



Notarielle Beglaubigungen

MARTIN BERWEGER*



BRUNO MAHLER**



LORIS BAUMGARTNER***

Die notarielle Beglaubigung ist ein beurkundungsrechtlicher Vorgang, welcher in Lehre und Rechtsprechung bisher kaum thematisiert worden ist. Dabei bieten Beglaubigungen spannende Anwendungsmöglichkeiten und mit dem technologischen Fortschritt sowie der Digitalisierung sind neue Formen hinzugekommen. Dieser Grundlagenbeitrag legt dar, dass die Beglaubigung eine Unterform der öffentlichen Beurkundung und damit ein bundesrechtlicher Begriff ist. Ausserdem werden neue Formen der Beglaubigung untersucht. Schliesslich wird das Beglaubigungsverfahren erörtert, einschliesslich der Unparteilichkeit des Notars, der Zuständigkeit und der Folgen von Verfahrensmängeln. Abschliessend wird untersucht, ob und inwieweit sich Beglaubigungen als Alternative zur vorsorglichen Beweisabnahme eignen können.

La légalisation notariale est un processus du droit des actes authentiques qui n'a, jusqu'à présent, guère été abordé dans la doctrine et la jurisprudence. Les légalisations offrent pourtant des possibilités d'application passionnantes et le progrès technologique et la numérisation ont fait apparaître de nouvelles formes. Cette étude de fond démontre que la légalisation est une sous-forme de l'acte authentique et donc une notion relevant du droit fédéral. En outre, de nouvelles formes de légalisation sont examinées. Enfin, la procédure de légalisation est discutée, y compris l'impartialité du notaire ainsi que la compétence et les conséquences des vices de procédure. Pour conclure, il est examiné si et dans quelle mesure les légalisations peuvent constituer une alternative à l'administration de la preuve à futur.

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Beglaubigungen
 - A. Begriff und Gegenstand
 - 1. Bundesrechtlicher Begriff
 - 2. Rechtserhebliche Tatsachen
 - 3. Objektiv und leicht überprüfbare Tatsachen
 - B. Formen und kantonale Besonderheiten
 - 1. Klassische Formen der Beglaubigung
 - 2. Beglaubigung einer Übersetzung
 - 3. Eidesstaatliche Erklärungen
 - 4. Elektronische Beurkundung und Beglaubigung
 - 5. Konformitätsbeglaubigung der Statuten juristischer Personen
 - C. Beweiskraft
 - D. Verfahren
 - 1. Unparteilichkeit und Ausstand
 - 2. Örtliche Zuständigkeit

- 3. Beglaubigungsverbal
- 4. Die mangelhafte Beglaubigung
- E. Verwendung von Beglaubigungen in einem Gerichtsverfahren
- III. Fazit

I. Ausgangslage

Die notarielle Beglaubigung stellt in der Praxis eine der häufigsten Formen der öffentlichen Beurkundung dar. Trotzdem findet die Beglaubigung im Schrifttum und in der Rechtsprechung nur wenig Beachtung. Dies liegt mitunter daran, dass Beglaubigungen als einfach betrachtet werden und das Beglaubigungsverfahren massgeblich in den Bereich des kantonalen Rechts fällt, womit regionale Unterschiede bestehen. Zudem kodifizieren die meisten kantonalen Beurkundungs- und Notariatsgesetze nur die häufigsten Beglaubigungsformen, nämlich die Beglaubigung der Unterschrift und jene der Kopie.

* MARTIN BERWEGER, M.A. HSG in Law, M.A. HSG in Accounting and Finance, Rechtsanwalt und Notar des Kantons Zug, Wenger & Vieli AG, Zug.

** BRUNO MAHLER, MLaw, Substitut, Wenger & Vieli AG, Zug.

*** LORIS BAUMGARTNER, MLaw, Substitut, Wenger & Vieli AG, Zug.

Die Praxis und der technologische Fortschritt erfordern jedoch ein umfassenderes Verständnis der Beglaubigungen. Auch der Bund wurde rechtsetzend tätig und hat am 23. September 2011 die Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung erlassen (aEÖBV).¹ Die aEÖBV wurde mit Erlass der Verordnung vom 8. Dezember 2017 über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV)² ersetzt. Die EÖBV bewirkt erhebliche Änderungen betreffend die Formen und das Verfahren der Beglaubigung. Dieser Beitrag bezweckt, die bestehende Rechtsunsicherheit aufzunehmen und die angepassten Bedürfnisse des Rechtsverkehrs an die Beglaubigungen vor dem Hintergrund des technologischen Fortschritts und der neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen zu analysieren. Sodann werden diverse praxisrelevante Aspekte des Beglaubigungsverfahrens besprochen.

II. Beglaubigungen

A. Begriff und Gegenstand

1. Bundesrechtlicher Begriff

Die Beglaubigung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher und objektiv überprüfbarer Tatsachen durch eine Urkundsperson im Beglaubigungsverfahren. Die Beglaubigung ist ein bundesrechtlicher Begriff. Sowohl die Handelsregisterverordnung (HRegV)³ wie auch die EÖBV enthalten den Begriff der Beglaubigung. Zudem beurteilt sich nach heute einhelliger Lehre und Rechtsprechung nach Bundesrecht, was unter einer öffentlichen Beurkundung zu verstehen ist.⁴ Da es sich bei der Beglaubigung um eine Unterform der öffentlichen Beurkundung handelt, ist auch die Beglaubigung ein bundesrechtlicher Begriff.⁵ Deshalb wird der Mindestgegenstand der Beglaubigungen durch das Bundesrecht vorgegeben. Von Bundesrechts wegen muss deshalb z.B. in jedem Kanton eine Unterschrift beglaubigt werden können. Dem kan-

tonalen Recht bleibt es jedoch vorbehalten, zusätzliche Sonderformen wie beispielsweise die Richtigkeit einer Übersetzung der Beglaubigung zugänglich zu machen (vgl. unten II.B.2.). Vom kantonalen Recht festgelegt wird zudem, wer als Urkundsperson zugelassen ist, in welcher Form die Beglaubigung erfolgt und wie das Beglaubigungsverfahren abläuft, wobei hierfür bundesrechtliche Mindestanforderungen einzuhalten sind.⁶

2. Rechtserhebliche Tatsachen

Die Beglaubigung ist eine Unterform der öffentlichen Beurkundung. Das Bundesgericht definiert die öffentliche Beurkundung als 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».⁷ Beglaubigungen haben dabei nur rechtserhebliche Tatsachen zum Gegenstand, nicht hingegen rechtsgeschäftliche Erklärungen.⁸ Wird eine Unterschrift unter einem Vertrag beglaubigt, so bezieht sich die Beglaubigung nur auf die Tatsache, dass die Unterschrift von der angegebenen Person stammt, nicht jedoch auf den Vertragsinhalt und damit die rechtsgeschäftliche Erklärung.⁹ Ebenso bezieht sich die Unterschriftsbeglaubigung nicht auf eine allfällige Vertretungsmacht oder -befugnis des Unterzeichners. Bei Kopien, Auszügen und Abschriften bezeugt die Urkundsperson die Tatsache, dass sie dem Original getreu sind.

Was als rechtserhebliche Tatsache gilt, ergibt sich aus dem Bundesrecht.¹⁰ Als Tatsachen gelten statische Zustände, nicht jedoch mehrstufige Abläufe oder sich

¹ Verordnung vom 23. September 2011 über die elektronische öffentliche Beurkundung (EÖBV; SR 943.033).

