

Notariatsrecht

I. Aufgaben und Stellung des Notars

- Wo ist geregelt:
 - was öffentlich zu beurkunden ist?
 - wie die öffentliche Beurkundung durchzuführen ist?
- Welches sind die Unterschiede zwischen:
 - Beamtennotariat / freiberuflichem Notariat?
 - Anwalt / Notar?
- Welches sind die Tätigkeiten des Notars:
 - hauptberuflich?
 - nebenberuflich?
- Weshalb werden öffentliche Beurkundungen verlangt (Sinn und Zweck)?
- Welches sind die Berufspflichten des Notars?
- Wo darf der Notar beurkunden und für welche Rechtsgeschäfte ist er zuständig?

A. Gesetzliche Grundlagen für das bernische Notariat

1. Zuständigkeit für öffentliche Beurkundung im Kanton Bern

ZGB Schlusstitel Art. 55: Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird

EGzZGB Art. 11: Zuständigkeit des Notars zur öffentlichen Beurkundung

2. Gesetzliche Grundlagen für die Berufsausübung der bernischen Notare

Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28.05.1911 (EGzZGB), BSG 211.1)

Notariatsgesetz vom 22.11.2005 (NG, BSG 169.11)

Notariatsverordnung vom 26.04.2006 (NV, BSG 169.112)

Verordnung über die Notariatsgebühren vom 26.04.2006 (GebVN, BSG 169.81)

Verordnung über die Errichtung des Inventars vom 18.10.2000 (BSG 214.431.1)

2021 wurden das Notariatsgesetz, die Notariatsverordnung und die Gebührenverordnung massgeblich revidiert. Die wichtigsten Änderungen betreffen u.a. die Zulässigkeit und Voraussetzungen von Notariats-AG und –GmbH, die Unvereinbarkeit von Liegenschaftshandel und –vermittlung mit dem Notariatsberuf und entsprechende Ausstandspflichten, Führung der notariellen Register, die Buchführung und die Notariatsgebühren (Einführung eines Zeittarifs mit Minimalgebühr für bestimmte Geschäfte). Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich auf das seit 1. Juni 2021 geltende Recht, auf die wichtigsten seit 1. Juni 2021 Neuerungen wird punktuell hingewiesen.

B. Stellung des bernischen Notars

1. Freier Beruf

Das Gesetz verlangt zur Gültigkeit etlicher Rechtsgeschäfte die öffentliche Beurkundung, so z.B. für den Kauf einer Liegenschaft (Art. 216 OR), den Abschluss eines Ehevertrages (Art. 184 ZGB), oder die Gründung einer Aktiengesellschaft (Art. 629 Abs. 1 OR). Die Ausgestaltung und die Durchführung der öffentlichen Beurkundung ist eine kantonale Angelegenheit. Die Kantone haben die öffentliche Beurkundung hauptsächlich einem Notar übertragen. Die Stellung des Notars ist von Kanton zu Kanton verschieden.

Im Kanton Bern (sowie z.B. den Kantonen AG, VD, GE, VS, NE) ist das Notariat freiberuflich organisiert, d.h. der Notar übt seine Tätigkeit auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko aus. Trotzdem nimmt der bernische Notar beim Beurkundungsverfahren eine staatliche Funktion wahr.

In verschiedenen Kantonen (z.B. ZH, OW, SH, AI, AR) wird hingegen die öffentliche Beurkundung Beamten übertragen, welche in ihr Amt gewählt werden (= Beamtennotariat/Amtsnotariat).

Weiter gibt es auch Mischformen (SO, GR, ZG, SG, BL); in diesen Kantonen sind meist nur die Amtsnotariate für Grundbuchgeschäfte zuständig. Im Kanton GR dürfen die Notare alle Beurkundungen durchführen, daneben gibt es aber zusätzlich Amtsnotare.

2. Unterschied zwischen Notar und Anwalt

Werden Handlungen vor dem Richter ausgetragen, spricht man von streitiger Gerichtsbarkeit.

Zahlreiche Rechtsgeschäfte erfolgen jedoch ohne Mitwirkung von Gerichten, d.h. freiwillig. Sofern bei solchen Rechtsgeschäften die öffentliche Beurkundung vorgeschrieben ist, spricht man von freiwilliger oder nichtstreitiger Gerichtsbarkeit.

