

Inhalt – Sommaire

1. Die Beurkundung von Erbverträgen

Prof. em. Dr. iur. Christian Brückner / Prof. em. Dr. iur. Roland Pfäffli	405
Résumé en français	420

2. Das Nottestament in der Schweiz und in Deutschland

BLaw Selina Hufschmid	421
Résumé en français	441

3. Rezensionen / Literaturhinweise

Rezensionen	442
Literaturhinweise	450

Die Beurkundung von Erbverträgen

Christian Brückner* und Roland Pfäffli**

Inhaltsübersicht

I. Einführung	405
II. Begriff des Erbvertrags	406
III. Dem Formzwang unterliegende Vertragspunkte	407
IV. Beurkundungsverfahren	408
1. Stellvertretung von Parteien	408
2. Beurkundungszeugen	409
3. Haben die Beurkundungszeugen ausgedient?	410
4. Kein Erfordernis eigenhändiger Datierung	411
5. Besonderheiten beim Erbverzicht	411
6. Ablauf der Beurkundung (Hauptverfahren)	413
a. Vorlesung durch den Notar	413
b. Stille Selbstlesung durch die Parteien	414
7. Korrekturen	417
V. Auswirkungen auf die bernische Praxis	418

I. Einführung

Das Bundesrecht schreibt für zahlreiche Rechtsgeschäfte als Gültigkeits-erfordernis die Form der öffentlichen Beurkundung vor. Eine bundesrecht-liche Regelung in Bezug auf das konkrete Beurkundungsverfahren, d. h. den Beurkundungsprozess, besteht jedoch nur bei der öffentlichen letzt-willigen Verfügung (Art. 499 ff. ZGB), dem Erbvertrag (Art. 512 ZGB), der Schenkung auf den Tod des Schenkers (Art. 245 Abs. 2 OR), dem Verpfändungsvertrag (Art. 522 Abs. 1 OR) und dem Wechselprotest (Art. 1034 ff. OR). Bei allen anderen Rechtsgeschäften, die der öffentli-chen Beurkundung bedürfen, bestimmen die Kantone das Verfahren, und zwar gestützt auf Art. 55 Abs. 1 SchIT ZGB¹.

* Prof. em. Dr. iur. Christian Brückner, Advokat und Notar, LL.M., Basel.

** Prof. em. Dr. iur. Roland Pfäffli, Notar, Thun.

Die Autoren danken MLaw Nathalie Ducrey, Doktorandin an der Universität Freiburg, für die gewissenhafte sprachliche Überprüfung des Manuskripts.

¹ Vgl. JÖRG SCHMID / JONAS WOLFISBERG, Auf dem Weg zur Vereinheitlichung des Beurkundungsverfahrensrechts, ZBJV 2022, S. 2 f.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die Beurkundung des Erbvertrags mit besonderer Berücksichtigung des konkreten Beurkundungsverfahrens, und zwar im Selbstleseverfahren.

II. Begriff des Erbvertrags

Als Erbvertrag gilt jeder Vertrag, der die verbindlich zugesicherte Verfügung von Todes wegen einer Partei enthält². Der Erbvertrag ist mithin nicht ein Vertragstyp im Sinne der Typologie des Besonderen Teils des Obligationenrechts, sondern ein Oberbegriff, der alle Mehrparteienengeschäfte umfasst, welche letztwillige Anordnungen auf das Ableben einer Vertragspartei enthalten³.

Dies wird erhärtet durch die französische Fassung des ZGB, wo – anders als im deutschen Text – nicht von «letztwilliger Verfügung» (Art. 501 Abs. 1 ZGB) bzw. «Verfügung» (Art. 502 Abs. 1 ZGB), sondern an beiden Orten von der «dernière volonté» die Rede ist. In diesem Sinne hat jedes Mehrparteiengeschäft als Erbvertrag zu gelten, das einen letzten Willen bzw. eine letztwillige Anordnung einer Partei enthält.

Dazu gehören nicht nur die vier im ZGB beispielhaft erwähnten Fallgruppen des Erbeinsetzungs- und Vermächtnisvertrags (Art. 494 Abs. 1 ZGB) sowie des Erbverzichts- und Erbschaftsvertrags (Art. 495 Abs. 1 ZGB), sondern zahlreiche andere Geschäfte mit unterschiedlichsten Inhalten wie etwa Vereinbarungen von Eltern mit ihren Nachkommen über die Anrechnung und Bewertung von Vorempfängen sowie über Objektzuteilungen und Teilungswerte im Erbgang, Vereinbarungen zwischen Ehegatten bezüglich gegenseitiger Meistbegünstigung zu Lasten von Nachkommen, Gesellschaftsverträge mit speziellen Regelungen für die Abfindung der Erben eines durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafters oder mit Regelungen über die Berufung bestimmter Nachkommen als Nachfolger verstorbener Gesellschafter, Kaufrechte für Mieter am Mietobjekt, die erst nach dem Tod des Vermieters ausgeübt werden können, usw.

2 Vgl. PETER WEIMAR, Berner Kommentar, 2009, Note 1 zu den Vorbemerkungen vor Art. 494 ZGB; STEFANIE HRUBESCH-MILLAUER, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2016, Noten 1 ff. zu Art. 494 ZGB; STEPHAN WOLF/STEFANIE HRUBESCH-MILLAUER, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, Noten 502 f.
3 Vgl. STEFAN GRUNDMANN, Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2019, Note 4 zu den Vorbemerkungen zu Art. 494 ff. ZGB.

