

Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich

Sitzung vom 13. März 2013

267. Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung); Vernehmlassung

A. Anlass

Mit Schreiben vom 14. Dezember 2012 gab das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung) in die Vernehmlassung.

Die Gesetzesvorlage sieht im Wesentlichen folgende Änderungen vor:

- Kodifizierung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung;
- Einführung der Sukzessivbeurkundung aus wichtigen Gründen;
- Einführung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereich der Liegenschaftsverträge;
- Ermächtigung der Kantone zur Einführung der elektronischen öffentlichen Beurkundung.

B. Kodifizierung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen

Mit der Revision der Bestimmungen zur öffentlichen Beurkundung im Schweizerischen Zivilgesetzbuch sollen die von Lehre und Rechtsprechung anerkannten Mindestanforderungen im Interesse der Klarheit und Rechtssicherheit kodifiziert werden. Dies betrifft die ausreichende Ausbildung der Urkundsperson, die Urkundspflicht, die Rechtsbelehrungspflicht, die Unparteilichkeit, die Wahrheitspflicht, die Schweigepflicht und die Einheit des Beurkundungsvorgangs.

Die reine Kodifizierung bereits allgemein anerkannter Mindestanforderungen gibt wenig Anlass zu Bemerkungen und erfordert allenfalls kleinere Korrekturen. Die Vorlage umfasst aber auch den Erlass von Rahmenbedingungen auf Bundesebene. Diese Neuerungen greifen teilweise erheblich in den Kompetenzbereich der Kantone ein, weshalb der Einbezug der Kantone bei der Ausarbeitung des Vorentwurfs angebracht gewesen wäre.

C. Einführung der Sukzessivbeurkundung aus wichtigen Gründen

Der Gesetzesentwurf sieht in Art. 55j Abs. 3 VE SchlT ZGB die Möglichkeit der Sukzessivbeurkundung aus wichtigen Gründen vor. Damit würde die Einheit des Aktes durchbrochen. Gerade aber bei der öffentlichen Beurkundung drängt sich die gemeinsame Anwesenheit der Parteien während des Beurkundungsvorgangs aus Gründen der Rechts-

sicherheit auf. Die Einheit des Aktes stellt sicher, dass die Rechtsbelehrung durch die Urkundsperson alle Beteiligten in gleicher Weise erreicht, und ermöglicht zudem, Differenzen aufzudecken und zu bereinigen. Das sukzessive Beurkundungsverfahren lehnen wir daher ab. Es könnte höchstens als Rechtsetzungsdelegation an die Kantone ausgestaltet werden.

D. Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde

Die Kantone können die Zuständigkeit für Beurkundungen im Bereich der Liegenschaftsverträge örtlich einschränken. Diese Praxis hat sich bewährt und wird auch vom Bundesgericht anerkannt. Gemäss Revisionsvorlage sollen künftig alle gültig errichteten öffentlichen Urkunden von jedem Kanton anerkannt werden. Der Kanton Zürich lehnt diese Ausdehnung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden auf den Bereich der Liegenschaftsverträge aus Gründen der Rechtssicherheit ab.

Im Bereich der Liegenschaftsverträge sind vertiefte Kenntnisse der örtlichen und kantonalrechtlichen Gegebenheiten, zum Beispiel auf dem Gebiet der kantonalen Steuern, lokal vorhandenen gesetzlichen Pfandrechten oder unterschiedlichen Steuerauslegungen, wesentliche Voraussetzungen für die Umsetzung der Rechtsbelehrungspflicht. Da eine Urkundsperson ein Beurkundungsgesuch nicht ablehnen darf, müsste sie die Beurkundung aber auch ohne diese Ortskenntnisse durchführen. Der sich daraus ergebende Qualitätsverlust der öffentlichen Urkunde wie auch der drohende «Gebührentourismus» wurden bei der Ausarbeitung des Vorentwurfs ausser Acht gelassen.

E. Elektronische öffentliche Beurkundung

Die Schaffung der Möglichkeit der Kantone, die vollständige elektronische öffentliche Beurkundung einzuführen, sowie die Gleichstellung der elektronischen öffentlichen Urkunde mit der öffentlichen Urkunde auf Papier begrüssen wir grundsätzlich.

Der Gesetzesentwurf sieht in diesem Zusammenhang die Erstellung zweier gesamtschweizerischer Register vor, ein Register der Urkundspersonen sowie ein Register zur Aufbewahrung und Registrierung der elektronischen öffentlichen Urkunden.

Ein zentrales Register der Urkundspersonen erscheint sinnvoll. Den Kantonen sollte jedoch ein Mitspracherecht bei der Umsetzung eingeräumt werden.

