



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

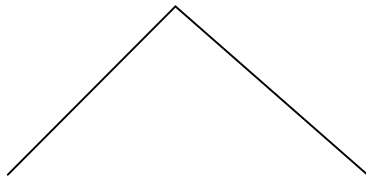
Notariatsrecht

Aufbau der VL (HS 2010), Übersicht

1. Kapitel: Grundbegriffe und Rechtsquellen des NotariatsR
2. Kapitel: Organisationsrecht
3. Kapitel: Rechte und Pflichten des Notars; Verantwortlichkeit
4. Kapitel: Beurkundungsverfahren („Notariatsprozess“)
5. Kapitel: Ausgewählte Beurkundungen

Einführung

- Vss für formgültige Beurkundung: §37 Beurkundungsgesetz LU
- Bundesrecht schreibt Form vor und dass Notar notwendig
- Vorgehen richtet sich nach kant. Bestimmungen → Art. 55 SchIT ZGB
- Formvorschriften dient meistens Schutz der einen Partei
- 2 Arten von öffentlichen Urkunden:



Rechtsgeschäftliche Beurk.
- Testament
- Bürgschaft
- Ehevertrag
- eher bundesrechtl. Geprägt
→ Willenserklärungen

Sachbeurkundungen
- Echtheitsbeglaubigungen

- eher kantonrechtl. geprägt
→ Tatsachenfeststellungen

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel: Grundbegriffe und Rechtsquellen des NotariatsR

§ 1 Grundbegriffe

I. Urkunden

-Traditionelle Umschreibung: „U. sind Schriftstücke, welche rechtserhebliche Gedanken beinhalten“

-Neuerungen durch EDV; Folgen für den Urkundenbegriff (vgl. 942 II/ III ZGB)

-Strafrechtlicher Urkundenbegriff: 110 Ziff. 5 StGB

-Zivilprozessualer Urkundenbegriff: 177 ZPO

II. Öffentliche Urkunden

1. Öffentliche Urkunden im weiteren Sinn

2. Öffentliche Urkunde im engeren Sinn (notarielle U.)

→ DEF.: „Die durch den Notar (oder eine andere Urkundsperson) in einem gesetzlich geregelten Verfahren vorgenommene hoheitliche Mitwirkung an einer Willenserklärung (→ Rechtsgeschäfte) oder Tatsachenfeststellung (→ Sachbeurkundung)

3. Gesetzliche Definitionen der öffentlichen Urkunde

-Bundesrecht (110 Ziff. 5 StGB, 9 ZGB, 179 ZPO)

-Kantonales Recht (§ 1 lit. b BeurkG LU)

III. Urkundspersonen (Notare/ Notarinnen; VSS= 1+2)

1. Natürliche Personen

2. Ausstattung mit hoheitlichen Befugnissen

3. Rechtsvergleich

→ Notar gibt's praktisch überall (Frage Eli was gemeint)

IV. Öffentliche Beurkundung

1. Die öffentliche Beurkundung als (ungeschriebener) bundesrechtlicher Begriff

A. Die geschichtliche Entwicklung

→ 1912 war noch Sache der Kantone, gab riesige Unterschiede. Kantone machten z.T. nur Sachbeurkundungen; Lehre sagte, wenn Bund Form verlangt, muss er auch Vorstellung davon haben, wie es ungefähr ausgestaltet ist. 1951 wurde durch BGer anerkannt, dass ungeschriebener bundesrechtlicher Begriff ist.

B. Die Formel des BGer

→ 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 (BGE 99 II 159 ff. (161), E. 2a)

C. Die materiellen Aspekte (Wer macht was? Analyse der obigen Formel)

-Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte (legt Bund abschliessend fest)

-Umfang des Formzwangs (Bund: welche inhaltl. Elemente obj./ subj.; Für andere gilt OR 11)

-Mindestanforderungen an das kantonale (!) Verfahren (Bund legt wesentl. Punkte fest)

-Beweiswert der öffentlichen Urkunde (9 ZGB → Erhöhte Beweiskraft → Bund)

-IPR-Fragen

-Sanktionen eines Formmangels (Gültigkeitsmangel)

→ Durch Rechtsprechung geregelt, ob Bundes Rod. Kant. Recht vorschreibt

2. Die Arten und die Wirkungen der öffentlichen Beurkundung

A. Die Zweiteilung in rechtsgeschäftliche Beurkundungen und Sachbeurkundungen (Unterlage 34a)

a. Rechtsgeschäftliche Beurkundungen

→ Beispiel: öffentliche Beurkundung eines Grundstückkaufes

b. Sachbeurkundungen (Feststellung rechtserheblicher Tatsachen)

→ Beispiel: Beglaubigung einer Unterschrift

B. Die Wirkungen der öffentlichen Beurkundung

a. Gültigkeitsform für Rechtsgeschäfte

-Gültigkeitsform als Gegensatz zur blossen Beweisform (öffentl. Beurkundung als Gültigkeitsvoraussetzung, Verpflichtungsgeschäft; ohne diese keine gültige Verpflichtung der Parteien)

-Rechtsgrund beim sachenrechtlichen Kausalitätsprinzip (Richtigkeitsvermutung → erhöhte Beweiskraft, da Urkundsperson der Wahrheit untersteht; ebenso Parteien, sonst Fabu; Erhöhter Schutz nur wenn: (a) Bundesrecht die öffentliche Beurkundung vorschreibt; nur für die Punkte, die formbedürftig sind von Bundesrecht vorgeschrieben/ (b) Urkundsperson (nur das) überprüft

b. Beweisbedeutung

aa. Die Regel von Art. 9 ZGB → Richtigkeitsvermutung einer Urkunde. Erhöhte Beweiskraft, da Urkundsperson der Wahrheitspflicht untersteht. Ebenso Partei, denn sonst macht sie sich einer Falschbeurkundung nach StGB strafbar. Erhöhter Schutz nur wenn:

- Bundesrecht die öffentliche Beurkundung vorschreibt. Nur für die Punkte, die formbedürftig sind, da von Bundesrecht vorgeschrieben.
- Urkundsperson es überprüft hat. Nur das was Urkundsperson überprüft hat oder auch überprüfen kann, denn wenn Parteien schreiben, dass sie bescheinigen, dass Käuferin keine ausl. Person ist, gilt dies nicht, denn Notar kann dies nicht überprüfen. (Siehe lex Keller)

bb. Die Regel von 179 ZPO

cc. Sondervorschriften

- 195a II ZGB
- 18 II BewV

dd. Rechtsvergleichung

- Der Kontext des Beweisrechts (in CH Urkunden mehr Beweiskraft als Zeugen; U. lügen nicht; Richter vertrauen U. mehr als Zeugen)
- Das deutsche Recht (auch erhöhte Beweiskraft von öffentlichen Urkunden)
- Das englische Recht (Urkunden weniger Beweiskraft als Zeugen!)

c. Vollstreckungsrechtliche Bedeutung

aa. Die Regel von 82 SchKG → provisorische Rechtsöffnung durch Urkunde, dies ändert aber mit ZPO 2011 (8c)

bb. Die Regel von 347 ff. ZPO (8c)

3. Die Zwecke der öffentlichen Beurkundung

A. Mehrzahl möglicher Zwecke

a. Übereilungsschutz (Aufklärungs-/ Beratungspflicht des Notars)

b. Rechtssicherheit (Rechtsklarheit)

c. Schaffung einer zuverlässigen Grundlage für einen Registereintrag

→ Allgemein: bei jeder Norm schauen, welchen Zweck sie erfüllt;

Inhaltlich klare Beschreibung der Pflichten der Parteien.

