

Postadresse:
Regierungsrat des Kantons Aargau
Regierungsgebäude
5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40
Fax 062 835 12 50
E-Mail regierungsrat@ag.ch

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

Aarau, 13. März 2013

Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2012 wurden die Kantone eingeladen, zu dem vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) erstellten Vorentwurf betreffend die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung) Stellung zu nehmen. Wir danken dafür und nehmen die Gelegenheit gerne wahr.

1. Allgemeine Bemerkungen

Der Regierungsrat begrüsst grundsätzlich die Bestrebungen des Bundes, die bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung gesetzlich zu verankern sowie im Bereich des Beurkundungsrechts eine gesetzliche Grundlage für die elektronische Beurkundung in das Schweizerische Zivilgesetzbuch zu schaffen. Diese Zielsetzung deckt sich mit der regierungsrätlichen Stossrichtung im Entwicklungsleitbild der effizienteren Gestaltung der öffentlichen Aufgabenerfüllung. Der elektronische Geschäftsverkehr stellt ein probates Mittel zur Gewährleistung eines guten Service Public dar.

Es wäre wünschenswert, nebst dem Begriff der öffentlichen Beurkundung gemäss Art. 55 VE SchIT ZGB, für ein besseres Verständnis auch weitere wichtige Begriffe (wie zum Beispiel Urschrift, elektronische öffentliche Urkunde, Ausfertigung, Kopie, Beglaubigung, Beglaubigungsperson, Urkundsperson, Nebenperson etc.) in den gesetzlichen Grundlagen zu definieren.

2. Besondere Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

2.1 Zum Bereich der öffentlichen Beurkundung – Mindestanforderungen

Ausbildung der Urkundspersonen (Art. 55b VE SchIT ZGB)

Es wird davon ausgegangen, dass der Begriff "Ausbildung" nicht im Sinn des eidgenössischen Berufsbildungsrechts auszulegen ist. Die Beurkundungstätigkeit ist eine hoheitliche Tätigkeit. Die Patentierung ist Voraussetzung für die Beurkundungsbefugnis und stellt kein Qualifikationsverfahren einer beruflichen Aus- oder Weiterbildung dar und damit auch keine Berufsprüfung im Sinne des eidgenössischen Berufsbildungsrechts. Mit anderen Worten bleibt kein Raum für die Anwendung des eidgenössischen Berufsbildungsrechts (Art. 2 Abs. 2 Bundesgesetz über die Berufsbildung [Berufsbildungsgesetz, BBG] vom 13. Dezember 2002 [SR 412.10]). Es wird daher angeregt, den Begriff "Ausbildung" im Bericht klar zu umschreiben, damit sich diese Problematik der Auslegung nicht stellt.

Beurkundungsvorgang (Art. 55i VE SchIT ZGB)

Die Verpflichtung, nebst dem Datum auch den Ort der Beurkundung angeben zu müssen, wäre zur Gewährleistung der Rechtssicherheit sowie zum Schutz der Urkundspersonen opportun.

Nichtentstehen der Urkunde (Art. 55l VE SchIT ZGB)

Gemäss Ziffer 3 können keine öffentlichen Urkunden entstehen, wenn die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Beurkundungsvorgang sowie die Einheit des Akts verletzt sind. Es ist davon auszugehen, dass die Nichtigkeit nicht an beide Voraussetzungen geknüpft werden muss. Die Verletzung der gesetzlichen Bestimmung zum Beurkundungsvorgang beziehungsweise zur Einheit des Akts stellt je für sich einen Nichtigkeitsgrund dar. Aus diesem Grund wird angeregt, den Begriff "sowie" durch "oder" zu ersetzen.

Anerkennung der Urkunde (Art. 55m VE SchIT ZGB)

Die Anerkennung ausserkantonaler errichteter Urkunden wird grundsätzlich begrüsst. Allerdings könnte dies zu einem Mehraufwand für die Kantone führen, wenn gehäuft ausserkantonale beurkundete Verträge über Grundstücke bei den Grundbuchämtern zur Anmeldung gelangen sollten.

