

18. August 2021

---

## **Einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz**

---

### Leitsätze und Erläuterungen

---

Groupe de réflexion: Einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz

## Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>5</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis .....</b>	<b>8</b>
<b>1 Ausgangslage.....</b>	<b>12</b>
1.1 Beurkundungsrecht in der Schweiz.....	12
1.2 Auftrag des Bundesrats .....	13
1.3 Empfehlung der Wettbewerbskommission zur Freizügigkeit .....	13
<b>2 Umsetzung der Aufträge des Bundesrats .....</b>	<b>14</b>
2.1 Umsetzung des Auftrags 1: «Elektronische öffentliche Urkunde» .....	14
2.2 Umsetzung des Auftrags 2: «Bundesrechtliche Mindestanforderungen» und «Freizügigkeit» .....	14
<b>3 Mandat der «Groupe de réflexion zu einem einheitlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz».....</b>	<b>15</b>
<b>4 Vorgehensweise.....</b>	<b>15</b>
<b>5 Verfassungsmässige Grundlagen.....</b>	<b>16</b>
<b>6 Begriffe und Definitionen .....</b>	<b>17</b>
6.1 Ausgangslage .....	17
6.2 Freiwillige Gerichtsbarkeit .....	17
6.3 Urkundsperson .....	18
6.4 Öffentliche Beurkundung .....	18
6.5 Öffentliche Urkunde .....	19
6.6 Original der öffentlichen Urkunde («Urschrift» / «minute» / «atto originale») .....	20
6.7 Ausfertigung («expédition» / «copia autentica») .....	21
6.8 Beglaubigte Kopie («Visa» / «copie certifiée conforme» / «autenticazione di una copia») .....	21
6.9 Beurkundungsverfahren .....	22
6.9.1 Allgemeines .....	22
6.9.2 Einteilung der Beurkundungsverfahren .....	22
6.9.3 Einteilung der Beurkundungsverfahren nach dem Gegenstand der Beurkundung .....	23
6.9.4 Beglaubigungen («légalisations» / «autenticazioni») .....	24
6.10 Verfahrensabschnitte .....	26
6.11 Siegel der Urkundsperson (Berufssiegel).....	26
6.12 Schlussverbal (Beurkundungsvermerk) .....	27
<b>7 Leitsätze .....</b>	<b>28</b>
7.1 Allgemeines .....	28
7.2 Mindestanforderungen des Bundesrechts .....	28
7.3 Amt und Zuständigkeit der Urkundsperson .....	30
7.3.1 Öffentliches Amt .....	30
7.3.2 Berufszulassungsvoraussetzungen / Beurkundungsbefugnis .....	30
7.3.2.1 Allgemeines .....	30
7.3.2.2 Wohnsitz und Nationalität .....	32
7.3.2.3 Fähigkeitsprüfung .....	34
7.3.2.4 Ausbildung / Fachliche Voraussetzungen .....	34
7.3.2.5 Unvereinbarkeit mit anderen Tätigkeiten .....	35
7.3.3 Örtliche und sachliche Zuständigkeit .....	36
7.3.3.1 Allgemeines .....	36
7.3.3.2 Freizügigkeit von Urkundspersonen .....	38
7.3.3.3 Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden / Anerkennung von öffentlichen Urkunden .....	39
7.4 Berufspflichten der Urkundsperson .....	39
7.4.1 Allgemeines .....	39

7.4.2	Urkundspflicht / Ablehnungspflicht / Ablehnungsrecht .....	40
7.4.3	Wahrheitspflicht .....	42
7.4.4	Interessenwahrungspflicht .....	42
7.4.4.1	Die Unparteilichkeitspflicht .....	43
7.4.4.2	Die Sorgfaltspflicht .....	44
7.4.4.3	Die Erledigungspflicht .....	44
7.4.5	Unparteilichkeitspflicht .....	44
7.4.6	Ausstandspflichten .....	45
7.4.7	Geheimhaltungspflicht (Schweigepflicht) .....	46
7.4.8	Sorgfaltspflicht .....	47
7.4.9	Ansehen .....	47
7.4.10	Unabhängigkeit .....	47
7.4.11	Mitteilungspflicht .....	48
7.4.12	Weiterbildungspflicht .....	48
7.4.13	Pflicht zur Wahrung staatlicher Fiskalinteressen .....	48
7.5	Beurkundungsverfahren (Verfahrensablauf) .....	48
7.5.1	Allgemeine Verfahrensvorschriften .....	48
7.5.1.1	Datenträger für das Original der Urkunde, die Ausfertigung und die beglaubigte Kopie .....	48
7.5.1.2	Formeller Inhalt öffentlicher Urkunden .....	49
7.5.1.3	Beilagen zur öffentlichen Urkunde .....	50
7.5.1.4	Mitwirkende / beteiligte Personen .....	51
7.5.1.5	Urkundssprache .....	54
7.5.2	Beurkundungsbegehren (Rogation) .....	56
7.5.3	Vorverfahren (Prüfungs- und Vorbereitungsverfahren) .....	57
7.5.3.1	Prüfung .....	57
7.5.3.2	Vorbereitung .....	58
7.5.3.3	Belehrung .....	59
7.5.3.4	Klarheitspflicht .....	61
7.5.4	Hauptverfahren .....	61
7.5.4.1	Allgemeines .....	61
7.5.4.2	Beurkundungsort .....	61
7.5.4.3	Lesung oder Vorlesung / Augenschein und Protokoll .....	62
7.5.4.4	Korrekturen / Bereinigungen .....	63
7.5.4.5	Genehmigung .....	64
7.5.4.6	Unterzeichnung durch die Urkundsparteien .....	65
7.5.4.7	Visierung der einzelnen Seiten .....	66
7.5.4.8	Datierung und Unterzeichnung durch die Urkundsperson .....	66
7.5.4.9	Einheit des Beurkundungsvorgangs (Einheit des Aktes) / Sukzessivbeurkundung .....	66
7.5.4.10	Fernbeurkundung .....	68
7.5.4.11	Fremdsprachige Urkundspartei/en .....	71
7.5.4.12	Besondere Verfahren .....	72
7.5.4.13	Verträge über Grundpfandrechte / Verträge über kleine Grundstücke .....	73
7.5.4.14	Schlussverbal .....	73
7.5.5	Nachverfahren .....	74
7.5.5.1	Allgemeines .....	74
7.5.5.2	Führen eines Registers / Protokolls .....	74
7.5.5.3	Aufbewahrung des Originals der Urkunde oder einer beglaubigten Kopie .....	75
7.5.5.4	Erstellung von Ausfertigungen und beglaubigten Kopien .....	76
7.5.5.5	Siegelung der öffentlichen Urkunde .....	76
7.5.5.6	Anmeldung von Geschäften bei Registerämtern / Meldung bei Behörden .....	77
7.6	Die Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde und die Rechtsfolgen .....	77

7.6.1	Aktuelle Situation .....	78
7.6.1.1	Unterscheidung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften ....	78
7.6.1.2	Unterscheidung zwischen der Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift (Tatbestand des Verfahrensfehlers) und der zivilrechtlichen Rechtsfolge .....	78
7.6.2	Unterscheidung zwischen «Nichtentstehung und Anfechtbarkeit der Urkunde» .....	79
7.6.2.1	Allgemeine Überlegungen.....	79
7.6.2.2	De lege ferenda: Bundesrechtliche Kompetenz zur Einteilung der Formmängel in Bezug auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde	81
7.6.2.3	Gültigkeitsvorschriften .....	81
7.6.2.4	Ordnungsvorschriften.....	83
7.6.3	Umfang des Formzwangs – Teilweise Formungsgültigkeit bei öffentlichen Urkunden .....	83
7.6.4	Regelung der materiell-rechtlichen Folgen eines Verfahrensfehlers .....	83
7.6.4.1	Bundesrechtliche und kantonalrechtliche Regelungskompetenzen betreffend materiell-rechtliche Folgen eines Verfahrensfehlers .....	83
7.6.4.2	Materiell-rechtliche Folgen eines Verfahrensfehlers.....	84
7.7	Aufhebung der beurkundungsrechtlichen Sonderregelungen des ZGB .....	84
7.8	Aufsichtswesen / Disziplinarmassnahmen .....	84
7.9	Verantwortung und Haftung .....	84
7.10	Buchführung, Geldverkehr, Zahlungsbereitschaft und Aufbewahrung von Geldmitteln	84
7.11	Gebühren / Unentgeltliche öffentliche Beurkundung bei Bedürftigkeit.....	85
<b>8</b>	<b>Fazit .....</b>	<b>85</b>
<b>Anhang 1: <i>Propositions pour le point « Einteilung der Themenliste »; Bericht von Herrn Prof. Dr. Denis Piotet, Lausanne.</i></b>		<b>86</b>
<b>Anhang 2: <i>Gutachten des BJ betreffend Bundeskompetenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens vom 13. September 2018.</i></b>		<b>86</b>
<b>Anhang 3: <i>Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz von Bund und Kantonen im Bereich des Beurkundungsrechts; Bericht von Frau Prof. Dr. Ruth Arnet, Zürich .</i></b>		<b>86</b>

## Literaturverzeichnis

- ARNET RUTH, Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – de lege lata und de lege ferenda, successio 3/2015, S. 185 ff.
- ARNET RUTH, «Form folgt Funktion» – Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliensachenrecht, ZBJV 149/2013, S. 391 ff. (zit. ARNET, ZBJV).
- BECK EMIL, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Schlusstitel, 2. Abschnitt, Art. 51-63, Bern 1932.
- BIBER RENÉ, Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, Bd. 1, Muri b. Bern 2010, S. 138 ff.
- BRÄM BEAT, Beilagen zu öffentlichen Urkunden und deren Einbezug in das Beurkundungsverfahren, Festgabe für Professor Dr. iur. Roland Pfäffli, BN 2014, S. 216 ff.
- 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, Jusletter 28. Oktober 2013.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, Bd. 4, Bern 2018 (zit. BRÜCKNER, Notariatspraxis), S. 59 ff.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, ZBGR 75/1994, S. 1 ff. (zit. BRÜCKNER, ZBGR 1994).
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993.
- CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976.
- DEPRAZ ALEX, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Diss. Lausanne 2002.
- DIEBOLD NICOLAS, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: COTTIER/OESCH (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Allgemeines Außenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3. Auflage, Bern 2020.
- EICHENBERGER CHRISTIAN, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, Diss. Bern 2009.
- GASSER DOMINIK/MÜLLER RAHEL/KOJAN TAMARA, Zivilprozessrecht in a nutshell, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne auservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-BEARBEITER, N. zu Art.).
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1–61 SchIT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK-BEARBEITER, N. zu Art.).
- GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954.
- OESCH MATTHIAS/RENFER STEFAN, Kommentar Wettbewerbsrecht II, in: OESCH/WEBER/ZÄCH (Hrsg.), 2. Auflage, Zürich 2021.
- HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, ZBGR 69/1988, S. 228 ff.
- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 2019.

HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHUMACHER RAINER/SCHMID JÖRG, Droits réels – Sachenrecht, BR 4/2010, S. 191 ff.

JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, Genève/Zurich/Bâle 2017.

KOLLER ALFRED, Vom Formmangel und seinen Folgen, Der formungültige Grundstückkauf, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. Aufl., Bern 2017, S. 81 ff.

KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4. Aufl., Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT).

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK-BEARBEITER, N. zu Art.).

KUNZ HANS, Öffentliche Vertragsverkündung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht, Diss. Bern, Biel 1928.

MARTI HANS, Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989.

MARTI HANS, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983 (zit. MARTI, Notariatsrecht).

MOOSER MICHEL, Les conséquences de la reconnaissance intercantonale des actes authentiques immobiliers, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Bd., Bern 2018, S. 141 ff. (zit. MOOSER, 2018).

MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Berne 2014.

MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit. BK-MÜLLER, N. zu Art.).

MÜLLER LUKAS, Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft, SJZ 116 (2020) 16-17, S. 555 ff. (zit. MÜLLER LUKAS).

MÜLLER LUKAS/PAFUMI LARA, Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG (2/2), REPRAX 1/2020, S. 45 ff.

NUSSBAUM HEINRICH, Beispiele mit Anmerkungen und Erläuterungen über öffentliche Beurkundungen mit einer einleitenden Darstellung des massgebenden Rechts, 2. Aufl., Aarau 1949.

PFÄFFLI ROLAND/LIECHTI FABRIZIO ANDREA, Der Notar und das Freizügigkeitsabkommen: Entwicklungen, Jusletter 20. April 2015.

PFÄFFLI ROLAND/LIECHTI FABRIZIO ANDREA, Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Freizügigkeit der Notare, Jusletter 16. Dezember 2013 (zit. PFÄFFLI/LIECHTI, WEKO).

PIOTET DENIS, L'avant-projet de révision des art. 55 à 55t du Titre final du Code civil, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 3. Bd., Bern 2015, S. 79 ff. (zit. PIOTET, 2015).

PIOTET DENIS, Les procédures spéciales d'instrumentation d'actes authentiques, in: STIFTUNG SCHWEIZERISCHES NOTARIAT (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zürich 2007, S. 259 ff. (zit. PIOTET, Ausgewählte Fragen).

PIOTET DENIS, La notion fédérale de la forme authentique à l'épreuve de la doctrine, in: UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Basel/Frankfurt am Main 1992, S. 19 ff.

RUF PETER, Notariatsrecht, Langenthal 1995.

SANTSCHI ALFRED, Die Rechtsberatung durch den Notar, ZBGR 49/1968, S. 1 ff. (zit. SANTSCHI ALFRED, Rechtsberatung).

SANTSCHI ALFRED, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Diss. Bern 1958, Winterthur 1959 (zit. SANTSCHI ALFRED).

SANTSCHI DANIEL, Die Ausstandspflichten des Notars, Diss. Bern, Langenthal 1992 (zit. SANTSCHI DANIEL).

SCHMID JÖRG, Erbrechtsreform und öffentliche Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen, in: JUNGO ALEXANDRA/BREITSCHMID PETER/SCHMID JÖRG (Hrsg.), Erste Silser Erbrechtsgespräche: Gedanken zur Erbrechtsrevision anlässlich des 60. Geburtstags von Paul Eitel, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 37 ff. (zit. SCHMID JÖRG).

SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht, in: SCHMID JÜRG (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 3 ff. (zit. SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht).

SCHMID JÜRG, Die Fernbeurkundung, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, Bd. 4, Bern 2018, S. 231 ff. (zit. SCHMID JÜRG, Notariatspraxis).

STAHELIN DANIEL, Vertretungsverhältnis nicht genannt – öffentliche Urkunde ungültig?, Jusletter 2. August 2010.

STRUB YAEL, Haftung des Notars für die Aufklärung betreffend Steuern? – «Es chunnt druffaa», Recht 4/2013, S. 163 ff.

VON BÜREN ROLAND, Notare und Wettbewerb, in: RUF PETER/PFÄFFLI ROLAND (Hrsg.), 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 79 ff.

WOLF STEPHAN, Zu den kantonalen Beurkundungsverfahren als Ausgangslage für einen bundesrechtlichen Notariatsprozess und zugleich zu den Schwierigkeiten einer Vereinheitlichung des materiellen Notariatsrechts – eine Standortbestimmung, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 4. Bd., Bern 2018, S. 23 ff. (zit. WOLF, Notariatspraxis).

WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009 (zit. KNB-BEARBEITER, N. zu Art.).

WOLF STEPHAN/PFEUTI ANJA/MINNIG YANNICK, Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz – Einführung und Überblick, Jusletter 28. Oktober 2013.

WOLF STEPHAN/SETZ ANNA LEA, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: WOLF STEPHAN (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Bern 2012.

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Kanton Aargau
AI	Kanton Appenzell Innerrhoden
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BE	Kanton Bern
BeurG-AG	Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz vom 30. August 2011, SAR 295.200
BeurkG-AR	Beurkundungsgesetz vom 26. Oktober 2009, bGS-AR 211.2
BeurkG-GL	Gesetz über Beurkundung und Beglaubigung (Beurkundungsgesetz) vom 6. Mai 2007, GS-GL III B/3/1
BeurkG-LU	Gesetz über die öffentliche Beurkundung (Beurkundungsgesetz) vom 18. September 1973, SRL 255
BeurkG-ZG	Gesetz über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz) vom 3. Juni 1946, BGS-ZG 223.1
BeurkV-NW	Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung vom 9. November 1974 (Beurkundungsverordnung), Nidwaldner Gesetzessammlung 268.11
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesezt) vom 6. Oktober 1995, SR 943.02
BGE	Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BL	Kanton Basel-Landschaft
BN	Der bernische Notar, Zeitschrift des Verbandes bernischer Notare (Langenthal)
BR	Baurecht, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Zürich)
BS	Kanton Basel-Stadt
bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
DELN-JU	Décret concernant l'exécution de la loi sur le notariat du 6 décembre 1978, RSJU 189.111
Dr.	Doktor

**Bericht: Einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz - Leitsätze und Erläuterungen**

Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.300963 / 233.1/2018/00017

E.	Erwägung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EÖBV	Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen vom 8. Dezember 2017, SR 211.435.1
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f.	folgende(r)
ff.	fortfolgende
FR	Kanton Freiburg
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz), SR 221.301
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681
GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011, SR 211.432.1
GE	Kanton Genf
GL	Kanton Glarus
GR	Kanton Graubünden
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
Hrsg.	Herausgeber
INR	Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis
JU	Kanton Jura
Lit.	Litera
LN-JU	Loi sur le notariat du 9 novembre 1978, RSJU 189.11
LN-NE	Loi sur le notariat du 26 août 1996, RSN 166.10
LNo-VD	Loi sur le notariat du 29 juin 2004, RS 178.11
LU	Kanton Luzern
N.	Note; Randnote
NE	Kanton Neuenburg
NG-BE	Notariatsgesetz vom 22. November 2005, BSG 169.11
NO-BE	Notariatsverordnung vom 26. April 2006, BSG 169.112
NG-BL	Notariatsgesetz vom 22. März 2012, SGS-BL 217
NG-BS	Notariatsgesetz vom 18. Januar 2006, BSSG 292.100
NG-FR	Gesetz über das Notariat vom 17. März 2016, SGF 261.1
NG-GR	Notariatsgesetz vom 18. Oktober 2004, BR 210.300

NG-VS	Notariatsgesetz vom 15. Dezember 2004, Walliser Gesetzes-sammlung 178.1
NotG-ZH	Notariatsgesetz vom 9. Juni 1985, ZH-Lex 242
NotPV-ZH	Verordnung über den Erwerb des Wahlfähigkeitszeugnisses für Notarinnen und Notare vom 4. September 2013, ZH-Lex 242.1
NV-BE	Notariatsverordnung vom 26. April 2006, BSG 169.112
NV-UR	Verordnung über das Notariat vom 9. Oktober 1911, RB-UR 9.2311
NW	Kanton Nidwalden
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
OW	Kanton Obwalden
Prof.	Professorin / Professor
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht (Zürich)
S.	Seite
SchlT ZGB	Schlussstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
SG	Kanton St. Gallen
SH	Kanton Schaffhausen
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
SO	Kanton Solothurn
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
successio	Zeitschrift für Erbrecht (Zürich)
SZ	Kanton Schwyz
TG	Kanton Thurgau
UR	Kanton Uri
VD	Kanton Waadt
VS	Kanton Wallis
vgl.	vergleiche
WEKO	Eidgenössische Wettbewerbskommission
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuch-recht (Zürich)
ZG	Kanton Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272

## 1 Ausgangslage

### 1.1 Beurkundungsrecht in der Schweiz

Das Bundesrecht schreibt für zahlreiche Rechtsgeschäfte als Gültigkeitserfordernis die Form der öffentlichen Beurkundung vor. Eine explizite bundesrechtliche Regelung in Bezug auf das konkrete Beurkundungsverfahren besteht jedoch nur bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung, dem Erbvertrag, der Schenkung von Todes wegen, dem Verpfändungsvertrag und dem Wechselprotest (Art. 499 ff., 512 Abs. 1 ZGB, Art. 245 Abs. 2, Art. 522 Abs. 1, Art. 1034 ff. OR). Die weitere Verfahrensordnung für Rechtsgeschäfte, die der öffentlichen Beurkundung bedürfen, überlässt der Bundesgesetzgeber den Kantonen. So hält Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB fest, dass die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird. Entsprechend ist das Beurkundungsrecht in der Schweiz geprägt von kantonalen Eigenheiten.

Die kantonale Zuständigkeit hat dazu geführt, dass sich in der Schweiz im Bereich der öffentlichen Beurkundung verschiedene Organisationsformen gebildet haben. Unterschieden werden dabei im Grundsatz die drei folgenden Systeme: das freiberufliche (lateinische) Notariat, das Amtsnotariat sowie verschiedene Mischformen des freiberuflichen und des amtlichen Notariats.<sup>1</sup> Beim freiberuflichen Notariat üben die Urkundspersonen ihre hoheitliche Tätigkeit selbstständig sowie auf eigene Rechnung und Verantwortung aus.<sup>2</sup> Im Gegensatz dazu steht die Urkundsperson beim Amtsnotariat in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis.<sup>3</sup> Bei den Mischformen werden gewisse Aufgaben von freiberuflichen Notarinnen und Notaren wahrgenommen und andere wiederum von Amtsnotarinnen und -notaren.

Mit der öffentlichen Beurkundung werden verschiedene Ziele verfolgt.<sup>4</sup> Dazu gehören die folgenden:

- Schutz der Urkundsparteien vor Übereilung;<sup>5</sup>
- Erinnerungsstütze;<sup>6</sup>
- Beweisfunktion;<sup>7</sup>
- streitvermeidende Funktion;<sup>8</sup>
- Errichtung geeigneter Rechtsgrundausweise;<sup>9</sup>
- rechtspolizeiliche Funktion;<sup>10</sup>
- Klarheit des Rechtsgeschäfts;<sup>11</sup>
- zeitlich unbefristete Aufbewahrung der öffentlichen Urkunde.<sup>12</sup>

---

<sup>1</sup> BIBER, S. 141; CARLEN, S. 35 ff.; JEANDIN, S. 11; MOOSER, N. 55 ff.

<sup>2</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, S. 63; CARLEN, S. 36; JEANDIN, S. 11; KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 3 zu Art. 2 NG.

<sup>3</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, S. 63; CARLEN, S. 38; JEANDIN, S. 11.

<sup>4</sup> Vgl. die Übersicht bei ARNET, ZBJV, S. 399 ff.

<sup>5</sup> BECK, S. 14; BRÜCKNER, N. 258 ff.; JEANDIN, S. 17; MARTI, S. 23; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 10.

<sup>6</sup> MARTI, S. 21 f.

<sup>7</sup> MARTI, S. 22 f.

<sup>8</sup> MARTI, S. 22.

<sup>9</sup> JEANDIN, S. 17; MARTI, S. 24.

<sup>10</sup> JEANDIN, S. 18; MARTI, S. 25.

<sup>11</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, N. 9 zu Art. 23 NG; BSK-SCHMID, N. 12 zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>12</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, S. 63; JEANDIN, S. 18.

Es ist heute sowohl in der Lehre wie auch in der Rechtsprechung unbestritten, dass der Begriff der «öffentlichen Beurkundung» dem Bundesrecht angehört.<sup>13</sup> Entsprechend haben die Kantone bei der Regelung des Beurkundungsverfahrens die Anforderungen, die sich aus dem Bundesrecht ergeben, zu berücksichtigen.<sup>14</sup>

Bei den Vorgaben, die sich aus dem – teilweise ungeschriebenen – Bundesrecht ergeben, ist zwischen den Mindest- und den Maximalanforderungen zu unterscheiden.<sup>15</sup> Gemäss den Mindestanforderungen haben die kantonalen Bestimmungen die sich aus dem Begriff und Zweck der öffentlichen Beurkundung ergebenden Anforderungen zu erfüllen.<sup>16</sup> Die Maximalanforderungen sollen gewährleisten, dass die Kantone die Zugänglichkeit zur öffentlichen Beurkundung durch Verfahrensvorschriften nicht übermäßig erschweren oder gar vereiteln.<sup>17</sup>

## 1.2 Auftrag des Bundesrats

Der Bundesrat hatte am 14. Dezember 2012 das Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Zivilgesetzbuchs («Öffentliche Beurkundung») eröffnet. Der Vorentwurf umfasste folgende Revisionspunkte:

- Festlegung bundesrechtlicher Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung;
- Ausdehnung der Freizügigkeit auf sämtliche öffentliche Urkunden im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte;
- Ermöglichung der Erstellung eines Originals der öffentlichen Urkunde in elektronischer Form sowie
- Betreiben einer zentralen Urkundendatenbank durch den Bund.

Aufgrund der Ergebnisse der Vernehmlassung und nach Gesprächen mit den betroffenen Kreisen beschloss der Bundesrat am 25. Mai 2016, die Vorlage über die Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs im Bereich der öffentlichen Beurkundung in die zwei folgenden Projekte aufzuteilen:

- Ausarbeitung einer Botschaft, welche das elektronische Original der öffentlichen Urkunde und das Register der elektronischen öffentlichen Urkunden erfasst («Auftrag 1»).
- Prüfung einer Ausarbeitung einer Botschaft zu den Bereichen «bundesrechtliche Mindestanforderungen» und «Freizügigkeit» und eine entsprechende Berichterstattung («Auftrag 2»).

## 1.3 Empfehlung der Wettbewerbskommission zur Freizügigkeit

Die Wettbewerbskommission (WEKO) empfahl den Kantonen am 23. September 2013 die Einführung der Freizügigkeit für die interkantonale Ausübung der Erwerbstätigkeit von Notarinnen und Notaren sowie für die öffentliche Beurkundung.<sup>18</sup> Insbesondere sollten ausserkantonale Notarinnen und Notare unter Anerkennung deren Fähigkeitsausweise für diejenigen Tätigkeiten zugelassen werden, die im eigenen Kanton ebenfalls durch das freierwerbende Notariat ausgeübt werden dürfen. In Bezug auf die öffentlichen Urkunden empfahl die WEKO eine Normierung der Anerkennung aller öffentlichen Urkunden zwischen den Kantonen sowie

---

<sup>13</sup> BGE 125 III 131, 134 und 133 I 259, 260; BIBER, S. 140; BRÜCKNER, N. 5; HUBER, S. 229.

<sup>14</sup> WOLF/PFEUTI/MINNIG, S. 3 f.

<sup>15</sup> BRÜCKNER, N. 8 ff. und N. 19 f.; HUBER, S. 230; MOOSER, N. 26; WOLF/PFEUTI/MINNIG, S. 4.

<sup>16</sup> BGE 99 II 159, 161; HUBER, S. 230. Eine Zusammenstellung der Mindestanforderungen findet sich in Ziff. 7.2.

<sup>17</sup> BRÜCKNER, N. 19 f.; WOLF/PFEUTI/MINNIG, S. 4.

<sup>18</sup> <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-50564.html> (Stand: 13.07.2021).

die Schaffung von Grundlagen zur Anerkennung von ausserkantonalen Urkunden bei Grundstücksgeschäften. Die Empfehlung der WEKO stützt sich insbesondere auf das Binnenmarktgesetz (BGBM), welches für die Ausübung der Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz einen freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt gewährleistet. Aus binnennmarktrechtlicher Sicht ist zu erwähnen, dass der Geltungsbereich des BGBM an denjenigen des FZA angeglichen wurde, weshalb notarielle Tätigkeiten in Abkehr von der bundesgerichtlichen Praxis dem Geltungsbereich des BGBM zu unterstellen wären.<sup>19</sup> Diese Einschätzung und die Empfehlung der WEKO blieben nicht unkritisiert.<sup>20</sup>

Die Empfehlung der WEKO beabsichtigte aus ordnungspolitischer Sicht auch, den Wettbewerb im Notariatswesen zu beleben. Die Empfehlungen der WEKO wurden bislang nicht umgesetzt, hingegen sieht beispielsweise das Postulat Bertschy 20.3879 vom 19. Juni 2020, welches auszugsweise praktisch wörtlich auf die Empfehlung der WEKO abstellt, eine schweizweite Liberalisierung des Notariatswesens mit einem möglichst freien, interkantonalen Wettbewerb vor.

## **2 Umsetzung der Aufträge des Bundesrats**

### **2.1 Umsetzung des Auftrags 1: «Elektronische öffentliche Urkunde»**

Seit der Verabschiedung des Vorentwurfs 2012 und der Durchführung des Vernehmlassungsverfahrens im Jahr 2013 hat sich das digitale Bewusstsein der Bevölkerung weiterentwickelt und Digitalisierungsprojekte haben einen starken Auftrieb erfahren. Vor diesem Hintergrund war es angezeigt, die ursprünglich im Jahre 2012 vorgeschlagenen Bestimmungen in akzentuierter Form nochmals der breiten Öffentlichkeit zur Diskussion vorzulegen. Der Bundesrat hat daher den Vorentwurf des Bundesgesetzes über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG) vom 30. Januar bis am 8. Mai 2019 in die Vernehmlassung gegeben. In Abweichung zum Vorentwurf 2012 solle nicht nur die Option zur Erstellung von elektronischen Originalen öffentlicher Urkunden eingeführt werden – das elektronische Original solle (nach einer Übergangsfrist von zehn Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes) vielmehr die Regel sein. Mit dem elektronischen Original der öffentlichen Urkunde solle zudem eine zentrale Registerlösung (*Urkundenregister*) eingeführt werden, welche die sichere und langfristige Aufbewahrung der Urkunden sicherstellt.

Die im Rahmen der Vernehmlassung eingegangenen Stellungnahmen wurden ausgewertet und gestützt darauf wird durch das EJPD in einem nächsten Schritt ein Gesetzesentwurf sowie eine Botschaft erarbeitet.

Die Möglichkeit, dass das Original der öffentlichen Urkunde in Zukunft elektronisch erstellt werden könnte, wurde bei der Erarbeitung der Definitionen und Leitsätze ebenfalls in die Diskussionen miteinbezogen.

### **2.2 Umsetzung des Auftrags 2: «Bundesrechtliche Mindestanforderungen» und «Freizügigkeit»**

Die Vorschläge im Vorentwurf 2012 betreffend Kodifizierung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen und Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte wurden teilweise kritisch aufgenommen. Im Nachgang zur Vernehmlassung führte die Bundesverwaltung daher mit Vertreterinnen und Vertretern des Notariats diverse Gespräche. Im Rahmen dieses Gedankenaustausches wurde die Idee aufgegriffen, dass statt einer Kodifikation von Mindestanforderungen die Schaffung eines einheitlichen Beurkundungsverfahrens geprüft werden sollte.

<sup>19</sup> Mit weiteren Hinweisen: OESCH/RENFER, N. 13 zu Art. 1 BGBM; DIEBOLD, S. 489.

<sup>20</sup> Vgl. auch die Ausführungen unter Ziff. 7.3.3.

Im Nachgang zum Notariatskongress vom 15. März 2018 zum Thema «Der einheitliche Notariatsprozess in der Schweiz und die Zukunft des Notariats» wurde vom BJ eine Groupe de réflexion zu einem «einheitlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz» eingesetzt, die Leitsätze mitsamt Erläuterungen zu einem vereinheitlichten bündesrechtlichen Beurkundungsverfahren erarbeiten sollte.

### **3 Mandat der «Groupe de réflexion zu einem einheitlichen Beurkundungsverfahren in der Schweiz»<sup>21</sup>**

Die Groupe de réflexion hatte den Auftrag, die Rechtsfragen einer möglichen bündesrechtlichen Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens in der Schweiz aus fachlicher Sicht zu vertiefen und Leitsätze zu einem bündesrechtlichen Beurkundungsverfahren mitsamt Erläuterungen zu erarbeiten.

Im Rahmen ihrer Arbeiten sollte die Groupe de réflexion den möglichen Umfang einer Vereinheitlichung erörtern und verschiedene Regelungsmodelle entwickeln. Die Überlegungen der Groupe de réflexion sollten zudem den Grundsatz der Organisationshoheit sowie die Aufsichtsbefugnisse der Kantone im Bereich der öffentlichen Beurkundung respektieren. Weiter sollte dem Ineinandergreifen von kantonalem Recht und einem möglichen künftigen Beurkundungsrecht sowie dem materiellen Bundesprivatrecht besonders Beachtung geschenkt werden.

Die Leitsätze sollen sowohl im freiberuflichen (lateinischen) und gemischten Notariat sowie auch im Amtsnotariat angewendet werden können.

Die Groupe de réflexion setzte sich aus Vertreterinnen und Vertretern des freiberuflichen (lateinischen) Notariats, des Amtsnotariats, der Kantone und der Wissenschaft zusammen.

### **4 Vorgehensweise**

In einem ersten Schritt wurden die Themen, welche in den kantonalen Rechtsgrundlagen betreffend öffentliche Beurkundung geregelt werden, zusammengetragen. Anschliessend einigte man sich wie folgt auf eine Strukturierung derselben:

- *Block 1*: Amt und Zuständigkeit der Urkundsperson / allgemeine Vorschriften;
- *Block 2*: Berufspflichten;
- *Block 3*: Beurkundungsverfahren;
- *Block 4*: Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde / Aufsicht / Gebühren.

Im *ersten Block* finden sich die Themen, welche sich inhaltlich mit der Organisationsform der öffentlichen Beurkundung befassen. Dazu gehören insbesondere die Bezeichnung der für die öffentliche Beurkundung zuständigen Personen, die Berufszulassungsvoraussetzungen, sowie die örtliche und sachliche Zuständigkeit von Urkundspersonen oder deren Freizügigkeit.

In einem *zweiten Block* werden die verschiedenen Berufspflichten der Urkundspersonen aufgelistet.

Der *dritte Block* beinhaltet die zu regelnden Bereiche in Zusammenhang mit dem Beurkundungsverfahren an sich wie bspw. die Urkundssprache, die Beilagen zur Urkunde, die Korrekturen etc.

Die Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde, die Aufsicht über die Urkundspersonen sowie die Gebühren werden in einem *vierten Block* zusammengefasst.

---

<sup>21</sup> Die Zusammensetzung und das Mandat der Groupe de réflexion kann abgerufen werden unter: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html> (Stand: 31.05.2021).

Im Rahmen der Arbeiten zur Einteilung der verschiedenen Themen wurde die Meinung vertreten, dass als Erstes geklärt werden müsse, auf welches Beurkundungsverfahren die Leitsätze anzuwenden seien. Dies aufgrund der Tatsache, dass das Verfahren je nach Beurkundungsgegenstand ein anderes sein könne. So bedürfe namentlich das Verfahren zur Beurkundung von Willenserklärungen unter Umständen einer anderen Regelung als dasjenige für eine Sachbeurkundung.<sup>22</sup> Im Auftrag der Groupe de réflexion erstellte Herr Prof. Dr. DENIS PIOTET einen Beitrag mit einer Zusammenstellung der verschiedenen Beurkundungsverfahren sowie einem Vorschlag betreffend deren Unterscheidung und dem Anwendungsbereich der Leitsätze (*Anhang 1*).

Im Nachgang zum Bericht von Herrn Prof. Dr. DENIS PIOTET wurde der Entscheid getroffen, dass die Leitsätze so formuliert werden sollten, dass sie idealerweise auf alle Beurkundungsverfahren angewendet werden können. Bei Fällen, in denen klarerweise eine Unterscheidung zu treffen ist, wird eine entsprechende Klarstellung in den Erläuterungen aufgenommen oder es werden zusätzliche Leitsätze verfasst.

Nach der Zusammenstellung und der Strukturierung der Themen folgten in der Groupe de réflexion die Diskussionen zu den einzelnen Leitsätzen. Dabei wurde bereits in einem ersten Durchgang bei gewissen Regelungsbereichen festgehalten, dass dazu keine Leitsätze zu verfassen seien. Es handelt sich dabei um die folgenden zwei Bereiche:

- Höchstzahl an Urkundspersonen (numeris clausus);<sup>23</sup>
- Büroräumlichkeiten.

Auch bei anderen Themen kam die Groupe de réflexion zum Schluss, dass kein Leitsatz verfasst werden sollte. Der Grund liegt darin, dass allfällige bundesrechtliche Vorschriften teilweise in die Organisationshoheit der Kantone eingreifen würden. Überdies konnte in einigen Fällen keine mehrheitsfähige Lösung für einen Leitsatz gefunden werden.<sup>24</sup>

Die Resultate der Gespräche und des Gedankenaustausches sowie die erarbeiteten Leitsätze sind im vorliegenden Bericht zusammengefasst. Dementsprechend handelt es sich diesem Dokument nicht um einen Bericht der Verwaltung oder des Bundesrats, sondern um ein Schriftstück der Groupe de réflexion. Die Redaktionsarbeiten für den Bericht wurden durch das Bundesamt für Justiz BJ vorgenommen.

## 5 Verfassungsmässige Grundlagen

Die Natur von Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB ist im Hinblick auf die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen umstritten.<sup>25</sup> Teilweise wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass es sich bei der vorgenannten Bestimmung um einen unechten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts handle.<sup>26</sup> Andere Autoren hingegen verstehen die Regelung als echten Vorbehalt.<sup>27</sup>

Im Rahmen der Einführung der ZPO hat sich der Gesetzgeber dahingehend geäussert, dass die ZPO im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zu der auch die öffentliche Beurkundung gehört, nur für gerichtliche Angelegenheiten anwendbar sei. Keine Geltung habe die ZPO je-

---

<sup>22</sup> Betreffend Unterscheidung der verschiedenen Beurkundungsverfahren wird verwiesen auf die Ausführungen in Ziff. 6.9 des vorliegenden Berichts.

<sup>23</sup> Eine entsprechende explizite Vorschrift kennt nur FR. Gemäss Art. 2 Abs. 1 NG-FR dürfen nicht mehr als 55 Notare auf dem Kanton Gebiet tätig sein. Allerdings ist die Anzahl Urkundspersonen auf Grund der Organisationsform auch in Kantonen mit dem Amtsnotariat begrenzt.

<sup>24</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen in Ziff. 7.1.

<sup>25</sup> WOLF/PFEUTI/MINNIG, S. 3.

<sup>26</sup> MARTI, S. 30 ff.; RUF, N. 132 ff.

<sup>27</sup> BRÜCKNER, N. 5 ff.; VON BÜREN, S. 80 ff.

doch aus verfassungsrechtlichen Gründen für Zivilsachen, die von kantonalen Verwaltungsbehörden (Art. 54 SchlT ZGB) behandelt werden. Hierbei komme weiterhin kantonales Verfahrensrecht zur Anwendung.<sup>28</sup> Weitergehende Ausführungen in Bezug auf die angesprochenen «verfassungsrechtlichen Gründe» – gerade auch im Hinblick auf die öffentliche Beurkundung – macht der Bundesrat in diesem Zusammenhang jedoch nicht.<sup>29</sup>

Die Frage der Bundeskompetenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens wurde durch die Groupe de réflexion aufgegriffen. Seitens BJ wurde ein Gutachten (vgl. Anhang 2) und von Frau Prof. Dr. RUTH ARNET ein Bericht (vgl. Anhang 3) zu dieser Frage erarbeitet. Die Mitglieder der Groupe de réflexion vertraten unterschiedliche Meinungen zur Kompetenzausscheidung. Man war sich allerdings einig darüber, dass man diese Frage in Anbetracht des Mandats der Groupe de réflexion offenlassen könne. Ziel müsse es sein, unter Berücksichtigung der Zwecke der öffentlichen Beurkundung und der Organisationsformen der Kantone Leitsätze für ein «ideales» Beurkundungsverfahren zu entwickeln.

## 6 Begriffe und Definitionen

### 6.1 Ausgangslage

Die Diskussionen im Rahmen der Sitzungen der Groupe de réflexion haben gezeigt, dass für die Erarbeitung der Leitsätze Erläuterungen zu diversen Begriffen, die im Beurkundungsrecht verwendet werden, notwendig sind. Erforderlich sind die Definitionen verschiedener Begriffe, weil in den Kantonen im Zusammenhang mit dem Beurkundungsrecht teilweise unterschiedliche Bezeichnungen für denselben Sachverhalt verwendet werden und weil nicht alle Kantone die gleichen Institute kennen.

### 6.2 Freiwillige Gerichtsbarkeit

Definition:

*Die freiwillige Gerichtsbarkeit bezeichnet die hoheitliche Tätigkeit einer Behörde oder einer Urkundsperson, die in nicht streitigen Angelegenheiten dazu dient, zivilrechtliche Rechte festzustellen, zu begründen, zu ändern oder aufzuheben, oder einen Sachverhalt festzustellen.*

In der Gesetzgebung wird zwischen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterschieden.

Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann umschrieben werden als hoheitliche Tätigkeit einer Behörde (Gericht, Urkundsperson, Verwaltungsbehörde), die dazu dient, private Rechte festzustellen, zu begründen, zu ändern oder aufzuheben, oder einen Sachverhalt festzustellen. Es handelt sich dabei um ein nicht streitiges Verfahren, das in der Regel auf einseitigen Antrag von Privaten initiiert wird.<sup>30</sup> Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der «einseitige Antrag» alleine jedoch kein Kriterium zur Unterscheidung, ob es sich um ein Verfahren der freiwilligen oder der streitigen Gerichtsbarkeit handelt; insbesondere erfolgt bei der öffentlichen Beurkundung die Einleitung des Verfahrens (Rogation) häufig durch mehrere Parteien. Vielmehr ist für die Abgrenzung auf den materiell-rechtlichen Inhalt des Verfahrens abzustellen.<sup>31</sup> Die öffentliche Beurkundung ist Teil dieser freiwilligen Gerichtsbarkeit.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> BBL 2006 7221, 7257.

<sup>29</sup> Die zitierte Passage aus der Botschaft zu der ZPO (BBL 2006 7221, 7257) wurde aufgrund der Stellungnahmen im Rahmen der Vernehmlassung eingefügt («...in der Vernehmlassung aus verfassungsrechtlichen Gründen gefordert wurde...»).

<sup>30</sup> GULDENER, S. 1 ff.; GASSER/MÜLLER/KOJAN, S. 2.

<sup>31</sup> BGE 140 III 550; BGE 139 III 225; BGer 5A\_434/2012.

<sup>32</sup> BGE 128 I 280, 281; BRÜCKNER, N. 481; CARLEN, S. 35; GULDENER, S. 9; MARTI, S. 19; RUF, N. 232 ff.

## 6.3 Urkundsperson

### Definition:

*Als Urkundspersonen werden alle Personen bezeichnet, die für die öffentliche Beurkundung zuständig sind, unabhängig davon, ob sie über eine beschränkte oder unbeschränkte Beurkundungsbefugnis verfügen und für welche Beurkundungsverfahren sie sachlich und / oder örtlich zuständig sind.*

Personen, welche für die öffentliche Beurkundung zuständig sind, werden in den Kantonen unterschiedlich bezeichnet. Neben der Bezeichnung «Notar» wird auch der Begriff «Urkundsperson» verwendet.

Für die Leitsätze und die entsprechenden Erläuterungen sollte eine einheitliche Bezeichnung für diejenigen Personen gewählt werden, welche in den Kantonen die öffentliche Beurkundung vornehmen dürfen. Das Ziel war, einen Begriff zu finden, der eng genug ist, um nicht allzu abstrakt zu wirken, jedoch auch hinlänglich weit, um sämtliche Personen mit Beurkundungs- bzw. Beglaubigungskompetenzen mitzumfassen.

In der deutschen Sprache würde es sich anbieten, die Bezeichnung «Urkundsperson» zu verwenden. Allerdings existieren in der französischen und italienischen Sprache keine entsprechenden Übersetzungen, die inhaltlich genau übereinstimmen. Die Begriffe «officier public» bzw. «pubblico ufficiale» sind mit Amtsperson oder Träger eines öffentlichen Amtes zu übersetzen und nicht mit «Urkundsperson».

Trotz dieser Übersetzungsproblematik entschieden sich die Mitglieder der Groupe de réflexion im vorliegenden Bericht für die Bezeichnung der Personen mit einer Beurkundungs- bzw. Beglaubigungskompetenz die folgenden Begriffe zu verwenden:

- Deutsch: «Urkundsperson»;
- Französisch: «officier public»;
- Italienisch: «pubblico ufficiale».

## 6.4 Öffentliche Beurkundung

### Definition:

*Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder Erklärungen rechtsgeschäftlicher, prozessrechtlicher oder tatsächlicher Art in dem dafür vorgesehenen Verfahren durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Urkundsperson.*

Nach heutiger Auffassung der Lehre und Rechtsprechung gehört der Begriff der «öffentlichen Beurkundung» dem Bundesrecht an, auch wenn eine bundesgesetzliche Definition fehlt.<sup>33</sup>

Die Lehre wie auch die Rechtsprechung haben verschiedene Begriffsbestimmungen entwickelt, die sich allerdings nicht allzu stark voneinander unterscheiden. So umschreibt bspw. CARLEN<sup>34</sup> die öffentliche Beurkundung als «urkundliche Festlegung rechtlich erheblicher Tatsachen und rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen durch ein von der Gesetzgebung hiezu als zuständig bezeichnetes Organ unter Einhaltung der hiefür vorgeschriebenen Form.» Eine ähnliche Formulierung wählt auch JEANDIN<sup>35</sup>: «On définit la forme authentique comme étant la forme solennelle selon laquelle une personne autorisée à cet effet par un canton confectionne, selon la procédure prescrite par ce canton, un document écrit consignant des déclarations de

<sup>33</sup> BGE 125 III 131, 134, und 133 I 259, 260; BIBER, S. 140; BRÜCKNER, N. 5; HUBER, S. 229.

<sup>34</sup> CARLEN, S. 88.

<sup>35</sup> JEANDIN, S. 16.

volonté ou la constatation de faits.» Das Bundesgericht<sup>36</sup> weicht mit seiner Definition nur unwe sentlich von den beiden vorstehenden ab: «Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betrauten Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren.»

Der Vorschlag, die Begriffsbestimmung des Bundesgerichts zu verwenden, stiess nicht bei allen Mitgliedern der Groupe de réflexion auf Zustimmung. Kritisiert wurde insbesondere die Offenheit der Formulierung. Diese ist der Tatsache geschuldet, dass es sich bei der «öffentlichen Beurkundung» um ein Verfahren respektive einen Verfahrensablauf handelt, bei dem bestimmte (bundesrechtliche und kantonale) Verfahrensregeln eingehalten werden müssen.<sup>37</sup> Entsprechend müsste man für die einzelnen Beurkundungsverfahren jeweils die konkreten Bestimmungen aufführen und die einzelnen Verfahrensschritte ausformulieren, um eine umfassende und anschauliche Definition des Begriffs der «öffentlichen Beurkundung» zu erhalten.

Als Lösungsvorschlag wurde vorgebracht, dass es allenfalls denkbar wäre, zwischen den Willenserklärungen und den Sachbeurkundungen zu unterscheiden, um eine aussagekräftigere Begriffsbestimmung zu erhalten. Zudem sei auch eine Trennung zwischen der «öffentlichen Beurkundung» und der «Begläubigung» in Betracht zu ziehen. Es wurde weiter vorgeschlagen, eine Liste mit den beurkundungsbedürftigen Geschäften und Fällen zu erstellen, auf die sich die Leitsätze beziehen. So erreiche man eine Konkretisierung des Begriffs. Gleichzeitig berge dieses Vorgehen jedoch das Risiko, dass man nicht alle Fälle erfasse und der Tatsache, dass das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung von den Parteien freiwillig gewählt werden könne, werde keine Rechnung getragen. Als Präzisierungsmöglichkeit wurde zudem der Vorschlag eingebracht, an die Funktion der Urkundsperson anzuknüpfen.

Im Rahmen der Diskussionen wurde darauf hingewiesen, dass die Definition der «öffentlichen Beurkundung» immer auch in Zusammenhang mit den Leitsätzen zu lesen sei und diese damit indirekt an Inhalt gewinne.

Bezüglich einer Definition konnte in der Groupe de réflexion keine Mehrheit für eine der vorgeschlagenen Varianten gefunden werden. Daher wurde trotz den vorgebrachten Einwänden eine Definition in Anlehnung an diejenige des Bundesgerichts gewählt.

## 6.5 Öffentliche Urkunde

Definition:

*Die öffentliche Urkunde ist das Ergebnis der öffentlichen Beurkundung.*

*Öffentliche Urkunden im Sinne der Leitsätze sind:*

- Urkunden über Willenserklärungen oder die Feststellung von Sachverhalten, für welche die Form der öffentlichen Beurkundung nach Bundesrecht oder kantonalem Recht erforderlich ist oder von den Parteien gewünscht wird;
- Ausfertigungen;
- Beglaubigungen.

Weder das ZGB noch das OR enthalten heute eine Definition des Begriffs der «öffentlichen Urkunde». Allerdings regelt das ZGB in Artikel 9 die Wirkung der öffentlichen Urkunde, indem es dieser eine erhöhte Beweiskraft beimisst (analog dazu Art. 179 ZPO). Eine Bestimmung zum Begriff der «öffentlichen Urkunde» findet sich allerdings in Artikel 110 Absatz 5 StGB.

<sup>36</sup> BGE 99 II 159, 161.

<sup>37</sup> BRÜCKNER, N. 21 ff.

Der Vorschlag, eine Definition der «öffentlichen Urkunde» in Anlehnung an diejenige von Artikel 110 Absatz 5 StGB<sup>38</sup> zu verfassen, stiess nicht bei allen Mitgliedern der Groupe de réflexion auf Zustimmung. So wurde auch hier wieder die Problematik der zu offenen Formulierung angesprochen.<sup>39</sup> Zugleich wurde aber darauf verwiesen, dass die Begriffsbestimmung der «öffentlichen Urkunde» wie diejenige der «öffentlichen Beurkundung» nicht ohne die Leitsätze zu lesen sei.

Da bereits beim Begriff der «öffentlichen Beurkundung» vorgebracht wurde, dass ein Hinweis auf die verschiedenen Beurkundungsverfahren (Willenserklärungen und Sachbeurkundungen) sinnvoll wäre, erfolgt dieser nun bei der Begriffsbestimmung der «öffentlichen Urkunde» (erstes Lemma des Leitsatzes).

Im Leitsatz werden neben den Urkunden über die Willenserklärungen und die Sachbeurkundungen («die Feststellung von Sachverhalten») explizit die Ausfertigungen und die Beglaubigungen aufgeführt, um zu verdeutlichen, dass es sich hierbei ebenfalls um öffentliche Urkunden handelt, auch wenn sich das Verfahren zur Errichtung derselben stark von denjenigen zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde über Willenserklärungen oder Sachbeurkundungen unterscheidet.

## 6.6 Original der öffentlichen Urkunde («Urschrift» / «minute» / «atto originale»)

Definition:

*Als Original der öffentlichen Urkunde wird das im Rahmen des durchgeführten Hauptverfahrens entstandene Dokument bezeichnet, welches die erforderliche/n Unterschrift/en trägt.*

Das Original der öffentlichen Urkunde ist dasjenige Dokument, welches als Entwurf Grundlage des Hauptverfahrens gewesen ist und zum Abschluss des Hauptverfahrens die originale Unterschrift aller Personen trägt, welche die Urkunde zu unterzeichnen haben.<sup>40</sup> Jedes abgeschlossene Hauptverfahren führt im Ergebnis zur Entstehung des Originals der öffentlichen Urkunde.<sup>41</sup>

Je nach Organisationsform wird respektive werden heute im Rahmen des Hauptverfahrens ein Original oder mehrere Originale erstellt. So kennen gewisse Kantone das System der Originale, nicht für den Rechtsverkehr bestimmten Urschrift. Von dieser Urschrift werden beglaubigte Kopien oder Ausfertigungen erstellt, welche die Urschrift im Rechtsverkehr vertreten.<sup>42</sup> Die Urschrift bleibt grundsätzlich in Gewahrsam der Urkundsperson, welche die Beurkundung vorgenommen hat.<sup>43</sup> In anderen Kantonen verbleibt eine beglaubigte oder unbeglaubigte Kopie bei der Urkundsperson und die Originalurkunde(n) sind für den Rechtsverkehr bestimmt.

Gemäss dem Bundesgericht werden Urkundensammlungen (öffentliche Urkunden, die im Gewahrsam der Urkundsperson verbleiben) zu ausschliesslich öffentlichen Zwecken erstellt, weshalb sie als öffentliche Sachen zu qualifizieren seien. Daher sei es Sache der Kantone, die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse an diesen Urkundensammlungen zu bestimmen. Namentlich können die Kantone festlegen, wem das Eigentum an der Urkundensammlung zustehen soll.<sup>44</sup>

<sup>38</sup> Artikel 110 Absatz 5 StGB: «Öffentliche Urkunden sind Urkunden, die von Mitgliedern einer Behörde, Beamten und Personen öffentlichen Glaubens in Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen ausgestellt werden. Nicht als öffentliche Urkunden gelten Urkunden, die von der Verwaltung der wirtschaftlichen Unternehmungen und Monopolbetriebe des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften und Anstalten in zivilrechtlichen Geschäften ausgestellt werden»

<sup>39</sup> Vgl. hierzu Ziff. 6.4.

<sup>40</sup> MARTI, S. 135.

<sup>41</sup> MARTI, S. 135; MOOSER, N. 505.

<sup>42</sup> BRÜCKNER, N. 228.

<sup>43</sup> BRÜCKNER, N. 228; JEANDIN, S. 148.

<sup>44</sup> BGE 133 I 259, 268 f.

Die Diskussionen in der Groupe de réflexion haben aufgezeigt, dass die Frage, wie viele Originale es geben soll oder kann, geklärt werden muss. Bei der Formulierung einer Definition respektive des Leitsatzes zur Herausgabe des Originals der öffentlichen Urkunde ist zudem zu beachten, dass gewisse Originale zwingend (z.B. für die Vernichtung) herausgegeben werden müssen respektive in gewissen kantonalen Regelungen eine Herausgabe vorgesehen ist. Es handelt sich dabei zum einen um die öffentlichen Urkunden, die einem anderen Dokument nachgetragen werden (z.B. die Beglaubigung einer Unterschrift) und zum andern bspw. um Bürgschaftsurkunden, Vorsorgeaufträge sowie Verfügungen von Todes wegen (vgl. hierzu Ziffer 7.5.5.3 und 7.5.5.4).

Für die vorliegend verfassten Leitsätze wurde davon ausgegangen, dass es bei einer Beurkundung in «Papierform» grundsätzlich ein Original der öffentlichen Urkunde gibt. Bei einer elektronischen Beurkundung wird eine Unterscheidung zwischen dem elektronischen Original der öffentlichen Urkunde und einer elektronischen Ausfertigung hinfällig, da die Dokumente aus exakt denselben (technischen) Daten bestehen.

## 6.7 Ausfertigung («*expédition*» / «*copia autentica*»)

Definition:

*Die Ausfertigung ist eine öffentliche Urkunde und enthält eine genaue Wiedergabe des Inhalts oder einen Teil des Inhalts des Originals der öffentlichen Urkunde.*

Eine Ausfertigung ist eine öffentliche Urkunde (Feststellungsurkunde) und enthält die genaue Wiedergabe des Inhalts der originalen öffentlichen Urkunde. Rein formell gesehen, muss die Ausfertigung jedoch nicht die «exakte (Foto-)Kopie» des Originals sein. So müssen Streichungen oder Korrekturen, die im Rahmen des Hauptverfahrens am Original der öffentlichen Urkunde vorgenommen wurden, nicht wiedergegeben werden.<sup>45</sup> Im Unterschied zur beglaubigten Kopie wird bei der Ausfertigung eine Aussage über den Inhalt des Dokuments gemacht. In einer Ausfertigung wird bescheinigt, dass deren Inhalt dem entspricht, was im Zeitpunkt der Beurkundung festgehalten wurde. Bei einer beglaubigten Kopie wird dagegen bestätigt, dass die Kopie mit dem vorgewiesenen originalen Ausgangsdokument übereinstimmt.

Ausfertigungen werden im Nachverfahren errichtet. Sie vertreten das Original der Urkunde im Rechtsverkehr und können grundsätzlich nur von der Urkundsperson erstellt werden, welche die Beurkundung des Originals der öffentlichen Urkunde vorgenommen hat. Unter gewissen Umständen (z.B. aufgrund der Berufsaufgabe oder beim Stellenwechsel einer Urkundsperson [Amtsnotariat]) kann eine Ausfertigung durch eine andere Urkundsperson errichtet werden, als von derjenigen, welche das Original der öffentlichen Urkunde erstellt hat. Allerdings muss in einem solchen Fall der Urkundsperson, welche die Ausfertigung erstellt, das Original der öffentlichen Urkunde zwingend vorliegen.

Gewisse Kantone sehen heute die Möglichkeit vor, Teilausfertigungen zu erstellen, wenn der Zweck dies erfordert. Auf die Tatsache, dass es sich bei einem Exemplar um eine Teilausfertigung handelt, ist jeweils hinzuweisen. Die Groupe de réflexion vertritt die Ansicht, dass die Möglichkeit der Erstellung von Teilausfertigungen auch für die Zukunft beizubehalten sei.

## 6.8 Beglaubigte Kopie («*Visa*» / «*copie certifiée conforme*» / «*autenticazione di una copia*»)<sup>46</sup>

Definition:

*Die Beglaubigung einer Kopie ist eine Bescheinigung, dass die Kopie mit dem vorgewiesenen originalen Ausgangsdokument übereinstimmt.*

<sup>45</sup> MARTI, S. 154; MOOSER, N. 510.

<sup>46</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 6.9.4.

Gegenstand der Beurkundung ist die Übereinstimmung einer Kopie mit einem vorgewiesenen Dokument, jedoch nicht der Inhalt des Dokuments an sich. Die Urkundsperson bezeugt bei der Beglaubigung einer Kopie lediglich, dass diese mit dem vorgewiesenen Dokument übereinstimmt.<sup>47</sup>

Die Beglaubigung wird einem anderen Dokument (der Kopie) nachgetragen und mit diesem verbunden. Das vorgewiesene Dokument muss im Original vorliegen.<sup>48</sup>

## 6.9 Beurkundungsverfahren

### 6.9.1 Allgemeines

Definition:

*Das Beurkundungsverfahren bezeichnet die Gesamtheit der Verfahrensvorschriften des Bundesrechts und des kantonalen Rechts, welche die Errichtung einer öffentlichen Urkunde durch eine Urkundsperson zum Gegenstand haben.*

Unter dem Begriff «Beurkundungsverfahren» ist das zu befolgende Verfahren zu verstehen, welches im Ergebnis zu einer öffentlichen Urkunde führt.<sup>49</sup> Mit anderen Worten bezeichnet das Beurkundungsverfahren «die Gesamtheit der Vorschriften, welche die Herstellung einer öffentlichen Urkunde regeln».<sup>50</sup> Im Bundesrecht finden sich heute nur für wenige Fälle (Rechtsgeschäfte) besondere Vorschriften für das konkrete Beurkundungsverfahren. Gemäss Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB bestimmen die Kantone in allen anderen Beurkundungsfällen, wie auf ihrem Gebiet das Beurkundungsverfahren ausgestaltet ist.

Allerdings ist heute anerkannt, dass es bestimmte bundesrechtliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung gibt, an die sich die Kantone bei der Ausgestaltung des Beurkundungsrechts oder des Beurkundungsverfahrens halten müssen.<sup>51</sup>

### 6.9.2 Einteilung der Beurkundungsverfahren

Es gibt heute in den einzelnen Kantonen nicht ein einziges Beurkundungsverfahren, sondern eine Mehrzahl davon. Beurkundungsverfahren lassen sich aufgrund folgender Gesichtspunkte unterscheiden:

- **Rechtliche Grundlagen:** Hierbei ist zwischen den kantonalrechtlichen Beurkundungsverfahren und den bundesrechtlichen Verfahren zu unterscheiden. Grundsätzlich sind die Beurkundungsverfahren im kantonalen Recht geregelt.<sup>52</sup> Für die Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen, von Schenkungen von Todes wegen, von Wechselprotesten und von Verpfändungsverträgen bestehen jedoch bundesrechtliche Vorschriften im ZGB und im OR.<sup>53</sup>
- **Fähigkeiten der Urkundsparteien:** Unter Umständen muss aufgrund der Fähigkeiten der Urkundsparteien ein anderes Beurkundungsverfahren gewählt werden. Dies kann bspw. der Fall sein, wenn eine Urkundspartei nicht in der Lage ist, die Urkunde selber zu lesen oder wenn sie die Urkundssprache nicht kennt.<sup>54</sup>

<sup>47</sup> BRÜCKNER, N. 3388; MOOSER, N. 731.

<sup>48</sup> BRÜCKNER, N. 3389; JEANDIN, S. 228; MOOSER, N. 732.

<sup>49</sup> BRÜCKNER, N. 141.

<sup>50</sup> MOOSER, N. 579; WOLF, Notariatspraxis, S. 28.

<sup>51</sup> BRÜCKNER, N. 8 ff.; WOLF/PFEUTI/MINNIG, S. 3 f.; Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung), Erläuternder Bericht mit Vorentwurf, 2012, S. 3 ff.

<sup>52</sup> MOOSER, N. 580; RUF, N. 1290; WOLF, Notariatspraxis, S. 30.

<sup>53</sup> Artikel 499 ff. ZGB über die öffentliche (notarielle) letztwillige Verfügung und Artikel 512 Absatz 1 ZGB zum Erbvertrag sowie Artikel 245 Absatz 2 OR zur Schenkung von Todes wegen, Artikel 522 Absatz 1 OR zum Verpfändungsvertrag und Artikel 1034 ff. OR zum Wechselprotest.

<sup>54</sup> NUSSBAUM, S. 68; RUF, N. 1290; WOLF, Notariatspraxis, S. 30 f.

- **Beurkundungsgegenstand:** Je nachdem, was Gegenstand der öffentlichen Beurkundung ist, können unterschiedliche Beurkundungsverfahren zur Anwendung kommen.<sup>55</sup>

### 6.9.3 Einteilung der Beurkundungsverfahren nach dem Gegenstand der Beurkundung

Definition (Einteilung):

*Bei den öffentlichen Beurkundungen wird zwischen Willenserklärungen und Sachbeurkundungen unterschieden.*

Je nach Gegenstand der Beurkundung werden die Beurkundungsverfahren in der Lehre in verschiedene «Kategorien» eingeteilt. Allerdings bestehen unterschiedliche, nicht übereinstimmende Lehrmeinungen betreffend diese Einteilung / Kategorisierung respektive der Frage, welcher Beurkundungsgegenstand nun welcher Kategorie zuzuordnen ist.

KUNZ<sup>56</sup> unterteilt die Beurkundungsverfahren in zwei Kategorien: in das «normale Verurkundungsverfahren» und in «spezielle Verurkundungsfälle». Unter dem Begriff der «normalen Verurkundungsverfahren» subsumiert KUNZ die Rechtsgeschäfte, für welche im Bundeszivilrecht die Form der öffentlichen Beurkundung vorgeschrieben ist. Den «speziellen Verurkundungsfällen» sind gemäss KUNZ die Beglaubigungen, Abschriftsbeglaubigungen, Feststellungen, Inventaraufnahmen und Versteigerungen zuzuordnen. Hinsichtlich des Beurkundungsverfahrens für die «speziellen Verurkundungsfälle» hält KUNZ fest, dass es sich hierbei nicht um Spezialverfahren handelt, sondern dass das allgemeine Verfahren lediglich modifiziert wird.

MARTI<sup>57</sup> unterscheidet betreffend Gegenstand der Beurkundung zwischen *Willenserklärungen, Wissenserklärungen sowie Vorgängen und Zuständen*:

- **Rechtsgeschäfte / Willenserklärungen**

Gegenstand einer Willenserklärung ist ein Rechtsgeschäft. Im Rahmen des Hauptverfahrens müssen die Urkundsparteien den materiellen Inhalt der Urkunde genehmigen.

- **Wissenserklärungen**

Im Rahmen von Wissenserklärungen erklärt die Urkundspartei der Urkundsperson, dass bestimmte Tatsachen bestehen oder nicht bestehen. Die Beurkundung einer Wissenserklärung erfolgt in der Regel im gleichen Beurkundungsverfahren wie diejenige von Vorgängen und Zuständen.

- **Vorgänge und Zustände**

Die Urkundsperson beurkundet das Bestehen gewisser Zustände oder den konkreten Ablauf von Vorgängen. Die Zustände oder Vorgänge muss die Urkundsperson selber wahrnehmen. Bei der Beurkundung von Vorgängen oder Zuständen ist die Mitwirkung der Urkundsparteien im Hauptverfahren nicht notwendig.

RUF<sup>58</sup> wie auch WOLF<sup>59</sup> unterscheiden hinsichtlich des Beurkundungsgegenstands primär zwischen den *Willenserklärungen* und den *Sachbeurkundungen* (Vorgänge und Zustände). Bei

<sup>55</sup> JEANDIN, S. 170; RUF, N. 1290; WOLF, Notariatspraxis, S. 30.

<sup>56</sup> KUNZ, S. 28 ff.

<sup>57</sup> MARTI, S. 25 ff.

<sup>58</sup> RUF, N. 1280 ff.

<sup>59</sup> WOLF, Notariatspraxis, S. 32.

Willenserklärungen ist die Mitwirkung der Urkundspartei im Hauptverfahren erforderlich, bei Sachbeurkundungen dagegen nicht.

MOOSER<sup>60</sup> und JEANDIN<sup>61</sup> teilen die Beurkundungsverfahren ebenfalls ein in «actes de déclaration» (Willenserklärungsbeurkundungen) und «actes de constatation» (Sachbeurkundungen oder Feststellungsbeurkundungen).

Auch BRÜCKNER<sup>62</sup> macht hinsichtlich des Beurkundungsgegenstands die Unterscheidung zwischen *Willenserklärungen* und *Sachbeurkundungen*. Die Sachbeurkundungen unterteilt BRÜCKNER weiter in die folgenden Kategorien: *Vorgänge, bestehende Tatsachen* und *Vermerkbeurkundungen* (Begläubigungen).

In der Groupe de réflexion war unbestritten, dass die Unterscheidung hinsichtlich des Beurkundungsgegenstands für die Erarbeitung der Leitsätze relevant ist. Allerdings zeigte sich im Rahmen der Diskussionen, dass auch in der Groupe de réflexion unterschiedliche Meinungen bezüglich der Einteilung / Kategorisierung der Beurkundungsverfahren bestehen. Einigkeit herrscht in Bezug darauf, dass zwischen Willenserklärungen und Sachbeurkundungen zu unterscheiden sei. Umstritten war dagegen, ob zu diesen beiden genannten Kategorien noch eine weitere, dritte hinzukommen müsste: diejenige der Wissenserklärungen respektive diejenige der Erklärungen zu Protokoll. Im Verlaufe der Gespräche zeigte sich, dass eine Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion eine Einteilung der Beurkundungsverfahren in «Willenserklärungen» und «Sachbeurkundungen» befürwortet. Entsprechend dieser durch die Groupe de réflexion gewählten Einteilung wurde bei den einzelnen Leitsätzen jeweils geprüft, ob eine Differenzierung hinsichtlich «Willenserklärungen» und «Sachbeurkundungen» notwendig ist.<sup>63</sup>

In Zusammenhang mit der Einteilung der Beurkundungsverfahren wurde die Frage aufgeworfen, ob eine Liste mit der Zuteilung der einzelnen Beurkundungsgegenstände zu der jeweiligen Kategorie («Willensbeurkundung» oder «Sachbeurkundung») sinnvoll wäre. Ein Teil der Mitglieder der Groupe de réflexion unterstützte dieses Anliegen mit der Begründung, dass bei gewissen Beurkundungsgegenständen die Zuordnung zu einer Kategorie nicht unumstritten sei und mit einer Liste diesbezüglich Klarheit geschaffen werden könnte. Dagegen wurde vorgetragen, dass eine solche Aufstellung immer mit der Gefahr verbunden sei, dass diese nicht vollständig sei. Im Ergebnis wurde auf die Erstellung einer solchen Liste verzichtet.

Im vorliegenden Bericht bilden «Willenserklärungen» den Gegenstand der öffentlichen Beurkundung, wenn der Wille oder das Wissen der Urkundsparteien wiedergegeben wird, also die Errichtung öffentlicher Urkunden mittels derer die Urkundsparteien ihren Willen und ihr Wissen «erklären». Unter dem Begriff der «Sachbeurkundungen» werden demgegenüber öffentliche Urkunden zusammengefasst, deren Gegenstand Feststellungen der Urkundsperson bilden. Es ist durchaus möglich, dass eine öffentliche Urkunde sowohl Willens- und Wissenserklärungen der Urkundsparteien wie auch Feststellungen der Urkundsperson enthält.

#### 6.9.4 Beglaubigungen («légalisations» / «autenticazioni»)

Definition:

*Die Beglaubigung stellt einen speziellen Fall der Sachbeurkundungen dar.*

Bei der Beglaubigung handelt es sich um eine spezielle Untergruppe der Sachbeurkundungen.<sup>64</sup> Eine Beglaubigung begründet keine privatrechtlichen Rechte oder Pflichten<sup>65</sup> und nimmt

<sup>60</sup> MOOSER, N 434 ff.

<sup>61</sup> JEANDIN, S. 170 f.

<sup>62</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, S. 66 ff.

<sup>63</sup> vgl. dazu Ziff. 7.1.

<sup>64</sup> BRÜCKNER, N. 3220.

<sup>65</sup> GULDENER, S. 3.

keinen Bezug zum Inhalt des Dokuments an sich.<sup>66</sup> So entfällt die Belehrungs- oder Beratungspflicht der Urkundsperson hinsichtlich des Inhalts.<sup>67</sup>

Begläubigungen sind keine selbstständigen öffentlichen Urkunden. Sie werden auf dem Dokument angebracht, auf das sie sich beziehen oder sind mit diesem Dokument so zu verbinden, dass der Zusammenhang erkennbar bleibt.<sup>68</sup> Das Original der öffentlichen Urkunde bleibt nicht in der Verwahrung der Urkundsperson, sondern wird der nachfragenden Person ausgehändigt.

Die heutigen kantonalen Regelungen kennen verschiedene Objekte, die Gegenstand von Begläubigungen sein können. Folgende Arten von Begläubigungen sind dabei am häufigsten anzutreffen: Begläubigungen von Kopien, Begläubigungen von Unterschriften und Begläubigungen von Daten.

Die Begläubigung eines Datums dient dazu, den Nachweis zu erbringen, dass ein Dokument zu einem entsprechenden Zeitpunkt existierte.<sup>69</sup> Bei der Begläubigung einer Kopie wird bezeugt, dass diese mit dem vorgewiesenen originalen Dokument übereinstimmt.<sup>70</sup> Gegenstand von Unterschriftsbegläubigungen ist die Feststellung, dass eine Unterschrift von einer bestimmten Person bzw. einer von ihr dazu bevollmächtigten Person (sog. Beglaubigungsvollmacht) angebracht wurde. Für die Feststellung der Herkunft der Unterschrift durch die Urkundsperson bestehen heute unterschiedliche kantonale Regelungen. Es können dabei im Grundsatz die folgenden drei Varianten unterschieden werden: Die Person leistet die Unterschrift persönlich vor der Urkundsperson, es liegt der Urkundsperson ein offizielles Dokument (z.B. Pass oder Identitätskarte) vor, mittels dessen ein Abgleich der Unterschrift möglich ist oder die auf einem Dokument bereits angebrachte Unterschrift wird von der unterschrifftsleistenden Person als ihre eigene anerkannt. Ob für die Ermittlung der Herkunft der Unterschrift das persönliche Erscheinen der unterzeichnenden Person vor der Urkundsperson zwingend notwendig ist, wurde in der Groupe de réflexion diskutiert. In Anbetracht der Tatsache, dass dieses Vorgehen sehr aufwendig und in der Praxis manchmal schwer umsetzbar ist, war die Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion der Meinung, dass ein persönliches Erscheinen nicht zwingend vorgeschrieben sein sollte. Im Ergebnis sprach sich die Groupe de réflexion dafür aus, dass für die Regelungen in Bezug auf die Feststellung der Herkunft der Unterschrift weiterhin die Kantone zuständig sein sollten.

In Zusammenhang mit der Begläubigung von Unterschriften wurde diskutiert, ob es sich um eine Fernbeurkundung handelt, wenn die unterschrifftsleistende Person bei der Urkundsperson nicht persönlich vorstellig wird. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren diesbezüglich geteilter Meinung.<sup>71</sup>

Verfahrenstechnisch unterscheiden sich die Begläubigungen stark von anderen Sachbeurkundungen, auch wenn sie eine eigentliche Untergruppe derselben bilden. Bei den einzelnen Leitsätzen ist daher jeweils darauf einzugehen, inwiefern eine Anwendung derselben auf das Beglaubigungsverfahren sinnvoll scheint oder ob eine spezifische Anpassung vorgenommen werden muss.<sup>72</sup>

---

<sup>66</sup> JEANDIN, S. 223.

<sup>67</sup> MARTI, S. 131.

<sup>68</sup> MARTI, S. 131.

<sup>69</sup> BRÜCKNER, N. 3443.

<sup>70</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 6.8.

<sup>71</sup> Zum Begriff der «Fernbeurkundung» vgl. Ziff. 7.5.4.10.

<sup>72</sup> vgl. dazu Ziff. 7.1.

## 6.10 Verfahrensabschnitte

Definition:

*Das Beurkundungsverfahren umfasst folgende Verfahrensabschnitte:*

- *Beurkundungsbegehren (Rogation),*
- *Prüfungsverfahren,*
- *Vorbereitungsverfahren,*
- *Hauptverfahren,*
- *Nachverfahren.*

Rechtliche Verfahren gliedern sich üblicherweise in bestimmte Verfahrensabschnitte. Auch im Beurkundungsverfahren werden verschiedene Verfahrensstadien unterschieden. In der Lehre wurde im Beurkundungsrecht zu Beginn lediglich zwischen zwei (Vorverfahren und Hauptverfahren) respektive drei Verfahrensabschnitten (Vorverfahren, Hauptverfahren und Nachverfahren) unterschieden. Es folgte eine Weiterentwicklung dieser verfahrensrechtlichen Terminologie zu den fünf folgenden Verfahrensabschnitten: das Beurkundungsbegehren (die Rogation), das Prüfungsverfahren, das Vorbereitungsverfahren, das Hauptverfahren und das Nachverfahren.<sup>73</sup>

Die Reihenfolge der Verfahrensstadien ist – wie auch in anderen rechtlichen Verfahren – grundsätzlich nicht umkehrbar,<sup>74</sup> ausser beim Hauptverfahren sind die Übergänge zwischen den Verfahrensstadien allerdings fliessend.

Die Einteilung des Beurkundungsverfahrens in die fünf vorstehend beschriebenen Verfahrensabschnitte wurde in der Groupe de réflexion nicht in Frage gestellt. Die Gliederung der Leitsätze zum eigentlichen Beurkundungsverfahren folgt denn auch – nach einem allgemeinen Teil – diesen Verfahrensabschnitten.

Die Verfahrensabschnitte gemäss der vorliegenden Definition finden sich grundsätzlich sowohl bei Willenserklärungen, Sachbeurkundungen und auch bei den Beglaubigungen.

## 6.11 Siegel der Urkundsperson (Berufssiegel)

Definition:

*Das Siegel enthält Schrift, Wappen oder Bild, wird auf Zirkulationsurkunden angebracht und dient der Identifizierung einer Urkundsperson.*

Dem Berufssiegel der Urkundsperson kommt Rechtsverkehrsfunction zu, indem es die zweifelsfreie Identifikation der Urkundsperson erlaubt und das Risiko von Fälschungen öffentlicher Urkunden begrenzt. Es dient damit der Verkehrssicherheit öffentlicher Urkunden.

Eine namhafte Anzahl der Kantone verlangt die Verwendung des Berufssiegels bei der Herstellung und Inverkehrsetzung von öffentlichen Urkunden. Teilweise wird für das «Siegel» auch der Ausdruck «Stempel» verwendet. Werden öffentliche Urkunden in Verkehr gesetzt, ist von sog. Zirkulationsurkunden die Rede. Es handelt sich um öffentliche Urkunden, die nicht im Gewahrsam der Urkundsperson verbleiben und die mit ihrer Aushändigung in das sachrechtliche Eigentum jener sachbeteiligten Person(en) übergehen, für welche das betreffende Dokument bestimmt ist.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Eine ausführliche Darstellung der Entwicklung der Lehre in diesem Bereich findet sich bei BRÜCKNER, N. 144 ff.

<sup>74</sup> MARTI, S. 19.

<sup>75</sup> BRÜCKNER, N. 230.

Gemäss der vorstehenden Definition haben die Urkundspersonen zwingend über ein Siegel zu verfügen. Die Gestaltung wie auch die Vergabe desselben ist jedoch klar Aufgabe der Kantone.

## 6.12 Schlussverbal (Beurkundungsvermerk)

Definition:

*Das Schlussverbal bildet den Abschluss der öffentlichen Urkunde. In ihm hält die Urkundsperson den Ablauf des durchgeföhrten Hauptverfahrens fest.*

In vielen kantonalen Regelungen ist als Abschluss der öffentlichen Urkunde ein sogenanntes Schlussverbal (Beurkundungsvermerk) vorgeschrieben.<sup>76</sup> Zusammen mit dem Ingress enthält das Schlussverbal eine Aufzeichnung des eigentlichen Beurkundungsverfahrens.<sup>77</sup> Es handelt sich also um eine Feststellung eines Sachverhalts, nämlich den Ablauf des Hauptverfahrens.<sup>78</sup> Bei Willenserklärungen sollte aus dem Schlussverbal bspw. hervorgehen, dass die öffentliche Urkunde in Anwesenheit der Urkundsperson von den Urkundsparteien zur Kenntnis genommen, genehmigt und unterzeichnet worden ist.<sup>79</sup> Die Art der Kenntnisnahme (stille Selbstlesung oder Vorlesung durch die Urkundsperson) muss dabei aus dem Schlussverbal ersichtlich sein.<sup>80</sup>

In der Groupe de réflexion wurde diskutiert, ob eine Definition zum Schlussverbal aufzunehmen sei und / oder ob ein Leitsatz dazu verfasst werden sollte. Die diesbezüglichen Meinungen waren nicht übereinstimmend. Ein Teil der Mitglieder der Groupe de réflexion sprach sich dafür aus, dass die Aufnahme einer Definition zweckmässig sei, da bei verschiedenen Leitsätzen auf das Schlussverbal eingegangen oder verwiesen wird. Allerdings sollte die Definition des Schlussverbals sich nicht zu dessen Inhalt äussern. Andere Mitglieder wiederum erachteten eine Definition nicht als zwingend notwendig und sprachen sich dafür aus, einen Leitsatz zu verfassen. Im Ergebnis wurde festgehalten, dass sowohl eine Definition wie auch ein Leitsatz<sup>81</sup> zum Schlussverbal zu verfassen sei.

<sup>76</sup> SCHMID JÖRG, S. 52. Vgl. bspw: BE: Art. 34 Abs. 1 Bst. c NO-BE; FR: Art. 49 Abs. 1 Bst. g und h NG-FR.

<sup>77</sup> BRÜCKNER, N. 2215 und 2217.

<sup>78</sup> MOOSER, N. 557.

<sup>79</sup> BRÜCKNER, N. 2217.

<sup>80</sup> BRÜCKNER, N. 2218.

<sup>81</sup> Vgl. Ziff. 7.5.4.14.

## 7 Leitsätze

### 7.1 Allgemeines

In den nachfolgenden Kapiteln finden sich die Leitsätze, welche im Rahmen der Arbeiten der Groupe de réflexion verfasst wurden. Teilweise war es nicht möglich, dass sich die Mitglieder auf die Formulierung eines Leitsatzes einigen konnten. Dies aus unterschiedlichen Gründen: Einerseits wurde bei gewissen Themen die Meinung vertreten, dass mit einem Leitsatz in diesem konkreten Bereich in die Organisationsfreiheit der Kantone eingegriffen werde. Andererseits konnte bei einigen Regelungsbereichen keine Einigung hinsichtlich des Inhalts des Leitsatzes erzielt werden.

Ein zentrales Thema bei den Arbeiten war die Frage, inwiefern die Unterscheidung der Beurkundungsverfahren nach dem Beurkundungsgegenstand für die Erarbeitung der Leitsätze von Bedeutung ist.

Der Aussage, dass die verschiedenen Beurkundungsverfahren grundsätzlich gleich oder zumindest in ähnlichen Zügen ablaufen, konnte sich eine Mehrheit der Groupe de réflexion anschliessen.<sup>82</sup> Wesentliche Unterschiede seien lediglich im Hauptverfahren festzustellen. So ist bei den Willenserklärungen die Mitwirkung der beteiligten Urkundsparteien unerlässlich, während diese bei den Sachbeurkundungen entbehrliech ist.<sup>83</sup>

Ebenfalls vertreten wurde in der Groupe de réflexion aber auch die Ansicht, dass man eine klare Trennung zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen und Sachbeurkundungen zu machen habe. Als Argument wurde vorgebracht, dass es viele kantonale Regelungen betreffend Sachbeurkundungen gäbe, welche zu überblicken schwierig sei. Noch schwieriger sei es zudem, Leitsätze zu entwickeln, die alle diese «Beurkundungsgegenstände» abdecken würden. Daher seien in einem ersten Schritt Leitsätze für «Willenserklärungen» zu verfassen. Danach könne man sich mit möglichen Leitsätzen für «Sachbeurkundungen» befassen.

Als Kompromisslösung einigte man sich darauf, Leitsätze auszuarbeiten, die im Grundsatz unabhängig vom «Beurkundungsgegenstand» zur Anwendung gelangen können. Bei Themen, wo dies nicht möglich ist, wurde eine Unterscheidung betreffend «Willenserklärungen» und «Sachbeurkundungen» getroffen und entsprechende spezifische Formulierungen gewählt. Die Beglaubigungen, welche eine Untergruppe der Sachbeurkundungen bilden, unterscheiden sich verfahrenstechnisch stark von anderen Sachbeurkundungen. Bei den einzelnen Leitsätzen ist daher jeweils darauf einzugehen, inwiefern deren Anwendung auf das Beglaubigungsverfahren sinnvoll scheint oder ob eine spezifische Anpassung vorgenommen werden muss.

Auch thematisiert wurde die Frage nach dem Detaillierungsgrad der Leitsätze. Hierzu wurde festgehalten, dass es nicht Auftrag der Groupe de réflexion sei, Gesetzesbestimmungen zu formulieren. Die Leitsätze seien daher allgemeiner zu halten, gleichzeitig gelte es aber zu vermeiden, «inhaltlose» Formulierungen zu wählen.

Die Groupe de réflexion befasste sich bei der Erarbeitung der einzelnen Leitsätze immer auch mit den möglichen Folgen bei einer Nichteinhaltung derselben. Die diesbezüglichen Ergebnisse finden sich zusammengefasst in Ziffer 7.6 des vorliegenden Berichts.

### 7.2 Mindestanforderungen des Bundesrechts

Auch wenn der Bundesgesetzgeber heute die Verfahrensordnung den Kantonen überlässt, so existieren doch anerkanntermassen gewisse bundesrechtliche Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung. Mit anderen Worten existieren von Bundesrechts wegen bestimmte

---

<sup>82</sup> So auch: WOLF, Notariatspraxis, S. 33.

<sup>83</sup> MARTI, S. 28.

Modalitäten, die bei der einzelnen Beurkundung zwingend einzuhalten sind, damit eine öffentliche Urkunde entsteht.<sup>84</sup> Das Bundesgericht hat im Jahre 1964 in einem Urteil zum ersten Mal das Bestehen solcher Mindestanforderungen anerkannt.<sup>85</sup> In Bezug auf solche «bundesrechtlichen» Verfahrensregeln gilt es, im Rahmen des heute geltenden Rechts zu unterscheiden zwischen denjenigen, die ihre Grundlage in den verfassungsrechtlichen Bestimmungen haben, und denjenigen, welche sich aus den bundesrechtlichen Regelungen auf Gesetzesstufe ergeben.<sup>86</sup> Bei den auf dem Bundesrecht basierenden Mindestanforderungen muss zudem differenziert werden zwischen denjenigen, die vom Bundesgericht und denjenigen, die von der Lehre anerkannt sind.

Zu den Mindestanforderungen, die sich aus der Bundesverfassung ergeben, gehören:

- die Urkundspflicht (Art. 29 und 30 BV);
- die Unparteilichkeit (Art. 29 und 30 BV);
- die Ablehnungspflicht (Art. 29 und 30 BV).

Zu den Mindestanforderungen, die sich aus dem Bundesrecht ergeben und vom Bundesgericht anerkannt sind, gehören:

- die Identifizierung der Vertragsparteien und ihrer Vertreter;<sup>87</sup>
- die Rechtsbelehrungspflicht;<sup>88</sup>
- die Wahrheitspflicht.<sup>89</sup>

Zu den Mindestanforderungen, die sich aus dem Bundesrecht ergeben, gehören gemäss der Lehre:

- die ausreichende Ausbildung der Urkundsperson / Fachwissen;<sup>90</sup>
- die Berufszulassung;<sup>91</sup>
- die sachliche und örtliche Zuständigkeit;<sup>92</sup>
- die Interessenwahrungspflicht;<sup>93</sup>
- die Ausstandspflichten;<sup>94</sup>
- der Beurkundungsvorgang mit der Einheit des Aktes (bezogen auf die Willenserklärungen);<sup>95</sup>
- die Unterschrift der Urkundsperson auf der öffentlichen Urkunde zum Abschluss des Hauptverfahrens.<sup>96</sup>

In Anbetracht des Mandats der Groupe de réflexion ist es naheliegend, dass die vorstehend genannten – bisher erkannten – Mindestanforderungen diskutiert wurden. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass diejenigen Mindestanforderungen, die sich direkt

---

<sup>84</sup> BRÜCKNER, N. 7.

<sup>85</sup> BGE 90 II 274, 280 f.

<sup>86</sup> PIOTET, S. 19 f.

<sup>87</sup> BGE 112 II 330, 332 f.

<sup>88</sup> BGE 90 II 274, 284.

<sup>89</sup> BGE 90 II 274; HUBER, S. 239 f.; MARTI, S. 61 f.

<sup>90</sup> KNB-WOLF, N. 18 zu Art. 1; MOOSER, N. 62.

<sup>91</sup> MOOSER, N. 680.

<sup>92</sup> MOOSER, N. 680.

<sup>93</sup> MARTI, S. 62; MOOSER, N. 241.

<sup>94</sup> BSK-SCHMID, N. 31 zu Art. 55 SchlT ZGB.

<sup>95</sup> HUBER, S. 248 ff.

<sup>96</sup> BRÜCKNER, N. 1260; MOOSER, N. 558 und N. 656.

aus der Bundesverfassung ergeben, den Ausgangspunkt und auch den Referenzrahmen für die Ausarbeitung der Leitsätze bilden. Diejenigen Mindestanforderungen, die sich gemäss Bundesgericht und gemäss Lehre aus dem Bundesrecht ergeben, sollen dagegen als Leitfäden dienen, sind aber nicht zwingend bindend.

### 7.3 Amt und Zuständigkeit der Urkundsperson

#### 7.3.1 Öffentliches Amt

Leitsatz:

*Im Rahmen ihrer Zuständigkeit für die öffentliche Beurkundung sind Urkundspersonen Träger eines öffentlichen Amtes.*

Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung ist Teil der freiwilligen, nicht streitigen Gerichtsbarkeit.<sup>97</sup> Durch die ihnen verliehene Beurkundungsbefugnis sind Urkundspersonen Träger einer hoheitlichen (staatlichen) Funktion.<sup>98</sup> Ob die Urkundspersonen freiberuflich (freies oder lateinisches Notariat) oder als Angestellte des Staates (Amtsnotariat) tätig sind, spielt hierbei keine Rolle.<sup>99</sup> Das Rechtsverhältnis zwischen der Urkundsperson und den Verfahrensbeteiligten ist ein öffentlich-rechtliches.<sup>100</sup>

In einigen Kantonen wird in den rechtlichen Bestimmungen zur öffentlichen Beurkundung explizit festgehalten, dass die Urkundspersonen ein öffentliches Amt ausüben und / oder dass sie Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind.<sup>101</sup>

In der Groupe de réflexion war unbestritten, dass die Urkundspersonen Träger eines öffentlichen Amtes sind. Eine Klarstellung dieser Tatsache in Form eines Leitsatzes wurde daher begrüßt. Die vorstehende Formulierung des Leitsatzes war von Beginn an unbestritten und wurde nicht überarbeitet. Eine Unterscheidung hinsichtlich der Beurkundungsverfahren ist nicht notwendig. Auch eine Person, die in einem Kanton lediglich über die sachliche Zuständigkeit für die Vornahme von Beglaubigungen verfügt, übt im Rahmen dieser Tätigkeit ein öffentliches Amt aus.

#### 7.3.2 Berufszulassungsvoraussetzungen / Beurkundungsbefugnis

##### 7.3.2.1 Allgemeines

Kein Leitsatz.

