrungspflicht gegenüber den Parteien anbelangt. Man kann im Übrigen hervorheben, dass die Gerichte die allgemeinen Pflichten als entscheidende Faktoren für die Festlegung der Verantwortlichkeit der Notare betrachten. Damit sich somit sowohl die Parteien als auch die Notare über die tatsächliche Bedeutung der allgemeinen Berufspflichten bewusst werden, führt der Entwurf diese systematisch im Gesetz auf, gemäss den von den Lehrbuchautoren⁴³ und einigen kantonalen Gesetzgebern⁴⁴ entwickelten Modellen.

- * Die allgemeinen Berufspflichten des Notars ergeben sich aus der mit seiner Eigenschaft als Amtsperson zusammenhängenden **Sorgfaltspflicht** und dem Zweck der öffentlichen Beurkundung. Sie unterscheiden sich von den speziellen Pflichten im Zusammenhang mit dem eigentlichen Beurkundungsverfahren, welche auf die Errichtung formell gültiger Urkunden hinzielen.⁴⁵

Im weitesten Sinne verlangt die Sorgfaltspflicht vom Notar ein bestimmtes Mass an **Aufmerksamkeit** gegenüber den Parteien und **exakter Arbeitsausführung**, um jede Nachlässigkeit, jeden Fehler oder jede Unterlassung in der Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit zu verhindern. Diese allgemeine Bestimmung, welche im vergleichenden kantonalen Recht nicht bekannt ist, geht auf die Dissertation von Piotet zurück und ist in **Artikel 32** des Entwurfes konkretisiert, welcher im Weiteren die speziellen, mit dem Beurkundungsverfahren zusammenhängenden Pflichten vorbehält.

Die allgemeine Sorgfaltspflicht im weitesten Sinne verlangt die Einhaltung der Rechtsordnung gegenüber den **Urkundsparteien**. Der Begriff der „*Urkundspartei*“ ist enger als jener des „*Komparenten*“, welcher ebenfalls den Vertreter der Urkundspartei umfasst (vgl. Definition der Partei in Artikel 87).

- * Die Artikel 33 bis 44 des Entwurfes konkretisieren die verschiedenen allgemeinen Berufspflichten, welche der Gesetzgeber, Lehre und Rechtsprechung aus der im weitesten Sinne verstandenen Sorgfaltspflicht ableiten. So muss der Notar **die freie Notarswahl** respektieren (**Art. 33**). Dies wird gegenwärtig durch die Artikel 19 und 20 der Statuten des WNV vom 14. November 1942 geboten.

Aus der freien Notarswahl leitet sich auch das **Werbeverbot** ab, welches insbesondere die Öffentlichkeit schützen soll. Es handelt sich um eine Ausnahme von der Wirtschaftsfreiheit (früher Handels- und Gewerbebefreiheit), auf welche sich der Notar wie bereits erwähnt nicht berufen kann (vgl. BGE 125 I 417). Das Verbot der öffentlichen Werbung dient daneben auch dem Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Der Entwurf erlaubt jedoch die üblichen Anzeigen, welche sich mit der Zeit ändern können, sowie die durch den WNV im Interesse des Berufes organisierte gemeinsame Werbung. Die Einhaltung dieses Grundsatzes verlangt ebenfalls vom Notar, darauf zu verzichten, sich für qualifizierter als andere Notare zu bezeichnen, namentlich durch Verwendung von Ausdrücken wie „*alt Bundesrichter*“, „*alt Grundbuchverwalter*“, „*Spezialist im Steuerrecht*“, „*Spezialist im Verkauf an Ausländer*“ usw. Der Inhalt von Artikel 33 Absatz 2 des Entwurfes stellt schliesslich die Folge der vom Notar verlangten Unparteilichkeit dar (Art. 39).

Der WAV hat in seiner Vernehmlassung vorgeschlagen, in einem dritten Absatz vorzusehen, dass der Notar keine Courtage-Verträge oder andere Verträge mit ähnlichem Inhalt abschliessen kann, wonach er Dritten für die Klientenaquisition eine entsprechende Entschädigung bezahlt. Diesen Bedenken wird bereits durch Absatz 2 Rechnung getragen.

- * Gemäss **Artikel 34** des Entwurfes ist der Notar verpflichtet seine Dienste anzubieten, sofern der Urkundsgegenstand in seinen Zuständigkeitsbereich fällt. Dieser Vorschlag, der Artikel 14 NG entspricht, ist positiv formuliert. Die Prüfung der Zuständigkeit des Notars bezieht sich auf die sachliche (Notwendigkeit der öffentlichen Beurkundung) örtliche, persönliche (vgl. Ausstandsregeln) und zeitliche (vgl. Regeln über die Beurkundung an Sonn- und Feiertagen usw.) Zuständigkeit.⁴⁶
- * Trotz gegebener Zuständigkeit **muss** der Notar die Beurkundung bei Vorliegen eines triftigen Grundes verweigern (Art. 15 NG, **Art. 35**). Dieser kann im Gesetz liegen (z.B. Ausstandsregel) oder im Inhalt der Urkunde (vgl. allgemeine Regeln des OR). Die offensichtliche Urteilsunfähigkeit einer Partei stellt ebenfalls einen Verweigerungsgrund dar. Jene muss offensichtlich sein, da vom Notar nicht verlangt werden kann, dass er sich in jedem Fall von **der vollen Urteilsfähigkeit** der Urkundsparteien überzeugt.

⁴³ namentlich Ruf, Steinauer, Schmid

⁴⁴ namentlich Art. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 und 32 NG/BE; Art. 51-62 NG/NE; Art. 19-28 NG/FR; Art. 2, 4, 7, 8, 9, 10 und 14 NG/GE; Art. 12 und 59ff NG/VD

⁴⁵ Piotet, S. 120, Ziff. 3.3.2 und S. 127, Ziff. 3.3.3

Schliesslich kann der Notar aus einem wichtigen objektiven Grund verhindert sein, z.B. durch die Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen oder bei Krankheit oder begründeter Abwesenheit (Art. 35 Abs. 2). Auf der anderen Seite kann der Notar – gemäss Vorschlag des WNV – seine Dienste nicht aus subjektiven Gründen verweigern, da diese nicht überprüfbar sind. Andernfalls hätte der Notar selbst bei einer entsprechenden Pflicht zur Beurkundung die Möglichkeit, seine Dienste jeweils zu verweigern.

Wie bereits erwähnt hat der Notar seine persönliche Zuständigkeit zu prüfen. In dieser Hinsicht beruht die Ausstandspflicht des Notars auf der grundsätzlichen Überlegung, wonach der Notar seine Tätigkeit unparteiisch und in völliger Unabhängigkeit auszuführen hat.⁴⁷ Gegenwärtig regelt Artikel 16 NG die notariellen Ausstandsgründe. Diese wurden durch das Kreisschreiben Nr. 19 vom 22. April 1997 präzisiert, welches die Ausstandspflicht bei Beurkundungen betreffend Aktiengesellschaften regelt.

- * Da Artikel 16 NG mit Ausnahme der Beurkundungen betreffend Aktiengesellschaften kaum zu Schwierigkeiten Anlass gab, wird dieser in seinen Grundzügen mit einigen Abänderungen und Ergänzungen übernommen. Der Vorbehalt von **Artikel 36** Absatz 1 Bst. a (Auftrag für Folgehandlungen – Testamentsvollstrecker) stellt die Kodifizierung der Praxis dar.

Als Neuerung gilt das Verbot für den Notar eine Urkunde zu errichten, bei der er „*Vollmachtüberträger*“ (Art. 36 Abs. 1 Bst. a) ist. Hier geht es um die vor allem im Unterwallis bekannte Praxis **der Vollmacht mit Übertragungsermächtigung** (Substitutionsvollmacht). Dabei erhält der Notar zunächst eine Vollmacht der Parteien, welche er anschliessend für die Beurkundung an einen Dritten überträgt (Sekretärin, Praktikant). Das Departement als Aufsichtsbehörde musste sich mit der Frage der Gesetzmässigkeit dieser Praxis auseinandersetzen. Es wurde festgestellt, dass diese Vollmacht vor allem verwendet wird, wenn der Käufer oder Verkäufer eines Grundstückes nicht im Kanton wohnt oder sich zurzeit der Verurkundung nicht im Kanton aufhält. Sie ist oftmals von einer genauen Umschreibung der den anwesenden Vertreter zustehenden Kompetenzen begleitet, sei es durch ein der Vollmacht beigelegtes Dokument, das die Identität der Parteien, den Vertragstyp und den wesentlichen Vertragsinhalt umschreibt oder durch einen dem Vertreter zugestellten Vertragsentwurf. Die Grundbuchverwalter, welche die Urkunden zensurieren, haben diese Praxis toleriert. Das Departement akzeptierte diese infolge Fehlens einer verbietenden gesetzlichen Grundlage (Gesetzeslücke) und der nicht einheitlichen Lehre betreffend die Frage, ob die Substitution das Vertretungsverhältnis zwischen der auftragserteilenden Partei und dem Notaren unterbricht.⁴⁸ Ohne die Frage beantworten zu wollen, verbietet der Entwurf diese Praxis der Substitutionsvollmacht vorbeugend – trotz des Vernehmlassungsvorbehalts des parti radical –, da es praktisch unmöglich ist, eine Liste der nicht zur Beurkundung zugelassenen Vertreter zu erstellen. Dadurch kann auch der vom Zweck der öffentlichen Beurkundung und von der Lehre geforderten Unabhängigkeit Genüge getan werden. Zudem führt die Bezeichnung eines Substituten nach Ansicht des Experten des Staatsrats zu einer Verantwortlichkeit gegenüber dem Mandanten, sodass der substituierende Notar ein direktes Interesse am Weglassen der Substitution hat, da dieses seine Rekusation zur Folge haben muss.

Als weitere Neuheit kann die Streichung des Handlungsbevollmächtigten erwähnt werden (Art. 16 Abs. 1 Ziff 3 NG, Art. 36 Abs. 1 Bst. c), welche sich an Artikel 27 Absatz 1 Bst. c NG/BE anlehnt, sowie die Ergänzung durch den Bst. e (Notar ist als Exekutivorgan der Gemeinde von der Urkunde betroffen). Diese Neuheiten wurden aufgrund vergleichenden kantonalen Rechts⁴⁹ eingeführt. Artikel 36 Absatz 2 behandelt die Beurkundung betreffend Aktiengesellschaften. Diese Bestimmung stützt sich auf die seiner Zeit vom Departement und dem WNV bezüglich dem Kreisschreiben Nr. 19 gemachten Vorschläge. Die Bestimmung weicht vollständig vom Kreisschreiben ab. Der Aktionärs-Notar kann somit beurkunden, wenn er – egal in welcher Eigenschaft – nicht selber abstimmt, und wenn er nicht allein oder zusammen mit anderen Personen Verwalter oder Vertreter der Gesellschaft gegenüber Dritten ist (Artikel 36 Absatz 1 Bst. d). Der WAV hat in seiner Vernehmlassung eine andere Regelung vorgeschlagen, wonach der Notar keine Verurkundung bezüglich einer AG oder GmbH vornehmen dürfe, in der er mehr als 10 % des Nominalwerts der Aktien bzw. der Stammeinlagen oder mehr als 10 % der Stimmrechte inne habe. Diesem Vorschlag kann nicht gefolgt werden: einerseits kann der Notar mit 10 % Stimmrechten eine aktive Rolle bei der Entscheidfällung einnehmen, womit er nicht mehr dem Unparteilichkeitsgebot genügt; andererseits lässt sich der Grenzwert von 10 % nur schwer kontrollieren.

⁴⁶ zu dieser Frage siehe Piotet, S. 132ff

⁴⁷ In diesem Sinne Santschi, S. 2; vgl. ebenfalls Brückner, S. 237; man kann hervorheben, dass die Argumentation in einer älteren kantonalen Rechtsprechung - ZWR 1967, S. 96 -, welche die Ausstandspflicht im Verbot der Notare gegen den freien Wettbewerb zu verstossen begründet sah, aufgehoben werden muss, da dies nicht mit dem Zweck des Instituts des Ausstands vereinbar ist.

Die Absätze 3 und 4 präzisieren die Beurkundung öffentlicher Versteigerungen und die Beglaubigung von Unterschriften. Die Teilung der Notarsgebühren (sogenannte *Confrère-Beiträge*) wird im Gesetz ausdrücklich geregelt (Art. 36 Abs. 5). Die Gebührenteilung ist im vergleichenden kantonalen Recht nicht bekannt. Im Wallis lässt eine Auslegung von Artikel 4 des Gebührentarifs der Notare vom 1. Dezember 1982 den Schluss zu, dass diese Praxis erlaubt sein sollte, zumal der sich im Ausstand befindende Notar die Urkunde in der Regel selber verfasst. Die Ziffern 5.3 und 5.4 der Standesregeln anerkennen diese Praxis ebenfalls. Insbesondere aufgrund der Voraussehbarkeit ist diese Praxis im Gesetz zu regeln und unter bestimmten Bedingungen, insbesondere die Anmerkung im Minutenverzeichnis, zuzulassen (Art. 101 Abs. 3 Bst. f).

In seiner Vernehmlassung hat der WAV vorgeschlagen, in einem zusätzlichen Absatz 6 vorzusehen, dass die Verweigerungsgründe gemäss den Absätzen 1 und 2 auch für Kanzleipartner und Mitarbeiter des Notars gelten würden. Dieser Vorschlag wird nicht berücksichtigt, da er konstanter Praxis widerspricht, die bis zum heutigen Tag zu keinerlei Beanstandungen Anlass gegeben hat. Daneben hätte eine entsprechende Regelung zur Folge, dass der Notar bei jeder wie auch immer gearteten Beziehung zu einer der Parteien seine Dienste verweigern müsste.

- * **Artikel 37** enthält die dem Notar obliegende **Wahrheitspflicht**,⁵⁰ welche teilweise im gegenwärtigen Artikel 17 NG geregelt wird. Sie verpflichtet den Notar, mit den geeigneten Mitteln den in der Urkunde festzulegenden Sachverhalt zu prüfen, den wahren Parteiwillen zu erforschen und die tatsächlichen Feststellungen und den wahren Parteiwillen genau in der Urkunde wiederzugeben. Diese Lösung lehnt sich an Artikel 29 NG/BE an, welcher bei Marti (S. 81, Note 3) und bei Ruf (S. 220 und 221, Note 834) kommentiert wird. Es ist somit zu unterscheiden zwischen den Willenserklärungen der Parteien, die der Notar objektiv wahrnehmen kann, und den Tatsachen, für welche er nur eine Erklärung der Parteien bestätigen kann, wobei er jede Feststellung, von der er weiss, dass sie ungenau ist, zu unterlassen hat (Art. 37 Abs. 2 Bst. d). Zusätzlich ist der Notar natürlich der allgemeinen Sorgfaltspflicht unterstellt. In dieser Hinsicht ist die Neuenburger Lösung⁵¹ zu radikal und kann nicht in die Praxis umgesetzt werden. Zum Beispiel kann der Notar nicht einen Verkaufspreis feststellen, sondern muss sich diesbezüglich an die Parteierklärungen halten (es ist möglich und wünschbar, die Parteien auf die verschiedenen Folgen einer Schwarzzahlung aufmerksam zu machen; es ist aber nicht möglich zu gewährleisten, dass die Parteien diesen Informationen tatsächlich Rechnung tragen).

Artikel 37 Absatz 2 des Entwurfes enthält die Liste, der vom Notar zu prüfenden Punkte. Die verwendeten Mittel müssen **zweckmässig** und dem Zweck der Wahrheitspflicht **angepasst** sein. Der Inhalt der Buchstaben a - d wird bereits durch Bundesrecht verlangt (Steinauer, S. 12, Bst. e). Die Prüfung der Handlungsfähigkeit gilt insbesondere für die ausländische Urkundspartei, da in Europa das Mündigkeitsalter nicht einheitlich geregelt ist. Artikel 37 Absatz 3 des Entwurfes entspricht Artikel 29 Absatz 2 NG/BE und soll eine genaue und klare Eintragung der Tatsachen sowie die Festlegung des wirklichen Parteiwillens ermöglichen.

- * Als Amtsperson hat der Notar eine **Informations- und Beratungspflicht** gegenüber den Parteien.⁵² Diese kann in der aktiven Hilfe bei der Ausarbeitung der Urkunde, in einer klaren Information über die rechtlichen und Steuerfolgen der Urkunde und in der Vorbeugung möglicher Streitigkeiten bestehen. Die Informationspflicht bezüglich der Steuerfolgen der Urkunde sind nicht mit einer Steuerberatung zu verwechseln, welche Inhalt eines Spezialmandats bildet, das der Notar nicht anzunehmen hat. Die genannten Pflichten sind in **Artikel 38** des Entwurfes enthalten, welcher den Grundsatz von Artikel 17 Absatz 1 erster Satz NG konkretisiert. Die Pflicht zur Meldung von letztwilligen Verfügungen wird in einem eigenen Absatz aufgeführt. Der Entwurf enthält dagegen keine formelle Verpflichtung des Notars, die Parteien auf Artikel 970a ZGB aufmerksam zu machen, welcher die obligatorische Veröffentlichung von Grundstücksverkäufen vorsieht. Es ist namentlich nicht Sache der Schweizerischen Rechtsordnung, die finanziellen Interessen von Drittländern zu schützen (vgl. Grundstücksverkauf an Ausländer). Im Rah-

⁴⁸ Tercier, Contrats, S. 480, 488, 489 und 490, Schwager, S. 48ff, Gautschi, S. 422ff und Werro, S. 187ff gehen davon aus, dass das Mandat unterbrochen wird. Der ursprünglich bevollmächtigte Vertreter (Notar) haftet gegenüber dem Vertretenen nur für die Sorgfalt bei der Auswahl des Untervertreeters und für dessen Instruktion (Art. 399 Abs. 2 OR). Für Werro ist es selbstverständlich, „*par la force des choses*“ dass der Untervertreter eine vom Notar unabhängige Person sein muss; andere Autoren insbesondere Fellmann, S. 531ff, welche sich ausdrücklich von der Ansicht Gautschis distanzieren, (op.cit. Ziff 624), Oser/Schönenberger, S. 242 und von Thur gehen im Gegenteil davon aus, dass dieses Verhältnis nicht unterbrochen wird; demnach wird der Untervertreter der Vertreter des ursprünglich Bevollmächtigten (Notar) und nicht des Vollmachtgebers.

⁴⁹ siehe namentlich Art. 51 NG/NE, 22 NG/FR und 12 NG/VD

⁵⁰ Steinauer, S. 11ff; Piotet, S. 120ff

men der allgemeinen Informationspflicht ist dem Notar jedoch zu raten, die Parteien diesbezüglich zu sensibilisieren. Es wird daran erinnert, dass die Öffentlichkeit des Grundbuches durch den Gesetzgeber (die meisten Kantone publizieren den Verkaufspreis, wie dies Art. 970a ZGB erlaubt) und das Bundesgericht ständig erweitert wird (BGE 118 II 66). Bei der gegenwärtigen Revision des Sachenrechts wird die Frage geprüft, ob ein direkter Zugang zum Grundbuch ohne Nachweis eines Interesses, wie z.B. beim Handelsregister, möglich sein soll.⁵³

- * Die **Interessenwahrungspflicht** verlangt vom Notar ein strikt unparteiisches Verhalten, um den Anspruch der Parteien auf rechtsgleiche Behandlung vor der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁵⁴ zu gewährleisten. Das sieht **Artikel 39** des Entwurfes vor, welcher Artikel 17 Absatz 1 zweiter Satz NG übernimmt. Vorbehalten bleiben die Ausstandsgründe, welche Ausdruck dieser Interessenwahrungspflicht sind.
- * Die **Geheimhaltungspflicht**⁵⁵ (Art. 17 Abs. 3 NG) verpflichtet den Notar, die Verschwiegenheit seiner Angestellten zu garantieren (Art. 17 Abs. 4 NG), in seiner Kanzlei oder an einem die Geheimhaltung gewährleistenden Ort zu verurkunden (Art. 11 Abs. 3 und 28 NG) und die Akten feuer- und diebstahlsicher aufzubewahren (Art. 38 ARNG). Ausdruck der Geheimhaltungspflicht ist das in **Artikel 40** des Entwurfes enthaltene **Berufsgeheimnis**.⁵⁶ Dieses ist nicht nur von den Mitarbeitern des Notars, sondern auch von deren Vertretern sowie den Übersetzern und Dolmetschern (Nebenpersonen) einzuhalten; der **Notar hat dies zu überwachen**. Die Geheimhaltungspflicht gilt selbst für den Fall, dass der Akt nicht beurkundet wird, z.B. infolge Rechtswidrigkeit des Inhalts.

Die in Artikel 40 Absatz 3 Bst. b vorgesehene Erlaubnis eine Erklärung oder einen Sachverhalt bekannt zu geben ist ausdrücklich in Artikel 321 Ziff. 2 StGB enthalten.

Der Notar hat selber für die **erforderlichen Anträge und Anzeigen** bei den zuständigen Behörden zu sorgen (vor allem die Unterbreitung zur Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörden und die Eintragung in den öffentlichen Registern).⁵⁷ Er hat den gesetzlichen Auftrag, die Eintragung im Grundbuchamt zu verlangen (vgl. Art. 963 Abs. 3 ZGB). Es ist daran zu erinnern, dass nicht die öffentliche Beurkundung, sondern nur der Eintrag im Grundbuch das Eigentum übergehen lässt. Der Notar ist somit berechtigt und verpflichtet, die Urkunde dem Grundbuchverwalter zur Eintragung vorzulegen. Nach der Rechtssprechung kann der Verfügende jedoch sowohl die Vollmacht als auch den gesetzlichen Auftrag des Notars widerrufen.⁵⁸ Die Vertretungsmacht der Amtsperson endet ebenfalls, wenn die Bedingungen von Artikel 35 OR erfüllt sind, namentlich wenn der Vertretene zum Zeitpunkt der Antragsstellung verstorben ist (vgl. BGE 111 II 39 und Deschenaux, S. 231).

Die Walliser Notare sind verpflichtet, Testamente und Erbverträge der Walliser Testamentszentrale und dem zentralen Testamentenregister anzuzeigen (Art. 20 EGZGB). Sie sind ebenfalls verpflichtet, von Amtes wegen die Eintragung der von ihnen errichteten Urkunden zu verlangen (Art. 74 EGZGB). Die ursprüngliche Frist zur Anmeldung wurde von 14 auf 60 Tage erhöht (Kreisschreiben Nr. 16 des Departements vom 22. März 1990 und Änderung von Art. 38 Abs. 2 NG, in Kraft seit dem 1. Januar 1999). Gemäss Kreisschreiben Nr. 16 leitet sich diese dem Notar obliegende Pflicht zur raschestmöglichen Anmeldung der Urkunde aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht und dem Gebot der Rechtssicherheit ab. Falls Umstände die Eintragungsanmeldung innert der Frist von 60 Tagen verhindern, so ist eine provisorische Einregistrierung vorzunehmen. Die Grundbuchverwalter prüfen dies anlässlich der Inspektion und melden die Notare, welche innert der Frist weder eine Eintragungsanmeldung vorgenommen, noch eine provisorische Einregistrierung verlangt haben. Die Aufsichtsbehörde prüft diese Fälle und ordnet nötigenfalls die in Artikel 24 NG vorgeschriebenen Massnahmen an.

- * Der Entwurf unterscheidet klar zwischen dem gesetzlichen Auftrag, innert einer bestimmten Frist die Anmeldungen vorzunehmen (**Art. 41** Abs. 1 und 2) und der Verpflichtung, die Urkunde so schnell wie möglich zur Eintragsreife zu bringen und dem Grundbuchamt anzumelden (Art. 41 Abs. 3). Es gibt Situationen, in denen sich die formelle Fertigstellung einer Urkunde über Jahre hinauszögern kann (z.B.

⁵¹ Art. 54 Abs. 1; "*Le notaire ne peut attester que les faits qu'il a personnellement constatés*".

⁵² Steinauer, S. 13; Piotet, S. 122ff, 142ff

⁵³ Siehe Antwort des Ständerates (6. März 2001) auf eine Interpellation (00.3590) hinterlegt am 6. Oktober 2000 durch Toni Dettling zur Frage der obligatorischen Publikationspflicht von Grundstücksverträgen (970a ZGB).

⁵⁴ Steinauer, S. 11; Piotet, S. 123, 126

⁵⁵ Piotet, S. 124

⁵⁶ Zum Begriff des Berufsgeheimnisses, siehe BGE 117 I a 341.

⁵⁷ Piotet, S. 136; kantonales Recht, siehe namentlich: Art. 38 NG, Art. 16 Abs. 3 NG/BE, Art. 75 NG/FR; Art. 59 NG/VD; Art. 55 NG/NE und 47 Abs. 2 Rex/NE

⁵⁸ Deschenaux, *Registre foncier*, S. 230-231; BGE 55 I 341/345 = JT 1930 I 159; ZBGR 61, S. 237/241

dauert es in bestimmten touristischen Regionen 18 bis 20 Monate bis zur Erlangung der erforderlichen Bewilligung zum Verkauf an Ausländer; Zivilprozess betreffend eines behaupteten Vorkaufsrechts; Verweigerung der Teillöschung einer Hypothek durch eine Bank betreffend eines landwirtschaftlichen Grundstücks, wobei nur einige Meter desselben die Urkunde betreffen; Abänderung eines Stockwerkeigentumsbegründungsvertrages - Velolokal, neuer Zugang durch einen Keller usw.). In diesen Fällen darf nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien mehrere Jahre nach Beurkundung immer noch die Möglichkeit haben, die Realisierung vorzunehmen. Nach Ablauf einer bestimmten Frist haben die Parteien den dem Notar zur Vornahme der Anmeldungen im Sinne von Absatz 1 erteilten Auftrag zu bestätigen. Der Vorentwurf sah diesbezüglich einen Zeitraum von drei Jahren als angemessen an, was vom WNV in seiner Vernehmlassung kritisiert wurde, der in diesem Zusammenhang auf die Bestimmungen des Zivilrechts verweisen wollte.

Der Experte des Staatsrats hat sich diesbezüglich wie folgt geäußert:

"L'article 963 alinéa 3 CCS autorise les cantons qui désignent des officiers publics distincts des conservateurs de registre foncier à assurer eux-mêmes le dépôt des réquisitions à ce registre, c'est-à-dire à légitimer les officiers publics autorisés à instrumenter les actes à déposer la réquisition pour le compte des personnes habilitées à cet effet. Cela revient concrètement à les dispenser de justifier leur pouvoir en qualité de représentants de la partie légitimée au dépôt de la réquisition (art. 16 ORF).

Si le mandat relève ainsi du droit public lorsque le canton use de cette possibilité, en ce sens que la partie requérante n'a pas à le confirmer ou à le justifier, sa révocation en revanche relève des causes connues du droit privé, et dépend de la volonté des parties (ATF 55 I 341, JdT 1930 I 159; RNRF, 1980, n. 35, p. 237 (Fribourg); pour le décès du requérant, cf. aussi ATF 111 II 39, JdT 1986 I 124).