B. Keine fiskalischen Zwecke; Staat soll nicht daran verdienen

§ 2 Rechtsquellen

I. Vorbemerkungen

→ NotariatsR ≠ einheitliches Rechtsgebiet → Teilbezüge zu anderen Rechtsgebieten; es ist nicht nur ein Rechtsgebiet, auch kant. Recht spielt eine grosse Rolle

II. Bundesrecht

1. Im Allgemeinen

A. Bundesverfassung (und EMRK → v.a. DisziplinarR)

→ NotariatsR untersteht StaatsR des Bundes (Art. 8 ff., aber nicht WirtschaftsF (27)/ Freizügigkeit der wirtschaftl. (95)

B. Normen des materiellen Strafrechts

→ Allg. Begriff U. (110 Abs. 5), Erschleichung (253), Geldwäscherei (Sorgfaltspflicht bei Finanzgeschäften, Amtsgeheimnis (320), Berufsgeheimnis (321)

a. Im Allgemeinen

b. Zur Falschbeurkundung insbesondere

→ Urkunden = zentrale Beweismittel (D, F, I, CH); Vertrauen darin erhöht (vgl. 9 ZGB, 79 ZPO); 317 Ziff. 1 (vgl. Ziff. 2 → fahrlässig); 253 → Parteien auch strafrechtl. Verantwortung der Wahrheitspflicht (Scheingeschäfte), Notar wird hier getäuscht; Def. Fabu: qualifizierte schriftl. Lüge (≠ einfache schriftliche Lüge!), erhöhte Glaubwürdigkeit, bes. Vertrauen entgegenbringen.

c. Zur Verletzung des Amtsgeheimnisses oder Berufsgeheimnisses

insbesondere

→ AG: betrifft N, welche Mitglied Behörde/ amtl. Stellung (z.B. ZH)

→ BG: 321 Freiberufl. Notare (LU, TI, West-CH); 321 Ziff. 2: Ausschluss für Haftung (Freizeichnungsklausel) → Streit, Notar vor Amtsgericht aussagen, ob Klausel beurkundet wurde od. nicht → Berufsgeheimnis brechen bedarf Bewilligung (Interessenabwägung durch Aufsichtsbehörde)

C. Normen des materiellen Privatrechts

D. Normen des IPR

- 31 IPRG
- 119 und 124 IPRG (!!)
- 50 LugÜ

E. Normen des Zivilprozesses

- Urkundenbeweis (177 ff. ZPO) (!!)
- Vollstreckung öffentlicher Urkunden (347 ff. ZPO) (!!)

F. Normen in weiteren Bundeserlassen

→ z.B. Landwirtschaftsgesetz (81/82), Bewilligungsgesetzgebung, 18 Abs. 2 BewV

2. Der Kreis der beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfte im Besonderen (Unterlage 8)

A. Im ZGB (Personenrecht/FamilienR/ErbR/SachenR)

B. Im Vertragsrecht

C. Im Handelsrecht

D. Rechtsgeschäfte, die der öffentlichen Beurkundung nicht bedürfen

Z.B.: gewisse Vorkaufsverträge an Grundstücken (216 Abs.3 OR); Erbteilungsvertrag über Grundstücke (634 Abs. 2 ZGB); freiwillige öffentliche Grundstücksversteigerung (229 Abs. 2 OR)

E. Rechtsgeschäfte, die dem kantonalen Recht unterstehen

Z.B.: Enteignungsverträge, § 49

3. Überlegungen de lege feranda (2 Argumentationslinien s.u. a/b)

a. Kürzung der Zahl beurkundungsbedürftiger Rechtsgeschäfte?

→liberaler Grundsatz Art. 11 ZGB (FormF)→ Schutzzwecke öff. U→
Registersicherheit/Rechtssicherheit müssen gewahrt werden

b. Ausdehnung des Beurkundungszwangs

→Notarinteressen „mehr Kohle“. Ev. im Verbraucherschutz (Konsumenteninfo); auch nicht
Mitwirkung im Steuerverfahren

c. Beschlossene oder bevorstehende Änderungen im schweizerischen Recht

- Vorsorgeauftrag im Rahmen des neuen Erwachsenenschutzrechts
(361 Abs. 1 ZGB)

-Einführung der „vollstreckbaren Urkunde“ (347 ff. ZPO)

-Einführung der elektronischen Beglaubigung (55^{bis} SchIT ZGB)

III.Kantonales Recht (=BeurkundungsR)

1. Beurkundung(sverfahrens)recht als kantonales öffentliches Recht (mit
einzelnen Ausnahmen im BundesR (insbes. Testament/ ErbR)

→ vgl. 55 SchIT ZGB; pro memoria: Konkordate (Unterlage 17); Gesetz/ VO's

2. Fundstellen

→kantonales BeurkundungsR oder Einführungsgesetz zum ZGB/ OR,
kantonal Haftungs-/ VerantwortlichkeitsR

IV.Interkantonales Recht

-ist eher atypisch, aber siehe Unterlage 17

V. Internationales Recht

1. Von der Schweiz ratifizierte Staatsverträge (Beispiele→ Unterlage 41)

2. Europarecht (wichtig im NotariatsR)

A. Staatsvertragliche Grundlagen

- EWG-Vertrag (?); Vertrag der europäischen Union die Grundpfeiler sind: →
Freiheit der Dienstleistung & der Niederlassung, Unterlage 20a

-Brüsseler Übereinkommen → Vollstreckungsrecht

-Lugano Übereinkommen → vollstreckbare Urkunde und Anerkennung

B. Harmonisierungsfragen (Vereinheitlichung, Angleichung)

→Versucht Öffnung des NotariatsR herbeizuführen; Wettbewerbskomponente im europ. Raum mehr Gewicht zumessen

C. Abgaberechtliche Fragen

→Beschränkung der Gebühren→ indirekte Steuern, Steuerrichtlinien der EU

VI. Exkurs: Grenzüberschreitende Standesorganisationen

1. Die internationale Union des Lateinischen Notariats (UINL)

→weltweite Interessenvertretung

2. Die Konferenz der Notariate der Europäischen Union (→Beschränkt auf

Europa; Konsumentenschutz, Minimalregeln)

2 Kapitel: Organisationsrecht

§ 3 Die Regelung des Beurkundungswesens als staatliche Aufgabe

1. Notarielle Tätigkeit als amtliche oder amtsähnliche Tätigkeit (freiwillige Gerichtsbarkeit)

1. "Freiwillige Gerichtsbarkeit"

Freiwillige (nichtstreitige) Gerichtsbarkeit als Mitwirkung des Staates bei der Begründung, Änderung oder Aufhebung privater Rechte oder Rechtsverhältnisse, ohne dass ein Streitfall vorliegt

(besonderes Interesse nötig; ≠ streitige Gerichtsbarkeit→ Staat wirkt nur mit, weil Privater geklagt hat; Bsp. freiwillige Gerichtsbarkeit: Eheschliessung, Namensänderung, Adoption, sämtliche Registerwesen (Grundbuch & Handelsregister) → überall staatliche Mitwirkung nötig.

2. Hoheitliche Tätigkeit

Notar nimmt an Staatsgewalt teil (=hoheitl. Handeln); Verhältnis zw. Partei und Urkundperson= grundsätzlich hoheitliches Verhältnis (d.h. privatrechtliche Normen Auftragsrecht (394 ff.OR) sind nicht anwendbar); Partei, die beurkunden lässt schuldet öffentlich-rechtliche Gebühr –nicht Vergütung (Honorar) aus AuftragsR)→ gilt für alles was der Notar hoheitlich macht inkl. Vorbereitung, Haupt- & Nachverfahren, Beurkundungsverfahren; Notar→ nebenbei noch Tätigkeiten, die er nicht hoheitlich macht (also doch gewisse privatrechtliche Komponente), Bsp. Stockwerkeigentum (712d ZGB): öffentliche Beurkundung zwingend → Gebühr= öffentlich-rechtl. Geschuldet. Achtung 712g→ Reglemente, Nutzung gemeinsamer/ einzelner Teile, ist nicht öffentlich zu beurkunden (nur Schriftform nötig). Reglement muss auch nicht Notar machen, kann irgendein Rechtsanwalt (jedermann oder sogar selber?) machen. Falls aber Notar dies tut→ ist nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich

tätig und dies bedeutet HONORAR (394) → Situation ein Teil der notariellen Arbeit auftragsrechtlich, der andere Teil öffentlich-rechtl. (vgl. auch Schema 1)

3. Amtsnotariat oder freies („freiberufliches“) Notariat (oder Mischform)

- Mögliche Systeme

Variante Amtsnotariat: (ZH), Urkundsperson ist Beamter bzw. öffentlich-rechtl. Angestellter (integriert in kantonale Verwaltung)

Variante Freiberuflich: nicht integriert in Verwaltung; eigene Verantwortung des Notars (Luzern); hat aber auch hoheitlichen Charakter

Mischsysteme: BGer war der Ansicht LU hätte Mischsystem (stimmt nur bedingt)

Bsp. Schuldbrief: in ZH → wesentl. Günstiger als im Kt. TI od. LU, weil Amtsnotariat tendenziell tiefere Gebühren hat

- Die Freiheit der Kantone

→ Kanton entscheidet welches System! Sie sind hierbei frei!

