

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	40 (1921)
Artikel:	Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Privatrecht
Autor:	Mutzner, Paul
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896367

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 25.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die öffentliche Beurkundung im schweizerischen Privatrecht.

REFERAT

von

Prof. Dr. PAUL MUTZNER in Zürich.

I.

Unter einer Beurkundung versteht man in der Rechtswissenschaft die Festlegung rechtlich erheblicher Tatsachen durch traditionelle oder konventionelle Gedankenzeichen (Schrifturkunde im weitesten Sinn). Beurkundungen, die von einer amtlich dazu bestellten oder bevollmächtigten Person vorgenommen wurden, erfreuten sich stets einer selbständigen Beweiskraft, es wurde ihnen „öffentlicher Glaube“ zugestanden. Solche Urkunden nennt man allgemein öffentliche Urkunden (*actes authentiques*).¹⁾ Unter den Begriff der öffentlichen Urkunde fallen daher zweifellos auch die öffentlichen Register, in denen rechtlich relevante Tatsachen durch amtlich beauftragte Personen wahrnehmbar gemacht werden. Deshalb war auch im bundesrätlichen Entwurf zum späteren Art. 9 ZGB nur von der „öffentlichen Urkunde“ die Rede. In der definitiven Fassung des Gesetzes wird dann aber die Wendung „öffentliche Register und öffentliche Urkunden“ gebraucht. Tatsächlich versteht man denn auch

¹⁾ Vergl. Gierke, Deutsches Privatrecht I 292; Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, 8. Aufl. II 31, 46. Ferner „Das öffentliche Urkundenwesen der europäischen Staaten“, herausgegeben vom Ständigen Ausschuss des Internationalen Notarkongresses, 1913.

nach dem heutigen Sprachgebrauch unter der öffentlichen Urkunde regelmässig nicht jede Festlegung einer rechtlich erheblichen Tatsache durch eine amtlich dazu bestellte oder beauftragte Person, sondern nur diese Festlegung in einer selbständigen Urkunde. Auch das ZGB behandelt die Eintragung in öffentliche Register, als eine besondere Art der öffentlichen Beurkundung, in selbständiger Weise und stellt sie damit gewissermassen den übrigen Fällen der öffentlichen Beurkundung gegenüber, für die der Ausdruck dann ausschliesslich verwendet wird. Auch wir brauchen ihn im folgenden ausschliesslich in diesem engeren Sinn.²⁾

Es ist bereits hervorgehoben worden, dass der öffentlichen Urkunde stets eine selbständige Beweiskraft zukam. Diese Bedeutung der öffentlichen Urkunde als privilegiertes Beweismittel wird nunmehr in Art. 9 ZGB näher umschrieben, womit in das Prozessrecht hinübergreifende Fragen einheitlich geregelt werden. Abs. 1, wonach die öffentliche Urkunde für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis macht, solange nicht nachgewiesen ist, dass eine Fälschung vorliegt oder dass der Inhalt der Urkunde der Wahrheit nicht entspricht, drückt nur einen

²⁾ Vergl. über die öffentliche Beurkundung im schweiz. Privatrecht: Blumenstein, in der Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen Bd. I S. 433 ff.; Bd. 2 S. 513 ff.; Bd. 8 S. 1 ff.; derselbe im Sammelband „Das öffentliche Urkundwesen der europäischen Staaten“, herausgegeben vom Ständigen Ausschuss des Internationalen Notar-Kongresses, S. 136 ff.; Reichel, in der Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen Bd. 3 S. 193 ff.; Haccius, W., Die öffentliche Beurkundung als Form der Rechtsgeschäfte im schweizerischen Zivilgesetzbuch und im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Heidelberg 1915; Huber, Ernst, Das Recht der Urkundspersonen in den schweizerischen Kantonen, Affoltern a. A. 1910.

Allgemein über die Formen im schweizerischen Privatrecht: Huber, Eugen, Zum schweizerischen Sachenrecht (Bern 1914) S. 79—126; Schneider, Max, Formbedürftige Rechtsgeschäfte nach schweizerischem Zivilrecht, Zürich 1912.

schon bisher anerkannten Grundsatz aus. Dagegen bringt Abs. 2, wonach der Gegenbeweis, d. h. der Nachweis der Unrichtigkeit an keine besondere Form gebunden ist, für diejenigen Kantone eine Neuerung, in denen die formale Beweiskraft der öffentlichen Urkunde infolge erschwerten Gegenbeweises weiter ging. Diese den Gegenbeweis beschränkenden Vorschriften einzelner kantonaler Prozessrechte sind mit dem Inkrafttreten des ZGB dahingefallen.

Die zu beurkundende rechtlich relevante Tatsache ist sehr häufig eine Willenserklärung. In diesem Falle erschöpft sich die Funktion der öffentlichen Beurkundung nicht in der Schaffung eines privilegierten Beweismittels, sondern sie geht viel weiter, indem in der Regel von ihrer Beobachtung geradezu die rechtliche Verbindlichkeit der in Frage stehenden Willenserklärung abhängt. Diese öffentliche Beurkundung von Willenserklärungen kann ihren Grund einmal darin haben, dass die Parteien sich dahin verständigt haben, für einen Vertrag, der an und für sich formlos abgeschlossen werden könnte, die Form der öffentlichen Beurkundung zu wählen. Die Rechtsordnung stellt den Parteien in diesem Falle das Institut zur Verfügung und knüpft an die erwähnte Verabredung, sich dessen zu bedienen, die Vermutung, dass die Parteien erst mit der Erfüllung dieser Form gebunden sein wollen (OR Art. 16). Weitaus in den meisten und wichtigsten Fällen aber werden Willenserklärungen deshalb öffentlich beurkundet, weil die Rechtsordnung diese Form vorschreibt und von ihrer Einhaltung die rechtliche Verbindlichkeit der in Frage stehenden Willenserklärung abhängig macht. Diesen Fällen der öffentlichen Beurkundung wollen wir uns nunmehr zuwenden.

II.

Der menschliche Wille als innerer psychologischer Vorgang ist für das Recht nur dann von Bedeutung, wenn er durch ein äusseres Verhalten des Willenträgers auch

andern erkennbar wird: zur Willensbildung muss die Willensäusserung hinzutreten. Die Willensäusserung kann erfolgen durch concludente Handlung oder aber — was meistens der Fall ist — durch eine eigens zum Zwecke der Kundbarmachung des Willens abgegebene Erklärung (Willenserklärung). Wenn die Rechtsordnung jedem nur irgendwie in erkennbarer Weise kundgegebenen Willen eine rechtsverbindliche Kraft einräumt, so spricht man von der Formlosigkeit oder Formfreiheit der Willensäusserung, während man von einer Formbedürftigkeit der Willenserklärung dann spricht, wenn die Willensäusserung, um rechtsverbindlich zu sein, in einer bestimmten, vom Gesetz näher umschriebenen Gestalt abgegeben werden muss.

Während das ältere Recht stark im Formalismus befangen war, gilt im modernen Recht die Formlosigkeit als die allgemeine Regel und die Formbedürftigkeit als die Ausnahme (OR Art. 1, 11; ZGB Art. 7). Immerhin hat das moderne Recht, in der Erkenntnis, dass eine zu weit gehende Formlosigkeit die Sicherheit des Verkehrs gefährdet, zum Teil in moderner Ausgestaltung früherer Einrichtungen einen grossen Formenreichtum herausgebildet. Das ändert aber nichts an dem Grundsatz, dass eine bestimmte Form nur da verlangt wird, wo sie ausdrücklich vorgeschrieben ist und dass die vorgesehenen Formerfordernisse — als die Ausnahme von der allgemeinen Regel der Formlosigkeit — nicht ausdehnend interpretiert werden dürfen. Die wichtigsten im heutigen schweizerischen Privatrecht vorkommenden Formen sind (wenn wir von der Registerführung absehen) die Schriftlichkeit (OR Art. 12—15; ZGB Art. 7) und die öffentliche Beurkundung.

Das ZGB sieht die öffentliche Beurkundung als Gültigkeiterfordernis bei einer grossen Zahl von Willenserklärungen vor: bei der Errichtung einer Stiftung (Art. 81),³⁾ beim Abschluss eines Ehevertrages (Art. 181, 199),

³⁾ Bei der Errichtung durch letztwillige Verfügung ist eine der für die letzwilligen Verfügungen vorgesehenen Formen zu beachten.

bei der Kindesannahme (Art. 267 ff.), bei der Anerkennung eines ausserehelichen Kindes (Art. 303),⁴⁾ bei der Begründung der Gemeinderschaft (Art. 337), bei der letztwilligen Verfügung (alternativ mit einer qualifizierten Schriftlichkeit, Art. 498 ff.), beim Erbvertrag und beim Verpfändungsvertrag (Art. 512 u. OR Art. 522), für den Errichtungs- und den Auflösungsbeschluss der Aktiengesellschaft (alternativ mit der Schriftlichkeit, OR Art. 615, 618, 626, 664, 676).

Von grosser Bedeutung ist die Frage der öffentlichen Beurkundung insbesondere auch bei den Willenserklärungen, die auf die Veräusserung von Grundstücken und auf die Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken gerichtet sind. Diese Willenserklärungen verschaffen noch nicht das Eigentum oder das dingliche Recht, wohl aber den Rechtsgrund (*titulus aquirendi*), gestützt auf den dann auf dem Wege der Eintragung das sachenrechtliche Verhältnis hergestellt wird. Dieser Rechtsgrund kann z. B. sein ein Vermächtnis: dann muss die Willenserklärung in einer der für die letztwilligen Verfügungen vorgeschriebenen Formen erfolgt sein (Art. 498 ff.; 657 Abs. 2).⁵⁾ Oder der Rechtsgrund kann sein ein Ehevertrag: dann muss die Willenserklärung in der für den Ehevertrag verlangten Form abgegeben worden sein (Art. 181, 199, 657 Abs. 2).⁶⁾ — Meistens ist der Rechtsgrund ein Vertrag unter beliebigen Personen, durch den sich die eine der andern gegenüber zur Übertragung von Grundeigentum oder zur Be-

⁴⁾ Bei der Anerkennung durch eine Verfügung von Todes wegen sind die für die Verfügungen von Todes wegen vorgeschriebenen Formen zu beachten.

⁵⁾ Der gesetzliche oder eingesetzte Erbe wird von Gesetzes wegen Eigentümer aller Erbschaftssachen, also auch der Grundstücke. Dagegen kann er erst nach erfolgter Eintragung seines Eigentums grundbuchlich über sie verfügen. Art. 656 Abs. 2, 665 Abs. 2.

⁶⁾ Beim Ehevertrag ist die Eintragung zum Eigentumsvererb Dritten gegenüber notwendig. Art. 248, 665 Abs. 3, Verordnung über das Güterrechtsregister Art. 14, 26, 27.

gründung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstücke verpflichtet. Diese Verträge bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung, mit Ausnahme des Vertrages auf Begründung einer Grunddienstbarkeit, für den die blosse Schriftlichkeit genügt.⁷⁾ Demgemäß ist die öffentliche Beurkundung notwendig bei den Verträgen über die Veräußerung eines Grundstückes (Art. 657, 646 Abs. 3, OR Art. 216, 237, 243 Abs. 2), bei der Begründung von Dienstbarkeiten, die gesetzliche Eigentumsbeschränkungen aufheben (Art. 680, Abs. 2), bei der Begründung einer Nutzniessung oder eines Wohnrechtes (Art. 746 Abs. 2, 776 Abs. 3), bei der Errichtung einer Grundlast (Art. 783 Abs. 3) und beim Abschluss eines Grundpfandvertrages (Art. 799 Abs. 2, 646 Abs. 3). Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass alle Verträge, die die Veräußerung eines Grundstückes zum Gegenstand haben, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen, besteht für den Kaufvertrag auf einer freiwilligen öffentlichen Steigerung und für den Ertheilungsvertrag. Bei der öffentlichen freiwilligen Versteigerung tritt auch bei Liegenschaftskäufen die obligatorische Bindung der Parteien mit dem Zuschlag ein und der Erbteilungsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit, auch wenn es sich um Grundstücke handelt, der schriftlichen Form.⁸⁾

Mit den vorstehenden Ausführungen ist auch bereits gesagt, dass auf dem Gebiete des Sachenrechtes die öffentliche Beurkundung nur dann nötig ist, wenn das sachenrechtliche Verhältnis gestützt auf eine dahin zielende Willenserklärung der Beteiligten zur Entstehung gelangen

⁷⁾ Vergl. Art. 732, jedoch auch Art. 680 Abs. 2. Die blosse Schriftlichkeit genügt auch dann, wenn die Schaffung eines selbständigen und dauernden dinglichen Rechts beabsichtigt wird. Erst wenn dieses Recht durch Eröffnung eines eigenen Grundbuchblattes entstanden ist, ist es wie ein selbständiges Grundstück zu behandeln. (Vergl. Praxis III No. 28).