Beispiele:

hauptberufliche Tätigkeit:	Notar: nichtstreitige Gerichtsbarkeit (öffentliche Beurkundung)	Anwalt: streitige Gerichtsbarkeit (Führen von Prozessen)
weitere Tätigkeiten:	Rechtsberatung Verwaltung Treuhand	Rechtsberatung Verwaltung Treuhand

C. Voraussetzungen der Berufsausübung

Zur Berufsausübung bedarf der bernische Notar einer Berufsausübungsbewilligung. Diese wird ihm von der ~~Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion~~ Direktion für Inneres und Justiz (DSI) erteilt, wenn er:

- das bernische Notariatspatent besitzt
- einen guten Leumund hat
- in geordneten finanziellen Verhältnissen lebt
- Wohnsitz in der Schweiz hat
- über geeignete Büroräume verfügt
- seine Unterschrift bei der ~~JGK~~ DSI deponiert hat

- keine mit dem Notariat unvereinbare Tätigkeit beibehält
- ~~die Sicherheit (Kaution) gestellt und~~¹ eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat.

Das Notariatspatent ist ein kantonaler Fähigkeitsausweis und bedarf im Kanton Bern einer Hochschulausbildung. Es berechtigt zur Führung der Bezeichnung «Notar» und zum Verlangen der Berufsausübungsbewilligung. Die Berufstätigkeit der Notare unterliegt strengen Revisionsvorschriften.

D. Hauptberufliche/Nebenberufliche Tätigkeiten des Notars

1. Hauptberufliche Tätigkeit

Im Kanton Bern ist der Notar grundsätzlich das Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dazu gehören:

- Beurkundung von Willens- und Wissenserklärungen
- Beurkundung von Vorgängen und Zuständen
- Akte der Rechtspolizei (z.B. Aufbewahrung von Urschriften)

Die Errichtung einer öffentlichen Urkunde im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört zur hauptberuflichen Tätigkeit des Notars. Dafür hat der Notar von seinen Klienten Anspruch auf eine Gebühr sowie auf Ersatz seiner Auslagen. Das Ersuchen zur Durchführung eines Beurkundungsverfahrens wird als Rogation bezeichnet. Die Gültigkeit der Rogation ist an keine bestimmte Form gebunden. Ohne Rogation kann keine notarielle Beurkundung vorgenommen werden; sie muss spätestens bei Beginn des Hauptverfahrens erteilt sein. Selbstverständlich kann sie jederzeit zurückgezogen werden; der Notar hat dann Anspruch auf eine Gebühr für die bisherigen Bemühungen.

Mit der Rogation wird gleichzeitig die Urkundspflicht für den Notar begründet. Er kann diese nur noch in Ausnahmefällen ablehnen. Da das Bundesrecht sowie das kantonale Recht für eine Vielzahl von Rechtsgeschäften die Form der öffentlichen Beurkundung verlangt, muss jeder das Recht haben, dass der von ihm ersuchte Notar die Beurkundung auch durchführt.

2. Nebenberufliche Tätigkeit

Im Rahmen der nebenberuflichen Tätigkeit ist der Notar frei, Aufträge abzulehnen. Die nebenberufliche Tätigkeit umfasst nicht zwingend Aufgaben, die nur ein Notar wahrnehmen kann.

Dazu gehören namentlich:

- Rechtsberatung ausserhalb der öffentlichen Beurkundung
- Vermögensverwaltung
- Treuhandfunktionen
- Abfassen von Verträgen, die nicht öffentliche beurkundet werden müssen
- Durchführung von Erbteilungen
- Abfassen von Statuten einer AG, Reglemente für Stockwerkeigentum usw.

¹ Die Pflicht zur Leistung einer Sicherheit wurde per 1. Juni 2021 aufgehoben.

Hier regelt das Obligationenrecht das Verhältnis zwischen Klient und Notar; meistens handelt es sich um einen Auftrag. Der Notar bezieht für diese Tätigkeit ein Honorar. Zudem hat er Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen.

E. Sinn und Zweck der öffentlichen Beurkundung

Eine öffentliche Beurkundung dient mehreren Zwecken.

Sie soll die beteiligten Personen vor einer Übereilung der Vertragsunterzeichnung schützen, so z.B. bei einer Bürgschaft oder bei Handänderungen.

Bei verschiedenen Rechtsgeschäften wird eine öffentliche Beurkundung gefordert, damit ein zuverlässiger Rechtsgrundaussweis für eine Eintragung in ein öffentliches Register besteht (Grundbuch, Handelsregister).