III. Dem Formzwang unterliegende Vertragspunkte

Dem Formzwang der öffentlichen Beurkundung mit zwei Zeugen unterliegen nur die letztwilligen Absprachen.

Während sich diese Regel bei den meisten soeben erwähnten Geschäften von selber versteht, bedarf sie einer besonderen Erläuterung beim Erbschaftsgemäss Art. 495 Abs. 1 ZGB (im französischen Text: «pacte de renonciation à succession à titre onéreux»), d. h. beim Erbverzicht eines Erben im Hinblick auf lebzeitige Gegenleistungen des Erblassers. Hier möchte ein Teil der Lehre auch die lebzeitige zu erbringende Gegenleistung dem Formzwang unterstellen⁴.

Da die Motive der Parteien in bereits erbrachten Leistungen, beispielsweise einer schon erfolgten Vermögensübertragung, oder in der Verpflichtung zu einer künftigen Vermögensübertragung, aber auch in der Erwartung von Leistungen Dritter, etwa von Geschwistern oder seitens eines zu Gunsten des Erben begründeten Trusts, bestehen können, ist es nicht möglich, irgendeine lebzeitig wirksame Verpflichtungserklärung als vertragstypische Gegenleistung bzw. als «die» Gegenleistung für den Erbverzicht zu qualifizieren und aufgrund einer vermeintlichen Typizität dem Formzwang zu unterstellen. Auch wo sich ein Erbschaftsgemäss als Austausch von Leistungen darstellt, die synallagmatisch aufeinander bezogen sind, wäre es falsch, den Austausch als ein endgültiges Ganzes zu qualifizieren, das in einer einzigen öffentlichen Urkunde vollständig und abschliessend beurkundet werden könnte oder müsste, und die Augen zu verschliessen vor dem möglichen Vorhandensein gleichermassen relevanter Motive und Erwartungen bezüglich vergangener und künftiger Leistungen der Parteien und Dritter.

Die Rechtssicherheit verlangt beim Erbschaftsgemäss, gleichwie bei jedem anderen Vertrag mit letztwilligen Elementen, nur die letztwilligen Absprachen dem Formzwang zu unterstellen. Eine vollständige Beurkundung aller wesentlichen Vertragspunkte kann nicht verlangt werden. Denn jede letztwillige Absprache kann durch Testamente sowie andere letztwillige

4 Vgl. IVO GRÜNDLER, Willensmängel des Gegenkontrahenten beim entgeltlichen Erbvertrag, Diss. St. Gallen 1998, S. 12; STEFANIE HRUBESCH-MILLAUER, Der Erbvertrag: Bindung und Sicherung des (letzten) Willens des Erblassers, Zürich/St. Gallen 2008, Noten 185 ff.; STEFANIE HRUBESCH-MILLAUER (Fn. 2), Note 2 zu Art. 512 ZGB; PETER BREITSCHMID/PHILIPP R. BORNHAUSER, Basler Kommentar, ZGB I, 2019, Note 6 zu den Vorbemerkungen zu Art. 494 bis 497 ZGB.

oder lebzeitig wirksame Absprachen gleichzeitig, vor oder nach der Beurkundung des Erbvertrags ergänzt werden. Der Erbvertrag kann nachträglich durch weitere Erbverträge abgeändert oder aufgehoben und durch Testamente oder obligationenrechtliche Verträge ergänzt werden. Anders als beim Grundstückkauf, der als ein in sich abgeschlossenes, kurzfristig zu erfüllendes Geschäft verstanden wird, regelt der Erbvertrag einen Erbgang, der möglicherweise in ferner Zukunft liegt und von vorversterbenden Vertragsparteien gar nicht erlebt wird. Erbverträge – wozu auch Erbschaften gehören – brauchen den künftigen Erbgang und die darauf bezogenen lebzeitigen Leistungen weder vollständig noch abschliessend zu regeln.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass beim Erbschaften nur die Verzichtserklärung des gesetzlichen Erben und ihre Annahme seitens des Erblassers beurkundungsbedürftig sind. Die bereits erbrachten oder noch zu erbringenden Leistungen des Erblassers oder Dritter an den Erben oder an diesem nahestehende Personen (etwa an seine Nachkommen) unterliegen nicht dem Formzwang; sie müssen im Erbverzichtsvertrag weder vollständig noch in summarischer Zusammenfassung beurkundet werden⁵.

IV. Beurkundungsverfahren

1. Stellvertretung von Parteien

Beim Erbvertrag gelten die letztwilligen Anordnungen als höchstpersönlich und damit als vertretungsfeindlich. Wer auf sein Ableben hin verfügt oder sich auf sein Ableben hin bindet, muss beim Beurkundungsverfahren anwesend sein und seine Erklärungen persönlich abgeben.

Wer nur lebzeitig wirksame Erklärungen abgibt, kann sich durch Stellvertreter vertreten lassen⁶. Dieser Grundsatz gilt gemäss einhelliger Lehre

5 So auch HERMANN SCHMID, Struktur des entgeltlichen Erbverzichts gemäss Art. 495 Abs. 1 ZGB, Diss. Bern 1991, S. 73, S. 84 f. und S. 93; PETER WEIMAR, Berner Kommentar, 2009, Note 7 zu den Vorbemerkungen vor Art. 494 ZGB sowie Note 5 zu Art. 495 ZGB; STEPHAN WOLF / GIAN SANDRO GENNA, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Erbrecht, Basel 2012, S. 211; PETER TUOR / BERNHARD SCHNYDER / JÖRG SCHMID / ALEXANDRA JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich / Basel / Genf 2015, S. 855, Fn. 19.