Tous les cantons qui ont usé de cette faculté prévoient l'extinction à terme du mandat public conféré au notaire au sens de l'article 963 alinéa 3 CCS. Passé un certain temps après l'instrumentation, le notaire, comme mandataire légal, n'est plus à même d'être certain que le dépôt de la réquisition corresponde encore actuellement à la réelle et commune volonté des deux parties, et tout particulièrement à la partie légitimée à la requérir. Les délais brefs des lois cantonales assurent une exécution rapide de l'inscription correspondant à la volonté des parties manifestée lors de l'instrumentation; de plus, de tels délais brefs permettent d'éviter qu'entre le moment de l'instrumentation et l'inscription au journal vienne s'intercaler un droit réel ayant alors un rang préférable à celui objet de l'instrumentation (art. 972 al. 2 CCS).

Pour toutes ces raisons, les délais des lois cantonales sont particulièrement brefs : ils sont assez généralement de 30 jours (Berne, loi d'introduction au code civil de 1911, art. 128; Jura, loi d'introduction au code civil de 1978, art. 103; Fribourg, loi sur le notariat de 1967, art. 75; Tessin, loi sur le registre foncier de 1998, art. 4). Seul le canton de Vaud prévoit un délai très bref de 7 jours seulement (loi sur le registre foncier et le système d'information sur le territoire de 1972, art. 22), mais ce délai est en passe d'être augmenté à 15 jours.

A vrai dire, un délai, tel que celui du projet, pouvant aller jusqu'à trois ans après l'instrumentation, ne me paraît pas pourvu de sens dans le contexte précité. Avec un délai aussi long, il n'est déjà pas douteux que le notaire qui tarderait sans raison valable à déposer son acte au registre foncier s'exposerait, notamment en cas d'inscription entre-temps d'un droit réel de rang préférable, à engager sa responsabilité (ex. in LGVE 1997 I n. 17, p. 43s; cf. aussi C. Brückner, op. cit., n. 2592ss, p. 741). L'inanité d'un délai aussi long ressort aussi de l'hypothèse où le notaire attendrait deux ans ou deux ans et demi après l'instrumentation de l'acte : si cette attente ne résultait pas d'une volonté claire et commune des parties, l'on ne voit pas de motifs pertinents à une telle attente qui contreviendrait au devoir général de diligence de l'officier public.

De l'avis du soussigné, le délai de dépôt de droit cantonal a certainement une utilité, à condition que le délai fixé reste raisonnable. Celui de 60 jours de l'actuel droit valaisan constitue déjà le plus long délai des nombreuses lois cantonales qui en connaissent, ce qui n'enlève rien, comme déjà dit, à une responsabilité du notaire qui tarderait sans raison valable à déposer son acte. Un alignement du délai légal valaisan avec celui de la plupart des cantons nous paraît personnellement être la solution la plus heureuse, sauf volonté clairement manifestée des parties d'octroyer un délai supplémentaire".

Der Entwurf folgt der Empfehlung des Experten.

- * **Die Verpflichtung bezüglich den anvertrauten Wertgegenständen**⁵⁹ (Art. 17 Abs. 2 ARNG) bedeutet für den Notar einerseits, diese Wertgegenstände getrennt von seinen eigenen aufzubewahren und andererseits über seine Forderungen und Schulden gegenüber den Klienten und Dritten, sofern diese mit der amtlichen Tätigkeit zusammenhängen, Buch zu führen.⁶⁰

Der in Vernehmlassung gegebene Vorentwurf sah diesbezüglich folgende Regelung vor:

Art. 42 *Buchführungspflicht*

¹ *Der Notar führt eine den kaufmännischen Grundsätzen entsprechende Buchhaltung über alle Vorgänge seiner Amtstätigkeit. Er führt getrennte Konten über die Gebühren, die Auslagen, die Provisionen, die Kostenvorschüsse und die Beträge, die er aufgrund seiner mit der amtlichen Tätigkeit zusammenhängenden beruflichen Tätigkeit einkassiert.*

² *Die dem Notar ohne Bezug zu seiner amtlichen Tätigkeit anvertrauten Mittel dürfen nicht in der Buchhaltung der Kanzlei enthalten sein.*

³ *Die Buchhaltungsbelege sind während zehn Jahren aufzubewahren. Der Staatsrat kann spezielle Vorschriften über die Buchführung und die dem Notar in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit zur Aufbewahrung anvertrauten Wertsachen erlassen.*

Art. 43 *Depot*

Der Notar ist verpflichtet, die ihm im Rahmen seiner notariellen Tätigkeit anvertrauten Gelder, Titel und anderen Gegenstände getrennt von seinen eigenen aufzubewahren; unter Vorbehalt gegenteiliger Vereinbarung hält er diese jederzeit zur Verfügung und gibt diese nach Erledigung des Auftrags zurück.

Diese Bestimmungen wurden vom WAV, dem WNV und dem parti socialiste in der Vernehmlassung als zu wenig klar und ungenügend bezüglich des angestrebten Zwecks beurteilt. Die Intervenienten verlangten in diesem Zusammenhang, dass die Anforderungen der Artikel 957 ff. OR zu beachten seien, dass das Geschäftskonto eine Nicht-Verrechnungsklausel gegenüber der Bank enthalten müsse und dass dem Departement ein Finanzkontrollbericht eines im Sinne von Artikel 727b OR qualifizierten Organs zuzustellen sei. Der aktuelle Entwurf trägt diesen Anträgen Rechnung.

Im Zusammenhang mit der Buchführungspflicht (Art. 42) sei Folgendes festgehalten:

- Da die amtliche Tätigkeit des Notars nicht ein Handelsgewerbe im Sinne von Artikel 934 OR ist, ist der Notar gemäss Bundesprivatrecht nicht zur Buchführung verpflichtet (Art. 957 OR). In strafrechtlicher Hinsicht sind die bundesrechtlichen Bestimmungen (vgl. Art. 166 und 325 StGB) ebenfalls nicht anwendbar, weil die Pflicht zur Buchführung vorliegend dem kantonalen Recht unterliegt – eine Gesetzeslücke, die durch kantonales Strafrecht gefüllt werden könnte. Der Entwurf beschränkt sich auf Verwaltungsmassnahmen (Art. 59 Abs. 1 Bst. d, 62 Abs. 3 und 65 Abs. 1).

Bei Fehlen entsprechender bundesrechtlicher Bestimmungen ist eine gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht zu schaffen, selbst wenn diese weitgehend wiederum auf Bundesrecht verweist, welches sodann jedoch als ergänzendes kantonales Recht anwendbar ist. Die Pflicht der Notare zur Buchführung entspricht auch einem öffentlichen Interesse.

- Die Bestimmungen zur kaufmännischen Buchführung werden durch eine Vielzahl von Kantonen für anwendbar erklärt (vgl. Art. 28 NG/FR; Art. 16 Regl./GE; Art. 32 Abs. 2 NG/BE; Art. 10 ff. Ausf.verord./JU; Art. 64 NG/VD). Die kantonalen Bestimmungen sehen im Allgemeinen aus-

⁵⁹ Piotet, S. 125

⁶⁰ im vergleichenden Recht, siehe Art. 18ff Vo/BE, Art. 49 NG/GE, Art. 28 NG/FR

drücklich vor, dass der Zahlungsverkehr zugunsten Dritter offen zu legen oder strikt von anderen Büchern zu trennen ist. Abgesehen von einigen weiter gehenden reglementarischen Bestimmungen (BE, JU und VD) beschränken sich die kantonalen Bestimmungen betreffend die Buchführung weitgehend hierauf und verweisen im Weiteren auf die Artikel 957 ff. OR. Der Entwurf enthält deshalb einige Ergänzungen (Art. 42 Abs. 2 bis 4).

- Der WAV hat in seiner Vernehmlassung angeregt, die Buchführungsbestimmungen auch auf andere von Notaren ausgeübte Tätigkeiten, namentlich die Advokatur, anzuwenden. Die Idee einer Vereinheitlichung der verschiedenen Tätigkeiten im Bereich der Buchführung ist sicher gerechtfertigt, vor allem bezüglich der Anwaltstätigkeit. Artikel 42 kann jedoch nur für Notare anwendbare Regeln enthalten, da der Anwaltsberuf bundesrechtlich durch das BGFA geregelt ist.

* Die Verwahrung des Vermögens sowie andere Werte für die Klienten oder die entsprechende Weiterleitung durch die Kanzlei stellen spezifische Probleme dar (**Art. 43**).

- Auf die Verwahrung materieller Werte sind im Kanton Wallis die Regeln des Hinterlegungsvertrags anwendbar (Art. 472 ff. OR; ZWR 1979, S. 135). Die Aufbewahrung anvertrauter Güter kann daneben auch als amtliche Aufgabe angesehen werden, welche ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Notar und Klient begründet (vgl. Art. 64 NG/VD). Dies ist auch der Fall, sofern das Gesetz den Notar ermächtigt, Verfügungen von Todes wegen aufzubewahren.

Eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, gegebenenfalls gestützt auf Artikel 6 ZGB, ist in diesem Zusammenhang denkbar. Die Verwahrung eines Gegenstandes im Namen des Klienten (und nicht im Namen des Notars), d.h. getrennt von den Vermögenswerten und Geldern des Notars oder dessen Kanzlei, muss speziell geregelt werden.

- Betreffend die Arten der anvertrauten Werte verlangen die meisten Kantone mit lateinischem Notariat, dass diese Vermögenswerte stets zur Verfügung der Klienten stehen (Art. 58 NG/NE; Art. 27 NG/FR; Art. 13 NVo/BE; Art. 9 Regl./JU; Art. 22 NVo/SO; Art. 16 Regl./GE; Art. 16 NG/VD). Der Notar setzt seinen Klienten in der Tat einem Risiko aus, wenn er ihm anvertraute oder zur Weiterleitung übergebene Vermögenswerte immobilisiert.

Wie das gegenwärtige Walliser Recht fordern die fraglichen Kantone grösstenteils auch eine Trennung der Klienten- und Kanzleikonti (Art. 58 NG/NE; Art. 7 Regl./FR; Art. 16 Regl./GE; Art. 63 NG/VD). Am Erfordernis der Trennung ist deshalb festzuhalten. Es ist somit zu bestimmen, wie die Trennung realisiert werden kann und ob sie die Eröffnung von individuellen, auf den Namen des Klienten lautenden Konti gebietet, was wohl nur für relativ grosse Beträge in Betracht zu ziehen ist, oder ob ein spezielles Gemeinschaftskonto genügt: der Kanton FR sieht die Einrichtung eines Kontos auf den Namen des Klienten nur für eine dauerhafte Hinterlegung vor; die meisten Kantone beschränken sich auf ein Klientengelderkonto, welches auf den Notar lautet. Der Kanton VD bestimmt, dass für einen Betrag von mehr als Fr. 100'000.— ein auf den Klienten lautendes Konto einzurichten ist. Die Kantone GE und VD sehen zudem vor, dass für Klienten hinterlegte Gelder nicht auf einem Konto platziert werden dürfen, welches der Verrechnung unterliegt – Forderungen der Bank gegenüber dem Notar sollen nicht zum Nachteil der Klienten beglichen werden.

- Gemäss Bundesgerichtspraxis sind die Nettozinsen hinterlegter Gelder obligatorisch dem Klienten zurück zu erstatten (BGE 118 Ib 312). Das kantonale Recht kann eine entsprechende Regelung vorsehen, selbst wenn die Hinterlegung gestützt auf bundesrechtliches Vertragsrecht erfolgt. Der Entwurf übernimmt diese Lösung für den Fall, dass die hinterlegte Summe Fr. 100'000.— übersteigt und daher im Namen des Klienten auf der Bank zu hinterlegen ist (Art. 43 Abs. 2). In den anderen Fällen dürfen die Zinsen für die Kontogebühren und die Aufwendungen des Notars verwendet werden.

* **Artikel 44** berücksichtigt den Antrag des WAV, die Finanzkontrolle der Kanzleikonti einem besonders befähigten Organ im Sinne von Artikel 727b OR anzuvertrauen. Die beruflichen Anforderungen der besonders befähigten Revisoren sind in einer entsprechenden Verordnung des Bundes (SR 221.302) enthalten.

Anlässlich der jährlichen Inspektion (Art. 62 Abs. 1) hat der Minuteninspektor sich zu versichern, dass die Finanzkontrolle tatsächlich stattgefunden hat (Art. 59 Abs. 1 Bst. d).

- * Dem gegenwärtigen Gesetz nicht bekannt ist das **Prinzip der Information der Öffentlichkeit (Art. 45)**. Dieses bezweckt, den Umstand auszugleichen, dass die allgemeinen Pflichten des Notars – abgesehen von jenen bezüglich der Anmeldung, der Buchführung und der Hinterlegung – unterstehen grundsätzlich nicht einer präventiven oder abstrakten Kontrolle.

1.4 **4. Abschnitt: Die Entschädigung des Notars (Art. 46 - 58)**

Die Artikel 46 bis 58 des Entwurfes behandeln die Entschädigung des Notars und das Verfahren im Bestreitungsfall. Dieser Abschnitt stellt eine Neuerung dar, da das gegenwärtige Gesetz diese Frage nur sehr summarisch regelt (Art. 18 NG und Art. 24 Abs. 6 NG für das Bestreitungsverfahren; vgl. auch Kreisschreiben Nr. 17). Der Staatsrat erachtet den allgemeinen Hinweis im Gesetz auf den Tarif aus Gründen der ungenügenden Rechtssicherheit für ungenügend (Erfordernis einer formellen gesetzlichen Grundlage). Das Gesetz regelt daher bereits die Grundsätze der notariellen Entschädigung. Der Staatsrat bestimmt danach den Tarif der Gebühren und Auslagen im vom Gesetz festgelegten Rahmen (Art. 45 Abs. 3).

Die Grundsätze der Artikel 46 bis 58 entspringen Lehre und Rechtsprechung sowie vergleichendem kantonalem Recht. Es ist daran zu erinnern, dass die Gebühr die finanzielle Gegenleistung des Bürgers für einen verlangten Verwaltungsdienst oder für eine öffentliche Dienstleistung ist (Blaise Knapp, 4. Auflage, Nr. 2777). Die Notariatsgebühr wie auch die Gerichtsgebühr stellen eine „*Verwaltungstaxe*“ (André Grisel, Band II, S. 609), eine „*Verwaltungsgebühr*“ (Blaise Knapp, Nr. 2780), eine „*Kausalgebühr*“ (Blaise Knapp, Nr. 2776, BGE 120 I a 171, 174 Erw. 2a) dar. Die Notariatsgebühr muss somit dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip entsprechen (Peter Ruf, Nr. 1186; Hans Marti, S. 98 ad Art. 33 NG/BE; Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Nr. 554 und Note 40, Nr. 3512ff). Diese Grundsätze werden ebenfalls ausführlich diskutiert bei den vorgenannt zitierten Autoren sowie bei André Grisel (S. 611ff), Blaise Knapp (Nr. 2823ff) und in BGE 120 I a 171, 174 Erw. 2a präzisiert.

In einem Entscheid betreffend die Notariatsgebühr eines Berner Notars (BGE 103 Ia 85) hält das Bundesgericht fest, dass wer auf eine amtliche Tätigkeit einer Privatperson angewiesen ist und diese Person dafür entschädigen muss, grundsätzlich den gleichen Schutz verdient, wie derjenige, der andere öffentliche Dienste beansprucht und das Entgelt dafür dem Gemeinwesen zu entrichten hat. Das Bundesgericht erinnert daran, dass der Kanton in der Wahl der Organisationsform des Notariats frei ist (Art. 55 Schlusstitel ZGB), und fügt weiter an: „*Das ändert aber nichts am Gebührencharakter des Entgelts für die öffentliche Beurkundung und die Bindung seiner Bemessung an die im folgenden darzulegenden Verfassungsgrundsätze.*“ Im gleichen Entscheid anerkennt das Gericht, dass der Grundsatz des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips auf praktische Schwierigkeiten stossen kann, wenn das Notariat als freies Notariat organisiert ist; aus diesem Grund gelangt es zum Schluss, dass der Tarif folgenden Grundsätzen genügen muss:

- die in einem konkreten Fall erhobene Gebühr muss in einem vernünftigen Verhältnis zur erbrachten Leistung stehen;
 - die Gebühren für wichtige Verträge können als Kompensation für solche gelten, bei denen aufgrund des geringfügigen Interesses eine kostendeckende Entschädigung nicht verlangt werden kann;
 - ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der verlangten Gebühr und der erbrachten Leistung kann den Zugang zur öffentlichen Beurkundung wesentlich erschweren, was dem Sinn und Zweck des Bundesprivatrechts widerspricht;
 - der Tarif muss nach objektiven und haltbaren Kriterien erstellt werden und keine sich nicht rechtfertigende Unterscheidungen enthalten.
- * Die Art der Entschädigung des Notars ist in **Artikel 46** des Entwurfes enthalten. Nur die amtliche Tätigkeit des Notars wird durch das Gesetz geregelt, die Nebentätigkeiten (Rechtsberatung usw.) werden nach

den Regeln über den Auftrag entschädigt (vgl. Vorbehalt von Abs. 2).⁶¹ Der Notar darf vom Tarif nicht abweichen, ausser wenn dies durch Umstände geboten ist und vom Departement bewilligt wird (Art. 48). Der ganze oder teilweise Erlass einer öffentlich-rechtlichen Gebühr ist ein hoheitlicher Akt, der dem Staat zusteht und auf Gründen beruhen muss, die dem Gebot rechtsgleicher Behandlung (Art. 8 BV) vorgehen. Daneben kann der Erlass einer gemäss Tarif obligatorischen Gebühr auch zu einer Ungleichbehandlung unter Gebührenschuldern führen, wenn dadurch (die verbotenen) Werbetätigkeiten kaschiert werden sollen: diese Praxis ist zu untersagen. Als objektiv gerechtfertigte Ausnahmefälle kommen etwa Notariatsdienste mit ideeller oder wohltätiger Zweckrichtung in Frage. Das Reglement regelt die Einzelheiten.

Für seine amtliche Tätigkeit erhält der Notar eine **feste oder verhältnismässige Grundgebühr**, welche die Vorarbeiten, die Abfassung der Urkunde, deren Beurkundung und deren Aufbewahrung, sowie die Anträge und Auslieferung der ersten Abschriften beinhaltet (Art. 46 Abs. 1 Bst. a und Art. 47 Abs. 1). Diese Handlungen müssen direkt mit dem Beurkundungsverfahren zusammenhängen. In diesem Sinne muss der Begriff der Grundgebühr gemäss kantonsgerichtlicher Rechtssprechung restriktiv ausgelegt werden (ZWR 1979, S. 135, 1970, S. 65). Unter diesem Vorbehalt schliesst die Grundgebühr die Entschädigung für den **gesamten Beurkundungsvorgang** ein, namentlich auch die für die Belehrung der Parteien aufgewendete Zeit. In terminologischer Hinsicht wird deshalb auf die Konzeption des „Honorars“ verzichtet (Art. 1. Abs. 2 des GTN). Dieser führte verschiedentlich zu Problemen aufgrund der öfter erfolgten analogen Anwendung der Regeln über den Auftrag (vgl. Kreisschreiben Nr. 17).

Wie vorstehend dargelegt enthält die Grundgebühr die Entschädigung für den gesamten Beurkundungsvorgang. Eine zusätzliche Entschädigung ist somit nur vorgesehen, wenn die Verurkundung eines komplexen Vertrages ausserordentliche Handlungen und Formalitäten bedingt. Für diesen Fall sieht das Gesetz eine ortsübliche **Stundengebühr** vor, die gegenwärtig zwischen Fr. 230.-- und Fr. 250.-- liegt (Art. 46 Abs. 1 Bst. b und Art. 49). Die Umstände und die Komplexität der Urkunde müssen aus der Rechnungsstellung ersichtlich sein (Art. 54). Die Stundengebühr ergänzt die Grundgebühr, weshalb jene nicht, wie vom WNV gefordert, systematisch verlangt werden kann.

Der Spezialfall, wo die Parteien die öffentliche Beurkundung verlangen, obwohl diese vom Gesetz nicht verlangt wird, ist in Artikel 51 des Entwurfes geregelt. Dieser weicht von Artikel 3 GTN ab, da er immer eine vorgängige Vereinbarung über die Entschädigung verlangt. Die **vertragliche Entschädigung** wird nach der Schwierigkeit der Sache festgelegt.

Die Grundsätze der Entschädigung, namentlich jene bezüglich der minimalen und maximalen Gebühren, werden im Gesetz festgelegt, sodass die gesetzliche Grundlage für die Normsetzungsbefugnis des Staatsrats gegeben ist (vgl. Art. 57 Abs. 2 KV). Der in Artikel 46 Absatz 3 enthaltene Verweis auf den Tarif des Staatsrats ist entgegen der Ansicht des WNV erforderlich. Der Staatsrat kann die Beträge mittels Beschluss dem schweizerischen Konsumentenpreisindex anpassen (Art. 52).

- * Gemäss **Artikel 47** Absatz 2 des Entwurfes beträgt die Mindestgebühr Fr. 200.--. Dieser Betrag ist relativ niedrig, um zu verhindern, dass er 3 oder 4 % des Wertes des verurkundeten Betrages darstellt. Die feste Gebühr darf Fr. 2000.-- nicht übersteigen (Art. 47 Abs. 4), während sich die verhältnismässige Gebühr in Promille eines Referenzwertes gemäss einer abnehmenden Skala von 5 ‰ bis 1 ‰ berechnet (Art. 47 Abs. 3; gegenwärtiger Tarif), wobei die Maximalgebühr, inklusive Honorar (Stundengebühr), Fr. 100'000.-- beträgt (Art. 50). Die Referenzwerte werden vom Staatsrat festgelegt, ebenso die Umstände, welche eine Reduktion der Gebühr rechtfertigen. Dieses System erlaubt es, die Entschädigung des Notars der Entwicklung der Lebenskosten und des Marktes anzupassen. Der WNV hat keine Revision des Tarifs im Sinne einer Erhöhung der verhältnismässigen und festen Gebühren verlangt. Der Preisüberwacher verlangte dagegen zu Beginn der 90er Jahre eine Reduktion der verhältnismässigen Gebühr betreffend Grundstücksgeschäfte von 26 % oder für alle verhältnismässigen Gebühren eine ebensolche von 13 %. Der Staatsrat hat dieser Empfehlung keine Folge geleistet – dies im Gegensatz zum Kanton Freiburg, welcher die Vorschläge zur Änderung der Gebühren in einem Beschluss vom 27. April 1993 aufnahm, der ohne Erfolg beim Bundesgericht mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten wurde (BGE 2P.217/1993 und 218/1993).
- * Der Entwurf (**Art. 50**) enthält zusätzlich zur abnehmenden Skala des Tarifs eine Maximalgebühr – obwohl dieser Betrag in der Praxis sehr selten erreicht wird. Der Grundsatz der Maximalgebühr wurde

⁶¹ Der Berner Gesetzgeber hat ebenfalls die nebenberufliche Tätigkeit des Notars geregelt (Marti, ad. Art. 34 NG/BE; Nr. 1ff; Ruf, S. 310).

jedoch beibehalten da auch eine Minimalgebühr festgesetzt werden muss, aufgrund der teilweise sehr geringen Stipulationswerte gewisser Urkunden. Der Maximalbetrag wurde auf Fr. 100'000.-- festgesetzt, was höher ist als die Beträge in Kantonen, welche ebenfalls einen Maximalbetrag kennen.⁶² Er beinhaltet jedoch sowohl die Grundgebühr als auch die Stundengebühr (Art. 50). Dieser Betrag ist gerechtfertigt, da sich mit Erhöhung des Stipulationswertes auch die Verantwortung des Notars erhöht und die Gebühr dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip entsprechen muss.

- * Der Notar hat wie bisher Anspruch auf Auslagenersatz (tatsächliche Kosten Art. 46 Abs. 1 Bst. c) sowie auf Leistung einer Provision (Art. 18 NG; Art. 46 Abs. 1 Bst. d). Aufgrund der Mehrwertsteuer unterscheidet der Entwurf zwischen der Überweisung einer Provision (Art. 46 Abs. 1 Bst. d) und der Leistung eines Kostenvorschusses für öffentliche Gebühren (Art. 46 Abs. 1 Bst. e). Nur die Provisionsleistung unterliegt der Mehrwertsteuer. Die Auslagen oder tatsächlichen Kosten werden in **Artikel 53** Absatz 2 des Entwurfes definiert, in positiver Art einerseits (eigentliche Kosten des Notars, unter Ausschluss der allgemeinen Kosten, wie z.B. die Löhne der Angestellten, die Miete und Nebenkosten usw., welche bereits in der Grundgebühr inbegriffen sind; BGE 72 I 394, BGE 56 I 515, BGE 53 I 482) und negativer Art andererseits (Ausschluss öffentlicher Gebühren, namentlich Handänderungsgebühren, Stempelgebühren und Gebühren im Rahmen einer Bewilligungserteilung).

Der Notar kann einen Vorschuss für seine Gebühr und die geschuldeten öffentlichen Abgaben verlangen. Er ist hierzu jedoch nicht verpflichtet, da keine Überprüfungsmöglichkeit ohne erhebliche Kostenfolgen besteht. Der diesbezügliche Antrag des WNV ist daher abzulehnen.

- * Die Gebühren und Auslagenrechnung muss dem Klienten ermöglichen, die vom Notar ausgeführten Tätigkeiten genau zu umschreiben, insbesondere zu unterscheiden zwischen der festen oder verhältnismässigen Grundgebühr oder der Stundengebühr (**Art. 54**). Diese letztere muss näher umschrieben sein. Der Notar muss die Umstände, welche ausnahmsweise zu deren Erhebung führen, sowie die Komplexität der Urkunde darlegen (vgl. Informationspflicht von Abs. 3). Die Kostennote enthält gegebenenfalls die für die Partei bei einer Behörde geleisteten Kostenvorschüsse; darüber entscheidet das Departement bei Honorarstreitigkeiten bekanntlich nicht (Art. 56 Abs. 2 Bst. b).
- * Was die Zahlung der Gebühren und Auslagen anbelangt wurde nur der Grundsatz der Solidarität gemäss Artikel 18 Absatz 2 NG (**Art. 55**) übernommen. Auf die Kodifizierung gewisser Usancen wie z.B. die Übernahme der Kosten durch den Käufer oder Verkäufer bei Grundstücksgeschäften wurde verzichtet. Deren Wirkung in jedem Fall eingeschränkt, da gegenteilige Vereinbarungen der Parteien vorbehalten werden müssten. Auf das Recht des Notars, die Akten bis zur Bezahlung zurückzubehalten, wurde ebenfalls verzichtet (Art. 18 Abs. 4 NG) und zwar trotz gegenteiliger Regelung im Kanton Freiburg (Art. 32 NG/FR). Dieser Verzicht ist insofern gerechtfertigt, als einerseits die Aushändigung der Urkunde die Gebühren- und Auslagenforderung entstehen lässt und andererseits der Eigentumsübergang durch den Grundbucheintrag und nicht bei der Verurkundung entsteht. Das Retentionsrecht wurde ebenfalls für Anwälte im neuen BGFA nicht kodifiziert; das Bundesgericht hat im Gegenteil entschieden, dass aus den Regeln über den Anwaltsberuf kein Retentionsrecht auf nicht verwertbare Papiere abgeleitet werden kann (BGE 122 IV 322).
- * Der Entwurf behandelt in **Artikel 56 bis 58** das anwendbare Verfahren betreffend Streitigkeiten über Gebühren und Auslagen. Die Regelung des Vorentwurfs, vermögensrechtliche Streitigkeiten zwischen Notar und Klient – vorbehaltlich eines im Bundesprivatrechts liegenden und nicht die Forderung als solche betreffenden Grundes – in einem Verwaltungsverfahren zu behandeln (Art. 55 – 59 des Vorentwurfs), wurde fallen gelassen. Der WAV hat diesbezüglich die allgemeine Zuständigkeit des Zivilgerichts gefordert. Es erscheint jedoch unverhältnismässig, eine angeblich vom Tarif abweichende Gebührenrechnung auf dem Zivilweg geltend machen zu müssen. Dem Antrag des WNV folgend bestätigt der Entwurf die gegenwärtige Lösung, die der Rechtsentwicklung anpasst wird.

