

Die Entwicklung des Notariatswesens in der Schweiz

Wenn in einem Jubiläumsband zum 10-jährigen Bestehen des SVFB berichtet werden darf, dann gehen einem solchen Bericht von Seiten des Schweizerischen Notarenverbandes ein herzliches Dankeschön an die Führungsorgane und die besten Glückwünsche für die Zukunft des Verbandes voraus; füglich darf festgehalten werden, dass die mit der Tätigkeit des SVFB geschaffene Plattform die gemeinschaftlichen beruflichen und politischen Interessen der freien Berufe wirksam zu unterstützen vermag.

Für den Stand der freiberuflich tätigen Notare ist eine Periode von 10 Jahren ein kurzer Abschnitt; im Unterschied etwa zur technischen Entwicklung, die sich in anderen Sparten rasant entwickelt, in der beruflichen Tätigkeit oftmals sofort umgesetzt wird und schliesslich ihren Niederschlag in neuen oder revidierten technischen und gesetzlichen Normen findet, geht eine Veränderung der beruflichen Landschaft im Notariat grundsätzlich den umgekehrten Weg. Das ist nicht etwa die Folge der Untätigkeit der Schweizer Notare, sondern Ausfluss der Tatsache, dass jede tiefer greifende Veränderung der Dinge einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Erschwerend kommt hinzu, dass die Ordnung der Verfahrensvorschriften nicht dem Bund obliegt, sondern den Kantonen vorbehalten geblieben ist. An dieser föderalistischen Grundstruktur lässt sich so schnell nichts ändern, zumal das Notariat in den Kantonen historisch entstanden und gewachsen ist und sich vor diesem Hintergrund grundsätzlich verschiedenartige Organisationsstrukturen entwickelt haben, was vielerorts unbekannt ist oder im Zuge einer Beurteilung der Entwicklung nicht oder zu wenig Berücksichtigung findet.

Das freiberufliche lateinische Notariat – es gründet auf einer Delegation hoheitlicher Befugnisse an speziell ausgebildete Personen – ist in 13 Kantonen vertreten (GE, VD, VS, FR, NE, JU, BE, UR, TI, AG, BS), derweil in 4 Kantonen das Amtsnotariat (ZH, SH, TG, AR) herrscht und in elf Kantonen (SO, BL, LU, OW, NW, ZG, SZ, GL, SG, AI, GR) gemischte Systeme ein Nebeneinander fristen.

Zwar lässt sich sagen, beide Systeme – freiberufliches lateinisches Notariat und deutschrechtlich inspiriertes Amtsnotariat – würden die gleichen Aufgaben erfüllen. Hingegen führt eine Analyse der Systeme, die für beide Organisationsformen durchaus ein Dafür und Dagegen an den Tag bringen – vorerst auch zutage, dass die Ausbildungsvoraussetzungen, die in den einzelnen Kantonen für die Berufsausübung legiferiert sind, im lateinischen Notariat durchwegs an einen spezialisierten juristischen Universitätsabschluss mit praktischer Tätigkeit angebunden sind, derweil jene in den Kantonen mit Amtsnotariat stark variieren und teilweise auch stark zu wünschen übrig lassen, zumal sich die Rechtsentwicklung im Geschäftsverkehr nicht nur beschleunigt, sondern auch materiell an zahlreiche neue Rechtsnormen angebunden worden ist.

Ein erster Ansatzpunkt zur Schaffung qualitativ vergleichbarer Verhältnisse und damit auch ein Ansatzpunkt zur Annäherung der unterschiedlichen Organisationsstrukturen auf schweizerischer Ebene wäre daher die Festsetzung gleicher Ausbildungsvoraussetzungen, was aber wiederum an der föderalistischen Organisationsstruktur scheitert, was sich bis auf weiteres politisch nicht korrigieren lassen wird.

Der SNV hat daher 2004 die Stiftung Schweizerisches Notariat ins Leben gerufen, die sich hauptsächlich mit der Weiterbildung der Notare befasst und die Kantone mit Amtsnotariat einbindet; für das Amtsnotariat spielt der Kanton Zürich eine federführende Rolle. In Zürich sind denn auch die Voraussetzungen für die Berufsausübung ausbildungsmässig qualitativ gut und mit jenen des lateinischen Notariates vergleichbar. Seither werden regelmässig Ausbildungstagungen angeboten, die über jegliche Systemgrenzen höchste Beachtung finden.

