

Prof. Dr. Stephan Wolf / Anja Pfeuti / Yannick Minnig

## **Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz – Einführung und Überblick**

---

Die Wettbewerbskommission hat am 23. September 2013 zur Freizügigkeit des Notariats eine Empfehlung abgegeben. Diese könnte zusammen mit dem Vorentwurf zur Revision des SchIT ZGB vom 14. Dezember 2012 zu erheblichen Veränderungen im Bereiche des Notariats führen. Im Beitrag wird vorerst die heutige Ausgangslage erläutert, dies als Basis zur aktuellen Diskussion über die Zukunft des Notariats in der Schweiz. Anschliessend wird ein erster Überblick über die Art. 55 ff. Vorentwurf SchIT ZGB gegeben. Dabei soll insbesondere auch auf die Notwendigkeit einer bisher fehlenden Gesamtoptik hingewiesen werden.

---

Rechtsgebiet(e): Notariats- und Anwaltsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Stephan Wolf / Anja Pfeuti / Yannick Minnig, Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz – Einführung und Überblick, in: Jusletter 28. Oktober 2013

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage: Das Notariat in der Schweiz heute – eine Übersicht
  1. Grundlegung und Rechtliches
    - 1.1. Rechtsetzungskompetenz
    - 1.2. Bundesrechtlicher Begriff der öffentlichen Beurkundung
    - 1.3. Minimal- und Maximalanforderungen des Bundesrechts
    - 1.4. Unterscheidung von Hauptberuf und Nebenberuf des Notars
  2. Die Organisation des Notariats in den Kantonen
- III. Der Vorentwurf vom 14. Dezember 2012 zur Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung)
  1. Einleitung
  2. Überblick über den Vorentwurf
  3. Erste Würdigung
- IV. Ziel des Symposiums und Notwendigkeit einer Gesamtoptik

## I. Einleitung

[Rz 1] Während längerer Zeit hat sich im Bereiche des Notariats und des Notariatsrechts in der Schweiz nicht allzu viel bewegt, und es ist jedenfalls nicht zu grundlegenden Umwälzungen gekommen. Aus jüngerer und jüngster Zeit sind nun aber verschiedene Vorstösse und Entscheide vorhanden, die zu einer erheblichen Neuausrichtung und -organisation des Notariats führen könnten.

[Rz 2] Ein gewissermassen *erstes Einfallstor* für möglicherweise anstehende Veränderungen bildet Europa. Aus dem Gebiet des *Europarechts* sind bereits seit etlicher Zeit Stimmen für eine *Freizügigkeit* auch im Rahmen des Notariats erhoben worden, dies ebenfalls in der Schweiz<sup>1</sup>. Im Jahre 2011 hat sodann der Europäische Gerichtshof (EuGH) in verschiedenen Entscheidungen erkannt, dass das Staatsangehörigkeitserfordernis für die Ausübung des Berufs des Notars in mehreren Mitgliedstaaten – nämlich in Deutschland, Frankreich, Österreich, Belgien, Luxemburg und Griechenland – gegen die Niederlassungsfreiheit verstosse<sup>23</sup>. Das Notariatsrecht des Kantons Bern erfüllt diese Voraussetzung bereits seit 1998: Es hat in einer Revision auf das Erfordernis des Schweizer Bürgerrechts zu Recht verzichtet<sup>4</sup>.

Im Weiteren hat der EuGH festgehalten, dass die notarielle Tätigkeit grundsätzlich allen Angehörigen der Europäischen Union (EU) offen stehe, wenn sie die massgebenden berufsrechtlichen Voraussetzungen erfüllen.

[Rz 3] Ein *zweites Einfallstor* für allenfalls erhebliche Veränderungen im Bereiche des Notariats in der Schweiz ist im *Inland* geschaffen worden, dies in zweierlei Hinsicht. Erstens handelt es sich dabei um den Vorentwurf zur Revision des SchIT ZGB vom 14. Dezember 2012 und zweitens – in Aufnahme bzw. Fortführung der europarechtlichen Diskussion – um eine von der Wettbewerbskommission im Frühling 2013 eingeleitete Prüfung.

[Rz 4] Der Bundesrat hat am 14. Dezember 2012 das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement beauftragt, ein Vernehmlassungsverfahren zur *Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs im Bereich der öffentlichen Beurkundung* durchzuführen. Die Vernehmlassungsvorlage bezweckt namentlich eine Kodifikation der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung<sup>5</sup>.

[Rz 5] Am 25. März 2013 hat die Wettbewerbskommission eine Prüfung eingeleitet zur Frage, ob Notare gestützt auf das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) von der *interkantonalen Freizügigkeit* profitieren können. Die Vornahme der Prüfung wird damit begründet, dass aufgrund von Freizügigkeitsrechten für Notare innerhalb der EU die Gefahr drohe, dass Schweizer Notare gegenüber ihren Kollegen aus der EU in der Schweiz schlechter gestellt seien; das BGBM wolle nicht zuletzt solche Inländerdiskriminierungen verhindern<sup>6</sup>. Die Wettbewerbskommission hat ihre daraus resultierende Empfehlung vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden am 11. Oktober 2013 veröffentlicht<sup>78</sup>.

[Rz 6] All die erwähnten Entscheidungen und Vorstösse betreffen grundlegende Aspekte des Beurkundungswesens und werfen letztlich die Frage auf nach der Zukunft des

<sup>1</sup> Vgl. COTTIER THOMAS/GERMANN CHRISTOPHE, Das Notariat im Europarecht: ein Blick in die Zukunft, in: Ruf Peter/Pfäffli Roland (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 95 ff.

<sup>2</sup> Insgesamt handelt es sich um sechs Entscheide wie folgt: Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-54/08 Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland; Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-50/08 Europäische Kommission gegen Französische Republik; Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-47/08 Europäische Kommission gegen Belgien; Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-51/08 Europäische Kommission gegen Grossherzogtum Luxemburg; Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-53/08 Europäische Kommission gegen Republik Österreich; Urteil des EuGH vom 24. Mai 2011 C-61/08 Europäische Kommission gegen Hellenische Republik.