⁸⁾ OR Art. 229 Abs. 2, ZGB Art. 634 Abs. 2. Dem Erbteilungsvertrag sind gleichgestellt die Verträge über angefallene (Art. 635) oder noch nicht angefallene Erbanteile (Art. 636).

soll. Sie ist also einmal dann nicht nötig, wenn das dingliche Recht von Gesetzes wegen (mit oder ohne Zutun der Parteien) zur Entstehung gelangt, wie beim sogen. gesetzlichen Grundpfandrecht,⁹⁾ oder wenn die Änderung des dinglichen Rechtsbestandes erfolgen kann, ohne dass ihr ein dahin zielender Vertrag vorauszugehen braucht. Letzteres ist der Fall bei der Erbteilung, wenn sie als Teilung von Hand zu Hand (Realteilung) vorgenommen wird. Bei dieser Art der Teilung wird kein Teilungsvertrag abgeschlossen, die Erben binden sich nicht und können sich bis zur Durchführung der Teilung immer wieder anders entschliessen.¹⁰⁾ Ferner entsteht ein dingliches Recht, dem keine vertragliche Basis zugrunde liegt, bei der Ausstellung der Eigentümer- und Inhaberschuldbriefe und der Eigentümer- und Inhabergülten; die öffentliche Beurkundung fällt daher auch hier weg.¹¹⁾

III.

Wenn wir uns nun die Frage vorlegen, warum der schweizerische Zivilgesetzgeber in einer so grossen Zahl

⁹⁾ Bei der Erhöhung des Zinsfusses für grundpfandversicherte Forderungen ist zwar der Eintrag ins Grundbuch, nicht aber die öffentliche Beurkundung notwendig, da sich die Pfandhaft von Gesetzeswegen auch auf die Zinse erstreckt (vergl. die bundesarbeitliche Praxis, Bundesblatt 1913 II 303; 1916 I 316; ferner Huber, Zum schweiz. Sachenrecht S. 61 Anm. 1).

¹⁰⁾ Vergl. Art. 634 Abs. 1 erster Fall und Grundbuchverordnung Art. 18; Huber, Zum schweiz. Sachenrecht S. 99 und 101 Anm. 2; Leemann, Schweiz. Juristenzeitung 10. Jahrg. S. 97, sowie den Entscheid des Bundesrates vom 4. Mai 1917 (Schweiz. Juristenzeitung 13. Jahrg. S. 384 ff).

¹¹⁾ Vergl. Art. 859, 963 und Grundbuchverordnung Art. 20. Bei der in Absatz 2 dieses Art. 20 den Kantonen eingeräumten Befugnis, die Anmeldung solcher Schuldbriefe und Gültigen zur Eintragung durch eine Urkundsperson zu verlangen, handelt es sich nicht um eine öffentliche Beurkundung in dem hier besprochenen Sinn. Die Kantone können übrigens von dieser Befugnis nur auf dem Wege der Gesetzgebung Gebrauch machen (BE 45 I 315 ff.; Praxis VIII No. 159).

von Fällen die öffentliche Beurkundung als unerlässliche Form für die Verbindlichkeit der abgegebenen Willenserklärung vorsieht, so führt uns das zu der weiteren Frage, warum denn überhaupt das moderne Privatrecht einen so grossen Reichtum an Formvorschriften aufweist. Ganz einfach deshalb, weil man in den letzten Jahrhunderten mit einer an das gemeine Recht sich anlehnenden, sehr weitgehenden Formlosigkeit keine guten Erfahrungen gemacht hat und weil die heutige Zeit mit ihren stark entwickelten Verkehrsverhältnissen diese weitgehende Formlosigkeit noch weniger ertragen könnte. Es haben sich dabei sowohl für die direkt beteiligten Parteien als namentlich auch für die nur indirekt berührten Drittpersonen schwere Übelstände herausgebildet. Den letztern ist man namentlich mit der Ausbildung eines ausgedehnten Registersystems entgegengetreten. Dem Schutze der Parteien aber dienen vorzugsweise die Formen der Schriftlichkeit und der öffentlichen Beurkundung.

Bei der öffentlichen Beurkundung wird die Schriftlichkeit nicht durch die Parteien selbst, sondern durch die Urkundsperson, oder doch zum mindesten unter Mitwirkung der Urkundsperson hergestellt. Mit dieser erhöhten Anforderung soll der Schutz der Parteien nach verschiedener Richtung verstärkt werden. Die umständliche Inanspruchnahme einer Drittperson gewährt den Parteien unter allen Umständen eine gewisse Zeit zur Überlegung und damit die Möglichkeit, übereilte Willensentschlies-sungen rückgängig zu machen. Weiter ist die öffentliche Beurkundung besser als die blosse Schriftlichkeit geeignet, den Parteien den Übergang von den blossen Vorverhand-lungen zum endgültigen Geschäftsabschluss zum Bewusstsein zu bringen. Und endlich darf man annehmen, dass bei geschäftsunkundigen Kontrahenten die Mitwirkung der Urkundsperson eine gewisse Gewähr für eine richtigere und vollständigere Wiedergabe des Parteiwillens bietet und dass sie auch geeignet ist, krassen Übervorteilungen durch die geschäftskundigere Partei entgegenzuwirken.

Das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung wird daher für diejenigen Rechtsgeschäfte aufgestellt, die für die Parteien von besonderer Wichtigkeit sind oder bei denen nicht leicht übersehbare Verhältnisse oder andere Begleitumstände erfahrungsgemäss eine besondere Vorsicht als angezeigt erscheinen lassen.¹²⁾

So dient denn die Form der öffentlichen Urkunde in erster Linie zum Schutze der Parteien. Wir würden aber fehlgehen, wenn wir annehmen wollten, dass sie nur dem Schutze der Parteien diene. Sie kommt unter Umständen auch Dritten, die durch das Geschäft früher oder später in Mitleidenschaft gezogen werden können, zugute. Freilich nicht direkt, wohl aber indirekt, indem durch die öffentliche Urkunde eine zuverlässige Grundlage für den im Interesse Dritter verlangten Registereintrag geschaffen wird. Diese doppelte Funktion der öffentlichen Urkunde ist offenkundig bei den Eheverträgen und bei den Verträgen, die dingliche Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben. Wenn z. B. beim Ehevertrag durch die Mitwirkung der Urkundsperson dafür gesorgt wird, dass die Kontrahenten ihrem Vertrag auch wirklich einen der Güterstände des ZGB zugrunde legen, so wird damit nach erfolgter Eintragung des Ehevertrages ins Güterrechtsregister die rechtliche Tragweite des Vertrages auch Dritten gegenüber abgeklärt. Und wenn bei Verträgen über dingliche Rechte an Grundstücken für eine richtige und vollständige Wiedergabe des Parteiwillens gesorgt wird, so kommt dieser Umstand nicht nur den direkt beteiligten Parteien zugute,

¹²⁾ Beim Requisit der Wichtigkeit fällt die ganze Stellung der Parteien als sittliche und wirtschaftliche Persönlichkeiten in Betracht. Zu den Begleitumständen, die eine besondere Vorsicht als angezeigt erscheinen lassen, gehört z. B. das nahe persönliche Verhältnis der Parteien (als Ehegatten, Verwandte), das die richtige „Geschäftsstimmung“ nicht aufkommen lässt, sodass den Parteien die Tragweite ihrer Willenserklärung oft nicht recht klar ist.

sondern er bildet zugleich die notwendige Grundlage für eine zuverlässige Grundbuchführung.¹³⁾

IV.

Da der Zivilgesetzgeber das Requisit der öffentlichen Beurkundung für das Zustandekommen zivilrechtlicher Verhältnisse aufgestellt hat, sah er sich auch vor die Notwendigkeit versetzt, dafür zu sorgen, dass dieses Requisit erfüllt und damit das Privatrecht verwirklicht werden kann. Nun bildet aber die Beurkundung einer Willenserklärung durch eine amtlich dazu bestellte oder doch bevollmächtigte Person mit der bereits besprochenen Wirkung einen Teil der sogen. nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, gehört also dem öffentlichen Rechte an. Wir haben es somit mit einem jener vielen Fällen zu tun, in denen zur Verwirklichung des Privatrechtes eine Mitwirkung staatlicher oder doch vom Staate autorisierter Organe nicht entbehrlich ist. In diesen Fällen bleibt dem Bundesgesetzgeber nichts anderes übrig, als entweder diese Organe selber zu schaffen oder aber die in den Kantonen bereits vorhandenen oder von den Kantonen noch zu schaffenden Organe für seine privatrechtlichen Zwecke in Anspruch zu nehmen. Das erstere bildet die Ausnahme und erfolgt nur, wo es absolut notwendig ist, wie zur Durchführung der privatrechtlichen Gesetzgebung auf dem Gebiete des Marken-, Urheber- und Erfinderrechtes. Nimmt der Bund kantonale Organe in Anspruch, so muss ihm auch das Recht zustehen, die zuständigen Organe zu bezeichnen und das von ihnen einzuhaltende Verfahren vorzuschreiben, ja sogar auch die Aufsicht und die Verant-

¹³⁾ Vergl. über den Zweck der Formen, insbesondere der öffentl. Beurkundung: Erläuterungen zum VE 2. Ausg. I 26, II 82; Stenogr. Bulletin XVI 528, 1262; Huber, Zum schweiz. Sachenrecht 81 ff.; Blumenstein, Monatsschrift II 540 ff., 551 ff.; Haccius, a. a. O. 10 ff., 57 ff., 71 ff., 87 ff., 96; BE 39 II 226 oben.

wortlichkeit dieser Behörden einheitlich zu ordnen, so weit das alles für die Durchführung der vom Bunde verfolgten privatrechtlichen Zwecke notwendig ist. Ich verweise in dieser Beziehung auf die eingehende bundesrechtliche Ordnung auf dem Gebiete der Vormundschaft und der Führung der vielen in der privatrechtlichen Gesetzgebung vorgesehenen öffentlichen Bücher und Register.¹⁴⁾ Bei der öffentlichen Beurkundung hat der Bundesgesetzgeber davon abgesehen, Vorschriften über die kompetenten Organe und über das einzuschlagende Verfahren aufzustellen und sich damit begnügt, die Kantone in Art. 55 des Schlusstitels zu verpflichten, dafür zu sorgen, dass auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung nach Massgabe kantonaler Vorschriften hergestellt werden kann. Die Kantone sind dazu verpflichtet, weil diese öffentlich rechtliche Hilfe zur Erreichung der vom Bunde verfolgten privatrechtlichen Zwecke unerlässlich ist.

