

Regierungsrat

Rathaus / Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
www.so.ch

Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern

312.12.017

19. März 2013

Vernehmlassung zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Änderung betreffend öffentliche Beurkundung)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 14. Dezember 2012 in oben genannter Angelegenheit, danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns dazu gerne wie folgt:

A. Grundsätzliches

Regelung der öffentlichen Beurkundung als kantonale Kompetenz

Gemäss den Ausführungen im erläuternden Bericht stützt sich der Vorentwurf, welcher die Regelungen im Bereich der öffentlichen Beurkundung im Schlusstitel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches stark erweitern will, auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Zivilrechts. Diese Verfassungsgrundlage erscheint uns nicht ausreichend für die vorgeschlagene, weitreichende Regelung des Beurkundungswesens in den Art. 55 ff. VE Schl ZGB. Die Regelung der öffentlichen Beurkundung obliegt nach wie vor den Kantonen. Der Bund kann dazu nur Regelungen erlassen, soweit dies für die Verwirklichung des Bundeszivilrechts unabdingbar ist.

Zur Kodifizierung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung (Art. 55 – 55m VE Schl ZGB)

Die Art. 55 - 55m regeln den Begriff der öffentlichen Beurkundung und die bundesrechtlichen Mindestanforderungen an diese. Art. 55a behält zudem das Recht der Kantone vor, weitergehende Bestimmungen über die öffentliche Beurkundung in ihrem Gebiet zu erlassen. Die neuen Bestimmungen sollen grösstenteils Regelungen im Bundesrecht kodifizieren, die bereits heute in Lehre und Rechtsprechung anerkannt sind und als Selbstverständlichkeiten auch in den jeweiligen Notariatserlassen der Kantone Berücksichtigung gefunden haben (z.B. die Rechtsbelehungs-, Unparteilichkeits- und Wahrheitspflicht). Eine Kodifizierung im ZGB ist daher nicht notwendig.

Zur öffentlichen Beurkundung (Erstellung der Urschrift) in elektronischer Form (55n – 55t VE SchIT ZGB)

Die Art. 55n – 55t sollen neu die Erstellung einer öffentlichen Urkunde (Urschrift) in elektronischer Form ermöglichen. Wir stellen Sinn und Nutzen einer solchen Beurkundungsform in Frage. Ein solches Verfahren birgt die Gefahr in sich, dass Fernbeurkundungen ohne Anwesenheit der Beteiligten durchgeführt werden könnten, da eine elektronische Unterschrift unabhängig von einem gemeinsamen Versammlungsort von überall her angebracht werden kann. Damit könnten die beurkundungsrechtlichen Pflichten zur Willenserforschung und Aufklärung der Parteien leicht unterlaufen werden. Es ist u.E. auch ein Trugschluss zu glauben, mit der Errichtung elektronischer Urschriften werde das Erstellen von Papierexemplaren überflüssig werden, wie der Bericht auf S. 6 annimmt. Es ist nämlich kaum anzunehmen, die Urkundsparteien würden die Dokumente im Vorfeld der Beurkundung und anlässlich derselben ausschliesslich auf dem Bildschirm ihres elektronischen Geräts zur Kenntnis nehmen und auf ein papierenes Exemplar der rechtsgültigen Urkunde anschliessend gänzlich verzichten. Die Argumentation im Bericht, die bisherige Praxis (Erstellung einer Papierurschrift und anschliessend einer elektronischen Ausfertigung) bedeute ein unnötiges Hin und Her, trifft deshalb ins Leere.

Hinzu kommt, dass das Verfahren für die Errichtung elektronischer Urkunden kompliziert ist. Es setzt bei der Urkundsperson und den Urkundsparteien entsprechende Infrastruktur voraus. Die Aufbewahrung der elektronischen Urkunde in einem vom Bund betriebenen System, deren Zulässigkeit wir übrigens bestreiten, ist mit möglicherweise erheblichen Kosten verbunden.

