

Prof. Dr. Ruth Arnet
Zürich

«Form folgt Funktion»

Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung
im Immobiliarsachenrecht

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 149 · 2013 · Heft 5

Stämpfli Verlag AG Bern

«Form folgt Funktion»

Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht

Von Prof. Dr. iur. RUTH ARNET, Universität Zürich

I. Der Gestaltungsleitsatz «form follows function»

Der Titel meines Vortrages¹ – «*Form folgt Funktion*» – mag irritieren, weil er auf den ersten Blick so gar nichts mit Rechtswissenschaft zu tun hat, sondern aus dem Bereich der Baukunst, der Architektur und des Designs entlehnt ist. Der Begriff «*form follows function*» gilt als Gestaltungsleitsatz, wonach sich die Form eines Objektes aus seiner Funktion, aus der Art seiner Nutzung ableiten soll. Geprägt wurde der Begriff durch einen der Hauptvertreter der Chicago School, LOUIS SULLIVAN, der zu Beginn des 20. Jahrhunderts zur ersten Generation der Hochhausarchitekten gehörte; SULLIVAN betrachtete es als ein Gesetz aller physischen und metaphysischen Dinge, dass die Form immer der Funktion folge.²

Angesprochen hat mich dieser Leitsatz als Titel für diesen Vortrag, weil ich mich mit der Form von Rechtsgeschäften, insbesondere von Verträgen, befassen möchte: Welche Bedeutung kommt der öffentlichen Beurkundung – als einer der gesetzlich vorgesehenen Formen des Abschlusses eines Rechtsgeschäfts – im schweizerischen Immobiliarsachenrecht zu?

1 Der Text beruht auf meiner Antrittsvorlesung vom 27. Februar 2012 an der Universität Zürich. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Ich danke meinen Assistentinnen BLaw Katrin Brunner und BLaw Anna Kuhn für die Kontrolle der Formalien dieses Beitrages.

2 LOUIS SULLIVAN, *The tall office building artistically considered*, 1896, zitiert nach <academics.triton.edu/faculty/fheitzman/tallofficebuilding.html> (besucht am 4. März 2013): «It is the pervading law of all things organic and inorganic, of all things physical and metaphysical, of all things human and all things superhuman, of all true manifestations of the head, of the heart, of the soul, that the life is recognizable in its expression, that form ever follows function. This is the law.»

Nach Art. 11 OR gilt für den Abschluss von privatrechtlichen Rechtsgeschäften, z. B. von Verträgen, der *Grundsatz der Formfreiheit*. Im schweizerischen Recht ist diese Formfreiheit im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen sehr weitgehend realisiert:³ Der schweizerische Gesetzgeber geht davon aus, dass Rechtsgeschäfte, insbesondere Verträge, im Grundsatz ohne Formalitäten, «schnörkellos», auf das Notwendige reduziert, zustande kommen; Formerfordernisse sind nach Art. 11 OR nur einzuhalten, wenn das Gesetz oder die Vertragsparteien diese ausdrücklich vorsehen.⁴ Das ist richtig und wichtig: Denn die Einhaltung von Formvorschriften, besonders die öffentliche Beurkundung, verursacht *Kosten*: Dabei ist nicht nur an die oft kritisierten Gebühren des Notars oder der Notarin zu denken,⁵ sondern auch an den Zeitaufwand, den die öffentliche Beurkundung den Parteien verursacht, und an die Hemmung bzw. Verlangsamung des Grundstückverkehrs durch entsprechende Formerfordernisse. Diese Kosten auf der einen Seite der Waagschale müssen durch mindestens gleichwertige Vorteile auf der anderen Seite aufgewogen werden. Dabei fallen alle jene Elemente ins Gewicht, die mit dem Begriff der «*Funktion*» der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung beschrieben werden können. Formvorschriften müssen sich also, das ist meine erste Feststellung, aufgrund ihres Zwecks bzw. aufgrund ihrer Funktion rechtfertigen lassen.⁶ Die Form muss auch im Immobiliarsachenrecht, wie das im Leitsatz von SULLIVAN in ganz anderem Zusammenhang zum Ausdruck kommt, der Funktion folgen.

3 BUCHER, OR AT, 160 f., Fn. 1 mit zahlreichen Hinweisen.

4 Zur Formfreiheit statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 490 ff.; BK-SCHMIDLIN, Art. 11 OR N 1 ff.

5 Wohl aufgrund der Notariatskosten leidet die Funktion des Notars in verschiedenen Ländern an einem Reputationsproblem. Zum französischen Notariat: CHARRETTE/BOULARD, 139 ff., 211 ff.

6 Zum Zweck der gesetzlichen Formvorschriften im Allgemeinen: HUGUENIN, N 339 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 497 ff.; SCHWENZER, N 31.02 f.; BUCHER, OR AT, 161 f.; BK-SCHMIDLIN, Art. 11 OR N 8 ff. Zum Zweck der gesetzlichen Formvorschriften in der deutschen Lehre: MANKOWSKI, 662 f.; MERTENS, 439.

II. Begriff und Verfahren der öffentlichen Beurkundung im schweizerischen Recht

1. Begriff der öffentlichen Beurkundung

Bis Ende 2011 beruhte die Umschreibung des Begriffs der öffentlichen Beurkundung auf einem Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahr 1973.⁷ Seit dem 1. Januar 2012 findet sich nun eine Definition der öffentlichen Urkunde in einem bundesrechtlichen Erlass, nämlich in der Verordnung mit dem irreführenden Titel «Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung» vom 23. September 2011 (EÖBV).⁸ In direkter Anlehnung an den erwähnten Bundesgerichtsentscheid formuliert Art. 2 EÖBV wie folgt: «Eine öffentliche Urkunde ist die Aufzeichnung rechtsgeschäftlicher oder prozessrechtlicher Erklärungen oder rechtserheblicher Tatsachen in einem Dokument durch eine dazu örtlich und sachlich zuständige Urkundsperson in einer vorgeschriebenen Form und in einem vorgeschriebenen Verfahren». Die Beurkundung ist insofern öffentlich, als die Beurkundungstätigkeit eine hoheitliche Tätigkeit, eine Form der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf der Grundlage des öffentlichen Rechts darstellt.⁹ Entsprechend ist die Urkundsperson in öffentlich-rechtlicher Funktion tätig, sodass sie dabei einer Grundrechtsbindung im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV untersteht.¹⁰

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf das *Immobiliarsachenrecht*, denn die Diskussion zu den Formvorschriften in anderen Rechtsgebieten kann anderen Prämissen folgen.¹¹ Nicht wei-

7 BGE 99 II 159 ff. Erw. 2.a.

8 SR 943.033; JÖRG SCHMID, 420, erachtet die Bezeichnung der Verordnung richtigerweise als «nicht zutreffend, ja geradezu irreführend».

9 Vgl. GULDENER, 9, 12, 93.

10 Zu den verfassungsrechtlichen Grundsätzen: JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren, 19. Zur Grundrechtsbindung des Notars im deutschen Recht: WOSCHNAK, 1209 ff.

11 JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 8: «Grundsätzlich sind die Zwecke jeder einzelnen Formvorschrift durch Auslegung separat zu ermitteln.» SCHÖBL, 199, weist darauf hin, dass z. B. der Zweck des Konsumentenschutzes bei der Beurkundung von Grundstückkaufverträgen eines Weltunternehmens keine Rolle spiele.

ter besprochen wird die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen, für die das Bundesprivatrecht selber nicht nur die Typen der zu beurkundenden Rechtsgeschäfte, sondern auch den eigentlichen Vorgang der Beurkundung normiert (Art. 499 ff. ZGB). Ebenso wenig wird auf Fragen der öffentlichen Beurkundung von Gesellschaftsbeschlüssen im Rahmen einer Art «Cyber-Generalversammlung» eingegangen.¹² Innerhalb des Bereichs des Immobiliarsachenrechts steht im Folgenden die Beurkundung von Willenserklärungen¹³ im Zentrum, wie sie etwa in einem Grundstückskaufvertrag, in einem Dienstbarkeitsvertrag oder in einem Pfandvertrag zum Ausdruck kommen.