Die Kantone regeln heute die Zulassung der Urkundspersonen zur Berufsausübung.<sup>102</sup> So kann eine Urkundsperson ihre Tätigkeit nur ausüben, wenn sie über die entsprechende kantonale Beurkundungsbefugnis verfügt. Je nach Kanton wird diese «Beurkundungsbefugnis» unterschiedlich bezeichnet. Eine Urkundsperson kann nur auf dem Gebiet desjenigen Kantons amtlich tätig sein, von dem sie eine Beurkundungsbefugnis erhalten hat. Ob eine Urkundsperson auf dem Gebiet eines anderen Kantons tätig sein kann, ist eine Frage der Anerkennung der ausserkantonalen Beurkundungsbefugnis.<sup>103</sup>

<sup>97</sup> BGE 128 I 280, 281; BRÜCKNER, N. 481; CARLEN, S. 35; GULDENER, S. 9; MARTI, S. 19; RUF, N. 232 ff.

<sup>98</sup> BGE 133 I 259, 261; BGE 128 I 280, 281; RUF, N. 285.

<sup>99</sup> BGE 128 I 280, 281.

<sup>100</sup> BRÜCKNER, N. 481; MARTI, S. 18.

<sup>101</sup> Vgl. z.B. FR: Art. 1 NG-FR; JU: Art. 1 LN-JU; UR: Art. 1 NV-UR.

<sup>102</sup> BRÜCKNER, N. 3448.

<sup>103</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 7.3.3.

Die Erteilung der Beurkundungsbefugnis machen die Kantone von verschiedenen (persönlichen) Voraussetzungen abhängig.<sup>104</sup> Solche Voraussetzungen können sein:

- Schweizer Bürgerrecht;
- Wohnsitz im Kanton / in der Schweiz;
- Handlungsfähigkeit;
- guter Leumund;
- geordnete finanzielle Verhältnisse;
- Ausbildung (Studium, Praktikum, berufliche Erfahrung);
- Ablegen einer Prüfung;
- Abwesenheit von Unvereinbarkeitsgründen;
- etc.

In einem ersten Schritt wurde vorgesehen, dass ein Leitsatz zu den Berufszulassungsvoraussetzungen verfasst werden soll, da es sich hierbei um ein zentrales Thema im Bereich der öffentlichen Beurkundung handelt. So bildet bspw. gerade die ausreichende Ausbildung einer Urkundsperson respektive deren Fachwissen gemäss der Lehre eine sich aus dem Bundesrecht ergebende Mindestanforderung an die öffentliche Beurkundung.<sup>105</sup>

Es wurde ein Vorschlag für einen Leitsatz erarbeitet, der gewisse «Mindest-Voraussetzungen» für die Berufszulassungsvoraussetzungen statuierte. Bei dieser vorgeschlagenen Lösung hätten die Kantone die Möglichkeit, weitere Voraussetzungen vorzuschreiben. Sprach sich ein Teil der Mitglieder der Groupe de réflexion bei der Besprechung dieses ersten Vorschlags grundsätzlich gegen eine Regelung der Voraussetzungen der Berufszulassungsvoraussetzungen aus, so forderten andere Mitwirkende eine abschliessende Ordnung. Hinsichtlich der «Mindest-Voraussetzungen» wurde vorgebracht, dass eine solche Regelung für die «Qualität» der öffentlichen Beurkundung nicht förderlich sei. So bestünden heute in den meisten Kantonen bereits Voraussetzungen, die um einiges weitergingen als die im Vorschlag enthaltenen. Es wurde zudem darauf hingewiesen, dass gerade die Berufszulassungsvoraussetzungen eng mit den jeweiligen kantonalen Organisationsformen verbunden seien und eine Regelung daher ein unangemessener Eingriff in dieselben sei. Insbesondere der Punkt der «Ausbildung» war dabei ein zentrales Diskussionsthema.<sup>106</sup> Auch die Abänderung der einzelnen Voraussetzungen führte nicht zu einer Einigung in der Groupe de réflexion.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass betreffend Voraussetzungen für die Tätigkeit als Urkundsperson in der Groupe de réflexion kein mehrheitsfähiger Leitsatz erarbeitet werden konnte. Allerdings waren sich die Mitglieder der Groupe de réflexion einig, dass eine fehlende Beurkundungsbefugnis zu der Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde führt.<sup>107</sup>

Für die Berufszulassungsvoraussetzungen bei europäischen Urkundspersonen massgebend sind das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) und (im Rahmen von Dienstleistungen bis 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr) das Bundesgesetz über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen (BGMD; SR 935.01) sowie die dazugehörige Verordnung über die Meldepflicht und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern in reglementierten Berufen

---

<sup>104</sup> JEANDIN, S. 33.

<sup>105</sup> Vgl. Ziff. 7.2.

<sup>106</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.3.2.4.

<sup>107</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.

(VMD; SR 935.011). Das FZA und das BGMD ermöglichen eine inhaltliche Prüfung der Berufsqualifikationen der Urkundspersonen durch die zuständigen kantonalen Behörden. Damit können die kantonalen Behörden einerseits kontrollieren, wer auf ihrem Gebiet tätig ist, sowie Urkundspersonen abweisen, die mit dem Schweizer Recht nicht ausreichend vertraut sind und die strengen Anforderungen gemäss Schweizer Recht nicht erfüllen.<sup>108</sup>

### 7.3.2.2 Wohnsitz und Nationalität

#### *Kein Leitsatz.*

Einige Kantone sehen heute für ihre Urkundspersonen eine Wohnsitzpflicht auf dem Kantonsgebiet<sup>109</sup> oder in der Schweiz<sup>110</sup> vor. Gewisse Kantone bestimmen zudem, dass ihre Urkundspersonen über die schweizerische Staatsangehörigkeit verfügen müssen.<sup>111</sup>

Vorgeschlagen wurde in einem ersten Schritt das Verfassen eines Leitsatzes, welcher den Kantonen die Möglichkeit geben würde, Vorschriften betreffend Wohnsitz und Nationalität auch weiterhin in ihre Regelungen aufzunehmen. Allerdings führten die Diskussionen zum Entscheid, keinen Leitsatz zu formulieren. Im Wesentlichen dazu beigetragen hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofs.

Das Bundesgericht hatte bereits zu beurteilen, ob die Wohnsitzpflicht die Niederlassungsfreiheit nach Artikel 24 Absatz 1 BV verletzt. In BGE 128 I 280 musste das Bundesgericht zu der Wohnsitzpflicht im Kanton Appenzell Innerrhoden ein Urteil fällen und hielt fest, dass eine Wohnsitzpflicht nicht mit der Begründung, dass die öffentliche Beurkundungstätigkeit eine erhöhte Präsenz oder Verfügbarkeit der Urkundsperson erfordere, gerechtfertigt werden könne. Allerdings erachtete das Bundesgericht die Wohnsitzpflicht mit Artikel 24 Absatz 1 BV vereinbar, da eine Urkundsperson eine hoheitliche Funktion wahrnimmt und diese weitgehend weisungsunabhängig ausübt. Ausgehend vom Grundgedanken, dass Staatsgewalt durch die Staatsunterworfenen ausgeübt werden soll, rechtfertige sich eine Wohnsitzpflicht.

In einem neueren Entscheid wurde die Wohnsitzpflicht im Kanton Graubünden vom Bundesgericht im konkreten Fall unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit jedoch als unzulässig erklärt.<sup>112</sup> Die Frage, ob eine Wohnsitzpflicht im Kanton für Urkundspersonen grundsätzlich noch gerechtfertigt ist, wurde offengelassen. Zusammengefasst kann aber festgehalten werden, dass eine Vorschrift hinsichtlich des Wohnsitzes unter dem Aspekt der Niederlassungsfreiheit nicht unproblematisch ist.

Gemäss Artikel 16 Anhang I FZA kann einem Bürger eines anderen Vertragsstaats das Recht auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit verweigert werden, wenn diese dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Da die gleichen Regelungen ebenfalls für die Staaten der Europäischen Union untereinander gelten, können Entscheide des EuGHs zur Auslegung des FZA beigezogen werden. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 24. Mai 2011<sup>113</sup> entschieden, dass die in Deutschland geltende Regelung, dass nur Personen

<sup>108</sup> In diesem Zusammenhang ist auf die Motion Amherd 15.3728 hinzuweisen. Die genannte Motion beauftragte den Bundesrat, die Berufsgattung der Notarinnen und Notare aus der VMD (Anhang 1 Ziffer 11 VMD) zu streichen und damit die «einseitige Freizügigkeit von Notarinnen und Notaren» zu unterbinden. In seiner Stellungnahme führte der Bundesrat aus, dass eine Entfernung des Berufs der Notarin/des Notars aus der VMD nicht zur Folge hätte, dass die Notarinnen und Notare aus der EU nicht mehr der Freizügigkeit unterstehen, sondern lediglich, dass sie nicht mehr an die Meldepflicht und die vom BGMD und von der VMD vorgesehenen strengen Ausgleichsmassnahmen gebunden wären.

<sup>109</sup> AI, FR, GE, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SZ, TI, UR, VD, VS und ZG sehen eine Wohnsitzpflicht für das Kantonsgebiet vor.

<sup>110</sup> AG, BE und BS verlangen einen Wohnsitz in der Schweiz.

<sup>111</sup> Bspw.: AG, BL, FR, GE, NE, VD.

<sup>112</sup> BGer 2C\_335/2013 E, 3.6.3 vom 11. Mai 2015. Gemäss der Ansicht von JÜRGEN SCHMID (JÜRGEN SCHMID, Bemerkung der Redaktion zum BGer 2C\_335/2013, ZBGR 97/2016, S. 288) scheine das Bundesgericht mit dem vorstehend zitierten Entscheid seine bisherige Einschätzung betreffend Vereinbarkeit der Wohnsitzpflicht von Beurkundungspersonen mit der Niederlassungsfreiheit aufzuweichen.

<sup>113</sup> Urteil (des Europäischen Gerichtshofs) vom 24. Mai 2011 C-54/08, Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2001 I-04355.

mit Deutscher Staatsangehörigkeit zum Beruf der Urkundsperson zugelassen werden, eine unzulässige Diskriminierung sei. In seinem Entscheid führte der EuGH aus, dass es sich beim Beruf der Urkundsperson nicht um eine hoheitliche Tätigkeit handle. Entsprechend fällt der Beruf der Urkundsperson unter das FZA und somit ist das Erfordernis der lokalen Staatsangehörigkeit mit der Personenfreizügigkeit nicht vereinbar (Art. 16 Anhang I FZA). Aufgrund dieses Urteils des EuGH hat das Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI am 23. Juli 2013 ein Schreiben verfasst, welches die für die Berufszulassung zuständigen kantonalen Behörden über die Konsequenzen dieser Rechtsprechung für den Beruf der Urkundspersonen informiert.<sup>114</sup>

Das Bundesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung dagegen stets festgehalten, dass es sich beim Beruf der Urkundspersonen um eine hoheitliche Tätigkeit handle und das FZA daher nicht zur Anwendung komme.<sup>115</sup>

Im Urteil vom 9. März 2017 hat sich der EuGH mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine in Österreich geltende Bestimmung, die Urkundspersonen die Vornahme von Beglaubigungen über die Echtheit von Unterschriften auf Urkunden vorbehält, mit der Dienstleistungsfreiheit nach Artikel 56 AEUV vereinbar ist.

Im Ergebnis bejahte der EuGH die Vereinbarkeit. Er führte aus, dass jene Bestimmung zwar eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Artikel 56 AUEV darstelle, da sie die Anerkennung einer Beglaubigung durch einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt ausschliesse. Allerdings könne sie durch die Anliegen der Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems sowie der Rechtmässigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen – die im Hinblick auf den Schutz einer ordnungsgemässen Rechtpflege als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anzusehen seien – gerechtfertigt werden. Ferner erhalte die Urkundsperson Kenntnis vom Inhalt des fraglichen Rechtsakts und könne die Geschäftsfähigkeit des Antragstellers überprüfen, so dass es auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung trage, solche Tätigkeiten einer bestimmten Berufsgruppe vorzubehalten, die öffentliches Vertrauen geniesst und über die der betreffende Mitgliedstaat eine besondere Kontrolle ausübt.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wurde es von der Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion als problematisch erachtet, auf Bundesebene eine Regelung hinsichtlich Wohnsitz und Nationalität zu statuieren. Einige Mitglieder der Groupe de réflexion hielten zudem fest, dass auch dieser Bereich der Organisation der öffentlichen Beurkundung zuzuordnen und damit den Kantonen zur Regelung zu überlassen sei.

---

<sup>114</sup> Schreiben vom 23. Juli 2013, Inkrafttreten des BGMD. Im genannten Schreiben hat das SBFI festgehalten, dass das neue Verfahren zur Nachprüfung der Berufsqualifikationen von Dienstleistungserbringerinnen und -erbringern der EU in einem Bundesgesetz geregelt wird: Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Meldepflicht für Dienstleistungserbringerinnen und -erbringer in reglementierten Berufen und die Nachprüfung der Berufsqualifikationen (BGMD, SR 935.91). Die entsprechende Verordnung enthalte eine Liste der reglementierten Berufe, für die eine vorgängige Meldung obligatorisch sei. Dazu gehöre auch der Beruf der Urkundsperson, womit den in der EU/EFTA rechtmässig niedergelassenen Berufsleuten die Möglichkeit offenstehe, unter gewissen Bedingungen ihren Beruf in der Schweiz auszuüben.

<sup>115</sup> BGE 131 II 639, 645; BGE 128 I 280, 281; BGer 2P.237/2003 E. 4 vom 29. Januar 2004. Vgl. dazu auch PFÄFFLI/LIECHTI, WEKO, S. 3.

### 7.3.2.3 Fähigkeitsprüfung

#### *Kein mehrheitsfähiger Leitsatz.*

Zusätzlich zu der geforderten Ausbildung oder aber auch unabhängig davon sehen viele Kantone<sup>116</sup> heute als Voraussetzung für die Tätigkeit als Urkundsperson eine Prüfung im «Beurkundungsrecht» vor. Ziel dieser Examen ist die Feststellung, ob die fachlichen Fähigkeiten für die Tätigkeit als Urkundsperson vorhanden sind.<sup>117</sup>

Zur Fähigkeitsprüfung konnte – wie auch zur Ausbildung – kein Leitsatz formuliert werden, der mehrheitsfähig gewesen wäre. Hinsichtlich der Gründe, die der Einigung auf einen Leitsatz entgegenstanden, kann auf die Ausführungen in der nachfolgenden Ziffer 7.3.2.4 verwiesen werden.

Nachdem im Rahmen der Diskussionen festgehalten wurde, dass keine Einigung auf einen mehrheitsfähigen Leitsatz möglich ist, brachten einige Mitglieder der Groupe de réflexion jedoch vor, dass eine ausreichende Ausbildung der Urkundsperson zu den neu zu definierenden Mindestanforderungen<sup>118</sup> des Bundesrechts gehöre und es daher inkonsistent sei, wenn in den Bereichen der Ausbildung und der Fähigkeitsprüfung aufgrund divergierender Meinungen kein Leitsatz verfasst werde. Entsprechend wurde versucht, eine Formulierung zu finden, welcher sich zumindest ein Teil der Mitglieder der Groupe de réflexion anschliessen konnte. Im Ergebnis entstand ein Leitsatz, welcher nicht in die Organisationsfreiheit der Kantone eingreift und sich sowohl auf die Fähigkeitsprüfung wie auch auf die Ausbildung bezieht (vgl. dazu auch nachfolgende Ziffer 7.3.2.4).

#### *Nicht mehrheitsfähiger Leitsatz:*

*Urkundspersonen verfügen über das notwendige Fachwissen, um öffentliche Beurkundungen für den jeweiligen Beurkundungsgegenstand ordnungsgemäss vornehmen zu können. Die Kantone regeln auf ihrem Gebiet die Ausbildung und allfällige Fachprüfungen zur Urkundsperson.*

### 7.3.2.4 Ausbildung / Fachliche Voraussetzungen

#### *Kein mehrheitsfähiger Leitsatz.*

Die an die Ausbildung einer Urkundsperson gestellten Voraussetzungen unterscheiden sich von Kanton zu Kanton teilweise sehr stark. In diversen Kantonen wird ein abgeschlossenes Rechtsstudium verlangt.<sup>119</sup> Andere Kantone wiederum sehen den Besuch einer Fachhochschule<sup>120</sup> oder das Absolvieren bestimmter Lehrgänge an einer Hochschule oder Universität vor.<sup>121</sup> Ebenfalls eine mögliche kantonale Variante ist der Abschluss einer kaufmännischen Lehre oder Mittelschule mit zusätzlichem Teilstudium an einer schweizerischen Universität.<sup>122</sup> Teilweise wird auch nur das Bestehen einer Fähigkeitsprüfung vorausgesetzt, ohne dass zusätzlich eine bestimmte Ausbildung vorgeschrieben wird.<sup>123</sup> Fast in allen Kantonen wird für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis jedoch verlangt, dass praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Beurkundungsrechts gesammelt wurden, sei dies im Rahmen eines Praktikums oder einer beruflichen Tätigkeit in diesem Bereich (z.B. auf dem Grundbuchamt). Sind in einem

<sup>116</sup> Vgl. bspw. BE: Art. 5 Abs. 2 lit. b NG-BE; NE: Art. 7 Abs. 1 lit. d LN-NE; VS: Art. 15 Abs. 1 NG-VS; ZH: § 7 NotG-ZH.

<sup>117</sup> BRÜCKNER, N. 3452.

<sup>118</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>119</sup> BE, BL, BS, FR, GE, JU, NE, TI, VD und VS.

<sup>120</sup> AG: Akzeptiert wird neben dem Rechtsstudium auch ein Masterabschluss an einer Fachhochschule mit Fachrichtung Notariat.

<sup>121</sup> Bspw. LU und SG.

<sup>122</sup> ZH: § 8 Abs. 2 lit. a Ziff. 1-2 NotPV-ZH.

<sup>123</sup> UR: Art. 3 Ziff. 3 NV-UR.

Kanton die sachlichen Zuständigkeiten auf verschiedene Urkundspersonen aufgeteilt (in der Regel ist dies der Fall bei Kantonen mit gemischtem Notariat oder Amtsnotariat), so werden in der Regel auch unterschiedliche Anforderungen an die Ausbildung der einzelnen Urkundspersonen gestellt.

In der Groupe de réflexion war man sich einig darüber, dass die Urkundspersonen über eine entsprechende Ausbildung aber auch über praktische Erfahrung verfügen müssen. Beides ist für die Aufgaben der Urkundsperson – namentlich für die Formulierung der öffentlichen Urkunde wie auch für die Belehrungspflicht – unentbehrlich. Die Gespräche zeigten jedoch ebenfalls auf, wie unterschiedlich die Regelungen betreffend Ausbildung in den Kantonen sind. Diese Unterschiede sind sicherlich teilweise auf die Organisationsformen der Kantone zurückzuführen.

Die Formulierung eines Leitsatzes mit relativ detaillierten Vorgaben hinsichtlich der Ausbildung stiess bei der Mehrheit der Groupe de réflexion nicht auf Zustimmung. Zu stark würde eine solche Regelung in die Organisationsfreiheit der Kantone eingreifen. Gegen dieses Argument wurde vorgebracht, dass die Rechtsbelehrung durch die Urkundsperson ein zentraler Zweck der öffentlichen Beurkundung sei. Für eine umfassende Rechtsbelehrung sei eine Ausbildung unentbehrlich und entsprechend sei es nicht nachvollziehbar, dass gerade dieser Aspekt keine einheitliche Regelung erfahren soll.

Es wurde festgehalten, dass eine allgemeine Formulierung wie bspw. «genügende Ausbildung» inhaltslos sei und entsprechend darauf verzichtet werden sollte. Eine Kompromisslösung bezüglich der Ausbildung konnte nicht gefunden werden, weshalb auch kein mehrheitsfähiger Leitsatz verfasst wurde.

Allerdings sprachen sich einige Mitglieder der Groupe de réflexion dafür aus, dass gerade zu der Ausbildung und der Fähigkeitsprüfung ein Leitsatz zu verfassen sei, da die ausreichende Ausbildung der Urkundsperson gemäss der Lehre zu den Mindestanforderungen<sup>124</sup> des Bundesrechts gehöre. Entsprechend wurde ein Leitsatz formuliert, der sich sowohl zu der Ausbildung wie auch zu der Fähigkeitsprüfung äussert und mit dem sich zumindest ein Teil der Mitglieder der Groupe de réflexion einverstanden erklären konnte (vgl. dazu vorstehende Ziffer 7.3.2.3).

Nicht mehrheitsfähiger Leitsatz:

*Urkundspersonen verfügen über das notwendige Fachwissen, um öffentliche Beurkundungen für den jeweiligen Beurkundungsgegenstand ordnungsgemäss vornehmen zu können. Die Kantone regeln auf ihrem Gebiet die Ausbildung und allfällige Fachprüfungen zur Urkundsperson.*

### 7.3.2.5 Unvereinbarkeit mit anderen Tätigkeiten

*Kein Leitsatz.*

Bei Unvereinbarkeitsgründen handelt es sich gemäss Lehre um Tatbestände, die generell nicht mit einer unabhängigen und unparteiischen Tätigkeit der Urkundsperson zu vereinbaren sind.<sup>125</sup> Es handelt sich um eigentliche Berufshindernisse.<sup>126</sup> So führt das Vorliegen eines Unvereinbarkeitsgrundes dazu, dass die Urkundsperson ihren (hauptamtlichen) Beruf – also die Beurkundungstätigkeit – nicht ausüben kann respektive darf.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>125</sup> CARLEN, S. 61; JEANDIN, S. 46; RUF, N. 724.

<sup>126</sup> NUSSBAUM, S. 39.

<sup>127</sup> RUF, N. 449; SANTSCHI ALFRED, S. 30.

Unter den Unvereinbarkeitsgründen werden in den kantonalen Bestimmungen bspw. Tätigkeiten aufgeführt, die von der Urkundsperson nebenamtlich nicht ausgeübt werden dürfen.<sup>128</sup> So werden bspw. die Ausübung politischer Ämter, bestimmter Berufe oder Gewerbe als unvereinbar mit der Tätigkeit als Urkundsperson bestimmt.<sup>129</sup>

Neben der Wahrung der Unabhängigkeit sollen durch die Unvereinbarkeitsgründe auch das Ansehen des Notariats geschützt, die Arbeitskraft erhalten und die berufliche Erfahrung gefördert werden.<sup>130</sup>

Die Diskussionen in der Groupe de réflexion haben aufgezeigt, dass im Bereich der Unvereinbarkeit grosse Unterschiede zwischen dem freiberuflichen Notariat, dem gemischten Notariat und dem Amtsnotariat bestehen. So ist es bspw. in gewissen Kantonen mit dem freiberuflichen System verboten, neben dem Beruf als Urkundsperson auch eine Tätigkeit im Dienste der Gemeinde, des Kantons oder des Bundes auszuüben.<sup>131</sup> Beim Amtsnotariat oder gemischten Notariat ist aber gerade diese Konstellation «Urkundsperson / angestellte Person im Dienste der Gemeinde oder des Kantons» der Regelfall.

Kontrovers diskutiert wurde die Tätigkeit von Urkundspersonen im Immobilienbereich als Unvereinbarkeitsgrund. In gewissen Kantonen bestehen heute explizite Regelungen, die den Urkundspersonen den Handel mit Grundstücken oder die Vermittlung derselben verbieten.<sup>132</sup>

In einem ersten Entwurf wurde ein Leitsatz vorgeschlagen, der konkrete Unvereinbarkeitsgründe enthielt. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen und mangels Einigung unter den Mitgliedern der Groupe de réflexion wurde jedoch von dieser Variante abgesehen. Ebenfalls verzichtet wurde auf die Formulierung eines Leitsatzes, der allgemein gehalten ist («Die Urkundsperson darf keine Tätigkeiten ausüben, die mit einer unabhängigen und einwandfreien Berufsausübung nicht vereinbar sind.»), da ein solcher keinen wirklichen Inhalt habe. Es müsste bei einem solchen Wortlaut in den Erläuterungen trotzdem ausgeführt werden, was genau darunter zu verstehen sei.

### 7.3.3 Örtliche und sachliche Zuständigkeit

#### 7.3.3.1 Allgemeines

Im schweizerischen Beurkundungsrecht wird unterschieden zwischen der sachlichen und der örtlichen Zuständigkeit der Urkundspersonen.<sup>133</sup> Im Rahmen der *sachlichen Zuständigkeit* wird festgelegt, wer innerhalb einer Behördenorganisation für welche öffentliche Beurkundung zuständig ist.<sup>134</sup>

---

<sup>128</sup> CARLEN, S. 61.

<sup>129</sup> CARLEN, S. 61.

<sup>130</sup> CARLEN, S. 61; RUF, N. 442 ff.

<sup>131</sup> Z.B.: BE: Die gleichzeitige Tätigkeit als Urkundsperson und die Tätigkeit im Bereich der Grundbuch- oder Handelsregisterführung ist verboten; GR: Als Notariatsperson darf nicht amten, wer hauptamtlich im Dienst des Bundes, des Kantons, einer Region oder einer Gemeinde oder bei einer dem schweizerischen Bankengesetz unterstellt Unternehmung angestellt ist; NE: Die Urkundsperson darf grundsätzlich keine Funktionen oder Festanstellung beim Gemeinwesen annehmen. Eine nebenamtliche Lehrtätigkeit, die Funktion als ausserordentlicher nebenamtlicher Richter sowie ein politisches Mandat sind zugelassen; TI: Unvereinbar mit der Tätigkeit als Urkundsperson ist jede dauernde Tätigkeit, die von der Eidgenossenschaft, der Kantone oder einer Gemeinde respektive deren Verwaltung, Betrieben oder anderen öffentlich-rechtlichen Institutionen vergütet wird. AG: Unvereinbar mit der Ausübung der Beurkundungstätigkeit ist die Tätigkeit als Urkundsperson in einem anderen Kanton, die Tätigkeit in der Grundbuch- oder Handelsregisterführung (§ 7 Abs. 1 lit. a und b BeurG-AG).

<sup>132</sup> Als Beispiel: ZH: Der Handel mit Grundstücken sowie die Vermittlung von Grundstücken durch die Urkundsperson sind verboten (§ 21 NotG-ZH); BS: Die Ausübung von Handel- und Vermittlungstätigkeiten im Liegenschaftsbereich ist den Urkundspersonen verboten (§ 7 Abs. 2 NG-BS); AG: Unvereinbar mit der Ausübung der Beurkundungstätigkeit ist [...] der gewerbsmässige Handel im Grundstückverkehr und die Vermittlung von Grundstücken gegen Provision (§ 7 Abs. 1 lit. c BeurG-AG).

<sup>133</sup> BRÜCKNER, N. 689 ff.; CARLEN, S. 67 ff.; JEANDIN, S. 137 ff.; KUNZ, S. 16; MARTI, S. 39 ff.; NUSSBAUM, S. 31 ff.; RUF, N. 460 ff.; BSK-SCHMID, N. 18 ff. zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>134</sup> BRÜCKNER, N. 689 ff.; JEANDIN, S. 146; RUF, N. 460 ff.; BSK-SCHMID, N. 20 ff. zu Art. 55 SchIT ZGB. CARLEN, S. 78 und NUSSBAUM, S. 31 verstehen unter der «sachlichen Zuständigkeit» diejenigen Fälle, in denen eine öffentliche Beurkundung vom Bundeszivilrecht vorgeschrieben ist. Mit anderen Worten ist die Urkundsperson für die Beurkundung sachlich zuständig, wenn im ZGB oder OR für ein Rechtsgeschäft die Form der öffentlichen Beurkundung verlangt wird.

Da die Kompetenz zur Regelung der öffentlichen Beurkundung aufgrund von Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB bei den Kantonen liegt, sind diese betreffend Organisation des Beurkundungswesens heute weitgehend frei.<sup>135</sup> Sie können entscheiden, wer auf ihrem Gebiet für welche öffentliche Beurkundung sachlich zuständig ist. Diese Kompetenzregelung hat dazu geführt, dass in der Schweiz unterschiedliche Systeme hinsichtlich der Zuständigkeit zur öffentlichen Beurkundung entstanden sind und sich die Beurkundungszuständigkeiten der einzelnen Behörden und Personen von Kanton zu Kanton unterscheiden.<sup>136</sup>

In der Regel verfügen Urkundspersonen, die den Titel «Notar / Notarin», «notaire» oder «notaio» tragen, über eine umfassende sachliche Beurkundungsbefugnis.<sup>137</sup> Gewisse Kantone kennen aber auch eine «Aufteilung» der sachlichen Zuständigkeit. So ist bspw. für die Beurkundung von Grundstücksgeschäften eine bestimmte Behörde zuständig und für die Errichtung einer Stiftung eine andere Amtsperson. Von der Frage der sachlichen Zuständigkeit abzugrenzen ist die Frage nach der Zulässigkeit des Gegenstands der öffentlichen Beurkundung. Eine öffentliche Beurkundung ist für gewisse Erklärungen und Sachverhalte, wie bspw. physikalische Formeln, nicht möglich.<sup>138</sup>

Für die *örtliche Zuständigkeit* wird am Beurkundungsort angeknüpft.<sup>139</sup> Beurkundungsort ist der Ort, an dem das Hauptverfahren durchgeführt wird. In den meisten Fällen wird der Beurkundungsort das Büro oder das Amtslokal der Urkundsperson sein.<sup>140</sup>

Wie bereits in Ziffer 7.3.1 ausgeführt, ist das Verfahren der öffentlichen Beurkundung Teil der freiwilligen, nicht streitigen Gerichtsbarkeit. Durch die ihnen verliehene Beurkundungsbefugnis sind Urkundspersonen Träger einer hoheitlichen (staatlichen) Funktion.<sup>141</sup> Jede hoheitliche Tätigkeit ist aus staatsrechtlichen Gründen auf das Gebiet desjenigen Staatsgebildes beschränkt, welches die entsprechende Befugnis verliehen hat.<sup>142</sup> Eine Urkundsperson kann ihre Beurkundungstätigkeit daher nach geltendem Recht grundsätzlich nur auf dem Gebiet desjenigen Kantons ausüben, der ihr die Beurkundungsbefugnis erteilt hat (keine generelle Freizügigkeit der Urkundsperson).<sup>143</sup>

Die Kantone können sodann festlegen, ob eine Urkundsperson, die sachlich zuständig ist, auf dem ganzen Kantonsgebiet tätig sein kann, oder ob sich ihre örtliche Zuständigkeit auf bestimmte Bereiche des Kantons beschränkt.<sup>144</sup>

Grundsätzlich keine Rolle für die örtliche Zuständigkeit spielt der Beurkundungsgegenstand. So ist es nicht von Relevanz, ob das zu beurkundende Rechtsgeschäft einen Anknüpfungspunkt zum Kantonsgebiet hat oder nicht.<sup>145</sup> Dieser Grundsatz der freien Wahl des Beurkundungsortes und die damit verbundene interkantonale Anerkennung der öffentlichen Urkunde ist in der Rechtsprechung und in der Lehre unbestritten (Freizügigkeit der Urkunde), soweit es sich um «Nichtgrundstücksgeschäfte» handelt.<sup>146</sup> Umstritten ist jedoch die Frage, ob dieses Prinzip auch für Rechtsgeschäfte gilt, deren unmittelbaren Beurkundungsgegenstand die Begrundung oder Änderung von dinglichen und vormerkbaren persönlichen Rechten an Grundstücken ist. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht es den Kantonen frei, für

---

<sup>135</sup> BGE 133 I 259, 260.

<sup>136</sup> BRÜCKNER, N. 689 ff.; BSK-SCHMID, N. 20 zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>137</sup> BRÜCKNER, N. 691.

<sup>138</sup> BRÜCKNER, N. 692; MARTI, S. 42 ff.

<sup>139</sup> MARTI, S. 45; MOOSER, N 478.

<sup>140</sup> MARTI, S. 45; MOOSER, N 478.

<sup>141</sup> BGE 133 I 259, 261; BGE 128 I 280, 281.

<sup>142</sup> RUF, N. 509; BSK-SCHMID, N. 18 zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>143</sup> BRÜCKNER, N. 701; MOOSER, N. 481; RUF, N. 509; BSK-SCHMID, N. 18 zu Art. 55 SchIT ZGB.

<sup>144</sup> CARLEN, S. 67; MARTI, S. 47.

<sup>145</sup> CARLEN, S. 69; MOOSER, N. 486.

<sup>146</sup> BECK, S. 19; CARLEN, S. 69; MARTI, S. 48; RUF, N. 551.

die Beurkundung solcher dinglicher oder vormerkbarer persönlicher Rechte an Grundstücken zwingend die Zuständigkeit der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache vorzuschreiben.<sup>147</sup> Die Lehre steht dieser Beschränkung teilweise kritisch gegenüber.<sup>148</sup>

Artikel 70 Absatz 2 FusG hebt die bundesgerichtliche Praxis im Bereich dieser «Grundstücksgeschäfte» auf: Liegen die Gegenstand eines Übertragungsvertrags bildenden Grundstücke in verschiedenen Kantonen, genügt eine einzige Urkunde (Satz 3); örtlich zuständig ist die Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers (Satz 4).

In der Groupe de réflexion war unbestritten, dass zu der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit respektive der Freizügigkeit von Urkundspersonen und von öffentlichen Urkunden Leitsätze zu verfassen sind.

### 7.3.3.2 Freizügigkeit von Urkundspersonen

Leitsatz:

*Eine Urkundsperson kann ihre Beurkundungstätigkeit nur auf dem Gebiet desjenigen Kantons ausüben, der ihr die Beurkundungsbefugnis erteilt hat.*

*Die Kantone regeln auf ihrem Gebiet die sachliche und die örtliche Zuständigkeit von Urkundspersonen.*

Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips eine Urkundsperson nur auf dem Gebiet desjenigen Kantons beurkunden kann, von dem sie auch eine «Beurkundungsbefugnis» erhalten hat. Eine Freizügigkeit von Urkundspersonen sei daher nicht möglich (Satz 1 des Leitsatzes). Ebenfalls unbestritten war die Tatsache, dass es Sache der Kantone sei, über die sachliche und örtliche Zuständigkeit von Urkundspersonen auf ihrem Kantonsgebiet zu entscheiden (Satz 2 des Leitsatzes). So ist es an den Kantonen zu entscheiden, wer innerhalb der Behördenorganisation für welche öffentliche Beurkundung zuständig ist (sachliche Zuständigkeit) und ob die sachlich zuständige Urkundsperson auf dem ganzen Kantonsgebiet tätig sein kann oder ob sich deren örtliche Zuständigkeit auf ein bestimmtes Gebiet beschränkt (örtliche Zuständigkeit).

Von der generellen «Freizügigkeit von Urkundspersonen» unterschieden werden muss die Anerkennung des Fähigkeitsausweises einer Urkundsperson in einem Kanton durch einen anderen Kanton für sein Kantonsgebiet. Es ist den Kantonen überlassen, die Möglichkeit einer solchen Anerkennung in ihren Erlassen vorzusehen. Gerade wenn sich die geforderten Voraussetzungen für das Erteilen einer «Beurkundungsbefugnis» von Kanton zu Kanton nicht wesentlich unterscheiden, scheint eine Anerkennung durchaus sinnvoll. In diesem Zusammenhang ist auch auf die eingangs erwähnte Empfehlung der WEKO vom 23. September 2013 hinzuweisen, welche den Kantonen empfiehlt, gleichwertige Ausbildungen von freiberuflichen Urkundspersonen aus anderen Kantonen anzuerkennen.<sup>149</sup>

Eine Unterscheidung zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen bzw. Sachbeurkundungen und der Beglaubigung ist im Bereich der Freizügigkeit von Urkundspersonen nicht notwendig. Wird die öffentliche Beurkundung durch eine Urkundsperson vorgenommen, die sachlich und / oder örtlich nicht zuständig ist, kann keine öffentliche Urkunde entstehen.<sup>150</sup>

<sup>147</sup> BGE 113 II 501, 504 mit Verweis auf BGE 47 II 383 ff.; zustimmend MARTI, S. 49 ff.

<sup>148</sup> BRÜCKNER, N. 725; BSK-SCHMID, N. 19 zu Art. 55 SchlT ZGB. Anderer Meinung: MOOSER, 2018, S. 153 ff.; PIOTET, 2015, S. 112 f.

<sup>149</sup> <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/medien/medieninformationen/nsb-news.msg-id-50564.html> (Stand: 13.07.2021).

<sup>150</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.

### 7.3.3.3 Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden / Anerkennung von öffentlichen Urkunden

Leitsatz:

*Öffentliche Urkunden werden grundsätzlich in der ganzen Schweiz anerkannt.*

*Für die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften über dingliche und vormerkbare persönliche Rechte an Grundstücken können die Kantone, unter Vorbehalt anderslautender bundesrechtlicher Bestimmungen, die ausschliessliche Zuständigkeit der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache vorsehen.*

*Keine ausschliessliche Zuständigkeit vorsehen können die Kantone für Sachbeurkundungen sowie für Eheverträge und Verfügungen von Todes wegen, bei denen die Begründung oder die Änderung von dinglichen Rechten an Grundstücken nicht unmittelbaren Beurkundungsgegenstand bilden.*

Die freie Wahl des Abschlussorts und die damit verbundene interkantonale Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde wird im Leitsatz als Grundsatz festgelegt (Satz 1 des Leitsatzes). Von dieser Regel können die Kantone bei «Grundstücksgeschäften», unter dem Vorbehalt anderslautender bundesrechtlicher Bestimmungen (genannt sei hier bspw. das FusG), Ausnahmen vorsehen (Satz 2 des Leitsatzes). So können die Kantone bei Rechtsgeschäften, welche die Begründung oder Änderung dinglicher oder vormerkbarer persönlicher Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben, bestimmen, dass ausschliesslich die Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache zuständig ist. Entsprechend kann die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereich der «Grundstücksgeschäfte» eingeschränkt werden. Der Leitsatz wird ergänzt mit einer Ausführung zu der «Art der Grundstücksgeschäfte», welche nicht unter die Ausnahme fallen (Satz 3 des Leitsatzes).

Der Entscheid, die Freizügigkeit von öffentlichen Urkunden bei den «Grundstücksgeschäften» einzuschränken, wurde in den Diskussionen insbesondere mit der Qualitäts-Theorie, wonach die Beratung und Belehrung der Vertragsparteien durch die ortskundige Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache eine höhere Beurkundungsqualität garantiere, begründet.

Die Gespräche in der Groupe de réflexion zeigten, dass aus dem Leitsatz idealerweise hervorgehen sollte, welche «Grundstücksgeschäfte» von der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde ausgenommen sind. Vom Leitsatz erfasst werden sowohl die Willenserklärungen und die Sachbeurkundungen.

Wie bereits unter der Ziffer 7.3.3.2. festgehalten, entsteht bei der fehlenden (hier insbesondere der örtlichen) Zuständigkeit der Urkundsperson keine öffentliche Urkunde.<sup>151</sup>

## 7.4 Berufspflichten der Urkundsperson

### 7.4.1 Allgemeines

Im Rahmen ihrer Tätigkeit im Bereich der öffentlichen Beurkundung hat die Urkundsperson gewisse Pflichten. Diese ergeben sich heute sowohl aus dem Bundesrecht wie auch aus dem kantonalen Recht. Die Berufspflichten sollen gewährleisten, dass der Zweck der öffentlichen Beurkundung erreicht wird.<sup>152</sup>

<sup>151</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.2.3.1.

<sup>152</sup> MARTI, S. 59.

## 7.4.2 Urkundspflicht / Ablehnungspflicht / Ablehnungsrecht

Leitsatz:

### **Urkundspflicht (Grundsatz)**

*Die Urkundsperson ist grundsätzlich verpflichtet, eine öffentliche Beurkundung vorzunehmen, wenn sie darum ersucht wird.*

*Die Kantone können Urkundspersonen von der Urkundspflicht befreien, wenn für den Beurkundungsgegenstand auch andere Urkundspersonen sachlich zuständig sind.*

### **Ausnahmen**

#### **Ablehnungspflicht**

*Die Urkundsperson hat eine öffentliche Beurkundung abzubrechen oder abzulehnen, wenn*

- sie sachlich und / oder örtlich nicht zuständig ist;*
- der Inhalt der Beurkundung rechtlich unmöglich, rechts- oder sittenwidrig ist;*
- die Urkundsperson durch Ausstandspflichten davon ausgeschlossen ist oder*
- eine der beteiligten Parteien oder Urkundsparteien offensichtlich urteilsunfähig ist.*

#### **Ablehnungsrecht**

*Die Urkundsperson kann eine öffentliche Beurkundung abbrechen oder ablehnen, wenn*

- sie aufgrund von Krankheit, in Zusammenhang mit der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht oder einer begründeten Absenz verhindert ist;*
- die Parteien oder die Urkundsparteien ihren Mitwirkungspflichten respektive Mitwirkungsrechten nicht nachkommen;*
- der verlangte Kostenvorschuss nicht geleistet wird oder*
- die Arbeitslast eine zeitgerechte Erledigung nicht zulässt.*

Das Zivilrecht schreibt für gewisse Rechtsgeschäfte die Form der öffentlichen Beurkundung zwingend vor. Zudem besteht die Möglichkeit, dass die an einem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien freiwillig die Form der öffentlichen Beurkundung wählen (Art. 16 OR). Wird die Form der öffentlichen Beurkundung gesetzlich vorgeschrieben, haben die Kantone dafür besorgt zu sein, dass die öffentliche Beurkundung jedermann zur Verfügung steht. Die Urkundspflicht ist mit anderen Worten die Folge des «Beurkundungsmonopols».<sup>153</sup> Ausserdem folgt die Urkundspflicht aber auch aus dem Verbot der Rechtsverweigerung respektive -verzögerung nach Artikel 29 Absatz 1 BV.<sup>154</sup> Gleichzeitig soll die Urkundspflicht sicherstellen, dass Urkundspersonen unangenehme oder nicht gewinnbringende Geschäfte nicht einfach ablehnen können. Die Urkundsperson ist also grundsätzlich verpflichtet, eine Beurkundung vorzunehmen, wenn sie darum ersucht wird. Die Urkundspflicht besteht aber nicht vorbehaltlos. So kann das Vorliegen gewisser Umstände dazu führen, dass die Urkundsperson die öffentliche Beurkundung zwingend abzulehnen hat. Daneben gibt es aber auch Situationen, in denen eine Urkundsperson die öffentliche Beurkundung zwar nicht ablehnen muss, aber ablehnen darf. Zudem kommt die Urkundspflicht erst zum Tragen, wenn die Urkundsperson ordnungsgemäss um die Errichtung einer öffentlichen Urkunde ersucht wurde.<sup>155</sup>

Als zwingende Ablehnungsgründe, welche eine eigentliche Ablehnungspflicht darstellen, finden sich in den kantonalen Regelungen insbesondere:

<sup>153</sup> BRÜCKNER, N. 840; MOOSER, N. 143; WOLF/SETZ, S. 47.

<sup>154</sup> MOOSER, N. 143; RUF, N. 621 f.

<sup>155</sup> SANTSCHI ALFRED, S. 9; vgl. dazu auch Ziff. 7.5.2.

- das Fehlen einer Beurkundungsvoraussetzung (Zuständigkeit, Vorliegen von Ausstandsgründen, Urteilsunfähigkeit der Urkundspartei etc.);<sup>156</sup>
- die Rechtswidrigkeit oder die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts.<sup>157</sup>

Zu den Fällen, in denen die Urkundsperson die öffentliche Beurkundung ablehnen darf, gehören gemäss den heutigen kantonalen Bestimmungen bspw.:

- nicht geleisteter Kostenvorschuss;<sup>158</sup>
- Verhinderungsgrund, welcher es der Urkundsperson verunmöglicht, die öffentliche Beurkundung durchzuführen (z.B. Krankheit, Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht etc.).<sup>159</sup>

Die Groupe de réflexion fällte den Entschluss, beim Leitsatz einerseits eine klare Unterscheidung zwischen der Ablehnungspflicht und dem Ablehnungsrecht zu machen und andererseits die einzelnen in Frage kommenden Gründe konkret aufzuführen. Wichtig war den Mitgliedern der Groupe de réflexion, dass die Ablehnungspflicht nur in klaren Fällen geltend gemacht werden kann. Besteht bei der Urkundsperson eine Unsicherheit hinsichtlich des Vorliegens von zwingenden Ablehnungsgründen, muss sie allerdings nach ihrem Ermessen entscheiden.<sup>160</sup>

Zu Diskussionen Anlass gab die Formulierung «offensichtlich urteilsunfähig» (viertes Lemma des Leitsatzes zur Ablehnungspflicht). Hier stellte sich die Frage, ob eine Urkundsperson eine öffentliche Beurkundung abzulehnen hat, wenn sie an der Urteilsfähigkeit einer Urkundspartei zweifelt. Der Urkundsperson kommen bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit einer Urkundspartei nicht die gleichen Aufgaben zu wie einem Zivilrichter. Dieser kann – im Gegensatz zur Urkundsperson – im Rahmen eines Zivilprozesses Beweise erheben und nach Klärung des Sachverhalts einen Entscheid fällen.<sup>161</sup> Eine solche Rolle kann die Urkundsperson keinesfalls übernehmen. So kann die Ablehnungspflicht nur bei einer *offensichtlichen* Urteilsunfähigkeit zum Tragen kommen.

Seitens der Mitglieder der Groupe de réflexion wurde in Bezug auf die Beurteilung einer «offensichtlichen» Urteilsfähigkeit die Möglichkeit einer Beurkundung unter Vorbehalt vorgeschlagen. Bei diesem Lösungsansatz würde der oder den Urkundspartei/en in Zweifelsfällen die öffentliche Beurkundung nicht verweigert, jedoch durch die Urkundsperson auf der öffentlichen Urkunde festgehalten, dass betreffend Urteilsfähigkeit Zweifel bestehen. Die «Beurkundung unter Vorbehalt» wird im Leitsatz nicht explizit erwähnt, ist aufgrund des Wortlauts aber auch nicht ausgeschlossen.

Die Möglichkeit, eine öffentliche Beurkundung abzulehnen, wenn kein Kostenvorschuss geleistet wird (Lemma 3 zum Ablehnungsrecht), bestimmt implizit, dass es Urkundspersonen erlaubt ist, für Ihre Gebühren und Auslagen einen Kostenvorschuss zu verlangen.<sup>162</sup>

Die Ablehnungspflicht wie auch das Ablehnungsrecht bestehen während dem Vorbereitungs- und Hauptverfahren, was im Leitsatz durch den Ausdruck «abzubrechen» verdeutlicht werden soll. Ob die Ablehnungspflicht wie auch das Ablehnungsrecht während des Nachverfahrens noch weiterhin bestehen können, ist nach Ansicht der Mehrheit der Mitglieder der Groupe de

---

<sup>156</sup> BRÜCKNER, N. 861; SANTSCHI ALFRED, S. 12. Beispiele diesbezüglicher kantonaler Regelungen: AG: Art. 24 Abs. 1 BeurG-AG; BE: Art. 31 Abs. 1 Bst. c NG-BE; GL: Art. 30 BeurkG-GL.

<sup>157</sup> BRÜCKNER, N. 861; SANTSCHI ALFRED, S. 12. Beispiele diesbezüglicher kantonaler Regelungen: LU: § 20 Abs. 3 Bst. c BeurkG-LU; GR: Art. 21 Abs. 2 Bst. b NG-GR.

<sup>158</sup> BRÜCKNER, N. 864; JEANDIN, S. 74; SANTSCHI ALFRED, S. 14. Beispiele diesbezüglicher kantonaler Regelungen: BE: Art. 31 Abs. 2 NG-BE; GR: Art. 21 Abs. 3 Bst. b NG-GR.

<sup>159</sup> SANTSCHI ALFRED, S. 13. Beispiele diesbezüglicher kantonaler Regelungen: AG: Art. 24 Abs. 3 BeurG-AG; BE: Art. 31 Abs. 2 NG-BE.

<sup>160</sup> BRÜCKNER, N. 862.

<sup>161</sup> WOLF/SETZ, S. 51.

<sup>162</sup> Vgl. dazu auch Ziff. 7.11.

réflexion wohl eher zu verneinen. Der Leitsatz zur Urkundspflicht respektive zur Ablehnungspflicht und zum Ablehnungsrecht kommt unabhängig davon zur Anwendung, ob eine Willenserklärung, eine Sachbeurkundung oder eine Beglaubigung vorliegt.

#### 7.4.3 Wahrheitspflicht

Leitsatz:

*Die Urkundsperson ist verpflichtet, öffentliche Urkunden wahrheitsgemäß zu verfassen.*

Gemäss Artikel 9 ZGB erbringen öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Die erhöhte Beweiskraft der öffentlichen Urkunde erfordert für deren Zustandekommen ein Verfahren, welches für deren korrekten Inhalt Gewähr bietet. Urkundspersonen haben daher bei einer öffentlichen Beurkundung «nach bestem Wissen und Gewissen Wahrheit anzustreben»<sup>163</sup>. Durch eine sorgfältige Sachverhaltsermittlung und eine genaue Beurkundung durch die Urkundsperson soll eine «wahre» Urkunde geschaffen werden. Beurkunden kann eine Urkundsperson daher nur, was sie selber wahrgenommen hat. Gleichzeitig darf sie keine Feststellungen treffen, von denen sie weiß, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen. Das Verhältnis zwischen der Wahrheits- und der Klarheitspflicht respektive eine klare Trennung der beiden Pflichten ist nicht unproblematisch. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass die Klarheitspflicht einen Teilgehalt der Wahrheitspflicht bilde.<sup>164</sup> Im vorliegenden Bericht findet sich je ein separater Leitsatz zur Wahrheitspflicht und zur Klarheitspflicht (vgl. dazu Ziffer 7.4.3 und 7.5.3.4).

Die Wahrheitspflicht gehört gemäss Bundesgericht zu den Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung, die sich aus dem Bundesrecht ergeben.<sup>165</sup>

Ein Verstoss gegen die Wahrheitspflicht ist als Verstoss gegen eine Ordnungsvorschrift zu qualifizieren.<sup>166</sup>

Sowohl bei den Willenserklärungen wie auch bei den Sachbeurkundungen und auch den Beglaubigungen kommt die Wahrheitspflicht zum Tragen.

#### 7.4.4 Interessenwahrungspflicht

Leitsatz:

*Die Urkundsperson hat die Interessen der Parteien zu wahren.*

*Mit dieser Interessenwahrungspflicht verbunden sind folgende Pflichten:*

Unparteilichkeitspflicht

*Die Interessenwahrung der Parteien hat unparteilich zu geschehen.*

Sorgfaltspflicht

*Die Urkundsperson hat die öffentliche Beurkundung sorgfältig vorzubereiten und auszuführen.*

Erlledigungspflicht

*Die Urkundsperson hat die angenommene öffentliche Beurkundung innert nützlicher Frist zu erledigen.*

<sup>163</sup> BRÜCKNER, N. 1078.

<sup>164</sup> KNB-PFAMMATTER, N. 17 zu Art. 34 NG; auch in der Groupe de réflexion wurde diese Meinung teilweise vertreten.

<sup>165</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>166</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.2.4.

Gemäss der Interessenwahrungspflicht hat die Urkundsperson die Interessen der Parteien respektive Urkundsparteien gleichmässig nach bestem Wissen und Gewissen zu wahren.<sup>167</sup> Ausgehend von dieser vorstehenden Definition des Inhalts der Interessenwahrungspflicht umfasst diese mehrere Einzelpflichten. Dazu gehören gemäss der Lehre:

- die Unparteilichkeitspflicht;<sup>168</sup>
- die Sorgfaltspflicht;<sup>169</sup>
- die Erledigungspflicht;<sup>170</sup>
- die Pflicht, eine kostengünstige Gestaltung vorzuschlagen.<sup>171</sup>

In gewissen Kantonen findet sich heute eine explizite Normierung der Interessenwahrungspflicht. Teilweise wird die Unparteilichkeitspflicht zusätzlich zur Interessenwahrungspflicht ausdrücklich geregelt.<sup>172</sup> Auch wenn sich in den kantonalen Bestimmungen keine Regelung zur Interessenwahrungspflicht findet<sup>173</sup>, so gilt diese heute gemäss der Lehre von Bundesrechts wegen (Mindestanforderungen des Bundesrechts).<sup>174</sup>

In der Groupe de réflexion war es unbestritten, dass zu der Interessenwahrungspflicht ein Leitsatz zu verfassen sei. Ausgehend von der Tatsache, dass die Interessenwahrungspflicht mehrere Einzelpflichten umfasst, einigte sich die Groupe de réflexion darauf, einen Leitsatz mit mehreren Unterleitsätzen zu verfassen. Diese Unterleitsätze (Unparteilichkeitspflicht, Sorgfaltspflicht und Erledigungspflicht) sollen es ermöglichen, den Inhalt der Interessenwahrungspflicht zu konkretisieren und damit fassbarer zu machen.

In einem ersten Schritt wurden auch die Themen der Weiterbildung, der Pflicht, eine kostengünstige Gestaltung zu empfehlen und der Wahrung fiskalischer Interessen als möglicher Inhalt von Unterleitsätzen vorgeschlagen. Da jedoch bereits die Materie der Ausbildung so kontrovers diskutiert und kein Leitsatz dazu verfasst wurde, verzichtete man konsequenterweise auch auf das Festhalten einer Weiterbildungspflicht. Ebenfalls fallengelassen wurde die Idee, eine Pflicht zur Wahrung staatlicher Fiskalinteressen und zur Empfehlung einer kostengünstigen Gestaltung zu statuieren.<sup>175</sup>

Der Leitsatz oder die (Unter-)Leitsätze zur Interessenwahrungspflicht kommen sowohl bei der Beurkundung von Willenserklärungen und bei Sachbeurkundungen wie auch bei Beglaubigungen zur Anwendung.

Die Interessenwahrungspflicht respektive die darunterfallenden Einzelpflichten sind als Gültigkeitsvorschriften zu qualifizieren.<sup>176</sup>

#### 7.4.4.1 Die Unparteilichkeitspflicht

Damit die Urkundsperson die ihr zugedachte Aufgabe – welche eine amtliche hoheitliche Tätigkeit ist – erfüllen kann, muss sie unabhängig und unparteiisch sein.<sup>177</sup> Mit dem Begriff der «Unabhängigkeit» soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Arbeit der Urkundsperson

<sup>167</sup> BRÜCKNER, N. 877; MARTI, S. 61.

<sup>168</sup> BRÜCKNER, N. 883; CARLEN, S. 123; SANTSCHI ALFRED, S. 122.

<sup>169</sup> BRÜCKNER, N. 908.

<sup>170</sup> BRÜCKNER, N. 919; CARLEN, S. 123; SANTSCHI ALFRED, S. 123.

<sup>171</sup> BRÜCKNER, N. 915; CARLEN, S. 123.

<sup>172</sup> Die Unparteilichkeitspflicht wird in den Regelungen der Kantone AG, BE, BS, FR, GR, NE, SO, VS und ZG ausdrücklich festgehalten.

<sup>173</sup> Die Bestimmungen der Kantone AI, AR, GE, GL, LU, NW, OW, SG, SH, SZ, TG und ZH enthalten keine explizite Regelung der Interessenwahrungspflicht.

<sup>174</sup> MARTI, S. 62; MOOSER, N. 241. Vgl. dazu auch Ziff. 7.2.

<sup>175</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.4.13.

<sup>176</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.2.3.2.

<sup>177</sup> MARTI, S. 58 und S. 61; BSK-SCHMID, N. 30 zu Art. 55 SchlT ZGB.

nicht durch externe Einflüsse gelenkt werden darf.<sup>178</sup> Die «Unparteilichkeit» bezieht sich auf die Pflicht der Urkundsperson, die Interessen der beteiligten Parteien in gleicher Weise objektiv zu wahren.<sup>179</sup>

Die kantonalen Regelungen zum Beurkundungsrecht kennen verschiedene Bestimmungen, welche die Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit der Urkundsperson sicherstellen sollen.

Die Urkundsperson hat gemäss dem Leitsatz in einem konkreten Beurkundungsverfahren die Interessen der Beteiligten objektiv und gleichmässig zu wahren.<sup>180</sup> Die Urkundsperson darf nicht eine Partei zum Nachteil der anderen begünstigen.<sup>181</sup>

Bei gewissen Konstellationen, in denen die Ausstandspflichten nicht greifen, kann die Unparteilichkeitspflicht die Urkundsperson dazu zwingen, in den Ausstand zu treten, wenn ein unparteiisches Handeln nicht mehr gewährleistet werden kann.<sup>182</sup>

#### 7.4.4.2 Die Sorgfaltspflicht

Die Urkundsperson ist gemäss Leitsatz verpflichtet, die Beurkundung mit der entsprechenden Sorgfalt vorzubereiten und auch durchzuführen. Sie hat die notwendigen Abklärungen vorzunehmen, um zu gewährleisten, dass eine öffentliche Urkunde entsteht.

#### 7.4.4.3 Die Erledigungspflicht

Die Erledigungspflicht gebietet der Urkundsperson, Geschäfte innert nützlicher Zeit zu erledigen und diese nicht liegen zu lassen. Allfällige Fristen hat die Urkundsperson stets einzuhalten.<sup>183</sup> Dringliche Geschäfte – wie bspw. die Beurkundung eines Testaments eines Sterbenden – sind vorzuziehen. Allerdings besteht die Erledigungspflicht nicht ohne Einschränkungen. So kann eine Urkundsperson ihrer Erledigungspflicht unter Umständen nicht ohne Weiteres nachkommen, wenn

- sie aufgrund von Krankheit, in Zusammenhang mit der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht oder einer begründeten Absenz verhindert ist;
- die Parteien ihren Mitwirkungsrechten nicht nachkommen;
- der verlangte Kostenvorschuss nicht geleistet wird;
- die Arbeitslast eine zeitgerechte Erledigung nicht zulässt.<sup>184</sup>

#### 7.4.5 Unparteilichkeitspflicht

##### *Kein Leitsatz.*

In der Literatur wird die Unparteilichkeitspflicht als Teilgehalt der Interessenwahrungspflicht verstanden.<sup>185</sup> Dieser Ansicht folgend, wurde für die Unparteilichkeitspflicht ein (Unter-)Leitsatz im Rahmen der Interessenwahrungspflicht verfasst.<sup>186</sup>

<sup>178</sup> MARTI, S. 58; SANTSCHI DANIEL, S. 2.

<sup>179</sup> MARTI, S. 61.

<sup>180</sup> MARTI, S. 61; SANTSCHI ALFRED, S. 122.

<sup>181</sup> SANTSCHI ALFRED, S. 122.

<sup>182</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.4.6.

<sup>183</sup> CARLEN, S. 123; SANTSCHI ALFRED, S. 123.

<sup>184</sup> Vgl. dazu auch die Ausführungen unter Ziff. 7.4.2.

<sup>185</sup> BRÜCKNER, N. 883; CARLEN, S. 123; SANTSCHI ALFRED, S. 122.

<sup>186</sup> Vgl. dazu Ziffer 7.4.4.

## 7.4.6 Ausstandspflichten

Leitsatz:

- Die Urkundsperson muss die Beurkundung ablehnen oder abbrechen, wenn*
- sie selbst als Partei oder Nebenperson beteiligt ist;*
  - sie in der Sache ein persönliches Interesse hat;*
  - sie als Rechtsbeiständin oder Rechtsbeistand in der gleichen Sache tätig ist oder war;*
  - sie mit einer Partei oder Urkundspartei verheiratet ist oder war, in eingetragener Partnerschaft lebt oder lebte oder eine faktische Lebensgemeinschaft führt oder führte;*
  - sie mit einer Partei oder Urkundspartei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis und mit dem dritten Grad verwandt oder verschwägert ist;*
  - eine juristische Person beteiligt ist, bei der sie einem zur Vertretung befugten Organ angehört oder für die sie die Unterschrift führt;*
  - sie aus anderen Gründen, insbesondere wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer (Urkunds-)Partei oder ihrer Vertretung, stark befangen sein könnte.*

Die Ausstandspflichten verbieten der Urkundsperson, in einem bestimmten Einzelfall eine Beurkundung vorzunehmen.<sup>187</sup> So muss die Urkundsperson in den Ausstand treten, wenn sie ein «persönliches» Verhältnis respektive einen «persönlichen» Bezug zu gewissen Beteiligten oder dem Beurkundungsgegenstand hat oder wenn sie am Beurkundungsverfahren formell selbst beteiligt ist.<sup>188</sup> Mit Ausstandspflichten soll sichergestellt werden, dass die Urkundsperson im konkreten Beurkundungsverfahren nicht durch persönliche Interessen gelenkt wird. Die Ausstandspflicht gehört gemäss der Lehre zu den Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung, die sich aus dem Bundesrecht ergeben.<sup>189</sup>

Der Detailierungsgrad der Ausstandspflichten bildete ein zentrales Diskussionsthema in der Groupe de réflexion. Einige Mitglieder sprachen sich für einen detaillierten Leitsatz aus, der eine Liste mit den konkreten Tatbeständen enthält, bei denen in den Ausstand getreten werden muss. Dabei müsse der Tatsache, dass zwei respektive drei Systeme – freiberufliches Notariat, Amtsnotariat und gemischtes Notariat – existierten, Beachtung geschenkt werden. Sowohl im Amtsnotariat wie auch im lateinischen Notariat besteht die gleiche Problematik hinsichtlich der Ausstandspflichten gegenüber nahestehenden Personen. Ein diesbezüglicher Leitsatz kann deshalb für beide Systeme identisch formuliert werden. Anders sieht es aber betreffend Bürogemeinschaften aus. Hier stellt sich die Frage, ob ein Büropartner in Fällen, bei denen eine Urkundsperson in den Ausstand treten muss, beurkunden darf. Im Amtsnotariat muss die Beurkundung unter Umständen durch den Büropartner durchgeführt werden können, wenn keine Alternativen bestehen. Beim freiberuflichen Notariat dagegen kann die öffentliche Beurkundung durch eine Urkundsperson aus einem anderen Büro vorgenommen werden. Aufgrund der zu dieser Problematik geführten Diskussionen wurde beschlossen, dass eine Beurkundung durch den Büropartner einer Urkundsperson, die in den Ausstand treten muss, grundsätzlich zulässig sein sollte.

Die Tatsache, dass die Verletzung von Ausstandspflichten gemäss Ansicht der Mitglieder der Groupe de réflexion zu der Anfechtbarkeit einer öffentlichen Urkunde führt<sup>190</sup>, spricht – im Sinne der Rechtssicherheit – für einen abschliessenden Tatbestands-Katalog. In Grenzfällen, die unter Umständen nicht in diesem Katalog erfasst sind, kann immer noch die Unparteilichkeitspflicht ordnend eingreifen.<sup>191</sup>

<sup>187</sup> BRÜCKNER, N. 755; MOOSER, N. 152; NUSSBAUM, S. 39; RUF, N. 716; SANTSCHI ALFRED, S. 30.

<sup>188</sup> BRÜCKNER, N. 774 ff.; CARLEN, S. 116 ff.

<sup>189</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>190</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.2.3.2.

<sup>191</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.4.4.1.

Der zur Ausstandspflicht formulierte Leitsatz orientiert sich an Artikel 47 ZPO und somit an den Ausstandsregelungen bei streitigen Verfahren.

In Bezug auf das erste Lemma des Leitsatzes wurde im Verlaufe der Diskussionen der Groupe de réflexion die Frage gestellt, wann eine Urkundsperson als «Nebenperson» beteiligt sei und ob diesbezüglich im Leitsatz allenfalls eine Ergänzung angebracht wäre. Was unter dem Begriff der «Nebenperson» zu verstehen ist, wird in Ziffer 7.5.1.4 ausgeführt. Da die einzelnen Leitsätze immer auch im Gesamtkontext zu lesen und Doppelspurigkeiten zu vermeiden sind, wird in diesem Kapitel auf eine weitere oder zusätzliche Erläuterung verzichtet.

Kontrovers diskutiert wurde in der Groupe de réflexion das letzte Lemma des Leitsatzes. In einer ersten Version wurde folgende Formulierung gewählt: «sie aus anderen Gründen befangen sein könnte». Gegen diesen Wortlaut wurde vorgebracht, dass er zu unbestimmt sei und bei den Urkundspersonen zu Unsicherheiten führen würde. Im Ergebnis konnte sich die Groupe de réflexion darauf einigen, das letzte Lemma des Leitsatzes in Anlehnung von Artikel 47 ZPO auszuformulieren.

Die Ausstandspflichten gemäss dem Leitsatz gelten sowohl für Willenserklärungen wie auch für Sachbeurkundungen. Nicht zur Anwendung kommen sie jedoch bei Beglaubigungen. Verstösst die Urkundsperson gegen eine der Ausstandspflichten, führt dies zu der Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde.<sup>192</sup>

#### 7.4.7 Geheimhaltungspflicht (Schweigepflicht)

Leitsatz:

##### Amtsnotariat

*Die Urkundsperson ist zur Verschwiegenheit über hauptberufliche Angelegenheiten verpflichtet, soweit an der Geheimhaltung ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse besteht oder eine besondere Vorschrift dies vorsieht.*

##### Freiberufliches Notariat

*Urkundspersonen unterstehen zeitlich unbegrenzt und gegenüber jedermann dem Berufsgeheimnis über alles, was ihnen infolge ihres Berufs von ihrer Klientschaft anvertraut worden ist. Die Entbindung verpflichtet sie nicht zur Preisgabe von Anvertrautem.*

*Sie sorgen für die Wahrung des Berufsgeheimnisses durch ihre Hilfspersonen sowie der beteiligten Nebenpersonen.*

Die Urkundsperson hat über das Wissen, welches sie in Zusammenhang mit ihrer Berufsausübung erlangt, Stillschweigen zu bewahren.<sup>193</sup> Die (Urkunds-)Parteien sollen sich der Urkundsperson ohne Angst anvertrauen können, denn nur in Kenntnis aller relevanter Information ist die Urkundsperson in der Lage, ihren Pflichten überhaupt nachzukommen.

Die Geheimhaltungspflicht kann sich nur auf die hauptberufliche (amtliche) Tätigkeit der Urkundsperson beziehen. Für allfällige nebenberufliche Tätigkeiten besteht eine vertragliche Geheimhaltungspflicht, die sich nach OR richtet.

Im StGB werden die Straftatbestände der Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) und der Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) geregelt. Die freiberufliche Urkundsperson untersteht dem Berufsgeheimnis und die Urkundsperson im Amtsnotariat dem Amtsgeheimnis.<sup>194</sup> Unter welchen Voraussetzungen eine Geheimnispflichtsverletzung strafbar ist, bestimmt sich also nach Bundesrecht. Die Leitsätze zu der Geheimhaltungspflicht können diesbezüglich nicht weitergehen als die Regelungen im StGB. Bei der Geheimhaltungspflicht

<sup>192</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.2.3.2.

<sup>193</sup> CARLEN, S. 126; JEANDIN, S. 93.

<sup>194</sup> BRÜCKNER, N. 1136.

ist bei den Leitsätzen eine Unterscheidung zwischen dem freiberuflichen Notariat und dem Amtsnotariat zu machen.

Von der Geheimhaltungspflicht wird alles erfasst, was die Urkundsperson im Rahmen ihrer Tätigkeit von den beteiligten Parteien respektive Urkundsparteien, deren Vertreterinnen und Vertretern sowie den Sachverständigen erfährt. Tatsachen, die allgemein bekannt sind oder von jedermann eingesehen werden können, fallen nicht unter die Geheimhaltungspflicht.<sup>195</sup> Unter gewissen Umständen kann die Geheimhaltungspflicht eingeschränkt oder sogar aufgehoben werden.<sup>196</sup> So kann die geheimnisberechtigte Person oder auch die Aufsichtsbehörde die Urkundsperson von der Geheimhaltungspflicht entbinden.

Sind an der öffentlichen Urkunde neben der Urkundsperson weitere Personen beteiligt, bspw. Hilfspersonen oder Sachverständige, so unterstehen auch diese der Geheimhaltungspflicht. Die Urkundsperson hat mit den geeigneten Mitteln wie z.B. mit arbeits- oder beamtenrechtlichen Instruktionen die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht sicherzustellen.

Die Geheimhaltungspflicht ist als Ordnungsvorschrift einzustufen und kann für die Urkundsperson disziplinarische, vermögensrechtliche und / oder strafrechtliche Folgen haben.<sup>197</sup>

Die Geheimhaltungspflicht kommt sowohl bei den Willenserklärungen und bei den Sachbeurkundungen jedoch grundsätzlich nicht bei den Beglaubigungen zur Anwendung.

#### 7.4.8 Sorgfaltspflicht

*Kein Leitsatz.*

Im Rahmen der Arbeiten der Groupe de réflexion wurde beschlossen, dass für die Sorgfaltspflicht kein eigenständiger Leitsatz verfasst wird. Allerdings wird diese Pflicht in einem Unterleitsatz im Rahmen der Interessenwahrungspflicht aufgenommen.<sup>198</sup>

#### 7.4.9 Ansehen

*Kein Leitsatz.*

Mit der Pflicht, das «Ansehen» des Berufsstands zu wahren, sollen Urkundspersonen angehalten werden, Tätigkeiten oder Verhaltensweisen, die sich auf Wahrnehmung des Berufsstands negativ auswirken könnten, zu unterlassen. Es war in der Groupe de réflexion unbestritten, dass zum «Ansehen» kein separater Leitsatz verfasst werden soll. Die Wahrung des «Ansehens» wird bereits durch die Leitsätze zu anderen Berufspflichten indirekt abgedeckt.

#### 7.4.10 Unabhängigkeit

*Kein Leitsatz.*

Die Arbeit einer Urkundsperson darf durch äussere Umstände nicht in der Weise gelenkt werden, dass deren Unabhängigkeit gefährdet ist. Die Unabhängigkeit der Urkundsperson wird durch die Interessenwahrungspflicht, die Unterparteilichkeitspflicht und die Ausstandspflichten sichergestellt. Auf einen spezifischen Leitsatz zur Unabhängigkeit kann daher verzichtet werden.

<sup>195</sup> BRÜCKNER, N. 1140.

<sup>196</sup> BRÜCKNER, N. 1158 ff.; MOOSER, N. 250.

<sup>197</sup> So auch CARLEN, S. 127; vgl. dazu Ziff. 7.6.2.4.

<sup>198</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.4.4.2.

### 7.4.11 Mitteilungspflicht

**Kein Leitsatz.**

Unter die Mitteilungspflicht zu subsumieren ist die Pflicht der Urkundsperson, Änderungen der Voraussetzungen, welche für die Erteilung der Beurkundungsbefugnis massgebend sind, der Aufsichtsbehörde zu melden. Gemäss den Ausführungen unter Ziffer 7.3.2.1 ist die Vergabe und auch der Entzug der Beurkundungsbefugnis Sache der Kantone. Eine Regelung allfälliger Mitteilungspflichten im Hinblick auf die für die Beurkundungsbefugnis massgebenden Voraussetzungen ist daher den Kantonen zu überlassen.

### 7.4.12 Weiterbildungspflicht

**Kein Leitsatz.**

Die korrekte und gewissenhafte Berufsausübung erfordert eine ständige Weiterbildung der Urkundsperson, damit diese ihr Wissen auf dem aktuellen Stand halten kann. Entsprechend organisieren viele kantonale Berufsverbände Weiterbildungsveranstaltungen für ihre Mitglieder. Die wenigsten Kantone kennen eine gesetzlich verankerte Weiterbildungspflicht.<sup>199</sup>

Die Groupe de réflexion kam zum Ergebnis, dass für die Weiterbildungspflicht kein eigenständiger Leitsatz formuliert werden sollte. Allerdings sollte die Pflicht zur Weiterbildung unter die Interessenwahrungspflicht gefasst werden. Da aber für die Ausbildung oder die fachlichen Voraussetzungen kein Leitsatz formuliert wurde, wurde konsequenterweise auch kein solcher für die Weiterbildung verfasst.<sup>200</sup>

### 7.4.13 Pflicht zur Wahrung staatlicher Fiskalinteressen

**Kein Leitsatz.**

Die Urkundsperson übt ein öffentliches Amt aus. Eine Verpflichtung ihrerseits, die staatlichen Fiskalinteressen zu wahren, ist daher durchaus nachvollziehbar. Das Verfassen eines Leitsatzes in diesem Bereich wurde von der Groupe de réflexion jedoch nicht als notwendig oder sinnvoll erachtet.

## 7.5 Beurkundungsverfahren (Verfahrensablauf)

### 7.5.1 Allgemeine Verfahrensvorschriften

7.5.1.1 Datenträger für das Original der Urkunde, die Ausfertigung und die beglaubigte Kopie

**Leitsatz:**

**Variante 1:**

*Das Original der öffentlichen Urkunde ist in Papierform zu erstellen.*

*Ausfertigungen oder Beglaubigungen können in elektronischer Form oder in Papierform für Beteiligte und öffentliche Register erstellt werden.*

**Variante 2:**

*Das Original der öffentlichen Urkunde kann in Papierform oder in elektronischer Form erstellt werden.*

<sup>199</sup> AG hat die Weiterbildungspflicht explizit gesetzlich verankert (Art. 33 BeurG-AG) ebenso wie VD (Art. 46 LNo-VD).

<sup>200</sup> Vgl. diesbezüglich die Ausführungen zu Ziff. 7.3.2.4.

**Ausfertigungen oder Beglaubigungen können in elektronischer Form oder in Papierform für Beteiligte und öffentliche Register erstellt werden.**

Das Original einer öffentlichen Urkunde muss auch noch nach Jahren lesbar sein. Der Datenträger für die öffentliche Urkunde muss daher gewisse Anforderungen erfüllen. Gemäss den heutigen rechtlichen Regelungen wird das Original der öffentlichen Urkunde in Papierform erstellt. Die Kantone können ihre Urkundspersonen jedoch gestützt auf Artikel 55a SchIT ZGB ermächtigen, elektronische Ausfertigungen oder elektronisch beglaubigte Kopien vom Original der öffentlichen Urkunde zu erstellen. Am 8. Januar 2019 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG). Die Vernehmlassung dauerte bis am 8. Mai 2019. Gemäss dem Vorentwurf sollen die Urkundspersonen in Zukunft verpflichtet sein, das Original der Urkunde in elektronischer Form zu erstellen. Weiterhin soll es möglich sein, beglaubigte Kopien und Ausfertigungen derselben in Papierform zu erstellen. Die Auswertung der Vernehmlassung zum EÖBG und die Ausarbeitung eines Entwurfs mitsamt Botschaft wurden an die Hand genommen.

Die Vernehmlassung hat gezeigt, dass ein Obligatorium zur Erstellung der öffentlichen Urkunde in elektronischer Form kritisch beurteilt wird. Die bundesrechtliche Einführung der Möglichkeit, elektronische Originale öffentlicher Urkunden (ohne entsprechendes Obligatorium) zu erstellen, wurde jedoch mehrheitlich begrüßt. Um den im Rahmen der Vernehmlassung eingegangenen Stellungnahmen und dem Stand des «Projekts EÖBG» Rechnung zu tragen, wurden zwei Varianten eines Leitsatzes betreffend Datenträger für das Original der öffentlichen Urkunde respektive für die Ausfertigungen und beglaubigten Kopien formuliert. Für Ausfertigungen und beglaubigte Kopien ist der Leitsatz bei beiden Varianten aber identisch, da bereits heute diesbezüglich die Möglichkeit zur Wahl der elektronischen Form besteht. Zudem wurde jeweils der Ausdruck «Beglaubigungen» verwendet und nicht «beglaubigte Kopien». Damit soll klargestellt werden, dass gemäss EÖBV Beglaubigungen allgemein in elektronischer Form erstellt werden können (Art. 13 ff. EÖBV).

#### 7.5.1.2 Formeller Inhalt öffentlicher Urkunden

Leitsatz:

*Die öffentliche Urkunde enthält mindestens die genaue Bezeichnung der Urkundsperson, der allfälligen Parteien und der allfälligen Urkundsparteien sowie Angaben hinsichtlich eines Vertretungsverhältnisses, das Schlussverbal, Datum und Ort der Beurkundung und die Unterschrift der Urkundsperson.*

*Bei der Beurkundung von Willenserklärungen enthält die öffentliche Urkunde grundsätzlich auch die Unterschriften der Urkundsparteien.*

Beim formellen Inhalt einer öffentlichen Urkunde handelt es sich um Teile der Urkunde, die sich nicht unmittelbar auf den Urkundsgegenstand beziehen. Gemeint sind Angaben wie der Vorname und der Name sowie allenfalls weitere individualisierbare Angaben zur Urkundsperson, das Datum und der Ort der Beurkundung, die Angaben zu den beteiligten Parteien respektive Urkundsparteien etc.

Das Bundesrecht verlangt hinsichtlich des formellen Inhalts der öffentlichen Urkunde heute folgendes:

- dass die öffentliche Urkunde den Namen der ausstellenden Urkundsperson nennt und datiert ist;<sup>201</sup>

<sup>201</sup> BRÜCKNER, N. 1260; MOOSER, N. 558 und N. 656.

- die einwandfreie Bezeichnung der Parteien, die sich durch die Erklärungen berechtigen und verpflichten, sowie die Angabe des Vertretungsverhältnisses, wenn eine Partei sich durch einen Dritten<sup>202</sup> vertreten lässt.<sup>203</sup>

Hinsichtlich des Detaillierungsgrades des Leitsatzes wurde vorgebracht, dass ein zu differenzierter Leitsatz zum formellen Inhalt der öffentlichen Urkunde den kantonalen Besonderheiten nicht gerecht werden kann. Es wird daher im Leitsatz ein formeller Mindestinhalt vorgeschrieben. Diesen können die Kantone durch weitere Vorschriften ergänzen, was durch den Begriff «mindestens» zum Ausdruck gebracht werden soll. In Bezug auf die Folgen des Fehlens eines des im Leitsatz genannten Elements ist auf Ziffer 7.6 zu verweisen.

Der Leitsatz ist auf die Willenserklärungen und Sachbeurkundungen anwendbar, nicht aber auf die Beglaubigungen.

#### 7.5.1.3 Beilagen zur öffentlichen Urkunde

Leitsatz:

*Beilagen zu einer öffentlichen Urkunde sind als solche zu bezeichnen und mit der öffentlichen Urkunde in geeigneter Weise mit einem Verweis zu verbinden und aufzubewahren.*

*Beilagen, die unter dem Aspekt der Formgültigkeit beurkundungsbedürftig sind, sind den Urkundsparteien zur Kenntnis zu bringen und von diesen und der Urkundsperson zu unterzeichnen.*

Bei den Beilagen zu einer öffentlichen Urkunde handelt es sich um Dokumente, die inhaltlich einen Bezug zu derselben aufweisen. Beilagen zu einer öffentlichen Urkunde werden in derselben erwähnt und mit einem entsprechenden Zeugnis versehen, aus dem der Bezug zur Urkunde hervorgeht.

Beilagen zu einer öffentlichen Urkunde können sein:

- Vollmachten;
- Zustimmungen Dritter zu Rechtsgeschäften;
- Pläne aus den Daten der amtlichen Vermessung;
- Architektenpläne;
- Etc.

Bei den Beilagen wird unterschieden zwischen den *erklärungsergänzenden* Beilagen<sup>204</sup>, den *beweiserleichternden* Beilagen<sup>205</sup> und den *beurkundungsbedürftigen* Beilagen<sup>206</sup>.

Die *erklärungsergänzenden* Beilagen konkretisieren die Bestimmungen in der öffentlichen Urkunde, enthalten aber keine objektiv oder subjektiv wesentlichen Vertragspunkte (z.B. Inventarlisten etc.). Öffentlich beurkundet werden nur die Erklärungen in der Haupturkunde. Die *erklärungsergänzenden* Beilagen sind nicht beurkundungsbedürftig. Die öffentliche Urkunde verweist auf die *erklärungsergänzende* Beilage unter Nennung des Titels und des Datums des Dokuments.

<sup>202</sup> Ebenfalls als «Dritte» werden hier diejenigen Personen verstanden, die als Vertreter für juristische Personen handeln.

<sup>203</sup> BGE 112 II 330, 332.

<sup>204</sup> BRÄM, S. 217.

<sup>205</sup> BRÄM, S. 217 f.; BRÜCKNER, N. 1375 f.

<sup>206</sup> BRÄM, S. 218 ff.

Auf die *beweiserleichternden* Beilagen wird in der Urschrift in der Regel durch eine notarielle Feststellung verwiesen. Es handelt sich bei den *beweiserleichternden* Beilagen (z.B. Vollmachten, Handelsregisterauszüge etc.) um Dokumente, die nicht formell in das Beurkundungsverfahren einbezogen werden müssen.

Zu den *beurkundungsbedürftigen* Beilagen gehören die Dokumente, welche formell in das Beurkundungsverfahren einbezogen werden müssen. Die Haupturkunde und die Beilagen haben aufeinander zu verweisen. Weiter sind die Beilagen den Urkundsparteien zur Kenntnis zu bringen und von diesen und der Urkundsperson zu unterzeichnen. Dieser Vorgang ist von der Urkundsperson im Schlussverbal festzuhalten. Zu der Frage, wann genau Beilagen als öffentlich beurkundet gelten, hat sich das Bundesgericht bisher nicht geäusssert.<sup>207</sup>

Alle Kategorien von Beilagen sind als solche zu bezeichnen und mit der öffentlichen Urkunde in geeigneter Weise zu verbinden und aufzubewahren (erster Leitsatz). Die beurkundungsbedürftigen Beilagen sind zusätzlich von den Urkundsparteien und der Urkundsperson zu unterzeichnen (zweiter Leitsatz).

Mit dem Ausdruck «verbinden» ist nicht gemeint, dass die Beilagen mit einer Schnur oder gar einem «Wachssiegel» mit der öffentlichen Urkunde zu verbinden sind. Vielmehr soll in der öffentlichen Urkunde ein Verweis enthalten sein, der festhält, um welche Beilagen es sich konkret handelt. Bei mehreren Beilagen wäre allenfalls eine Nummerierung derselben angebracht. Gleichzeitig ist auf den Beilagen ein Vermerk in Schriftform anzubringen, der auf die Beziehung zur öffentlichen Urkunde verweist (z.B. «Beilage XY zu der öffentlichen Urkunde Z vom 1.10.2020»).

Werden die Beilagen direkt in die öffentliche Urkunde integriert, ist eine genügende Verbindung bereits gegeben und das Erfordernis separaten Unterzeichnung entfällt. Eine Anwendung des Leitsatzes auf die Beglaubigungen ist von der Sache her bereits ausgeschlossen.

#### 7.5.1.4 Mitwirkende / beteiligte Personen

Leitsatz:

Zeuginnen und Zeugen

Als Zeugin oder Zeuge kann handeln, wer handlungsfähig sowie des Lesens und Schreibens mächtig ist.

Für die Zeugin oder den Zeugen gelten die gleichen Ausstandspflichten wie für die Urkundsperson.

Übersetzerinnen und Übersetzer

Als Übersetzerin oder Übersetzer kann handeln, wer bezüglich des Könnens als geeignet erscheint.

Für die Übersetzerin oder den Übersetzer gelten die gleichen Ausstandspflichten wie für die Urkundsperson.

Sachverständige und Sachverständiger

Als Sachverständige oder Sachverständiger kann handeln, wer bezüglich des Könnens als geeignet erscheint.

Für die Sachverständige oder den Sachverständigen gelten die gleichen Ausstandspflichten wie für die Urkundsperson.

<sup>207</sup> BGE 106 II 146, 149 f.

Die Mitwirkung der Urkundsperson ist bei jedem Beurkundungsverfahren notwendig. Gewisse Arbeiten und Aufgaben kann die Urkundsperson aber an andere Personen delegieren. Unter Umständen muss die Urkundsperson sodann für das Beurkundungsverfahren zwingend weitere Personen beziehen (z.B. Zeuginnen und Zeugen oder Übersetzerinnen und Übersetzer).

Am Beurkundungsverfahren beteiligte oder mitwirkende Personen sind zudem die Nachfragenden der Dienstleistung der Urkundsperson, also die Klientinnen und Klienten bzw. die Parteien oder deren Stellvertreterinnen und Stellvertreter. Bei den Parteien gilt es folgende Kategorien zu unterscheiden:

- die Personen, die im Rahmen des Beurkundungsverfahrens respektive des Hauptverfahrens anwesend sind und als Partei auftreten, *die Urkundsparteien (les compagnants)*<sup>208</sup> und
- die Personen, deren Rechtverhältnisse gestaltet werden, *die Parteien (les parties)*.<sup>209</sup>

Die Bezeichnungen der verschiedenen neben der Urkundsperson an einem Beurkundungsverfahren beteiligten oder mitwirkenden Personen sind in der Lehre nicht einheitlich. Für die Erarbeitung der Leitsätze für ein einheitliches Beurkundungsverfahren in der Schweiz wurde daher definiert, welche Bezeichnung für welche Personen verwendet wird:

- Die Hilfspersonen

Die Urkundspersonen sind die Leitenden des Beurkundungsverfahrens und müssen mindestens das Hauptverfahren persönlich leiten.<sup>210</sup> Gewisse Tätigkeiten können sie allerdings an Hilfspersonen delegieren. Die Hilfspersonen sind der Urkundsperson arbeitsvertraglich oder beamtenrechtlich unterstellt. Sie können gewisse Tätigkeiten der Urkundsperson an deren Stelle übernehmen und diese vertreten.<sup>211</sup> Zu den Hilfspersonen wird kein Leitsatz verfasst, da sie nicht am Hauptverfahren selber teilnehmen.

- Die Zeuginnen und Zeugen

Zeuginnen und Zeugen wirken nur bei der Beurkundung gewisser Willenserklärungen mit, nicht aber bei Sachbeurkundungen.<sup>212</sup> Aufgrund ihrer eigenen Wahrnehmung bestätigen sie im Rahmen des Hauptverfahrens, was sie gemäss den bundesrechtlichen oder kantonalen Bestimmungen festzustellen haben.

Als Zeuginnen und Zeugen können alle handlungsfähigen sowie des Lesens und Schreibens mächtigen, nicht nahestehenden Personen auftreten, die in der Lage sind, den zu bezeugenden Teil des Beurkundungsverfahrens zu erfassen und ihr Zeugnis schriftlich abzugeben.<sup>213</sup> Sowohl der Urkundsperson wie auch der Urkundspartei oder der erklärungsbegünstigten Partei darf eine Zeugin oder ein Zeuge – im Sinne einer Ausstandsregel – nicht nahestehen.<sup>214</sup>

Die Zeuginnen und Zeugen müssen gemäss den heute geltenden Bestimmungen im Hauptverfahren anwesend sein und im Laufe dieses Verfahrens ihre Zeugenbescheinigung unterzeichnen. In einigen Hauptverfahren müssen sie bereits bei der Rekog-

<sup>208</sup> BRÜCKNER, N. 449 ff.; KUNZ, S. 21; MOOSER, N. 589.

<sup>209</sup> BRÜCKNER, N. 435 ff.; KUNZ, S. 21; MOOSER, N. 589.

<sup>210</sup> BRÜCKNER, N. 363; MARTI, S. 57.

<sup>211</sup> BRÜCKNER, N. 370 ff.; MOOSER, N. 590.

<sup>212</sup> BRÜCKNER, N. 387; MARTI, S. 66.

<sup>213</sup> BRÜCKNER, N. 385.

<sup>214</sup> BRÜCKNER, N. 386.

nition anwesend sein, bei anderen erst, wenn die Urkundsparteien die Urkunde genehmigen oder die Urkundsparteien den Zeuginnen und Zeugen unmittelbar anschliessend erklären, dass sie die Urkunde genehmigt haben.<sup>215</sup>

Im Bundesrecht werden heute zwei Zeuginnen oder Zeugen verlangt (Art. 501 und 502 ZGB).

Hinsichtlich des Beizugs von Zeuginnen und Zeugen bei öffentlichen Beurkundungen stellt sich die Frage, welchen Zweck diese Vorschrift verfolgt und ob diese heute noch zeitgemäss ist. In der Groupe de réflexion wurde entschieden, einen Leitsatz zu den Zeuginnen und Zeugen zu verfassen. Nicht alle Mitglieder sprachen sich aber dafür aus, dieses Institut beizubehalten. Solange das ZGB aber für das Verfahren zur Errichtung letztwilliger Verfügungen und Erbverträge den Bezug von Zeuginnen oder Zeugen verlangt, ist zu diesen ein Leitsatz zu verfassen. Zudem wurde im Rahmen der Erarbeitung eines Leitsatzes für die «besonderen Verfahren» von einigen Mitgliedern der Groupe de réflexion gewünscht, dass der Bezug von Zeuginnen oder Zeugen bei solchen vorgeschrieben werden soll.<sup>216</sup> Der Anforderung, dass Zeuginnen und Zeugen der Urkundspartei oder der Partei nicht nahestehen dürfen, wird damit Rechnung getragen, dass für die Zeuginnen und Zeugen dieselben Ausstandspflichten wie für die Urkundsperson gelten. Die Geltung der gleichen Ausstandspflichten für Zeuginnen und Zeugen war in der Groupe de réflexion jedoch nicht unbestritten, gerade auch, weil die in Artikel 503 ZGB beschriebenen Ausstandspflichten der Zeuginnen und Zeugen nicht mit denjenigen des Leitsatzes übereinstimmen.