6 Vgl. PETER RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, Note 1562; MARTIN BICHSEL / ROLAND PFÄFFLI, ZGB-Beurkundungsverfahren als alternatives Beurkundungsverfahren im Kanton Bern, BN 2020, S. 375.

auch für den Erbverzicht. Die verzichtende Partei kann sich vertreten lassen⁷.

2. Beurkundungszeugen

Eine Besonderheit der beurkundungsrechtlichen Vorschriften für Geschäfte von Todes wegen liegt im Erfordernis der zwei Beurkundungszeugen. Das Institut der *Beurkundungszeugen* hat historische Wurzeln⁸. RUTH ARNET dokumentiert die heutige Rechtslage wie folgt⁹: Ein Blick auf andere Rechtsordnungen zeigt diesbezüglich ein uneinheitliches Bild. In vielen Ländern ist die Mitwirkung von Zeugen noch immer unabdingbar (Belgien, Frankreich, Italien, Österreich), während die Zeugenbescheinigung in Deutschland im Jahr 1938, in Spanien im Jahr 1991 und in den Niederlanden im Jahr 2003 ganz abgeschafft wurde.

Trotz der historisch zu erklärenden Wurzeln des Zeugen-Erfordernisses ist es legitim, nach rationalen Normzwecken zu fragen, die die Beibehaltung dieses Instituts im geltenden schweizerischen Recht rechtfertigen.

In den Gesetzesmaterialien finden sich keine Hinweise auf Sinn und Zweck des Zeugenerfordernisses. In der Literatur und in vereinzelt gerichtlichen Entscheidungen¹⁰ wird die Meinung vertreten, die Beurkundungszeugen leisteten einen Beitrag zur *inhaltlichen Qualität* der beurkundeten Geschäfte, d. h. zur Gewährleistung, dass der wirkliche Wille der Erklärenden in der Urkunde zutreffend zum Ausdruck kommt.

Aus notarieller Sicht kann dieser Auffassung nicht beigegeben werden. Wer mit der Beurkundung von letztwilligen Geschäften vertraut ist, weiss, dass die Beurkundungszeugen zur inhaltlichen Qualität der Urkunde nichts beitragen können. Bei der Beurkundung durch stille Selbstlesung der Vertragsparteien bekommen die Zeugen nicht einmal Kenntnis vom

7 Der Erbverzicht des Verzichtenden beinhaltet keine Verfügung von Todes wegen (vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Note 2338; PETER WEIMAR, Berner Kommentar, 2009, Note 26 zur Einleitung «Die Verfügungen von Todes wegen», S. 72; ARNOLD ESCHER, Zürcher Kommentar, 1960, Note 13 zu Art. 512 ZGB; ROLAND JEITZNER, Basler Kommentar, ZGB II, Basel 2019, Note 8 zu Art. 512 ZGB; PIA BADERTSCHER, Orell Füssli Kommentar zum ZGB, Zürich 2021, Note 13 zu Art. 512 ZGB; JEAN NICOLAS DRUEY, Grundriss des Erbrechts, Bern 2002, Note 24 zu § 10, S. 131 f.).

8 Vgl. den Überblick bei GREGOR JOOS, Testamentsformen in der Schweiz und in den USA, Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 170, Zürich 2001.

9 RUTH ARNET, Die öffentliche Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen – de lege lata und de lege ferenda, in: *successio* 2015, S. 198 mit ausführlichen Hinweisen.

10 Vgl. etwa BGE 103 II 84 Erw. 2b; BGE 118 II 273, Erw. 5a.

Inhalt der Urkunde; sie können also nicht wissen, ob Urkunde und wirklicher Wille der Vertragsparteien übereinstimmen¹¹.

Soll dem Zeugenerfordernis ein Sinn zuerkannt werden, so ist dieser auf einer anderen Ebene zu suchen: Im Zivil- und Strafprozess gilt als Zeuge, wer kraft eigener Wahrnehmung zur Beweisführung etwas beitragen kann. Bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften von Todes wegen ist es nicht anders: Die Zeugen verbessern die Beweislage, falls nach dem Tod einer Person der Verdacht aufkommt, eine ehemals erstellte Urkunde sei beseitigt oder eine Urkunde sei nicht von der verstorbenen Person erstellt worden. Zutreffend wird in der Literatur mehrfach auf die (offensichtliche) Tatsache hingewiesen, dass Geschäfte von Todes wegen *immer erst dann wirksam werden, wenn die letztwillig handelnde Person gestorben ist und sich zu Bestand, Echtheit und Inhalt der Urkunde nicht mehr äussern kann*¹².

3. Haben die Beurkundungszeugen ausgedient?

Angesichts der Undeutlichkeit des legislatorischen Zwecks des Zeugenerfordernisses lassen sich aber ausser den in Art. 503 ZGB enthaltenen Vorschriften keine verbindlichen Regeln über die Qualifikation der Zeugen formulieren. Von Bundesrechts wegen können die Zeugen Angestellte des Notars oder vom Notar unabhängige Personen sein. Sie können ihre Funktion einmalig oder routinemässig, ehrenamtlich oder gegen eine Entschädigung (Zeugengeld) ausüben, obgleich sich Personen, die routinemässig als Zeugen fungieren, später kaum mehr an einzelne Beurkundungen zu erinnern vermögen und im Streit um den Erbvertrag als Prozesszeugen zur Wahrheitsfindung entsprechend wenig werden beitragen können.