2. Verfahren der öffentlichen Beurkundung

Nach herrschender Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts gehört der *Begriff* der öffentlichen Beurkundung dem Bundesrecht an und ist insofern schweizweit einheitlich.¹⁴ Nach Art. 55 SchlT ZGB bestimmen hingegen die Kantone, in welchem *Verfahren* die öffentliche Beurkundung innerhalb ihres Gebietes durchgeführt wird.¹⁵ Entsprechend hat jeder Kanton sein eigenes Beurkundungsrecht erlassen. Inhaltlich betrachtet sind die Unterschiede zwischen den kantonalen Beurkundungsverfahren allerdings relativ gering.

12 Entwurf zur Änderung des OR, 1780; Botschaft zur Änderung des OR, 1681.

13 Im Unterschied zu den Vorgängen und Zuständen, die Gegenstand von Sachbeurkundungen bilden. Zur Beurkundung von Willenserklärungen bzw. Vorgängen und Zuständen s. DÉPRAZ, N 121 ff.; RUF, N 474 ff., 1418 ff., 1499 ff.; MARTI, 26 ff., 108 ff., 121 ff.; kritisch BRÜCKNER, N 49 ff.

14 BSK ZGB II-SCHMID, Art. 55 SchlT ZGB N 4 ff.; JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren, 11 mit Hinweisen.

15 BGE 99 II 159 ff. Erw. 2.a. Zum Vorentwurf betreffend Revision von Art. 55 SchlT ZGB s. hinten Fn. 63.

Das Beurkundungsverfahren läuft – ungeachtet bestimmter Unterschiede aufgrund kantonalen Rechts – in folgenden Phasen ab:¹⁶ Am Anfang steht die sogenannte «*Rogation*», nämlich das Begehren eines Rechtssubjektes an die Adresse der Urkundsperson, ein Beurkundungsverfahren einzuleiten.¹⁷ Dann folgt das *Prüfungsverfahren*, in welchem die Urkundsperson ihre Zuständigkeit sowie die Identität, Handlungsfähigkeit und Vertretungsmacht der Urkundsparteien kontrolliert.¹⁸ Im Anschluss daran wird das *Vorbereitungsverfahren* durchgeführt, in dem hauptsächlich die Redaktion der öffentlichen Urkunde stattfindet: Die Urkundsperson redigiert den Entwurf des geplanten Rechtsgeschäfts selber, oder aber die Urkundsparteien legen ihr einen eigenen Entwurf vor.¹⁹ So oder anders prüft die Urkundsperson in ihrer amtlichen Funktion die beabsichtigten Willenserklärungen der Parteien bzw. den Inhalt des geplanten Rechtsgeschäfts noch vor dem Abschluss auf deren Rechtmässigkeit hin; sie übt insofern eine gewisse Inhaltskontrolle aus. In Deutschland spricht man daher von der «vorsorgenden Rechtspflege»²⁰ des Notars oder auch von der «präventiven Rechtskontrolle»²¹. An dieses Vorverfahren schliesst das Herzstück der öffentlichen Beurkundung an, das *Hauptverfahren*: Dieses besteht bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften darin, dass die Vertragsparteien in Gegenwart der Urkundsperson den

16 Die einzelnen Phasen werden in der Lehre nicht ganz einheitlich dargestellt und bezeichnet: JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren, 4 f., MOOSER, N 585 sowie HUBER, 236 ff.: Vorverfahren – Hauptverfahren – Nachverfahren; RUF, N 1268 ff.: Rogation – Prüfungsverfahren – Vorbereitungsverfahren – Hauptverfahren – Vollzugsverfahren; MARTI, 19: Rogation – Prüfungsverfahren – Vorverfahren – Hauptverfahren – Nachverfahren; zur Entwicklung der Unterteilung des Beurkundungsverfahrens: BRÜCKNER, N 144 ff.

17 MARTI, 83; vgl. BRÜCKNER, N 144, Fn. 124, welcher den Begriff Beurkundungsbegehren benutzt. RUF, N 1268: Mit der Rogation entsteht eine öffentlich-rechtliche Beziehung zwischen der Urkundspartei und der Urkundsperson.

18 Vgl. RUF, N 1269 f.; BRÜCKNER, N 144, Fn. 125; MARTI, 91 ff.; JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren, 4, betrachtet das Prüfungsverfahren – zusammen mit der Rogation – als Teil des Vorverfahrens.

19 Vgl. RUF, N 1271. S. JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren, 4, BRÜCKNER, N 144, Fn. 126 sowie MARTI, 97 ff., welche vom Vorverfahren sprechen.

20 BAUMANN, 3.

21 Deutsche Bundesnotarkammer, Der Notar, <www.bnotk.de/Notar/index.php> (besucht am 4. März 2013).

Urkudentext zur Kenntnis nehmen (Rekognition) und genehmigen.²² Die Rekognition und die Genehmigung durch die Parteien drücken sich regelmässig durch das Unterzeichnen der öffentlichen Urkunde aus; die Unterschrift der Urkundsparteien ist in zahlreichen kantonalen Notariatsgesetzen vorgesehen, gehört aber nicht zum bundesrechtlichen Mindeststandard.²³ Das Hauptverfahren findet seinen Abschluss darin, dass die Urkundsperson ihre Unterschrift unter das dem Urkudentext folgende Schlussverbal setzt.²⁴ Im Rahmen des *Nachverfahrens* erfolgt dann die Siegelung und Registrierung der Urkunde und im Bereich des Immobiliarsachenrechts in der Regel die Anmeldung des so beurkundeten Rechtsgeschäfts zur Eintragung im Grundbuch.²⁵

Das Beurkundungsverfahren ist von verschiedenen Verfahrensprinzipien geprägt, und die Urkundsperson hat zahlreiche *Pflichten* zu erfüllen, welche den Zweck der Formvorschrift gewährleisten sollen. Im Vordergrund stehen die *Rechtsbelehrungspflicht*²⁶, die *Wahrheitspflicht*²⁷ und die *Pflicht zur Unparteilichkeit*²⁸: Die Urkundsperson muss die Urkundsparteien über das Verfahren, den Urkundeninhalt und die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts belehren (Belehrungspflicht), sie hat im Rahmen ihrer Feststellungen die *Wahrheit* anzustreben (Wahrheitspflicht), und sie ist gegenüber allen Urkundsparteien zur *Unparteilichkeit* verpflichtet (Pflicht zur Unparteilichkeit).

22 Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren, 4; RUF, N 1272 f.; BRÜCKNER, N 144, Fn. 127; MARTI, 108 ff., 116 ff.; Art. 55i VE-SchlT ZGB. MOOSER, N 585, versteht unter der Rekognition die Genehmigung des Urkundeninhalts durch die Parteien.

23 Vgl. HUBER, 244 ff.; Erläuternder Bericht, 24.

24 Vgl. HUBER, 247; MARTI, 119 f.

25 Vgl. JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren, 4 f.; BRÜCKNER, N 144, Fn. 128, N 1264 ff.; MARTI, 150 ff.; HUBER, 247; RUF, N 1274 ff., welcher vom Vollzugsverfahren spricht.