² Verordnung vom 8. Dezember 2017 über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBV; SR 211.435.1).

³ Siehe z.B. Art. 12a, Art. 18 Abs. 2 und Art. 22 Abs. 4 HRegV.

⁴ BGE 90 II 274 E. 8; BGE 99 II 159 E. 2a; BGR, 6B_530/2008, 8.1.2009, E. 3.1; HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBGR 1988, 228 ff., 230 ff. Anders noch BGE 57 II 147.

⁵ Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 3220 ff.

⁶ BGE 99 II 159 E. 2a; siehe auch Art. 55 SchlT ZGB, wonach die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung hergestellt wird.

⁷ BGE 99 II 159 E. 2a. Eine ähnliche Definition verwendet der Vorwurf zur Änderung des ZGB (Öffentliche Beurkundung): «Eine öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtsgeschäftlicher oder prozessrechtlicher Erklärungen oder rechtserheblicher Tatsachen in einem Dokument durch eine dazu örtlich und sachlich zuständige Urkundsperson in einer vorgeschriebenen Form und in einem vorgeschriebenen Verfahren» (VE Art. 55 SchlT ZGB).

⁸ A.M. BRÜCKNER (FN 5), N 3220, welcher Beglaubigen im engeren Sinne als Mitbezeugen betrachtet, wonach der Urkundenleser die in der Urkunde enthaltene Drittaussage in gleicher Weise glauben soll, wie wenn sie von der Urkundsperson selbst stammte. Die beglaubigende Urkundsperson verschaffe einem Dritten für dessen Aussage den öffentlichen Glauben.

⁹ THIERRY SCHNYDER/FLURINA MARIA STEINER/FABIENNE MURMANN/DEBORAH GUNTERN VOLKEN/SAMIRA STOFFEL, Der Notar im Kanton Wallis, Bern 2018, 271.

¹⁰ Siehe zum Tatsachenbegriff ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2019, § 18 N 3.

verändernde Umstände. Keine Tatsachen sind zudem Rechtsfolgen wie beispielsweise die Erbenstellung oder die Zeichnungsberechtigung einer Person, weshalb diese ohne besondere Rechtsgrundlage nicht beglaubigt werden können. Im Gegensatz dazu stehen die übrigen Beurkundungen, bei denen sich das notarielle Zeugnis nicht nur im Vorhandensein von Tatsachen erschöpft, sondern stets damit zusammenhängende Rechtsverhältnisse umfasst.¹¹ Die Anforderung der Rechtserheblichkeit der Tatsache ist eine Verfahrensvoraussetzung. Die Beglaubigung ist ein öffentlich-rechtliches Verfahren, mit welchem ein amtliches Zeugnis über eine Tatsache geschaffen wird. Für ein solches Verfahren bedarf es eines schutzwürdigen Interesses.¹² Von der Urkundsperson abzulehnen sind folglich Jux-Beglaubigungen ohne Relevanz für den Rechtsverkehr. Zudem soll keine Beglaubigung erfolgen, wenn diese nicht erforderlich ist, weil die zu belegende Tatsache durch einen anderen dafür geschaffenen Ausweis amtlich belegt werden kann, wie beispielsweise einen Auszug aus dem Handels- oder Zivilstandsregister.

3. Objektiv und leicht überprüfbare Tatsachen

Gegenstand von Beglaubigungen sind nur rechtserhebliche Tatsachen, welche objektiv und leicht verifizierbar sind.¹³ Die Anforderung der objektiven und leichten Überprüfbarkeit ist nicht explizit in der bundesgerichtlichen Definition der öffentlichen Beurkundung enthalten. Diese Anforderungen lassen sich implizit aus den kantonalen Beurkundungsgesetzen herleiten, welche zumeist nur Unterschriften, Kopien und Auszüge als Gegenstand der Beglaubigung nennen, die allesamt ohne besonderes Fachwissen oder ohne Interpretationsleistung zweifelsfrei feststellbar sind. Beglaubigungen beinhalten das notarielle Festhalten von Zuständen, das keine Interpretationsleistung erfordert. Ein beliebiger Dritter in der Position der Urkundsperson würde zum gleichen Ergebnis gelangen. Die Beglaubigung bewirkt, dass der quasi fotogra-

fisch festgehaltene Zustand zu einem späteren Zeitpunkt und an einem anderen Ort nachvollzogen werden kann. Anders verhält sich dies bei komplexen Tatsachen: Ob beispielsweise ein Haus zu einer gegebenen Zeit einsturzgefährdet ist oder nicht, kann für eine Versicherung eine rechtserhebliche Tatsache sein. Dennoch ist dieser Zustand nicht einer Beglaubigung zugänglich, weil er nicht objektiv und leicht überprüfbar ist, sondern Spezialkenntnisse voraussetzt.

Sollen dagegen nicht Tatsachen, sondern rechtsgeschäftliche Erklärungen, welche zwangsläufig interpretiert werden müssen, notariell festgehalten werden, ist keine Beglaubigung, sondern eine Beurkundung vorzunehmen.

B. Formen und kantonale Besonderheiten

Um den praktischen Anwendungsbereich der Beglaubigung zu veranschaulichen, werden nachfolgend die häufigsten Formen der Beglaubigungen kurz erläutert. Dabei wird insbesondere geprüft, ob die konkrete Beglaubigungsform im bundesrechtlichen Begriff der Beglaubigung enthalten ist oder ob sie als kantonale «Sonderform» einer expliziten gesetzlichen Grundlage bedarf.

1. Klassische Formen der Beglaubigung

Aus dem bundesrechtlichen Begriff der Beglaubigung folgt, dass es keine abschliessende Aufzählung von Beglaubigungsformen gibt. Gegenstand von Beglaubigungen sind regelmässig Unterschriften, Kopien, Auszüge und Abschriften. Gewisse Kantone kennen ausserdem eine explizite gesetzliche Grundlage zur Beglaubigung eines Datums.¹⁴ Die Beglaubigung besteht in diesem Fall in der Bescheinigung durch die Urkundsperson, wann (und allenfalls durch wen) ihr z.B. ein Dokument vorgelegen ist.¹⁵

Der vorstehenden Definition nach kann durch eine Urkundsperson grundsätzlich beglaubigt werden, was für sie ohne besonderes Fachwissen oder ohne Interpretationsleistung zweifelsfrei feststellbar ist. Diese Definition entspringt den bundesrechtlichen Anforderungen an die Beglaubigung. Die Kantone dürfen mit ihren Vorschriften nicht so weit gehen, dass sie die vom Bund gewollte

¹¹ BRÜCKNER (FN 5), N 3052, welcher die Auffassung vertritt, dass jede Sachbeurkundung – somit auch Beglaubigungen – sowohl äussere Tatsachen als auch die damit verbundenen rechtlichen Verhältnisse umfasst. Demnach werde bei der Unterschriftsbeglaubigung die implizit enthaltene Willenserklärung des Unterzeichners beglaubigt, dass der unterzeichnete Text ihm rechtlich zugerechnet werde (BRÜCKNER [FN 5], N 3222 und 3245 f.). Die Autoren dieses Beitrags teilen diese Auffassung nicht. Unseres Erachtens muss es z.B. möglich sein, dass sich ein Unterzeichner von AGB (im Falle einer sog. Globalübernahme) auch dann auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen kann, wenn seine Unterschrift unter den AGB beglaubigt wurde.