<sup>3</sup> Die Entscheide wurden aus europarechtlicher Sicht besprochen von OESCH MATTHIAS, Das Binnenmarktgesetz und hoheitliche Tätigkeiten, ZBJV 2012, S. 377 ff., 398 ff.

<sup>4</sup> Vgl. WOLF STEPHAN/PFAMMATTER ARON, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, N. 2 zu Art. 5 NG, m.H.

<sup>5</sup> Zum Ganzen Erläuternder Bericht mit Vorentwurf zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung, einsehbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-12-14/vn-ber-d.pdf> (Alle Internetquellen zuletzt besucht am 16. Oktober 2013).

<sup>6</sup> Vernehmlassung 614-0002 der Kantone im Zusammenhang mit der Untersuchung betreffend Freizügigkeit und einer möglichen Inländerdiskriminierung von Notaren, einsehbar unter <http://www.news.admin.ch/NS-BSsubscriber/message/attachments/30101.pdf>.

<sup>7</sup> Empfehlung 614-0002 der WEKO vom 23. September 2013 zuhanden der Kantone und des Bundesrats betreffend Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden, einsehbar unter <http://www.news.admin.ch/NS-BSsubscriber/message/attachments/32316.pdf>.

<sup>8</sup> Dazu näher BRAZEROL RICCARDO, Das schweizerische Notariat im Fokus der Freizügigkeit – Die Rechtslage in der Schweiz mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zur Freizügigkeit der Notare in der EU, in: Jusletter 28. Oktober 2013.

Notariats in der Schweiz, das heute weitgehend in die Kompetenz der Kantone fällt.

[Rz 7] Im Folgenden wollen wir – in der gebotenen Kürze – die Ausgangslage für das Notariat in der Schweiz darstellen<sup>9</sup>. Alsdann ist der Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuchs im Bereich der öffentlichen Beurkundung darzulegen<sup>10</sup>.

## II. Ausgangslage: Das Notariat in der Schweiz heute – eine Übersicht

### 1. Grundlegung und Rechtliches

#### 1.1. Rechtsetzungskompetenz

[Rz 8] Art. 55 Abs. 1 SchlT des Zivilgesetzbuches (ZGB) hält fest, dass die *Kantone* bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird<sup>11</sup>. Die Natur der Bestimmung ist umstritten.

[Rz 9] Nach der Notariatsrechtslehre handelt es sich bei Art. 55 SchlT ZGB um einen unechten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts. Denn das Notariatsrecht als Teil der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit bilde Bestandteil des öffentlichen Rechts; bereits angesichts der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung (Art. 122 der Bundesverfassung [BV]; aArt. 64 BV) sei die Organisation der öffentlichen Beurkundung eine den Kantonen zustehende staatliche Aufgabe<sup>12</sup>. Nach der Lehre stellt die Organisation des Notariats eine originäre Gesetzgebungskompetenz der Kantone dar<sup>13</sup>. In jahrhundertelanger kontinentaleuropäischer Tradition wird das Notariat als eine hoheitliche Aufgabe verstanden. Auch das Bundesgericht umschreibt die Beurkundungstätigkeit in diesem Sinne wie folgt: «Die öffentliche Beurkundung ist eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit und die Urkundsperson ein staatliches Organ. Dies gilt unabhängig davon, ob mit der Beurkundung nach kantonalem Recht ein Beamter oder ein freierwerbender Notar oder Anwalt beauftragt ist.»<sup>14</sup>

[Rz 10] In Bezug auf die verfassungsrechtliche Kompetenz geht der Bundesrat – im Gegensatz zur überwiegenden Lehre – davon aus, der Bund sei zur Regelung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit zuständig. In dieser Optik wäre Art. 55 SchlT

ZGB als echter Vorbehalt zu verstehen, der die öffentliche Beurkundung konstitutiv den Kantonen zur Regelung zuweist<sup>15</sup>. Auch in der Lehre sind Stimmen erhoben worden, wonach es einzig im Ermessen des Bundesgesetzgebers liege, dass der Bund die ihm verfassungsrechtlich zustehende Kompetenz zum Erlass von Zivilrecht (Art. 122 Abs. 1 BV) für den Bereich der öffentlichen Beurkundung den Kantonen delegiere. Mittels einer Gesetzesänderung könnte der Bund diese Kompetenz künftig selbst ausüben<sup>16</sup>. Dazu ist freilich festzuhalten, dass das Notariatsrecht als öffentliches Recht – und nicht als Zivilrecht – gilt. Zur Begründung der Bundeskompetenz wurde weiter auch darauf verwiesen, dass gemäss aArt. 52 Abs. 3 SchlT ZGB kantonale Anordnungen über die Errichtung öffentlicher Urkunden der Genehmigung des Bundes bedürften<sup>17</sup>. In der Tat bestand ein konstitutives, d.h. für die Gültigkeit kantonaler Erlasse voraussetzendes Genehmigungserfordernis (Art. 61b Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes [RVOG])<sup>18</sup>. Dieses Erfordernis ist allerdings durch eine Revision von Art. 52 Abs. 3 SchlT ZGB dahingefallen: Seit 1. Januar 2013 bedürfen kantonale Vorschriften über die Errichtung öffentlicher Urkunden keiner Genehmigung des Bundes mehr, sondern sind dem Bundesamt für Justiz bloss zur Kenntnis zu bringen (Art. 52 Abs. 3 und 4 SchlT ZGB)<sup>19</sup>. Insofern ist die Gesetzgebungszuständigkeit der Kantone jüngstens gerade gestärkt worden.

#### 1.2. Bundesrechtlicher Begriff der öffentlichen Beurkundung

[Rz 11] In Lehre und Rechtsprechung ist heute unumstritten, dass *der Begriff der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht angehört*<sup>20</sup>. Unter diesem Gesichtspunkt haben die

<sup>9</sup> II. sogleich.

<sup>10</sup> III. hiernach.

<sup>11</sup> Dazu aus der jüngeren Rechtsprechung BGE 133 I 259, 260.