26 Vgl. MOOSER, N 211 ff.; RUF, N 876 ff.; BRÜCKNER, N 1725 ff.; MARTI, 101 f.; Art. 55e VE-SchlT ZGB; Erläuternder Bericht, 14 ff.

27 Vgl. MOOSER, N 177 ff.; RUF, N 832 ff.; BRÜCKNER, N 1078 ff.; MARTI, 60 f.; Art. 55g VE-SchlT ZGB; Erläuternder Bericht, 17 ff.

28 Vgl. MOOSER, N 241 ff.; RUF, N 988 ff.; BRÜCKNER, N 895 ff.; MARTI, 61; Art. 55f VE-SchlT ZGB; Erläuternder Bericht, 16 f.

III. Andere Rechtsordnungen

Alle Rechtsordnungen des europäischen Rechtskreises kennen gewisse Arten der Formalisierung von Willenserklärungen.²⁹ Doch kommen einige Rechtssysteme interessanterweise ausgerechnet in einem zentralen Bereich des Immobiliarsachenrechts, nämlich bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Grundeigentum, ohne öffentliche Urkunden im Sinne des schweizerischen Rechts aus.

Im *englischen Recht* erfolgt die Übertragung von Grundeigentum für registrierte Grundstücke³⁰ durch den Abschluss eines schriftlichen Kaufvertrages, die anschliessende «investigation of title» und die Eigentumsübertragung auf den Käufer («conveyance»³¹). Unter englischem Recht können die Vertragsparteien also grundsätzlich Verträge betreffend Grundstücke ohne Beizug eines amtlichen Funktionärs errichten.³² Allerdings werden auch in England angesichts der erheblichen wirtschaftlichen und langfristigen Bedeutung von Grundstücksgeschäften solche Verträge selten ganz ohne rechtliche Beratung abgeschlossen; diese juristische Begleitung des Vertragsabschlusses erfolgt hauptsächlich durch «solicitors», zu einem kleineren Teil durch sogenannte «licensed conveyancers».³³ Diese Fachpersonen vertreten immer nur die Interessen *einer* Partei, sie sind nicht für alle Parteien gleichzeitig tätig, und sie sind entsprechend auch nicht zur Unparteilichkeit verpflichtet.³⁴ Es gibt zwar auch im englischen Recht Notare. Diese «public notaries» haben aber keine mit derjenigen der Urkunds-

29 Vgl. KÖTZ, 118; ZWEIGERT/KÖTZ, 359.

30 Im Recht von England und Wales wurde mit den Land Registration Acts (1925, 1936, 1966, 1988, 1997 und 2002) ein System zur Registrierung von Rechten an Grundstücken geschaffen; es handelt sich nicht um ein Landkataster in der Art des schweizerischen Grundbuchs (vgl. DIXON, 27 f.; BERNSTORFF, 106).

31 Der Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989, Section 2 (1) verlangt Schriftlichkeit des Kaufvertrages. Ein «deed» ist erst für den formellen Übertragungsakt im Rahmen der «conveyance» erforderlich (BERNSTORFF, 111). Als «deed» gilt gemäss dem Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989, Section 1 ein schriftliches Dokument, das als «deed» bezeichnet wird und festhält, dass es als «deed» vollzogen wird und bei dessen Errichtung ein Zeuge mitwirkt (vgl. DIXON, 12).

32 Insbesondere auch ohne Beizug eines «legal professional», s. MURRAY/STÜRNER, 59.

33 MURRAY/STÜRNER, 59.

34 Vgl. MURRAY/STÜRNER, 61.

personen des schweizerischen Rechts vergleichbare Funktion, sondern können lediglich formale Bestätigungen, etwa zur Identität oder zur Vertretungsmacht von Personen, abgeben.³⁵ Was zu den Formvorschriften im englischen Recht ausgeführt wurde, gilt ganz ähnlich auch für das *Recht der Vereinigten Staaten*: Auch dort sind immobilarsachenrechtliche Rechtsgeschäfte nicht an Formvorschriften gebunden, die mit unserer öffentlichen Beurkundung vergleichbar wären,³⁶ vielmehr stehen sich zur Vorbereitung des Abschlusses von Rechtsgeschäften über Grundstücke die Parteien mit ihren je eigenen Anwälten gegenüber.³⁷

Im Kontrast zu diesen Rechtsordnungen zeigt sich der substantielle Gehalt des Verfahrens der öffentlichen Beurkundung im schweizerischen Recht sehr deutlich: In unserer Rechtsordnung liegt die *gesamte* Abwicklung des Beurkundungsverfahrens zwangsläufig in der *Zuständigkeit einer einzigen Fachperson, die in einem neutralen Kontakt und Austausch mit allen Parteien steht und nicht den Interessen einzelner Urkundsparteien verpflichtet ist*. Die Vereinigung aller relevanten Elemente der Rechtsgeschäftsgestaltung in der Hand ein und derselben Urkundsperson bildet nach unserer Rechtsordnung ein *entscheidendes Merkmal* des Verfahrens der öffentlichen Beurkundung. Dieses Konzept ist indessen keine Spezialität des schweizerischen Rechts; die Zuständigkeit einer einzigen Urkundsperson für das Beurkundungsverfahren ist ebenso in Deutschland, Italien, Österreich und den meisten anderen Ländern des lateinischen Notariats verwirklicht.³⁸

35 Zu den Aufgaben eines «public notary»: MURRAY/STÜRNER, 67 ff. Dafür erfolgt ihre Ernennung nicht wie im schweizerischen Recht profan durch ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder das Stimmvolk, sondern durch den Erzbischof von Canterbury (MURRAY/STÜRNER, 71 f.; vgl. auch SCHÜTZEBERG, 232 ff.). Den «public notaries» kommt im internationalen Rechtsverkehr erhebliche Bedeutung zu (vgl. SCHÜTZEBERG, 234, 252 f.). Zur Rolle von sog. «notaries public» in den Vereinigten Staaten: MURRAY/STÜRNER, 103, 114 ff.

36 Zum Inhalt des «authenticating requirement» eines «deed» in einigen Staaten und zu den weiteren Formvorschriften s. MURRAY/STÜRNER, 104, 105 ff., 127 ff. Zur Registrierung eines «deed» zur Übertragung von Grundeigentum, welche Publizitätsanliegen gegenüber Dritten realisiert, und zum System der Grundstücksregistrierung vgl. MURRAY/STÜRNER, 127 ff.

37 MURRAY/STÜRNER, 110 f.

38 Zum System des lateinischen Notariats: SCHÜTZEBERG, 29 f.

IV. Zweck der öffentlichen Beurkundung im schweizerischen Recht

1. Standpunkte in Gesetzgebung und Lehre

a. *Gesetzgebung: Erweiterung der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte*