¹² So auch bspw. § 42 NotG/BS.

¹³ BRÜCKNER (FN 5), N 3060.

¹⁴ Eine solche gesetzliche Grundlage kennen die Kantone Zürich, Bern, Freiburg, Solothurn, St. Gallen, Graubünden, Tessin, Wallis und Neuenburg.

¹⁵ So auch bspw. Art. 17 der Verordnung vom 2. November 2005 über die öffentliche Beurkundung und Beglaubigung des Kantons St. Gallen.

Rechtsordnung unterlaufen.¹⁶ Die bundesrechtliche Definition ist demgemäss selbst dann zu beachten, wenn die Kantone eine Beglaubigungsform nicht explizit vorsehen. Das Datum, wann der Urkundsperson ein bestimmtes Dokument oder ein bestimmter Gegenstand vorgelegen hat, erfordert weder ein besonderes Fachwissen noch eine Interpretationsleistung. Das Datum ist leicht feststellbar und objektiv bestimmbar. Demnach ist die notarielle Beglaubigung eines Datums selbst dann möglich, wenn das kantonale Beurkundungsgesetz sie nicht explizit vorsieht.

2. Beglaubigung einer Übersetzung

Einige Kantone¹⁷ nennen neben den oben genannten klassischen Formen der Beglaubigung die Möglichkeit der Bescheinigung durch eine Urkundsperson, dass eine ihr vorgelegte Übersetzung eines Dokuments richtig ist.¹⁸ Nach der hier vertretenen Ansicht handelt es sich diesbezüglich um eine atypische Form der Beglaubigung, da nach der bundesrechtlichen Definition nur objektiv richtige Tatsachen beglaubigt werden können, welche durch die Urkundsperson zweifelsfrei und ohne Interpretation wahrnehmbar sind. Eine Übersetzung ist jedoch nie objektiv richtig und eindeutig, sondern höchstens (innerhalb einer gewissen Bandbreite) vertretbar oder nicht. Eine neutrale Drittperson würde entsprechend wegen anderer Kenntnisse der übersetzten Sprache oder einer anderen Wortwahl nicht zwangsweise zum selben Schluss über die Korrektheit der Übersetzung gelangen, wie dies die Urkundsperson tut. Wird in einem Kaufvertrag beispielsweise der Begriff «warranties» verwendet, kann es sich um kaufrechtliche Zusicherungen oder um ein selbständiges Garantieversprechen handeln. Was im Einzelfall vorliegt, ist auslegungsbedürftig. Übersetzt eine Beurkundungsperson die «warranties» mit «Garantieversprechen» und beglaubigt amtlich, diese Übersetzung sei richtig, kann dies problematisch sein, insbesondere falls die Übersetzung in einem späteren Gerichtsprozess verwendet wird. Die Möglichkeit, eine Übersetzung zu beglaubigen, ist demgemäss nicht durch den bundesrechtlichen Minimalgegenstand abgedeckt. Deshalb ist die Beglaubigung einer Übersetzung nur dann zulässig, wenn das kantonale Beurkundungsrecht dafür eine explizite gesetzliche Grundlage vorsieht, und sollte zudem nur mit gebührender Sorgfalt und Zurückhaltung vorgenommen werden.

¹⁶ HUBER (FN 4), 230.

¹⁷ Eine solche gesetzliche Grundlage kennen die Kantone Luzern, Obwalden, Glarus, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen und Aargau.

¹⁸ So auch bspw. § 62 BeurG/AG.

3. Eidesstaatliche Erklärungen

Gemäss Art. 11a Abs. 3 IPRG können die schweizerischen Gerichte oder Behörden Urkunden nach einer Form des ausländischen Rechts ausstellen oder einem Gesuchsteller die eidesstaatliche Erklärung¹⁹ abnehmen, sofern eine Form nach schweizerischem Recht im Ausland nicht anerkannt wird. Im Binnenverhältnis sind eidesstaatliche Erklärungen nicht vorgesehen, weshalb eine Urkundsperson ohne den Nachweis der Notwendigkeit einer eidesstaatlichen Erklärung für eine ausländische Behörde von der Abnahme einer eidesstaatlichen Erklärung absehen sollte.²⁰ Gewisse Kantone haben die eidesstaatliche Erklärung explizit in ihre Notariatsgesetze aufgenommen und regeln das Vorgehen sehr detailliert.²¹ Dass eine Urkundsperson eine eidesstaatliche Erklärung abnehmen können muss, wird durch das Bundesrecht vorgegeben. Art. 11a Abs. 3 IPRG äussert sich jedoch nicht dazu, in welchem Verfahren die Abnahme der eidesstaatlichen Erklärung zu erfolgen hat. So unterstellen gewisse Kantone die Abnahme einer eidesstaatlichen Erklärung unter das Verfahren einer Beurkundung,²² während andere Kantone die Abnahme in Vermerkform durch eine Beglaubigung vorschreiben.²³ Unklar ist die Rechtslage in den zahlreichen Kantonen, welche sich nicht zur Abnahme einer eidesstaatlichen Erklärung äussern. Nach der hier vertretenen Ansicht bescheinigt die Urkundsperson anlässlich einer eidesstaatlichen Erklärung, dass der Erklärende die abgegebene schriftliche Erklärung mündlich als wahr und den Tatsachen entsprechend bestätigt hat. Der materielle Inhalt der mündlich abgegebenen Erklärung wird durch die Urkundsperson nicht nachgeprüft. Die Protokollierung der Aussagen und die explizite Bestätigung der Übereinstimmung mit der Wahrheit durch den Gesuchsteller sind als Tatsachen objektiv wahrnehmbar und ohne weiteres, insbesondere ohne besondere Fachkenntnisse oder ohne Interpretation, zu verifizieren. Die Abnahme einer eides-

¹⁹ Für die eidesstaatliche Erklärung wird in der Schweiz teilweise auch der englische Begriff «Affidavit» verwendet.

²⁰ BRÜCKNER (FN 5), N 2682.

²¹ Das Reglement vom 7. September 2005 betreffend das Notariatsgesetz des Kantons Wallis sieht in Art. 36 (in Verbindung mit Art. 91 NG/VS) das folgende Vorgehen vor: Der Notar sagt dem Erklärenden: «Schwören Sie (Versprechen Sie), dass die von ihnen unterzeichnete Erklärung vollumfänglich der Wahrheit entspricht, und bescheinigen sie hiermit, dass sie auf die zivil- und strafrechtlichen Folgen einer Falscherklärung in einer Urkunde aufmerksam gemacht worden sind.» Daraufhin antwortet der Erklärende mit erhobener rechter Hand: «Ich schwöre» oder «Ich verspreche».

²² Z.B. § 46 NotG/BS.