Für unbehelflich halten wir das Argument auf S. 6 des Berichts, mit der Erstellung elektronischer Urschriften werde im elektronischen Geschäftsverkehr ein Medienbruch vermieden. Ohne diese Neuerung sei längerfristig eine hybride Aktenführung geradezu unausweichlich. Dazu ist festzustellen, dass es seit jeher üblich ist, z.B. für Registereintragungen notariell beglaubigte Kopien zu erstellen. Wieso es ein Problem sein soll, von Urschriften in Papierform elektronische Ausfertigungen zu erstellen, ist weder ersichtlich noch einsichtig. Im Übrigen könnte das Problem der „hybriden Aktenführung“ nur beseitigt werden, wenn inskünftig die öffentlichen Urkunden ausschliesslich in elektronischer Form errichtet und über den elektronischen Geschäftsverkehr versandt würden. Dies ist ausdrücklich nicht vorgesehen, wohl auch nicht realisierbar und klar abzulehnen.

Im Weiteren spricht die mit Zeitablauf in massiver Weise sinkende Fälschungssicherheit von elektronischen öffentlichen Urkunden, wie sie der Bericht auf S. 6 einräumt, gerade in exemplarischer Weise gegen die Zulassung der elektronischen öffentlichen Beurkundung.

Art. 55q sieht vor, dass die elektronisch erstellten öffentlich beurkundeten Urschriften, Ausfertigungen und Beglaubigungen in einem System des Bundes aufbewahrt und registriert werden müssen. Dies lehnen wir ab. Mit dieser Vorschrift wird u.E. in die Kompetenz der Kantone eingegriffen. Die von den kantonalen Urkundspersonen erstellten Urkunden sind Eigentum des Kantons. Es geht nicht an, dass der Bund die Aufbewahrung und Registrierung derselben in einem Bundessystem vorschreibt. Die öffentlichen Urkunden haben ausschliesslich im Herrschaftsbereich des Kantons zu verbleiben.

Die elektronische Beurkundung geht im Übrigen unseres Erachtens vollständig an den Bedürfnissen der Kundschaft vorbei. Sie ist abzulehnen.

Wir beantragen daher, die Art. 55n – 55t ersatzlos zu streichen.

B. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Art. 55c VE SchIT ZGB

Nach Solothurnischem Recht muss gemäss § 13 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 4. April 1954 (EG ZGB; BGS 211.1) die öffentliche Urkunde in einer der 3 Amtssprachen des Bundes verfasst sein (Abs. 1). Sind bei Errichtung einer öffentlichen Urkunde nicht sämtliche Personen der Sprache mächtig, in der die Urkunde abgefasst wird, so muss, wenn die Urkundsperson nicht selbst die Übersetzung vornehmen kann, ein Übersetzer beigezogen werden, der den Grund seiner Mitwirkung in der Urkunde anzugeben, diese zu

unterzeichnen und dabei zu bezeugen hat, dass die Übersetzung gewissenhaft erfolgt ist (Abs. 2). Der Übersetzer kann zugleich Zeuge sein. Für ihn gelten die Ausstandsbestimmungen des § 8 (Abs. 3).

Nach verschiedenen Auffassungen in der Lehre sind Kantone jedoch nicht befugt, die Urkundssprache auf die Landessprachen zu beschränken, weil danach eine öffentliche Urkunde nur dann entstehen kann, wenn die Urkundspartei die Urkundssprache sprachlich versteht. Umgekehrt wird auch auf die Möglichkeit hingewiesen, einen Übersetzer oder eine Übersetzerin beizuziehen, wenn eine Urkundspartei oder die Urkundsperson die Urkundssprache nicht hinreichend versteht. Diese Aussage steht in gewissem Widerspruch zur vorher dargelegten Auffassung.

U.E. sind öffentliche Urkunden Eigentum des Kantons, und es liegt in seiner Kompetenz vorzuschreiben, in welcher Sprache die Urkunden verfasst werden können. Für sprachunkundige Urkundsparteien ist der Beizug von Übersetzern erforderlich. Hingegen muss die Urkundsperson die Sprache, in der die Urkunde verfasst wird, zwingend beherrschen.

Wir beantragen, Art. 55c wie folgt zu formulieren:

„Der Kanton bestimmt, in welcher Sprache die öffentliche Urkunde zu errichten ist“.