Artikel 24 Absatz 6 NG sieht vor, dass Streitigkeiten zwischen dem Notar und dem Klienten betreffend Gebühren und Auslagen vom Departement entschieden werden, unter Vorbehalt des Rekurses an den Staatsrat. Gemäss Artikel 56 des Entwurfs äussert sich das Departement nicht über die Schuldneigenschaft, die Fälligkeit der Forderung, die Verjährung oder eine mögliche Verrechnung. Diese Fragen liegen einzig im Zuständigkeitsbereich des Zivilrichters. Es äussert sich ebenfalls nicht über die vom Notar

⁶² Insbesondere der Kanton Bern, welcher je nach Vertragstyp verschiedene Maximalbeträge zwischen Fr. 125.-- und Fr. 31'500.-- vorsieht (Dekret/BE vom 24. Juni 1993 über die Notariatsgebühren), Basel-Stadt fixiert die Maximalgebühr auf Fr. 50'000 (Art. 8 Abs. 4 des Notariatstarifs).

geleisteten Vorschüsse ans Grundbuchamt (Kantonsgerichtsentscheid Providoli vom 10. Januar 1990). Es entscheidet einzig Differenzen über die Höhe der Notarsentschädigung für dessen amtliche Tätigkeit (ZWR 1987, S. 151). Im Rahmen einer Streitigkeit zwischen dem Notar und den Urkundsparteien betreffend die Anwendung des Tarifs stellt der rechtskräftige Entscheid des Departementes einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar (ZWR 1987, S. 265). In allen anderen weiter ausgedehnten Streitigkeiten erlässt das Departement einen feststellenden Moderationsentscheid (Art. 58).

1.5 **5. und 6. Abschnitt: Administrative und disziplinarische Aufsicht (Art. 59 - 71)**

Die Förmlichkeit der öffentlichen Beurkundung, die Integration der Notariatsfunktion in den Staatsapparat und die Beweiskraft der öffentlichen Register und Urkunden (Art. 9 ZGB) verpflichten den Notar zur Ausübung seiner Amtstätigkeit mit der gebotenen Aufmerksamkeit, unter Androhung der vom Straf-, Zivil- und Disziplinarrecht vorgesehenen Sanktionen. Die Aufsicht muss somit sicherstellen, dass der Notar die ihm vom Gesetz in seiner Eigenschaft als Amtsperson auferlegten Pflichten im allgemeinen Interesse erfüllt und den Anforderungen der öffentlichen Beurkundung genügt.

Grundsatz und Zweck der notariellen Aufsicht sind kaum bestritten. Die Art der Kontrolle führte jedoch des öfteren zu Kritik, insbesondere in Bezug auf Zweck und Verhältnismässigkeit der im Rahmen der Ausübung der Aufsicht eingesetzten Mittel. In dieser Hinsicht ist daran zu erinnern, dass die Verwaltungsaufsicht unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses, des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit, des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und des Grundsatzes der Rechtsgleichheit gezielt und angepasst sein muss. **Das öffentliche Interesse** beschränkt die Aufsicht auf die Einhaltung der öffentlichen Ordnung im weitesten Sinne unter Einschluss des Schutzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und in jenen Bereichen, in denen Privatpersonen nicht handeln können; mit anderen Worten absorbiert der Grundsatz des öffentlichen Interesses jenen der Subsidiarität. **Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit** zwingt die Verwaltung, unter bestmöglicher Berücksichtigung der persönlichen Freiheit nur die für die Erreichung des Aufsichtszwecks geeigneten Mittel einzusetzen; im Weiteren muss die angeordnete Massnahme in Bezug auf den zu erreichenden Zweck erforderlich sein. **Der Grundsatz der Rechtsgleichheit** verlangt vom Gesetzgeber vergleichbare Situationen und Tatsachen denselben Aufsichtsregeln zu unterstellen; er verbietet der Aufsichtsbehörde, sich widersprechende Entscheide zu erlassen. Schliesslich unterstellt **der Grundsatz der Gesetzmässigkeit** jede aufsichtsrechtliche Massnahme einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage; das Gesetz muss das Handeln der Aufsichtsbehörde voraussehbar machen, so dass die Betroffenen sich von vornherein danach richten können. Der gleiche Grundsatz, als Vorherrschaft des Gesetzes verstanden, zwingt die verschiedenen staatlichen Organe, sich der Rechtsordnung zu unterwerfen und zwingt die Behörden, den Dienststellen die materiellen und personellen Mittel zur Verfügung zu stellen, damit diese die vom Gesetz übertragene Aufsicht zufriedenstellend ausüben können; dieselbe Pflicht besteht für die Aufsichtsorgane, der Behörde anzuzeigen, was an materiellen und personellen Mitteln fehlt und welche sich als unwirksam oder ungeeignet erweisen.

Im vergleichenden kantonalen Recht stellt die Organisation der Aufsicht kein Hauptmerkmal der kantonalen Gesetzgebungen dar. Sie kümmern sich kaum um die gesetzlichen Anforderungen einer gezielten und angepassten Aufsicht, welche von den Betroffenen respektiert wird. Die in unserem Kanton geltende Organisation ist somit einer kritischen Analyse zu unterziehen.

Die kantonale Gesetzgebung sieht zwei Arten der Aufsicht vor – **die berufliche Kontrolle** durch die Aufsichtskammer, deren Mitglieder vom WNV ernannt werden (Art. 22 und 9 Abs. 4 NG) und die **Verwaltungskontrolle** (Randtitel - Art. 23 NG). Diese wird ausgeführt durch den Grundbuchverwalter (und Minuteninspektor) jedes Kreises (Art. 23 NG, 22 bis 28 ARNG) sowie – für den Staatsrat – durch das Justiz-, Polizei- und Militärdepartement (heute Departement für Volkswirtschaft, Institutionen und Sicherheit) (Art. 24 Abs. 1-5 NG; Art. 19 und 21 ARNG).

Die berufliche Kontrolle wird durch die Aufsichtskammer der Notare sichergestellt (Art. 22 NG). Sie wird vom Entwurf übernommen und bei Artikel 71 kommentiert.

Die administrative Kontrolle beinhaltet drei Tätigkeiten – die sog. „**polizeiliche**“ Aufsicht⁶³, welche die Zulassungsbedingungen zum Beruf, die Berufsbeendigung infolge Fehlens einer der Voraussetzungen (Art. 24

⁶³ André Grisel, Vol. II, S. 598: „*Le mot police désigne soit un organisme, soit une mesure*“. Sie wird hier im Sinne des zweiten Begriffs verstanden.

Moor, Vol. I, Ziff. 1.4.4.: Der Ausdruck „*administration de police*“ ... „*désigne les activités de l'Etat destinées à assurer l'ordre public*.“

Abs. 1 und 2 NG) sowie die Inspektion der Kanzleien (Art. 23 NG) umfasst, die **disziplinarische Aufsicht** (Art. 24 Abs. 3-5 NG) und die **tarifrechtliche Aufsicht** (Art. 24 Abs. 6 NG).

Die Verwaltungskontrolle ist **aktiv und reaktiv**. Der Inspektor ermittelt, kontrolliert und prüft während der Inspektion der Kanzlei und der Urkunden (Art. 23 Abs. 1 und 2 NG) und erstattet über seine so gemachten Feststellungen einen Bericht (Art. 23 Abs. 3 NG). Das System erinnert an die Kontrolle durch die Verkehrspolizei, den Lebensmittelinspektor, den Eichmeister usw. Der Grundbuchverwalter führt eine aktive Verwaltungskontrolle aus. Das Departement übt dagegen eine reaktive (passive) Kontrolle aus (Art. 24 Abs. 1 NG), da es erst auf den Bericht des Grundbuchverwalters, eine Anzeige oder Beschwerde hin tätig wird. Dasselbe gilt, wenn es nach erhaltener Information über eine Nichtbeachtung der Vorschriften des Notariatsgesetzes entscheidet. Im Übrigen muss es aufgrund spezieller Kenntnisse, die es aus einem besonderen Fall hat und sofern dies erforderlich erscheint, eine Weisung erlassen und somit eine abstrakte Verwaltungskontrolle ausüben.

Der Entwurf will die verschiedenen vorgenannten Tätigkeiten klarer darlegen, indem er die Standes-, Verwaltungs- und Disziplinaraufsicht getrennt behandelt; die Tarifaufsicht wurde im Kapitel über die Entschädigung des Notars behandelt (vgl. oben 3.1.4), sofern die Tarifierung nicht gegen die Berufswürde verstösst oder eine Handlung des unlauteren Wettbewerbs darstellt, was unter die berufliche Aufsicht fallen würde (Art. 71 Abs. 1 Bst. c).

Verwaltungsaufsicht (5. Abschnitt, Artikel 59 - 66)

- * Die Verwaltungsaufsicht dient hauptsächlich dem Schutz des öffentlichen Glaubens, den Dritte in die Amtsperson setzen. **Sie bezweckt die Wirksamkeit des Notariatsrechts in der Praxis** und garantiert, dass der Notar – als Garant der öffentlichen Beurkundung, gleich wie der Richter als Garant für die Einhaltung der Zivil-, Straf- und Verwaltungsverfahrensregeln – die vom Gesetz im öffentlichen Interesse auferlegten Pflichten respektiert. In dieser Hinsicht unterstehen der Verwaltungsaufsicht die Zulassungsbewilligung zum Beruf, die Führung der Verzeichnisse, die Aushändigung der Abschriften und die Aufbewahrung der öffentlichen Urkunden, die Kontrolle der nicht eingetragenen Urkunden, der Buchführung und der Aufbewahrung der im Rahmen der amtlichen Tätigkeit anvertrauten Wertsachen (**Art. 59** Abs. 1 Bst. a-d). Vorbehalten bleibt die disziplinarische Aufsicht, die Standesaufsicht und die Kontrolle des Grundbuchverwalters über die Gültigkeit der Titel⁶⁴ (Art. 965 Abs. 3 ZGB). Was die letztere Kontrolle anbelangt kann man feststellen, dass diese Zensur durch das Bundesrecht geregelt wird und namentlich eine Zusatzfolge von Artikel 9 ZGB ist, welcher festlegt, dass die in den öffentlichen Registern und den öffentlichen Urkunden enthaltenen Tatsachen bis zum Beweis des Gegenteils als richtig gelten. Bei dieser Gelegenheit kann der Grundbuchverwalter die Einhaltung einiger Grundsätze und Bestimmungen betreffend die öffentliche Beurkundung, die Ausübung des Notariats oder die allgemeinen Berufspflichten prüfen. Gegebenenfalls und gestützt auf eine konkrete gesetzliche Grundlage (Art. 69 Abs. 3) zeigt er den Notar, der gegen seine Pflichten verstossen hat, dem Departement an.
- * Wie bisher sieht der Entwurf vor, dass die Verwaltungsaufsicht durch das Departement zusammen mit dem Grundbuchamt erfolgt (**Art. 60**). Das Departement interveniert nur auf eine entsprechende Information oder Klage hin sowie nach Erhalt des Inspektionsberichtes (Art. 60 Abs. 1 Bst. a-c; reaktive Kontrolle). Der WAV hat vorgeschlagen, ein der disziplinarischen Aufsicht über die Anwälte entsprechendes System einzuführen (eine erstinstanzliche, aus Notaren, Magistraten und einem Grundbuchverwalter zusammen gesetzte disziplinarische Kollegialbehörde; das Kantonsgericht als Rekursinstanz). Da die disziplinarische Aufsicht freier Berufe weitestgehend Mitgliedern dieser Berufsgruppe anvertraut ist, kann dieses Schema nicht auf den Notariatsberuf übertragen werden, da der Notar als Amtsperson eine öffentliche Funktion vom Staatsrat übertragen erhält. Immerhin ist zu bemerken, dass Verletzungen der Berufswürde und des lautereren Wettbewerbs der (beruflichen) Kontrolle der Aufsichtskammer unterstehen (Art. 71).

Die von der Dienststelle für Grundbuchämter organisierte Inspektion beinhaltet Ermittlungen, Kontrollen und Prüfungen, welche zu einem Bericht führen (Art. 60 Abs. 2 und 3; aktive Kontrolle). Damit eine gleichwertige Inspektion bei allen Notaren durchgeführt wird, sieht der Entwurf vor, dass die Dienststelle für Grundbuchämter über *Inspektoren mit Notariatsdiplom verfügt, deren Anzahl von den diesen übertragenen Aufgaben abhängt* (Art. 60 Abs. 2). Diese Forderung entspringt dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit im Sinne der Vorherrschaft des Gesetzes, welcher die Behörden verpflichtet, den Dienststellen die

⁶⁴ Deschenaux, S. 395ff

für die vom Gesetz verlangte Aufsichtstätigkeit erforderlichen materiellen und personellen Mittel zur Verfügung zu stellen. Eine Studie der ausserparlamentarischen Kommission zeigt, dass für eine wirksame Inspektion aller Notare drei Inspektoren erforderlich sind, damit eine rechtsgleiche Kontrolle möglich ist. Die Rolle dieser Inspektoren beschränkt sich allerdings nicht nur auf die jährliche Inspektion, sondern sie sind in Disziplinarverfahren auch als Ermittler (Art. 69 Abs.1 und 2), als Liquidatoren bei Beendigung der Berufstätigkeit (Art. 25 Abs. 2 Bst. b) und als Notar-Archivar zuständig (Art. 25 Abs. 2 Bst. a und 104 Abs. 3 und 107 Abs. 2). Um den nun weiter gehenden Anforderungen der Inspektoren trotz Kosteneinsparungen und dem damit zusammenhängenden Personalstopp in der Staatsverwaltung Rechnung zu tragen, schlägt der Staatsrat vor, die Inspektion nicht mehr jährlich, sondern nur alle zwei Jahre durchzuführen. Bis anhin haben die Inspektionen generell keine schweren Verfehlungen zu Tage gefördert; Verletzungen von Notariatsbestimmungen wurden eher nach entsprechender Anzeige oder im Rahmen eines Verantwortlichkeitsprozesses festgestellt. Zudem sieht der Entwurf die Möglichkeit einer Spezialinspektion vor (Art. 63 Abs. 2).

- * Die Gegenstände, Modalitäten und Berichte betreffend die Inspektionen sind im Gesetz klar definiert (**Art. 61-63**). Die Rechnungsstellung wird nur stichprobenweise geprüft (Art. 61 Abs. 2 Bst. c), wobei sich diese auf die Gebühren der amtlichen Tätigkeit beschränkt, unter Ausschluss der Honorare für vom Notar vorgenommene privatrechtliche Aufträge.
- * Die Kontrolle der Zahlungsfähigkeit und der Rechtschaffenheit ist speziell in **Artikel 64** des Entwurfes geregelt, da nur eine gute Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Behörden geeignet ist, die einwandfreie Ausübung des unabhängigen Notariats sicherzustellen.
- * Die Aufsichtsmaßnahmen, die das Departement zur Gewährleistung der Einhaltung des Gesetzes anordnen kann, sind in **Artikel 65** des Entwurfes enthalten.
- * Der Entwurf sieht neu die Möglichkeit des provisorischen Entzugs der Ausübungsbewilligung vor (**Art. 66**). Dieser kann jedoch nur ausnahmsweise angeordnet werden, wenn der Notar **offensichtlich nicht mehr fähig ist**, die ihm übertragenen Aufgaben auszuführen, namentlich aufgrund eines Entmündigungsverfahrens oder – auf entsprechenden Antrag des Staatsanwalts – eines Strafverfahrens wegen schwer wiegender Delikte, oder aufgrund einer Nachlassstundung (Art. 293 SchKG) bis zum Abschluss des Verfahrens (die Genehmigung des Nachlassvertrages führt zum Entzug der Berufsausübungsbewilligung)

Disziplinarische Aufsicht (6. Abschnitt, Artikel 67 - 70)

Im Vergleich zur Verwaltungsaufsicht hat die Disziplinaraufsicht **rein repressiven Charakter**. Das Disziplinarrecht besteht aus einer Reihe von Sanktionen, über welche die Behörde gegenüber einer bestimmten Personengruppe verfügt, welche aufgrund der ihnen obliegenden besonderen Pflichten einem speziellen Statut oder einer speziellen Aufsicht unterstellt sind.⁶⁵ Das Disziplinarrecht enthält die für alle Verstösse anwendbaren Regeln zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Disziplin innerhalb der Personengruppe. Es bestimmt, in welcher Weise Sanktionen anzuordnen sind und will den Schuldigen keinesfalls demütigen.⁶⁶ Es will die Einhaltung der charakteristischen Pflichten der Betroffenen sicherstellen, vorbeugen und zwischen der Einzelperson und dem Staat ein erschüttertes Vertrauensverhältnis wiederherstellen.⁶⁷

- * **Artikel 67** erinnert daran, dass der Grundsatz „*nullum crimen sine lege*“ im Disziplinarrecht weit ausgelegt werden muss, da es praktisch unmöglich ist, alle Verstösse gegen die Berufspflichten einer Berufsgattung zu umschreiben.⁶⁸ Der Grundsatz der doppelten primären Verantwortung für Verstösse gegen das Gesetz im materiellen Sinne und für die Verletzung der Berufswürde oder eine Handlung des unlauteren Wettbewerbs (Art. 67 Abs. 1 und 2, 71 Abs. 1) wird bestätigt. Vorbehalten bleibt die zivile und strafrechtliche Verantwortlichkeit des Notars. Der Grundsatz „*ne bis in idem*“ ist im Disziplinarrecht nicht anwendbar.⁶⁹ Der Verzicht auf die Berufsausübung beendet die disziplinarische Verantwortlichkeit nicht (Abs. 3), wie dies auch für die Gesetzgebungen der Kantone Bern (Art. 42 Abs. 4 NG/BE) und Neuenburg (Art. 24 Abs. 2 NG/NE) gilt. Hier gilt es, möglichen Rechtsmissbräuchen vorzubeugen, da ein Notar auf die Berufsausübungsbewilligung verzichten könnte, um einer disziplinarischen Sanktion zu

⁶⁵ Moor, Volume II, Ziffer 1.4.3.4., S. 83

⁶⁶ André Grisel, Volume I, S. 512

⁶⁷ Moor, Volume II, S. 83-85

⁶⁸ Montani und Barde, S. 348; André Grisel, S. 514; Moor, S. 84; Knapp, 4. Auflage, Nr. 1748 und 3152

⁶⁹ Boinay, Ziff. 43; in demselben Sinne, Moor, S. 85

entgehen und die Ausübungsbewilligung zu einem späteren Zeitpunkt wieder verlangen könnte. Im Übrigen ist der Notar, der auf die Berufsausübung verzichtet, verpflichtet, seine Kanzlei aufzulösen, und es ist wichtig in diesem Verfahrensstadium erforderlichenfalls disziplinarische Sanktionen aussprechen zu können.

- * Der Grundsatz „*nulla poena sine lege*“ ist im Disziplinarrecht wie im Strafrecht strikte anwendbar.⁷⁰ Dieser Grundsatz verpflichtet die Disziplinarbehörde, nur die im Gesetz vorgesehenen Sanktionen anzuordnen, selbst wenn eine andere Sanktion für den Betroffenen günstiger wäre (vgl. Kantonsgerichtsentcheid C. c/Staatsrat vom 26. Juni 1997, A1 97/29). Der Entwurf (**Art. 68**) sieht neu den Verweis (Bst. a) als Sanktion vor (vgl. Art. 16 bis Abs. 1 Bst. a GGB, 17 Abs. 1 Bst. b BGFA, 16 Abs. 1 Bst. a des Beamtengesetzes). Der gegenwärtige Bussenbetrag (Bst. b) von Fr. 20.-- bis Fr. 500.-- wird den Lebenskosten angepasst und auf Fr. 10'000.-- erhöht, um ein vermehrtes Aussprechen von Einstellungen im Amt zu verhindern (Grundsatz der Verhältnismässigkeit). Die Minimal- und Maximaldauer der Einstellung im Amt entspricht der geltenden Regelung von Artikel 24 Absatz 3 Bst. b NG. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip wird auch in den Absätzen 2 – 5 Rechnung getragen. Gestützt auf das Modell des Bundes über die öffentliche Beamtung (Art. 27 Abs. 2 des Reglements über die Bundesbeamten, SR 172.221.102) stellt der Ordnungsruf keine Disziplinarsanktion dar.⁷¹ Artikel 68 des Entwurfes folgt dem Opportunitätsprinzip, demzufolge die Behörde nach freiem Ermessen zu entscheiden hat, ob das gute Funktionieren der Verwaltung oder die Aufrechterhaltung der Ordnung innerhalb einer Berufsgattung die Eröffnung eines Disziplinarverfahrens gebietet („die Disziplinarbehörde *kann* folgende Sanktionen aussprechen“). Die Behörde hat jede Ermessensüberschreitung oder jeden Ermessensmissbrauch zu unterlassen. In diesem Sinne sieht sie von einer Sanktion ab, wenn dadurch dem öffentlichen Interesse besser Rechnung getragen werden kann. Im Übrigen gilt der Grundsatz rechtsgleicher Behandlung; die Behörde darf somit nicht in gleich gelagerten Fällen den einen strafen und den anderen nicht.⁷² Die Einstellung und Entsetzung im Amt wird im Amtsblatt publiziert (Art. 9).
- * Für das Disziplinarrecht gilt das Verwaltungsprozessrecht (**Art. 69** Abs. 2), was das Bundesgericht bestätigt (BGE 72 I 255; VPB 1981, S. 162; ZBI 1977, S. 319, JT 1984, S. 23). Der Verweis auf das VVRG genügt den Anforderungen von Artikel 6 § 1 EMRK, welcher gemäss Rechtssprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesgerichts (BGE 123 I 87/JT 1999 I 538) auf verschiedene Disziplinarsanktionen anwendbar ist.⁷³

Artikel 69 Absatz 3 beruht auf Artikel 19 Absatz 2 ARNG. Die Anzeigepflicht wird ebenfalls auf die Verwaltungsbehörden ausgedehnt (Grundbuchverwalter, zuständige Behörde gemäss Lex Friedrich, Strafvollzugsbehörde, ungeachtet von Art. 64 Abs. 2). Auch eine Drittperson, unabhängig ob geschädigt oder nicht, kann die Behörde auf ein Fehlverhalten des Notars⁷⁴ aufmerksam machen. Sie ist jedoch nicht Partei⁷⁵ in diesem Verfahren und hat demzufolge kein Beschwerderecht⁷⁶ (Art. 69 Abs. 4). Schliesslich gilt das **Prinzip der Subsidiarität der Anzeige**, wenn das öffentliche Interesse nicht direkt betroffen ist, sondern vielmehr private Interessen die Anzeige bewirkt haben oder der Betroffene über einen Rechtsweg zur Geltendmachung seiner Ansprüche verfügt⁷⁷ (Art. 69 Abs. 5). Diesfalls kann das Disziplinarverfahren eingestellt werden, bis zum Entscheid über das dem Betroffenen zur Verfügung stehende Rechtsmittel.⁷⁸ Die Verjährung wird dementsprechend geregelt (vgl. unten Art. 70 Abs. 3).

- * Das Opportunitätsprinzip würde es gestatten, auf Verjährungsregeln im Disziplinarrecht zu verzichten.⁷⁹ Aus dem vergleichenden Recht über die öffentliche Beamtung und die Notare ist ersichtlich, dass die Ge-

⁷⁰ Montani und Barde, S. 348; André Grisel, S. 512; Knapp, 4. Auflage, Nr. 3153

⁷¹ Siehe auch Knapp, 4. Auflage, Nr. 3150, welcher bestätigt, dass der auf dieser Grundlage erlassene Entscheid keine Disziplinarsanktion darstellt.

⁷² Boinay, Ziff. 29

⁷³ Zur Frage, Zimmermann, S. 337-342

⁷⁴ Es ist zu bemerken, dass der Anzeige im Disziplinarrecht ein wichtiger Stellenwert zukommt, da sich die meisten Berufspflichten für eine vorbeugende Kontrolle nicht eignen.

⁷⁵ Nach Ansicht des Grossteils der Lehre, nämlich: André Grisel, Band I, S. 512, Moor, S. 85, Knapp, 4. Auflage, Nr. 1749, Zimmermann, S. 342, Gygi, S. 224, Nr. 3, Montani und Barde, S. 353ff; anzufügen ein Entscheid des Verwaltungsgerichtes Genf, der die Rekurslegitimation eines Anzeigers anerkennt, welcher sich zwar nicht über ein rechtlich geschütztes aber schutzwürdiges Interesse ausweist (RDAF 1981, S. 345ff, Erw. 4).

⁷⁶ In diesem Sinne RDAF 1999, S. 239ff, Erw. 2. Zu bemerken, dass die Parteistellung und die Beschwerdelegitimation im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens a priori nicht ausgeschlossen ist und im Licht von Art. 44 Abs. 1 Bst I VVRG beurteilt werden muss, welcher ein schutzwürdiges Interesse verlangt. (Zu diesem Begriff, BGE 110 Ib 99; JT 1986, S. 656; BGE 109 Ib 198; JT 1985, S. 549; BGE 111 Ib 63 und 297; BGE 121 II 43; BGE 123 II 174, 177; 361; BGE 123 II 278; BGE 125 I 8). Zu bemerken, dass die Klage an die Aufsichtsbehörde ein Rechtsmittel der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit ist, welches subsidi-

setzgeber die Verjährung geregelt haben. Das Kantonsgericht hat in analoger Weise Artikel 39 GAR betreffend die Verjährung im Anwaltsrecht auf die Notare übertragen (Kantonsgerichtsentscheid A c/Staatsrat vom 26. Juni 1997 (A1 97/45)). Das Kantonsgericht vertritt darin die Ansicht, dass die Verjährung einem allgemeinen Rechtsgrundsatz entspricht.

Gestützt auf das vergleichende Recht, legt **Artikel 70** Absatz 1 des Entwurfes eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr und eine absolute von 5 Jahren fest⁸⁰ (Art. 44 Abs. 1 NG/FR; Art. 44 Abs. 2 NG/BE; Art. 35 Abs. 1 NG/NE; Art. 55 NG/GE). Wie bereits erwähnt, verwirkt die disziplinarische Verantwortlichkeit nicht bei Verzicht auf die Notariatsausübung. Absatz 3 lehnt sich an Artikel 44 Absatz 3 NG/BE an. Die Berner Gesetzgebung sieht ausdrücklich die Einstellung des Disziplinarverfahrens vor, wenn gleichzeitig ein Strafverfahren, welches dieselben Tatsachen zum Gegenstand hat, hängig ist. Noch häufiger ist in der Praxis die Einstellung des Disziplinarverfahrens bei gleichzeitig laufendem Zivilverfahren. Der Aufschub ist nur möglich bei Vorliegen einer ausserordentlichen Verjährungsfrist, da die Parteien insbesondere im Zivilprozess die Verfahrensdauer beeinflussen können.