- Die Übersetzerinnen und Übersetzer

Ist eine Verständigung zwischen der Urkundsperson und der Urkundspartei respektive den Urkundsparteien nicht möglich, so ist eine Übersetzerin oder ein Übersetzer beizuziehen. Die Verständigung kann erschwert oder unmöglich sein, wenn die Urkundspartei die Sprache, in der die öffentliche Urkunde verfasst ist, nicht oder nicht genügend beherrscht oder wenn sie weder hören noch sprechen kann.<sup>217</sup> Die Übersetzerin oder der Übersetzer haben der Urkundspartei den Inhalt der Urkunde zur Kenntnis zu bringen oder deren Genehmigung der Urkundsperson zu übermitteln.<sup>218</sup> Übersetzerinnen oder Übersetzer sind Gehilfen der Urkundsperson und nicht der Klientenschaft.<sup>219</sup>

Wenn die Urkundsperson über genügend Kenntnisse der Muttersprache der Urkundspartei verfügt oder sich die Urkundsperson mit der Urkundspartei in einer anderen gemeinsamen Sprache verständigen kann, so ist der Bezug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers nicht notwendig.<sup>220</sup>

Die Qualifikationen von Übersetzerinnen und Übersetzern wie auch deren Ausstandspflichten führten zu Diskussionen in der Groupe de réflexion. So wurde in einem ersten Leitsatz noch verlangt, dass die Übersetzerinnen und Übersetzer über «charakterliche Integrität» verfügen. Von mehreren Mitgliedern wurde moniert, dass die «charakterliche Integrität» ein Kriterium sei, welches von der Urkundsperson nicht wirklich beurteilt werden könne, daher sei es zu streichen. Weiter wurde die Frage aufgeworfen, ob es notwendig sei, dass für die Übersetzerinnen und Übersetzer die gleichen

---

<sup>215</sup> MARTI, S. 68 f.

<sup>216</sup> Vgl. hierzu Ziff. 7.5.4.12.

<sup>217</sup> BRÜCKNER, N. 373; Gemäss MARTI, S. 72, handelt es sich bei Personen, die für eine Verständigung zwischen der Urkundsperson und einer Urkundspartei, die taub oder stumm ist, sorgen, um Sachverständige und nicht um Übersetzerinnen oder Übersetzer.

<sup>218</sup> MARTI, S. 72.

<sup>219</sup> BRÜCKNER, N. 376.

<sup>220</sup> BRÜCKNER, N. 377; MARTI, S. 72. Zur Beurkundung in einer fremden Sprache vgl. Ziff. 7.5.1.5.

Ausstandspflichten gelten wie für die Urkundsperson. In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass den Übersetzerinnen und den Übersetzern eine wichtige Funktion zukommt, sie eigentliche Gehilfen der Urkundsperson sind und es daher gerechtfertigt sei, sowohl hinsichtlich der Qualifikation wie auch der einzuhaltenden Ausstandspflichten hohe Anforderungen zu stellen. Damit jedoch die Urkundsperson nicht die volle Verantwortung für die Auswahl übernehmen müsse, würde es sich anbieten betreffend ausgewählte Übersetzerinnen und Übersetzer die Zustimmung der Urkundsparteien einzuholen und dies in der öffentlichen Urkunde festzuhalten.

- Die Sachverständigen

Unter den Sachverständigen werden die Personen gefasst, welche aufgrund ihres besonderen Fachwissens beigezogen werden (z.B. sachverständiger Schätzer, Ärztin etc.).

- Mitwirkende Nebenpersonen

Die mitwirkenden Nebenpersonen sind Personen, welche zwar nicht Klienten der Urkundsperson und auch nicht Urkundsadressaten sind, jedoch durch die öffentliche Beurkundung zu ihrem Vor- oder Nachteil betroffen sind, also bspw. Personen, die durch einen Erbvertrag begünstigt werden oder im Rahmen eines solchen auf einen erbrechtlichen Anspruch verzichten.<sup>221</sup> Ebenfalls mitwirkende Nebenpersonen sind bspw. Ehegatten, welche im Rahmen von Artikel 169 ZGB ihre Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft erteilen müssen.

- Die Urkundsparteien («les comparants»)

Die Urkundsparteien sind diejenigen Personen, die im Rahmen des Beurkundungsverfahrens (des Hauptverfahrens) anwesend sind. Als Urkundsparteien können sowohl natürliche wie auch juristische Personen auftreten.<sup>222</sup>

Voraussetzung für die öffentliche Beurkundung ist die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Urkundspartei, welche sich nach dem Bundesrecht richtet und von der Urkundsperson zu prüfen ist.<sup>223</sup> Die Urkundspartei hat die Urkundsperson für sich selbst oder für eine dritte Person zu rogieren und sich betreffend ihrer Identität auszuweisen. Sodann hat die Urkundspartei im Beurkundungsverfahren entsprechend mitzuwirken.<sup>224</sup>

- Die Parteien (Les parties)

Bei den Parteien handelt es sich um diejenigen Personen, auf deren Veranlassung hin die Beurkundung vorgenommen wird und deren Rechtsverhältnisse gestaltet werden.<sup>225</sup> Eine Partei kann, wenn sie selber nicht am Beurkundungsverfahren teilnehmen will oder kann, für die nicht-höchstpersönlichen Geschäfte eine Stellvertreterin oder einen Stellvertreter bestellen. In einem solchen Fall hat die Urkundsperson die Legitimation der oder des Stellvertretenden als Urkundspartei zu prüfen.<sup>226</sup>

#### 7.5.1.5 Urkundssprache

Leitsatz:

<sup>221</sup> BRÜCKNER, N. 476 ff.

<sup>222</sup> MARTI, S. 62.

<sup>223</sup> MARTI, S. 64. Zu der Prüfung der Urteilsfähigkeit vgl. Ziff. 7.4.2.

<sup>224</sup> MARTI, S. 65.

<sup>225</sup> KUNZ, S. 21.

<sup>226</sup> KUNZ, S. 22.

*Die Kantone bestimmen, in welcher Sprache öffentliche Urkunden zu verfassen sind.*

*Auf Ersuchen der Beteiligten oder aufgrund gesetzlicher Bestimmungen kann die Urkundsperson die öffentliche Urkunde auch in einer fremden Sprache errichten, wenn sie diese genügend beherrscht.*

*Wird die öffentliche Urkunde in einer Sprache errichtet, welcher die Urkundsperson nicht mächtig ist, so kann die öffentliche Urkunde unter Mitwirkung einer Übersetzerin oder eines Übersetzers zweisprachig oder mehrsprachig in der/den fremden und der Sprache der Urkundsperson verfasst werden.*

Gemäss dem geltenden Artikel 55 Absatz 2 SchIT ZGB haben die Kantone für die Errichtung von öffentlichen Urkunden in anderen Sprachen ordnende Bestimmungen aufzustellen. Im Grundsatz wird die öffentliche Urkunde daher in der Amtssprache des Beurkundungsorts verfasst.<sup>227</sup> Bei Willenserklärungen gilt es allerdings sicherzustellen, dass die Urkundsparteien die Sprache, in welcher die öffentliche Urkunde errichtet wurde, verstehen, damit sie auch von deren Inhalt hinreichend Kenntnis nehmen können.

Heute finden sich betreffend Sprache der öffentlichen Urkunde respektive Übersetzung ganz unterschiedliche kantonale Regelungen. Teilweise schreiben die Kantone explizit vor, in welcher Sprache die öffentlichen Urkunden zu errichten sind.<sup>228</sup> In der Regel ist dies die Amtssprache des Kantons.<sup>229</sup> Weiter verlangen gewisse Kantone, dass die öffentliche Urkunde in einer Sprache verfasst ist, die der Urkundsperson und den Urkundsparteien vertraut ist.<sup>230</sup> Ist die Urkundsperson der Sprache der Urkundsparteien nicht mächtig und verfasst sie die öffentliche Urkunde daher in der ihr geläufigen Sprache, schreiben die Kantone heute vielfach den Bezug einer Übersetzerin oder eines Übersetzers vor.<sup>231</sup> Diese haben zu erklären, dass sie den Text nach bestem Wissen und Gewissen für die Urkundsparteien übersetzt haben.<sup>232</sup> Kann eine Urkundsperson eine öffentliche Urkunde aufgrund fehlender Sprachkenntnisse nicht einsprachig verfassen, besteht auch die Möglichkeit zur Erstellung einer zwei- oder mehrsprachigen öffentlichen Urkunde.<sup>233</sup>

Die Frage, ob zur Urkundssprache ein Leitsatz zu verfassen sei, wurde in der Groupe de réflexion kontrovers diskutiert. Es wurde diesbezüglich argumentiert, dass gerade Vorschriften betreffend Sprachen in die Organisationsfreiheit der Kantone gehörten. Dagegen wurde vorgebracht, dass die Sprache und damit die Verständlichkeit des Inhalts für die Erfüllung der Ziele der öffentlichen Beurkundung von zentraler Bedeutung seien. Im Rahmen der Gespräche konnte in der Groupe de réflexion eine Mehrheit gefunden werden, die sich für die Formulierung eines Leitsatzes aussprach.

Gemäss Leitsatz bestimmen im Grundsatz die Kantone, in welcher Sprache die öffentlichen Urkunden zu verfassen sind (Satz 1 des Leitsatzes).

Uneinigkeit herrschte in der Groupe de réflexion hinsichtlich des Themas, ob eine Urkundsperson eine (einsprachige) öffentliche Urkunde in einer Sprache verfassen kann, deren sie nicht mächtig ist. In der Literatur<sup>234</sup> wird die Meinung vertreten, dass Urkundspersonen eine (einsprachige) öffentliche Urkunde in einer fremden Sprache nur errichten können, wenn sie

<sup>227</sup> BRÜCKNER, N. 1276.

<sup>228</sup> Vgl. bspw.: AG: Urkunden, die für eine Behörde oder eine Amtsstelle im Kanton bestimmt sind, sind in deutscher Sprache zu verfassen (§ 44 Abs. 2 BeurG-AG); BL: Eine für die Verwendung in der Schweiz bestimmte öffentliche Urkunde ist in einer schweizerischen Amtssprache zu verfassen (§ 20 Abs. 1 NG-BL); NW: Die öffentliche Urkunde ist in deutscher Sprache abzufassen (§ 28 Abs. 1 BeurkV-NW).

<sup>229</sup> JEANDIN, S. 155 f.

<sup>230</sup> Vgl. bspw.: AG: § 44 Abs. 1 BeurG-AG; AR: Art. 16 Abs. 1 BeurkG-AR.

<sup>231</sup> Vgl. bspw.: AG: § 62 Abs. 3 BeurG-AG; AR: Art. 16 Abs. 2 BeurkG-AR; BL: § 20 Abs. 2 NG-BL.

<sup>232</sup> Vgl. bspw.: AG: § 62 Abs. 4 BeurG-AG; AR: Art. 16 Abs. 2 BeurkG-AR; BL: § 20 Abs. 2 NG-BL.

<sup>233</sup> BRÜCKNER, N. 1282; PIOTET, Ausgewählte Fragen, S. 264 ff.

<sup>234</sup> BRÜCKNER, N. 1281; MARTI, S. 148.

diese genügend beherrschen. Die Urkundsperson darf die öffentliche Urkunde nicht von einer anderen Person in einer fremden Sprache erstellen lassen und diese danach im Rahmen des Hauptverfahrens beurkunden, ohne dass sie den Text dieser einsprachigen Urkunde versteht.<sup>235</sup> Dieser Haltung konnten sich nicht alle Mitglieder der Groupe de réflexion anschliessen. Im Ergebnis einigte man sich aber trotzdem darauf, dass eine Urkundsperson eine (einsprachige) öffentliche Urkunden nur in einer fremden Sprache errichten kann, wenn sie diese ausreichend beherrscht (Satz 2 des Leitsatzes).

Gemäss dem vorliegenden Leitsatz ist eine zwei- oder mehrsprachige öffentliche Urkunde zu erstellen, wenn die Urkundsperson nicht über ausreichende Kenntnisse der (Fremd-)Sprache(n) verfügt (Satz 3 des Leitsatzes).

Bei einer zwei- oder mehrsprachigen Urkunde kann sich unter Umständen die Frage stellen, welche der Sprachversionen die massgebende ist. Bei einer Übersetzung besteht immer die Möglichkeit, dass die sprachlichen Feinheiten nicht eins zu eins übernommen wurden, was unter Umständen zu rechtlichen Streitigkeiten führen könnte. Die massgebende sprachliche Version kann nur diejenige sein, welche die Urkundsperson versteht. Nur im Rahmen derselben kann sie ihrer Belehrungspflicht auch wirklich nachkommen. Im Rahmen des Verbals ist festzuhalten, wie das konkrete Beurkundungsverfahren stattgefunden hat, welche Erklärungen seitens Übersetzerin und Übersetzer gemacht wurden und dass die Urkundsparteien erklärt haben, den Inhalt in der übersetzten Fassung verstanden zu haben.

Die Leitsätze zur Urkundssprache sind sowohl für die Willenserklärungen wie auch für die Sachbeurkundungen und Beglaubigungen anwendbar. Bei Beglaubigungen wird die Urkundsperson meist eher in der Lage sein, die öffentliche Urkunde auch in einer fremden Sprache zu errichten, da in diesen Fällen die Anforderungen an das Sprachverständnis weniger hoch zu gewichten sind und die Formulierungen nicht die gleiche Komplexität aufweisen, wie dies bspw. bei Willenserklärungen der Fall sein kann.

### 7.5.2 Beurkundungsbegehren (Rogation)

Leitsatz:

*Die Urkundspartei(en) oder die Partei(en) respektive deren Vertreterin oder deren Vertreter ersuchen die Urkundsperson darum, eine Urkunde zu errichten.*

*Die Rogation ist an keine Form gebunden.*

Das Beurkundungsbegehr oder die Rogation ist das Gesuch an die Urkundsperson zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde.<sup>236</sup> Eine öffentliche Beurkundung erfolgt nicht von Amtes wegen. Das Beurkundungsbegehr bedarf keiner bestimmten Form, es kann auch stillschweigend erfolgen.<sup>237</sup> Eine stillschweigende Rogation liegt bspw. dann vor, wenn die Urkundsparteien am Beurkundungsverfahren teilnehmen.<sup>238</sup> Die Rogation kann auch mit einer Bedingung verknüpft sein. Sowohl bei Willenserklärungen, bei Sachbeurkundungen wie auch bei Beglaubigungen ist ein Beurkundungsbegehr erforderlich.<sup>239</sup> Die Rogation kann jederzeit – auch stillschweigend – zurückgezogen werden.<sup>240</sup> Eine ursprünglich fehlende Rogation

<sup>235</sup> MARTI, S. 148.

<sup>236</sup> ARNET, S. 189; KUNZ, S. 20; MARTI, S. 83; WOLF, Notariatspraxis, S. 35.

<sup>237</sup> BRÜCKNER, N. 751; KUNZ, S. 20; MOOSER, N. 593.

<sup>238</sup> SANTSCHI ALFRED, S. 9.

<sup>239</sup> MOOSER, N. 592 und N. 699.

<sup>240</sup> SANTSCHI ALFRED, S. 12.

kann «geheilt» werden, wenn im Verfahrensablauf eine solche nachträglich erteilt wird. Hinsichtlich der Wirkung einer fehlenden Rogation herrscht in der Lehre Uneinigkeit.<sup>241</sup> Ausdrücklich genannt wird die Rogation in kantonalen Bestimmungen lediglich in den Kantonen Bern und Jura.<sup>242</sup>

Nach dem Eingang der Rogation ist die Urkundsperson verpflichtet, das nächste Verfahrensstadium – das Prüfungsverfahren – an die Hand zu nehmen, da sie sonst gegen die Urkundspflicht verstossen würde.

Im Rahmen der Diskussionen der Groupe de réflexion wurde die Frage aufgeworfen, ob ein Leitsatz für die Rogation wirklich notwendig sei. Es sei doch selbstverständlich, dass eine Urkundsperson nur tätig werden könne, wenn sie einen entsprechenden Auftrag erhalten habe. Gemäss den Ausführungen der Mitglieder der Groupe de réflexion sei die Rogation immer wieder Inhalt von Disziplinarfällen, weshalb sich eine Regelung aufdränge. Explizit festgehalten wurde im zweiten Absatz des Leitsatzes, dass die Rogation formfrei erfolgen kann. Eine Rogation ist, wie bereits vorstehend ausgeführt, für alle Beurkundungsverfahren notwendig.

Die Ausführungen zu den Folgen einer fehlenden Rogation finden sich in Ziffer 7.6.2.4.

### 7.5.3 Vorverfahren (Prüfungs- und Vorbereitungsverfahren)

#### 7.5.3.1 Prüfung

Leitsatz:

*Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Vornahme einer öffentlichen Beurkundung erfüllt sind.*

*Insbesondere hat die Urkundsperson folgende Punkte zu prüfen:*

- ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit;
- das Fehlen von Ablehnungsgründen;
- das Fehlen von Ausstandsgründen;
- die Identität der Partei/en respektive der Urkundspartei/en;
- die Handlungs- und Urteilsfähigkeit der Partei/en respektive der Urkundspartei/en.

Nach der erfolgten Rogation hat die Urkundsperson zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine öffentliche Beurkundung gegeben sind. So hat die Urkundsperson gemäss der heutigen Literatur folgende Punkte zu prüfen:

- Örtliche und sachliche Zuständigkeit<sup>243</sup>  
Die Urkundsperson muss örtlich und sachlich für die öffentliche Beurkundung zuständig sein.
- Identität der Partei/en respektive der Urkundspartei/en<sup>244</sup>  
Die Urkundsperson hat die Identität der Partei/en respektive der Urkundspartei/en zu prüfen.
- Legitimation der beteiligten Partei/en respektive der Urkundspartei/en<sup>245</sup>  
Ist die Partei oder die Urkundspartei überhaupt zur Vornahme der Handlung berechtigt (z.B. der Übertragung von dinglichen Rechten).
- Fehlen von Ablehnungsgründen<sup>246</sup>

<sup>241</sup> Gemäss MARTI, S. 85, und WOLF, Notariatspraxis, S. 35, entsteht ohne Rogation keine gültige öffentliche Urkunde; BRÜCKER, N. 1556, und MOOSER, N. 592, erkennen in der Rogation kein Gültigkeitserfordernis für eine öffentliche Urkunde.

<sup>242</sup> BE: Art. 32 NV-BE; JU: Art. 14 DELN-JU.

<sup>243</sup> ARNET, S. 189; CARLEN, S. 90; KUNZ, S. 16; MARTI, S. 92.

<sup>244</sup> BSK-SCHMID, N 16a zu Art. 55 SchIT ZGB; CARLEN, S. 90; MARTI, S. 93.

<sup>245</sup> MARTI, S. 93.

<sup>246</sup> KUNZ, S. 16; MARTI, S. 92.

Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob aufgrund ihrer Beziehung zum Urkundsgegenstand oder zu der Partei respektive der Urkundspartei ein Ablehnungsgrund besteht.

- Handlungs- und Urteilsfähigkeit der Partei/en oder der Urkundspartei/en oder der Stellvertreterin oder des Stellvertreters<sup>247</sup>

Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob die Handlungsfähigkeit und / oder die Urteilsfähigkeit gegeben ist / sind.<sup>248</sup>

- Weitere Ablehnungsgründe<sup>249</sup>

Die Urkundsperson hat zu prüfen, ob allenfalls andere Gründe vorliegen, die eine Ablehnung der Rogation zur Folge haben. Solche Gründe können bspw. sein: Rechts- oder Sittenwidrigkeit des Geschäfts, Unmöglichkeit des Urkundeninhalts etc.

In welcher Reihenfolge die Prüfung erfolgt, ist dabei nicht massgebend. Kann die Urkundsperson nach erfolgtem Prüfungsverfahren keinen Hinderungsgrund für die Durchführung des Beurkundungsverfahrens feststellen, so kann sie im Anschluss die Arbeiten des Vorverfahrens an die Hand nehmen.

Die in der Literatur aufgeführten Voraussetzungen, die geprüft werden müssen, bildeten die Ausgangslage für den zu erarbeitenden Leitsatz. Unbestritten war, dass die Urkundsperson ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit zu prüfen hat. Ebenfalls Einigkeit herrschte hinsichtlich der Prüfung des Fehlens von Ablehnungsgründen. Der Tatbestand der «Prüfung der Urteilsfähigkeit» führte wie bereits bei der «Ablehnungspflicht» (vgl. dazu Ziffer 7.4.2) zu Diskussionen in Bezug auf das diesbezügliche Ermessen der Urkundsperson.

Es wurde darauf hingewiesen, dass aus dem Leitsatz hervorgehen müsse, dass die geprüften Voraussetzungen selbstverständlich auch im Zeitpunkt des Hauptverfahrens noch gegeben sein müssen und daher bei den weiteren Verfahrensschritten nicht ausser Acht gelassen werden dürfen. Mit der Formulierung «für die Vornahme einer öffentlichen Beurkundung» soll dieser Tatsache Rechnung getragen werden.

Je nachdem, ob eine Willenserklärung, eine Sachbeurkundung oder eine Beglaubigung vorliegt, hat die Urkundsperson unter Umständen unterschiedliche Punkte zu prüfen. Welche dies konkret sind, muss die Urkundsperson von Fall zu Fall entscheiden.

#### 7.5.3.2 Vorbereitung

**Leitsatz:**

**Willenserklärungen:**

*Im Rahmen der Vorbereitung hat die Urkundsperson den Parteiwillen zu ermitteln, den Sachverhalt und die Rechtslage abzuklären, die notwendigen Bewilligungen von Verwaltungsbehörden einzuholen sowie die mitwirkenden Personen zu bezeichnen.*

Auf das Prüfungsverfahren folgt das Vorbereitungsverfahren. Zu diesem gibt es in den kantonalen Rechtsgrundlagen relativ wenige konkrete Bestimmungen.<sup>250</sup> Unter dem Vorbereitungsverfahren sind diejenigen Handlungen der Urkundsperson zu subsumieren, welche der Vorbereitung des Hauptverfahrens und des Nachverfahrens dienen.

Die Aufgaben und Arbeiten der Urkundsperson im Vorbereitungsverfahren können je nach Beurkundungsgegenstand (Willenserklärung, Sachbeurkundung oder Beglaubigung) sehr unterschiedlich ausfallen. Wichtige Aspekte im Zusammenhang mit dem Vorbereitungsverfahren

<sup>247</sup> CARLEN, S. 90 f.; MARTI, S. 92 f.

<sup>248</sup> Zu der Prüfung der Urteilsfähigkeit vgl. die Ausführungen unter Ziff. 7.4.2.

<sup>249</sup> MARTI, S. 93 f.

<sup>250</sup> MARTI, S. 97; WOLF, Notariatspraxis, S. 38.

sind das Feststellen des Sachverhalts, die Ermittlung des Parteiwillens, die Beschaffung von Akten, der Augenschein sowie das Einholen von Genehmigungen und Zustimmungen.<sup>251</sup>

Es wurde von einer Mehrheit der Groupe de réflexion gewünscht, dass auch zum Vorbereitungsverfahren ein Leitsatz verfasst werden soll. Gerade das Vorverfahren beinhaltet wesentliche Aufgaben der Urkundsperson, weshalb dieser Verfahrensabschnitt nicht einfach ausser Acht gelassen werden könne. Tatsächlich unterscheidet sich das Vorbereitungsverfahren je nach Beurkundungsgegenstand (Willenserklärung, Sachbeurkundung und Beglaubigung) sehr stark. Ebenfalls einen Einfluss hätten zudem die beteiligten Urkundsparteien. Der vorliegende Leitsatz soll die Aufgaben der Urkundsperson im Vorbereitungsverfahren so detailliert wie möglich aufführen.

In einer ersten Version des Leitsatzes wurde eine Pflicht statuiert, dass die Urkundsperson die notwendigen Bewilligungen einzuholen habe. Diese Formulierung wurde aber kritisch beurteilt. Es sei einer Urkundsperson teilweise nicht möglich, Bewilligungen einzuholen, da sich bspw. Dritte schlicht weigern können, eine solche zu erteilen. In einer solchen Konstellation liege das Einholen der Bewilligung ausserhalb des Einflussbereichs der Urkundsperson. Von einer Verpflichtung der Urkundsperson zum Einholen von Bewilligungen müsse daher abgesehen werden. Einige Mitglieder der Groupe de réflexion wiesen jedoch darauf hin, dass diese Pflicht zur Einholung von Bewilligungen trotz der vorgebrachten Argumente im Leitsatz nicht einfach ohne Weiteres gestrichen werden könne. Wenn für den Eintrag einer öffentlichen Urkunde in einem Register die Bewilligung einer Verwaltungsbehörde zwingend vorausgesetzt wird, sei die Urkundsperson zur Einholung derselben verpflichtet.<sup>252</sup>

Der Leitsatz zum Vorbereitungsverfahren kommt nur bei Willenserklärungen zur Anwendung. Allerdings besteht auch bei der Sachbeurkundung die Pflicht, den Sachverhalt und die Rechtslage abzuklären.

#### 7.5.3.3 Belehrung

Leitsatz:

##### Belehrung

*Die Urkundsperson klärt die Urkundsparteien über die Form des Rechtsgeschäfts und deren Wirkung auf.*

*Die Urkundsperson vergewissert sich, dass die Urkundsparteien vom Inhalt und der rechtlichen Wirkungen der öffentlichen Urkunde Kenntnis genommen haben.*

Bei der Rechtsbelehrungspflicht handelt es sich um eine vom Bundesgericht anerkannte bundesrechtliche Mindestanforderung an die öffentliche Beurkundung, da es der Urkundsperson obliegt «beide Vertragsparteien über die Tragweite ihrer Verpflichtungen aufzuklären»<sup>253</sup>. Gleichzeitig obliegt es der Urkundsperson, den wirklichen Parteiwillen zu ermitteln. In der Lehre wird unterschieden zwischen der verfahrensrechtlichen Belehrung, der Urkunden-Erläuterung, der Rechtsfolgen-Belehrung und der Ungewöhnlichkeits-Belehrung.<sup>254</sup> Die verfahrensrechtliche Belehrung umfasst die Aufklärung über die Vertragsform und deren Wirkung respektive Bedeutung.<sup>255</sup> Im Rahmen der Urkunden-Erläuterung hat die Urkundsperson den Urkundsparteien den Inhalt der öffentlichen Urkunde zu erläutern.<sup>256</sup> Die Urkundsparteien sollen

<sup>251</sup> KUNZ, S. 30; MARTI, S. 100 ff.

<sup>252</sup> BGE 126 III 309.

<sup>253</sup> BGE 90 II 274, 284. Vgl. dazu auch Ziffer 7.2.

<sup>254</sup> BRÜCKNER, N. 1735 ff.; MOOSER, N. 230 ff.; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 17 f.

<sup>255</sup> MOOSER, N. 232; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 18.

<sup>256</sup> BRÜCKNER, N. 1739 ff.; MOOSER, N. 233; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 17.

über die Bedeutung möglicher Fremdwörter und juristischer Fachausdrücke in Kenntnis gesetzt werden. Die Rechtsfolgen-Belehrung umfasst die Erläuterung der Rechte und Pflichten, die sich aus der öffentlichen Urkunde für die Urkundsparteien ergeben.<sup>257</sup> Weicht die vorliegende öffentliche Urkunde vom dispositiven Gesetzesrecht ab oder enthält sie Bestimmungen, die von den ortsüblichen Regelungen abweichen, so hat die Urkundsperson die Urkundsparteien darauf hinzuweisen (Ungewöhnlichkeits-Belehrung).<sup>258</sup> Die Belehrung erfolgt meist wohl bereits teilweise im Vorverfahren der Beurkundung, was nicht ausschliesst, dass die Urkundsparteien noch im Hauptverfahren eine rechtliche Erläuterung wünschen oder zwingend benötigen.<sup>259</sup> Für die Belehrung ist die Urkundsperson verantwortlich.<sup>260</sup> Wie weit die Urkundsperson die Urkundsparteien zu belehren hat, lässt sich nur anhand des konkreten Einzelfalls beurteilen.<sup>261</sup> Eine Belehrung kann unter Umständen weniger umfangreich ausfallen, wenn die Parteien rechtskundig, geschäftsgewandt und sich über die Folgen der öffentlichen Urkunde im Klaren sind; die Belehrung ist aber von grosser Bedeutung und muss umso intensiver sein, wo die Beteiligten rechtsunkundig, unerfahren und / oder auch nicht in der Lage sind, die rechtliche Bedeutung und die rechtlichen Konsequenzen des Geschäfts zu verstehen. Eine gänzliche Entbindung der Urkundsperson von der Belehrungspflicht durch die Parteien respektive Urkundsparteien ist nicht möglich.<sup>262</sup>

Die Art der Belehrung kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. Sie kann in mündlicher Form aber auch – zu Beweiszwecken – in schriftlicher Form geschehen. Bei Vertretungen hat die Urkundsperson die Stellvertreterin oder den Stellvertreter (Urkundspartei/en) zu belehren. Deinen Wissen wird den vertretenen Parteien zugerechnet.<sup>263</sup>

Im Gegensatz zur «Belehrung», welche sich auf das konkret zu beurkundende Geschäft bezieht, umfasst die «Beratung» den Vergleich möglicher Gestaltungsvarianten und der Erläuterung der diesbezüglichen Vor- und Nachteile.<sup>264</sup>

Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass die Belehrung ein wichtiger und unverzichtbarer Bestandteil der öffentlichen Beurkundung ist. Entsprechend war unbestritten, dass zu der Belehrungspflicht der Urkundsperson ein Leitsatz verfasst werden sollte. In einer ersten Version des Leitsatzes wurde auch auf die Beratung eingegangen. Aufgrund der Gespräche in der Groupe de réflexion wurde aber der Entschluss gefasst, keinen Leitsatz zur Beratung zu formulieren. Begründet wurde dieser Entscheid damit, dass eine umfassende Beratung nicht von Bundesrechts wegen zu den hauptberuflichen Aufgaben der Urkundsperson gehöre. Gleichzeitig sei aber auch festzuhalten, dass die Beratung und die Belehrung nicht immer ohne Weiteres klar getrennt werden können.

Die Belehrungspflicht gehört gemäss der Ansicht der Mitglieder der Groupe de réflexion zu den Ordnungsvorschriften.<sup>265</sup> Eine Belehrungspflicht kommt der Urkundsperson sowohl bei den Willenserklärungen wie auch bei den Sachbeurkundungen zu, nicht aber bei den Beglaubigungen.

---

<sup>257</sup> BRÜCKNER, N. 1745 ff.; MOOSER, N. 234; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 17 f.

<sup>258</sup> BRÜCKNER, N. 1753 ff.; MOOSER, N. 235.

<sup>259</sup> SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 15. Gemäss MARTI, S. 101 f., gehört die Belehrung grundsätzlich in das Vorverfahren.

<sup>260</sup> MOOSER, N. 217.

<sup>261</sup> MOOSER, N. 212.

<sup>262</sup> SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 13.

<sup>263</sup> SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, S. 16.

<sup>264</sup> BRÜCKNER, N. 1728.

<sup>265</sup> Vgl. Ziff. 7.6.2.4.

### 7.5.3.4 Klarheitspflicht

Leitsatz:

*Öffentliche Urkunden sind klar, eindeutig und verständlich abzufassen.*

Die Klarheitspflicht bezieht sich auf die Sprache, wobei damit ein Doppeltes gemeint ist: die Qualität und die Art der Sprache. Eine öffentliche Urkunde soll klar, eindeutig und allgemein-verständlich formuliert sein.<sup>266</sup> Die verwendeten Ausdrücke und Formulierungen dürfen nicht zu Missverständnissen führen. Heute wird die Klarheitspflicht in zahlreichen kantonalen Regelungen ausdrücklich normiert.<sup>267</sup> Der Meinungsaustausch in der Groupe de réflexion zeigte, dass zur Klarheitspflicht ein Leitsatz zu verfassen ist. Der Inhalt desselben war unbestritten. Einzig wurde darauf hingewiesen, dass die Wahrheits- und die Klarheitspflicht nicht immer so einfach getrennt respektive unterschieden werden können. Weiter wurde auch die Ansicht vertreten, dass die Klarheitspflicht Teilgehalt der Wahrheitspflicht sei. Hinsichtlich des Ausdrucks «verständlich» ist klarzustellen, dass rechtliche Ausführungen selbstverständlich mit den spezifischen Ausdrücken und Formulierungen wiedergegeben werden dürfen. Die Klarheitspflicht gilt unabhängig davon, ob eine Sachbeurkundung oder eine Beglaubigung vorgenommen wird oder ob eine Willenserklärung zu beurkunden ist.

### 7.5.4 Hauptverfahren

#### 7.5.4.1 Allgemeines

Die öffentliche Urkunde entsteht mit der Durchführung des Hauptverfahrens.<sup>268</sup> Im Rahmen des Hauptverfahrens bei der Beurkundung von Willenserklärungen wird der Urkundeninhalt den Urkundsparteien bekannt gegeben, die Urkundsparteien erklären, dass die Urkunde ihren Willen enthält und schliesslich wird die Urkunde nach deren vorbehaltloser Genehmigung von allen Mitwirkenden – soweit vorgeschrieben – unterzeichnet.<sup>269</sup> Bei Sachbeurkundungen besteht das Hauptverfahren in der Protokollierung oder im Augenschein. Nicht mit dem Hauptverfahren gleichzusetzen oder zu verwechseln ist das Schlussverbal. Dieses bescheinigt lediglich, wie das Hauptverfahren durchgeführt wurde.<sup>270</sup>

#### 7.5.4.2 Beurkundungsort

Leitsatz:

*Der Beurkundungsvorgang muss an einem Ort stattfinden, der die ordnungsgemässe Durchführung des Hauptverfahrens erlaubt.*

In der Regel wird die Beurkundung im Büro der Urkundsperson stattfinden. Nur ausnahmsweise wird die Beurkundung ausserhalb des Büros erfolgen und zwar dann, wenn dies sachliche Gründe erfordern (z.B. wenn die Natur des Geschäfts einen anderen Beurkundungsort erfordert oder wenn die Urkundspartei aus gesundheitlichen Gründen nicht persönlich im Büro der Urkundsperson erscheinen kann).

Entsprechend dem Leitsatz zur örtlichen Zuständigkeit respektive der Freizügigkeit von Urkundspersonen muss der Beurkundungsort auf dem Kantonsgebiet liegen. Auf einen Leitsatz zu konkreten Anforderungen betreffend Büroräumlichkeiten wird verzichtet. Diesbezüglich steht es den Kantonen frei, Regelungen aufzustellen. Mit der Formulierung «ordnungsgemässe Durchführung» im Leitsatz wird verdeutlicht, dass für das Hauptverfahren eine Lokalität

<sup>266</sup> MARTI, S. 147 f.; MOOSER, N. 208.

<sup>267</sup> Vgl. bspw.: FR: Art. 24 Abs. 3 NG-FR; UR: Art. 11 Abs. 3 NV-UR; VS: Art. 37 Abs. 3 NG-VS.

<sup>268</sup> MARTI, S. 105.

<sup>269</sup> CARLEN, S. 92 f.

<sup>270</sup> MARTI, S. 105 f.

zu wählen ist, die der Zielsetzung der öffentlichen Beurkundung nicht zuwiderläuft. Bei der Durchführung des Hauptverfahrens muss die Einhaltung der Geheimhaltungspflicht und der Belehrungspflicht durch die Urkundsperson gewährleistet werden. Die Örtlichkeit muss also insbesondere die erforderliche «Privatsphäre» ermöglichen und sollte vor Lärmimmissionen geschützt sein.

Der Leitsatz gelangt sowohl bei Willenserklärungen wie auch bei Sachbeurkundungen und Beglaubigungen zur Anwendung.

#### 7.5.4.3 Lesung oder Vorlesung / Augenschein und Protokoll

Leitsatz:

Willenserklärungen:

*Die Urkundsperson bringt den Urkundsparteien den Inhalt der öffentlichen Urkunde durch Vorlesung mit Mitlesemöglichkeiten der Urkundspartei, oder durch Selbstlesung seitens der Urkundsparteien mit Begleitung und Erläuterungen durch die Urkundsperson, zur Kenntnis.*

Sachbeurkundungen:

*Die Urkundsperson bestätigt, dass sie die zu beurkundenden Tatsachen und Vorgänge aufgrund eigener Wahrnehmung festgestellt hat.*

Das Hauptverfahren bildet das «Kernelement» des eigentlichen Beurkundungsverfahrens. Aufgrund dieser Tatsache war in der Groupe de réflexion unbestritten, dass dazu ein Leitsatz verfasst werden sollte. Allerdings waren sich die Mitglieder nicht einig darüber, ob nur für die Beurkundung von Willenserklärungen oder auch für die Sachbeurkundungen ein Leitsatz verfasst werden soll oder kann. Bei der Durchführung des Hauptverfahrens ist die Unterscheidung zwischen den beiden Beurkundungsverfahren von zentraler Bedeutung, da die konkreten Aufgaben der Urkundsperson und der Ablauf des Verfahrens verschieden sind. Die Mehrheit der Groupe de réflexion sprach sich – im Bewusstsein, dass es eine Vielzahl an unterschiedlichen Sachbeurkundungen gibt – dafür aus, für beide Beurkundungsverfahren einen Leitsatz zu formulieren.

Wichtigster Bestandteil des Hauptverfahrens bei *Willenserklärungen* ist die Kenntnisnahme der öffentlichen Urkunde. Gewisse Kantone erlauben die stille Selbstlesung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien sowie die Vorlesung durch die Urkundsperson. Andere Kantone lassen nur die Vorlesung durch die Urkundsperson zu.<sup>271</sup> Durch die Kenntnisnahme soll den Urkundsparteien vor der Unterzeichnung des Geschäfts der Urkundeninhalt noch einmal bewusst gemacht werden. Das Bundesgericht betrachtet die Vorlesung nicht als bundesrechtliche Mindestanforderung an die öffentliche Beurkundung.<sup>272</sup>

Im Leitsatz wird festgehalten, dass die öffentliche Urkunde den Urkundsparteien durch Vorlesung oder auch durch stille Selbstlesung zur Kenntnis gebracht werden kann. Die Vorlesung erfolgt durch die Urkundsperson und im Beisein der Urkundsparteien und soweit notwendig der mitwirkenden (z.B. Übersetzerinnen und Übersetzer) oder beteiligten Personen (Parteien und Urkundsparteien). Die Urkundsparteien sollen jedoch in der Regel die Möglichkeit haben, dem Text zu folgen, wenn die Urkundsperson diesen vorliest. Dies zum einen, weil es für gewisse Personen einfacher ist, den Inhalt der Urkunde zu erfassen, wenn sie diesen gleichzeitig selber lesen können. Und zum andern, damit die Urkundsparteien prüfen können, dass das

<sup>271</sup> BRÜCKNER, N. 1890 ff.; JEANDIN, S. 186.

<sup>272</sup> BGE 125 III 131, 136 f.

vorgelesenen Dokument mit jenem übereinstimmt, welches am Ende des Beurkundungsvorgangs unterzeichnet wird.<sup>273</sup> Bei Personen die nicht lesen können (bspw. auf Grund von Blindheit), muss die Möglichkeit, dem Text zu folgen, nicht gegeben sein.

Die Möglichkeit, dem Text zu folgen, kann einerseits darin bestehen, dass die Parteien eine Fotokopie des Gegenstands des Hauptverfahrens bildenden Entwurfs erhalten (Beurkundung in Papierform). Andererseits besteht auch die Option, den Text auf einen Bildschirm zu projizieren (Beurkundung in elektronischer Form und auch in Papierform).

Können die Urkundsparteien nicht hören, sehen oder sprechen, braucht es ein *besonderes Verfahren*, um zu gewährleisten, dass die öffentliche Urkunde dem Willen der Urkundsparteien entspricht und die Urkundsperson der Belehrungs- und Wahrheitspflicht nachkommen kann. Der diesbezügliche Leitsatz und die entsprechenden Erläuterungen finden sich in Ziffer 7.5.4.12.

Bei den *Sachbeurkundungen* urkundet die Urkundsperson alleine, es wirken keine Urkundsparteien mit.<sup>274</sup> Im Gegensatz zu den Willenserklärungen kann die Urkundsperson die Errichtung der öffentlichen Urkunde unterbrechen (keine Einheit des Beurkundungsvorganges hinsichtlich der zeitlichen Komponente).<sup>275</sup> Beurkunden kann die Urkundsperson nur, was sie selber wahrgenommen oder festgestellt hat. Der Leitsatz zu den Sachbeurkundungen ist auch bei den Beglaubigungen anwendbar.

#### 7.5.4.4 Korrekturen / Bereinigungen

Leitsatz:

*Inhaltliche Streichungen, Änderungen oder Einfügungen in der Urkunde sind bei der Beurkundung von Willenserklärungen im Hauptverfahren von der Urkundsperson direkt vorzunehmen.*

*Für inhaltliche Änderungen nach dem Hauptverfahren ist bei der Beurkundung von Willenserklärungen ein Nachtrag erforderlich.*

*Einfache Schreibfehler können im und nach dem Hauptverfahren direkt korrigiert werden.*

Betreffend Fehler in öffentlichen Urkunden ist zu unterscheiden zwischen solchen, die noch im Rahmen des Hauptverfahrens behoben werden können und denjenigen, die nach Abschluss des Hauptverfahrens korrigiert werden müssen. Weiter ist zu differenzieren zwischen inhaltsändernden Korrekturen und reinen Schreibfehlern.

Bei der Beurkundung von Willenserklärungen können im Rahmen des Hauptverfahrens Korrekturen direkt vorgenommen werden. Dies kann einerseits durch eine handschriftliche Eintragung der neuen Formulierung in das Unterzeichnungsexemplar geschehen oder durch den Austausch einer Seite. Hat die neue Formulierung inhaltsändernden Charakter und wird sie direkt im Entwurf der öffentlichen Urkunde vorgenommen, ist sie als solche zu bescheinigen und durch die Urkundsperson und die Urkundsparteien zu visieren.<sup>276</sup> Das Austauschen einer Seite kann nur erfolgen, wenn die sofortige Neuerstellung derselben möglich ist. Den korrigierten Text hat die Urkundsperson sodann den Urkundsparteien erneut vorzulesen und sie darüber zu belehren.

<sup>273</sup> JEANDIN, S. 187, spricht von einer Kombination der Methoden der Vorlesung und der Selbstlesung.

<sup>274</sup> MARTI, S. 122.

<sup>275</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.5.4.9.

<sup>276</sup> BRÜCKNER, N. 1315 f.

Änderungen an der öffentlichen Urkunde – ausgenommen sind Schreibfehler – nach Abschluss des Hauptverfahrens können nur mittels einer Nachbeurkundung vorgenommen werden.<sup>277</sup> Eine Ermächtigung der Urkundsperson durch die Urkundsparteien zur alleinigen Vornahme von solchen Änderungen ist nicht zulässig.<sup>278</sup>

Die Abgrenzung zwischen Schreibfehler und inhaltlicher Korrektur einer Willenserklärung hat restriktiv zu erfolgen. Im Zweifelsfall ist von einer inhaltlichen Änderung auszugehen.

Sachbeurkundungen (und Beglaubigungen) werden von der Urkundsperson alleine unterzeichnet. Stellt die Urkundsperson nach Abschluss des Hauptverfahrens fest, dass in der öffentlichen Urkunde Korrekturen vorgenommen werden müssen, so ist die Erstellung einer neuen öffentlichen Urkunde mit gleichem Datum möglich, wenn die alte vernichtet wird.

#### 7.5.4.5 Genehmigung

Leitsatz:

Willenserklärungen:

*Die Urkundsparteien haben auf Frage hin der Urkundsperson ihre Genehmigung der in der öffentlichen Urkunde enthaltenen Willenserklärung vorbehaltlos zu erteilen.*

*Nach der Genehmigung wird die öffentliche Urkunde durch die Urkundsparteien unterzeichnet.*

Mit ihrer Genehmigung erklären die Urkundsparteien, dass die in der öffentlichen Urkunde enthaltenen Erklärungen ihrem Willen entsprechen und sie mit der Beurkundung derselben einverstanden sind.<sup>279</sup> Diese Genehmigung muss vorbehaltlos erfolgen.<sup>280</sup> Hinsichtlich der Form dieser Genehmigung besteht in der Lehre keine Einigkeit. Gemäss BRÜCKNER kann die Genehmigung als ausdrückliche mündliche Erklärung oder durch konkludentes Verhalten erfolgen. Die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien ist dabei als konkludente Genehmigerklärung anzusehen.<sup>281</sup> Auch HUBER unterscheidet bei der Genehmigung zwischen der ausdrücklichen Erklärung und dem konkludenten Verhalten, wobei er unter Letzterem die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde versteht.<sup>282</sup> CARLEN dagegen erachtet einzige die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien als Akt der Genehmigung.<sup>283</sup> MARTI und WOLF unterscheiden zwischen der ausdrücklichen Genehmigung (mündliche Erklärung der Urkundsparteien) sowie der Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde und dem konkludenten Verhalten (Kopfnicken etc.) als Form der Genehmigung.<sup>284</sup>

Mittels des Leitsatzes wird klar festgehalten, dass eine Genehmigung der in der öffentlichen Urkunde enthaltenen Willenserklärungen durch die Urkundsparteien zu erfolgen hat. Die Form dieser Genehmigung wird aber bewusst nicht explizit umschrieben. Da bei den Sachbeurkundungen und den Beglaubigungen keine Urkundsparteien beteiligt sind, entfällt deren Genehmigung bei dieser Beurkundungsart. Gemäss der Meinung der Groupe de réflexion führt die fehlende Genehmigung durch die Urkundsparteien zu der Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde.<sup>285</sup>

<sup>277</sup> Entscheid 26.11-16.55 der JGK vom 11. April 2017, E. 2.1 f.

<sup>278</sup> BRÜCKNER, N. 1323.

<sup>279</sup> BRÜCKNER, N. 1934 ff.; MARTI, S. 116 f.

<sup>280</sup> BRÜCKNER, N. 1936.

<sup>281</sup> BRÜCKNER, N. 1935 und N. 1937.

<sup>282</sup> HUBER, S. 245.

<sup>283</sup> CARLEN, S. 93.

<sup>284</sup> MARTI, S. 117 f.; WOLF, Notariatspraxis, S. 45.

<sup>285</sup> Vgl. Ziff. 7.6.2.3.1.

#### 7.5.4.6 Unterzeichnung durch die Urkundsparteien

Leitsatz:

*Die Urkundsparteien haben die öffentliche Urkunde grundsätzlich zu unterzeichnen.*

Bei Sachbeurkundungen urkundet die Urkundsperson meist allein. Daher kommt der Leitsatz betreffend Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien mehrheitlich bei Willenserklärungen zur Anwendung. Es gibt jedoch einige Sachbeurkundungen bei denen die öffentliche Urkunde auch von den Urkundsparteien unterzeichnet wird. Bei der Beglaubigung ist eine Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien nicht notwendig.

In der Lehre wird die Unterzeichnung einer öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien teilweise mit einer konkludenten Genehmigung gleichgesetzt.<sup>286</sup> Eine Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde ist nur möglich, wenn die Urkundsparteien schreiben können. Ist dies nicht der Fall, kommt das besondere Verfahren zur Anwendung.<sup>287</sup>

Gemäss geltendem Recht bekräftigen die Urkundsparteien mit der Unterschrift ihren Willen, das vorliegende Geschäft auch zu vollziehen. Die eigentliche «Inkraftsetzung» der öffentlichen Urkunde erfolgt jedoch mit der Unterzeichnung derselben durch die Urkundsperson. Die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien gehört nicht zu den Mindestanforderungen des Bundesrechts.<sup>288</sup>

Bei der Erstellung des Originals der öffentlichen Urkunde in Papierform wirft die Unterzeichnung durch die Urkundsparteien keine Fragen auf. Anders ist dies jedoch, wenn auf dem elektronischen Weg beurkundet werden soll. Hier ist zu klären, auf welche Weise die Urkundsparteien ihre Unterschrift auf dem elektronischen Dokument anzubringen haben. Ausgehend von den Regelungen von Artikel 14 OR könnte man zum Schluss kommen, dass das Anbringen einer qualifizierten elektronischen Signatur eine Möglichkeit wäre. Allerdings verfügen heute nur wenige Personen über eine solche, weshalb diesbezüglich wohl eine andere Lösung gefunden werden muss. Im Rahmen der Arbeiten zum EÖBG respektive den Ausführungsbestimmungen dazu gilt es abzuklären, welche Möglichkeiten anstelle einer qualifizierten elektronischen Signatur verwendet werden können.

Die Meinungen in der Groupe de réflexion betreffend Sinn, Wirkung und Notwendigkeit der Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien waren kontrovers. Einerseits wurde der Standpunkt vertreten, dass die Unterschrift der Urkundsparteien – im Gegensatz zur Unterschrift der Urkundsperson – lediglich symbolischen Charakter habe. Dieser Meinung wurde entgegengehalten, dass bereits die Formvorschrift der Schriftlichkeit eine Unterschrift verlange. Das Weglassen des Elements der Unterzeichnung bei der öffentlichen Beurkundung sei daher nicht denkbar. Zudem trage die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien zur Klarheit und Rechtssicherheit bei. Ebenfalls dürfe die psychologische Komponente nicht unbeachtet gelassen werden. Durch das Unterzeichnen eines Dokuments erhalte dieses für die betroffenen Urkundsparteien eine andere Bedeutung, als wenn lediglich eine mündliche Vereinbarung getroffen wurde. Eine Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion sprach sich im Ergebnis für eine Regelung aus, welche die Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien zum Grundsatz hat. Gleichzeitig wurde aber auch festgehalten, dass von diesem Prinzip abgewichen werden kann, wenn Urkundsparteien mit einer körperlichen Beeinträchtigung nicht in der Lage sind, eine Unterschrift zu leisten. Ebenfalls denkbar sei, dass ein Äquivalent zu der Unterschrift gefunden werden kann.

---

<sup>286</sup> Vgl. dazu Ziffer 7.5.4.5.

<sup>287</sup> Vgl. dazu Ziffer 7.5.4.12.

<sup>288</sup> PIOTET 1992, S. 22 f. mit Verweis auf weitere Quellen. Vgl. dazu Ziff. 7.2.

#### 7.5.4.7 Visierung der einzelnen Seiten

**Kein Leitsatz.**

Gewisse kantonale Bestimmungen schreiben vor, dass die einzelnen Seiten einer öffentlichen Urkunde durch die Urkundsperson und / oder die Urkundsparteien eigenhändig zu visieren sind. Es handelt sich dabei gemäss den heute geltenden Regelungen um eine Ordnungsvorschrift, die keinen Einfluss auf das Entstehen einer öffentlichen Urkunde hat.<sup>289</sup>

Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass betreffend Visierung kein Leitsatz zu verfassen sei. So handle es sich bei der Visierung der einzelnen Seiten weder um eine Mindestanforderung des Bundesrechts noch ist der Zweck derselben für die öffentliche Beurkundung von zentraler Bedeutung. Es kann den Kantonen überlassen werden, ob sie eine entsprechende Regelung vorsehen wollen.

#### 7.5.4.8 Datierung und Unterzeichnung durch die Urkundsperson

**Leitsatz:**

*Als Abschluss des Hauptverfahrens datiert die Urkundsperson die öffentliche Urkunde und unterzeichnet dieselbe bei Sachbeurkundungen und Beglaubigungen unterhalb des Beurkundungsverbals und bei Willenserklärungen unterhalb des Beurkundungsverbals und der allfälligen Unterschriften der beteiligten Personen.*

Die Datierung und Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsperson bildet den Abschluss des Hauptverfahrens. Die Unterschrift der Urkundsperson gehört gemäss Lehre zu den Minimalanforderungen des Bundesrechts.<sup>290</sup> Gemäss der Meinung der Groupe de réflexion führt eine fehlende Unterschrift der Urkundsperson zu der Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde und ein fehlendes Datum zu der Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde.<sup>291</sup>

#### 7.5.4.9 Einheit des Beurkundungsvorgangs (Einheit des Aktes) / Sukzessivbeurkundung

**Leitsatz:**

**Willenserklärungen:**

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

*Das Hauptverfahren wird ohne wesentliche Unterbrechung durchgeführt.*

*Sind eine grosse Anzahl von Urkundsparteien beteiligt, können Verträge mit jeder Urkundspartei einzeln beurkundet werden. Diesfalls muss die öffentliche Urkunde innert kürzest möglicher Frist, spätestens aber innerhalb von drei Monaten von allen beteiligten Urkundsparteien unterzeichnet werden.*

**Sachbeurkundungen:**

*Eine Unterbrechung des Hauptverfahrens ist zulässig.*

*Die räumliche Anwesenheit der Urkundsperson oder anderer beteiligter Personen am gleichen Ort ist bei bestimmten Geschäftsfällen nicht zwingend notwendig.*

<sup>289</sup> BRÜCKNER, N. 1348.

<sup>290</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>291</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.6.

#### 7.5.4.9.1 Einheit des Aktes bei Willenserklärungen

Der Grundsatz der Einheit des Beurkundungsvorgangs oder der Einheit des Aktes besagt, dass das Beurkundungsverfahren in Gegenwart aller am Beurkundungsakt beteiligter Personen am gleichen Ort im Beisein der Urkundsperson durchgeführt werden muss.<sup>292</sup> Folgende drei Elemente sind für die Einheit des Beurkundungsvorgangs also von Bedeutung: Die *Einheit des Ortes*, die *Einheit der Zeit* und die *Einheit des Verfahrens*. Konkret verlangt die *Einheit des Ortes*, dass die Urkundsparteien, die Urkundsperson und soweit nötig die Nebenpersonen während des Hauptverfahrens am gleichen Ort, in der Regel im Beurkundungsraum, anwesend sein müssen. Gemäss dem Prinzip der *Einheit der Zeit* müssen die beteiligten Personen während der ganzen Dauer des Hauptverfahrens im Beurkundungsraum anwesend sein. Das Hauptverfahren der öffentlichen Beurkundung ist zudem ohne wesentliche Unterbrechung zu Ende zu führen.<sup>293</sup> Eine nur kurze Unterbrechung des Beurkundungsvorgangs, bspw. zur Erhaltung der Konzentrationsfähigkeit, zur Vornahme von Korrekturen oder um gewisse Punkte des Geschäfts zu diskutieren, steht dem Prinzip der Einheit der Zeit jedoch nicht entgegen.<sup>294</sup> Die *Einheit des Verfahrens* verlangt schliesslich, dass das Hauptverfahren vollständig durchzuführen ist, ohne dass ein anderes Beurkundungsverfahren dazwischen geschaltet werden darf.<sup>295</sup>

Mittels des Grundsatzes der Einheit des Beurkundungsvorgangs soll sichergestellt werden, dass die Urkundsparteien vom Inhalt der öffentlichen Urkunde Kenntnis nehmen und dass dieser Inhalt auch wirklich dem Willen der Urkundsparteien entspricht.

#### 7.5.4.9.2 Sukzessivbeurkundungen bei Willenserklärungen

Als Abweichung von der gleichzeitigen Anwesenheit aller Parteien und damit vom Prinzip der *Einheit der Zeit* ist heute in gewissen Kantonen die Sukzessivbeurkundung zugelassen. Bei einer Sukzessivbeurkundung erscheinen die Urkundsparteien zu verschiedenen Zeiten einzeln vor der gleichen Urkundsperson; das eigentliche Hauptverfahren wird zweimal oder sogar mehrmals durchgeführt. Im Ergebnis entsteht aber nur ein Originalexemplar der öffentlichen Urkunde. Zulässig ist eine Sukzessivbeurkundung lediglich dann, wenn die Urkundsparteien nicht über höchstpersönliche Rechte verfügen. Abgesehen davon, hat die Urkundsperson einem Begehr um Sukzessivbeurkundung nur beim Vorliegen wichtiger Gründe stattzugeben. Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn das Sukzessivverfahren allen Beteiligten ermöglicht, persönlich vor der Urkundsperson zu erscheinen und auf den Bezug bevollmächtigter Stellvertreter zu verzichten.<sup>296</sup>

Die Meinungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Sukzessivbeurkundungen in der Groupe de réflexion waren geteilt. Einige Mitglieder sprachen sich für das Prinzip der «Einheit des Beurkundungsvorgangs» ohne jegliche Ausnahme aus. Bereits heute verbieten gewisse Kantone die Sukzessivbeurkundung. Es sei nicht einzusehen, weshalb diese Regelungen zum Schutze der Urkundsparteien «aufgewiekt» werden sollen. Insbesondere führt die Sukzessivbeurkundung zum materiell-rechtlichen Problem, dass die einzelnen Willenserklärungen bei Abwesenheit einer Urkundspartei nicht « gegenseitig » ausgetauscht werden können (Art. 1 OR). Dagegen wurde vorgebracht, dass bei gewissen Geschäften und Konstellationen (z.B. im Rahmen von öffentlichen Beurkundungen in Zusammenhang mit Stockwerkeigentum) schlicht nicht alle betroffenen Urkundsparteien zum selben Zeitpunkt anwesend sein können. Zudem wurde da-

---

<sup>292</sup> Die Einheit des Aktes wird teilweise in der Literatur (BRÜCKNER, N. 1260; MOOSER, N. 558 und N. 656) als eine sich aus dem Bundesgesetz ergebende Mindestanforderung an die öffentliche Beurkundung angesehen. Vgl. dazu Ziff. 7.2.

<sup>293</sup> WOLF, Notariatspraxis, S. 43.

<sup>294</sup> BRÜCKNER, N. 2058 f.

<sup>295</sup> WOLF, Notariatspraxis, S. 43.

<sup>296</sup> BRÜCKNER, N. 2063.

rauf hingewiesen, dass bei einem Verbot von Sukzessivbeurkundungen als Konsequenz vermehrt Vollmachten erteilt und sich die Parteien an der öffentlichen Beurkundung vertreten lassen würden. Eine solche Entwicklung wäre keinesfalls begrüssenswert, da bei der Sukzessivbeurkundung die Urkundsperson mit allen Urkundsparteien zumindest das Hauptverfahren persönlich durchführt, wenn auch nicht gleichzeitig. Zudem werde das Verfahren der Sukzessivbeurkundung heute sehr restriktiv angewendet.

In einer ersten Version des Leitsatzes wurde festgehalten, dass eine Sukzessivbeurkundung nur möglich sei, wenn «wichtige Gründe» vorliegen. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren der Ansicht, dass die Situationen, in denen vom Grundsatz der «Einheit des Aktes» abgewichen werde, detailliert aufgeführt werden sollten. Zudem müsste eine Frist festgelegt werden, innert welcher die öffentliche Urkunde von allen beteiligten Urkundsparteien unterzeichnet sein muss. Allenfalls könnten auch zusätzliche Anforderungen an das Beurkundungsverbal (Begründung für die Sukzessivbeurkundung) formuliert werden. Einige Mitglieder der Groupe de réflexion sprachen sich zudem dafür aus, die Frage der Zulässigkeit von Sukzessivbeurkundungen den Kantonen zu überlassen.

#### 7.5.4.9.3 *Einheit des Aktes bei Sachbeurkundungen*

Gewisse Kantone erlauben bei bestimmten Sachbeurkundungen (z.B. die Errichtung eines Protokolls der Generalversammlung<sup>297</sup>) die Möglichkeit der Durchbrechung des Prinzips der *Einheit des Ortes*. In einer ersten Variante des Leitsatzes wurde dieser Tatsache, dass geltende kantonale Regelungen bei Sachbeurkundungen eine Durchbrechung des Grundsatzes der *Einheit des Ortes* vorsehen, nicht Rechnung getragen. Gemäss der Meinung der Mitglieder der Groupe de réflexion sollte diese Möglichkeit aber auch bei einem einheitlichen Beurkundungsverfahren weiterhin bestehen respektive eingeführt werden. Ausgehend von den Ausführungen in der nachfolgenden Ziffer 7.5.4.10 wird die im Leitsatz vorgesehene Möglichkeit der Durchbrechung des Prinzips der *Einheit des Ortes* bei Sachbeurkundungen als «Fernbeurkundung» zu qualifizieren sein.

#### 7.5.4.10 Fernbeurkundung

##### *Kein Leitsatz*

In Zusammenhang mit den Diskussionen zu der «Einheit des Beurkundungsvorgangs» wurde von der Groupe de réflexion auch die Problematik der «Fernbeurkundung» aufgenommen.<sup>298</sup> Diese wird aufgrund der aktuellen Situation (Covid-19-Pandemie) – gerade auch im Bereich der Willenserklärungen – wieder vermehrt thematisiert.<sup>299</sup> Unter dem Begriff der Fernbeurkundung ist die Durchführung eines Beurkundungsverfahrens zu verstehen, «bei welchem sich die Urkundsparteien auf Distanz am Hauptverfahren beteiligen oder eine öffentliche Urkunde über einen Hergang errichtet wird, bei welchem die Urkundsperson nicht persönlich anwesend ist».<sup>300</sup> Die Mitwirkung der Urkundsparteien und / oder der Urkundsperson erfolgt auf Distanz und unter Einsatz von elektronischen Kommunikationsmitteln. Im Extremfall erscheint keine der Urkundsparteien vor der Urkundsperson.<sup>301</sup> Mit der Fernbeurkundung wird somit das Prinzip der *Einheit des Ortes* durchbrochen.

In der Groupe de réflexion war unbestritten, dass das Thema der Fernbeurkundung in den vorliegenden Bericht aufgenommen und ggf. ein Leitsatz dazu formuliert werden sollte. Die Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion war der Ansicht, dass betreffend Zulässigkeit

<sup>297</sup> Z.B.: VS: Art. 98 NG-VS.

<sup>298</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.5.4.9.

<sup>299</sup> Vgl. dazu die Motion Silberschmidt 21.3180 Vollständig digitale Unternehmensgründung sicherstellen auf: [www.parlement.ch>ratsbetrieb>suche-curia-vista](http://www.parlement.ch>ratsbetrieb>suche-curia-vista)

<sup>300</sup> SCHMID JÜRG, Notariatspraxis, S. 231.

<sup>301</sup> SCHMID JÜRG, Notariatspraxis, S. 238.

der Fernbeurkundung und den diesbezüglichen Modalitäten zwischen Sachbeurkundungen und Willenserklärungen zu differenzieren sei. Im Bereich der Sachbeurkundungen könne eine Fernbeurkundung durchaus realisiert werden, wohingegen im Bereich der Willensbeurkundungen eine Fernbeurkundung aufgrund des Prinzips der Einheit des Beurkundungsvorgangs problematischer erscheine. Der unter Ziffer 7.5.4.9 verfasste Leitsatz zu der Einheit des Beurkundungsvorgangs im Bereich der Sachbeurkundungen kann eigentlich bereits als «Fernbeurkundung» bezeichnet werden. In diesem Zusammenhang darf zudem die laufende Aktienrechtsrevision nicht ausser Acht gelassen werden. Der Entwurf des Bundesrates über die Änderung des Aktienrechts sieht in Artikel 701c OR vor, dass Aktionäre, die nicht am Ort der Generalversammlung anwesend sind, ihre Rechte auf elektronischem Weg ausüben können.<sup>302</sup> In Artikel 701d E-OR wird überdies vorgesehen, dass eine Generalversammlung – im Sinne einer virtuellen Generalversammlung – unter gewissen Voraussetzungen mit elektronischen Mitteln ohne Tagungsort durchgeführt werden kann.<sup>303</sup> Anders als noch in der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts 2007 wird die virtuelle Generalversammlung nun auch dann nicht mehr ausgeschlossen, wenn Beschlüsse zu fassen sind, die öffentlich beurkundet werden müssen. Während dies bei Sachbeurkundungen, wie es Beschlüsse der Generalversammlung in der Regel sind, unproblematisch scheint, ist gemäss Botschaft für den Fall der Beurkundung von Willensäußerungen (z.B. im Fall einer Gründung) nicht ausgeschlossen, dass das kantonale Beurkundungsrecht eine solche Beurkundung unter Abwesenden verbieten und einen räumlichen Tagungsort vorsehen könnte.<sup>304</sup>

Gerade im Bereich der Willenserklärungen ergeben sich in Zusammenhang mit der Fernbeurkundung tatsächlich diverse Fragen im Hinblick auf das konkrete Beurkundungsverfahren. So erfordert die Kommunikation unter den Urkundsparteien und mit der Urkundsperson wohl eine technisch gesicherte elektronische Verbindung für die Übertragung der Kommunikation als simultane Bild- und Tonübertragung (Videoübertragung). Eine Videoübertragung ist erforderlich, damit die Urkundsparteien und die Urkundsperson miteinander sprechen können und sichtbar ist, welche Personen nun mitwirken und welche sich jeweils äussern. Auch muss sichtbar sein, wie sich die Urkundsparteien während des Beurkundungsverfahrens verhalten und ob sie sich frei und ohne Einschränkungen äussern können.<sup>305</sup> Eine diesbezügliche künftige bundesrechtliche Regelung könnte sich bspw. an den Vorgaben orientieren, die von Finanzintermediären einzuhalten sind.<sup>306</sup> Allerdings sollte die Regelung nicht zu hohe oder zu detaillierte Anforderungen festlegen, sondern der Urkundsperson und den Urkundsparteien bei der Verwendung des Kommunikationsmediums ein gewisses Ermessen einräumen.<sup>307</sup>

Die Fernbeurkundung könnte zur Folge haben, dass das Original der öffentlichen Urkunde zwingend mindestens im Bereich der Willenserklärungen elektronisch ausgestaltet werden muss. Eine Mischform aus Papierdokument und elektronischem Dokument ist nicht denkbar, da die öffentliche Urkunde ein einheitliches Dokument sein muss.<sup>308</sup>

Ein Blick über die Landesgrenzen zeigt, dass die Fernbeurkundung in einigen Nachbarländern bereits zulässig ist oder Bestrebungen im Gange sind, diese einzuführen. In Österreich ist es bspw. möglich – bei Einhaltung gewisser gesetzlich festgelegter Anforderungen – «Notariatsakte» mittels Nutzung elektronischer Kommunikationsmöglichkeiten zu errichten, ohne dass die Parteien dafür vor der Urkundsperson erscheinen müssen.<sup>309</sup> In Frankreich wird die Fernbeurkundung ebenfalls diskutiert. Zur Debatte steht die Möglichkeit, das Beurkundungsverfahren

<sup>302</sup> Botschaft Aktienrecht, BBI 2017 558.

<sup>303</sup> Botschaft Aktienrecht, BBI 2017 558 f.; MÜLLER/PAFUMI, S. 77; SCHMID JÜRGEN, Notariatspraxis, S. 235.

<sup>304</sup> Botschaft Aktienrecht, BBI 2017 559; MÜLLER/PAFUMI, S. 77 f.

<sup>305</sup> SCHMID JÜRGEN, Notariatspraxis, S. 238.

<sup>306</sup> MÜLLER LUKAS, S. 565 f.

<sup>307</sup> MÜLLER LUKAS, S. 565 f.

<sup>308</sup> SCHMID JÜRGEN, Notariatspraxis, S. 240.

<sup>309</sup> § 69b und § 90a Österreichische Notariatsordnung (NO).

gleichzeitig an verschiedenen Orten, jedoch je in den Räumen und unter Mitwirkung einer Urkundsperson durchzuführen. Die Urkundspersonen wären dabei durch eine Wort-/Bildübertragung miteinander verbunden.<sup>310</sup> Erwähnenswert ist in diesem Kontext die Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht. Durch diese Änderungsrichtlinie, welche am 31. Juli 2019 in Kraft getreten und von den EU-Mitgliedstaaten innerhalb der nächsten zwei Jahre umzusetzen ist, wird ermöglicht, dass Kapitalgesellschaften komplett online gegründet werden können. Konkret können neue Gesellschaften und Zweigniederlassungen ohne persönliches Erscheinen vor dem Notar oder einer Behörde errichtet und innerhalb von 5-10 Tagen im Handelsregister eingetragen werden. Durch die Online Gründungen- und Registrierungen sollen die Gesellschaften Kosten und Zeit sparen. Die Richtlinie legt die Eckpfeiler und gewisse Mindeststandards für die allgemeine Rechtssicherheit und der Vermeidung von Missbrauch fest; deren Umsetzung in nationales Recht obliegt den Mitgliedstaaten.

Die Diskussionen in der Groupe de réflexion haben gezeigt, dass im Bereich der Fernbeurkundungen von Willenserklärungen und Sachbeurkundungen viele Fragen technischer und rechtlicher Natur geklärt werden müssen. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass eine abschliessende Abhandlung der Fernbeurkundung im Rahmen des vorliegenden Berichts nicht möglich wäre. Die Gründe liegen einerseits darin, dass sich die Fernbeurkundung auf verschiedenste Elemente des Beurkundungsverfahrens auswirkt, was in der Folge dazu führen würde, dass sämtliche Leitsätze überdacht werden müssten. Andererseits müssten diverse Fragen in Bezug auf die zur Anwendung gelangenden technischen Systeme geklärt werden. Zu diesen in Zusammenhang mit der Fernbeurkundung zu klarenden Punkten gemäss vorstehenden Ausführungen gehören bspw.:

Die Klärung der technischen Anforderungen an eine Fernbeurkundung:

- Fernbeurkundung nur mittels Audio-Übertragung (quasi Telefonkonferenz).
- Fernbeurkundung mittels Audio- und Videoübertragung.
- Sicherstellung, dass Audio-/Videoübertragung tatsächlich live ist und nicht eine Aufnahme eingespielt wird bzw. bewusste Inkaufnahme von Manipulationen/Restrisiko.

Die örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson:

- Welchen Einfluss hat die Abgabe einer Willenserklärung ausserhalb des Kantonsgebietes auf die örtliche Zuständigkeit? Ist der Ort der Urkundsperson massgebend (Büro/Amtslokal)?
- Ist auch die Beurkundung einer Willenserklärung, die im Ausland abgegeben wird, möglich? Falls nein, Überprüfbarkeit, dass alle Parteien tatsächlich ihre Willenserklärung innerhalb des Staatsgebietes der Schweiz abgeben?
- Welcher Ort ist bei einer Sachbeurkundung für die örtliche Zuständigkeit massgebend, Ort der Veranstaltung oder Ort, an welchem die Urkundsperson mittels Ton-/Bildübertragung ihre Wahrnehmungen protokolliert?

Auch bezüglich der physischen Urkunde und des Hauptverfahrens gilt es, diverse Punkte zu prüfen:

- Form des Originals der öffentlichen Urkunde: Papierform oder elektronische Form?
- Identifikation der Urkundsparteien?
- Wie erfolgt die Kenntnisnahme des Urkundeninhalts durch die Urkundsparteien?

---

<sup>310</sup> SCHMID JÜRGEN, Notariatspraxis, S. 244 f.

- Unterzeichnung des Originals der öffentlichen Urkunde durch die Urkundsparteien:  
Ist eine Unterzeichnung vorausgesetzt und wenn ja, in welcher Form hat diese zu geschehen?
- Einbezug der Nebenpersonen in welcher Art und Weise?

#### 7.5.4.11 Fremdsprachige Urkundspartei/en

**Leitsatz:**

**Willenserklärungen:**

*Ist eine sprachliche Verständigung zwischen der/den Urkundspartei/en und der Urkundsperson nicht möglich, so ist im Hauptverfahren eine Person für die Übersetzung beizuziehen.*

*Die Übersetzerin oder der Übersetzer haben die öffentliche Urkunde ebenfalls zu unterzeichnen.*

Versteht eine der Urkundsparteien die Sprache, in welcher beurkundet wird, nicht, so ist für das Beurkundungsverfahren eine Übersetzerin oder ein Übersetzer beizuziehen, wenn die Urkundsperson aufgrund fehlender Sprachkenntnisse nicht selber übersetzen kann. Unabhängig davon, dass eine Übersetzerin oder ein Übersetzer am Hauptverfahren teilnimmt, hat die Urkundsperson die öffentliche Urkunde, auch wenn sie zweisprachig vorliegt<sup>311</sup>, in der ihr geläufigen Sprache den Urkundsparteien vorzulesen, sofern das Vorlesungsverfahren zur Anwendung kommt. Die Urkundsparteien sollen jedoch in der Regel die Möglichkeit haben, dem Text zu folgen, wenn die Urkundsperson diesen vorliest. Der Übersetzerin oder dem Übersetzer ist die Gelegenheit zu geben, die Erläuterungen der Urkundsperson für die Urkundsparteien zu übersetzen. Beim Selbstlesungsverfahren liest jede Urkundspartei die öffentliche Urkunde in der ihr verständlichen Sprache.

Die Tatsache, dass bei der öffentlichen Beurkundung eine Übersetzerin oder ein Übersetzer beigezogen wurde und der Ablauf des Verfahrens sind in der öffentlichen Urkunde zu vermerken. Wirkt eine Übersetzerin oder ein Übersetzer mit, hat sie oder er auf der öffentlichen Urkunde zu bezeugen, dass die Übersetzung gewissenhaft erfolgt sei.

Bei der Auswahl der Übersetzerinnen und Übersetzer hat die Urkundsperson sicherzustellen, dass diese über die notwendigen Qualifikationen verfügen.<sup>312</sup>

Im Rahmen der Diskussionen zu einem Leitsatz betreffend fremdsprachige Parteien wurde die Idee eingebroacht, die Themen «Urkundssprache» und «fremdsprachige Parteien» unter einem Leitsatz zusammenzufassen. Dieser Idee konnte sich aber die Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion nicht anschliessen. Der Leitsatz betreffend «fremdsprachige Urkundspartei/en» kommt nur bei den Willenserklärungen zur Anwendung.

---

<sup>311</sup> Vgl. dazu Ziff. 7.5.1.5.

<sup>312</sup> BRÜCKNER, N. 1990.

#### 7.5.4.12 Besondere Verfahren

Leitsatz:

Willenserklärungen:

*Ist eine Urkundspartei hörbehindert, erfolgt deren Kenntnisnahme des Inhalts der öffentlichen Urkunde durch Selbstlesung.*

*Ist eine Urkundspartei sehbehindert, erfolgt deren Kenntnisnahme des Inhalts der öffentlichen Urkunde durch Vorlesung durch die Urkundsperson.*

*Ist eine Urkundspartei seh- und hörbehindert, ist ihr die öffentliche Urkunde mittels einer oder eines Sachverständigen zur Kenntnis zu bringen.*

*Ist die Urkundspartei nicht in der Lage, eine Unterschrift zu leisten, hat die Urkundsperson einen entsprechenden Vermerk in der öffentlichen Urkunde aufzunehmen.*

*Die Urkundsperson kann bei besonderen Verfahren Übersetzerinnen und Übersetzer sowie Sachverständige beiziehen.*

Das besondere Verfahren kommt zum Zug, wenn die am Hauptverfahren beteiligten Urkundsparteien schreibunfähig, blind und/oder taub sind. In einem solchen Fall wird ein Verfahren benötigt, dass sicherstellt, dass die Urkundsparteien den Inhalt der öffentlichen Urkunde verstehen und auch entsprechend genehmigen können.

Bei Urkundsparteien mit einer Hörbehinderung erfolgt die Kenntnisnahme des Inhalts der öffentlichen Urkunde durch die stille Selbstlesung des Entwurfs der öffentlichen Urkunde. Für die Verständigung ist eine Übersetzerin oder ein Übersetzer beizuziehen, damit die Urkundsperson die Urkundsparteien über den Inhalt der öffentlichen Urkunde belehren und allfällige Fragen beantworten kann.

Den Urkundsparteien, die sehbehindert sind, hat die Urkundsperson die öffentliche Urkunde vorzulesen.

Urkundsparteien mit einer Schreib- oder Sehbehinderung sind unter Umständen nicht in der Lage, die öffentliche Urkunde zu unterzeichnen. Für solche Fälle muss deshalb eine Ausnahme von der allgemeinen Pflicht zur Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde vorgesehen werden. Die Urkundsperson hat in der öffentlichen Urkunde in geeigneter Weise festzuhalten, dass die Urkundsparteien keine Unterschrift leisten konnten.

Einige Mitglieder der Groupe de réflexion vertraten die Ansicht, dass bei der Anwendung eines besonderen Verfahrens der Bezug von Zeuginnen und Zeugen sinnvoll sei. Neben der Urkundsperson würden auch diese Zeuginnen oder Zeugen bestätigen, dass die Urkundsparteien ihre Genehmigung erteilt hätten und bspw. nicht in der Lage waren, die öffentliche Urkunde selber zu unterzeichnen. Dies führe zu einer Entlastung der Urkundsperson, da diese nicht alleine für die bestätigten Tatsachen einstehen müsse. Gleichzeitig übernahmen die Zeuginnen und Zeugen auch eine gewisse Kontrollfunktion, in dem sie sicherstellten, dass das durch die Urkundsperson Vorgelesene mit der vorliegenden öffentlichen Urkunde übereinstimmt. Im Hinblick auf Personen mit körperlichen Beeinträchtigungen könne es allenfalls hilfreich sein, wenn eine Sachverständige oder ein Sachverständiger, also bspw. eine Ärztin oder ein Arzt, anwesend seien. Diese könnten der Urkundsperson bestätigen, dass die Urkundspartei oder die Urkundsparteien über die notwendigen Fähigkeiten verfügt respektive verfügen, um die öffentliche Urkunde zur Kenntnis zu nehmen und zu genehmigen. Solche Sachverständige könnten ebenfalls die Funktion von Zeuginnen und Zeugen übernehmen.

Über die Anzahl der beizuziehenden Zeuginnen und Zeugen waren sich die Mitglieder der Groupe de réflexion nicht einig. So wurde einerseits die Meinung vertreten, dass zwei Zeuginnen oder Zeugen ideal wären. Andererseits wurde vorgebracht, dass eine Zeugin oder ein Zeuge ausreichend sei. Im Ergebnis wurde darauf verzichtet in den Leitsatz eine Regelung hinsichtlich Zeuginnen und Zeugen aufzunehmen.

Die besonderen Verfahren kommen nur bei den Willenserklärungen zur Anwendung.

#### 7.5.4.13 Verträge über Grundpfandrechte / Verträge über kleine Grundstücke

Leitsatz:

*Die Kantone können für die Handänderung bei kleinen Grundstücken und für Grundpfandrechte vereinfachte Verfahren vorsehen.*

In einem ersten Schritt wurde vorgeschlagen, dass zu Verträgen über Grundpfandrechte oder für «kleine Verträge zur Handänderung bei Grundstücken» (z.B. Kaufvertrag über sehr kleine Grundstücke) keine Leitsätze verfasst werden sollen. Diesem Vorschlag lag die Überlegung zugrunde, dass das Beurkundungsverfahren abschliessend zu regeln sei und nicht für bestimmte Beurkundungsgegenstände Ausnahmen vorbehalten werden sollen. Wenn für einzelne Beurkundungsgegenstände spezielle Vorschriften im Beurkundungsverfahren aufgestellt werden sollen, so wäre dies in den jeweiligen Leitsätzen aufzunehmen.

Die Mitglieder der Groupe de réflexion erklärten jedoch, dass bereits heute in vielen Kantonen gewisse vereinfachte Verfahren für die öffentliche Beurkundung von «kleinen Verträgen zur Handänderung bei Grundstücken» existieren. Entsprechend sei zumindest festzuhalten, ob solche vereinfachte Verfahren weiterhin zulässig seien. Allenfalls wäre es aber auch denkbar, gewisse Mindestvoraussetzungen für solche vereinfachte Verfahren in einem Leitsatz festzuhalten. Im Rahmen der Diskussionen wurde vorgebracht, dass man sich bei solchen Verträgen auch die Frage stellen muss, ob hier das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung überhaupt notwendig sei.

Ebenfalls diskutiert wurde die Frage, ob bei Grundpfandverträgen neben der Eigentümerin oder dem Eigentümer des Grundstücks auch eine Vertreterin oder ein Vertreter der Bank die öffentliche Urkunde zu unterzeichnen hat. Diesbezüglich wurde die Ansicht geäussert, dass hierbei nicht nur das Beurkundungsverfahren, sondern auch das Schuldrecht betroffen sei, so dass die Frage der Mitwirkung der Gläubigerin bei der Errichtung von Grundpfandrechten im Kern materiell-rechtlicher, nicht beurkundungsrechtlicher Art sei. Entsprechend sei es nicht unproblematisch, in Bezug auf Grundpfandverträge vorzuschreiben, welche Personen zur Unterzeichnung eines solchen verpflichtet sind. Bei einer allfälligen Anpassung des ZGB in Zusammenhang mit einer Vereinheitlichung des Beurkundungsrechts sollten aufgrund der vorstehenden Ausführungen auch die materiellen Bestimmungen zu den Grundpfandrechten geprüft werden.

#### 7.5.4.14 Schlussverbal

Leitsatz:

*Aus dem Schlussverbal muss mindestens hervorgehen, wie das Hauptverfahren durchgeführt wurde, insbesondere, dass die öffentliche Urkunde in Anwesenheit der Urkundsperson von den Urkundsparteien zur Kenntnis genommen, genehmigt und unterzeichnet worden ist.*

Das Schlussverbal steht, wie bereits aus dem Begriff ersichtlich ist, in der Regel am Schluss einer öffentlichen Urkunde und beinhaltet Ausführungen zum Beurkundungsvorgang.<sup>313</sup> Im

<sup>313</sup> BRÜCKNER, N. 2217.

Schlussverbal hat die Urkundsperson festzuhalten, wie sich das Hauptverfahren abgespielt hat.

Für die bundesrechtlichen Beurkundungsverfahren (letztwillige Verfügung und Erbvertrag) sind heute keine Schlussverbale vorgesehen.

Nicht alle Mitglieder der Groupe de réflexion sprachen sich dafür aus, zum Schlussverbal einen Leitsatz zu verfassen. Des Weiteren bestand auch keine einheitliche Meinung in Bezug auf den Inhalt eines möglichen Leitsatzes. Ein Teil der Mitglieder sprach sich dafür aus, dass ein Leitsatz verfasst werden sollte, der die wesentlichen Elemente, die in einem Schlussverbal vorhanden sein müssen, festhält. Als Argument wurde diesbezüglich vorgebracht, dass mittels des Schlussverbals am einfachsten festgestellt werden könnte, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten wurden. Einige Mitglieder der Groupe de réflexion vertraten die Ansicht, dass die Regelung des Inhalts des Schlussverbals den Kantonen überlassen werden sollte.

Mit dem Ausdruck «mindestens» soll verdeutlicht werden, dass der genannte Inhalt eine Mindestvorschrift darstellt. Es steht den Kantonen aber frei, weitere Inhalte vorzusehen. In Bezug auf die Formulierung «zur Kenntnis genommen» gilt es anzufügen, dass im Schlussverbal die Art der Kenntnisnahme ersichtlich sein muss. Die Tatsache, dass bei der öffentlichen Beurkundung eine Übersetzerin oder ein Übersetzer respektive eine Sachverständige oder ein Sachverständiger beigezogen wurde sowie der Ablauf des Verfahrens sind im Schlussverbal aufzunehmen.

In Bezug auf die Wirkung eines fehlenden Schlussverbals sprachen sich die Mitglieder der Groupe de réflexion dafür aus, dass hierbei von der Verletzung einer Ordnungsvorschrift ausgegangen werden sollte.

## 7.5.5 Nachverfahren

### 7.5.5.1 Allgemeines

Nach der Durchführung des Hauptverfahrens hat die Urkundsperson diverse weitere Aufgaben wahrzunehmen. Zu diesen gehören insbesondere die Eintragung der öffentlichen Urkunde im Register, die Erstellung von beglaubigten Kopien oder von Ausfertigungen, die Anmeldung der öffentlichen Urkunde bei Registerämtern, die Rechnungsstellung, die Aufbewahrung der öffentlichen Urkunde etc.

### 7.5.5.2 Führen eines Registers / Protokolls

Leitsatz:

*Die Urkundspersonen führen ein Register, in welches sie die von ihnen erstellten Originale von öffentlichen Urkunden eintragen.*

*Gegenstand des Registers bilden insbesondere die Angaben zu den Urkundsparteien und den Parteien, der Urkundsgegenstand, das Datum der Beurkundung sowie allfällige Empfänger des Originals.*

*Nicht im Register einzutragen sind die erfolgten Beglaubigungen von Kopien und Unterschriften.*

Mit der Führung eines Registers über die erstellten Originale öffentlicher Urkunden soll ein Überblick über die Beurkundungstätigkeit einer Urkundsperson geschaffen werden. Gleichzeitig ermöglicht diese Registrierung der öffentlichen Urkunden die Feststellung, ob alle Originale, die sich in der Verwahrung der Urkundsperson befinden müssen, auch wirklich vorhanden sind.<sup>314</sup> Inhaltlich aufgenommen werden in das Register die Angaben zu den Urkundsparteien

<sup>314</sup> MARTI, S. 150.

und den Parteien, der Urkundsgegenstand sowie das Datum der Beurkundung. Nicht einzutragen in das Register sind Beglaubigungen von Kopien und Unterschriften. Ob jede Urkundsperson für sich ein Register zu führen hat oder ob in einem Büro oder einem Amt mit mehreren Urkundspersonen lediglich ein Register vorhanden sein muss, sollte den Kantonen zur Regelung überlassen werden.

#### 7.5.5.3 Aufbewahrung des Originals der Urkunde oder einer beglaubigten Kopie

Leitsatz:

*Das Original der öffentlichen Urkunde bleibt grundsätzlich in der Verwahrung der Urkundsperson respektive des zuständigen Amtes.*

*Wird das Original der öffentlichen Urkunde herausgegeben, ist an dessen Stelle eine beglaubigte Kopie aufzubewahren oder bei letztwilligen Verfügungen ein Vermerk anzubringen, weshalb und an wen die Herausgabe stattfand.*

Die heutigen kantonalen Regelungen betreffend Anzahl von Originalen öffentlicher Urkunden sowie deren Herausgabe respektive Verwahrung sind unterschiedlich. So sehen einige Kantone vor, dass das Original der öffentlichen Urkunde in der Verwahrung der Urkundsperson bleibt, während in anderen Kantonen die Originale an die Urkundsparteien respektive Parteien und Registerämter herausgegeben werden und die Urkundsperson lediglich eine beglaubigte Kopie aufbewahrt.

Es gibt öffentliche Urkunden, die im Original den Urkundsparteien respektive den Parteien herausgegeben werden müssen.<sup>315</sup> Dazu gehören die öffentlichen Urkunden, die einem anderen Dokument nachgetragen werden, also die Beglaubigungen und die Bürgschaftsurkunden sowie die letztwilligen Verfügungen, wenn diese vernichtet werden sollen oder amtlich zu eröffnen sind.

Unter Umständen verlangen ausländische Rechtsordnungen das Original einer öffentlichen Urkunde. In einem solchen Fall muss es ebenfalls möglich sein, dass die Urkundsperson das Original der öffentlichen Urkunde herausgibt.

Hat die Urkundsperson das Original der öffentlichen Urkunde herauszugeben, ist an dessen Stelle eine beglaubigte Kopie aufzubewahren oder bei letztwilligen Verfügungen im Register ein Vermerk anzubringen, dass und an wen diese herausgegeben wurde.

Die Mehrheit der Mitglieder der Groupe de réflexion sprach sich dafür aus, festzulegen, dass es nur ein Original der öffentlichen Urkunde geben kann. Entsprechend wird im Leitsatz bewusst von einem Original der öffentlichen Urkunde gesprochen. Keine Einigkeit herrscht jedoch betreffend Verbleib dieses Originals. So sprachen sich einige Mitglieder der Groupe de réflexion dafür aus, dass aufgrund der Rechtssicherheit das Original grundsätzlich von der Urkundsperson aufzubewahren sei. Ebenfalls vertreten wurde die Meinung, dass gerade öffentliche Urkunden, welche Grundlagen für einen Registereintrag bilden würden, aus Effizienzgründen durchaus an die Registerbehörden herausgegeben werden können. Die zeitlich unbeschränkte Aufbewahrung von öffentlichen Urkunden werde hier durch die Registerbehörden sichergestellt. In den Kantonen werden heute gewisse Originale von öffentlichen Urkunden den Urkundsparteien herausgegeben (z.B. Verfügungen von Todes wegen, Vorsorgeaufträge etc.). Diese Möglichkeit sollte gemäss der Ansicht einiger Mitglieder der Groupe de réflexion auch weiterhin bestehen.

Gemäss dem Leitsatz hat das Original der öffentlichen Urkunde grundsätzlich in der Verwahrung der Urkundsperson zu verbleiben. Wird in Papierform beurkundet, ist das Original der öffentlichen Urkunde im Büro der Urkundsperson in geeigneter Weise aufzubewahren. Dabei

---

<sup>315</sup> MARTI, S. 153.

ist sicherzustellen, dass allfällige Umwelteinflüsse wie Feuchtigkeit, Wasser oder Verschmutzungen nicht dazu führen, dass die öffentlichen Urkunden zerstört oder unleserlich werden. Bei einer allfälligen elektronischen Beurkundung (Original der öffentlichen Urkunde entsteht in elektronischer Form) hat die Urkundsperson ebenfalls sicherzustellen, dass ein Dokument dauernd aufbewahrt wird. Diese Aufbewahrung kann mithilfe eines zentralen Urkundenregisters sichergestellt werden. Es soll den Kantonen jedoch freigestellt werden, vorzusehen, dass gewisse öffentliche Urkunden (wie z.B. Verfügungen von Todes wegen, Vorsorgeaufträge) an die Urkundsparteien herausgegeben werden können. Ebenfalls sollen die Kantone bestimmen können, dass öffentliche Urkunden, welche Grundlage für Registereintragungen bilden, im Original an die Registerämter herausgegeben werden können.