Die wissenschaftliche Tätigkeit und die damit ins Visier der Stiftung genommene Anhebung der Ausbildungsqualität ist nur ein Ansatzpunkt auf dem Weg zur Schaffung gesamtschweizerisch vergleichbarer Inhalte der öffentlichen Beurkundung. Dringend notwendig ist auch eine politische Kraft, welche zielgerichtet Einfluss auf die Gesetzgebungsmechanismen des Bundes und der Kantone ausüben kann. Das gab es bisher auf Bundesebene nicht. Ohne seine Grundstruktur zu ändern ist der

SNV in diese Lücke gestossen und vermochte sie auch erfolgreich zu schliessen. Derweil der Berufsverband in bundesrechtlichen Angelegenheiten wenig bis gar keine Beachtung fand, weil das lateinische Notariat als Besonderheit aufgefasst wurde, wird er mittlerweile angehört und geniesst auf der Grundlage des von der Stiftung Schweizerisches Notariat zur Verfügung stehenden wissenschaftlichen Fundus Beachtung und Ansehen, nicht zuletzt auch deshalb, weil die führenden Exponenten des Zürcher Notariates in diese politische Tätigkeit als Vertreter des Amtsnotariates eingebunden und integriert werden durften, wofür ihnen Dank und Anerkennung ausgesprochen sei.

Als vorläufiger Höhepunkt der Manifestation dieser neuen politischen Kraft, die nun trotz föderalistischer und systematisch unterschiedlicher Organisationsstrukturen und -systeme des Berufes gesamtschweizerische Wirkung zu entfalten vermag, hat der SNV am 27. November 2009 den 1. Schweizerischen Notarenkongress ins Leben gerufen (www.schweizerischer-notarenkongress.ch), der von zahlreichen Vertretern des Amtsnotariates besucht worden ist und ex post ausnahmslos positiv gewürdigt wurde. Als vorläufiges Resultat dieser politischen Bemühungen darf so etwas wie eine Aufbruchstimmung im Notariat wahrgenommen werden. Der nächste Schweizerische Notarenkongress findet am 2012 statt und soll später im Zweijahres-Rhythmus stattfinden. Damit wäre alljährlich ein schwergewichtig wissenschaftlicher Anlass durch die Stiftung Schweizerisches Notariat und ein Anlass mit auch politischen Hintergründen durch den SNV initialisiert.

Diese Tätigkeiten und Erfolge des SNV stehen nicht isoliert da, sondern haben ihren Anfang mit der auf Bundesebene vor bald 10 Jahren in Angriff genommenen Sachenrechtsrevision ihren Anfang genommen. Dank intensiver und auch vom SVFB unterstützter Lobby-Arbeit konnte es gelingen, dem Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung in der Revision durchwegs die verdiente Bedeutung zu verschaffen, obschon dies in den Gesetzesentwürfen nicht durchwegs so vorgesehen war und in einer ersten Debatte des Ständerates mit knapper Mehrheit ins Gegenteil umgekrempelt worden war, was aber der Nationalrat nicht nur korrigierte; die Arbeiten und Anregungen des SNV fanden trotz gegenteiliger politischer Tendenzen

bei erdrückenden Mehrheiten vollen Durchschlag, so dass sich der Ständerat im Kontext der Bereinigung der Differenzen ebenfalls überzeugen liess. An dieser Stelle gilt es hervorzuheben, dass für die Unterstützung der Anliegen des SNV die Schweizerischen Grundbuchverwalter und die Bankier-Vereinigung gewonnen werden konnten und sich in den Reihen der Befürworter auch Exponenten aus Kantonen finden liessen, die aus Kantonen mit Amtsnotariat stammen.

Ausgehend von der Sachenrechtsrevision steht nun die Eröffnung der elektronischen Kommunikation im Notariats- und Registerwesen bevor, welche die Anfertigung elektronischer Urkunden und damit die Verwendung qualifizierter elektronischer Signaturen zur Voraussetzung hat.

Die elektronische Signatur ist durch das Bundesgesetz über die Zertifizierungsdienste im Bereiche der elektronischen Signatur (ZertES) geregelt. Sie hat in der freien Wirtschaft bis heute noch wenig Verbreitung gefunden.

Mit Inkraftsetzung per 1. Januar 2005 wurde die sogenannte qualifizierte elektronische Signatur in Art. 14 des Schweizerischen Obligationenrechtes (OR) in Verbindung mit Art. 59 a ZertES der handschriftlichen Unterschrift gleichgestellt.

Im Vorfeld dazu veranlasste der SNV auf dem wissenschaftlichen Fundus der Stiftung Schweizerisches Notariat im Rahmen der im November endlich im Ständerat definitiv verabschiedeten Sachenrechtsrevision die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage zur Einführung der qualifizierten elektronischen Signatur im Notariatswesen, indem mit Art. 55bis des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) die dazu erforderliche gesetzliche Grundlage geschaffen wurde. Diese gesetzliche Grundlage sieht vor, dass öffentliche Urkunden elektronisch erstellt werden können; angesprochen sind damit elektronisch erstellte Ausfertigungen (Vertragsexemplare), Kopien von Papierdokumenten und Unterschriftsbeglaubigungen. Die gesetzliche Grundlage ist also derzeit noch nicht umfassend, sondern beschränkt sich gewissermassen als Einführungsphase auf nebensächliche notarielle Aufgaben,

welche allerdings die Eröffnung des elektronischen Geschäftsverkehrs bedingen und implementieren. Die sogenannten Urschriften öffentlicher Urkunden (Ur-Originale) bleiben vorderhand auf Papier; die Einführung des elektronisch gestützten Beurkundungsvorganges und damit die Erstellung elektronischer Urschriften ist jedoch schon in Vorbereitung (Art. 55 ter ZGB). Beide Revisionen wurden von der Stiftung Schweizerisches Notariat in die Sachenrechtsrevision eingebracht.