Dieser Verzicht des Bundes, auf dem Gebiete der öffentlichen Beurkundung selbst einheitliche Vorschriften zu erlassen, ändert aber nichts an der Tatsache, dass auch dieser Verwaltungszweig, wie die übrigen öffentlich-rechtlichen Hilfseinrichtungen der Kantone, vom Standpunkt des Bundesrechtes aus nicht Selbstzweck, sondern lediglich Mittel zum Zweck ist. Die Kantone dürfen daher auch auf diesem Gebiet keine Vorschriften aufstellen, die geeignet sind, die vom Bund gewollte privatrechtliche Ordnung zu verunmöglichen oder ungebührlich zu erschweren. „Die Rechtsordnung bildet eine teleologische Einheit; die Kantone dürfen nicht durch ihre Normen

¹⁴⁾ Vergl. über die Kompetenz des Bundes zum Erlasse öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die zur Durchführung der privatrechtlichen Ordnung notwendig sind, die Ausführungen der bundesrätl. Botschaft zum ZGB S. 11 ff.; ferner Burckhardt, Kommentar zu Art. 64 der Bundesverfassung und Egger, Zum sächlichen Geltungsbereich des schweiz. Zivilgesetzbuches (in der Festgabe der rechts- und staatswissenschaftl. Fakultät Zürich an den schweiz. Juristenverein) S. 178 ff.

zerstören, was der eidgenössische Gesetzgeber aufgebaut hat, sie dürfen nicht den Zwecken widerstreben, die er fördern wollte. Deshalb lässt sich die Kompetenz der Kantone, öffentlich-rechtliche Normen über einen Gegenstand aufzustellen, nicht mit dem blossen Hinweis auf die öffentlich-rechtliche Natur der Normen begründen, sondern es bedarf noch des Nachweises, dass die Zweckrichtung dieser kantonalen Ordnung den Zwecken der eidgenössischen Regelung nicht zuwider ist.“¹⁵⁾ So hat denn auch z. B. der Bundesrat als Oberaufsichtsbehörde über die Grundbuchführung wiederholt erklärt, dass die Praxis der Kantone im Gebührenwesen nicht etwa die Anwendung eines Institutes des eidgenössischen Rechtes unmöglich machen oder über Gebühr erschweren dürfe.¹⁶⁾ Und anlässlich der Genehmigung der kantonalen Einführungsgesetze sind verschiedene Kantone durch die Bundesbehörde darauf aufmerksam gemacht worden, dass die Kantone nicht zuständig sind, bei den Grundbuchanmeldungen die Legalisation der Unterschriften für alle Fälle obligatorisch zu erklären. Leider scheint in neuester Zeit bei den eidgenössischen Grundbuchbehörden eine andere Auffassung Platz greifen zu wollen: im Jahre 1920 wurde eine Bestimmung einer kantonalen Notariatsverordnung, die gewisse, nach Bundesrecht zulässige Vertretungsverhältnisse als unzulässig erklärte, gegenüber einem Beschwerdeführer mit der Begründung geschützt, dass diese kantonale Bestimmung zwar über die Ordnung des Bundesprivatrechtes hinausgehe, dass es den Kantonen auf Grund ihrer Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiete der öffentlichen Beurkundung aber gestattet sein müsse, „in dieser Weise über das Bundeszivilrecht hinauszugehen“.¹⁷⁾ Diese

¹⁵⁾ Burckhardt, Kommentar zur Bundesverfassung S. 608.

¹⁶⁾ Vergl. Bundesblatt 1915 I 301, 1916 I 314 und Ostertag, Kommentar zu Art. 954.

¹⁷⁾ Und dabei handelte es sich nicht einmal um eine kantonale Gesetzesbestimmung! Erfreulicherweise hat in der Folge der Regierungsrat des Kantons Aargau (es handelte sich um die

Auffassung ist unhaltbar. Die Frage, ob beim Abschluss eines Rechtsgeschäftes eine Stellvertretung zulässig ist, ist in allen Fällen eine Frage des materiellen Privatrechts und hat mit der Form, in der die einzelnen Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden müssen, an sich nichts zu tun. Die öffentliche Beurkundung ist lediglich eine öffentlich-rechtliche Hilfe zur Erreichung des vom Bunde geförderten privatrechtlichen Zweckes und es steht den Kantonen nicht zu, anlässlich dieser Hilfeleistung die privatrechtlichen Normen des Bundes auf ihre Angemessenheit zu überprüfen.

V.

Innert den so gezogenen Grenzen wird das Institut der öffentlichen Beurkundung durch das kantonale Recht geordnet (vorbehalten besondere bundesrechtliche Vorschriften bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung, beim Erbvertrag, beim Verpfändungsvertrag, beim Ehevertrag und beim Vertrag auf Begründung einer Gemeinderschaft, von denen noch die Rede sein wird). Und zwar ist der Rechtszustand in den einzelnen Kantonen ein sehr verschiedenartiger, entsprechend der verschiedenen historischen Entwicklung, die das Institut in den einzelnen Landesgegenden durchgemacht hat. Während die Westschweiz seit langem ein ausgebildetes Berufsnotariat besitzt, war die öffentliche Beurkundung in der ganzen Ostschweiz nur sehr wenig verbreitet, so dass viele Kantone erst noch ihre Einrichtungen ausbauen mussten, um den Anforderungen des neuen Rechtes gerecht zu werden. Heute besitzen das sogen. Berufsnotariat (d. h.

Bestimmung des Art. 33 Abs. 2 der aargauischen Notariatsordnung) auf Grund eines Rechtsgutachtens von Ständerat Isler von sich aus sämtliche Grundbuchämter angewiesen, die angefochtene kantonale Verordnungsbestimmung, soweit sie über das eidg. Privatrecht hinaus geht, nicht mehr anzuwenden. Vergl. Schweiz. Juristenzeitung 17. Jahrg. S. 361 und Schweiz. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht 1. Jahrg. S. 110 ff.

das Notariat als staatlich autorisierten Beruf öffentlichen Charakters) die Kantone Bern, Uri, Freiburg, Solothurn, Basel-Stadt, Aargau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf. In diesen Kantonen liegt die Beurkundungstätigkeit grundsätzlich den Berufsnotaren ob, was jedoch nicht ausschliesst, dass für bestimmte, in der kantonalen Gesetzgebung ausdrücklich erwähnte Beurkundungsfälle gewisse Beamte, sei es neben den Berufsnotaren oder sogar an Stelle derselben (also ausschliesslich) zuständig sind. Mit Ausnahme der Kantone Freiburg und Genf ist die Zahl der Berufsnotare in diesen Kantonen eine unbeschränkte, d. h. es kann jeder den Beruf ausüben, der den gestellten Anforderungen genügt. Eine andere Gruppe von Kantonen (Zürich, Schwyz, Graubünden und Thurgau) hat das Notariat behördlich organisiert, d. h. die Beurkundungstätigkeit auf gewisse Beamte konzentriert, deren Rechtsstellung in der Verwaltung vorwiegend durch diese Funktion bestimmt wird, wobei jedoch auch in diesen Kantonen für bestimmte Fälle andere Beamte zuständig sein können. Die übrigen Kantone endlich haben die Beurkundungstätigkeit nicht selbstständig organisiert, sondern dieselbe zum Kompetenzkreis von bestimmten Beamten, meistens der Gemeinde-, Bezirks- und Landschreiber geschlagen. Entsprechend dieser grundverschiedenen Organisation sind denn natürlich auch die Anforderungen, die an die Urkundspersonen hinsichtlich ihrer beruflichen Ausbildung gestellt werden, sehr verschiedene. Die Rechte und Pflichten der Urkundspersonen, ihr Aufgabenkreis und ihre Amtsführung werden ebenfalls durch die Kantone geordnet, so die Verschwiegenheitspflicht, die Ausstandspflicht, eine allfällige Kautionspflicht, die Verwahrung und Registrierung der Urkunden. Die Kantone ordnen sodann die staatliche Aufsicht (mit Einschluss des Beschwerdeverfahrens und der Disziplinarmittel); sie sind auch befugt, auf dem Wege der Gesetzgebung besondere Vorschriften über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Urkundspersonen aufzustellen

(OR Art. 61). Auch die Ordnung des Beurkundungsverfahrens ist Sache der Kantone. Sie bestimmen, ob die Parteien gleichzeitig anwesend sein müssen, ob die Beurkundung in ihrer Gegenwart stattzufinden hat, ob die Parteien die Urkunde unterzeichnen müssen. Die Kantone ordnen ferner die äussere Form der Urkunde (Unterschrift und Siegel der Urkundsperson, Zulässigkeit der Maschinenschrift u. dergl.). Sie setzen die Gebühren fest, die jedoch nicht so hoch bemessen sein dürfen, dass dadurch die Verwendung des Institutes der öffentlichen Beurkundung für die vom Bund vorgesehenen Zwecke verunmöglicht oder über Gebühr erschwert wird.¹⁸⁾

Die Kompetenz der Kantone zur Regelung des Beurkundungswesens erfährt nun aber für diejenigen Rechtsgeschäfte eine wichtige Ausnahme, bei denen der Bund selbst Vorschriften über ihre Beurkundung aufgestellt hat. Am weitesten ist er in dieser Beziehung bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung (Art. 499 ff.) gegangen, wo der eidgenössische Gesetzgeber in dem Bestreben, diese Verfügung in einheitlicher, möglichst einfacher und doch sicherer Weise zu ermöglichen, eingehende verurkundungstechnische Vorschriften in das ZGB aufgenommen hat. Diese Vorschriften bilden ein in sich geschlossenes Ganzes und dürfen von den Kantonen weder vereinfacht noch kompliziert werden. Sie gelten auch für den Erbvertrag und für den Verpfändungsvertrag mit der Ergänzung, dass — da es sich in diesen Fällen um zweiseitige Rechtsgeschäfte handelt — die Vertragsschliessenden dem Beamten ihren Willen gleichzeitig zu erklären und die Urkunde vor ihm und den zwei Zeugen zu unterschreiben haben (Art. 512; OR Art. 522). Beim Vertragsabschluss über die Begründung einer Gemeinderschaft (Art. 337) hat sich der Bundesgesetzgeber damit begnügt, die Unterschrift aller Gemeinder oder ihrer Vertreter zu verlangen, während

¹⁸⁾ Vergl. Anm. 16.

beim Ehevertrag unter allen Umständen die Unterschriften der vertragsschliessenden Personen selbst verlangt werden, zu denen dann gegebenenfalls noch die Unterschriften ihrer gesetzlichen Vertreter hinzukommen müssen.¹⁹⁾

Soweit die Kantone das Beurkundungswesen regeln können, sind sie auch befugt, die Folgen der Nichtbeachtung der von ihnen aufgestellten Vorschriften näher zu regeln, also insbesondere zu bestimmen, ob es sich jeweils um Gültigkeits- oder um blosse Ordnungsvorschriften handelt.²⁰⁾

Dagegen muss demgegenüber eines betont werden: die Kantone können zwar die Folgen der Nichteinhaltung der von ihnen erlassenen Vorschriften ordnen, der Begriff der öffentlichen Urkunde selbst aber gehört dem Bundesrechte an. Das Bundesgericht muss daher auch kompetent sein (vorausgesetzt natürlich, dass die übrigen Erfordernisse seiner Kompetenz gegeben sind), zu prüfen, ob im einzelnen Fall überhaupt eine öffentliche Urkunde im Sinne des Bundesrechts vorliegt. Das ZGB sagt nicht ausdrücklich, was es unter der von ihm verlangten „öffentlichen Beurkundung“ versteht. Es setzt also — seiner Technik entsprechend — einen von ihm gebrauchten Begriff auch hier wie noch in vielen andern Fällen, als bekannt voraus. Und da ist nun festzustellen, dass, gestützt auf die geschichtliche Entwicklung dieses Instituts und seine Verwendung im modernen Recht unter „öffentlicher Beurkundung“ allgemein (nicht nur in der Schweiz) verstanden wird die Festlegung einer rechtlich relevanten Tatsache durch die hiezu kompetenten öffentlichen Organe zum Zwecke der Überlieferung.²¹⁾ Das gehört zum Wesen der öffentlichen Beurkundung: durch die Mit-

¹⁹⁾ Art. 181, 199. Die Unterschrift des gesetzlichen Vertreters vermag also die Unterschrift der Kontrahenten selbst nicht zu ersetzen; die rechtsgeschäftliche Stellvertretung ist ausgeschlossen. Vergl. Huber, Zum schweiz. Sachenrecht S. 102 Anm. 1.

²⁰⁾ Vergl. BE 39 II 608, 46 II 230; Praxis II No. 244, IX No. 112.