Standeskontrolle (6. Abschnitt, Art. 71)

- * **Artikel 71** regelt die Standeskontrolle (vgl. Art. 22 NG), welche in den Artikel 59 Absatz 2 Bst. b und 67 Absatz 2 des Entwurfes vorbehalten ist. Dieses System der parallelen Zuständigkeit hat sich im Grundsatz bewährt und wird bestätigt. Die Busse wird neu auf Fr. 10'000.-- erhöht, analog zu Artikel 68 Absatz 1 Bst. b des Entwurfes. Ein Verstoss gegen das Notariatsgesetz muss nicht zwingend härter bestraft werden als eine Verletzung der Berufswürde oder eine Handlung des unlauteren Wettbewerbes. Wie in Artikel 68 Absatz 1 Bst. c ist ebenfalls eine Untergrenze für die Einstellung im Amt festzulegen (sechs Monate). Im Kapitel der Disziplinarstrafen wird dagegen eine spezielle Geldstrafe (Art. 71 Abs. 2 Bst. c) eingeführt, wenn der Notar Kunden durch Rabattversprechungen anwirbt oder der Berufswürde durch zu hohe, nicht tarifkonforme Rechnungsstellung schadet. In diesen Fällen wird kein Maximalbetrag festgelegt; gestützt auf Artikel 203 des Steuergesetzes oder Artikel 38 des Stempelgesetzes beträgt der Betrag ein Mehrfaches des zuviel oder zuwenig Verlangten (dreifacher Betrag bei Artikel 203 des Steuergesetzes und fünffacher Betrag bei Artikel 38 des Stempelgesetzes).

Der Hinweis in Artikel 71 Absatz 2 bewirkt, dass das VVRG anwendbar, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Kantonsgericht zulässig ist und die Disziplinarbehörde im Rahmen der ausserordentlichen Verjährungsfrist tätig werden kann. Dagegen bildet die Einstellung eine besondere Regelung. Der Hinweis auf das öffentliche Interesse (Art. 69 Abs. 5) ist nicht zweckmässig, wenn die Handlung des Notars einzig eine Verletzung der Berufswürde oder unlauteren Wettbewerb darstellt. Die Verfahren im Bereich des unlauteren Wettbewerbs sind komplex, weshalb der Anzeiger nicht auf diese Rechtswege verwiesen werden darf; das Disziplinarverfahren darf somit nur suspendiert werden, wenn der Anzeiger bereits tatsächlich einen anderen Rechtsweg eröffnet hat. Artikel 71 Absatz 3 enthält den Grundsatz der Kompetenzattraktion, wie er in Artikel 20 ZPO aus Gründen der Verfahrensökonomie und der Einheit des Prozesses vorgesehen ist (dieselbe Beurteilung der Schwere des Verstosses, wenn die Handlung des Notars gleichzeitig sowohl das Notariatsgesetz, wie auch die Berufswürde verletzt).

2. Kapitel: Das Beurkundungsverfahren

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

är zum Rechtsweg steht (BGE 109 Ia 251). Es soll nur zugelassen werden, wenn der Anzeiger über kein anderes Mittel zur Verteidigung seiner Interessen verfügt.

⁷⁷ Imboden/Rhinow, Nr. 145 B II f, S. 1070

⁷⁸ vgl. Art. 65 ZPO der es dem Zivilrichter erlaubt, das Verfahren aus wichtigen Gründen zu suspendieren; Art. 6 Abs. 1 des Bundeszivilprozesses – anwendbar auf alle Beschwerdeverfahren ans Bundesgericht gemäss Art. 40 OG – der dem Bundesrichter die Verfahrensuspendierung aus Gründe der Zweckmässigkeit erlaubt.

⁷⁹ Montani und Barde, S. 347

⁸⁰ Eine längere absolute Verjährungsfrist ist aufgrund der allgemeinen Grundsätze über die Verjährung nicht denkbar (vgl. Paul Piotet, S. 162ff), auch wenn davon auszugehen ist, dass gewisse Fälle jeglicher disziplinarischer Sanktion entfallen (z.B. der Notar lässt einen nicht handlungsfähigen Zeugen bei einer öffentlichen Testamentsbeurkundung auftreten, da das Testament erst 15 Jahre später eröffnet wird und somit erst zu diesem Zeitpunkt angefochten werden kann, wäre eine Disziplinarverfolgung verjährt).

und in dem dafür vorgesehenen Verfahren (BGE 99 II 159, 161 / JT 1974 I 66, 68). Das so erstellte Dokument heisst *öffentliche Urkunde* oder *öffentlicher Titel*. Die öffentlichen Urkunden sind eine Kategorie der Titel, welche gemäss Art. 9 ZGB, „für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis erbringen, solange nicht die Unrichtigkeit des Inhalts nachgewiesen ist.“ Diese Richtigkeitsvermutung existiert nur, soweit die Urkundsperson verpflichtet ist, die Tatsachen zu prüfen, welche sie in der Urkunde festhält (Henri Deschenaux, *Registre foncier*, S. 261).⁸¹

Damit die öffentliche Urkunde gültig errichtet wird, muss die Amtsperson zwei verschiedenen Verpflichtungen nachkommen:⁸²

- a) Ausdehnung des Formzwangs hinsichtlich dem **materiellen Inhalt** der Urkunde; dies hängt vom Bundesrecht ab;
- b) Beachtung der Vorschriften über den **formellen Inhalt** der Urkunde, das zu befolgende Verfahren, welches in der Regel vom kantonalen Recht, ausnahmsweise vom Bundesrecht abhängt.

Das Bundesrecht bestimmt, welche Verträge der öffentlichen Beurkundung bedürfen (vgl. Art. 11 OR - **materieller Inhalt**). Diesen Fällen sind jene hinzuzufügen, welchen die Parteien diese Form geben wollen (Art. 16 OR). Im Übrigen kann es vorkommen, dass sich die Parteien nicht an einen bestimmten Vertragstyp halten, sondern verschiedene Elemente von Verträgen zusammenführen (gemischte Verträge) oder einen Vertrag abschliessen, der vom Gesetz gar nicht geregelt wird (*Vertrag sui generis*); für diese Innominatverträge muss deshalb von Fall zu Fall entschieden werden, ob die öffentliche Beurkundung verlangt ist oder nicht.⁸³

Das Bundesrecht bestimmt ebenfalls den Mindestinhalt der öffentlichen Beurkundung (BGE 125 II 131; BGE 113 II 492, Erw. 2a, S. 404; BGE 106 II 146, Erw. 1, S. 147; Piotet, S. 128). Die öffentliche Beurkundung will den Einzelnen vor allem vor unüberlegten Handlungen schützen, weshalb nur die wesentlichen Vertragselemente der öffentlichen Beurkundung bedürfen (Art. 2 OR). Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung des Bundesgerichts unterscheiden zwischen den „*essentialia negotii*“ d.h. den objektiv wichtigen Elementen eines Vertrages, bei deren Fehlen oder Nichtvorhandensein in der verlangten Form kein Vertrag entsteht, und den „*accidentalialia negotii*“ d.h. den subjektiv wesentlichen Vertragselementen, welchen also die Parteien denselben Wert wie den „*essentialia*“ zumessen. Sowohl die „*essentialia*“ als auch die „*accidentalialia*“ bilden den wesentlichen Urkundeninhalt.⁸⁴ Im Falle eines Zweifels über die Wesentlichkeit einer Bestimmung rät der Notar den Parteien zur öffentlichen Beurkundung. **Allfällige kantonale Bestimmungen über den materiellen Mindestinhalt einer Urkunde hätten nicht nur keine Wirkung bezüglich der Gültigkeit der Urkunde (vgl. derogatorische Kraft des Bundesrechts), sondern wären widerrechtlich.**⁸⁵

Gemäss Artikel 55 des Schlusstitels zum ZGB bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (Verfahrensregeln - **formeller Inhalt**). Die Zuständigkeit entspringt Artikel 52 Schlusstitel ZGB, welcher vorsieht, dass die Kantone die zur Ergänzung des ZGB vorgesehenen Anordnungen treffen, namentlich in Bezug auf die Zuständigkeit der Behörde und die Errichtung der Zivilstands-, Vormundschafts- und Grundbuchämter. Absatz 3 sieht die Zustimmung des Bundes für die kantonalen Anordnungen zum Verwandtschafts-, Vormundschafts- und Registerrecht sowie über die Errichtung öffentlicher Urkunden vor. Im Übrigen regelt das Bundesrecht in Abweichung von Artikel 55 Schlusstitel ZGB die Form gewisser öffentlicher Urkunden.

Obwohl die Art und Weise der öffentlichen Beurkundung durch das kantonale Recht geregelt wird, besteht bezüglich der Tragweite von Artikel 55 Schlusstitel ZGB keine Einigkeit. **Für den Grossteil der Autoren⁸⁶ und das Bundesgericht⁸⁷ ist die öffentliche Beurkundung ein Bundesbegriff, mit welchem Minimalanforderungen verbunden sind.** Die kantonalen Bestimmungen, welche die Art und Weise der öffentlichen Beurkundung regeln, müssen also nicht nur die Mindestgrenzen beachten, sondern auch noch bestimmte Mindestanforderungen erfüllen,

⁸¹ Steinauer, S. 2

⁸² Piotet, S. 127

⁸³ Steinauer, S. 5

⁸⁴ Perrin, S. 27 und 28, dieser zitiert BGE 68/1942 II 233 = JdT 1943 I 70; BGE 78/1952 II 439 = JdT 1953 I 362; BGE 88 II 160 = JdT 1963 I 238; BGE 90/1964 = JdT 1964 I 358, 361; BGE 97/1971 II 53 = JdT 1972 I 52. Für die Rechtslehre: Schoenenberger/Jaeggi, Zk-ad Art. 11 OR, Nr. 28; Gauch/Schlupe/Tercier, N. 404, Engel, S. 178; Yung, S. 623, 639ff

⁸⁵ Piotet, S. 129

⁸⁶ Mutzner, Bertoni, Kratzer, Spielmann, Bolla, Huber, Grossen, Deschenaux, Santschi, Jaeggi, Engel, Meyer-Hayoz, Carlen, d'Aumeries, Piotet, Marti, Meier, Schmid, Steinauer; dagegen Bolla, Wild, zitiert durch Perrin, S. 39ff.

⁸⁷ BGE 84 II 636 = JT 1959 I 368; BGE 90 II 274 = JT 1965 I 234; BGE 99 II 159 = JT 1974 I 66; BGE 106 II 146 = JT 1980 I 580; BGE 113 II 402; BGE 125 III 131 = JT 1999 I 470

die sich aus dem materiellrechtlichen Zweck des Instituts ergeben (BGE 106 II 146; BGE 113 II 402 Erw. 2a, S. 404). Die Nichtbeachtung dieser Anforderungen bewirkt die Nichtigkeit der Urkunde (Art. 11 Abs. 2 OR).

Für die herrschende Lehre und Rechtssprechung genügt die Einhaltung der bundesrechtlichen Forderungen nicht, um einen formell gültigen Vertrag entstehen zu lassen. Auch die Anforderungen des kantonalen Rechts müssen zusätzlich erfüllt sein.⁸⁸ Wenn das Bundesrecht Minimalanforderungen festlegt, heisst das nicht, dass sich der Kanton damit begnügen muss. Diesbezüglich gilt: „*les exigences formelles minimales du droit fédéral ne gardent qu'un caractère subsidiaire face aux règles de la procédure cantonale*“.⁸⁹ Aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) dürfen die kantonalen Verfahrensregeln und Formvorschriften die Anwendung des Bundeszivilrechts weder erschweren noch verunmöglichen (BGE 106 II 146, Erw. 2b).

Nach bundesgerichtlicher Rechtssprechung und soweit das kantonale Recht die Art und Weise der öffentlichen Beurkundung festlegt, hat es ebenfalls zu bestimmen, was Gültigkeits- und was einfache Ordnungsregeln sind (BGE 106 II 146, Erw. 3 und herrschende Lehre). **Der kantonale Gesetzgeber muss aber in den Schranken des Bundesbegriffs der öffentlichen Beurkundung bleiben.** In diesem Sinne darf er über die Minimalvorschriften des Bundes hinausgehen und zusätzliche Anforderungen in jenen Fällen aufstellen, wo das Bundesrecht dies nicht verbietet. Diese Freiheit besteht selbst da, wo das Bundesrecht die Form regelt. Wenn das Bundesrecht, nach erfolgter Delegation gewisser Formalitäten ans kantonale Recht, die kantonalen Sanktionen im Falle der Nichtbeachtung dieser Formalitäten ausschliessen will, so tut es dies ausdrücklich (z.B. Art. 1041 OR).⁹⁰ Die Möglichkeit der Kantone, die speziellen Folgen von Formfehlern festlegen und präzisieren zu können (z.B. absolute oder relative Nichtigkeit), wird von einigen Autoren kritisiert, da sie der gegenwärtigen Tendenz zur Harmonisierung der Gesetze und vor allem dem freien Verkehr der Urkunden zuwiderläuft: eine in einem Kanton eingetragene öffentliche Urkunde kann tatsächlich im Nachbarkanton als nichtig erklärt werden.

Die Bestimmungen des NG über das Beurkundungsverfahren werden im Lichte der vorgenannten Bemerkungen geprüft. Der Entwurf kodifiziert die Meinung der herrschenden Lehre und die Rechtssprechung des Bundesgerichts, demzufolge der Kanton vorbehaltlich bundesrechtlicher Anforderungen auf seinem Gebiet Art und Weise der öffentlichen Beurkundung festlegen darf, inbegriffen die Folgen (Sanktionen) im Falle der Nichtbeachtung dieser Modalitäten. Diese gesetzgeberische Option scheint die Beste zu sein, um den Zweck der öffentlichen Beurkundung bestmöglich durchzusetzen. Das kantonale Recht scheint gegenwärtig die sicherste Quelle, welche der Notar konsultieren kann.⁹¹

2.1 1. Abschnitt: Die öffentliche Urkunde (Art. 72 – 86)

- * **Artikel 72** des Entwurfes klärt die Rechtsnatur der vom Notar errichteten Urkunden. Es besteht in der Walliser Gesetzgebung ein offensichtlicher Widerspruch zwischen Artikel 26 Absatz 1 NG und Artikel 45 Absatz 2 NG. Ersterer erweckt den Anschein, dass alle notariellen Urkunden öffentliche Urkunden sind, während letzterer dies für im Original ausgehändigte Urkunden unter Vorbehalt des Versammlungsprotokolls verneint. Die Ansicht, dass jede vom Notar errichtete Urkunde eine öffentliche ist, inklusiv jene über Tatsachenfeststellungen, wird von Lehre und Rechtssprechung (BGE 99 II 161 / JT 1974 I 68) sowie dem Grossteil der kantonalen Gesetzgebungen⁹² geteilt. Um den vorgenannten Widerspruch zu beseitigen, erwähnt der Entwurf, dass auch Urkunden über die Feststellung von Tatsachen öffentliche Urkunden sind. Diese Ansicht bewirkt, dass alle vom Notar errichteten Urkunden von der Vermutung von Artikel 9 ZGB profitieren.
- * Der allgemeine Vorbehalt von Artikel 26 Absatz 1 NG wird in **Artikel 73** des Entwurfes übernommen. Diese Formulierung trägt beidseitig sowohl allfälligen Formvorschriften des Bundes als auch des Kantons Rechnung (nam. Art. 195 EGZGB für die Unterschriftsbeglaubigung, Art. 197 EGZGB für die Übertragung kleiner Grundstücksflächen und Art. 196 Abs. 2 und 97 ff. EGZGB für die Form des Inventars, Art. 188 ff. EGZGB für den Verkauf an öffentlichen Versteigerungen).

Der Titel von Artikel 73 (*Beurkundungsverfahren*) verweist auf den 3. Abschnitt (ordentliches Beurkundungsverfahren, Art. 90-93) und auf Abschnitt 4 des Entwurfes (Beurkundungen von Feststellungen, Art.

⁸⁸ Steinauer, S. 4, dieser zitiert BGE 112 II 330, 331 cf.ég. Schmid, Nr. 125

⁸⁹ Piotet, S. 131; siehe auch BGE 90 II 274 = JT 1965 I 234; Huber RJB S. 259; Kratzer, S. 56ff

⁹⁰ Piotet, *Mélanges*, S. 27

⁹¹ Perrin, S. 54

⁹² namentlich Art. 20 NG/BE, 45 NG/FR, 63 NG/NE

94-98). Diese Terminologie entspricht dem Berner Recht und erlaubt eine klare Unterscheidung zwischen dem gegenwärtigen ordentlichen Beurkundungsverfahren (Art. 28 ff. NG) zur Beurkundung von Willenserklärungen, was die Anwesenheit der Parteien voraussetzt, und den Spezialverfahren (Art. 42 ff. NG), welche die Feststellung von Tatsachen betreffen und bei welchen der Notar die zentrale Rolle spielt. **Die Abschnitte 1 und 2 des Entwurfes (Art. 72 - 89) sind sowohl auf die Beurkundung von Willenserklärungen als auch auf die Feststellung von Tatsachen anwendbar.**

Der Entwurf verzichtet auf die Übernahme des Artikels 26 Absatz 2 NG, da ausschliesslich das Bundesrecht bestimmt, welche Verträge der öffentlichen Beurkundung bedürfen und welches deren Mindestinhalt ist (Art. 11 ff. OR). Wenn die Parteien eine bestimmte Form vereinbart haben, die das Gesetz nicht verlangt, so ist davon auszugehen, dass sie sich erst nach Verwirklichung der Form durch den Vertrag gebunden fühlen (Art. 16 Abs. 1 OR). Vorbehalten bleiben in jedem Fall die bundesrechtlichen Formvorschriften (vgl. Art. 73, am Anfang).

- * Die gegenwärtige Walliser Gesetzgebung kennt zwei Vertragstypen: die Urschrift, deren Original vom Notar aufbewahrt wird (Art. 27 Abs. 1 NG) und die im Original an die Parteien ausgehändigten Urkunden, ausser eine Partei würde die Aufbewahrung durch den Notaren verlangen (Art. 27 Abs. 1 und 4 NG). Die im Original auszuhändigenden Urkunden sind in Artikel 27 Absatz 2 NG abschliessend aufgezählt. Die Urschrift enthält die Willenserklärungen der Parteien und *die Unterschrift der bei der Beurkundung des Aktes anwesenden Personen*. Es handelt sich somit um den im Rahmen des ordentlichen Verfahrens errichteten Vertrag. Die im Original ausgehändigte Urkunde wird dagegen in der Regel im Spezialverfahren errichtet (Feststellung von Tatsachen) und trägt nicht die Unterschriften der Parteien. Die Liste der im Original ausgehändigten Urkunden ist beschränkt. Namentlich die Aushändigung im Original der im ordentlichen Verfahren errichteten Bürgschaftsurkunde ist dem Walliser Recht, im Gegensatz zur Berner (Art. 10 Dekr./BE), Freiburger (Art. 48 Abs. 1, Bst. a NG/FR) und Waadtländer (Art. 80 NG/VD) Gesetzgebung, nicht bekannt.

Nach unbestrittener Ansicht der ausserparlamentarischen Kommission liegt im Walliser Recht eine Verwechslung vor zwischen der Rechtsnatur der Urkunde (Urschrift/im Original ausgehändigte Urkunde) und dem Verfahren (ordentlich/speziell), welches zur Errichtung der Urkunde führt. Im lateinischen Notariat wird unter Urschrift jenes Dokument verstanden, das Eigentum des Staates bildet und beim Notar während der Dauer dessen Berufsausübung aufbewahrt wird, während die im Original ausgehändigte Urkunde jene ist, die den Parteien direkt ausgehändigt wird (**Art. 74** und 75 Abs. 1). Soweit jede vom Notar errichtete Urkunde als öffentliche gilt (Art. 72) spielt es keine Rolle, ob diese im ordentlichen oder speziellen Verfahren errichtet wird. Aus diesen Gründen verzichtet der Entwurf auf die Einschränkung von Artikel 27 Absatz 1 NG, gemäss welcher die Urschrift die Willenserklärungen der Parteien enthält.

- * Wie bereits erwähnt handelt es sich bei der im Original ausgehändigten Urkunde um jene, die dem Berechtigten direkt ausgehändigt wird (**Art. 75** Abs. 1). Es ist zu bemerken, dass der Entwurf vom Berechtigten spricht, da die Aushändigung nicht nur auf die Parteien beschränkt ist.⁹³

Gemäss Artikel 72 des Entwurfes sind alle vom Notar errichteten Verträge öffentliche Urkunden. Das Bundesrecht verlangt die öffentliche Beurkundung nicht für alle in der Liste der im Original auszuhändigenden Urkunden aufgeführten Verträge. Diese Form ist **fakultativ** (es handelt sich um eine Kann-Vorschrift und nicht um eine Muss-Vorschrift). Die negative Formulierung von Artikel 27 Absatz 3 NG wird in Artikel 75 Absatz 2 des Entwurfes übernommen, da der Gesetzestext die **abschliessende** Aufzählung enthalten muss. Zusätzlich zu den in Artikel 27 Absatz 3 NG vorgesehenen Urkunden enthält der Entwurf die Aushändigung der Wechselproteste (vgl. Art. 1037 OR), **die Hinterlegungsverträge** d.h. hauptsächlich die Urkunden, welche die Hinterlegung eines handschriftlichen Testamentes festhalten, welches der Notar gemäss Artikel 20 Absatz 3 EGZGB entgegennehmen muss und die eidesstattlichen Erklärungen (vgl. nachfolgend Artikel 91).

- * Die Pflicht, in der Kanzlei zu verurkunden (Art. 28 NG, **Art. 76**), ist eine **Ordnungsvorschrift**, welche einen Aspekt der Geheimhaltungspflicht festlegt. Es geht darum, das Berufsgeheimnis sicherzustellen, sowie die Förmlichkeit des Verfahrens zu gewährleisten, was nur in speziellen, für die Notariatsausübung geeigneten Räumen möglich ist.

⁹³ Als Beispiel kann die Unterschriftsbeglaubigung angeführt werden, deren Original selten der Person, deren Unterschrift beglaubigt wird, ausgehändigt wird, sondern der daran in einem anderen Verfahren interessierten Person.

Ausnahmsweise kann der Notar eine Urkunde ausserhalb der Kanzlei errichten; er muss aber den **objektiven Grund** dafür in der Urkunde selber anführen (Art. 76 Abs. 2). Der Ausnahmecharakter sowie der objektive Grund sind zwei unbestimmte Rechtsbegriffe, welche die Praxis präzisieren muss. Zum Beispiel, wenn der Notar von einer bettlägerigen Person gerufen wird. Dagegen wäre die Beurkundung in einem Architekturbüro, obwohl die Parteien jederzeit Einsicht in die Pläne hätten, kein objektiver Grund im Sinne des Gesetzes, sondern lediglich ein Zweckmässigkeitsgrund, welcher die Verurkundung ausserhalb der Kanzlei nicht rechtfertigen würde. In jedem Fall muss der Notar sicherstellen, dass der Beurkundungsort geeignet ist und die gleichmässige Interessenswahrung der Parteien ermöglicht (Art. 76 Abs. 3). Zum Beispiel müsste er im Falle der bettlägerigen Person dafür sorgen, dass alle nicht an der Beurkundung Beteiligten das Zimmer verlassen. Direkte Folge der Pflicht zur Vertraulichkeit ist ferner, dass die Regelung betreffend den Beurkundungsort besonderen Umständen vorbehalten bleiben muss. Die Beurkundung ausserhalb der Kanzlei des Notars darf demzufolge nicht aus Bequemlichkeitsgründen geschehen, wie vom WNV vorgeschlagen.

- * **Artikel 77** des Entwurfes ist eine **Ordnungsvorschrift**, die weitgehend Artikel 18 ARNG übernimmt.⁹⁴ Das Gesetz folgt in diesem Sinne Artikel 20a des Arbeitsgesetzes (SR/CH 812.11), dem Gesetz über die Gerichtsbehörde und dem Gesetz über die Ruhe an Sonn- und Feiertagen sowie dessen Ausführungsreglement.
- * **Artikel 79** des Vorentwurfs wurde im Vernehmlassungsverfahren vom Bundesamt für Justiz insofern kritisiert, als dass keine direkte Verurkundung in einer fremden Sprache möglich sei, was Artikel 55 Absatz 2 Schlusstitel ZGB ausdrücklich vorsehe.

Denis Piotet⁹⁵ bemerkt hierzu, dass Artikel 55 Absatz 2 Schlusstitel ZGB

- die Kantone verpflichtet, die Verurkundung in einer fremden Sprache zu bewilligen, sofern alle Erklärenden eine andere Sprache als die Amtssprache beherrschen;
- die Kantone ermächtigt, für den in einer fremden Sprache redigierten Akt eine Übersetzung in eine Amtssprache vorzuschreiben.

Alex Dépraz⁹⁶ teilt diese Auffassung:

"Pour respecter le droit fédéral, les cantons doivent permettre de façon générale l'instrumentation directe des déclarations de volonté dans une langue étrangère. En effet, lorsque les parties, les éventuels témoins et l'officier public maîtrisent une langue étrangère commune, l'authentification doit avoir lieu dans cette langue étrangère qui assure la meilleure formulation possible de la volonté en évitant la participation d'un interprète. Toutefois, rien n'interdit aux cantons de prescrire une traduction dans la langue officielle de l'acte authentique rédigé dans une langue étrangère, voire une instrumentation complète dans les deux langues".

Alex Dépraz führt zudem bezüglich des Umstandes, dass der Notar die Sprache einer der Parteien nicht beherrscht Folgendes aus:

"En revanche, l'officier public ne peut procéder à une instrumentation dans une langue qu'il ne connaît pas. En effet, il ne pourrait alors pas vérifier que son acte est conforme aux déclarations des parties. La participation d'un interprète est alors inévitable : l'acte sera rédigé dans la langue officielle puisqu'il n'y a plus de raison pour que l'officier public s'écarte de la règle générale. L'interprète servira de lien entre l'officier public et les parties qui ne maîtrisent pas la langue de l'instrumentation. Son rôle est essentiel puisqu'il s'agit de s'assurer que les parties prennent connaissance de l'acte et qu'elles manifestent leur accord. Le problème n'est plus ici de savoir si le canton doit autoriser ou non l'instrumentation directe de déclarations de volonté en langue étrangère, question

⁹⁴ Eine solche Ordnungsvorschrift existiert ebenfalls in anderen Kantonen z.B. Freiburg (Art. 52 NG/FR) und Waadt (Art. 11 NG/VD). Zu bemerken, dass der Gesetzgeber des Kantons Neuenburg darauf verzichtete (vgl. Bericht des Staatsrates an den Grosse Rat zum Notariatsgesetz (15. Mai 1996), S. 10).

⁹⁵ Piotet, Mélanges, p. 21

⁹⁶ Dépraz, no 362 à 364

réglée par l'article 55 al. 2 Tit. fin. CCS mais de permettre à des personnes qui ne maîtrisent pas la même langue que l'officier public de faire authentifier leurs volontés. Autrement dit, "comme les parties doivent absolument comprendre le contenu de l'acte, il est requis, de par le droit fédéral, que l'acte soit au besoin traduit dans une langue qu'elles comprennent, par les soins d'un interprète". On peut faire un parallèle avec les procédures d'instrumentation prévues lorsqu'une partie est atteinte de surdité ou de mutité. Ainsi, la grande majorité des cantons prévoient la participation d'un interprète à la procédure d'instrumentation lorsque la prise de connaissance de l'acte par les parties le nécessite. La présence de l'interprète permet que la procédure d'instrumentation se déroule de façon conforme au droit fédéral, notamment concernant les deux points essentiels de la connaissance de l'acte par les parties et de leur accord".

