

MOTION VON HEINZ TÄNNLER UND HANS DURRER
BETREFFEND BEURKUNDUNGSKOMPETENZ FÜR NOTARE
UND DAS GRUNDBUCHAMT
(VORLAGE NR. 939.1 - 10656)

BERICHT UND ANTRAG DES REGIERUNGSRATES

VOM 3. DEZEMBER 2002

Sehr geehrter Herr Präsident

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Kantonsräte Heinz Tännler, Steinhausen, und Hans Durrer, Zug, haben am 7. August 2001 folgende Motion (Vorlage Nr. 939.1 - 10656) eingereicht:

Der Regierungsrat wird beauftragt zur Schaffung der gesetzlichen Grundlage, wonach freiberufliche Notare des Kantons Zug sowie das Grundbuchamt des Kantons Zug bzw. der Grundbuchverwalter und sein Stellvertreter befugt werden, nebst der bisherigen Beurkundungskompetenz sämtliche sachenrechtlichen Geschäfte, gleich wie die Gemeindeschreiber, zu beurkunden.

Zur Begründung ihres Vorstosses machen die Motionäre Folgendes geltend:

1. Die Gemeindeschreiber hätten gemäss dem geltenden Beurkundungsgesetz die volle Beurkundungsbefugnis, während die Rechtsanwälte bzw. die freiberuflichen Notare des Kantons Zug nur die in diesem Gesetz aufgeführten Fälle und damit keine sachenrechtlichen Geschäfte beurkunden dürften. Die Gemeindeschreiber, die im Normalfall keine Juristen sind, dürften demnach alle Vorgänge im Gesellschaftsrecht, Zivilrecht und Sachenrecht beurkunden, während im Kanton Zug freiberufliche Notare, die zwingend auch Rechtsanwälte mit juristischer Ausbildung sind, lediglich Vorgänge aus dem Gesellschafts- und Zivilrecht beurkunden dürfen. Diese Einschränkung der Beurkundungsbefugnis sei nicht mehr zeitgerecht und habe nur noch traditionellen Charakter. Tatsache

sei, dass heute im Vergleich zu früher erheblich mehr sachenrechtliche Geschäfte anfallen würden, die infolge Kundennähe grösstenteils durch Rechtsanwälte vorbereitet und dem entsprechenden Gemeindeschreiber lediglich noch zur Beurkundung eingereicht würden. Es frage sich deshalb, weshalb die freiberuflichen Notare diese Geschäfte nicht auch beurkunden dürfen. Das Argument, die Gemeinden müssten Übersicht in ihren Grundbüchern bewahren, weshalb die Beurkundung von sachenrechtlichen Vorgängen bei den Gemeindeschreibern bleiben müsse, gehe an der Sache vorbei. Sämtliche Grundbücher würden nämlich zentral vom kantonalen Grundbuchamt verwaltet, und das Grundbuchamt erhalte nur dann Kenntnis von einem sachenrechtlichen Vorgang, wenn ihm der zuständige Gemeindeschreiber die entsprechende Urkunde zustelle. Dass diese Zustellung auch ein freiberuflicher Notar tätigen könne, bedürfe keiner Erläuterung.

Die geltende Einschränkung in der Beurkundungsbefugnis stelle möglicherweise einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der freiberuflichen Notare dar. Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit müssten auf gesetzlichen Grundlagen basieren, verhältnismässig und von öffentlichem Interesse sein. Die gesetzliche Grundlage sei mit dem Beurkundungsgesetz vorhanden. Inwieweit jedoch die Verhältnismässigkeit und das öffentliche Interesse gegeben sind, sei mehr als fraglich, zumal andere Kantone wie beispielsweise Schwyz, Luzern oder Aargau, auch den freiberuflichen Notaren die volle Beurkundungsbefugnis zuerkennen würden.

Um die Beurkundungsqualität zu garantieren, müsste vorgesehen werden, dass freiberufliche Notare zur Erlangung der vollen Beurkundungsfähigkeit eine entsprechende Prüfung abzulegen hätten.