In Anbetracht dieser Tatsache und wenn man berücksichtigt, dass beispielsweise beurkundungspflichtige Transaktionen im Handelsrecht oder im Grundstücksverkehr von grosser Bedeutung ohne Beizug von Zeugen beurkundet werden, stellt sich die Frage, ob nicht auf die Zeugenpflicht beim Erbvertrag bzw. bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung gänzlich verzichtet werden sollte. Dieser Frage ist auch HANS MARTI

11 Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER (Fn. 7), Note 390; HANS MARTI, Notariatsprozess – Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989, S. 70 f.; HANS MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, Note 4 zu Art. 1/2 BE ND.

12 Vgl. PETER TUOR / BERNHARD SCHNYDER / JÖRG SCHMID / ALEXANDRA JUNGO (Fn. 5), S. 848, Note 1 zu § 70; PETER BREITSCHMID, Basler Kommentar, ZGB II, 2019, Note 5 zu Art. 498 ZGB; RUTH ARNET (Fn. 9), S. 185 ff.

nachgegangen. Er bezeichnete die Mitwirkung von Zeugen als einen alten Zopf¹³. Die Urkundsperson bietet Gewähr, dass ein Vertrag richtig beurkundet worden ist; zudem ist die Urkundsperson für die Identität und Handlungsfähigkeit der Vertragsparteien verantwortlich. Hier wird die Meinung vertreten, dass die Abschaffung der Zeugen angebracht ist. Es bietet sich sodann die Möglichkeit, solches in die noch zu erstellende Botschaft zur Teilrevision des Erbrechts einfließen zu lassen.

4. Kein Erfordernis eigenhändiger Datierung

Aus Art. 500 Abs. 3 ZGB wird abgeleitet, der Notar habe die Urkunde während des Beurkundungsvorgangs in Anwesenheit der Parteien und Zeugen eigenhändig zu datieren.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dieses Vorgehen aber nicht zwingend. Erbverträge sind auch gültig, wenn Ort¹⁴ und Datum auf dem Entwurf der Urschrift ausgedruckt sind, sodass der Notar lediglich seine Unterschrift eigenhändig beisetzt¹⁵.

5. Besonderheiten beim Erbverzicht

Der Erbverzicht ist eines der ganz wenigen, wenn nicht überhaupt das einzige Rechtsgeschäft, das – isoliert betrachtet – nicht nur dem menschlichen Egoismus, sondern auch den natürlichen Erwartungshaltungen der Pflichtteilserven zuwiderläuft und – vorbehaltlich einer nachvollziehbaren Motivation – als unvernünftig erscheint. Der Gesetzgeber schützt die Pflichtteilserven gegen ihre Enterbung, indem er diese nur in engen Schranken zulässt. Für die Zustimmung zur Enterbung, d. h. für den Erbverzicht, verlangt der Gesetzgeber die öffentliche Beurkundung. Das Formerfordernis dient hier ausschliesslich dem Schutz der verzichtenden Partei. Der Verzichtsbegünstigte braucht keinen Schutz. Für den Notar bedeutet dies: Die Abklärung des Verzichtsmotivs ist unabdingbar. Ohne ein nachvollziehbares Motiv steht jeder Erbverzicht unter dem Verdacht eines Willensmangels, insbesondere der Täuschung oder Drohung (Art. 28 und 29 OR) und damit unter dem Risiko der späteren Anfechtung.

Der Erbverzicht ist in besonderem Masse anfechtungsgefährdet, wenn das Verzichtsvermögen gross ist. Stellt sich bei der verzichtenden Partei

13 Vgl. HANS MARTI, Notariatsprozess (Fn. 11), S. 70.

14 Die Angabe des Ortes ist allerdings nicht notwendig; vgl. Art. 503 Abs. 3 ZGB sowie (für das eigenhändige Testament) Art. 505 Abs. 1 ZGB.

15 Vgl. BGE 53 II 442; BGE 55 II 235; PETER RUF (Fn. 6), Note 1544.

später Vertragsreue ein, so werden Anwälte und Experten die Umstände des Vertragsschlusses unter die Lupe nehmen, um Beurkundungsmängel zu identifizieren, deren Geltendmachung ihren Klienten die Tür zum Verzichtvermögen wieder öffnen soll. Unter Berücksichtigung der nächstliegenden Anfechtungsgründe reduziert der Notar das Anfechtungsrisiko, wenn er sich an folgende Grundsätze hält:

Das *Motiv* des Erbverzichts sollte in der Urkunde angedeutet werden, um dem Argument vorzubauen, die verzichtende Partei habe ohne vernünftigen Grund bzw. unter Druck oder irrtümlich dem Verzicht zugestimmt. Als Motive sind etwa denkbar: Gegenleistungen des Verzichtsbegünstigten, Dankbarkeit für empfangene Leistungen, Anerkennung von Leistungen Dritter (z. B. von Geschwistern), Gegenseitigkeit des Erbverzichts von Ehegatten, gleichzeitiger Erbverzicht anderer Pflichtteilserven im Hinblick auf ein gemeinsames Ziel (z. B. Gründung einer Stiftung durch den Erblasser).