Der Entwurf berücksichtigt die Bemerkungen des Bundesamtes für Justiz, die Ausführungen der Lehre und die Meinung der Experten.

- Während **Artikel 78** die Grundzüge der anwendbaren Regelung festhält, regelt Artikel 79 die Spezialfälle der Errichtung von öffentlichen Urkunden in einer fremden Sprache (direkte Verurkundung im Sinne von Art. 55 Abs. 2 Schlusstitel ZGB und genaue Übersetzung).
- Als Amtssprache gilt jene am Beurkundungsort; im Kanton Wallis, deutsch oder französisch⁹⁷. Die Urschrift muss in einer der Amtssprachen abgefasst werden (Art. 78 Abs. 1); dieses Prinzip
 - widerspricht nicht dem Anspruch der Partei auf direkte Verurkundung in einer fremden Sprache, weil Artikel 79 Absatz 1 die Verurkundung in beiden Sprachen vorsieht (vgl. nachstehend);
 - verlangt gegebenenfalls die genaue Übersetzung des Aktes in eine für die Partei verständliche Sprache (Art. 79 Abs. 2).

Eine Urkunde im Original kann in einer anderen, vom Notar und der ihn beziehenden Partei beherrschten Sprache abgefasst werden (Art. 78 Abs. 2). Dieser Akt enthält weder eine Willenserklärung (Art. 75) noch die Unterschrift der die Dienste des Notars beanspruchenden Partei (Art. 94 – 98).

- Artikel 79 Absatz 1 behandelt die direkte Verurkundung in einer fremden Sprache. Gemäss Vorschlag von Alex Dépraz ist die ganze Verurkundung in beiden Sprachen vorgesehen (Art. 79 Abs. 1 erster Abschnitt). So kann allfälligen Problemen, die für den Grundbuchverwalter oder Gerichtsbehörden bei ausschliesslicher Verurkundung in einer Fremdsprache entstehen könnten (Auslegung eines Ehevertrages oder einer Verfügung von Todes wegen), vorgebeugt werden. Artikel 79 Absatz 1 zweiter Abschnitt regelt die in diesem Zusammenhang zu beachtenden Formalitäten.
 - Artikel 79 Absatz 2 enthält Ausführungen zur exakten Übersetzung. Der erste Abschnitt führt die Umstände auf, bei deren Vorliegen eine Übersetzung zu erfolgen hat, und der zweite Abschnitt regelt die Modalitäten. Dies ist erforderlich, damit die Folgen der Nichtbeachtung der genannten Bestimmung genau bezeichnet werden können (Art. 85).
 - Urkunden in einer Amtssprache und die in einer anderen Sprache abgefassten Urkunden haben die gleiche Beweiskraft (Art. 79 Abs. 3). Wer diesbezüglich eine Divergenz behauptet, hat den wirklichen Parteiwillen nachzuweisen, mithin die gesetzliche Vermutung umzustossen.
- * **Artikel 80** ist ein Schlüsselartikel des Entwurfs, da er einen Grossteil der Minimalanforderungen des Bundesrechts an die öffentliche Beurkundung kodifiziert. **Der Inhalt der Urkunde wird positiv umschrieben und enthält sowohl die Bestimmungen, deren Verletzung die Nichtigkeit der Urkunde bewirken, als auch reine Ordnungsvorschriften.** Die Folgen der Nichtbeachtung der Formvorschriften sind in den Artikeln 85 und 86 des Entwurfes speziell geregelt. Es ist zweckmässiger in einem speziellen Artikel alle möglichen Nichtigkeitsfälle zu behandeln, da die Gültigkeit nicht nur vom Inhalt, sondern auch von anderen Forderungen des Gesetzes abhängt (z.B. die Regeln über die Unvereinbarkeit).

Gemäss Bundesrecht muss die Urkunde **individualisiert** sein. Unter Individualisierung ist alles zu verstehen, was zur Prüfung der Echtheit der Urkunde dient. Hierfür muss die Urkunde mindestens die Iden-

⁹⁷ Dépraz, no 359

tität der Amtsperson (Bst. a, Art. 30, Ziff. 1 NG) angeben, so dass die Einhaltung der Zuständigkeits- und Verfahrensregeln geprüft werden kann. Der Verurkundungsort und das -datum müssen ebenfalls erwähnt werden (Bst. b, Art. 30, Ziff. 2 und 31 Ziff. 2 NG), so dass der Beginn der Rechtswirkung der Urkunde festgelegt werden kann. Das Datum ist von der Amtsperson von Hand oder mit der Schreibmaschine zu schreiben⁹⁸ (Art. 80 Abs. 1 Bst. a, b).

Das Bundesrecht verlangt im Weiteren die Angabe **der Identität der Urkundsparteien** oder gegebenenfalls **das Rechtsverhältnis zwischen Urkundsparteien und den bei der Beurkundung anwesenden Personen** (vgl. BGE 112 II 330). Somit muss die Urkunde nebst den Namen der von der Rechtswirkung betroffenen Parteien (Art. 80 Abs. 1 Bst. c und d, Art. 30, Ziff. 3 NG), das Vertretungsverhältnis (JT 1977 I 331, 335, Erw. 2b) sowie die Namen der Vertreter enthalten (Art. 80 Abs. 1 Bst. e; ZGBR 54/1973, S. 367, Bst. e und f, Art. 30, Ziff. 3 NG).⁹⁹ Der Begriff der Partei ist hier eng auszulegen. Es handelt sich um jene Personen, welche von der rechtlichen Wirkung der Urkunde in ihrer Rechtsstellung direkt betroffen werden (vgl. auch Kommentar zur Definition der Partei ab Art. 87 Abs. 1). Die Angabe des Zivilstandes ist somit insbesondere aufgrund von Artikel 169 ZGB erforderlich. Artikel 80 Absatz 1 Bst. d enthält das allgemeine Konzept der „*juristischen Person*“, welches einerseits die Handelsgesellschaften und andererseits die Vereine und Stiftungen einschliesst, und verlangt als Beleg den Handelsregisterauszug oder die Statuten. Der Gesellschaftszweck muss somit nicht ungefähr sondern genau dem Eintrag im öffentlichen Register entsprechen.

Artikel 80 Absatz 1 Bst. f. verlangt als Neuerung die Erwähnung der **vorgelegten** Vollmachten, sowie die Bewilligungen, Registerauszüge und andere notwendige Dokumente. Diese Bestimmung soll der Praxis der noch beizubringenden Vollmachten vorbeugen. Der Entwurf will dadurch die Einheit der Urkunde (Art. 93) sicherstellen, sodass die Genehmigung unmittelbar nach der Beurkundung erfolgt. Artikel 87 Absatz 3 hält denn auch fest, dass die Vollmacht das Vertretungsverhältnis genau aufzuführen hat. Bereits an dieser Stelle sei erwähnt, dass die Nichtbeachtung dieser Vorschrift nicht die Ungültigkeit der Urkunde bewirkt, da das Bundesrecht die nachträgliche Vollmacht akzeptiert (vgl. Gültigkeit eines suspensiv bedingten Vertrages).

Der Entwurf verpflichtet den Notar, in der Urkunde die Willenserklärungen der Parteien und Tatsachenfeststellungen niederzuschreiben (Art. 80 Abs. 1 Bst. g). Hierbei handelt es sich um eine Übernahme von Artikel 30 Ziff. 4 NG, ausgedehnt auf die Feststellung von Tatsachen. Die Genehmigungsform bestimmt der Kanton. Artikel 80 Absatz 1 Bst. i verlangt die Unterschrift von allen an der Urkunde beteiligten Personen (vgl. Art. 30 Ziff. 6 NG). **Die Unterschrift der Urkundsperson** ist dagegen eine Forderung des Bundesrechts.¹⁰⁰ Sie deckt aufgrund ihrer Platzierung alle Teile der Urkunde ab.

Der Entwurf übernimmt die Pflicht, in der Urkunde zu erwähnen, dass die für die Beurkundung von Willenserklärungen vorgesehenen Formvorschriften eingehalten wurden (Art. 80 Abs. 1 Bst. h; Art. 30 Ziff. 5 NG). Nach Lehre und Rechtssprechung handelt es sich nicht um eine Anforderung des Bundesrechts.¹⁰¹ Der Entwurf enthält diese Verpflichtung trotzdem, da sie jenem die Beweislast auferlegt, der die Nichteinhaltung des Beurkundungsverfahrens behauptet (vgl. Art. 9 ZGB).

Schliesslich hat die Urkunde natürlich den Urkundsgegenstand zu erwähnen. Handelt es sich um eine Immobilie, genügt es, wenn diese genau bezeichnet werden kann (Art. 80 Abs. 2). Diesfalls widerspricht der Entwurf Artikel 31 ARNG.

- * Die Bestimmungen über die Form (**Art. 81 - 84**) sind wichtig, da sie die Klarheit und den Fortbestand der öffentlichen Urkunden gewährleisten. Sie bilden Gegenstand einer genauen Prüfung, da insbesondere die elektronische Datenverarbeitung die Arbeit der Notare in den letzten Jahren stark beeinflusste.

Das gegenwärtige Recht versucht mehr und mehr, unterschiedliche Rechtsauffassungen bezüglich Daten- und Bildträgern zu beseitigen. Diesbezüglich kann auf die Revision von Artikel 957 OR verwiesen werden. Dieser erlaubt die Führung und Aufbewahrung der Bücher schriftlich, **elektronisch oder auf andere vergleichbare Weise**. Die Einführung eines neuen Artikels 14 Absatz 2^{bis} OR (Entwurf des Bundesgesetzes über die Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Unterschrift) soll die elektronische

⁹⁸ Steinauer, S. 16, dieser zitiert BGE 55/1929 II 25 = JdT 1930 I 214; 53/1927 II 442 = JdT 1928 I 226 und Marti 119ff, im gleichen Sinne Escher, Nr. 15 ad Art. 500 ZGB und Tuor, Nr. 17 ad Art. 500 ZGB; dagegen Huber, ZBGR, S. 247, für welchen diese Forderung nur für die Verantwortlichkeit des Notars betreffend die Genauigkeit des Datums von Bedeutung ist.

⁹⁹ Steinauer, S. 7

¹⁰⁰ Schmid, Nr. 185, zitiert durch Steinauer, S. 15

¹⁰¹ Steinauer, S. 15, zitiert Schmid, Nr. 187; BGE 112/1986 II 23/24 = JdT 1986 I 627 und ZR 82/1983, S. 50/51ff.

Unterzeichnung aller Verträge, die der Schriftform bedürfen, ermöglichen. Gemäss Botschaft zum vor genannten Gesetzesentwurf hindert der Begriff des in öffentlicher Form beurkundeten Dokuments die Kantone nicht daran, dies in elektronischer Form zu bewilligen, **so wenig wie dies durch Bundesrecht den Kantonen aufgezwungen werden kann**. Diese Ansicht wird in der Botschaft zur Revision von Artikel 957 OR bestätigt (Bundesblatt 1999 4769, welches unterstreicht, dass Artikel 957 OR nicht auf öffentliche Register und öffentliche Titel im Sinn von Art. 9 ZGB anwendbar ist).

- * Der Entwurf will **die elektronische Form im eigentlichen Sinne für das Beurkundungsverfahren** nicht direkt zulassen. Dies scheint im gegenwärtigen Stand verfrüht. Auch **Artikel 81** Absatz 1 anerkennt keine „virtuelle“ Existenz der öffentlichen Urkunde, welche **auf Papier** zu errichten ist. Im Übrigen ist der Notar frei, wie er diese errichten will (*von Hand oder auf jede andere Weise*), sofern deren Unveränderlichkeit gewährleistet ist.¹⁰² Diese Anforderungen stellen Gültigkeitsvorschriften dar, welche im Falle der Nichtbeachtung zur **Nichtigkeit der Urkunde** führen (vgl. unten Art. 85 Bst. c). Auf die Forderung des Stempelpapiers wurde verzichtet, da nach Ansicht des Staatsrats diese ihre Grundlage im Steuerrecht und nicht in einer Gesetzgebung über die öffentliche Beurkundung findet.¹⁰³

In Artikel 81 Absatz 2 wird festgehalten, dass die in der Urkunde zu erwähnenden Belege im Original oder in Kopie beizulegen sind. Die Belege wie z.B. Vollmachten, Registerauszüge usw. dürfen nicht mit externen Dokumenten, welche integrierenden Bestandteil der Urkunde bilden (z.B. vorformulierte Bürgerschaftsformulare), verwechselt werden. Letztere gehören nicht zu den Belegen einer Urkunde (vgl. unten Art. 90 Abs. 4). Die aus Absatz 2 abgeleitete Pflicht wird durch Artikel 81 Absatz 7 abgeschwächt, welcher ein Staatsratsreglement sowie die Weisungen des Departements, des Grundbuch- und Handelsregistramts betreffend die zur Errichtung der Urkunde erforderlichen Unterlagen vorbehält.¹⁰⁴

Artikel 81 Absatz 3 übernimmt im Wesentlichen Artikel 30 Absatz 4 NG. Die Forderung, wonach die Urkunde zusammenhängend in einem Mal zu errichten ist, wurde beibehalten. Auf das Verbot der leeren Zwischenräume sowie die Pflicht, Leerräume durch waagrechte Striche auszufüllen, wurde verzichtet, da dadurch nicht verhindert werden kann, dass die Urkunden nach der Unterzeichnung doch noch abgeändert werden.

Um die Fehlerquote bei der Niederschrift von Zahlen zu verhindern, müssen das Urkundsdatum, zahlenmässige Angaben betreffend den Urkundsgegenstand, die Verpflichtungen oder die Leistungen der Parteien **mindestens einmal in Buchstaben voll ausgeschrieben werden**; sie können in Zahlen wiederholt werden. Wenn die Urkunde rechnerische Vorgänge enthält, ist nur das Endresultat in Buchstaben auszu schreiben (Art. 81 Abs. 4).¹⁰⁵

Artikel 81 Absatz 5, wonach Abkürzungen erlaubt sind, stellt eine Neuerung zum gegenwärtigen Recht dar. Er lehnt sich an Artikel 6 Absatz 2 des Dekretes/BE an. Der Entwurf verzichtet auf die Kodifizierung der Bewilligung für die Benutzung nicht üblicher Abkürzungen, welche vorgängig im Text erklärt werden (vgl. Art. 50 Abs. 5 NG/FR und Art. 41 Rex/NE).

Schliesslich verlangt der Entwurf (wie der Kanton Genf; Art. 2 Rex/GE), dass jede zur Unterschrift verpflichtete Partei jede Urkundenseite ebenfalls zu unterzeichnen hat (Art. 81 Abs. 6). Die Bestimmung soll eine gewisse Gewähr dafür bieten, dass die Parteien tatsächlich den gesamten Urkundeninhalt zur Kenntnis genommen haben. Sie gilt nicht für den Notar, welcher nur allfällige Änderungen in der Urkunde auf der jeweiligen Seite unterzeichnet (vgl. unten Art. 82). Der WNV hat in seiner Vernehmlassung vorgeschlagen, die Bestimmung zu streichen. Da die bereits von einer Vielzahl von Notaren praktizierte Regelung zudem vor nachträglichen Änderungen des Textes schützt und Artikel 83 explizit die Möglichkeit von Korrekturen vorsieht, wird daran festgehalten.

- * Solange die Beurkundung formell nicht beendet ist, d.h. das Siegel und die Unterschrift der Urkundsperson noch nicht angebracht sind, kann der Notar den Text der Urkunde im Einverständnis und Beisein der

¹⁰² Diese Forderung lehnt sich an das vergleichende kantonale Recht an, namentlich das Berner Recht (Art. 6 Dekr./BE), Freiburger Recht (Art. 50 Abs. 1 NG/FR), Genfer Recht (Art. 1 Rex/GE) und Neuenburger Recht (Art. 64 Abs. 1 NG/NE und 31 Abs. 1 Rex/NE)

¹⁰³ Die Bestimmungen über das Papier – Stempelpapier oder nicht – sind von Kanton zu Kanton sehr verschieden, vgl. namentlich Art. 9 Abs. 1 und 2 Dekr./BE, Art. 12 Abs. 1 Rex/FR, Art. 27 und 30 Rex/NE.

¹⁰⁴ Der Notar verfügt tatsächlich nicht immer über einen Grundbuchauszug; als Beispiel kann die Stipulation eines Kreditvertrages erwähnt werden, welcher unmittelbar im Anschluss an einen Kaufvertrag errichtet wird.

¹⁰⁵ Dieser Vorschlag lehnt sich an das vergleichende kantonale Recht an, namentlich Art. 6 Abs. 4 Dekr./BE, Art. 50 Abs. 3 NG/FR, Art. 1 Abs. 1 Rex/GE, Art. 66 Abs. 3 NG/NE und 40 Rex/NE

Parteien noch gültig abändern; Änderungen werden in der Regel durch Randbemerkungen oder Nachträge (**Art. 82**) vorgenommen. Nach Abschluss der Beurkundung ist zu prüfen, ob die Änderung den Inhalt oder die Form der Urkunde betrifft. Wenn diese ein wesentliches Element der Urkunde (Inhalt) betrifft, ist eine neue Beurkundung vorzunehmen (Art. 12 OR analog; Parallelismus der Form).¹⁰⁶

- * Bei rein formellen Fehlern dagegen (z.B. falsches Urkundsdatum) können auch nach Abschluss der Beurkundung mit oder ohne Gegenwart der Parteien, je nach den Umständen,¹⁰⁷ noch Korrekturen angebracht werden. Damit sich die Korrekturen klar von den Änderungen unterscheiden (**Art. 83**) werden erstere, **nach dem Schlussverbal und den Unterschriften** erwähnt, allenfalls mit Angabe des Rechtfertigungsgrundes. Aus denselben Gründen werden **diese nie in den Text der Urkunde eingeführt** (Art. 83 Abs. 2 und 3). Die Korrekturen, welche die vorgenannten Regeln nicht befolgen, gelten als nicht geschrieben (Art. 83 Abs. 4).
- * Die materielle Ausgestaltung betrifft die Urschrift, welche Eigentum des Staates bildet. Die *in der Urkunde erwähnten Belege* verweisen auf den Begriff der Beilage im Sinne von Artikel 81 Absatz 2 des Entwurfes. Dieser ist nicht identisch mit *Beilagen gemäss notarieller Praxis*, wie z.B. die Gebührenrechnung und mögliche Begleitschreiben. **Artikel 84** verlangt, dass die Urkunde und die darin erwähnten Belege in einem Dokument vereinigt sind und ein Ganzes bilden. Der Entwurf verzichtet auf die Vorschrift einer speziellen Bindeform, aufgrund der verschiedensten von den Notaren praktizierten Formen sowie dem teilweise grossen Umfang und der Vielzahl der Belege von gewissen Urkunden.
- * Wie oben erwähnt werden die Folgen der Nichtbeachtung von Formvorschriften in zwei speziellen Artikeln geregelt (**Art. 85 und 86**), welche die Gesamtheit der möglichen Nichtigkeitsfälle oder der anfechtbaren Fälle erfassen. Diese Bestimmungen bildeten Gegenstand einer detaillierten Prüfung. Der Experte wurde eingeladen, sich detailliert zu dieser Frage zu äussern. Den von der Konferenz der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter im Rahmen der Vernehmlassung geäusserten Beobachtungen wird im Entwurf Rechnung getragen (Art. 85 Abs. 4 neu).

Die Frage der Folgen bei Nichtbeachtung der Formvorschriften des kantonalen Rechts betreffend öffentliche Urkunden ist sehr heikel. Es stellen sich mehrere, von der Lehre unterschiedlich behandelte Probleme. Vorerst ist zu bemerken, dass kantonales Recht ausschliesslich die Verletzung *kantonal*er Formvorschriften sanktionieren kann (Art. 55 des Schlusstitels zum ZGB); wird der Bundesbegriff der öffentlichen Urkunde verletzt (Verletzung einer gemäss Bundesprivatrecht wesentlicher Formvorschrift der öffentlichen Urkunde), so ergibt sich die Sanktion aus Bundesrecht (Art. 11 Abs. 2 OR)¹⁰⁸. Wenn der Notar somit die formelle Beurkundung einem Praktikanten überlässt und daran nicht persönlich teilnimmt, so ist die Urkunde nichtig und entfaltet keine Wirkung. Nach Bundesrecht ist die Teilnahme der Urkundsperson eine der wenigen formellen Anforderungen, welche nicht umstritten ist.¹⁰⁹ Wenn es sich jedoch ausschliesslich um kantonale Formvorschriften handelt – z.B. die Art der Lesung und deren Bestätigung (BGE 125 III 131), die Ausdehnung des öffentlichen Charakters auf die beigelegten Dokumente und die Formalitäten für deren Integration in die Urkunde, usw. – so ist die Frage der Folgen bei Nichtbeachtung in der Lehre umstritten. Gemäss einem Autor¹¹⁰ soll die Urkunde bei Verletzung der kantonalen Vorschriften trotzdem entstehen, wenn die bundesrechtlichen Minimalanforderungen an eine öffentliche Urkunde erfüllt sind. Diese Ansicht scheint jedoch nicht vereinbar mit dem Text von Artikel 55 Absatz 1 des Schlusstitels zum ZGB, welcher den Kantonen auf ihrem Territorium die Zuständigkeit zur Festlegung der Modalitäten der öffentlichen Beurkundung überträgt. Nach anderen Autoren können die Kantone bestimmen, was Ordnungs- und was Gültigkeitsvorschriften sind; die Folgen der Nichtbeachtung der Gültigkeitsvorschriften sind nach dieser Theorie in Artikel 11 Absatz 2 OR bundesrechtlich umschrieben¹¹¹. Diese Theorie wird kritisiert, da die Verfahrensregeln im Bereich der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit gleichzeitig auch selber die Folgen bei Nichtbeachtung derselben regeln sollten und hiefür nicht auf eine andere Rechtsordnung ausgewichen werden dürfe¹¹². Dasselbe gilt für die Verletzung einer Prozessvorschrift zur Anwendung des Privatrechts. Die Folgen der Nichtbeachtung finden sich nicht im Privatrecht, sondern im entsprechenden Prozessrecht. Schwerwiegender sind die materiellen Folgen, welche diese Theorie in der Praxis haben kann. Die absolute Nichtigkeit von Artikel 11 Absatz 2 OR, welche in

¹⁰⁶ Piotet, S. 137, Perrin, S. 49; siehe auch Tercier, S. 24, Ruf, S. 69 und Brückner, S. 377, wie auch AGVE 1974, S. 566 und BN 1993, S. 64ff

¹⁰⁷ Piotet, S. 138, Perrin, S. 49

¹⁰⁸ vgl. namentlich Piotet, S. 158-159

¹⁰⁹ Piotet, *Mélanges*, S. 21 und 28

¹¹⁰ Brückner, Nr. 30ff, S. 15ff

¹¹¹ Schmid, Nr. 133-134, S. 32-33; Koller, Nr. 8ff, Laim, Nr. 51 ad Art. 657 ZGB

¹¹² Piotet, *Mélanges*, S. 26-27

der Lehre im Übrigen auch umstritten ist, scheint offensichtlich unangemessen für Fälle, bei der eine weniger schwere Sanktion für die Nichtbeachtung einer Vorschrift angemessener und damit am Platze erscheint (z.B. die Nichtigkeit einer Urkunde die erst 10 Jahre später geltend gemacht wird, weil sich der Notar aufgrund seiner Verwandtschaft oder Schwägerschaft bei der Beurkundung hätte in Ausstand begeben müssen, usw.)¹¹³. Die kantonale Zuständigkeit erlaubt eine präzise Anpassung der Sanktionen an die Art der Regelverletzung. Die herrschende Lehre ist mit dem Bundesgericht der Ansicht, dass die Kantone nicht nur bestimmen können, was Ordnungs- und was Gültigkeitsvorschriften im Bereich der Formvorschriften der öffentlichen Beurkundung sind, sondern dass sie bei deren Nichtbeachtung auch für die Festlegung der rechtlichen Sanktionen zuständig sind¹¹⁴.

Die im Entwurf enthaltene Lösung entspricht der Ansicht herrschender Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung. Sie gewährleistet die zwingend erforderliche Rechtssicherheit (klare kantonale Regeln, welche die Folgen ihrer Verletzung festlegen) und die bestmögliche Anpassung der Sanktionen auf die Formvorschriften des kantonalen Rechts¹¹⁵. Die Artikel 85 und 86 des Entwurfes legen abschliessend fest, welche Bestimmungen absolute Nichtigkeit bewirken (Art. 30 NG, Art. 85 Abs. 1), respektive welche innert einer bestimmten Frist gerichtlich anfechtbar und damit annullierbar sind (Art. 85 Abs. 2). Artikel 86 des Entwurfes schwächt die Sanktion der absoluten Nichtigkeit etwas ab, indem er in gewissen Fällen die öffentliche Urkunde trotzdem bestehen lässt. Unabhängig von der Gültigkeit der Urkunde löst die Verletzung einer Formvorschrift die disziplinarische Verantwortlichkeit des Notars aus (Art. 85 Abs. 3).

- * Artikel 85 Absatz 1 sieht die absolute Nichtigkeit vor, wenn die Urkunde von einem nicht zugelassenen oder suspendierten Notar beurkundet wird (Bst. a), wenn die Urkundsperson im Sinne von Artikel 4 nicht zuständig ist (Bst. b), oder wenn bestimmte Formvorschriften nicht eingehalten werden (Bst. c).

Artikel 85 Absatz 1 Bst. a erfordert kaum einen Kommentar. Da die Urkunde durch eine Amtsperson errichtet werden muss, also durch eine Person, der der Staat einen Teil der ihm zustehenden Macht abgetreten hat, ist klar, dass bei Beurkundung durch eine nicht von diesem Staat zugelassene Person keine öffentliche Urkunde entstehen kann.

Bst. b betrifft die vorgängigen Abklärungen, die der Notar vornehmen muss, um seine örtliche Zuständigkeit abzuklären. Wie oben zu Artikel 4 dargelegt, ist der Notar nur zur Beurkundung zuständig, soweit ihm die diesbezüglich erforderliche öffentliche Gewalt vom Staat abgetreten wurde. Das hat zur Folge, dass ein von einem Notar in einem anderen Kanton beurkundeter Akt nichtig ist und keinerlei Wirkung entfaltet (vgl. VPB 9, Nr. 78, S. 64). Dasselbe gilt, wenn ein Notar zur öffentlichen Beurkundung des Protokolls an einer Generalversammlung ausserhalb des Kantons teilnimmt, selbst wenn die öffentliche Urkunde danach in seiner Kanzlei fertiggestellt wird (vgl. namentlich Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide – LGVE 1988 I Nr. 20, S. 34ff; vgl. auch Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide – AGVE 1972, Nr. 2, S. 172; ZBGR 1959, Nr. 16, S. 115). Dagegen erlauben Natur und Zweck der Ausstandsbestimmungen (Art. 36 Abs. 1, 2 und 4) und die Bestimmungen über die Fähigkeit der Zeugen und Nebenpersonen (Art. 88 Abs. 2 und 89 Abs. 2), dass bei Nichtbeachtung lediglich die Anfechtung (Annullierbarkeit) der Urkunden innert einer bestimmten Frist möglich ist und keine absolute Nichtigkeit vorliegt. Im Übrigen bewirkt die Nichtbeachtung der Unvereinbarkeitsregeln (Art. 20 und 21) nicht die Ungültigkeit der Urkunde, sondern löst Verwaltungs- und/oder disziplinarische Massnahmen aus.