Auch das vorgesehene zentrale System zur Registrierung und Aufbewahrung der elektronischen öffentlichen Urkunde ist zu begrüssen. Die daraus folgende hybride Archivierungsordnung und Datenhoheit bedingt aber eine entsprechend klare gesetzliche Regelung der Zuständigkeiten.

Auf Antrag der Direktion der Justiz und des Innern

beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Zustelladresse: Bundesamt für Justiz, Bundesrain 20, 3003 Bern; auch per E-Mail an egba@bj.admin.ch):

Mit Zuschrift vom 14. Dezember 2012 haben Sie uns den Vorentwurf für die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Öffentliche Beurkundung) unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

Allgemeine Bemerkungen

Wir begrüssen die Schaffung der Grundlage für die Einführung der elektronischen öffentlichen Beurkundung wie auch die Kodifizierung der bereits allgemein anerkannten bundesrechtlichen Mindestvorschriften.

Einige der vorgeschlagenen Neuerungen greifen jedoch erheblich in das Selbstbestimmungsrecht der Kantone ein, weshalb der frühzeitige Einbezug der Kantone bei der Ausarbeitung des Vorentwurfs angebracht gewesen wäre. So würde beispielsweise die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereich der Liegenschaftsverträge zu einer eigentlichen Neugestaltung des Beurkundungswesens im Kanton Zürich führen.

Nicht vollständig überzeugt die Einordnung der vorgeschlagenen Bestimmungen im ZGB unter den Schlusstitel «Anwendungs- und Einführungsbestimmungen» im Abschnitt «Einführungs- und Übergangsbestimmungen». Wir regen an, die systematische Einordnung der überarbeiteten Vorlage je nach Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens nochmals zu prüfen und allenfalls ein selbstständiges Gesetz über die öffentliche Beurkundung in Betracht zu ziehen.

Art. 55a und 55c VE SchlT ZGB (Vorschriften der Kantone)

Art. 55a und 55c VE SchlT ZGB können ohne Weiteres zusammengefasst werden.

Antrag:

«Art. 55a

¹Die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung vorgenommen wird.

²Sie regeln die Errichtung von öffentlichen Urkunden in fremder Sprache.»

Art. 55c VE SchlT ZGB ist wegzulassen.

Art. 55b VE SchlT ZGB (Ausbildung Urkundsperson)

Die Zulassung zur Berufsausübung der Urkundsperson verbleibt gemäss Vorentwurf in der Regelungshoheit der Kantone. Zumal der neu verwendete Begriff «ausreichende Ausbildung» keine näheren Vorgaben an die mindestens verlangte Ausbildung macht, ist diese Bestimmung überflüssig. Da sich konkrete Mindestanforderungen an die Ausbildung ohnehin nicht einheitlich festlegen lassen, ist Art. 55b VE SchlT ZGB ersatzlos wegzulassen.

Antrag:

Art. 55b Abs. 2 VE SchlT ZGB ist ersatzlos wegzulassen.

Art. 55d Abs. 2 VE SchlT ZGB (Urkundspflicht)

Der vorliegende Wortlaut erlaubt es der Urkundsperson, eine Beurkundung abzulehnen, wenn wichtige Gründe vorliegen. In Anerkennung der Urkundspflicht nach Abs. 1 kann die Urkundsperson jedoch nicht wählen, ob sie die Beurkundung vornehmen will oder nicht. Liegen wichtige Gründe vor, muss die Beurkundung abgelehnt oder im Zweifelsfall unter Vorbehalt durchgeführt werden. Wir empfehlen zudem zur einheitlichen Festlegung der Mindeststandards, die Gründe auf Gesetzesstufe aufzulisten, wobei im Zweifelsfall die Möglichkeit bestehen muss, Vorbehalte an der Urkunde anzubringen.

Antrag:

«Art. 55d

¹[unverändert]

²Die Urkundsperson verweigert die Beurkundung, wenn deren Inhalt offensichtlich rechtlich unmöglich, rechts- oder sittenwidrig ist oder eine offensichtlich nicht urteilsfähige Person bei der Beurkundung mitwirken soll.

³In Zweifelsfällen nimmt die Urkundsperson die Beurkundung vor und hält die Bedenken in einem Vorbehalt auf der Urkunde fest.»

Art. 55f Abs. 2 VE SchlT ZGB (Ausstandspflicht)

Da die einzelnen Ausstandsgründe bereits vom kantonalen Recht geregelt werden (z. B. § 20 Zürcher Notariatsgesetz), ist auf eine bundesrechtliche Regelung zu verzichten.

Antrag:

Art. 55f Abs. 2 VE SchlT ZGB ist ersatzlos wegzulassen.

Art. 55g VE SchlT ZGB (Wahrheitspflicht)

Der zweite Satz des ersten Absatzes stellt den Umkehrschluss des Grundsatzes im ersten Satz dar, weshalb der zweite Satz überflüssig ist. Wir schlagen vor, Art. 55g in einem Satz zusammenzufassen.