- Vor- und Nachteile

II. Folgerungen aus der Hoheitlichkeit (aus dem amtsähnlichen Charakter) der Notariatstätigkeit im Allgemeinen

1. Voraussetzung: staatliche Ernennung

→ staatliche Gewalt muss auf Person übertragen werden (hoheitlicher Ernennungsakt); Schutz des Titels → unerlaubt sich Notar zu nennen (Art. 13 UWG Verstoß vs. unlauteren Wettbewerb, strafrechtliche Bestimmungen (kantonal & bundesrechtl.), kantonale Aufsichtsbehörde dafür zuständig dass Öffentlichkeit nicht getäuscht wird)

2. Gebietsmässige Beschränkung der Hoheitsmacht (Territorialitätsprinzip)

→ gilt im Verhältnis von mehreren Staaten; Grundsatz Völkerrecht → jeder Staat soll Souveränität des anderen beachten (d.h. Beurkundungsakte dt. Notar der in CH kommt & hier beurkundet (LU) ist nicht gültig, weil Hoheit dt. Notar auf dt. Staatsgebiet beschränkt; Territorialitätsprinzip gilt auch im Verhältnis Bund-Kantone (zw. Kt. A und B → LU-Notar kann nur in Hoheitsgrenzen LU beurkunden. Grenzüberschreitungen sind häufig! Bsp: Auf Schiff beurkunden (Luzern-Schwyz) → muss in LU Seeseite beurkundet werden. Ganzer Beurkundungsvorgang muss auf luzernerischem Boden stattgefunden haben → ist bei Schiff nicht gewährleistet).

3. Stellung und Pflichten der Urkundsperson

A. Urkundspflicht

→ ergibt sich aus der hoheitlichen Stellung des Notars; Handlungspflicht des Notars, ausser es handle sich um wichtigen Grund (Unterlage 5, § 20)

B. Unparteilichkeit (*W*) und Unabhängigkeit

→ Unparteilichkeit muss wegen der hoheitlichen Stellung des Notar zwingend gelten; Das Unparteilichkeitsgebot kann sich auch auf anwaltliche Tätigkeit auswirken (Verbot von Interessenkollisionen! Wenn Rechtsanwalt als Anwalt praktiziert darf er bei Streit der P's über Beurkundung keine von beiden vor Gericht vertreten (Art. 12c Bundesfreizügigkeitsgesetz); Unabhängigkeit vs. Dritte: Notar muss gut verfügbar sein vs. Leute, die beurkunden wollen (berufl. Selbständig);

- **Ausstandsgründe** (kantonal geregelt, vgl.!), **Unvereinbarkeiten**

- Zur **beruflichen Selbständigkeit** insbesondere

C. Verschwiegenheit → § 19 im BeukG LU, Notar muss relevante Sachen geheim halten. Bei Verletzung der Pflicht drohen strafrechtliche Sanktionen

320 StGB oder Disziplinarrechtliche Massnahmen, Aufsichtsrechtliche, Haftungsrechtliche Folgen → 3-fach sanktioniert.

D. Pflicht zur einwandfreien Berufsausübung („Berufsethik“)

→ Notar beim Publikum = Person des öffentlichen Glaubens; Urkundsperson muss im Interesse beider Personen neutral sein

E. Rechtsgleichheitsgebot und Pflicht, zur Verwirklichung von Grundrechten beizutragen

- Rechtsgleichheitsgebot für die Behandlung von Urkundsperson und Parteien (8 BV)
- Unentgeltliche Rechtspflege (29 Abs. 3 BV)
→ Notar auch ohne Gebühr tätig, falls genügendes Rechtsschutzinteresse besteht
- Pflicht, zur Verwirklichung von Grundrechten beizutragen (35 Abs.2 BV)

F. Vertrauensschutz (?)

→Notarielles Verhalten → kann dies Vertrauensschutz begründen? (5 VSS; VerwR); Freiberuflicher Notar→ ist nicht ein solcher Träger von Vertrauen (by Schmid), Gutglaubensschutz nicht weil Notar bspw. nicht genügend Steuerbewandert; Amtsnotariat → unmittelbarer Repräsentant des Staates; Einzelfall ob Vertrauensschutz bejaht oder nicht

G. Völkerrechtliche Immunität

→ Notar kann vor einem anderen Staat für sein hoheitliches Handeln nicht zur Verantwortung gezogen werden; Notar geniesst z.B. vor dt. Gerichten Immunität.

4. Fehlen einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit

A. Die Sicht des Bundesgerichts

- a. Wirtschaftsfreiheit (Handels- und Gewerbebefreiheit) (?);27BV und 94ff. BV Grundfreiheiten beziehen sich nur auf privatrechtliche Tätigkeiten Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot gelten. Jedoch nicht verletzt, wenn es ein Höchstalter für die Ausübung der Notartätigkeit gibt. Ebenso ist es zulässig, dass gewisse Kantone nur eine gewisse Anzahl von Notaren zulässt (Numerus clausus)
- b. Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten (?);gilt nicht für Notare. Notar gilt nicht als wissenschaftlicher Beruf. Einheitlicher freier Wirtschaftsraum gilt für die Notare nicht, sie dürfen jeweils nur in ihrem Kanton tätig sein und andere Kantone müssen ihre Fähigkeitsausweise nicht anerkennen.
- c. Freiheiten nach Binnenmarktgesetz und Freizügigkeitsabkommen (?);gilt nicht für Notare Art. 1III Binnenmarktgesetz, auch die Freizügigkeitsabkommen mit der EU gelten nicht für Notare (Territorialitätsprinzip)
- d. Wettbewerbsrecht: KG, PüG, UWG (?);→ KG: Art. 3I staatl. Vorschriften, deshalb ausgeschlossen. Preisüberwacher haben limitierte Kompetenz, können Kantone darauf aufmerksam machen. PüG→ freiberufliche Notare fallen limitiert darunter, wie bei KG. Art. 14 PüG. UWG→ auf Verhalten der freiberuflichen Notare anwendbar, denn diese stehen untereinander im Wettbewerb→ fairer Wettbewerb nötig.

B. Stellungnahme

Nach Schmid ist es eigentlich Tatsache, dass notarielle Tätigkeit sich wie eine wirtschaftliche Tätigkeit auswirkt. Ein Notar bietet Dienstleistungen an. Ebenso stehen sie im Wettbewerb untereinander. Die Tätigkeit wirkt sich also wie eine privatwirtschaftliche Tätigkeit aus. (Beratungstätigkeit etc.). Schmid meint, es würde sich lohnen die BGer Praxis zu überdenken. Und dass Notar auch als wissenschaftliche Berufsart gelten sollte, denn Notar braucht ebenso wie Anwalt eine spezielle Ausbildung und Fachwissen. Zur Schaffung eines freien Wirtschaftsraums sollten auch die Notare die Freizügigkeit geniessen. Schmid findet auch einen Numerus Clausus, den es in gewissen Kantonen (Freiburg) gibt schlecht, denn es benachteiligt die jungen Leute, denn solange genügend Notare arbeiten, können keine jüngeren nachrücken.

Schema 1 Abgrenzung (Tätigkeiten der freiberufl. Urkundsperson)

Hoheitliches Handeln (Notar)	Nicht hoheitliches Handeln
Errichtung öffentlicher Urkunden (+ Begleithandlungen, wie Aufklären etc.)	Zusätzliche Dienstleistungen
Öffentlichrechtliche Beziehung der Parteien Entgelt: Gebühr	Privatrechtliche Beziehung zu den Parteien Entgelt: Honorar
Errichtung öffentlicher Urkunden (+ Begleithandlungen, wie Aufklären etc.)	Zusätzliche Dienstleistungen
Öffentlichrechtliche Beziehung der Parteien	Privatrechtliche Beziehung zu den Parteien
-Aufsicht und Disziplinarwesen	

§ 4 Voraussetzungen der notariellen Tätigkeit

I. *Bestellung durch staatliche Hoheitsakt („staatliche Ernennung“)*

Die Ernennung ist der grosse Unterschied zum Anwaltspatent. Beim Anwalt reicht eine Prüfung, der Notar muss jedoch vom Kanton ernannt werden.

II. *Typische Voraussetzungen*

- CH-Bürgerrecht
- Handlungsfähigkeit
- Guter Leumund
- Zahlungsfähigkeit (→ Notar muss Gelder seiner Klienten verwahren, hätte ein Notar Verlustscheine könnten die Gläubiger aufgrund der Vermischung bei Geld Anspruch erheben)
- Jur. Ausbildung
- Praktikum
- Haftpflichtversicherung
- Wohnsitzpflicht
- Ernennung → Übergabe der Hoheit

§ 5 Zuständigkeitsfragen

I. Allgemeines

Zuständigkeitsvorschriften beantworten Fragen ob Urkundsperson eine Beurkundung vornehmen darf/muss es ist eine Urkundspflicht/recht. Es gilt keine Vertragsfreiheit.