Die öffentliche Beurkundung ist bekanntlich eine qualifizierte Form der Schriftlichkeit, indem ein Rechtsakt vor dem Notar (Urkundsperson) signiert werden muss, um gültig zu sein. Welche Rechtsakte der öffentlichen Beurkundung bedürfen ist Sache des Bundes (Bundeszivilrecht), derweil die eigentlichen Beurkundungsverfahren von den Kantonen geordnet werden (kantonales öffentliches Recht). Diese föderalistische Organisation, welche bis auf weiteres bestehen bleiben wird, verträgt sich mit national und international (leider) konkurrierenden Normen des elektronischen Geschäftsverkehrs schlecht. Im Bereiche des elektronischen Beurkundungswesens ist daher eine einheitliche Lösung der Dinge nicht nur wünschbar, sondern auch notwendig und angesagt.

Auf der gesetzlichen Grundlage von Art. 55bis ZGB ist daher zur Zeit eine Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung (VeöB) in Ausarbeitung, wobei der SNV daran aktiv mitwirkt.

Im Unterschied zu schriftlichen Dokumenten geniessen öffentlich beurkundete Dokumente eine erhöhte Beweiskraft, indem einfach-schriftliche Verträge der freien Beweiswürdigung ausgesetzt sind, derweil öffentliche Urkunden die Rechtsvermutung der Richtigkeit in sich tragen; dies führt zu einer Umkehr der Beweislast. Liegt eine öffentliche Urkunde im Recht, muss in einem allfälligen Streit vom Kläger der Beweis des Gegenteils erbracht werden (Art. 9 ZGB).

Das OR fröhnt nicht nur dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, sondern auch jenem der Formfreiheit. Das Gültigkeitserfordernis der Schriftlichkeit ist dogmatisch die Ausnahme; eine qualifizierte elektronische Unterschrift respektive eine öffentliche Beurkundung ist nur bei besonders wichtigen Rechtsgeschäften gesetzlich

vorgesehen (Beispielsweise Immobilienkaufverträge im Sachenrecht oder Gründung von Gesellschaften im Handelsrecht). Diese Formbedürftigkeiten dienen nicht nur der Beweisrelevanz und der Rechtssicherheit in Grundbuch- und Handelsregistergeschäften, sondern vor allem dem sogenannten Übereilungsschutz. Dieser Übereilungsschutz findet ausserhalb des Notariatswesens und der öffentlichen Beurkundung im Obligationenrecht beispielsweise seinen Niederschlag im Recht des Abzahlungsvertrages; er bedarf der Schriftlichkeit und kann binnen 7 Tagen nach Abschluss widerrufen werden (Art. 16 Bundesgesetz über den Konsumkredit).

Die Anerkennung der digitalen Signatur vereinfacht das Eingehen von vertraglichen Verpflichtungen zweifellos erheblich und ist geeignet, den Entscheidungsprozess der Vertragsparteien massiv zu beschleunigen und die Unerfahrenheit Vertragsschliessender auszunutzen.

Die eidgenössischen Räte haben deshalb gut daran getan, das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung aus Anlass der im November 2009 verabschiedeten Sachenrechtsrevision auf alle relevanten Grundbuchgeschäfte auszudehnen.

Die individuelle Rechtfertigung der öffentlichen Beurkundung liegt nicht nur im Übereilungsschutz, sondern vor allem in der Rechtssicherheit. Die gestützt darauf geführten Register (Grundbuch und Handelsregister) geniessen wie die öffentlichen Urkunden auch den sogenannten öffentlichen Glauben (Art. 9 ZGB); die Inhalte tragen die Rechtsvermutung der Richtigkeit in sich, führen also, wie schon erwähnt zu einer Umkehr der Beweislast; es ist nicht der Beweis der Richtigkeit des Eintrages zu führen, sondern der Beweis des Gegenteils.