Im Weiteren sind notarielle Urkunden ein qualifiziertes Beweismittel (Art. 9 Abs. 1 ZGB: Öffentliche Register und öffentliche Urkunden erbringen für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist).

Schliesslich kann mit Hilfe des Notars der Wille der Parteien klarer und vollständiger aufgenommen werden (z.B. bei Verfügungen von Todes wegen).

F. Berufspflichten des Notars

Die Berufspflichten des Notars gelten für die hauptberufliche Tätigkeit des Notars. Für die nebenberufliche Tätigkeit untersteht der Notar dem Privatrecht.

1. Urkundspflicht (Art. 30 und 31 NG)

Voraussetzung der Urkundspflicht ist die gültige Rogation (=Auftragserteilung). Lehnt der Notar trotz gültiger Rogation die Beurkundung ab, verletzt er seine Urkundspflicht.

Der Notar ist aber verpflichtet, die Rogation in folgenden Fällen abzulehnen:

- wenn er gesetzlich von der Mitwirkung ausgeschlossen ist
- wenn der Inhalt der Beurkundung offensichtlich rechtlich unmöglich, rechts- oder sittenwidrig ist
- wenn bei der Beurkundung eine offensichtlich nicht urteilsfähige Person mitwirken soll

Zudem darf der Notar die Rogation ablehnen, wenn er durch wesentliche Gründe verhindert ist oder der verlangte Kostenvorschuss nicht geleistet wird.

2. Die Ausstandspflicht (Art. 32 und 33/33a NG)

Der Notar muss in den Ausstand treten (darf seiner Urkundspflicht nicht nachkommen und darf nicht beurkunden) wenn:

- er selbst beteiligt ist

- sein Ehegatte, sein eingetragener Partner, die mit ihm eine faktische Lebensgemeinschaft führende Person, eine Person aus dem Kreis der Verwandten in gerader Linie sowie seine Geschwister oder ein Ehegatte, ein eingetragener Partner oder eine mit ihm eine faktische Lebensgemeinschaft führende Person dieser Verwandten beteiligt ist
- eine Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft beteiligt ist, welcher er als unbeschränkt haftender Gesellschafter oder als Kommanditär angehört
- bei der Beurkundung einer Willenserklärung eine juristische Person beteiligt ist, bei der er einem zur Vertretung befugten Organ angehört oder für welche er die Unterschrift führt.

Eine Person ist beteiligt, wenn sie eine sie selber betreffende Beurkundung vornehmen lässt, zu ihren Gunsten oder Lasten eine Verfügung getroffen wird, sie bei der Beurkundung einer Willenserklärung eine Urkundspartei vertritt.

Die gleiche Ausstandspflicht gilt für die Sachverständigen, die Übersetzer sowie die Schätzer, welche bei der Beurkundung mitwirken.

Nicht als Beteiligung gilt, wenn in einem Vertrag zwischen Drittpersonen Rechte oder Pflichten derselben gegenüber den vorgenannten Personen übertragen werden oder wenn über solche Rechte oder Pflichten eine Feststellungsurkunde für einen Dritten errichtet wird, sowie wenn der Notar in der Urkunde mit weiteren haupt- oder nebenberuflichen Geschäften betraut wird (z.B. Einsetzung als Willensvollstrecker).

Bei der Beglaubigung von Unterschriften, Kopien und Abschriften besteht keine Ausstandspflicht.

Bei Versteigerungen gilt die Ausstandspflicht nur im Verhältnis zum Versteigerer. Der Notar darf zudem selber keine Gegenstände ersteigern.

Bei der Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen ist der Notar nur ausgeschlossen, wenn er selber stimmen will.

Seit dem 1. Juni 2021 gilt zudem neu eine Ausstandspflicht bei der Beurkundung von Handänderungen von Grundstücken, wenn der Notar, Partner oder Mitarbeiter seines Notariatsbüros / seiner Bürogemeinschaft, deren Eltern, Geschwister, Kinder, Ehegatten oder eingetragene Partner als Vermittler des Vertragsobjekts beteiligt waren (Art. 33a NG).