Artikel 85 Abs. 1 Bst. c behandelt die eigentliche Beurkundung (2. Kapitel: Das Beurkundungsverfahren) und erfordert folgende Unterscheidungen:

- Die Pflicht zur Beurkundung in der Kanzlei (Art. 76 Abs. 1) und grundsätzlich nicht an Sonn- und Feiertagen (Art. 77) sind reine Ordnungsvorschriften, welche keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Urkunde haben¹¹⁶.

¹¹³ Kunz, S. 105ff

¹¹⁴ BGE 84 II 636 = JT 1959 I 368; BGE 106 II 146 = JT 1980 I 580; Piotet, *Mélanges*, S. 26-27; Ruf, Nr. 148, S. 41; Meier-Hayoz, Nr. 129 ad 657 ZGB; Guldener, *Grundzüge*, S. 74-75

¹¹⁵ Die gerichtliche Annullierung aufgrund gewisser Formfehler ist heute im Recht von Basel-Stadt oder Zug vorgesehen. Die Kantone Luzern und Nidwalden kennen insbesondere im Bereich der Unfähigkeit im rechtlichen Sinne, die Annullierbarkeit, welche im Ermessen des Richters liegt; sie ist ebenfalls vorgesehen im Revisionsentwurf zum Notariatsgesetz des Kantons Waadt (Art. 68 Abs.3).

¹¹⁶ Piotet, S. 132 und 133

- Die Urschrift, die nicht in einer Amtssprache abgefasst ist, ist nichtig (Art. 78 Abs. 1, 79 Abs. 1 erster Abschnitt). Gleiches gilt für die von einem Notar in einer nicht von ihm beherrschten Sprache abgefasste Urkunde (Art. 78 Abs. 2), oder die in einer fremden Sprache abgefassten Urkunden, die vorgeschriebene formelle Anforderungen missachten (Art. 79 Abs. 1 zweiter Abschnitt. Art. 79 Abs. 2 zweiter Abschnitt). Demgegenüber führt eine Missachtung von Artikel 79 Absatz 1 erster Abschnitt nicht zur Nichtigkeit, sondern lediglich zur Anfechtbarkeit der Urkunde (Art. 85 Abs. 2).
- Die Nichteinhaltung der Vorschriften von Artikel 80 des Entwurfes über den Inhalt der Urkunde, welcher sowohl Anforderungen des Bundesrechts als auch des kantonalen Rechts enthält, bewirken **grundsätzlich** die Nichtigkeit der Urkunde, soweit diese Vorschriften eine sichere Grundlage für die Eintragungen in den öffentlichen Registern bezwecken (vgl. Individualisierungsregeln, Art. 80 Abs. 1 Bst. a-f und Abs. 2) sowie eine klare und unzweideutige Niederschrift der Parteiwillen (vgl. Regeln über die Genehmigung, Art. 80 Abs. 1 Bst. g-i). Gemäss bundesrechtlichen Vorschriften entsteht eine öffentliche Urkunde, wenn der Urkundsort und das Urkundsdatum bestimmbar sind¹¹⁷ (Art. 86 Abs. 1 Bst. a) und der Vertragsgegenstand sowie die an der Verurkundung beteiligten Personen unzweideutig aufgeführt sind¹¹⁸ (Art. 86 Abs. 1 Bst. b). Das Fehlen des Hinweises betreffend die Vollmachten stellt nach Bundesrecht keinen Nichtigkeitsgrund dar (Art. 86 Abs. 1 Bst. c). Das Bundesrecht verlangt keine bestimmte Form für Vollmachten (vgl. Kommentar zu Art. 87).
- Die materielle Form liegt in der Zuständigkeit der Kantone. Der Entwurf bezeichnet eine Urkunde, die nicht in unveränderlicher Weise errichtet wurde, als nichtig (Art. 81 Abs. 1).
- Die Nichtbeachtung der Artikel 87 Absatz 2 (Pflicht der Parteien, persönlich an der Beurkundung teilzunehmen oder sich dabei vertreten zu lassen), der Artikel 88 Absatz 2 und 89 Absatz 2 (Fähigkeit der Zeugen und Nebenpersonen), der Artikel 90, 92, 93 und 94 (Beurkundungsverfahren von Willenserklärungen), der Artikel 96 Absatz 1, 97 Absätze 1-3 und 6, und 98 sowie von Artikel 195 Absatz 4 EGZGB (öffentliche Beurkundung von Tatsachenfeststellungen) bewirken ebenfalls die Nichtigkeit. Alle diese Bestimmungen werden nachfolgend kommentiert. Bereits an dieser Stelle ist zu bemerken, dass die Nichtigkeitsfolge in Art. 92 (Übersetzer bei behinderter Partei) sowie jene von Artikel 79 (Übersetzer bei Verurkundung in fremder Sprache) geltendem Recht entspricht (Art. 30 Ziff. 5 und Art. 36 NG).

Die Konferenz der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter hat diesbezüglich ein Artikel 31 OR entsprechendes System – unbedingte und unwiderrufliche Erklärung der sich auf die Verletzung einer Beurkundungsvorschrift berufenden Partei innerhalb eines Jahres seit Kenntnis des Mangels – der Nichtigkeitsklage gemäss Artikel 85 Absatz 2 vorgezogen. Weil der Grundbuchverwalter einen gemäss Artikel 85 Absatz 2 geltend gemachten Rügegrund jedoch auch abweisen kann, ist eine Umsetzung von Artikel 31 OR ins kantonale Recht nicht möglich, andernfalls der Grundbuchverwalter über ein Gestaltungsrecht der Urkundspartei bestimmen könnte, wozu er aber nicht berechtigt ist.

In ihrer Vernehmlassung hat die Konferenz der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter auf die Tragweite des Bundesprivat- und des kantonalen Notariatsrechts bezüglich Verletzung von Formvorschriften und auf die für das anwendbare Zivilverfahren zu ziehenden Schlussfolgerungen hingewiesen:

"Il paraît difficile de lutter contre la jurisprudence claire – quoique relativement ancienne – du TF selon laquelle les cantons déterminent non seulement quelles sont les règles de validité de la forme authentique, mais aussi les conséquences de la violation de ces règles (ATF 106 II 146). La solution proposée par l'art. 85 AP va dans ce sens. Néanmoins, la théorie selon laquelle le droit cantonal fixe quelles sont les règles de validité de la forme authentique et les conséquences de la violation de ces règles relèvent de l'art. 11 al. 2 CO, avec la cautèle de l'interdiction de l'abus de droit, apparaît préférable. Encore une fois, le but de cette proposition est d'éviter la multiplication des voies de droit distinctes (à tout le moins au niveau cantonal) en fonction des arguments juridiques soulevés. En effet, avec le système retenu par l'AP, les compétences et les procédures changent suivant que, d'une part, le justiciable se plaint de la violation de la notion fédérale d'acte authentique ou invoque la violation d'une règle de forme à titre préjudiciel dans une action soumise par ailleurs au droit fédéral ou,

¹¹⁷ Piotet, Mélanges, S. 23

¹¹⁸ namentlich BGE 112 II 330 = JT 1987 I 70; ZBGR 1997, S. 281

d'autre part, qu'il ouvre une action en constatation de la nullité ou en annulation de droit cantonal (cf. supra, les réflexions relatives à la responsabilité civile du notaire). Si l'on considère au contraire que le droit cantonal se contente de désigner les règles de validité de la forme authentique, mais qu'une violation de ces règles entraîne toujours l'application de l'art. 11 al. 2 CO, le contentieux sera toujours considéré par les règles de procédure cantonale comme étant de droit fédéral et, par conséquent, sera soumis aux règles ordinaires de procédure".

In Einklang mit der herrschenden Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann das kantonale Notariatsrecht die Folge einer Regelverletzung der Art der Regelverletzung bestmöglich anpassen, was nicht durch verfahrensrechtliche Schwierigkeiten zunichte gemacht werden darf. Eine Bestimmung entsprechend der Verantwortlichkeitsklage gegen den Notar ist deshalb die geeignete Lösung (Art. 85 Abs. 4).

2.2 2. Abschnitt: Die an der Urkunde beteiligten Personen

Vor Errichtung der Urkunde muss sich die Urkundsperson von der Identität und der Fähigkeit der Beteiligten,¹¹⁹ unter Einschluss der Zeugen oder Dolmetscher überzeugen.¹²⁰ Der Notar muss sich über evt. Vertretungsverhältnisse informieren, nötigenfalls deren Vorhandensein feststellen. Alle diese Feststellungen erfolgen mit den üblichen Mitteln, von welchen das kantonale Recht verlangen kann, dass diese in der Urkunde oder im Protokoll¹²¹ erwähnt werden. Diese Aufgaben leiten sich aus der dem Notar obliegenden Wahrheitspflicht ab.

Die Artikel 87 - 89 bezwecken die Definition der am Beurkundungsverfahren beteiligten Personen, sowie deren diesbezüglichen Handlungsweisen zu präzisieren. Sie stellen eine Neuerung dar und lehnen sich an die Gesetzgebung des Kantons Freiburg an (Art. 55-59 NG/FR).

Der Entwurf verzichtet im Gegensatz zu anderen Kantonen auf die Möglichkeit, mehrere Notare¹²² an einer Beurkundung teilnehmen zu lassen. Er will auf diese Weise die Unabhängigkeit des Notariats stärken, da der Notar über den Parteien stehen soll und quasi als Schiedsrichter deren Interessen zu wahren hat.¹²³ Die Möglichkeit der Teilnahme zweier oder mehrerer Amtspersonen könnte unter Umständen sogar die Institution der Amtsperson als solche tangieren (vgl. z.B. den Fall, wo die Urkunde gleichzeitig vom Notar des Käufers und von jenem des Verkäufers stipuliert wird). Im Übrigen bringt die Teilnahme mehrerer Notare Probleme bezüglich der gemeinsamen Verantwortlichkeit und verpflichtet den Gesetzgeber den Fall zu regeln, wo die beiden stipulierenden Notare verschiedene Ansichten über die zu treffende rechtliche Lösung haben.

* Der Entwurf bezeichnet jene Person als Partei, welche sich durch ihre Erklärungen verpflichtet oder Rechte erwirbt (**Art. 87** Abs. 1). Es handelt sich um jene Person, deren Rechtsstellung durch die Wirkungen der Urkunde direkt betroffen wird. Nach dieser Konzeption **ist der Vertreter nicht Partei**. Die Parteien sind somit unter Nichtigkeitsstrafe (Art. 85 Bst. c) verpflichtet, selber an der Beurkundung teilzunehmen oder sich vertreten zu lassen (Art. 87 Abs. 2). Diese Pflicht birgt zwei Probleme, welche einer näheren Prüfung unterzogen wurden: die Definition der Partei in Bezug auf einen Grundpfandvertrag und die Bezeichnung einer später zu benennenden Person.

- Artikel 799 Absatz 2 ZGB sieht vor, dass der **Grundpfandvertrag** der öffentlichen Beurkundung bedarf. Der Begriff des Vertrages beinhaltet das Erscheinen zweier Parteien. In der Praxis erscheint jedoch die Bank nie. Diesbezüglich bemerkt Steinauer¹²⁴, dass die Form für alle wesentlichen Klauseln

¹¹⁹ Diese Prüfung ist nicht notwendig wenn der Komparent der Urkundsperson persönlich bekannt ist (Piotet, dieser zitiert ZBGR 48, 1967, Nr. 42 S. 225-226 (LU); ZBGR 32, 1951, Nr. 73, S. 264ff = AGVE 1950, Nr. 7, S. 42).

¹²⁰ Die Urkundsperson muss zusätzlich prüfen, dass sich die Intervenienten nicht in einem ausstands begründenden Verhältnis zu den Vertrags- oder Verfahrensparteien befinden (ZBGR 26, 1945, Nr. 117, S. 30b, BS, zitiert durch Piotet, S.134)

¹²¹ Der Entwurf verzichtet bewusst auf diese Verpflichtung, da die Kommission der Ansicht ist, das Konzept der öffentlichen Urkunde genüge um die genaue Identität und Fähigkeit der Parteien und Zeugen und der anderen am Beurkundungsverfahren auftretenden Personen zu gewährleisten.

¹²² namentlich Art. 55 NG/FR, welcher vorsieht: „L'acte notarié est reçu par un ou plusieurs notaires“.

¹²³ Dieser Fall ist von der gegenwärtigen Praxis zu unterscheiden, wonach öffentliche Gemeinwesen die Beurkundung mehreren Notaren übertragen, welche beibehalten werden kann (in diesem Fall erhält der stipulierende Notar eine verhältnismässig höhere Gebühr als seine Mitnotare, aufgrund der ihm zu kommenden erhöhten Verantwortlichkeit).

¹²⁴ Steinauer, Les droits réels, Band III, Ziffern 2696 bis 2697f

des Vertrags eingehalten werden muss (BGE 45/1919 II 562) und insbesondere die Erklärung des (künftigen) Eigentümers, welcher sich verpflichtet ein Grundpfandrecht zu errichten. **Dagegen** gilt wie im Bereich der Immobilienschenkung (vgl. namentlich H.Oser/W. Schoenenberger, *Die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Zürcher Kommentar, Band V/2, 2. Auflage, Zürich 1936, Note 4 und 7 ad Art. 243 OR und P. Cavin, *La vente, l'échange, la donation*, in *Traité de droit privé suisse*, Band VIII/1, Freiburg 1978, S. 181), **dass der Gläubiger ohne öffentliche Beurkundung zustimmen kann, da er in Wirklichkeit keinerlei Verpflichtung eingeht** (Art. 13 Abs. 1 OR in Analogie)¹²⁵. Die Identität des Pfandgläubigers muss jedoch im Pfandvertrag als wesentliches Element des Vertrages aufgeführt sein¹²⁶. Demzufolge muss sich der Notar bei Abwesenheit der Bank vergewissern, dass diese eine schriftliche Bestätigung vorlegt, mit welcher sie der Errichtung eines Pfandes zu ihren Gunsten zustimmt. Im Übrigen muss die Identität der Bank, welche Pfandgläubigerin ist, in der Urkunde als Partei aufgeführt sein (Art. 80 Abs. 1 Bst. d des Entwurfes).

- In Zusammenhang mit der persönlichen Erscheinungspflicht ist das – vom WNV in der Vernehmlassung ausdrücklich aufgeworfene – Problem für den Fall eines Kaufs für sich oder eine später zu benennende Person¹²⁷ zu prüfen (Art. 18^{bis} ARNG). Wenn die Gültigkeit der Urkunde von speziellen Formvorschriften abhängt, muss der Notar in der Urkunde alle Tatsachen und Willenserklärungen der Parteien, die für die Gültigkeit des Vertrages wesentlich sind, festhalten (BGE 106 II 147 Erw. 1; 99 II 161 Erw. 2a). Diese Tatsachen enthalten die genaue Bezeichnung der Parteien, welche durch ihre Erklärungen Rechte erwerben oder sich verpflichten, sowie die Angabe des Vertretungsverhältnisses, wenn ein Dritter für eine Partei handelt (BGE 112/1986 II 332; 45 II 565, Entscheid des Bundesgerichts vom 04. Juli 1972 in ZBGR 1973, Seiten 367ff und JT 1977 I 331, 335, Erw. 2b). Es ist somit unmöglich, einen Immobilienkauf für einen anderen unter Vorbehalt des Namens des Käufers abzuschliessen¹²⁸. Vorbehalten ist der Fall, wo eine der Parteien (i.d.R. der Käufer) ihr Recht an einen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht bekannten Dritten abtritt.¹²⁹ Der Walliser Gesetzgeber von 1942 hat diese Praxis in Artikel 18^{bis} ARNG geregelt. Im Falle eines Verkaufs **an sich oder an eine später zu benennende Person** hat deren Bezeichnung **durch eine öffentliche notarielle Urkunde** zu erfolgen und ist deren Eintragung 14 Tage nach der Beurkundung des Verkaufsaktes beim Grundbuchamt nachzusuchen. In diesem Fall substituiert sich der Käufer einem Dritten, indem er ihn in einer öffentlichen Urkunde bezeichnet, was das Bundesgericht in vergleichbaren Fällen anerkennt (BGE 110 II 342; 111 II 147, insbesondere BGE 110 II S. 242: „(...) *si le contrat est soumis ex lege à une forme spéciale en raison de la nature particulière de la prestation promise, comme dans le cas du transfert immobilier (art. 657 CC), la reprise de l'obligation ayant pour objet cette prestation sera soumise à la même forme*“). Die Kodifizierung dieser Praxis bietet einige Schwierigkeiten, namentlich was die Gebührenrechnung für diesen Folgekauf betrifft. Obwohl der Kauf für sich oder eine noch zu bezeichnende Person und die *danach folgende Bezeichnung* dieser Person innert einer bestimmten Frist einen doppelten Verkauf darstellt, sieht der Tarif für die Bezeichnung des Dritten eine reduzierte Gebühr vor (Art. 9 GTN). Aufgrund der allgemeinen Grundsätze der Gebührenberechnung ist es besser, im Falle des Folgeverkaufs innert einer bestimmten Frist (z.B. 14 Tagen) und zu denselben Bedingungen auf die erneute Erhebung der Stempelgebühr zu verzichten; wenn die Urkunde von demselben Notar errichtet wird, ist die Hälfte der Stipulationsgebühr gemäss GTN vorgeschrieben.

Da im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten gewisse Missbräuche im Bereich der Stellvertretung festgestellt wurden, werden **die Modalitäten der Stellvertretung im Gesetz geregelt**, um die missbräuchliche Stellvertretung und die damit verbundene Umgehung des Zwecks der öffentlichen Beurkundung zu verhindern.

Wie bereits erwähnt muss der Notar das Vorhandensein von Vertretungsverhältnissen prüfen und nötigenfalls deren Bestand feststellen. Das Vertretungsverhältnis ist ein wesentliches Vertragselement.¹³⁰ Die Urkunde muss somit neben den Namen der Parteien bei denen die Urkunde ihre Wirkung entfaltet auch die Namen der Vertreter und das Vertretungsverhältnis erwähnen (namentlich ZBGR 54/1973, S. 367; JT 1977 I 331, 335 Erw. 2b). Diese Forderung ist in Artikel 80 Bst. e des Entwurfes enthalten; deren Nichtbeachtung führt zur Nichtigkeit der Urkunde (Art. 85 Bst. c des Entwurfes). Diese Prüfung ist jedoch nicht immer leicht. Die Vertretungsvollmacht besteht unabhängig vom zugrunde liegenden Rechtsgeschäft (BGE 78 II

¹²⁵ Steinauer, *Les droits réels*, Ziffer 2697a, welcher die gegenteilige Meinung von Schmid zitiert, für welchen das Erscheinen beider Parteien erforderlich ist; in demselben Sinne wie Steinauer, Homberger und Marti, FJS 608, S. 3

¹²⁶ Brückner vertritt keine wesentlich andere Ansicht (S. 532, 533)

¹²⁷ Zu diesem Begriff, siehe Engel, S. 375ff, insbesondere S. 379 und 380;

¹²⁸ Art. 80 Abs. 1 Bst. e und 87 Abs. 3 des Entwurfes; BGE 45/1919 II 565, np; 102/1976 II 201, JdT 1977 I 335, Gauch/Schluep/Tercier, S. 176ff, insbesondere Nr. 949 und 950.

¹²⁹ Tercier, S. 18

¹³⁰ Steinauer, S. 11 und 12

369 / JT 1953 I 275, Zulässigkeit der Blankovollmacht). Der Vertretene kann die Vollmacht beliebig ausdehnen (Zulässigkeit der Generalvollmacht). Diese Grundsätze sind vorliegend in mehreren kantonalen Gesetzgebungen enthalten.¹³¹ Die Erteilung von Vertretungsvollmachten ist nach Bundesrecht keiner bestimmten Form unterworfen (BGE 99 II 39 / JT 1974 I 162), auch die Vollmacht für den Grundstücksverkauf (BGE 99 II 159 / JT 1974 I 66).

Einige Autoren¹³² vertreten die Ansicht, dass die missbräuchliche Verwendung des Vertretungskonzepts die öffentliche Beurkundung tangieren kann. Obwohl nichts gegen eine Vertretung durch einen Dritten bei der Beurkundung spricht, muss die Praxis gewisser Notare, welche Vertreter **ohne jeden Bezug zum Vertretenen** akzeptieren und diese sogar systematisch einsetzen als nicht vereinbar mit dem Zweck der öffentlichen Beurkundung betrachtet werden. Die öffentliche Beurkundung will bekanntlich die sich verpflichtende Partei auf den gesamten Urkundeninhalt aufmerksam machen (vgl. Forderung zur Einheit der Urkunde). Diesbezüglich ist es nicht akzeptabel, nachträglich eine Bestätigungsvollmacht zu erteilen, da die Forderung der Einheit der Urkunde verlangt, dass derjenige der vor dem Notar seinen Willen erklärt über die erforderliche Vollmacht, dies zu tun, verfügt. Auch der Besitz einer Generalvollmacht scheint mit dem Zweck der öffentlichen Beurkundung nicht vereinbar; diese will die Parteien anregen, ihren klaren Willen zum Vertragsabschluss zum Ausdruck zu bringen, diesen Willen klar und präzise zu äussern und von der Tragweite dieses Vertragsabschlusses Kenntnis zu nehmen. Das Gesetz verlangt den Einsatz einer Amtsperson, damit dieser die Parteien über die Folgen der Urkunde aufklären kann.¹³³ Der Notar muss also den wahren Willen der Parteien abklären und diesen genau niederschreiben (vgl. Wahrheitspflicht in Art. 37).

Der Entwurf trägt der vorgenannten Kritik Rechnung und beschränkt die Vertretung auf jene Fälle, **wo der Vertreter den Willen des Vertretenen kennt**. So wird der Zweck der öffentlichen Beurkundung gewährleistet, da der Notar auf indirektem Wege den Willen des Vertretenen mitbekommt. In diesem Sinne verbietet Artikel 36 Absatz 1 Bst. a ausdrücklich die Verwendung von Substitutionsvollmachten (vgl. Kommentar oben ad Art. 36). Im Übrigen muss der Vertreter gemäss Artikel 87 Absatz 3 des Entwurfes eine Vollmacht vorlegen, die seine Identität und jene der Parteien bekannt gibt, sowie das Vertretungsverhältnis offen legt. Dies soll die Verwendung von General- oder Blankovollmachten verhindern. Die Verpflichtung die Vollmacht der Urkunde im Original oder in Kopie (Art. 87 Abs. 5) beizulegen verhindert die Praxis *der noch beizubringenden Vollmachten*. Die Genehmigung muss während der Beurkundung erfolgen (vgl. Grundsatz der Einheit der Urkunde, Art. 94). Unter Vorbehalt der gesetzlichen Vertretung (Abs. 6) sind diese Regeln ebenfalls anwendbar, wenn der Vertreter für eine Person handelt, deren Handlungsfähigkeit durch das Vormundschaftsrecht eingeschränkt ist (Art. 87 Abs. 4 und 5). Sofern das Bundesrecht keine bestimmte Form für die Vollmacht vorschreibt, führt die Nichtbeachtung dieser Vorschriften nicht zur Aufhebung der öffentlichen Beurkundung.

- * Der Zuzug von Zeugen ist hauptsächlich für letztwillige Verfügungen vorgesehen. Ihre Unfähigkeit ist in Artikel 503 ZGB geregelt. Der Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte ist nicht vorgesehen, da der Entwurf die volle Handlungsfähigkeit verlangt (**Art. 88** Abs. 2 Bst. a) und das Stimm- und Wahlrecht nur noch im Falle von Artikel 369 ZGB (Geisteskrankheit und Geistesschwäche) entzogen wird (vgl. Art. 136 BV, Art. 2 des Bundesgesetzes vom 17. November 1976 über die politischen Rechte, Art. 12 Abs. 1 vom 17. Mai 1972 des kantonalen Gesetzes über Wahlen und Abstimmungen). Die anderen Interventionen der Zeugen sind in Artikel 77 Absatz 3 und 90 Absatz 3 und 98 Absatz 3 des Entwurfes vorgesehen.

- * Im Gegensatz zu einigen Autoren macht der Entwurf die Übersetzer und Dolmetscher nicht zu Hilfs- sondern zu **Nebenpersonen** des Notars, was sich auf die Verantwortlichkeitsfrage auswirkt.¹³⁴ Gemäss **Artikel 89** Absatz 3 des Entwurfes muss sich der Notar von der Fähigkeit der Nebenpersonen in angemessener Weise überzeugen (*diligentia in eligendo*) und diese auf die ihnen **obliegenden Pflichten auf-**

¹³¹ Siehe namentlich Art. 29 Bst. b ARNG, Art. 66 Abs. 4 NG/VD, Art. 11 Rex/FR, Art. 66 Abs. 1 NG/NE, welche die Blankovollmacht ausdrücklich anerkennen und Art. 29 Bst. c ARNG und 11 ARNG welche die Generalvollmachten anerkennen.

¹³² Tercier, S. 7

¹³³ Perrin, S. 25

¹³⁴ Brückner, S. 127, Nr. 376, vertritt die Ansicht, dass der Übersetzer eine Hilfsperson des Notars ist, gegenüber welcher dieser gleich haftet wie gegenüber Angestellten im Sinne des Art. 55 OR (vgl. ebenfalls Brückner, S. 563, Nr. 1989)

merksam machen (*diligentia in instruendo*)¹³⁵. Dagegen kann von ihm keine Überwachung verlangt werden (*diligentia in custodiendo*), in Bereichen die er nicht beherrscht¹³⁶.

2.3 3. Abschnitt: Beurkundung von Willenserklärungen

Während die Abschnitte 1 und 2 des zweiten Kapitels sich auf alle öffentlichen Urkunden beziehen findet Abschnitt 3 (Art. 90-93) nur auf die Beurkundung von Willenserklärungen Anwendung. Dieser enthält eine Reihe von Anforderungen, welche der den Parteien obliegenden Pflicht, an der Beurkundung teilzunehmen, entspringen. Es wird daran erinnert, dass die Urkundsperson die Urkunde **persönlich** in Anwesenheit der Parteien zu errichten hat. Nach Ansicht der Lehre¹³⁷ handelt es sich um eine Regel des Bundesrechts. Nur diese ist geeignet, die genaue Wiedergabe des Parteiwillens zu garantieren.¹³⁸ Demzufolge darf sich die Urkundsperson während dem Verfahren weder ganz noch teilweise durch einen Angestellten vertreten lassen.¹³⁹ Er muss jedoch die Urkunde nicht selber vorbereiten oder errichten.¹⁴⁰ Im letzteren Fall gilt die Beratungs-, Informations- und Wahrheitspflicht vollumfänglich während dem Beurkundungsvorgang.¹⁴¹

- * Die ordentliche Beurkundung ist in **Artikel 90** enthalten, welcher Artikel 33 NG entspricht. Der Spezialfall der behinderten Partei ist in **Artikel 92** geregelt. Dieser enthält keine wesentlichen Neuerungen (vgl. Art. 36 NG) und verweist im Übrigen auf Artikel 90 des Entwurfes. **Diese Vorschriften** (Art. 90, 92 und 93) **müssen unter Androhung der Nichtigkeit der Urkunde (Art. 85 Bst. c) eingehalten werden.** Der Fall des Kompargenten, der keine der Amtssprachen versteht, ist in Artikel 79 geregelt, der der Verurkundung von Willenserklärungen nicht bekannte Möglichkeiten enthält.

