

ZÜRCHERISCHES NOTAREN-KOLLEGIUM

(seit 1832)

Notar Beat Franz, Präsident
c/o Notariat Bülach
Marktgasse 1, Postfach, 8180 Bülach
Briefadresse: Postfach, 8180 Bülach

Telefon: 044 864 82 20
Telefax: 044 864 82 39

beat.franz@notariate.zh.ch

Bülach, 18. März 2019

Per E-Mail

Direktion der Justiz und des Innern

Frau Regierungsrätin Jacqueline Fehr

Neumühlequai 10

8090 Zürich

Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG); Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Frau Regierungsrätin Fehr

Mit Schreiben vom 30. Januar 2019 wurden Sie vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement EJPD bzw. von Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter eingeladen, zum Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen und Änderung der Grundbuchverordnung Stellung zu nehmen. Mit E-Mail vom 8. Februar 2019 geben Sie uns die Gelegenheit, Ihnen unsere Einschätzung mitzuteilen. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

Wir lehnen dieses Bundesgesetz und die Änderung der Grundbuchverordnung (vorerst) ab.

Gerne begründen wir unsere Haltung wie folgt:

Es wird erwähnt, dass mit der Einführung von Art. 55a Abs. 1 SchIT ZGB bzw. mit der EÖBV (Verordnung über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen) ein erster wichtiger Schritt in Richtung elektronischer öffentlicher Beurkundung gemacht worden ist und es sich um eine Kompromisslösung handelt, die heute nicht mehr zeitgemäss ist. Der Bundesgesetzgeber erhofft sich durch das Bundesgesetz über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen (EÖBG), dass die öffentlichen Urkunden nur noch digital erstellt werden und kein Medienbruch mehr statt-

finden soll (vgl. Ziff. 1.3.2 erläuternder Bericht). Vorgeschlagen wird, den konsequenten Schritt zur vollständigen elektronischen Beurkundung zu vollziehen (vgl. Ziff. 1.3.3 erläuternder Bericht).

Diese Zielsetzung geht dabei weit darüber hinaus, was bisher gemäss Art. 55a Abs. 1 SchIT ZGB bzw. aufgrund der EÖBV zulässig ist. In der EÖBV geht es im Wesentlichen darum, dass die Urkundsperson von der sogenannten Papierurschrift (Original) elektronische Ausfertigungen machen kann (Art. 11 Abs. 2 EÖBV). Dazu ist zu bemerken, dass Art. 55a Abs. 1 SchIT ZGB bzw. die EÖBV bisher im Kanton Zürich nicht umgesetzt wurde und in vielen Bereichen bisher (noch gar) kein diesbezügliches Kundenbedürfnis besteht.

Elektronische öffentliche Urkunde (elektronische Urschrift) und elektronische Beglaubigung

Gemäss Art. 1 Abs. 1 des EÖBG (Bundesgesetzes über die Erstellung elektronischer öffentlicher Urkunden und elektronischer Beglaubigungen) regelt dieses Gesetz die notarielle Erstellung von elektronischen öffentlichen Urkunden und gemäss Art. 2 Abs. 1 EÖBG wird die Urschrift grundsätzlich ausschliesslich elektronisch erstellt. Wie dies im Rahmen des Hauptverfahrens (d.h. beim eigentlichen Beurkundungsakt) jedoch vollzogen werden soll, muss der Bundesrat gemäss Art. 7 des EÖBG noch regeln.

Bevor aber die Pflicht zur Herstellung einer digitalen Urschrift gesetzlich verankert werden kann, muss klar sein, wie eine solche Urkunde im Rahmen der beurkundungsrechtlichen Vorschriften zu erstellen ist. So ist klarzustellen, dass die Anwesenheit der Parteien während des Beurkundungsverfahrens aus Gründen der Rechtssicherheit eine unentbehrliche Voraussetzung für die Beurkundung ist. Es erscheint unklar, ob an diesem elementaren Teil der Beurkundung festgehalten werden soll. So wird in Ziff. 3.3 des erläuternden Berichtes von einer vollelektronischen öffentlichen Beurkundung gesprochen. Was konkret damit gemeint ist, ist nicht klar. Das Verfahren, wie die elektronische Urschrift entstehen soll, ist leider nicht beschrieben.