²¹⁾ Vergl. oben I. Ferner: Blumenstein (Monatsschrift II 517 ff.), Reichel (Monatsschrift III 195 ff.); Schneider a. a. O.

wirkung des öffentlichen Organs bei der Aufsetzung des Vertrages unterscheidet sich die öffentliche Beurkundung von der privaten Beurkundung. Das öffentliche Organ muss bei der Aufsetzung der Urkunde selbst mitwirken; seine Mitwirkung darf sich nicht auf Feststellungen nach dem Abschluss des Vertrages beschränken, wie Beglaubigung der Unterschrift u. dergl. (Unterscheidung der öffentlichen Beurkundung eines Rechtsgeschäftes von der blossen Beglaubigung von Einzeltatsachen).²²⁾

Dass der Begriff der öffentlichen Beurkundung in diesem Sinne ein Begriff des Bundesrechtes sein muss, ergibt sich auch ohne weiteres aus dem Zweck, den der Bundesgesetzgeber mit diesem Erfordernis bei den einzelnen Rechtsgeschäften verfolgt: es sollen vor allem die Parteien vor unüberlegten Vertragsabschlüssen geschützt werden und es soll weiter eine sichere Grundlage für die Eintragung in öffentliche Register, insbesondere für die Eintragung ins Grundbuch, geschaffen werden

75 ff.; Haccius a. a. O. 31 ff.; Wieland N. 2 zu Art. 657 ZGB; Leemann, N. 1 und 23 zu Art. 657; Gmür, N. 3—5, 12 zu Art. 9; Curti, N. 2 zu Art. 9; Rietsch, Handbuch der Urkundwissenschaft 2. Aufl. S. 40; Code civil français Art. 1317: „L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.“ Das deutsche BGB spricht von „gerichtlicher oder notarieller Beurkundung“ (vergl. das Einf. Ges. zum BGB Art. 141), was das ZGB bei der so verschiedenartigen Organisation des Beurkundungswesens in den Kantonen vermeiden musste.

²²⁾ Vergl. Schneider, a. a. O. 82 ff.; Erläuterungen zum Vorentwurf I 26: „Besser daher, man schreibe gerade die öffentliche Beurkundung vor, als welche wir die Schriftlichkeit betrachten, die nach den Vorschriften der einzelnen kantonalen Rechte durch eine öffentliche Urkundsperson (Notar oder andern Beamten) hergestellt wird“ (fast wörtlich wiederholt auf S. 92). Vergl. auch Huber, Zum schweiz. Sachenrecht, S. 88, wo betont wird, dass allgemein nur der Grundsatz gelte, dass die Urkunde unter der Verantwortlichkeit und mit der Autorität einer öffentlichen Urkundsperson aufgesetzt sein müsse. Wie das geschehe, werde durch das kantonale Recht geordnet.

(vergl. oben III.). Es liegt also z. B. in folgendem Fall eine öffentliche Beurkundung nicht vor: die Parteien schliessen einen schriftlichen Vertrag ab, den sie datieren und mit ihren Unterschriften versehen. Am folgenden Tag übergeben sie den Vertrag dem Grundbuchführer und beantworten dessen Frage, ob sie einig seien, mit „ja“. Der Grundbuchführer bringt hierauf am Schlusse des ihm eingereichten Vertrages folgende Bemerkung an: „Der Unterzeichnete beurkundet hiermit, dass vorliegende Urkunde von den Kontrahenten, die handlungs- und verfüfungsfähig sind, vorgelegt und unterschrieben wurde und den Willen der Parteien enthält.“ Das ist keine öffentliche Urkunde im Sinne des Bundesrechts, ganz abgesehen von der Einhaltung oder Nichteinhaltung der kantonalen Vorschriften. Denn die Urkundsperson hat hier beim Vertragsabschluss nicht selbst mitgewirkt. Demgemäß hat sie sich denn auch nicht einmal davon überzeugen können, ob beiden Parteien die sämtlichen Vertragsbestimmungen überhaupt bekannt sind, geschweige denn, ob der Wille der Vertragsschliessenden richtig und vollständig zum Ausdruck gelangte. Es handelt sich hier lediglich um eine Privaturkunde, auf der die Urkundsperson nachträglich einzelne Tatsachen bezeugt hat, aber nicht um die öffentliche Beurkundung des Rechtsgeschäftes. Dieser Mangel geht in unserem Fall aus der Urkunde selbst hervor; wäre dies nicht der Fall, so müsste derjenigen Partei, die die Unverbindlichkeit des Geschäftes behauptet, gestützt auf ZGB Art. 9 Abs. 2 gestattet werden, auch auf andere Weise den Nachweis zu erbringen, dass die Urkundsperson beim Vertragsabschluss tatsächlich nicht mitgewirkt hat.

VI.

Es ist in neuester Zeit die Ansicht geäussert worden, dass die zurzeit in der Schweiz geltende Ordnung über die öffentliche Beurkundung eine ungenügende sei und deshalb dem Abschluss eines Konkordates unter den Kan-

tonen oder aber einer Ergänzung des eidgenössischen Zivilrechtes rufe.²³⁾ Man hat auch schon die Frage aufgeworfen, ob sich nicht geradezu der Erlass eines Bundesgesetzes über das Beurkundungswesen empfehlen würde, um damit an Stelle der grossen Verschiedenheiten in der Organisation und im Verfahren eine einheitliche Ordnung treten zu lassen. Ein Versuch in letzterer Richtung müsste indessen auf unüberwindliche Schwierigkeiten stossen. Einmal Schwierigkeiten praktischer Natur, die gerade in der grossen Verschiedenheit der Einrichtungen und Auffassungen in den einzelnen Landesteilen ihren Grund haben und eine Einigung auf einer mittleren Linie kaum erhoffen lassen. Dann aber auch Bedenken verfassungsrechtlicher Natur. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass der Bund gestützt auf seine Gesetzgebungshoheit auf dem Gebiete des Zivilrechts zur Ordnung der ins öffentliche Recht einschlagenden nichtstreitigen Gerichtsbarkeit nur insoweit zuständig ist, als zur Durchsetzung der vom Bund verfolgten zivilrechtlichen Zwecke eine einheitliche Ordnung als dringend geboten erscheint. Der Bundesgesetzgeber hat vor zehn Jahren diese Notwendigkeit verneint und die seitherige Entwicklung scheint — ein abschliessendes Urteil ist heute allerdings noch nicht möglich — diese Auffassung zu bestätigen: aus der Verschiedenheit der kantonalen Beurkundungsrechte an sich sind bis jetzt keine Schwierigkeiten entstanden.

Der Wunsch nach einer Ergänzung des Bundes-Zivilrechts oder nach dem Abschluss eines Konkordates unter den Kantonen ist im Zusammenhang mit einer Kontroverse entstanden, die mit der Verschiedenheit der kantonalen Beurkundungsrechte an sich nichts zu tun hat. Es ist nämlich in der Literatur — zuerst von Blumenstein²⁴⁾ und in neuester Zeit auch von Guhl²³⁾ — die Auffassung

²³⁾ Guhl, in der Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen Bd. 18 Heft 7 und 8.

²⁴⁾ Blumenstein, Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit des bernischen Notariats (Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen Bd. 11 S. 241 ff.).

zu begründen versucht worden, dass der zu einer Weltregel gewordene Satz, wonach obligatorische Verträge überall im Inland — und unter Vorbehalt des ordre public international auch überall im Ausland — abgeschlossen werden können, dann nicht gelte, wenn in einem Schweizerkanton nach den Vorschriften des Errichtungsortes ein Vertrag abgeschlossen wird, der ein in einem andern Kanton gelegenes Grundstück oder ein dingliches Recht an einem solchen zum Gegenstand hat. Die Parteien seien in diesem Falle — auch zur obligatorischen Verpflichtung — genötigt, eine Urkunde nach dem Recht am Ort der gelegenen Sache errichten zu lassen, d. h. sie oder ihre Vertreter müssten sich in den Kanton der gelegenen Sache begeben. Tauschgeschäfte über Grundstücke, die in verschiedenen Kantonen liegen, könnten — wenn diese Behauptung richtig wäre — überhaupt nicht abgeschlossen werden, da die jeweilige Urkundsperson ja nur die Pflicht zur Veräusserung des in ihrem Kanton gelegenen Grundstückes gültig verurkunden könnte. Oder man denke an den Übergang grosser Unternehmungen, wie z. B. des Elektrizitätswerkes Montbovon an die Entreprises électriques fribourgeoises, wo das Eigentum an Grundstücken in den Kantonen Freiburg, Bern und Waadt zu übertragen war. In einem solchen Falle müssten auch für die blosse obligatorische Bindung Verträge in den verschiedenen Kantonen abgeschlossen werden.²⁵⁾ Sollte diese Auffassung in der Gerichtspraxis durchdringen, so müsste dies zu einer schweren Fesselung der Vertragschliessung führen, wie sie in keinem andern Lande vorkommt und wohl auch bei uns auf die Dauer kaum ertragen würde.²⁶⁾

²⁵⁾ Über die von den gleichen Autoren vertretene Auffassung, dass die nach dem kantonalen Recht der gelegenen Sache zuständige Urkundsperson befugt sei, im ganzen Gebiete der Schweiz Kaufverträge zu verurkunden, vergl. unten.

²⁶⁾ Ich habe indessen auch schon die Auffassung vertreten hören, die ausschliessliche Zuständigkeit der Urkundsperson im

Die angeblich ausschliessliche Kompetenz der Urkundsperson im Kanton der gelegenen Sache wird wie folgt begründet: Bis zum Inkrafttreten des ZGB sei in

Kanton der gelegenen Sache werde nicht als lästig empfunden und sei agrarpolitisch aus folgenden Gründen zu begrüssen: 1. Die vertragliche Bindung werde noch um etwas hinaus geschoben, die Erschwerung, die der Bundesgesetzgeber bereits mit dem Erfordernis der öffentlichen Beurkundung gewollt habe, werde noch etwas verstärkt. 2. Die Lösung sei die einfachere, weil die auswärtige Beurkundung Vorbereitungen (Auszüge aus dem Grundbuch, Identitätsausweise) erfordere, die bei der Beurkundung vor dem Grundbuchführer am Ort der gelegenen Sache entfallen. 3. Angesichts der grossen Verschiedenheiten in den kantonalen Beurkundungsrechten müssten die Kantone das Recht haben, Gewähr dafür zu verlangen, dass das Grundbuchamt es nur mit Instrumenten zu tun habe, die eine wirklich geeignete Grundlage für die Grundbucheinträge abgeben.

Dazu möchte ich folgendes bemerken: Zu 1.: Wenn der Bundesgesetzgeber den Geschäftsabschluss noch mehr hätte erschweren wollen als er es mit dem Erfordernis der öffentlichen Beurkundung schon getan hat, so hätte er ja die Mittel dazu selbst in der Hand gehabt (qualifizierte öffentliche Beurkundung, Rücktritt gegen Bezahlung von Reugeld usw.). Jedenfalls aber scheint es mir nicht angängig, in mehr oder weniger willkürlicher Weise eine noch weitergehende Erschwerung nur für einzelne Fälle zu schaffen, die zudem m. E. mit der Agrarpolitik kaum etwas zu tun haben. Wenn der Landwirt sein Heimwesen verkauft oder zerstückelt, so erfolgt das regelmässig nicht in der Weise, dass er sich zu diesem Zwecke in einen andern Kanton begibt, sondern der Güterhändler sucht ihn in seinem Kanton auf. — Zu 2.: Man wird es wohl den Parteien überlassen müssen zu entscheiden, welche Lösung sie im einzelnen Fall als einfacher und weniger kostspielig betrachten. Wenn die Parteien z. B. in der Westschweiz wohnen und ein Grundstück in der Ostschweiz oder im Kanton Tessin verkaufen wollen, werden sie wohl die Beschaffung der nötigen Grundbuchauszüge vorziehen und den Identitätsnachweis werden sie an ihrem Wohnsitz, wo man sie eher kennt, weniger oft brauchen als am Ort der gelegenen Sache. Übrigens wäre das unter Ziff. 2 genannte Argument höchstens geeignet, das unter Ziff. 1 erwähnte wieder aufzuheben. Zu 3.: Dieses Resultat kann erreicht werden, ohne dass man die Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache für ausschliesslich zuständig erklärt. Vergl. unten VII.

der Schweiz die Auffassung unbestritten gewesen, dass für Verträge, die dingliche Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben, auch hinsichtlich ihrer Form ausschliesslich die *lex rei sitae* gelte, dass also der allgemeine Grundsatz *locus regit actum* auf solche Verträge keine Anwendung finde. An dieser Rechtslage, die im Einklang stehe mit der Wissenschaft des internationalen Privatrechts, sei durch das Inkrafttreten des ZGB nichts geändert worden, da das Beurkundungsrecht auch weiterhin kantonal geblieben sei. Es stehe also nichts entgegen, diesen in der Wissenschaft des internationalen Privatrechts gewonnenen Grundsatz weiterhin auf das interkantonale Recht zur Anwendung zu bringen.