3. Wahrheitspflicht (Art. 34 NG)

Weil der Inhalt einer öffentlichen Urkunde besondere Beweiskraft genießt, muss dessen Richtigkeit gewährt sein. Wahr ist der Inhalt einer Urkunde, wenn die in ihr bescheinigten Tatsachen auch so vorhanden sind. Der Notar darf deshalb nur Willenserklärungen und Tatsachen beurkunden, die er selber vorschriftsgemäss wahrgenommen hat.

Bei der Beurkundung von Willenserklärungen müssen die Urkundsparteien ihren Willen vor dem Notar bekanntgeben. Bei Sachbeurkundungen muss sich der Notar persönlich von deren Richtigkeit überzeugen. Der Notar kann Tatsachen beurkunden, die er nicht

selber wahrgenommen hat (z.B. Tod einer Person), wenn er diese anderen öffentlichen Urkunden (Familienregisterauszug) entnehmen kann.

Die Urkunde ist wahrheitsgetreu und klar abzufassen. Der Notar hat deshalb zu prüfen, ob die Erklärungen der Parteien ihrem wirklichen Willen entsprechen. Weiss der Notar, dass eine Erklärung falsch ist (z.B. im Kaufvertrag steht ein tieferer Kaufpreis als vereinbart), darf er nicht beurkunden.

Bei Missachtung der Wahrheitspflicht bzw. bewusst falschen Angaben durch die Parteien, kommt einerseits keine öffentliche Urkunde zustande, andererseits können sich der Notar oder die Parteien strafbar machen (Notar = Urkundenfälschung, Art. 317 StGB; Parteien = Erschleichung einer falschen Beurkundung, Art. 253 StGB).

4. Rechtsbelehrungspflicht (Art. 35 NG)

Der Notar ist verpflichtet, die Urkundsparteien darüber zu belehren, ob eine öffentliche Beurkundung überhaupt nötig ist und welche rechtlichen Wirkungen damit verbunden sind. Er hat sie ferner über seine örtliche und sachliche Zuständigkeit zu belehren. Schliesslich hat er sie darüber aufzuklären, was in der Urkunde alles geregelt sein muss bzw. was darin geregelt ist und welche weiteren Personen allenfalls auch mitwirken müssen.

Eine ungenügende Rechtsbelehrung macht den Notar vermögensrechtlich und disziplinarisch verantwortlich.

5. Die Geheimhaltungspflicht (Art. 36, 36a, 36b NG)

Unter das Berufsgeheimnis fallen Tatsachen, welche die Beteiligten dem Notar beruflich anvertraut haben oder die er für sie beruflich erfahren hat. Der Notar hat über diese Tatsachen Stillschweigen zu bewahren. Der Notar darf unbefugten Dritten zudem keine Einsicht in Schriftstücke gewähren, welche solche Tatsachen enthalten. Tatsachen, die allgemein bekannt sind oder in einem öffentlichen Register von jedermann eingesehen werden können, fallen nicht unter die Geheimhaltungspflicht. Kann ein öffentliches Register nur von bestimmten Personen eingesehen werden, entfällt das Berufsgeheimnis nur ihnen gegenüber.

Die Geheimhaltungspflicht entfällt zudem wenn

- der Notar von allen Beteiligten davon entbunden wird,
- die richtige Erfüllung einer beruflichen Obliegenheit die Bekanntgabe an Dritte erfordert, oder
- der Notar durch die Gesetzgebung ausdrücklich zur Bekanntgabe an Behörden verpflichtet ist (gemäss Art. 26 ESchG ist der Notar z.B. verpflichtet, der kant. Steuerverwaltung Steuerfälle, die ihm in amtlicher Funktion zur Kenntnis gelangen, innert 30 Tagen anzuzeigen).

Diese Geheimhaltungspflicht trifft den Notar, seine Partner des Notariatsbüros bzw. der Bürogemeinschaft, seine Mitarbeiter, allfällige Sachverständige, Übersetzer und Schätzer. Der Notar hat seine Angestellten und Lernenden darüber zu belehren;

ansonsten haftet er für die Verletzung des Berufsgeheimnisses durch einen Angestellten.

Verletzt der Notar die Geheimhaltungspflicht, macht er sich disziplinarisch verantwortlich. Die Verletzung des Berufsgeheimnisses, sei es durch den Notar oder eine seiner Hilfspersonen, kann zudem strafrechtliche Konsequenzen haben (Art. 321 StGB Verletzung des Berufsgeheimnisses). Entsteht ein Schaden, so haftet der Notar seinem Klienten dafür zusätzlich (und zwar zivilrechtlich).