#### 7.5.5.4 Erstellung von Ausfertigungen und beglaubigten Kopien

Leitsatz:

*Die Urkundspersonen können für den Rechtsverkehr Ausfertigungen oder beglaubigte Kopien des Originals der öffentlichen Urkunde erstellen.*

Die Urkundsperson kann vom Original der öffentlichen Urkunde Ausfertigungen oder beglaubigte Kopien erstellen und diese herausgeben. Erstellt die Urkundsperson Ausfertigungen, hat sie im Original der öffentlichen Urkunde festzuhalten, wie viele Ausfertigungen erstellt und wem diese ausgehändigt wurden.

Von der Groupe de réflexion wurde die Frage thematisiert, für welche Personen oder Behörden eine Ausfertigung erstellt werden kann. In Bezug auf die Personen, die eine Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde verlangen können, bestehen heute unterschiedliche kantonale Regelungen. Teilweise sehen die Kantone vor, dass nur an der Beurkundung beteiligte Urkundsparteien oder Parteien sowie allenfalls betroffene Behörden Ausfertigungen erhalten können.<sup>316</sup> Andere Kantone kennen dagegen einen anderen oder weiteren Personenkreis in Bezug auf die Aushändigung von Ausfertigungen.<sup>317</sup> Einige Mitglieder der Groupe de réflexion sprachen sich dafür aus, dass es den Kantonen überlassen werden soll, die Personen zu bestimmen, die eine Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde erhalten können. Andere Mitglieder der Groupe de réflexion vertraten aber auch die gegenteilige Meinung: Es sollte auf Stufe Bund festgehalten werden, welche Personen Anrecht auf die Aushändigung einer Ausfertigung haben.

#### 7.5.5.5 Siegelung der öffentlichen Urkunde

Leitsatz:

*Die Urkundsperson verfügt über ein kantonales Siegel.*

*Öffentliche Urkunden, die in Zirkulation gebracht werden, sind zu siegeln.*

Das Siegel der Urkundsperson soll deren Unterschrift bekräftigen. Öffentliche Urkunden, die in der Verwahrung der Urkundsperson verbleiben, müssen daher nicht gesiegelt werden. Bei öffentlichen Urkunden, die im Rechtsverkehr verwendet werden, ist es jedoch von Bedeutung, dass nachvollzogen werden kann, welche Urkundsperson das Geschäft öffentlich beurkundet hat. Das Siegel ist in der Nähe der Unterschrift der Urkundsperson anzubringen.

Für die Erstellung, die Gestaltung und auch die Vergabe des Siegels sind die Kantone zuständig.

<sup>316</sup> Vgl. bspw. BE: Art. 65 NO-BE.

<sup>317</sup> Vgl. bspw. FR: Art. 74 NG-FR.

### 7.5.5.6 Anmeldung von Geschäften bei Registerämtern / Meldung bei Behörden

Leitsatz:

*Die Urkundsperson kann öffentliche Urkunden, die Grundlage für Registereinträge bilden, beim entsprechenden Amt anmelden.*

Einige öffentliche Urkunden bilden Grundlage für Eintragungen in Registern (insbesondere Grundbuch und Handelsregister). So wird im Bereich des Grundbuchs oder des Handelsregisters für eine Vielzahl von Rechtsgrundausweisen die Form der öffentlichen Beurkundung verlangt, um Gewähr zu haben, dass dieser den entsprechenden Inhalt aufweist, um eine Eintragung vornehmen zu können. Gemäss Art. 963 Abs. 3 ZGB können die Urkundspersonen durch die Kantone angewiesen werden, die von ihnen beurkundeten Geschäfte beim Grundbuchamt anzumelden. Besteht eine solche kantonale Regelung, kann die Urkundsperson das Geschäft beim Grundbuchamt anmelden, ohne dass sie explizit dafür bevollmächtigt werden muss. In der Regel ist das Original einer öffentlichen Urkunde beim Register einzureichen; ist die Urkundsperson jedoch zu der Aufbewahrung des Originals der öffentlichen Urkunde verpflichtet, kann eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Kopie eingereicht werden (vgl. dazu Art. 62 Abs. 1 GBV und Art. 20 Abs. 1 HRegV).

Die Form der öffentlichen Beurkundung soll sicherstellen, dass die geforderten Rechtsgrundausweise eine sichere und verlässliche Grundlage für einen Registereintrag bilden. Für ein funktionierendes Rechtssystem und die Rechtssicherheit ist es von enormer Bedeutung, dass die Register auf einem aktuellen Stand sind. Es ist daher naheliegend, dass Urkundspersonen, welche ein öffentliches Amt ausüben, im Rahmen ihrer Möglichkeiten dazu beitragen, dass die Register nachgeführt werden können.

## 7.6 Die Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde und die Rechtsfolgen

Leitsatz:

*Keine öffentliche Urkunde entsteht, wenn:*

- *die Urkundsperson nicht über die Beurkundungsbefugnis verfügt;*
- *die Urkundsperson sachlich und / oder örtlich nicht zuständig war;*
- *eine Selbstbeteiligung der Urkundsperson vorliegt;*
- *die Urkundsperson die beurkundeten Willenserklärungen oder Vorgänge nicht selber wahrgenommen hat;*
- *die Erklärenden nicht persönlich Kenntnis vom Inhalt der öffentlichen Urkunde genommen und ihre Genehmigung dazu geäussert haben;*
- *die Unterschrift der Urkundsperson fehlt.*

*Eine öffentliche Urkunde ist anfechtbar, wenn:*

- *die Urkundsperson gegen die Ausstandspflichten verstossen hat;*
- *die Urkundsperson gegen die Interessenwahrungspflicht verstossen hat;*
- *ein Beurkundungsbegehr fehlt;*
- *auf der öffentlichen Urkunde das Datum fehlt.*

## 7.6.1 Aktuelle Situation

Die Mitglieder der Groupe de réflexion hielten fest, dass betreffend Nicht-Entstehung bzw. Nichtigkeit von öffentlichen Urkunden die folgenden Themenbereiche respektive Fragen zu diskutieren seien:

- Soll die Differenzierung zwischen Ordnungs- und Gültigkeitsvorschriften beibehalten werden?
- Kann es bei einer öffentlichen Urkunde eine teilweise Formungültigkeit geben?
- Kann es auf kantonaler Stufe Regelungen hinsichtlich der materiell-rechtlichen Folgen bei der Verletzung von Gültigkeitsvorschriften geben?
- Wie weit muss bzw. kann ein Verfahrensrecht die materiell-rechtlichen Folgen eines Verfahrensfehlers regeln?

Nachfolgend wird auf diese einzelnen Themenbereiche respektive Fragen eingegangen.

### 7.6.1.1 Unterscheidung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften

Wird eine Beurkundungsvorschrift verletzt, führt dies zu einem Verfahrensmangel und dieser zu einem Formmangel. Hinsichtlich Verfahrensvorschriften wird unter heutigem Recht zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften unterschieden.<sup>318</sup> Wird eine Gültigkeitsvorschrift verletzt, so entsteht keine öffentliche Urkunde. Der Verstoss gegen eine Ordnungsvorschrift hat keinen Einfluss auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde, kann aber disziplinarische, straf- oder vermögensrechtliche Folgen für die Urkundsperson nach sich ziehen.<sup>319</sup> Ob es sich bei einer bestimmten beurkundungsrechtlichen Verfahrensvorschrift um eine Gültigkeitsvorschrift oder um eine Ordnungsvorschrift handelt, wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und einem Teil der Lehre bei den kantonalen Verfahren durch das kantonale Recht und die bundesrechtlichen Mindestanforderungen bestimmt.<sup>320</sup> Insbesondere wird aber auch differenzierend die Auffassung vertreten, eine Verletzung der bundesrechtlichen Minimalanforderungen an die öffentliche Beurkundung könne von den Kantonen nicht als blosse Verletzung von Ordnungsvorschriften deklariert werden.<sup>321</sup> Bei den Verfahren nach ZGB muss die Unterscheidung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften immer gemäss Bundesrecht vorgenommen werden.<sup>322</sup>

### 7.6.1.2 Unterscheidung zwischen der Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift (Tatbestand des Verfahrensfehlers) und der zivilrechtlichen Rechtsfolge

Die beurkundungsrechtliche Frage der Entstehung oder der Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde (Verfahrensfehler als Tatbestand) darf nicht mit der materiell-rechtlichen Frage der Rechtsfolgen eines Formmangels bei öffentlichen Urkunden gleichgesetzt werden.<sup>323</sup> Die Diskussion der materiell-rechtlichen Folgen der Ungültigkeit der öffentlichen Urkunde bildet nicht Gegenstand des Mandats der Groupe de réflexion.

Im Kontext der Nicht-Entstehung von öffentlichen Urkunden ist strittig, ob die Kantone auch über die diesbezügliche materiell-rechtliche Wirkung befinden können. Das Bundesgericht vertritt für das heutige Recht die Meinung, dass die Kantone sowohl die Gültigkeitsvoraussetzungen für die Entstehung öffentlicher Urkunden wie auch die Wirkung eines Verfahrensfehlers

<sup>318</sup> CARLEN, S. 103 ff.; KOLLER, N. 20; MARTI, S. 79.

<sup>319</sup> MARTI, S. 79.

<sup>320</sup> BRÜCKNER, N. 1488; BGE 106 II 146, 149 ff.; KOLLER verzichtet auf einen Hinweis betreffend bundesrechtliche Mindestanforderungen (KOLLER, N. 20 f.).

<sup>321</sup> HÜRLIMANN-KAUP/SCHUMACHER/SCHMID, S. 192; Bericht ARNET (Anhang 3, Ziff. 2.3).

<sup>322</sup> BRÜCKNER, N. 1488.

<sup>323</sup> BRÜCKNER, N. 1489.

regeln können.<sup>324</sup> In der Literatur finden sich Autoren, welche dieser Auffassung des Bundesgerichts nicht folgen können und sich dafür aussprechen, dass sich die kantonale Regelungskompetenz auf die Frage der Entstehung oder Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde beschränke und die Frage der materiell-rechtlichen Wirkung ausschliesslich durch das Bundesrecht beantwortet werde.<sup>325</sup>

Lehre und Rechtsprechung sind uneinig, ob die Formungültigkeit auf der Ebene des materiellen Rechts eine absolute oder eine relative Nichtigkeit bewirkt.<sup>326</sup> Ausgehend von der klassischen Nichtigkeitslehre sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und einem Teil der Lehre mit einem Formmangel behaftete Verträge absolut nichtig und damit unheilbar unwirksam.<sup>327</sup> Vertreter der relativen Nichtigkeitslehre dagegen, gehen davon aus, dass ein Formmangel durch die Erfüllung des Vertrags geheilt werden könne.<sup>328</sup>

Seitens der Mitglieder der Groupe de réflexion wurde vorgebracht, dass die Abgrenzung zwischen der Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde und den materiell-rechtlichen Folgen einer solchen Nicht-Entstehung häufig nicht konsequent vorgenommen werde. Bei der Ausarbeitung des Leitsatzes zu der Nicht-Entstehung solle diesbezüglich auf eine klare Trennung geachtet werden. Zudem biete die Erarbeitung eines Leitsatzes zur Nicht-Entstehung von öffentlichen Urkunden die Möglichkeit, diesbezügliche neue Ansätze zu diskutieren und unter gegebenen Umständen vom bisherigen System abzuweichen. Die materiell-rechtlichen Wirkungen der Ungültigkeit sind dem Bundesprivatrecht zuzuordnen und nicht Gegenstand des Mandats der Groupe de réflexion (vgl. hinten Ziffer 7.6.4).

## 7.6.2 Unterscheidung zwischen «Nichtentstehung und Anfechtbarkeit der Urkunde»

### 7.6.2.1 Allgemeine Überlegungen

Wie vorstehend ausgeführt, wird heute bei einem Verstoss gegen beurkundungsrechtliche Verfahrensvorschriften unterschieden zwischen Ordnungs- und Gültigkeitsvorschriften. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig darüber, dass eine Differenzierung zwischen Gültigkeits- und Ordnungsvorschriften beibehalten werden soll. Nicht jeder Verstoss gegen eine bestimmte Verfahrensvorschrift rechtfertige – gerade auch in Hinsicht der materiell-rechtlichen Wirkungen – in der Konsequenz die Nichtentstehung einer öffentlichen Urkunde.

Im Rahmen der Diskussionen in der Groupe de réflexion wurde die Idee eingebbracht, dass im Bereich der Gültigkeitsvorschriften eine weitere Unterteilung vorgenommen werden sollte. Die Grundlage der Überlegung bestand darin, dass es Verfahrensfehler gibt, die nicht ohne Auslegungsspielraum feststellbar, aber für die Beurkundung so bedeutsam sind, dass sie den Gültigkeitsvorschriften zuzurechnen sind (z.B. Interessenwahrungspflicht). Bei den Gültigkeitsvorschriften sollte daher unterschieden werden zwischen den Tatbeständen, welche die Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde zur Folge haben und denjenigen, die zu einer Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde führen. Diese beiden Kategorien würden sich einerseits in Bezug auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde aber auch betreffend Rechtsfolgen unterscheiden. Diese Überlegung lässt sich im folgenden Schema zusammenfassen:

---

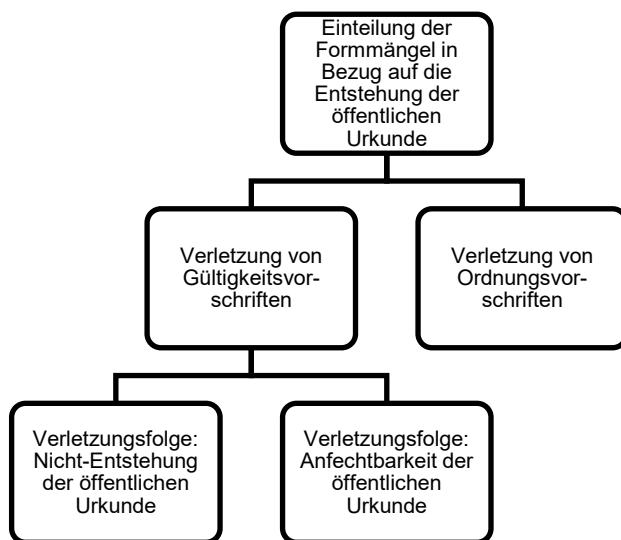
<sup>324</sup> BGE 106 II 146, 151 f.

<sup>325</sup> BRÜCKNER, N. 1490 ff.; KOLLER, N. 20 ff.; vgl. auch Bericht ARNET (Anhang 3, Ziff. 2.3).

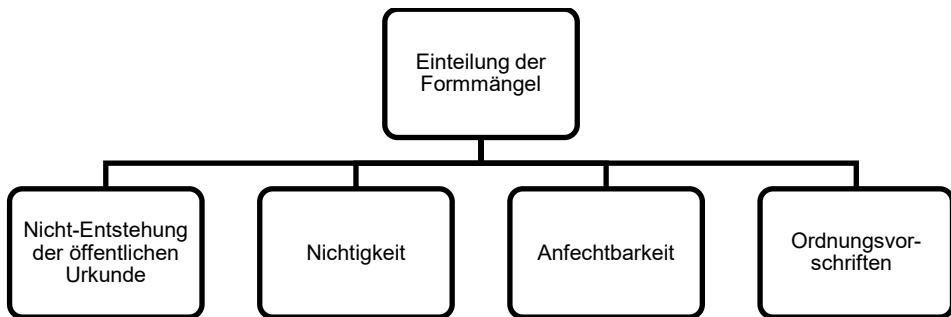
<sup>326</sup> HUGUENIN, N. 375.

<sup>327</sup> BGE 116 II 700 E. 3.b; HUGUENIN, N. 369; vgl. die Übersicht zum Stand von Rechtsprechung und Lehre in GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR AT I, N. 548 ff.

<sup>328</sup> HUGUENIN, N. 375.



Die Groupe de réflexion diskutierte zudem einen weiteren Vorschlag, bei dem die Folgen der Verletzungen von Verfahrensvorschriften in vier Kategorien eingeteilt werden. Diese Idee kann in einem Schema wie folgt dargestellt werden:



Im Hinblick auf die beiden vorstehenden Schemata wurden in der Groupe de réflexion die Unterschiede bezüglich der beiden Kategorien der «Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde» und der «Nichtigkeit einer öffentlichen Urkunde» diskutiert. Eine «nicht-entstandene» öffentliche Urkunde hat zu keiner Zeit existiert. Eine «Heilung» in Form einer Erfüllung des Rechtsgeschäfts ist damit gar nicht möglich. Mit anderen Worten besteht für ein Gericht kein Handlungsspielraum in Bezug auf eine mögliche Gültigkeit der «öffentlichen Urkunde», denn was nicht entstanden ist kann auch nicht gültig sein. Dagegen existiert eine «nichtige» öffentliche Urkunde zwar, allerdings entfaltet sie keine Wirkung.

Die Mitglieder der Groupe de réflexion einigten sich darauf, dass beide Vorschläge hinsichtlich der Kategorisierung der Verletzung der Verfahrensvorschriften weiterverfolgt und idealerweise kombiniert werden sollten. In den nachfolgenden Ziffern werden die diesbezüglichen Überlegungen der Groupe de réflexion in Bezug auf die Einteilung von Formmängeln im Beurkundungsverfahren dargelegt.

### 7.6.2.2 De lege ferenda: Bundesrechtliche Kompetenz zur Einteilung der Formmängel in Bezug auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde

Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass die Qualifikation einer beurkundungsrechtlichen Verfahrensvorschrift als Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift bei einem allfälligen zukünftigen bündesrechtlichen Beurkundungsverfahren klarerweise durch Bundesrecht zu erfolgen hat. Ebenfalls durch Bundesrecht festzulegen wäre sodann, welche Verfahrensfehler im Bereich der Gültigkeitsvorschriften zu einer Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde führen und welche allenfalls zu deren Anfechtbarkeit. Kantonale Vorschriften, welche über die bündesrechtlichen Bestimmungen hinausgehen würden, wären dann immer als Ordnungsvorschriften zu qualifizieren. Raum für kantonale Gültigkeitsvorschriften in Bezug auf die Frage der Entstehung oder Nicht-Entstehung sowie der Anfechtbarkeit von öffentlichen Urkunden wäre diesfalls nicht mehr vorhanden.

Wird auf Bundesrechtsebene eine Verfahrensvorschrift als Ordnungsvorschrift qualifiziert, so müsste zudem festgehalten werden, ob diesfalls die Sanktion ebenfalls auf Bundesstufe festgelegt werden soll oder diese durch die Kantone zu bestimmen ist. Die Mitglieder der Groupe de réflexion waren sich einig, dass beides denkbar wäre.

### 7.6.2.3 Gültigkeitsvorschriften

#### 7.6.2.3.1 Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde

##### Allgemeines

Werden bei der öffentlichen Beurkundung wesentliche Verfahrenselemente verletzt oder nicht beachtet, so soll dies zur Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunden führen. Diese Nicht-Entstehung von öffentlichen Urkunden ist von Amtes wegen zu beachten und muss nicht klageweise geltend gemacht werden.

Die Mitglieder der Groupe de réflexion sprachen sich dafür aus, dass aus Gründen der Rechts-sicherheit und in Anbetracht der materiell-rechtlichen Wirkung die Elemente, welche zur Nicht-Entstehung von öffentlichen Urkunden führen, konkret und abschliessend aufgelistet werden sollten. Des Weiteren sollten diese Elemente keinen Interpretationsspielraum in Bezug auf die Einhaltung oder Nicht-Einhaltung der Verfahrensvorschriften lassen.

Entsprechend findet sich im Leitsatz zur «Nicht-Entstehung der öffentlichen Urkunde» eine abschliessende Aufzählung der Tatbestände, welche im Ergebnis dazu führen, dass keine öffentliche Urkunde entsteht. Zu diesen Tatbeständen gehören die Fälle, in denen

- die Urkundsperson nicht über die Beurkundungsbefugnis verfügt (vgl. dazu Ziffer 7.3.2);
- die Urkundsperson sachlich und / oder örtlich nicht zuständig war (vgl. dazu Ziffer 7.3.3);
- eine Selbstbeteiligung der Urkundsperson vorliegt (vgl. dazu Ziffer 7.4.6);
- die Urkundsperson die beurkundeten Willenserklärungen oder Vorgänge nicht selber wahrgenommen hat (vgl. dazu Ziffer 7.5.4.3);
- die Erklärenden nicht persönlich Kenntnis vom Inhalt der öffentlichen Urkunde genommen und ihre Genehmigung dazu geäussert haben (vgl. dazu Ziffer 7.5.4.5);
- die Unterschrift der Urkundsperson fehlt (vgl. dazu Ziffer 7.5.1.2).

### 7.6.2.3.2 Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde

#### Allgemeines

Verfahrensfehler, die zu einer Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde führen, können nur dann das Nicht-Entstehen einer öffentlichen Urkunde bewirken, wenn sie auf Klage hin festgestellt wurden.

Die Möglichkeit der Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde wurde seitens einiger Mitglieder der Groupe de réflexion kritisch hinterfragt. Es sei hinsichtlich Rechtssicherheit problematisch, wenn sich öffentliche Urkunden in einem rechtlichen «Schwebezustand» befinden würden. Dagegen wurde das Argument vorgebracht, dass bereits heute im Bundesprivatrecht das Institut der Anfechtbarkeit vorgesehen sei. So könne nach Artikel 520 Absatz 1 ZGB eine Verfügung von Todes wegen aufgrund der Verletzung von Verfahrensvorschriften auf erhobene Klage hin für ungültig erklärt werden (Klagefrist: 1 Jahr gemäss Art. 521 ZGB). Des Weiteren ist in Artikel 21 und 31 OR geregelt, dass die Übervorteilung und beachtliche Willensmängel bei entsprechender Erklärung innert Jahresfrist zur einseitigen Unverbindlichkeit eines Vertrages führen und dieser damit bloss anfechtbar ist.

Da auf bundesrechtlicher Stufe im Bereich der Verfügungen von Todes wegen bereits Bestimmungen betreffend Anfechtbarkeit bestehen, würde es sich anbieten, für den Bereich der öffentlichen Beurkundung allenfalls analoge Vorgehensweisen und Regelungen zu wählen. So könnte der Kreis der zur Klage legitimierten Personen dahingehend eingeschränkt werden, dass für die Aktivlegitimation die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe (Parteien) bzw. eine Betroffenheit durch das Rechtsgeschäft nachzuweisen wäre. Unbeteiligte Dritte könnten sich somit nicht auf die Anfechtungsgründe berufen. Den Beweis für das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes hätte sodann der Kläger zu erbringen.

Damit der rechtliche «Schwebezustand» nicht auf unbestimmte Zeit andauert, wurde von den Mitgliedern der Groupe de réflexion vorgeschlagen, analog zu Artikel 521 ZGB eine Frist vorzusehen, innert der die Klage hängig gemacht werden muss. In Bezug auf die Dauer dieser Frist könnte ebenfalls Artikel 521 ZGB als Grundlage genommen werden.

Als Möglichkeit, den «Schwebezustand» zu beseitigen, wurde als Lösung eine «Heilung» der öffentlichen Urkunde mittels eines Registereintrags vorgeschlagen. Hiergegen wurde aber das Argument vorgebracht, dass eine solche Rechtsfolge im Grundbuch- oder Handelsregisterrecht geregelt werden müsste.

Ob eine fehlende Datierung zur Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde oder zu deren Anfechtbarkeit führt, wurde in der Groupe de réflexion intensiv diskutiert. Einerseits wurde diesbezüglich die Meinung vertreten, dass ein fehlendes Datum unter Berücksichtigung der Interessen der beteiligten Parteien im Ergebnis nicht zur Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde führen könne. Dagegen wurde vorgebracht, dass gerade die Datierung unter Umständen für den Bestand der öffentlichen Urkunde zentral sein könne, z.B. wenn es um die Handlungsfähigkeit der Parteien oder Urkundsparteien gehe.

Zu einer Anfechtbarkeit der öffentlichen Urkunde führen die folgenden Tatbestände:

- Die Urkundsperson hat gegen die Ausstandspflichten verstossen (vgl. dazu Ziffer 7.4.6);
- Die Urkundsperson hat gegen die Interessenwahrungspflicht verstossen (vgl. dazu Ziffer 7.4.4);
- Das Beurkundungsbegehren fehlt (vgl. dazu Ziffer 7.5.2);
- Auf der öffentlichen Urkunde fehlt das Datum (vgl. dazu Ziffer 7.5.1.2).

#### 7.6.2.4 Ordnungsvorschriften

Unter den Ordnungsvorschriften sind diejenigen beurkundungsrechtlichen Verfahrensvorschriften zu verstehen, deren Verletzung respektive Nichtbeachtung keinen Einfluss auf die Entstehung der öffentlichen Urkunde hat. Ordnungsvorschriften richten sich primär an die Urkundsperson und nicht unbedingt an die beteiligten Parteien oder Urkundsparteien.<sup>329</sup> Wie bereits vorstehend ausgeführt, kann die Verletzung von Ordnungsvorschriften disziplinari-sche, strafrechtliche oder auch vermögensrechtliche Folgen für die Urkundsperson haben.

Nach Ansicht der Groupe de réflexion sind bspw. folgende Verstöße gegen Verfahrensvorschriften als Ordnungsvorschriften zu qualifizieren:

- Die Urkundsperson hat gegen die Urkundspflicht verstoßen (Ziffer 7.4.2);
- Die Urkundsperson hat gegen die Wahrheitspflicht verstoßen (Ziffer 7.4.3);
- Die Urkundsperson hat gegen die Geheimhaltungspflicht verstoßen (Ziffer 7.4.7);
- Die Urkundsperson klärt die Vertragsparteien nicht über die Vertragsform und deren Wirkung auf (vgl. dazu Ziffer 7.5.3.3).

#### 7.6.3 Umfang des Formzwangs – Teilweise Formungsgültigkeit bei öffentlichen Urkunden

Im Rahmen der Diskussionen der Groupe de réflexion wurde die Frage aufgegriffen, ob bei öffentlichen Urkunden eine aus verfahrungsrechtlicher Sicht teilweise Formungsgültigkeit möglich sei. Der Umfang des Formerfordernisses der öffentlichen Beurkundung ergibt sich aus dem Bundesrecht.<sup>330</sup> Von selbst versteht sich, dass ein Formmangel aus materiell-rechtlicher Sicht zur Ungültigkeit des mangelbehafteten Vertragsteils führt. Wo ein Mangel alle formbedürftigen Vertragsbestandteile betrifft, sind somit alle diese Vertragsbestandteile ungültig.<sup>331</sup> Im Bereich der öffentlichen Beurkundung wirkt sich ein allfälliger Verfahrensfehler entsprechend materiell-rechtlich auf alle formbedürftigen Punkte aus.<sup>332</sup> Betrifft der Formmangel dagegen nur einen Teil des Rechtsgeschäfts, wird in der Literatur die materiell-rechtliche Frage kontrovers diskutiert, ob der vom Formmangel nicht erfasste Vertragsteil ebenfalls ungültig ist oder aber aufrechterhalten werden kann. In Bezug auf die verfahrensrechtliche Frage, ob eine öffentliche Urkunde nur teilweise entstehen kann oder nur teilweise anfechtbar ist, waren die Mitglieder der Groupe de réflexion der Meinung, dass dies ausgeschlossen sei.

#### 7.6.4 Regelung der materiell-rechtlichen Folgen eines Verfahrensfehlers

##### 7.6.4.1 Bundesrechtliche und kantonalrechtliche Regelungskompetenzen betreffend materiell-rechtliche Folgen eines Verfahrensfehlers

Wie bereits unter Ziffer 7.6.1.2 erwähnt, darf die beurkundungsrechtliche Frage der Entstehung oder der Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde nicht mit den damit einhergehenden materiell-rechtlichen Wirkungen gleichgesetzt werden. Das Bundesgericht hat sich in BGE 106 II 146 dahingehend geäussert, dass das kantonale Recht nicht nur für den Entscheid über die Entstehung oder Nicht-Entstehung einer öffentlichen Urkunde massgebend sei, sondern auch über die materiell-rechtliche Wirkung einer nicht entstandenen öffentlichen Urkunde be-stimme. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei es also Sache der Kantone festzustel-len, ob bei einer öffentlichen Urkunde eine absolute oder eine relative Ungültigkeit vorliege.<sup>333</sup>

---

<sup>329</sup> KOLLER, OR AT, N. 12.24.

<sup>330</sup> KOLLER, OR AT, N. 12.60 und N. 12.84.

<sup>331</sup> KOLLER, N. 96.

<sup>332</sup> KOLLER, N. 96.

<sup>333</sup> KOLLER, N. 20.

Ob dieser höchstrichterlichen Auffassung, welche in der Literatur<sup>334</sup> nicht unbestritten ist, zu folgen ist, kann offen bleiben, wenn das Beurkundungsverfahren auf Bundesstufe geregelt würde. In diesem Fall wären die verfahrensrechtlichen Gültigkeitsvorschriften auf Bundesstufe abschliessend zu bestimmen, so dass allfälligen kantonalen Vorschriften nur noch Ordnungscharakter zukäme (vgl. dazu Ziffer 7.6.2.2). Bleibt auf kantonaler Ebene kein Raum für Regelungen im Hinblick auf die Entstehung oder Nicht-Entstehung von öffentlichen Urkunden, können auch die materiell-rechtlichen Wirkungen nicht durch kantonale Bestimmungen festgelegt werden. Die Wirkung der Verletzung von verfahrensrechtlichen Gültigkeitsvorschriften wäre dann durch das materielle Privatrecht zu beantworten.

#### 7.6.4.2 Materiell-rechtliche Folgen eines Verfahrensfehlers

Ist aufgrund eines Verfahrensfehlers keine öffentliche Urkunde entstanden, stellt sich die Frage der Gültigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts respektive der Belegwirkung der öffentlichen Urkunde. Diese Frage bildet nicht Inhalt des Mandats der Groupe de réflexion.

### 7.7 Aufhebung der beurkundungsrechtlichen Sonderregelungen des ZGB

*Kein Leitsatz.*

Würde man im Rahmen einer Vereinheitlichung der Beurkundungsverfahren detaillierte Regelungen ausarbeiten, wären wohl auch die beurkundungsrechtlichen Sonderregelungen des ZGB für Verfügungen von Todes wegen zu überdenken<sup>335</sup>. So könnten bei Verfügungen von Todes wegen bspw. die gleichen Regelungen für anwendbar erklärt werden, welche für alle anderen Geschäfte, die öffentlich zu beurkunden sind, gelten. In diesem Zusammenhang zu klären, wäre die Frage, ob der Bezug von Zeugen weiterhin vorgeschrieben werden soll.

### 7.8 Aufsichtswesen / Disziplinarmassnahmen

*Kein Leitsatz.*

Es ist Sache der Kantone, einer Urkundsperson die Beurkundungsbefugnis zu erteilen. Gleichzeitig ist es aber auch Aufgabe der Kantone, die Beurkundungsbefugnis wieder zu entziehen, wenn eine Urkundsperson die Voraussetzungen dafür nicht mehr erfüllt. Die Organisation des Aufsichts- und Disziplinarwesens ist Sache der Kantone.

### 7.9 Verantwortung und Haftung

*Kein Leitsatz.*

Urkundspersonen können für Schäden, die aufgrund mangelhafter Beurkundungstätigkeiten entstanden sind, haftbar gemacht werden. Artikel 61 OR ermächtigt die Kantone, die Schadenersatzpflicht kantonaler Beamter im kantonalen Recht zur regeln. Diese vermögensrechtliche Haftung soll auch weiterhin durch die Kantone festgelegt werden.

### 7.10 Buchführung, Geldverkehr, Zahlungsbereitschaft und Aufbewahrung von Geldmitteln

*Kein Leitsatz.*

Gewisse Kantone sehen in ihren rechtlichen Regelungen eine Buchführungspflicht vor, wo bei der Umfang variieren kann.<sup>336</sup>

<sup>334</sup> Vgl. dazu BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 3 f. und KOLLER, N. 22.

<sup>335</sup> Die ZGB-Beurkundungsverfahren finden bei allen Rechtsgeschäften von Todes wegen Anwendung, so auch bei der Schenkung auf den Tod (Art. 245 Abs. 2 OR) und beim Verpründungsvertrag (Art. 522 Abs. 1 OR).

<sup>336</sup> CARLEN, S. 124.

Die Regelungen betreffend Buchführung, Geldverkehr, Zahlungsbereitschaft und die Aufbewahrung von Geldmitteln soll den Kantonen überlassen werden.

## 7.11 Gebühren / Unentgeltliche öffentliche Beurkundung bei Bedürftigkeit

*Kein Leitsatz.*

Für die Vornahme der öffentlichen Beurkundung verlangen die Urkundspersonen ein Entgelt. Dabei handelt es sich um öffentlich-rechtliche Gebühren des kantonalen Rechts.<sup>337</sup> Schuldner der Gebühr ist die Urkundspartei respektive die Partei, welche der Urkundsperson die Roga-tion erteilt hat.<sup>338</sup>

Die detaillierte Regelung der Gebühren ist Sache der Kantone, weshalb kein Leitsatz dazu verfasst wird.

## 8 Fazit

Im Gegensatz zu anderen Ländern ist das Verfahren zur öffentlichen Beurkundung in der Schweiz nicht vereinheitlicht. Jeder Kanton hat diesbezüglich seine eigenen Regeln und seine eigenen Bestimmungen. So bestehen heute 26 verschiedene kantonale Ordnungen zum Beurkundungsrecht. Die Unterschiede der einzelnen kantonalen Regelungen können im Einzelfall durchaus von Bedeutung sein: Übt die Urkundsperson ihre Tätigkeit freiberuflich aus oder im Rahmen einer Anstellung beim Kanton? Wie viele Originale einer öffentlichen Urkunde werden im Rahmen des Hauptverfahrens erstellt? Kann eine Ausfertigung auch in elektronischer Form erstellt werden? Welche Ausstandspflichten hat eine Urkundsperson zu beachten? Kann eine öffentliche Urkunde auch in zwei Sprachen verfasst werden?

Trotz all der Verschiedenheiten kommt man beim Betrachten der kantonalen Beurkundungsverfahren zum Schluss, dass diese in ihren Grundsätzen nicht allzu stark voneinander abweichen. Der Grund dafür mag darin liegen, dass die zunehmende wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Verfahren des Beurkundungsrechts zu einer gegenseitigen Beeinflussung und zu einer Angleichung der kantonalen Regelungen geführt hat. Andererseits ist in der Lehre und in der Rechtsprechung seit geraumer Zeit unbestritten, dass in Bezug auf die öffentliche Beurkundung gewisse bundesrechtliche Mindestanforderungen existieren und die kantonalen Bestimmungen diesen Rechnung zu tragen haben.

Die öffentliche Beurkundung spielt in vielen zentralen Lebensbereichen eine wichtige Rolle, sei dies beim Kauf einer Liegenschaft, beim Abschluss eines Ehevertrages oder bei der Gründung einer Gesellschaft. Der Bedarf nach transparenten, funktionalen und klaren Beurkundungsregelungen ist daher durchaus nachvollziehbar. Welche Regeln nun aber beim Beurkundungsverfahren zur Anwendung kommen, hängt davon ab, in welchem Kanton die Beurkundung vorgenommen wird. Diese Tatsache, dass je nach Kanton unterschiedliche Regelungen gelten, ist nur schwer vereinbar mit der Forderung nach Transparenz, Funktionalität und Klarheit.

Als Ergebnis der Arbeiten der Groupe de réflexion kann festgehalten werden, dass eine Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens durchaus möglich ist. Wie eine solche Vereinheitlichung zu erfolgen hat, ist eine Frage, die viel Diskussionsstoff bietet. Die öffentliche Beurkundung dient insbesondere dem Schutz der Parteien und der Rechtssicherheit und soll im Hinblick auf Registereinträge klare Verhältnisse schaffen. Bei der Gestaltung eines bundesrechtlichen Beurkundungsverfahrens sind diese Zwecke jederzeit im Auge zu behalten.

---

<sup>337</sup> CARLEN, S. 155; MARTI, S. 157.

<sup>338</sup> MARTI, S. 157.

**Anhang 1: *Propositions pour le point « Einteilung der Themenliste »; Bericht von Herrn Prof. Dr. Denis Piotet, Lausanne***

**Anhang 2: *Gutachten des BJ betreffend Bundeskompetenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens vom 13. September 2018***

**Anhang 3: *Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz von Bund und Kantonen im Bereich des Beurkundungsrechts; Bericht von Frau Prof. Dr. Ruth Arnet, Zürich***

## PROPOSITIONS POUR LE POINT « EINTEILUNG DER THEMENLISTE »

.....

Les lignes qui suivent font suite au mandat reçu de la Présidence du groupe de travail lors de la séance du 24 septembre 2018 à Berne.

Le soussigné avait insisté sur la nécessité de définir à quel type d'acte authentique devaient s'appliquer les règles de forme fédérales qui devaient être élaborées par le Groupe de travail. Nombre de règles de l'avant-projet de 2012 ont été critiquées après mise en consultation à raison du fait qu'elles étaient inapplicables à certaines catégories d'actes authentiques, et que si elles avaient des limites, les dispositions projetées ne les explicitaient pas par rapport à des actes précis.

Le soussigné reprend tout d'abord les catégories des actes authentiques ne portant pas typiquement sur des actes juridiques (Willenserklärungsbeurkundungen) (I) : il fait ensuite une proposition adressée au Groupe de travail (II).

### I : CLASSIFICATION

#### A/1. Actes constatatoires prévus par le droit fédéral entrant typiquement dans la compétences des notaires et officiers publics

- inventaire authentique (art. 195a CC, 20LPart., 763 CC)  
cf. M. Mooser, Le droit notarial suisse, n. 739ss p. 477ss ;  
D. Piotet, in « La procédure d'instrumentation », Zürich 2007, p. 279ss.

**NB !** L'inventaire peut contenir un accord de volontés sur un bien et sa valeur : il y a alors acte juridique (C. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, ZH 1993, n. 3157 p. 890 : D.Piotet, cit., p. 279s.)

- non-soumission à autorisation LFAIE (art. 18 de l'Ord. du 1.10.1984 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger)  
cf. M. Mooser,n. 752 p. 485 ;  
D. Piotet, cit., p. 277
- protêt d'effet de change (art. 1034ss CO)  
Attention : aussi placé dans la compétence matérielle des offices de poursuites.

- légalisation (art. 931a al.2 CO et 18 ORC ; art. 86 ORF, 18a OEC, 5 al.2 OIPRP, 15, 90, 556 al.2, 597 al.2, 720, 814 al. 6, 901, 997, 1085, 1098 al.2, 1143 al. 1 ch. 20, 1172 al.2 CO)
- constats de conformité à un ou plusieurs documents (visas) (art. 652h al.1 ch.2, 857 al. 3, 1048 CO ; art. 103 al.3 LFus.)  
Sur le dernier cas : M. Mooser, n. 715a p. 465
- attestations de faits autorisant l'écriture au registre du commerce (art. 653i al.2, 734 CO).

#### A/2 Actes constatatoires prévus par le droit fédéral ne rentrant qu'exceptionnellement dans la compétence des notaires et officiers publics

- acte d'ouverture de disposition à cause de mort (NE, BE, pour partie FR) (art. 557 CC).
- certificat d'héritier (art 559 CC) (NE, BE, pour partie FR)  
Cf. M. Mooser, n. 744ss p. 479ss  
D. Piotet, 2007, p. 280ss

#### A/3. Procès-verbaux authentiques d'actes juridiques

La classification de cette catégorie est très controversée et dépend de la définition de chaque auteur.

Cf. C. Brückner, op.cit., n. 57ss p.25ss : « Erklärungen zur Protokoll, Erklärungen zu Urkund »

Cf. A. Marti, Notariatsprozess, Bern 1989, p. 25ss : « Wissenserklärungsbeurkundungen »

Pour d'autres auteurs, ces cas sont classés parmi les actes constatatoires (Sachbeurkundungen) : cf. M. Mooser, op.cit., n. 710ss p. 458ss

Critique de cette classification pour au contraire ranger ces cas parmi les instrumentations d'actes juridiques : A. Perrin, La forme authentique dans la société anonyme, Lausanne 1996, p.12ss.

Il s'agit de :

- procès-verbaux d'assemblées générales de sociétés privées (art. 647, 650, 736 al.2 ; 764 al.2 ; 821 al.2 ; 874 al.2 CO ; art. 20, 44, 65 et 79 al.3 LFus.) ;
- procès-verbaux de conseils d'administration ou d'exécutifs de sociétés privées (art. 652g al.2, 653 g CO) ;
- procès-verbaux de l'assemblée de la communauté des créanciers en matière d'emprunts par obligations (art. 6 de l'Ord. du 9.12.1949, RS 221.522.1).

## B/ ACTES CONSTATATOIRES PREVUS PAR LES LOIS CANTONALES

La liste n'est pas exhaustive.

Certificats de vie ou de décès ;  
Actes de notoriété ;  
Constats authentiques, par ex. de tirage au sort;  
Visas ;  
Vidimus ;  
Expéditions (öffentliche Ausfertigungen);  
Constats de carence ;  
Attestation de déclaration sous serment ;  
Affidavit ;  
etc.

- Hors du droit privé fédéral, la juridiction gracieuse relève du droit cantonal, qui reste libre de prévoir d'autres titres publics (présumés exacts) placés dans la compétence de l'officier public.
- Les cantons peuvent soumettre à la forme authentique des actes juridiques du droit public librement (par ex., dans le cadre de remaniements parcellaires ou améliorations foncières).
- Les cantons ne peuvent soumettre à la forme authentique des actes juridiques du droit privé que si le droit privé leur octroie cette compétence. C'est le cas pour le procès-verbal d'une vente aux enchères, art. 236 CO (cf. M. Mooser, n. 749ss, p. 483s ; D. Piotet, 2007, p. 282).

.....

## II. PROPOSITION

1. Les actes authentiques purement constatatoires (Sachbeurkundungen) prévus par le droit fédéral sont très peu nombreux. Ceux, également constatatoires, prévus par le droit cantonal sont au moins aussi nombreux (B).

Les formalités de ces actes sont réglés à satisfaction dans les lois cantonales. Ils ne sont pas en lien avec le but de la forme authentique qui est de faire réfléchir les parties en connaissance de cause avant d'émettre un acte juridique important. Et ils sortent par ce trait de l'objectif d'uniformisation poursuivi par le Groupe de réflexion qui se rapporte aux actes juridiques.

Il s'ajoute à cela que dans plusieurs cas, ces actes constatatoires sont confiés à des magistrats ou des fonctionnaires qui n'ont pas la pratique pour le surplus du notariat, et qui surtout sont appelés dans leurs tâches à appliquer une procédure administrative ou civile de droit cantonal (ainsi pour le certificat d'héritier ou l'acte d'ouverture de testament) qui serait dissociée, en cas d'unification complète de la procédure d'instrumentation, d'avec celle future du droit fédéral.

Par surabondance encore, l'on rappellera qu'une instrumentation selon la procédure fédérale d'actes constatatoires de droit fédéral coexistant avec une instrumentation de droit cantonal pour les actes constatatoires de droit cantonal n'apporte aucune amélioration concrète à la pratique actuelle, et présente le risque de dissociation de règles applicables pour des actes très proches (cf. déjà les « Remarques » du soussigné déposées à la séance de septembre, p. 1 lit. B, sur le ch.5 lit. c de l'avis de la Division de droit public).

Ces raisons multiples militent pour qu'il soit renoncé à l'unification de la procédure des actes constatatoires (proposition 1).

2. Les procès-verbaux d'actes juridiques (A/3) présentent des difficultés de classification conséquentes. C'est à leur sujet que les plus grosses divergences cantonales existent aujourd'hui, allant de la question de la signature des parties et de l'unité de l'acte jusqu'à celle de la vidéo-conférence. Il n'apparaît pas raisonnable de stopper cette diversité qui contribue à l'évolution du droit, notamment dans le domaine du recours aux moyens audio-visuels, et un consensus fédéral qui gommerait toute solution cantonale particulière se heurterait à de fortes résistances.

Il est en outre difficile de séparer concrètement un acte purement constatatoire avec un procès-verbal contenant un acte juridique (par ex. pour l'inventaire, A/1 supra). Des raisons pratiques militent également pour un régime dérogatoire de ces actes juridiques leur permettant de se rapprocher d'actes authentiques constatatoires. Si l'on se rallie à la proposition (1) ci-dessus, il faut par conséquent consacrer la faculté pour les cantons de rapprocher tel ou tel procès-verbal d'acte juridique des simples actes authentiques constatatoires.

En d'autres termes, la proposition du soussigné est d'admettre l'unification de la procédure des actes juridiques authentiques, mais de laisser aux cantons celle des

actes constatatoires, et enfin de permettre aux cantons de déroger au système unifié pour les procès-verbaux d'actes juridiques (proposition 2).

Par ex., cela donnerait un art. 55c Tit.fin. CC :

- « 1. Les formalités de l'acte authentique contenant un acte juridique sont régies par les dispositions qui suivent.
- 2. Il en va de même des procès-verbaux d'actes juridiques, si les cantons n'en décident pas autrement.
- 3. Les actes authentiques purement constatatoires restent régis par le droit cantonal. »



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD  
**Bundesamt für Justiz**  
Direktionsbereich Öffentliches Recht

**P.P. CH-3003 Bern. BJ**

---

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Privatrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.260852 / 233.1/2018/00011  
Ihr Zeichen:  
Unser Zeichen: bj-chb

**Bern, 13. September 2018**

**Bundeskompétenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens**

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns gebeten, die Frage abzuklären, ob der Bundesgesetzgeber zuständig ist, das Verfahren der öffentlichen Beurkundung zu regeln. Wir äussern uns dazu gestützt auf die geltende Bundesverfassung wie folgt.

Bundesamt für Justiz BJ  
Susanne Kuster, Dr. iur., MPA Unibe  
Bundesrain 20, 3003 Bern  
Tel. +41 58 462 46 84, Fax +41 58 462 78 79  
[susanne.kuster@bj.admin.ch](mailto:susanne.kuster@bj.admin.ch)  
[www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch)

### **Zusammenfassende Beantwortung der Fragen**

Der geltende Artikel 122 Absatz 1 BV verleiht dem Bund die Zuständigkeit, den Gesamtkomplex des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts zu regeln. Dazu gehört auch das Verfahren der notariellen Erstellung öffentlicher Urkunden. Ob dieses eher dem Teilbereich des Zivilrechts oder demjenigen des Zivilprozessrechts zuzuschlagen ist, kann offen bleiben.

## Inhaltsverzeichnis

---

<b>1</b>	<b>Präzisierungen zur Fragestellung .....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>System der Einzelermächtigung des Bundes durch die Bundesverfassung..</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Regelung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit (Art. 95 Abs. 1 BV) .....</b>	<b>4</b>
<b>4</b>	<b>Zivilrecht und Zivilprozessrecht (Art. 122 Abs. 1 BV) .....</b>	<b>5</b>
4.1	Verhältnis der Bundeskompetenz zum kantonalen Recht.....	5
4.2	Umfang der Bundeskompetenz .....	5
4.2.1	Verschiedene «Theorien».....	5
4.2.2	Wortlaut.....	6
4.2.3	Systematik.....	6
4.2.4	Entstehungsgeschichte .....	6
4.2.5	Sinn und Zweck.....	8
4.2.6	Gesamtwertung .....	9
<b>5</b>	<b>Ergebnis.....</b>	<b>10</b>

## 1 Präzisierungen zur Fragestellung

- a. Es geht um die *öffentliche Beurkundung*. Gemeint ist damit vorliegend in einem engeren Sinn die Herstellung öffentlicher Urkunden durch kantonale Urkundspersonen (oft «Notare» genannt), wie sie heute in Artikel 55 f. des Schlusstitels (SchlT) des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB)<sup>1</sup> vorgesehen ist. Die Fragestellung betrifft somit nicht in einem weiteren Sinn alle öffentlichen Urkunden, die die Beweiswirkung nach Artikel 9 ZGB haben. Insbesondere die beglaubigten Auszüge aus dem Grundbuch, dem Handelsregister und dem Zivilstandsregister sind nicht zu thematisieren.
- b. Es geht nur um das *Verfahren*. Nicht Thema der Untersuchung ist insbesondere die Frage, in welchen Fällen die öffentliche Beurkundung erforderlich ist. Das ist im Bundesrecht für zivilrechtliche Belange schon heute abschliessend geregelt. Ebenfalls nicht Gegenstand des angedachten Rechtsetzungsvorhabens ist die Organisation des Notariats (Amtsnotariat / lateinisches Notariat, Aufsicht, geografische Verteilung auf den Kanton usw.).<sup>2</sup>
- c. Es geht darum, ob der betreffende Bereich vom *Bundesgesetzgeber* (d.h. auf der Stufe des Bundesgesetzes, nicht etwa bloss in einer Verordnung des Bundesrats) geregelt werden darf.

## 2 System der Einzelermächtigung des Bundes durch die Bundesverfassung

Die Zuständigkeiten des Bundes ergeben sich aus der Bundesverfassung (BV). Der Bund darf aufgrund der Artikel 3 und 42 BV nur in denjenigen Bereichen Aktivitäten entfalten – insbesondere Gesetze erlassen – in denen die Verfassung ihn dazu einzeln ermächtigt. Aufgaben, die nicht dem Bund zugewiesen werden, fallen in die Zuständigkeit der Kantone.<sup>3</sup>

Die Frage nach dem Bestehen einer Bundeskompetenz ist somit eine Frage der Auslegung der Bundesverfassung.<sup>4</sup> Das geltende Gesetzesrecht des Bundes – vorliegend das Zivilgesetzbuch – mag gewisse Indizien zu deren Auslegung enthalten, es kann aber den Umfang der Bundeskompetenzen nicht regeln: Der Bundesgesetzgeber kann seine Zuständigkeiten weder nach dem Münchhausenprinzip ausweiten, noch kann er durch den Verzicht auf die Ausübung einer bestehenden Kompetenz seinen eigenen Aktionsradius für die Zukunft beschränken.

Somit sind im Folgenden die Verfassungsbestimmungen zu untersuchen, die dem Bund möglicherweise die Kompetenz zur Regelung des Beurkundungsverfahrens verleihen könnten.

## 3 Regelung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit (Art. 95 Abs. 1 BV)

Die Urkundspersonen (*officiers publics*) sind zwar in gewissen Kantonen auf eigene Rechnung tätig, üben aber in allen Kantonen eine staatliche («hoheitliche») Aufgabe aus.<sup>5</sup> Die Er-

---

<sup>1</sup> SR 210

<sup>2</sup> Michel Mooser, Le droit notarial en Suisse, 2<sup>e</sup> édition Bern 2014, Rz. 31–32 und 55–61; Denis Piotet, 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 3/13, S. 114.

<sup>3</sup> Statt vieler: Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller / Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage Zürich 2016, Rz. 1049 und 1050; Giovanni Biaggini, Art. 3 Rz. 13–19, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (im Folgenden: Basler BV-Kommentar).

<sup>4</sup> Etwas unklar in dieser Hinsicht: Mooser (s.o. Fn. 2), Rz. 30, wo im Zusammenhang mit der Auslegung des Gesetzesrechts die Rede davon ist, dass der Bund eine ausschliessliche Kompetenz ausübe («exerce une compétence exclusive»). Aus den Rz. 31–36a ergibt sich aber, dass nicht etwa eine Aussage über die ausschliessliche Natur der Bundeskompetenz gemeint ist, sondern die These vertreten wird, dass der Bundesgesetzgeber in den entsprechenden Bereichen eine abschliessende Regelung erlassen habe.

<sup>5</sup> BGE 133 I 259, E. 2.2 (mit weiteren Hinweisen); Mooser (s.o. Fn. 2), Rz. 53; Peter Ruf, Skriptum Notariatsrecht, Langenthal 1995, Rz. 250.

füllung ihrer Aufgaben im Bereich der Beurkundung gilt somit nicht als Ausübung privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit im Sinn von Artikel 95 Absatz 1 BV.<sup>6</sup> Diese Verfassungsbestimmung kann daher nicht als Grundlage einer Bundesregelung des Beurkundungsverfahrens dienen.

## 4        **Zivilrecht und Zivilprozessrecht (Art. 122 Abs. 1 BV)**

### 4.1      **Verhältnis der Bundeskompetenz zum kantonalen Recht**

Die Frage nach dem Verhältnis<sup>7</sup> der Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts (Art. 122 Abs. 1 BV) zum kantonalen Recht nehmen wir vorweg, weil eine klare Antwort darauf für die Beurteilung des Umfangs der Bundeskompetenz (s.u. 4.2) nützlich ist.

In den Bereichen, die von der Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts und des Zivilrechts erfasst werden, gab es vor der Schaffung der jeweiligen Bundeskompetenz jeweils bereits kantonale Regelungen. Der Verfassungsgeber hat dem Bundesgesetzgeber die Grundlage für die Kodifikationen des materiellen Zivilrechts und des Zivilprozessrechts verliehen, damit aber gewiss kein Vakuum<sup>8</sup> schaffen wollen. Vielmehr bleiben die Regelungszuständigkeit der Kantone sowie die kantonalen Regelungen so lange unberührt, als der Bundesgesetzgeber seine betreffende Kompetenz nicht ausschöpft.<sup>9</sup> Man spricht in solchen Fällen von «nachträglich derogatorischen» oder «konkurrierenden» Bundeskompetenzen.

Während der Umfang der Bundeskompetenzen alleine in der Bundesverfassung geregelt wird, ergibt sich der Umfang der kantonalen Kompetenzen somit vorliegend *auch* aus dem Gesetzesrecht des Bundes. In der Lehre wird diskutiert, ob die geltenden Kodifikationen (ZGB/OR und schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008<sup>10</sup>) dem Grundsatz der Gesamtkodifikation folgend das kantonale Recht vollständig verdrängt haben oder ob – und inwieweit – den kantonalen Gesetzgebern noch Raum für eigene Regelungen bleibt<sup>11</sup>. Das betrifft aber nicht die Frage, wie weit die Gesetzgebungskompetenz des Bundes reicht, sondern wie weit dieser sie mit dem geltenden Gesetzesrecht ausgeschöpft hat. Die Kontroverse kann hier daher dahingestellt bleiben.

### 4.2      **Umfang der Bundeskompetenz**

#### 4.2.1    Verschiedene «Theorien»

Zur Zivilrechtskompetenz des Bundes gibt es reiche Literatur betreffend die verschiedensten «Theorien», nach denen das Zivilrecht von den restlichen Rechtsbereichen abgegrenzt werden kann. So ist etwa die Rede davon, unter Zivilrecht sei ein Sachbereich zu verstehen, in dem Gesetzgebungsziele verwirklicht werden dürfen, unabhängig davon, ob die Regelung als öffentlich-rechtlich oder als privatrechtlich zu qualifizieren sei. Andere Autoren ziehen Kriterien vor wie etwa das Subordinationsverhältnis zwischen Staat und Einzelnen, die Natur der im fraglichen Erlass angeordneten Rechtsfolgen, die mit dem Erlass verfolgten Interes-

<sup>6</sup> Allgemein zum Geltungsbereich von Art. 95 Abs. 1 BV: Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Felix Uhlmann, Art. 51 Rz. 3 und 4; Peter Hettich, Art. 95 Rz. 7–9, in: Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage 2014 (im Folgenden: St. Galler BV-Kommentar).

<sup>7</sup> Grundlegend zu diesem Verhältnis, statt vieler: Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (s.o. Fn. 3), Rz. 1091–1101; Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Giovanni Biaggini, Art. 3 Rz. 47–56.

<sup>8</sup> Allgemein zum *horror vacui* des Verfassungsgebers: Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Giovanni Biaggini, Art. 3 Rz. 53.

<sup>9</sup> BGE 140 III 155 E. 4.3; Botschaft BBI 1997 I 1, 525; St. Galler BV-Kommentar (s.o. Fn. 6), Christoph Leuenberger, Art. 122 Rz. 4; Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Tarkan Göksu, Art. 122 Rz. 3; noch zum Verfassungsrecht vor der Justizreform: Ruf (s.o. Fn. 5), Rz. 133.

<sup>10</sup> SR 272

<sup>11</sup> Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Tarkan Göksu, Art. 122 Rz. 3–6 und 28–29, mit weiteren Hinweisen.

sen oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Mehrheitlich wird ein eklektischer Methodenpluralismus vertreten, in dem diese verschiedenen Kriterien je nach der aktuellen Fragestellung angewendet werden. Eine ähnliche, als typologisch bezeichnete Ansicht stellt darauf ab, ob die in Frage stehenden Rechtsnormen typisch zivilrechtliche Ziele verfolgen und herkömmlicherweise zum Zivilrechtsbereich gehören.<sup>12</sup> Welchem dieser theoretischen Ansätze der Vorzug zu geben ist, kann bei der Beantwortung der vorliegenden Frage offen bleiben. Es genügt, die Verfassungsbestimmung nach den anerkannten allgemeinen Kriterien (Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte, Sinn und Zweck) auszulegen.

#### 4.2.2 Wortlaut

Die Beurkundung wird im Allgemeinen als Teil der sogenannten freiwilligen (gleichbedeutend: nichtstreitigen) Gerichtsbarkeit aufgefasst; diese wiederum wird als Bereich des Zivilprozessrechts betrachtet<sup>13</sup>. Dass die freiwillige Gerichtsbarkeit begrifflich zum Zivilprozessrecht zu fassen ist, zeigt sich nur schon daran, dass ihre gerichtlichen Anordnungen in der Zivilprozessordnung geregelt sind (Art. 1 Bst. b). Auf Wortlautebene fällt das Notariatsverfahren somit in die Zuständigkeit des Bundes zur Regelung des Zivilprozessrechts nach Artikel 122 Absatz 1 BV.

#### 4.2.3 Systematik

Die systematische Positionierung von Artikel 122 Absatz 1 BV bestätigt, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine Kompetenzbestimmung zugunsten des Bundes handelt (vgl. die Gliederungstitel vor Art. 42 und vor 54 BV) und dass es in einem weiten Sinn um das Zivilrecht geht (vgl. die Sachüberschrift von Art. 122 BV). Mehr ist aus der Systematik des Erlasses für die Beantwortung der vorliegenden Frage nicht zu gewinnen.

#### 4.2.4 Entstehungsgeschichte

Im Folgenden soll nachgezeichnet werden, wie es zur heutigen Fassung von Artikel 122 BV gekommen ist.

- a. Artikel 64 Absätze 1 und 2 der Bundesverfassung von 1874 in der im Wesentlichen seit 1898 geltenden Fassung (aBV)<sup>14</sup> wies dem Bund zwar eine umfassende Kompetenz zur Regelung des Zivilrechts zu. Absatz 3 behielt aber den Kantonen die «Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung» vor. Damit verfügte der Bund grundsätzlich nicht über eine Rechtsetzungskompetenz für die gerichtlichen Verfahren des Zivilprozessrechts; die Kantone blieben dafür zuständig.<sup>15</sup> Es war aber anerkannt, dass der Bund ergänzendes öffentliches Recht erlassen durfte, sofern dieses für einen wirksamen Vollzug und die einheitliche Anwendung des Bundeszivilrechts erforderlich war (wichtige Beispiele: öffentliche Beurkundung in bestimmten Fällen, z.B. bei Testamenten nach den Art. 499–504 ZGB; Handelsregisterrecht, Zivilstandsregisterrecht und Grundbuchrecht; Vormundschaftsrecht).<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Siehe etwa den Überblick im St. Galler BV-Kommentar (s.o. Fn. 6), Christoph Leuenberger, Art. 122 Rz. 7–11.

<sup>13</sup> Ruf (s.o. Fn. 5), Rz. 246; Mooser (s.o. Fn. 2), Rz. 53; VPB 46 S. 48 Nr. 7 = ZBGR 64/1983, Nr. 65 / S. 342, Ziff. 1.a.; St. Galler BV-Kommentar (s.o. Fn. 6), Christoph Leuenberger, Art. 122 Rz. 14, 19 und 20; Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Tarkan Göksu, Art. 122 Rz. 26.

<sup>14</sup> BS 1.A / S. 3; Text im Anhang abgedruckt; zur etappenweisen Einführung der Zivilrechtskompetenz des Bundes siehe Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Tarkan Göksu, Art. 122 Rz. 1, und St. Galler BV-Kommentar (s.o. Fn. 6), Christoph Leuenberger, Art. 122 Rz. 1.

<sup>15</sup> Blaise Knapp, Art. 64 Rz. 62–64, in: Kurt Eichenberger et. al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblattsammlung 1987–1996 (im Folgenden: Kommentar BV 1874).

<sup>16</sup> Kommentar BV 1874 (s.o. Fn. 15, Blaise Knapp, Art. 64 Rz. 33–39).

Vor diesem Hintergrund sprechen mindestens zwei gewichtige Argumente dafür, dass der Bundesgesetzgeber schon mit dem ursprünglichen ZGB das Verfahren der öffentlichen Beurkundung hätte regeln dürfen<sup>17</sup>: Erstens behielt Artikel 64 Absatz 3 aBV den Kantonen nur die Regelung der *gerichtlichen* Verfahren vor. Diese Bestimmung stand somit einer Interpretation, wonach Absatz 1 sich auch auf die Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor nicht-gerichtlichen Behörden erstreckte, nicht entgegen.<sup>18</sup> Die Verfahren der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit wurden denn auch zu einem beträchtlichen Teil bundesrechtlich geregelt, ohne dass dem harsche Kritik wegen angeblicher Verfassungswidrigkeit entgegengewehrt hätte (insb. die drei genannten Registerbereiche und das Vormundschaftsrecht). Dass das Beurkundungsverfahren ausgespart wurde, wäre nach dieser Lesart nicht verfassungsrechtlichen Grenzen, sondern anderen Überlegungen geschuldet. Zweitens verfügte der Bundesgesetzgeber über einen grossen Spielraum bei der Beurteilung der Frage, ob die Vereinheitlichung eines Verfahrensbereichs für die einheitliche und korrekte Anwendung des Bundesrechts notwendig war. Auch wenn man das erste Argument verworfen hätte, hätte er eine einheitliche Regelung des Beurkundungsverfahrens nach diesem zweiten Argument als ergänzendes öffentliches Recht erlassen können. Er hat eine Bundesregelung des Beurkundungsverfahrens aber offenbar nicht als notwendig erachtet. Daher hat er an diesem Punkt eine Ausnahme vom Grundkonzept der Kodifikation (vgl. Art. 5 ZGB und Art. 51 SchIT ZGB) vorgesehen und in Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB die Kantone verpflichtet, für eine Verfahrensregelung zu sorgen.<sup>19</sup> Die Frage, ob er nach früherem Verfassungsrecht ein einheitliches Beurkundungsverfahren hätte regeln können, kann hier aber offen bleiben.

Für die *Zuständigkeit* der Kantone war Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB deklaratorisch (je nach Lesart entweder weil es vor dem Hintergrund der konkurrierenden Bundeskompetenz keine Bundesregelung gab oder weil die Beurkundung gar nicht in die Bundeskompetenz fiel). Hingegen schuf der Gesetzgeber eine *Verpflichtung* der Kantone, tatsächlich ein Beurkundungsverfahren aufzustellen (vgl. Art. 52 und 53 Abs. 2 SchIT ZGB und, zur Möglichkeit der Ersatzvornahme durch den Bundesrat, Art. 53 Abs. 1 SchIT ZGB).

- b. Einige Zeit nach dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuchs anerkannte das Bundesgericht schrittweise, dass das Bundeszivilrecht ungeschriebene Mindest- und Maximalanforderungen an das Beurkundungsverfahren enthält. In beiden Fällen dient als Ausgangspunkt der Überlegungen der Gedanke, dass das kantonale Recht die korrekte Anwendung des Bundeszivilrechts nicht vereiteln darf<sup>20</sup>. Der Wortlaut von Artikel 55 Absatz 1 SchIT ZGB ist somit zu pauschal; das Beurkundungsverfahren wird schon heute massgeblich vom Bundesrecht geprägt.
- c. Mit der Totalrevision der Bundesverfassung vom 18. April 1999<sup>21</sup> ersetzte Artikel 122 der neuen Bundesverfassung den früheren Artikel 64 aBV. In seiner ursprünglichen Fassung<sup>22</sup> stand Artikel 122 BV streng in der Logik des Nachführungskonzepts der Verfassungsrevision: Mit ihm sollten keine inhaltlichen Neuerungen eingebracht wer-

<sup>17</sup> Bejahend VPB 46 S. 48 Nr. 7 = ZBGR 64/1983, Nr. 65 / S. 342, Ziff. 1.a.

<sup>18</sup> W. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Auflage Bern 1931, S. 589.

<sup>19</sup> Davon scheint auch das Bundesgericht auszugehen, wenn es davon spricht, der Bundesgesetzgeber habe den Kantonen mit Artikel 55 SchIT ZGB eine «Aufgabe übertragen», BGE 133 I 259 E. 2.1 und BGE 131 II 639 E. 6.1; ebenso Mooser (s.o. Fn. 2), Rz. 40.

<sup>20</sup> Statt vieler: Mooser (s.o. Fn. 2), Rz. 26 und 41–42, sowie BGE 133 I 259 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen.

<sup>21</sup> AS 1999 2556.

<sup>22</sup> Ursprünglicher Text im Anhang abgedruckt.

den, sondern er sollte das bisherige Verfassungsrecht redaktionell gestrafft und systematisch geordnet wiedergeben.<sup>23</sup> So legte Absatz 1 die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts in die Zuständigkeit des Bundes, während für «die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung in Zivilsachen» nach Absatz 2 weiterhin die Kantone zuständig blieben. Die Kompetenzlage blieb somit unverändert.

- d. Erst mit der Justizreform stellte der Verfassungsgeber dem Zivilrecht in Artikel 122 Absatz 1 BV neu auch das Zivilprozessrecht zur Seite<sup>24</sup>. Damit verfügt der Bundesgesetzgeber nun grundsätzlich über die Zuständigkeit zur Kodifizierung des gesamten Komplexes aus Zivilrecht und Zivilprozessrecht. Das materielle und das formelle Recht müssen nicht mehr aus unterschiedlichen Quellen fliessen, und die daraus entstehenden Koordinationsprobleme sollen der Vergangenheit angehören<sup>25</sup>. Nur für die Organisation der Gerichte und für die Rechtsprechung in Zivilsachen (d.h. für die Durchführung der Verfahren im Einzelfall) sind die Kantone nach Absatz 2 noch zuständig.
- e. Die schweizerische Zivilprozessordnung von 2008 kodifiziert das Zivilprozessrecht insofern, als dieses die Verfahren vor den kantonalen Instanzen für a. streitige Zivilsachen, b. gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, c. gerichtliche Angelegenheiten des Schuld betreibungs- und Konkursrechts und d. die Schiedsgerichtsbarkeit betrifft. Ausgeklammert bleiben insbesondere das Schuld betreibungs- und Konkursrecht sowie die freiwillige Gerichtsbarkeit vor nicht-gerichtlichen Behörden. Diese Beschränkung ist zum einen durch die Beibehaltung bewährten Bundesrechts motiviert (z.B. sollten das Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuld betreibung und Konkurs<sup>26</sup> und das Personenstands-, das Grundbuch- und das Handelsregisterrecht beibehalten werden). Zum anderen bleibt das Beurkundungsverfahren Sache des kantonalen Rechts<sup>27</sup>. Dass der Bundesgesetzgeber das Beurkundungsverfahren nicht ebenfalls geregelt hat, erlaubt aber keinen Rückschluss darauf, ob er das hätte tun dürfen.

Insgesamt bewerten wir die dargestellte Entwicklung so, dass der Bundesgesetzgeber gemäss dem geltenden Artikel 122 BV die Möglichkeit haben soll, einen umfassend zu verstehenden Gesamtkomplex aus Zivilrecht und Zivilprozessrecht zu kodifizieren. Das Beurkundungsverfahren als Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört zu diesem Gesamtkomplex, ebenso wie die bereits mehrfach genannten anderen Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Jeder dieser Bereiche dient dem Zivilrecht in ganz vergleichbarer Weise: Unter Zuhilfenahme von Verwaltungsbehörden oder von Privaten, denen Verwaltungsaufgaben übertragen werden, werden Zivilrechtsverhältnisse gestaltet. Die historische Auslegung stützt somit den Wortlaut.

#### 4.2.5 Sinn und Zweck

Die teleologische Auslegung von Artikel 122 BV erlaubt keine Rückschlüsse, die von den bisher angestellten Überlegungen abweichen. Der Bundesgesetzgeber soll die Möglichkeit haben, das materielle Zivilrecht und das Zivilprozessrecht umfassend zu regeln; welche Teilbereiche er tatsächlich bundesgesetzlich regeln will, bleibt ihm überlassen. Das schliesst nicht aus, dass er eine Bundesregelung in einem Teilbereich wie dem Beurkundungsverfahren als verzichtbar erachtet und diesen daher weiterhin den Kantonen überlässt (und somit Art. 55 SchIT ZGB beibehält). Es schliesst aber auch nicht aus, dass er seine Einschätzung revidiert

<sup>23</sup> Botschaft BBI 1997 I 1, 338.

<sup>24</sup> Art. 122 Abs. 1 BV in der Fassung nach AS 2002 3148, in Kraft seit dem 1. Jan. 2007 gemäss AS 2006 1059.

<sup>25</sup> Botschaft BBI 1996 I 1, 524–525; Alex Dépraz, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, thèse Lausanne 2002, Rz. 88–90.

<sup>26</sup> SR 281.1

<sup>27</sup> Botschaft BBI 2006 7221, 7257.

und heute ein grösseres Vereinheitlichungsbedürfnis erkennt als noch vor einigen Jahrzehnten.

#### 4.2.6 Gesamtwertung

Wie andere Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit trägt auch das Beurkundungsverfahren die äusseren Merkmale eines Verwaltungsverfahrens. Dass es eigentliches Zivilrecht sei, kann somit nicht ernsthaft vertreten werden. Hingegen kommen wir zum Schluss, dass das Beurkundungsverfahren von der als Gesamtkomplex zu begreifenden Bundeskompetenz im Bereich des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts erfasst wird. Welchem der beiden Teilbereiche es zuzuordnen ist, ist dabei eine akademische Frage. Deren Beantwortung wird durch die lange Entstehungsgeschichte, die reiche und vielfältige Literatur und die schrittweise Ausdehnung der faktisch geltenden Bundesregelung nicht erleichtert.

Die Frage kann offen bleiben, weil nicht einzusehen ist, warum der Verfassungsgeber dem Bund zwar die Regelung der Zivilprozesse vor Gericht sowie des Handelsregister-, Grundbuch-, Zivilstandsregister-, Markenregisterverfahrens usw. ermöglicht, ihm aber die Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens verwehrt hätte. Der Bundesgesetzgeber könnte dann zwar weiterhin die öffentliche Beurkundung als Formvorschrift aufstellen, die Wirkungen von deren Verletzung regeln, das Verfahren zu ihrem Vollzug in den verschiedenen Registern regeln usw. Falls er aber zum Schluss käme, die heutigen Bedingungen verlangten nach einer einheitlichen Verfahrensregelung auch betreffend die Erstellung der Urkunden, wären ihm die Hände gebunden. Ebenso wäre die geltende Regelung des Verfahrens zur Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden<sup>28</sup> verfassungswidrig. Dies stünde in einem unerklärlichen Gegensatz zur anerkannten Verfassungsrechtslage in den genannten parallelen Bereichen. Das Beurkundungsverfahren stünde als erratischer Block da, alleine auf weiter Flur des Zivil- und Zivilprozessrechts ein einziger Bereich, den die Verfassung den Kantonen vorbehalten würde – ohne es in ihrem Wortlaut irgendwie zum Ausdruck gebracht zu haben.

In der Literatur wird die These geäussert, das Beurkundungsverfahren falle weder unter den Teilbereich Zivilrecht noch unter den Teilbereich Zivilprozessrecht. Es sei eben öffentliches Recht, das in Abwesenheit einer Bundeskompetenz in die Zuständigkeit der Kantone falle.<sup>29</sup> Dieser Gedanke ist sichtlich von der seit Menschengedenken auf Gesetzesstufe geltenden Regelung geprägt: Artikel 55 SchIT ZGB verpflichtet die Kantone, das Beurkundungsverfahren zu regeln, und diese tun dies in Erlassen, die typisch verwaltungsrechtliche Gestaltungsmerkmale aufweisen. Die Überlegung führt in Bezug auf die verfassungsrechtliche Kompetenzaufteilung aber in die Irre. Erstens ist Verfahrensrecht – einschliesslich des Zivilprozessrechts – immer öffentliches Recht; das ist gerade auch bei den genannten, eng verwandten Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit so. Zweitens ist anerkannt, dass Artikel 122 BV dem Bund auch den Erlass von Bestimmungen mit strengem verwaltungsrechtlichem Stallgeruch erlaubt. Drittens wird insbesondere die freiwillige Gerichtsbarkeit, die typischerweise diesen Duft verströmt, durchaus als Teilbereich des Zivilprozessrechts verstanden (s.o.). Viertens kann man aus der Abwesenheit einer Bundesregelung nicht auf das Nichtbestehen einer Bundeskompetenz schliessen – und das erst recht nicht bei einer nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz. Entscheidend ist vielmehr einzig der Umfang der Bundeskompetenz: Fällt das Beurkundungsverfahren unter Artikel 122 Absatz 1 BV oder nicht? Wir kommen aus den oben dargestellten Gründen zum Schluss, dass dies der Fall ist.

<sup>28</sup> Art. 55a SchIT ZGB und die Verordnung vom 8. Dezember 2017 über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV, SR 211.435.1).

<sup>29</sup> Denis Piotet, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, ZBGR 84/2003, S. 130, 137; Jürg Schmid, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel, in: Alexandra Rumo-Jungo / Pascal Pichonnaz / Bettina Hürlimann-Kaup / Christina Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 591, Ziff. I.1, I.3 und II.2.b.

Gegen eine bundesrechtliche Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrens wird sodann vereinzelt der Einwand vorgebracht, die Organisation und das Verfahren der Beurkundung seien zu eng verwoben, um sie zu trennen.<sup>30</sup> In der Tat regelt das Verfahrensrecht die Rechte und Pflichten der Behörden beziehungsweise der privaten Träger behördlicher Aufgaben. Das betrifft aber nicht die eigentliche Organisation, sondern die Arbeitsweise. Die eigentliche Organisation (Amtsnotariat vs. lateinisches Notariat, Organisation der Aufsicht, geografische Verteilung der Niederlassungen, Einsetzung der Amtsträger usw.) verbleibt den Kantonen zu regeln. Dass die Trennung des Verfahrens- vom Organisationsrecht schwierige Fragen aufwerfen kann, ist zudem nicht in Abrede zu stellen. Aber man kann schwerlich sagen, der Verfassungsgeber müsse aufgrund solcher Schwierigkeiten davor zurückgeschreckt haben, dem Bundesgesetzgeber die Regelung des Notariatsverfahrens zu ermöglichen. Genau dieselbe Trennung ist für die Zivilgerichte in Artikel 122 Absatz 2 BV explizit vorgesehen. In der älteren Literatur wird weiter die Position vertreten, Sinn und Zweck von Artikel 64 aBV erfassten nur eine Vereinheitlichung des materiellen Rechts und nicht auch des Verfahrensrechts. Daher sei der Bundesgesetzgeber nicht zuständig zur Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit.<sup>31</sup> Dies ist im Sinn eines Positionsbezugs zur oben offen gelassenen Frage zu verstehen, ob der Bundesgesetzgeber auch ohne die Ausweitung der Zivilrechtskompetenz des Bundes auf das Zivilprozessrecht das Beurkundungsverfahren hätte regeln können. Da heute auch das Zivilprozessrecht Sache des Bundes ist, müssten die Verfechter der genannten Ansicht nun ebenfalls zum Schluss kommen, das Beurkundungsverfahren könne bundesrechtlich geregelt werden. Nur am Rand sei bemerkt, dass die sehr allgemein formulierte These, der Bund könne die freiwillige Gerichtsbarkeit insgesamt nicht regeln, offenbar nur mit Blick auf das Beurkundungsverfahren durchdacht wurde. In anderen Bereichen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Regelungszuständigkeit des Bundes wie oben dargestellt anerkannt.

Insgesamt ergibt sich, dass die Regelung des Beurkundungsverfahrens vom geltenden Artikel 122 Absatz 1 BV erfasst wird.

## 5 Ergebnis

Der Bundesgesetzgeber verfügt gestützt auf die geltende Bundesverfassung über die notwendige Zuständigkeit, um das Verfahren zur Erstellung öffentlicher Urkunden des Zivilrechts zu regeln.<sup>32</sup>

Weitere Hinweise:

- a. Die entsprechenden kantonalen Regelungen bleiben gültig, solange und soweit der Bundesgesetzgeber keine eigene Regelung erlässt.
- b. Schöpft der Bundesgesetzgeber seine Regelungskompetenz aus, so verbleibt den Kantonen nur noch die Zuständigkeit, die Organisation des Notariatswesens zu regeln, und auch das nur so weit, wie der Bundesgesetzgeber es nicht anders regelt, um die Verwirklichung des Bundesrechts zu sichern (Art. 122 Abs. 2 BV). Sie haben dabei wie bis anhin die Wahl, im sogenannten «lateinischen» Modell vorzusehen, dass die Notare auf eigene Rechnung arbeiten, oder ein Amtsnotariat vorzusehen. Auch Mischformen bleiben zulässig.
- c. Zu prüfen wäre des Weiteren, ob in kantonalem öffentlichem Recht Fälle öffentlicher Beurkundungen vorgesehen sind, die nicht das Zivil- oder Zivilprozessrecht betreffen.

<sup>30</sup> Piotet, a.a.O. (Fn. 29).

<sup>31</sup> Hans Marti, Notariatsprozess, Bern 1989, S. 30 ff.

<sup>32</sup> So auch St. Galler BV-Kommentar (s.o. Fn. 6), Christoph Leuenberger, Art. 122 Rz. 14, 19 und 20; Basler BV-Kommentar (s.o. Fn. 3), Tarkan Göksu, Art. 122 Rz. 26; Dépraz (s.o. Fn. 25), Rz. 88–90. Ohne Erwähnung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, aber auch ohne deren ausdrücklichen Ausschluss: Jean-François Aubert, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zürich 2003, Art. 122 Rz. 10; Giovanni Biaggini, Kommentar zur Bundesverfassung, Zürich, Ausgabe 2017, Art. 122 Rz. 4.

Sollte es solche Beurkundungsfälle geben, so würden diese nicht unter die Bundeskompetenz zur Regelung des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts fallen, unabhängig davon, ob sie im kantonalen Recht bisher unterschiedslos dem Notariatsrecht unterstehen. Falls sie nicht unter eine andere Bundeskompetenz fielen (z.B. Landesvermessung nach Art. 75a BV), würde das bedeuten, dass sie von der Bundesregelung nicht erfasst werden dürften. Es wäre den Kantonen jedoch selbstverständlich freigestellt, in ihrer Gesetzgebung für diese Fälle auf die Bundesregelung zu verweisen, um eine vollständige Vereinheitlichung des Rechts der öffentlichen Beurkundung zu erreichen<sup>33</sup>.

- d. Die Frage, ob eine einheitliche Regelung durch den Bund erforderlich und angezeigt ist, ist aufgrund der Artikel 5a und 43a Absatz 1 BV (Subsidiaritätsprinzip im Bundesstaat) durchaus relevant. Der Bundesgesetzgeber hat in dieser Hinsicht einen weiten Ermessensspielraum. Bisher ist er bei seiner vor langer Zeit gefällten Entscheidung geblieben, den Kantonen die Regelung des Beurkundungsverfahrens zu überlassen. Angesichts gewandelter Voraussetzungen (insb. stärkere Mobilität von Personen, Gütern und Dienstleistungen) kann er seine Einschätzung ändern. Hingegen kann der Einwand, die Regelungen zur Organisation und diejenigen zum Verfahren seien nur schwer zu trennen, auf dieser Ebene eine gewichtige Rolle spielen: Es ist nicht unbedingt sinnvoll, auseinanderzureißen, was eng zusammengehört und im Rechtsalltag auch gut zusammenspielt. Die Frage ist somit, ob der aktuelle Zustand als befriedigend wahrgenommen wird oder ob aufgrund einer Gesamtwertung aller Vorzüge und Nachteile eine Vereinheitlichung in der Sache angezeigt ist.

Freundliche Grüsse

**Bundesamt für Justiz BJ**  
Direktionsbereich Öffentliches Recht

Susanne Kuster  
Vizedirektorin

Sachbearbeitung: Christoph Bloch, Fachbereich Rechtsetzungsbegleitung 2

---

<sup>33</sup> Vgl. zu solchen Verweisen BGE 139 III 225.

## Anhang

### 1. Zuletzt geltender Text von Artikel 64 der Bundesverfassung von 1874<sup>34</sup>

#### Art. 64

- <sup>1</sup> Dem Bund steht die Gesetzgebung zu:  
über die persönliche Handlungsfähigkeit;  
über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts);  
über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst;  
über den Schutz gewerblich verwertbarer Erfindungen, mit Einschluss der Muster und Modelle;<sup>114</sup>  
über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht.
- <sup>2</sup> Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt.<sup>115</sup>
- <sup>3</sup> Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bis anhin, den Kantonen.<sup>116</sup>

<sup>114</sup> Angenommen in der Volksabstimmung vom 19. März 1905 (Erwahrungsbeschluss vom 1. Juli 1905 – AS **21** 376; BBl **1903** V 1, **1905** III 305).

<sup>115</sup> Angenommen in der Volksabstimmung vom 13. Nov. 1898 (Erwahrungsbeschluss vom 21. Dez. 1898 – AS **16** 885 888; BBl **1896** IV 733, **1898** V 461).

<sup>116</sup> Angenommen in der Volksabstimmung vom 13. Nov. 1898 (Erwahrungsbeschluss vom 21. Dez. 1898 – AS **16** 885 888; BBl **1896** IV 733, **1898** V 461).

### 2. Ursprünglicher Text von Artikel 122 der Bundesverfassung von 1999<sup>35</sup>

#### Art. 122 Zivilrecht

- <sup>1</sup> Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts ist Sache des Bundes.
- <sup>2</sup> Für die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig.
- <sup>3</sup> Rechtskräftige Zivilurteile sind in der ganzen Schweiz vollstreckbar.

<sup>34</sup> Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen 1848–1947, 1.A / S. 3; Text verfügbar unter [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Bundesrecht > Systematische Rechtssammlung > Suche nach «BV» > Revisionen > 29.05.1874 – 01.01.2000.

<sup>35</sup> AS 1999 2556, 2585

## **Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz von Bund und Kantonen im Bereich des Beurkundungsrechts**

*Bericht zuhanden der Sitzung der Groupe de Réflexion zum Beurkundungsrecht vom 3. Dezember 2018*

Prof. Dr. Ruth Arnet, Rechtsanwältin und aargauische Notarin, Zürich

An der **Sitzung der Groupe de Réflexion vom 24. September 2018** wurde ich gebeten, meine dort mündlich formulierten Überlegungen zur Abgrenzung der Zuständigkeit von Bund und Kantonen zum Erlass von beurkundungsrechtlichen Vorschriften aus der Perspektive des materiellen Zivilrechts in schriftliche Form zu fassen.<sup>1</sup> Dazu stelle ich auf der Grundlage von Art. 122 BV (Ziff. I) und anhand spezifischer Fragestellungen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und der Doktrin (in sehr reduzierter Weise) dar (Ziff. II) und formuliere einige vorläufige Schlussfolgerungen (Ziff. III und IV).

### **I. Verfassungsrechtliche Überlegungen**

#### **1. Kompetenzzuweisung in Art. 122 BV**

Gemäss Art. 122 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes (Abs. 1), während die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen, soweit das Gesetz nicht etwas anderes vorsieht, im Zuständigkeitsbereich der Kantone liegt (Abs. 2). Auf der Grundlage von Art. 122 Abs. 1 BV besteht die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Bestimmungen zur öffentlichen Beurkundung, soweit diese dem **Zivilrecht** oder dem **Zivilprozessrecht** zugeordnet werden können.

Bekanntlich besteht in der Doktrin keine einheitliche Auffassung zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Beurkundungsrecht. Wichtige Lehrmei-

---

<sup>1</sup> Eine vollständige Verarbeitung des Schrifttums war aus zeitlichen Gründen leider nicht möglich.

nungen gehen davon aus, dass Art. 122 BV dem Bund nicht die Gesetzgebungskompetenz zuordne, ein einheitliches Notariat in allen Kantonen zu schaffen; vielmehr sei Art. 122 BV restriktiv auszulegen.<sup>2</sup> Immerhin wird die bundesrechtliche «Regelung der Minimalanforderungen», wie sie heute schon – wenn auch noch ohne klare Umrisse – anerkannt sind (vgl. hinten Ziff. II.1.2) als nicht verfassungswidrig eingestuft.<sup>3</sup>

## 2. Begriff des «Zivilprozessrechts»

Das Zivilprozessrecht erfasst die **autoritative Feststellung privatrechtlicher Verhältnisse in einem Mehrparteienverfahren**.<sup>4</sup> Im Bereich des Zivilrechts können die Kantone nur legiferieren, wenn die ZPO und weitere bundesrechtliche Erlasse diese Kompetenz vorsehen.<sup>5</sup> Das Gutachten BJ vom 13. September 2018 kommt zum Schluss, dass es sich beim Beurkundungsrecht um «Zivilprozessrecht» nach Art. 122 Abs. 1 BV handle. Das scheint mir zumindest unsicher:

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet «Gegenstand des Zivilprozessrechts ... das **Verfahren vor den Zivilgerichten**».<sup>6</sup> Da Art. 1 lit. b ZPO ausschliesslich von den «gerichtlichen Anordnungen» spricht, legt das grammatisches Auslegungselement den Schluss nahe, dass das «Zivilprozessrecht» gemäss Art. 122 Abs. 1 BV in der ZPO abschliessend geregelt ist und das Beurkundungsrecht daher gerade ausserhalb des Zivilprozessrechts liegt. Insofern scheint das grammatische Auslegungsargument gegen die

---

<sup>2</sup> PIOTET DENIS, L’acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, ZBGR 84/2003, S. 137.

<sup>3</sup> SCHMID JÜRG, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel, in: Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup, Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil. Mélanges en l’honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 594, 599, vgl. aber auch S. 594, wonach «die wichtigste Quelle des Beurkundungsrechts das Bundesprivatrecht ist».

<sup>4</sup> Vgl. BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, N 4.

<sup>5</sup> OFK-BIAGGINI (Fn. 4), N 2.

<sup>6</sup> BGE 140 III 155 E. 2 zur Frage der ausschliesslichen Zuständigkeit der Handelsgerichte.

Zuordnung zum Zivilprozess zu sprechen.<sup>7</sup> Die Einordnung des Beurkundungsrechts beim Zivilprozessrecht gestützt auf das historische Auslegungselement (Art. 122 BV als Kompetenz zur Regelung des Gesamtkomplexes aus Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4 a.E., S. 12) kann ich in den zitierten Materialien nicht ausreichend nachvollziehen; dasselbe gilt bezüglich des teleologischen Auslegungsarguments (Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.5).

### 3. Begriff des «Zivilrechts»

#### 3.1 Kriterien zur Umschreibung von «Zivilrecht»

Für die Umschreibung des Bereichs des «Zivilrechts» kann von einem Methodenpluralismus oder einem vermittelnden, **«typologischen» Verständnis** ausgegangen werden:<sup>8</sup> Gesetzliche Regelungen lassen sich insbesondere dann dem «Zivilrecht» zurechnen, wenn sie **typisch privatrechtliche Ziele verfolgen und die Voraussetzungen für einen funktionierenden Privatrechtsverkehr schaffen**.<sup>9</sup> Entsprechend werden **das Grundbuch- und Handelsregisterrecht** dem Privatrecht zugeordnet,<sup>10</sup> dessen Umsetzung schweizweit Verwaltungseinheiten übertragen ist. Ein strukturelles und ein typologisches Argument legen daher den Schluss nahe, dass damit auch die noch zu definierenden «Minimalanforderungen» des Beurkundungsrechts *a fortiori* dem Zivilrecht zuzuordnen sind: Denn zum einen ist – im Unterschied zu den dem Zivilrecht zugerechneten Grundbuch- und Handelsregisterwesen – das Beurkundungswesen in den meisten Kantonen nicht in die kantonale Verwaltung integriert; zum andern dient die öffentliche Beurkundung, die in direktem Kontakt mit den Bürgerinnen und Bürgern beim Abschluss von (privatrechtlichen) Rechtgeschäften zustande kommt, noch unmittelbarer als das Registerrecht dem funktionierenden Privatrechtsverkehr. Insgesamt scheint

---

<sup>7</sup> Vgl. aber Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.2, S. 12; vgl. dazu auch PIOTET (Fn. 2), S. 137.