Liegt das Motiv in der Angst vor einer staatlichen Konfiskation des Erbanfalls¹⁶, und brächte die Offenlegung des Verzichtsmotivs die Parteien in Schwierigkeiten, so muss von dessen Erwähnung in der Urkunde selbstverständlich abgesehen werden. Umso wichtiger ist die Dokumentation im geheimnisgeschützten Klientendossier des Notars.

Die Beurkundung von *Gegenleistungen* ist, wie vorn gesagt, kein Gültigkeitserfordernis und oft nicht abschliessend möglich. Aber ein Hinweis auf Art und Umfang der Gegenleistung macht die Motivation der verzichtenden Partei deutlich und verringert das Anfechtungsrisiko.

Obwohl der Verzicht auch gültig vereinbart werden kann, wenn die verzichtende Partei das *Verzichtsvermögen nicht kennt*, ist es nützlich, dessen Umfang in der Urkunde anzudeuten. Damit wird dem Einwand vorgebeugt, die verzichtende Partei habe keine Kenntnis von der Tragweite ihres Verzichts gehabt.

Da Erbverzichte, die zwischen Brautleuten *kurz vor der Heirat* beurkundet werden, dem Verdacht von Druckausübung unterliegen, sollte die Urkundsperson mit der verzichtenden Partei in einen direkten, bilateralen Kontakt treten, sich nach deren Motiven für den Erbverzicht erkundigen und den diesbezüglichen Beweis sichern.

¹⁶ Wie etwa zu NS-Zeiten, als die Erbteile ausländischer Juden vom deutschen Staat konfisziert wurden.

Wenn die verzichtende Partei der deutschen Sprache nicht mächtig ist, sollte auch *die fremdsprachige Übersetzung* in der Urkunde enthalten sein. Beim Verfahren der notariellen Vorlesung sollte im Schlussverbal gesagt werden, dass die Urkunde der verzichtenden Partei auch in der Übersetzung vorgelesen und erläutert wurde, nötigenfalls durch eine anwesende Dolmetscherin¹⁷. Andernfalls besteht das Risiko, dass die verzichtende Partei später geltend macht, sie habe vom Inhalt der Urkunde keine Kenntnis gehabt.

Obwohl der Erbverzicht nach herrschender Lehre durch eine bevollmächtigte Stellvertreterin erklärt werden kann¹⁸, wird das Anfechtungsrisiko verringert, wenn die verzichtende Partei am Beurkundungsverfahren *persönlich teilnimmt*. Lässt sich der Notar die Motive der verzichtenden Partei ausschliesslich von Verzichtsbegünstigten erläutern, ohne die verzichtende Partei anzuhören, so liegt der Verdacht eines Willensmangels der verzichtenden Partei nahe. Der Verdacht wird verstärkt, wenn die verzichtende Partei der Beurkundung fernbleibt, also sich vertreten lässt, und den Notar nie zu Gesicht bekommt. Fehlt es an einem zwingenden Grund für das Fernbleiben der verzichtenden Partei und besteht auch keine Möglichkeit zu deren Einbezug mit elektronischen Mitteln, wie es bei einem Gefängnisaufenthalt der Fall sein kann, so sollte sich der Notar den diesbezüglichen Beweis sichern, um sich gegen den späteren Vorwurf zu schützen, er habe leichtfertig zu einem anfechtbaren Geschäft Hand geboten.

6. Ablauf der Beurkundung (Hauptverfahren)

a. Vorlesung durch den Notar¹⁹

Bei der Vorlesung durch den Notar werden die Zeugen spätestens beim Beginn der Vorlesung des Erbvertrags hereingerufen. Die Vertragsparteien und die Zeugen werden einander gegenseitig unter Namensnennung

¹⁷ Vgl. dazu das ausserordentliche Beurkundungsverfahren im Kanton Bern, wenn eine Partei die Urkundssprache nicht versteht (Art. 47 NV; BSG 169.112.).

¹⁸ Vgl. dazu vorne in Ziffer IV/1.

¹⁹ Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER (Fn. 7), Noten 1905 f.; CHRISTIAN BRÜCKNER/MATHIAS KÜSTER, Die Grundstücksgeschäfte, Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, Zürich/Basel/Genf 2021, Noten 884 ff.; PETER RUF (Fn. 6), Noten 1552 ff. und 1560 ff.; STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, Noten 9 f. zu Art. 48 NV; STEPHAN GRUNDMANN (Fn. 3), Noten 20 ff. zu Art. 512 ZGB.

vorgestellt. Die Zeugen bleiben bis nach der Unterzeichnung der Urkunde durch die Parteien, den Notar und die Zeugen im Beurkundungsort anwesend.

b. Stille Selbstlesung durch die Parteien²⁰

Da die ersten Schreibmaschinen um das Jahr 1900 auf den Markt kamen und maschinengeschriebene Dokumente im Geschäftsverkehr ab 1900 die handgeschriebenen Ausfertigungen zu verdrängen begannen, ist davon auszugehen, dass der historische Gesetzgeber von 1912 an ein Beurkundungsverfahren mit einer einzigen maschinengeschriebenen oder von einem Kanzleiangestellten von Hand geschriebenen Urschrift ausging. War das Dokument mit der Maschine geschrieben, so konnten mit Kohlepapier ein bis höchstens drei Durchschläge hergestellt werden. Die Durchschläge hatten schlechtere Qualität. Die Bestimmung von Art. 500 Abs. 1 ZGB²¹, wonach der Notar die Urkunde den Parteien «zu lesen gibt», meinte demgemäss wohl ein Vorgehen, bei dem sich die Parteien entweder gleichzeitig, d. h. nahe nebeneinander sitzend, oder nacheinander über den Entwurf der Urschrift beugten und ihn durchlasen. Anschliessend wurde der Entwurf datiert und unterzeichnet. Dieses Vorgehen wird noch 1989 von HANS MARTI empfohlen²² und entspricht bis heute mancherorts einer eingelebten Praxis. Diese Selbstlesung des Unterzeichnungsexemplares (des Entwurfs der originalen Ersturkunde), welches im Kreis herum von Hand zu Hand weitergegeben werden sollte, bedeutet aber eine derartige Erschwerung des Beurkundungsvorgangs, dass sie nur gerechtfertigt werden könnte, wenn das Austeilen gefälschter Fotokopien durch die Urkundsperson ein ernstzunehmendes Risiko wäre²³. Dieses Risiko besteht nicht.