Antrag:

«Art. 55g Die Urkundsperson beurkundet wahrheitsgetreu und klar.»

Art. 55j Abs. 3 VE SchlT ZGB (sukzessives Beurkundungsverfahren)

Die öffentliche Beurkundung ist nicht für Alltagsgeschäfte, sondern für Geschäfte von grosser Tragweite vorgesehen. Der Grundsatz der Einheit des Aktes ist dabei von herausragender Bedeutung und sichert namentlich die Rechtsbelehrung der Parteien, den Schutz vor übereilten Handlungen und die Schaffung solider Grundlagen für Registereintragungen. Bei gemeinsamer Durchsicht des anstehenden Rechtsgeschäfts durch die beteiligten Parteien können Differenzen aufgedeckt und bereinigt werden. Es ist den Parteien daher nicht nur zuzumuten, sondern es ist im Sinne der Rechtssicherheit sogar geboten, wenigstens für das Hauptverfahren persönlich vor der Urkundsperson zu erscheinen oder zumindest eine Stellvertreterin oder einen Stellvertreter zu bevollmächtigen.

Des Weiteren wirft die administrative Abwicklung der Sukzessivbeurkundung verschiedene Fragen auf wie beispielsweise die Festlegung von Fristen zwischen den Beurkundungen, das Vorgehen im Säumnisfall und die Möglichkeiten der Urkundsperson, ein Geschäft endgültig abzuschreiben. Schliesslich wäre eine genauere Umschreibung der «wichtigen Gründe» unabdingbar, um Beschwerden bei einer Ablehnung von Sukzessivbeurkundungsbegehren zu verhindern. Aus diesen Gründen ist auf das sukzessive Beurkundungsverfahren nach Art. 55j Abs. 3 zu verzichten. Es ist höchstens als Rechtsetzungsdelegation an die Kantone auszugestalten.

Antrag:

Auf Art. 55j Abs. 3 VE SchlT ZGB ist ersatzlos zu verzichten.

Art. 55k VE SchIT ZGB (Anwendung bundesrechtliches Verfahren)

Der Zweck dieser Bestimmung ist unklar. Soll die Urkundsperson bei jeder Beurkundung wählen können, ob sie kantonales oder bundesrechtliches Verfahren anwendet, dann ist auf diese Bestimmung zu verzichten. Andernfalls ist eine Neuformulierung notwendig, die den Sinn und Zweck klarer zum Ausdruck bringt.

Antrag:

Art. 55k VE SchIT ZGB ist ersatzlos wegzulassen oder neu so zu formulieren, dass Sinn und Zweck der Bestimmung aus dem Wortlaut klar zum Ausdruck kommen.

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

Die Revisionsvorlage bezweckt die Ausdehnung der Freizügigkeit der öffentlichen Urkunden auf den Bereich der Liegenschaftsverträge. Diese Neuerung greift erheblich in den Kompetenzbereich der Kantone ein und überzeugt auch aus sachlicher Optik nicht.

Eine einheitliche Lösung für alle Arten von Beurkundungsgeschäften mag auf den ersten Blick sinnvoll erscheinen. Die vom Bundesgericht in BGE 113 II 504 E.3a angeführten Gründe gegen die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde im Bereich der Liegenschaftsverträge sind jedoch nicht von der Hand zu weisen.

Die Umsetzung der Rechtsbelehrungspflicht erfordert im Bereich der Liegenschaftsverträge vertiefte Kenntnisse der örtlichen und kantonalrechtlichen Gegebenheiten, z. B. auf dem Gebiet der kantonalen Steuern, lokal vorhandener gesetzlicher Pfandrechte oder unterschiedlicher Steuerauslegungen. Auch bestehen trotz des eidgenössischen Grundbuchs viele kantonale Eigenheiten, gerade im Bereich der Register. Der Hinweis auf solche Gegebenheiten im Beurkundungsakt wird im Kanton Zürich sogar ausdrücklich gefordert (§ 157 Abs. 3 Zürcher Notariatsverordnung). Aufgrund der Urkundspflicht darf die Urkundsperson ein Beurkundungsgesuch aber trotz fehlender Orts- oder auch Sprachkenntnisse nicht ablehnen. In der Folge könnte die Qualität der Beurkundungen sinken, während rechtliche Auseinandersetzungen und Haftungsansprüche zunehmen.