Die Form der öffentlichen Beurkundung ist, wie wir gesehen haben, mit erheblichem Aufwand verbunden. Warum leistet man sich im schweizerischen Immobiliarsachenrecht diesen kostenintensiven «Luxus» der öffentlichen Beurkundung, wenn doch das englische Recht ohne strenge Formalisierung der immobiliarsachenrechtlichen Verträge auskommt? Die Bedeutung der öffentlichen Beurkundung wurde im Rahmen der parlamentarischen Debatte zur Teilrevision des Immobiliarsachenrechts, die zusammen mit der neuen Grundbuchverordnung am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist, thematisiert. Diese Debatte mündete in eine Ausdehnung des Formerfordernisses der öffentlichen Beurkundung: Der revidierte Art. 732 ZGB sieht für die Errichtung einer Grunddienstbarkeit generell die öffentliche Beurkundung vor, und dieselbe Form ist kraft der Verweisung in Art. 781 Abs. 3 ZGB nun auch auf alle Arten von Personaldienstbarkeiten anwendbar. Nach Art. 779a ZGB ist neu auch jede Art der Begründung eines Baurechtes öffentlich zu beurkunden, und selbst die bisherige Möglichkeit, einen Eigentümerschuldbrief in einfacher Schriftlichkeit zu errichten, wurde durch eine generelle Beurkundungspflicht aller Rechtsgeschäfte zur Begründung von Pfandrechten an Grundstücken ersetzt (Art. 799 Abs. 2 ZGB). Anstelle der bisherigen Regelungen, welche für gewisse Rechtsgeschäfte die einfache Schriftlichkeit genügen liessen, besteht also neu eine umfassende Beurkundungspflicht für alle immobiliarsachenrechtlichen Rechtsgeschäfte. Laut den Voten in den parlamentarischen Debatten verfolgte der Gesetzgeber mit dieser Neuerung das *Ziel*, die Rechtssicherheit bei komplexen immobiliarsachenrechtlichen Rechtsgeschäften zu verbessern und die Bedeutung und Zuverlässigkeit des Grundbuches zu stärken.³⁹ Dieses letztgenannte Ziel, die Konsolidierung des Grund-

³⁹ Votum Inderkum Hansheiri, Amtl. Bull. NR 2008, 410: «Aus diesem Grunde bin ich mit der Minderheit der Meinung, dass es verschiedene Vorteile hat, wenn das

buches als Bodeninformationssystem, steht in Synergie mit dem Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, dem so-

Rechtsgeschäft, also der Dienstbarkeitsvertrag – es kann auch ein einseitiges Rechtsgeschäft sein, ich komme darauf zurück – von einer Notarin oder einem Notar beurkundet wird. Warum? Die Notarin oder der Notar ist zur Unparteilichkeit verpflichtet. Er oder sie darf also nicht die eine Vertragspartei zulasten der anderen Vertragspartei bevorteilen. Der Notar oder die Notarin ist zur Aufklärung verpflichtet. Er oder sie hat die Parteien auf mögliche Lücken im abzuschliessenden Rechtsgeschäft aufmerksam zu machen, und vor allem ist es Pflicht des Notars oder der Notarin, im Falle eines Vertrages den rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien auszuloten, auszumachen und ihn dann sauber festzuhalten.» Votum Janiak Claude, Amtl. Bull. NR 2008, 405: «Insgesamt soll in diesen Bereichen die Rechtssicherheit verbessert werden: Dem Grundbuchamt sollen zuverlässige Grundlagen für die Eintragungen zur Verfügung stehen, die Publizitätsfunktion des Grundbuchs soll weiter verbessert werden.» Votum Bundesrätin Widmer-Schlumpf Eveline, Amtl. Bull. SR 2009, 937: «Ich bin der Auffassung, es sei aus Gründen der Rechtssicherheit richtig, im Immobiliarsachenrecht die öffentliche Beurkundung ganz grundsätzlich als Regelfall vorzusehen. Es geht hier im Allgemeinen nicht um einfache Geschäfte, sondern es geht um ganz komplexe Rechtsgeschäfte.» Diese Einschätzung formulierte schon EUGEN HUBER, BK-REBER/HURNI, N 66: «Bei der für das ganze folgende Leben gegebenen Wichtigkeit der Eheverträge und der Erbverträge, sowie der Verträge um oder über Liegenschaften darf man den Parteien daher wohl eine besondere Vorsicht empfehlen, die ihnen dadurch praktisch aufgenötigt wird, dass die Gültigkeit des Vertragsschlusses an die Beobachtung einer strengen Form geknüpft ist. Diese Schranke ist hier umso eher mit den übrigen Interessen verträglich, als es sich nicht um Verträge des täglichen Verkehrs handelt, sondern um Rechtsgeschäfte, die höchst selten zu wiederholtem Abschluss für eine und dieselbe Person gelangen werden. Einfache Schriftlichkeit könnte dabei für die Klassen, die sich der Feder zu bedienen pflegen, wohl genügen. Andere dagegen würden auch bei dieser leichteren Form doch auf die Hilfe kundigerer Personen angewiesen sein und dabei dann erst recht Gefahr laufen, übel beraten zu werden. Besser daher, man schreibe geradezu die öffentliche Beurkundung vor, als welche wir die Schriftlichkeit betrachten, die nach den Vorschriften der einzelnen kantonalen Rechte durch eine öffentliche Urkundsperson (Notar oder anderen Beamten) hergestellt wird. Es könnte nach dieser Richtung sehr wohl für den ganzen Entwurf der allgemeine Satz aufgestellt werden, dass alle Verträge des ehelichen Güterrechts, des Familiengüterrechts, des Erbrechts und betreffend dingliche Rechte an Grundstücken zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen.» DIES., N 1651: «Wir haben bereits an anderer Stelle hervorgehoben, dass es überhaupt von Wert sein dürfte, alle dinglichen Rechte an Grundstücken als Voraussetzung der grundbuchlichen Eintragung die öffentliche Beurkundung zu verlangen. Eine vorsichtige Gesetzgebung wird sich die Vorteile nicht entgehen lassen dürfen, die in der Forderung eines durch kundige Hand aufgesetzten Vertrages gegeben sind. Erst die öffentliche Beurkundung soll die Gebundenheit der Parteien nach sich ziehen.»

genannten «ÖREB»-Kataster auf der Grundlage von Art. 16 ff. des Bundesgesetzes über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeoIG) vom 5. Oktober 2007.⁴⁰ Ein solides Immobiliarsachenrecht und eine zuverlässige Registerführung dienen nicht nur der Rechtssicherheit, sondern sind auch wirtschaftliche Standortfaktoren, sodass die Bemühungen des schweizerischen Gesetzgebers in diese Richtung durchwegs zu begrüssen sind.

b. *Schrifttum: Multifunktionalität der öffentlichen Beurkundung*

Die ältere schweizerische Lehre nennt als Zweck der öffentlichen Beurkundung am Beispiel des Vertrages auf Übertragung von Grundeigentum den Schutz der Parteien vor unbedachten Vertragsabschlüssen, also den sogenannten «Schutz vor Übereilung», die Förderung der Präzision des Vertrages und schliesslich die Herstellung einer sicheren Grundlage für die Eintragung in das Grundbuch.⁴¹ Die neuere schweizerische Lehre betont hingegen viel deutlicher auch die Funktion der Ermittlung und der wahrheitsgetreuen Umsetzung des «wirklichen, vollständigen, unverfälschten» Parteiwillens.⁴² Im deutschen Recht, welches bezüglich der öffentlichen Beurkundung mit dem schweizerischen sehr weitgehend übereinstimmt, werden die Formzwecke der öffentlichen Beurkundung mit grosser Gründlichkeit in bis zu 16 Teilaspekte aufgesplittert.⁴³ Darin kommt, was im deutschen Schrifttum kritisiert wird,⁴⁴ ein ganzes Bündel von Funktionen der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung zum Ausdruck, ohne dass dabei eine einheitliche Systematisierung und Gewichtung vorgenommen würde.⁴⁵

40 SR 510.62.

41 BK-MEIER-HAYOZ, Art. 657 ZGB N 2 ff.; JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 8 ff., unterscheidet zwischen Zwecken und Zielen der öffentlichen Beurkundung. Dieser Differenzierung wird hier nicht gefolgt.

42 JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 10. Nach MOOSER, N 433, kommt der öffentlichen Beurkundung auch eine «Funktion der Rechtspolizei» zu.