2. Das Grundbuchamt habe heute in sachenrechtlicher Hinsicht nur eine beschränkte Beurkundungsbefugnis (z.B. Begründung von Stockwerkeigentum, Beurkundung von Dienstbarkeitsverträgen; nicht aber Beurkundung von Liegenschaftskaufverträgen). Es sei vor dem Hintergrund der Fachkompetenz des Grundbuchverwalters und seines Stellvertreters nicht nachvollziehbar, weshalb dem Grundbuchamt bezüglich den sachenrechtlichen Geschäften nicht die volle Beurkundungsbefugnis zukommt. Ferner müsse das Grundbuchamt die von den Gemeindeschreibern eingereichten beurkundeten sachenrechtlichen Geschäfte auf deren Richtigkeit überprüfen. Im Weiteren sei nicht

unerheblich zu wissen, dass viele sachenrechtliche Geschäfte durch das Grundbuchamt vorgeprüft würden. Es sei deshalb nicht einzusehen, weshalb dem Grundbuchamt bzw. dem Grundbuchverwalter und seinem Stellvertreter die vollumfängliche Beurkundungsbefugnis in sachenrechtlichen Geschäften nicht ebenso zukommen solle.

Der Kantonsrat hat die Motion am 30. August 2001 dem Regierungsrat zur Berichterstattung und Antragstellung überwiesen. Wir erstatten Ihnen dazu den nachstehenden Bericht.

1. Ausgangslage

Gemäss Artikel 55 SchIT/ZGB haben die Kantone zu bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet öffentliche Urkunden hergestellt werden. Das kantonale Recht muss festlegen, wer auf dem Kantonsgebiet zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde sachlich zuständig und wie dabei zu verfahren ist. Bezüglich der Zulassung der Urkundspersonen zur Berufsausübung und der Umschreibung ihrer sachlichen Zuständigkeit wird die Gesetzgebungskompetenz der Kantone durch Bundesrecht nicht beschränkt. Die Kantone sind deshalb in der Ausgestaltung der entsprechenden Regelung weitgehend frei. Sie haben lediglich den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen von Art. 4 BV zu genügen.

Im Kanton Zug ist die Beurkundungsbefugnis im Gesetz über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen vom 3. Juni 1946 (Beurkundungsgesetz; BGS 223.1) geregelt. Als Urkundspersonen bzw. Notare im Sinne von § 1 Beurkundungsgesetz wirken neben den Gemeindeschreiberinnen und Gemeindeschreibern sowie deren Stellvertreterinnen und Stellvertretern, der Grundbuchverwalter und dessen Stellvertreter sowie die zur öffentlichen Beurkundung ermächtigten Rechtsanwälte. Die gemeindlichen Urkundspersonen sind - soweit sie das zugerische Anwaltspatent oder ein gleichwertiges Patent auf dem Gebiete des Beurkundungsrechts besitzen oder sich gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde in einer Prüfung über hinreichende theoretische und praktische Kenntnisse im Beurkundungsrecht ausgewiesen haben - für alle öffentlichen Beurkundungen in Zivilsachen sachlich zuständig. Demgegenüber ist die sachliche Zuständigkeit der von der zuständigen Aufsichtsbehörde zur öffentlichen Beurkundung ermächtigten

Rechtsanwälte beschränkt. Diese sind insbesondere nicht befugt, Verträge über dingliche Rechte an Grundstücken öffentlich zu beurkunden (§ 7 Beurkundungsgesetz). Eine vergleichsweise weniger weit reichende Beschränkung sieht das geltende Recht bezüglich der Beurkundungsbefugnis des Grundbuchverwalters und dessen Stellvertreter vor. Diese sind zur öffentlichen Beurkundung von Verträgen über dingliche Rechte zuständig und dies, im Unterschied zu den gemeindlichen Urkundspersonen, deren Befugnis zur Beurkundung von Verträgen über dingliche Rechte sich auf die in ihrer Gemeinde gelegenen Grundstücke erstreckt (§ 4 Abs. 2 Beurkundungsgesetz), unabhängig davon, in welcher Gemeinde das fragliche Grundstück liegt. Die Beurkundung von Verträgen auf Eigentumsübertragung dürfen sie jedoch nur ausnahmsweise vornehmen, sofern sie im einzelnen Fall vom Gemeindepräsidenten der Gemeinde, deren Gemeindeschreiber zur Beurkundung sachlich zuständig wäre, hiezu schriftlich ermächtigt werden (§ 6 Abs. 2). Die gleiche Beurkundungsbefugnis steht während der Dauer der Bereinigung auch dem Bereinigungsbeamten zu (§ 6 Abs. 1 Beurkundungsgesetz).