<sup>12</sup> Zum Ganzen RUF PETER, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, Rz. 132, m.w.H., noch für die frühere Bundesverfassung. Vgl. auch MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005, N. 53. Aus der Rechtsprechung BGE 113 II 501, 504.

<sup>13</sup> In diesem Sinne RUF (Fn. 12), Rz. 132, und neuestens PIOTET DENIS, Quel marché intérieur pour les notaires et les actes authentiques? Réflexions à partir de la consultation 614-0002 de la commission fédérale de la concurrence, Not@lex 2013, S. 114 ff, 114.

<sup>14</sup> BGE 128 I 280, 281.

<sup>15</sup> Dazu Bundesamt für Justiz, ZBGR 1983, S. 342 f.: «Die öffentliche Beurkundung ist ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Diese wird durch Art. 64 Abs. 3 BV [nun Art. 122 Abs. 2 BV] [...] nicht vorbehalten. Vielmehr betrifft diese Verfassungsbestimmung lediglich die streitige Gerichtsbarkeit. Der Bund ist deshalb im Rahmen seiner Kompetenz gestützt auf Art. 64 BV [nun Art. 122 BV] befugt, die nichtstreitige Gerichtsbarkeit zu ordnen. [...] Die Regelung der öffentlichen Beurkundung wird dagegen gemäss Art. 55 SchlT ZGB den Kantonen zugewiesen.» Vgl. dazu auch RUF (Fn. 12), Rz. 135.

<sup>16</sup> SO VON BÜREN ROLAND, Notare und Wettbewerb, in: RUF PETER/Pfäffli Roland (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 79 ff., S. 81, auch unter Abstützung auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen und m.w.H.

<sup>17</sup> VON BÜREN (Fn. 16), S. 82.

<sup>18</sup> Vgl. WOLF STEPHAN, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, N. 13 zu Art. 1 NG.

<sup>19</sup> Die Änderung ist mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht erfolgt; vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7108.

<sup>20</sup> Aus der Rechtsprechung BGE 90 II 274, 280, sowie aus neuerer Zeit 125 III 131, 134, und 133 I 259, 260. Aus der Literatur grundlegend HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 1967, S. 249 ff., und ZBGR 1988, S. 228 ff. Vgl. WOLF (Fn. 18), N. 10 zu Art. 1 NG,

Kantone beim Erlass ihres Notariatsrechts die Vorgaben und Anforderungen aus dem Bundesrecht zu berücksichtigen<sup>21</sup>.

[Rz 12] Unter öffentlicher Beurkundung ist seit dem 1. Januar 2011 – als dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Schweizerischen Zivilprozessordnung und des mit ihr in der Schweiz neu eingeführten Instituts der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde – die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen, rechtsgeschäftlicher oder prozessrechtlicher Willenserklärungen oder Wissenserklärungen «durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren» zu verstehen<sup>22</sup>.

### 1.3. Minimal- und Maximalanforderungen des Bundesrechts

[Rz 13] Aus dem Bundesrecht – bzw. aus den vom Bundesrecht mit dem Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung verfolgten Zwecken – ergeben sich – teilweise ungeschriebene<sup>23</sup> – Anforderungen an das kantonale Beurkundungsrecht. Dabei werden Minimal-<sup>24</sup> und Maximalanforderungen unterschieden<sup>25</sup>.

[Rz 14] *Minimalanforderungen* des Bundesrechts stellen etwa ausreichende Fachkenntnisse des Notars, die Urkundspflicht, die Feststellung der Identität der Urkundsparteien und ihrer allfälliger Vertreter sowie die Mitwirkung des Notars bei der öffentlichen Beurkundung dar<sup>26</sup>.

[Rz 15] Die *Maximalanforderungen* aus dem Bundesrecht verlangen, dass das kantonale Recht die öffentliche Beurkundung nicht vereiteln oder übermässig erschweren darf. Daraus ergibt sich etwa das Verbot von gegen das Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip verstossenden Gebühren<sup>27</sup>.

### 1.4. Unterscheidung von Hauptberuf und Nebenberuf des Notars

[Rz 16] Innerhalb der notariellen Tätigkeiten ist – für das freiberufliche Notariat – grundlegend zwischen hauptberuflichen und nebenberuflichen Aufgaben des Notars zu unterscheiden. Im *Hauptberuf* ist der Notar Urkundsperson und übt als solche einen öffentlichen Beruf aus<sup>28</sup> und steht in einem *öffentlich-rechtlichen Verhältnis* zum Staat und zu seinen Klienten<sup>29</sup>. Das ist in Lehre<sup>30</sup> und Rechtsprechung<sup>31</sup> anerkannt.

[Rz 17] Die hauptberufliche Tätigkeit des Notars genießt ihrem Charakter als öffentliche Aufgabe entsprechend weder den Schutz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) noch untersteht sie der Freizügigkeitsgarantie für Personen mit wissenschaftlicher Ausbildung (Art. 95 BV i.V.m. Art. 196 Ziff. 5 BV)<sup>32</sup>. Die Zulassung zur Berufsausübung begründet für den Hauptberuf demgegenüber ein von der *Eigentumsgarantie* (Art. 26 BV) geschütztes wohl erworbenes Recht<sup>33</sup>.

[Rz 18] Demgemäss sind nach heutiger Lehre und Rechtsprechung das BGBM, das Freizügigkeitsabkommen mit der EU sowie das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG) auf die hauptberufliche Tätigkeit des Notars nicht anwendbar<sup>34</sup>.

[Rz 19] Die *nebenberufliche Tätigkeit* des Notars unterliegt dem *Privatrecht* (Art. 29 Abs. 2 des Notariatsgesetzes [NG]). Dazu gehören etwa die Rechtsberatung, die Vermögensverwaltung, Treuhandfunktionen u.a.m. (Art. 29 Abs. 1 NG). Die nebenberufliche Tätigkeit gehört mithin nicht zu den öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Notars, sondern bildet eine privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit<sup>35</sup>.