Zuständigkeitsfragen sind vor allem Fragen des kant. Rechts.

1. Direkte und indirekte Zuständigkeit

- direkte → regelt Frage, ob best. Notar zuständig → Beurkundungszuständigkeit
- indirekte → regelt, ob eine Urkunde in einem anderen Hoheitsgebiet gilt/anerkannt wird → Anerkennungszuständigkeit

2. Sachliche und örtliche Zuständigkeit

- sachliche → wer darf was tun?
- örtliche → wo darf man es tun?

3. Zuständigkeitsvorschriften als Gültigkeitsvorschriften

- Urkunde nur gültig, wenn Zuständigkeitsvorschriften eingehalten wurden, deshalb sind es Gültigkeitsvorschriften § 32 BeurkG

II. Die sachliche Zuständigkeit

Die Kantone regeln, welche Notare für welche sachlichen Beurkundungen zuständig sind. (sie müssen dabei aber Art. 8BV beachten) § 4 BeurkG

III. Die örtliche Zuständigkeit

1. Im Allgemeinen

-Es gilt das Territorialitätsprinzip. Man darf nur bis an die Grenze seines Kantons tätig werden. Kantone können Gebiet auch noch mehr einschränken (Bezirke, Kreise etc.)

Bundesrechtl. Grenzen: z.B. Fusionsgesetz Art. 70II

2. Die Freiheit in der Wahl des Abschlussortes und ihre Schranken im Besonderen

A. Fälle zum Einstieg → Unterlage 15

-Es ist wichtig zu schauen, wo der Schwerpunkt des zu beurkundenden Geschäfts liegt.

B. Die Grundsätze der freien Wahl des Abschlussortes und der interkantonalen Freizügigkeit der in der Schweiz errichteten öffentlichen Urkunden

-Die freie Wahl des Abschlussortes ist Teil der Vertragsfreiheit. Parteien sind innerhalb der CH frei, wo sie ihre Willenserklärung abgeben wollen. Auch bei formbedürftigen Verträgen. Die gesetzlichen Formvorschriften haben nicht den Zweck den Vertragsabschluss räumlich einzugrenzen. Urkunde muss also von den anderen Kantonen anerkannt werden, egal wo abgeschlossen → Grundsatz der interkantonalen Freizügigkeit.

ABER: Urkundsperson muss zuständig sein → Territorialitätsprinzip.

AUSNAHME: Liegenschaftsgeschäfte (siehe C.)

C. Schranken bei „Liegenschaftsgeschäften“

(Stockwerkeigentum, Baurecht, Dienstbarkeiten etc.)

a. Die beiden Auffassungen

- Locus regit actum (Ort beherrscht Geschäft) → Freizügigkeit gilt auch bei Liegenschaftsgeschäften.
- Lex rei sitae (Gesetz der gelegenen Sache) → Man muss Beurkundung dort vornehmen, wo das Grundstück liegt. → Keine Freizügigkeit

b. Die Rechtslage in den Kantonen

Siehe Unterlage 14

c. Die bundesgerichtliche Praxis

Siehe Unterlage 18. Nach BGer sind die Kantone befugt die Freizügigkeit bei Liegenschaftsgeschäften einzuschränken, es braucht jedoch eine kantonale Grundlage.

d. Kritik

Neuere Lehre spricht sich dafür aus, dass die Freizügigkeit auch in Bezug auf die Liegenschaftsgeschäfte gelten sollte. Da der Grundsatz der freien Wahl des Abschlussortes bundesrechtlich, also materiellrechtlich geregelt ist. Ebenso führt das *lex rei sitae* zur Einschränkung des Liegenschaftsverkehrs, da es sehr umständlich ist. Der Grundstücktausch wird sehr kompliziert, da nicht ein Notar für den ganzen Vertrag zuständig ist.

Nur im Fusionsgesetz findet man bundesrechtliche Vorschriften über das Liegenschaftsgeschäft. → Art. 72 FusG; Schmid ist für die totale Freizügigkeit.

3. Zum internationalen Verhältnis insbesondere

A. Die im Vordergrund stehenden Fragen

- Wer ist zuständig? (CH-Urkundsperson od. ausl. Urkundsperson?) → Territorialitätsprinzip!
- Grenzüberschreitende Anerkennung → wird eine CH-Urkunde im Ausland anerkannt und umgekehrt?

B. Die Anerkennung ausländischer öffentlicher Urkunden durch die Schweiz

a. Allgemeine Anerkennungsvoraussetzungen (Art. 31 IPRG, 25ff IPRG)

b. Grundstückkaufverträge insbesondere (Art. 124/119III IPRG)

c. Vollstreckbare Urkunden (Art. 50 LugÜ)

Vollstreckbare Urkunden des Auslands können in der CH durchgesetzt werden.

C. Die Anerkennung schweizerischer öffentlicher Urkunden im Ausland

a. Die Anerkennung in Deutschland

Siehe Unterlage 39. Für Liegenschaftsgeschäfte ist deutsches Recht zwingend. Ansonsten gilt der Grundsatz der Gleichwertigkeit, d.h. eine ausl. Urkunde muss mit einer deutschen Urkunde gleichwertig sein, wenn sie das ist, muss sie anerkannt werden. → Unterlage 40

b. Die Anerkennung in Österreich → Unterlage 39

c. Ausblick: Vollstreckbare öffentliche Urkunden

In CH gab es bis anhin keine vollstreckbare Urkunden. Dies ändert sich am 1.1.2011 durch die eidgenössische ZPO. Diese Urkunden sind dann auch im Ausland vollstreckbar. (Aber nicht alle → siehe vorne)

IV. *Ausstand*

1. Terminologische Vorbemerkung: Ausstand und Unvereinbarkeit

§18 BeurkG LU → Unvereinbarkeit ist nicht dasselbe wie Ausstand. Unvereinbarkeit gilt immer bezüglich den genannten Rechtsgeschäften. Ein Ausstand kommt nur bezüglich eines konkreten Rechtsgeschäfts zum Zuge.

2. Ausstandsgründe

→ §21 BeurkG LU, wenn diese nicht beachtet werden führt dies zur Nichtigkeit der Urkunde.

§ 6 Gebührenwesen (wesentl. Faktor für Notare, Alltag)

I. *Die Gebühr als Abgeltung einer konkreten staatlichen Verrichtung*

1. Die Gebühr als Leistung zur Abgeltung einer hoheitlichen Verrichtung (inkl. allenfalls Auslagen)

2. Die Geltung verfassungsrechtlicher Grundsätze im Gebührenwesen

-Gebührenforderung= kantonales öffentl. Recht (PrivR grundsätzlich nicht anwendbar)

-Abgaberecht= staatliches Eingriffsrecht; deswegen Grundlage im formellen Gesetz nötig + Verhältnismässigkeitsprinzip (staatl. Abgabe in angemessenem Verhältnis zu Kosten; Angemessenheit)

-VO über Beurkundungsgebühren Kt LU (U 7)

3. Die Abgeltung nicht-hoheitlicher Verrichtungen der Urkundsperson

-nicht-hoheitliche Handlungen unterstehen Gebührenrecht nicht;

-Notar handelt für 1 Person hoheitl. & nicht-hoheitlich → ein Teil der Gebühr nach VO und anderer nach AuftragsR (394 OR); was sind nicht-hoheitliche Handlungen?

4. Zur Anwendung der Verjährungsregel von Art. 128 Ziff. 3 OR auf notarielle Leistungen

-verkürzte Frist 5y

-was regelt OR bez. einer kantonale öff.-rechtl. Forderung? OR regelt doch Beziehungen zw. Privatrechtssubjekt?