Wie werden die Parteien eine solche Urkunde signieren? Vielleicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (Art. 14 Abs. 2 OR, Art. 10 Abs. 1 Bst. d EÖBV). Dabei ist anzumerken, dass leider die wenigsten Bürger über eine solche Signatur verfügen und sie sich darum „vorerst“ nicht als Ersatz für die eigenhändige Unterschrift eignet. Anscheinend kann auch mit der steigenden Rechenleistung von Computern eine elektronische Signatur immer mehr „geknackt“ werden (vgl. Risch, eUrkunde und eRegister: Wie weiter?, S 259, in Aktuelle Themen zur Notariatspraxis).

Folgt man diesen Ausführungen, könnte man zum Schluss kommen, dass im Rahmen der „digitalen Beurkundung“ ganz auf die Unterzeichnung der Parteien verzichtet würde und ganz andere Technologien bevorzugt würden.

So erstaunt es nicht, dass in Deutschland am papiergebundenen Beurkundungsverfahren und an der Papierurschrift vorerst festgehalten wird.

Unter diesem Aspekt ist das Votum zu Art. 11 Abs. 1 EÖBV gerechtfertigt, dass die Urschrift „noch immer“ auf Papier zu erstellen ist (vgl. Jürg Schmid, ZBGR 2018 (99) S 131). Die Verhältnisse haben sich seit Einführung der EÖBV nicht grundlegend verändert. Indirekt würde durch die Einführung dieses Gesetzes (EÖBG) nach Ablauf der Übergangsfrist für öffentliche Urkunden ein Zwang zur digitalen Unterschrift eingeführt werden. Sofern auf eine Unterzeichnung durch die Parteien verzichtet werden müsste, würde somit Art. 14 Abs. 1 OR oder z.B. Art. 500 Abs. 2 ZGB wohl unzulässig derogiert werden. Eine saubere Abstimmung zwischen den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen im Privatrecht und dem EÖBG wird vermisst.

Die Genehmigung von Rechtsgeschäften durch eine Unterschrift ist u.E. (noch immer) stark in der Bevölkerung verwurzelt und hat unzweifelhaft seine Berechtigung. Ein Hauskauf ist dabei von einem Online-Kauf oder einem Besuch beim Postschalter klar zu unterscheiden.

Die eigentliche Beurkundung (Hauptverfahren) soll gemäss Art. 7 des Entwurfes des EÖBG auf Verordnungsstufe durch den Bundesrat erlassen werden. Systematisch sollte es jedoch umgekehrt sein. Zu bemerken ist, dass die Archivierung der Urschrift eher technischer Natur ist. Dies ganz im Gegenteil zur eigentlichen Beurkundung, eben dem Hauptverfahren. Insofern ist bereits Art. 1 Abs. 1 lit. a des Entwurfes der EÖBG irritierend, dass dieses Gesetz im Bereich des Privatrechts die notarielle Erstellung von elektronischen öffentlichen Urkunden regeln soll.

Die Einführung eines solchen Gesetzes, ohne die Definition der erwähnten Parameter, würde bedeuten, dass das Pferd am Schwanz aufgezümt wird, auch wenn eine Übergangsfrist von 10 Jahren eingeräumt würde (Art. 9 Abs. 2 EÖBG).

Wir würden es begrüßen, wenn die Zulässigkeit und das Verfahren im neu zu schaffenden Beurkundungsgesetz (bundesrechtliche Minimalanforderungen) definiert wird, im EÖBG lediglich die Archivierung der Urschrift geregelt wird und die entsprechenden technischen und technologischen Vorschriften auf Verordnungsstufe geregelt werden.