---

und WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 2 zu Art. 20 NG, m.w.H. auf Rechtsprechung und Lehre.

<sup>21</sup> WOLF (Fn. 18), N. 11 zu Art. 1 NG.

<sup>22</sup> Vgl. in diesem Sinne im Anschluss an BGE 99 II 159, 161, WOLF STEPHAN/SETZ ANNA LEA, Die vollstreckbare öffentliche Urkunde, insbesondere aus der Sicht des Notariats, in: Wolf Stephan (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung und Notariat, INR 11, Bern 2010, S. 55 ff., S. 110. Die Definition findet sich auch in Art. 2 Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung (EÖBV) vom 23. September 2011.

<sup>23</sup> Aus geschriebenem Bundesrecht – nämlich der Bundesverfassung selbst – ergibt sich die Urkundspflicht des Notars. Der Notar, der eine von ihm angebehrte Beurkundung trotz Vorhandenseins der Voraussetzungen der Urkundspflicht ablehnt oder nicht innert nützlicher Frist vornimmt, begeht auch eine verfassungsrechtlich relevante Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung; vgl. WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 15 zu Art. 30 NG.

<sup>24</sup> Dazu auch BGE 133 I 259, 260.

<sup>25</sup> WOLF (Fn. 18), N. 17 zu Art. 1 NG.

<sup>26</sup> WOLF (Fn. 18), N. 18 zu Art. 1 NG.

<sup>27</sup> WOLF (Fn. 18), N. 19 zu Art. 1 NG, m.w.H.

---

<sup>28</sup> Vgl. Art. 2 Notariatsgesetz des Kantons Bern (NG) vom 22. November 2005 (BSG 169.11): «Die Notarin oder der Notar übt einen freien, wissenschaftlichen und öffentlichen Beruf aus.»

<sup>29</sup> WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 5 zu Art. 2 NG.

<sup>30</sup> WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 5 f. zu Art. 2 NG; BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 481; CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 36; MARTI HANS, Notariatsprozess, Bern 1989, S. 18; MOOSER (Fn. 12), N. 53 und 57.

<sup>31</sup> BGE 128 I 280, 281: «Die öffentliche Beurkundung, die nach dem Bundeszivilrecht Gültigkeitserfordernis verschiedener Rechtsgeschäfte ist, stellt eine Handlung der sogenannten freiwilligen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit dar. Ihre Organisation ist eine staatliche Aufgabe, die nach Art. 55 des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches (ZGB) den Kantonen obliegt. Die öffentliche Beurkundung ist eine amtliche, hoheitliche Tätigkeit und die Urkundsperson ein staatliches Organ. Dies gilt unabhängig davon, ob mit der Beurkundung nach kantonalem Recht ein Beamter oder ein freierwerbender Notar oder Anwalt beauftragt ist.»

<sup>32</sup> Aus der Rechtsprechung zuletzt BGE 133 I 259, 261. Aus dem Schrifttum: WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 6 zu Art. 2 NG, m.w.H.; MOOSER (Fn. 12), N. 53.

<sup>33</sup> RUF (Fn. 12), Rz. 296 und 391 ff.; WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 6 zu Art. 2 NG, m.w.H.

<sup>34</sup> WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 7 zu Art. 2 NG, m.H. auf Rechtsprechung und Lehre. Aus der Rechtsprechung insbesondere BGE 128 I 280, 282.

<sup>35</sup> WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 8 zu Art. 2 NG.

## 2. Die Organisation des Notariats in den Kantonen

[Rz 20] Infolge der Kompetenz der Kantone zur Regelung der öffentlichen Beurkundung (vgl. Art. 55 SchIT ZGB bzw. bereits die verfassungsrechtliche Ausgangslage) haben sich in der Schweiz im Einzelnen *unterschiedliche Arten* der Organisation des Notariats entwickelt. Diese sind zum Teil durch historische Gegebenheiten sowie Traditionen geprägt<sup>36</sup>.

[Rz 21] Die verschiedenen Arten der Organisation des Notariats in den Kantonen lassen sich grundsätzlich in *drei Kategorien* einteilen<sup>37</sup>: Es handelt sich hierbei um das *freie Berufsnotariat* (Genf, Waadt, Wallis, Freiburg, Neuenburg, Jura, Bern, Aargau, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Uri und Tessin), das *Amtsnotariat* (Zürich und Schaffhausen<sup>38</sup>) sowie diverse *Mischformen* des freiberuflichen und des amtlichen Notariats (Solothurn, Luzern, Obwalden, Nidwalden, Zug, Schwyz, Glarus, Thurgau, St. Gallen, Appenzell Ausserrhoden, Appenzell Innerrhoden und Graubünden<sup>39</sup>).

[Rz 22] Beim freiberuflichen Notariat – auch als lateinisches Notariat bezeichnet – ist der Notar auf eigene Rechnung und auf eigene Verantwortung hin tätig, es besteht – mit Ausnahme der staatlichen Aufsicht<sup>40</sup> – mithin keine Weisungsgebundenheit und kein Anstellungs- bzw. Entlohnungsverhältnis zum Staat<sup>41</sup>. Hingegen findet die Beurkundung beim Amtsnotariat durch Urkundspersonen statt, welche vom Staat im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses angestellt sind und dementsprechend von diesem entlohnt werden<sup>42</sup>. Überdies unterstehen die amtlichen Urkundspersonen grundsätzlich dem kantonalen Personalrecht<sup>43</sup>. Bei den Mischsystemen sind der freiberufliche und der amtliche Notar nebeneinander tätig, wobei ihnen regelmässig unterschiedliche Aufgaben zukommen, so dass – mit Ausnahme

des Kantons Graubünden<sup>44</sup> – keine Konkurrenz zwischen freiem und amtlichem Notariat besteht<sup>45</sup>.