Die geltende Organisation des Beurkundungswesens im Kanton Zug und die bestehenden sachlichen Zuständigkeiten sind historisch bedingt. Vor Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuches war das Institut der öffentlichen Beurkundung im Kanton Zug nicht bekannt. Hinsichtlich der Kaufverträge erfolgte die sog. Ratifikation, d.h. die Genehmigung derselben durch die Einwohnerräte. Mit dem Erlass des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch vom 17. August 1911 wurden zunächst die Einwohnerschreiber mit der Funktion der öffentlichen Beurkundung in Zivilsachen betraut. Die sachliche Zuständigkeit des Grundbuchverwalters und der praktizierenden Rechtsanwälte erfuhr mit der Schaffung des heute geltenden Beurkundungsgesetzes im Jahre 1946 eine Ausdehnung. Die Idee, auch den Rechtsanwälten die volle Beurkundungsbefugnis zu erteilen, stiess damals bei den Gemeinden auf heftigen Widerstand. Diese traten - wie den Gesetzesmaterialien zu entnehmen ist - dafür ein, dass die Beurkundung der Kaufverträge weiterhin allein von der Einwohnerkanzlei am Ort der gelegenen Sache vorgenommen werden kann. Diese Lösung sollte verhindern, dass den Gemeinden die Kontrolle über die Handänderungen entgleitet, der Gebührenertrag geschmälert und der Gebührenbezug komplizierter wird. Die alleinige Zuständigkeit einer einzigen Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache zur öffentlichen Beurkundung sowie deren Anmeldebefugnis zur Eintragung im Grundbuch wurden zudem als wirksame Voraussetzungen betrachtet, um die mehrfache Veräusserung des gleichen Grundstücks auszuschliessen. Neben fiskalischen Interessen wurde die geltende Regelung somit auch mit der Rechts-

sicherheit begründet. Schliesslich ist die geltende Regelung der Zuständigkeiten im Beurkundungswesen auch von der Vorstellung geprägt, dass der Staat der beste Garant für die Unparteilichkeit und Unbefangenheit der Urkundspersonen sei.

2. Rechtsvergleichung

Ein Vergleich mit den Regelungen anderer Kantone zeigt, dass ganz unterschiedliche Lösungen existieren. Viele Kantone kennen das freiberufliche Notariat, wobei die Kantone mit teilweisem oder vorwiegendem Anwalts-Notariat (LU, AG, UR, OW, ZG, SO, GL, BS, SG, GR, TI, VS, JU) in der Mehrzahl, die Kantone mit ausschliesslichem oder vorwiegendem Nur-Notariat (BE, FR, VD, GE) in der Minderzahl sind. Über ein eigentliches Amtsnotariat verfügen die Kantone ZH, SH, AR, AI, und TG, während die Kantone LU, BL, OW, NW, SZ, ZG, SO, SG, GR, AG und NE sowohl Amtsnotare als auch freiberufliche Anwalts-Notare kennen. Verträge über dingliche Rechte an Grundstücken können von Anwalts-Notaren in den Kantonen UR, LU, AG, BS und NW öffentlich beurkundet werden. Im Kanton Wallis hat eine ausserparlamentarische Kommission kürzlich die gesetzliche Verankerung einer Unvereinbarkeit des Anwaltsberufes mit der Notariatstätigkeit vorgeschlagen (NZZ vom 20.11.2000). Auf internationaler Ebene wiederum macht sich die World Trade Organisation, deren Mitglied auch die Schweiz ist, Gedanken über die Liberalisierung von Rechtsdienstleistungen. Von der Liberalisierungstendenz dürften über kurz oder lang auch notarielle Dienstleistungen erfasst werden.