Wie weit hier die Arbeiten der von Rahel Müller vom Bundesamt für Justiz ins Leben gerufene

Arbeitsgruppe zur Vereinheitlichung des Beurkundungswesen (der sog. groupe de réflexion) eingebunden worden sind, können wir leider nicht beurteilen.

Die notariellen Dienstleistungen sollten dem Kundenbedürfnis entsprechen und somit sollte der Bürger die Wahl haben, ob er eine schriftliche Urschrift wünscht oder eben eine digitale Urschrift. Die Einführung eines dualen Systems würde begrüsst werden. Dies würde einem echten Kundenbedürfnis entsprechen. Eine digitale Urschrift macht dabei allenfalls Sinn, wenn sie im Geschäftsverkehr stark im Umlauf wäre. Bei Verfügungen von Todes wegen ist dies aber gerade nicht der Fall, da hier Diskretionsgründe überwiegen und eine zentrale Registrierung solcher Urkunden wohl meistens nicht dem Kundenbedürfnis entsprechen würde. Im Übrigen ist hinzuweisen, dass die Bedeutung der Urschrift vor allem in diesem Bereich rechtlich relevant ist. Als weiteres Beispiel ist zu erwähnen, dass die konventionelle Unterschriftenbeglaubigung wohl noch für sehr lange Zeit ihre Berechtigung haben wird.

Dem technologischen Wandel möchten wir uns auf keinen Fall entziehen. Die Funktion der öffentlichen Beurkundung, welche auch ihren Anteil an der Rechtssicherheit und am Wohlstand in der Schweiz hat, muss jedoch auch im Rahmen einer digitalen Transformation grösste Beachtung geschenkt werden.

Anpassungen der Grundbuchverordnung

Gleichzeitig soll die Grundbuchverordnung angepasst werden. Wir erlauben uns den Hinweis, dass durch die Einführung des EÖBG nach dem Ablauf der Übergangsfrist für Rechtsgrundausweise, welche zu beurkunden sind, keine Papierdokumente mehr zulässig wären.

Hingegen wären sämtliche Rechtsgrundausweise, welche nicht beurkundungsbedürftig sind, noch schriftlich gültig (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 GBV). Unklar erscheint uns dann auch, welche kantonal beurkundeten Papierdokumente es noch geben würde (vgl. neu Art. 3 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1). Es ist anzunehmen, dass die schriftlichen Grundbuchbelege nicht zentral digitalisiert würden.

Sofern Papierschuldbriefe nicht gleichzeitig oder vor der elektronischen Anmeldung dem Grundbuchamt eingereicht würden, würde dies zu einem ungewollten Schwebezustand führen, welcher den Rechtsverkehr einschränkt.

Darum ist der letzte Satz von neu Art. 39 Abs. 3 GBV ersatzlos zu streichen. Es ist im Sinne der Parteien und der Rechtssicherheit, dass das Verfügungsrecht im Zeitpunkt der Abgabe einer Grundbuchanmeldung nachgewiesen ist.

Digitale Rechtsgrundausweise wären Belege und somit Bestandteil des Grundbuches (Art. 942 Abs. 2 ZGB). Bedeutet dies, dass die Grundbuchämter von der digitalen Urschrift beglaubigte Papierausdrucke gemäss Art. 3 Bst. c EÖBG erstellen würden und somit die physische Archivierung noch immer bestehen bleiben (vgl. Art. 37 Abs. 2 GBV) oder eine doppelte Archivierung vorgenommen würde?

Elektronische Anmeldungen oder auch elektronische Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt werden sich erst durchsetzen, wenn die digitale Unterschrift breit verankert ist.

Urkundenregister

Gemäss Art. 4 EÖBG soll die digitale Urschrift in einem zentralen Urkundenregister erfasst und archiviert werden.

Durch die elektronische Archivierung würden die Kosten für den Raum der physischen Archivierung eingespart werden. Diese Kosten könnten jedoch bereits jetzt durch geeignete Massnahmen reduziert werden. In vielen Bereichen wird dies bereits gemacht.