[Rz 23] Seit dem Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 hat kein Kanton, in welchem das freie Berufsnotariat praktiziert wurde, sein System in ein amtliches Notariat bzw. in eine Mischform umgewandelt<sup>46</sup>. Vielmehr ist eine gegenteilige Tendenz hin zum freiberuflichen Notariat ersichtlich. So hat der Kanton Basel-Landschaft in der Volksabstimmung vom 17. Juni 2012 das bis dahin geltende Mischsystem durch das freie Berufsnotariat ersetzt, welches denn auch seit dem 1. November 2012 besteht<sup>47</sup>. Ebenso wechselte der Kanton Appenzell Ausserrhoden durch den Erlass eines Beurkundungsgesetzes am 1. Februar 2010 vom reinen Amtsnotariat zu einer Mischform, in welcher nun zusätzlich zum bisherigen System auch eine freiberufliche Notariatstätigkeit möglich ist<sup>48</sup>.

[Rz 24] Anzufügen ist, dass innerhalb der einzelnen Arten der Organisation des Notariats auch die *Zuständigkeit der Urkundspersonen* wiederum *unterschiedlich geregelt* ist. M.a.W.: Nicht in allen Kantonen sind die Notare für die Beurkundung derselben Gegenstände zuständig. So ist etwa im Kanton Bern der Notar, teilweise parallel zur Gemeinde, auch zuständig für die Beurkundung des Erbenscheins<sup>49,50</sup>, während das in anderen Kantonen nicht der Fall ist. Zum Teil wird der Notar auch durch das kantonale Recht mit Beurkundungsaufgaben betraut, so etwa im Kanton Bern mit der Errichtung des Steuerinventars<sup>51</sup>. Namentlich im Steuerrecht unterliegt der Notar auch öffentlich-rechtlichen Meldepflichten, welche als rechtspolizeiliche Aufgaben bezeichnet werden<sup>52</sup>. So schreibt Art. 26 Abs. 1 des deutschen Gesetzes

<sup>36</sup> CARLEN (Fn. 30), S. 35.

<sup>37</sup> Die Zuordnung in der Literatur erfolgt im Einzelnen nicht immer gleich; vgl. BIBER RENÉ, Die Zukunft des Amtsnotariates in der Schweiz, in: Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 1. Schweizerischer Notarenkongress, Bern 2010, S. 137 ff., S. 141.

<sup>38</sup> Gemäss der Kategorisierung von BIBER (Fn. 37), S. 143, zählen auch Thurgau und Appenzell Ausserrhoden zu den Kantonen mit Amtsnotariat.

<sup>39</sup> WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 2 zu Art. 2 NG; CARLEN (Fn. 30), S. 36 ff.; MARTI (Fn. 30), S. 56 f.; MOOSER (Fn. 12), N. 57 ff. Vgl. auch die Zusammenstellung des Schweizerischen Notarenverbandes <http://www.schweizer-notare.ch/de/notariat-schweiz/?oid=1687&lang=de>, sowie die Auflistung des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis der Universität Bern [http://www.inr.unibe.ch/content/notariatswesen\\_in\\_der\\_schweiz/index\\_ger.html](http://www.inr.unibe.ch/content/notariatswesen_in_der_schweiz/index_ger.html).

<sup>40</sup> Vgl. z.B. Art. 38 NG Bern (Fn. 28).

<sup>41</sup> WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 3 zu Art. 2 NG; CARLEN (Fn. 30), S. 36; RUF (Fn. 12), Rz. 287.

<sup>42</sup> CARLEN (Fn. 30), S. 38.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 18 Notariatsgesetz des Kantons Zürich (NotG) vom 9. Juni 1985 (Ordnungsnr. 242).

<sup>44</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 Notariatsgesetz des Kantons Graubünden vom 18. Oktober 2004 (BR 210.300).

<sup>45</sup> MARTI (Fn. 30), S. 56; vgl. auch Art. 4–7 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches des Kantons Solothurn vom 4. April 1954 (BGS 211.1).

<sup>46</sup> WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4), N. 2 zu Art. 2 NG; MARTI (Fn. 30), S. 56; RUF (Fn. 12), Rz. 251, mit ausführlicher Erläuterung der Konsequenzen einer Umwandlung des freien Berufsnotariats in das Amtsnotariat.

<sup>47</sup> Vgl. Notariatsgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 22. März 2012 (SGS 217); sowie Art. 6 des Gesetzes über die Einführung des Zivilgesetzbuches des Kantons Basel-Landschaft (EG ZGB) vom 16. November 2006 (SGS 211).

<sup>48</sup> Medienmitteilung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 27. Januar 2010, abrufbar unter [http://www.ar.ch/index.php?id=8643&no\\_cache=1&tx\\_ttnews\[tt\\_news\]=5313&tx\\_ttnews\[backPid\]=8632&cHash=cf29c77e51](http://www.ar.ch/index.php?id=8643&no_cache=1&tx_ttnews[tt_news]=5313&tx_ttnews[backPid]=8632&cHash=cf29c77e51).

<sup>49</sup> Vgl. Art. 559 ZGB, sowie Art. 6 Abs. 1 und 3 des Gesetzes betreffend Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches des Kantons Bern (EG ZGB) vom 28. Mai 1911 (BSG 211.1), und Art. 56–58 Notariatsverordnung des Kantons Bern (NV) vom 26. April 2006 (BSG 169.112).

<sup>50</sup> Vgl. auch PIOTET (Fn. 13), Rz. 23, mit Fn. 32.

<sup>51</sup> Art. 209 ff. Steuergesetz (StG) des Kantons Bern vom 21. Mai 2000 (BSG 661.11); Art. 5 Verordnung über die Errichtung des Inventars des Kantons Bern vom 18. Oktober 2000 (BSG 214.431.1).

<sup>52</sup> Zu den rechtspolizeilichen Funktionen des Notars WOLF/PFAMMATTER (Fn. 4),

zum Schutz von Embryonen (ESchG)<sup>53</sup> dem Notar folgende Anzeigepflicht gegenüber der kantonalen Steuerverwaltung vor: «Sämtliche Behörden, Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Bern und der Gemeinden sowie die praktizierenden Notarinnen und Notare des Kantons Bern sind verpflichtet, der kantonalen Steuerverwaltung Steuerfälle, die ihnen in Ausübung amtlicher Funktionen zur Kenntnis gelangen, innert 30 Tagen anzuzeigen.»

