

RUNDSCHREIBEN NR. 2/1999

an die patentierten Notare und an die Kreisnotare im Kanton Graubünden

betreffend

FORMEN DER BEURKUNDUNGEN VON ÖFFENTLICHEN TESTAMENTEN

A. Vorbemerkungen

Das Bundesrecht stellt (neben dem eigenhändigen Testament und dem Nottestament, welche nicht beurkundungspflichtig sind) zwei öffentliche Testamentsformen mit freier Wahl zur Verfügung, nämlich diejenige von Art. 500 f. ZGB (Hauptmerkmal: Der Testator liest die Urkunde selber) und diejenige von Art. 502 ZGB (Hauptmerkmal: Die Urkunde wird dem Testator vorgelesen).

Zudem verlangt das Bundesrecht die öffentliche Testamentsform für Erbeinsetzungs- und Erbverzichtsverträge (Art. 494 f./512 Abs. 2 ZGB), Verpfändungsverträge (Art. 521 f. OR) und Schenkungsverträge auf den Todesfall (Art 245 Abs. 2 OR).

Notariatsinspektor Dr.iur. Hans Guyan hat seine Tätigkeit im Frühling dieses Jahres aufgenommen, inzwischen schon viele patentierte Notare und Kreisnotare inspiziert und neulich der Kommission einen ersten Zwischenbericht erstattet. Seine wiederholt gemachten Feststellungen von formfehlerhaften Beurkundungen veranlassen die Kommission zu Klarstellungen und Empfehlungen.

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das öffentliche Testament. Sie gelten aber sinngemäss auch für die vorerwähnten Verträge.

B. Klarstellungen

I. zu den Vorgängen im Fall von Art. 500 f. ZGB ("Selberlesen") (vgl. auch Bündner Musterurkunde 5.1)

1. Der Testator hat die Urkunde selber zu lesen, wobei
 - a) der Notar anwesend sein muss
 - b) die Zeugen nicht anwesend sein müssen (aber können)

2. Der Testator hat in Anwesenheit von Notar und Zeugen zu erklären, dass
 - a) er die Urkunde gelesen hat
 - b) die Urkunde seinem Willen entspricht

3. Der Testator hat die Urkunde zu unterzeichnen, wobei
 - a) der Notar anwesend sein muss
 - b) die Zeugen nicht anwesend sein müssen (aber können)
4. Der Notar hat die Urkunde zu unterzeichnen, wobei
 - a) der Testator anwesend sein muss
 - b) die Zeugen nicht anwesend sein müssen (aber können)
5. Die Bestätigung der Zeugen
 - a) hat die beiden Erklärungen des Testators von Ziff. 2 hiervor und dessen Verfügungsfähigkeitszustand zu umfassen
 - b) muss in Anwesenheit von Testator und Notar unterzeichnet werden

II. zu den Vorgängen im Fall von Art. 502 ZGB ("Vorlesen") (vgl. auch Bündner Musterurkunde 5.2)

1. Der Notar hat die Urkunde dem Testator in Anwesenheit der Zeugen vorzulesen
2. Der Testator hat in Anwesenheit von Notar und Zeugen zu erklären, dass die Urkunde seinem Willen entspricht
3. Der Testator unterzeichnet die Urkunde nicht (aber kann)
4. Der Notar hat die Urkunde zu unterzeichnen, wobei
 - a) der Testator anwesend sein muss
 - b) die Zeugen nicht anwesend sein müssen (aber können)
5. Die Bestätigung der Zeugen
 - a) hat das Vorlesen von Ziff. 1 hiervor, die Erklärung von Ziff. 2 hiervor und den Verfügungsfähigkeitszustand des Testators zu umfassen
 - b) muss in Anwesenheit von Testator und Notar unterzeichnet werden

III. zu weiteren Einzelheiten für beide Fälle

1. Instruktion von Testator an Notar und Aufsetzen der Urkunde durch den Notar (vgl. Art. 500 Abs. 1 ZGB) dürfen vor Beginn der Beurkundung erledigt werden.
2. Die Datierung der Urkunde durch den Notar (vgl. Art. 500 Abs. 3 ZGB) darf
 - a) handschriftlich oder mit Stempel oder mit Schreibapparat erfolgen
 - b) bereits vor Beginn der Beurkundung erfolgen, aber nicht erst nach deren Abschluss
3. Die Zeugenbestätigung (vgl. Art. 501 Abs. 2 und Art. 502 Abs. 2 ZGB) ist Bestandteil der öffentlichen Urkunde und muss dementsprechend integriert werden.

4. Eine Mischung zwischen beiden öffentlichen Testamentsformen ist nur zulässig, wenn im Ergebnis alle Erfordernisse der einen oder der anderen Form erfüllt sind.
5. Für den Erbvertrag stehen ebenfalls beide öffentlichen Testamentsformen zur Verfügung (trotz Wortlaut von Art. 512 Abs. 2 ZGB, vgl. BGE 66 II 101). Wird aber die Form nach Art. 500 f. ZGB gewählt ("Selberlesen"), müssen die Zeugen bei der Vertragsunterzeichnung durch die Parteien anwesend sein (Art. 512 Abs. 2 ZGB, dies im Unterschied zu I/3/b hiervor).