<sup>8</sup> Vgl. auch Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.1. mit Nachweisen.

<sup>9</sup> Zum Ganzen: OFK- BIAGGINI (Fn. 4), Art. 122 N 3 mit Hinweisen.

<sup>10</sup> BGE 137 III 217 E.2.4.1.4; OFK- BIAGGINI (Fn. 4), N 3; vgl. auch Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4.a.

mir daher deutlich zu sein, dass das **Beurkundungsrecht mindestens in seinen elementaren Aspekten dem Zivilrecht zuzuordnen ist.**<sup>11</sup> Dabei gehe ich von einer «nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz» aus,<sup>12</sup> so dass nicht primär darauf abzustellen ist, von welcher Gesetzgebungskompetenz auf der Ebene des Bundes bereits Gebrauch gemacht wurde, sondern darauf, welcher Raum auf der Grundlage von Art. 122 BV zur Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens durch Bundesrecht besteht.

### *3.2 Weitere Abgrenzung zwischen materiellem Zivilrecht und Behördenorganisation?*

Im Bereich des oben zum Vergleich herangezogenen Grundbuchrechts werden die Einrichtung des Grundbuchs, die Voraussetzungen und das Verfahren der Eintragung durch Bundesrecht geregelt (Art. 942 ff. ZGB), während die «Einrichtung der Grundbuchämter, die Umschreibung der Kreise, die Ernenntung und Besoldung der Beamten sowie die Ordnung der Aufsicht» durch die Kantone erfolgt (Art. 953 ZGB). Zudem gestalten die Kantone die Gebührenordnung (Art. 954 ZGB). Auch im Bereich des Grundbuchs bestehen demnach eine Zuständigkeit des Bundes (auf der Grundlage von Art. 122 BV: «Zivilrecht») und der Kantone (wohl) nebeneinander. Ob der Begriff des Zivilrechts in einem so weiten Sinne zu verstehen ist, dass – wie im Bereich des Grundbuchrechts – nicht «nur» das Verfahren der öffentlichen Beurkundung, sondern auch die grundlegende Bestimmung der **Organisationstruktur** in der Regelungskompetenz des Bundes liegen könnte, wird an dieser Stelle nicht weiter thematisiert.

---

<sup>11</sup> Ebenso: Erläuternder Bericht zur Änderung betreffend öffentliche Beurkundung des Bundesamtes für Justiz, Direktionsbereich Privatrecht, vom Dezember 2012, Ziff. 1.2.1.

<sup>12</sup> Vgl. Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 6.1 mit Hinweisen.

## **II. Erfassung des Bereichs des «Zivilrechts» im Beurkundungsrecht**

Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung wird oft generell als öffentliches Verfahrensrecht eingeordnet.<sup>13</sup> Diese Vorstellung bedarf der Präzisierung.

### 1. Öffentliche Beurkundung als «Begriff des Bundesrechts»

#### *1.1 Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte und beurkundungsbedürftiger Inhalt*

Das Bundesrecht umschreibt zunächst den Anwendungsbereich der öffentlichen Beurkundung bezüglich der **Notwendigkeit und des Umfangs der öffentlichen Beurkundung**, beantwortet also die Frage, welche Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden sind (**Kreis** der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte: z.B. Art. 81 Abs. 1, 184, 195a Abs. 1, 337, 361 Abs. 1, 498 ff., 512, 650 Abs. 2, 657 Abs. 1, 680 Abs. 2, 681b Abs. 1, 712d Abs. 3, 732 Abs. 1, 763, 779a, 799 Abs. 2 ZGB; Art. 25 Abs. 3 PartG; Art. 11 ff., 216, 243 Abs. 2, 367 Abs. 2, 493, 629 Abs. 1, 634 Ziff. 1, 647, 650 Abs. 2, 736 Ziff. 2, 777 Abs. 1, 780, 821 Abs. 2 OR; s. auch Art. 20, 44, 65, 70 Abs. 2, 79 Abs. 3 FusG) und in welchem Umfang solche Rechtsgeschäfte der öffentlichen Beurkundung unterliegen (**Umfang** der Beurkundungsbedürftigkeit).<sup>14</sup> Die Zugehörigkeit dieser Bestimmungen zum Bundesrecht ist – so weit ersichtlich – unbestritten.

---

<sup>13</sup> MUTZNER PAUL, Die öffentliche Beurkundung des schweizerischen Privatrechts, ZSR II, 1921, S. 112a; RUF PETER, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, N 133 f.; BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 21 ff.; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, Diss. Freiburg 1988, ASIUF Nr. 83, N 22 mit Hinweisen; SCHMID JÜRG, Art. 55 SchlT ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 55 SchlT ZGB N 3; SCHMID JÜRG, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel (Fn. 3), S. 591 ff.

<sup>14</sup> BGE 99 II 159 E. 2a, 106 II 147 E. 2a; statt vieler: MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Bern 2014, N 32, 458 ff.

### *1.2 Bundesrechtliche Anforderungen an das Beurkundungsverfahren*

Das eigentliche Beurkundungsverfahren ordnete das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung noch generell dem kantonalen Recht zu<sup>15</sup>. Anders die Doktrin: Diese ging schon sehr früh davon aus, dass das Bundesrecht auch in dem den Kantonen zur verfahrensmässigen Ordnung überlassenen Bereich bestimmt, was unter öffentlicher Beurkundung zu verstehen ist.<sup>16</sup> Nach der nachhaltig prägenden Formel von HANS HUBER ist mangels eines positiven Rechtssatzes im eidgenössischen Recht **der Begriff der öffentlichen Beurkundung durch Lehre und Rechtsprechung anhand der im ZGB für die Verfügungen von Todes wegen enthaltenen Vorschriften und aufgrund von Sinn und Zweck der Beurkundung zu konkretisieren** und zu umschreiben.<sup>17</sup>

In der Folge anerkannte das Bundesgericht in BGE 90 II 274 Erw. 5 erstmals, dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung Teil des Bundesrechts bildet und dass sich entsprechend die Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung gleichermassen nach Bundesrecht richten. Nach der aktuellen Rechtsprechung legt das Bundesrecht unter dem Titel «Begriff der öffentlichen Beurkundung» nicht nur fest, was unter der **Form der öffentlichen Beurkundung** zu verstehen ist<sup>18</sup>, sondern auch, welche **Mindestanforderungen das Verfahren der öffentlichen Beurkundung** erfüllen muss.<sup>19</sup> Die Regeln zum Verfahren der öffentlichen Beurkundung ordnet das Bundesge-

---

<sup>15</sup> BGE 57 II 142 E. 1.

<sup>16</sup> MUTZNER (Fn. 13), S. 118a; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 4 ff..

<sup>17</sup> HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bunderechtes, ZBGR 1988, S. 235.

<sup>18</sup> BGE 84 II 636; 99 II 159 E. 2a: «Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren. Das Bundesrecht sagt selber nicht, in welcher Weise und in welchem Verfahren die öffentliche Beurkundung bei Kaufverträgen über Grundstücke, zu denen auch der Kaufsrechtsvertrag gehört (BGE 86 II 36), vorzunehmen ist, noch wer solche Verträge verurkunden darf; das im Einzelnen zu regeln, ist durch Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB vielmehr den Kantonen überlassen worden.» Vgl. auch BGE 113 II 402 E. 2.a.

<sup>19</sup> BGE 99 II 159 E. 2a; 84 II 640 E. 1; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 7 mit Hinweisen; vgl. auch: MUTZNER (Fn. 13), S. 118a.

richt zwar weiterhin dem kantonalen Recht zu, hält aber zugleich fest, dass «**die kantonale Regelung einerseits die sich aus dem Begriff und Zweck der öffentlichen Beurkundung ergebenden Mindestanforderungen erfüllen**» müsse, und «**anderseits auch nicht so weit gehen**» dürfe, «**dass sie die Wirksamkeit des Bundeszivilrechts beeinträchtigt oder verunmöglicht**».<sup>20</sup> Die kantonale Regelung könne «insbesondere nicht die Gültigkeit eines formbedürftigen Vertrages von der Beurkundung einer Tatsache abhängig machen, die von Bundesrechts wegen keiner besonderen Form bedarf» (Kriterium des Umfangs der öffentlichen Beurkundung).<sup>21</sup> Daraus folgt, dass das kantonale Recht nicht nur bundesrechtliche **Mindestanforderungen** erfüllen muss, sondern im Interesse der «**Wirksamkeit des Bundesrechts**» und der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts<sup>22</sup> zusätzlich auf einen «**Maximalstandard**» limitiert ist (vgl. dazu hinten Ziff. 3.1).<sup>23</sup> In seiner weiteren Rechtsprechung knüpfte das Bundesgericht konstant an den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an, welche «**sich aus dem materiellrechtlichen Zweck des Instituts**» der öffentlichen Beurkundung ergäben.<sup>24</sup>

Da die öffentliche Beurkundung eine Formvorschrift des ZGB und OR darstellt, steht wohl ausser Frage, dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung auch bezüglich des Verfahrens nicht dem (bundesrechtlichen) öffentlichen Recht, sondern dem **Zivilrecht** des Bundes angehört.<sup>25</sup>

## 2. Bundesrechtliche Verfahrensvorschriften

Das Bundesrecht legt hauptsächlich bezüglich der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen (Art. 498 ff., 512 ZGB) das Beurkundungsverfahren insgesamt oder bezüglich gewisser inhaltlicher Erfordernisse fest. Im

---

<sup>20</sup> BGE 99 II 159 E. 2a.

<sup>21</sup> BGE 99 II 159 E. 2a mit Hinweisen.

<sup>22</sup> Vgl. die Nachweise im Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4.b.

<sup>23</sup> BGE 99 II 159 E. 2a; BRÜCKNER (Fn. 13), N 19 ff.; SCHMID JÜRGEN (Fn 3), S. 595; MOOSER (Fn. 14), N 26, 42.

<sup>24</sup> BGE 106 II 146 E. 1 mit Hinweisen; ZK-HAAB (Fn. 19), N 31 und BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 107.

<sup>25</sup> Vgl. allerdings BRÜCKNER (Fn. 13), N 23.

Folgenden ist der Frage nachzugehen, welche Aspekte der Beurkundungsverfahrens darüber hinaus durch **Bundesrecht** geregelt sind bzw. geregelt werden können.

*2.1 Was lässt sich aufgrund des allgemeinen Kriteriums des «Zwecks der öffentlichen Beurkundung» für die Frage der Gesetzgebungscompetenz gewinnen?*

Zum nach der Formel des Bundesgerichts massgebenden (materiellrechtlichen) **Zweck des Instituts der öffentlichen Beurkundung** (vgl. vorne Ziff. II.1) besteht umfangreiches Schrifttum.<sup>26</sup> Diese allgemeinen Darstellungen bewegen sich regelmässig auf der **Ebene rechtspolitischer und rechtspychologischer Aspekte** des Abschlusses privatrechtlicher Rechtsgeschäfte: In der älteren schweizerischen Lehre steht als Zweck der öffentlichen Beurkundung der Schutz der Parteien vor unbedachten Vertragsabschlüssen, der sog. «Schutz vor Übereilung», im Vordergrund, aber auch die Förderung der Präzision und die sichere Aufbewahrung des Rechtsgeschäfts und die Schaffung einer zuverlässigen Grundlage für die Eintragung in öffentliche Register.<sup>27</sup> In Ergänzung dazu scheint in jüngerer Zeit auch die Funktion der Ermittlung und der wahrheitsgetreuen Umsetzung des «wirklichen, vollständigen, unverfälschten» Parteiwillens ins Zentrum zu rücken.<sup>28</sup> Wie auch immer Zweck und Funktion umschrieben werden: **Massgebend für das Kriterium des «Zwecks der öffentlichen Beurkundung» ist die ratio legis der bundesrechtlichen Formvorschriften.** Diese liegt – sehr

---

<sup>26</sup> Statt vieler: BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 2 ff.. SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht//Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 8 ff., 10, unterscheidet zwischen Zwecken und Zielen der öffentlichen Beurkundung. JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, Quid iuris? Bd. 22, Zürich 2017, S. 16 ff.

<sup>27</sup> BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 2 ff. SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht (Fn. 26), S. 8 ff.

<sup>28</sup> SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht (Fn. 26), S. 10; vgl. auch ARNET RUTH, Form folgt Funktion, ZBJV 149/2013, S. 401. Nach MOOSER (Fn. 14), N 433, kommt der öffentlichen Beurkundung auch eine «Funktion der Rechtspolizei» zu.

vereinfacht ausgedrückt – in der Warnfunktion, der Klarstellungsfunktion und der Sicherungsfunktion.<sup>29</sup>

## 2.2 *Welche Bedeutung hat Art. 11 OR im Kontext der Abgrenzung der Zuständigkeit zum Erlass von beurkundungsrechtlichen Bestimmungen?*

Gemäss Art. 11 Abs. 1 OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt nach Art. 11 Abs. 2 OR die **Gültigkeit des Vertrages** von der Einhaltung dieser Form ab.<sup>30</sup> Art. 11 OR findet nicht nur auf Verträge, sondern auf sämtliche privatrechtlichen Rechtsgeschäfte Anwendung.<sup>31</sup>

Da das Bundesrecht nicht nur den Kreis der zu beurkundenden Rechtsgeschäfte und den Umfang des zu beurkundenden Inhalts dieser Rechtsgeschäfte umschreibt (vorne Ziff. II.1.2),<sup>32</sup> sondern auch hinaus festlegt, dass die Formvorschrift grundsätzlich eine Gültigkeitsvorschrift darstelle (Art. 11 Abs. 2 OR), kann und muss das Bundesrecht im Rahmen des Zivilrechts auch definieren, welche Verfahrenselemente für eine gültige öffentliche Beurkundung erforderlich sind. Die sog. «Minimalanforderungen» haben insofern die Funktion sicherzustellen, dass das Beurkundungsverfahren die der öffentlichen Beurkundung zugewiesene Aufgabe, ein nach materiellem Bundesrecht verbindliches Rechtgeschäft zur Entstehung zu bringen, erfüllt. **Die bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften entsprechen demnach aus meiner Sicht den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten «Minimalanforde-**

---

<sup>29</sup> KRAMER/SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Band VI, Nr. 1/1, Bern 1986, Art. 11 OR N 13 ff.

<sup>30</sup> Vgl. SCHMID JÖRG, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Stiftung Schweizerisches Notariat (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren / La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Zürich 2007, S. 1 ff.

<sup>31</sup> MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 2018, Art. 11 OR N 38.

<sup>32</sup> Vgl. auch MOOSER (Fn. 14), N 31 ff.

**rungen» an das Verfahren der öffentlichen Beurkundung.<sup>33</sup>** Oder anders gewendet: **Die Kompetenz des Bundes um Erlass von «Zivilrecht» (Art. 122 Abs. 1 BV) betrifft (auch) die Anforderungen an das Verfahren, welches die gültige Entstehung der öffentlichen Urkunde rechtfestigt** (vgl. auch Art. 9 ZGB). **Die «Mindestanforderungen» stellen bundesrechtliche Gültigkeitsvorschriften dar.**

### 2.3 *Beurteilt sich die Bedeutung einer Verfahrensvorschrift als Gültigkeitsvorschrift nach Bundesrecht oder nach kantonalem Recht?*

Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre gehen davon aus, dass *de lege lata* die Frage, ob eine **kantonale Beurkundungsregel** eine Gültigkeitsvorschrift oder eine blosse Ordnungsvorschrift darstellt, nach kantonalem Recht zu beurteilen sei.<sup>34</sup> Zudem vertritt ein Teil der Doktrin – meiner Meinung nach zu Recht – die Auffassung, eine «Verletzung der **bundesrechtlichen Mindestanforderungen** an die öffentliche Beurkundung» könne schon nach heutigem Recht «von den Kantonen nicht als blosse Verletzung von Ordnungsvorschriften deklariert werden».<sup>35</sup>

Aus meiner Sicht lässt sich das Folgende feststellen: Wenn das Bundesrecht den Begriff der öffentlichen Beurkundung im Sinne einer Gültigkeitsvor-

---

<sup>33</sup> Im Ergebnis wohl ähnlich BK-WOLF, N 38 zu Art. 9 OR; ähnlich auch DÉPRAZ ALEX, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Dissertation, Lausanne 2002, N 592, allerdings mit dem Hinweis, die bundesrechtlichen Vorschriften seien «*de nature formelle*». Die Bedeutung der Kategorie «formell» scheint mir nicht zweckmäßig, da es sich beim Adjektiv «formell» nicht um ein gesetzliches Kriterium handelt; es wird oft auch zur Umschreibung der Organisationsnormen verwendet, vgl. z.B. BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 2. Vgl. auch JEANDIN (Fn. 26), S. 21, der die Minimalvorschriften mit Art. 11 OR in Verbindung bringt.

<sup>34</sup> BGE 106 II 146 E. 3; MOOSER (Fn. 14), N 692a; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 10; BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 242.: «Eine andere Frage ist, welche Vorschriften innerhalb des kantonalen Beurkundungsrechts die Gültigkeitsform der öffentlichen Beurkundung näher umschreiben und welche von ihnen nur reine Ordnungsvorschriften sind (...). Darüber entscheidet – in den Grenzen des bundesrechtlichen Begriffs der öffentlichen Beurkundung (...) – ausschliesslich das kantonale Recht (...). Im Zweifel ist eine blosse Ordnungsvorschrift anzunehmen, denn Formvorschriften sind, als künstliche Beschränkungen des Rechtsverkehrs, restriktiv auszulegen (...).»

<sup>35</sup> HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHUMACHER RAINER/SCHMID JÖRG, Droits réels – Sachenrecht, BR 2010, S. 192.

schrift umschreibt und die «Wirkungen» des Bundesrechts durch kantonales Beurkundungsrecht nicht beeinträchtigt werden dürfen (vgl. vorne Ziff. II.1.2), so sind auch **alle Verfahrenselemente, die für die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde erforderlich sind, ausschliesslich dem Bundesrecht zuzurechnen** (vgl. zum gleichen Ergebnis aus der Perspektive des Beurkundungsrechts hinten Ziff. II.3). Hingegen sollen die kantonalen Bestimmungen, welche die «Einzelheiten der öffentlichen Beurkundung regeln», nicht unter Art. 11 Abs. 2 OR fallen.<sup>36</sup> Damit sind die kantonalen Beurkundungsvorschriften, welche «die Einzelheiten» regeln, aus Sicht des materiellen Rechts als blosse Ordnungsvorschriften zu verstehen. Folgt man dieser Auffassung, ergibt sich, dass die **Qualifikation einer Verfahrensvorschrift als Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift ausschliesslich gemäss Bundesrecht zu beurteilen ist.**

#### *2.4 Was ergibt sich aus der bisherigen Rechtsprechung und Lehre zur Frage der Anforderungen an eine gültige öffentliche Urkunde?*

Die Frage, ob die Form der öffentlichen Beurkundung eingehalten ist, wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der überwiegenden Lehre nach **objektiven Gesichtspunkten** beurteilt.<sup>37</sup> So stellen etwa die (i) Zulassung der beurkundenden Person zu dieser Funktion, (ii) die Bezeichnung der Parteien und ihrer Stellvertreter,<sup>38</sup> (iii) die Feststellbarkeit der Identität der Urkundsperson, (iv) die Unterschrift der Urkundsperson, (v) deren örtliche oder sachliche Zuständigkeit und (vi) die Einhaltung der Einheit des Aktes bundesrechtliche Anforderungen an die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde und damit Voraussetzungen der materiell-rechtlichen Gültigkeit des Rechtsgeschäfts dar.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 244; SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 289.

<sup>37</sup> MOOSER (Fn. 14), N 679 mit Hinweisen.

<sup>38</sup> BGE 99 II 159; vgl. auch PIOTET (Fn. 2), S. 131.

<sup>39</sup> Vgl. die Darstellung der Rechtsprechung und Lehre zur Ungültigkeit infolge Verletzung bundesrechtlicher Formvorschriften bei MOOSER (Fn. 14), N 680 mit Nachweisen; vgl. auch JEANDIN (Fn. 26), S. 24 f.

### 3. Kantonale Beurkundungsregeln als reine Ordnungsvorschriften

Wenn – wie vorne vorgeschlagen (Ziff. II.2.3) – alle für die gültige Entstehung der öffentlichen Urkunde erforderlichen Verfahrenselemente zum (ungeschriebenen) Bundesrecht gehören, kommt als Konsequenz den beurkundungsrechtlichen Verfahrensregeln der Kantone nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften zu.

#### *3.1 Was lässt sich bezüglich der Charakterisierung der kantonalen Verfahrensvorschriften aus der aktuellen Rechtsprechung und Lehre gewinnen?*

Rechtsprechung und Lehre anerkennen, dass bezüglich der Regelungskompetenz der Kantone auch sog. «**Maximalstandards**» bestehen, indem das kantonale Recht, hier die Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens, die Wirksamkeit des Bundesrechts nicht beeinträchtigen darf (vgl. vorne Ziff. II.1.2). Daraus folgt m.E., dass die **Kantone keine über das Bundesrecht hinaus gehenden Anforderungen an die gültige Errichtung der öffentlichen Urkunde festlegen können**. Daraus folgt weiter, dass die **kantonalen Vorschriften zum Beurkundungsverfahren reine Ordnungsvorschriften darstellen**. Insofern lässt sich die Qualifikation der kantonalen Verfahrensvorschriften als Ordnungsvorschriften auf die Rechtsprechung und Lehre zum «Maximalstandard» stützen.

Darüber hinaus hat – soweit ersichtlich – bisher einzig CHRISTIAN BRÜCKNER explizit aus beurkundungsrechtlicher Perspektive die Meinung vertreten, dass bei Einhaltung der bundesrechtlichen Minimalvorschriften **kein Raum bestehen sollte für kantonale Nichtigkeitsgründe**.<sup>40</sup> BRÜCKNER fordert, «dass kantonale Nichtigkeit ignoriert und die Urkunde als entstanden betrachtet wird, wenn die bundesrechtlichen Mindestanforderungen eingehalten sind»;<sup>41</sup> auch er will demnach die kantonalen Beurkundungsregeln, soweit sie nicht einfach die (bundesrechtlichen) Minimalvorschriften wiedergeben, als **Ordnungsvorschriften** verstanden wissen.

---

<sup>40</sup> BRÜCKNER (Fn. 13), N 30 ff., insbesondere N 37.

<sup>41</sup> BRÜCKNER (Fn. 13), N 37, N 1490 ff.

Das Bundesgericht hat sich im Entscheid 4A\_556/2009 Erw. 7.2 am Rande mit dieser Lehrmeinung auseinandergesetzt, dazu aber nicht abschliessend Stellung genommen, weil die zu beurteilende kantonale Verfahrensvorschrift nicht mit den von BRÜCKNER vorgebrachten Konstellationen vergleichbar sei; vielmehr lag aus Sicht des Bundesgerichts die Verletzung einer wesentlichen kantonalen Verfahrensvorschrift vor.<sup>42</sup> Immerhin steht aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich der bundesrechtlichen Beurkundungsvorschriften zu den **Verfügungen von Todes wegen** fest, dass die ergänzenden kantonalrechtlichen Beurkundungsvorschriften reine Ordnungsvorschriften darstellen.<sup>43</sup>

Die Auffassung von BRÜCKNER überzeugt: Weil das materielle Bundesrecht festlegt, welche Rechtsgeschäfte in welchem Umfang der öffentlichen Beurkundung bedürfen, dann kann nicht das kantonale Verfahrensrecht zusätzliche Gültigkeitsvorschriften vorsehen, die über das Bundesrecht hinausgehen. Wenn die Kantone «Gültigkeitsbedingungen aufstellen, von denen der Bundesgesetzgeber bewusst abgesehen hat», überschreiten sie die ihnen aufgrund von Art. 122 Abs. 1 BV zustehende Rechtssetzungsbefugnis.<sup>44</sup>

### *3.2 Sind die Konsequenzen der Verletzung von als Gültigkeitsvorschriften erkannten Verfahrensanforderungen durch Bundesrecht oder durch kantonales Recht zu bestimmen?*

In der Doktrin herrscht, soweit ersichtlich, ein weitreichender Konsens darüber, dass sich zumindest im Falle der **Verletzung einer bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschrift** die Rechtsfolgen ausschliesslich aus dem Bundesrecht ergeben.<sup>45</sup> Ein Teil der Lehre geht zudem davon aus, dass auch bei Verlet-

---

<sup>42</sup> Das Tessiner Beurkundungsrecht verlangte auch für die gültige Beurkundung von Rechtsgeschäften unter Lebenden die Mitwirkung von Zeugen, vgl. Art. 38, 40 und 64 der früheren Legge sul Notariato vom 23. Februar 1983; vgl. zum genannten Bundesgerichtsurteil die Besprechung von HÜRLIMANN-KAUP/SCHUMACHER/SCHMID (Fn. 35), S. 191 f.

<sup>43</sup> BGE 133 I 259 E. 5.2.

<sup>44</sup> BK- SCHMIDLIN (Fn. 29), N 80 zu Art. 11 OR; BGE 99 II 162.

<sup>45</sup> MOOSER (Fn. 14), N 676, 692a f.; BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 244: «Steht dagegen fest, dass eine kantonale Bestimmung eine Gültigkeitsvorschrift ist, so richten sich die Folgen ihres Verstosses ausschliesslich nach Bundesrecht.» HÜRLIMANN-

zung einer **kantonalen «Gültigkeitsvorschrift»** die Rechtsfolgen aus Bundesrecht folgen.<sup>46</sup>

Wenn alle Gültigkeitsvorschriften dem Bundesrecht zuzuordnen sind (vgl. vorne Ziff. II.2.2), können auch die Konsequenzen der Verletzung dieser Vorschriften nur auf Bundesrecht abgestützt werden. Es liegt entsprechend **ausschliesslich in der Zuständigkeit des Bundesprivatrechts, die für die Formgültigkeit relevanten Aspekte des Beurkundungsverfahrens festzulegen.**<sup>47</sup>

### **III. Umsetzung im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses**

#### **1. Ausgangslage aufgrund der vorstehenden Analyse**

Insgesamt zeigt sich, dass das Bundesrecht abschliessend festlegt, welche Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden sind (Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, vgl. vorne Ziff. II.1.1), in welchem Umfang das fragliche Rechtsgeschäft der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung untersteht (Umfang der beurkundungsbedürftigen Vertragselemente) und welche **Verfahrenselemente Gültigkeitselemente für die Entstehung einer gültigen Urkunde darstellen** («**Mindestanforderungen**», vgl. vorne Ziff. II.1.2).

---

KAUP/SCHMID/SCHUMACHER (Fn. 35), S. 191 ff: «Misst der Kanton einer Vorschrift seines Beurkundungsverfahrensrechts Gültigkeitscharakter zu, so bestimmen sich die Folgen dieser Ungültigkeit nach der hier vertretenen Meinung nach Bundesrecht, nämlich nach Art. 11 OR». Vgl. auch SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 598 ff.; BRÜCKNER (Fn. 13), N 1490 ff.

<sup>46</sup> SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 289 mit Hinweisen.

<sup>47</sup> Aus dieser Sicht nicht kompetenzmässig: § 51 Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz (BeurG) des Kantons Aargau vom 30. August 2011 zur Nichtigkeit einer öffentlichen Urkunde, ebenso § 47 des luzernischen Beurkundungsgesetzes vom 18. September 1973; vgl. auch die m.E. korrekte Bemerkung im Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.6, S. 9. Vgl. auch Art. 24 NG des Kantons Bern.

Da es sich inhaltlich um die Anforderungen an die gültige Entstehung von Rechtsgeschäften handelt, liegen diese Regelungen im Bereich des **Zivilrechts** (vgl. Art. 122 Abs. 1 ZGB; vorne Ziff. I.3). Aufgrund dieser Feststellung, wonach das (geschriebene und bisher ungeschriebene) Bundesrecht die Anforderungen an die Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde abschliessend regelt, kann es sich bei kantonalen Verfahrensvorschriften nur noch um Ordnungsvorschriften handeln; dieses Ergebnis auf der Grundlage des materiellen Zivilrechts deckt sich mit dem Befund von BRÜCKNER aus der Perspektive des Beurkundungsrechts (vgl. vorne Ziff. II.3). Es führt insbesondere zu einer **Kongruenz mit der Unterscheidung zwischen bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften und kantonalen Ordnungsvorschriften, wie sie für die Beurkundungsvorschriften gilt, die das bundesrechtliche Beurkundungsverfahren für Verfügungen von Todes wegen regeln.**<sup>48</sup>

2. Bedeutung für die Umschreibung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (nachträglich derogierende Bundeskompetenz)

Die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Elemente der gültigen öffentlichen Beurkundung umschreiben, gehören nach dem oben Ausgeführten zum **Zivilrecht**, nicht zum Zivilprozessrecht. Da die Kompetenz zur Gesetzgebung im Zivilrecht gemäss Art. 122 Abs. 1 ZGB beim Bund liegt, **besteht demnach bezüglich aller Elemente der öffentlichen Beurkundung, die für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts erforderlich sind, eine Kompetenz des Bundesprivatrechtsgebers.**

Auf dieser Grundlage ergibt sich die Aufgabe, jedes vom kantonalen Recht erfasste Element des Beurkundungsverfahrens (z.B. Ausstand, Rechtsbelehrung, Pflicht zur Unterzeichnung der Urkunde usw.; vgl. Liste gemäss Sit-

---

<sup>48</sup> BGE 133 I 259 E. 5.2: «Den Beschwerdeführern ist insoweit zuzustimmen, als diese Regelung des Bundeszivilrechts abschliessender Natur ist [...], weshalb der kantonale Gesetzgeber keine zusätzlichen Gültigkeitsvorschriften erlassen kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es den Kantonen untersagt wäre, im Rahmen ihrer Kompetenz zur Regelung der öffentlichen Beurkundung (vgl. E. 2) weitere Ausschliessungsgründe für Zeugen vorzusehen. Solche zusätzlichen kantonalen ‹Unfähigkeitsergründe› stellen gegebenenfalls blosse Ordnungsvorschriften dar [...], deren Missachtung lediglich von disziplinarrechtlicher Bedeutung ist und die Gültigkeit der Urkunde nicht zu beeinträchtigen vermag.»

zung vom 24. September 2018) daraufhin zu untersuchen, ob es für die Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung entsprechend dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung erforderlich ist (Minimalanforderungen). Wenn das der Fall ist, besteht die Kompetenz des Bundesgesetzgebers im Bereich des Zivilrechts gestützt auf Art. 122 Abs. 1 BV. Andernfalls liegt die Kompetenz zur Beantwortung dieser Frage im kantonalen Beurkundungsrecht.

#### **IV. Zusammenfassung**

1. Das Beurkundungsrecht ist bezüglich der Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung als **Zivilrecht** i.S.v. Art. 122 Abs. 1 BV einzutragen.
2. Bei den bundesrechtlichen Minimalanforderungen handelt es sich um **Gültigkeitsvorschriften** nach Art. 11 OR. Das Bundesrecht regelt den Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, den Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit eines einzelnen Rechtsgeschäftes und die Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung, bei deren Einhaltung ein gültiges Rechtsgeschäft entsteht, abschliessend. Die Wirkung einer Verletzung der bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften wird durch das Bundesrecht abschliessend festgelegt.
3. Bei den **kantonalen Verfahrensvorschriften** gemäss Art. 55 SchlT ZGB handelt es sich ausschliesslich um Ordnungsvorschriften, deren Verletzung das kantonale Recht sanktioniert.
4. Die **Zuordnung der einzelnen Verfahrenselemente der öffentlichen Beurkundung** kann, da der Begriff und die Gültigkeitsvoraussetzungen der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht angehören, danach erfolgen, ob diese für die materiell-rechtliche Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde (Art. 11 ZGB) erforderlich sind oder nicht.

18 août 2021

---

## **Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse**

### Principes directeurs et leurs explications

---

Groupe de réflexion: Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse

## Table des matières

<b>Bibliographie.....</b>	<b>5</b>
<b>Liste des abréviations.....</b>	<b>8</b>
<b>1 Contexte.....</b>	<b>11</b>
1.1 Législation sur les actes authentiques en Suisse .....	11
1.2 Mandat du Conseil fédéral .....	12
1.3 Recommandation de la Commission de la concurrence en ce qui concerne la libre circulation .....	12
<b>2 Mise en œuvre des mandats du Conseil fédéral .....</b>	<b>13</b>
2.1 Mise en œuvre du mandat 1 : « Acte authentique électronique » .....	13
2.2 Mise en œuvre du mandat 2 : « Exigences minimales de droit fédéral et libre circulation » .....	13
<b>3 Mandat du groupe de réflexion « Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse ».....</b>	<b>13</b>
<b>4 Démarche du groupe de réflexion.....</b>	<b>14</b>
<b>5 Bases constitutionnelles.....</b>	<b>15</b>
<b>6 Termes et définitions .....</b>	<b>16</b>
6.1 Contexte .....	16
6.2 Juridiction gracieuse.....	16
6.3 Officier public.....	16
6.4 Établissement des actes authentiques.....	17
6.5 Acte authentique.....	18
6.6 Original de l'acte authentique (« <i>minute</i> » / « <i>Urschrift</i> » / « <i>atto originale</i> ») .....	19
6.7 Expédition (« <i>Ausfertigung</i> » / « <i>copia autentica</i> »).....	19
6.8 Copie légalisée (« <i>vidimus</i> » / « <i>copie certifiée conforme</i> » / « <i>beglaubigte Kopie</i> » / « <i>autenticazione di una copia</i> »).....	20
6.9 Procédure d'établissement des actes authentiques.....	20
6.9.1 En général .....	20
6.9.2 Classification des procédures d'établissement des actes authentiques .....	21
6.9.3 Classification des procédures selon l'objet de l'acte .....	21
6.9.4 Légalisations (« <i>Beglaubigungen</i> » / « <i>autenticazioni</i> »).....	23
6.10 Phases de la procédure .....	24
6.11 Sceau de l'officier public (sceau notarial).....	24
6.12 Formule de clôture.....	25
<b>7 Principes directeurs.....</b>	<b>25</b>
7.1 En général .....	25
7.2 Exigences minimales de droit fédéral.....	26
7.3 Fonction et compétences de l'officier public .....	27
7.3.1 Fonction publique .....	27
7.3.2 Conditions de l'autorisation d'exercer la profession ; compétence d'établir des actes authentiques .....	28
7.3.2.1 En général .....	28
7.3.2.2 Domicile et nationalité .....	29
7.3.2.3 Examen de capacité.....	31
7.3.2.4 Formation, exigences professionnelles.....	31
7.3.2.5 Incompatibilité avec l'exercice d'autres activités.....	32
7.3.3 Compétence à raison du lieu ou de la matière.....	33
7.3.3.1 En général .....	33
7.3.3.2 Libre circulation des officiers publics .....	35
7.3.3.3 Libre circulation et reconnaissance des actes authentiques .....	36
7.4 Obligations professionnelles de l'officier public.....	36
7.4.1 En général .....	36

7.4.2	Obligation d'instrumenter, obligation et droit de refuser d'instrumenter .....	37
7.4.3	Obligation de véracité .....	38
7.4.4	Obligation de sauvegarder les intérêts des parties .....	39
7.4.4.1	Obligation d'impartialité .....	40
7.4.4.2	Obligation de diligence .....	41
7.4.4.3	Obligation de prompte exécution des actes .....	41
7.4.5	Obligation d'impartialité .....	41
7.4.6	Obligation de se récuser .....	42
7.4.7	Obligation de garder le secret (secret professionnel) .....	43
7.4.8	Obligation de diligence .....	44
7.4.9	Réputation .....	44
7.4.10	Indépendance .....	44
7.4.11	Devoir de communication .....	44
7.4.12	Obligation de suivre une formation continue .....	45
7.4.13	Obligation de sauvegarder les intérêts fiscaux de l'État .....	45
7.5	Procédure d'établissement des actes authentiques (déroulement) .....	45
7.5.1	Dispositions générales de procédure .....	45
7.5.1.1	Support de l'original, de l'expédition et de la copie légalisée .....	45
7.5.1.2	Contenu formel des actes authentiques .....	46
7.5.1.3	Annexes à l'acte authentique .....	46
7.5.1.4	Participants / personnes impliquées .....	48
7.5.1.5	La langue des actes .....	51
7.5.2	Demande d'authentification (réquisition) .....	52
7.5.3	Procédure préliminaire (procédure d'examen et procédure préparatoire) .....	53
7.5.3.1	Examen .....	53
7.5.3.2	Préparation .....	54
7.5.3.3	Information des parties .....	55
7.5.3.4	Obligation de clarté .....	56
7.5.4	Procédure principale .....	56
7.5.4.1	En général .....	56
7.5.4.2	Lieu de l'instrumentation .....	57
7.5.4.3	Lecture par les parties ou par l'officier public ; visite des lieux et procès-verbal .....	57
7.5.4.4	Corrections, rectifications .....	58
7.5.4.5	Approbation .....	59
7.5.4.6	Signature de l'acte par les comparants .....	60
7.5.4.7	Obligation de parapher les pages de l'acte .....	61
7.5.4.8	Datation et signature par l'officier public .....	61
7.5.4.9	Unité de la procédure d'instrumentation (unité de l'acte) ; instrumentation séparée ou par étapes .....	61
7.5.4.10	Instrumentation à distance .....	63
7.5.4.11	Comparant(s) de langue étrangère .....	65
7.5.4.12	Procédures spéciales .....	66
7.5.4.13	Contrats de gage immobilier ; contrats concernant les immeubles de petite taille .....	67
7.5.4.14	Formule de clôture .....	67
7.5.5	Phase postérieure à l'instrumentation .....	68
7.5.5.1	En général .....	68
7.5.5.2	Tenue d'un répertoire .....	68
7.5.5.3	Conservation de l'original ou d'une copie légalisée .....	69
7.5.5.4	Etablissement d'expéditions et de copies légalisées .....	69
7.5.5.5	Apposition du sceau sur l'acte authentique .....	70
7.5.5.6	Réquisitions d'inscription auprès des offices chargés des registres ; réquisitions auprès d'autorités .....	70
7.6	L'inexistence de l'acte authentique et ses effets juridiques .....	71
7.6.1	Situation actuelle .....	71

7.6.1.1	Distinction entre les prescriptions d'ordre et les règles de validité ....	71
7.6.1.2	Délimitation entre la violation d'une règle de validité (vice de procédure) et les conséquences de droit civil.....	72
7.6.2	Distinction entre «Acte inexistant» et "«Acte annulable » .....	72
7.6.2.1	Réflexions générales.....	72
7.6.2.2	<i>De lege ferenda</i> : compétence fédérale en matière de classification des vices de forme entachant l'établissement de l'acte authentique.	74
7.6.2.3	Règles de validité .....	74
7.6.2.4	Prescriptions d'ordre .....	75
7.6.3	Portée de l'obligation de forme : invalidité partielle pour vice de forme de l'acte authentique .....	76
7.6.4	Réglementation des conséquences de droit matériel d'un vice de procédure..	76
7.6.4.1	Compétences fédérales et cantonales concernant les conséquences de droit matériel d'un vice de procédure.....	76
7.6.4.2	Conséquences de droit matériel d'un vice de procédure.....	77
7.7	Abrogation des dispositions spéciales du CC relatives aux actes authentiques .....	77
7.8	Surveillance ; mesures disciplinaires .....	77
7.9	Responsabilité .....	77
7.10	Comptabilité, mouvements de fonds, capacité de paiement et conservation de dépôts	77
7.11	Émoluments.....	78
8	<b>Conclusions.....</b>	<b>78</b>
<b>Annexe 1 : <i>Propositions pour le point « Classification de la liste des thèmes » ; rapport de Denis Piotet, Prof. Dr iur., Lausanne.....</i></b>		<b>79</b>
<b>Annexe 2 : <i>Avis de droit de l'OFJ du 13 septembre 2018 concernant la compétence fédérale pour réglementer la procédure d'instrumentation des actes authentiques.....</i></b>		<b>79</b>
<b>Annexe 3 : <i>Délimitation des compétences législatives entre la Confédération et les cantons dans le domaine des actes authentiques ; rapport de Ruth Arnet, Prof. Dr iur., Zurich (en allemand)</i> .....</b>		<b>79</b>

## Bibliographie

- ARNET RUTH, Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – *de lege lata und de lege ferenda*, successio 3/2015, p. 185 ss.
- ARNET RUTH, «Form folgt Funktion» – Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, RJB 149/2013, p. 391 ss (cit. : ARNET, RJB).
- BECK EMIL, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, vol. V, titre final, 2<sup>e</sup> section, art. 51-63, Berne, 1932.
- BIBER RENÉ, Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz, in : FÉDÉRATION SUISSE DES NOTAIRES (éditeur), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 1, Muri b. Bern, 2010, p. 138 ss.
- BRÄM BEAT, Beilagen zu öffentlichen Urkunden und deren Einbezug in das Beurkundungsverfahren, Festgabe für Professor Dr. iur. Roland Pfäffli, NB 2014, p. 216 ss.
- 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, Jusletter, 28 octobre 2013.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Vereinheitlichung des notariellen Beurkundungsverfahrens, in : FÉDÉRATION SUISSE DES NOTAIRES (éditeur), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 4, Berne, 2018 (cit. : BRÜCKNER, Notariatspraxis), p. 59 ss.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, RNRF 75/1994, p. 1 ss (cit. : BRÜCKNER, RNRF, 1994).
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zurich, 1993.
- CARLEN LOUIS, Notariatsrecht der Schweiz, Zurich 1976.
- DEPRAZ ALEX, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, thèse de doctorat défendue à Lausanne 2002.
- DIEBOLD NICOLAS, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: COTTIER/OESCH (éditeurs), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2020.
- EICHENBERGER CHRISTIAN, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, thèse de doctorat défendue à Berne 2009.
- GASSER DOMINIK/MÜLLER RAHEL/KOJAN TAMARA, Zivilprozessrecht in a nutshell, 3<sup>e</sup> éd., Zurich/St-Gall, 2021.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, vol. I, 11<sup>e</sup> éd., Zürich/Basel/Genf 2020.
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (éditeurs), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6<sup>e</sup> éd., Bâle, 2018 (cit. : BSK-NOM DU CONTRIBUTEUR, n. ad art.).
- GEISER THOMAS/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1–61 SchlT ZGB, 6<sup>e</sup> éd., Bâle, 2019 (cit. : BSK-NOM DU COLLABORATEUR, n. ad art.).
- GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zurich, 1954.
- OESCH MATTHIAS/RENFER STEFAN, Kommentar Wettbewerbsrecht II, in: OESCH/WEBER/ZÄCH (éditeurs), 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2021.
- HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, RNRF 69/1988, p. 228 ss.

- HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, 2019.
- HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHUMACHER RAINER/SCHMID JÖRG, Droits réels - Sachenrecht, DC 4/2010, p. 191 ss.
- JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, Genève/Zurich/Bâle, 2017.
- KOLLER ALFRED, Vom Formmangel und seinen Folgen, Der formungültige Grundstückkauf, in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3<sup>e</sup> éd., Berne, 2017, p. 81 ss.
- KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, 4e éd., Berne, 2017 (cit. : KOLLER, OR AT).
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (éditeurs), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, 2016 (cit. : OFK-NOM DU COLLABORATEUR, n. ad art.).
- KUNZ HANS, Öffentliche Vertragsverkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht, thèse de doctorat à Berne, Bienne, 1928.
- MARTI HANS, Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Berne, 1989.
- MARTI HANS, Bernisches Notariatsrecht, Berne, 1983 (cit. : MARTI, Notariatsrecht).
- MOOSER MICHEL, Les conséquences de la reconnaissance intercantionale des actes authentiques immobiliers, in : FÉDÉRATION SUISSE DES NOTAIRES (éditeur), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 4, Berne, 2018, p. 141 ss (cit. : MOOSER 2018).
- MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2014.
- MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Berne, 2018 (cit. : BK-MÜLLER, n. ad art.).
- MÜLLER LUKAS, Die Online-Gründung der Aktiengesellschaft, SJZ 116 (2020) 16-17, p. 555 ss (cit. : MÜLLER LUKAS).
- MÜLLER LUKAS/PAFUMI LARA, Die digitale öffentliche Urkunde im Kontext der AG (2/2), REPRAX 1/2020, p. 45 ss.
- NUSSBAUM HEINRICH, Beispiele mit Anmerkungen und Erläuterungen über öffentliche Beurkundungen mit einer einleitenden Darstellung des massgebenden Rechts, 2<sup>e</sup> éd., Aarau, 1949.
- PFÄFFLI ROLAND/LIECHTI FABRIZIO ANDREA, Der Notar und das Freizügigkeitsabkommen: Entwicklungen, Jusletter, 20 avril 2015.
- PFÄFFLI ROLAND/LIECHTI FABRIZIO ANDREA, Bemerkungen zu den rechtlichen Einschätzungen der eidgenössischen Wettbewerbskommission (WEKO) zur Freizügigkeit der Notare, Jusletter, 16 décembre 2013 (cit. : PFÄFFLI/LIECHTI, WEKO).
- PIOTET DENIS, L'avant-projet de révision des art. 55 à 55t du Titre final du Code civil, in : FÉDÉRATION SUISSE DES NOTAIRES (éditeur), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 3, Berne, 2015, p. 79 ss (cit. : PIOTET, 2015).
- PIOTET DENIS, Les procédures spéciales d'instrumentation d'actes authentiques, in : FONDATION NOTARIAT SUISSE (éditeur), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Zurich, 2007, p. 259 ss (cit. : PIOTET, Les procédures spéciales).
- PIOTET DENIS, La notion fédérale de la forme authentique à l'épreuve de la doctrine, in : UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL (éditeur), Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, p. 19 ss.

RUF PETER, Notariatsrecht, Langenthal, 1995.

SANTSCHI ALFRED, Die Rechtsberatung durch den Notar, RNRF 49/1968, p. 1 ss (cit. : SANTSCHI ALFRED, Rechtsberatung).

SANTSCHI ALFRED, Die Berufspflichten des bernischen Notars, thèse de doctorat à Berne, 1958, Winterthur ,1959 (cit. : SANTSCHI ALFRED).

SANTSCHI DANIEL, Die Ausstandspflichten des Notars, thèse de doctorat à Berne, Langenthal, 1992 (cit. : SANTSCHI DANIEL).

SCHMID JÖRG, Erbrechtsreform und öffentliche Beurkundung der Verfügungen von Todes wegen, in: JUNGO ALEXANDRA/BREITSCHMID PETER/SCHMID JÖRG (éditeurs), Erste Silser Erbrechtsgespräche: Gedanken zur Erbrechtsrevision anlässlich des 60. Geburtstags von Paul Eitel, Zurich/Bâle/Genève, 2018, p. 37 ss (cit. : SCHMID JÖRG).

SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht, in: SCHMID JÜRG (éditeur), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zurich/Bâle/Genève, 2006, p. 3 ss (cit. : SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht).

SCHMID JÜRG, Die Fernbeurkundung, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (éditeur), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 4, Berne, 2018, p. 231 ss (cit. : SCHMID JÜRG, Notariatspraxis).

STAHELIN DANIEL, Vertretungsverhältnis nicht genannt – öffentliche Urkunde ungültig?, Jusletter, 2 août 2010.

STRUB YAEL, Haftung des Notars für die Aufklärung betreffend Steuern? – «Es chunnt druf aa», Recht 4/2013, p. 163 ss.

VON BÜREN ROLAND, Notare und Wettbewerb, in: RUF PETER/PFÄFFLI ROLAND (éditeurs), 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal, 2003, p. 79 ss.

WOLF STEPHAN, Zu den kantonalen Beurkundungsverfahren als Ausgangslage für einen bundesrechtlichen Notariatsprozess und zugleich zu den Schwierigkeiten einer Vereinheitlichung des materiellen Notariatsrechts – eine Standortbestimmung, in: SCHWEIZERISCHER NOTARENVERBAND (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, vol. 4, Berne, 2018, p. 23 ss (cit. : WOLF, Notariatspraxis).

WOLF STEPHAN (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009 (cit. : KNB-NOM DU COLLABORATEUR, n. ad art.).

WOLF STEPHAN/PFEUTI ANJA/MINNIG YANNICK, Zur Zukunft des Notariats in der Schweiz – Einführung und Überblick, Jusletter, 28 octobre 2013.

WOLF STEPHAN/SETZ ANNA LEA, Handlungsfähigkeit, insbesondere Urteilsfähigkeit, sowie ihre Prüfung durch den Notar, in: WOLF STEPHAN (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Berne, 2012.

## Liste des abréviations

AG	canton d'Argovie
AI	canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures
AI.	alinéa
ALCP	accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681
AR	canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures
Art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral suisse
BE	canton de Berne
BeurG-AG	Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz vom 30. August 2011, SAR 295.200
BeurkG-AR	Beurkundungsgesetz vom 26. Oktober 2009, bGS-AR 211.2
BeurkG-GL	Gesetz über Beurkundung und Beglaubigung (Beurkundungsgesetz) vom 6. Mai 2007, GS-GL III B/3/1
BeurkG-LU	Gesetz über die öffentliche Beurkundung (Beurkundungsgesetz) vom 18. September 1973, SRL 255
BeurkG-ZG	Gesetz über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen (Beurkundungsgesetz) vom 3. Juni 1946, BGS-ZG 223.1
BeurkV-NW	Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die öffentliche Beurkundung vom 9. November 1974 (Beurkundungsverordnung), Nidwaldner Gesetzesammlung 268.11
BL	canton de Bâle-Campagne
BS	canton de Bâle-Ville
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
cf.	confer
ch.	chiffre
cit.	cité comme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CO	loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
COMCO	Commission de la concurrence
consid.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
Cst.	constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
DC	Droit de construction, revue du droit de la construction et des marchés publics (Zurich)

DELN-JU	Décret concernant l'exécution de la loi sur le notariat du 6 décembre 1978, RSJU 189.111
DFJP	Département fédéral de justice et police
D <sup>r</sup>	docteur
éd.	édition
etc.	et cætera
FR	canton de Fribourg
GE	canton de Genève
GL	canton de Glaris
GR	canton des Grisons
INR	Institut de droit notarial et de pratique notariale de l'Université de Berne
JU	canton du Jura
let.	lettre
LFus	loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, RS 221.301
LMI	loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur, RS 943.02
LN-BE	loi du 22 novembre 2005 sur le notariat, RSB 169.11
LN-FR	loi du 17 mars 2016 sur le notariat, RSF 261.1
LN-JU	loi sur le notariat du 9 novembre 1978, RSJU 189.11
LN-NE	loi sur le notariat du 26 août 1996, RSN 166.10
LNo-VD	loi sur le notariat du 29 juin 2004, RS 178.11
LN-VS	loi du 15 décembre 2004 sur le notariat, recueil systématique valaisan 178.1
LU	canton de Lucerne
n.	note ; note marginale
NB	Le notaire bernois, revue de l'Association des notaires bernois
NE	canton de Neuchâtel
NG-BL	Notariatsgesetz vom 22. März 2012, SGS-BL 217
NG-BS	Notariatsgesetz vom 18. Januar 2006, BSSG 292.100
NG-GR	Notariatsgesetz vom 18. Oktober 2004, BR 210.300
NotG-ZH	Notariatsgesetz vom 9. Juni 1985, ZH-Lex 242
NotPV-ZH	Verordnung über den Erwerb des Wahlfähigkeitszeugnisses für Notarinnen und Notare vom 4. September 2013, ZH-Lex 242.1
NV-UR	Verordnung über das Notariat vom 9. Oktober 1911, RB-UR 9.2311
NW	canton de Nidwald
OAAE	ordonnance du 8 décembre 2017 sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique, RS 211.435.1
OFJ	Office fédéral de la justice

ON-BE	ordonnance sur le notariat du 26 avril 2006, RSB 169.112
ORC	ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce, RS 221.411
ORF	ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier, RS 211.432.1
OW	canton d'Obwald
p.	page
par ex.	par exemple
prof.	professeure, professeur
REPRAX	Droit des sociétés et droit du registre du commerce: revue de la législation et de la pratique (Zurich)
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RNRF	Revue Suisse du notariat et du registre foncier (Zurich)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (Zurich)
s	suivant(e)
SG	canton de Saint-Gall
SH	canton de Schaffhouse
SO	canton de Soleure
ss	suivant(e)s
successio	Revue de droit des successions (Zurich)
SZ	canton de Schwyz
TF	Tribunal fédéral
TFUE	traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TG	canton de Thurgovie
tit. fin. CC	titre final du Code civil suisse
UR	canton d'Uri
VD	canton de Vaud
vol.	volume
VS	canton du Valais
ZG	canton de Zoug
ZH	canton de Zurich

## 1 Contexte

### 1.1 Législation sur les actes authentiques en Suisse

Le droit fédéral soumet de nombreux actes juridiques à la forme authentique à titre de condition de validité. Des règles fédérales explicites relatives à l'établissement des actes authentiques n'existent toutefois que pour le testament public, le pacte successoral, la donation à cause de mort, le contrat d'entretien viager et le protêt (art. 499 ss et 512, al. 1, CC, art. 245, al. 2, 522, al. 1, et 1034 ss CO). Le législateur fédéral a laissé aux cantons la compétence de déterminer les modalités pour les autres actes juridiques soumis à l'exigence de la forme authentique. L'art. 55, al. 1, tit. fin. CC énonce que les cantons déterminent les modalités de la forme authentique pour leur territoire. Le droit des actes authentiques en Suisse est donc marqué par les spécificités cantonales.

La compétence cantonale se traduit par la diversité des formes d'organisation qui existent en Suisse dans le domaine des actes authentiques. On distingue ainsi principalement le notariat indépendant (dit latin), le notariat d'État et différentes formes mixtes<sup>1</sup>. Dans le premier cas de figure, l'officier public exerce l'activité relevant de la souveraineté de l'État de manière indépendante pour son compte et sous sa responsabilité<sup>2</sup>. Dans le second, il est lié par des rapports de travail de droit public<sup>3</sup>. Quant aux formes mixtes, certaines tâches incombent au notaire indépendant, alors que d'autres sont accomplies par le notaire d'État.

Les objectifs de la forme authentique sont notamment les suivants<sup>4</sup> :

- protection des parties contre des engagements irraisonnés<sup>5</sup> ;
- aide-mémoire<sup>6</sup> ;
- fonction probante<sup>7</sup> ;
- prévention des litiges<sup>8</sup> ;
- constitution des justificatifs adéquats relatifs au titre<sup>9</sup> ;
- fonction de police<sup>10</sup> ;
- clarté de l'acte juridique<sup>11</sup> ;
- conservation des actes authentiques pour une durée indéterminée<sup>12</sup>.

Ni la doctrine juridique ni la jurisprudence ne contestent actuellement que la notion de forme authentique relève du droit fédéral<sup>13</sup>. Les cantons doivent donc respecter les exigences qu'impose le droit fédéral lorsqu'ils fixent les règles relatives à l'instrumentation<sup>14</sup>.

En ce qui concerne les exigences prévues par le droit fédéral, qui est en partie non écrit, il faut distinguer les exigences minimales et les exigences maximales<sup>15</sup> : d'une part, les dispositions

<sup>1</sup> BIBER, p. 142; CARLEN, p. 35 ss ; JEANDIN, p. 11 ; MOOSER, n. 55 ss.

<sup>2</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, p. 63 ; CARLEN, p. 36 ; JEANDIN, p. 11; KNB-WOLF/PFAMMATTER, n. 3 ad art. 2 LN.

<sup>3</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, p. 63 ; CARLEN, p. 38 ; JEANDIN, p. 11.

<sup>4</sup> Cf. la vue d'ensemble: ARNET, RJB, p. 399 ss.

<sup>5</sup> BECK, p. 14; BRÜCKNER, n. 258 ss ; JEANDIN, p. 17 ; MARTI, p. 23 ; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 10.

<sup>6</sup> MARTI, p. 21 s.

<sup>7</sup> MARTI, p. 22 s.

<sup>8</sup> MARTI, p. 22.

<sup>9</sup> JEANDIN, p. 17 ; MARTI, p. 24.

<sup>10</sup> JEANDIN, p. 18 ; MARTI, p. 25.

<sup>11</sup> KNB-WOLF/PFAMMATTER, n. 9 ad art. 23 LN ; BSK-SCHMID, n. 12 ad art. 55 tit. fin. CC.

<sup>12</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, p. 63; JEANDIN, p. 18.

<sup>13</sup> ATF 125 III 131, 134, et 133 I 259, 260 ; BIBER, p. 140 ; BRÜCKNER, n. 5 ; HUBER, p. 229.

<sup>14</sup> WOLF/PFEUTI/MINNIG, p. 3 s.

<sup>15</sup> BRÜCKNER, n. 8 ss et n. 19 s ; HUBER, p. 230 ; MOOSER, n. 26 ; WOLF/PFEUTI/MINNIG, p. 4.

cantonales doivent satisfaire aux exigences résultant de la notion et du but de la forme authentique<sup>16</sup> et, d'autre part, les cantons ne doivent pas rendre trop difficile ou impossible l'accès à la forme authentique<sup>17</sup>.

## 1.2 Mandat du Conseil fédéral

Le 14 décembre 2012, le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation sur une modification du code civil (forme authentique). L'avant-projet prévoyait :

- de fixer les exigences minimales de droit fédéral concernant l'instrumentation,
- d'étendre la libre circulation des actes authentiques à l'ensemble du domaine immobilier,
- de rendre possible l'établissement d'originaux électroniques des actes authentiques et
- de créer une banque de données centrale des actes authentiques gérée par la Confédération.

Vu les résultats de la consultation et des entretiens avec les milieux concernés, le Conseil fédéral a décidé, le 25 mai 2016, de subdiviser la révision du code civil en deux projets et a confié deux mandats au DFJP, qui a été chargé :

- d'élaborer un message portant sur l'original électronique de l'acte authentique et sur le registre des actes authentiques électroniques (« *mandat 1* ») et
- d'examiner l'opportunité d'élaborer un message portant sur les exigences minimales de droit fédéral et sur la libre circulation et de faire rapport au Conseil fédéral (« *mandat 2* »).

## 1.3 Recommandation de la Commission de la concurrence en ce qui concerne la libre circulation

Le 23 septembre 2013, la Commission de la concurrence (COMCO) a recommandé aux cantons d'introduire la libre circulation intercantionale des notaires pour l'exercice de leur activité professionnelle ainsi que pour l'établissement des actes authentiques<sup>18</sup>. En particulier, les notaires extérieurs au canton devraient, par une reconnaissance de leurs certificats de capacité, être autorisés à exercer les activités qui sont également ouvertes aux notaires indépendants dans ce canton. En ce qui concerne les actes authentiques, la COMCO a recommandé le règlement de la reconnaissance entre les cantons de tous les actes authentiques, ainsi que la création d'une base légale permettant la reconnaissance des actes authentiques en matière immobilière instrumentés dans un autre canton. La recommandation repose en particulier sur la loi sur le marché intérieur (LMI) qui garantit l'accès libre et égal au marché sur tout le territoire suisse en ce qui concerne l'exercice d'une activité lucrative. Sur le plan du droit du marché intérieur, il convient de relever que le champ d'application de la LMI a été aligné sur celui de l'ALCP, raison pour laquelle les activités notariales devraient, contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral, être soumises au champ d'activité de la LMI<sup>19</sup>. Cette appréciation ainsi que la recommandation de la COMCO ne sont pas demeurées sans critiques<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> ATF 99 II 159, 161 ; HUBER, p. 230 . Une synthèse des exigences minimales est présentée au ch. 7.2.

<sup>17</sup> BRÜCKNER, n. 19 s ; WOLF/PFEUTI/MINNIG, p. 4.

<sup>18</sup> <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/medien/communiques-de-presse/nsb-news.msg-id-50564.html> (état au 13.07.2021).

<sup>19</sup> Avec des références supplémentaires: OESCH/RENFER, n. 13 ad art. art. 1 LMI; DIEBOLD, p. 489.

<sup>20</sup> Cf. également les explications au ch. 7.3.3.

La recommandation de la COMCO visait également sur le plan politique à stimuler la concurrence dans le domaine de l'activité notariale. Les recommandations de la COMCA n'ont pour l'heure pas été mises en oeuvre; en revanche, le postulat Bertschy 20.3879 du 19 juin 2020, dont la teneur reprend par endroits pratiquement mot pour mot la recommandation de la COMCO, prévoit, par exemple, une libéralisation du notariat à l'échelle suisse en instaurant une concurrence intercantonale aussi libre que possible.

## 2 Mise en œuvre des mandats du Conseil fédéral

### 2.1 Mise en œuvre du mandat 1 : « Acte authentique électronique »

La perception des instruments informatiques au sein de la population a changé depuis l'adoption de l'avant-projet de 2012 et la consultation menée en 2013. Les projets de numérisation se multiplient. Il était donc indiqué de rouvrir un large débat public sur les dispositions proposées en 2012, en donnant plus de place à l'informatique. Le Conseil fédéral a mis en consultation, du 30 janvier au 8 mai 2019, l'avant-projet de loi fédérale sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (LAAE). À la différence de l'avant-projet de 2012, l'établissement d'originaux électroniques des actes authentiques ne devait plus représenter une option, mais devenir au contraire la règle, dix ans après l'entrée en vigueur de la LAAE. En outre, il était prévu de mettre en place une solution centralisée (*registre des actes authentiques*) garantissant la sauvegarde à long terme des actes authentiques électroniques.

Dans l'étape suivante, le DFJP est chargé d'élaborer un projet de loi et un message sur la base de l'évaluation des avis exprimés lors de la consultation.

La possibilité d'établir à l'avenir l'original électronique des actes authentiques a été intégrée dans les discussions lors de l'élaboration des présents principes directeurs et définitions.

### 2.2 Mise en œuvre du mandat 2 : « Exigences minimales de droit fédéral et libre circulation »

Les propositions formulées dans l'avant-projet de 2012 en ce qui concerne les exigences minimales de droit fédéral et la libre circulation des actes authentiques dans le domaine immobilier ont suscité des critiques. Après la consultation, l'administration fédérale a donc mené des discussions avec les représentants des notaires. De ces échanges est née l'idée de créer une procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse au lieu de codifier les exigences minimales.

À la suite du Congrès des notaires de Suisse tenu le 15 mars 2018 sur le thème « La procédure notariale uniforme en Suisse et l'avenir du notariat », l'OFJ a institué le groupe de réflexion « Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse » chargé d'élaborer les principes directeurs d'une procédure unifiée de droit fédéral et leurs explications.

## 3 Mandat du groupe de réflexion « Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse »<sup>21</sup>

Le groupe de réflexion a eu pour mission d'approfondir d'un point de vue d'expert les questions juridiques d'une éventuelle unification de la procédure notariale au niveau fédéral en Suisse et d'élaborer les principes directeurs d'une procédure d'instrumentation fédérale uniforme et leurs explications.

---

<sup>21</sup> On trouvera la composition et le mandat du groupe de réflexion « Procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse » à l'adresse Internet suivante : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/beurkundungsverfahren.html> (état le 31.05.2021).

Dans le cadre de ses travaux, le groupe de réflexion a en particulier été chargé de discuter du champ et de la portée possible de cette unification et, si nécessaire, d'élaborer divers modèles de réglementation. Ses considérations ont de plus dû respecter le principe de la souveraineté organisationnelle et les compétences de surveillance des cantons dans le domaine des actes authentiques. En outre, une attention particulière devait être portée à l'enchevêtrement entre le droit cantonal, l'éventuelle future réglementation fédérale de la procédure notariale et le droit privé fédéral matériel.

Les principes directeurs devaient pouvoir s'appliquer tant au notariat indépendant (dit latin) qu'au notariat d'État.

Le groupe de réflexion a réuni les représentants des notaires indépendants, des notaires d'État, des cantons et du monde de la science.

#### 4 Démarche du groupe de réflexion

La première étape des travaux a consisté à recueillir les questions relevant des législations cantonales relatives aux actes authentiques et la deuxième, à se mettre d'accord sur la manière de les organiser. La structure retenue est la suivante :

- *bloc 1*, fonction et compétences de l'officier public / dispositions générales ;
- *bloc 2*, obligations professionnelles ;
- *bloc 3*, procédure d'établissement des actes authentiques ;
- *bloc 4*, inexistance de l'acte authentique, surveillance, émoluments.

Le *premier bloc* regroupe les questions liées à la forme d'organisation de l'instrumentation, qui comprennent notamment la désignation des personnes habilitées à établir les actes authentiques, les conditions auxquelles est soumis l'exercice de la profession et la compétence à raison du lieu ou de la matière des officiers publics ou leur libre circulation.

Le *deuxième bloc* liste les différentes obligations professionnelles des officiers publics.

Le *troisième bloc* est consacré aux domaines à régler connexes à la procédure d'établissement des actes authentiques per se, tels que la langue des actes, les pièces jointes, les corrections, etc.

L'inexistence de l'acte authentique, la surveillance des officiers publics et les émoluments font l'objet du *quatrième bloc*.

Lors des travaux portant sur la classification des différents thèmes, on a considéré qu'il fallait d'abord clarifier les procédures auxquelles devaient s'appliquer les principes directeurs, vu que la procédure peut être différente selon l'objet de l'instrumentation. L'authentification des actes juridiques peut nécessiter une autre réglementation que l'instrumentation des actes constatatoires<sup>22</sup>. Le groupe de réflexion a chargé DENIS PIOTET, professeur et docteur en droit, de présenter une classification des différents types d'instrumentation et de formuler une proposition concernant la distinction entre les différentes procédures et le champ d'application des principes directeurs à élaborer par le groupe de réflexion (*annexe 1*).

Suite au rapport du prof. DENIS PIOTET, le groupe de réflexion a décidé de formuler les principes directeurs de telle manière qu'ils puissent, idéalement, s'appliquer à toutes les procédures d'instrumentation. Lorsqu'une distinction s'impose clairement, il a été prévu d'apporter une précision dans les explications ou de rédiger des principes supplémentaires.

---

<sup>22</sup> Pour la distinction entre les différentes procédures d'établissement des actes authentiques, voir ch. 6.9 du présent rapport.

Après avoir classé et structuré les thèmes, le groupe de réflexion a discuté les différents principes directeurs, en affirmant dès le début qu'il ne fallait pas en rédiger pour les deux domaines réglementaires suivants :

- nombre maximal des officiers publics (*numerus clausus*)<sup>23</sup> ;
- bureaux.

Le groupe de réflexion est arrivé à la conclusion que des principes directeurs n'étaient pas non plus nécessaires dans d'autres domaines, et cela pour deux raisons différentes : dans certains cas, des règles fédérales empiéteraient sur la souveraineté organisationnelle des cantons et dans quelques autres, il n'a pas été possible de trouver une solution susceptible de rassembler une majorité<sup>24</sup>.

Le présent rapport résume les résultats des discussions et des échanges d'idées et présente les principes directeurs élaborés par le groupe de réflexion. Dès lors, le présent document ne constitue pas un rapport de l'administration ou du Conseil fédéral, mais un document du Groupe de réflexion. La rédaction du rapport a été assurée par l'Office fédéral de la justice OFJ.

## 5 Bases constitutionnelles

La nature de l'art. 55, al. 1, tit. fin. CC est controversée en ce qui concerne la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons<sup>25</sup>. Certains auteurs de doctrine soutiennent qu'il s'agit là d'une réserve implicite (*unechter Vorbehalt*) en faveur du droit cantonal<sup>26</sup>, alors que d'autres<sup>27</sup> considèrent ces dispositions comme une réserve explicite (*echter Vorbehalt*).

Lors de l'introduction du CPC, le législateur a affirmé que seules les affaires attribuées au pouvoir judiciaire sont soumises au CPC dans le domaine de la procédure gracieuse, qui comprend les actes authentiques. Toutefois, le CPC ne s'applique pas aux affaires civiles traitées par des autorités administratives cantonales (art. 54 tit. fin. CC). Ces affaires restent soumises à la procédure administrative cantonale pour des motifs constitutionnels<sup>28</sup>. Le Conseil fédéral n'a cependant pas apporté dans ce contexte d'autres précisions sur les « motifs constitutionnels », notamment en ce qui concerne les actes authentiques<sup>29</sup>.

Le groupe de réflexion s'est penché sur la question de la compétence fédérale pour régler la procédure d'établissement des actes authentiques. À ce sujet, l'OFJ a élaboré une expertise (cf. annexe 2) et Ruth Arnet, professeure et docteure en droit, un rapport (cf. annexe 3). Les membres du groupe de réflexion ont exprimé des points de vue divergents sur le partage des compétences, mais ils ont convenu que le groupe de réflexion devait laisser cette question en suspens au vu de son mandat. Il s'agissait selon eux d'élaborer les principes directeurs d'une procédure « idéale » compte tenu des objectifs des actes authentiques et des formes d'organisation des cantons.

---

<sup>23</sup> Seul FR connaît une disposition pertinente explicite. Conformément à l'art. 2, al. 1, LN-FR, le nombre maximal des notaires autorisés à exercer un office sur le territoire cantonal est de 55. Pour des raisons liées à la forme d'organisation, le nombre d'officiers publics est toutefois aussi limité dans les cantons qui connaissent le notariat d'État.

<sup>24</sup> Cf. les explications présentées au ch. 7.1.

<sup>25</sup> WOLF/PFEUTI/MINNIG, p. 3.

<sup>26</sup> MARTI, p. 30 ss ; RUF, n. 132 ss.

<sup>27</sup> BRÜCKNER, n. 5 ss ; VON BÜREN, p. 80 ss.

<sup>28</sup> FF 2006 6841, 6874.

<sup>29</sup> Le passage cité du message concernant le CPC (FF 2006 6841, 6874) a été introduit suite aux réponses reçues dans le cadre de la procédure de consultation («...en raison des motifs constitutionnels invoqués lors de la procédure de consultation...»).

## 6 Termes et définitions

### 6.1 Contexte

Les discussions menées lors des séances du groupe de réflexion ont montré que pour élaborer les principes directeurs, il fallait définir divers termes utilisés dans la législation sur les actes authentiques : d'une part, des termes différents désignent les mêmes faits selon le canton et, d'autre part, les institutions ne sont pas les mêmes dans tous les cantons.

### 6.2 Juridiction gracieuse

Définition :

*Par juridiction gracieuse, on entend l'activité relevant de la souveraineté de l'État exercée par les autorités ou par les officiers publics pour constater, créer, modifier ou supprimer des droits de caractère civil ou pour constater des faits dans des affaires non litigieuses.*

La législation fait la distinction entre la juridiction contentieuse et la juridiction gracieuse.

La procédure de juridiction gracieuse peut être définie comme une activité relevant de la souveraineté de l'État exercée par des autorités (tribunal, officier public, autorité administrative) pour constater, créer, modifier ou annuler des droits privés ou pour constater des faits. Il s'agit là d'une procédure non contentieuse initiée en règle générale à la demande unilatérale d'acteurs privés<sup>30</sup>. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, la « demande unilatérale » ne suffit pas à elle seule comme critère pour distinguer la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse; en particulier, dans le cas de l'instrumentation d'un acte authentique, la procédure est souvent introduite par plusieurs parties (requête). Au contraire, la délimitation doit se baser sur le contenu de droit matériel de la procédure<sup>31</sup>. Les actes authentiques relèvent de la juridiction gracieuse<sup>32</sup>.

### 6.3 Officier public

Définition :

*Par officier public, on entend toute personne habilitée à établir des actes authentiques, que sa compétence en la matière soit limitée ou non et indépendamment de la procédure d'instrumentation pour laquelle cette personne est compétente à raison de la matière et/ou du lieu.*

Les termes désignant les personnes chargées d'établir des actes authentiques varient selon le canton. On utilise tant la notion de notaire que celle d'officier public.

Pour la rédaction des principes directeurs et de leurs explications, il a fallu choisir une seule désignation des personnes habilitées à établir des actes authentiques dans les cantons. Il s'agissait de trouver un terme suffisamment étroit pour ne pas être trop abstrait, mais aussi suffisamment large pour englober toutes les personnes dotées de compétences en matière d'instrumentation et de légalisation.

Le terme « *Urkundsperson* » semble s'imposer en allemand, mais il n'existe pas d'équivalence précise quant au fond en français ni en italien. Les termes « officier public » et « *pubblico ufficiale* » ne traduisent pas exactement la notion allemande.

<sup>30</sup> GULDENER, p. 1 ss ; GASSER/MÜLLER/KOJAN, p. 2.

<sup>31</sup> ATF 140 III 550 ; ATF 139 III 225 ; arrêt du TF 5A\_434/2012.

<sup>32</sup> ATF 128 I 280, 281 ; BRÜCKNER, n. 481 ; CARLEN, p. 35 ; GULDENER, p. 9 ; MARTI, p. 19 ; RUF, n. 232 ss.

Malgré ce problème de traduction, les membres du groupe de réflexion ont décidé d'utiliser dans le présent rapport les termes ci-dessous :

- « *Urkundsperson* » en allemand,
- « officier public » en français et
- « *pubblico ufficiale* » en italien.

#### 6.4 Établissement des actes authentiques

Définition :

*L'établissement des actes authentiques est la consignation de déclarations constitutives d'un acte juridique ou d'une procédure ou portant sur des faits, ou la constatation de faits ayant une portée juridique, par une personne habilitée à cette tâche par l'État, dans la forme et selon la procédure définies par cet État.*

Selon la doctrine et la jurisprudence actuelle, la notion de forme authentique relève du droit fédéral même si la définition fait défaut dans une loi fédérale<sup>33</sup>.

La doctrine et la jurisprudence ont adopté plusieurs définitions qui ne diffèrent pas d'une manière essentielle. Ainsi, CARLEN<sup>34</sup> définit en substance la forme authentique comme la consignation dans un document de faits juridiquement pertinents et de déclarations de volonté faites dans le cadre d'actes juridiques ; cette consignation doit être effectuée par un organe que la législation a désigné compétent et dans la forme prescrite à cette fin. JEANDIN<sup>35</sup> propose une formulation semblable : « On définit la forme authentique comme étant la forme solennelle selon laquelle une personne autorisée à cet effet par un canton confectionne, selon la procédure prescrite par ce canton, un document écrit consignant des déclarations de volonté ou la constatation de faits. » Le Tribunal fédéral<sup>36</sup> suit pour l'essentiel les deux définitions précitées : la forme authentique est la transposition de faits ayant une portée juridique ou de déclarations constitutives d'un acte juridique par une personne habilitée à cette tâche par l'État, dans la forme et selon la procédure définies par cet État.

Les membres du groupe de réflexion n'ont pas été unanimes à approuver la proposition d'utiliser la définition adoptée par le Tribunal fédéral. Notamment le caractère ouvert de la formulation a suscité des critiques. En effet, la procédure d'établissement des actes authentiques et son déroulement doivent être conformes aux règles fixées par les législations fédérale et cantonale<sup>37</sup>. Il faudrait donc citer les dispositions pertinentes pour chaque procédure et définir avec précision les différentes étapes de la procédure pour parvenir à une définition claire et complète de la notion de forme authentique.

En guise de solution, il a été proposé de faire la distinction entre la déclaration de volonté et la constatation de faits pour parvenir à une définition plus précise. Par ailleurs, il est envisageable de faire le départ entre l'« acte authentique » et la « légalisation ». Une autre proposition a été, pour donner une forme plus concrète à la définition, de dresser une liste des actes et des cas nécessitant une authentication et de les reprendre dans les principes directeurs. Une telle manière de procéder comporte toutefois le risque que la définition ne couvre pas tous les cas, notamment le fait que l'exigence de la forme authentique peut relever

<sup>33</sup> ATF 125 III 131, 134, et 133 I 259, 260 ; BIBER, p. 140 ; BRÜCKNER, n. 5 ; HUBER, p. 229.

<sup>34</sup> CARLEN, p. 88 : « *urkundliche Festlegung rechtlich erheblicher Tatsachen und rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen durch ein von der Gesetzgebung hiezu als zuständig bezeichnetes Organ unter Einhaltung der hierfür vorgeschriebenen Form.* »

<sup>35</sup> JEANDIN, p. 16.

<sup>36</sup> ATF 99 II 159, 161.

<sup>37</sup> BRÜCKNER, n. 21 ss.

du libre choix des parties. Enfin, il a aussi été proposé de faire référence à la fonction d'officier public pour préciser la définition.

Dans le cadre des discussions, il a été relevé que la définition de l'« établissement des actes authentiques » doit toujours être interprétée compte tenu des principes directeurs, ce qui lui donne de la substance.

Aucune majorité ne s'est dégagée au sein du groupe de réflexion pour une des variantes proposées. C'est pourquoi une définition s'appuyant sur celle du Tribunal fédéral a été retenue dans le présent rapport.

## 6.5 Acte authentique

Définition :

*Par acte authentique, on entend un acte passé en la forme authentique.*

*Au sens des principes directeurs, il existe trois types d'actes authentiques :*

- *la consignation de déclarations de volonté ou la constatation de faits pour lesquels la forme authentique est requise en vertu du droit fédéral ou du droit cantonal ou souhaitée par les parties ;*
- *l'expédition ;*
- *la légalisation.*

Ni le CC ni le CO ne définissent à l'heure actuelle à proprement parler la notion d'acte authentique, mais l'art. 9 CC concernant l'effet du titre authentique attribue à celui-ci une force probante accrue ; l'art. 179 CPC a une teneur analogue. On trouve néanmoins une disposition relative au «titre authentique» à l'art. 110, al. 5, CP.

La proposition de définir l'acte authentique en référence à la définition prévue à l'art. 110, al. 5, CP<sup>38</sup> a été controversée au sein du groupe de réflexion. Certains membres ont une fois encore soulevé le problème de la formulation trop ouverte<sup>39</sup>. En même temps, il a été relevé que la définition de l'« acte authentique », comme celle de l'« établissement des actes authentiques », devait être interprétée à la lumière des principes directeurs.

Comme on l'a expliqué pour la notion d'établissement des actes authentiques, il est utile de faire référence aux différentes procédures d'instrumentation selon qu'il s'agit des déclarations de volonté ou des constatations de faits ; l'acte authentique est donc défini compte tenu de cette distinction (premier tiret du principe directeur).

Hormis les déclarations de volonté et les constatations de faits, on mentionne explicitement les expéditions et les légalisations, afin de montrer clairement qu'il s'agit là aussi d'actes authentiques, même si la procédure qui s'y applique est très différente de celle suivie pour instrumenter les déclarations de volonté et les constatations de faits.

<sup>38</sup> Art. 110, al. 5 CP : « Sont des titres authentiques tous les titres émanant des membres d'une autorité, de fonctionnaires ou d'officiers publics agissant dans l'exercice de leurs fonctions. Sont exceptés les titres émanant de l'administration des entreprises économiques et des monopoles de l'État ou d'autres corporations ou établissements de droit public qui ont trait à des affaires de droit civil. »

<sup>39</sup> Cf. ch. 6.4.

## 6.6 Original de l'acte authentique («*minute*» / «*Urschrift*» / «*atto originale*»)

Définition :

*Par original de l'acte authentique, on entend le document établi dans le cadre de la procédure principale, qui porte la ou les signatures requises.*

L'original de l'acte authentique est le document dont le projet a servi de base à la procédure principale et qui, au terme de cette procédure, porte la signature originale de toutes les personnes qui doivent signer l'acte<sup>40</sup>. Le résultat de toute procédure principale close est l'établissement de l'original de l'acte authentique<sup>41</sup>.

Selon la forme d'organisation, un ou plusieurs originaux sont à l'heure actuelle établis dans le cadre de la procédure principale. Certains cantons ont un système dans lequel ce n'est pas l'original qui est utilisé dans les rapports juridiques, mais une copie légalisée ou une expédition établie sur la base de l'original<sup>42</sup>. L'officier public est en principe responsable de la conservation des originaux qu'il a dressés<sup>43</sup>. Dans d'autres cantons, il conserve une copie légalisée ou non légalisée, alors que le ou les originaux sont destinés aux rapports juridiques.

Selon le Tribunal fédéral, les originaux conservés par l'officier public sont constitués à des fins exclusivement publiques et doivent donc être définis comme biens du domaine public. C'est pourquoi il appartient aux cantons de fixer les modalités des rapports juridiques en ce qui concerne ces actes. Les cantons peuvent notamment déterminer à qui en revient la propriété<sup>44</sup>.

Les discussions ont montré qu'on devait répondre à la question de savoir combien d'originaux il pouvait ou devait y avoir. En formulant la définition et le principe directeur relatif à la remise de l'original de l'acte authentique, on doit en outre tenir compte du fait que certains originaux doivent être remis à qui de droit (par ex. pour être détruits), c'est-à-dire que cette remise est prévue par la législation de certains cantons. Il s'agit là d'une part d'actes authentiques ajoutés a posteriori à un autre document (par ex. légalisation d'une signature) et, d'autre part, de cautions, de mandats pour cause d'inaptitude et de dispositions pour cause de mort (cf. ch. 7.5.5.3 et 7.5.5.4).

Aux fins des présents principes directeurs, il a été supposé que les actes authentiques établis sous forme papier étaient en principe des originaux. Quant aux actes authentiques sous forme électronique, la distinction entre l'original électronique et l'expédition électronique est caduque, car les documents sont issus exactement des mêmes données (techniques).

## 6.7 Expédition («*Ausfertigung*» / «*copia autentica*»)

Définition :

*L'expédition est un acte authentique consistant en une reproduction littérale du contenu ou d'une partie du contenu de l'original de l'acte authentique.*

L'expédition est un acte authentique (acte de constatation) qui consiste en une reproduction littérale du contenu de l'original. Du point de vue purement formel, l'expédition ne doit toutefois pas forcément être la «(photo)copie exacte» de l'original. Ainsi, les ratures ou modifications apportées à l'original au cours de la procédure principale n'ont pas à figurer sur l'expédition<sup>45</sup>. À la différence de la copie légalisée, l'expédition fait un constat sur le contenu du document : elle atteste que ce contenu correspond bien à ce qui a été constaté au moment de

<sup>40</sup> MARTI, p. 135.

<sup>41</sup> MARTI, p. 135 ; MOOSER, n. 505.

<sup>42</sup> BRÜCKNER, n. 228.

<sup>43</sup> BRÜCKNER, n. 228 ; JEANDIN, p. 148.

<sup>44</sup> ATF 133 I 259, 268 s.

<sup>45</sup> MARTI, p. 154 ; MOOSER, n. 510.

l'instrumentation. Dans la copie légalisée, l'officier confirme que la copie est conforme au document original qui lui a été présenté.

Les expéditions sont établies dans la phase postérieure à la phase d'instrumentation. Elles représentent l'original dans les rapports juridiques et ne peuvent en principe être délivrées que par l'officier public qui a dressé ce dernier. Dans certaines circonstances (par ex. en raison de la cessation de l'activité professionnelle ou en cas de changement d'emploi de l'officier public [notariat d'État]), un autre officier public peut établir une expédition. Toutefois, il doit alors impérativement disposer de l'original.

Certains cantons prévoient actuellement la possibilité d'établir des expéditions partielles si l'objectif de l'expédition le requiert. L'acte doit mentionner expressément qu'il s'agit d'une expédition partielle. Le groupe de réflexion est d'avis qu'il convient de maintenir cette possibilité.

## 6.8 Copie légalisée («*vidimus*» / «copie certifiée conforme» / «*beglaubigte Kopie*» / «*autenticazione di una copia*»)<sup>46</sup>

Définition :

*Par légalisation d'une copie, on entend le fait d'attester sa conformité à un document original présenté à l'officier public.*

La légalisation a pour objet la concordance de la copie avec le document présenté, mais non le contenu de ce document. L'officier public chargé d'établir un *vidimus* ne fait que constater que la copie correspond au document présenté<sup>47</sup>.

L'attestation est apposée a posteriori sur un autre document (la copie) et indissociablement liée à celui-ci. L'acte initial doit revêtir la forme d'un original<sup>48</sup>.

## 6.9 Procédure d'établissement des actes authentiques

### 6.9.1 En général

Définition :

*La procédure d'établissement des actes authentiques désigne l'ensemble des dispositions de procédure de la législation fédérale et cantonale qui ont pour objet l'instrumentation d'un acte authentique par un officier public.*

Par procédure d'établissement des actes authentiques, on entend la procédure conduisant à la naissance de ces actes<sup>49</sup>, ou, en d'autres termes, l'ensemble des dispositions régissant l'instrumentation d'un acte authentique<sup>50</sup>. La législation fédérale en vigueur ne prévoit des règles particulières que pour peu d'actes juridiques. Conformément à l'art. 55, al. 1, tit. fin. CC, les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique.

Il est toutefois actuellement admis que les cantons doivent respecter les exigences fédérales minimales en définissant les modalités du droit des actes authentiques ou de la procédure d'établissement des actes authentiques<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> Cf. ch. 6.9.4.

<sup>47</sup> BRÜCKNER, n. 3388 ; MOOSER, n. 731.

<sup>48</sup> BRÜCKNER, n. 3389 ; JEANDIN, p. 228 ; MOOSER, n. 732.

<sup>49</sup> BRÜCKNER, n. 141.

<sup>50</sup> MOOSER, n. 579 ; WOLF, Notariatspraxis, p. 28.

<sup>51</sup> BRÜCKNER, n. 8 ss ; WOLF/PFEUTI/MINNIG, p. 3 s. ; DFJP, Code civil suisse (Modification relative à la forme authentique), rapport explicatif et avant-projet, 2012, p. 3 ss.

### 6.9.2 Classification des procédures d'établissement des actes authentiques

Il existe aujourd'hui non pas une seule, mais plusieurs procédures d'établissement des actes authentiques dans chaque canton. Elles peuvent être classées selon les critères ci-dessous.

- Bases légales : à cet égard, on distingue les procédures relevant du droit cantonal et celles relevant du droit fédéral. En principe, c'est le droit cantonal qui s'applique<sup>52</sup>, mais l'authentification des dispositions pour cause de mort, des donations à cause de mort, des protêts et des contrats d'entretien viagers relève du droit fédéral, c'est-à-dire des prescriptions du CC et du CO<sup>53</sup>.
- Capacités des parties : il est parfois nécessaire de choisir une autre procédure en raison des capacités des parties, par exemple lorsqu'une partie n'est pas en mesure de lire l'acte elle-même ou qu'elle ne connaît pas la langue de l'acte<sup>54</sup>.
- Objet de l'instrumentation : plusieurs procédures sont envisageables selon l'objet de l'acte authentique<sup>55</sup>.

### 6.9.3 Classification des procédures selon l'objet de l'acte

Définition (classification) :

*La procédure d'établissement des actes authentiques diffère selon qu'il s'agit de consigner des actes de déclarations ou des actes de constatation.*

Selon l'objet de l'instrumentation, la procédure peut être ramenée, selon la doctrine, à plusieurs catégories. Les auteurs de doctrine ne sont toutefois pas unanimes sur cette classification, ou sur la catégorisation des différents objets d'instrumentation.

KUNZ<sup>56</sup> subdivise la procédure d'instrumentation en « procédure normale » (« *normale Verurkundungsverfahren* ») et en « cas spéciaux » (« *spezielle Verurkundungsfälle* »). La procédure normale porte selon lui sur les actes juridiques pour lesquels le droit civil fédéral prescrit la forme authentique. La légalisation, la légalisation des copies conformes, la constatation des faits, la confection d'inventaires et les enchères sont selon lui des cas spéciaux. Quant à l'instrumentation de ces cas spéciaux, Kunz considère qu'il ne s'agit pas d'une procédure spéciale, mais seulement d'une variation de la procédure normale.

En ce qui concerne l'objet de l'instrumentation, MARTI<sup>57</sup> distingue entre les *déclarations de volonté* (*Willenserklärungen*), les *déclarations de connaissances* (*Wissenserklärungen*) et les *événements et situations* (*Vorgänge und Zustände*).

- *Actes juridiques, déclarations de volonté*

La déclaration de volonté a pour objet l'acte juridique. Les parties doivent approuver le contenu matériel de l'acte dans le cadre de la procédure principale.

- *Déclarations de connaissances*

Les parties déclarent devant l'officier public que des faits ont eu lieu ou n'ont pas eu lieu. En règle générale, l'instrumentation de telles déclarations a lieu dans le cadre de la même procédure que celle des processus et des situations.

<sup>52</sup> MOOSER, n. 580 ; RUF, n. 1290 ; WOLF, Notariatspraxis, p. 30.

<sup>53</sup> Art. 499 ss CC sur le testament public (notarié), art. 512, al. 1, CC sur le pacte successoral, art. 245, al. 2, CO sur la donation pour cause de mort, art. 522, al. 1, CO sur le contrat d'entretien viager et art. 1034 ss CO sur le protêt.

<sup>54</sup> NUSSBAUM, p. 68 ; RUF, n. 1290 ; WOLF, Notariatspraxis, p. 30 s.

<sup>55</sup> JEANDIN, p. 170 ; RUF, n. 1290 ; WOLF, Notariatspraxis, p. 30.

<sup>56</sup> KUNZ, p. 28 ss.

<sup>57</sup> MARTI, p. 25 ss.

- **Événements et situations**

L'officier public établit l'acte qui fait état d'une situation ou d'une succession d'événements. Il doit constater personnellement l'existence de ces situations ou la réalisation de ces événements. La participation des parties à la procédure principale n'est pas nécessaire.