²³ Z.B. § 37^{bis} der Notariatsverordnung des Kantons Solothurn vom 21. August 1959.

staatlichen Erklärung in Form einer Beglaubigung ist daher von Bundesrechts wegen zulässig.²⁴

4. Elektronische Beurkundung und Beglaubigung

Die EÖBV ermöglicht als neue Form der Beurkundung die Erstellung von elektronischen öffentlichen Urkunden und elektronischen Beglaubigungen.²⁵ Die Vornahme von elektronischen Beurkundungen und elektronischen Beglaubigungen ist jedoch nur dann möglich, wenn sich die Urkundsperson im Schweizerischen Register der Urkundspersonen (UPReg) eingetragen hat (Art. 6 ff. EÖBV). Dieses elektronisch geführte Register des Bundesamtes für Justiz wurde jedoch noch nicht in allen Kantonen eingeführt.²⁶ Dies führt dazu, dass die meisten der neuen Formen der elektronischen Beurkundungen und der elektronischen Beglaubigungen nach den Art. 10–16 EÖBV in der Praxis erst eine untergeordnete Rolle spielen.²⁷ Gemäss Art. 17 EÖBV kann eine Urkundsperson auch ohne Eintrag im UPRag einen Papierausdruck eines elektronischen Dokuments beglaubigen, «indem sie ihm das Verbal anfügt, wonach er mit dem vorgelegten elektronischen Dokument oder dessen entsprechenden Teilen

übereinstimmt».²⁸ Diese neue Beglaubigungsform kann deshalb auch von Urkundspersonen angewendet werden, die in einem Kanton zugelassen sind, welcher das UPRag noch nicht eingeführt hat. Der Begriff des elektronischen Dokuments ist umfassend zu verstehen. Denkbar ist beispielsweise die Beglaubigung eines Screenshots, die Beglaubigung eines E-Mails, einer digitalen Fotografie oder die Beglaubigung vom Scan eines originalen Dokuments, welches sich physisch an einem anderen Ort als an jenem der Urkundsperson befindet. Zu beachten ist, dass die bundesrechtliche Regelung der Beglaubigung eines Papierausdrucks auch Vorgaben an das Verfahren enthält (z.B. mit Bezug auf die Formulierung des Beglaubigungsverbals; Art. 17 Abs. 1 und 3 EÖBV), die ansonsten dem kantonalen Recht vorbehalten sind. Offen bleibt, ob diese Vorgaben die entsprechenden kantonalen Normen ergänzen oder verdrängen. Unseres Erachtens ist Ersteres der Fall.²⁹ So dürfte es weiterhin möglich sein, den Papierausdruck alternativ gemäss kantonalem Verfahren zu beglaubigen.

5. Konformitätsbeglaubigung der Statuten juristischer Personen

Eine weitere bundesrechtliche Grundlage der Beglaubigung findet sich in Art. 22 Abs. 4 HRegV, wonach die Statuten einer AG, Kommanditaktiengesellschaft, GmbH, Genossenschaft, SICAF sowie SICAV und die Stiftungsurkunden von einer Urkundsperson beglaubigt werden müssen. Diesbezüglich wird durch die Urkundsperson abgeglichen, dass die neuen Statuten in der vorliegenden Form mit der vom entsprechenden Gesellschaftsorgan beschlossenen Inkraftsetzung respektive Änderung der Statuten übereinstimmen.³⁰ Die Beglaubigung der Statuten muss bei jeder Statutenrevision erneut erfolgen. Die Handelsregisterpraxis in einigen Kantonen lässt jedoch einen Verzicht auf eine explizite Konformitätsbeglaubigung zu, sofern bei einer partiellen Statutenrevision die Statuten der öffentlichen Urkunde betreffend die Statutenrevision beigefügt sind.³¹

²⁴ Weil im Beglaubigungsverfahren keine Belehrungen des Gesuchstellers durch die Urkundsperson stattfinden, ist es nach der hier vertretenen Ansicht nicht nötig, dass die Urkundsperson den Gesuchsteller auf die Wahrheitspflicht und die Folgen der Erschleichung einer falschen Beurkundung (Art. 253 StGB) hinweist. Demgemäss müssen diese Hinweise auch im Beglaubigungsverbal nicht angebracht werden.

²⁵ Art. 1 Abs. 1 lit. a und b sowie Art. 10 ff. EÖBV. In der Vernehmlassung wurde durch mehrere Kantone und Verbände die Bundeszuständigkeit zum Erlass der EÖBV verneint (siehe insb. Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Justiz vom 8. Dezember 2017 über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens zur Totalrevision der Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen [E-EÖBV], 9 ff.). Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Bundeskompetenz deshalb gegeben, weil die Beglaubigung als Unterform der öffentlichen Beurkundung durch das Bundesrecht geregelt wird. Die Kompetenz der Kantone beschränkt sich darauf, die Zulassung der Urkundspersonen sowie einen Teil des Verfahrens zu regeln. Die Einführung neuer Beglaubigungsformen ist demgemäss eine zwingende Bundeskompetenz.

²⁶ Per Stand 17. Juni 2020 wurde die entsprechende Domäne durch die nachfolgenden Kantone eingeführt: Bern, Uri, Schwyz, Nidwalden, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Aargau, Thurgau, Waadt und Neuenburg. Eine aktuelle Auflistung der Kantone, welche die Domäne eingeführt haben, findet sich auf der offiziellen Homepage des UPRag. Internet: <https://www.upreg.ch> (Abruf 25.6.2020). Auf dieser Homepage ist sodann das elektronische Verzeichnis der Urkundspersonen abrufbar.

²⁷ Die Verfahren nach Art. 10–16 EÖBV werden sodann in diesem Artikel nicht weiter behandelt.

²⁸ Art. 17 Abs. 1 EÖBV; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 13 OR N 124.

²⁹ Vgl. den Verweis auf das «anwendbare» (kantonale) Recht in Art. 17 Abs. 4 EÖBV.

³⁰ RINO SIFFERT, Stämpflis Handkommentar zur Handelsregisterverordnung, Bern 2013, Art. 22 HRegV N 6.

³¹ BRÜCKNER (FN 5), N 3428 ff.; SIFFERT (FN 30), Art. 22 HRegV N 6.

C. Beweiskraft

Gemäss Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO³² erbringen öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhalts nachgewiesen ist. Diese gesetzliche Beweisregel greift in den Grundsatz der freien Beweiswürdigung ein und führt im Ergebnis zu einer gesetzlichen Vermutung für die Richtigkeit des Urkundeninhalts, die durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden kann.³³ Die Beweisverstärkung findet ihre Rechtfertigung vor allem darin, dass sowohl die Urkundsperson wie auch die an der Beurkundung beteiligten Privatpersonen unter Strafan drohung zur Wahrheit verpflichtet sind.³⁴ Die Urkundsperson untersteht der Wahrheitspflicht ebenfalls, wenn sie Tatsachen im Beglaubigungsverfahren bezeugt. Es rechtfertigt sich somit, die Beweisregel von Art. 9 ZGB bzw. Art. 179 ZPO auch auf Beglaubigungen anzuwenden. Zu beachten ist indes, dass sich die verstärkte Beweiskraft nicht schlechthin auf den Inhalt eines irgendwie beglaubigten Dokuments bezieht, sondern nur auf das, was die Urkundsperson im Beglaubigungsverbal bezeugt: Ist etwa die Unterschrift unter einer Erklärung beglaubigt worden, so ist nicht die Erklärung an sich als wahr zu vermuten, sondern lediglich die Tatsache, dass der vorgebliche Unterzeichner sie auch wirklich unterschrieben hat.³⁵ Beglaubigt die Urkundsperson die Echtheit einer Kopie, gilt die Beweisverstärkung nur für diesen Umstand und nicht für irgendwelche Aussagen im kopierten Dokument.