Ich halte es nicht für zulässig, unter der Herrschaft des einheitlichen schweizerischen Privatrechts Grundsätze des internationalen Privatrechts auf das Verhältnis von Kanton zu Kanton zur Anwendung zu bringen. Da aber sowohl der Bundesrat als auch das Bundesgericht in einem Entscheide dieser Argumentation gefolgt sind,²⁷⁾ dürfen wir uns der Aufgabe nicht entziehen, uns unter diesem Vorbehalt auch mit der aufgeworfenen internationalprivatrechtlichen Frage zu beschäftigen. Ich gehe dabei vom Grundstückkauf aus; für die Verträge auf Begründung beschränkter dinglicher Rechte an Grundstücken gelten die gleichen Regeln.

Die Wissenschaft des internationalen Privatrechts unterscheidet scharf zwischen der obligatorischen Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums und dem als Erfüllung dieser Verpflichtung zu bewirkenden Eigentumsübergang. Für die Eingehung der obligatorischen Verpflichtung gilt auch bei Liegenschaftskäufen der Grund-

²⁷⁾ Vergl. den Entscheid des Bundesrates als Aufsichtsbehörde über das Grundbuchwesen vom 25. April 1916 (Schw. Jur. Ztg. Jahrg. 12 S. 358 ff.), den Entscheid der ersten Zivilkammer des Bundesgerichts vom 8. November 1920 (BE 46II 391 ff.; Praxis, X No. 7) und die Kritik dieser Entscheide durch Leemann (Schweiz. Jur. Ztg. Jahrg. 17 S. 321 ff.).

satz locus regit actum; für die Form der Begründung des dinglichen Rechtes selbst aber ist (wie übrigens auch bei Mobilien) die lex rei sitae massgebend. „Man darf . . . nicht verwechseln den Akt der Erwerbung unmittelbar eines dinglichen Rechts selbst mit einem Rechtsgeschäft, welches diesen Erwerb erst zur weiteren Folge haben soll.“ Der Grund dieser Unterscheidung liegt, wie die Autoren übereinstimmend ausführen, darin, dass die obligatorische Verbindlichkeit nur zwischen den Parteien wirkt; „im Sachenrechte aber handelt es sich auch um die Einwirkung auf unbestimmte Dritte, und diese können dann nicht wohl des Schutzes beraubt werden, den besondere am Ort der Sache geltende Formen der Rechtsübertragung ihnen gewähren“. Haben die Parteien neben der obligatorischen Bindung auch den Eigentumsübergang bewirken wollen und kommt letzterer nicht zustande, weil die Form der lex rei sitae nicht beobachtet wurde, so würde „dieser obligatorische Vertrag dann in Gemässheit der Regel locus regit actum aufrecht zu erhalten sein und eine Klage auf Einräumung des dinglichen Rechts gewähren“ (v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts II 615—621; im gleichen Sinne äussert sich Meili, Das internationale Zivil- und Handelsrecht I 392, II 67, unter Verweisung auf die mit dieser Auffassung übereinstimmende italienische Theorie). Ganz auf dem gleichen Boden steht die französische Theorie: „On ne saurait admettre que la lex rei sitae doive toujours régir tous les contrats ayant pour objet des immeubles, puisque les contractants doivent être libres de disposer des immeubles tout comme des meubles, en tenant compte toutefois des principes de droit public du pays, aux magistrats duquels on demande de déclarer le contrat valable. En effet, la libre disposition est, sauf ces restrictions, inhérente au droit de propriété. Dès lors les prescriptions de la lex rei sitae ne s'appliqueront que dans le cas où elles auront pour objet d'empêcher que l'exercice de ce droit ne nuise à l'intérêt général, ou bien dans celui où les parties ont

choisi cette loi comme interprète de leur volonté.“ Im Anschluss daran wird dann auf das französische Gesetz vom Jahre 1855 verwiesen, das zur Geltendmachung des Eigentums Dritten gegenüber die Transcription vorschreibt. „Or il n'est pas contestable que c'est dans l'intérêt du crédit public, pour assurer la sécurité des transactions immobilières, que la formalité de la transcription a été exigée.“ (Vergl. Weiss, Traité théorique et pratique de Droit international privé, 2. Aufl. Bd. 4 S. 202 ff., 340—343). In Frankreich geht also — entsprechend dem System des französischen Rechts — sogar das Grundeigentum unter den Parteien über, ohne dass die Vorschriften der *lex rei sitae* beobachtet zu werden brauchen; letztere sind nur mit Bezug auf die Transskription massgebend.²⁸⁾ — Das Einführungsgesetz zum deutschen BGB hat den im internationalen Privatrecht geltenden Grundsatz, wonach die *lex rei sitae* nur für den Eigentumsübergang, nicht aber für die obligatorische Bindung gilt, in Art. 11 klar zum Ausdruck gebracht (vergl. auch den Planck'schen Kommentar zu diesem Artikel). — Und endlich: auch die schweizerische Gerichtspraxis hat sich den von der Wissenschaft des internationalen Privatrechts ausgebildeten Grundsätzen angeschlossen. Das zürcherische Obergericht hat wiederholt betont, es müsse bei Grundstückskäufen unterschieden werden zwischen den obligatorischen Wirkungen und dem Erwerb des dinglichen Rechts. Die obligationenrechtlichen Wirkungen treten

²⁸⁾ Anders bei Hypotheken. Von Bar (a. a. O. II 617) bezeichnet die Bestimmung des Code civ. fr. Art. 2128, wonach die Urkunde über eine Hypothek an einem französischen Grundstück nicht im Ausland aufgenommen werden kann, als eine „legislative Verirrung“; Weiss (a. a. O. 346) nennt sie eine „rigueur injustifiable“ und Weissler (Das öffentliche Urkundwesen der europäischen Staaten S. 432) eine „strenge Ausnahme“, die schon in Belgien nicht übernommen sei. — Vielleicht waren für diese französische Ausnahmeverordnung Erwägungen des ordre public international (möglichste Verhinderung der Bodenverschuldung dem Ausland gegenüber) massgebend.

dann ein, wenn der Vertrag hinsichtlich seiner Form entweder dem Recht des Errichtungsortes oder demjenigen Recht genüge, dem das Rechtsgeschäft hinsichtlich seines materiellen Inhaltes unterliege. Genau auf demselben Standpunkt steht der Appellationshof des Kantons Bern.²⁹⁾

Die vorstehenden Ausführungen verfolgten den Zweck, klarzulegen, dass die analoge Anwendung der Grundsätze des internationalen Privatrechtes nicht — wie behauptet worden ist — dazu führt, die Urkundsperson im Kanton der gelegenen Sache als ausschliesslich zuständig zu erklären, sondern dass sie umgekehrt dazu führen muss, bei allen in der Schweiz abgeschlossenen Grundstückskäufen die obligatorische Verpflichtung als zustandegekommen zu betrachten, wenn der Vertrag von der am Ort der Errichtung zuständigen Urkundsperson nach den dort geltenden Vorschriften verurkundet worden ist. Das kann uns aber nicht daran hindern, die analoge Anwendung der Grundsätze des internationalen Privatrechtes überhaupt abzulehnen. Es besteht heute in der Schweiz mit Bezug auf den Grundstückkauf kein verschiedenes Privatrecht mehr. Was verschieden ist, das sind die Vorschriften, wie die öffentliche Beurkundung hergestellt wird. Diese Vorschriften gehören aber unbestrittenmassen dem öffentlichen Rechte an. Wenn man also von interkantonalem Recht sprechen will, so kann es nicht interkantonales Privatrecht, sondern nur interkantonales öffentliches Recht sein und wenn man das internationale Recht analog anwenden will, so ist nicht das internationale Privatrecht, sondern das internationale öffentliche Recht analog anzuwenden. Einer

²⁹⁾ Bl. für zürch. Rechtssprechung Bd. 3 No. 61; Bd. 8 No. 111; Ztschr. d. bernischen Juristenvereins Bd. 50 S. 563. Vergl. auch Schneider, a. a. O. S. 89, der ausdrücklich darauf hinweist, dass für den Erwerb des dinglichen Rechts die *lex rei sitae* deshalb zur Anwendung kommen müsse, weil „der besondere Schutz, der hier namentlich indirekt beteiligten Dritten gewährt werden muss“ in der Regel nur in dieser Weise genügend gewährt werden könne und weil die Führung der Grundprotokolle und Grundbücher an eine bestimmte Amtsstelle gebunden sei.

der wichtigsten Grundsätze des internationalen öffentlichen Rechts lautet nun aber dahin, dass kein staatlicher Funktionär Amtshandlungen in einem andern Staat vornehmen darf ohne dessen Bewilligung. Die öffentliche Beurkundung ist auch da als eine amtliche Funktion aufzufassen, wo sie nicht von eigentlichen Beamten, sondern von dazu autorisierten Berufsnotaren ausgeübt wird. Das Wesentliche ist, dass diese die Beurkundungstätigkeit gestützt auf die ihnen vom Staat verliehene Autorität ausüben. Sehr zutreffend bemerkt in dieser Beziehung Blumenstein³⁰⁾, dass die öffentliche Beurkundung, gleichwie jede andere Äusserung der nicht streitigen Gerichtsbarkeit, einen Ausfluss staatlicher Hoheit darstelle und dass der öffentliche Glaube des Beurkundungsorgans und die aus diesem resultierende Eigenschaft der öffentlichen Urkunde auf dem dahin zielenden Willen des Staates beruhen. Er bezeichnet es deshalb mit Recht als unzulässig, dass z. B. ein Schweizer im Ausland vor einem dorthin gerufenen schweizerischen Notar eine öffentliche letztwillige Verfügung errichte. „Will daher der Testator nicht die Dienste eines ausländischen Notars in Anspruch nehmen, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als zum Zwecke der Testamentserrichtung in die Heimat zu reisen.“ Auch Guhl warnt vor der Praxis, ausserhalb des Kantonsgebietes, z. B. während eines Ferienaufenthaltes, einen Notar des Wohnsitzkantons herkommen und durch ihn eine öffentliche letztwillige Verfügung errichten zu lassen. Dagegen wollen beide Autoren auch hier wieder eine Ausnahme machen für diejenigen Rechtsgeschäfte, die dingliche Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben. Sie berufen sich auch hier wieder auf das internationale Privatrecht und die angebliche Geltung der *lex rei sitae*. Weiter wird geltend gemacht, dass das Grundstück sowohl mit Bezug auf die streitige als auch mit Bezug auf die

³⁰⁾ Blumenstein, Zur Frage der örtlichen Zuständigkeit des bernischen Notariates, Monatsschrift Bd. 11 S. 242—244.

nichtstreitige Gerichtsbarkeit sich ausschliesslich im Herrschaftsbereich des Kantons der gelegenen Sache befindet, so dass man, ohne interkantonale Schwierigkeiten befürchten zu müssen, den Urkundspersonen gestatten könne, die Beurkundungshandlungen, soweit sie dingliche Rechte an Liegenschaften ihres Kantons oder ihres Amtskreises betreffen, überall, im Amtskreis, im Kanton, in anderen Kantonen oder im Ausland vorzunehmen. Die einzige Voraussetzung dieser weitgreifenden Betätigung sei die Ermächtigung des Kantons, dem die Urkundsperson angehört. Denn, schreibt Blumenstein, „Hier ist der bernische Gesetzgeber nicht mehr an seine Landesgrenzen und ebensowenig an die Grundsätze des internationalen Privatrechts gebunden. Das Substrat des abzuschliessenden Rechtsgeschäftes, die Liegenschaft, befindet sich nämlich stets und ausschliesslich in seiner Gewalt. Er allein kann infolgedessen darüber verfügen, ob und unter welchen Bedingungen die Übertragung eines rechtsgeschäftlich errichteten oder übertragenen dinglichen Rechts, bezw. dessen Aufhebung im Grundbuch erfolgen kann und deshalb die Wirkung gegenüber Dritten erlangt.“³⁰⁾ Diese Argumentation versetzt uns zurück in die Zeit der Statutarrechte. Heute handelt es sich weniger darum, zu wissen, wer die Herrschaft über ein Grundstück ausübt, als einmal darum, ob ein nach dem einheitlichen schweizerischen Privatrecht gültig zustande gekommenes Rechtsgeschäft auch im Kanton der gelegenen Sache anzuerkennen ist. Und weiter darum, ob die durch die Urkundsperson der gelegenen Sache ausserhalb ihres Kantons ohne Einwilligung des Errichtungskantons (bezw. Staates) vorgenommenen Amtshandlungen nicht mit dem heutigen interkantonalen, bzw. internationalen öffentlichen Recht im Widerspruch steht. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass beide Fragen zu bejahen sind. Die Regierung des Kantons Zürich war daher im Recht, als sie sich bei den Bundesbehörden dagegen verwahrte, dass Urkundspersonen aus anderen Kantonen auf dem Gebiete des

Kantons Zürich öffentliche Beurkundungen vornehmen. Die Regierung des Kantons Aargau und das eidgenössische Justizdepartement anerkannten die Begründetheit dieses Einspruches, dagegen hat sich dann in der Folge der Bundesrat mit der schon erwähnten rechtsirrtümlichen Berufung auf das internationale Privatrecht auf den gegenständigen Standpunkt gestellt.³¹⁾

VII.