S'agissant de l'objet de l'instrumentation, tant RUF<sup>58</sup> que WOLF<sup>59</sup> font pour l'essentiel la distinction entre les *déclarations de volonté* et les *constatations de faits* (événements et situations). Si la participation des parties à la procédure principale est requise dans le premier cas de figure, elle n'est pas indispensable dans le second.

MOOSER<sup>60</sup> et JEANDIN<sup>61</sup> classent également la procédure d'établissement en deux catégories selon qu'il s'agit «d'actes de déclaration» (*Willenserklärungsbeurkundungen*) ou «d'actes de constatation» (*Sachbeurkundungen* ou *Feststellungsbeurkundungen*).

BRÜCKNER<sup>62</sup> fait aussi la distinction entre les *déclarations de volonté* et les *constatations de faits*. Il classe les constatations en trois catégories selon qu'il s'agit d'*événements, de faits* ou *d'annotations* (légalisations).

La pertinence de l'objet de l'instrumentation pour l'élaboration des principes directeurs était incontestée au sein du groupe de réflexion. Des divergences sont toutefois apparues au cours des discussions en ce qui concerne la classification ou catégorisation des procédures. Les membres du groupe ont certes été unanimes à penser qu'il faut distinguer les déclarations de volonté et les constatations de faits, mais la question de savoir s'il fallait ajouter une troisième catégorie, à savoir les déclarations de connaissances, ou déclarations au procès-verbal, était controversée. Au cours des discussions, il est apparu que la majorité des membres approuve la classification des procédures selon qu'il s'agit de *déclarations de volonté* ou de *constatations de faits*. Conformément à cette catégorisation, le groupe de réflexion a examiné la nécessité de faire la différence entre *les déclarations de volonté* et *les constatations de faits* pour chaque principe directeur<sup>63</sup>.

Dans le contexte de la classification des procédures, la question s'est posée de savoir s'il était utile d'établir la liste des différents objets de l'instrumentation classés en ces catégories (déclarations de volonté ou constatations de faits). Une partie des membres du groupe a soutenu cette proposition au motif que la classification était controversée pour certains objets de l'instrumentation et qu'une telle liste permettrait de clarifier la situation. Les opposants ont fait valoir qu'une telle énumération présentait le risque d'être incomplète. Le groupe de réflexion a finalement renoncé à l'idée d'établir cette liste.

Dans le présent rapport, les «actes de déclaration» constituent l'objet de l'instrumentation de l'acte authentique traduisant la manifestation de la volonté ou de connaissance des comparants, c'est-à-dire l'établissement d'un acte authentique par lequel les comparants «déclarent» leur volonté ou leur connaissance. A l'inverse, constituent des «actes de constatation» les actes authentiques ayant pour objet les constatations de l'officier public. Il est parfaitement possible qu'un acte authentique contienne tant des déclarations de volonté et de connaissance des comparants que des constatations de l'officier public.

---

<sup>58</sup> RUF, n. 1280 ss.

<sup>59</sup> WOLF, Notariatspraxis, p. 32.

<sup>60</sup> MOOSER, n. 434 ss.

<sup>61</sup> JEANDIN, p. 170 s.

<sup>62</sup> BRÜCKNER, Notariatspraxis, p. 66 ss.

<sup>63</sup> Cf. ch. 7.1.

#### 6.9.4 Légalisations («*Beglaubigungen*» / «*autenticazioni*»)

Définition :

*La légalisation représente un cas spécial d'acte de constatation.*

Il s'agit en l'occurrence d'un sous-ensemble des actes de constatation<sup>64</sup>. Les légalisations ne fondent pas de droits ni d'obligations de droit privé<sup>65</sup> ; elles ne se réfèrent pas au contenu des documents<sup>66</sup>. Il n'y a donc pas d'obligation d'informer ni de conseiller incombant dans d'autres cas à l'officier public<sup>67</sup>.

Les légalisations ne sont pas des actes authentiques indépendants. Elles doivent être apposées sur le document auquel elles se rapportent ou liées à ce document de telle manière que leur relation à celui-ci soit claire<sup>68</sup>. L'officier public ne conserve pas l'original de l'acte authentique, mais le remet à la personne qui a demandé la légalisation.

Les législations cantonales actuelles énumèrent plusieurs objets pouvant être légalisés. Il s'agit le plus souvent des copies, des signatures et des dates.

La légalisation d'une date sert à apporter la preuve qu'un document a existé à un moment donné<sup>69</sup>. La légalisation d'une copie permet de constater que cette copie correspond à l'original du document présenté<sup>70</sup>. La légalisation d'une signature a pour objectif de constater que cette signature a été apposée par une personne déterminée ou par une personne à qui elle a donné le pouvoir de signature. Il existe actuellement des différences entre les dispositions cantonales réglant la constatation de l'authenticité de la signature par l'officier public. On distingue fondamentalement trois options : le signataire appose personnellement la signature sur le document devant l'officier public, l'officier public dispose d'un titre officiel (par ex. passeport ou carte d'identité) permettant une comparaison avec la signature ou le signataire reconnaît comme siennne la signature qu'il a déjà apposée sur le document. La question de savoir si le signataire doit impérativement comparaître devant l'officier public a suscité une discussion au sein du groupe de réflexion. Vu que cette procédure est très lourde et difficile à mettre en pratique, la majorité des membres était d'avis qu'il ne faudrait pas obligatoirement la prescrire. Le groupe de réflexion a conclu que la constatation de l'authenticité de la signature devait rester du ressort des cantons.

Les discussions concernant la légalisation des signatures ont notamment porté sur la question de savoir s'il s'agit d'une instrumentation à distance lorsque le signataire ne comparaît pas devant l'officier public. Les membres du groupe de réflexion ont eu des avis divergents à ce sujet<sup>71</sup>.

Sur le plan de la procédure, les légalisations sont très différentes des autres actes de constatation, même si elles constituent un sous-ensemble de ces derniers. Il faut donc examiner, pour chaque principe directeur, dans quelle mesure son application à la procédure de légalisation paraît utile ou si une adaptation spécifique s'impose<sup>72</sup>.

<sup>64</sup> BRÜCKNER, n. 3220.

<sup>65</sup> GULDENER, p. 3.

<sup>66</sup> JEANDIN, p. 223.

<sup>67</sup> MARTI, p. 131.

<sup>68</sup> MARTI, p. 131.

<sup>69</sup> BRÜCKNER, n. 3443.

<sup>70</sup> Cf. ch. 6.8.

<sup>71</sup> Au sujet de la notion d'«instrumentation à distance» cf. ch. 7.5.4.10.

<sup>72</sup> Cf. ch. 7.1.

## 6.10 Phases de la procédure

Définition :

*La procédure d'établissement des actes authentiques comprend les phases suivantes :*

- demande d'instrumentation,
- procédure d'examen,
- procédure préparatoire,
- procédure principale,
- phase postérieure à l'instrumentation.

Les procédures juridiques se subdivisent généralement en différentes phases. Il en va de même pour les procédures d'établissement des actes authentiques. La doctrine ne distinguait initialement que deux ou trois phases (phases préparatoire et principale ou phases préparatoire, principale et postérieure à l'instrumentation). Une évolution a conduit à élargir cette catégorisation procédurale aux cinq phases suivantes : demande d'instrumentation, procédure d'examen, procédure préparatoire, procédure principale, phase postérieure à l'instrumentation<sup>73</sup>.

Comme pour les autres procédures juridiques, l'ordre des phases est irréversible<sup>74</sup>; sauf pour la procédure principale, les transitions entre les phases de la procédure sont néanmoins fluides.

Le groupe de réflexion n'a pas mis en question cette subdivision de la procédure. Après une partie générale, la structure des principes directeurs relatifs à la procédure d'établissement des actes authentiques à proprement parler suit donc ce découpage en cinq phases.

Les cinq phases définies ci-dessus existent en principe tant pour les déclarations de volonté et les constatations de faits que pour les légalisations.

## 6.11 Sceau de l'officier public (sceau notarial)

Définition :

*Le sceau comprend des caractères, des armoiries ou des images ; il est apposé sur les actes destinés à circuler et sert à identifier l'officier public.*

Le sceau notarial de l'officier public remplit une fonction importante dans les rapports juridiques : il permet de s'assurer de l'identité de l'officier public et limite les risques liés à l'établissement de faux. Il contribue ainsi à la sécurité de la circulation des actes authentiques.

Un nombre considérable de cantons exigent l'utilisation du sceau notarial lors de l'établissement et de la mise en circulation des actes authentiques. Le terme « timbre » (« Stempel ») sert parfois à désigner le sceau. Si les actes authentiques sont mis en circulation, on parle d'actes destinés à circuler. Il s'agit d'actes authentiques qui ne sont pas gardés par l'officier public et qui, lors de leur remise, passent, conformément aux droits réels, dans la propriété de la personne ou des personnes participant à l'acte pour laquelle ou pour lesquelles le document correspondant est destiné<sup>75</sup>.

Selon la définition ci-dessus, l'officier public doit impérativement disposer d'un sceau. La forme et l'octroi du sceau aux officiers public relèvent toutefois clairement de la compétence des cantons.

<sup>73</sup> Pour une présentation complète de l'évolution de la doctrine dans ce domaine, voir BRÜCKNER, n. 144 ss.

<sup>74</sup> MARTI, p. 19.

<sup>75</sup> BRÜCKNER, n. 230.

## 6.12 Formule de clôture

Définition :

*La formule de clôture atteste de l'accomplissement des formalités légales d'instrumentation.  
L'officier public y rend compte de la procédure d'établissement de l'acte.*

La formule de clôture (*Schlussverbal* ou *Beurkundungsvermerk*) est prescrite par la législation de nombreux cantons<sup>76</sup>. Avec le préambule, la formule de clôture comprend un compte rendu de la procédure d'instrumentation à proprement parler<sup>77</sup>. Il s'agit d'une constatation de faits, c'est-à-dire du déroulement de la procédure principale<sup>78</sup>. S'agissant des déclarations de volonté, la formule de clôture doit par exemple indiquer que les comparants ont lu, approuvé et signé l'acte authentique en présence de l'officier public<sup>79</sup>. La formule de clôture doit indiquer la forme de lecture (lecture silencieuse par les parties ou lecture par l'officier public)<sup>80</sup>.

La question de savoir s'il fallait prévoir une définition de la formule de clôture et/ou un principe directeur à ce sujet a suscité une controverse au sein du groupe de réflexion. Certains membres pensaient qu'une définition serait utile vu que différents principes directeurs traitent de la formule de clôture ou s'y réfèrent. Cette définition ne devrait toutefois pas préciser son contenu. Par contre, d'autres membres n'estimaient pas forcément nécessaire une définition ; ils se sont prononcés en faveur d'un principe directeur. Les discussions ont abouti à la conclusion qu'il conviendrait de rédiger tant un principe directeur<sup>81</sup> qu'une définition.

## 7 Principes directeurs

### 7.1 En général

Les chapitres suivants présenteront les principes directeurs élaborés dans le cadre des travaux du groupe de réflexion. Les membres n'ont pas toujours pu trouver un accord sur le libellé des principes directeurs. Dans certains cas, les membres pensaient qu'un principe directeur empiéterait sur la liberté des cantons en matière d'organisation dans un domaine donné, dans d'autres, la teneur du principe directeur a été sujette à controverse en ce qui concerne certains domaines réglementaires.

Un thème central a été la question de savoir dans quelle mesure la distinction des procédures selon l'objet de l'instrumentation a une importance pour l'élaboration des principes directeurs.

La majorité des membres s'est ralliée à l'idée que les procédures sont en principe les mêmes ou du moins ont un déroulement semblable<sup>82</sup>. Des différences notables ne concernent que la procédure principale. La comparution des parties est ainsi indispensable dans le cas des déclarations de volonté, mais elle ne l'est pas lors de l'instrumentation des constatations de faits<sup>83</sup>.

En outre, des membres du groupe de réflexion étaient d'avis qu'il fallait clairement distinguer les déclarations de volonté des constatations de faits, au motif qu'il était difficile de se faire une vue d'ensemble des nombreuses réglementations cantonales concernant l'instrumentation des constatations de faits. Il était encore plus difficile d'élaborer des principes directeurs permettant de couvrir tous ces objets de l'instrumentation. Il faut donc, selon eux,

<sup>76</sup> SCHMID JÖRG, p. 52. Cf., par ex., BE : art. 34, al. 1, let. c, ON-BE ; FR : art. 49, al. 1, let. g et h, LN-FR.

<sup>77</sup> BRÜCKNER, n. 2215 et 2217.

<sup>78</sup> MOOSER, n. 557.

<sup>79</sup> BRÜCKNER, n. 2217.

<sup>80</sup> BRÜCKNER, n. 2218.

<sup>81</sup> Cf. ch. 7.5.4.14.

<sup>82</sup> Avis similaire : WOLF, Notariatspraxis, p. 33.

<sup>83</sup> MARTI, p. 28.

élaborer dans un premier temps des principes directeurs relatifs aux déclarations de volonté, pour se pencher ensuite sur ceux concernant les actes de constatation.

Les membres du groupe de réflexion sont parvenus à un compromis selon lequel les principes directeurs devaient être applicables quel que soit l'objet de l'instrumentation. Lorsque c'est impossible, on a opté pour la distinction entre les déclarations de volonté et les constatations de faits et les libellés correspondants. Les légalisations, qui constituent un sous-groupe des actes de constatation, se distinguent grandement sur le plan procédural et technique des autres actes de constatation. Dans les principes directeurs, il convient donc d'expliquer chaque fois dans quelle mesure une application de ceux-ci apparaît indiquée pour la procédure de légalisation ou s'il convient de procéder à une adaptation spécifique.

Le groupe de réflexion a également abordé la question du degré de détail des principes directeurs et affirmé que sa mission n'était pas de formuler des dispositions légales. C'est pourquoi les principes directeurs doivent avoir un caractère plus général, mais ils ne doivent pas être vides de sens.

En élaborant les principes directeurs, le groupe de réflexion a toujours examiné les conséquences envisageables de leur non-respect. Le chiffre 7.6 du présent rapport présentera les résultats de ses travaux en la matière.

## 7.2 Exigences minimales de droit fédéral

Même si le législateur fédéral a laissé aux cantons la liberté de déterminer les modalités, il existe des exigences minimales de droit fédéral relatives à l'établissement des actes authentiques. En d'autres termes, l'instrumentation doit être conforme à certaines conditions de droit fédéral pour qu'un acte authentique puisse prendre naissance<sup>84</sup>. Le Tribunal fédéral a pour la première fois reconnu l'existence de ces exigences dans un arrêt de 1964<sup>85</sup>. Dans le cadre du droit en vigueur, on distingue les règles fédérales de procédure fondées sur la Constitution de celles qui résultent des dispositions inscrites au niveau de la loi<sup>86</sup>. Dans le cas d'exigences minimales fondées sur le droit fédéral, il faut en outre faire la différence entre les règles reconnues par le Tribunal fédéral et celles qui sont reconnues par la doctrine.

Les exigences minimales fondées sur la Constitution fédérale comprennent notamment :

- l'obligation d'instrumenter (art. 29 et 30 Cst.) ;
- l'impartialité (art. 29 et 30 Cst.) ;
- l'obligation de refuser d'instrumenter (art. 29 et 30 Cst.).

Les exigences minimales fondées sur le droit fédéral et reconnues par le Tribunal fédéral comprennent notamment :

- le contrôle de l'identité des parties et de leurs représentants<sup>87</sup> ;
- le devoir d'information<sup>88</sup> ;
- l'obligation de véracité<sup>89</sup>.

Les exigences minimales fondées sur le droit fédéral et reconnues par la doctrine comprennent notamment :

---

<sup>84</sup> BRÜCKNER, n. 7.

<sup>85</sup> ATF 90 II 274, 280 s.

<sup>86</sup> PIOTET, p. 19 s.

<sup>87</sup> ATF 112 II 330, 332 s.

<sup>88</sup> ATF 90 II 274, 284.

<sup>89</sup> ATF 90 II 274 ; HUBER, p. 239 s ; MARTI, p. 61 s.

- la formation suffisante des officiers publics (connaissances juridiques)<sup>90</sup> ;
- l'autorisation d'exercer la profession<sup>91</sup> ;
- les compétences à raison du lieu et de la matière<sup>92</sup> ;
- l'obligation de sauvegarder impartiallement les intérêts des parties<sup>93</sup> ;
- le devoir de récusation<sup>94</sup> ;
- la conformité de la procédure d'instrumentation au principe de l'unité de l'acte (en ce qui concerne les déclarations de volonté)<sup>95</sup> ;
- la signature de l'acte authentique par l'officier public au terme de la procédure principale<sup>96</sup>.

Vu le mandat du groupe de réflexion, celui-ci a logiquement discuté des exigences minimales précitées, reconnues jusqu'à présent. Les membres sont convenus que les exigences minimales découlant directement de la Cst. devaient servir de point de départ et de cadre de référence à l'élaboration des principes directeurs. Celles qui, selon le Tribunal fédéral et la doctrine, découlent des lois fédérales, représentaient en revanche un fil conducteur sans pour autant être contraignantes.

### 7.3 Fonction et compétences de l'officier public

#### 7.3.1 Fonction publique

Principe directeur :

*Dans le cadre de sa compétence en matière d'actes authentiques, l'officier public remplit une fonction publique.*

La procédure d'établissement des actes publics relève de la juridiction gracieuse, non contentieuse<sup>97</sup>. Étant habilités à établir les actes authentiques, les officiers publics remplissent une fonction relevant de la souveraineté de l'État<sup>98</sup>, qu'ils soient indépendants (notariat latin) ou employés par l'État (notariat d'État)<sup>99</sup>. Le rapport juridique entre l'officier public et les parties à la procédure relève du droit public<sup>100</sup>.

Dans certains cantons, la législation relative aux actes authentiques prévoit explicitement que les officiers publics remplissent une fonction publique et/ou qu'ils le font dans le cadre de la juridiction gracieuse<sup>101</sup>.

Le groupe de réflexion a été unanime à considérer que les officiers publics remplissent une fonction publique et a approuvé l'idée de la préciser sous la forme d'un principe directeur. Il a adopté d'emblée la formulation ci-dessus. Il n'est pas nécessaire de faire une distinction selon la procédure d'établissement des actes authentiques. Même une personne n'ayant qu'une

<sup>90</sup> KNB-WOLF, n. 18 ad. art. 1 ; MOOSER, n. 62.

<sup>91</sup> MOOSER, n. 680.

<sup>92</sup> MOOSER, n. 680.

<sup>93</sup> MARTI, p. 62 ; MOOSER, n. 241.

<sup>94</sup> BSK-Schmid, n. 31 ad art. 55 tit. fin. CC.

<sup>95</sup> HUBER, p. 248 ss.

<sup>96</sup> BRÜCKNER, n. 1260 ; MOOSER, n. 558 et n. 656.

<sup>97</sup> ATF 128 I 280, 281 ; BRÜCKNER, n. 481 ; CARLEN, p. 35 ; GULDENER, p. 9 ; MARTI, p. 19 ; RUF, n. 232 ss.

<sup>98</sup> ATF 133 I 259, 261 ; ATF 128 I 280, 281 ; RUF, n. 285.

<sup>99</sup> ATF 128 I 280, 281.

<sup>100</sup> BRÜCKNER, n. 481 ; MARTI, p. 18.

<sup>101</sup> Cf., par ex., FR : art. 1, LN-FR ; JU : art. 1 LN-JU ; UR : art. 1 NV-UR.

compétence matérielle de légalisation remplit une fonction publique dans le cadre de cette activité.

### 7.3.2 Conditions de l'autorisation d'exercer la profession ; compétence d'établir des actes authentiques

#### 7.3.2.1 En général

##### *Pas de principe directeur.*

Les cantons règlent actuellement l'autorisation d'exercer la profession d'officier public<sup>102</sup>. Seule une personne habilitée par le canton à établir les actes authentiques peut exercer l'activité d'officier public. Les dénominations de l'autorisation varient selon le canton. Un officier public ne peut exercer son activité que sur le territoire du canton qui l'a habilité à établir les actes authentiques. La possibilité d'exercer cette activité sur le territoire d'un autre canton pose la question de la reconnaissance de la compétence d'établir des actes authentiques en dehors de son canton<sup>103</sup>.

Les cantons lient la compétence d'établir des actes authentiques à différentes conditions (personnelles)<sup>104</sup>. Ces conditions peuvent notamment être les suivantes :

- nationalité suisse ;
- domicile dans le canton ou en Suisse ;
- exercice des droits civils ;
- bonnes mœurs ;
- situation financière saine ;
- formation (études, stage, expérience professionnelle) ;
- examen réussi ;
- pas d'incompatibilité ;
- etc.

Dans un premier temps, il a été prévu de rédiger un principe directeur concernant les conditions d'autorisation d'exercer la profession, qui sont un thème central dans le domaine des actes authentiques. Selon la doctrine, l'une des exigences minimales découlant du droit fédéral est la formation suffisante de l'officier public, garantissant qu'il dispose des connaissances juridiques adéquates<sup>105</sup>.

Le groupe de réflexion a élaboré une proposition pour un principe directeur selon laquelle certaines exigences minimales devraient être remplies pour qu'une personne soit autorisée à exercer la profession d'officier public, les cantons ayant la possibilité de fixer d'autres exigences. Si certains membres se sont fondamentalement opposés à une réglementation des exigences en la matière, d'autres ont demandé des règles exhaustives. Il a été avancé qu'une réglementation des exigences minimales serait défavorable à la qualité du service dans le domaine des actes authentiques. Notamment les conditions fixées actuellement dans la majorité des cantons vont plus loin que les exigences proposées. En outre, on a relevé que les conditions d'autorisation d'exercer la profession sont étroitement liées à la forme d'organisation du canton et une réglementation porterait donc atteinte à la souveraineté

<sup>102</sup> BRÜCKNER, n. 3448.

<sup>103</sup> Cf. ch. 7.3.3.

<sup>104</sup> JEANDIN, p. 33.

<sup>105</sup> Cf. ch. 7.2.

cantonale en la matière. La formation a en particulier soulevé une controverse<sup>106</sup>. Même la modification des différentes exigences n'a pas permis de trouver un accord.

En résumé, le groupe de réflexion n'a pas pu élaborer de principe directeur susceptible de recueillir une majorité en ce qui concerne les conditions liées à l'activité d'officier public. Ses membres ont néanmoins été unanimes à penser que l'acte ne vient pas à chef si la personne qui l'a instrumenté n'est pas habilitée à exercer la profession d'officier public<sup>107</sup>.

En ce qui concerne les conditions d'autorisation à remplir par les officiers publics européens pour exercer la profession, l'Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681), ainsi que (dans le cadre de prestations de service inférieures à 90 jours de travail effectifs par année civile), la loi fédérale portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (LPPS; RS 935.1) et l'ordonnance sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (OPPS; RS 935.011) sont déterminants. L'ALCP et la LPPS permettent aux autorités cantonales compétentes de vérifier les qualifications professionnelles. Ainsi, les autorités cantonales peuvent, d'une part, contrôler qui est actif sur leur territoire et, d'autre part, refuser les officiers publics qui ne sont pas suffisamment familiarisés avec le droit suisse et ne remplissent pas les exigences sévères prévues par la législation suisse<sup>108</sup>.

### 7.3.2.2 Domicile et nationalité

#### *Pas de principe directeur.*

Plusieurs cantons prévoient actuellement que leurs officiers publics doivent être domiciliés sur le territoire cantonal<sup>109</sup> ou en Suisse<sup>110</sup>. Certains cantons exigent de plus la nationalité suisse.<sup>111</sup>

Il a d'abord été proposé de rédiger un principe directeur qui permettrait aux cantons de légitérer comme aujourd'hui sur le domicile et la nationalité, mais les discussions ont abouti à la décision d'y renoncer. C'est pour l'essentiel la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour de justice de l'Union européenne qui a fait pencher la balance.

Le Tribunal fédéral avait déjà statué sur la question de savoir si l'obligation de domicile violait le principe de la liberté d'établissement fixé à l'art. 24, al. 1, Cst. Dans l'ATF 128 I 280 concernant la réglementation du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, il a affirmé qu'une présence ou une disponibilité accrues de l'officier public qui seraient nécessaires à l'activité ministérielle ne pouvaient justifier cette obligation. Il a toutefois considéré que l'obligation de domicile était compatible avec l'art. 24, al. 1, Cst. vu que l'officier public exerce une fonction qui relève de la puissance publique, et ce en majeure partie sans être lié par des directives. Le principe selon lequel la puissance publique doit être exercée par des sujets de l'État concerné justifie l'obligation de domicile.

<sup>106</sup> Cf. ch. 7.3.2.4.

<sup>107</sup> Cf. ch. 7.6.

<sup>108</sup> Dans ce contexte, il convient de mentionner la motion Amherd 15.3728. Cette motion chargeait le Conseil fédéral de biffer de l'OPPS la mention de la profession de notaire (Annexe 1, chiffre 11, de l'OPPS) et ainsi de supprimer la "libre circulation à sens unique des notaires". Dans son avis, le Conseil fédéral a répondu que biffer la profession de notaire de la liste en annexe de l'OPPS n'aurait pas pour conséquence que les notaires de l'UE ne seraient plus soumis à la libre circulation, mais seulement qu'ils ne seraient plus soumis à l'obligation de déclaration et aux mesures de compensation strictes prévues par la LPPS et l'OPPS.

<sup>109</sup> AI, FR, GE, GR, JU, LU, NE, NW, OW, SZ, TI, UR, VD, VS et ZG prévoient l'obligation d'être domicilié sur le territoire du canton.

<sup>110</sup> AG, BE et BS exigent un domicile en Suisse.

<sup>111</sup> par ex.: AG, BL, FR, GE, NE, VD.

Dans un arrêt plus récent concernant un cas d'obligation de domicile dans le canton des Grisons, le Tribunal fédéral a cependant déclaré cette obligation inadmissible à la lumière du principe de la proportionnalité<sup>112</sup>. Il n'a pas répondu à la question de savoir si le principe de cette obligation est encore justifié. En résumé, une prescription concernant le domicile est problématique du point de vue de la liberté d'établissement.

Conformément à l'art. 16, annexe I, ALCP, le citoyen d'un autre État peut se voir refuser le droit de pratiquer une activité participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique. Vu que les mêmes dispositions s'appliquent dans les relations entre les États membres de l'Union européenne, on peut se référer aux arrêts de la CJUE pour interpréter l'ALCP. Dans son arrêt du 24 mai 2011<sup>113</sup>, la CJUE a décidé que la condition de nationalité requise par la réglementation allemande pour l'accès à la profession de notaire constitue une discrimination interdite fondée sur la nationalité. Elle a expliqué dans son arrêt que la profession d'officier public ne relève pas de prérogatives de puissance publique. Cette profession tombe ainsi sous le coup de l'ALCP et l'exigence de nationalité locale n'est pas conforme à la libre circulation des personnes (art. 16, annexe I, ALCP). Sur la base de cet arrêt de la CJUE, le Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI a rédigé une lettre dans laquelle il a informé les autorités cantonales compétentes en matière d'admission à la profession des conséquences de cette jurisprudence en ce qui concerne la profession des officiers publics<sup>114</sup>.

Dans sa jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral a en revanche toujours affirmé que la profession d'officier public relevait de la puissance publique et que l'ALCP n'était donc pas applicable<sup>115</sup>.

Dans son arrêt du 9 mars 2017, la CJUE a examiné si une disposition autrichienne réservant aux officiers publics l'authentification des signatures apposées sur les documents est compatible avec la libre prestation des services au sens de l'art. 56 TFUE.

En conclusion, elle a admis la concordance des deux normes. Selon elle, la disposition en cause représente une restriction à la libre prestation de services garantie par l'art. 56 TFUE, car elle exclut la possibilité de reconnaître une authentification effectuée par un avocat établi dans un autre État membre. Elle peut toutefois se justifier par souci de bon fonctionnement du système du livre foncier ainsi que de légalité et de sécurité juridique des actes conclus entre particuliers. Ce sont des éléments de la protection de la bonne administration de la justice et peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général. En outre, la disposition autrichienne permet au notaire de prendre connaissance du contenu de l'acte en question et de vérifier la capacité du requérant à accomplir des actes juridiques ; ainsi, le fait de réservrer de telles activités à une catégorie particulière de professionnels, à laquelle s'attache une confiance publique et sur laquelle l'État membre concerné exerce un contrôle particulier, satisfait à l'exigence de proportionnalité.

Pour ces raisons, la majorité des membres du groupe de réflexion a estimé qu'il était problématique de régler au niveau fédéral le domicile et la nationalité. Certains membres ont

---

<sup>112</sup> Arrêt du TF 2C\_335/2013 du 11 mai 2015, consid. 3.6.3. Selon JÜRG SCHMID (JÜRG SCHMID, Bemerkung der Redaktion zum BGer 2C\_335/2013, ZGBR 97/2016, p. 288), le Tribunal fédéral semble assouplir, par l'arrêt précité, sa position sur la compatibilité de l'obligation de domicile incombant aux officiers publics avec la liberté d'établissement.

<sup>113</sup> Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne n° C-54/08 du 24 mai 2011, Commission européenne contre République fédérale d'Allemagne, recueil de la jurisprudence 2001-I-04355.

<sup>114</sup> Lettre du 23 juillet 2013. Entrée en vigueur de la LPPS. Dans cette lettre, le SEFRI a déclaré que la nouvelle procédure de vérification des qualifications professionnelles de prestataires de services de l'UE était réglée par une nouvelle loi fédérale: la loi fédérale du 14 décembre 2012 portant sur l'obligation des prestataires de services de déclarer leurs qualifications professionnelles dans le cadre des professions réglementées et sur la vérification de ces qualifications (LPPS, RS 935.91). L'ordonnance correspondante contient une liste des professions réglementées, pour lesquelles une déclaration préalable est obligatoire. La profession de notaire en fait également partie, ce qui permet aux professionnels établis régulièrement dans l'UE/AELE d'exercer à certaines conditions leur activité en Suisse.

<sup>115</sup> ATF 131 II 639, 645 ; ATF 128 I 280, 281; arrêt du TF 2P.237/2003, consid. 4 du 29 janvier 2004. Cf. PFÄFFLI/LIECHTI, WEKO, p. 3.

de plus affirmé que ce domaine relevait de l'organisation de l'instrumentation et donc, de la compétence législative des cantons.

### 7.3.2.3 Examen de capacité

#### *Pas de principe directeur susceptible de rassembler une majorité.*

En plus ou indépendamment de la formation requise, de nombreux cantons<sup>116</sup> prévoient actuellement un examen de « droit des actes authentiques » comme condition à l'exercice de l'activité d'officier public. Cet examen a pour objectif de s'assurer que les candidats disposent des capacités nécessaires<sup>117</sup>.

Comme dans le cas de la formation, le groupe de réflexion n'a pas pu formuler de principe directeur susceptible de rassembler une majorité en ce qui concerne l'examen de capacité. Nous évoquerons les raisons des divergences en la matière au ch. 7.3.2.4.

Après que le groupe de réflexion a constaté l'impossibilité de réunir une majorité sur le principe directeur considéré, certains membres ont relevé qu'une formation suffisante des officiers publics faisait partie des exigences minimales<sup>118</sup> de droit fédéral à définir et qu'il serait donc incohérent de renoncer, du fait d'opinions discordantes, à un principe directeur dans les domaines de la formation et de l'examen de capacité. On s'est donc efforcé de trouver un libellé pouvant être accepté au moins par une partie des membres. Le résultat a été un principe directeur respectant la liberté d'organisation des cantons et portant aussi bien sur l'examen de capacité que sur la formation (cf. ch. 7.3.2.4).

Principe directeur qui n'a pas rassemblé de majorité :

*Les officiers publics disposent des connaissances professionnelles nécessaires pour pouvoir établir correctement les actes authentiques selon l'objet de l'instrumentation. Les cantons règlent, sur leur territoire, la formation et les éventuels examens de capacité d'officier public.*

### 7.3.2.4 Formation, exigences professionnelles

#### *Pas de principe directeur susceptible de rassembler une majorité.*

Les conditions que doit remplir la formation d'officier public sont parfois très différentes selon le canton. Certains cantons exigent une licence ou une maîtrise en droit<sup>119</sup>, alors que d'autres demandent aux candidats d'avoir fait des études à la haute école spécialisée<sup>120</sup> ou suivi des cours déterminés à la haute école spécialisée ou à l'université.<sup>121</sup> Une autre variante cantonale prévoit un apprentissage commercial ou une école du degré postobligatoire suivi d'études partielles auprès d'une université suisse<sup>122</sup>. Seul l'examen de capacité est parfois requis sans qu'une formation déterminée soit de plus prescrite<sup>123</sup>. Cependant, presque tous les cantons exigent, avant d'habiliter une personne à établir des actes authentiques, une expérience pratique dans le domaine du droit des actes authentiques, que ce soit un stage ou une activité professionnelle (par ex. à l'office du registre foncier). Si les compétences matérielles sont réparties entre plusieurs officiers publics (c'est en règle générale le cas dans les cantons qui

<sup>116</sup> Cf., par ex., BE : art. 5, al. 2, let. b, LN-BE ; NE : art. 7, al. 1, let. d, LN-NE ; VS : art. 15, al. 1, LN-VS ; ZH : § 7 NotG-ZH.

<sup>117</sup> BRÜCKNER, n. 3452.

<sup>118</sup> Cf. ch. 7.2.

<sup>119</sup> BE, BL, BS, FR, GE, JU, NE, TI, VD et VS.

<sup>120</sup> AG : hormis les études de droit, ce canton accepte une maîtrise d'une haute école spécialisée avec une orientation en notariat.

<sup>121</sup> par ex. LU et SG.

<sup>122</sup> ZH : § 8, al. 2, let. a, ch. 1 et 2, NotPV-ZH.

<sup>123</sup> UR : art. 3, ch. 3, NV-UR.

pratiquant une forme mixte ou le notariat d'État), les différents officiers publics doivent satisfaire à des exigences différentes.

Les membres du groupe de réflexion sont convenus que les officiers publics devaient disposer d'une formation adéquate, mais aussi d'une expérience pratique, toutes deux étant indispensables à l'exercice des activités d'officier public, qu'il s'agisse de la formulation de l'acte authentique ou de son devoir d'information. Cependant, les discussions ont mis en évidence les différences considérables qui existent entre les dispositions cantonales relatives à la formation et qui s'expliquent sans doute notamment par les différentes formes d'organisation.

La majorité des membres du groupe de réflexion a rejeté l'idée de formuler un principe directeur comprenant des dispositions assez détaillées sur la formation, qui représenteraient une trop forte intervention dans la liberté d'organisation des cantons. Pour contrer cet argument, on a avancé que les renseignements juridiques fournis par l'officier public constituent un objectif essentiel de la profession. Une formation est indispensable pour garantir une information complète et il serait donc incompréhensible de renoncer à une réglementation unifiée précisément sur ce point.

On a relevé qu'une formulation générale telle que « formation suffisante » est vide de sens et qu'il faut donc y renoncer. Faute de compromis susceptible de rassembler une majorité, le groupe de réflexion n'a pas rédigé de principe directeur relatif à la formation.

Quelques membres du groupe se sont prononcés en faveur d'un principe directeur concernant la formation et l'examen de capacité. En effet, la doctrine considère qu'une formation suffisante de l'officier public est une des exigences minimales<sup>124</sup> de droit fédéral. Le principe directeur portant à la fois sur la formation et sur l'examen de capacité rédigé en conséquence a trouvé au moins l'approbation d'une partie des membres (cf. ch. 7.3.2.3).

Principe directeur qui n'a pas rassemblé de majorité :

*Les officiers publics disposent des connaissances professionnelles nécessaires pour pouvoir établir correctement les actes authentiques selon l'objet de l'instrumentation. Les cantons règlent, sur leur territoire, la formation et les éventuels examens de capacité d'officier public.*

#### 7.3.2.5 Incompatibilité avec l'exercice d'autres activités

Pas de principe directeur.

Selon la doctrine, l'incompatibilité résulte de faits qui d'une manière générale ne peuvent être conciliés avec une activité indépendante et impartiale de l'officier public<sup>125</sup>. Il s'agit d'obstacles de nature professionnelle<sup>126</sup>. L'officier public ne peut ni ne doit exercer son métier (principal), c'est-à-dire l'activité ministérielle, s'il existe un motif d'incompatibilité<sup>127</sup>.

Les dispositions cantonales énumèrent parmi les motifs d'incompatibilité notamment les activités que l'officier public n'est pas autorisé à exercer à titre auxiliaire<sup>128</sup> dans certaines fonctions, professions ou secteurs et qui sont définies comme incompatibles avec l'activité d'officier public<sup>129</sup>.

<sup>124</sup> Cf. ch. 7.2.

<sup>125</sup> CARLEN, p. 61 ; JEANDIN, p. 46 ; RUF, n. 724.

<sup>126</sup> NUSSBAUM, p. 39.

<sup>127</sup> RUF, n. 449 ; SANTSCHI ALFRED, p. 30.

<sup>128</sup> CARLEN, p. 61.

<sup>129</sup> CARLEN, p. 61.

Hormis la garantie de l'indépendance, les motifs d'incompatibilité ont pour objectifs de protéger la réputation du notariat, de maintenir la capacité de travail et de promouvoir l'expérience professionnelle<sup>130</sup>.

Les discussions du groupe de réflexion ont montré qu'il existe de grandes différences entre le notariat indépendant, le notariat d'État et les formes mixtes en ce qui concerne l'incompatibilité. Certains cantons qui pratiquent le notariat indépendant interdisent par exemple à l'officier public d'exercer des activités au service de la commune, du canton ou de la Confédération<sup>131</sup>, qui sont en revanche la règle pour le notariat d'État ou le notariat mixte, où l'officier public est précisément employé de la commune ou du canton.

L'activité de l'officier public dans le secteur immobilier comme motif d'incompatibilité a suscité une controverse. Certains cantons prévoient actuellement des règles explicites interdisant aux officiers publics le commerce des immeubles ou l'activité de courtier en immeubles<sup>132</sup>.

Le principe directeur proposé dans un premier projet énumérait des motifs d'incompatibilité. Compte tenu des considérations ci-dessus et faute d'accord entre ses membres, le groupe de réflexion n'a pas retenu cette variante. Il a également renoncé à une formulation générale (« L'officier public ne doit pas exercer d'activités incompatibles avec la pratique indépendante et irréprochable de sa profession. »), qui n'a pas de contenu véritable. Un tel libellé nécessiterait des explications précisant ce qu'on entend par là.

### 7.3.3 Compétence à raison du lieu ou de la matière

#### 7.3.3.1 En général

Le droit suisse des actes authentiques distingue la compétence matérielle et la compétence territoriale des officiers publics<sup>133</sup>. La *compétence matérielle* indique qui est compétent pour quels actes authentiques dans le cadre de l'organisation d'une autorité<sup>134</sup>.

Vu que les cantons sont compétents pour déterminer les modalités de la forme authentique en vertu de l'art. 55 tit. fin. CC, ils disposent actuellement d'une très large liberté pour organiser le domaine des actes authentiques<sup>135</sup>. Ils peuvent décider qui est compétent pour quels actes authentiques à raison de la matière. Cette réglementation des compétences a conduit à la naissance de plusieurs systèmes différents et à des activités ministérielles des différentes autorités et personnes qui varient d'un canton à l'autre<sup>136</sup>.

---

<sup>130</sup> CARLEN, p. 61 ; RUF, n. 442 ss.

<sup>131</sup> Par ex., BE : la pratique simultanée d'une activité dans le domaine de la tenue du registre foncier ou du registre du commerce est incompatible avec l'activité d'officier public ; GR : une personne employée à titre principal au service de la Confédération, du canton, d'une région ou d'une commune ou par une entreprise assujettie à la loi sur les banques ne peut pas exercer la fonction d'officier public ; NE : l'activité d'officier public est en principe incompatible avec les fonctions et emplois permanents au service des collectivités publiques. Une charge partielle d'enseignement, une fonction de suppléant extraordinaire d'un magistrat de l'ordre judiciaire et un mandat politique sont autorisés ; TI : toute activité permanente rémunérée par la Confédération, par les cantons ou par une commune, c'est à dire par leur administration, leurs entreprises ou par d'autres institutions de droit public, est incompatible avec l'activité d'officier public. AG: est incompatible avec l'instrumentation d'actes authentiques l'activité d'officier public dans autre canton, la tenue du registre foncier ou du registre du commerce (§ 7 al. 1 lit. a et b BeurG-AG).

<sup>132</sup> Par ex., ZH : il est interdit à l'officier public de faire commerce des immeubles et d'exercer l'activité de courtier en immeubles (§ 21 NotG-ZH) ; BS : il est interdit à l'officier public d'exercer des activités commerciales et de courtier dans le domaine immobilier (§ 7, al. 2, NG-BS); AG: est incompatible avec l'instrumentation d'actes authentiques le commerce d'immeubles et l'activité de courtage à la commission (§ 7, al. 1, lit. c BeurG-AG).

<sup>133</sup> BRÜCKNER, n. 689 ss ; CARLEN, p. 67 ss ; JEANDIN, p. 137 ss ; KUNZ, p. 16 ; MARTI, p. 39 ss ; NUSSBAUM, p. 31 ss ; RUF, n. 460 ss ; BSK-SCHMID, n. 18 ss ad art. 55 tit. fin. CC.

<sup>134</sup> BRÜCKNER, n. 689 ss ; JEANDIN, p. 146 ; RUF, n. 460 ss ; BSK-SCHMID, n. 20 ss ad art. 55 tit. fin. CC.  
CARLEN, p. 78, et NUSSBAUM, p. 31, entendent par « compétence à raison de la matière » les cas où le droit civil fédéral prescrit la forme authentique. En d'autres termes, l'officier public est compétent à raison de la matière pour l'instrumentation lorsque le CC ou le CO exige la forme authentique pour un acte juridique.

<sup>135</sup> ATF 133 I 259, 260.

<sup>136</sup> BRÜCKNER, n. 689 ss ; BSK-SCHMID, n. 20 ss ad art. 55 tit. fin. CC.

En règle générale, les officiers publics qui portent le titre de « Notar / Notarin », « notaire » ou « notaio » disposent de vastes compétences d'instrumentation<sup>137</sup>. Certains cantons procèdent toutefois à un partage des compétences à raison de la matière. Ainsi, une autorité déterminée peut être compétente pour les transactions immobilières et un autre officier public pour la création d'une fondation. Il faut distinguer la question de la compétence matérielle de la question de savoir si l'objet de l'acte authentique est admissible. L'établissement d'un acte authentique est impossible pour certaines déclarations et faits, par exemple pour les formules de physique<sup>138</sup>.

*La compétence territoriale* est liée au lieu de l'instrumentation<sup>139</sup>, qui est celui où se déroule la procédure principale. Dans la plupart des cas, le lieu de l'instrumentation est le bureau ou l'étude de l'officier public<sup>140</sup>.

Comme il a été expliqué au ch. 7.3.1, la procédure de l'instrumentation relève de la juridiction gracieuse. Investis de la compétence d'établir des actes authentiques, les officiers publics remplissent une fonction relevant de la puissance publique<sup>141</sup>. Pour des raisons de droit constitutionnel, toute activité de puissance publique est limitée au territoire de la structure étatique qui a conféré à l'intéressé la compétence en question<sup>142</sup>. L'officier public n'est donc, selon le droit actuel, autorisé à exercer son activité ministérielle que sur le territoire du canton qui l'y a habilité (pas de libre circulation généralisée des officiers publics)<sup>143</sup>.

Les cantons peuvent déterminer si un officier public compétent à raison de la matière peut pratiquer sur l'ensemble du territoire cantonal ou si sa compétence à raison du lieu est restreinte à certaines parties du canton<sup>144</sup>.

L'objet de l'instrumentation n'a en principe pas de pertinence pour la compétence territoriale. Peu importe que l'acte juridique à instrumenter ait un lien avec le territoire cantonal ou non<sup>145</sup>. Ce principe de la liberté du lieu de l'instrumentation et la reconnaissance intercantionale de l'acte authentique qui en résulte sont incontestés dans la jurisprudence et dans la doctrine (libre circulation des actes authentiques), sauf pour les transactions immobilières<sup>146</sup>. La question de savoir si ce principe s'applique également à un acte juridique lorsque l'objet de l'instrumentation est directement la constitution ou la modification de droits réels et de droits personnels susceptibles d'être annotés sur des immeubles ne fait pas l'unanimité. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, les cantons sont libres de prescrire que l'instrumentation de tels droits réels ou personnels incombe à l'officier public compétent du lieu de situation de l'immeuble<sup>147</sup>. La doctrine critique cette restriction<sup>148</sup>.

S'agissant du transfert de patrimoine, l'art. 70, al. 2, LFus abolit la pratique du Tribunal fédéral en matière de transactions immobilières : un acte authentique unique suffit, même lorsque les immeubles sont situés dans différents cantons (3<sup>ème</sup> phrase) ; l'acte authentique est établi par un officier public au siège du sujet transférant (4<sup>ème</sup> phrase).

---

<sup>137</sup> BRÜCKNER, n. 691.

<sup>138</sup> BRÜCKNER, n. 692 ; MARTI, p. 42 ss.

<sup>139</sup> MARTI, p. 45 ; MOOSER, n. 478.

<sup>140</sup> MARTI, p. 45 ; MOOSER, n. 478.

<sup>141</sup> ATF 133 I 259, 261 ; ATF 128 I 280, 281.

<sup>142</sup> Ruf, n. 509 ; BSK-SCHMID, n. 18 ad art. 55 tit. fin. CC.

<sup>143</sup> BRÜCKNER, n. 701 ; MOOSER, n. 481 ; RUF, n. 509 ; BSK-SCHMID, n. 18 ad art. 55 tit. fin. CC.

<sup>144</sup> CARLEN, p. 67 ; MARTI, p. 47.

<sup>145</sup> CARLEN, p. 69 ; MOOSER, n. 486.

<sup>146</sup> BECK, p. 19 ; CARLEN, p. 69 ; MARTI, p. 48 ; RUF, n. 551.

<sup>147</sup> ATF 113 II 501, 504 avec renvoi à l'ATF 47 II 383 ss ; de même avis : MARTI, p. 49 ss.

<sup>148</sup> BRÜCKNER, n. 725 ; BSK-SCHMID, n. 19 ad art. 55 tit. fin CC. D'un autres avis : MOOSER 2018, p. 153 ss ; PIOTET 2015, p. 112 s.

La nécessité de rédiger des principes directeurs relatifs à la compétence à raison du lieu ou de la matière, c'est-à-dire à la libre circulation des officiers publics et des actes authentiques, a fait l'unanimité au sein du groupe de réflexion.

### 7.3.3.2 Libre circulation des officiers publics

Principe directeur :

*L'officier public n'est autorisé à exercer son activité ministérielle que sur le territoire du canton qui l'y a habilité.*

*Les cantons règlent, sur leur territoire, la compétence à raison de la matière ou du lieu des officiers publics.*

Les membres du groupe de réflexion ont été unanimes à penser qu'en vertu du principe de territorialité, l'officier public ne peut exercer son activité que sur le territoire du canton qui l'y a habilité. La libre circulation des officiers publics serait donc impossible (1<sup>ère</sup> phrase). La liberté des cantons de décider de la compétence à raison de la matière ou du lieu sur leur territoire a été tout aussi incontestée (2<sup>ème</sup> phrase). Il leur appartient de déterminer qui est compétent pour l'établissement des actes authentiques dans le cadre de l'organisation des autorités (compétence matérielle) et de décider si l'officier compétent à raison de la matière peut exercer son activité sur l'ensemble du territoire cantonal ou seulement dans une partie du canton (compétence territoriale).

Une distinction s'impose entre la libre circulation généralisée des officiers publics et la reconnaissance du certificat de capacité d'un officier public d'un canton par un autre canton pour son territoire. Les cantons sont libres d'inscrire la possibilité d'une telle reconnaissance dans leur législation. Cette reconnaissance paraît tout à fait pertinente si l'attribution de la compétence d'instrumentation ne diffère pas essentiellement d'un canton à l'autre. Dans ce contexte, il convient également de se référer à la recommandation du 23 septembre 2013 de la COMCO citée au début, qui recommande aux cantons de reconnaître les formations professionnelles équivalentes des officiers publics indépendants provenant d'autres cantons<sup>149</sup>.

S'agissant de la libre circulation des officiers publics, il n'est pas nécessaire de faire la distinction entre l'instrumentation d'actes de déclaration ou de constatation et celle de légalisations. Si l'officier public qui procède à l'instrumentation est incompétent à raison de la matière et/ou du lieu, il ne peut établir l'acte authentique<sup>150</sup>.

<sup>149</sup> <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/medien/communiques-de-presse/nsb-news.msg-id-50564.html> (état au 13.07.2021).

<sup>150</sup> Cf. ch. 7.6.

### 7.3.3.3 Libre circulation et reconnaissance des actes authentiques

Principe directeur :

*Les actes authentiques sont reconnus dans toute la Suisse.*

*Les cantons peuvent prévoir la compétence exclusive de l'officier public du lieu de situation de l'objet en ce qui concerne l'instrumentation des actes juridiques relatifs à des droits réels et à des droits personnels susceptibles d'être annotés sur des immeubles.*

*Ils ne peuvent pas prévoir de compétence exclusive pour les actes de constatation ni pour les contrats de mariage et les dispositions pour cause de mort dont l'instrumentation ne porte pas directement sur la constitution ou la modification de droits réels sur des immeubles.*

La liberté du lieu de conclusion du contrat et la libre circulation intercantionale de l'acte authentique qui en résulte sont les éléments fondamentaux du principe directeur (1<sup>ère</sup> phrase). Les cantons peuvent déroger à cette règle en ce qui concerne les transactions immobilières (2<sup>ème</sup> phrase), sous réserve de dispositions fédérales contraires (par ex. LFus). Les cantons peuvent ainsi prévoir la compétence exclusive de l'officier public du lieu de situation de l'objet en ce qui concerne l'instrumentation des actes juridiques relatifs à des droits réels et à des droits personnels urgents ou susceptibles d'être annotés sur des immeubles. Ils peuvent donc restreindre la libre circulation de l'acte authentique dans le domaine des transactions immobilières. Le principe directeur est complété par une précision concernant les transactions immobilières auxquelles l'exception ne s'applique pas (3<sup>ème</sup> phrase).

Lors des discussions, la théorie de la qualité a notamment été évoquée pour justifier la décision de restreindre la libre circulation des actes authentiques pour les transactions immobilières : les conseils et les informations donnés aux parties par un officier public du lieu de situation de la chose, qui connaît les particularités locales, garantissent une meilleure qualité de l'instrumentation.

Les débats menés au sein du groupe de réflexion ont montré qu'il serait utile de préciser le principe directeur en mentionnant les transactions immobilières exclues de la libre circulation des actes authentiques. Le principe directeur couvre tant les déclarations de volonté que les constatations de fait.

Comme on l'a indiqué au ch. 7.3.3.2, l'acte authentique n'arrive pas à chef si l'officier public n'a pas la compétence requise (notamment compétence territoriale)<sup>151</sup>.

## 7.4 Obligations professionnelles de l'officier public

### 7.4.1 En général

L'officier public a certaines obligations professionnelles liées à l'activité qu'il exerce dans le domaine des actes authentiques. Elles sont fondées aussi bien sur le droit fédéral que sur le droit cantonal et ont pour objectif de garantir que l'objectif des actes authentiques est atteint<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> Cf. ch. 7.6.2.3.1.

<sup>152</sup> MARTI, p. 59.

## 7.4.2 Obligation d'instrumenter, obligation et droit de refuser d'instrumenter

Principe directeur :

### Obligation d'instrumenter (principe)

*L'officier public a en principe l'obligation d'établir un acte authentique si l'on le lui demande.*

*Les cantons peuvent libérer un officier public de l'obligation d'instrumenter si un autre officier public est également compétent à raison de la matière pour l'objet de l'instrumentation.*

### Dérogations

#### Obligation de refuser d'instrumenter

*L'officier public doit refuser d'instrumenter dans les cas suivants :*

- *il n'est pas compétent à raison de la matière et/ou du lieu ;*
- *l'acte authentique a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs ;*
- *l'officier public est tenu de se récuser ; ou*
- *une partie ou un comparant est manifestement incapable de discernement.*

#### Droit de refuser d'instrumenter

*L'officier public peut refuser d'instrumenter ou interrompre l'instrumentation dans les cas suivants :*

- *il en est empêché pour cause de maladie, en raison de l'accomplissement d'une obligation légale ou en cas d'absence justifiée ;*
- *les parties ou les comparants n'exercent pas leur droit ou leur obligation de participer ;*
- *l'avance de frais n'a pas été acquittée ; ou*
- *la surcharge de travail ne permet pas d'effectuer l'instrumentation à temps.*

Le droit civil soumet certains actes juridiques à l'exigence de la forme authentique. En outre, les parties peuvent choisir librement la forme authentique (art. 16 CO). Si la loi impose la forme authentique, les cantons doivent veiller à ce que l'instrumentation des actes authentiques soit disponible pour chacun. L'obligation d'instrumenter est, en d'autres termes, la conséquence du monopole d'instrumentation accordé par l'État<sup>153</sup>. Par ailleurs, elle résulte de l'interdiction du déni de justice prévue à l'art. 29, al. 1, Cst.<sup>154</sup> Elle a également pour objectif de garantir que les officiers publics ne se soustraient pas aux affaires désagréables ou peu lucratives. Si l'officier public doit en principe établir un acte authentique si l'on le lui demande, il ne s'agit pas d'une obligation absolue. L'officier public doit impérativement décliner son concours dans certaines circonstances et peut le faire dans d'autres. L'obligation d'instrumenter ne prend naissance que lorsque l'officier public en est requis dans les règles<sup>155</sup>.

Conformément aux législations cantonales, les motifs de refus impératifs, qui obligent le notaire à refuser son concours, sont notamment les suivants :

- absence d'une condition d'établissement de l'acte authentique (par ex. compétence, présence de motifs de récusation, incapacité de discernement de la partie)<sup>156</sup> ;

<sup>153</sup> BRÜCKNER, n. 840 ; MOOSER, n. 143 ; WOLF/SETZ, p. 47.

<sup>154</sup> MOOSER, n. 143 ; RUF, n. 621 s.

<sup>155</sup> SANTSCHI ALFRED, p. 9 ; cf. ch. 7.5.2.

<sup>156</sup> BRÜCKNER, n. 861, SANTSCHI ALFRED, p. 12. Cf., par ex., AG : art. 24, al. 1, BeurG-AG ; BE : art. 31, al. 1, let. c, LN-BE ; GL : art. 30 BeurkG-GL.

- acte juridique illicite ou contraire aux bonnes mœurs<sup>157</sup>.

Conformément aux dispositions cantonales actuelles, l'officier public a le droit de refuser d'établir l'acte authentique notamment dans les cas suivants :

- l'avance de frais n'a pas été acquittée<sup>158</sup> ;
- l'officier public est empêché de procéder à l'instrumentation pour de justes motifs (par ex. maladie, accomplissement d'une obligation légale)<sup>159</sup>.

En ce qui concerne ce principe directeur, le groupe de réflexion a décidé de distinguer clairement entre l'obligation d'instrumenter et le droit de refuser de le faire, en mentionnant les différents motifs envisageables. Les membres ont trouvé important que le refus ne soit obligatoire que dans des cas clairement définis. L'officier public doit en décider selon sa libre appréciation s'il n'est pas certain de l'existence de motifs de refus impératifs<sup>160</sup>.

L'expression « manifestement incapable de discernement » (quatrième tiret du principe directeur relatif au refus obligatoire) a suscité des discussions. La question s'est posée de savoir si l'officier public doit refuser d'instrumenter s'il a des doutes sur la capacité de discernement d'une partie. En ce qui concerne l'évaluation de la capacité de discernement des parties, il n'a pas les mêmes tâches que le juge civil. Celui-ci peut, dans le cadre d'un procès civil, recueillir les preuves et prendre sa décision après avoir examiné les faits<sup>161</sup>. L'officier public ne peut en aucun cas jouer un tel rôle. L'obligation de refuser d'instrumenter n'est donc envisageable que si l'incapacité de discernement est *manifeste*.

S'agissant de l'évaluation de la capacité de discernement « manifeste », les membres du groupe de réflexion ont proposé de prévoir la possibilité d'établir un acte authentique sous réserve. En cas de doute, l'officier public ne refuserait pas à la ou aux parties l'établissement d'un acte authentique, mais indiquerait sur cet acte qu'il existe des doutes concernant la capacité de discernement. L'« instrumentation sous réserve » n'est pas explicitement mentionnée dans le principe directeur, mais elle n'est pas non plus exclue au vu du libellé.

La possibilité de refuser d'instrumenter lorsque l'avance de frais n'a pas été acquittée (troisième tiret concernant le droit de refuser d'instrumenter) implique que les officiers publics ont le droit de l'exiger pour leurs honoraires et débours<sup>162</sup>.

L'obligation et le droit de refuser l'instrumentation existent durant les procédures préparatoire et principale, ce que met en évidence l'expression « interrompre ». Selon la majorité du groupe de réflexion, ce refus ne peut plus valoir dans la phase postérieure à l'instrumentation. Le principe directeur concernant l'obligation d'instrumenter et l'obligation ou le droit de refuser est applicable qu'il s'agisse d'une déclaration de volonté, d'une constatation de faits ou d'une légalisation.

#### 7.4.3 Obligation de véracité

Principe directeur :

*L'officier public a l'obligation d'instrumenter de façon conforme à la vérité.*

<sup>157</sup> BRÜCKNER, n. 861, SANTSCHI ALFRED, p. 12. Cf., par ex., LU : § 20, al. 3, let. c, BeurkG-LU ; GR : art. 21, al. 2, let. b, NG-GR.

<sup>158</sup> BRÜCKNER, n. 864 ; JEANDIN, p. 74 ; SANTSCHI ALFRED, p. 14. Cf., par ex., BE : art. 31, al. 2, LN-BE ; GR : art. 21, al. 3, let. b, NG-GR.

<sup>159</sup> SANTSCHI ALFRED, p. 13. Cf., par ex., AG : art. 24, al. 3, BeurG-AG ; BE : art. 31, al. 2, LN-BE.

<sup>160</sup> BRÜCKNER, n. 862.

<sup>161</sup> WOLF/SETZ, p. 51.

<sup>162</sup> Cf. ch. 7.11.

L'art. 9 CC prévoit que les titres authentiques font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée. La force probante accrue de l'acte authentique exige que la procédure d'établissement de cet acte en garantisse la véracité. Les officiers publics doivent donc aspirer en toute conscience à la vérité lors de l'établissement des actes authentiques<sup>163</sup>. Un établissement complet des faits et une instrumentation précise ont pour objectif de garantir la véracité de l'acte authentique. L'officier public ne peut donc instrumenter que ce qu'il a perçu lui-même. En outre, il ne doit pas procéder à des constatations dont il sait qu'elles ne sont pas conformes à la vérité. La relation entre l'obligation de véracité et celle de clarté et leur délimitation ne sont pas évidentes. Certains auteurs soutiennent que l'obligation de véracité englobe l'obligation de clarté<sup>164</sup>. Dans ce rapport, l'obligation de véracité et celle de clarté font chacune l'objet d'un principe directeur séparé (cf. ch. 7.4.3 et 7.5.3.4).

Selon le Tribunal fédéral, l'obligation de véracité fait partie des exigences auxquelles doivent satisfaire les actes authentiques en vertu du droit fédéral<sup>165</sup>.

Une violation de l'obligation de véracité doit être considérée comme une violation d'une prescription d'ordre<sup>166</sup>.

L'obligation de véracité concerne à la fois les déclarations de volonté, les constatations de faits et les légalisations.

#### 7.4.4 Obligation de sauvegarder les intérêts des parties

Principe directeur :

*L'officier public doit sauvegarder les intérêts des parties.*

*Il en découle les obligations suivantes :*

Obligation d'impartialité

*La sauvegarde les intérêts des parties doit être impartiale.*

Obligation de diligence

*L'officier public doit soigneusement préparer et exécuter l'instrumentation.*

Obligation de prompte exécution des actes

*L'officier public doit exécuter en temps utile l'acte authentique dont l'instrumentation lui a été confiée.*

L'officier public doit sauvegarder équitablement et en toute conscience les intérêts des parties ou des comparants<sup>167</sup>. Cette définition de l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties implique une série de devoirs particuliers. Selon la doctrine, en font partie :

- l'obligation d'impartialité<sup>168</sup> ;
- l'obligation de diligence<sup>169</sup> ;
- l'obligation de prompte exécution des actes<sup>170</sup> ;

<sup>163</sup> BRÜCKNER, n. 1078.

<sup>164</sup> KNB-PFAMMATTER, n. 17 ad art. 34 LN ; certains membres du groupe de réflexion étaient aussi de cet avis.

<sup>165</sup> Cf. ch. 7.2.

<sup>166</sup> Cf. ch. 7.6.2.4.

<sup>167</sup> BRÜCKNER, n. 877 ; MARTI, p. 61.

<sup>168</sup> BRÜCKNER, n. 883 ; CARLEN, p. 123 ; SANTSCHI ALFRED, p. 122.

<sup>169</sup> BRÜCKNER, n. 908.

<sup>170</sup> BRÜCKNER, n. 919 ; CARLEN, p. 123 ; SANTSCHI ALFRED, p. 123 ;

- l'obligation de proposer des solutions peu coûteuses<sup>171</sup>.

Certains cantons appliquent actuellement des normes explicites relatives à l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties. L'obligation d'impartialité est parfois nommée expressément et réglée en plus de la sauvegarde des intérêts des parties<sup>172</sup>. Celle-ci vaut à titre d'exigence minimale de droit fédéral même si la législation cantonale ne prévoit pas de dispositions pertinentes<sup>173</sup>, comme le précise la doctrine<sup>174</sup>.

La nécessité de rédiger un principe directeur relatif à l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties a fait l'unanimité au sein du groupe de réflexion. Vu que cette obligation se compose d'une série de devoirs particuliers, le groupe de travail a convenu de rédiger un principe directeur comprenant plusieurs sous-principes directeurs (relatifs aux obligations d'impartialité, de diligence et de prompte exécution des actes) permettant de concrétiser le contenu de cette obligation.

Dans un premier temps, il a été proposé de rédiger des sous-principes directeurs relatifs à la formation continue, à l'obligation de proposer des solutions peu coûteuses et à la sauvegarde des intérêts fiscaux. Toutefois, la formation a d'emblée suscité une controverse et le groupe de réflexion a renoncé à rédiger un principe directeur pertinent et à prévoir une obligation de formation continue. Il a également écarté l'idée d'instituer une obligation de sauvegarder les intérêts fiscaux de l'État et de recommander une solution peu coûteuse<sup>175</sup>.

Le principe directeur et ses sous-principes s'appliquent tant aux déclarations de volonté et aux constatations de faits qu'aux légalisations.

L'obligation de sauvegarder les intérêts des parties et les devoirs particuliers qui la constituent doivent être qualifiés de règles de validité de l'acte<sup>176</sup>.

#### 7.4.4.1 Obligation d'impartialité

L'officier public doit être indépendant et impartial pour accomplir sa tâche, qui est une activité officielle relevant de la puissance publique<sup>177</sup>. La notion d'indépendance implique que le travail de l'officier public doit être libre de toute influence extérieure<sup>178</sup>. L'impartialité se réfère à l'obligation de l'officier public de sauvegarder les intérêts des parties de manière objective et égale<sup>179</sup>.

Les législations cantonales sur le notariat comprennent diverses dispositions visant à garantir l'indépendance et l'impartialité de l'officier public.

Lors de l'instrumentation de tout acte authentique, l'officier public est, selon ce principe, tenu de sauvegarder les intérêts des parties de manière objective et égale<sup>180</sup>. Il ne doit pas favoriser une partie au détriment de l'autre<sup>181</sup>.

---

<sup>171</sup> BRÜCKNER, n. 915 ; CARLEN, p. 123.

<sup>172</sup> Les législations des cantons AG, BE, BS, FR, GR, NE, SO, VS et ZG prévoient explicitement l'obligation d'impartialité.

<sup>173</sup> Les législations des cantons AI, AR, GE, GL, LU, NW, OW, SG, SH, SZ, TG et ZH ne prévoient pas de dispositions explicites pertinentes.

<sup>174</sup> Marti, p. 62 ; MOOSER, n. 241. Cf. ch. 7.2.

<sup>175</sup> Cf. ch. 7.4.13.

<sup>176</sup> Cf. ch. 7.6.2.3.2.

<sup>177</sup> MARTI, p. 58 et p. 61 ; BSK-SCHMID, n. 30 ad art. 55 tit. fin. CC.

<sup>178</sup> MARTI, p. 58 ; SANTSCHI DANIEL, p. 2.

<sup>179</sup> MARTI, p. 61.

<sup>180</sup> MARTI, p. 61 ; SANTSCHI ALFRED, p. 122.

<sup>181</sup> SANTSCHI ALFRED, p. 122.

Dans certains cas où le devoir de se récuser ne s'applique pas, l'obligation d'impartialité peut contraindre l'officier public à se récuser lorsqu'il n'est pas en mesure de garantir l'impartialité<sup>182</sup>.

#### 7.4.4.2 Obligation de diligence

L'officier public doit, selon ce principe, consacrer tous ses soins à la préparation et à l'exécution de l'instrumentation. Il doit procéder aux investigations nécessaires pour garantir l'établissement de l'acte authentique.

#### 7.4.4.3 Obligation de prompte exécution des actes

L'obligation de prompte exécution des actes impose à l'officier public de liquider les affaires en temps utile sans temporiser, en respectant tous les délais<sup>183</sup>. Les affaires urgentes, telles que l'instrumentation du testament d'un mourant, ont la priorité. Il existe toutefois des restrictions à l'obligation de prompte exécution. L'officier public ne doit ainsi pas forcément s'en acquitter dans les cas suivants :

- il en est empêché pour cause de maladie, en raison de l'accomplissement d'une obligation légale ou en cas d'absence justifiée;
- les parties n'exercent pas leur droit de participation;
- l'avance de frais n'a pas été acquittée;
- la surcharge de travail ne permet pas d'effectuer à temps l'instrumentation<sup>184</sup>.

#### 7.4.5 Obligation d'impartialité

##### *Pas de principe directeur.*

Les auteurs de doctrine considèrent que l'obligation d'impartialité est comprise dans l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties<sup>185</sup>. Suivant cet avis, le groupe de réflexion a rédigé un (sous-)principe directeur concernant le devoir d'impartialité dans le cadre de l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> Cf. ch. 7.4.6.

<sup>183</sup> CARLEN, p. 123 ; SANTSCHI ALFRED, p. 123.

<sup>184</sup> Cf. les explications présentées au ch. 7.4.2.

<sup>185</sup> BRÜCKNER, n. 883 ; CARLEN, p. 123 ; SANTSCHI ALFRED, p. 122.

<sup>186</sup> Cf. ch. 7.4.4.

#### 7.4.6 Obligation de se récuser

Principe directeur :

*L'officier public doit refuser ou interrompre l'instrumentation dans les cas suivants :*

- *il est lui-même partie ou est concerné à un autre titre par la procédure ;*
- *il a un intérêt personnel dans l'affaire ;*
- *il agit ou a agi comme conseil juridique dans la même affaire ;*
- *il est conjoint, ex-conjoint, partenaire enregistré ou ex-partenaire enregistré d'une partie ou d'un comparant ou mène ou a mené de fait une vie de couple avec l'une de ces personnes ;*
- *il est parent ou allié avec une partie ou avec un comparant, en ligne directe ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale ;*
- *il est membre d'un organe habilité à représenter une personne morale concernée ou peut l'engager par sa signature ;*
- *il pourrait être fortement prévenu de toute autre manière, en particulier en raison de liens d'amitié avec un comparant ou son représentant, ou de son hostilité à leur égard.*

L'obligation de se récuser interdit à l'officier public d'établir l'acte authentique dans des cas précis<sup>187</sup>. L'officier public doit ainsi se récuser lorsqu'il a une relation ou rapport « personnel » avec des parties ou avec l'objet de l'instrumentation ou lorsqu'il est lui-même formellement partie à la procédure d'établissement de l'acte authentique<sup>188</sup>. L'obligation de se récuser a pour objectif de garantir que l'officier public n'agit pas sous l'influence d'intérêts particuliers dans des procédures concrètes. Selon la doctrine, elle fait partie des exigences auxquelles doivent satisfaire les actes authentiques en vertu du droit fédéral<sup>189</sup>.

Les discussions concernant l'obligation de se récuser ont pour l'essentiel porté sur le degré de détail du principe directeur. Quelques membres du groupe de réflexion ont proposé une énumération détaillée des faits concrets imposant la récusation, en tenant compte des systèmes coexistant en Suisse, à savoir le notariat indépendant, le notariat d'État et les formes mixtes. Les obligations de se récuser vis-à-vis des proches sont identiques que l'on se trouve dans le système du notariat indépendant ou celui du notariat d'État. Le libellé du principe directeur peut donc être le même pour les deux systèmes. La situation se complique pour les confrères de la même étude ; la question est alors de savoir si un partenaire est autorisé à établir un acte authentique lorsqu'un officier public doit se récuser. Dans le notariat d'État, un collègue de bureau doit pouvoir effectuer l'instrumentation s'il n'existe pas d'alternatives, alors qu'en cas de notariat indépendant, un officier public d'une autre étude peut établir l'acte authentique. Après avoir discuté de cette problématique, le groupe de réflexion a décidé qu'un partenaire d'un officier public qui doit se récuser devrait pouvoir procéder à l'instrumentation.

Vu que, selon les membres du groupe, l'acte peut être annulé en cas de violation du devoir de se récuser<sup>190</sup>, un catalogue exhaustif des motifs de récusation s'impose pour garantir la sécurité du droit. Dans des cas limites non compris dans ce catalogue, le principe d'impartialité permet de trancher<sup>191</sup>.

Le principe directeur portant sur l'obligation de se récuser s'inspire de l'art. 47 CPC, c'est-à-dire des règles de récusation prévues dans le cadre de la procédure contentieuse.

Au fil des discussions sur le premier tiret, on a soulevé la question de savoir quand un officier public est concerné à un autre titre par la procédure et s'il fallait préciser le principe directeur

<sup>187</sup> BRÜCKNER, n. 755 ; NUSSBAUM, p. 39 ; MOOSER, n. 152 ; RUF, n. 716 ; SANTSCHI ALFRED, p. 30.

<sup>188</sup> BRÜCKNER, n. 774 ss ; CARLEN, p. 116 ss.

<sup>189</sup> Cf. ch. 7.2.

<sup>190</sup> Cf. ch. 7.6.2.3.2.

<sup>191</sup> Cf. ch. 7.4.4.1.

sur ce point. La notion d'autre personne participant à la procédure sera expliquée au ch. 7.5.1.4. Comme il faut toujours interpréter les différents principes directeurs dans le contexte général et éviter les doublons, le groupe de réflexion a renoncé à apporter d'autres précisions dans ce chapitre.

Le dernier tiret du principe directeur a été vivement débattu au sein du Groupe de réflexion. Dans une première version, la formulation suivante a été choisie: «il pourrait être prévenu de toute autre manière». Il a été dit à propos de ce libellé qu'il est trop vague et qu'il créerait une insécurité auprès des officiers publics. A la fin, le Groupe de réflexion a pu se mettre d'accord pour formuler le dernier tiret de ce principe directeur en prenant pour modèle l'article 47 CPC.

L'obligation de se récuser au sens du principe directeur concerne les actes de déclaration et les actes de constatation, mais non les légalisations. L'acte peut être annulé si l'officier public viole son devoir de récusation<sup>192</sup>.

#### 7.4.7 Obligation de garder le secret (secret professionnel)

Principe directeur :

##### Notariat d'État

*L'officier public doit tenir secrets les faits relevant de son activité professionnelle principale s'il existe un intérêt public ou privé prépondérant au maintien du secret ou qu'une disposition spéciale le prévoit.*

##### Notariat indépendant

*L'officier public est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession ; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'officier public à divulguer des faits qui lui ont été confiés.*

*L'officier public veille à ce que ses auxiliaires et les autres personnes participant à la procédure respectent le secret professionnel.*

L'officier public doit tenir secrètes les informations dont il a eu connaissance en relation avec l'exercice de sa profession<sup>193</sup>. Les parties (et les comparants) doivent pouvoir se confier sans crainte, car l'officier public n'est en mesure de remplir ses obligations qu'en connaissance de toutes les informations pertinentes.

L'obligation de garder le secret ne peut concerner que l'activité professionnelle principale de l'officier public. Les activités accessoires sont soumises à l'obligation contractuelle de garder le secret régie par le CO.

Le CP règle la violation du secret de fonction (art. 320 CP) et la violation du secret professionnel (art. 321 CP). L'officier public est soumis au secret professionnel dans le notariat indépendant et au secret de fonction dans le notariat d'État.<sup>194</sup> C'est donc le droit fédéral qui détermine les conditions auxquelles une violation du secret est punissable. Le principe directeur relatif à l'obligation de garder le secret ne peut pas aller plus loin que les dispositions du CP. En outre, il faut faire la distinction entre le notariat indépendant et le notariat d'État.

L'obligation de garder le secret concerne toutes les informations confiées à l'officier public dans le cadre de son activité par les parties et comparants, leurs représentants et les experts. Le secret professionnel ne porte pas sur les faits notoires ou librement accessibles à

<sup>192</sup> Cf. ch. 7.6.2.3.2.

<sup>193</sup> CARLEN, p. 126 ; JEANDIN, p. 93.

<sup>194</sup> BRÜCKNER, n. 1136.

chacun<sup>195</sup>. Il peut être limité voire levé à certaines conditions<sup>196</sup>. L'intéressé ou l'autorité de surveillance de l'officier public peuvent délier celui-ci de l'obligation de garder le secret.

Lorsque, hormis l'officier public, d'autres personnes sont impliquées dans l'établissement de l'acte authentique, par exemple les auxiliaires ou des experts, elles sont aussi soumises à l'obligation de garder le secret. L'officier public doit garantir le respect de cette obligation par des moyens appropriés tels que des instructions relevant du droit du travail ou du droit des fonctionnaires.

Le secret professionnel doit être compris comme une règle d'ordre, dont la violation peut avoir des conséquences disciplinaires, patrimoniales et/ou pénales pour l'officier public<sup>197</sup>.

L'obligation de garder le secret concerne les déclarations et les constatations, mais non les légalisations.

#### 7.4.8 Obligation de diligence

*Pas de principe directeur.*

Dans le cadre de ses travaux, le groupe de réflexion a décidé de renoncer à rédiger un principe directeur à part concernant l'obligation de diligence. Celle-ci fait l'objet d'un sous-principe directeur dans le cadre de l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties<sup>198</sup>.

#### 7.4.9 Réputation

*Pas de principe directeur.*

L'obligation de veiller à la réputation de la profession a pour objectif d'assurer que les officiers publics renoncent à des activités ou comportements qui pourraient nuire à la perception de la profession. Les membres du groupe de réflexion étaient unanimes à penser qu'il ne fallait pas rédiger de principe directeur séparé à ce sujet. Les principes directeurs concernant les autres obligations professionnelles couvrent indirectement la sauvegarde de la réputation.

#### 7.4.10 Indépendance

*Pas de principe directeur.*

Les circonstances extérieures ne doivent pas influencer le travail de l'officier public de manière à mettre en danger son indépendance. Les obligations de sauvegarder les intérêts des parties, d'impartialité et de récusation permettent de le garantir. Le groupe de réflexion a donc renoncé à rédiger un principe spécifique concernant l'indépendance.

#### 7.4.11 Devoir de communication

*Pas de principe directeur.*

Par devoir de communication, on entend l'obligation de l'officier public de notifier à l'autorité de surveillance toute modification des conditions ayant justifié l'attribution de la compétence d'instrumentation. Comme on l'a expliqué au ch. 7.3.2.1, il appartient aux cantons de confier cette compétence aux officiers publics et de la retirer. Il faut donc laisser aux cantons la liberté de définir le devoir de communiquer en lien avec les conditions d'attribution de la compétence d'instrumentation.

<sup>195</sup> BRÜCKNER, n. 1140.

<sup>196</sup> BRÜCKNER, n. 1158 ss ; MOOSER, n. 250.

<sup>197</sup> De même CARLEN, p. 127; cf. ch. 7.6.2.4.

<sup>198</sup> Cf. ch. 7.4.4.2.

## 7.4.12 Obligation de suivre une formation continue

*Pas de principe directeur.*

Une formation continue permanente de l'officier public est nécessaire à un exercice correct et conscientieux de la profession. De nombreuses associations professionnelles cantonales organisent des évènements de formation continue à l'intention de leurs membres. En revanche, rares sont les cantons qui ont inscrit dans la loi l'obligation de suivre une formation continue<sup>199</sup>.

Le groupe de réflexion est parvenu à la conclusion qu'il ne fallait pas rédiger de principe directeur spécifique concernant cette obligation, qui devrait toutefois être intégrée dans celle de sauvegarder les intérêts des parties. Comme le groupe de travail a renoncé à rédiger un principe directeur relatif à la formation et aux exigences professionnelles, il s'est logiquement abstenu d'en prévoir un pour l'obligation de formation continue<sup>200</sup>.

## 7.4.13 Obligation de sauvegarder les intérêts fiscaux de l'État

*Pas de principe directeur.*

L'officier public remplit une fonction publique. Il est donc tout à fait compréhensible qu'il soit tenu de sauvegarder les intérêts fiscaux de l'État. Le groupe de réflexion n'a cependant pas jugé nécessaire ni utile de rédiger un principe directeur dans ce domaine.

## 7.5 Procédure d'établissement des actes authentiques (déroulement)

### 7.5.1 Dispositions générales de procédure

#### 7.5.1.1 Support de l'original, de l'expédition et de la copie légalisée

Principe directeur :

Option 1 :

*L'original doit être établi sur papier.*

*Les expéditions ou légalisations peuvent avoir lieu sous forme électronique ou sur papier pour les parties et les registres publics.*

Option 2 :

*L'original peut être établi sur papier ou sous forme électronique.*

*Les expéditions ou légalisations peuvent avoir lieu sous forme électronique ou sur papier pour les parties et les registres publics.*

L'original de l'acte authentique doit encore être lisible après des années. Les supports doivent donc satisfaire à certaines exigences. Conformément aux dispositions légales en vigueur, l'original doit être établi sur papier. L'art. 55a tit. fin. CC permet toutefois aux cantons d'habiliter les officiers publics à instrumenter des expéditions électroniques ou des copies légalisées électroniques de l'acte authentique. Le 8 janvier 2019, le Conseil fédéral a lancé la consultation relative à la loi fédérale sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (LAAE). La consultation a pris fin le 8 mai 2019. Selon l'avant-projet, les officiers publics seraient tenus d'établir l'original de l'acte sous forme électronique, mais pourraient toujours établir sur papier les copies légalisées et les expéditions. L'évaluation de la consultation concernant la LAAE et l'élaboration d'un projet et du message sont en cours.

<sup>199</sup> AG et VD ont explicitement inscrit dans la loi l'obligation de suivre une formation continue (art. 33 BeurG-AG ; art. 46 LNo-VD).

<sup>200</sup> Cf. les explications présentées aux ch. 7.3.2.4.

L'obligation d'établir les actes authentiques sous forme électronique a suscité des critiques lors de la consultation, mais l'introduction de l'instrumentation électronique (non obligatoire) a été en majorité bien accueillie. Compte tenu des avis exprimés lors de la consultation et de l'avancement du projet de LAAE, le groupe de réflexion a formulé deux options du principe directeur relatif au support admissible. Dans les deux options, le libellé concernant les expéditions et les copies légalisées est identique, vu que le droit en vigueur permet déjà de choisir la forme électronique. En outre, on a utilisé dans les deux versions le terme « légalisation » et non « copies légalisées », pour préciser qu'en vertu de l'OAAE, les légalisations en général peuvent avoir lieu sous forme électronique (art. 13 ss OAAE).

#### 7.5.1.2 Contenu formel des actes authentiques

Principe directeur :

*L'acte authentique comprend au moins la désignation précise de l'officier public, des éventuelles parties et des éventuels comparants, ainsi que l'indication du rapport de représentation, la formule de clôture, la date et le lieu de l'instrumentation et la signature de l'officier public.*

*En cas d'instrumentation d'un acte de déclaration, l'acte authentique contient en principe également les signatures des comparants.*

Par contenu formel de l'acte authentique, on entend les éléments de l'acte qui ne concernent pas directement son objet, soit des indications telles que le prénom et le nom de l'officier public et éventuellement d'autres indications permettant de l'identifier, la date et le lieu de l'instrumentation, les parties intéressées ou comparants, etc.

À cet égard, le droit fédéral exige actuellement :

- que l'acte authentique indique le nom de l'officier public qui l'établir et que cet acte soit daté<sup>201</sup> ;
- que les informations figurant sur l'acte comprennent la désignation exacte des parties qui s'obligent ou acquièrent des droits par leurs déclarations, ainsi que l'indication du rapport de représentation lorsqu'une partie se fait représenter par un tiers<sup>202 203</sup>.

Quant au degré de détail du principe directeur, certains membres du groupe de réflexion ont avancé qu'un libellé trop détaillé ne permettrait pas de rendre compte des particularités cantonales. C'est pourquoi le principe directeur ne prescrit qu'un contenu formel minimal. Les cantons peuvent le préciser, ce que met en évidence l'expression « au moins ». En ce qui concerne les conséquences de l'absence d'un élément mentionné dans le principe directeur, nous renvoyons au ch. 7.6.

Ce principe directeur est applicable aux actes de déclaration et aux actes de constatation, mais non aux légalisations.

#### 7.5.1.3 Annexes à l'acte authentique

Principe directeur :

*Les annexes à l'acte authentique doivent être désignées comme telles, liées de manière adéquate à l'acte authentique à l'aide d'un renvoi et conservées.*

<sup>201</sup> BRÜCKNER, n. 1260 ; MOOSER, n. 558 et n. 656.

<sup>202</sup> En l'occurrence, on entend également par « tiers » celui qui agit en qualité de représentant d'une personne morale.

<sup>203</sup> ATF 112 II 330, 332.

**Les annexes dont la validité formelle exige la forme authentique doivent être portées à la connaissance des parties et signées par les parties et par l'officier public.**

Les annexes sont des documents qui ont un rapport de fond avec l'acte authentique. Elles sont mentionnées dans celui-ci et munies d'un certificat mettant en évidence leur rapport avec l'acte.

Il peut s'agir des documents suivants :

- procurations,
- documents attestant du consentement de tiers à des actes juridiques,
- plans établis sur la base des données de la mensuration officielle,
- plans d'architecte,
- etc.

On distingue les annexes *destinées à compléter les déclarations figurant dans l'original*<sup>204</sup>, les annexes *qui facilitent la preuve des informations figurant dans l'acte*<sup>205</sup> et les annexes *soumises à la forme authentique*<sup>206</sup>.

Les annexes *destinées à compléter les déclarations figurant dans l'originale* concrétisent les dispositions de l'acte authentique, mais ne contiennent pas d'éléments du contrat objectivement ou subjectivement essentiels (par ex. inventaires). L'instrumentation ne porte que sur les déclarations faites dans l'acte principal. Ces annexes ne sont pas soumises à la forme authentique. L'acte authentique renvoie à ce type d'annexe en mentionnant le titre et la date du document.

Quant aux annexes *qui facilitent la preuve des informations figurant dans l'acte*, elles font en règle générale l'objet d'un constat notarial dans l'original. La procédure d'instrumentation ne doit pas obligatoirement couvrir ces documents (par ex. procurations, extraits du registre du commerce).

Les annexes *soumises à la forme authentique* comprennent les documents qui doivent faire formellement l'objet de la procédure d'instrumentation. L'acte principal et les annexes doivent renvoyer les uns aux autres. En outre, l'officier public est tenu de porter les annexes à la connaissance des comparants, de les leur faire signer, de les signer lui-même et de rapporter ces opérations dans la formule de clôture. Le Tribunal fédéral ne s'est pas encore prononcé sur la question de savoir quand précisément les annexes sont considérées comme passées par acte authentique<sup>207</sup>.

Toutes les catégories d'annexes doivent être désignées comme telles, liées de manière adéquate à l'acte authentique à l'aide d'un renvoi et conservées (1<sup>re</sup> phrase du principe directeur). Les annexes soumises à la forme authentique doivent de plus être signées par les parties et par l'officier public (2<sup>e</sup> phrase du principe directeur).

L'expression « liées » ne signifie pas que les annexes doivent être rattachées à l'acte authentique à l'aide d'une ficelle voire d'un sceau en cire, mais que l'acte doit contenir un renvoi précisant de quelles annexes il s'agit. Une numérotation des annexes semble indiquée s'il y en a plusieurs. En même temps, il faut apposer sur les annexes une mention écrite qui indique le rapport avec l'acte authentique (par ex. « annexe XY à l'acte authentique Z du 1.10.2020 »).

---

<sup>204</sup> BRÄM, p. 217.

<sup>205</sup> BRÄM, p. 217 s ; BRÜCKNER, n. 1375 s.

<sup>206</sup> BRÄM, p. 218 ss.

<sup>207</sup> ATF 106 II 146, 149 s.

Un lien suffisant existe si les annexes sont directement intégrées dans l'acte authentique et l'exigence de les signer séparément ne s'applique alors pas. Une application de ce principe directeur aux légalisations est exclue de par la matière elle-même.

#### 7.5.1.4 Participants / personnes impliquées

Principe directeur :

Les témoins

*Toute personne ayant l'exercice des droits civils et sachant lire et écrire peut intervenir comme témoin.*

*Le témoin est soumis au même devoir de récusation que l'officier public.*

Les traducteurs

*Toute personne dont il s'avère qu'elle en possède les aptitudes peut intervenir comme traducteur.*

*Le traducteur est soumis au même devoir de récusation que l'officier public.*

Les experts

*Toute personne dont il s'avère qu'elle en possède les aptitudes peut intervenir comme expert.*

*L'expert est soumis au même devoir de récusation que l'officier public.*

La participation de l'officier public est nécessaire dans toute procédure d'instrumentation. Il peut toutefois déléguer certains travaux et tâches à d'autres personnes. Dans certaines circonstances, l'officier public doit obligatoirement associer d'autres personnes à la procédure d'instrumentation (par ex. témoins ou traducteurs).

Sont en outre impliquées ou participent à la procédure les personnes demandeuses d'une prestation de service de l'officier public, soit ses clients ou les parties et leurs représentants. Il existe deux catégories de parties :

- les personnes présentes lors de l'instrumentation, et plus précisément durant la procédure principale d'établissement de l'acte authentique en qualité de parties sont les *comparants (Urkundsparteien)*<sup>208</sup> et
- les personnes qui entendent s'obliger ou acquérir un droit sont les *parties (Parteien)*<sup>209</sup>.

La terminologie relative aux différentes personnes impliquées ou participant à la procédure n'est pas uniforme dans la doctrine. Différents termes relatifs aux personnes ont donc été définis en vue de l'élaboration des principes directeurs relatifs à la procédure unifiée d'établissement des actes authentiques en Suisse.

- Les auxiliaires

L'officier public conduit la procédure d'établissement de l'acte authentique et doit diriger en personne au moins la procédure principale<sup>210</sup>. Il peut toutefois déléguer certaines activités aux membres de son personnel. Ceux-ci sont subordonnés à l'officier public en vertu d'un contrat de travail ou du statut des fonctionnaires. Ils peuvent se charger de certaines tâches de l'officier public à sa place et le

<sup>208</sup> BRÜCKNER, n. 449 ss ; KUNZ, p. 21 ; MOOSER, n. 589.

<sup>209</sup> BRÜCKNER, n. 435 ss ; KUNZ, p. 21 ; MOOSER, n. 589.

<sup>210</sup> BRÜCKNER, n. 363 ; MARTI, p. 57.

représenter<sup>211</sup>. Il n'a pas été rédigé de principe directeur concernant les auxiliaires, qui ne participe pas à la procédure principale.

- Les témoins

Les témoins n'interviennent que lors de l'instrumentation de certaines déclarations de volonté, mais non lorsque la procédure porte sur la constatation de faits<sup>212</sup>. Ils confirment d'après leur propre perception, lors de la procédure principale, ce qu'ils doivent constater en vertu des dispositions fédérales ou cantonales.

Peut être témoin toute personne ayant l'exercice des droits civils et sachant lire et écrire qui n'est pas proche des intéressés et qui est en mesure de comprendre la partie de la procédure sur laquelle elle doit témoigner et de déposer son témoignage par écrit<sup>213</sup>. Au titre d'une règle de récusation, le témoin ne doit être proche ni de l'officier public, ni du comparant, ni de la partie bénéficiant de son témoignage<sup>214</sup>.

Conformément aux dispositions actuelles, les témoins doivent comparaître en procédure principale et signer leur témoignage au cours de cette procédure. Dans certaines procédures principales, ils doivent déjà être présents lors de la lecture du projet d'acte authentique ; dans d'autres, leur présence n'est requise que lors de l'approbation de l'acte par les comparants ; ou encore les comparants déclarent aux témoins qu'ils ont approuvé l'acte immédiatement après cette approbation<sup>215</sup>.