Damit über den Umfang der verstärkten Beweiskraft Klarheit herrscht, hat die Urkundsperson zunächst das Beglaubigungsverbal präzise zu formulieren. Es muss daraus hervorgehen, welche Tatsachen beglaubigt werden und wie sich die Urkundsperson über deren Vorliegen vergewissert hat. Sodann ist zu berücksichtigen, dass das Anbringen eines Beglaubigungsvermerks zu Missver-

ständnissen führen kann. So kann der (falsche) Anschein entstehen, die Urkundsperson habe das betreffende Dokument inhaltlich auf seine Wahrhaftigkeit oder Rechtsgültigkeit überprüft. Lässt etwa ein Verwaltungsratsmitglied seine Unterschrift auf einem Organigramm beglaubigen, kann die Beglaubigung beim unbefangenen (vielleicht fremdsprachigen) Betrachter den Eindruck erwecken, die Urkundsperson habe sich von der Korrektheit des Organigramms überzeugt. Die Urkundsperson hat eine solche Beglaubigung mangels Rechtserheblichkeit abzulehnen, wenn die Unterschrift nicht aus einem legitimen Bedürfnis heraus (z.B. um einen Registereintrag zu erwirken) beglaubigt werden soll, sondern vorab deshalb, um dem Rechtsverkehr eine (in Wahrheit nicht erfolgte) amtliche Richtigkeitskontrolle vorzutäuschen. Zusätzlich zur sorgfältigen Formulierung des Beglaubigungsverbals ist die beglaubigende Urkundsperson also auch gehalten, den Urkundeninhalt summarisch zu prüfen und sich nach dem Zweck der Beglaubigung zu vergewissern, um keine Unklarheit darüber aufkommen zu lassen, worauf sich das beweisverstärkte notarielle Zeugnis bezieht.³⁶

D. Verfahren

1. Unparteilichkeit und Ausstand

Die Urkundsperson ist – unabhängig davon, ob sie ihre Tätigkeit in einem Kanton mit Amtsnotariat oder freiberuflichem Notariat ausübt – Trägerin staatlicher (hoheitlicher) Befugnisse.³⁷ Da sie eine staatliche Aufgabe wahrnimmt, ist sie mit Bezug auf die Beurkundungstätigkeit an die Grundrechte gebunden (Art. 35 BV). Das Bundesverfassungsrecht enthält gewisse Mindestvorgaben an ein faires Verfahren, die folglich auch auf die Beglaubigung anwendbar sind. Aus Art. 29 Abs. 1 BV ergeben sich u.a. Anforderungen an die Unparteilichkeit, Unbefangenenheit und Unvoreingenommenheit der zuständigen Behörde.³⁸ Für die Beurkundung letztwilliger Verfügungen werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 503 ZGB konkretisiert, der (bundesrechtlich) gewisse Ausstandsgründe vorschreibt. So darf eine Urkundsperson etwa die letztwillige Verfügung ihrer Verwandten in gerader

³² Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO stimmen wörtlich überein. Während Art. 9 Abs. 1 ZGB nur für öffentliche Register und Urkunden des Bundeszivilrechts gilt, ist Art. 179 ZPO nach der Lehre auf alle öffentlichen Register und Urkunden anwendbar, also auch auf jene des kantonalen Rechts (siehe BSK ZPO-DOLGE, Art. 179 N 1, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017).

³³ BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 9 N 1 f., in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER).

³⁴ Insb. Art. 253 und Art. 317 StGB, welche auch die Beglaubigungen erfassen. Dazu ausführlich BRÜCKNER (FN 5), N 302 ff.

³⁵ Siehe MAX KUMMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962, Art. 9 ZGB N 42; BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER (FN 33), Art. 9 N 23.

³⁶ Siehe BRÜCKNER (FN 5), N 3333 ff.

³⁷ Siehe BGE 128 I 280 E. 3; HANS MARTI, Notariatsprozess – Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989, 55.

³⁸ Statt vieler SGK BV-STEINMANN, Art. 29 N 35, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-STEINMANN).

Linie, ihrer Geschwister oder ihres Ehegatten nicht beurkunden. Auch darf sie nicht beurkunden, wenn sie selbst in der Verfügung bedacht werden soll (Art. 503 Abs. 2 ZGB). Diese Einschränkungen entsprechen dem, was die Lehre als den bundesrechtlichen Minimalgehalt der Ausstandsvorschriften allgemein *bei Willensbeurkundungen* betrachtet.³⁹ Die Ausstandspflicht in Angelegenheiten von Verwandten in gerader Linie, von Geschwistern, des Ehegatten sowie bei Selbstbeteiligung der Urkundsperson findet sich denn auch in vielen kantonalen Beurkundungsgesetzen.⁴⁰

Dieses bundesrechtliche Minimum gilt indes nicht für alle Beurkundungen gleichermaßen. Zu differenzieren ist vielmehr nach dem Gegenstand der Beurkundung: Bei den Willensbeurkundungen (z.B. bei der Beurkundung eines Testaments oder eines Ehevertrages) besteht das Risiko, dass die Urkundsperson den Interessen einer ihr nahestehenden Partei bei der Belehrung, Beratung und Formulierung der Urkunde den Vorrang einräumt; diese Gefahr der Beeinflussung des Geschäftsinhaltes rechtfertigt die uneingeschränkte Geltung der genannten Ausstandsvorschriften. Bei den Sachbeurkundungen (zu denen die Beglaubigung zählt) beschränkt sich die Gefahr der Parteilichkeit darauf, dass die Urkundsperson die festgestellten Tatsachen im Interesse der nahestehenden Partei falsch beurkundet; die Ausstandsvorschriften reichen hier tendenziell weniger weit.⁴¹ Gerade bei den Beglaubigungen ist das Risiko der Befangenheit gering: Die Urkundsperson darf nur objektiv feststehende Zustände bezeugen (siehe oben II.A.3.); Ermessensspielräume und damit die Möglichkeit, subtil auf den Urkundeninhalt einzuwirken, fehlen. Eine Falschbeurkundung könnte regelmässig leicht nachgewiesen werden und würde straf- und aufsichtsrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Unter dem Blickwinkel der bundesrechtlichen Verfahrensgarantien erscheint es deshalb als unbedenklich, wenn eine Urkundsperson die Unterschrift ihrer Schwester als echt beglaubigt. Die notarielle Pflicht zur Unparteilichkeit gilt aber im Grundsatz auch hier. Zu vermeiden gilt im konkreten Einzelfall jeder Anschein des Misstrauens in die Urkundsperson.⁴² Daher dürfte es jedenfalls unzulässig sein, Beglaubigungen in eigener Sache vorzuneh-

men. Die Regelung des bernischen Rechts, die es den Urkundspersonen erlaubt, die eigene Unterschrift zu beglaubigen (Art. 33 Abs. 1 NG/BE), wird in der Literatur als zu weitgehend und bundesrechtswidrig kritisiert.⁴³ Selbstverständlich ist es den Kantonen unbenommen, mit strengeren Ausstandsvorschriften über das bundesrechtliche Minimum hinauszugehen.

Während das Befangenheitsrisiko bei Unterschriftsbeglaubigungen etwa im Hinblick auf eine Handelsregistereintragung gering ist, verlangt das Unparteilichkeitsgebot in (erkennbar) streitigen Verhältnissen stärkere Zurückhaltung. Nicht mit der Pflicht zur Unparteilichkeit vereinbar wäre es, wenn ein freiberuflicher Notar den Screenshot⁴⁴ einer Internetseite mit mutmasslich persönlichkeitsverletzenden Inhalten beglaubigt und die Beglaubigung in einem anschliessenden Gerichtsprozess, in dem er selbst als Parteivertreter auftritt, als Beweismittel verwendet werden soll. Der Konflikt zwischen den Interessen der vertretenen Partei und den öffentlichen Interessen, zu deren Wahrung die Urkundsperson gesetzlich verpflichtet ist, wäre in dieser Konstellation unüberbrückbar.