Der Wortlaut des ZGB verbietet aber nicht, unter «Urkunde» nicht den physischen Entwurf der Urschrift, sondern den *Vertragstext* als geistigen Inhalt zu verstehen, auch wenn er in einer Abschrift dokumentiert ist oder mit einem Projektor an die Wand projiziert oder auf einem Bildschirm vorgezeigt wird. Das Risiko von Missverständnissen und Fälschungen ist bei der Verwendung solcher Behelfe nicht grösser als bei der Vorlesung

20 Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER (Fn. 7), Noten 1907 ff.; CHRISTIAN BRÜCKNER / MATHIAS KÜSTER (Fn. 19), Noten 884 ff.; PETER RUF (Fn. 6), Noten 1538 ff. und 1560 ff.; STEPHAN WOLF / GIAN SANDRO GENNA (Fn. 19), Noten 7 f. zu Art. 48 NV; STEPHAN GRUNDMANN (Fn. 3), Noten 16 ff. zu Art. 512 ZGB.

21 Hier umgesetzt auf den Erbvertrag.

22 Vgl. HANS MARTI, Notariatsprozess (Fn. 11), S. 114.

23 Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER (Fn. 7), Note 1908.

durch den Notar. In allen Fällen muss der Notar gewährleisten, dass Vorlesung, Textkopie oder Projektion wörtlich mit dem Entwurf der Urschrift übereinstimmen, der nach erfolgter Lesung unterzeichnet wird.

Die besagte Auslegung führte in den Kantonen, die in ihren kantonalen Beurkundungsverfahren die stille Selbstlesung für alle Notariatsgeschäfte zulassen, ab dem Aufkommen der elektronischen Fotokopie in den 1960er Jahren zur Praxis, für jede Partei und für den Notar je einen Ausdruck oder eine Fotokopie als Lese-Exemplar zur Verfügung zu stellen, sodass bei Fragen und notariellen Belehrungen alle Beteiligten ein eigenes Exemplar vor Augen hatten.

Ab dem Aufkommen der elektronischen Textverarbeitung, d. h. ca. ab 1980, kamen Drucker in Gebrauch, die den Text mit der gleichen Lasertechnologie und in gleicher Qualität wie elektronische Fotokopierer herstellten, sodass fortan zwischen Ausdruck («Original») und Fotokopie von blossen Auge kaum mehr Unterschiede auszumachen waren. Dies erlaubte es, die vom Notar und den Parteien benutzten Lese-Exemplare als gleichwertig zu betrachten und ein beliebiges Exemplar zu unterzeichnen und zur Urschrift zu machen.

Das Fälschungsrisiko ist bei diesem Vorgehen besonders klein, weil die Parteien ihre Lese-Exemplare mitzunehmen pflegen und deren wörtliche Übereinstimmung mit den notariellen Ausfertigungen kontrollieren können.

Dem Gesagten entspricht ein Vorgehen, bei dem der Notar und die Vertragsparteien zunächst ohne Anwesenheit der Zeugen je einen Ausdruck oder eine Fotokopie des Erbvertragsentwurfs vor sich haben.

Die Parteien lesen den Entwurf unter Benützung ihrer Lese-Exemplare. Beim anschliessenden Unterzeichnungsvorgang können die Zeugen bereits anwesend sein, oder sie können erst nachher hereingerufen werden.

Der Unterzeichnungsvorgang beginnt damit, dass der Notar eines der Lese-Exemplare – normalerweise das während der Lesung vor ihm liegende – eigenhändig datiert (sofern Ort²⁴ und Datum nicht bereits im Ausdruck vorhanden sind). Anschliessend fordert er die Parteien auf, auf dem betreffenden Exemplar zu unterschreiben, und er unterschreibt selber.

Auch wenn die Zeugen schon beim Unterzeichnungsvorgang anwesend sind, sollen die Parteien gegenüber den Zeugen erklären, dass die Urkunde den Vertragswillen der Parteien enthält (wobei unter «Urkunde»

24 Der Ort muss nicht zwingend angegeben werden (vgl. Fn. 14 hiavor).

der in den Lese-Exemplaren dokumentierte Vertrag gemeint ist, was sich aber von selbst versteht und nicht erläutert zu werden braucht). Diese Erklärung kann verbal oder durch Kopfnicken (auf eine entsprechende Frage des Notars) erfolgen. Die Bestimmung von Art. 501 ZGB verlangt diese separate Erklärung zwar in der offensichtlichen Meinung, dass die Zeugen beim Unterzeichnungsvorgang nicht anwesend sind. Es ist aber vorsichtig, die Erklärung auch abgeben zu lassen, wenn die Zeugen beim Unterzeichnungsvorgang anwesend waren. Die Unterlassung einer solchen separaten Erklärung ist aber zweifellos unschädlich, wenn die Zeugen die Unterschriftsleistung der Parteien in persönlicher Anwesenheit wahrgenommen haben.