→ Auffassung 1: Kantone erlassen für Verjährungsfrage i.d.R. keine Bestimmung; K gehen davon aus, dass Verjährungsfrage in 128 (/Bundesrecht) geregelt; Fazit: 128 gilt (5y ab Fälligkeit (=Beginn der Frist)); egal ob hoheitl. od nicht hoheitl. Handeln

→ Auffassung 2: K müssen Verjährungsregel aufstellen, weil kantonale öffentlich-rechtliche Bestimmung; 128 gilt höchstens analog, sofern K keine Bestimmung aufgestellt haben (Berner Kommentar)

II. Staatliche Beurkundungsgebührentarife

→ für Beurkundungswesen massgeblich

1. Phänomen und Rechtsgrundlage

-aus vertragsgemässen Gründen braucht gesetzliche Grundlage, Ausführungsbestimmungen können in VO stehen (§ 52 BeukG LU)

-wen schützen Beurkundungstarife? Schutz d. Konsumenten vs. Schutz d. Urkundsperson? Schmid: wettbewerbsrechtlich eher Konsumentenschutz, es kann nicht Sache des Kantons sein, allen Notaren ein Mindesteinkommen zu garantieren

2. Zwangscharakter?

-wie verbindlich sind diese Gebühren erlassen? I.c. Tarif, der sozusagen Zwangscharakter hat; Notar hat Gebührentarife einzuhalten (nicht Vorrang Parteivereinbarung)

- „**zwingende**“ Anwendung

- **Ermässigungen und Erhöhungen der Gebühr**

-Ermässigung/ Erniedrigung der Gebühr möglich, wenn Grund in betreffender Gesetzgebung umschrieben ist (U 7, § 4, 5, 10 BeukVO)

-Honorar teilen nicht möglich (§ 3 III) → Pfandvertrag schon durch die Bank gemacht & Notar nur noch vorlesen & Stempel → Notar kriegt trotzdem ganze Gebühr (will vermeiden, dass Notar in Anhängigkeit zu irgendjemandem steht)

-Gebühr= Promillegebühr, degressiver Tarif (§ 21 BeukVO); von den ersten 500'000 → 3 promille/ von weiteren 500'000 → 2,5 promille = Preis für Grundstückkauf von 1'000'000 (+ Auslagen separat)

-es geht um **Vertragsgebühr**! Notar verdient für die gleiche Handlung mehr, wenn Immobilienpreise steigen ☺ (1 Mio pro Haus vs. 2 Mio pro Haus)

3. Kartellrechtliche Fragen

-Kartellgesetz gilt für freiberufliche Notare, aber staatl. Preise/ kantonale Gebührentarife= der Kontrolle der staatl. AufsichtsBH entzogen (3 lit. a KG); Staat erlässt GebührenVO, die zwingend ist & deswegen VO vorbehalten

-AufsichtsBH (Weko + Preisüberwacher) können lediglich pol. Druck ausüben, aber können keine Bestimmungen erlassen

-Bsp: -Genf: 2'000 CHF Gebühren vs. ZH: 300 CHF Gebühren (Zeitungsartikel)

Argument Genf: In ZH muss man ja noch zum Anwalt und Vertrag aufsetzen; das macht in Genf alles der Notar, ausser grobe Geschäfte, wenn Spezialisten (Steuerverwalter) nötig sind

III. Einzelfragen

1. Die Festsetzung und Überprüfung der Gebühr (Amtsnotariat-freiberufliches Notariat)

-Gebühr= öffentl.-rechtl. Forderung

-Notar erlässt Verfügung & betroffene P könnte mit geeignetem Rechtsmittel Verfügung angreifen (→ trifft nur für Amtsnotariat zu)

-Freiberuflicher Notar: nicht Gleichstellung zu amtl. Hoheitsträger; kann keine

Gebührenverfügung erstellen, sondern nur Rechnung stellen; bezahlt Rechnung nicht → K bestimmen, wer im Streitfall über Rechnung zu bestimmen hat (U 5, § 53; AufsichtsBH über Urkundsperson)

-Bsp für Gebühr betreiben: dann muss man BA Klientenbeziehung preisgeben (Spannungsverhältnis zw. Berufsgeheimnis & Anspruch auf Gebühr zu bekommen → Interessen werden je nach K anders beurteilt; vgl. U 26)

2. Die Sicherung der Gebührenforderung

- Die Vorschusspflicht der Parteien (§ 52 III BeuKG LU)
- Die Haftung Mehrerer für die Gebühr (Solidarhaftung)
 - Käufer & Verkäufer gebührenpflichtig; egal wer Notar benannt & geholt, hauptsache mitgemacht
- Das Zurückbehaltungsrecht der Urkundsperson (§ 54 BeuKG LU)
 - Abgrenzung zu 895 ZGB Retentionsrecht: RetentionsR nach ZGB & SachenR nur möglich an Gegenständen, die einen Vermögenswert haben (also nicht: Akten zurückbehalten → kein Vermögenswert); öff. Urkunde ist auch kein retentionsfähiger Gegenstand; § 54: Gegenteil angeordnet → Druck auf P ausüben + wenn nicht zahlen bekommt man Urkunde nicht zurück

3. Die Verjährung der Gebührenforderung (vgl. oben)

§ 7 Aufsicht und Disziplinarwesen

I. Bestand und Zwecke staatlicher Aufsicht

-K sehen staatl. Aufsicht für Urkundsperson vor; Ein Teil der Aufsicht= Disziplinaufsicht; Disziplinäre Massnahmen bestehen unabhängig von strafrechtl. (hier: Strafgerichte) bzw. vermögensrechtl. (Haftung= Sache der Zivilgerichte) Verantwortlichkeit (disziplinarische Massnahmen bestehen also neben strafrechtlichen & vermögensrechtlichen)

1. Die Zwecke der Aufsicht

- **Sicherung der zweckmässigen Ausübung der Beurkundungstätigkeit**
 - insgesamt: Sicherung der einwandfreien Berufsausübung; Beurkundungstätigkeit → zweckmässig ausüben
- **Schutz des Publikums vor Missbräuchen**
 - Schutz vor ungeeigneten od. fehlerhaften Urkundsperson (Urkundsbefugnis kann entzogen werden, zeitl. befristet od. für immer); pflichtgemässes Verhalten von Urkundspersonen
 - Bsp Zuger Urkundsperson hat Dinge beurkundet, die Schlichtweg unwahr waren → wurde disziplinarisch geahndet)
 - AufsichtsbH muss prüfen, ob nach Ernennung der Urkundsperson die VSS für Berufsausübung noch gegeben sind (§ 13 BeuKG LU); AufsichtsbH= FeststellungsbH; Berufspflicht Notare → sich weiterbilden

2. Die Aufsichtsbehörde

- **Rechtsgrundlage und „Rechtsnatur“**
 - typischerweise ein Gericht, ev. Regierungsrat od. speziell dafür geschaffene Behörde (vgl. § 56 BeuKG LU)
 - K können Notare auch verpflichten, einem Notarverband beizutreten (so hat dies der Kt. Freiburg getan; dieser Verband ist dann eine Zwangskörperschaft öffentlichen Rechts; Aufsicht hat das oberste Organ dieses Verbands; Rechtsnatur ist nicht klar, es gibt versch. Varianten)
 - schärfste Sanktion: Berufsbewilligungsentzug → Behörden gem. 6 EMRK (Kommission, die gleichzeitig untersucht & entscheidet ist kein ordentl. Gericht i.S.v. 6 EMRK → Kt GR verarscht!
 - Rechtsnatur der Behörden nicht überall gleich
- **Die Befugnisse im Allgemeinen**
 - Ernennung des Notars: § 5
 - AufsichtsbH hat nur Macht über 1 Person, wenn in einem Disziplinarverfahren Notar nicht auf Beurkundungsbefugnis verzichtet, dann endet nämlich auch Gewaltverhältnis (kommt aus „Gefängnisrecht“)
- **Verfahrensgrundsätze (§ 57 BeuKG LU);**
 - Kant. Recht/ EMRK/ rechtl. Gehör/ unabhängiges Gericht

- Aufsichtsbehörde und andere Behörden/Amtsstellen
 - private Zusammenschlüsse (=privatrechtlich strukturiert (bspw. Verein) abgrenzen! Aufsichtsbehörde steht im Kontext zu anderen Behörden. Wenn z.B. ein Zivilgericht während eines Prozesses erfährt, dass dieser Sorgfaltspflichten verletzte, muss der Richter dies der Aufsichtsbehörde mitteilen; Die Prüfungskommission ist nicht Aufsichtsbehörde!