Ein Teil der Lehre möchte Beurkundungen bestehender Tatsachen in streitigen Verhältnissen dagegen ganz ausschliessen, u.a. weil die Urkundsperson damit in die freie Beweiswürdigung des mit der Sache befassten Gerichts eingreife.⁴⁵ Dieses Argument ist unseres Erachtens auf Beglaubigungen nicht anwendbar. Der Grund hierfür ergibt sich aus dem Beglaubigungsverfahren: Es darf nur beglaubigt werden, was unzweifelhaft festgestellt werden kann. Die Urkundsperson hat sich also einer Würdigung gerade zu enthalten, weshalb der Grundsatz der freien Beweiswürdigung durch das Gericht nicht tangiert wird. Vorauszusetzen ist aber, dass eine unbefangene und interessenkonfliktfreie Urkundsperson die Beglaubigung vornimmt. Besteht nämlich ein Anreiz, die streitige Tatsache (im Interesse des Klienten) falsch zu beglaubigen, so steht die Unparteilichkeit der Urkundsperson in Frage, womit ein Ausstandsgrund gegeben ist.

2. Örtliche Zuständigkeit

Örtlich darf die Urkundsperson ihre hoheitliche Tätigkeit nur in dem Kanton ausüben, der ihr die Beurkundungsbefugnis verliehen hat. Die Kantone sind überdies frei darin,

³⁹ Siehe DANIEL SANTSCHI, Die Ausstandspflicht des Notars, Diss. Bern 1992, N 496 ff. m.w.H.

⁴⁰ Z.B. Art. 32 Abs. 1 lit. a und b NG/BE; § 20 Abs. 1 lit. a und b NG/ZH; § 8a Abs. 1 lit. a BeurkG/ZG.

⁴¹ Zum Ganzen siehe BRÜCKNER (FN 5), N 757 ff.; siehe auch SANTSCHI (FN 39), N 497, wonach die bundesrechtlichen Vorgaben «nicht formelhaft und für jede Beurkundung anwendbar festgelegt werden» können.

⁴² Vgl. SGK BV-STEINMANN (FN 38), Art. 29 N 35.

⁴³ So BRÜCKNER (FN 5), N 3295 mit Fn 40 sowie N 3232 mit Fn 5; kritisch auch SANTSCHI (FN 39), N 698, der die Bundesrechtskonformität der Regelung dann aber bejaht.

⁴⁴ Siehe Art. 17 EÖBV und dazu oben II.B.4.

⁴⁵ BRÜCKNER (FN 5), N 3076 ff. und 2718 ff.

die örtliche Zuständigkeit der von ihnen zugelassenen Urkundspersonen innerkantonale weiter einzuschränken.

Das Verbot der Beurkundungstätigkeit ausserhalb des eigenen Kantons bezieht sich zunächst auf die Vornahme der Beglaubigung selbst. Sodann sind aber auch die einzelnen Verfahrensschritte erfasst, die im Beglaubigungsverbal festgehalten werden. Mit anderen Worten muss die Urkundsperson die zu beglaubigenden Tatsachen in ihrem Amtskanton wahrgenommen haben. So darf eine Zuger Urkundsperson eine im Kanton Zürich geleistete Unterschrift nicht als «vor ihr beigesetzt» beglaubigen, auch wenn sie die Beglaubigung im Kanton Zug ausstellt. Möglich ist demgegenüber die Beglaubigung der als echt anerkannten, ausserkantonale geleisteten Unterschrift, soweit das kantonale Recht eine solche Fernbeglaubigung zulässt.⁴⁶ Unproblematisch ist die Beglaubigung von Tatsachen, welche die Urkundsperson in ihrem Büro wahrnimmt, z.B. der Übereinstimmung eines Papierausdrucks mit einer Internetseite, unabhängig davon, wo die entsprechenden Inhalte herkommen oder hochgeladen wurden. Unbeachtlich ist auch, wo bzw. vor welcher (Gerichts-) Behörde die zu beglaubigenden Tatsachen verwendet werden sollen.

3. Beglaubigungsverbal

Das Beglaubigungsverbal ist das Ergebnis des Beglaubigungsverfahrens. Ohne Beglaubigungsverbal ist keine Beglaubigung zustande gekommen. Im Beglaubigungsverbal hält die Urkundsperson einerseits die zu bezeugende rechtserhebliche Tatsache fest und macht andererseits Angaben zum Beglaubigungsverfahren.

Die Bezeugung der rechtserheblichen Tatsachen im Beglaubigungsverbal ist der Kern der Beglaubigung. Die Formulierung der Tatsache hat vorsichtig zu erfolgen und sich auf die Wahrnehmung der Urkundsperson zu beschränken. Bezeugt die Urkundsperson beispielsweise den Empfang und Inhalt eines E-Mails, so ist anzugeben, dass es sich um einen getreuen Ausdruck des E-Mails handle, welches der Urkundsperson am [Datum/Uhrzeit] von [hans.muster]@[example.com] zugestellt wurde. Unpräzise wäre die Angabe, dass es sich um ein E-Mail von Hans Muster handle, weil die Urkundsperson in der Regel nicht überprüfen kann, ob Hans Muster oder eine andere Person von seiner Adresse das E-Mail versendet hat. Für elektronische Beglaubigungen definiert die EÖBV das Beglaubigungsverbal als «Vermerk, in dem die Urkundsperson die Feststellungen festhält, die sie bei der Erstel-

lung von elektronischen öffentlichen Urkunden und elektronischen Beglaubigungen macht» (Art. 2 lit. c EÖBV). Gemäss dem E-EÖBV wurde diese Definition bewusst allgemein gehalten, weil Verbale je nach Verfahren die unterschiedlichsten Inhalte und Ausgestaltungsformen aufweisen können.⁴⁷

Zusätzlich zur Bezeugung der rechtserheblichen Tatsachen hat die Urkundsperson im Beglaubigungsverbal wesentliche Aspekte des Beglaubigungsverfahrens zu protokollieren. Erstens beinhaltet dies die Angabe, wie sich die Urkundsperson von der rechtserheblichen Tatsache überzeugt hat – für Unterschriftsbeglaubigungen beispielsweise «die vor mir beigesetzte Unterschrift» oder für Fotokopien «durch Vergleich mit dem mir vorliegenden Original». Zweitens beinhaltet dies bundesrechtliche Mindestangaben zur Beglaubigung, namentlich das Datum der Beglaubigung, den Namen der Urkundsperson und ein Echtheitszeichen wie ein Siegel, Stempel oder die Unterschrift der Urkundsperson. Drittens beinhaltet die Protokollierung der wesentlichen Aspekte des Beglaubigungsverfahrens in der Regel kantonale Zusatzangaben. Hierzu zählt in aller Regel der Ort der Beglaubigung. Das kantonale Recht kann jedoch weitere Vorgaben machen, beispielsweise die Angabe des Bürgerortes und/oder des Geschlechts bei Unterschriftsbeglaubigungen.