Eine Liberalisierung der öffentlichen Urkunden wird auch die Frage einer vom Bund vorgegebenen Mindestausbildung für die Urkundspersonen aufwerfen. Während beispielsweise der Kanton Bern für die Beurkundungsfähigkeit das juristische Lizenziat oder Masterdiplom voraussetzt, verlangt das zürcherische Verfahren eine Ausbildung mit dreijähriger kaufmännischer Lehre oder Mittelschule sowie ein juristisches Teilstudium in den Prüfungsfächern an einer schweizerischen

Hochschule während mindestens vier Semestern, eine mehrjährige Praxiserfahrung und nach internen Weiterbildungskursen eine Prüfung durch die vom Obergericht eingesetzte Prüfungskommission. Kantone, die ein Hochschulstudium voraussetzen, werden wohl Widerstand leisten bei der Anerkennung von öffentlichen Urkunden aus dem Kanton Zürich. Dies führt unweigerlich zu einer Vereinheitlichung der Mindestausbildung und damit einem erneuten Eingriff in die kantonale Kompetenz.

Es müsste ausserdem gewährleistet bleiben, dass das örtlich zuständige Grundbuch innert möglichst kurzer Frist mit den entsprechenden Informationen nachgeführt wird, da andernfalls die Publizitätswirkung des Grundbuchs stark eingeschränkt würde.

Das Bundesgericht stellt zu Recht fest, dass die sachgerechte Beratung durch die örtlich zuständige Urkundsperson einen unbestreitbaren Vorteil darstellt. Dabei geht es nicht um eine protektionistische Haltung der Kantone, sondern um die objektive Beurteilung, welches Verfahren dem Ziel der Rechtssicherheit bei der öffentlichen Beurkundung am gerechtesten wird. Wir beantragen daher, auf Art. 55m VE SchlT ZGB zu verzichten und an der bewährten, bisherigen Praxis festzuhalten.

Antrag:

Art. 55m VE SchlT ZGB ist ersatzlos wegzulassen.

Art. 55n und Art. 55o VE SchlT ZGB (elektronische öffentliche Beurkundung)

Wir begrüssen die Neuregelung im Bereich der elektronischen Unterschrift für öffentliche Urkunden, wodurch die vollständige elektronische Beurkundung bzw. die Erstellung einer elektronischen Urschrift (Art. 55n VE SchlT ZGB) möglich wird. Es ist konsequent und richtig, die rechtliche Gleichstellung der elektronischen öffentlichen Urkunde mit der öffentlichen Urkunde auf Papier (Art. 55o VE SchlT ZGB) vorzusehen.

Art. 55p VE SchlT ZGB (Register der Urkundspersonen)

Zur Überprüfung der Legitimität der Urkundsperson ist die Schaffung eines gesamtschweizerisch einheitlich gestalteten und zentral zugänglichen Registers der Urkundspersonen sinnvoll. Die Formulierung der Bestimmung ist jedoch zu offen und zu unbestimmt. Insbesondere fehlen eine Festlegung von Ziel und Zweck des Registers sowie eine Regelung der Zugriffsberechtigung und der Öffentlichkeit der Registerinträge. Zudem müsste festgehalten werden, dass es sich hierbei um ein elektronisches Register handelt.

Eine bloss Anhörung der Kantone gemäss Abs. 3 genügt nicht. Vielmehr haben die technischen und organisatorischen Vorgaben und die Bestimmung des Datenmodells in Zusammenarbeit mit den Kantonen zu erfolgen.

Aufgrund der Komplexität der Thematik wird auf einen ausformulierten Antrag für den Wortlaut dieser Bestimmung verzichtet.

Art. 55q VE SchlT ZGB (Aufbewahrung und Registrierung)

Die Digitalisierung der öffentlichen Urkunde ermöglicht eine zentrale Datenablage dieser Dateien. Der Vorentwurf sieht daher zur Aufbewahrung und Registrierung der elektronischen öffentlichen Urkunde ein durch den Bund bereitgestelltes und betriebenes System vor. Diese Neuerung begrüssen wir grundsätzlich, zumal sie dem Bedürfnis nach mehr Transparenz gerecht wird und eine Effizienzsteigerung erwarten lässt.

Die Archivierung und Endarchivierung von Papierurkunden erfolgt weiterhin nach Massgabe des jeweiligen kantonalen Archivgesetzes. In Bezug auf die elektronische öffentliche Urkunde sind diese Zuständigkeiten aber unklar, zumal der Wortlaut in Art. 55q Abs. 3 VE SchlT ZGB festlegt, dass die im System aufbewahrte und registrierte «Kopie» der elektronischen Urkunde massgebend sein soll. Zur Präzisierung sind klare Bestimmungen zu Datenhoheit, Archivierung und Endarchivierung der elektronischen öffentlichen Urkunde im Gesetz zu ergänzen.

Antrag:

Art. 55q ist mit Bestimmungen zur Datenhoheit, Archivierung und Endarchivierung der elektronischen öffentlichen Urkunden zu ergänzen.

II. Mitteilung an die Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Mitglieder des Regierungsrates sowie an die Direktion der Justiz und des Innern.



Vor dem Regierungsrat
Der Staatsschreiber:

Husi