43 Vgl. MANKOWSKI, 663 ff.

44 Zum «Problem der Diskussion der Formzwecke»: HEISS, 59 ff.

45 Zu den Formzwecken aus rechtsvergleichender Sicht: KÖRTZ, 121 ff.

2. Unterscheidung zwischen formellen und materiellen Funktionen der öffentlichen Beurkundung

Systematisch lassen sich die Formzwecke der öffentlichen Beurkundung in die Kategorien der formellen und der materiellen Funktionen einordnen.

a. Formelle Funktionen der öffentlichen Beurkundung

Formelle Funktionen der öffentlichen Beurkundung sind auf *Qualitäten der öffentlichen Urkunde* selber ausgerichtet. Eine *erste formelle Funktion* zeigt sich in der Herstellung der *gesteigerten Beweiskraft* nach Art. 9 ZGB: Hier soll die öffentliche Beurkundung die prozedurale Basis für die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde⁴⁶ schaffen. Dieser Aspekt ist nicht spezifisch immobilarsachenrechtlicher Natur, sodass hier darauf nicht weiter einzugehen ist. Eine *zweite formelle Funktion* der öffentlichen Beurkundung, die sich nun spezifisch auf das Immobiliarsachenrecht richtet, liegt in der Herstellung der *Eintragungsfähigkeit* des abgeschlossenen Rechtsgeschäftes im Grundbuch;⁴⁷ die Funktion der öffentlichen Beurkundung besteht hier in der *Errichtung des Rechtsgrundausses in einer formalen und inhaltlichen Gestalt*, welche die Hürde der Grundbuchprüfung zu bewältigen vermag. Diese zweite formelle Funktion der öffentlichen Urkunde, als Rechtsgrundaussweis für die Grundbucheintragung zu dienen, ist demnach auf die Vorschrift von Art. 965 ZGB und damit auf die Anforderungen der Grundbuchführung ausgerichtet.

b. Materielle Funktion: Schutz der Privatautonomie, insbesondere der Vertragsfreiheit

Über ihre formellen Funktionen hinaus verfolgt die öffentliche Beurkundung aber auch eine wichtige materielle Funktion. Diese richtet sich auf den Schutz eines der elementarsten Institute unserer Rechtsordnung, auf eine der grundsätzlichen Regeln der Rechtsge-

46 Vgl. BK-WOLF, Art. 9 ZGB N 47; JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 8 f.; DERS., Schuldverträge, N 43; RUF, N 261 ff.; BRÜCKNER, N 240 ff.; MARTI, 22 f.

47 Vgl. JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 9; DERS., Schuldverträge, N 47; MOOSER, N 432; RUF, N 160; MARTI, 24.

schäftsordnung, nämlich auf den Schutz der *Privatautonomie*: Das Prinzip der Privatautonomie ist Grundlage jeder freiheitlichen Rechtsordnung. Es schützt die Willensfreiheit des Menschen in der Gestaltung seiner rechtlichen Beziehungen. Privatautonomie ist, so hat es einmal HANS MERZ besonders prägnant formuliert, «das für den Charakter des Privatrechts primär massgebende Prinzip, dem Einzelnen Spielraum für eine selbstverantwortliche Gestaltung seiner Lebensverhältnisse zu lassen».⁴⁸ In ihrer materiellen Funktion schützt die öffentliche Beurkundung diese Privatautonomie nach verschiedenen Seiten hin. Hervorheben möchte ich, im Sinne einer «Auslese», hier lediglich zwei Aspekte, nämlich diejenigen, die je einen *Teilgehalt der Privatautonomie*, nämlich die *Vertragsfreiheit* gewährleisten:

aa. *Schutz der negativen Vertragsfreiheit durch Übereilungsschutz*

Zu dieser materiellen Funktion gehört zum einen der bereits erwähnte «*Übereilungsschutz*».⁴⁹ Damit ist die Funktion der öffentlichen Beurkundung gemeint, durch den dargestellten strukturierten, aufwendigen Ablauf des Beurkundungsverfahrens die Parteien davor zu bewahren, sich in unbedachter Weise rechtsgeschäftlich zu binden.⁵⁰ Der Übereilungsschutz dient damit der Sicherung der negativen Vertragsfreiheit, insbesondere der rechtlichen Freiheit, einen Vertrag nicht abzuschliessen.⁵¹ Die Vorbereitung und Durchführung des Vertragsabschlusses durch eine rechtskundige, neutrale Person im Rahmen eines Verfahrens, das mehrfach Gelegenheit bietet, Unklarheiten zu beseitigen und (vorläufige) Willensbildungen nochmals zu überdenken, ermöglichen die notwendige gedankliche Auseinandersetzung der Parteien mit dem beabsichtigten Rechtsgeschäft. Sie gewährleisten einen möglichst aufgeklärten Entscheid der Vertragsparteien darüber,

48 MERZ, I f.; grundlegend zum Konzept der Privatautonomie im deutschen Recht: FLUME, 135 ff.

49 S. vorn IV.1.b.

50 Zum Schutz vor Übereilung: JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 8 f.; MOOSER, N 430; RUF, N 1256; BRÜCKNER, N 258 ff.; MARTI, 23. Zur Struktur des Beurkundungsverfahrens s. vorn II.2.

51 BK-KRAMER, Art. 19–20 OR N 43; zur negativen Vertragsabschlussfreiheit: HUGUENIN, N 151; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 614.

ob sie den beurkundungsbedürftigen Vertrag abschliessen wollen oder nicht.

Die Bedeutung dieses materiellen Aspekts ist nicht zu unterschätzen: So lässt sich nach der «subprime-Immobilienkrise» in den Vereinigten Staaten die Frage stellen, ob effiziente Formerfordernisse beim Abschluss von Grundstückkauf- oder Pfandverträgen die ausserordentliche Überhitzung des dortigen Immobilienmarktes hätten abschwächen können. Entsprechend gibt es in der rechtsvergleichenden Diskussion Stimmen, die im US-amerikanischen Recht eine unabhängige, neutrale Fachperson bei der Abwicklung von Immobilientransaktionen, eine Art «lawyer for the situation»⁵² im Hinblick auf eine vorsorgende Rechtspflege vermissen.⁵³

bb. *Schutz der positiven Vertragsfreiheit durch Ermöglichung der autonomen Selbstbindung*

Die Prinzipien der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit beschränken sich aber nicht auf den Schutz der negativen Vertragsfreiheit, sondern erfassen nach dem heutigen Verständnis einer «Materialisierung» des Vertragsrechts auch die Absicherung der Möglichkeit eines Rechtssubjektes, seine Verhältnisse durch den Abschluss von Verträgen selber zu gestalten.⁵⁴

Dieses umfassendere Verständnis der Vertragsfreiheit bezieht zunächst die Absicherung der *faktischen Grundlagen* der Vertragsfreiheit mit ein. So kann die Privatautonomie beim Abschluss von Verträgen, insbesondere auch von immobiliarsachenrechtlichen Verträgen, als Folge eines *Ungleichgewichts der Kräfte* zwischen den Vertragsparteien gefährdet sein: Man kann von *funktionellen*, von *persönlichen* oder von *strukturellen* Ungleichgewichtslagen sprechen.⁵⁵ Bei der öffentlichen Beurkundung steht primär die *Bewältigung persönlicher Ungleichgewichtslagen* beim Vertragsschluss im Vordergrund. Darunter ist ein Ungleichgewicht zu verstehen, das auf individuellen, persönlichen Gegebenheiten bei den jeweiligen Parteien beruht. Eine persönliche Ungleichgewichtslage liegt insbesondere

52 Zur Entstehung des Begriffs: MURRAY/STÜRNER, 3 ff.

53 Vgl. MURRAY/STÜRNER, 121; zur kontroversen institutionenökonomischen Bewertung der Beurkundung von Grundstückkaufverträgen s. KNIEPER, 38 ff.