[Rz 25] *Je nach kantonalen Regelung gestalten sich die einzelnen Rechte und Pflichten der Urkundspersonen ganz erheblich anders.* So differieren etwa die Unvereinbarkeitsgründe und die Ausstandsgründe von Kanton zu Kanton. Gleiches gilt für die Voraussetzungen zur Berufszulassung, für die einzelnen Berufspflichten und für die Aufsicht über das Notariat. In einzelnen Kantonen besteht für die Zulassung ein *numerus clausus* oder eine Bedürfnisklausel, welche die Anzahl Notare beschränkt<sup>54</sup>, in anderen nicht. Verschiedene Kantone lassen die Kombination der Tätigkeit eines Notars mit derjenigen eines Anwalts zu<sup>55</sup>, andere untersagen das<sup>56</sup>.

[Rz 26] *Unterschiedlich geregelt sind in den Kantonen auch die Beurkundungsverfahren*, d.h. die Verfahren auf Errichtung einer öffentlichen Urkunde. Selbst wenn in den Grundzügen jedenfalls teilweise Ähnlichkeiten bestehen, liegen doch im Einzelnen nicht unerhebliche Unterschiede vor.

[Rz 27] Insgesamt ergeben sich für die öffentliche Beurkundung in der Schweiz 26 unterschiedliche kantonale Organisationen und Regelungen. Unterscheidungen ganz grundlegender Art bestehen naturgemäss je nachdem, ob ein freiberufliches oder ein staatliches Notariat vorliegt. Aber auch innerhalb der einzelnen Arten der Organisation des Notariats bestehen wiederum erhebliche Unterschiede. Die Tätigkeit eines freiberuflichen Notars kann sich von Kanton zu Kanton stark unterscheiden. Das bedeutet, dass letztlich

*jede der 26 kantonalen Notariatsordnungen je gesondert betrachtet werden muss*<sup>57</sup>.

### III. Der Vorentwurf vom 14. Dezember 2012 zur Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung)

#### 1. Einleitung

[Rz 28] Das Bundesrecht umschreibt diejenigen *Rechtsgeschäfte*, die zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen, abschliessend<sup>58</sup>. Mit der öffentlichen Beurkundung werden bestimmte *Zwecke* verfolgt, namentlich der Schutz der Parteien vor Übereilung und die Herstellung einer sicheren Beweisgrundlage, dies nicht zuletzt auch im Hinblick auf das Schaffen einer zuverlässigen Grundlage für Eintragungen in öffentliche Register (Grundbuch, Handelsregister)<sup>59</sup>.

[Rz 29] Das *Verfahren* der öffentlichen Beurkundung wird grundsätzlich durch das kantonale Recht geregelt. Ein bundesrechtliches Beurkundungsverfahren findet sich im Wesentlichen nur für die öffentlichen Verfügungen von Todes wegen<sup>60</sup>. Verschiedentlich regelt das Bundesrecht sodann nicht eigentlich das Verfahren der öffentlichen Beurkundung, sondern stellt einzelne Vorschriften dazu auf<sup>61</sup>.

[Rz 30] In Art. 55 Abs. 1 SchIT ZGB wird festgehalten, dass die Kantone selber bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird. Ungeachtet dessen ergeben sich im Bereich der öffentlichen Beurkundung aus den Zwecken der öffentlichen Beurkundung und somit letztlich aus dem Bundesrecht zur Hauptsache ungeschriebene *Mindestanforderungen* an das kantonale Recht<sup>62</sup>. Diese Mindestanforderungen sind in Rechtsprechung und Lehre anerkannt<sup>63</sup>. In einzelnen Fällen lassen sie sich direkt aus der Bundesverfassung ableiten: So ergibt sich die Urkundspflicht<sup>64</sup> allgemein aus dem Gebot der

N. 17 zu Art. 21 NG.

<sup>53</sup> Gesetz über die Erbschafts- und Schenkungssteuer (ESchG) des Kantons Bern vom 23. November 1999 (BSG 662.1).

<sup>54</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 1 und 2 Gesetz über das Notariat (NG) des Kantons Freiburg vom 20. September 1967 (SGF 261.1) betreffend der Höchstzahl der Notare: «1 Die Höchstzahl der zugelassenen Notare beträgt 42. 2 Notare, die das 70. Altersjahr überschritten haben, werden nicht mitgezählt».

<sup>55</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 4 NG Bern (Fn. 28): «Die gleichzeitige Ausübung des Berufs einer Notarin oder eines Notars und einer Anwältin oder eines Anwalts ist zulässig».

<sup>56</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 Loi sur le notariat (LNot) des Kantons Genf vom 11. Dezember 1989 (RSG E 6 05): « Les fonctions de notaire sont incompatibles avec celles de conseiller d'Etat, d'avocat, d'agent d'affaires, d'huissier judiciaire, de magistrat titulaire ou suppléant du pouvoir judiciaire (sauf avec celles de juge de paix suppléant) et de fonctionnaire public salarié, à l'exception de l'exercice de l'enseignement juridique. » Vgl. auch Art. 5 Abs. 1 Loi sur le notariat (LNo) des Kantons Waadt (RSV 178.11): «Le notaire ne peut exercer les professions d'avocat, d'agent d'affaires breveté et de courtier en immeubles.

<sup>57</sup> So auch PIOTET (Fn. 13), Rz. 24: «[...] chaque système cantonal doit être examiné distinctement pour lui seul».

<sup>58</sup> Statt vieler SCHMID JÜRIG, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II, Art. 477-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB, 4. Auflage, Basel 2011, N. 1 zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>59</sup> WOLF (Fn. 18), N. 17 zu Art. 1 NG.

<sup>60</sup> Vgl. auch Erläuternder Bericht mit Vorentwurf (Fn. 5), S. 2.

<sup>61</sup> Zum Ganzen auch WOLF (Fn. 18), N. 16 zu Art. 1 NG.