Steht somit einerseits fest, dass der in allen Staaten geltende allgemeine Grundsatz, wonach obligatorische Verträge überall im Inland — und unter Vorbehalt des ordre public international auch überall im Ausland — abgeschlossen werden können, auch hinsichtlich der obligatorischen Verpflichtung zur Übertragung oder Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken keine Ausnahme erleidet und steht andererseits ebenfalls fest, dass ein solcher Vertrag nur durch die nach dem Recht des Errichtungsortes zuständige Urkundsperson und nach den am Errichtungsort geltenden Vorschriften verurkundet werden können, so kann auch über die rechtliche Tragweite der in Art. 55 des Schlusstitels gebrauchten Wendung „Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird“ ein Zweifel nicht mehr bestehen. Die öffentliche Beurkundung ist nichts anderes als eine qualifizierte Form der Schriftlichkeit und jeder Kanton ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass diese Form auf seinem Gebiete erfüllt werden kann. Mit Rücksicht darauf, dass das Beurkundungsrecht der Kantone in seiner Stellung zum Bundesrecht sich lediglich als eine öffentlich-rechtliche Hilfe zur Erreichung der vom Bunde geförderten privatrechtlichen Zwecke darstellt, ist schon gesagt worden, dass die in Ausführung des Art. 55 des Schlusstitels erlassenen kantonalen Be-

³¹⁾ Vergl. Schw. Jur. Ztg. Jahrg. 12 S. 339 ff., 358 ff.

stimmungen „kraft einer Delegation des Bundesgesetzgebers“ erlassen worden seien.³²⁾ Jedenfalls aber geht es nicht an, dass eine vom eidgenössischen Privatrecht verlangte Form, die ja schon an und für sich als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Formlosigkeit der Willenserklärungen und „als eine Art Beschränkung der persönlichen Freiheit“³³⁾ sich darstellt und daher nicht ausdehnend interpretiert werden darf (vergl. oben II) durch Hinzufügung weiterer Beschränkungen, wie die Bindung der Kontrahenten an eine bestimmte Örtlichkeit noch weiter verschärft wird. Das verstösst gegen das sogen. Kodifikationsprinzip.

Diese Grundsätze sind denn auch hinsichtlich aller Rechtsgeschäfte, für die das Bundesprivatrecht das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung aufgestellt hat, unbestritten — mit Ausnahme einzig derjenigen Rechtsgeschäfte, die die Begründung dinglicher Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben. So bestreitet m. W. niemand, dass z. B. ein Ehevertrag oder eine öffentliche letztwillige Verfügung überall in der Schweiz beurkundet werden können und dass die Kantone nicht befugt wären, die Kontrahenten, bezw. den Erblasser an eine bestimmte Örtlichkeit, etwa an ihren Wohnsitz zu binden. Dagegen wird die Geltung dieses allgemeinen Grundsatzes, wie gesagt bestritten mit Bezug auf diejenigen Rechtsgeschäfte, die dingliche Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben, indem (neben den bereits behandelten Argumenten) geltend gemacht wird, dass bei diesen Rechtsgeschäften — im Gegensatz zu allen andern — besondere örtliche Beziehungen zum Ort der gelegenen Sache und der dortigen Grundbuchführung bestehen.³⁴⁾ Es wird (ich

³²⁾ BE. 39 II 612; Praxis, II No. 244 (am Schluss).

³³⁾ Vergl. BE 45 I 317; Praxis, VIII S. 383.

³⁴⁾ Vergl. Blumenstein und Guhl, in den oben zitierten Abhandlungen; ferner den wiederholt zitierten Entscheid des Bundesrates (Schw. Jur. Ztg. Jahrg. 12 S. 358 ff.); Wieland, Kommentar zu Art. 657 ZGB; Reichel, Anm. 4 (am Schluss) zu Art. 55 des Schlusstitels.

habe das in anderem Zusammenhange selbst hervorgehoben, vergl. oben III am Schluss) geltend gemacht, dass die öffentliche Urkunde nicht nur die obligatorische Verpflichtung unter den Parteien herstelle, sondern gleichzeitig die unerlässliche Grundlage für eine zuverlässige Grundbuchführung bildet. Gewiss besteht dieser Zusammenhang. Er tritt rein äusserlich schon dadurch in die Erscheinung, dass der Rechtssatz, wonach die rechtsgeschäftliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung der öffentlichen Beurkundung bedarf, nicht nur bei den in Betracht kommenden Instituten des OR (Kauf, Tausch, Schenkung), sondern auch in dem vom Erwerb des Grund-eigentums handelnden Abschnitt des Sachenrechts Aufnahme gefunden hat.³⁵⁾ Und dieser Zusammenhang zwischen dem Veräußerungsvertrag und der Grundbuch-führung ist bei uns ein engerer als im deutschen Recht, wo die Eintragung nicht schon gestützt auf den Kaufvertrag, sondern erst auf Grund eines zweiten Vertrages, des sogen. „dinglichen Vertrages“ oder der „Auflassung“ (d. h. einer abstrakten Einigung über den Eigentumsübergang) erfolgt, während bei uns der Kaufvertrag den Rechtsgrund für die Eintragung im Grundbuch bildet, als solcher zu den Belegen gehört und damit einen Bestandteil der ganzen Grundbucheinrichtung ausmacht.³⁶⁾ Und es

³⁵⁾ Vergl. die Botschaft des Bundesrates vom 28. Mai 1904 S. 63: „Die Erwerbsgründe stehen unter der Ordnung, die ihnen in den sie betreffenden Abschnitten gegeben ist, und es könnten denn auch von diesem Standpunkt aus die Vorschriften über die Formen des Vertrages auf Eigentumsübertragung füglich dem OR zugewiesen werden. Wir haben sie wegen des Zusammenhanges mit dem Grundbuchrechte, d. h. weil sie zugleich eine Voraussetzung der grundbuchlichen Eintragung bildet, in Art. 654 Abs. 1 (jetzt Art. 657 Abs. 1) dem Sachenrechte eingefügt. Vergl. auch Art. 58 und 59 des Schlusstitels zum ZGB in seiner ursprünglichen Fassung vom 10. Dezember 1907, enthaltend die Ergänzung des OR vom Jahre 1881 (Art. 271a, 271b und 273e).

³⁶⁾ Vergl. über diesen Unterschied Huber, Zum schweiz. Sachenrecht S. 119 und von Tuhr, in der Ztschr. f. schw. Recht N. F. Bd. 40 S. 44 ff.

scheint mir auch zweifellos zu sein, dass die Kantone, gestützt auf das Grundbuchrecht und ihre Verantwortlichkeit aus der Grundbuchführung berechtigt sind, vorzuschreiben, welche Angaben das Veräusserungsgeschäft enthalten muss, um als zuverlässige Grundlage für den Grundbucheintrag zu dienen. So kann es denn vorkommen, dass Kaufverträge — namentlich solche, die nicht im Kanton der gelegenen Sache abgeschlossen worden sind — den Anforderungen nicht entsprechen, die dieser Kanton vom Standpunkt der Grundbuchführung aus stellt und zu stellen berechtigt ist. Es besteht hier also eine anscheinende Kollision zwischen dem Privatrecht des Bundes und dem Verwaltungsrecht der Kantone: nach dem Bundesprivatrecht ist die obligatorische Verpflichtung der Parteien hergestellt, sobald die Einigung über alle wesentlichen Punkte (OR Art. 2) in der Form der öffentlichen Urkunde hergestellt ist und trotzdem braucht der Vertrag unter Umständen zur grundbuchlichen Behandlung nicht angenommen zu werden. Welchen Ausweg gibt es aus diesem anscheinenden Dilemma? Eine einseitig nach der grundbuchlichen Behandlung der Rechtsgeschäfte orientierte Auffassung hat sich die Lösung der Frage dadurch vereinfacht, dass sie erklärte, alle Rechtsgeschäfte, die nicht zur grundbuchlichen Behandlung angenommen werden könnten, seien schlechterdings ungültig. Dagegen hat Leemann³⁷⁾ die Lösung in der Richtung gesucht, dass er aus der obligatorischen Verpflichtung heraus jeder Partei einen Anspruch einräumt, von der andern Partei die Wiederholung der Beurkundung der Willenserklärung nach den am Ort der gelegenen Sache geltenden Vorschriften über den Vertragsinhalt zu verlangen. Von anderer Seite hat man diese Auffassung als eine „Kompromisslösung“, die zudem „gar nicht realisierbar“ sei, abgelehnt. Und doch ist sie die einzige natürliche und mögliche Lösung.

³⁷⁾ N. 32 zu Art. 657 ZGB und neuerdings Schw. Jur. Ztg. Jahrg. 17 S. 321 ff.

Der Fall, dass eine Partei aus einem Veräusserungsvertrag obligatorisch gebunden ist und infolge dieser obligatorischen Verpflichtung dann dazu Hand bieten muss, den Konsens auch noch in die Form zu kleiden, die für den Übergang des dinglichen Rechtes notwendig ist, bildet in der Schweiz auch durchaus nicht etwa ein Novum. In Basel-Stadt konnten bis zum Inkrafttreten des Einführungsgesetzes zum schweiz. OR vom 26. Juni 1882 Kaufverträge über Grundstücke durch formlosen Konsens abgeschlossen werden. Dagegen verlangte § 7 des Grundbuchgesetzes vom Jahre 1860 für die Eintragung ins Grundbuch die Vorlegung der notarialisch zu errichtenden Vertragsurkunde. Hier war also diese nachträgliche notarielle Abfassung des für die Parteien bereits rechtsverbindlich zustande gekommenen Konsenses lediglich der erste Schritt der grundbuchlichen Fertigung.³⁸⁾ Und ein bis zum Inkrafttreten des schweizerischen ZGB im Kanton Genf in Kraft bestandenes Gesetz vom 28. Juli 1830 „sur les effets de la transcription et sur la nature des actes à admettre à cette formalité“ bestimmte in Art. 1 und 2:

„Les actes entre-vifs portant transmission ou résolution de la propriété d'immeubles situés dans le canton, les actes de partage et tous autres actes entre-vifs déclaratifs de la dite propriété assujettis à la transcription par la loi du 28 Juin 1820, ne pourront être opposés aux tiers qu'à dater de cette transcription.“

„Les actes ci-dessus qui seraient passés sous signatures privées, cesseront d'être admis à la transcription. — Toutefois, indépendamment de l'action en dommages-intérêts, ils donneront réciproquement aux contractants une action personnelle pour les faire convertir en actes notariés. — Sur le refus d'une des parties de consentir l'acte notarié, les tribunaux pourront ordonner que leur jugement en tiendra lieu.“

Und das schweizerische ZGB selbst kennt weitere

³⁸⁾ Vergl. Huber, Schweiz. Privatrecht III 209 Anm. 2.