54 ARNET, N 177; OFTINGER, 48.

55 ARNET, N 179 ff.

dann vor, wenn eine Vertragspartei der anderen aufgrund ihrer Erfahrung oder in intellektueller Hinsicht überlegen ist oder über genauere Kenntnisse von Grundlagen und Gegenstand des jeweiligen Rechtsgeschäfts verfügt, welche der anderen Partei gerade fehlen.⁵⁶ Zu denken ist an die häufige Konstellation, dass ein Immobilienunternehmer, der regelmässig Grundstücksgeschäfte abschliesst, ein Grundstück an eine geschäftsunerfahrene Privatperson verkauft. Hier dient das Verfahren der öffentlichen Beurkundung, insbesondere die Rechtsbelehrungspflicht der Urkundsperson, dem Ausgleich eines Erfahrungsdefizits seitens der unkundigen Privatperson: Die öffentliche Beurkundung schützt insofern die Privatautonomie der schwächeren Partei.⁵⁷ Gemeint ist damit aber nicht eine Einmischung der Urkundsperson in wirtschaftliche Aspekte des Rechtsgeschäfts mit Blick auf das Fernziel «Vertragsgerechtigkeit»; denn die Belehrungspflicht bezieht sich nicht auf den wirtschaftlichen Nutzen und die inhaltliche Ausgewogenheit des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts.⁵⁸

Mit der Kompensation von Ungleichgewichtslagen ist die materielle Funktion der öffentlichen Beurkundung aber noch nicht erschöpft. Vielmehr begründet Privatautonomie darüber hinaus auch *positive Vertragsfreiheit* im Sinne des *Rechts zur autonomen Selbstbindung*.⁵⁹ In diesem Sinne bewahrt das Verfahren der öffentlichen Beurkundung die Parteien nicht nur – negativ ausgedrückt – vor unbedachtem Eingehen von Verpflichtungen, sondern stärkt und ermöglicht die Autonomie der Parteien zusätzlich dadurch, dass ihnen eine Fachperson zur Seite gestellt wird, die sie in der Ausübung ihrer rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit neutral und mit Fachkompetenz unterstützt, ihnen ihre rechtlichen *Gestaltungsmöglichkeiten* im Rahmen ihrer Beratungs- und Belehrungspflichten überhaupt erst kognitiv zugänglich macht. Die Mitwirkung einer neutralen Fachperson im Verfahren der öffentlichen Beurkundung stellt insofern in komplexen Rechtsgeschäften wie jenen des Immobiliarsachenrechts die positive Vertragsfreiheit sicher; sie gewährleistet – um an die Definition

56 ARNET, N 181.

57 Vgl. BAUMANN, 22; zur Pflicht des Schutzes der Chancengleichheit der Parteien: KANZLEITER, 521.

58 Vgl. RUF, N 906; BRÜCKNER, N 884; Erläuternder Bericht, 15; Urteil des BGER vom 7. Dezember 1998, in: ZBGR 2000, 62; BGE 50 II 142 ff. Erw. 3.

59 BUCHER, Subjektives Recht, 88.

der positiven bzw. «materialen» Vertragsfreiheit von ERNST KRAMER anzuschliessen – «die effektive Chance, diese formelle Autonomie durch Verwendung des rechtlichen Instrumentariums auch in die Wirklichkeit umzusetzen»,⁶⁰ indem sie den Vertragsparteien eine Fachperson zur Seite stellt, welche ihnen die Möglichkeiten, Chancen und Risiken in der Ausgestaltung des geplanten Rechtsgeschäfts in neutraler Weise darlegt. Die öffentliche Beurkundung ermöglicht und schützt damit – über den blossen Übereilungsschutz hinaus – die Möglichkeit der Parteien, ihre rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten in einem aufgeklärten Entscheid effizient zu nutzen.

V. Perspektiven

1. Perspektiven im Bereich der öffentlichen Beurkundung

a. *Elektronischer Geschäftsverkehr*

Auf der Ebene der öffentlichen Beurkundung stellt sich die Frage, wie das Beurkundungsverfahren in Zukunft ausgestaltet sein soll. Mit dem Inkrafttreten von Art. 55a SchlT ZGB per 1. Januar 2012 und der erwähnten Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung⁶¹ wurde bereits die rechtliche Grundlage dafür geschaffen, dass öffentliche Urkunden, die in Papierform errichtet werden, mit Hilfe eines Scanners eingelesen und in elektronischer Form weiterverwendet werden können; die Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung EÖBV ermöglicht insofern die Einrichtung eines zentralen elektronischen Archivsystems und erleichtert den Datenaustausch.⁶²

b. *Elektronische öffentliche Urkunde*

Im Dezember 2012 hat das Bundesamt für Justiz dem schweizerischen Bundesrat einen Vorentwurf für eine Änderung des Schlusstittels des Zivilgesetzbuches vorgelegt, wonach in den neuen Art. 55–55t VE-SchlT ZGB die *bundesrechtlichen Minimalanforderungen an*

60 KRAMER, Vertragsdenken, 20.

61 S. vorn Fn. 8.

62 Kritische Überlegungen bei PIOTET, 7 ff.

die öffentliche Beurkundung kodifiziert werden sollen.⁶³ Darüber hinaus soll mit Art. 55n ff. VE-SchIT ZGB aber auch die gesetzliche Grundlage für die elektronische öffentliche Beurkundung geschaffen werden, indem den Kantonen die Kompetenz erteilt wird, die Urkundspersonen im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben, insbesondere unter Verwendung einer spezifizierten elektronischen Signatur, zur elektronischen Beurkundung zu ermächtigen (Art. 55n VE-SchIT ZGB).⁶⁴ Die unter Einhaltung der bundesrechtlichen Bestimmungen erstellten elektronischen öffentlichen Urkunden sollen den öffentlichen Urkunden auf Papier gleichgestellt sein (Art. 55o VE-SchIT ZGB). Damit könnte in Zukunft eine öffentliche Beurkundung durchgeführt werden, indem die Urkundsperson und – wo erforderlich – die Parteien, statt ihre Unterschriften auf Urkundenpapier anzubringen, nur noch einen *Knopf* auf einer Computertastatur zu bedienen hätten.⁶⁵ Befürchtungen, am Ende dieser Entwicklung stehe der «Cyber-Notar» oder die «Cyber-Notarin», wurde bereits mit dem Argument begegnet, wir hätten bei der öffentlichen Beurkundung auch die Entwicklung vom Federkiel zur Schreibmaschine und vom Siegelack zum Gummistempel unbeschadet überstanden.⁶⁶

Als Vorteile der elektronischen Beurkundung stehen technische Erleichterungen im Beurkundungsverfahren, die bessere Zirkulationsfähigkeit und die leichtere Aufbewahrung der öffentlichen Urkunden im Vordergrund.⁶⁷ Aber gibt es auch Gründe, die gegen die Möglichkeiten einer elektronischen Beurkundung sprechen? Technische Probleme, nicht zuletzt bei der langfristigen Aufbewahrung elektronischer Urkunden, dürften sich mit einigem Aufwand lösen lassen. Schwerer wiegen *inhaltliche Bedenken*: Es ist sicherzustellen, dass

63 S. dazu Vorentwurf öffentliche Beurkundung; Erläuternder Bericht, 3 ff.

64 Eine gewisse Einigkeit besteht darin, dass es für die Schaffung der Möglichkeit der elektronischen öffentlichen Beurkundung einer Rechtsgrundlage auf Gesetzesstufe bedarf, s. SCHMID-TSCHIRREN, 128 f.; vgl. auch PROTET, 11. Als problematisch erscheint die Einschätzung, wonach die Beurkundung in elektronischer Form bereits auf der Grundlage von Art. 55 SchIT ZGB möglich sei, vgl. Botschaft elektronische Signatur, 5690; SCHÖBI, 189 ff.