4. Die mangelhafte Beglaubigung

Die Lehre unterscheidet drei Arten von Mängeln einer öffentlichen Beurkundung:⁴⁸ Erstens kann ein Verstoß gegen beurkundungsrechtliche Vorschriften dazu führen, dass gar keine öffentliche Urkunde entsteht (Entstehungsmangel). Zweitens gibt es Mängel, welche die zivilrechtliche Ungültigkeit des beurkundeten Geschäfts zur Folge haben, weil die Urkunde gewisse Elemente nicht enthält, die dem Formzwang unterliegen (Formmangel). Drittens sind Verstöße gegen blosse Ordnungsvorschriften denkbar, die keine Auswirkungen auf die Urkundenqualität oder die Gültigkeit des Geschäfts haben, aber allenfalls zu einer disziplinarischen Verantwortlichkeit der Urkundsperson führen können.

Weil Gegenstand der Beglaubigung nicht ein zivilrechtliches Rechtsgeschäft ist, sondern die Feststellung von Tatsachen, kommen hier lediglich zwei der genannten Mangelkategorien zur Anwendung: Entstehungsmän-

⁴⁶ Vgl. BRÜCKNER (FN 5), N 709 f.

⁴⁷ Erläuternder Bericht des Bundesamtes für Justiz vom September 2016 zur Totalrevision der Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (E-EÖBV), 6.

⁴⁸ Zum Ganzen siehe BRÜCKNER (FN 5), N 1475 ff.

gel und Verstösse gegen Ordnungsvorschriften. Erstere haben zur Konsequenz, dass die Beglaubigung unwirksam ist und die Beweisverstärkung gemäss Art. 9 ZGB ausbleibt.⁴⁹ Letztere lassen die beurkundungsrechtlichen Wirkungen der Beglaubigung unberührt.

Bei der Abgrenzung ist nach der Schwere des in Frage stehenden Mangels zu unterscheiden. Die Nichtentstehung der Beglaubigung sollte im Sinne der Rechtssicherheit nur bei offensichtlichen Verletzungen grundlegender beurkundungsrechtlicher Vorgaben angenommen werden.⁵⁰ Gültigkeitsvorschriften sind die bundesrechtlichen Mindestangaben, namentlich das Datum⁵¹ der Beglaubigung, der Name der Urkundsperson und ein Echtheitszeichen sowie die Angabe der beglaubigten Tatsache im Beglaubigungsverbal.⁵² Enthält ein Dokument beispielsweise nur einen Stempel ohne Angabe der Urkundsperson, liegt keine gültige Beglaubigung vor, da die beglaubigende Urkundsperson nicht identifizierbar ist.⁵³ Auch weitere elementare Verfahrensfehler (z.B. die Beglaubigung nicht ohne Weiteres feststellbarer Tatsachen oder von Rechtslagen) können zur Folge haben, dass die Beglaubigung unwirksam bleibt. Dagegen handelt es sich bei kantonalen Zusatzangaben im Beglaubigungsverbal um Ordnungsvorschriften, deren Missachtung disziplinarische Konsequenzen haben kann, aber nicht die Gültigkeit der Beglaubigung beschlägt. Ebenfalls nur eine Ordnungsvorschrift verletzt wird, wenn keine oder nur unvollständige Angaben darüber gemacht werden, wie sich die Urkundsperson von den rechtserheblichen Tatsachen überzeugt hat.

Nach unserer Auffassung sind die Mangelfolgen abschliessend durch das Bundesrecht geregelt. Es wäre mit den Anforderungen des Rechtsverkehrs nicht vereinbar, wenn eine Beglaubigung in einem Kanton wirksam, in einem anderen dagegen unwirksam wäre. Daher besteht auch kein Raum für beurkundungsrechtliche Anfechtungsverfahren, wie sie sich mitunter im kantonalen Recht finden.⁵⁴ Diese Verfahrensbestimmungen werden

durch die abschliessende bundesrechtliche Ordnung der Mangelfolgen derogiert.⁵⁵

E. Verwendung von Beglaubigungen in einem Gerichtsverfahren

Es wurde vorstehend dargelegt, dass Beglaubigungen von der verstärkten Beweiskraft gemäss Art. 9 ZGB erfasst sind. Fraglich ist, inwiefern diese Beweiskraft in einem Gerichtsverfahren sinnvoll für die beweispflichtige Partei verwendet werden kann. Insbesondere ist zu prüfen, ob eine notarielle Beglaubigung als günstiger und pragmatischer Ersatz für eine vorsorgliche Beweisabnahme durch das Gericht im Sinne von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO dienen kann, sofern damit die Beweiserwahrung bezweckt werden soll.

Das Gesetz gewährt einen Anspruch auf vorsorgliche Beweisabnahme durch das Gericht – also bevor das Behauptungsstadium abgeschlossen ist –, sofern die ersuchende Partei eine Gefährdung des Beweismittels oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Eine Gefährdung des Beweismittels liegt dann vor, wenn das Risiko besteht, dass ein bestimmter Beweis im nachfolgenden Prozess oder in einem späteren Stadium des bereits rechtshängigen Prozesses nicht mehr erhoben werden kann, weil das Beweismittel verloren gegangen ist oder sich die durch das Beweismittel zu beweisende Situation verändert hat.⁵⁶ Das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung kann jedoch aufwändig sein. Zudem sind die Anträge bereits substantiiert darzulegen und es muss begründet werden, weshalb die Voraussetzungen für eine vorsorgliche Beweisabnahme durch das Gericht erfüllt sind.⁵⁷

Soll beispielsweise eine statische Tatsache durch einen richterlichen Augenschein anlässlich einer vorsorglichen Beweisabnahme festgehalten werden, so kann geprüft werden, ob dafür eine vorsorgliche Beweisführung notwendig oder die Festhaltung der Tatsache durch eine Beglaubigung ausreichend ist. Dieses Vorgehen kommt

⁴⁹ Siehe BRÜCKNER (FN 5), N 1479, wonach bei einer mangelhaften Sachbeurkundung der Urkunde unter Umständen die Belegwirkung gegenüber ihren Adressaten oder Dritten abgehen kann.

⁵⁰ Vgl. BRÜCKNER (FN 5), N 1505 f.

⁵¹ Zur Datierung der Urkunde als Entstehungsvoraussetzung siehe BRÜCKNER (FN 5), N 1516.

⁵² Bei Beurkundungen ist umstritten, ob der Beurkundungsvermerk zu den Gültigkeitserfordernissen zählt (vgl. BRÜCKNER [FN 5], N 2230).

⁵³ Siehe BRÜCKNER (FN 5), N 1514.

⁵⁴ So sieht etwa § 9 BeurkG/ZG eine Anfechtung der Beurkundung mittels Klage vor für den Fall, dass die Urkundsperson Ausstandsvorschriften verletzt hat.

⁵⁵ Ebenso BRÜCKNER (FN 5), N 1496.

⁵⁶ WALTER FELLMANN, Art. 158 ZPO N 12, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: Andreas Güngerich (Koord.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II: Art. 150–352 und Art. 400–406 ZPO, Bern 2012, Art. 158 ZPO N 8; BSK ZPO-GUYAN, Art. 158 N 3, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017.