<sup>62</sup> Dazu schon II.1.3. hier vor. Vgl. auch KLEY ANDREAS/SEFEROVIC GORAN, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Stephan (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Zürich 2009, N. 3 zu Art. 55 SchIT ZGB; WOLF (Fn. 18), N. 17 zu Art. 1 NG.

<sup>63</sup> Siehe auch Erläuternder Bericht mit Vorentwurf (Fn. 5), insbesondere S. 2 sowie S. 3 f.

<sup>64</sup> Vgl. für Bern Art. 30 NG Bern (Fn. 28).

Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) und besonders aus dem Verbot der Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung (Art. 29 Abs. 1 BV)<sup>65</sup>.

[Rz 31] Mit der Vorlage wird nun unter anderem<sup>66</sup> *bezweckt, die in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung auf Bundesebene zu kodifizieren*, dies – so der Erläuternde Bericht – im Interesse der Klarheit und Rechtssicherheit<sup>67</sup>. Der Vorentwurf sieht hierfür eine Änderung der bisherigen Art. 55 f. SchIT ZGB bzw. eine Ergänzung um Art. 55b bis Art. 55t VE SchIT ZGB vor.

## 2. Überblick über den Vorentwurf

[Rz 32] Vorab soll der vom Bundesgericht umschriebene *Begriff der öffentlichen Beurkundung* in Art. 55 VE SchIT ZGB kodifiziert werden<sup>68</sup>. Weiter wird in Art. 55a VE SchIT ZGB der heute geltende Art. 55 Abs. 1 SchIT ZGB betreffend die *kantonale Gestaltungsfreiheit* im Bereich der Herstellung von öffentlichen Urkunden unverändert übernommen. In Art. 55c VE SchIT ZGB wird der heutige Art. 55 Abs. 2 SchIT ZGB betreffend die Beurkundung in *fremder Sprache* übernommen. Neu formuliert wird in Art. 55b ff. VE SchIT ZGB ein Katalog der *bundesrechtlichen Mindestanforderungen*<sup>69</sup>. Es handelt sich dabei im Einzelnen um die folgenden Minimalanforderungen<sup>70</sup>:

- die *ausreichende Ausbildung* der Urkundsperson (Art. 55b VE SchIT ZGB);
- die *Urkundspflicht* (Art. 55d VE SchIT ZGB);
- die *Rechtsbelehrungspflicht* (Art. 55e VE SchIT ZGB);
- die *Unparteilichkeit* (Art. 55f VE SchIT ZGB);
- die *Wahrheitspflicht* (Art. 55g VE SchIT ZGB);
- die *Schweigepflicht* (Art. 55h VE SchIT ZGB);
- das *Hauptverfahren bei der Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen* mit dem Beurkundungsvorgang (Art. 55i VE SchIT ZGB) und der Einheit des Aktes (Art. 55j VE SchIT ZGB).

[Rz 33] Art. 55k VE SchIT ZGB lässt die Beurkundung von Rechtsgeschäften statt nach kantonalem Verfahren auch in den *Formen des Bundesrechts* für öffentliche letztwillige Verfügungen und Erbverträge zu. Weiter werden – nach dem Erläuternden Bericht aus Gründen der Rechtssicherheit

– diejenigen Fälle, in denen wegen Verletzung bundesrechtlicher Mindestanforderungen *keine öffentliche Urkunde entsteht*, ausdrücklich in Art. 55l VE SchIT ZGB aufgezählt. Schliesslich – und das würde eine eigentliche Neuerung darstellen – sieht Art. 55m VE SchIT ZGB vor, dass die nach den am Errichtungsort geltenden Vorschriften und von einer zuständigen Urkundsperson errichtete *öffentliche Urkunde von jedem Kanton zu anerkennen ist*; damit verankert wird die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde auch im Bereich von Liegenschaftsverträgen<sup>71</sup>.

## 3. Erste Würdigung<sup>72</sup>

[Rz 34] Was ist vom Vorentwurf vom 14. Dezember 2012 in einer ersten Würdigung – und ohne der Podiumsdiskussion<sup>73</sup> vorzugreifen – zu halten?

[Rz 35] Vorab ist festzuhalten, dass sich die heutige Rechtslage und Notariatspraxis bewährt hat und zu keinerlei wirklichen Problemen Anlass gibt. *Gesetzgeberischer Handlungsbedarf* im Bereiche der Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung *lässt sich nicht ausmachen*<sup>74</sup>.

[Rz 36] Der Vorentwurf enthält eine Reihe von Bestimmungen, denen sowohl die theoretische Fundierung als auch die Praxistauglichkeit abgehen<sup>75</sup>.

[Rz 37] In Bezug auf die Regelung der Mindestanforderungen *bleibt der Vorentwurf* (Art. 55b-55m VE SchIT ZGB) *weit hinter dem zurück, was in den in der Praxis bewährten, heutigen kantonalen Notariatsgesetzen an Konkretisierung der Berufspflichten und auch des Beurkundungsverfahrens vorliegt*; er weist erhebliche Regelungsdefizite auf<sup>76</sup>. Aus der Optik der Gesetzgebungslehre erweisen sich Mindestanforderungen im Bereiche der Berufspflichten von Urkundspersonen für eine Kodifikation mittels einer Rahmengesetzgebung – wie sie der Vorentwurf anstrebt – als von vornherein *ungeeignet*<sup>77</sup>.

[Rz 38] Die vorgeschlagene Regelung der zivilrechtlichen Folgen der Missachtung von beurkundungsrechtlichen Gültigkeitsvorschriften (Art. 55l VE SchIT ZGB) *wirft zentrale Fragen auf, ohne sie zu beantworten*. Sie schafft ohne jeden Grund Rechtsunsicherheit, welche im Bereiche der Vorschriften der öffentlichen Beurkundung – die gerade

<sup>65</sup> WOLF/PFAMMATTER (Fn. 18), N. 5 zu Art. 30 NG, m.w.H.

<sup>66</sup> Auf die ebenfalls im Gesetzesvorentwurf vorgesehene Neuregelung der elektronischen Beurkundung wird im vorliegenden Beitrag nicht eingegangen.