Bisher bestand kein Bedürfnis nach einem elektronischen Urkundenregister. Mit der Einführung einer digitalen Urschrift ist dies aber die sachgerechte Lösung. Sinnvoll und hinzunehmen wäre die Zentralisierung dieses Registers. Dieses Register müsste jedoch höchste Hürden in Punkto Sicherheit, Datenschutz und Praktikabilität nehmen.

Im Rechtsverkehr müsste die elektronische Ausfertigung mit der digitalen Urschrift überprüft werden können, da es anscheinend technisch möglich ist, eine digitale Unterschrift zu fälschen. Im Prinzip müsste deshalb jede digitale Urkunde (Ausfertigung) mit dem digitalen Urkundenregister verifiziert werden. Unklar erscheint uns, dass es keine elektronischen Ausfertigungen von elektronischen Urschriften mehr geben soll (vgl. Art. 3 Abs. 3 erläuternder Bericht), da im Kanton Zürich lediglich eine Urschrift erstellt wird. Sollte die Cyberkriminalität weiter zunehmen, müsste zudem geprüft werden, ob dieses Urkundenregister genügend geschützt ist.

Die entsprechenden Kosten und die daraus folgenden Gebühren sind nicht abzuschätzen. So wäre es unzweifelhaft eine sehr sensible Aufgabe, welche laufend dem technologischen Fortschritt anzupassen wäre.

Es wird vermutet, dass die entsprechenden Kosten in Relation zu den physischen Archivierungskosten höher ausfallen werden.

Wir würden es begrüssen, wenn die Zugriffsberechtigung, die Aufsicht, die Öffentlichkeit dieses Register und die Festlegung des Sinnes und Zweckes dieses Registers auf Gesetzesstufe vorgenommen wird. Etwas aufhorchen lässt, dass für dieses Register künftige Nutzungsfelder im Auge zu behalten sind.

Wir sind der Ansicht, dass der Bürger frei wählen soll, ob er eine digitale Urschrift oder eine schriftliche Urschrift wünscht. Somit könnte er mit der Papierurschrift auch indirekt wählen, dass er auf die zentrale Registration seiner Urschrift verzichtet.

Sofern digitale öffentliche letztwillige Verfügungen und Erbverträge hinterlegt würden, müssten die entsprechenden Bestimmungen koordiniert werden (Widerruf, Einlieferungspflichten).

Fazit

Die Bemühungen zum technologischen Wandel sind anzuerkennen und zu begrüßen.

Mit der Einführung der digitalen Urschrift wird vorweggenommen, dass die Papierurschrift obsolet wird. Ob dies sinnvoll ist oder nicht, muss jedoch zwingend im Rahmen der Beurteilung der bundesrechtlichen Mindestanforderungen an die öffentliche Beurkundung erfolgen.

Bevor die Arbeiten zu den bundesrechtlichen Minimalanforderungen im Beurkundungswesen nicht abgeschlossen sind, kann das EÖBG nicht eingeführt werden. Sobald die bundesrechtlichen Minimalanforderungen definiert sind, können die erforderlichen Anpassungen am EÖBG fortgesetzt werden.

Eine Pflicht zur digitalen Urschrift lehnen wir kategorisch ab.

Da die Kosten für ein elektronisches Urkundenregister wie auch für den technologischen Wandel bei den Urkundspersonen nicht zu unterschätzen sind, gehen wir leider davon aus, dass keine Kosteneinsparungen resultieren werden. Zuverlässige Daten haben wir selbstverständlich aber nicht.

Einen Mehrwert für die Digitalisierung würde die breite Akzeptanz der digitalen Unterschrift bringen.

Freundliche Grüsse

ZÜRCHERISCHES NOTAREN-KOLLEGIUM



Beat Franz
Präsident



Werner St. Wenger
Obmann Sektion III

Kopie an:

Notariatsinspektorat des Kantons Zürich