Im Verlauf der vergangenen Jahre ist wiederholt der Versuch unternommen worden, die Vorzüge und Nachteile von Amtsnotariat, freiberuflichem Anwalts-Notariat und reinem Notariat aufzuzeigen und miteinander zu vergleichen. In Lehre und Praxis geht man davon aus, dass die verschiedenen Formen grundsätzlich als gleichwertig zu betrachten sind.

Vom freiberuflichen Notariat wird mitunter gesagt, dass es, wenn pro Kopf der Bevölkerung relativ zahlreiche Urkundspersonen vorhanden sind, für sich den Vorteil der rascheren und flexibleren Dienstleistung in Anspruch nehmen könne. Als weitere Vorzüge werden die akademische Ausbildung und die anwaltliche Erfahrung bei der Erbringung notarieller Beratung und Formulierung genannt. Bei einer allzu grossen Zahl von (freiberuflichen) Urkundspersonen falle andererseits der Nachteil mangelnder notarieller Erfahrung im Einzelfall ins Gewicht, zumal das Leistungsangebot frei

beruflich tätiger Urkundspersonen in der Regel breiter ist als dasjenige der staatlichen. Zwecks Verminderung der Zahl der Urkundspersonen hat der Kanton Luzern die Befugnis der Anwaltsnotare zur öffentlichen Beurkundung von der Führung eines eigenen Büros oder der ständigen Tätigkeit in einem solchen abhängig gemacht.

Als Vorzüge des Amtsnotariates wird mitunter die etwas grössere Standfestigkeit gegenüber den Wünschen der Klientschaft angeführt. Staatliche Amtsnotare gelten - mit anderen Worten ausgedrückt - als etwas unabhängiger gegenüber marktmächtigen Nachfragern notarieller Dienstleistungen als ihre freiberuflichen Kollegen. Diesem Vorteil steht - in umgekehrter Richtung - die Tendenz der Amtsnotare zu Schematisierungen gegenüber, die von der Klientschaft als unnötig oder nachteilig empfunden werden kann. Da einem Grossteil der notariellen Tätigkeit etwas Schablonen- und Routinehaftes eigen ist, bedarf es nach Auffassung von Befürwortern dieses Systems nicht zwangsläufig einer akademischen Ausbildung um die notarielle Formulierungs- und Belehrungsfunktion einwandfrei und professionell wahrnehmen zu können. Mit Bezug auf das Publikum ist folgende Wirkung des Amts- bzw. Anwaltsnotariats feststellbar: Während das Publikum im Nur-Notar den jederzeit Unparteilichen erblickt, nimmt es beim Anwaltsnotar in Kauf, dass sich die Urkundsperson ausserhalb ihrer Beurkundungstätigkeit wie ein Anwalt, also parteilich bzw. interessewährend verhält. Die Unabhängigkeit ist beim Amtsnotariat primär eine Forderung an die Behördenorganisation, beim freiberuflichen Notariat eine Bedingung für die Verleihung der Beurkundungsbefugnis. Je mehr Bedeutung man dem Erfordernis der Unabhängigkeit beimisst, desto zwingender ist der Verzicht der Urkundsperson auf Nebenbeschäftigungen, welche generelle Befangenheitsrisiken mit sich bringen. Der individuellen Befangenheit wegen besonderer Nähe zu einem bestimmten Beurkundungsgegenstand braucht indessen nicht auf der Ebene der Berufszulassung oder der Zuständigkeit begegnet zu werden. Es kann ihr auf derjenigen der Ausstands- oder Standesregeln Rechnung getragen werden. Gemäss Art. 13 der Standesregeln des Verbandes bernischen Notare lehnt der Notar ein Geschäft in der Regel ab, wenn er in der gleichen Sache als Anwalt tätig geworden ist.