⁵⁷ BGer, 4A_284/2017, 22.1.2018, E. 4.2; FELLMANN (FN 56), Art. 158 ZPO N 19j.

insbesondere dann in Frage, wenn es einzig um das Festhalten einer Tatsache geht, deren baldiger Untergang droht.⁵⁸ Eine Würdigung der abgenommenen Beweise findet indes erst im anschliessenden Gerichtsprozess statt; dies gilt auch für die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO, die keinen Anspruch auf eine dem Hauptprozess vorgelagerte richterliche Beweiswürdigung vermittelt.⁵⁹ Denkbar ist bspw. der Fall, dass ein Notar Schäden an einem abzureissenden Mietobjekt selbst wahrnimmt und seine Wahrnehmungen durch Aufnahme einer Fotografie und deren Beglaubigung festhält.⁶⁰ Praktisch würde dies dahin gehen, dass ein Notar bspw. einen Riss in der Decke wahrnimmt, diesen per Fotografie festhält und mit dem Verbal beglaubigt, dass es sich um eine getreue Fotografie handelt, wie sich die Situation der Urkundsperson am entsprechenden Tag und am entsprechenden Ort präsentiert hat.⁶¹ Solange die zu beglaubigten Tatsachen durch den Notar im Sinne des vorstehenden Kapitels II.A.3. objektiv und leicht überprüfbar sind, ist nach der hier vertretenen Auffassung die notarielle Beglaubigung anstatt der vorsorglichen Beweisführung durch einen Richter zulässig und als pragmatische Alternative für den rechtsuchenden Klienten zu prüfen.⁶²

⁵⁸ So ist bspw. die Feststellung von übermässigen Immissionen durch Lärmbelastung in einem Nachbarschaftsstreit durch eine Beglaubigung ausgeschlossen, da die Würdigung der Übermässigkeit im Ermessen des Richters steht. Allenfalls könnte der Notar die Abschrift des Messergebnisses eines Dezibel-Messgerätes durch eine Beglaubigung festhalten und auf diese Weise einen Nachweis der übermässigen Lärmbelastung erbringen. Bei Daten, welche durch elektronische Messgeräte wiedergegeben werden, liegt jedoch der Einwand der Gegenpartei nahe, dass das Messergebnis aufgrund technischer Probleme nicht korrekt sei (bspw. technische Störung, falsche Eichung etc.). Da die beweispflichtige Partei diesem Einwand nichts entgegenbringen kann, soll der Notar von solchen Beglaubigungen absehen.

⁵⁹ Siehe BGer, 4A_342/2014, 17.10.2014, E. 5.2.

⁶⁰ HANS MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, 164. Der Notar könnte hingegen nur die Tatsache des Vorliegens eines Risses selbst wahrnehmen. Er könnte nichts dazu aussagen, ob der Riss bspw. nur die Tapete oder die Mauer selbst betrifft oder wie der Riss entstanden ist. In der Praxis dürften hingegen gerade diese exemplarischen Aufzählungen die relevanten Fragen für den Prozessausgang sein.

⁶¹ Dabei handelt es sich nur um eine Möglichkeit der Beglaubigung des vorgebrachten konkreten Beispiels. Selbstverständlich ist eine Beglaubigung bspw. auch nur durch einen Text möglich, sofern sich dieses Vorgehen besser eignet, um die festgehaltenen Tatsachen mit möglichst geringem Interpretationsspielraum wiederzugeben.

⁶² Das Zürcher Recht sieht mit dem sog. *amtlichen Befund* ein ähnliches Verfahren vor, das ebenfalls als Alternative zur vorsorglichen Beweisführung in Betracht kommt. Gemäss § 143 Abs. 1 GOG/ZH nimmt der *Gemeindeammann* auf Verlangen einen Befund über einen tatsächlichen Zustand auf, soweit dieser ohne besondere Fachkenntnisse festgestellt werden kann.

Ein grosser Vorteil dieses Vorgehens liegt darin, dass die beweissichernde Partei lediglich die Beglaubigungsgebühr als Auslagen hat. Damit kann bewirkt werden, dass die Anordnung einer Sicherheitsleistung bei drohendem Schaden der Gegenpartei im Sinne von Art. 158 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 264 ZPO abgewendet werden kann.⁶³ Ausserdem entfallen der beweissichernden Partei die Anwaltskosten, welche bereits für das Verfassen des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung entstehen. Als Nachteil dieses Vorgehens bleibt festzuhalten, dass nur ein beschränkter Kreis an prozessrelevanten Tatsachen dieser Beglaubigung zugänglich ist.

III. Fazit

Beglaubigungen sind die wohl häufigste Form der Beurkundung. Im Schrifttum wird die Beglaubigung jedoch nur am Rande behandelt, weshalb sich viele Ungewissheiten in der Praxis ergeben. Hierunter fällt namentlich, was eine Beglaubigung genau ist, ob neu aufkommende Formen wie z.B. der Ausdruck einer Website der Beglaubigung zugänglich sind, ob Beglaubigungen der gleiche erhöhte Beweiswert zukommt wie den Urkunden, welche Unparteilichkeits- und Ausstandsregeln bei Beglaubigungen gelten, was im Beglaubigungsverbal enthalten sein muss, was die Folge einer mangelhaften Beglaubigung ist und ob die Beglaubigung als Alternative zur vorsorglichen Beweisführung dienen kann.

Basierend auf den kantonalen und bundesrechtlichen Bestimmungen zur Beglaubigung haben sich die Autoren dieser Fragen angenommen und vertreten die Auffassung, dass es sich bei der Beglaubigung um einen bundesrechtlichen Begriff handelt. Der Bundesgesetzgeber gibt den Mindestgegenstand der Beglaubigung als die Aufzeichnung rechtserheblicher, objektiver und leicht überprüfbarer Tatsachen durch eine Urkundsperson im Beglaubigungsverfahren vor. Damit sind alle Tatsachen, die rechtserheblich, objektiv und leicht überprüfbar sind, der Beglaubigung zugänglich. In kantonalen Beurkundungsgesetzen abschliessend aufgezählte Formen der Beglaubigung sind als beispielhafte Aufzählungen auszulegen. Neu aufkommende Formen wie z.B. die Übereinstimmung eines Ausdrucks mit einem PDF-Dokument können beglaubigt werden, was mit dem Inkrafttreten der EÖBV auch bundesrechtlich normiert wurde. Dem kantonalen Recht ist es indes vorbehalten, Sonderformen wie z.B. eine Übersetzung der Beglaubigung zugänglich zu machen.

⁶³ FELLMANN (FN 56), Art. 158 ZPO N 25.

Auch Beglaubigungen als Unterform der Beurkundungen genießen die erhöhte Beweiskraft nach Art. 9 Abs. 1 ZGB und Art. 179 ZPO. Die bundesrechtlichen Verfahrensgarantien sind auch auf Beglaubigungen anwendbar und bei streitigen Verhältnissen ist Zurückhaltung geboten. Im Beglaubigungsverbal muss die bezeugte Tatsache präzise umschrieben und die wesentlichen Aspekte des Beglaubigungsverfahrens enthalten sein. Mängel bei Beglaubigungen stellen in der Regel nur Verletzungen von Ordnungsvorschriften dar, haben in schwerwiegenden Fällen aber die Ungültigkeit der Beglaubigung zu Folge. Beglaubigungen bieten in beschränktem Umfang eine günstige und effiziente Alternative zur vorsorglichen Beweisführung, namentlich dem Augenschein. Damit zeigt sich, dass Beglaubigungen vielfältiger einsetzbar sind als gemeinhin gedacht und im Schrifttum mehr Beachtung verdienen.