Die vom Gesetz verlangte Bestätigung der Zeugen, dass sich die Parteien «nach ihrer Wahrnehmung dabei im Zustande der Verfügungsfähigkeit²⁵ befunden» haben, geht davon aus, dass die Zeugen bei offensichtlicher Urteilsunfähigkeit einer Partei die Unterzeichnung der Zeugenerklärung verweigern. Das Gesetz überbürdet den Zeugen aber keine Abklärungen. Wenn sich die Parteien unauffällig verhalten und der Notar keine Zweifel äussert, können die Zeugen die Bestätigung der Verfügungsfähigkeit bedenkenlos unterschreiben.

Wird die Urkunde anhand von ausgeteilten Fotokopien still gelesen, dann dürfen die Verfahrensbeteiligten darauf vertrauen, dass die Urkundsperson Fotokopien des anschliessend zu unterzeichnenden Dokumentes austellt und dass das Kopiergerät des Notars aus einem X nicht ein Y gemacht hat; sie *dürfen* darauf vertrauen, aber sie *müssen* nicht. Die Urkundsperson, deren Wort kraft ihres öffentlichen Glaubens die verstärkte Beweiskraft gemäss Art. 9 ZGB geniesst, braucht nicht notwendigerweise daraufhin kontrolliert zu werden, ob sie den Erschienenen gefälschte Fotokopien unterschoben hat. Wäre eine solche Kontrolle wichtig, so wäre der Sinn der öffentlichen Beurkundung in Frage gestellt²⁶.

Immerhin darf den Verfahrensbeteiligten eine solche Kontrolle nicht verwehrt werden, wenn sie sie ausnahmsweise einmal vorzunehmen wünschen. Sowohl bei der Vorlesung eines einzigen vorhandenen Exemplars durch die Urkundsperson wie auch beim stillen Selbstlesen verteilter Fotokopien muss die Urkundsperson auf Begehren der Anwesenden Einsicht

25 Vgl. ROLAND JEITZINER (Fn. 7), Note 11 zu Art. 501 ZGB; MARTIN LENZ, Praxiskommentar Erbrecht, Basel 2019, Note 5 zu Art. 501 ZGB; GREGOR JOOS (Fn. 8), S. 132 f. und S. 139 ff.

26 Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER (Fn. 7), Note 1909.

in das Unterzeichnungsexemplar geben. Sie muss dabei den Einsichtnehmenden genügend Zeit zur Textkontrolle einräumen. Eine Urkundsperson, welche den Unterzeichnern die Selbstlesung des Unterzeichnungsexemplars verwehrt oder sie dabei irgendwie behindern oder zur Eile drängen wollte, würde sich einer schweren Amtspflichtverletzung schuldig machen. Wie andernorts ist auch bei der Urkundenlesung das generelle Vorhandensein einer Kontrollmöglichkeit wichtiger als die Durchführung der Kontrolle im Einzelfall²⁷.

7. Korrekturen

Werden während der Lesung Fehler festgestellt oder Änderungen gewünscht, so erlaubt die heutige Technik, korrigierte Seiten unverzüglich neu auszudrucken und in der Anzahl der Lese-Exemplare zu verteilen. Die Blätter mit den fehlerhaften Erstfassungen werden zerrissen oder vom Notar eingesammelt und beseitigt. Bei diesem Vorgehen sind die Urschrift und die von den Parteien mitgenommenen Lese-Exemplare saubere Endfassungen ohne handschriftliche Korrekturinträge. Drückt der Notar eine korrigierte Seite nur ein einziges Mal aus (was ebenfalls zulässig ist), so hat er den korrigierten Ausdruck den Parteien reihum zur Kenntnisnahme vorzulegen, und zwar noch vor dem Unterzeichnungsvorgang.

Zu beachten ist, dass ein solcher Austausch von Blättern nur während des laufenden Hauptverfahrens stattfinden darf. Die Parteien müssen Gelegenheit erhalten, die neuen Ausdrücke zu überfliegen und auf ihre Übereinstimmung mit dem korrigierten Erstausdruck zu kontrollieren. Denn bei der im Schlussverbal enthaltenen Erklärung der Parteien, sie hätten die Urkunde gelesen, ist der Vertragstext in jener Version gemeint, den die Parteien unterschreiben. Nach der Beisetzung der Parteiunterschriften dürfen in der Urschrift keine Blätter mehr ausgetauscht werden.

Ergänzend sei noch Folgendes festgehalten: Normalerweise nehmen die Parteien die von ihnen still selber gelesenen Fotokopien mit nach Hause und bewahren sie auf. Erhalten sie später Ausfertigungen der Originalurkunde, so können sie ihre Mitlese-Kopien damit vergleichen und tun das wohl auch zuweilen. Würde die Urkundsperson eine Urschrift mit anderem Text unterzeichnen lassen, als was sie den Parteien in Fotokopie ausgeteilt hat, so wäre die Wahrscheinlichkeit gross, dass das kriminelle Verhalten der Urkundsperson von den Beteiligten aufgedeckt würde. Die

27 Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER (Fn. 7), Note 1910.