II. Die einzelnen Aufgaben der Aufsichtsbehörden

1. Die Aufgaben

- Feststellungsinteresse & Disziplinarscheidungen
- Gegen Personen vorgehen, die sich Titel Notar anmassen → Zuständigkeit AufsichtsBH
- AufsichtsBH → Recht, Weisungen zu erteilen
- " zuständig, über streitige Gebühren zu entscheiden und zuständig zu entscheiden, ob betr. Person von Berufsgeheimnis zu befreien ist
- AufsichtsBH: Zurückbehaltungsrecht klären
- Man kann auch als Privater einen Notar anzeigen (blosse Anzeige berechtigt Privaten nicht, an Disziplinarverfahren teilzunehmen, weil man muss Beschwerdelegitimiert sein (vgl. § 57 III); man macht Aufsichtsbehörde nur darauf aufmerksam
- Anzeige: „Lieber Herr..., soundso hat ...“
- formelle Beschwerde setzt Beschwerdeberechtigung nach Gesetz vor (§ 57)

2. Die Reichweite der Disziplinaufsicht (sachliche Zuständigkeit)

- Disziplinaufsicht betrifft nur berufl. Verhalten (nicht auf Privates)

3. Die Disziplinarmittel (vgl. Gesetz, § 58 II)

4. Einzelfragen

- Das Verhältnismässigkeitsprinzip insbesondere
 - ist das A und O der Verfahrensgrundsätze! AufsichtsBH darf bei Disziplinarmassnahme nicht strenger sein als nötig
- Art. 6 Ziff. 1 EMRK
 - scharfe Massnahmen müssen vor 6 EMRK standhalten!

3. Kapitel: Rechte und Pflichten des Notars/Verantwortlichkeit

§ 8 Recht und Pflichten

I. Grundlage der Rechte und Pflichten: Bundesrecht oder kantonales Recht?

1. Die Bedeutung der Fragestellung:

- Derogatorische Kraft des Bundesrechts 49BV → Bundesrecht geht vor, Pflichten des Bundesrechts können durch Kantone nicht aufgehoben oder vermindert werden, aber verschärft.
- Rechtsweg/Rechtsmittel anders. Je nach dem, ob es eine kantonale oder ob es eine bundesrechtliche Vorschrift ist. Denn kantonale Bestimmungen kann man ja nur über die Verfassungsbeschwerde rügen. Sonst normale ÖRA möglich.

2. Ausdrückliche bundesrechtliche Gebote und Verbote (gibt es nur punktuell)

→ 503 ZGB/ 317, 320, 321 StGB, es ist die Ausnahme, dass das Bundesrecht solch ein klares Bekenntnis zu Pflichten des Notars abgibt.

3. Ungeschriebenes Bundesrecht

Es ist der Regelfall, dass Bundesrecht schweigt über die Pflichten. ABER: es gibt ungeschriebenes Bundesrecht. Die Pflicht kraft ungeschriebenes Bundesrecht gilt überall dort, wo die öffentliche Beurkundung sonst ihre Zwecke nicht erreichen könnte.

Gewisse bundesrechtliche Pflichten der Urkundsperson ergeben sich nach der bundesgerichtlichen Praxis „aus dem Begriff der öffentlichen Beurkundung, welcher, soweit das Bundesrecht diese Form fordert, trotz dem Fehlen einer bundesgesetzlichen Umschreibung dem Bundesrecht angehört. Nach diesem beurteilt sich, was unter der

öffentlichen Beurkundung zu verstehen ist und welchen Mindestanforderungen sie zu genügen hat.“

Kritik: es wäre wichtig zu wissen, ob die Pflicht von Bundesrecht oder kantonalem Recht vorgeschrieben ist (siehe oben 1.)

4. Die Rolle des kantonalen Rechts

Überall dort wo keine bundesrechtliche Pflicht besteht → 49 BV e contrario. Aber man muss auch unterscheiden, ob das Bundesrecht die Pflicht abschliessend regelt oder nicht. Wenn nicht, können die Kantone zusätzliche Pflichten einfügen und die Minimalpflichten des Bundesrechts erweitern.

II. *Pflichten des Notars*

1. Kraft Bundesrecht

A. Allgemeine bundesrechtliche Pflichten

a. Wahrheitspflicht

Ohne Wahrheitspflicht wäre das ganze Urkundenwesen in Frage gestellt, denn genau dadurch erhalten Urkunden eine erhöhte Beweiskraft. Die Wahrheitspflicht ergibt sich auch aus dem Hauptzweck der Beurkundung: Der Notar soll den Parteiwille wahrheitsgetreu und vollständig erfassen. Ein Notar darf keine Feststellungen treffen, von denen er weiss, dass sie nicht stimmen → StGB Fabu. Ebenso muss er die Parteien darauf hinweisen, dass sie sich strafbar machen, wenn er bei gebotener Sorgfalt merkt, dass da etwas nicht stimmen könnte. Die Wahrheitspflicht ist vor allem bei Grundstückskäufen wichtig (Preis). Gibt man nicht den richtigen Kaufpreis an, handelt es sich um ein simuliertes Rechtsgeschäft, d.h. dass der Vertrag nicht gültig zustande gekommen ist und somit nichtig ist. Das Bundesgericht spricht von einer qualifizierten Deklarationspflicht für Kaufpreis beim Grundstückkauf. (U 23a)

b. Pflicht zur Ermittlung und Erforschung des Parteiwillens

-Eng mit Wahrheitspflicht verbunden

c. Pflicht zur Unparteilichkeit

Notar muss beide Parteien gleich und neutral behandeln. Er darf also niemanden bevorzugen.

In Art. 503 ZGB ist eine Ausstandspflicht vom Bundesrecht verankert. Wenn man als Notar zwei Parteien bspw. bei einem Grundstückkauf vertreten hat, kann er danach nicht eine dieser Parteien als Anwalt vertreten. Dabei gibt es auch Grenzfälle. Wenn man z.B. eine Partei zuerst als Anwalt vertreten hat und sie nachher als Notar vertreten soll.

d. Pflicht zur Wahrung des Amts- und Berufsgeheimnisses

StGB 320/321 Damit soll das Vertrauensverhältnis geschützt werden zwischen dem Notar und seinem Klienten. Der Klient muss auch heikle Sachen erzählen können müssen. Ausnahmen: Einwilligung der Parteien/Entbindung durch Aufsichtsbehörde.

e. Urkundspflicht

Notar muss beurkunden, denn er übt eine hoheitliche Tätigkeit aus.

f. Pflicht, unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren

Art. 29 BV. Gilt nicht für jur. Personen. Freiberufliche Notare müssen die Kosten selbst tragen.

g. Pflicht zur Rechtsbelehrung und –beratung („Kernpflicht“)

U29!!!! Der Notar muss auf Risiken hinweisen, aber trotzdem neutral sein → Spannungsverhältnis! Es ist im Einzelfall zu beurteilen ob und in welchem Umfang man aufklärt! Teilgehalte:

1) Ermittlung des Geschäftswillens der Parteien

2) Gefahrenabwehr in bes. Situationen → Vorhandensein von Mietverhältnissen bei Grundstückkauf, Bauhandwerkpfandrecht.

3) Wahrheitspflicht

h. Pflicht zur Verurkundung aller für das Rechtsgeschäft wesentlichen Tatsachen und Willenserklärungen der Parteien

BGer-Praxis → Formzwang

B. Besondere bundesrechtliche Pflichten im Beurkundungsverfahren

a. Pflicht zur Verwendung allgemein gebräuchlicher Schriftzeichen

(man muss es lesen können)

b. Pflicht zur Individualisierung der öffentlichen Urkunden
Hersteller muss deutlich erkennbar sein → Art. 9 ZGB. Ebenso muss das Ausstelldatum drauf sein. (U21)

c. Pflicht zur persönlichen Mitwirkung im Hauptverfahren
Wahrnehmung der Amtsgewalt muss höchstpersönlich erfolgen.

d. Pflicht zur Vornahme minimaler interaktioneller Handlungen im Hauptverfahren

1. Inhalt der Urkunde vorlesen oder lesen lassen
 2. Erklärungen entgegennehmen, dass die Urkunde den Parteiwillen enthält.
 3. Unterschrift aller Beteiligten
 4. Einheit des Beurkundungsaktes (alles an einem Stück, ohne wesentliche Unterbrechung)
- erst wenn diese alle erfüllt, liegt eine Urkunde vor.