Le droit fédéral exige actuellement le concours de deux témoins (art. 501 et 502 CC).

Même si l'objectif et l'actualité de ces dispositions ne vont plus de soi et que les membres du groupe de réflexion n'ont pas été unanimes sur le maintien de cette institution, il a été décidé de rédiger un principe directeur relatif aux témoins. Les membres n'étaient pas unanimes sur le maintien de cette institution. Tant que le CC exige le concours des témoins pour les testaments et les pactes successoraux, un principe directeur à ce sujet s'impose. En outre, lors de l'élaboration du principe directeur, quelques membres du groupe de réflexion ont souhaité que le concours des témoins soit prescrit pour les « procédures spéciales »<sup>216</sup>. Les témoins sont assujettis au même devoir de récusation que l'officier public, ce qui permet de s'assurer qu'ils ne sont pas des proches du comparant ou de la partie. Cependant, ce point a suscité une controverse au sein du groupe de réflexion justement aussi en raison du fait que le devoir de se récuser décrit à l'art. 503 CC ne concorde pas avec celui du présent principe directeur.

- Les traducteurs

Si l'officier public et le ou les comparants ne se comprennent pas, il faut recourir à un traducteur. La compréhension peut être difficile ou impossible lorsque le comparant ne maîtrise pas la langue dans laquelle l'acte est rédigé ou la maîtrise insuffisamment ou lorsqu'il ne peut ni entendre, ni parler<sup>217</sup>. Le traducteur doit porter à sa connaissance le contenu de l'acte ou communiquer son approbation à l'officier

---

<sup>211</sup> BRÜCKNER, n. 370 ss ; MOOSER, n. 590.

<sup>212</sup> BRÜCKNER, n. 387; MARTI, p. 66.

<sup>213</sup> BRÜCKNER, n. 385.

<sup>214</sup> BRÜCKNER, n. 386.

<sup>215</sup> MARTI, p. 68 s.

<sup>216</sup> Cf. ch. 7.5.4.12.

<sup>217</sup> BRÜCKNER, n. 373 ; selon MARTI, p. 72, les personnes qui assurent la communication entre l'officier public et un comparant sourd ou muet ne sont pas des traducteurs, mais des experts.

public<sup>218</sup>. Les traducteurs sont des auxiliaires de l'officier public et non de sa clientèle<sup>219</sup>.

Si l'officier public a des connaissances suffisantes de la langue maternelle du comparant ou que l'officier public et le comparant se comprennent dans une autre langue commune, il n'est pas nécessaire de recourir à un traducteur<sup>220</sup>.

Les qualifications des traducteurs et leur devoir de récusation ont suscité des discussions au sein du groupe de réflexion. Ainsi, la première version du principe directeur prévoyait une exigence d'« intégrité du caractère ». Plusieurs membres du groupe ont cependant relevé que celle-ci ne peut pas vraiment être évaluée par l'officier public et ne devait donc pas être mentionnée. Une autre question a été de savoir s'il est nécessaire d'imposer aux traducteurs le même devoir de récusation qu'à l'officier public. Le groupe est arrivé à la conclusion que les traducteurs remplissent une fonction importante, qu'ils prêtent assistance à l'officier public et qu'il est donc justifié de les soumettre à des exigences élevées aussi bien en matière de qualification qu'en matière de récusation. Cependant, pour que l'officier public ne doive pas assumer l'entièvre responsabilité du choix des traducteurs, il semble utile de soumettre ce choix à l'approbation des comparants et de consigner cette démarche dans l'acte authentique.

- **Les experts**

Par experts, on entend les personnes sollicitées en raison de leurs compétences particulières (par ex. expert chargé des estimations, médecin, etc.).

- **Les autres personnes participant à la procédure**

Les autres personnes participant à la procédure ne sont pas clientes de l'officier public ni destinataires de l'acte authentique, mais elles sont concernées par l'acte authentique à leur avantage ou à leur détriment, par exemple des personnes qui bénéficient d'un pacte successoral ou renoncent à leur prétention successorale<sup>221</sup>. Les époux qui doivent consentir à un acte juridique dans le cadre de l'art. 169 CC en sont un autre exemple.

- **Les comparants («die Urkundsparteien»)**

Les comparants sont les personnes physiques ou morales présentes en qualité de parties lors de la procédure d'établissement d'un acte juridique (procédure principale)<sup>222</sup>.

Pour que l'acte authentique soit valablement établi, le comparant doit avoir la jouissance et l'exercice des droits civils conformément au droit fédéral ; l'officier public doit vérifier si cette condition est remplie<sup>223</sup>. Le comparant doit adresser une demande d'authentification à l'officier public en son nom ou au nom d'un tiers et attester de son identité. Il peut ensuite participer à la procédure d'établissement de l'acte authentique<sup>224</sup>.

---

<sup>218</sup> MARTI, p. 72.

<sup>219</sup> BRÜCKNER, n. 376.

<sup>220</sup> BRÜCKNER, n. 377 ; MARTI, p. 72. Sur l'instrumentation dans une langue étrangère, cf. ch. 7.5.1.5.

<sup>221</sup> BRÜCKNER, n. 476 ss.

<sup>222</sup> MARTI, p. 62.

<sup>223</sup> MARTI, p. 64. Sur l'examen de la capacité de discernement, cf. ch. 7.4.2.

<sup>224</sup> MARTI, p. 65.

- Les parties

Les parties sont les personnes à la demande de qui il est procédé à l'instrumentation et dont la situation juridique est modifiée<sup>225</sup>. Si elle ne veut ou ne peut pas participer à la procédure, une partie peut désigner un représentant dans des affaires qui ne sont pas strictement personnelles. Dans un tel cas, l'officier public doit vérifier la légitimation du représentant comme comparant<sup>226</sup>.

#### 7.5.1.5 La langue des actes

Principe directeur :

*Les cantons déterminent la langue de rédaction des actes authentiques.*

*À la demande des participants ou en vertu des dispositions légales, l'officier public peut aussi dresser l'acte authentique dans une langue étrangère s'il la maîtrise suffisamment.*

*Si l'acte authentique est dressé dans une langue inconnue de l'officier public, il peut être rédigé en deux ou plusieurs langues avec le concours d'un traducteur, c'est-à-dire dans la ou les langues étrangères et dans celle de l'officier public.*

Conformément à l'actuel art. 55, al. 2, tit. fin. CC, les cantons établissent les règles à suivre pour la rédaction des actes authentiques dans une langue étrangère. Il en découle que l'acte authentique est en principe rédigé dans la langue officielle du lieu d'instrumentation<sup>227</sup>. S'agissant des déclarations de volonté, il faut toutefois garantir que les parties comprennent la langue de rédaction de l'acte pour qu'ils puissent prendre suffisamment connaissance de son contenu.

Il existe actuellement de grandes différences entre les législations cantonales en ce qui concerne la langue des actes authentiques et la traduction. Certains cantons prescrivent explicitement la langue dans laquelle les actes authentiques doivent être dressés<sup>228</sup>. C'est en règle générale la langue officielle du canton<sup>229</sup>. D'autres cantons exigent la langue que maîtrisent l'officier public et les comparants<sup>230</sup>. Si l'officier public ne connaît pas la langue des comparants et rédige l'acte authentique dans une langue qu'il connaît bien, les cantons prévoient souvent le concours d'un traducteur<sup>231</sup>; celui-ci doit déclarer qu'il a traduit le texte aux comparants en toute conscience<sup>232</sup>. Lorsque l'officier public n'est pas en mesure de rédiger l'acte authentique dans la langue voulue faute de connaissances linguistiques, il peut également dresser un acte en deux langues<sup>233</sup>.

La question de savoir s'il faut rédiger un principe directeur relatif à la langue des actes authentiques a donné lieu à une controverse au sein du groupe de réflexion. Certains membres ont affirmé que les prescriptions relatives à la langue empiéteraient sur la liberté d'organisation des cantons. D'autres ont fait valoir que la langue et donc la compréhension du contenu sont essentielles à la réalisation des objectifs de l'acte authentique. Enfin, une majorité s'est prononcée en faveur d'un principe directeur.

<sup>225</sup> KUNZ, p. 21.

<sup>226</sup> KUNZ, p. 22.

<sup>227</sup> BRÜCKNER, n. 1276.

<sup>228</sup> Cf., par ex., AG : les actes destinés à une autorité ou à un service dans le canton doivent être rédigés en langue allemande (§ 44, al. 2 BeurG-AG) ; BL : les actes authentiques destinés à être utilisés en Suisse doivent être rédigés dans une langue officielle suisse (§ 20, al. 1, NG-BL) ; NW : l'acte authentique doit être rédigé en langue allemande (§ 28, al. 1 BeurkV-NW).

<sup>229</sup> JEANDIN, p. 155 s.

<sup>230</sup> Cf., par ex., AG : § 44, al. 1, BeurG-AG ; AR : art. 16, al. 1, BeurkG-AR ;

<sup>231</sup> Cf., par ex., AG : § 62, al. 3, BeurG-AG ; AR : art. 16, al. 2, BeurkG-AR ; BL : § 20, al. 2, NG-BL.

<sup>232</sup> Cf., par ex., AG : § 62, al. 4, BeurG-AG ; AR : art. 16, al. 2, BeurkG-AR ; BL : § 20, al. 2, NG-BL.

<sup>233</sup> BRÜCKNER, n. 1282 ; PIOTET, Ausgewählte Fragen, p. 264 ss.

Selon le principe directeur, les cantons déterminent la langue de rédaction des actes authentiques (1<sup>re</sup> phrase).

Les avis ont divergé sur la question de savoir si l'officier public peut rédiger un acte authentique monolingue en une langue qu'il ne maîtrise pas. Les auteurs de doctrine<sup>234</sup> soutiennent qu'il ne peut dresser un acte authentique monolingue en une langue étrangère que s'il la connaît suffisamment bien. Il ne doit pas le faire rédiger à une autre personne en une langue étrangère et l'instrumenter ensuite dans le cadre de la procédure principale sans comprendre le texte<sup>235</sup>. Cet avis n'a pas fait consensus au sein du groupe de réflexion. Les membres ont fini malgré tout par convenir que l'officier public ne devrait dresser un acte authentique monolingue en une langue étrangère que s'il la maîtrise suffisamment (2<sup>e</sup> phrase).

Conformément au principe directeur discuté, l'officier public doit établir l'acte authentique en deux ou plusieurs langues s'il ne connaît pas suffisamment la ou les langues étrangères (3<sup>e</sup> phrase).

S'agissant des actes authentiques bi- ou plurilingues, il n'est pas toujours certain quelle version linguistique fait foi. Des finesse langagières peuvent toujours se perdre dans une traduction, ce qui peut parfois conduire à des différends. Seule la version que l'officier public comprend peut donc faire foi. L'officier public ne peut en effet respecter son devoir d'information que dans le cadre de cette version. La formule de clôture doit exposer le déroulement de la procédure d'instrumentation concernée et les explications du traducteur et préciser que les comparants ont compris le contenu de la version traduite.

Les principes directeurs relatifs à la langue de l'acte authentique s'appliquent tant aux déclarations de volonté qu'aux constatations des faits et aux légalisations. Dans ce dernier cas, l'officier public sera davantage en mesure de dresser l'acte authentique dans une langue étrangère, car les exigences relatives à la compréhension de la langue sont moins importantes et les formulations moins complexes que par exemple dans le cas des déclarations de volonté.

### 7.5.2 Demande d'authentification (réquisition)

Principe directeur :

*Le ou les comparants, la ou les parties ou leur représentant demandent à l'officier public de dresser l'acte authentique.*

*La réquisition n'est soumise à aucune forme.*

La demande d'authentification ou la réquisition est la demande de dresser un acte authentique que des tiers adressent à l'officier public<sup>236</sup>. L'établissement d'un acte authentique ne se fait pas d'office. La demande d'authentification n'est pas soumise à une forme précise et peut aussi être tacite<sup>237</sup>, la participation à la procédure d'authentification étant l'expression d'un mandat implicite<sup>238</sup>. La demande peut aussi être subordonnée à une condition. Elle est requise tant pour les déclarations de volonté et les constatations de faits que pour les légalisations<sup>239</sup>. L'auteur de la demande peut en tout temps retirer son mandat ; il peut aussi le faire tacitement<sup>240</sup>. Les parties peuvent corriger l'absence initiale de la demande en attribuant le mandat à l'officier public a posteriori au cours de la procédure. La doctrine est divisée sur les

<sup>234</sup> BRÜCKNER, n. 1281 ; MARTI, p. 148.

<sup>235</sup> MARTI, p. 148.

<sup>236</sup> ARNET, p. 189 ; KUNZ, p. 20 ; MARTI, p. 83 ; WOLF, Notariatspraxis, p. 35.

<sup>237</sup> BRÜCKNER, n. 751 ; KUNZ, p. 20 ; MOOSER, n. 593.

<sup>238</sup> SANTSCHI ALFRED, p. 9.

<sup>239</sup> MOOSER, n. 592 et n. 699.

<sup>240</sup> SANTSCHI ALFRED, p. 12.

effets de l'absence de demande<sup>241</sup>. Enfin, la législation cantonale ne mentionne explicitement la réquisition que dans les cantons de Berne et du Jura<sup>242</sup>.

Après la réception de la demande, l'officier public est tenu de prendre en main la phase suivante, c'est-à-dire la procédure d'examen ; s'il ne le fait pas, il viole son obligation d'instrumenter.

Dans le cadre des discussions du groupe de réflexion, on a soulevé la question de savoir si un principe directeur relatif à la demande d'authentification était vraiment nécessaire : en effet, il est évident que l'officier public ne peut intervenir qu'après en avoir reçu le mandat. Selon les explications des membres du groupe, la demande fait régulièrement l'objet de procédures disciplinaires et une réglementation s'impose. Le deuxième alinéa du principe directeur prévoit explicitement que la demande n'est soumise à aucune condition de forme. Comme on l'a déjà indiqué ci-dessus, la demande est une condition nécessaire à toute procédure d'instrumentation.

Le ch. 7.6.2.4 donnera plus de détails sur les conséquences de l'absence de demande.

### 7.5.3 Procédure préliminaire (procédure d'examen et procédure préparatoire)

#### 7.5.3.1 Examen

Principe directeur :

*L'officier public doit examiner si les conditions nécessaires à l'établissement de l'acte authentique sont réunies.*

*Il doit notamment examiner les points suivants :*

- *sa compétence à raison du lieu et sa compétence à raison de la matière,*
- *l'absence de motifs de refus,*
- *l'absence de motifs de récusation,*
- *l'identité des parties ou des comparants,*
- *la capacité civile et la capacité de discernement des parties ou des comparants.*

Une fois la demande déposée, l'officier public doit examiner si les conditions d'établissement d'un acte authentique sont réunies. Selon la doctrine, il doit examiner les points ci-dessous.

- Compétence à raison du lieu et compétence à raison de la matière<sup>243</sup>  
L'officier public doit être compétent à raison du lieu et de la matière pour l'établissement de l'acte authentique.
- Identité des parties et des comparants<sup>244</sup>  
L'officier public doit examiner l'identité des parties ou des comparants.
- Qualité des parties ou des comparants<sup>245</sup>  
Il s'agit d'établir que la partie ou le comparant a d'une manière générale le droit d'accomplir l'acte concerné (par ex. cession des droits réels).
- Absence de motifs de refus<sup>246</sup>  
L'officier public doit examiner s'il existe un motif de refus d'instrumenter en raison de son rapport avec l'objet de l'acte ou de sa relation avec les comparants.

<sup>241</sup> Selon MARTI, p. 85, et WOLF, Notariatspraxis, p. 35, il n'y a pas d'acte authentique valide sans demande ; BRÜCKNER, n. 1556, et MOOSER, n. 592, considèrent au contraire que la demande « ne saurait être une condition de la validité de l'acte authentique ».

<sup>242</sup> BE : art. 32, ON-BE ; JU : art. 14 DELN-JU.

<sup>243</sup> ARNET, p. 189 ; CARLEN, p. 90 ; KUNZ, p. 16 ; MARTI, p. 92.

<sup>244</sup> BSK-SCHMID, n. 16a ad art. 55 tit. fin. CC ; CARLEN, p. 90 ; MARTI, p. 93.

<sup>245</sup> MARTI, p. 93.

<sup>246</sup> KUNZ, p. 16 ; MARTI, p. 92.

- Capacité civile et capacité de discernement des parties ou des comparants ou de leurs représentants<sup>247</sup>  
L'officier public doit examiner si les personnes précitées ont l'exercice des droits civils et la capacité de discernement.<sup>248</sup>
- Autres motifs de refus<sup>249</sup>  
L'officier public doit examiner s'il existe d'autres raisons de refuser la demande, notamment le caractère illicite ou contraire aux mœurs de la transaction ou le caractère impossible de l'objet de l'acte authentique.

L'ordre dans lequel l'officier public examine ces points n'a pas d'importance. Si l'officier public ne constate pas d'obstacles à l'établissement de l'acte authentique, il peut entamer la procédure préparatoire.

Le groupe de réflexion a élaboré le principe directeur sur la base des conditions que citent les auteurs de doctrine. Les membres du groupe ont été unanimes quant à la nécessité d'examiner la compétence à raison du lieu et de la matière et l'absence de motifs de refus. Comme pour l'obligation de refuser d'instrumenter (cf. ch. 7.4.2.), l'examen de la capacité de discernement a suscité des discussions sur le pouvoir d'appréciation de l'officier public.

Selon certains membres du groupe de réflexion, il y a lieu de préciser dans le principe directeur que les conditions examinées doivent être réunies au moment de la procédure principale et qu'il ne faut pas les perdre de vue dans les autres phases de la procédure. L'expression « conditions nécessaires à l'établissement de l'acte authentique » a pour objectif d'en tenir compte.

L'officier public doit parfois examiner des points différents selon qu'il s'agit d'une déclaration de volonté, d'une constatation de faits ou d'une légalisation. Il doit décider au cas par cas quels aspects il doit examiner.

#### 7.5.3.2 Préparation

Principe directeur :

##### Déclarations de volonté

*Dans le cadre de la procédure préparatoire, l'officier public établit la volonté des parties, clarifie les faits et la situation juridique, obtient des autorités les autorisations nécessaires et désigne les personnes participant à la procédure.*

La procédure préparatoire suit la procédure d'examen. Les législations cantonales prévoient relativement peu de dispositions concrètes à ce sujet<sup>250</sup>. La procédure préparatoire comprend les opérations de l'officier public permettant de préparer la procédure principale et la phase postérieure à l'instrumentation.

Les tâches et travaux effectués par l'officier public dans cette phase peuvent être très différents selon l'objet de l'instrumentation (déclaration de volonté, constatation de faits ou légalisation). Des aspects importants de la procédure préparatoire sont l'établissement des faits et de la volonté des parties, l'obtention des documents nécessaires, la visite des lieux et l'obtention des autorisations ou consentements nécessaires<sup>251</sup>.

La majorité des membres du groupe de réflexion a souhaité rédiger un principe directeur relatif à la procédure préparatoire, qui comprend des tâches essentielles de l'officier public et ne

<sup>247</sup> CARLEN, p. 90 s ; MARTI, p. 92 s.

<sup>248</sup> Sur l'examen de la capacité de discernement, cf. les explications sous ch. 7.4.2

<sup>249</sup> MARTI, p. 93 s.

<sup>250</sup> MARTI, p. 97 ; WOLF, NOTARIATSPRAXIS, p. 38.

<sup>251</sup> KUNZ, p. 30 ; MARTI, p. 100 ss.

saurait donc être ignorée. La procédure d'instrumentation est différente selon l'objet d'instrumentation (déclaration de volonté, constatation de faits ou légalisation) et selon les participants. Le présent principe directeur comprend l'énumération la plus détaillée possible des tâches incombant à l'officier public dans le cadre de la procédure préparatoire.

La première version prévoyait que l'officier public devait obtenir les autorisations nécessaires. Cette formulation a toutefois suscité des critiques. L'officier ne peut pas toujours obtenir des autorisations, car par exemple des tiers peuvent tout simplement les lui refuser. Dans ce cas, l'obtention d'autorisations ne relève pas de la sphère d'influence de l'officier public, raison pour laquelle il ne faut pas lui imposer cette obligation. Quelques membres du groupe de réflexion ont néanmoins relevé qu'elle ne pouvait pas être purement et simplement supprimée : si l'inscription d'un acte authentique dans un registre est subordonnée à l'autorisation d'une autorité administrative, l'officier public est tenu de l'obtenir<sup>252</sup>.

Le principe directeur relatif à la procédure préparatoire s'applique seulement aux actes de déclaration. Néanmoins, l'instrumentation d'actes de constatation oblige également à clarifier l'état de fait et la situation juridique.

#### 7.5.3.3 Information des parties

Principe directeur :

Information des parties

*L'officier public renseigne les comparants sur la forme de l'acte juridique et sur ses effets.*

*Il s'assure que les comparants ont pris connaissance du contenu et des effets juridiques de l'acte authentique.*

L'obligation d'informer les parties est une exigence minimale de droit fédéral reconnue par le Tribunal fédéral en matière d'actes authentiques : il incombe à l'officier public « d'éclairer les deux parties au contrat sur la portée de leurs obligations »<sup>253</sup>. Il lui incombe également de déterminer la volonté réelle des parties. Selon la doctrine, l'obligation porte sur quatre types de renseignements : sur les exigences de procédure, sur le contenu de l'acte, sur la portée juridique et sur les aspects inhabituels<sup>254</sup>. Informer les parties sur les exigences de procédure consiste à leur expliquer la forme du contrat et ses effets, ou sa signification<sup>255</sup>. Les informer sur le contenu de l'acte<sup>256</sup> consiste à leur expliquer par exemple des mots étrangers et des termes juridiques. Les informer sur la portée juridique comprend l'explication des droits et des obligations que l'acte authentique entraîne pour les parties<sup>257</sup>. Pour finir, l'officier public doit informer les parties lorsque l'acte authentique déroge au droit dispositif ou comprend des dispositions dérogeant aux règles locales habituelles<sup>258</sup>. Le plus souvent, l'information a lieu dès la procédure préparatoire, mais les parties peuvent encore demander des explications juridiques au cours de la procédure principale<sup>259</sup>. L'information des parties incombe à l'officier public<sup>260</sup>. Son étendue dépend des circonstances propres à chaque cas<sup>261</sup>. Elle peut être moindre lorsque les parties disposent d'une formation juridique, sont rompues au commerce

<sup>252</sup> ATF 126 III 309.

<sup>253</sup> ATF 90 II 274, 284. Cf. ch. 7.2.

<sup>254</sup> BRÜCKNER, n. 1735 ss ; MOOSER, n. 230 ss ; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 17 s.

<sup>255</sup> MOOSER, n. 232 ; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 18.

<sup>256</sup> BRÜCKNER, n. 1739 ; MOOSER, n. 233 ; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 17.

<sup>257</sup> BRÜCKNER, n. 1745 ss ; MOOSER, n. 234 ; SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 17 s.

<sup>258</sup> BRÜCKNER, n. 1753 ss ; MOOSER, n. 235.

<sup>259</sup> SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 15. Selon MARTI, p. 101 s, cette information fait en principe partie de la procédure préliminaire.

<sup>260</sup> MOOSER, n. 217.

<sup>261</sup> MOOSER, n. 212

et conscientes des conséquences de l'acte authentique. Elle est en revanche d'autant plus importante et doit être d'autant plus intense que les parties sont peu au courant de la vie juridique, inexpérimentées et incapables d'apprécier la portée et les conséquences juridiques de l'acte. Les parties ou les comparants ne peuvent entièrement libérer l'officier public de l'obligation de renseigner<sup>262</sup>.

L'officier public peut informer les parties oralement, mais aussi par écrit, à des fins probatoires. Le cas échéant, il doit informer les représentants, dont les connaissances sont imputées aux parties représentées<sup>263</sup>.

À l'inverse de l'« information », le « conseil » comprend une comparaison entre diverses options et l'explication de leurs avantages et inconvénients<sup>264</sup>.

Les membres du groupe de réflexion ont été unanimes à penser que l'information était un élément important et indispensable de l'établissement des actes authentiques et qu'il fallait donc rédiger un principe directeur relatif à l'obligation de renseigner incombant à l'officier public. Le conseil était aussi intégré dans la première version du principe directeur. Le groupe de réflexion a toutefois décidé d'y renoncer, au motif que fournir un conseil complet ne fait pas partie des tâches principales de l'officier public en vertu du droit fédéral. Il n'est toutefois pas toujours facile de départager clairement le conseil de l'information.

De l'avis des membres du Groupe de réflexion, l'obligation de renseigner fait partie des prescriptions d'ordre<sup>265</sup>. L'officier public a une telle obligation de renseigner tant pour les actes de déclaration que pour les actes de constatation, mais non pour les légalisations.

#### 7.5.3.4 Obligation de clarté

Principe directeur :

*Le libellé des actes authentiques doit être clair, univoque et compréhensible pour tous.*

L'obligation de clarté concerne deux aspects de la langue : la qualité et le style. Le libellé d'un acte authentique doit être clair, univoque et compréhensible pour tous<sup>266</sup>. Les expressions et formulations ne doivent pas prêter à malentendu. L'obligation de clarté fait actuellement l'objet de normes explicites dans de nombreuses législations cantonales<sup>267</sup>. L'échange de vues dans le groupe de réflexion a abouti à la conclusion qu'un principe directeur pertinent s'imposait. Son contenu n'a pas suscité de controverse. On a seulement relevé qu'il n'était pas toujours facile de distinguer l'obligation de véracité du devoir de clarté. Il a aussi été avancé que l'obligation de clarté relevait de celle de véracité. Quant à l'expression « compréhensible pour tous », il faut préciser que les considérations juridiques peuvent comprendre des tournures et formulations usuelles. L'obligation de clarté concerne à la fois les déclarations de volonté, les constatations de faits et les légalisations.

#### 7.5.4 Procédure principale

##### 7.5.4.1 En général

La procédure principale conduit à la naissance de l'acte authentique<sup>268</sup>. Lors de la procédure principale portant sur les déclarations de volonté, les parties se voient communiquer la teneur de l'acte authentique et déclarent que l'acte est conforme à leur volonté ; enfin, après avoir été

<sup>262</sup> SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 13.

<sup>263</sup> SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht, p. 16.

<sup>264</sup> BRÜCKNER, n. 1728.

<sup>265</sup> Cf. ch. 7.6.2.4

<sup>266</sup> MARTI, p. 147 s ; MOOSER, n. 208.

<sup>267</sup> Cf., par ex., FR : art. 24, al. 3, LN-FR ; UR : art. 11, al. 3, NV-UR ; VS : art. 37, al. 3 LN-VS.

<sup>268</sup> MARTI, p. 105.

approuvé sans réserve par tous les participants et pour autant que cela soit prescrit, l'acte authentique est signé<sup>269</sup>. S'agissant des constatations de faits, la procédure principale consiste à établir le procès-verbal ou à faire une visite des lieux. Il ne faut pas confondre la procédure principale et la formule de clôture, qui ne fait qu'attester comment s'est déroulée la procédure principale<sup>270</sup>.

#### 7.5.4.2 Lieu de l'instrumentation

Principe directeur :

*L'acte authentique doit être établi dans un lieu permettant une mise en oeuvre de la procédure principale conforme aux prescriptions.*

En règle générale, l'instrumentation a lieu à l'étude de l'officier public. L'instrumentation dans un autre lieu n'est possible que dans les cas où cela s'impose pour des raisons objectives (par ex. si la nature de la transaction exige d'établir l'acte dans un autre endroit ou lorsque le comparant ne peut pas se présenter en personne à l'étude pour des raisons de santé).

Conformément au principe directeur relatif à la compétence territoriale, ou la libre circulation des officiers publics, le lieu de l'instrumentation doit se trouver sur le territoire du canton. Le groupe de réflexion a renoncé à élaborer un principe directeur concernant les bureaux. Les cantons sont libres d'édicter des dispositions en la matière. L'expression «un lieu permettant une mise en oeuvre de la procédure principale conforme aux prescriptions» indique qu'il faut choisir, pour la procédure principale, un emplacement qui ne compromet pas la finalité de l'acte authentique. Le respect des obligations de garder le secret et d'informer doit être garanti lors de l'instrumentation. L'emplacement doit donc assurer une certaine « sphère privée » et être protégé du bruit.

Le principe directeur s'applique tant aux déclarations de volonté qu'aux constatations de faits et aux légalisations.

#### 7.5.4.3 Lecture par les parties ou par l'officier public ; visite des lieux et procès-verbal

Principe directeur :

Actes de volonté:

*L'officier public porte à la connaissance des parties le contenu de l'acte authentique en leur lisant et en leur permettant de le lire avec lui ou en leur donnant à lire tout en leur offrant un accompagnement et des explications.*

Actes de constatation:

*L'officier public atteste qu'il a constaté les faits et les événements à instrumenter sur la base de sa propre perception.*

La procédure principale constitue le cœur de la procédure d'établissement des actes authentiques. C'est pourquoi le groupe de réflexion est convenu qu'il fallait rédiger un principe directeur à ce sujet. Toutefois, les membres n'étaient pas unanimes sur la question de savoir si celui-ci devait concerner seulement les déclarations de volonté ou aussi les constatations de faits. La distinction de ces deux catégories d'actes authentiques revêt une importance capitale lors de la procédure principale, car les tâches de l'officier public et le déroulement de la procédure ne sont pas les mêmes dans les deux cas. La majorité du groupe de réflexion a été favorable à la rédaction d'un principe directeur pour les deux types d'instrumentation, tout en étant consciente qu'il existe une grande variété d'actes de constatation.

<sup>269</sup> CARLEN, p. 92 s

<sup>270</sup> MARTI, p. 105 s.

Quant aux *déclarations de volonté*, la lecture de l'acte authentique est l'élément essentiel de la procédure principale. Certains cantons autorisent tant la lecture silencieuse de l'acte par les parties que la lecture par l'officier public ; d'autres ne permettent que la lecture par l'officier public<sup>271</sup>. La lecture a pour but de permettre aux parties de prendre encore une fois conscience du contenu de l'acte avant la signature. Le Tribunal fédéral ne considère pas la lecture par l'officier public comme une exigence minimale de droit fédéral en matière d'actes authentiques<sup>272</sup>.

Le principe directeur précise que la lecture silencieuse par les parties ou la lecture par l'officier public peuvent être utilisées pour porter l'acte à la connaissance des parties. Dans le second cas, l'officier public lit l'acte authentique en présence des parties et, si nécessaire, des autres participants (par ex. les traducteurs) ou personnes concernées (parties et comparants). Cependant, les parties doivent en principe avoir la possibilité de lire le texte en même temps. Certaines personnes saisissent en effet mieux la teneur de l'acte si elles peuvent simultanément le lire elles-mêmes. Par ailleurs, cela permet aux parties de vérifier que le texte qui leur est lu correspond à celui qu'elles signeront<sup>273</sup>. Pour les personnes qui ne peuvent lire (par ex. en raison de leur cécité), il n'est pas nécessaire de donner la possibilité de suivre le texte.

Pour permettre aux parties de suivre la lecture, on peut leur remettre une photocopie du projet constituant l'objet de la procédure principale (instrumentation sur papier). Par ailleurs, on peut projeter le texte sur un écran (instrumentation sous forme électronique ainsi que sur papier).

Si les parties ne peuvent pas entendre, voir ou parler, une procédure spéciale est nécessaire pour garantir que l'acte authentique est conforme à leur volonté et que l'officier public peut s'acquitter de son obligation de renseigner et satisfaire à l'obligation de véracité. Nous renvoyons au ch. 7.5.4.12 pour le principe directeur et les explications à ce sujet.

S'agissant des *constatations de faits*, l'officier public établit seul l'acte authentique sans le concours des parties<sup>274</sup>. À la différence des déclarations de volonté, il peut interrompre l'instrumentation (l'unité de la procédure sur le plan temporel n'est pas requise)<sup>275</sup>. L'officier public ne peut instrumenter que ce qu'il a perçu ou constaté lui-même. Le principe directeur relatif aux actes de constatation est également applicable aux légalisations.

#### 7.5.4.4 Corrections, rectifications

Principe directeur :

*L'officier public doit apporter directement dans la procédure principale les radiations, les modifications et les adjonctions de fond à l'acte de déclaration.*

*Une modification de fond d'un l'acte de déclaration après la procédure principale n'est possible que sous forme d'avenant à l'acte.*

*Les simples fautes de frappe peuvent être corrigées directement pendant et après la procédure principale.*

Certaines erreurs entachant les actes authentiques peuvent être corrigées dans la procédure principale alors que d'autres doivent l'être après la clôture de cette procédure. En outre, il faut distinguer la correction du contenu de la correction des simples fautes de frappe.

<sup>271</sup> BRÜCKNER, n. 1890 ss ; JEANDIN, p. 186.

<sup>272</sup> ATF 125, 131, 136 s.

<sup>273</sup> JEANDIN, p. 187, parle de la combinaison des deux modes de lecture, soit de la lecture par l'officier public et de la lecture par les parties.

<sup>274</sup> MARTI, p. 122.

<sup>275</sup> Cf. ch. 7.5.4.9.

Pour ce qui est des déclarations de volonté, on peut directement corriger l'acte au cours de la procédure principale, soit en inscrivant à la main la nouvelle formulation dans l'exemplaire à signer, soit en remplaçant une page. Si la correction modifie le contenu et est apportée dans le projet d'acte authentique, l'officier et les parties doivent parapher chaque modification<sup>276</sup>. Le remplacement d'une page n'est envisageable que s'il est possible d'établir tout de suite la nouvelle page. L'officier public doit ensuite lire à nouveau le texte corrigé aux parties et les informer de la rectification.

Il n'est possible d'apporter des modifications à l'acte authentique après la procédure principale que sous forme d'avenant à l'acte, sauf pour les fautes de frappe<sup>277</sup>. Il n'est pas admissible que les parties autorisent l'officier public à apporter seul de telles modifications<sup>278</sup>.

Il convient d'apprécier de manière restrictive ce qu'est une faute de frappe. En cas de doute, on doit présumer qu'il s'agit d'une modification de fond.

L'officier public signe seul les actes de constatation (et les légalisations). S'il constate après la clôture de la procédure principale que des corrections doivent être apportées à l'acte authentique, il peut établir un nouvel acte portant la même date pour autant que l'ancienne version soit détruite.

#### 7.5.4.5 Approbation

Principe directeur :

Déclarations de volonté

*À la demande de l'officier public, les comparants doivent approuver sans réserve la déclaration de volonté qui fait l'objet de l'acte authentique.*

*Ils signent l'acte authentique après l'approbation.*

Par leur approbation, les parties déclarent d'une part que les déclarations inscrites dans l'acte authentique correspondent à leur volonté et, d'autre part, qu'elles sont d'accord avec l'authentification de cette volonté<sup>279</sup>. Elles doivent donner leur approbation sans réserve<sup>280</sup>. La doctrine est divisée sur la forme de l'approbation. Selon BRÜCKNER, il peut s'agir d'une déclaration orale expresse ou tacite. On peut considérer la signature de l'acte par les parties comme une déclaration d'approbation tacite<sup>281</sup>. HUBER, qui distingue également les déclarations expresse et tacite, comprend la signature de l'acte authentique comme une approbation<sup>282</sup>. CARLEN estime en revanche que seule la signature de l'acte authentique par les parties vaut 'approbation'<sup>283</sup>. MARTI et WOLF distinguent, en tant que forme d'approbation, entre l'approbation expresse (déclaration orale des parties) de même que la signature de l'acte authentique de l'approbation tacite (signe de tête, etc.)<sup>284</sup>.

Le principe directeur doit établir clairement qu'une approbation des déclarations de volonté contenues dans l'acte authentique doit avoir lieu par les comparants. La forme de cette approbation n'est sciemment pas décrite de manière explicite. Vu que les parties ne participent pas à l'établissement des actes de constatation ni aux légalisations, l'approbation n'est pas

<sup>276</sup> BRÜCKNER, n. 1315 f.

<sup>277</sup> Décision 26.11-16.55 de la DIJ du 11 avril 2017, consid. 2.1 s.

<sup>278</sup> BRÜCKNER, n. 1323.

<sup>279</sup> BRÜCKNER, n. 1934 ss ; MARTI, p. 116 s.

<sup>280</sup> BRÜCKNER, n. 1936.

<sup>281</sup> BRÜCKNER, n. 1935 et n. 1937.

<sup>282</sup> HUBER, p. 245.

<sup>283</sup> CARLEN, p. 93.

<sup>284</sup> MARTI, p. 117 s ; WOLF, Notariatspraxis, p. 45.

nécessaire dans ces cas-là. De l'avis du Groupe de réflexion, en l'absence d'approbation par les comparants, l'acte authentique ne vient pas à chef<sup>285</sup>.

#### 7.5.4.6 Signature de l'acte par les comparants

Principe directeur :

*Les comparants doivent en principe signer l'acte authentique.*

S'agissant des constatations de faits, l'officier public établit le plus souvent seul l'acte authentique. C'est pourquoi le principe directeur concernant la signature de l'acte authentique par les parties s'applique en grande majorité aux déclarations de volonté. Il existe toutefois plusieurs types d'actes de constatation que les parties sont également appelées à signer. Pour les légalisations, la signature de l'acte authentique par les comparants n'est pas nécessaire.

Certains auteurs de doctrine assimilent la signature de l'acte authentique par les parties à une approbation tacite<sup>286</sup>. La signature n'est possible que si les parties savent et peuvent écrire. Si ce n'est pas le cas, une procédure spéciale s'applique<sup>287</sup>.

En droit actuel, les parties attestent par leur signature leur volonté d'exécuter l'acte juridique concerné. Cependant, c'est l'officier public qui « met en vigueur » à proprement parler l'acte authentique par sa signature. La signature de l'acte authentique par les parties n'est pas une exigence minimale de droit fédéral<sup>288</sup>.

Lors de l'établissement de l'original sur papier, la signature de l'acte par les parties ne pose pas de problèmes. La situation est différente en cas d'instrumentation électronique. Il faut en l'occurrence clarifier comment les parties doivent apposer leur signature sur le document électronique. Si l'on se réfère à l'art.14 CO, on pourrait arriver à la conclusion que l'apposition de la signature électronique qualifiée est une solution envisageable. Toutefois, seul un petit nombre de personnes dispose actuellement de cette possibilité et il faut donc trouver une autre solution. Dans le cadre de l'élaboration de la LAAE et de ses dispositions d'exécution, il faut examiner des solutions de rechange à la signature électronique qualifiée.

Le groupe de réflexion a été divisé sur la pertinence, les effets et la nécessité de la signature de l'acte authentique par les parties. Selon certains membres, cette signature n'a qu'un caractère symbolique, à la différence de la signature de l'officier public ; selon d'autres, l'exigence de la forme écrite oblige déjà à l'apposition d'une signature; il serait dès lors impensable de renoncer à la signature des parties pour un acte authentique. En outre, la signature de l'acte authentique par les parties contribue à la transparence et à la sécurité juridique. Il ne faut pas non plus négliger la composante psychologique : la signature rend le document plus important pour les parties qu'un simple accord oral. La majorité des membres du groupe de réflexion s'est finalement prononcée en faveur d'une règle posant comme principe la signature de l'acte authentique par les parties. Cependant, il a aussi été affirmé qu'on peut déroger à ce principe si une déficience corporelle empêche une partie d'apposer sa signature sur l'acte. Il est aussi envisageable de trouver un équivalent à la signature.

<sup>285</sup> Cf. ch. 7.6.2.3.1.

<sup>286</sup> Cf. ch. 7.5.4.5.

<sup>287</sup> Cf. ch. 7.5.4.12.

<sup>288</sup> PIOTET 1992, p. 22 s, avec renvoi à d'autres sources. Cf. ch. 7.2.

#### 7.5.4.7 Obligation de parpher les pages de l'acte

**Pas de principe directeur.**

La législation de certains cantons prévoit que l'officier public et/ou les parties doivent parpher à la main les pages de l'acte authentique. Conformément aux dispositions actuelles, il s'agit là d'une prescription d'ordre qui n'a pas d'influence sur l'établissement de l'acte authentique<sup>289</sup>.

Les membres du groupe de réflexion ont été unanimes à penser qu'il ne fallait pas rédiger de principe directeur sur le paraphe. D'une part, l'apposition du paraphe sur chaque page n'est pas une exigence minimale de droit fédéral ; d'autre part, son objectif n'a pas d'importance majeure pour l'établissement des actes authentiques. Il est donc justifié de laisser aux cantons la liberté d'adopter des dispositions en la matière.

#### 7.5.4.8 Datation et signature par l'officier public

**Principe directeur :**

*Au terme de la procédure principale, l'officier public date et signe l'acte authentique ; s'agissant des actes de constatation et des légalisations, la date et la signature de l'officier public figurent sous la formule de clôture et, s'agissant des actes de déclaration, sous la formule de clôture et, le cas échéant, sous les signatures des personnes participant à la procédure.*

L'officier public clôt la procédure principale en datant et en signant l'acte authentique. Selon la doctrine, la signature de l'acte authentique par l'officier public est une exigence minimale de droit fédéral<sup>290</sup>. De l'avis du groupe de réflexion, l'acte authentique ne vient pas à chef en l'absence de la signature de l'officier public ; il est annulable en l'absence de date<sup>291</sup>.

#### 7.5.4.9 Unité de la procédure d'instrumentation (unité de l'acte) ; instrumentation séparée ou par étapes

**Principe directeur :**

**Actes de déclaration:**

*Les comparants, l'officier public et, si nécessaire, les autres participants à la procédure sont présents durant toute la procédure principale sur le lieu d'instrumentation.*

*La procédure principale se déroule sans interruption notable.*

*Si un grand nombre de comparants est impliqué, les contrats peuvent être instrumentés avec chaque comparant séparément. Dans un tel cas, tous les comparants doivent signer l'acte authentique dans les plus brefs délais, au plus tard dans les trois mois.*

**Actes de constatation:**

*Il est autorisé d'interrompre la procédure principale.*

*La présence sur place de l'officier public ou d'autres participants n'est pas obligatoirement requise pour certaines affaires.*

##### 7.5.4.9.1 Unité de l'acte dans les cas d'actes de déclaration

Selon le principe de l'unité de la procédure d'instrumentation ou de l'unité de l'acte, la procédure d'établissement de l'acte authentique doit se dérouler en présence de toutes les

<sup>289</sup> BRÜCKNER, n. 1348.

<sup>290</sup> Cf. ch. 7.2.

<sup>291</sup> Cf. ch. 7.6.

personnes impliquées, sur le même lieu et en présence de l'officier public<sup>292</sup>. Trois éléments ont donc une importance pour l'unité de la procédure d'instrumentation : *l'unité de lieu*, *l'unité de temps* et *l'unité d'action*. Concrètement, *l'unité de lieu* exige que les parties, l'officier public et, si nécessaire, d'autres participants, soient présents durant la procédure principale sur le même lieu, c'est-à-dire en règle générale dans l'étude de l'officier public. Selon le principe de *l'unité de temps*, les personnes impliquées doivent être présentes durant toute la procédure principale. Celle-ci doit en outre être menée à bien sans interruption notable<sup>293</sup>. Cependant, une brève interruption, servant par exemple à maintenir la concentration, à apporter des corrections ou à discuter certains points de l'affaire, ne porte pas atteinte au principe de l'*unité de temps*<sup>294</sup>. Enfin, *l'unité d'action* exige que la procédure principale se déroule sans qu'une autre instrumentation ait lieu en même temps<sup>295</sup>.

Le principe de l'unité de la procédure d'instrumentation a pour but de garantir que les parties prennent connaissance du contenu de l'acte et que ce dernier est effectivement l'expression de leur volonté.

#### 7.5.4.9.2 *Instrumentation séparée des déclarations de volonté*

Certains cantons autorisent actuellement l'instrumentation séparée à titre de dérogation à la présence simultanée de toutes les parties et donc, au principe de *l'unité de lieu*. Le cas échéant, les parties se présentent séparément à différents moments devant le même officier public ; la procédure principale se déroule deux fois ou plus. Elle aboutit cependant à un seul exemplaire original de l'acte authentique. L'instrumentation séparée n'est admissible que si les parties ne doivent pas exercer de droits strictement personnels. En outre, l'officier public ne doit donner suite à la requête d'instrumentation séparée que pour de justes motifs. C'est notamment le cas lorsque l'instrumentation séparée permet à toutes les parties de comparaître en personne par-devant l'officier public et de renoncer ainsi à faire appel à un représentant ayant une procuration<sup>296</sup>.

Le groupe de réflexion était divisé sur l'admissibilité de l'instrumentation séparée. Certains membres ont été favorables au principe de l'unité de la procédure d'instrumentation sans aucune exception. Certains cantons interdisent déjà l'instrumentation séparée. On ne voit pas pourquoi les règles destinées à protéger les parties devraient être assouplies. L'instrumentation séparée pose un problème de droit matériel, les comparants ne pouvant pas manifester leur volonté réciproquement en l'absence d'une d'elles (art. 1 CO). D'autres membres du groupe de réflexion ont en revanche avancé que dans certaines affaires et situations (par ex. lorsque l'acte authentique porte sur la propriété par étages), on ne peut tout simplement pas réunir toutes les parties au même moment. En outre, l'interdiction de l'instrumentation séparée entraînerait une multiplication de procurations, les parties se faisant représenter lors de procédures d'instrumentation. Une telle évolution n'est pas souhaitable, vu que l'instrumentation séparée permet au moins à l'officier public de mener la procédure principale avec toutes les parties, même si cela n'a pas lieu simultanément. En outre, l'instrumentation séparée est utilisée actuellement de manière très restrictive.

La première version du principe directeur prévoyait que l'instrumentation séparée n'était possible que « pour de justes motifs ». Les membres du groupe de réflexion étaient cependant d'avis qu'il fallait décrire en détail les situations permettant de déroger au principe de l'unité de l'acte. En outre, ils estimaient qu'il fallait fixer un délai dans lequel l'acte authentique devait

<sup>292</sup> Certains auteurs de doctrine (BRÜCKNER, n. 1260; MOOSER, n. 558 und n. 656) considèrent que l'unité de l'acte est une exigence minimale de droit fédéral à laquelle doivent satisfaire les actes authentiques. Cf. ch. 7.2.

<sup>293</sup> WOLF, Notariatspraxis, p. 43.

<sup>294</sup> BRÜCKNER, n. 2058 s.

<sup>295</sup> WOLF, Notariatspraxis, p. 43.

<sup>296</sup> BRÜCKNER, n. 2063.

être signé par toutes les parties impliquées. On pourrait également formuler des exigences supplémentaires quant à la formule de clôture (exposé des motifs de l'instrumentation séparée). Enfin, certains membres du groupe de réflexion ont considéré qu'il fallait laisser aux cantons le soin de régler l'admissibilité de l'instrumentation séparée.

#### 7.5.4.9.3 Unité de l'acte en cas de constatations de faits

Certains cantons autorisent des dérogations au principe de l'*unité de lieu* pour certains actes de constatation (par ex. instrumentation des procès-verbaux d'assemblée générale<sup>297</sup>). Dans la première version du principe directeur, il n'en a pas été tenu compte. Selon les membres du groupe de réflexion, cette possibilité devrait être maintenue ou introduite dans le cadre de la procédure unifiée d'établissement des actes authentiques. Comme on l'explique ci-dessous au ch. 7.5.4.10, la possibilité de déroger au principe de l'*unité de lieu* doit être qualifiée d'instrumentation à distance.

#### 7.5.4.10 Instrumentation à distance

##### *Pas de principe directeur.*

Lors des discussions sur l'unité de la procédure d'instrumentation, le groupe de réflexion a abordé la problématique de l'instrumentation à distance<sup>298</sup>, à laquelle la situation actuelle (pandémie de COVID-19) donne une certaine actualité<sup>299</sup>, même dans le domaine des actes de déclaration. On parle d'instrumentation à distance lorsque les parties participent à distance à la procédure principale ou que l'acte authentique est établi dans une procédure à laquelle l'officier public ne participe pas personnellement<sup>300</sup>. Les parties et/ou l'officier public participent à la procédure à distance à l'aide de moyens de communication électroniques. Dans le cas extrême, aucune partie ne comparaît devant l'officier public<sup>301</sup>. L'instrumentation à distance représente une dérogation au principe de l'*unité de lieu*.

Le groupe de réflexion a été unanime à penser qu'il fallait traiter le thème de l'instrumentation à distance dans le présent rapport et rédiger éventuellement un principe directeur pertinent. Selon la majorité des membres, il convient de faire la différence entre les constatations de faits et les déclarations de volonté en ce qui concerne l'admissibilité et les modalités de l'instrumentation à distance. Celle-ci est envisageable pour les constatations de faits, mais paraît problématique pour les déclarations de volonté, vu le principe de l'unité de la procédure. On peut en effet considérer que le principe directeur relatif à l'unité de la procédure d'instrumentation figurant au ch. 7.5.4.9 porte déjà sur l'instrumentation à distance. En outre, dans ce contexte, il ne faut pas perdre de vue la révision en cours du droit de la société anonyme. L'art. 701c du projet de modification du CO permet aux actionnaires qui ne sont pas présents à l'assemblée générale d'exercer leur droit de vote par voie électronique.<sup>302</sup> L'art. 701d P-CO prévoit par ailleurs qu'une assemblée générale peut à certaines conditions être virtuelle, c'est-à-dire qu'elle peut se tenir sans lieu de réunion physique par la voie des médias électroniques<sup>303</sup>. À la différence de ce qui était encore affirmé dans le message de 2007 du Conseil fédéral concernant la révision du code des obligations, l'assemblée générale virtuelle n'est plus exclue lorsque des décisions doivent être constatées par acte authentique. Si cela ne semble pas problématique pour les actes de constatation, qui sont en règle générale requis

<sup>297</sup> Par ex. VS : art. 98 LN-VS.

<sup>298</sup> Cf. ch. 7.5.4.9.

<sup>299</sup> Cf. à ce sujet la motion Silberschmidt 21.3180 Créditation d'entreprises par voie entièrement numérique sur: www.parlement.ch>travail parlementaire>recherche-curia-vista

<sup>300</sup> SCHMID JÜRG Notariatspraxis, p. 231.

<sup>301</sup> SCHMID JÜRG, Notariatspraxis, p. 238.

<sup>302</sup> Message Droit de la société anonyme, FF 2017 558.

<sup>303</sup> Message Droit de la société anonyme, FF 2017 558 s ; MÜLLER/PAFUMI, p. 77 ; SCHMID JÜRG, Notariatspraxis, p. 235.

pour les décisions d'une assemblée générale, il est possible, selon le message, que la législation cantonale sur les actes authentiques interdise l'instrumentation d'une déclaration de volonté entre absents et impose un lieu de réunion physique, par exemple en cas d'assemblée générale constitutive<sup>304</sup>.

L'instrumentation à distance pose effectivement divers problèmes concernant la procédure concrète d'établissement de l'acte authentique lorsqu'il s'agit des déclarations de volonté. Ainsi, la communication entre et avec les parties exige une connexion électronique sécurisée sur le plan technique pour la transmission simultanée du son et de l'image. Une transmission vidéo est nécessaire pour permettre aux parties et à l'officier public de se parler et de voir qui participe et s'exprime à un moment donné. Il doit également être possible de voir comment les parties se comportent pendant l'instrumentation et si elles peuvent s'exprimer librement et sans restriction<sup>305</sup>. Une réglementation fédérale future pourrait par exemple s'inspirer des dispositions que doivent respecter les intermédiaires financiers<sup>306</sup>. Elle ne devrait toutefois pas poser d'exigences trop élevées ou trop détaillées ; l'officier public et les parties devraient avoir une certaine liberté d'appréciation lorsqu'ils utilisent les moyens de communication concernés<sup>307</sup>.

L'instrumentation à distance pourrait avoir pour conséquence la nécessité d'établir l'original de l'acte authentique sous forme électronique au moins s'agissant des actes de déclaration. Une forme mixte combinant document sur papier et document électronique est impensable, car un acte authentique doit être un document unique<sup>308</sup>.

L'instrumentation à distance est déjà permise dans quelques pays voisins, ou des initiatives en vue de l'introduire sont en cours. En Autriche, par exemple, il est possible, en respectant certaines exigences légales, d'établir des actes notariés au moyen des possibilités offertes par la communication électronique, sans que les parties aient à se présenter devant l'officier public<sup>309</sup>. L'instrumentation à distance a aussi fait l'objet d'un débat en France. Il s'agit de la possibilité d'établir un acte authentique simultanément à plusieurs endroits, l'instrumentation se déroulant à chaque endroit dans le bureau d'un officier public et avec sa participation. Des moyens de transmission audiovisuelle garantiraient la communication entre les officiers publics<sup>310</sup>. Mentionnons dans ce contexte la directive (UE) 2019/1151 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne l'utilisation d'outils et de processus numériques en droit des sociétés. Cette directive, entrée en vigueur le 31 juillet 2019 et devant être transposée par les pays membres de l'UE en l'espace de deux ans, permet de constituer des sociétés de capitaux entièrement en ligne. Plus précisément, il sera possible de créer de nouvelles sociétés et succursales sans que le demandeur ait à se présenter en personne devant le notaire ou une autorité et de les inscrire au registre du commerce dans un délai de cinq à dix jours. La constitution et l'immatriculation en ligne de sociétés a pour objectif de réduire les coûts et d'économiser du temps. La directive établit les éléments clés et des normes minimales pour garantir la sécurité juridique et éviter les abus ; il incombe aux pays membres de la transposer dans le droit national.

Les discussions menées au sein du groupe de réflexion ont montré qu'il reste de nombreuses questions de nature technique et juridique à élucider s'agissant de l'instrumentation à distance d'actes de déclaration et d'actes de constatation. Les membres sont convenus qu'il n'était pas possible de faire définitivement le point sur l'instrumentation à distance dans le présent rapport.

<sup>304</sup> Message Droit de la société anonyme, FF 2017 559 ; MÜLLER/PAFUMI, p. 77 f.

<sup>305</sup> SCHMID JÜRG, Notariatspraxis, p. 238 s.

<sup>306</sup> MÜLLER LUKAS, p. 565 s.

<sup>307</sup> MÜLLER LUKAS, p. 565 s.

<sup>308</sup> SCHMID Jürg, p. 240.

<sup>309</sup> § 69b et § 90a Österreichische Notariatsordnung (NO).

<sup>310</sup> SCHMID JÜRG, Notariatspraxis, p. 244 s.

D'une part, l'instrumentation à distance a des répercussions sur de nombreux éléments de la procédure d'établissement des actes authentiques et il faudrait donc repenser tous les principes directeurs ; d'autre part, il faudrait répondre à diverses questions liées aux systèmes techniques à utiliser et examiner notamment les points ci-dessous.

Exigences techniques auxquelles devrait satisfaire l'instrumentation à distance :

- transmission audio (de type conférence téléphonique) ;
- transmission audiovisuelle ;
- garantie que la transmission audio(visuelle) se déroule effectivement en direct et qu'il ne s'agit pas d'un enregistrement (quitte à accepter le risque de manipulations ; risque résiduel).

Compétence territoriale de l'officier public :

- influence d'une déclaration de volonté rendue hors territoire cantonal sur la compétence territoriale, caractère déterminant ou non du bureau ou de l'étude de l'officier public ;
- possibilité d'établir un acte authentique portant sur une déclaration de volonté rendue à l'étranger ; si ce n'est pas envisageable, possibilité de vérifier que les parties font effectivement leur déclaration de volonté en Suisse ;
- lieu déterminant la compétence territoriale s'agissant des actes de constatation : lieu de la manifestation ou lieu dans lequel l'officier public consigne les faits qu'il perçoit à l'aide de moyens de communication audio(visuels).

Points à examiner en ce qui concerne l'acte sur support physique et la procédure principale :

- forme de l'original : sur papier ou électronique ;
- identification des parties ;
- manière dont les parties prennent connaissance du contenu de l'acte ;
- signature de l'original par les parties : nécessité et forme ;
- manière d'impliquer les autres participants.

#### 7.5.4.11 Comparant(s) de langue étrangère

Principe directeur :

Actes de déclaration:

*Si la compréhension linguistique est impossible entre le ou les comparants et l'officier public, un traducteur doit participer à la procédure principale.*

*Le traducteur doit également signer l'acte authentique.*

Si un comparant ne comprend pas la langue d'instrumentation, un traducteur doit participer à la procédure d'établissement de l'acte authentique dans les cas où l'officier public ne peut pas faire la traduction lui-même faute de connaissances linguistiques. Indépendamment de la participation d'un traducteur à la procédure principale, l'officier public doit lire l'acte aux parties dans la langue qu'il connaît, même si cet acte est disponible en deux langues<sup>311</sup>, dans la mesure où la procédure applicable l'exige. Les comparants doivent toutefois en règle générale avoir la possibilité de suivre le texte lorsque l'officier public le lit. L'occasion doit être offerte aux traducteur de traduire les explications de l'officier public destinées aux comparants.

<sup>311</sup> Cf. ch. 7.5.1.5.

En cas de lecture par les parties, chaque comparant lit l'acte authentique dans la langue qu'elle comprend.

La participation d'un traducteur à l'instrumentation et le déroulement de la procédure doivent être mentionnés dans l'acte authentique. Si un traducteur est impliqué, il doit attester dans l'acte qu'il a effectué la traduction en conscience.

En choisissant les traducteurs, l'officier public doit s'assurer que ceux-ci disposent des qualifications nécessaires<sup>312</sup>.

Lors des discussions sur le principe directeur concernant les parties de langue étrangère, suggestion a été faite de rédiger un seul principe directeur sur la langue de l'acte authentique et la traduction. Cependant, cette idée n'a pas réuni de majorité dans le groupe de réflexion. En effet, le principe directeur relatif aux comparant(s) de langue étrangère ne s'applique qu'aux actes de déclaration.

#### 7.5.4.12 Procédures spéciales

Principe directeur :

Actes de déclaration:

*Si une partie est malentendante, elle prend connaissance du contenu de l'acte authentique par la lecture silencieuse.*

*Si une partie est malvoyante, elle prend connaissance du contenu de l'acte authentique par la lecture par l'officier public.*

*Si une partie est malvoyante et malentendante, un expert doit porter à sa connaissance le contenu de l'acte authentique.*

*Si une partie n'est pas en mesure d'apposer sa signature, l'officier doit inscrire une mention pertinente dans l'acte authentique.*

*L'officier public peut associer des traducteurs et des experts à la procédure spéciale.*

La procédure spéciale s'impose lorsque les parties à la procédure principale ne savent pas écrire ou sont malvoyantes et/ou malentendantes. Il faut alors recourir à une procédure garantissant que les parties comprennent le contenu de l'acte authentique et sont donc en mesure de l'approuver.

Les parties malentendantes prennent connaissance du contenu par la lecture silencieuse du projet d'acte. Un traducteur doit participer à la procédure pour garantir la compréhension mutuelle et pour permettre à l'officier public d'informer les parties sur le contenu de l'acte authentique et de répondre aux questions.

L'officier public doit lire l'acte authentique aux parties malvoyantes.

Les parties disgrapheuses ou malvoyantes ne sont parfois pas en mesure de signer l'acte authentique. Une dérogation à l'obligation générale de signer l'acte doit donc être prévue. L'officier public doit attester sous une forme adéquate dans l'acte authentique que les parties n'ont pas pu apposer leur signature.

Quelques membres du groupe de réflexion étaient d'avis que la présence de témoins serait utile en cas de procédure spéciale. Ces témoins attesteraient, en plus de l'officier public, que les parties ont approuvé l'acte authentique et que par exemple elles n'étaient pas en mesure de le signer. Cela permettrait de décharger le notaire, qui ne serait pas le seul à répondre des faits attestés. En même temps, les témoins confirmeraient que le texte lu par l'officier public

---

<sup>312</sup> BRÜCKNER, n. 1990.

correspond à l'acte authentique et rempliraient ainsi une fonction de contrôle. S'agissant des personnes souffrant de déficiences physiques, la présence d'un expert tel qu'un médecin pourrait être utile. Celui-ci pourrait confirmer à l'officier public que la ou les parties disposent des capacités nécessaires pour prendre connaissance de l'acte authentique et pour l'approuver. L'expert pourrait également jouer le rôle de témoin.

Les membres du groupe de réflexion n'étaient pas unanimes sur le nombre de témoins. Certains pensaient qu'il fallait idéalement deux témoins, alors que d'autres estimaient que la présence d'un seul témoin était suffisante. En définitive, il a été renoncé à prescrire dans le principe directeur une règle relative aux témoins.

Les procédures spéciales ne concernent que les déclarations de volonté.

#### 7.5.4.13 Contrats de gage immobilier ; contrats concernant les immeubles de petite taille

Principe directeur :

*Les cantons peuvent prévoir une procédure simplifiée pour les changements de propriétaire en ce qui concerne les immeubles de petite taille et les gages immobiliers.*

Dans un premier temps, il a été proposé de renoncer à tout principe directeur pour les contrats de gage immobilier ou les petits contrats concernant les transferts immobiliers (par ex. achat de bien-fonds de très petite taille). L'idée était qu'il fallait régler de manière exhaustive la procédure d'établissement des actes authentiques, sans que des dérogations soient possibles pour certains objets de l'instrumentation. S'il fallait prévoir des règles de procédure spéciales pour des objets particuliers de l'instrumentation, il convenait de les inscrire dans les différents principes directeurs pertinents.

Les membres du groupe de réflexion ont toutefois déclaré que divers cantons connaissent actuellement des procédures simplifiées d'instrumentation en la forme authentique des petits contrats portant sur les transferts immobiliers. Il fallait donc au moins préciser si ces procédures continueraient d'être autorisées. Cependant, un principe directeur fixant les exigences minimales pour ces procédures simplifiées était aussi envisageable. Les discussions ont notamment porté sur la question de savoir si l'exigence de la forme authentique est nécessaire pour les contrats concernés.

Quant aux contrats de gage immobilier, les membres ont examiné si, hormis le propriétaire, un représentant de la banque doit également signer l'acte authentique. Ils ont notamment relevé que ces contrats ressortissent non seulement à la procédure d'instrumentation, mais aussi au droit des obligations et que la participation du créancier à la constitution des droits de gage immobilier relève pour l'essentiel du droit matériel et non du droit des actes authentiques. Il ne va donc pas de soi de prescrire qui doit signer les contrats de gage immobilier. En cas de modification du CC visant à unifier la procédure d'établissement des actes authentiques, il faudrait notamment examiner les dispositions matérielles relatives aux droits de gage immobilier pour les raisons exposées plus haut.

#### 7.5.4.14 Formule de clôture

Principe directeur :

*La formule de clôture doit au moins indiquer de quelle manière la procédure principale a été exécutée, en particulier que les parties ont pris connaissance de l'acte authentique, l'ont approuvé et l'ont signé en présence de l'officier public.*

Comme l'indique le terme, la formule de clôture figure à la fin de l'acte authentique ; elle comprend les constatations sur le déroulement de l'instrumentation<sup>313</sup>. L'officier public doit y indiquer ce qui s'est passé au cours de la procédure principale.

Les règles de procédure fédérales applicables actuellement à l'établissement des actes authentiques (testaments et pactes successoraux) ne prévoient pas de formule de clôture.

Le groupe de réflexion était divisé sur l'utilité d'un principe directeur concernant la formule de clôture et sur son contenu. Certains membres se sont prononcés pour un principe directeur précisant les éléments essentiels de la formule de clôture, qui est selon eux le moyen le plus simple de vérifier le respect des règles de procédure. D'autres membres étaient d'avis que les cantons devaient être libres de déterminer le contenu de la formule de clôture.

Dans le principe directeur retenu, l'expression « au moins » souligne qu'il s'agit d'une exigence minimale en matière de contenu, les cantons étant libres de prévoir d'autres éléments. Quant à la « prise de connaissance », la formule de clôture doit en préciser la forme. Le fait que, dans l'instrumentation de l'acte, il a été fait appel à un traducteur ou à un expert, ainsi que le déroulement de la procédure doivent être consignés dans la formule de clôture.

En ce qui concerne les effets de l'absence de formule de clôture, les membres du groupe de réflexion estiment qu'il s'agit là d'une violation d'une prescription d'ordre.

## 7.5.5 Phase postérieure à l'instrumentation

### 7.5.5.1 En général

L'officier public doit accomplir diverses tâches après la procédure principale, à savoir inscrire l'acte authentique dans un registre, établir des copies légalisées ou des expéditions, produire l'acte auprès des offices de registres publics, établir les factures, conserver l'acte authentique, etc.

### 7.5.5.2 Tenue d'un répertoire

Principe directeur :

*L'officier public tient un répertoire des originaux qu'il établit.*

*Ce répertoire a, en particulier, pour objet les indications sur les comparants et les parties, l'objet de l'acte, la date de l'instrumentation ainsi que d'éventuels destinataires de l'original.*

*Les légalisations de copies et de signatures ne doivent pas y être inscrites.*

La tenue d'un répertoire a pour objectif de donner une vue d'ensemble de l'activité ministérielle de l'officier public. Elle permet en outre de constater si les minutes que l'officier public doit conserver sont effectivement disponibles<sup>314</sup>. Il contient les indications sur les comparants et les parties, l'objet de l'acte et la date de l'instrumentation. Par contre, il ne faut pas y inscrire les légalisations de copies et de signatures. Les cantons devraient être libres de déterminer si chaque officier public est tenu de tenir un répertoire ou s'il suffit d'en tenir un seul par bureau ou étude que se partagent plusieurs confrères.

<sup>313</sup> BRÜCKNER, n. 2217.

<sup>314</sup> MARTI, p. 150.

### 7.5.5.3 Conservation de l'original ou d'une copie légalisée

Principe directeur :

*L'original de l'acte authentique est en principe conservé par l'officier public ou par l'office compétent.*

*En cas de remise de l'original, l'officier public doit conserver à sa place une copie légalisée ou, s'agissant des testaments, une mention du motif et du destinataire de la remise.*

Les dispositions cantonales actuelles concernant le nombre d'originaux à conserver et leur remise ou leur conservation sont hétérogènes. Dans certains cantons, il est prévu que l'officier public doit conserver l'original alors que dans d'autres, il doit le remettre aux comparants ou parties et aux offices de registres publics et ne conserver qu'une copie légalisée.

L'original de certains actes authentiques doit être remis aux parties ou comparants<sup>315</sup>. En font partie les actes authentiques ajoutés a posteriori à un autre document, c'est-à-dire les légalisations et les cautions, ainsi que les testaments qui doivent être détruits ou ouverts par une autorité compétente.

L'original d'un acte authentique est parfois exigé dans des ordres juridiques étrangers. Le cas échéant, l'officier public doit pouvoir le remettre à qui de droit.

Il doit alors conserver à sa place une copie légalisée ou, s'agissant des testaments, porter au registre une mention constatant la remise de l'original.

La majorité des membres du groupe de réflexion a souhaité préciser qu'il ne pouvait y avoir qu'un seul original de l'acte authentique. Le groupe de réflexion était par contre divisé sur le lieu de conservation de cet original. Certains membres pensaient que c'est l'officier public qui devait en principe le conserver pour des raisons de sécurité juridique, alors que selon d'autres membres, il pouvait, pour des raisons d'efficacité, remettre l'original des actes authentiques qui servent de base à l'inscription dans le registre à l'autorité chargée de ce registre. Ces autorités garantissent une conservation illimitée des actes authentiques. Dans certains cantons, les officiers publics remettent actuellement aux parties certains originaux (par ex. dispositions pour cause de mort ou mandats pour cause d'inaptitude). Selon certains membres du groupe de réflexion, il faudrait maintenir cette possibilité.

Conformément au principe directeur, l'original doit en principe être conservé par l'officier public. Si l'acte authentique est établi sur papier, l'officier public doit conserver l'original de manière adéquate dans son bureau. Il doit garantir que l'acte authentique n'est pas détruit ou rendu illisible par des influences extérieures telles que l'humidité, l'eau ou les souillures. En cas d'instrumentation électronique (l'original de l'acte authentique naît sous forme électronique), l'officier public doit également garantir la conservation permanente du document. L'enregistrement dans un répertoire central peut servir à cette fin. Cependant, les cantons doivent être libres de prévoir la possibilité de remettre aux parties certains actes authentiques (par ex. dispositions pour cause de mort ou mandats pour cause d'inaptitude), ou de remettre les actes authentiques servant de base à l'inscription dans un registre à l'office chargé de ce registre.

### 7.5.5.4 Etablissement d'expéditions et de copies légalisées

Principe directeur :

*L'officier public peut établir des copies légalisées ou des expéditions de l'original destinées aux rapports juridiques.*

<sup>315</sup> MARTI, p. 153.

L'officier public peut établir des copies légalisées ou expéditions de l'original et les remettre à qui de droit. S'il dresse des expéditions, il doit indiquer dans l'original leur nombre et leurs destinataires.

Le groupe de réflexion a examiné la question des personnes ou autorités pouvant être destinataires d'une expédition. S'agissant des personnes pouvant exiger une expédition, les dispositions sont différentes d'un canton à l'autre. Certains cantons prévoient que seuls les comparants ou les parties impliquées dans l'instrumentation et éventuellement les autorités concernées peuvent obtenir des expéditions<sup>316</sup>, alors que d'autres y autorisent un cercle de personnes différent ou plus large<sup>317</sup>. Quelques membres du groupe de réflexion souhaitaient laisser aux cantons la liberté de déterminer les personnes pouvant obtenir une expédition, alors que d'autres estimaient qu'il faut régler cette question au niveau de la Confédération.

#### 7.5.5.5 Apposition du sceau sur l'acte authentique

Principe directeur :

*L'officier public dispose d'un sceau cantonal.*

*Les actes authentiques destinés à être mis en circulation doivent porter le sceau de l'officier public.*

Le sceau de l'officier public étaie sa signature. L'officier public n'est donc pas tenu de l'apposer sur les actes authentiques qu'il conserve. S'agissant des documents destinés aux rapports juridiques, il est néanmoins important de pouvoir identifier l'officier public qui a instrumenté l'affaire. Le sceau doit être apposé près de la signature de ce dernier.

La fabrication, la forme et la délivrance du sceau relèvent de la compétence des cantons.

#### 7.5.5.6 Réquisitions d'inscription auprès des offices chargés des registres ; réquisitions auprès d'autorités

Principe directeur :

*L'officier public peut produire auprès de l'office concerné les actes authentiques dans le cadre d'une réquisition d'inscription dans un registre.*

Certains actes authentiques constituent la base de l'inscription dans un registre. Ainsi, dans les domaines du registre foncier ou du registre du commerce, la forme authentique est requise pour l'inscription pour de nombreux justificatifs du titre afin de garantir son contenu. Conformément à l'art. 963, al. 3, CC, les cantons peuvent charger les officiers publics de requérir l'inscription au registre foncier des actes reçus par eux. S'il existe une telle réglementation cantonale, l'officier public peut requérir l'inscription au registre foncier sans être explicitement au bénéfice d'une procuration. Il faut en règle générale produire au registre l'original de l'acte authentique ; si l'officier public est tenu de le conserver, les pièces justificatives peuvent être produites sous forme d'expédition ou de copie légalisée (cf. art. 62, al. 1, ORF et art. 20, al. 1, ORC).

La forme authentique a pour but de garantir que les justificatifs produits constituent une base sûre et fiable de l'inscription au registre. La tenue des registres à jour est essentielle au bon fonctionnement du système juridique et à la sécurité du droit. Il est donc logique que les officiers publics, qui remplissent une fonction publique, contribuent à l'actualisation des registres dans le cadre de leurs possibilités.

<sup>316</sup> Cf., par ex., BE : art. 65 ON-BE.

<sup>317</sup> Cf., par ex., FR : art. 74 LN-FR.

## 7.6 L'inexistence de l'acte authentique et ses effets juridiques

Principe directeur :

*L'acte authentique ne vient pas à chef dans les cas suivants :*

- *l'officier public n'a pas la compétence d'instrumentation ;*
- *l'officier public n'a pas la compétence à raison de la matière et/ou du lieu ;*
- *l'officier public est lui-même partie ou est concerné à un autre titre par la procédure ;*
- *l'officier public n'a pas perçu par ses propres sens les déclarations de volonté ou événements instrumentés ;*
- *les déclarants n'ont pas pris connaissance personnellement du contenu de l'acte authentique ni exprimé leur approbation ;*
- *la signature de l'officier public fait défaut.*

*L'acte authentique est attaquantable dans les cas suivants :*

- *l'officier public a violé son obligation de se récuser ;*
- *l'officier public a violé son obligation de sauvegarder les intérêts des parties ;*
- *la demande d'instrumentation fait défaut;*
- *la date sur l'acte authentique manque.*

### 7.6.1 Situation actuelle

Les membres du groupe de réflexion ont considéré qu'il fallait répondre à une série de questions en ce qui concerne l'inexistence ou la nullité des actes authentiques.

- Faut-il maintenir la distinction entre les prescriptions d'ordre et les règles de validité ?
- Un acte authentique peut-il être frappé d'invalidité partielle pour vice de forme ?
- Les cantons peuvent-ils adopter des dispositions relatives aux effets de droit matériel de la violation des règles de nullité ?
- Dans quelle mesure le droit de procédure doit-il ou peut-il régler les effets de droit matériel d'un vice de procédure ?

Ces domaines thématiques ou questions font l'objet des réflexions ci-dessous.

#### 7.6.1.1 Distinction entre les prescriptions d'ordre et les règles de validité

La violation d'une règle sur l'instrumentation conduit à un vice de procédure, qui entraîne à son tour un vice de forme. Dans le domaine des dispositions de procédure, le droit en vigueur fait la distinction entre les règles de validité et les prescriptions d'ordre<sup>318</sup>. L'acte authentique ne vient pas à chef en cas de violation d'une règle de validité. La contravention à une prescription d'ordre n'a pas d'influence sur l'établissement de l'acte authentique, mais peut entraîner des conséquences disciplinaires, patrimoniales ou pénales pour l'officier public.<sup>319</sup> Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, la législation cantonale et les exigences minimales déterminent, en cas de procédure cantonale, si une règle de procédure est une prescription d'ordre ou une règle de validité<sup>320</sup>. Certains auteurs défendent toutefois une opinion plus nuancée : les cantons ne peuvent pas considérer une violation des

<sup>318</sup> CARLEN, p. 103 ss ; KOLLER, n. 20 ; MARTI, p. 79.

<sup>319</sup> MARTI, p. 79.

<sup>320</sup> BRÜCKNER, n. 1488 ; ATF 106 II 146, 149 ss ; KOLLER ne donne pas d'indications concernant les exigences minimales de droit fédéral (KOLLER, n. 20 s).

exigences minimales de droit fédéral comme une simple contravention à des prescriptions d'ordre<sup>321</sup>. Quant aux procédures relevant du CC, la distinction entre les prescriptions d'ordre et les règles de validité doit toujours se faire conformément au droit fédéral<sup>322</sup>.

#### 7.6.1.2 Délimitation entre la violation d'une règle de validité (vice de procédure) et les conséquences de droit civil

Il ne faut pas confondre la question procédurale de l'existence ou de l'inexistence de l'acte authentique (du fait d'un vice de procédure) et la question de droit matériel concernant les conséquences juridiques d'un vice de forme dont est entaché un acte authentique<sup>323</sup>. La discussion relative aux conséquences de droit matériel de la nullité de l'acte authentique ne fait pas l'objet du mandat du Groupe de réflexion.

Dans le contexte de l'inexistence d'actes authentiques, la compétence cantonale relative aux conséquences de droit matériel est controversée. Dans le cadre du droit en vigueur, le Tribunal fédéral estime que les cantons peuvent régler tant les conditions de validité liées à l'établissement des actes authentiques que les effets d'un vice de procédure<sup>324</sup>. Certains auteurs de doctrine s'opposent à l'avis du Tribunal fédéral et considèrent que la compétence réglementaire cantonale devrait se limiter à la question de l'existence ou de l'inexistence de l'acte authentique, les effets de droit matériel relevant du seul droit fédéral<sup>325</sup>.

La doctrine et la jurisprudence sont divisées quant à savoir si l'invalidité pour vice de forme entraîne une nullité absolue ou une nullité relative sur le plan du droit matériel<sup>326</sup>. À la lumière de la doctrine classique de la nullité, les contrats entachés d'un vice de forme sont, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et une partie de la doctrine, absolument et donc irrémédiablement nuls<sup>327</sup>. Les représentants de la doctrine de la nullité relative considèrent en revanche que le vice de forme peut être réparé par l'exécution du contrat<sup>328</sup>.

Les membres du groupe de réflexion ont relevé qu'on ne faisait pas systématiquement la différence entre l'inexistence d'un acte authentique et ses conséquences de droit matériel et qu'il fallait donc les distinguer clairement lors de l'élaboration du principe directeur. En outre, l'élaboration du principe directeur sur l'inexistence de l'acte authentique offrait l'occasion de discuter de nouvelles approches et de s'écartier du système actuel dans certaines circonstances. Les effets de droit matériel de l'invalidité relèvent du droit fédéral privé et ne sont pas l'objet du mandat du groupe de réflexion (cf. ch. 7.6.4).

#### 7.6.2 Distinction entre «Acte inexistant» et "«Acte annulable »

##### 7.6.2.1 Réflexions générales

Comme on l'a exposé ci-dessus, on distingue actuellement entre les prescriptions d'ordre et les règles de validité en ce qui concerne la violation des règles de procédure régissant l'établissement des actes authentiques. Les membres du groupe de réflexion étaient unanimes à penser qu'il faut maintenir cette distinction. Toutes les violations d'une règle de procédure ne justifient pas forcément l'inexistence d'un acte authentique, notamment si l'on considère les effets de droit matériel.

---

<sup>321</sup> HÜRLIMANN-KAUP/SCHUMACHER/SCHMID, p. 192; rapport ARNET (annexe 3, ch. 2.3).

<sup>322</sup> BRÜCKNER, n. 1488.

<sup>323</sup> BRÜCKNER, n. 1489.

<sup>324</sup> ATF 106 II 146, 151 s.

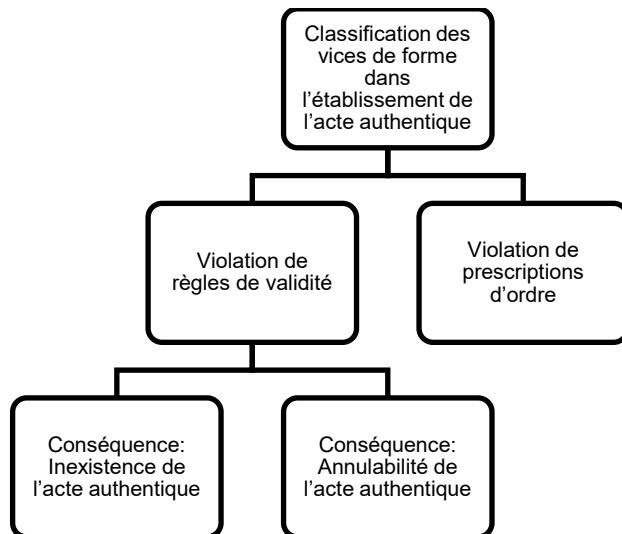
<sup>325</sup> BRÜCKNER, n. 1490 ss ; KOLLER, n. 20 ss ; cf. rapport ARNET (annexe 3, ch. 2.3).

<sup>326</sup> HUGUENIN, n. 375.

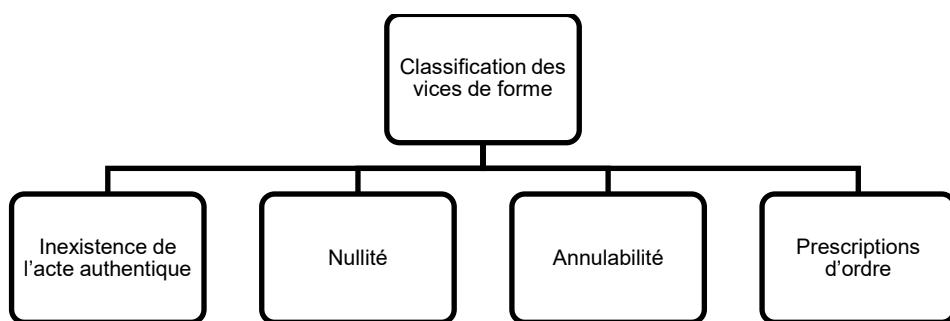
<sup>327</sup> BGE 116 II 700 E. 3b; HUGUENIN, n. 369; cf. l'aperçu de l'état de la jurisprudence et de la doctrine dans Gauch/Schluep/Schmid, OR AT I, n 548 ff.

<sup>328</sup> HUGUENIN, n. 375.

Dans le cadre des discussions du groupe de réflexion, il a été proposé d'introduire une subdivision supplémentaire. La base de la réflexion repose sur l'idée qu'il existe des vices de procédure que l'on ne peut pas constater sans marge d'appréciation, mais qui sont tellement graves pour l'instrumentation qu'il convient de les attribuer aux règles de validité (par ex. l'obligation de sauvegarder les intérêts des parties). S'agissant des règles de validité, il faudrait alors distinguer entre les faits qui ont pour conséquence l'inexistence d'un acte authentique et ceux qui entraînent son annulabilité. Les différences entre ces deux catégories concernent tant l'établissement de l'acte authentique que les effets juridiques. Le schéma ci-dessous résume ces réflexions.



Le groupe de réflexion a de plus discuté une autre proposition, selon laquelle les violations des règles de procédure sont classées en quatre catégories. Le schéma ci-dessous présente cette idée.



En considération des deux schémas ci-dessus, les discussions au sein du groupe de réflexion ont porté sur les deux catégories : « inexistence de l'acte authentique » et « nullité de l'acte authentique ». Un acte qui n'est pas venu à chef n'a jamais existé. Une réparation sous la forme de l'exécution de la transaction juridique est ainsi simplement impossible. En d'autres termes, un tribunal n'a pas de marge de manœuvre quant à la validité de l'« acte

authentique » : ce qui n'existe pas ne saurait être valable. En revanche, un acte authentique nul existe, mais ne déploie pas d'effets.

Les membres du groupe de réflexion sont convenus qu'il faudrait donner suite aux deux propositions de catégorisation et, idéalement, les combiner. Les chapitres qui suivent présentent les considérations du groupe de réflexion sur la classification des vices de forme dans la procédure d'établissement des actes authentiques.

#### 7.6.2.2 *De lege ferenda* : compétence fédérale en matière de classification des vices de forme entachant l'établissement de l'acte authentique

Selon les membres du groupe de réflexion, si une procédure fédérale d'établissement des actes authentiques est adoptée à l'avenir, le droit fédéral devra qualifier les prescriptions de procédure relatives aux actes authentiques de règles de validité ou de prescriptions d'ordre. Il devra aussi déterminer, dans le domaine des règles de validité, les vices de procédure conduisant à l'inexistence de l'acte authentique et ceux qui entraînent l'annulabilité. Les dispositions cantonales allant au-delà du droit fédéral seront toujours des prescriptions d'ordre. Il n'y aura donc plus de place pour des règles cantonales en ce qui concerne l'existence ou l'inexistence de l'acte authentique et son annulabilité.

Si une règle de procédure est qualifiée de prescription d'ordre au niveau fédéral, il faudra en outre déterminer si la sanction doit être fixée à l'échelon fédéral ou par les cantons. Les membres du groupe de réflexion étaient d'accord pour dire que les deux options étaient envisageables.

#### 7.6.2.3 Règles de validité

##### 7.6.2.3.1 *Inexistence de l'acte authentique*

###### En général

La violation ou le non-respect d'éléments essentiels de la procédure ont pour effet l'inexistence de l'acte authentique, qui doit être constatée d'office ; il n'est pas nécessaire de la faire valoir par une action en nullité.

Par souci de sécurité du droit et en considération des effets de droit matériel, les membres du groupe de réflexion ont souhaité dresser une liste exhaustive des éléments concrets qui entraînent l'inexistence de l'acte authentique, formulée de telle sorte qu'il ne reste aucune marge d'interprétation quant au respect ou au non-respect des règles de procédure.

C'est pourquoi le principe directeur relatif à l'inexistence de l'acte authentique contient une liste exhaustive des faits en raison desquels l'acte authentique ne vient pas à chef. Il s'agit des faits suivants :

- l'officier public n'a pas la compétence d'instrumentation (cf. ch. 7.3.2) ;
- l'officier public n'a pas la compétence à raison de la matière et/ou du lieu (cf. ch. 7.3.3) ;
- l'officier public est lui-même partie ou est concerné à un autre titre par la procédure (cf. ch. 7.4.6) ;
- l'officier public n'a pas perçu par ses propres sens les déclarations de volonté ou les événements instrumentés (cf. ch. 7.5.4.3) ;
- les déclarants n'ont pas pris connaissance personnellement du contenu de l'acte authentique ni exprimé leur approbation (cf. ch. 7.5.4.5) ;
- la signature de l'officier public fait défaut (cf. ch. 7.5.1.2).

### 7.6.2.3.2 Annulabilité de l'acte authentique

#### En général

Les vices de procédure qui rendent un acte authentique annulable ne conduisent à l'inexistence de l'acte authentique que s'ils sont constatés à la suite d'une action en nullité.

Quelques membres du groupe de réflexion ont émis des critiques sur l'annulabilité de l'acte authentique. Selon eux, il est problématique, du point de vue de la sécurité du droit, de laisser des actes authentiques dans un flou juridique. D'autres membres ont avancé en revanche que l'institution de l'annulabilité est déjà prévue par le droit privé fédéral. Par exemple, conformément à l'art. 520, al. 1, CC, les dispositions pour cause de mort entachées d'un vice de forme sont annulées à la suite d'une action en nullité (délai : une année selon l'art. 521 CC). En outre, les art. 21 et 31 CO prévoient qu'en cas de lésion et de vice grave du consentement, le contrat n'oblige pas la partie lésée si celle-ci fait une déclaration correspondante dans le délai d'une année, et que ledit contrat n'est donc qu'annulable.

Vu que l'annulabilité fait déjà l'objet de règles de droit fédéral dans le domaine des dispositions pour cause de mort, il semble utile de prévoir des démarches et règles analogues pour les actes authentiques. Ainsi, il serait envisageable de restreindre le cercle des personnes pouvant agir en nullité en limitant la qualité pour agir à un groupe déterminé (parties) ou en exigeant la preuve que l'on est concerné par l'acte juridique. Des tiers non impliqués ne pourraient donc pas faire valoir de motifs d'annulation. Le fardeau de la preuve concernant les motifs d'annulation incomberait au demandeur.

Afin de limiter la durée du flou juridique, les membres du groupe de réflexion ont proposé de fixer un délai pour intenter l'action, par analogie avec l'art. 521 CC, qui pourrait également servir de référence en ce qui concerne la durée de ce délai.

On a aussi proposé une autre solution pour lever le flou juridique, à savoir la réparation de l'acte authentique par son inscription dans un registre. Les opposants ont fait valoir qu'une telle conséquence juridique devrait être réglée par la législation relative au registre foncier ou au registre du commerce.

La question de savoir si l'absence de date conduit à l'inexistence ou à l'annulabilité de l'acte authentique a suscité une vive discussion dans le groupe de réflexion. Certains membres estimaient qu'en considération des intérêts des parties impliquées, l'absence de date ne saurait entraîner l'inexistence de l'acte. D'autres membres pensaient cependant que la datation peut être essentielle à l'existence de l'acte authentique, par exemple si l'exercice des droits civils des parties ou des comparants entre en ligne de compte.

L'acte authentique est annulable pour les motifs suivants :

- l'officier public a violé son obligation de se récuser (cf. ch. 7.4.6) ;
- l'officier public a violé son obligation de sauvegarder les intérêts des parties (cf. ch. 7.4.4) ;
- la demande d'instrumentation fait défaut (cf. ch. 7.5.2) ;
- la date fait défaut sur l'acte authentique (cf. ch. 7.5.1.2).

### 7.6.2.4 Prescriptions d'ordre

Par prescriptions d'ordre, on entend les règles de procédure dont la violation ou le non-respect n'ont pas d'influence sur l'établissement de l'acte authentique. Elles concernent en premier lieu l'officier public et non les parties ou les comparants<sup>329</sup>. Comme on l'a déjà expliqué

---

<sup>329</sup> KOLLER, OR AT, n. 12.24.

auparavant, leur violation peut avoir des conséquences disciplinaires, pénales ou patrimoniales pour l'officier public.

Selon le groupe de réflexion, les faits ci-dessous sont des contraventions à des prescriptions d'ordre :

- l'officier public a violé son obligation d'instrumenter (ch. 7.4.2) ;
- l'officier public a violé son obligation de véracité (ch. 7.4.3) ;
- l'officier public a violé son obligation de garder le secret (ch. 7.4.7) ;
- l'officier public n'a pas informé les parties sur la forme du contrat ni sur ses effets (cf. ch. 7.5.3.3).