IV. zu Rechtsfolgen bei Formfehlern

1. Das Bundesrecht schreibt nicht nur die Formerfordernisse vor, sondern auch die Rechtsfolge bei Formfehlern, nämlich Ungültigkeit der gesamten öffentlichen Urkunde auf Klage hin (Art. 520 Abs. 1 ZGB). Jede Missachtung einer bundesrechtlichen Formvorschrift liefert einen solchen Ungültigkeitsgrund (BGE 112 II 23). Die Kantone dürfen an dieser Rechtsfolge nichts ändern, weder durch Abschwächung zur blossen Ordnungswidrigkeit noch durch Verstärkung zur absoluten Nichtigkeit (BGE 63 II 361). Deshalb kommt hier aus Art. 43 der Bündner Notariatsverordnung nicht der Fall von Abs. 1 lit. d zum Zuge, sondern der Vorbehalt von Abs. 2. Ein Formfehler schafft also die Gefahr eines späteren Ungültigkeitsprozesses, zu welchem verschiedene Personen klagelegitimiert sind (vgl. Art. 520 Abs. 3 und Art. 519 Abs. 2 ZGB).
2. Die Vorgänge bei der Beurkundung müssen beweisbar sein, sei es zur Vermeidung einer späteren Ungültigkeitsklage oder sei es dann in einem solchen Zivilprozess. Es gibt bestimmte Vorgänge, welche aus Formel des Notars und/oder Bestätigung der Zeugen hervorgehen müssen (z.B. Erklärungen des Testators in allen Fällen, Vorlesen an den Testator im Fall von II/1 hiervor). Fehlt es daran, ist die Ungültigkeit der öffentlichen Urkunde bereits gegeben. Es gibt andere Vorgänge, welche auch ausserhalb von Formel des Notars und/oder Bestätigung der Zeugen bewiesen werden dürfen (z.B. Unterzeichnung durch den Testator in Anwesenheit des Notars im Fall von I/3/a hiervor oder in Anwesenheit der Zeugen im Fall von III/5 hiervor). Gelingt dieser Beweis, kann die Ungültigkeit der öffentlichen Urkunde noch abgewendet werden. Solche Beweisführungen sind aber in der Regel vor allem aus zwei Gründen schwierig. Erstens kommen hierfür wohl nur Aussagen des Notars und der beiden Testamentszeugen in Frage. Alle drei Personen stehen jedoch unter dem gesetzlichen Notariatsgeheimnis (BGE 118 II 281), und dieses Geheimnis ist nicht leicht aufhebbar (vgl. insbesondere Art. 321 StGB und Art. 175 Ziff. 3 Bündner Zivilprozessordnung). Zweitens vergeht zwischen Beurkundung des Testaments und Zeugeneinvernahme im Zivilprozess viel Zeit, was genaues Erinnerungsvermögen der Beteiligten schmälert.
3. Eine öffentliche Urkunde, welche für ungültig erklärt werden muss, könnte auch bestimmte Personen schädigen, Verantwortlichkeitsansprüche der Geschädigten an Kanton oder Kreis und Rückgriffsforderungen von Kanton oder Kreis an den Notar auslösen (vgl. Art. 45 Bündner Notariatsverordnung und Art. 1 ff. Bündner Verantwortlichkeitsgesetz).

C. Empfehlungen

1. zu bisherigen Urkunden

Es wird jedem patentierten Notar und jedem Kreisnotar empfohlen:

- a) alle öffentlichen Urkunden, welche er für Testamente, Erbverträge, Verpfändungsverträge und Schenkungsverträge auf den Todesfall errichtet hat, nochmals durchzusehen
- b) diejenigen öffentlichen Urkunden, welche formfehlerhaft sind, soweit möglich nochmals und formgerecht zu errichten

2. zu künftigen Urkunden

Es wird jedem patentierten Notar und jedem Kreisnotar empfohlen:

- a) rechtzeitig eine klare Variantenwahl zu treffen (entweder nach Art. 500 f. ZGB oder nach Art. 502 ZGB)
- b) diejenigen Vorgänge, welche für die gewählte Variante vorgeschrieben sind (vgl. I oder II hiervoor), nicht nur einzuhalten, sondern auch in Formel des Notars bzw. Bestätigung der Zeugen festzuhalten

Für allfällige Fragen steht der Unterzeichner oder die Kommission zur Verfügung.

Für die Kommission:



Präs. Dr. Urs Zinsli

"... la forma è tabù; serva o non serva, la legge ... l'ha messa, guai a chi la tocca"

(Barbero, Sistema del diritto privato italiano, Torino 1962, S. 1068)

Kopien zur Kenntnis an:

- Notariatsinspektor Dr.iur. Hans Guyan
- Grundbuchinspektor Dr.iur. Bernhard Trauffer
- Justizdepartement Graubünden, Departementssekretär lic.iur. Mathias Fässler