65 EBERL, 74: «Mögliches Zukunftsszenario ist, dass der Notar den Text der Vertragsurkunde auf dem Bildschirm verliest, die Klienten diesen Text elektronisch sicher signieren, der Notar mit der elektronischen Amtssignatur signiert und der Notar diese elektronische Urkunde sichert und archiviert.»

66 SCHMID-TSCHIRREN, 124 f.

67 Vgl. Erläuternder Bericht, 2, 5 ff.; SCHMID-TSCHIRREN, 125.

die vielschichtigen Funktionen der öffentlichen Beurkundung bei einem rein elektronischen Verfahren in allen Aspekten gewährleistet sind. Sollte etwa die elektronische Beurkundung insgesamt zu einer übermässigen Beschleunigung des Beurkundungsverfahrens führen, so würden sich auch die Bedenkzeiten, die notwendigen Phasen zur Reflexion und zur inneren Klärung des eigenen Standpunktes und des Geschäftswillens der Urkundsparteien verkürzen;⁶⁸ mit dem Verlust der retardierenden Wirkung des Beurkundungsverfahrens⁶⁹ geriete eine der Grundfunktionen der öffentlichen Beurkundung ins Wanken. Noch schwerer würde der Abbau der persönlichen Begegnung zwischen den Parteien des Rechtsgeschäfts und der Urkundsperson wiegen: Ohne diesen persönlichen, individuellen Kontakt wäre die Möglichkeit der Urkundsperson, ihre Pflichten, insbesondere ihre Rechtsbelehrungs- und Wahrheitspflicht konsequent wahrzunehmen, fundamental infrage gestellt.⁷⁰ Die Regeln des Beurkundungsverfahrens sind historisch gewachsen und mögen angesichts der dynamischen Entwicklung unserer Lebenswelt als unmodern erscheinen; tatsächlich spricht gar nichts dagegen, unnötige, antiquierte Verfahrenselemente als «alte Zöpfe» abzuschneiden. Was aber bei jeder Neuerung des Beurkundungsrechts zu berücksichtigen sein wird, ist der «*Faktor Mensch*» in seiner körperlichen, intellektuellen und psychologischen Konstitution, dessen Parteiautonomie mit dem Instrument der öffentlichen Beurkundung mit aller Konsequenz zu schützen ist; das «vorhandene Gute»⁷¹ der öffentlichen Beurkundung darf nicht der allgemeinen Tendenz zur Effizienzsteigerung unserer Lebenswelt geopfert werden.

Der Vorentwurf vom Dezember 2012 zur Revision von Art. 55 ff. VE-SchIT ZGB trägt dieser Notwendigkeit in seiner Struktur Rechnung, indem die materiellen Anforderungen an die öffentliche Beur-

68 Zu dieser «mechanischen» Wirkung des Beurkundungsverfahrens: JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht, 9; PIOTET, 4, weist auch auf mögliche Auswirkungen der durch die Elektronik bewirkten Unmittelbarkeit hin.

69 Zum Übereilungsschutz s. vorn IV.1.b.

70 Gl. M.: PIOTET, 11.

71 BK-REBER/HURNI, N 11: «Jede Gesetzgebung tritt der Natur der Sache gemäss mit dem Anspruche auf, für eine Verbesserung des gegenwärtigen Zustandes gehalten zu werden. Sie will den Anforderungen der Zeit genügen. Sie will aber auch über der augenblicklichen Strömung nicht das vorhandene Gute im Rechtsbestande preisgeben. Sie sucht es vor Gefahren zu bewahren.»

kundung ohne Konzessionen an eine elektronische Beurkundung formuliert und die Elemente der öffentlichen Beurkundung einerseits und die gesetzliche Grundlage für die elektronische Beurkundung andererseits inhaltlich konsequent getrennt werden: Trotz der Möglichkeit, künftig die Beurkundung auf elektronischem Weg durchzuführen, wird zu Recht an den bewährten Elementen des Beurkundungsverfahrens festgehalten. Insbesondere verankert Art. 55j VE-SchlT ZGB den Grundsatz der Einheit des Aktes: Mit dieser Anforderung der Einheit des Ortes, der Zeit und des Verfahrens (Art. 55j Abs. 1 VE-SchlT ZGB) ist die gleichzeitige persönliche Anwesenheit der Urkundsparteien bzw. ihrer Vertreter einerseits und der Urkundsperson andererseits sichergestellt. Die Zulassung der elektronischen öffentlichen Urkunde würde damit in erster Linie eine Ergänzung bezüglich des *Mediums* der öffentlichen Beurkundung darstellen.

2. Perspektiven im Bereich des Immobiliarsachenrechts

Nun befasst sich dieser Vortrag mit Fragen der öffentlichen Beurkundung im Bereich des Immobiliarsachenrechts. Welche Entwicklungen sind im Immobiliarsachenrecht zu erwarten? Für welche Neuerungen wird die öffentliche Beurkundung in Zukunft von Bedeutung sein? Das Immobiliarsachenrecht zeichnete sich in den vergangenen Jahrzehnten durch *Konstanz* aus. Konkret bestehen nach dem Inkrafttreten der Teilrevision zum Registerschuldbrief per 1. Januar 2012, soweit ersichtlich, keine grösseren Gesetzgebungspendenzen. Dennoch steht auch das Immobiliarsachenrecht vor *Herausforderungen*. In der Schweiz als besonders drängend erweist sich die Thematik der Verknappung des Bodens, die zu einer exponentiell steigenden Verdichtung beim Bauen und Wohnen führen wird. Dabei sollte die Privatrechtswissenschaft insbesondere in der Diskussion um die *gemeinschaftliche Nutzung von Gütern* wie Grund und Boden das Feld nicht ausschliesslich den Entwicklungen im öffentlichen Recht überlassen, sondern sich mit der Frage befassen, ob und in welcher Weise privatrechtliche Konzepte zur Entwicklung von Lösungen des verdichteten Wohnens beitragen können. Diese Problematik kann die Rechtswissenschaft nicht allein bewältigen; sie wird auch die Ökonomie, die Soziologie, die Architektur und den Städtebau sowie die Psychologie involvieren müssen.

VI. Die Urkundsperson als Mediatorin des Rechts

Wenn es darum geht, die Anforderungen der Zukunft im Immobiliarsachenrecht zu meistern, sind zunächst *Wissenschaft und Politik* gefordert. Recht findet aber nicht in der Theorie statt, sondern in dessen Anwendung. Die Umsetzung und die *Übersetzung*, die *Vermittlung* der immobilienrechtlichen Normen wird dabei zu einem wesentlichen Teil wiederum im Rahmen der öffentlichen Beurkundung in den Händen der Urkundspersonen, der Notarinnen und Notare, liegen. Daraus ergeben sich *hohe Anforderungen an das Notariat*. Die Urkundspersonen wirken in ihrer täglichen Arbeit der Rechtsanwendung als «Mediatoren» des Rechts, auch des Immobiliarsachenrechts, indem sie den Urkundsparteien Inhalt und Mechanismen unserer Rechtsordnung für den zu regelnden Sachverhalt erläutern und verständlich machen. Diese Funktion ist in ihrer Tragweite nicht zu unterschätzen: Der Verständlichkeit des Rechts, auf die der Redaktor des schweizerischen Zivilgesetzbuches, EUGEN HUBER, anfangs des 20. Jahrhunderts so grossen Wert legte,⁷² kommt auch in unserer Zeit elementare Bedeutung zu. Insofern ist das Verfahren der öffentlichen Beurkundung – und hier sei die Verallgemeinerung über das Immobiliarsachenrecht hinaus erlaubt – nicht nur ein mehr oder weniger kompliziertes «Handwerk», sondern ein *Verfahren der Vermittlung des Rechts zwischen Staat und Bürger*, ein Verfahren der *Transformation des Rechts*, eine Art der Implementierung der abstrakten rechtlichen Bestimmungen in unsere konkrete Lebenswelt. Diese Funktion der öffentlichen Beurkundung, diese Transformation des Rechts, das Erläutern und Verständlichmachen unserer Rechtsordnung für die Bürgerin und den Bürger, ist in unserem Staat, der gemäss Art. 6 der Bundesverfassung auf der Idee von *eigenverantwortlich handelnden Menschen* beruht, von grundlegender Bedeutung. Diese abschliessende Feststellung formuliere ich nicht nur als Postulat aus der Sicht der Rechtswissenschaft und der Rechtsanwendung, sondern ebenso im Sinne einer demokratischen Notwendigkeit.