Entsprechend der Wahrheitspflicht **muss der Inhalt der Urkunde den Parteien mitgeteilt werden.** Der Notar muss sicher sein, dass die Parteien oder deren Vertreter den Inhalt der Urkunde genau kennen und dieser ihrem Willen entspricht. Der Notar kann auf diese Bekanntgabe auch dann nicht verzichten, wenn die Parteien den Inhalt schon kennen.¹⁴² In diesem Verfahrensstadium müssen die Parteien intervenieren und allenfalls die eine oder andere Klausel der Urkunde, die ihrem Willen nicht genau entspricht, ändern können. Es ist aber zu bemerken, dass kurzfristige Änderungsvorschläge während der Beurkundung nicht ohne weiteres vorgenommen werden können und eine erneute Lesung der Urkunde erfordern¹⁴³ (vgl. oben Problematik der Abänderung). Unter Vorbehalt des Bundesrechts ist es Sache des Kantons zu entscheiden, ob die Urkundsperson oder auch die Parteien selber die Urkunde lesen können. **Im Falle der Lesung durch die Parteien muss der Notar anwesend sein und sich diesbezüglich über die Vornahme der Lesung vergewissern.** Diese Anforderung entspringt der Verpflichtung der Urkundsperson sich aktiv an der Erarbeitung der formellen Urkunde zu beteiligen. **Die Lesung muss die gesamte Urkunde umfassen.** Gemäss Lehre und Rechtsprechung¹⁴⁴ leidet eine Urkunde an einem Formmangel, wenn sie notwendige Urkundselemente enthält, die dem Beurkundungsverfahren nicht unterworfen waren¹⁴⁵. Falls wesentliche Bestimmungen der öffentlichen Urkunde von dieser formell getrennt, in einem anderen Dokument enthalten sind, auf welches die Urkunde verweist, so muss der Notar gemäss Artikel 90 Absatz 4 des Entwurfes in der Urkunde bestätigen, dass das Beurkundungsverfahren auch auf diese angewendet wurde. Dieses Dokument wird damit integrierender Bestandteil der Urkunde und stellt nicht lediglich einen Beleg im Sinne von Artikel 81 Absatz 2 dar.

¹³⁵ vgl. Art. 12 Abs. 5 Dekr./BE

¹³⁶ So kann der Notar der eine Fremdsprache nicht versteht, die Genauigkeit einer Übersetzung durch den Übersetzer nicht überprüfen; dagegen ist er für die Sorgfalt mit welcher er diesen ausgewählt hat, anhand der Diplome, Referenzen, usw. sowie dessen Information über seine Pflichten, verantwortlich.

¹³⁷ Steinauer, S. 14, zitiert Beck Nr. 11 ad Art. 55 Schlusstitel, Huber, ZBGR, S. 241, Schmid Nr. 178; im gegenteiligen Sinn BGE 84/1958 636/641 = JT 1959 I 368/371; siehe im Übrigen BGE 95/1969 IV 113/115 = JT 1969 IV 108/110

¹³⁸ Perrin, S. 68ff

¹³⁹ Steinauer, S. 14, zitiert ZBGR 39/1958, S. 92ff und 41/1960, S. 37/41

¹⁴⁰ Steinauer, S. 14, zitiert BGE 63/1937 II 359/361 / JT 1938 I 98; Schmid Nr. 180, Carlen S. 92 und Huber, ZBGR, S. 237, dagegen Kratzer S. 57-58

¹⁴¹ Perrin, S. 69

¹⁴² Steinauer, S. 14, dieser zitiert Schmid Nr. 183 und Marti, S. 111

¹⁴³ Steinauer, S. 14

¹⁴⁴ Steinauer, S. 16, zitiert Schmid Nr. 188, BGE vom 16. September 1937 in ZR 37/1938, S. 261/263; ZBGR 41/1960, S. 193/203ff; ZBGR 55/1974, S. 287/290ff, weniger bejahend BGE 106/1980 II 146/150 = JT 1980 I 580/583, gemäss welchen eine solche Forderung dem Bundesrecht zumindest nicht widerspricht.

¹⁴⁵ Diesbezüglich denkt man insbesondere an die Problematik der vorgedruckten Bankformulare im Bereich der Kautionen, welche Gegenstand einer umfassenden Rechtsprechung bildete (namentlich der Entscheid vom 28. Oktober 1988 des Appellationshofes des Kantonsgerichtes Freiburg, publiziert in FFJ/FZR 1999, S. 240ff, Piotet, JT 1996 III 2; BGE 125 III 131ff)

Wie bereits Artikel 33 Absatz 2 NG sieht der Entwurf vor, dass die Parteien nach erfolgter Lesung bestätigen, dass die Urkunde ihren Willen enthalte und diese mit dem Notar unterzeichnen (Art. 90 Abs. 2).

- * **Artikel 91** behandelt die eidesstattliche Erklärung. Es handelt sich um eine Neuerung. ZBGR 2000 S. 389ff behandelt die Frage des Affidavits vom lateinischen „*Affirmare*“. Der Begriff *Affidavit* bedeutet wörtlich „*er bestätigt*“. Rechtlich bedeutet es, dass eine Person feierlich die Wahrheit einer Erklärung bestätigt oder sich zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet. Dieses Beweismittel ist im schweizerischen Recht wenig bekannt. Der Artikel 11 Absatz 3 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht sieht jedoch die Aufnahme einer eidesstattlichen Erklärung durch einen Notaren vor (IPRG): „*Die schweizerischen Gerichte oder Behörden können Urkunden nach einer Form des ausländischen Rechts ausstellen oder einem Gesuchsteller die eidesstattliche Erklärung abnehmen, wenn eine Form nach schweizerischem Recht im Ausland nicht anerkannt wird und deshalb ein schützenswerter Rechtsanspruch dort nicht durchgesetzt werden könnte.*“ Nach Bernard Dutoit¹⁴⁶ hat der Kanton festzulegen, welche eidesstattlichen Erklärungen unter welchen Bedingungen möglich sind. Der Kanton Basel-Stadt hat sie auf dem Zirkularweg bewilligt (ZGBR 2000 S. 392). Der Kanton Bern hat eine eigene von Marti¹⁴⁷ kurz kommentierte Norm geschaffen (Art. 17 Dekr./BE). Der Neuenburgische Gesetzgeber hat diese Frage in den Artikeln 61 und 62 Rex/NE geregelt. Der Entwurf übernimmt diese in Artikel 91 in vereinfachter Form. Die eidesstattliche Erklärung ist keine einfache Feststellung, da sie die aktive Teilnahme der erklärenden Person verlangt und diese unterzeichnen muss. Sie ist demzufolge wie eine Willenserklärung zu beurkunden, weshalb sie in Abschnitt 3 zu regeln ist. Sie bildet Gegenstand einer eigenen Bestimmung, da sie weitergeht als die ordentliche Beurkundung von Willenserklärungen. Schliesslich sieht Artikel 75 Absatz 2 Bst. k des Entwurfes ausdrücklich vor, dass diese im Original ausgehändigt werden kann.
- * Nach Bundesrecht hat die eigentliche Beurkundung ohne wesentlichen Unterbruch (in einem Zug)¹⁴⁸ in Gegenwart des Urkundsbeamten, der Parteien und Intervenienten zu erfolgen. Es handelt sich um den Grundsatz der Einheit der Urkunde. Steinauer bemerkt, dass der Grundsatz der Einheit der Urkunde den Parteien dient. Dieser verpflichtet sie Kenntnis zu nehmen vom Inhalt der Urkunde und ihren Willen zu äussern ohne von externen Elementen abgelenkt zu werden und sich über die Tragweite ihrer Erklärungen bewusst zu werden. Dieser Grundsatz hat zur Folge, dass bei Verträgen beide Parteien (oder Vertreter) gleichzeitig bei der Beurkundung anwesend sein sollten. Ausser die vom Bundesrecht geregelten Fälle bleibt diese Forderung der gleichzeitigen Anwesenheit in der Lehre umstritten¹⁴⁹. Das Bundesgericht erachtet die etappenweise Beurkundung mit der sukzessiven Präsenz der Parteien als mit dem Bundesrecht vereinbar (vgl. Art. 33 NG, ZWR 1976, S. 394ff)¹⁵⁰. Der Grossteil der Lehre verweist bezüglich der Tragweite der Einheit der Urkunde auf das kantonale Recht, welches von Kanton zu Kanton sehr verschieden ausgestaltet ist. So verlangt Artikel 33 NG nicht in klarer Weise die gleichzeitige Präsenz der Parteien (vgl. ZWR 1976, S. 394ff oben zitiert). Im Kanton Waadt scheint die Einheit der Urkunde aus einer Kombination aus Artikel 72 Absatz 1 und 4 NG/VD abgeleitet zu werden¹⁵¹. Das Freiburger Recht sieht vor, dass die an der Beurkundung beteiligten Personen während der Dauer des Verfahrens anwesend sein müssen und dieses ohne nennenswerten Unterbruch zu Ende zu führen ist, ausser bei gegenteiligen gesetzlichen Bestimmungen oder bei Umständen die nicht vom Parteiwillen abhängig sind (vgl. Art. 62 NG/FR). Für den Genfer und Neuenburger Gesetzgeber ist die gleichzeitige Präsenz der Parteien obligatorisch (vgl. Art. 18 NG/GE, Art. 72 Abs. 3 NG/NE). Das Genfer Recht sieht jedoch vor, dass in Ausnahmefällen, wenn nicht alle Parteien zusammen bringbar sind, die letzte Unterschrift drei Monate nach der ersten anzubringen ist (ausgenommen: Verlängerung in Fällen der Zustimmung der Unterzeichner). Die Praxis scheint häufig von dieser Ausnahme Gebrauch zu machen. Artikel 14 Absatz 1 des Dekretes des Kantons Bern sieht als Grundsatz die gleichzeitige Präsenz aller Parteien vor. Die Möglichkeit

¹⁴⁶ Dutoit, Nr. 9 ad Art. 11 IPRG

¹⁴⁷ Marti, S. 162f

¹⁴⁸ Steinauer, S. 16, dieser zitiert: BGE 48/1922 II 63/67 = SJ 1922 S. 226/228; 56/1930 II 159/161 = JT 1930 I 450/451; 58/1932 II 204/206 = JT 1933 I 525/526; OFJ, in ZBGR 64/1983, S. 352; Huber, ZBGR, S. 248; Schmid, Nr. 194; Marti, S. 78

¹⁴⁹ zur obligatorischen Präsenz der Parteien: Huber, ZBGR, S. 228ff; Schmid, Nr. 201ff, für eine zeitliche verschobene Beurkundung, im Sinne der Artikel 3 und 5 OR: Beck, Nr. 10 ad Art. 55 Schlusstitel; Meier-Hayoz, Nr. 111 ad Art. 657 ZGB; Guldener, S. 347; Schmidlin, Nr. 77 ad Art. 11 OR

¹⁵⁰ Siehe auch Bundesgerichtsentscheid vom 08. März 1976, der die Frage offen lässt, BGE 78/1952 IV 105 = JT 1953 IV 69, welcher scheinbar indirekt die vereinfachte Beurkundung anerkennt (vgl. Fall der Simulation wo das Bundesgericht sich nicht zur Tatsache äussert, dass der Notar die Urkunde vom Verkäufer im Spital unterzeichnen lässt und vom Käufer erst am darauf folgenden Tag.).

¹⁵¹ Perrin, S. 77

der sukzessiven Unterzeichnung der Parteien wird jedoch unter Vorbehalt des Bundesrechts vorgesehen (Art. 14 Abs. 3 Dekr./BE).

Für Antoine Perrin¹⁵² ist die sukzessive Unterzeichnung keine befriedigende Lösung. Es stellen sich Probleme, wenn die Partei die nachträglich unterzeichnet wesentliche Vertragselemente ändern will. Diese Situation kann im Übrigen zu Rechtsunsicherheiten führen, z.B. für den Fall eines Kaufvertrages, wo der Verkäufer bei zwei Notaren mit zwei verschiedenen Käufern einen Kaufvertrag verurkundet.

Artikel 93 verstärkt den Grundsatz der Einheit der Urkunde im Walliser Recht, indem er die sukzessive Beurkundung klar verbietet. Dies soll die Förmlichkeit des Beurkundungsvorganges bestärken und die Beurkundung auf jenen Zeitpunkt verschieben, wo *alles hiefür bereit ist* (vgl. namentlich Art. 80 Abs. 1 Bst. f und Art. 87 Abs. 3: Verbot der zu hinterlegenden Vollmachten, die Annahme hat *während* der Beurkundung und nicht im nachhinein zu erfolgen). **Alle an der Beurkundung beteiligten Personen haben somit unter Vorbehalt gegenteiliger gesetzlicher Bestimmungen während des Beurkundungsvorgangs anwesend zu sein.** Die Lesung und die Unterzeichnung folgen ohne nennenswerten Unterbruch in Gegenwart aller Beteiligten. Der Entwurf sieht keine Ausnahmen wie z.B. die Gesetzgebung der Kantone Freiburg (Art. 62 NG/FR) oder Genf (Art. 18 NG/GE) vor, da die vom Parteiwillen unabhängigen Umstände oder die Ausnahmefälle kaum umschrieben werden können. **Die Nichtbeachtung dieser Vorschrift bewirkt die Nichtigkeit der Urkunde** (Art. 85 Bst. c).

2.4 **4. Abschnitt: Beurkundung von Feststellungen**

Bei der Beurkundung von Feststellungen (Art. 94-98) spielt der Notar eine wesentlichere Rolle, da die aktive Beteiligung der Parteien nicht wie bei der Beurkundung von Willenerklärungen erforderlich ist.

- * **Artikel 94** verweist betreffend die Beglaubigung von Unterschriften auf das EGZGB (Art. 20 Abs. 2 und 195 EGZGB). Die zivile Verantwortlichkeit des Notars für den Inhalt der Urkunden bei Unterschriftsbeglaubigung wird durch Artikel 5 Absatz 3 des Entwurfes geregelt. Diese ist ausgeschlossen, ausser bei einer Urkunde die er selber verurkundet hat oder an deren Errichtung er beteiligt war.
- * Das gegenwärtige Recht (Art. 43 NG) unterscheidet zwischen *der Beglaubigung von Kopien und der Kollationierung*. Die *beglaubigte Kopie* ist jene, deren Übereinstimmung mit dem Original vom stipulierenden Notar (Abs. 1) festgestellt wird, während bei der *kollationierten Kopie* diese Feststellung durch einen anderen als den stipulierenden Notar (Abs. 2) erfolgt. Die Kollationierung, welche den Einsatz von zwei Notaren verlangt, bezweckt, dass der Kopie *dieselbe Beweiskraft wie der Urkunde selber zukommt* (Art. 43 Abs. 2 NG). A contrario kommt der durch den stipulierenden Notar erstellten beglaubigten Kopie nicht dieselbe Beweiskraft wie dem Original zu.

Diese Schlussfolgerung ist aufgrund der Systematik des Entwurfes nicht annehmbar. Da jede vom Notar errichtete Urkunde eine öffentliche Urkunde ist (Art. 72), gilt das auch für die Beglaubigung von Kopien, *deren Richtigkeit solange vermutet wird, als nicht das Gegenteil bewiesen ist* (Art. 9 ZGB). Es ist zu bemerken, dass die Kollationierung (vom lateinischen „*Colatere*“, ein Schriftstück neben das andere legen) ein Mittel ist, welches der Notar benutzen kann oder benutzen muss, um die Übereinstimmung der Kopie mit einem Dokument zu bestätigen. Auf die in Artikel 43 NG enthaltene Unterscheidung wird deshalb verzichtet. **Artikel 95** beschränkt sich auf die Regelung des Verfahrens, welches der Notar zu befolgen hat, wenn er die Übereinstimmung einer Kopie mit einem Dokument **feststellt** (Abs. 1). Die Bestätigung muss die Art des Dokuments erwähnen, sofern sich dies nicht bereits aus der Kopie ergibt (Abs. 2 Bst. a) und die Art und Weise der Beglaubigung, namentlich bei Kollationierung (Abs. 2 Bst. b). Der Notar ist bei der Beglaubigung von Kopien für den Inhalt des Dokuments nur dann zivilrechtlich verantwortlich, wenn er die Urkunde selber redigiert hat (Art. 5 Abs. 3).

- * **Artikel 96** (Feststellung eines Datums oder einer Tatsache) übernimmt im Wesentlichen Artikel 44 NG. Absatz 3 übernimmt die in Artikel 80 Absatz 2 des Entwurfes enthaltene Formulierung.

¹⁵² Perrin, S. 76

- * Das Verfahren betreffend die Feststellung von Versammlungsbeschlüssen wird in den **Artikeln 97 und 98** geregelt (vgl. Art. 45 NG). Dasselbe Verfahren gilt, wenn der Notar Entscheide des Verwaltungsrates festzuhalten hat (Art. 97 Abs. 6, 98 Abs. 1).¹⁵³

Das Versammlungsprotokoll wirft drei Probleme auf:

1. Gemäss einer Praxis der Vorsteher der Walliser Handelsregisterämter muss der Notar in seiner Urkunde folgende Formel verwenden: „*Es wird kein anderes Protokoll errichtet als das vorliegende in öffentlicher Form*“. Diese Bestimmung soll Widersprüche zwischen dem privaten Protokoll und dem öffentlich errichteten verhindern. Diesbezüglich ist Artikel 702 OR zu berücksichtigen, welcher den Verwaltungsrat verpflichtet, die Erstellung eines Protokolls, das vier wesentliche Punkte enthält, zu gewährleisten. Die Koexistenz von zwei Protokollen, ein öffentliches und ein privates, bewirkt regelmässig, dass der Notar nur die Entscheide der Versammlung festhält, für welche das Gesetz obligatorisch die öffentliche Form vorschreibt. Ebenfalls zur Vermeidung von Widersprüchen macht der Entwurf (Abs. 5) den Notar auf die vom Handelsregister verlangte Formulierung aufmerksam.
2. Artikel 45 NG sieht die Möglichkeit einer zeitlich verschobenen Beurkundung des Protokolls nicht vor.¹⁵⁴ Artikel 97 Absatz 4 des Entwurfes führt dies um der Praxis gerecht zu werden ein, namentlich wenn nur ein Protokoll in öffentlicher Form beurkundet wird.¹⁵⁵ Im Grundsatz unterscheidet sich diese zeitlich verschobene Beurkundung nicht wesentlich von der Beurkundung einer Feststellung in öffentlicher Form¹⁵⁶.
3. Artikel 45 Absatz 1 NG verlangt neben der Unterschrift des Notars, diejenige des Präsidenten und des Sekretärs der Generalversammlung. Diese Regelung, die sich in verschiedenen kantonalen Gesetzgebungen¹⁵⁷ findet, liegt im Zuständigkeitsbereich des Kantons. Da das Protokoll nach herrschender Lehre¹⁵⁸ eine öffentliche Feststellung ist und es genügt, wenn dieses lediglich vom Notar unterzeichnet ist, haben die Unterschrift des Präsidenten und des Sekretärs keine konstitutive Wirkung und bedeuten einzig die Annahme des Protokolls. Der Entwurf berücksichtigt jedoch den Vorschlag der Vorsteher der Handelsregisterämter und hält an der gegenwärtigen Regelung fest.

Artikel 77 Absatz 3 des Vorentwurfs sah die Einführung der Verurkundung auf Distanz vor: „*Auf Gesuch einer Urkundspartei kann eine Beurkundung in Abweichung der Vorschriften über die Unterzeichnung gültig auf Distanz erfolgen, wenn ein audiovisuelles Mittel während des gesamten Beurkundungsvorgangs die gleichzeitige Teilnahme der Urkundspartei oder Intervenienten gewährleistet. Zwei Zeugen müssen bestätigen, dass die nicht anwesenden Parteien die vom Notar vorgelesene Urkunde genehmigen und mit dem Notar unterzeichnen*“.

Das Bundesamt für Justiz hält die Verurkundung durch Videokonferenz für nicht kompatibel mit den Prinzipien der Einheit und Unmittelbarkeit der Urkunde, des erhöhten Wahrheitsgehalts öffentlicher Urkunden, dem Erfordernis der Vertraulichkeit und schliesslich dem Erfordernis der Unterzeichnung des Aktes durch die Parteien. Es hat in diesem Zusammenhang verschiedene Fachleute, darunter den Experten des Staatsrats, befragt, die grossmehrheitlich der Meinung sind, dass die Verurkundung auf Distanz für die Beurkundung von Tatsachen (bspw. Protokoll einer Generalversammlung) zulässig ist, nicht jedoch für die Beurkundung von Willenserklärungen.

Der Entwurf (Art. 98) übernimmt in diesem Sinne die Fernbeurkundung für das Protokoll einer Generalversammlung oder einer Verwaltungsratssitzung. Die Absätze 2 und 3 tragen den Bedenken bezüglich dem Wahrheitsgehalt, der freien Meinungsäusserung am Ort der Generalversammlung und der andauernden Verbindung der Teilnehmer via Video-Konferenz Rechnung.

¹⁵³ Eingeführt im Entwurf aufgrund der Notwendigkeit gewisse Entscheide des **Verwaltungsrates** öffentlich zu beurkunden (namentlich Art. 647 Abs. 1, 652g Abs. 2, 652h Abs. 2 Ziff. 1, 653g OR und 81b HRV).

¹⁵⁴ Diese Möglichkeit sieht namentlich der Kanton Waadt vor (Art. 72a NG/VD); sie ist vorgesehen in der Revision des Notariatsgesetzes des Kantons Graubünden.

¹⁵⁵ Man denkt hier an die viel besuchten Generalversammlungen, wo es nicht möglich ist das Protokoll vorher zu entwerfen oder vorzubereiten, insbesondere hinsichtlich Art. 702 Abs. 2 Ziff. 3 OR.

¹⁵⁶ Zum Beispiel, wenn sich der Notar in eine Wohnung begibt um Risse festzustellen und einige Notizen zur Lage der Schäden macht und dann zurück in seinem Büro die öffentliche Feststellung errichtet.

¹⁵⁷ namentlich Art. 22 Abs. 2 Dekr./BE, Art. 66 Abs. 1 NG/FR

¹⁵⁸ insbesondere Brückner und Marti; dagegen Perrin, S. 93ff

2.5 5. Abschnitt: Verzeichnisse, Aufbewahrung und Abschriften

Verzeichnisse (Art. 99 – 102)

Nach der Lehre ist das Verzeichnis ein öffentliches Register, welchem die Beweiskraft des Zivilrechts zukommt¹⁵⁹. Es kann somit als Beweismittel gelten wie dies Artikel 37 Absatz 5 NG bestätigt, welcher vorsieht, dass der Eintrag einer Urkunde im Verzeichnis **als Beweis für den Bestand im Falle des Verlustes der Urkunde gilt**. Im System des romanischen Notariats, bilden die Verzeichnisse öffentliches Eigentum, welches dem Notar anvertraut ist (Art. 36 ARNG). Da Verlustrisiken nicht ausgeschlossen werden können, wird ein Doppel der Verzeichnisse dem mit dem Notariat befassten Departement zugestellt (Art. 28 Abs. 1 ARNG). Diese Übermittlung ermöglicht im Übrigen zu prüfen, ob die nicht eingetragenen Urkunden von einem Jahr zum anderen regularisiert wurden.

- * Wie Artikel 24 NG/BE bezeichnet **Artikel 99** die Verzeichnisse, die der Notar über die von ihm errichteten öffentlichen Urkunden führt, als öffentliche Urkunde. Das Verzeichnis ist somit zumindest als eine Feststellung zu betrachten.

Gegenwärtig sieht das NG zwei Verzeichnisse vor, nämlich ein allgemeines Register (Art. 37 NG), **welches das Inventar aller vom Notar errichteten Urkunden darstellt** (Urkunden, Urkunden im Original, Wechselproteste, handschriftliche dem Notar anvertraute Testamente und Beglaubigungen (Art. 35 ARNG)) und ein Testamentenregister (Art. 40 ARNG). Der Grundsatz des allgemeinen Verzeichnisses findet sich namentlich in den Kantonen Genf (Art. 28 NG/GE) und Neuenburg (Art. 80 NG/NE). Andere Gesetzgebungen sehen dagegen das Führen von verschiedener unabhängiger paralleler Register vor: dies ist der Fall in den Kantonen Bern (Art. 12 Vo/BE), Freiburg (Art. 15 ARNG/FR) und Waadt (Art. 78, 91 und 92 NG/VD).

- * Der Entwurf sieht drei von einander unabhängige Verzeichnisse vor. Diese Lösung erlaubt **eine bessere Übersicht** und verhindert sich wiederholende Eintragungen¹⁶⁰. Der **Artikel 100** des Entwurfes zählt die vorgeschriebenen Verzeichnisse auf, nämlich das Minutenverzeichnis, in welchem der Notar alle Urkunden einträgt, deren Original in seiner Verwahrung bleiben (Bst. a), das Verzeichnis der im Original ausgehändigten Urkunden, in welchem er alle Urkunden einträgt, deren Original dem Berechtigten ausgehändigt werden (Bst. b) und das Verzeichnis der Urkunden über letztwillige Verfügungen, in welchem er die öffentlichen Testamente, die Erbverträge und die ihm anvertrauten handschriftlichen Testamente einträgt (Bst. c). Die Einführung des Registers der im Original ausgehändigten Urkunden ist notwendig; die Existenz dieser Urkunden ist sofort im Register einzutragen, da die Originale nicht im Besitze des Notars bleiben und das definitive Verlustrisiko somit ungleich höher ist. Die gegenteilige Meinung des WNV geht sogar dahin, die mit einer Urkunde zusammenhängenden Beglaubigungen in keinem Verzeichnis einzutragen. Die Aufbewahrung von Originalurkunden, vor allem von Beglaubigungen, kann jedoch nur mittels Verweis in einem Verzeichnis geschehen. Daneben kann die Beglaubigung einer Unterschrift durch Vergleich mit jener in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen erfolgen (Art. 195 Abs. 3 EGZGB), was voraussetzt, dass diese öffentliche Urkunde in einem Verzeichnis enthalten ist. Den Vorbehalten des WNV trägt der Entwurf mit vereinfachter Eintragung im Verzeichnis der Originalurkunden Rechnung (Art. 102 Abs. 2).
- * **Artikel 101** regelt Form und Inhalt der Verzeichnisse (gegenwärtig Art. 37 NG). Neu ist **die Führung auf einfachem Papier**, sofern es sich um Papier im A4-Format handelt (Abs. 1). Es rechtfertigt sich nicht, der Urkundsperson die Benutzung offizieller Formulare vorzuschreiben. Dies würde die Führung in elektronischer Form, was gemäss Absatz 2 möglich ist, verunmöglichen. Das Verzeichnis ist eine öffentliche Urkunde (vgl. Art. 99) und die Führung in elektronischer Form muss somit zu den in Artikel 81 Absatz 1 des Entwurfes vorgesehenen Bedingungen bewilligt werden (vgl. Kommentar oben) unter Vorbehalt, dass jede Eintragung gemäss den Vorschriften des Notariatsgesetzes¹⁶² unterzeichnet wird¹⁶¹. Das Verzeichnis muss die verschiedenen Rubriken, die das Gesetz vorschreibt (Abs. 3 und 4), enthalten, un-

¹⁵⁹ Ruf, S. 137, Nr. 483

¹⁶⁰ Gegenwärtig muss der Notar die Testamente im allgemeinen Verzeichnis eintragen (Art. 35 Abs. 1 Bst. d und 39 ARNG) und anschliessend diese Eintragung ins Verzeichnis der letztwilligen Verfügungen übertragen (Art. 40 ARNG).