Art 55m VE SchIT ZGB

Mit Art. 55m wird eine Kehrtwendung von der bisherigen Bundesgerichtspraxis vollzogen. Damit ist nicht nur die Kodifizierung der auch von der Rechtsprechung anerkannten Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung (Bericht Ziff. 1.2) vorgesehen.

Das Bundesgericht hat vielmehr festgehalten, dass in Bezug auf die Beurkundung von Grundstücksgeschäften die *lex rei sitae* gelte und damit die Freizügigkeit der öffentlichen Urkunde eingeschränkt sei. Der Kanton Solothurn hat denn auch vorgesehen, dass Grundstücksgeschäfte lediglich durch den Amtschreiber beurkundet werden dürfen (§ 5 EG ZGB).

Art. 55m sieht nun vor, dass auch im Bereich der Liegenschaftsgeschäfte öffentliche Urkunden an jedem beliebigen Ort der Schweiz von einer dort zuständigen Urkundsperson rechtsgültig errichtet werden können. Diese Bestimmung führt dazu, dass sämtliche Urkundspersonen der Schweiz, namentlich aber auch die im Kanton Solothurn tätigen frei erwerbenden Notarinnen und Notare, Verträge über Grundstücke im Kanton Solothurn beurkunden dürfen. Es ist zu befürchten, dass das bewährte Amtsnotariat in unserem Kanton damit massiv unter Druck gerät und mittelfristig sogar abgeschafft werden könnte.

Die Argumentation im Bericht, die Beratung und Belehrung der Vertragsparteien durch die ortskundige Urkundsperson am Ort der gelegenen Sache garantiere keine höhere Beurkundungsqualität ist u.E. nicht haltbar. Gerade im Liegenschaftengeschäft ist Ortskenntnis zwingend (zu denken ist z.B. auch an die Eigenheiten des kantonalen Baupolizeirechts). Die Konzentration der Urkundenerstellung in unserem Kanton auf die Amtschreibereien garantiert eine hohe Rechtssicherheit, beste Qualität und ist zudem für die Urkundsparteien kostengünstig.

Der vorgesehene Art. 55m ist ein massiver Eingriff des Bundes in Kompetenzen des Kantons. Er hätte in unserem Kanton gravierende Auswirkungen, nicht zuletzt wohl auch finanzieller Natur. Wir beantragen die ersatzlose Streichung. Es soll diesbezüglich der in Art. 55a vorgesehene Grundsatz anwendbar bleiben, wonach die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiet die öffentliche Beurkundung vorgenommen wird.

Art. 55q VE SchIT ZGB

Ergänzend zu unserer grundsätzlichen Ablehnung der elektronischen Urschrift haben wir aus technischer Sicht folgende Bemerkungen:

Tatsächlich bringt die dauerhafte Aufbewahrung digitaler Urkunden einige Herausforderungen mit sich. Eine digitale Signatur verliert im Laufe der Zeit, alleine schon infolge immer leistungsfähigerer Rechner, an Sicherheit. Im Bericht wird dies zwar erkannt. Doch wird auf noch zu schaffende Regelungen verwiesen. Damit ist gegenwärtig nicht einmal in den Grundzügen ersichtlich, wie dieser Herausforderung begegnet werden soll.

Unabhängig davon besteht bei der dauerhaften elektronischen Archivierung signierter Dokumente eine Schwierigkeit darin, dass sämtliche Signaturen vor der Archivierung entfernt werden müssen. Andernfalls bereiten diese bei späteren Migrationen der Datensätze infolge veralteter oder obsolet gewordener Formate und Betriebssysteme Probleme. Aus dem Bericht ist nicht ersichtlich, wie die Lösung dieser technischen Herausforderungen für die Langzeitarchivierung elektronischer Urschriften aussehen könnte.

Gerne hoffen wir auf eine Berücksichtigung unserer Anliegen im weiteren Gesetzgebungsverfahren.

Mit freundlichen Grüßen

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.
Esther Gassler
Frau Landammann

sig.
Andreas Eng
Staatsschreiber