3. Regelung der Beurkundungsbefugnis de lege ferenda

Angesichts der Tatsache, dass die verschiedenen Formen des Notariats grundsätzlich gleichwertig sind, erachtet der Regierungsrat das Gegenstand der Motion bilden

de Anliegen als berechtigt. Er steht denn auch einer Liberalisierung der heute geltenden Regelung grundsätzlich positiv gegenüber. Die gesetzliche Neuordnung des Beurkundungswesens stellt indessen primär eine politische Grundsatzfrage dar. Sie ist im Rahmen der Totalrevision des Beurkundungsgesetzes nach einer vertieften Prüfung der denkbaren Modelle zu entscheiden. Dabei werden neben rechtlichen Gesichtspunkten, die für oder gegen eine Reorganisation des Beurkundungswesens in die eine oder andere Richtung sprechen, insbesondere auch tatsächliche Gegebenheiten zu berücksichtigen sein. Zum einen die Tatsache, dass heute ein erheblicher Teil sachenrechtlicher Geschäfte durch Rechtsanwälte vorbereitet werden, zum anderen der Umstand, dass viele sachenrechtliche Geschäfte dem Grundbuchverwalter und dessen Stellvertreter zur Vorprüfung eingereicht werden. Das mit der Motion anvisierte Ziel wird auch unter Berücksichtigung des noch umfassenderen Projekts der Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinden beurteilt werden müssen, welches als Kriterien für die Aufgabenneuverteilung die Subsidiarität bzw. Stärkung der Gemeindeautonomie, die Rechtssicherheit und die Rechtsgleichheit, die Wirtschaftlichkeit und die Kostenneutralität für massgebend erklärt, das aber auch die Entlastung des Gemeinwesens von Staatsaufgaben als notwendige bzw. zweckmässige Optimierungsmassnahme zur finanziellen Entlastung der öffentlichen Haushalte als unerlässlich bezeichnet. Kaum beeinflusst werden dürfte die Erweiterung der sachlichen Zuständigkeit der Advokaten hingegen vom Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit. Die Vornahme öffentlicher Beurkundungen ist eine staatliche Aufgabe. Die einem Notar durch den Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis hat den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion, die nach unbestrittener Auffassung nicht unter dem Schutz von Art. 27 BV steht, welche Bestimmung nur die private Erwerbstätigkeit schützt. Selbst in Kantonen mit freiberuflichem Notariat können sich die Notare deshalb im Rahmen ihrer Notariatstätigkeit nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen.

Wegleitend bei der Neuregelung der Zuständigkeiten im Beurkundungswesen muss nach Auffassung des Regierungsrates vor diesem Hintergrund die Tatsache sein, dass mit der öffentlichen Beurkundung eine Urkunde öffentlichen Glaubens hergestellt wird. Deren Wesensmerkmal besteht in der bis zum Beweis des Gegenteils vermuteten Richtigkeit der durch sie bezeugten Tatsachen (Art. 9 ZGB). Diese Glaubwürdigkeit einer öffentlichen Urkunde stellt ein Qualitätsmerkmal dar sowie eine Qualitätsvoraussetzung für den gesetzlich vorgesehenen Gutgläubensschutz. Gefordert sind somit beurkundungsrechtliche Rahmenbedingungen, welche sicherstellen, dass der von einer öffentlichen Urkunde ausgehende Rechtsschein der