<sup>67</sup> Erläuternder Bericht mit Vorentwurf (Fn. 5), S. 2.

<sup>68</sup> BGE 99 II 159, 161; Erläuternder Bericht mit Vorentwurf (Fn. 5), insbesondere S. 10.

<sup>69</sup> Erläuternder Bericht mit Vorentwurf (Fn. 5), S. 11.

<sup>70</sup> Erläuternder Bericht mit Vorentwurf (Fn. 5), S. 4.

<sup>71</sup> Erläuternder Bericht mit Vorentwurf (Fn. 5), S. 5 sowie S. 26.

<sup>72</sup> Die folgenden Ausführungen stammen insgesamt im Wesentlichen aus WOLF/STEPHAN/BICHSEL MARTIN, Vernehmlassung vom 19. März 2013 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung), wie sie an das Bundesamt für Justiz eingereicht worden ist.

<sup>73</sup> Dazu NUSPLIGER ISABELLE, Zusammenfassung der Podiums- und Plenumsdiskussion zur Zukunft des Notariats in der Schweiz vom 18. Oktober 2013, in: Jusletter 28. Oktober 2013.

<sup>74</sup> WOLF/BICHSEL (Fn. 72), S. 1 f.

<sup>75</sup> WOLF/BICHSEL (Fn. 72), S. 4 f.

<sup>76</sup> WOLF/BICHSEL (Fn. 72), S. 5.

<sup>77</sup> Ausführlicher WOLF/BICHSEL (Fn. 72), S. 2 f.

Rechtssicherheit schaffen und gewährleisten soll – unbedingt vermieden werden muss<sup>78</sup>.

[Rz 39] Die neu vorgesehene *Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde* (Art. 55m VE SchIT ZGB) widerspricht der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>79</sup>. Sie *berücksichtigt die rechtstatsächliche, ganz ausgeprägte Vielfalt des heutigen schweizerischen Notariats nicht*<sup>80</sup>.

[Rz 40] Insgesamt ergeben sich *ganz gewichtige Bedenken* gegenüber dem es sich in verschiedener Hinsicht zu einfach machenden Vorentwurf. An eine – mit dem Gesetzgebungsprojekt beabsichtigte – Konsolidierung oder gar Weiterentwicklung des Beurkundungsrechts wird jedenfalls im Bereiche der Mindestanforderungen nichts beigetragen<sup>81</sup>.

#### IV. Ziel des Symposiums und Notwendigkeit einer Gesamtoptik

[Rz 41] In den vorliegenden Vorschlägen zu einem Vorentwurf zu einer Revision des SchIT ZGB und in den Empfehlungen der Wettbewerbskommission fehlen eine Gesamtoptik und eine weiterführende Einbettung in den Gesamtzusammenhang der Realität des Notariats der Schweiz. Das ist zu bedauern. Und es dürfte eine Folge davon sein, dass die praktische Alltagserfahrung mit dem Notariat naturgemäss in den Kantonen – und nicht beim Bund – vorhanden ist. Das Symposium vom 18. Oktober 2013 soll jedenfalls in Ansätzen die bisher fehlende *Gesamtoptik herzustellen versuchen*, dies auch aus dem Blickwinkel anderer europäischer Länder. Freilich kann heute – angesichts der Vielzahl und der Komplexität der sich im Zusammenhang mit der Thematik stellenden Fragen – nicht mehr als eine *erste Auslegeordnung* vorgenommen werden.

[Rz 42] Mit Blick auf die auch europarechtlich begründeten Revisionsvorschläge ist vorerst eine Aussensicht angezeigt. Für das schweizerische Notariat *interessiert, wie andere europäische Länder die sich stellenden Fragen angehen*. Wir wollen deshalb im Rahmen von Vorträgen vorerst einen Blick auf *Deutschland*<sup>82</sup> und *Österreich*<sup>83</sup> werfen, es sind zwei Länder, die durch den EuGH verurteilt worden sind. Einbezogen wird dann auch *Italien*<sup>84</sup>. Die Aussensicht ist gefragt. Denn gerade in einem zusammenwachsenden Europa kann es

nicht Sinn machen, dass die Schweiz allein auf dem ganzen Kontinent ein Sonderzüglein im Notariat fährt. Anschliessend ist die Rechtslage zur Freizügigkeit der Notare in der *Schweiz* darzustellen<sup>85</sup>. In einem zweiten Teil sind in der *Podiumsdiskussion* unter Einbezug aller involvierten Beteiligten die sich stellenden Fragen anzugehen<sup>86</sup>.

---

STEPHAN WOLF, Prof. Dr. iur., Fürsprecher und Notar, Ordinarius für Privatrecht sowie Notariatsrecht an der Universität Bern.

ANJA PFEUTI, BLaw, Hilfsassistentin am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

YANNICK MINNIG, BLaw, Hilfsassistent am Zivilistischen Seminar der Universität Bern.

---

\* \* \*

---

<sup>78</sup> Zu den entstehenden Rechtsunsicherheiten WOLF/BICHSEL (Fn. 72), S. 6 f.

<sup>79</sup> BGE 113 II 501 ff.

<sup>80</sup> Vgl. auch WOLF/BICHSEL (Fn. 72), S. 8. Zur Vielfalt der Arten des Notariats ebenfalls II.2 hiervor.

<sup>81</sup> WOLF/BICHSEL (Fn. 72), S. 9.

<sup>82</sup> Vgl. SPICKHOFF ANDREAS, Zur Zukunft des Notariats in Europa – aus deutscher Perspektive, in: Jusletter 28. Oktober 2013.

<sup>83</sup> Dazu LAIMER SIMON, Zur Freizügigkeit der Notare in Europa – Überblick über die Aufnahme der Rechtsprechung des EuGH in Österreich und Italien, in: Jusletter 28. Oktober 2013.

<sup>84</sup> Dazu LAIMER (Fn. 83).

---

<sup>85</sup> Dazu BRAZEROL (Fn. 8).

<sup>86</sup> Dazu NUSPLIGER (Fn. 73).