¹⁶¹ Es wird daran erinnert, dass die Unterschrift des Notars eine Anforderung des Bundesrechts ist (vgl. Schmid Nr. 185, zitiert durch Steinauer, S. 15).

¹⁶² Diese Formulierung behält die mögliche Gleichstellung der elektronischen Unterschrift mit der handschriftlichen Unterschrift vor (vgl. die mögliche kantonale Gesetzgebung über die elektronische Unterschrift auf öffentlichen Dokumenten gemäss dem Modell des neuen Bundesgesetzes über die elektronische Signatur).

abhängig ob es von Hand oder in elektronischer Form geführt wird. Absatz 3 legt den **Mindestinhalt** für die drei Verzeichnisse fest. Im Wesentlichen übernimmt der Entwurf den Inhalt des gegenwärtigen offiziellen Formulars¹⁶³. Um die Verwechslungsgefahr bei gleich lautenden Namen herabzusetzen, wird das Geburtsdatum zur Bezeichnung der Urkundsparteien hinzu gefügt. Buchstabe f regelt die Gebührenteilung, welche zulässig ist (vgl. Art. 36 Abs. 5) und verlangt die Angabe des Grundes sowie des Empfängers im Verzeichnis¹⁶⁴. Absatz 4 behandelt die verschiedenen zusätzlich zum Beurkundungsdatum (Abs. 3 Bst. b) aufzuführenden Daten. Für Grundstücksgeschäfte muss das Verzeichnis die Eintragung im Grundbuch (Bst. a) erwähnen, was die Vermutung zulässt, dass die Urkunde dem Grundbuchamt vorgelegt und an den Notar zurückgesandt wurde. Für letztwillige Verfügungen muss das Datum der Meldung bei der Walliser Testamentenzentrale und dem zentralen Testamentenregister (Bst. b)¹⁶⁵ aufgeführt werden. Schliesslich ist für alle anderen Urkunden (Bst. c) das Einregistrierungsdatum¹⁶⁶ zu erwähnen. Das Verzeichnis enthält nicht das Datum der Abgabe der Urkunde, da dies regelmässig Gegenstand einer Abschrift bildet (vgl. Art. 105 Abs. 3, Kommentar unten). Im Weiteren enthält ein Reglement des Staatsrates die Vorschriften betreffend Form und Inhalt der Verzeichnisse (Abs. 5).

- * Das Eintragungsverfahren in den Verzeichnissen wird durch **Artikel 102** des Entwurfes geregelt. Einfachere Regeln gelten für die Beglaubigung von Unterschriften und Kopien sowie Feststellungen die auf mehreren Exemplaren desselben Dokumentes angebracht werden (Abs. 2)¹⁶⁷. Die Absätze 3 und 4 übernehmen die Artikel 37 Absatz 5 und 6 NG und erinnern daran, dass keine Handlung im Zusammenhang mit einer öffentlichen Urkunde vor deren Eintrag im Verzeichnis vorgenommen werden darf, da diese im Falle des Verlustes die Existenz der Urkunde beweist. Entsprechend Artikel 37 Absatz 3 NG muss die Eintragung erfolgen, *sobald die Beurkundung abgeschlossen ist*¹⁶⁸. Aus demselben Grund muss die Unterschrift sofort beigefügt werden, da dem Verzeichnis fehlendenfalls nicht der Charakter einer öffentlichen Urkunde zukommt.

Aufbewahrung (Art. 103 – 105)

Nach Abschluss des Beurkundungsverfahrens gilt die Urkunde unter Vorbehalt des materiellen Rechts als öffentliche Urkunde. Die Urkundsperson hat somit deren Text aufzubewahren, sei es im Original (System der Urschriften), sei es in Kopie (System der Protokolle). Die Notariatsarchive bilden Eigentum des Staates¹⁶⁹.

Das Wallis kennt die Aufbewahrung der Urschriften (Art. 39 Abs. 1 NG)¹⁷⁰. Diese bilden öffentliches dem Notar anvertrautes Eigentum (Art. 36 ARNG), welches der Notar nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen herausgeben darf (Art. 39 NG). Die Aufbewahrungsmodalität werden durch ein Staatsratsreglement (Art. 37, 38 und 40 ARNG) festgelegt. Dieses regelt ebenfalls das Schicksal der Urschriften im Falle des Verzichts auf die Berufsausübung (Art. 45 ARNG), des Todes oder der Entsetzung (Art. 46 ARNG).

- * Der Entwurf stellt den Grundsatz der Aufbewahrung der Urkunden im Original nicht in Frage (System der Urschriften). Die Aufbewahrung einer beglaubigten Kopie der im Original ausgehändigten Urkunde wird ebenso für erforderlich erachtet (**Art. 103** Abs. 3). Dies ergibt sich aus dem vergleichenden kantonalen Recht¹⁷¹ und soll verhindern, dass öffentliche Urkunden endgültig verloren gehen¹⁷². Der Entwurf regelt im Weiteren das Schicksal der Belege, welche mit der Urschrift oder der Urkunde im Original als Kopie oder im Original aufbewahrt werden (Abs. 2). Es handelt sich um die für die Erreichung der Ein-

¹⁶³ siehe auch Kreisschreiben Nr. 12

¹⁶⁴ Diese Vorschrift will verhindern, dass die hälftige Stipulationsgebühr, welche für einen anderen Notar bestimmt ist, einem Dritten übertragen wird (z.B. Immobilienhändler, Anwalt oder Vertreter einer Bank).

¹⁶⁵ vgl. 20 Abs. 3 LACCS

¹⁶⁶ Dieser Begriff entstammt dem Stempelgesetz (Art. 23 und 24 – RS/VS 2006).

¹⁶⁷ Man findet vergleichbare Bestimmungen in anderen Kantonen namentlich im Kanton Neuenburg (Art.128 Rex/NE).

¹⁶⁸ Vergleichbare Forderung namentlich im Kanton Bern (Art. 14 Ziffer 3 Abs. 1 Vo/BE) und Freiburg (Art. 16 Abs. 1 ARNG/FR).

¹⁶⁹ Piotet, S. 136

¹⁷⁰ Die Aufbewahrung der Urschriften herrscht in den Kantonen des romanischen Notariats vor, namentlich Bern (Art. 9 Dekr./BE), Freiburg (Art. 70 NG/FR), Genf (Art. 23 NG/GE), Neuenburg (Art. 77 NG/NE) und Waadt (Art. 76 NG/VD).

¹⁷¹ namentlich Art. 70 Abs. 1 NG/FR, Art. 78 NG/NE

¹⁷² Wie oben erwähnt besteht ein erhöhtes Risiko des Verlustes bei im Original ausgehändigten Urkunden, weil diese nicht im Besitze des Notars verbleiben.

tragungsreife erforderlichen Belege (Art. 80 Bst. f und 81 Abs. 2). Schliesslich verpflichtet der Entwurf den Notar, einen Depotschein über die ihm zur Aufbewahrung anvertrauten Dokumente zu errichten (Abs. 3). Diese Bestimmung lehnt sich an Artikel 77 NG/VD an und richtet sich insbesondere an die Hinterlegung von handschriftlichen Testamenten.

- * Die Grundsätze der Art und Weise der Aufbewahrung der Urkunden und Belege sind in **Artikel 104** enthalten. Absatz 1 erinnert, dass es sich um öffentliches dem Notar anvertrautes Eigentum handelt (vgl. Art. 36 ARNG), welches letzterer **in angemessener Weise** aufzubewahren hat (Abs. 2). Im Übrigen regelt ein Reglement des Staatsrates die Aufbewahrung (Abs. 3). Die Pflicht zur Aufbewahrung in einem feuersicheren Schrank (Art. 38 ARNG und Kreisschreiben Nr. 12) kann aus praktischen Gründen bereits an dieser Stelle in Frage gestellt werden. Diese Frage wird durch das Reglement zu beantworten sein¹⁷³.
- * **Artikel 105** übernimmt Artikel 39 NG und präzisiert diesen. Wie erwähnt ist der Notar der Wächter der Urkunden. Da diese öffentliches Eigentum sind, kann er diese nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen herausgeben. Der Entwurf sieht zwei Ausnahmefälle vor: das ordentliche Aushändigen im Rahmen der Eintragung in den erforderlichen Registern (Abs. 1)¹⁷⁴, und die *ausserordentliche* Aushändigung auf Anordnung der Aufsichtsbehörde oder des Richters (Abs. 2)¹⁷⁵. Die Aushändigung ist in beiden Fällen vorübergehend und der Notar muss bis zur Rückübereignung der Urschrift diese durch eine Abschrift ersetzen. Um jedes Verlustrisiko auszuschliessen erwähnt die Abschrift das Datum der Aushändigung sowie den Empfänger (Abs. 3)¹⁷⁶. Der Entwurf sieht vor, dass der Verfasser eines Testamentes dieses jederzeit zurückverlangen kann (vgl. Art. 510 Abs. 3 ZGB). Diesfalls bildet die Rückgabeerklärung Gegenstand einer öffentlichen Feststellung, welche das Testament ersetzt. Aufgrund einer Bemerkung der Konferenz der erstinstanzlichen Richterinnen und Richter sei noch erwähnt, dass die Aushändigung durch die Spezialgesetzgebung auch zuhanden einer anderen Verwaltungsbehörde erfolgen kann.

Abschriften (Art. 106 – 109)

- * **Artikel 106** regelt die Rechtsnatur und die Form der Abschrift. Diese ist der Titel, um die verliehenen Rechte und Pflichten oder festgestellten Tatsachen zu beweisen (Abs. 1). Sie besteht aus einer beglaubigten Kopie der Urschrift und muss die Bezeichnung Abschrift tragen (Abs. 2). Diese gibt die im Original vorgenommenen Abänderungen und Berichtigungen wieder (Abs. 3). Es können Teilabschriften erstellt werden (Abs. 4)¹⁷⁷. Absatz 5 schreibt vor, dass die Belege der Abschrift beizulegen oder nachzutragen sind, sofern dies zur Benutzung der Abschrift erforderlich ist oder durch andere Bestimmungen verlangt wird.
- * Gemäss Artikel 40 Absatz 2 NG ist der Notar grundsätzlich nur der gesetzliche Verwahrer, d.h. der unterzeichnete Notar einer Urschrift ist für die Erstellung der Abschriften zuständig. **Artikel 107** gewährt dieses Recht auch dem Liquidationsnotar¹⁷⁸. Im Übrigen kann der Archivar von den archivierten Urkunden Abschriften erstellen (vgl. Art. 49 ARNG).
- * **Artikel 108** bestimmt den Empfänger der Abschriften. Eine erste Abschrift wird jeweils systematisch¹⁷⁹ allen Personen, die durch die Urkunde Rechte und Pflichten erhalten, ausgehändigt¹⁸⁰ (Abs. 1). Einzig bei

¹⁷³ Um die Frage der Aufbewahrung der speziell wertvollen Urkunden zu lösen, könnte man den Notar z.B. ermächtigen, diese in einem Banktresor zu deponieren, welcher ausschliesslich für die Hinterlegung von Urkunden, Wertgegenständen oder anderen Dokumenten in Zusammenhang mit der amtlichen Tätigkeit von Notaren zur Verfügung gestellt würde; in diesem Sinne würde der Tresor als Bestandteil der Kanzlei gelten.

¹⁷⁴ Es ist zu bemerken das gewisse kantonale Gesetzgebungen die Aushändigung an das Grundbuch oder die Einregistrierungsämter zum Zwecke der Eintragung nicht kennen und hierfür lediglich die Zuschrift einer Abschrift vorsehen (vgl. namentlich Art. 34 Abs. 2 Dekr./BE, Art. 83 Abs. 2 NG/NE).

¹⁷⁵ Der Entwurf behält ebenfalls den Entscheid der Aufsichtsbehörde vor, gestützt auf das vergleichende kantonale Recht (namentlich Art. 9 Dekr./BE und 71 NG/FR).

¹⁷⁶ vgl. Art. 8 Dekr./BE

¹⁷⁷ Man händigt z.B. eine Teilabschrift aus, wenn mehrere Grundstücke, die in verschiedenen Gemeinden liegen, Gegenstand derselben Urkunde bilden und eine Partei eine Abschrift verlangt, welche lediglich ein Grundstück einer bestimmten Gemeinde betrifft.

¹⁷⁸ Der Liquidationsnotar interveniert ebenfalls im Falle, wo der Notar dauerhaft verhindert ist (vgl. Art. 30 des Entwurfes, welcher auf die Bestimmungen über die Berufsbeendigung verweist).

¹⁷⁹ Gegenwärtig sieht Art. 40 Abs. 10 NG nur die Aushändigung der Abschriften auf Gesuch hin vor; es ist zu bemerken, dass die systematische Aushändigung einer ersten Abschrift in verschiedenen Kantonen vorgesehen ist, namentlich in Bern für die

Schuldtiteln (Aushändigung nur an den Gläubiger), Testamenten und Erbverträgen (Abs. 2 Aushändigung nur an die Verfügenden oder Vertragspartner). Gemäss Absatz 3 erwähnt die Abschrift die Einregistrierung gegebenenfalls den Eintrag im Grundbuch. Schliesslich übernehmen die Absätze 4 und 5 den Artikel 40 Absatz 8 und 9 NG.

- * Der Notar kann andere Abschriften aushändigen (**Art. 109**). Voraussetzung ist das Glaubhaftmachen eines schutzwürdigen Interesses und das kein Missbrauch zu befürchten ist¹⁸¹. Der Sonderfall des Schuldtitels bleibt vorbehalten. In diesem Fall und unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Wertpapiere (Abs. 3) kann eine andere Abschrift nur auf gerichtliche Verfügung hin ausgehändigt werden. Die neue Abschrift muss erwähnen, dass sie ein Ersatztitel ist (Abs. 2). Auf die Aushändigung einer neuen Abschrift mit ausdrücklicher Einwilligung des Schuldners (des Komparenten, wenn der Schuldpfandsteller nicht der Schuldner ist)¹⁸² wird aufgrund des damit verbundenen Risikos verzichtet.

3. 3. Kapitel: Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen

- * Der Artikel 335 Ziffer 1 Absatz 2 des Strafgesetzbuches behält den Kantonen die Zuständigkeit vor „*die Übertretung kantonaler Verwaltungs- und Prozessvorschriften mit Strafe zu bedrohen.*“ Diese Gesetzgebungskompetenz verwirklicht sich im Bereich des Verwaltungsstrafrechts. Der neue Artikel 15c des EGStGB erklärt die Bestimmungen des 1. Buches des StGB, unter Vorbehalt gegenteiliger Bestimmungen der kantonalen Spezialgesetzgebung (vorliegend das Notariatsgesetz), auf die Übertretungstatbestände des kantonalen Strafrechts anwendbar. Das erstinstanzliche Verfahren wird durch die Artikel 34h – 34l/VVRG geregelt. Dieses sieht ein summarisches Verfahren mit Einspruchsmöglichkeit und ein ordentliches Verfahren vor; die Berufung gegen administrative Strafsentscheide folgt den Spezialregeln von Artikel 194^{bis} der Strafprozessordnung (vereinfachte Berufung an einen Richter des Kantonsgerichtes).

Im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz im Verwaltungsstrafrecht hat der Grosse Rat des Kantons Wallis den Artikel 40 des GAR erlassen. Dieser bestraft mit Haft oder Busse jenen, der ohne Berechtigung seine Dienste als Anwalt der Öffentlichkeit anbietet. Da das kantonale Recht in allgemeiner Weise das anwendbare materielle Recht und das zu befolgende Verfahren regelt, wurde dieselbe Formulierung in **Artikel 110** des Entwurfes übernommen¹⁸³. Aufgrund der Rechtssprechung in Anwendung der EMRK wurde auf die Kompetenz Haftstrafen auszusprechen verzichtet. Diese Bestimmung sanktioniert den Missbrauch des Titels und nicht der Funktion des Notars. Letztere wird durch Artikel 287 StGB geregelt (vgl. Art. 4).

- * Die Ausbildung der Praktikanten wird durch Artikel 12 des Entwurfes (vgl. Kommentar oben) geregelt. Der **Artikel 111** bezieht sich auf die Ausbildung der diplomierten Notare. Obwohl es sich bei der Weiterbildung um ein geeignetes Mittel zur Förderung der Qualität der Dienstleistung der Urkundspersonen handelt, wurde auf eine diesbezügliche Pflicht verzichtet. Eine derartige Forderung scheint nicht nur unangemessen¹⁸⁴ sondern würde auch bei der praktischen Umsetzung Schwierigkeiten bieten, insbesondere was die Festsetzung der zu besuchenden Kurse anbelangt. Dagegen wird der WNV aufgefordert, die Notare zur Weiterbildung anzuhalten.
- * Sowohl im System des freien Notariats als auch im Beamtennotariat kann der Notar zur Vornahme von Handlungen im Rahmen der öffentlichen Amtsgewalt gezwungen sein. Dies gilt im freien Notariat, **wenn er nicht von den Parteien im Rahmen der ihnen zustehenden Vertragsfreiheit kontaktiert wurde**, sondern in einem von einem Richter oder einer Verwaltungsbehörde geleiteten Verfahren tätig wird¹⁸⁵. In

Abschriften, welche als Beleg für den Eintrag in den öffentlichen Registern gelten (Art. 34 Abs. 2 Dekr./BE), in Freiburg (Art. 74 Abs. 3 NG/FR) und in Neuenburg (Art. 83 Abs. 1 NG/NE).

¹⁸⁰ Es versteht sich von selbst, dass Ausnahmefälle vorbehalten werden müssen: für den Fall wo sechs Kinder vom selben Beirat vertreten sind, muss es genügen, wenn eine erste Abschrift dem Beirat ausgehändigt wird.

¹⁸¹ Als Beispiel könnte eine weitere Abschrift an den Nacherben ausgehändigt werden, im Falle eines Testamentes mit Nacherbeneinsetzung (Art. 488ff ZGB).

¹⁸² Eine Bestimmung dieser Art ist namentlich vorgesehen in Art. 84 Abs. 1 NG/NE.

¹⁸³ Der Artikel 76^{bis} NG/FR sanktioniert auf gleiche Weise die missbräuchliche Verwendung des Notariatstitels.

¹⁸⁴ So kann man sich fragen, ob es sinnvoll ist, einen in einer bestimmten Sparte spezialisierten Notar einen allgemeinen Kurs besuchen zu lassen.

¹⁸⁵ In diesem Fall handelt der Notar auf Gesuch einer Behörde und stützt sich auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage, z.B.: die Erstellung des allgemeinen Inventars, durch den vom Bezirksrichter bezeichneten Notar (Art. 97ff EGZGB und 32

diesen Fällen ist der Notar gemäss der Terminologie des Bundesgerichts als *Hilfsperson der Gerichtsbarkeit* tätig (BGE 126 III 370ff, S. 373 Erw. 7 Bst. a) und sein Rechtsstatut entspricht jenem eines Agenten, im Sinne des Gesetzes über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Gemeinwesen und ihrer Amtsträger. **Artikel 112** des Entwurfes enthält diese Grundsätze und schränkt sie auf die Fälle ein, wo der Richter oder die Vormundschaftsbehörde den Notar beauftragen. Artikel 5 Absatz 5 des Entwurfes (vgl. Kommentar oben) behält die zivile Verantwortlichkeit des als Hilfsperson der Gerichtsbehörde handelnden Notars vor.

- * Der Entwurf enthält einige Neuerungen, insbesondere die Zulassung zum Beruf, das Verantwortlichkeitssystem, die Unvereinbarkeiten, die Aufsicht und das Beurkundungsverfahren. Es stellen sich somit übergangsrechtliche Probleme die gelöst werden müssen.
- **Artikel 113** hält die Grundsätze des **Übergangssystems** fest. Das neue Gesetz ist, vorbehaltlich gegenteiliger Bestimmungen, ab Inkrafttreten anwendbar (Abs. 1). Das Diplom und die Berufsausübungsbewilligung, welche nach altem Recht erteilt wurden, bleiben unter Vorbehalt der Artikel 115 und 116 des Entwurfes (Abs. 2) bestehen. Ein vor Inkrafttreten errichteter Akt ist eine öffentliche Urkunde, wenn er die Gültigkeitsvorschriften des alten oder neuen Rechts erfüllt (Abs. 3).
- **Artikel 114** regelt das Übergangssystem für den Praktikanten der unter altem Recht begonnen hat. Das neue Recht ist anwendbar, wenn einer nicht **innert drei Jahren** seit Beginn des Praktikums sein Diplom erlangt. Die Frist von drei Jahren trägt der Wartefrist von einem Jahr zwischen dem ersten und zweiten Examensbesuch Rechnung (Art. 12 ARNG).
- Die Berufshaftpflicht ist zurzeit nicht obligatorisch. Inskünftig verpflichtet der Entwurf den Notar, eine **genügende** Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen (Art. 17 Abs. 1 Bst. 1, 19 Abs. 1), welche auch grobfahrlässig verursachte Schadenfälle deckt (Art. 19 Abs. 2) und eine Klausel zugunsten Dritter enthält (Art. 19 Abs. 3). Gemäss **Artikel 115** hat der Notar innert einer Frist von einem Jahr seit Inkrafttreten eine entsprechende Berufshaftpflichtversicherungspolice abzuschliessen.¹⁸⁶
- **Artikel 116** regelt das Übergangssystem der Unvereinbarkeiten.
 - Wie oben erwähnt (ad Art. 20-22), verfolgen die Unvereinbarkeitsbestimmungen ein dreifaches Ziel: Garantie der Unabhängigkeit des Notars, die Qualität seiner Arbeit und den Respekt vor seiner Amtstätigkeit. Sie sichern offensichtlich ein **überwiegendes öffentliches Interesse**, was von Lehre und Rechtsprechung bestätigt wird¹⁸⁷. Dieses öffentliche Interesse erlaubt es nicht mit der Gesetzesanwendung zu lange zuzuwarten, infolge eines Übergangssystems, dass den finanziellen Interessen des Notars zu grosse Beachtung schenkt (Interessenabwägung).
 - Der Grundsatz **rechtsgleicher Behandlung** ist nicht nur anwendbar auf die Behörde, die das Gesetz anwendet sondern auch auf den Gesetzgeber, der es annimmt. Diesem Grundsatz widerspräche ein Übergangssystem, dass den bisherigen Notaren das Weiterpraktizieren nach altem Recht erlauben würde. Eine solche Situation würde die *bisherigen Notare* bevorzugen, welche sich auf kein wohl erworbenes Recht berufen können. Es würde im Weiteren bedeuten, dass man das überwiegende öffentliche Interesse, welches der Gesetzgeber durch eine restriktivere Regelung der Unvereinbarkeiten sicherstellen will, missachtet.
 - Das Übergangsregime stützt sich auf die vom Notar vernünftigerweise verlangte Anstrengung, seine berufliche Situation mit dem neuen Recht in Einklang zu bringen (Grundsatz der Verhält-

Abs. 1 EGZGB), die Errichtung des Sicherungsinventars der Erbschaft durch den vom Gemeinderichter bezeichneten Notar (Art. 100 Abs. 4 EGZGB), das Anbringen der Siegel durch den vom Notaren verbeiständeten Gemeinderichter (Art. 102 Abs. 1 EGZGB), die Errichtung des Inventars im Erbschaftsverfahren mit öffentlichem Inventar und bei der amtlichen Liquidation, durch den vom Bezirksrichter bezeichneten Notar (Art. 106 Abs. 1, 109 Abs. 1 EGZGB), die Erbschaftsverwaltung während der Dauer des Verfahrens des öffentlichen Inventars, durch den das Inventar errichtenden Notar (Art. 107 Abs. 1 und 3 EGZGB), Erbschaftsliquidation (Art. 110 Abs. 3 EGZGB), Versteigerung von Mündelgut (Art. 189 Abs. 4 EGZGB).

¹⁸⁶ Die Grenze der Gültigkeit der Versicherung wird durch die zehnjährige Verjährungsfrist gebildet; gegebenenfalls stellt sich die Frage, ob es nicht zweckmässig wäre, einen speziellen Versicherungsfonds vorzusehen, welcher für Ereignisse nach Ablauf dieser Frist noch aufkommen könnte; dieser Fonds könnte durch den Notarsverband oder durch das Departement verwaltet werden.

¹⁸⁷ Es ist zu bemerken, dass das Departement gegenwärtig Versicherungen, welche Klauseln enthalten die das Erlöschen der Versicherung im Falle der Nichtbezahlung der Prämie vorsehen, nicht als genügende Sicherheit anerkennt.

¹⁸⁸ Ruf, Nr. 443; Marti, S. 18 ad Art. 3 NG/BE; SJ 1990 S. 97ff

nismässigkeit). Die Unvereinbarkeitsfälle des Entwurfs unterscheiden sich nicht wesentlich nicht von der bestehenden Ordnung. Die Notariatstätigkeit ist unvereinbar mit:

- a) einer (Teilzeit-)Tätigkeit in einem Gemeinwesen (Art. 21 Bst. a)
- b) der Funktion des Vorstehers eines Handelsregisteramtes (Art. 21 Bst. b);
- c) einer Handels- oder Industrietätigkeit, die **überwiegend** (und nicht bloss dauernd) ausgeübt wird (Art. 21 Bst. c);
- d) (teilzeitlichem) Immobilienhandel im weitesten Sinn des Wortes (Art. 21 Bst. d);
- e) dem Erhalt einer Ruhegehaltsrente der zweiten Säule einer öffentlichen Kasse, unabhängig von deren Betrag und nicht mehr nur bei mehr als Fr. 4'000.— (Art. 21 Bst. e).

Diese Unvereinbarkeitsfälle kommen in der Praxis nicht sehr häufig vor, da sie nicht die hauptsächlichliche Einnahmequelle der Notare darstellen. Aus diesem Grund ist es verhältnismässig, eine Übergangsfrist von zwei Jahren vorzusehen, innert der der Notar seine berufliche Situation dem neuen Recht anzupassen hat. Zudem ist die Frist auch dadurch zu rechtfertigen, dass dem Zeitablauf zwischen der Vernehmlassung des Vorentwurfs und dem Inkrafttreten des Gesetzes¹⁸⁸ ebenfalls Rechnung zu tragen ist (Vertrauensprinzip). Ab Eröffnung der Vernehmlassung müssen die Notare mit einer restriktiveren Unvereinbarkeitsregelung rechnen.

- Die Nichtbeachtung von Notariatsbestimmungen wird aufgrund des zum Zeitpunkt der Tatbegehung geltenden Rechts beurteilt. Wenn das neue Recht eine weniger schwere Sanktion vorsieht ist dies ebenfalls anwendbar auf Taten, die vor dessen Inkrafttreten begangen wurden (**Art. 117**).

Sitten, den 12. November 2003