C. Sonderfälle

a. Geldwäschereigesetzgebung → wenn Notar Gelder seiner Klienten entgegen nimmt.

b. (Nicht hoheitliche) Treuhandtätigkeit

2. Kraft kantonalen Rechts

A. Allgemein

a. Ausstandspflichten im Einzelnen

-geregelt durch Kanton;

b. Pflicht zur Interessenwahrung

-wichtig! Rechtsbelehrung/ -beratung; Schutz der unerfahrenen Partei vor unüberlegtem Handeln (vgl. Kt LU: Pflicht, über gesetzliche Pfandrechte aufzuklären, vgl. Gesetz (836 ZGB: Pfandrechte, die sich auf öffentl. Recht stützen sind gültig & wirksam ohne dass sie im Grundbuch erwähnt werden (Durchbrechung des Publikationsprinzips))

c. Sorgfaltspflicht

-Pfandrechte für Grundstücksgewinn/ Handänderung → darüber muss Notar aufklären; Sorgfaltspflicht ist eng verbunden mit Interessenwahrungspflicht; § 28 II: „wirklicher Wille der Parteien soll klar & vollständig zum Ausdruck kommen“/ Klarheit (Rechtssicherheit) → beginnt mit Zuständigkeitsprüfung Notar, Identität von Parteien prüfen, Sorgfalt des Vorgehens im Hauptverfahren bis ins Nachverfahren und auch sorgfältige Rechnungsstellung (das Genannte= alles Ausprägungen der Sorgfaltspflicht)

d. Allgemeine Standespflichten

-Standespflichten: (1) Schranken der Werbung (Büroeröffnung darf in Zeitung inseriert werden, aber nicht jede Woche; Grundsätze der Lauterkeit → UWG)/ (2)

Residenzpflicht: Berufsgeheimnis, Akten so verwahren dass nicht jedermann Zugriff hat (sorgfältige Gestaltung des Büros)

B. Im Beurkundungsverfahren insbesondere

III. Rechte des Notars

1. Rechte gegenüber dem Staat

-rechtsgleiche Behandlung (8 BV); Notar kann in eigenem Namen ein Rechtsmittel ergreifen (103 GBVO) wenn die nötige Betroffenheit gegeben ist

2. Rechte gegenüber den Parteien (Modelfall: freiberuflicher Notar)

- bei hoheitlicher Tätigkeit

-Recht auf Gebühren/ Kohle (wichtig!); allenfalls Aktenzurückbehaltungsrecht zur Durchsetzung der Gebührenforderung

- bei nicht-hoheitlicher Tätigkeit

-Art. 394 OR

§ 9 Verantwortlichkeit

I. Begriff und Abgrenzungen

1. Im Allgemeinen: Vermögensrechtliche Verantwortlichkeit = Haftung für Schäden, welche die Urkundsperson der Urkundspartei oder einem anderen Beteiligten bei öffentlichen Beurkundungen verursacht (Schadenersatzpflicht)

S-ersatzpflicht für hoheitliches Handeln; vermögensrechtl./ strafrechtl./ disziplinarische Verantwortlichkeit= trennen, aber diese Sanktionen können auch kumulativ anwendbar sein

2. Die Abgrenzung zur Haftung nach Auftragsrecht insbesondere

- Das Kriterium der Hoheitlichkeit

→ Verantwortung des Notars kann nicht weitergehen als Amtshandlung; Bsp. Beglaubigung: Notar ist verantwortlich für Identität der Unterschrift aber keine Haftung für Inhalt der Urkunde! Parteien & Dritte (z.B. Vermächtnisnehmer, d.h. Notar vergisst mich obwohl ich Anwartschaft hätte) können Opfer eines Schadens verursacht durch den Notar werden

- Die Praxis des Bundesgerichts (BGE 126 III 370 ff.)

→hoheitliches Handeln: notariatsrechtliche Verantwortlichkeit; nicht-hoheitliches Handeln (hätte auch ein anderer Rechtsberater machen können): haftet auftragsrechtlich nach 394ff. OR; BGer findet: „mach keinen Sinn vorherige Unterscheidung (hoheitlich/ nicht-hoheitlich) ungleich zu behandeln, deshalb: Ktne dürfen in Notariatsgesetzen Grundsätze für Haftung aufstellen.“ Vgl. U34;

- Stellungnahme

3. Amtsnotariat und freiberufliches Notariat

→Amtsnotariat= Amtshandlung, staatl. Angestellter, Staat hat direkt gehandelt (→ Staatshaftungsgesetz des Kantons anwendbar); wir beschränken uns aber auf freiberufliches Notariat (auch für folgende Ausführungen!)

II. Die anwendbaren Normen

1. Ausgangspunkt: Art. 61 Abs. 1 OR

→ Art. 61 I= Deliktsrecht (Urkundspersonen fallen selbst bei freiberuflicher Tätigkeit unter den Begriff der öffentlichen Angestellten; 61 I→ Zweiteilung hinsichtlich Rechtsquellen: (a)kantonale Normen/ (b)Kt. nicht geregelt→ 41OR; U30: möglich, dass der Staat für seine freiberuflichen Notare haftet (Grundsatz: die meisten Kantone regeln, dass der Notar exklusiv haftpflichtig ist & damit ist der Notar verpflichtet eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen)

→ Anwendbarkeit von 41OR → Rechtsmittel gemäss BGG

2. Kantonale öffentlich-rechtliche Normen

3. Art. 41 ff. OR (beim Fehlen kantonaler Normen)

→ wo Kanton keine Haftungsgrundlagen aufgestellt hat gelten 41ff. OR (d.h. 41ff. werden ausgedehnt auf Handlungen des Notars)

III. Die typische Haftungsvoraussetzungen

1. Schaden

→ unfreiwillige Vermögensverminderung

2. Widerrechtlichkeit

→ Def.: „Verstoss vs. geschriebene & ungeschriebene Normen des kantonalen & Bundesrechts die den Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen (Gültigkeits- & Ordnungsvorschriften ABER es muss sich um Normen handeln, die das Vermögensgut schützen (typisch dafür sind sämtliche Verfahrensvorschriften, die für den Notar massgeblich sind; Verfahrensvorschriften dienen nämlich dem Vermögensschutz der Parteien)

3. Kausalzusammenhang

4. Verschulden

→ Vorwerfbarkeit! i.d.R. Fahrlässigkeit/ Nachlässigkeit; Problem: was ist Schlechterfüllung & was ist vorwerfbar

IV. Einzelfragen

1. Haftung für Hilfspersonen

→ im Bereich des kt. Rechts ergibt sich dies aus kt. Recht; Bundesrecht → 55OR

2. Bemessung des Schadenersatzes

≠ Berechnung (zuerst: Schaden berechnet & dann unter Berücksichtigung der Herabsetzungsgründe → welchen Teil des Schadens muss Notar ersetzen (=Bemessung; 44 I, insbes. unter Berücksichtigung des Selbstverschuldens des Geschädigten)

3. Mehrheit von Haftpflichtigen

→ möglich: Treuhänder dabei → Solidarhaftung (50/ 51 OR; Bundesrecht); kt. Recht → kt. Normen

4. Verjährung

→ Ktne könne dies regeln; regeln sie es nicht so gilt 60 OR (vgl. 60 I „schädigendes Ereignis“ → Probleme weil dann wann Notar letztmals damit befasst war= schädigendes Ereignis → S-Ersatzforderung kann verjähren bevor Betroffener überhaupt Kenntnis vom schädigenden Ereignis (Vorsicht z.B. beim Testament); Verjährung also auch Schutz für Notare

5. Haftpflicht und Versicherung der Urkundsperson

6. Rechtsweg

→ Rechtsweg legen eig. Ktne fest (typischerweise bezeichnen K die Zivilgerichte als zuständig; vgl. § 55 BeurkG LU)

A. Im Allgemeinen

B. Die Rechtsmittel an das Bundesgericht insbesondere

4.Kapitel: Beurkundungsverfahren („Notariatsprozess“)

§ 10 Grundfragen des Verfahrens

I. Grundbegriffe

1. Das Beurkundungsverfahrens als gesetzlich geordnetes Verfahren

(„Notariatsprozess“), vgl. U34b

-Vorverfahren

Es umfasst die *Vorbereitungshandlungen* (Abklärungen) des Notars, welche für eine richtige Beurkundung und für die erfolgreiche Durchführung des Hauptverfahrens nötig sind. Bsp: Abklärung der Zuständigkeit, Identitätsprüfung, Besprechungen mit den Parteien zur Ermittlung des Vertragswillens, Erstellung von Entwürfen, Prüfung von Vertretungsverhältnissen, Konsultationen des Grundbuchs und anderer Register
→ Beurkundungsverfahren= Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit/ =Verfahren in dem öff. Urkunde errichtet wird + Handlungen die dieser Errichtung vorausgehen & diejenigen, die nach ihr folgen (Vorbereitungs- & Nachbereitungsverfahren); freiw. Gerichtsbarkeit= Mitwirkung einer hoheitlich handelnden Urkundsperson in einer Situation wo kein Streitfall vorliegt

-Hauptverfahren

Es bildet den *Kern des Beurkundungsverfahrens*. Es beginnt mit der Kenntnissgabe des Inhalts der vorbereitenden Urkunde und endet mit der Unterzeichnung durch die Urkundsperson

-Nachverfahren

Es umfasst alle Handlungen, welche der *Notar nach Vornahme der öffentlichen Beurkundung* (nach Abschluss des Hauptverfahrens) zu treffen hat, z.B.: Eintragung in das Protokollbuch, Anmeldung von Grundstücksgeschäften beim GB-Amt, Rechnungsstellung, Rückgabe von Unterlagen.