Rechtswirklichkeit entspricht. Im Zentrum der Diskussion über die Neuordnung des Beurkundungswesens darf nach dem Gesagten nicht die Wahl eines bestimmten Notariatsystems stehen. Der Akzent ist vielmehr auf die professionelle Qualität der Beurkundungstätigkeit (Rechtsgestaltungs- und Formulierungstätigkeit sowie notarielle Belehrung) und der Urkundenqualität zu setzen, die eben nicht systembedingt sind, sondern massgeblich von der Ausbildung und - mehr noch - von der individuellen praktischen Berufserfahrung der jeweiligen Urkundsperson abhängen. Von einer Urkundsperson - verfüge sie über eine umfassende juristische oder aber über eine nichtakademische Ausbildung - die täglich Urkunden erstellt, kann mehr Erfahrung erwartet werden als von einer Urkundsperson, welche nur selten notariell zum Zuge kommt. Derjenige, der öffentliche Urkunden erstellen will, muss in der Lage sein, anspruchsvolle Urkunden zu erstellen. Die Zulassung von Advokaten zur öffentlichen Beurkundung sachenrechtlicher Geschäfte setzt nach Auffassung des Regierungsrates eine im Vergleich zu heute umfassendere, das Beurkundungs- und Grundbuchrecht einschliessende praktische Ausbildung im Rahmen eines notariellen Praktikums nach der Art voraus, wie es auch in anderen Kantonen üblich ist, mit anschließender Prüfung im Sachbereich. Das Erfordernis einer erweiterten Beurkundungsprüfung für Advokaten, welche sich nicht mit der heutigen, beschränkten Beurkundungsbefugnis begnügen wollen, sondern den Erwerb der umfassenden Beurkundungsbefugnis anstreben, soll zum Schutze des Publikums sicherstellen, dass nur Personen in diesem Bereich tätig werden, welche die erforderlichen Fachkenntnisse aufweisen. Nur unter solchen im Vergleich zu heute wesentlich strengeren Rahmenbedingungen erachtet der Regierungsrat eine Liberalisierung der heutigen Regelung als vertretbar und zeitgemäss.

4. Übergangsrechtliche Regelung

Wird de lege ferenda die bisher nicht gegebene Zuständigkeit der Advokaten zur öffentlichen Beurkundung sachenrechtlicher Geschäfte unter bestimmten Voraussetzungen erweitert, dann sind auch übergangsrechtliche Fragen zu beantworten. Aus dem Erfordernis eines notariellen Praktikums und einer erweiterten Beurkundungsprüfung für den Erwerb der umfassenden notariellen Beurkundungsbefugnis ergibt sich die Notwendigkeit einer Ungleichbehandlung bei der Zulassung, die sachlich unumgänglich und mit Art. 4 BV vereinbar ist. Sollen de lege ferenda auch die Advokaten zur Beurkundung sämtlicher Rechtsgeschäfte zuständig sein, so bedeutet dies, dass die bisher praktizierenden Advokaten, welchen gemäss geltendem Recht nur

die eingeschränkte Beurkundungsbefugnis zusteht, auch nach dem Inkrafttreten der revidierten Regelung nur über die kleine Beurkundungsbefugnis verfügen werden. Aus Art. 4 Abs. 1 BV ergibt sich kein Anspruch der bisher praktizierenden Rechtsanwälte zur Ausübung des erweiterten Notariats unter erleichterten Bedingungen, d.h. ohne Absolvierung einer erweiterten Beurkundungsprüfung, die auch die öffentliche Beurkundung von sachenrechtlichen Rechtsgeschäften umfasst. Das Prinzip der Gleichbehandlung lässt einen derartigen Bestandesschutz nach herrschender Auffassung nicht zu.

5. Zusammenfassung und Antrag

Zusammenfassend stellt der Regierungsrat fest, dass er einer Liberalisierung der heute geltenden Regelung in dem von den Motionären beantragten Sinne unter Vorbehalt strenger Zulassungsvoraussetzungen zwecks Sicherung der professionellen Qualität der Beurkundungstätigkeit bzw. der öffentlichen Urkunden positiv gegenüber steht.

Gestützt darauf stellen wir Ihnen den **A n t r a g** , die Motion sei im Rahmen von Ziffer 5 erheblich zu erklären.

Zug, 3. Dezember 2002

Mit vorzüglicher Hochachtung

REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZUG

Der Landammann: Hanspeter Uster

Der Landschreiber: Tino Jorio

10

939.2 - 11044

330/sk