Seit 1. Juni 2021 sieht das Notariatsgesetz in Art. 36b ausdrücklich auch die Möglichkeit der Entbindung vom Berufsgeheimnis durch die Aufsichtsbehörde vor, wenn die Beteiligten die Entbindung nicht erteilen oder die Entbindung nicht eingeholt werden kann und wenn das Interesse des Notars an der Aufhebung des Berufsgeheimnisses wesentlich höher ist als das Interesse der Beteiligten an der Geheimhaltung (z.B. wenn sich der Notar in einem Strafverfahren verteidigen oder einen ungerechtfertigten Vermögensnachteil abwenden können muss).

6. Wahrung der Interessen der Beteiligten (Art. 37 NG)

Der Notar hat die Interessen aller Beteiligten nach bestem Wissen und Gewissen gleichmässig und unparteiisch zu wahren. Zu einer richtigen Interessenwahrung gehört, dass der Notar die ihm übertragenen Geschäfte innert nützlicher Frist erledigt, unnötige Kosten vermeidet, ihm anvertraute Gelder, Wertschriften und andere Sachen vorschriftsgemäss aufbewahrt und eine entsprechende Buchhaltung führt.

G. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Notars

1. Sachliche Zuständigkeit (Art. 21 NG)

Alle Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit fallen in die ausschliessliche Zuständigkeit des Notars, soweit das Gesetz diese nicht anderen Organen (beispielsweise Zivilstandsbeamten, Grundbuch- oder Handelsregisterführern) zuweist.

Der Notar beurkundet auf Begehren der Beteiligten Rechtsgeschäfte, die eine öffentliche Beurkundung verlangen, und er errichtet Feststellungsurkunden über Vorgänge und Zustände. Rechtsgeschäfte zur Begründung oder Änderung von dinglichen Rechten an bernischen Grundstücken sowie Vor-, Vorkaufs-, Kaufrechts- und Rückkaufs-Verträge, welche sich auf solche Grundstücke beziehen, können nur durch einen im bernischen Notariatsregister eingetragenen Notar öffentlich beurkundet werden; Notare anderer Kantone sind hierzu nicht berechtigt.

Der Notar ist befugt und verpflichtet, die von ihm errichteten, eintragungsbedürftigen öffentlichen Urkunden (z.B. Kaufvertrag, AG-Gründung) bei den zuständigen Registerämtern zur Eintragung anzumelden. Er ist in den damit zusammenhängenden Verfahren zudem zur Prozessvertretung vor kantonalen Instanzen ermächtigt.

Der Notar hat seine sachliche Zuständigkeit von Amtes wegen selber zu prüfen. Beurkundet er trotz fehlender sachlicher Zuständigkeit, entsteht keine öffentliche Urkunde.

2. Örtliche Zuständigkeit (Art. 22 NG)

Der Notar kann Beurkundungen im ganzen Kantonsgebiet vornehmen. Weil die öffentliche Beurkundung kantonale geregelt ist, darf der bernische Notar nicht auf dem Gebiet eines anderen Kantons beurkunden, ausser der andere Kanton würde dies zulassen.

H. Zulässige Rechtsformen

Der Notar kann sein Büro allein oder gemeinsam mit Vertretern anderer Berufe (gemeint ist mit anderen Notaren oder mit Anwälten sowie seit 1. Juni 2021 mit anderen Personen die qualifizierte Beratungsdienstleistungen anbieten wie Treuhänder, Steuerberater, Liegenschafts- oder Vermögensverwalter, Architekten oder Bauberater) führen (Art. 16 NV).

Es ist zulässig, dass das Büro auf gemeinsame Rechnung aller Beteiligten geführt wird. Sie können sich rechtlich organisieren als

- einfache Gesellschaft;
- Kollektivgesellschaft;
- Kommanditgesellschaft, wobei der Notar Komplementär sein muss;
- Seit 1. Juni 2021 auch als AG oder GmbH, sofern diese ihren Sitz im Kanton Bern hat und durch im Notariatsregister eingetragene Personen beherrscht ist (Art. 3 NG in der seit 1.6.2021 geltenden Fassung). Die Einzelheiten zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Notariats-AG oder –GmbH werden in Art. 3a – 3c NV geregelt.

~~Andere Rechtsformen wie Aktiengesellschaft oder Genossenschaft sind wegen der damit verbundenen Haftungsbeschränkung nicht zulässig.~~