Beispiele dieser Art: Der Erbteilungsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der blosen schriftlichen Form, auch wenn sich Grundstücke in der Erbschaft befinden. Dagegen ist zur grundbuchlichen Behandlung solcher Verträge, soweit sie Grundstücke betreffen, die öffentliche Beurkundung notwendig, nicht als Gültigkeitsvorschrift, sondern als „vorbereitende Massnahme zum Zwecke der grundbuchlichen Fertigung“.³⁹⁾ — Bei der freiwilligen öffentlichen Versteigerung kommt die obligatorische Verpflichtung der Parteien schon mit dem Zuschlag zustande (OR Art. 229 Abs. 2), für die Eigentumszufertigung im Grundbuch ist aber die Vorlage einer öffentlichen Urkunde unerlässlich (Grundbuchverordnung Art. 18, erster Fall). Diese öffentliche Urkunde besteht regelmässig in dem von der Steigerungsbehörde zu Handen des Grundbuchverwalters ausgestellten Steigerungsprotokoll (OR Art. 235 Abs. 2).⁴⁰⁾ Die Kantone sind aber nicht gezwungen, die Leitung von Grundstücksgantzen einer Behörde zu übertragen. Der Kanton Glarus hat sie keiner Behörde übertragen, so dass hier die Ausfertigung des in Art. 235 Abs. 2 vorgesehenen amtlichen Steigerungsprotokolls nicht möglich ist. Die öffentliche Urkunde muss also hier in der Weise hergestellt werden, dass die Parteien den für sie bereits rechtsverbindlich zustande gekommenen Konsens noch in einer öffentlichen Urkunde feststellen lassen. — Endlich will ich noch erwähnen, dass man in der Expertenkommission für das schweizerische ZGB die Frage erwogen hat, ob man nicht im Sinne des deutschen BGB zwei Verträge, einen rein obligatorischen und darauf folgend einen „dinglichen Vertrag“ (abstrakte Einigung über den Eigentumsumgang) vorsehen wolle, wobei die Form der öffentlichen

³⁹⁾ Art. 634 und Grundbuchverordnung Art. 18. Huber, Zum schweiz. Sachenrecht S. 101 Anm. 2; Leemann, N. 11 zu Art. 657 ZGB; Reichel, Monatsschrift S. 207.

⁴⁰⁾ Ebenso ein Beschluss des Gesamtobergerichts des Kantons Zürich vom 12. Juli 1918. (Bl. f. zürch. Rechtssprechung Bd. 18 S. 136 ff.), ferner Steiger, Der Steigerungskauf S. 98.

Urkunde lediglich für den letzteren Vertrag zu verlangen wäre.⁴¹⁾ Dabei ging man natürlich von der Voraussetzung aus, dass bei Weigerung der einen Partei, zum Abschluss des dinglichen Vertrages Hand zu bieten, der andern Partei — wie im deutschen Recht — eine Klage zustehen müsste.

Das moderne Recht lässt Verträge zu, in denen sich eine Partei in rechtsverbindlicher Weise zum Abschluss eines obligatorischen Vertrages verpflichtet (*pactum de contrahendo*)⁴²⁾. Man nennt diese Verträge Vorverträge (vergl. OR Art. 22, 216). Warum sollte es nicht auch eine Verbindlichkeit geben können, die die Partei verpflichtet, einen unter den Parteien bereits gültig zustande gekommenen Konsens in die für die Perfektion der übernommenen Verpflichtung notwendige Form zu bringen?

Es kann sich daher nur noch um die Frage handeln, ob im Falle der Weigerung der einen Partei, bei der als Voraussetzung für die grundbuchliche Fertigung notwendigen Verurkundung mitzuwirken, der andern Partei eine Klage auf Schadenersatz oder eine Klage auf Vertragserfüllung zusteht. Nach den allgemeinen Grundsätzen des OR ist die Schadenersatzklage dann gegeben, wenn die Erfüllung nicht möglich ist.⁴³⁾ Hat also in unserem Fall der Verkäufer das Grundstück z. B. bereits auf einen anderen übertragen, so ist nur die Schadenersatzklage möglich. Anders, wenn sich der Käufer einfach weigert, mitzuwirken. Dann fällt in Betracht, dass das Bundesrecht beim Grundstückkauf — im Gegensatz zum Fahrniskauf — selbst die Realexekution durch

⁴¹⁾ Vergl. das Protokoll der Expertenkommission, Sitzung vom 5. Nov. 1902.

⁴²⁾ Über die logische Möglichkeit der Verpflichtung zur Abgabe einer Willenserklärung vergl. von Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts II 493 und 144 Anm. 9.

⁴³⁾ OR Art. 97. Oser, N. V und Becker, N. 8 und 51 zu diesem Artikel.

Zusprechung des Eigentums an den Käufer mit dem Recht, selbst die Eintragung im Grundbuch zu erwirken, vorsieht (Art. 665, 963 Abs. 2). Dieser Regelung entspricht es, dass der Verkäufer zur Mitwirkung bei der Verurkundung verurteilt wird und dass nach rechtskräftigem Urteil die Sache so angesehen wird, wie wenn diese Mitwirkung erfolgt wäre.⁴⁴⁾ Das Urteil, in dem alle die Tatsachen festzustellen sind, die in der öffentlichen Urkunde hätten festgestellt werden sollen, bildet dann an Stelle der letzteren die Grundlage für die Eintragung im Grundbuch.⁴⁵⁾

Liegt ein blosser Vorvertrag vor, so ist die Rechtslage noch wesentlich einfacher. Denn der blosse Vorvertrag begründet immer nur eine obligatorische Verpflichtung, er bildet noch keinen Rechtsgrund für die Eintragung im Grundbuch. Der beim Kaufvertrag vorhandene Zusammenhang mit der Grundbuchführung besteht also hier nicht. Es kann also auch für die Rechtsstellung der Parteien nichts ausmachen, ob dieser Vorvertrag den Vorschriften, die der Kanton der gelegenen Sache im Interesse der Grundbuchführung aufgestellt hat, entspricht oder nicht.⁴⁶⁾

⁴⁴⁾ Vergl. auch Oser, N. II 3 zu Art. 22 OR.

⁴⁵⁾ Nach dem deutschen BGB geht die Verurteilung des Verkäufers infolge der oben erwähnten Zweiteilung in einen rein obligatorischen und einen dinglichen Vertrag immer auf die Verpflichtung zum Abschluss des dinglichen Vertrages (Vornahme der Auflassung); mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Erklärung des Verkäufers als abgegeben (vergl. v. Tuhr, in der Ztschr. f. schw. Recht Bd. 40 S. 66.)

⁴⁶⁾ Vergl. auch noch eine Rechtsauskunft des Gesamtobergerichts des Kantons Zürich vom 27. April 1918, in der ausgeführt wird, dass ein im Ausland abgeschlossener Vorvertrag über eine in der Schweiz gelegene Liegenschaft hier nicht ins Grundbuch eingetragen werden könne, dass dadurch aber „die Frage der obligatorischen Verbindlichkeit solcher Verträge, besonders auch von blossem Vorverträgen nicht berührt“ werde (Bl. f. zürch. Rechtssprechung Bd. 18 No. 28).

VIII.

Mit den vorstehenden Ausführungen ist nun freilich die weitere Frage noch nicht entschieden, ob die Kantone befugt sind, für die Beurkundung von Verträgen, die dingliche Rechte an Grundstücken im eigenen Kanton zum Gegenstand haben, die Urkundsperson im Bezirk der gelegenen Sache als ausschliesslich zuständig zu erklären. Die Gesetzgebung einer grössern Zahl von Kantonen — wenn auch lange nicht von allen — steht heute auf diesem Standpunkt: von den Kantonen mit Berufsnotariat Bern, Freiburg und Waadt, von den Kantonen mit behördlich organisiertem Notariat Zürich, Schwyz und Thurgau. Solothurn hat das Berufsnotariat, aber zur Beurkundung von Rechtsgeschäften, die dingliche Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben, ist ausschliesslich der Amtsschreiber des Bezirks der gelegenen Sache zuständig. Die Kantone, die weder ein Berufsnotariat kennen, noch das Notariat behördlich organisiert haben, kennen zum weitaus grössten Teil keine räumliche Beschränkung, d. h. es besteht nur die örtliche Beschränkung der Urkundsperson auf ihren Amtskreis, es können aber vor den für den Amtskreis zuständigen Personen auch Rechtsgeschäfte über Liegenschaften in andern Amtskreisen verurkundet werden.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die oben erwähnte räumliche Beschränkung zulässig ist, könnte man sich auf den rein formalistischen Standpunkt stellen, dass die Kantone durch Art. 55 des Schlusstitels zum ZGB nur verpflichtet werden, dafür zu sorgen, dass auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung für alle Rechtsgeschäfte, für die vom ZGB diese Form der Willenserklärung verlangt wird, überhaupt hergestellt werden kann: die Kantone brauchten nicht für alle Rechtsgeschäfte die gleiche Urkundsperson als zuständig zu erklären und sie seien auch nicht verpflichtet, die Zuständigkeit der Urkundsperson für alle Rechtsgeschäfte nach den gleichen Kriterien abzu-

grenzen. Diese Argumentation müsste immerhin da ihre Schranke finden, wo die von den Kantonen getroffene Regelung praktisch dazu führt, die Verwirklichung der vom Bunde geförderten privatrechtlichen Zwecke über Gebühr zu erschweren. Ob letzteres tatsächlich der Fall ist, ist eine Frage des Ermessens. Je grösser das Kantonsgebiet ist, um so grösser sind naturgemäss die Schwierigkeiten, die den Parteien bei der Herstellung des Konsenses in der vorgeschriebenen Form erwachsen können und um so mehr wird man daher Grund haben, an der bündesrechtlichen Zulässigkeit dieser Ordnung zu zweifeln.

Indessen dürfte uns hier namentlich die Frage interessieren, ob diese innerkantonale Regelung der Zuständigkeit nach dem Grundsatz der gelegenen Sache sich sachlich rechtfertige. In dieser Beziehung wird nun immer wieder geltend gemacht, dass im Gegensatz zu den übrigen Rechtsgeschäften hier eine besondere örtliche Beziehung bestehe und dass diese eine besondere örtliche Zuständigkeit für die Beurkundung des Rechtsgeschäftes rechtfertige. Aber auch diese Argumentation beruht — wie die bereits behandelte Berufung auf die Grundsätze des internationalen Privatrechts — auf einer Verwechslung der obligatorischen Verpflichtung mit der in Ausführung dieser Verpflichtung zu bewirkenden Begründung des dinglichen Rechtes selbst. Die Parallele mit dem Fahrniskauf drängt sich hier auf. Auch beim Fahrniskauf ist für die Verschaffung des dinglichen Rechts die Lage der Sache von Bedeutung, es wird aber niemand behaupten wollen, dass die obligatorische Verpflichtung dazu nicht an jedem beliebigen Ort erfolgen könne. Es ist denn auch nicht uninteressant, festzustellen, dass die eingangs erwähnten Kantone mit dieser angeblich in der Natur der Sache begründeten Regelung sich in Gegensatz stellen nicht nur zu den Rechten der übrigen Kantone, sondern auch zu den Rechten aller uns umgebenden Staaten, sowie der übrigen europäischen Staaten, die wir zum Zwecke der Rechtsvergleichung heranzuziehen gewohnt sind (Belgien, Holland, die nordischen Staaten,

England). In Deutschland, dem einzigen der erwähnten Staaten, in dem beim Grundstückkauf die öffentliche Beurkundung — wie bei uns — obligatorisch ist, kann dieselbe vor jedem beliebigen Amtsgericht oder Notar vorgenommen werden.⁴⁷⁾ Und wo die öffentliche Urkunde — wie in Frankreich — beim Grundstückkauf zwar nicht obligatorisch ist, aber doch neben der blossen Privaturkunde vorkommt, ist zu ihrer Abfassung jeder Notar im Umkreise seiner allgemeinen örtlichen Beurkundungskompetenz zuständig.⁴⁸⁾ Diese Ordnung beruht auf der sich aufdrängenden Erkenntnis, dass die juristische Natur des Kaufvertrages die gleiche bleibt, ob dieser Vertrag öffentlich beurkundet werde oder nicht. Auch „die örtliche Beziehung“ zum Vertragsobjekt ist unbestreitbar die gleiche, ob der Konsens in der Form einer öffentlichen Urkunde oder in der Form der blossen Privaturkunde konstituiert wird. Dagegen tritt bei der öffentlichen Beurkundung allerdings eine neue örtliche Beziehung hinzu, aber nicht die Beziehung zum Vertragsobjekt, sondern die Beziehung zum staatlichen Organ, bezw. zu der staatlich autorisierten Urkundsperson, die bei der Beurkundung des Konsenses mitzuwirken hat. Diese letztere örtliche Beziehung aber besteht bei allen Rechtsgeschäften, für die die öffentliche Beurkundung vorgeschrieben ist, in genau gleicher Weise: die Rechtsgeschäfte, die dingliche Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben, nehmen in dieser Beziehung keine besondere Stellung ein.⁴⁹⁾

Die Gründe, die die eingangs erwähnten Kantone zu ihrer singulären Vorschrift veranlasst haben, beruhen z. T. in einer heute nicht mehr gerechtfertigten Tradition, z. T. in einer einseitigen Orientierung nach der Seite der

⁴⁷⁾ Vergl. BGB §§ 313, 128; Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 167; Einf.-Ges. zum BGB Art. 141 u. 142.