2.2 Zum Bereich der elektronischen öffentlichen Beurkundung – Allgemeine Bemerkungen

Gebühren (Art. 55s VE SchIT ZGB)

Die Bestimmung ist noch zu offen gehalten. Es soll festgelegt werden, wer Gebührenschuldner ist und ob allenfalls eine Weiterverrechnung stattfinden kann.

Haftung (Art. 55t VE SchIT ZGB)

Gestützt auf Art. 55t VE SchIT ZGB ergibt sich, dass der Bund nur für Schaden, den er absichtlich oder grobfahrlässig verursacht hat, haftbar gemacht werden kann. Demzufolge wird die Haftung für leichtes Verschulden ausgeschlossen. Der Bericht nimmt zur Frage, wer unter diesem Aspekt für den fahrlässig verursachten Schaden einzustehen hat, keine Stellung. Aufgrund der technischen Herausforderung, welche die Realisierung und Führung der elektronischen Datenbank sowie des Registers für Urkundspersonen verursacht, wäre es allenfalls sinnvoll, zu diesem Punkt Ausführungen im Bericht zu machen.

2.3 Zum Bereich der elektronischen öffentlichen Beurkundung – Register für Urkundspersonen

Der Bundesrat hat am 23. September 2011 die Verordnung über die elektronische öffentliche Beurkundung (EÖBV) geschaffen und darin das schweizerische Register der Urkundspersonen geregelt (Art. 7 ff. EÖBV). Die vorgeschlagene Regelung von Art. 55p VE SchIT ZGB soll die explizite gesetzliche Grundlage für das Register schaffen. Die Bestimmung enthält neben der Pflicht zu Bereitstellung und Betrieb des Registers und der Berechtigung zur Übertragung dieser Aufgabe an eine verwaltungsexterne Organisation keine materiellen Regelungen.

Die wichtigen materiellen Regelungen sind nach Lehre und Rechtsprechung indessen im Gesetz selbst zu treffen. Dieses sollte sich beispielsweise dazu äussern, ob es sich um ein öffentliches Register handelt und ob eine Pflicht der Urkundspersonen besteht, sich in das Register eintragen zu lassen (respektive ob diese Pflicht für alle Urkundspersonen besteht oder nur für diejenigen, die elektronische Beurkundungen vornehmen). Sofern eine Pflicht besteht, ist auch der Frage der Aufbewahrungsdauer und Löschung Beachtung zu schenken. Es ist insbesondere die Frage zu klären, ob eine Urkundsperson, der die Berufsausübungsbewilligung entzogen wurde, sich aus dem Register löschen lassen kann, damit der Bewilligungsentzug nicht für die Öffentlichkeit ersichtlich ist.

Da es sich dabei um grundsätzliche Fragestellungen handelt, die kaum oder nur selten einem Wandel unterworfen sind, und einschneidende Wirkungen auf die Urkundspersonen zur Folge haben können, sind diese mit der gebotenen Klarheit im Gesetz selbst zu beantworten.

2.4 Zum Bereich der elektronischen öffentlichen Beurkundung – Register der elektronischen Urkunden

Art. 55q VE SchIT ZGB regelt die Aufbewahrung und Registrierung der elektronischen öffentlichen Urkunden. Es ist daher anzunehmen, dass sich die Pflicht der Urkundsperson, die von ihr erstellten Ausfertigungen von auf Papier errichteten Urschriften im System zu registrieren und zu speichern (Art. 55q Abs. 2 Ziff. 2 VE SchIT ZGB), nur auf elektronische Ausfertigungen bezieht und auch nur auf solche, mit denen ein neues Referenzdokument geschaffen werden soll. Es stellt sich die Frage, ob die Papier-Urschrift mit der Registrierung der elektronischen Ausfertigung damit ihren öffentlichen Glauben verliert.