Urkundsperson ist also nicht die einzige Garantin der Übereinstimmung von Urschrift und ausgeteilten Fotokopien: Sie kann bei diesem Verfahren viel sorgfältiger kontrolliert werden als bei einer Vorlesung der Urschrift, bei der die Parteien ohne schriftlichen Beleg des Vorgelesenen nach Hause gehen.

V. Auswirkungen auf die bernische Praxis

Gemäss Art. 48 Abs. 1 der bernischen Notariatsverordnung²⁸ kann die Beurkundung von Willenserklärungen auch in den Formen erfolgen, welche das Bundesrecht für öffentliche letztwillige Verfügungen und Erbverträge vorsieht («ZGB-Verfahren»). Es handelt sich um kantonales Verfahrensrecht im Kleid des ZGB-Verfahrens²⁹.

Wird beispielsweise ein umfangreicher Grundstückskaufvertrag im ZGB-Verfahren des Erbvertrags (mit Selbstlesung durch die Vertragsparteien) beurkundet, so sind die hiervor erwähnten Grundsätze hinsichtlich der Selbstlesung und Unterzeichnung anwendbar.

Bei der Beurkundung von Erbverträgen sowie beim ZGB-Verfahren als alternatives kantonales Verfahren können die Parteien den Vertrag als Mitlese-Kopie wahrnehmen. Der Notar behält bei sich die gleich lautende Original-Urkunde (Urschrift). Nach der Lesung der Mitlese-Kopien durch die Vertragsparteien werden die Zeugen beigezogen. Die Vertragsparteien unterzeichnen sodann die Urschrift. Anschliessend unterzeichnet der Notar die Urschrift.

Eine notarielle Beglaubigung der ausgeteilten Mitlese-Kopien hätte keinen Sinn. Es wäre eine nutzlose Erschwerung und Verteuerung des Verfahrens und beim Austauschen von Blättern während des laufenden Beurkundungsvorgangs nicht innert nützlicher Frist machbar. Dass Fotokopierapparate die Vorlage richtig wiedergeben, ist eine technische Selbstverständlichkeit. Dass der Notar den Anwesenden andere Lese-Exemplare vorlegt, als was er am Schluss unterzeichnen lässt, ist wegen der Strafbarkeit des Vorgehens derart unwahrscheinlich, dass niemand daran zu denken braucht. Der Notar, als Urkundsperson und Träger hoheitlicher Befugnisse, ist Garant für den ordnungsgemässen Ablauf des Beurkundungsverfahrens.

²⁸ Vgl. BSG 169.112.

²⁹ Vgl. MARTIN BICHSEL/ROLAND PFÄFFLI (Fn. 6), BN 2020, S. 370.

Die Unterscheidung zwischen «Original» und «Kopien» spielt auch keine Rolle für die Frage, welches der vorhandenen Exemplare zur Urschrift werden solle. Urschrift oder Original-Urkunde ist jenes Exemplar, das von den Parteien und dem Notar unterschrieben wird. Ob dieses Exemplar ein Ausdruck, die Fotokopie eines Ausdrucks oder die Fotokopie einer Fotokopie ist, spielt keine Rolle. Unerheblich ist auch, ob dieses Exemplar während der stillen Selbstlesung vor dem Notar oder vor einem der übrigen Anwesenden auf dem Tisch lag.

Hinweis für den Notar: Wenn der Notar das Selbstleseverfahren wählt und die Zeugen draussen warten lässt, soll er nicht vorlesen, auch nicht auszugsweise oder in summarischer Zusammenfassung, sondern soll schweigend warten, bis die Vertragsparteien zu verstehen geben, sie seien mit der Lesung fertig. Dann werden die Zeugen hereingebeten. Wenn der Notar nämlich in Abwesenheit der Zeugen Teile der Urkunde oder die ganze Urkunde vorliest oder rekapituliert, während gleichzeitig die Vertragsparteien ihre Lese-Exemplare selber lesen, entsteht Rechtsunsicherheit. Eine solche Kombination leistet einer späteren Vertragsanfechtung Vorschub, indem eine vertragsreue Partei später behaupten mag, der Notar habe in Abwesenheit der Zeugen vorgelesen und die Lesung der Parteien sei bloss ein unkonzentriertes Mitlesen gewesen, was laut Bundesgericht ein Formfehler mit Nichtigkeitsfolge ist.

Vorsicht: Wenn der Notar bei der Beurkundung eines Erbvertrags oder Testaments den Vertragsparteien Lese-Exemplare austeilte, muss er bewusst darauf achten, entweder das Vorlesungs- oder das Selbstleseverfahren konsequent durchzuziehen und nicht mit einer Kombination beider Verfahren Rechtsunsicherheit zu schaffen.

Das bedeutet konkret: Wenn der Notar das Vorlesungsverfahren wählt und die Vertragsparteien der Vorlesung in ihren Lese-Exemplaren mit den Augen folgen (was das normale Verhalten ist, wenn jemand ein Lese-Exemplar vor sich hat), so muss der Notar deutlich machen, dass die Vorlesung jetzt **das Wesentliche** ist und die Parteien ihm zuhören sollen. Sie können selbstverständlich in ihren Lese-Exemplaren mitlesen (zu dem Zweck hat der Notar die Lese-Exemplare ja ausgeteilt; hören und sehen ist besser als bloss hören). Aber dieses Mitlesen ist keine stille Selbstlesung im Sinne des Gesetzes. Da die Vorlesung das Wesentliche ist, müssen die Zeugen während der ganzen Vorlesung anwesend sein und dies in der Zeugenerklärung ausdrücklich bestätigen.