Die Wirkungen des Institutes der öffentlichen Beurkundung und der öffentliche Glaube der Register werden regelmässig unterschätzt. Nach Massgabe der Untersuchungen der Weltbank (2004, Doing Business, Understanding Regulation) resultieren in den USA - die öffentliche Beurkundung ist dort weitestgehend unbekannt, die Registerführung gänzlich - 40 (!) Mal mehr prozessuale Auseinandersetzungen als aus notariell beurkundeten Verträgen, wo die Prozessrate

unter (!) 1 Promille liegt (in der Schweiz liegt sie noch deutlich tiefer). Die mit der öffentlichen Beurkundung und der Registerführung verbundene Rechtssicherheit hat also einen hohen wirtschaftlichen und sozialen Wert. Niemand ist gehalten, im Zuge des Erwerbes oder der Finanzierung von Liegenschaften Wert- oder Prozessrisiken zu kalkulieren.

Im Bereiche der öffentlichen Beurkundung ist der Übereilungsschutz also durch die Anerkennung der qualifizierten elektronischen Signatur nicht weiter in Frage gestellt; hingegen stehen nebst den grundsätzlichen technischen Problemen, die hier nicht erörtert werden sollen, rechtliche Sicherheitsaspekte im Vordergrund, indem die qualifizierte elektronische Signatur technisch zwar hinreichend Sicherheit bietet, aber fürs Erste eine persönliche Unterschrift darstellt; es fehlt hier also der Nachweis, dass Sie einer zur öffentlichen Beurkundung berechtigten Person zugeordnet werden kann, was bekanntlich Gültigkeitserfordernis für die Urkunde ist. Überdies erweist es sich als notwendig, dass der Empfänger der Sendung (Grundbuchverwalter, Handelsregisterführer) überprüfen kann, ob der Signatar berechtigte Urkundsperson ist (sogenannte Validierung; die Überprüfung der technischen Gültigkeit der Signatur per se ist ohne weiteres möglich).

Vor dem Hintergrund dieser Notwendigkeiten haben die Schweizer Notare ein elektronisch gestütztes Registersystem entwickelt, das seinen Niederschlag in der eingangs erwähnten VeöB finden soll. Die berechtigten Urkundspersonen werden im Zuge der Ausgabe der Signaturzertifikate in ein schweizerisches Register der Urkundspersonen eingetragen, welches von den Empfängern öffentlicher Urkunden (Grundbuch, Handelsregister, aber auch andere) abgefragt werden kann. Damit ist sichergestellt, dass nicht nur die Identität der signierenden Urkundsperson, sondern auch deren Berechtigung als Urkundsperson validiert werden kann, und zwar zu jeder Zeit. Das Besondere an der ausgearbeiteten Lösung besteht auch darin, dass die Registereinträge auf der Grundlage einer elektronisch rechtsgültig signierten Verfügung der zuständigen rechtsverleihenden Behörde (meistens kantonale Justizdirektion) generiert werden, die im Register selbst hinterlegt wird und ebenfalls soll abgefragt werden können, womit die Urkundsperson und deren Berechtigung historisiert ist (Rechtsverleihung, Entzug, Erlöschen, Widerruf etc.). Es wird also ein

für Urkundspersonen öffentliches Register geschaffen, welches, wie das Grundbuch und das Handelsregister, höchste Verlässlichkeit haben wird.

In einer Vision hat die so gebaute Registerlösung, welche die Rolle, die eine Person spielt und mit der Identität dieser Person verknüpft, Modellcharakter; sie ist generisch und kann auch von anderen Berufsgruppen, deren Tätigkeit sich auf eine von Kanton oder Bund verliehenen Rechtsbefugnis stützt, mitverwendet werden (Geometer, Kreditinstitute, Anwälte, Ärzte, Apotheker etc.). Denkbar ist auch eine Plattform zur Registrierung von Firmenunterschriften. Die Registerlösung ist auch nicht auf eine einseitige Kommunikation beschränkt, sondern als Sicherungs- und Kontrollinstrument für eine Vielzahl von Playern eines Wirtschaftszweiges verwertbar (Justiz, Justizverwaltung, Rechtsinstitute aber auch Gesundheitswesen etc.).

Das damit verbundene Rationalisierungspotential liegt nicht nur in der Sicherheit und Übermittlung, Bearbeitung und vor allem Archivierung von Dokumenten; das System erlaubt auch die Anlage und Verwaltung von zentralen Dokumentenarchiven, indem die Zugriffe nicht wie bisher üblich an die Identität einer Person geknüpft sind, sondern an die Rolle, welche die Person spielt. Die Rolle im Verwaltungs- oder Wirtschaftsprozess dauert an, die Person aber wechselt; diverse Rollen haben beschränkten und/oder selektiven Zugriff, andere unbeschränkten.

Diese Lösung ist ausländischen Modellen weit voraus; es liegt nun in den Händen des Bundesamtes für Justiz, diese von den Schweizer Notaren ausgearbeitete und hergestellte Registerlösung zu implementieren.

Jean-Pierre Becher, Rechtsanwalt und Notar
Generalsekretär SNV