Die Errichtung der papierenen Urschrift ist von der Urkundsperson jeweils nach den kantonalen Vorschriften zu registrieren. Mit der Registrierung der elektronischen Ausfertigung der Papier-Urschrift verliert diese ihren Referenzcharakter (Art. 55q Abs. 3 VE SchIT ZGB). Entsprechend sollte auch in der nach kantonalem Recht zu führenden Dokumentation der Beurkundungen vermerkt werden, dass die Urschrift nicht mehr als Referenzdokument gilt. Nötigenfalls müssten die Kantone den Erlass einer entsprechenden Vorschrift prüfen.

Die Urkundsperson trifft einerseits eine strafbewehrte Schweigepflicht über die Tatsachen, die ihr von den Beteiligten beruflich anvertraut wurden oder die sie für die Beteiligten beruflich erfahren hat. Das Geheimnis umschliesst auch die in der Urkunde festgehaltenen Tatsachen und Bestimmungen. Die Erläuterungen äussern sich nicht dazu, wie dieser Schutz für die im System registrierten Urkunden aufrechterhalten werden kann. Insbesondere ist mehr als fraglich, ob die für den Betrieb des Urkundenregisters tätigen Personen als "Nebenpersonen" der Urkundspersonen betrachtet werden können (vgl. Art. 55h Abs. 3 VE SchIT ZGB) und ob sie der beruflichen Schweigepflicht der Urkundspersonen unterstehen; in den Erläuterungen finden sie jedenfalls keine Erwähnung. Ebenso ist sehr zweifelhaft, ob sich die beim Urkundenregister angestellten Personen auf das besondere Zeugnisverweigerungsrecht der Urkundspersonen berufen können.

Auch bezüglich des Registers der Urkunden sind die wichtigsten materiellen Regelungen im Gesetz selbst zu treffen. Sollen Zugriffe im Abrufverfahren gewährt werden, müsste dies im Gesetz vorgesehen und die Zugriffsberechtigten bestimmt werden. Ob ein Abrufverfahren eingerichtet werden soll, geht aus den Erläuterungen nicht klar hervor. Es ist zwar nur die Rede davon, den Grundbuchämtern, Gerichten und kantonalen Aufsichtsbehörden solle die jederzeitige Einsicht in die sie betreffenden öffentlichen Urkunden gewährt werden. Im folgenden Satz wird jedoch ausgeführt, der Urkundsperson sei *ebenfalls das Zugriffsrecht* auf die elektronischen öffentlichen Urkunden einzuräumen (vgl. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, erläuternder Bericht mit Vorentwurf, Seite 35, zu 55q). Für ein Zugriffsrecht der genannten Behörden fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.

Für ein blosses Einsichtsrecht wäre ebenfalls eine gesetzliche Grundlage notwendig. Dies einerseits, weil die Urkunden, insbesondere Ehe- und Erbverträge, besonders schützenswerte Personendaten enthalten können (Art. 17 Abs. 2 Bundesgesetz über den Datenschutz [DSG] vom 19. Juni 1992 [SR 235.1]) und andererseits, weil sonst die Vorschrift von Art. 55h Abs. 2 Ziff. 3 VE SchIT ZGB ausgehöhlt würde. Es kann den Erläuterungen nicht entnommen werden, wo diese gesetzlichen Bestimmungen gesehen werden, die ein jederzeitiges Einsichtsrecht dieser Behörden statuieren sollen. Es gibt kein Recht der Behörden, in die Urkunden von Notarinnen und Notaren Einsicht zu nehmen. Diese haben die notwendigen Dokumente bei den Behörden einzureichen, wenn ihre Berufspflichten dies gebieten. Entsprechend kann es weder Einsicht noch Zugriff auf Urkunden im schweizerischen Urkundenregister geben. Zudem ist fraglich, was unter den "die Behörden betreffenden Urkunden" zu verstehen ist. Hier sind genauere Erläuterungen notwendig.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung und versichern Sie, sehr geehrte Damen und Herren, unserer ausgezeichneten Wertschätzung.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATS

Landammann:

Staatsschreiber:

Susanne Hochuli

Dr. Peter Grünenfelder

Kopie an:

- egba@bj.admin.ch
- Departement Volkswirtschaft und Inneres
- Abteilung Register und Personenstand DVI