2. Die Rogation („Auftrag“, „Beurkundungsgesuch“)

→ Rogation des Beurkundungsgesuches kann **stillschweigend** geschlossen werden (wenn Grundstück kaufen & andere Partei kommt einfach mit zu Notar → Rogation → wirkt sich auf Gebühren aus, denn Gebühren werden dann durch 2 geteilt; 712d → Auftrag neben hoheitlichem Handeln nur bei freiberuflichem Notar möglich!

3. Die Beteiligten

→ Üblicherweise mehrere Parteien:

-Urkundsperson

-Urkundpartei(en) inkl. allfällige Stellvertretung (die meisten Geschäfte sind vertretungsfreundlich)

-Nebenparteien (Zeugen, Sachverständige, Dolmetscher)

4. Weitere Begriffe

- „Urschrift“ und „Ausfertigungen“

→ „Urschrift“ Kt. BE: eine einzige Urkunde für Grundstückkauf & von diesem einzigen Original werden Ausfertigungen erstellt, welche den Inhalt der Urschrift wörtlich wiedergibt & welche für die Register dienen; Im LU-System gibt's Ausfertigungen & Urschrift nicht (bspw. direkt 5 Stück)

-„Schlussverbal“ (Beurkundungsformel)

→ nach Massgabe des anwendbaren Rechts; Notar in Grundzügen am Ende schreiben, was er gemacht hat; in einigen Kantonen ist Schlussverbal wesentlich, damit Urkunde überhaupt entsteht

-„Beilagen“

→ § 11 BeurkVO; Sachen die nicht in die öff. Urkunde formell eingezogen werden; werden auch nicht vorgelesen; z.B. Vollmachtsformular; Pläne nur, wenn sie auch nicht beurkundet werden müssen

-Protokollbuch und Aktensammlung

→ dienen der Registrierung dessen, was der Notar gemacht hat; § 30/31 BeurkG

II. Eidgenössisches und kantonales Beurkundungsverfahren

1. Beurkundungsverfahren als kantonales Recht (Grundsatz)

→ + Besonderheit, dass 55 SchITZGB vorsieht, dass der kantonale Erlass der Genehmigung des Bundes unterliegt (Gültigkeitserfordernis); Summarische Prüfung via Bra

2. Bundesrechtliche Verfahrensvorschriften (Ausnahmen/ Durchbrechung)

A) Geschriebenes Bundesrecht (häufig)

→ anwendbar, wenn Bundesrecht eine Norm dazu aufstellt (→ Testament (498ff./ Erbvertrag); PS: Testament ohne Zeugen NIE möglich (mind. 2 Stück!); 245 II OR (Formvorschrift), 522 OR untersteht auch dem Erbrecht; bei Erbrechtlichen Geschäften immer Bundesrecht & deswegen immer Zeugen

B) Ungeschriebenes Bundesrecht (500 ZGB, 502+503; selber lesen/ lesen lassen, vgl. Gesetz; ungeschriebenes Beurkundungsverfahren des Bundes ergibt sich aus: (1) den bundesrechtlichen Zwecken der öffentlichen Beurkundung/ (2) den Grundlegenden Prinzipien des Beurkundungsrechts im schweizerischen Rechtssystem)

a) Pflicht zur persönlichen Mitwirkung im Hauptverfahren

→ es gibt Dinge, die man nicht delegieren kann (Unmittelbarkeitsprinzip); U 35

b) Pflicht zu bestimmten interaktionellen Handlungen

→ Bundesrechtliche Minimalanforderungen, dass Urkundperson den Inhalt der Urkunde zur Kenntnis bringt; wie diese Kenntnisnahme erfolgt ist dem Kanton vorbehalten

c) Einheit des Aktes („unitas actus“)

→ zeitlich & personell muss Hauptverfahren ohne wesentliche Unterbrechungen durchgeführt werden (vgl. § 33 BeurkG LU); Gegenstand der Beurkundung soll jederzeit feststellbar sein (jederzeitige Übersicht über den Gedankeninhalt; Ziel hinter „unitas actus“)

3. ZGB-Verfahren als alternatives kantonales Verfahren

→ Art. 499ff. ZGB (insbes. 500: im Bundesrecht liest die Partei den Text selber); ZGB-Beurkundungsverfahren für Rechtsgeschäfte unter Lebenden:

- bei gesetzl. Grundlage im kt. Recht

- ohne solche Grundlage: - bei Abgrenzungsfragen („Rechtsgeschäfte unter Lebenden“/ „von Todes wegen“)

- bei Kombination „Rechtsgeschäfte unter Lebenden“/ „von Todes wegen“; insbes. kombinierter Ehe- & Erbvertrag

III. Gültigkeits- & Ordnungsvorschriften

→ Gültigkeitsvorschriften: Missachtung führt zu keiner gültigen Urkunde (Unwirksamkeit), Folgen der Unwirksamkeit: disziplinarisch/ vermögensrechtlich; Ordnungsvorschriften verletzen: ändert an der Gültigkeit der Urkunde nichts; Ordnungs- & Gültigkeitsvorschriften bestimmen die Kantone (vgl. § 32 BeukG LU) → diese Befugnis der Kantone bezieht sich aber nur auf Verfahrensrecht; materielle Vorschriften werden durch Bundesrecht geregelt (materielle Vorschriften also immer Bundesrecht); Bei ungeschriebenen Beurkundungsverfahrensrecht des Bundes: Kantone können dies nicht ändern!

-By the way: Verletzung von Belehrungspflicht kann zu S-Ersatz führen (→ Anfechtung durch wesentl. Irrtum & Täuschung)

§ 11 Rechtsgeschäftliche Beurkundungen

- I. *Zum Vor- und Nachverfahren*
- II. *Zum Hauptverfahren*
 1. Übersicht
 2. Das ordentliche Verfahren
 3. Die ausserordentlichen Verfahren

§ 12 Sachbeurkundungen

- I. *Beglaubigungen*
 1. Die Grundlagen
 - Allgemein: Beglaubigung („Legalisation“) als Bestätigung eines bestimmten Sachverhalts durch eine Person öffentlichen Glaubens
 - Beglaubigungen unterstehen dem kantonalen Recht (Grundsatz)
 - Die Tragweite der öffentlichen Beurkundung bei der Beglaubigung
 - Der Beweiswert
 2. Die Fälle
 - A. Die Beglaubigung einer Unterschrift
 - a. Im Allgemeinen: Unterschriftsbeglaubigung als „Echtheitsbescheinigung“
 - b. Sonderfälle: Beglaubigungen einer Blankounterschrift und Fernbeglaubigung
 - B. Die Beglaubigung einer Abschrift oder Kopie
 - C. Die Beglaubigung einer Übersetzung
 - D. Die Beglaubigung der Auflage einer Zeitung (und weitere Fälle)
 3. Einzelfragen
 - A. Beglaubigung und Identitätsprüfung
 - B. Beglaubigung („Legalisation“) und Überbeglaubigung („Superlegalisation“)
 - C. Beglaubigungen und Überbeglaubigungen im internationalen Verhältnis
 - Staatsverträge
 - Die „Apostille“
- II. *Andere Sachbeurkundungen*
 1. Nach Bundesrecht
 - A. Feststellungsurkunde nach FusG (Art. 104 Abs. 3 und 4 FusG)
 - B. Wechselprotest (Art. 1034 ff. OR)
 - C. Mitwirkung bei Lotterieziehungen (Art. 24 f. der eidgenössischen Lotterieverordnung; SR 935.511)
 - D. Sonderfall: Art. 41 ZGB
 2. Nach kantonalem Recht
 - A. Eid und eidesstattliche Erklärung („affidavit“)
 - B. Mitwirkung an einer freiwilligen öffentlichen Versteigerung