⁷² Zum «stilprägenden Merkmal: Verständlichkeit» unseres Privatrechts s. KRAMER, Europäisches Vertragsgesetz, 905 ff.

Literatur

Monografien und Aufsätze:

ARNET RUTH, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Habil. Basel, Bern 2008

BAUMANN WOLFGANG, Das Amt des Notars – Seine öffentlichen und sozialen Funktionen, MittRhNotK 1996, 1 ff.

BERNSTORFF CHRISTOPH GRAF VON, Einführung in das englische Recht, 4. Aufl., München 2011

BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993

BUCHER EUGEN, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965 (zit. BUCHER, Subjektives Recht)

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT)

CHARETTE LAURENCE DE/BOULARD DENIS, Les notaires: enquête sur la profession la plus puissante de France, Paris 2010

DÉPRAZ ALEX, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Diss. Lausanne 2002

DIXON MARTIN, Modern Land Law, 8. Aufl., London/New York 2012

EBERL ISABELLA, Der Notar und der Abschluss des Vertrages in elektronischer Form, in: Österreichische Notariatskammer, Mehrwert durch notarielle Tätigkeit, Wien 2004, 55 ff.

FLUME WERNER, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer Ernst von/Friesenhahn Ernst/Lange Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Band I, Karlsruhe 1960, 135 ff.

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008

GULDENER MAX, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954

HEISS HELMUT, Formmängel und ihre Sanktionen, Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung, Habil. Innsbruck, Tübingen 1999

HUBER HANS, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechts, ZBGR 1988, 228 ff.

HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012

KANZLEITER RAINER, Das Gesetz zur Änderung des § 313 BGB, DNotZ 1973, 519 ff.

KNIEPER ROLF, Eine ökonomische Analyse des Notariats, München 2010

KÖTZ HEIN, Europäisches Vertragsrecht I, Tübingen 1996

KRAMER ERNST A., Der Stil eines zukünftigen europäischen Vertragsgesetzes – die schweizerische Privatrechtskodifikation als Vorbild?, ZBJV 2008, 901 ff. (zit. KRAMER, Europäisches Vertragsgesetz)

Die «Krise» des liberalen Vertragsdenkens. Eine Standortbestimmung, München/Salzburg 1974 (zit. KRAMER, Vertragsdenken)

MANKOWSKI PETER, Formzwecke, JZ 2010, 662 ff.

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

MERTENS BERND, Die Reichweite gesetzlicher Formvorschriften im BGB, JZ 2004, 431 ff.

MERZ HANS, Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 20. April 1970, Karlsruhe 1970

MOOSER MICHEL, Le droit notarial en Suisse, Bern 2005

MURRAY PETER L./STÜRNER ROLF, The Civil Law Notary – Neutral Lawyer for the Situation, A Comparative Study on Preventative Justice in Modern Societies, München 2010

OFTINGER KARL, Die Vertragsfreiheit, in: Mitglieder der Juristischen Abteilung der Universität Zürich (Hrsg.), Ausgewählte Schriften Karl Oftinger, Zürich 1978, 46 ff.

PIOTET DENIS, L'acte authentique électronique, simple changement de support ou renversement des fondements?, in: swisNot.ch (Hrsg.), Mélanges, Festschrift, Miscellanea, Eine zehnjährige notarielle Zusammenarbeit im interkantonalen Bereich, Zürich/Basel/Genf 2011, 1 ff.

RUF PETER, Notariatsrecht, Langenthal 1995

SCHMID JÜRIG, Gesetzgebung, Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung (EÖBV) vom 23. September 2011, ZBGR 2011, 420 (zit. JÜRIG SCHMID)

SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, 2. Aufl., Diss. Freiburg 1989 (zit. JÖRG SCHMID, Schuldverträge)

Grundlagen zum Beurkundungsverfahren, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren, Beiträge der Weiterbildungseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 26. Januar 2007 in Lausanne und vom 3. Juli 2007 in Zürich, Zürich/Basel/Genf 2007, 1 ff. (zit. JÖRG SCHMID, Beurkundungsverfahren)

Grundlagen zur notariellen Belehrungs- und Beratungspflicht, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 13. September 2005 in Lausanne und vom 28. September 2005 in Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006, 3 ff. (zit. JÖRG SCHMID, Belehrungs- und Beratungspflicht)

SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA, e-Sigillum – Art. 55^{bis} SchlT ZGB und die Verordnung über die elektronische öffentliche Urkunde, in: Schweizerischer Notarenverband (Hrsg.), Aktuelle Themen zur Notariatspraxis, 1. Schweizerischer Notarenkongress, Bern 2010, 123 ff.

SCHÖBI FELIX, Le Code civil suisse, une codification inachevée: L'exemple de la forme authentique, in: Société de législation comparée (Hrsg.), Le centenaire du Code civil suisse, Paris 2008, 187 ff.

SCHÜTZEBERG JOST, Der Notar in Europa, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, französischen, niederländischen und englischen notariellen Berufsrechts, Diss. Köln, Bonn 2005

SCHWENZER INGBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006

WOSCHNAK KLAUS, Zum Schutz von Grundrechten im Privatrecht durch notarielle Rechtsfürsorge, in: Fischer-Czermak Constanze et al. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Welser zum 65. Geburtstag, Wien 2004, 1197 ff.

ZWEIGERT KONRAD/KÖTZ HEIN, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996

Kommentare:

HAUSHEER HEINZ/WALTER HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-BEARBEITER, Art. xx ZGB N yy)

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 4. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK ZGB II-BEARBEITER, Art. xx ZGB N yy)

KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband: Inhalt des Vertrages, Unterteilband 1a: Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. BK-KRAMER, Art. xx OR N yy)

KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (zit. BK-BEARBEITER, Art. xx OR N yy)

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974 (zit. BK-MEIER-HAYOZ, Art. xx ZGB N yy)

REBER MARKUS/HURNI CHRISTOPH, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band II, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900, Bern 2007 (zit. BK-REBER/HURNI)

Materialien:

Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung), Erläuternder Bericht mit Vorentwurf, Dezember 2012, <www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-12-14/vn-ber-d.pdf> (besucht am 4. März 2013) (zit. Erläuternder Bericht)

Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Änderung betreffend Öffentliche Beurkundung), Vorentwurf, <www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2012/2012-12-14/vorentw-d.pdf> (besucht am 4. März 2013) (zit. Vorentwurf öffentliche Beurkundung)

Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht), BBl 2008 1751 ff. (zit. Entwurf zur Änderung des OR)

Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht) vom 21. Dezember 2007, BBl 2008 1589 ff. (zit. Botschaft zur Änderung des OR)

Botschaft zum Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (ZertES) vom 3. Juli 2001, BBl 2001 5679 ff. (zit. Botschaft elektronische Signatur)