⁴⁸⁾ Vergl. Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil* II 47.

⁴⁹⁾ Es sind das die gleichen Erwägungen, die im internationalen Privatrecht zur Ablehnung der *lex rei sitae* mit Bezug auf die Form der Kaufverträge über Grundstücke geführt haben.

Grundbuchtechnik. In den Kantonen Freiburg und Waadt geht die Beschränkung zurück in die Zeit des französischen Registersystems. Es liegt ihr u. a. offenbar das Bestreben zugrunde, den unter den Parteien bereits erfolgten Eigentumsübergang auch im Register ersichtlich zu machen und zu diesem Zwecke die Urkundspersonen zur Mitwirkung heranzuziehen, sie also gewissermassen zu Hilfspersonen bei der Registerführung zu machen. Dazu kam eine andere Erwägung, die im Kanton Bern für die ausschliessliche Kompetenz der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache ausschlaggebend war. Im bernischen Recht bezweckte man, wie schon Blumenstein eingehend⁵⁰⁾ ausgeführt hat, mit der notariellen Beurkundung vor allem den Schutz der beim Vertragsabschluss selbst nicht beteiligten Drittpersonen. Demgemäss war denn auch bei Grundstückskäufen die notarielle Beurkundung nur für die Fälle vorgeschrieben, in denen das Grundstück nicht frei und unbeschwert war. Und beim Grundpfand hat Bern der öffentlichen Urkunde über die Pfanderrichtung eine eigenartige Verkehrsfunktion zugewiesen. „Hier wird nämlich die Urkunde für den gesamten Rechtsverkehr als Ausweis über das Pfandrecht und meistens auch als Schuld-dokument behandelt. Die betreffenden kantonalen Gesetzgebungen stellen deshalb an die Form und den Inhalt der betreffenden öffentlichen Urkunde spezielle Anforde-rungen.“⁵¹⁾ Infolge seiner besondern örtlichen Kenntnisse hat man mit diesen zum Schutze von am Vertragsab-schluss selbst nicht beteiligten Drittpersonen vorgeschriebenen Beurkundungen den Notar am Ort der gelegenen Sache beauftragt.⁵²⁾ Je unvollständiger und unzuverlässiger die öffentlichen Bücher und Register sind, umso schwie-riger ist natürlich für die Urkundsperson die richtige Ab-fassung des Vertrages, insbesondere auch die Aufzählung der mit dem Grundstück verbundenen Rechte und Lasten.

⁵⁰⁾ Monatsschrift Bd. 1 S. 433 ff.

⁵¹⁾ Blumenstein, Monatsschrift Bd. 2 S. 542.

⁵²⁾ Blumenstein, Monatsschrift Bd. 1 S. 437.

Es ist daher durchaus verständlich, dass man sowohl in Kantonen mit dem Fertigungssystem als auch in Kantonen mit dem französischen Registersystem vorwiegend zum Schutze der nur indirekt interessierten Dritten auch noch auf die bei der Urkundsperson vorhandene Kenntnis der örtlichen Verhältnisse abstellt und demgemäß die Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache als zur Beurkundung ausschliesslich zuständig erklärte. Bei einem Recht, das — wie das ZGB — auf das Grundbuchsystem aufgebaut ist und dieses konsequent durchgeführt hat, fallen nunmehr solche Erwägungen ausser Betracht. Jetzt bildet ausschliesslich das Grundbuch, bezw. die kantonale Ersatzeinrichtung, die Unterlage für die tatsächliche und rechtliche Beschreibung des Grundstückes und es kann jede Urkundsperson vom zuständigen Grundbuchamt die in Betracht fallenden Auszüge verlangen.⁵³⁾

Weniger verständlich als in den Kantonen Freiburg, Waadt, Bern und Solothurn, wo sie sich aus der Tradition erklären lässt, ist mir die ausschliessliche Kompetenz der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache in den Kantonen Zürich und Thurgau. Hier genügte bis zum Inkrafttreten des ZGB für Grundstückskäufe die blosse schriftliche Vertragsform, die natürlich überall im Kanton (und, wie weiter oben nachgewiesen wurde, auch ausserhalb des Kantons) hergestellt werden konnte. Und nun soll plötzlich in diesen Kantonen nicht nur die Erschwerung durch die öffentliche Beurkundung, die das ZGB gebracht

⁵³⁾ Speziell mit Bezug auf den Pfandvertrag sei noch erwähnt, dass demselben heute nicht mehr Zirkulationsfunktion zukommt. Für den Hypothekarverkehr sind Schuldbrief und Gült berechnet, die immer vom Grundbuchverwalter ausgestellt werden. Und bei der Grundpfandverschreibung bildet der Pfandvertrag lediglich den Rechtsgrund und den Beleg für die Eintragung. „Es ist ohne weiteres klar, dass dadurch die rechtliche Bedeutung der öffentlichen Verurkundung des Vertrages über die Grundpfanderrichtung erheblich herabgemindert, ihre wirtschaftliche Bedeutung aber geradezu aufgehoben wird“ (Blumenstein, Monatsschrift Bd. 2 S. 542 ff., 561).

hat, sondern auch noch eine weitere, selbstgewählte, Erschwerung im Sinne der ausschliesslichen Zuständigkeit der Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache eintreten! Diese Regelung lässt sich wohl nur damit erklären, dass man in diesen Kantonen das Schwergewicht zu sehr auf die Grundbuchtechnik und auf die Begründung des dinglichen Rechtes selbst verlegte und den obligatorischen Vertrag gewissermassen nur als Vorbereitungshandlung dazu bewertete, statt ihn in seiner selbständigen Bedeutung zu würdigen. Es ist gewiss zuzugeben, dass die Aufgabe der Grundbuchführer erleichtert wird, wenn sie bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften über dingliche Rechte an Grundstücken weder Auszüge aus dem Grundbuch herzustellen noch solche von andern Grundbuchführern zu verlangen brauchen. Man wird aber damit den Interessen der Parteien nicht gerecht und bewirkt eine Fesselung der Vertragsschliessung, wie sie meines Wissens in keinem anderen Lande, ja nicht einmal im international-privatrechtlichen Verkehr besteht.⁵⁴⁾)

Gestützt auf die vorstehenden Erörterungen erlaube ich mir, der Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins folgende

THESEN

zur Diskussion vorzulegen:

I.

Durch den Umstand, dass das ZGB für die rechtliche Verbindlichkeit gewisser Willenserklärungen die öffent-

⁵⁴⁾ Vergl. oben VI. Man hat sich für diese Fesselung der Vertragsschliessung auch schon zu Unrecht auf Art. 948 Abs. 3 ZGB berufen. Wenn in diesem Artikel, der ausschliesslich vom Tagebuch und den Belegen als einem Bestandteil der „Bücher“ handelt, gesagt wird, dass in den Kantonen, die eine öffentliche Beurkundung durch den Grundbuchverwalter vornehmen lassen, an Stelle der Belege ein Urkundenprotokoll treten kann, so wird damit diesen Kantonen nur die Möglichkeit einer besondern Ordnung der Belege eröffnet für die Fälle, in denen der gleiche Grundbuchverwalter die öffentliche Beurkundung des Vertrages und die Eintragung ins Grundbuch vornimmt.

liche Beurkundung verlangt, wird die Möglichkeit, diese Willenserklärungen überall in der Schweiz abzugeben, in keiner Weise beschränkt.

Insbesondere sind auch bei Rechtsgeschäften, die dingliche Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben, die Parteien befugt, durch die Herstellung des Konsenses in der nach dem Rechte des Errichtungskantons vorgesehenen Form den Vertrag überall in der Schweiz abzuschliessen.

II.

Jeder Kanton ist verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der Konsens in allen Fällen, in denen das ZGB die öffentliche Beurkundung verlangt, auf seinem Gebiete in dieser Form hergestellt werden kann.

Diese Pflicht erstreckt sich auch auf die Verträge, die dingliche Rechte an Grundstücken, die in andern Kantonen liegen, zum Gegenstand haben.

III.

Zuständig zur Errichtung öffentlicher Urkunden sind ausschliesslich diejenigen Urkundspersonen, die vom Rechte des Errichtungskantons als zuständig bezeichnet werden.

Demgemäß können Rechtsgeschäfte über dingliche Rechte an Grundstücken, die in andern Kantonen liegen, von Urkundspersonen des Kantons der gelegenen Sache nur dann rechtswirksam verurkundet werden, wenn auch das Recht des Errichtungskantons deren Zuständigkeit anerkennt.

IV.

Die öffentliche Beurkundung als qualifizierte Schriftlichkeit (Herstellung der Schriftlichkeit durch die am Errichtungsort zuständige Urkundsperson statt durch die Parteien selbst) beschlägt ausschliesslich die Form der Konstituierung des Konsenses und es können durch die kantonalen Vorschriften über die Art, wie diese Form

hergestellt wird, die übrigen eidgenössischen Vorschriften über die Entstehung der Verträge (OR Art. 1 ff. und ZGB Art. 7) in keiner Weise abgeändert werden. Demgemäß ist insbesondere:

- a) die rechtliche Bindung der Parteien zustande gekommen, wenn der öffentlich beurkundete Konsens die Elemente des Vertrages umfasst,
- b) die Frage, ob und in welcher Weise eine Stellvertretung zulässig ist, ausschliesslich nach den Vorschriften des Bundesprivatrechts zu beurteilen.

V.

Bei Rechtsgeschäften, die dingliche Rechte an Grundstücken zum Gegenstand haben, ist der Kanton der gelegenen Sache befugt, die Eintragung ins Grundbuch von der Bedingung abhängig zu machen, dass der Inhalt des Vertrages sich auch noch auf andere Punkte erstrecke, deren Festlegung im Interesse einer zuverlässigen Grundbuchführung als geboten erscheinen kann.

Genügt der Vertragsinhalt diesen Anforderungen nicht, so hat jede Partei einen rechtlichen Anspruch darauf, von der andern Partei die Wiederholung der Beurkundung des Konsenses nach den im Kanton der gelegenen Sache geltenden Vorschriften über den Vertragsinhalt zu verlangen.

VI.

Es ist dringend wünschbar, dass die Kantone auch für die Beurkundung von Rechtsgeschäften über dingliche Rechte an Grundstücken, die im eigenen Kanton liegen, die Urkundspersonen am Ort der gelegenen Sache als nicht ausschliesslich zuständig erklären.