### **7.6.3 Portée de l'obligation de forme : invalidité partielle pour vice de forme de l'acte authentique**

Dans le cadre des discussions du groupe de réflexion, on a soulevé la question de savoir si l'invalidité partielle pour vice de forme était possible du point de vue du droit de procédure. La portée de l'obligation de forme authentique est définie par le droit fédéral<sup>330</sup>. Il va de soi que les vices de forme entraînent du point de vue du droit matériel la nullité de la partie du contrat entachée du vice. Si le vice concerne tous les éléments du contrat soumis à une exigence de forme particulière, ces éléments sont tous nuls<sup>331</sup>. Dans le domaine des actes authentiques, un vice de procédure a une influence correspondante sur le plan du droit matériel sur tous les points concernés par cette obligation<sup>332</sup>. En revanche, lorsque le vice de forme n'entache qu'une partie de l'acte juridique, la doctrine est divisée sur la question de droit matériel de savoir si la partie du contrat qui n'est pas entachée du vice de forme est également nulle ou si elle peut être maintenue. Sur la question de droit procédural de savoir si un acte authentique peut ne venir à chef ou n'être annulable que partiellement, les membres du groupe de réflexion étaient d'avis que cela était exclu.

### **7.6.4 Réglementation des conséquences de droit matériel d'un vice de procédure**

#### **7.6.4.1 Compétences fédérales et cantonales concernant les conséquences de droit matériel d'un vice de procédure**

Comme on l'a mentionné au ch. 7.6.1.2, il ne faut pas confondre la question procédurale de l'existence ou de l'inexistence de l'acte authentique avec les conséquences de droit matériel. Dans l'ATF 106 II 146, le Tribunal fédéral a affirmé que le droit cantonal fait foi non seulement pour la décision sur l'existence ou l'inexistence d'un acte authentique, mais aussi pour les conséquences de droit matériel d'un acte inexistant. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il appartient donc aux cantons d'établir, en ce qui concerne un acte authentique, si la nullité est absolue ou relative<sup>333</sup>. La question de la pertinence de cette opinion, controversée dans la doctrine<sup>334</sup>, ne se poserait plus si la procédure d'établissement des actes authentiques était réglée au niveau fédéral. Les règles de validité procédurales seraient alors fixées à l'échelon fédéral et les dispositions cantonales auraient le caractère de prescriptions d'ordre (cf. ch. 7.6.2.2). S'il n'y avait plus de place pour des réglementations cantonales concernant l'existence ou l'inexistence des actes authentiques, les conséquences de droit matériel de la violation des règles de validité ne pourraient pas être régies par les législations cantonales, mais relèveraient du droit privé matériel.

---

<sup>330</sup> KOLLER, OR AT, n. 12.60 et n. 12.84.

<sup>331</sup> KOLLER, n. 96.

<sup>332</sup> KOLLER, n. 96.

<sup>333</sup> KOLLER, n. 20.

<sup>334</sup> Cf. BRÜCKNER, RNRF, 1994, p. 3 s et KOLLER, n. 22.

#### 7.6.4.2 Conséquences de droit matériel d'un vice de procédure

L'inexistence de l'acte authentique pour vice de forme pose la question de la validité de l'acte juridique concerné, ou de la force probante de l'acte. Cette question sort du cadre du mandat du Groupe de réflexion.

### 7.7 Abrogation des dispositions spéciales du CC relatives aux actes authentiques

*Pas de principe directeur.*

Si l'on élabore des règles détaillées dans le cadre d'une unification de la procédure d'établissement des actes authentiques, il faudra réexaminer les règles spéciales du CC relatives aux dispositions pour cause de mort<sup>335</sup>. Les règles qui valent pour tous les actes soumis à la forme authentique pourraient par exemple être déclarées applicables aux dispositions pour cause de mort. Il faudrait dans ce contexte répondre à la question de savoir si la comparution des témoins doit toujours être exigée.

### 7.8 Surveillance ; mesures disciplinaires

*Pas de principe directeur.*

Il appartient aux cantons d'habiliter les officiers publics à établir les actes authentiques. Ils ont aussi pour tâche de retirer la compétence d'instrumentation à l'officier public qui ne remplit plus les conditions ayant justifié son attribution. L'organisation de la surveillance et des mesures disciplinaires est du ressort des cantons.

### 7.9 Responsabilité

*Pas de principe directeur.*

Les officiers publics peuvent être tenus responsables des dommages causés par les fautes commises dans l'exercice de leur activité ministérielle. L'art. 61 CO habilite les cantons à régler l'obligation de réparer des fonctionnaires cantonaux. Les cantons doivent garder cette compétence en matière de responsabilité civile.

### 7.10 Comptabilité, mouvements de fonds, capacité de paiement et conservation de dépôts

*Pas de principe directeur.*

La législation de certains cantons prévoit l'obligation de tenir une comptabilité, dont la portée peut varier<sup>336</sup>.

Les dispositions concernant la comptabilité, les mouvements de fonds, la capacité de paiement et la conservation de dépôts relèvent de la compétence des cantons.

---

<sup>335</sup> Les règles de procédure du CC relatives à l'établissement des actes authentiques s'appliquent à tous les actes juridiques pour cause de mort, notamment à la donation (art. 245, al. 2, CO) et au contrat d'entretien viager (art. 522, al. 1, CO).

<sup>336</sup> CARLEN, p. 124.

## 7.11 Émoluments

### *Pas de principe directeur.*

L'officier public a droit à une rémunération dans le cadre de son activité ministérielle. Il s'agit là d'émoluments de droit public cantonal<sup>337</sup>. Le débiteur est le comparant ou la partie qui a présenté la demande à l'officier public<sup>338</sup>.

Les modalités des émoluments sont du ressort des cantons et le groupe de réflexion n'a pas rédigé de principe directeur à ce sujet.

## 8 Conclusions

Contrairement à d'autres pays, la procédure d'établissement des actes authentiques n'est pas unifiée en Suisse. Chaque canton a ses propres règles et ses propres dispositions. Il existe ainsi actuellement 26 ordres juridiques cantonaux dans le domaine des actes authentiques. Les différences entre les réglementations cantonales sont parfois considérables. L'officier public est-il indépendant ou employé par le canton ? Quel est le nombre d'originaux instrumentés dans le cadre de la procédure principale ? Une expédition peut-elle être établie sous forme électronique ? Quels sont les motifs de récusation des officiers publics ? L'acte authentique peut-il être établi en deux langues ?

En considérant les procédures d'instrumentation cantonales, on arrive toutefois à la conclusion que malgré toute la diversité, elles ne diffèrent pas d'une manière essentielle. Cela pourrait être dû à l'intensification du débat académique sur les droits des actes authentiques, qui conduit à des échanges d'influence et à une harmonisation des dispositions cantonales. Par ailleurs, il est depuis assez longtemps incontesté, en doctrine et en jurisprudence, que les actes authentiques sont soumis à des exigences minimales de droit fédéral que les dispositions cantonales doivent prendre en considération.

Les actes authentiques jouent un rôle important dans de nombreux domaines centraux de la vie, pour ne citer que l'achat d'un immeuble, la conclusion d'un contrat de mariage ou la constitution d'une société. La nécessité de règles transparentes, fonctionnelles et claires en la matière est donc tout à fait compréhensible. Pour savoir quelles règles s'appliquent à l'établissement d'un acte authentique, il faut néanmoins déterminer dans quel canton se déroule la procédure. Cette situation dans laquelle des règles différentes s'appliquent pour chaque canton est difficile à concilier avec les exigences de transparence, de fonctionnalité et de clarté.

Au terme de ses travaux, le groupe de réflexion conclut qu'il est tout à fait possible d'unifier la procédure d'établissement des actes authentiques. La manière d'y parvenir fournit néanmoins matière à discussion. Les actes authentiques servent en particulier à protéger les parties, à garantir la sécurité juridique et à créer une situation claire dans l'optique de l'inscription dans un registre. Il faudra garder à l'esprit ces objectifs lors de l'élaboration d'une procédure fédérale d'établissement des actes authentiques.

---

<sup>337</sup> CARLEN, p. 155 ; MARTI, p. 157.

<sup>338</sup> MARTI, p. 157.

**Annexe 1 : *Propositions pour le point « Classification de la liste des thèmes » ; rapport de Denis Piotet, Prof. Dr iur., Lausanne***

**Annexe 2 : *Avis de droit de l'OFJ du 13 septembre 2018 concernant la compétence fédérale pour réglementer la procédure d'instrumentation des actes authentiques***

**Annexe 3 : *Délimitation des compétences législatives entre la Confédération et les cantons dans le domaine des actes authentiques ; rapport de Ruth Arnet, Prof. Dr iur., Zurich (en allemand)***

## PROPOSITIONS POUR LE POINT « EINTEILUNG DER THEMENLISTE »

.....

Les lignes qui suivent font suite au mandat reçu de la Présidence du groupe de travail lors de la séance du 24 septembre 2018 à Berne.

Le soussigné avait insisté sur la nécessité de définir à quel type d'acte authentique devaient s'appliquer les règles de forme fédérales qui devaient être élaborées par le Groupe de travail. Nombre de règles de l'avant-projet de 2012 ont été critiquées après mise en consultation à raison du fait qu'elles étaient inapplicables à certaines catégories d'actes authentiques, et que si elles avaient des limites, les dispositions projetées ne les explicitait pas par rapport à des actes précis.

Le soussigné reprend tout d'abord les catégories des actes authentiques ne portant pas typiquement sur des actes juridiques (Willenserklärungsbeurkundungen) (I) : il fait ensuite une proposition adressée au Groupe de travail (II).

### I : CLASSIFICATION

#### A/1. Actes constatatoires prévus par le droit fédéral entrant typiquement dans la compétences des notaires et officiers publics

- inventaire authentique (art. 195a CC, 20LPart., 763 CC)  
cf. M. Mooser, Le droit notarial suisse, n. 739ss p. 477ss ;  
D. Piotet, in « La procédure d'instrumentation », Zürich 2007, p. 279ss.

**NB !** L'inventaire peut contenir un accord de volontés sur un bien et sa valeur : il y a alors acte juridique (C. Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, ZH 1993, n. 3157 p. 890 : D.Piotet, cit., p. 279s.)

- non-soumission à autorisation LFAIE (art. 18 de l'Ord. du 1.10.1984 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger)  
cf. M. Mooser,n. 752 p. 485 ;  
D. Piotet, cit., p. 277
- protêt d'effet de change (art. 1034ss CO)  
Attention : aussi placé dans la compétence matérielle des offices de poursuites.

- légalisation (art. 931a al.2 CO et 18 ORC ; art. 86 ORF, 18a OEC, 5 al.2 OIPRP, 15, 90, 556 al.2, 597 al.2, 720, 814 al. 6, 901, 997, 1085, 1098 al.2, 1143 al. 1 ch. 20, 1172 al.2 CO)
- constats de conformité à un ou plusieurs documents (visas) (art. 652h al.1 ch.2, 857 al. 3, 1048 CO ; art. 103 al.3 LFus.)  
Sur le dernier cas : M. Mooser, n. 715a p. 465
- attestations de faits autorisant l'écriture au registre du commerce (art. 653i al.2, 734 CO).

#### A/2 Actes constatatoires prévus par le droit fédéral ne rentrant qu'exceptionnellement dans la compétence des notaires et officiers publics

- acte d'ouverture de disposition à cause de mort (NE, BE, pour partie FR) (art. 557 CC).
- certificat d'héritier (art 559 CC) (NE, BE, pour partie FR)  
Cf. M. Mooser, n. 744ss p. 479ss  
D. Piotet, 2007, p. 280ss

#### A/3. Procès-verbaux authentiques d'actes juridiques

La classification de cette catégorie est très controversée et dépend de la définition de chaque auteur.

Cf. C. Brückner, op.cit., n. 57ss p.25ss : « Erklärungen zur Protokoll, Erklärungen zu Urkund »

Cf. A. Marti, Notariatsprozess, Bern 1989, p. 25ss : « Wissenserklärungsbeurkundungen »

Pour d'autres auteurs, ces cas sont classés parmi les actes constatatoires (Sachbeurkundungen) : cf. M. Mooser, op.cit., n. 710ss p. 458ss

Critique de cette classification pour au contraire ranger ces cas parmi les instrumentations d'actes juridiques : A. Perrin, La forme authentique dans la société anonyme, Lausanne 1996, p.12ss.

Il s'agit de :

- procès-verbaux d'assemblées générales de sociétés privées (art. 647, 650, 736 al.2 ; 764 al.2 ; 821 al.2 ; 874 al.2 CO ; art. 20, 44, 65 et 79 al.3 LFus.) ;
- procès-verbaux de conseils d'administration ou d'exécutifs de sociétés privées (art. 652g al.2, 653 g CO) ;
- procès-verbaux de l'assemblée de la communauté des créanciers en matière d'emprunts par obligations (art. 6 de l'Ord. du 9.12.1949, RS 221.522.1).

## B/ ACTES CONSTATATOIRES PREVUS PAR LES LOIS CANTONALES

La liste n'est pas exhaustive.

Certificats de vie ou de décès ;  
Actes de notoriété ;  
Constats authentiques, par ex. de tirage au sort;  
Visas ;  
Vidimus ;  
Expéditions (öffentliche Ausfertigungen);  
Constats de carence ;  
Attestation de déclaration sous serment ;  
Affidavit ;  
etc.

- Hors du droit privé fédéral, la juridiction gracieuse relève du droit cantonal, qui reste libre de prévoir d'autres titres publics (présumés exacts) placés dans la compétence de l'officier public.
- Les cantons peuvent soumettre à la forme authentique des actes juridiques du droit public librement (par ex., dans le cadre de remaniements parcellaires ou améliorations foncières).
- Les cantons ne peuvent soumettre à la forme authentique des actes juridiques du droit privé que si le droit privé leur octroie cette compétence. C'est le cas pour le procès-verbal d'une vente aux enchères, art. 236 CO (cf. M. Mooser, n. 749ss, p. 483s ; D. Piotet, 2007, p. 282).

.....

## II. PROPOSITION

1. Les actes authentiques purement constatatoires (Sachbeurkundungen) prévus par le droit fédéral sont très peu nombreux. Ceux, également constatatoires, prévus par le droit cantonal sont au moins aussi nombreux (B).

Les formalités de ces actes sont réglés à satisfaction dans les lois cantonales. Ils ne sont pas en lien avec le but de la forme authentique qui est de faire réfléchir les parties en connaissance de cause avant d'émettre un acte juridique important. Et ils sortent par ce trait de l'objectif d'uniformisation poursuivi par le Groupe de réflexion qui se rapporte aux actes juridiques.

Il s'ajoute à cela que dans plusieurs cas, ces actes constatatoires sont confiés à des magistrats ou des fonctionnaires qui n'ont pas la pratique pour le surplus du notariat, et qui surtout sont appelés dans leurs tâches à appliquer une procédure administrative ou civile de droit cantonal (ainsi pour le certificat d'héritier ou l'acte d'ouverture de testament) qui serait dissociée, en cas d'unification complète de la procédure d'instrumentation, d'avec celle future du droit fédéral.

Par surabondance encore, l'on rappellera qu'une instrumentation selon la procédure fédérale d'actes constatatoires de droit fédéral coexistant avec une instrumentation de droit cantonal pour les actes constatatoires de droit cantonal n'apporte aucune amélioration concrète à la pratique actuelle, et présente le risque de dissociation de règles applicables pour des actes très proches (cf. déjà les « Remarques » du soussigné déposées à la séance de septembre, p. 1 lit. B, sur le ch.5 lit. c de l'avis de la Division de droit public).

Ces raisons multiples militent pour qu'il soit renoncé à l'unification de la procédure des actes constatatoires (proposition 1).

2. Les procès-verbaux d'actes juridiques (A/3) présentent des difficultés de classification conséquentes. C'est à leur sujet que les plus grosses divergences cantonales existent aujourd'hui, allant de la question de la signature des parties et de l'unité de l'acte jusqu'à celle de la vidéo-conférence. Il n'apparaît pas raisonnable de stopper cette diversité qui contribue à l'évolution du droit, notamment dans le domaine du recours aux moyens audio-visuels, et un consensus fédéral qui gommerait toute solution cantonale particulière se heurterait à de fortes résistances.

Il est en outre difficile de séparer concrètement un acte purement constatatoire avec un procès-verbal contenant un acte juridique (par ex. pour l'inventaire, A/1 supra). Des raisons pratiques militent également pour un régime dérogatoire de ces actes juridiques leur permettant de se rapprocher d'actes authentiques constatatoires. Si l'on se rallie à la proposition (1) ci-dessus, il faut par conséquent consacrer la faculté pour les cantons de rapprocher tel ou tel procès-verbal d'acte juridique des simples actes authentiques constatatoires.

En d'autres termes, la proposition du soussigné est d'admettre l'unification de la procédure des actes juridiques authentiques, mais de laisser aux cantons celle des

actes constatatoires, et enfin de permettre aux cantons de déroger au système unifié pour les procès-verbaux d'actes juridiques (proposition 2).

Par ex., cela donnerait un art. 55c Tit.fin. CC :

- « 1. Les formalités de l'acte authentique contenant un acte juridique sont régies par les dispositions qui suivent.
- 2. Il en va de même des procès-verbaux d'actes juridiques, si les cantons n'en décident pas autrement.
- 3. Les actes authentiques purement constatatoires restent régis par le droit cantonal. »



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP  
**Office fédéral de la justice OFJ**  
Domaine de direction Droit public

**P.P. CH-3003 Berne, BJ**

Office fédéral de la justice  
Domaine de direction Droit privé  
Bundesrain 20  
3003 Berne

N° de référence : COO.2180.109.7.261382 / 233.1/2018/00011  
Votre référence :  
Notre référence : bj-chb

**Berne, le 13 septembre 2018**

**Compétence fédérale pour réglementer la procédure d'instrumentation des actes authentiques**

Madame, Monsieur,

Vous nous avez priés de répondre à la question de savoir si le législateur fédéral était compétent pour réglementer la procédure relative à l'établissement d'actes authentiques. Nous pouvons y répondre comme suit, en nous fondant sur la Constitution en vigueur.

Office fédéral de la justice OFJ  
Susanne Kuster, dr en droit, MPA Unibe  
Bundesrain 20, 3003 Berne  
Tél. +41 58 462 46 84, fax +41 58 462 78 79  
susanne.kuster@bj.admin.ch  
www.ofj.admin.ch

### **Bref résumé des conclusions**

L'art. 122, al. 1, Cst. confère à la Confédération la compétence de réglementer l'ensemble du droit civil et de la procédure civile. La procédure d'instrumentation des actes authentiques par les notaires fait partie de cet ensemble. La question de savoir si cette procédure relève du droit civil ou de la procédure civile peut rester indécise.

## Table des matières

---

<b>1</b>	<b>Délimitation du sujet .....</b>	<b>4</b>
<b>2</b>	<b>Système de l'énumération limitative des attributions de la Confédération dans la Constitution .....</b>	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>Réglementation d'une activité économique lucrative privée (art. 95, al. 1, Cst.) .....</b>	<b>4</b>
<b>4</b>	<b>Droit civil et procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.).....</b>	<b>5</b>
4.1	Relation entre compétence fédérale et droit cantonal .....	5
4.2	Étendue de la compétence fédérale .....	5
4.2.1	Différentes « théories » .....	5
4.2.2	Méthode littérale .....	6
4.2.3	Méthode systématique .....	6
4.2.4	Méthode historique .....	6
4.2.5	Méthode téléologique .....	8
4.2.6	Évaluation générale .....	8
<b>5</b>	<b>Conclusion.....</b>	<b>10</b>

## 1 Délimitation du sujet

- a. Le présent avis porte sur la procédure d'instrumentation d'*actes en la forme authentique*, c'est-à-dire sur l'établissement par des officiers publics cantonaux (ou notaires) d'actes authentiques au sens étroit, tels que prévus à l'art. 55 s. du Titre final (Tit. fin.) du code civil (CC)<sup>1</sup>. Il ne porte donc pas sur tous les titres authentiques qui font foi pour prouver des faits au sens de l'art. 9 CC, et notamment pas sur les extraits légalisés du registre foncier, du registre du commerce ou du registre de l'état civil.
- b. Le présent avis porte uniquement sur la *procédure*. Il n'approfondit pas la question de savoir dans quels cas l'établissement d'actes authentiques est nécessaire. Cette question est déjà réglée de façon exhaustive par le droit fédéral pour ce qui est des affaires de droit civil. Il ne concerne pas non plus l'organisation du notariat (notariat d'État / notariat latin, surveillance, répartition géographique cantonale, etc.)<sup>2</sup>.
- c. Le présent avis répond à la question de savoir si la procédure en question peut être réglementée par *le législateur fédéral* (à l'échelon de la loi fédérale, et non simplement dans une ordonnance du Conseil fédéral).

## 2 Système de l'énumération limitative des attributions de la Confédération dans la Constitution

Les compétences de la Confédération sont fixées dans la Constitution (Cst.). Vu les art. 3 et 42 Cst., la Confédération peut uniquement accomplir des tâches – notamment édicter des lois – dans les domaines dans lesquels la Constitution l'y autorise. Les tâches qui ne sont pas attribuées à la Confédération relèvent de la compétence des cantons.<sup>3</sup>

La question de savoir si la Confédération est compétente revient donc à interpréter la Constitution.<sup>4</sup> Les lois fédérales – ici le CC – peuvent certes contenir certes des indices servant à l'interprétation, mais elles ne sauraient suffire à définir la limite des compétences fédérales : le législateur fédéral ne peut pas élargir ses compétences à son gré, ni restreindre sa liberté d'action future en renonçant à exercer une compétence existante.

Il s'agit donc d'étudier les dispositions constitutionnelles qui pourraient attribuer à la Confédération la compétence de définir la procédure d'instrumentation des actes authentiques.

## 3 Réglementation d'une activité économique lucrative privée (art. 95, al. 1, Cst.)

Les officiers publics assument dans tous les cantons une fonction publique qui participe de la souveraineté de l'État (tâche étatique), même s'ils exercent leur activité en leur nom propre et de façon libérale dans certains cantons.<sup>5</sup> Leur travail lié à l'établissement d'actes authentiques n'est donc pas considéré comme une activité économique lucrative privée au sens de l'art. 95, al. 1, Cst.<sup>6</sup> Cette disposition constitutionnelle ne peut par conséquent pas servir de base à l'édiction de règles fédérales sur la procédure d'instrumentation.

---

<sup>1</sup> RS 210

<sup>2</sup> Michel Mooser, *Le droit notarial en Suisse*, 2<sup>e</sup> édition Berne 2014, n. 31, 32 et 55 à 61; Denis Piotet, *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 3/13, p. 114.

<sup>3</sup> Auteurs choisis parmi de nombreux autres : Ulrich Häfelin / Walter Haller / Helen Keller / Daniela Thurnherr, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9<sup>e</sup> édition, Zurich 2016, n. 1049 et 1050 ; Giovanni Biaggini, n. 13 à 19 ad art. 3, in : Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (édit.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Bâle 2015 (ci-après: Basler BV-Kommentar).

<sup>4</sup> Avis pas très clair à cet égard : Mooser (nbp 2), n. 30, où l'on peut lire, en relation avec l'interprétation de la loi fédérale, que la Confédération « exerce une compétence exclusive ». Il ressort toutefois des n. 31 à 36a que l'auteur n'entend pas dire que la compétence fédérale est de nature exclusive, mais que le législateur fédéral a défini de façon exhaustive les domaines en question.

<sup>5</sup> ATF 133 I 259, consid. 2.2 (avec d'autres références) ; Mooser (nbp 2), n. 53 ; Peter Ruf, *Skriptum Notariatsrecht*, Langenthal 1995, n. 250.

<sup>6</sup> Sur le champ d'application de l'art. 95, al. 1, Cst en général : Basler BV-Kommentar (nbp 3), Felix Uhlmann, n. 3 et 4 ad art. 51 ; Peter Hettich, n. 7 à 9 ad art. 95, in : Bernhard Ehrenzeller / Benjamin Schindler / Rainer J. Schweizer / Klaus A.

## 4 Droit civil et procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.)

### 4.1 Relation entre compétence fédérale et droit cantonal

La question de la relation<sup>7</sup> qui existe entre la compétence fédérale en matière de droit civil et de procédure civile (art. 122, al. 1, Cst.) d'une part et le droit cantonal d'autre part doit être clarifiée en premier, vu que la réponse apportée servira à évaluer l'étendue de la compétence fédérale (voir ch. 4.2).

Les domaines sur lesquels porte la compétence fédérale en matière de droit civil et de procédure civile étaient déjà régis par des réglementations cantonales avant l'instauration de la compétence fédérale. Le constituant a conféré au législateur fédéral la base pour codifier le droit civil matériel et la procédure civile, mais n'a certainement pas voulu créer de vide juridique<sup>8</sup>. C'est ainsi que la compétence cantonale tout comme les réglementations cantonales elles-mêmes restent valables aussi longtemps que le législateur fédéral n'a pas épuisé sa compétence en la matière.<sup>9</sup> On parle dans ce cas de compétences fédérales « concurrentes » ou « exclusives avec effet dérogatoire différé ».

Alors que l'étendue des compétences fédérales est définie uniquement par la Constitution, l'étendue des compétences cantonales découle aussi des lois fédérales. La question de savoir si les codifications existantes (CC/CO et code de procédure civile du 19 décembre 2008 [CPC]<sup>10</sup>) ont entièrement supprimé les compétences cantonales selon le principe de la codification générale ou si – et dans quelle mesure – les législateurs cantonaux disposent encore d'une certaine marge de manœuvre pour édicter des règles qui leur sont propres, est discutée dans la doctrine<sup>11</sup>. Ces débats ne portent toutefois pas sur l'étendue de la compétence fédérale, mais se limitent à la question de savoir si la Confédération a entièrement réglé la matière au niveau des lois en vigueur. Pour cette raison, il n'est pas nécessaire d'aller plus avant dans l'évocation de ces controverses.

### 4.2 Étendue de la compétence fédérale

#### 4.2.1 Différentes « théories »

Il existe de nombreux textes de doctrine traitant des compétences de la Confédération en droit civil et des différentes « théories » permettant de délimiter le droit civil par rapport aux autres domaines du droit. Certains auteurs considèrent le droit civil comme un domaine thématique dans lequel des objectifs législatifs peuvent être réalisés indépendamment du fait qu'il s'agisse de règles de droit public ou de droit privé. D'autres auteurs préfèrent appliquer des critères comme le rapport de subordination de l'individu à l'État, la nature des conséquences juridiques définies dans l'acte législatif en question, les intérêts poursuivis ou encore l'accomplissement de tâches publiques. Les auteurs sont le plus souvent favorables à un éclectisme méthodologique en appliquant les différents critères en fonction des questions qui se posent. Une approche similaire, dite typologique, vise à déterminer si les normes juri-

---

Vallender (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3<sup>e</sup> édition 2014 (ci-après : St. Galler BV-Kommentar).

<sup>7</sup> Question abordée par ces auteurs, parmi d'autres : Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr (nbp 3), n. 1091 à 1101 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Giovanni Biaggini, n. 47 à 56 ad art. 3.

<sup>8</sup> Considérations générales sur l'*'horror vacui'* du constituant : Basler BV-Kommentar (nbp 3), Giovanni Biaggini, n. 53 ad art. 3.

<sup>9</sup> ATF 140 III 155 consid. 4.3 ; message FF 1997 I 1, 532; St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 4 ad art. 122 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 3 ad art. 122 ; sur le droit constitutionnel avant la réforme de la justice : Ruf (nbp 5), n. 133.

<sup>10</sup> RS 272

<sup>11</sup> Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 3 à 6, 28 et 29 ad art. 122, avec d'autres références.

diques étudiées poursuivent des objectifs jugés typiques pour le droit civil et si elles font traditionnellement partie du droit civil.<sup>12</sup> Pour répondre à la question posée ici, il n'est pas nécessaire de décider quelle approche théorique devrait être privilégiée. Il suffit d'interpréter la disposition constitutionnelle selon les critères généraux reconnus (méthodes littérale, systématique, historique et téléologique).

#### 4.2.2 Méthode littérale

L'activité consistant à établir des actes authentiques relève de la juridiction gracieuse (juridiction non contentieuse), qui est considérée comme faisant partie de la procédure civile<sup>13</sup>. L'intégration de la juridiction gracieuse dans la procédure civile ressort déjà de l'objet du CPC, qui mentionne également les décisions judiciaires de la juridiction gracieuse (art. 1, let. b, CPC). Au niveau de l'énoncé, la procédure notariale relève par conséquent de la compétence de la Confédération de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile conformément à l'art. 122, al. 1, Cst.

#### 4.2.3 Méthode systématique

La position de l'art. 122, al. 1, dans la Constitution confirme qu'il s'agit d'une disposition qui règle une compétence de la Confédération (voir les titres précédant les art. 42 et 54 Cst.) et qu'elle porte sur le droit civil au sens large (voir le titre de l'art. 122 Cst.). On ne peut pas tirer de la systématique de l'acte juridique d'autres informations utiles à la présente analyse.

#### 4.2.4 Méthode historique

La genèse de l'art. 122 Cst se décompose en plusieurs étapes.

- a. L'art. 64, al. 1 et 2, de la Constitution fédérale de 1874 (aCst.)<sup>14</sup>, qui n'a plus été modifié de manière substantielle après 1898, attribuait à la Confédération une large compétence pour légiférer en matière de droit civil, tout en précisant à l'al. 3 que l'*« organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé »*. La Confédération ne disposait donc pas de compétences législatives pour la procédure judiciaire relative à la procédure civile ; les cantons restaient compétents à cet égard.<sup>15</sup> Il était toutefois établi que la Confédération pouvait édicter des règles de droit public complémentaire dans la mesure où elles étaient nécessaires pour garantir une exécution efficace et une application uniforme du droit civil fédéral (exemples : certains actes authentiques, liés notamment aux testaments visés aux art. 499 à 504 CC ; droit du registre du commerce, du registre de l'état civil et du registre foncier ; droit des tutelles).<sup>16</sup>

Dans ce contexte, deux arguments principaux tendent à montrer que le législateur fédéral aurait déjà pu réglementer la procédure d'instrumentation des actes authentiques dans la version originale du CC<sup>17</sup> : premièrement, l'art. 64, al. 3, aCst. réservait la compétence des cantons de légiférer en matière de procédure *judiciaire* uniquement. Cette disposition ne venait donc pas contredire l'interprétation selon laquelle l'al. 1 se rapportait

<sup>12</sup> Voir par ex. l'aperçu dans le St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 7 à 11 ad art. 122.

<sup>13</sup> Ruf (nbp 5), n. 246 ; Mooser (nbp 2), n. 53 ; JAAC 46 p. 48 n° 7 = RNRF 64/1983, n° 65 / p. 342, ch. 1.a. ; St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 14, 19 et 20 ad art. 122 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 26 ad art. 122.

<sup>14</sup> RS 1 3 ; texte joint en annexe ; au sujet de l'introduction progressive de la compétence fédérale en matière de droit civil, voir Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 1 ad art. 122, et St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 1 ad art. 122.

<sup>15</sup> Blaise Knapp, n. 62 à 64 ad art. 64, in : Kurt Eichenberger et. al. (édit.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, recueil de feuillets mobiles 1987–1996 (ci-après : Kommentar BV 1874).

<sup>16</sup> Kommentar BV 1874 (nbp 15), Blaise Knapp, n. 33 à 39 ad art. 64.

<sup>17</sup> Opinion favorable : JAAC 46 p. 48 n° 7 = RNRF 64/1983, n° 65 / p. 342, ch. 1.a.

tait également aux procédures de juridiction gracieuse devant des autorités non judiciaires.<sup>18</sup> C'est ainsi qu'un nombre considérable de procédures de la juridiction gracieuse (concernant en particulier les trois registres mentionnés et le droit des tutelles) ont été réglementées par des dispositions de droit fédéral sans que la démarche ait été critiquée comme étant anticonstitutionnelle. Le fait que le domaine des actes authentiques n'ait pas été réglementé par le droit fédéral n'est pas dû, selon cette conception, à l'absence de base constitutionnelle, mais à d'autres raisons. Deuxièmement, le législateur fédéral disposait d'une grande marge de manœuvre pour décider s'il était nécessaire d'harmoniser un domaine afin de garantir une application correcte et uniforme du droit fédéral. Même si on avait jugé que le premier argument n'était pas convaincant, le législateur fédéral aurait pu, en invoquant ce second argument, édicter en guise de droit complémentaire des règles uniformes sur l'établissement des actes authentiques. Comme il n'a manifestement pas jugé nécessaire d'instaurer des règles fédérales en la matière, il a prévu une dérogation au principe de la codification (voir art. 5 CC et 51 Tit. fin. CC) pour ce domaine et a chargé les cantons à l'art. 55, al. 1, Tit. fin. CC de déterminer les modalités de la forme authentique sur leur territoire.<sup>19</sup> Il n'est toutefois pas nécessaire de poursuivre ici cette réflexion pour savoir si le législateur fédéral aurait pu uniformiser la procédure d'instrumentation en vertu de l'ancien droit constitutionnel.

En ce qui concerne la *compétence* des cantons, l'art. 55, al. 1, Tit. fin. CC a un effet purement déclaratoire (que ce soit parce qu'une réglementation fédérale primant le droit cantonal dans une situation de compétence fédérale concurrente faisait défaut ou, selon une autre conception, parce que la forme authentique ne relevait pas de la Confédération). Le législateur a en revanche instauré une *obligation* pour les cantons d'établir des règles en matière d'actes authentiques (voir art. 52 et 53, al. 2, Tit. fin. CC, avec la possibilité pour le Conseil fédéral d'édicter des dispositions à défaut des cantons à l'art. 53, al. 1, Tit. fin. CC).

- b. Quelque temps après l'entrée en vigueur du code civil, le Tribunal fédéral a reconnu progressivement que le droit civil posait à la fois des exigences minimales et des exigences maximales concernant la forme authentique. La même idée est à la base de ces deux types d'exigences : le droit cantonal ne doit pas empêcher la bonne application du droit civil fédéral<sup>20</sup>. L'énoncé de l'art. 55, al. 1, Tit. fin. CC est donc formulé de manière trop peu nuancée vu que la procédure d'instrumentation des actes authentiques est, aujourd'hui déjà, bien encadrée par le droit fédéral.
- c. Suite à la révision totale de la Constitution fédérale du 18 avril 1999<sup>21</sup>, le nouvel art. 122 a remplacé l'ancien art. 64 aCst. Dans sa version d'origine<sup>22</sup>, l'art. 122 Cst. entrait strictement dans la logique de mise à jour de la Constitution : la révision ne visait pas à introduire des modifications matérielles, mais à structurer le droit constitutionnel de manière systématique et le formuler dans un langage compréhensible.<sup>23</sup> C'est ainsi que l'al. 1 conférait à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil, alors que l'« organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière de droit civil » restaient du ressort des cantons, conformément à l'al. 2. La répartition des compétences n'avait donc pas été modifiée.

<sup>18</sup> W. Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3<sup>e</sup> éd. Berne 1931, p. 589.

<sup>19</sup> C'est ce que semble également penser le Tribunal fédéral, en retenant que le législateur fédéral a, en adoptant l'art. 55 Tit. fin. CC, transmis une tâche aux cantons, ATF 133 I 259 consid. 2.1 et 131 II 639 consid. 6.1 ; également Mooser (nbp 2), n. 40.

<sup>20</sup> Pour une vue d'ensemble : Mooser (nbp 2), n. 26, 41 et 42, et ATF 133 I 259 consid. 2.2, avec d'autres références.

<sup>21</sup> RO 1999 2556.

<sup>22</sup> Le texte original est joint en annexe.

<sup>23</sup> Message FF 1997 I 1, 344.

- d. Ce n'est qu'avec la réforme de la justice que le constituant a intégré la procédure civile à l'art. 122, al. 1, Cst.<sup>24</sup> Le législateur fédéral jouit donc désormais de la compétence de codifier l'ensemble du droit civil et de la procédure civile. La volonté d'attribuer la compétence de légiférer pour le droit matériel et le droit de procédure à un seul niveau vise à régler les problèmes de coordination qui se posaient jusque-là<sup>25</sup>. Les cantons restent toutefois compétents pour l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en matière de droit civil (c'est-à-dire pour mener les différentes procédures au cas par cas).
- e. Le code de procédure civile de 2008 codifie le droit de procédure civile et règle la procédure devant les juridictions cantonales qui est applicable a) aux affaires civiles contentieuses, b) aux décisions judiciaires de la juridiction gracieuse, c) aux décisions judiciaires en matière de droit de la poursuite pour dettes et la faillite et d) à l'arbitrage. Sont notamment exclus le droit de la poursuite pour dettes et de la faillite ainsi que la juridiction gracieuse devant des autorités non judiciaires. Cette restriction s'explique par la volonté, d'une part, de conserver les dispositions de droit fédéral qui ont fait leurs preuves (par ex. la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite<sup>26</sup> et le droit relatif au registre de l'état civil, au registre foncier et au registre du commerce) et, d'autre part, de ne pas remettre en question la compétence des cantons de légiférer en matière de procédure d'instrumentation des actes authentiques<sup>27</sup>. Le fait que le législateur fédéral n'a pas légiféré sur la procédure d'instrumentation des actes authentiques ne permet cependant pas de conclure qu'il n'aurait pas eu le droit de le faire.

Pour résumer, l'évolution du droit telle que présentée ci-dessus nous permet de soutenir que le législateur fédéral aurait la possibilité, en se fondant sur l'art. 122 Cst., de codifier l'intégralité de la matière que forment le droit civil et la procédure civile. La procédure d'instrumentation des actes authentiques fait partie de cet ensemble en tant qu'élément de la juridiction gracieuse, comme les autres domaines déjà cités. Chacun de ces domaines sert le droit civil en fondant des rapports de droit civil par l'intermédiaire d'autorités administratives ou de particuliers auxquels sont déléguées des tâches administratives. L'interprétation historique confirme donc l'interprétation littérale.

#### 4.2.5 Méthode téléologique

L'interprétation téléologique de l'art. 122 Cst. n'amène pas d'éléments allant à l'encontre des réflexions menées ci-dessus. L'objectif de la disposition est de donner au législateur fédéral la possibilité de réglementer le droit civil matériel et la procédure civile de façon exhaustive tout en lui laissant le choix de décider dans quels domaines il entend légiférer. Cette compétence n'exclut pas qu'il décide de renoncer à réglementer un domaine comme celui de la procédure d'instrumentation et en laisse la compétence aux cantons (en laissant l'art. 55 Tit. fin. CC inchangé). Elle n'exclut pas non plus qu'il révise son jugement et reconnaissse aujourd'hui un plus grand besoin d'uniformisation que par le passé.

#### 4.2.6 Évaluation générale

À l'instar d'autres domaines de la juridiction gracieuse, la procédure d'instrumentation présente les caractéristiques extérieures d'une procédure administrative. Il est donc difficile d'argumenter qu'il s'agit effectivement de droit civil. Nous arrivons toutefois à la conclusion que cette procédure fait bien partie de l'ensemble formé par le droit civil et la procédure civile sur

<sup>24</sup> Art. 122, al. 1, Cst. dans la version du RO 2002 3148, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007 selon RO 2006 1059.

<sup>25</sup> Message FF 1996 I 1, 532 et 533; Alex Dépraz, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, thèse Lausanne 2002, n. 88 à 90.

<sup>26</sup> RS 281.1

<sup>27</sup> Message FF 2006 6848, 6874.

lequel porte la compétence fédérale. Savoir si elle doit être rattachée au droit civil ou à la procédure civile est une question tout académique. La genèse de la réglementation, la doctrine riche et variée sur le sujet et l'extension progressive des règles fédérales compliquent certes l'évaluation de la question.

Ce point peut toutefois rester en suspens, car il n'y a aucune raison justifiant que le constituant ait autorisé la Confédération à édicter des règles portant sur les procédures civiles devant les tribunaux et sur les procédures liées au registre du commerce, au registre foncier, au registre de l'état civil ou encore au registre des marques tout en lui interdisant d'uniformiser la procédure d'instrumentation. Si tel était le cas, le législateur fédéral pourrait certes continuer de prescrire la forme authentique, il pourrait dire quels effets entraînerait la violation de ces prescriptions et définir la procédure à suivre pour que les registres s'y conforment, mais il serait pieds et poings liés s'il venait à constater que les circonstances actuelles exigent une uniformisation des procédures en matière d'actes authentiques. Qui plus est, les règles déjà édictées pour l'établissement d'actes authentiques électroniques<sup>28</sup> seraient anti-constitutionnelles. Rien n'expliquerait ce décalage par rapport à la manière dont le droit constitutionnel est appliqué dans les domaines comparables déjà cités. La procédure d'instrumentation ferait figure de bloc erratique dans le paysage juridique que constitue le droit civil et la procédure civile : ce serait le seul domaine que la Constitution réserverait aux cantons, sans que le texte le mentionne explicitement.

Certains auteurs de doctrine estiment que la procédure d'instrumentation ne fait pas partie du droit civil ni de la procédure civile, mais relève du droit public, qui est du ressort des cantons en l'absence de compétence fédérale.<sup>29</sup> Cette conception est sans nul doute influencée par l'existence, depuis la nuit des temps, de l'art. 55 Tit. fin. CC, qui exige que les cantons déterminent pour leur territoire les modalités de la forme authentique, et par le fait que les cantons édictent pour ce faire des règles qui présentent des caractéristiques typiques du droit administratif. Cette analyse est toutefois erronée en ce qui concerne la répartition des compétences de droit constitutionnel, et ce pour au moins quatre raisons. Premièrement, le droit de procédure – y compris la procédure civile – constitue toujours du droit public ; cela vaut également pour les domaines de la juridiction gracieuse qui lui sont apparentés. Deuxièmement, personne ne conteste que l'art. 122 Cst. autorise la Confédération à édicter des règles qui dégagent des relents de droit administratif. Troisièmement, la juridiction gracieuse, qui exhale elle aussi ce fumet, est considérée comme faisant partie de la procédure civile (voir plus haut). Quatrièmement, on ne peut pas déduire de l'absence de réglementation fédérale que la compétence fédérale en question n'existe pas – d'autant moins lorsqu'il s'agit d'une compétence fédérale concurrente. Ce qui est déterminant en fin de compte, c'est la portée de la compétence fédérale : est-ce que la procédure d'instrumentation est soumise à l'art. 122, al. 1, Cst. ou pas ? Pour les raisons évoquées ci-dessus, nous arrivons à la conclusion que c'est bien le cas.

Une autre objection est également parfois formulée contre l'uniformisation de la procédure d'instrumentation par le droit fédéral : l'organisation et la procédure en la matière sont trop inextricablement liées pour pouvoir être séparées.<sup>30</sup> Il est vrai que le droit de procédure définit les droits et les devoirs des autorités et des particuliers qui assument des tâches publiques. Mais seuls les processus de travail sont touchés, et non l'organisation en tant que telle (notariat d'État ou notariat latin, organisation de la surveillance, répartition géographique

<sup>28</sup> Art. 55a Tit. fin. CC et ordonnance du 8 décembre 2017 sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (OAAE, RS 211.435.1).

<sup>29</sup> Denis Piotet, L'acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, RNRF 84/2003, p. 130, 137 ; Jürg Schmid, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel, in : Alexandra Rumo-Jungo / Pascal Pichonnaz / Bettina Hürlimann-Kaup / Christiana Fountoulakis (édit.), Une empreinte sur le Code civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, p. 591, ch. I.1, I.3 et II.2.b.

<sup>30</sup> Piotet, ibidem (nbp 29).

des études, nomination des titulaires, etc.), qui reste du ressort des cantons. Il n'est certes pas toujours aisément de séparer droit de l'organisation et droit de procédure, mais on ne saurait avancer pour autant que le législateur fédéral a renoncé à autoriser la Confédération à réglementer la procédure notariale à cause de ces difficultés. Une telle séparation est d'ailleurs explicitement prévue pour les tribunaux civils à l'art. 122, al. 2, Cst.

Dans les textes de doctrine plus anciens, on peut également lire que l'art. 64 aCst. ne vise qu'une unification du droit matériel et non du droit de procédure, raison pour laquelle la Confédération n'est pas compétente pour légiférer en matière de juridiction gracieuse.<sup>31</sup> Il faut voir ce commentaire comme une prise de position au sujet de la question – laissée sans réponse ci-dessus – de savoir si le législateur fédéral aurait également pu réglementer la procédure d'instrumentation avant que la compétence fédérale en matière de droit civil ait été étendue à la procédure civile. Comme la procédure civile relève désormais de la compétence de la Confédération, les défenseurs de l'avis exprimé ci-dessus devraient donc également arriver à la conclusion que la procédure en question peut être régie par le droit fédéral. Soit dit en passant, la thèse selon laquelle la Confédération ne peut pas réglementer la juridiction gracieuse dans son ensemble n'a manifestement été établie qu'en lien avec la procédure d'instrumentation des actes authentiques, car, comme nous l'avons montré ci-dessus, la compétence de la Confédération est reconnue dans les autres domaines de la juridiction gracieuse.

Vu ce qui précède, la compétence de légiférer en matière de procédure d'instrumentation entre bien dans le champ d'application de l'art. 122, al. 1, Cst.

## 5 Conclusion

La Constitution en vigueur confère au législateur fédéral la compétence d'édicter des règles sur la procédure visant à établir des actes authentiques relevant du droit civil.<sup>32</sup>

Remarques complémentaires :

- a. Les règles cantonales restent valables tant que le législateur fédéral n'a pas adopté de réglementation.
- b. Si le législateur fédéral règle de façon exhaustive la matière sur laquelle porte sa compétence de légiférer, les cantons restent uniquement responsables de l'organisation du notariat, dans la mesure où le législateur fédéral ne réglemente pas ce domaine pour garantir la mise en œuvre du droit fédéral (art. 122, al. 2, Cst.). Ils continuent de pouvoir choisir entre le modèle « latin », qui prévoit que les notaires travaillent à leur compte, et le notariat d'État ; les modèles mixtes restent également possibles.
- c. Il reste à vérifier si le droit public cantonal prévoit des cas où sont établis des actes authentiques qui ne concernent pas le droit civil ni la procédure civile. Ces cas ne seraient pas soumis à la compétence fédérale de légiférer en matière de droit civil et de procédure civile, indépendamment du fait qu'ils relèvent, comme les autres actes authentiques, du droit notarial du canton. Ils ne seraient pas soumis à la compétence de la Confédération à moins d'être couverts par une autre compétence fédérale (par ex. mensuration nationale selon l'art. 75a Cst.). Les cantons seraient toutefois libres de régler ces cas en renvoyant dans leur législation aux règles fédérales, afin d'uniformiser entièrement le droit des actes authentiques<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Hans Marti, Notariatsprozess, Berne 1989, p. 30 ss.

<sup>32</sup> Opinion partagée par St. Galler BV-Kommentar (nbp 6), Christoph Leuenberger, n. 14, 19 et 20 ad art. 122 ; Basler BV-Kommentar (nbp 3), Tarkan Göksu, n. 26 ad art. 122 ; Dépraz (nbp 25), n. 88 à 90. Auteurs qui ne mentionnent pas la juridiction gracieuse mais ne l'excluent pas non plus : Jean-François Aubert, Petit commentaire de la Constitution fédérale, Zurich 2003, n. 10 ad art. 122 ; Giovanni Biaggini, Kommentar zur Bundesverfassung, Zurich, éd. 2017, n. 4 ad art. 122.

<sup>33</sup> Voir l'ATF 139 III 225 pour des exemples de renvois aux règles fédérales.

- d. La question de savoir si l'uniformisation des règles par la Confédération est nécessaire et souhaitable a son importance vu les art. 5a et 43a, al. 1, Cst. (principe de subsidiarité dans l'accomplissement des tâches étatiques). Le législateur fédéral a une grande marge d'appréciation à cet égard. Jusqu'à présent, il n'a pas remis en question la décision, prise il y a longtemps, de laisser les cantons fixer les règles de la procédure d'instrumentation des actes authentiques. Il peut toutefois changer d'avis en raison de l'évolution de la situation (notamment mobilité accrue des personnes, des biens et des services). L'objection selon laquelle il est difficile de séparer les règles liées à l'organisation de celles qui régissent la procédure peut ici jouer un rôle déterminant : il n'est pas forcément sensé de séparer ce qui est étroitement lié et qui fonctionne bien dans le quotidien juridique. Il faut donc se demander si la situation actuelle est jugée satisfaisante ou si, en pondérant tous les avantages et les inconvénients, il vaudrait mieux procéder à une uniformisation de la matière.

Nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.

**Office fédéral de la justice OFJ**  
Domaine de direction Droit public

Susanne Kuster  
Sous-directrice

Dossier traité par : Christoph Bloch, unité Législation 2

## Annexe

### 1. Texte de l'art. 64 de la Constitution fédérale de 1874<sup>34</sup>

#### Art. 64

<sup>1</sup> La législation sur la capacité civile, sur toutes les matières du droit se rapportant au commerce et aux transactions mobilières (droit des obligations, y compris le droit commercial et le droit de change), sur la propriété littéraire et artistique, sur la protection des inventions applicables à l'industrie, y compris les dessins et modèles,<sup>115</sup> sur la poursuite pour dettes et la faillite est du ressort de la Confédération.

<sup>2</sup> La Confédération a le droit de légiférer aussi sur les autres matières du droit civil.<sup>116</sup>

<sup>3</sup> L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé.<sup>117</sup>

<sup>115</sup> Accepté en votation populaire du 19 mars 1905 (AF du 1er juillet 1905 – RO **21** 348; FF **1903** V 49, **1905** III 416).

<sup>116</sup> Accepté en votation populaire du 13 nov. 1898 (AF du 21 déc. 1898 – RO **16** 824 827; FF **1896** IV 574, **1898** IV 958).

<sup>117</sup> Accepté en votation populaire du 13 nov. 1898 (AF du 21 déc. 1898 – RO **16** 824 827; FF **1896** IV 574, **1898** IV 958).

### 2. Texte initial de l'art. 122 dans la Constitution de 1999<sup>35</sup>

#### Art. 122 Droit civil

<sup>1</sup> La législation en matière de droit civil relève de la compétence de la Confédération.

<sup>2</sup> L'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice en matière de droit civil sont du ressort des cantons.

<sup>3</sup> Les jugements civils ayant force de chose jugée sont exécutoires dans toute la Suisse.

<sup>34</sup> Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848 à 1947 1 A, p. 3; texte disponible à l'adresse [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Droit fédéral > Recueil systématique > Rechercher « 101 » > Révisions > 29.05.1874 – 01.01.2000 > toutes les versions.

<sup>35</sup> RO 1999 2556, 2586

## **Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz von Bund und Kantonen im Bereich des Beurkundungsrechts**

*Bericht zuhanden der Sitzung der Groupe de Réflexion zum Beurkundungsrecht vom 3. Dezember 2018*

Prof. Dr. Ruth Arnet, Rechtsanwältin und aargauische Notarin, Zürich

An der **Sitzung der Groupe de Réflexion vom 24. September 2018** wurde ich gebeten, meine dort mündlich formulierten Überlegungen zur Abgrenzung der Zuständigkeit von Bund und Kantonen zum Erlass von beurkundungsrechtlichen Vorschriften aus der Perspektive des materiellen Zivilrechts in schriftliche Form zu fassen.<sup>1</sup> Dazu stelle ich auf der Grundlage von Art. 122 BV (Ziff. I) und anhand spezifischer Fragestellungen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und der Doktrin (in sehr reduzierter Weise) dar (Ziff. II) und formuliere einige vorläufige Schlussfolgerungen (Ziff. III und IV).

### **I. Verfassungsrechtliche Überlegungen**

#### **1. Kompetenzzuweisung in Art. 122 BV**

Gemäss Art. 122 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes (Abs. 1), während die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen, soweit das Gesetz nicht etwas anderes vorsieht, im Zuständigkeitsbereich der Kantone liegt (Abs. 2). Auf der Grundlage von Art. 122 Abs. 1 BV besteht die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Bestimmungen zur öffentlichen Beurkundung, soweit diese dem **Zivilrecht** oder dem **Zivilprozessrecht** zugeordnet werden können.

Bekanntlich besteht in der Doktrin keine einheitliche Auffassung zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Beurkundungsrecht. Wichtige Lehrmei-

---

<sup>1</sup> Eine vollständige Verarbeitung des Schrifttums war aus zeitlichen Gründen leider nicht möglich.

nungen gehen davon aus, dass Art. 122 BV dem Bund nicht die Gesetzgebungskompetenz zuordne, ein einheitliches Notariat in allen Kantonen zu schaffen; vielmehr sei Art. 122 BV restriktiv auszulegen.<sup>2</sup> Immerhin wird die bundesrechtliche «Regelung der Minimalanforderungen», wie sie heute schon – wenn auch noch ohne klare Umrisse – anerkannt sind (vgl. hinten Ziff. II.1.2) als nicht verfassungswidrig eingestuft.<sup>3</sup>

## 2. Begriff des «Zivilprozessrechts»

Das Zivilprozessrecht erfasst die **autoritative Feststellung privatrechtlicher Verhältnisse in einem Mehrparteienverfahren**.<sup>4</sup> Im Bereich des Zivilrechts können die Kantone nur legiferieren, wenn die ZPO und weitere bundesrechtliche Erlasse diese Kompetenz vorsehen.<sup>5</sup> Das Gutachten BJ vom 13. September 2018 kommt zum Schluss, dass es sich beim Beurkundungsrecht um «Zivilprozessrecht» nach Art. 122 Abs. 1 BV handle. Das scheint mir zumindest unsicher:

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet «Gegenstand des Zivilprozessrechts ... das **Verfahren vor den Zivilgerichten**».<sup>6</sup> Da Art. 1 lit. b ZPO ausschliesslich von den «gerichtlichen Anordnungen» spricht, legt das grammatisches Auslegungselement den Schluss nahe, dass das «Zivilprozessrecht» gemäss Art. 122 Abs. 1 BV in der ZPO abschliessend geregelt ist und das Beurkundungsrecht daher gerade ausserhalb des Zivilprozessrechts liegt. Insofern scheint das grammatische Auslegungsargument gegen die

---

<sup>2</sup> PIOTET DENIS, L’acte authentique cantonal et le registre foncier fédéral, ZBGR 84/2003, S. 137.

<sup>3</sup> SCHMID JÜRG, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel, in: Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup, Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil. Mélanges en l’honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 594, 599, vgl. aber auch S. 594, wonach «die wichtigste Quelle des Beurkundungsrechts das Bundesprivatrecht ist».

<sup>4</sup> Vgl. BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, N 4.

<sup>5</sup> OFK-BIAGGINI (Fn. 4), N 2.

<sup>6</sup> BGE 140 III 155 E. 2 zur Frage der ausschliesslichen Zuständigkeit der Handelsgerichte.

Zuordnung zum Zivilprozess zu sprechen.<sup>7</sup> Die Einordnung des Beurkundungsrechts beim Zivilprozessrecht gestützt auf das historische Auslegungselement (Art. 122 BV als Kompetenz zur Regelung des Gesamtkomplexes aus Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4 a.E., S. 12) kann ich in den zitierten Materialien nicht ausreichend nachvollziehen; dasselbe gilt bezüglich des teleologischen Auslegungsarguments (Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.5).

### 3. Begriff des «Zivilrechts»

#### 3.1 Kriterien zur Umschreibung von «Zivilrecht»

Für die Umschreibung des Bereichs des «Zivilrechts» kann von einem Methodenpluralismus oder einem vermittelnden, **«typologischen» Verständnis** ausgegangen werden:<sup>8</sup> Gesetzliche Regelungen lassen sich insbesondere dann dem «Zivilrecht» zurechnen, wenn sie **typisch privatrechtliche Ziele verfolgen und die Voraussetzungen für einen funktionierenden Privatrechtsverkehr schaffen**.<sup>9</sup> Entsprechend werden **das Grundbuch- und Handelsregisterrecht** dem Privatrecht zugeordnet,<sup>10</sup> dessen Umsetzung schweizweit Verwaltungseinheiten übertragen ist. Ein strukturelles und ein typologisches Argument legen daher den Schluss nahe, dass damit auch die noch zu definierenden «Minimalanforderungen» des Beurkundungsrechts *a fortiori* dem Zivilrecht zuzuordnen sind: Denn zum einen ist – im Unterschied zu den dem Zivilrecht zugerechneten Grundbuch- und Handelsregisterwesen – das Beurkundungswesen in den meisten Kantonen nicht in die kantonale Verwaltung integriert; zum andern dient die öffentliche Beurkundung, die in direktem Kontakt mit den Bürgerinnen und Bürgern beim Abschluss von (privatrechtlichen) Rechtgeschäften zustande kommt, noch unmittelbarer als das Registerrecht dem funktionierenden Privatrechtsverkehr. Insgesamt scheint

---

<sup>7</sup> Vgl. aber Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.2, S. 12; vgl. dazu auch PIOTET (Fn. 2), S. 137.

<sup>8</sup> Vgl. auch Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.1. mit Nachweisen.

<sup>9</sup> Zum Ganzen: OFK- BIAGGINI (Fn. 4), Art. 122 N 3 mit Hinweisen.

<sup>10</sup> BGE 137 III 217 E.2.4.1.4; OFK- BIAGGINI (Fn. 4), N 3; vgl. auch Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4.a.

mir daher deutlich zu sein, dass das **Beurkundungsrecht mindestens in seinen elementaren Aspekten dem Zivilrecht zuzuordnen ist.**<sup>11</sup> Dabei gehe ich von einer «nachträglich derogatorischen Bundeskompetenz» aus,<sup>12</sup> so dass nicht primär darauf abzustellen ist, von welcher Gesetzgebungskompetenz auf der Ebene des Bundes bereits Gebrauch gemacht wurde, sondern darauf, welcher Raum auf der Grundlage von Art. 122 BV zur Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens durch Bundesrecht besteht.

### *3.2 Weitere Abgrenzung zwischen materiellem Zivilrecht und Behördenorganisation?*

Im Bereich des oben zum Vergleich herangezogenen Grundbuchrechts werden die Einrichtung des Grundbuchs, die Voraussetzungen und das Verfahren der Eintragung durch Bundesrecht geregelt (Art. 942 ff. ZGB), während die «Einrichtung der Grundbuchämter, die Umschreibung der Kreise, die Ernennung und Besoldung der Beamten sowie die Ordnung der Aufsicht» durch die Kantone erfolgt (Art. 953 ZGB). Zudem gestalten die Kantone die Gebührenordnung (Art. 954 ZGB). Auch im Bereich des Grundbuchs bestehen demnach eine Zuständigkeit des Bundes (auf der Grundlage von Art. 122 BV: «Zivilrecht») und der Kantone (wohl) nebeneinander. Ob der Begriff des Zivilrechts in einem so weiten Sinne zu verstehen ist, dass – wie im Bereich des Grundbuchrechts – nicht «nur» das Verfahren der öffentlichen Beurkundung, sondern auch die grundlegende Bestimmung der **Organisationstruktur** in der Regelungskompetenz des Bundes liegen könnte, wird an dieser Stelle nicht weiter thematisiert.

---

<sup>11</sup> Ebenso: Erläuternder Bericht zur Änderung betreffend öffentliche Beurkundung des Bundesamtes für Justiz, Direktionsbereich Privatrecht, vom Dezember 2012, Ziff. 1.2.1.

<sup>12</sup> Vgl. Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 6.1 mit Hinweisen.

## **II. Erfassung des Bereichs des «Zivilrechts» im Beurkundungsrecht**

Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung wird oft generell als öffentliches Verfahrensrecht eingeordnet.<sup>13</sup> Diese Vorstellung bedarf der Präzisierung.

### 1. Öffentliche Beurkundung als «Begriff des Bundesrechts»

#### *1.1 Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte und beurkundungsbedürftiger Inhalt*

Das Bundesrecht umschreibt zunächst den Anwendungsbereich der öffentlichen Beurkundung bezüglich der **Notwendigkeit und des Umfangs der öffentlichen Beurkundung**, beantwortet also die Frage, welche Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden sind (**Kreis** der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte: z.B. Art. 81 Abs. 1, 184, 195a Abs. 1, 337, 361 Abs. 1, 498 ff., 512, 650 Abs. 2, 657 Abs. 1, 680 Abs. 2, 681b Abs. 1, 712d Abs. 3, 732 Abs. 1, 763, 779a, 799 Abs. 2 ZGB; Art. 25 Abs. 3 PartG; Art. 11 ff., 216, 243 Abs. 2, 367 Abs. 2, 493, 629 Abs. 1, 634 Ziff. 1, 647, 650 Abs. 2, 736 Ziff. 2, 777 Abs. 1, 780, 821 Abs. 2 OR; s. auch Art. 20, 44, 65, 70 Abs. 2, 79 Abs. 3 FusG) und in welchem Umfang solche Rechtsgeschäfte der öffentlichen Beurkundung unterliegen (**Umfang** der Beurkundungsbedürftigkeit).<sup>14</sup> Die Zugehörigkeit dieser Bestimmungen zum Bundesrecht ist – so weit ersichtlich – unbestritten.

---

<sup>13</sup> MUTZNER PAUL, Die öffentliche Beurkundung des schweizerischen Privatrechts, ZSR II, 1921, S. 112a; RUF PETER, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, N 133 f.; BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 21 ff.; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, Diss. Freiburg 1988, ASIUF Nr. 83, N 22 mit Hinweisen; SCHMID JÜRG, Art. 55 SchlT ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015, Art. 55 SchlT ZGB N 3; SCHMID JÜRG, Schweizerisches Beurkundungsrecht im Wandel (Fn. 3), S. 591 ff.

<sup>14</sup> BGE 99 II 159 E. 2a, 106 II 147 E. 2a; statt vieler: MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Bern 2014, N 32, 458 ff.

### *1.2 Bundesrechtliche Anforderungen an das Beurkundungsverfahren*

Das eigentliche Beurkundungsverfahren ordnete das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung noch generell dem kantonalen Recht zu<sup>15</sup>. Anders die Doktrin: Diese ging schon sehr früh davon aus, dass das Bundesrecht auch in dem den Kantonen zur verfahrensmässigen Ordnung überlassenen Bereich bestimmt, was unter öffentlicher Beurkundung zu verstehen ist.<sup>16</sup> Nach der nachhaltig prägenden Formel von HANS HUBER ist mangels eines positiven Rechtssatzes im eidgenössischen Recht **der Begriff der öffentlichen Beurkundung durch Lehre und Rechtsprechung anhand der im ZGB für die Verfügungen von Todes wegen enthaltenen Vorschriften und aufgrund von Sinn und Zweck der Beurkundung zu konkretisieren** und zu umschreiben.<sup>17</sup>

In der Folge anerkannte das Bundesgericht in BGE 90 II 274 Erw. 5 erstmals, dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung Teil des Bundesrechts bildet und dass sich entsprechend die Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung gleichermassen nach Bundesrecht richten. Nach der aktuellen Rechtsprechung legt das Bundesrecht unter dem Titel «Begriff der öffentlichen Beurkundung» nicht nur fest, was unter der **Form der öffentlichen Beurkundung** zu verstehen ist<sup>18</sup>, sondern auch, welche **Mindestanforderungen das Verfahren der öffentlichen Beurkundung** erfüllen muss.<sup>19</sup> Die Regeln zum Verfahren der öffentlichen Beurkundung ordnet das Bundesge-

---

<sup>15</sup> BGE 57 II 142 E. 1.

<sup>16</sup> MUTZNER (Fn. 13), S. 118a; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 4 ff..

<sup>17</sup> HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bunderechtes, ZBGR 1988, S. 235.

<sup>18</sup> BGE 84 II 636; 99 II 159 E. 2a: «Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren. Das Bundesrecht sagt selber nicht, in welcher Weise und in welchem Verfahren die öffentliche Beurkundung bei Kaufverträgen über Grundstücke, zu denen auch der Kaufsrechtsvertrag gehört (BGE 86 II 36), vorzunehmen ist, noch wer solche Verträge verurkunden darf; das im Einzelnen zu regeln, ist durch Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB vielmehr den Kantonen überlassen worden.» Vgl. auch BGE 113 II 402 E. 2.a.

<sup>19</sup> BGE 99 II 159 E. 2a; 84 II 640 E. 1; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 7 mit Hinweisen; vgl. auch: MUTZNER (Fn. 13), S. 118a.

richt zwar weiterhin dem kantonalen Recht zu, hält aber zugleich fest, dass «**die kantonale Regelung einerseits die sich aus dem Begriff und Zweck der öffentlichen Beurkundung ergebenden Mindestanforderungen erfüllen**» müsse, und «**anderseits auch nicht so weit gehen**» dürfe, «**dass sie die Wirksamkeit des Bundeszivilrechts beeinträchtigt oder verunmöglicht**».<sup>20</sup> Die kantonale Regelung könne «insbesondere nicht die Gültigkeit eines formbedürftigen Vertrages von der Beurkundung einer Tatsache abhängig machen, die von Bundesrechts wegen keiner besonderen Form bedarf» (Kriterium des Umfangs der öffentlichen Beurkundung).<sup>21</sup> Daraus folgt, dass das kantonale Recht nicht nur bundesrechtliche **Mindestanforderungen** erfüllen muss, sondern im Interesse der «**Wirksamkeit des Bundesrechts**» und der einheitlichen Anwendung des Bundesrechts<sup>22</sup> zusätzlich auf einen «**Maximalstandard**» limitiert ist (vgl. dazu hinten Ziff. 3.1).<sup>23</sup> In seiner weiteren Rechtsprechung knüpfte das Bundesgericht konstant an den bundesrechtlichen Mindestanforderungen an, welche «**sich aus dem materiellrechtlichen Zweck des Instituts**» der öffentlichen Beurkundung ergäben.<sup>24</sup>

Da die öffentliche Beurkundung eine Formvorschrift des ZGB und OR darstellt, steht wohl ausser Frage, dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung auch bezüglich des Verfahrens nicht dem (bundesrechtlichen) öffentlichen Recht, sondern dem **Zivilrecht** des Bundes angehört.<sup>25</sup>

## 2. Bundesrechtliche Verfahrensvorschriften

Das Bundesrecht legt hauptsächlich bezüglich der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen (Art. 498 ff., 512 ZGB) das Beurkundungsverfahren insgesamt oder bezüglich gewisser inhaltlicher Erfordernisse fest. Im

---

<sup>20</sup> BGE 99 II 159 E. 2a.

<sup>21</sup> BGE 99 II 159 E. 2a mit Hinweisen.

<sup>22</sup> Vgl. die Nachweise im Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.4.b.

<sup>23</sup> BGE 99 II 159 E. 2a; BRÜCKNER (Fn. 13), N 19 ff.; SCHMID JÜRGEN (Fn 3), S. 595; MOOSER (Fn. 14), N 26, 42.

<sup>24</sup> BGE 106 II 146 E. 1 mit Hinweisen; ZK-HAAB (Fn. 19), N 31 und BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 107.

<sup>25</sup> Vgl. allerdings BRÜCKNER (Fn. 13), N 23.

Folgenden ist der Frage nachzugehen, welche Aspekte der Beurkundungsverfahrens darüber hinaus durch **Bundesrecht** geregelt sind bzw. geregelt werden können.

*2.1 Was lässt sich aufgrund des allgemeinen Kriteriums des «Zwecks der öffentlichen Beurkundung» für die Frage der Gesetzgebungscompetenz gewinnen?*

Zum nach der Formel des Bundesgerichts massgebenden (materiellrechtlichen) **Zweck des Instituts der öffentlichen Beurkundung** (vgl. vorne Ziff. II.1) besteht umfangreiches Schrifttum.<sup>26</sup> Diese allgemeinen Darstellungen bewegen sich regelmässig auf der **Ebene rechtspolitischer und rechtspychologischer Aspekte** des Abschlusses privatrechtlicher Rechtsgeschäfte: In der älteren schweizerischen Lehre steht als Zweck der öffentlichen Beurkundung der Schutz der Parteien vor unbedachten Vertragsabschlüssen, der sog. «Schutz vor Übereilung», im Vordergrund, aber auch die Förderung der Präzision und die sichere Aufbewahrung des Rechtsgeschäfts und die Schaffung einer zuverlässigen Grundlage für die Eintragung in öffentliche Register.<sup>27</sup> In Ergänzung dazu scheint in jüngerer Zeit auch die Funktion der Ermittlung und der wahrheitsgetreuen Umsetzung des «wirklichen, vollständigen, unverfälschten» Parteiwillens ins Zentrum zu rücken.<sup>28</sup> Wie auch immer Zweck und Funktion umschrieben werden: **Massgebend für das Kriterium des «Zwecks der öffentlichen Beurkundung» ist die ratio legis der bundesrechtlichen Formvorschriften.** Diese liegt – sehr

---

<sup>26</sup> Statt vieler: BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 2 ff.. SCHMID JÖRG, Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht//Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 8 ff., 10, unterscheidet zwischen Zwecken und Zielen der öffentlichen Beurkundung. JEANDIN ETIENNE, La profession de notaire, Quid iuris? Bd. 22, Zürich 2017, S. 16 ff.

<sup>27</sup> BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 19), Art. 657 ZGB N 2 ff. SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht (Fn. 26), S. 8 ff.

<sup>28</sup> SCHMID JÖRG, Belehrungs- und Beratungspflicht (Fn. 26), S. 10; vgl. auch ARNET RUTH, Form folgt Funktion, ZBJV 149/2013, S. 401. Nach MOOSER (Fn. 14), N 433, kommt der öffentlichen Beurkundung auch eine «Funktion der Rechtspolizei» zu.

vereinfacht ausgedrückt – in der Warnfunktion, der Klarstellungsfunktion und der Sicherungsfunktion.<sup>29</sup>

## 2.2 *Welche Bedeutung hat Art. 11 OR im Kontext der Abgrenzung der Zuständigkeit zum Erlass von beurkundungsrechtlichen Bestimmungen?*

Gemäss Art. 11 Abs. 1 OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt nach Art. 11 Abs. 2 OR die **Gültigkeit des Vertrages** von der Einhaltung dieser Form ab.<sup>30</sup> Art. 11 OR findet nicht nur auf Verträge, sondern auf sämtliche privatrechtlichen Rechtsgeschäfte Anwendung.<sup>31</sup>

Da das Bundesrecht nicht nur den Kreis der zu beurkundenden Rechtsgeschäfte und den Umfang des zu beurkundenden Inhalts dieser Rechtsgeschäfte umschreibt (vorne Ziff. II.1.2),<sup>32</sup> sondern auch hinaus festlegt, dass die Formvorschrift grundsätzlich eine Gültigkeitsvorschrift darstelle (Art. 11 Abs. 2 OR), kann und muss das Bundesrecht im Rahmen des Zivilrechts auch definieren, welche Verfahrenselemente für eine gültige öffentliche Beurkundung erforderlich sind. Die sog. «Minimalanforderungen» haben insofern die Funktion sicherzustellen, dass das Beurkundungsverfahren die der öffentlichen Beurkundung zugewiesene Aufgabe, ein nach materiellem Bundesrecht verbindliches Rechtgeschäft zur Entstehung zu bringen, erfüllt. **Die bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften entsprechen demnach aus meiner Sicht den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten «Minimalanforde-**

---

<sup>29</sup> KRAMER/SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Band VI, Nr. 1/1, Bern 1986, Art. 11 OR N 13 ff.

<sup>30</sup> Vgl. SCHMID JÖRG, Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Stiftung Schweizerisches Notariat (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren / La procédure d'instrumentation des actes authentiques, Zürich 2007, S. 1 ff.

<sup>31</sup> MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bern 2018, Art. 11 OR N 38.

<sup>32</sup> Vgl. auch MOOSER (Fn. 14), N 31 ff.

**rungen» an das Verfahren der öffentlichen Beurkundung.<sup>33</sup>** Oder anders gewendet: **Die Kompetenz des Bundes um Erlass von «Zivilrecht» (Art. 122 Abs. 1 BV) betrifft (auch) die Anforderungen an das Verfahren, welches die gültige Entstehung der öffentlichen Urkunde rechtfestigt** (vgl. auch Art. 9 ZGB). **Die «Mindestanforderungen» stellen bundesrechtliche Gültigkeitsvorschriften dar.**

### 2.3 *Beurteilt sich die Bedeutung einer Verfahrensvorschrift als Gültigkeitsvorschrift nach Bundesrecht oder nach kantonalem Recht?*

Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre gehen davon aus, dass *de lege lata* die Frage, ob eine **kantonale Beurkundungsregel** eine Gültigkeitsvorschrift oder eine blosse Ordnungsvorschrift darstellt, nach kantonalem Recht zu beurteilen sei.<sup>34</sup> Zudem vertritt ein Teil der Doktrin – meiner Meinung nach zu Recht – die Auffassung, eine «Verletzung der **bundesrechtlichen Mindestanforderungen** an die öffentliche Beurkundung» könne schon nach heutigem Recht «von den Kantonen nicht als blosse Verletzung von Ordnungsvorschriften deklariert werden».<sup>35</sup>

Aus meiner Sicht lässt sich das Folgende feststellen: Wenn das Bundesrecht den Begriff der öffentlichen Beurkundung im Sinne einer Gültigkeitsvor-

---

<sup>33</sup> Im Ergebnis wohl ähnlich BK-WOLF, N 38 zu Art. 9 OR; ähnlich auch DÉPRAZ ALEX, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Dissertation, Lausanne 2002, N 592, allerdings mit dem Hinweis, die bundesrechtlichen Vorschriften seien «*de nature formelle*». Die Bedeutung der Kategorie «formell» scheint mir nicht zweckmäßig, da es sich beim Adjektiv «formell» nicht um ein gesetzliches Kriterium handelt; es wird oft auch zur Umschreibung der Organisationsnormen verwendet, vgl. z.B. BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 2. Vgl. auch JEANDIN (Fn. 26), S. 21, der die Minimalvorschriften mit Art. 11 OR in Verbindung bringt.

<sup>34</sup> BGE 106 II 146 E. 3; MOOSER (Fn. 14), N 692a; vgl. auch BSK ZGB II-SCHMID (Fn. 13), Art. 55 SchlT ZGB N 10; BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 242.: «Eine andere Frage ist, welche Vorschriften innerhalb des kantonalen Beurkundungsrechts die Gültigkeitsform der öffentlichen Beurkundung näher umschreiben und welche von ihnen nur reine Ordnungsvorschriften sind (...). Darüber entscheidet – in den Grenzen des bundesrechtlichen Begriffs der öffentlichen Beurkundung (...) – ausschliesslich das kantonale Recht (...). Im Zweifel ist eine blosse Ordnungsvorschrift anzunehmen, denn Formvorschriften sind, als künstliche Beschränkungen des Rechtsverkehrs, restriktiv auszulegen (...).»

<sup>35</sup> HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHUMACHER RAINER/SCHMID JÖRG, Droits réels – Sachenrecht, BR 2010, S. 192.

schrift umschreibt und die «Wirkungen» des Bundesrechts durch kantonales Beurkundungsrecht nicht beeinträchtigt werden dürfen (vgl. vorne Ziff. II.1.2), so sind auch **alle Verfahrenselemente, die für die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde erforderlich sind, ausschliesslich dem Bundesrecht zuzurechnen** (vgl. zum gleichen Ergebnis aus der Perspektive des Beurkundungsrechts hinten Ziff. II.3). Hingegen sollen die kantonalen Bestimmungen, welche die «Einzelheiten der öffentlichen Beurkundung regeln», nicht unter Art. 11 Abs. 2 OR fallen.<sup>36</sup> Damit sind die kantonalen Beurkundungsvorschriften, welche «die Einzelheiten» regeln, aus Sicht des materiellen Rechts als blosse Ordnungsvorschriften zu verstehen. Folgt man dieser Auffassung, ergibt sich, dass die **Qualifikation einer Verfahrensvorschrift als Gültigkeits- oder Ordnungsvorschrift ausschliesslich gemäss Bundesrecht zu beurteilen ist.**

#### *2.4 Was ergibt sich aus der bisherigen Rechtsprechung und Lehre zur Frage der Anforderungen an eine gültige öffentliche Urkunde?*

Die Frage, ob die Form der öffentlichen Beurkundung eingehalten ist, wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der überwiegenden Lehre nach **objektiven Gesichtspunkten** beurteilt.<sup>37</sup> So stellen etwa die (i) Zulassung der beurkundenden Person zu dieser Funktion, (ii) die Bezeichnung der Parteien und ihrer Stellvertreter,<sup>38</sup> (iii) die Feststellbarkeit der Identität der Urkundsperson, (iv) die Unterschrift der Urkundsperson, (v) deren örtliche oder sachliche Zuständigkeit und (vi) die Einhaltung der Einheit des Aktes bundesrechtliche Anforderungen an die Gültigkeit der öffentlichen Urkunde und damit Voraussetzungen der materiell-rechtlichen Gültigkeit des Rechtsgeschäfts dar.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 244; SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 289.

<sup>37</sup> MOOSER (Fn. 14), N 679 mit Hinweisen.

<sup>38</sup> BGE 99 II 159; vgl. auch PIOTET (Fn. 2), S. 131.

<sup>39</sup> Vgl. die Darstellung der Rechtsprechung und Lehre zur Ungültigkeit infolge Verletzung bundesrechtlicher Formvorschriften bei MOOSER (Fn. 14), N 680 mit Nachweisen; vgl. auch JEANDIN (Fn. 26), S. 24 f.

### 3. Kantonale Beurkundungsregeln als reine Ordnungsvorschriften

Wenn – wie vorne vorgeschlagen (Ziff. II.2.3) – alle für die gültige Entstehung der öffentlichen Urkunde erforderlichen Verfahrenselemente zum (un geschriebenen) Bundesrecht gehören, kommt als Konsequenz den beurkundungsrechtlichen Verfahrensregeln der Kantone nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften zu.

#### *3.1 Was lässt sich bezüglich der Charakterisierung der kantonalen Verfahrensvorschriften aus der aktuellen Rechtsprechung und Lehre gewinnen?*

Rechtsprechung und Lehre anerkennen, dass bezüglich der Regelungskompetenz der Kantone auch sog. «**Maximalstandards**» bestehen, indem das kantonale Recht, hier die Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens, die Wirk samkeit des Bundesrechts nicht beeinträchtigen darf (vgl. vorne Ziff. II.1.2). Daraus folgt m.E., dass die **Kantone keine über das Bundesrecht hinaus gehenden Anforderungen an die gültige Errichtung der öffentlichen Urkunde festlegen können**. Daraus folgt weiter, dass die kantonalen Vorschriften zum Beurkundungsverfahren **reine Ordnungsvorschriften darstellen**. Insofern lässt sich die Qualifikation der kantonalen Verfahrensvorschriften als Ordnungsvorschriften auf die Rechtsprechung und Lehre zum «Maximalstandard» stützen.

Darüber hinaus hat – soweit ersichtlich – bisher einzig CHRISTIAN BRÜCKNER explizit aus beurkundungsrechtlicher Perspektive die Meinung vertreten, dass bei Einhaltung der bundesrechtlichen Minimalvorschriften **kein Raum bestehen sollte für kantonale Nichtigkeitsgründe**.<sup>40</sup> BRÜCKNER fordert, «dass kantonale Nichtigkeit ignoriert und die Urkunde als entstanden betrachtet wird, wenn die bundesrechtlichen Mindestanforderungen eingehalten sind»;<sup>41</sup> auch er will demnach die kantonalen Beurkundungsregeln, soweit sie nicht einfach die (bundesrechtlichen) Minimalvorschriften wiedergeben, als **Ordnungsvorschriften** verstanden wissen.

---

<sup>40</sup> BRÜCKNER (Fn. 13), N 30 ff., insbesondere N 37.

<sup>41</sup> BRÜCKNER (Fn. 13), N 37, N 1490 ff.

Das Bundesgericht hat sich im Entscheid 4A\_556/2009 Erw. 7.2 am Rande mit dieser Lehrmeinung auseinandergesetzt, dazu aber nicht abschliessend Stellung genommen, weil die zu beurteilende kantonale Verfahrensvorschrift nicht mit den von BRÜCKNER vorgebrachten Konstellationen vergleichbar sei; vielmehr lag aus Sicht des Bundesgerichts die Verletzung einer wesentlichen kantonalen Verfahrensvorschrift vor.<sup>42</sup> Immerhin steht aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich der bundesrechtlichen Beurkundungsvorschriften zu den **Verfügungen von Todes wegen** fest, dass die ergänzenden kantonalrechtlichen Beurkundungsvorschriften reine Ordnungsvorschriften darstellen.<sup>43</sup>

Die Auffassung von BRÜCKNER überzeugt: Weil das materielle Bundesrecht festlegt, welche Rechtsgeschäfte in welchem Umfang der öffentlichen Beurkundung bedürfen, dann kann nicht das kantonale Verfahrensrecht zusätzliche Gültigkeitsvorschriften vorsehen, die über das Bundesrecht hinausgehen. Wenn die Kantone «Gültigkeitsbedingungen aufstellen, von denen der Bundesgesetzgeber bewusst abgesehen hat», überschreiten sie die ihnen aufgrund von Art. 122 Abs. 1 BV zustehende Rechtssetzungsbefugnis.<sup>44</sup>

### *3.2 Sind die Konsequenzen der Verletzung von als Gültigkeitsvorschriften erkannten Verfahrensanforderungen durch Bundesrecht oder durch kantonales Recht zu bestimmen?*

In der Doktrin herrscht, soweit ersichtlich, ein weitreichender Konsens darüber, dass sich zumindest im Falle der **Verletzung einer bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschrift** die Rechtsfolgen ausschliesslich aus dem Bundesrecht ergeben.<sup>45</sup> Ein Teil der Lehre geht zudem davon aus, dass auch bei Verlet-

---

<sup>42</sup> Das Tessiner Beurkundungsrecht verlangte auch für die gültige Beurkundung von Rechtsgeschäften unter Lebenden die Mitwirkung von Zeugen, vgl. Art. 38, 40 und 64 der früheren Legge sul Notariato vom 23. Februar 1983; vgl. zum genannten Bundesgerichtsurteil die Besprechung von HÜRLIMANN-KAUP/SCHUMACHER/SCHMID (Fn. 35), S. 191 f.

<sup>43</sup> BGE 133 I 259 E. 5.2.

<sup>44</sup> BK-SCHMIDLIN (Fn. 29), N 80 zu Art. 11 OR; BGE 99 II 162.

<sup>45</sup> MOOSER (Fn. 14), N 676, 692a f.; BK-MÜLLER (Fn. 31), Art. 11 OR N 244: «Steht dagegen fest, dass eine kantonale Bestimmung eine Gültigkeitsvorschrift ist, so richten sich die Folgen ihres Verstosses ausschliesslich nach Bundesrecht.» HÜRLIMANN-

zung einer **kantonalen «Gültigkeitsvorschrift»** die Rechtsfolgen aus Bundesrecht folgen.<sup>46</sup>

Wenn alle Gültigkeitsvorschriften dem Bundesrecht zuzuordnen sind (vgl. vorne Ziff. II.2.2), können auch die Konsequenzen der Verletzung dieser Vorschriften nur auf Bundesrecht abgestützt werden. Es liegt entsprechend **ausschliesslich in der Zuständigkeit des Bundesprivatrechts, die für die Formgültigkeit relevanten Aspekte des Beurkundungsverfahrens festzulegen.**<sup>47</sup>

### **III. Umsetzung im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses**

#### **1. Ausgangslage aufgrund der vorstehenden Analyse**

Insgesamt zeigt sich, dass das Bundesrecht abschliessend festlegt, welche Rechtsgeschäfte öffentlich zu beurkunden sind (Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, vgl. vorne Ziff. II.1.1), in welchem Umfang das fragliche Rechtsgeschäft der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung untersteht (Umfang der beurkundungsbedürftigen Vertragselemente) und welche **Verfahrenselemente Gültigkeitselemente für die Entstehung einer gültigen Urkunde darstellen («Mindestanforderungen»)**, vgl. vorne Ziff. II.1.2).

---

KAUP/SCHMID/SCHUMACHER (Fn. 35), S. 191 ff: «Misst der Kanton einer Vorschrift seines Beurkundungsverfahrensrechts Gültigkeitscharakter zu, so bestimmen sich die Folgen dieser Ungültigkeit nach der hier vertretenen Meinung nach Bundesrecht, nämlich nach Art. 11 OR». Vgl. auch SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 598 ff.; BRÜCKNER (Fn. 13), N 1490 ff.

<sup>46</sup> SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Fn. 13), N 289 mit Hinweisen.

<sup>47</sup> Aus dieser Sicht nicht kompetenzmässig: § 51 Beurkundungs- und Beglaubigungsgesetz (BeurG) des Kantons Aargau vom 30. August 2011 zur Nichtigkeit einer öffentlichen Urkunde, ebenso § 47 des luzernischen Beurkundungsgesetzes vom 18. September 1973; vgl. auch die m.E. korrekte Bemerkung im Gutachten BJ vom 13. September 2018, Ziff. 4.2.6, S. 9. Vgl. auch Art. 24 NG des Kantons Bern.

Da es sich inhaltlich um die Anforderungen an die gültige Entstehung von Rechtsgeschäften handelt, liegen diese Regelungen im Bereich des **Zivilrechts** (vgl. Art. 122 Abs. 1 ZGB; vorne Ziff. I.3). Aufgrund dieser Feststellung, wonach das (geschriebene und bisher ungeschriebene) Bundesrecht die Anforderungen an die Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde abschliessend regelt, kann es sich bei kantonalen Verfahrensvorschriften nur noch um Ordnungsvorschriften handeln; dieses Ergebnis auf der Grundlage des materiellen Zivilrechts deckt sich mit dem Befund von BRÜCKNER aus der Perspektive des Beurkundungsrechts (vgl. vorne Ziff. II.3). Es führt insbesondere zu einer **Kongruenz mit der Unterscheidung zwischen bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften und kantonalen Ordnungsvorschriften, wie sie für die Beurkundungsvorschriften gilt, die das bundesrechtliche Beurkundungsverfahren für Verfügungen von Todes wegen regeln.**<sup>48</sup>

2. Bedeutung für die Umschreibung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (nachträglich derogierende Bundeskompetenz)

Die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Elemente der gültigen öffentlichen Beurkundung umschreiben, gehören nach dem oben Ausgeführten zum **Zivilrecht**, nicht zum Zivilprozessrecht. Da die Kompetenz zur Gesetzgebung im Zivilrecht gemäss Art. 122 Abs. 1 ZGB beim Bund liegt, **besteht demnach bezüglich aller Elemente der öffentlichen Beurkundung, die für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts erforderlich sind, eine Kompetenz des Bundesprivatrechtsgebers.**

Auf dieser Grundlage ergibt sich die Aufgabe, jedes vom kantonalen Recht erfasste Element des Beurkundungsverfahrens (z.B. Ausstand, Rechtsbelehrung, Pflicht zur Unterzeichnung der Urkunde usw.; vgl. Liste gemäss Sit-

---

<sup>48</sup> BGE 133 I 259 E. 5.2: «Den Beschwerdeführern ist insoweit zuzustimmen, als diese Regelung des Bundeszivilrechts abschliessender Natur ist [...], weshalb der kantonale Gesetzgeber keine zusätzlichen Gültigkeitsvorschriften erlassen kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es den Kantonen untersagt wäre, im Rahmen ihrer Kompetenz zur Regelung der öffentlichen Beurkundung (vgl. E. 2) weitere Ausschliessungsgründe für Zeugen vorzusehen. Solche zusätzlichen kantonalen ‹Unfähigkeitsergründe› stellen gegebenenfalls blosse Ordnungsvorschriften dar [...], deren Missachtung lediglich von disziplinarrechtlicher Bedeutung ist und die Gültigkeit der Urkunde nicht zu beeinträchtigen vermag.»

zung vom 24. September 2018) daraufhin zu untersuchen, ob es für die Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung entsprechend dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung erforderlich ist (Minimalanforderungen). Wenn das der Fall ist, besteht die Kompetenz des Bundesgesetzgebers im Bereich des Zivilrechts gestützt auf Art. 122 Abs. 1 BV. Andernfalls liegt die Kompetenz zur Beantwortung dieser Frage im kantonalen Beurkundungsrecht.

#### **IV. Zusammenfassung**

1. Das Beurkundungsrecht ist bezüglich der Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung als **Zivilrecht** i.S.v. Art. 122 Abs. 1 BV einzutragen.
2. Bei den bundesrechtlichen Minimalanforderungen handelt es sich um **Gültigkeitsvorschriften** nach Art. 11 OR. Das Bundesrecht regelt den Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, den Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit eines einzelnen Rechtsgeschäftes und die Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung, bei deren Einhaltung ein gültiges Rechtsgeschäft entsteht, abschliessend. Die Wirkung einer Verletzung der bundesrechtlichen Gültigkeitsvorschriften wird durch das Bundesrecht abschliessend festgelegt.
3. Bei den **kantonalen Verfahrensvorschriften** gemäss Art. 55 SchlT ZGB handelt es sich ausschliesslich um Ordnungsvorschriften, deren Verletzung das kantonale Recht sanktioniert.
4. Die **Zuordnung der einzelnen Verfahrenselemente der öffentlichen Beurkundung** kann, da der Begriff und die Gültigkeitsvoraussetzungen der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht angehören, danach erfolgen, ob diese für die materiell-rechtliche Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde (Art. 11 ZGB) erforderlich sind oder nicht.