



Grundbuch- und Beurkundungsinspektorat, Postfach 359, 8636 Wald

Per E-Mail

An die Gemeindeschreiberinnen und Gemeindeschreiber von Appenzell Ausserrhoden

An die Grundbuchverwalterinnen und Grundbuchverwalter von Appenzell Ausserrhoden

Postfach 359
8636 Wald ZH
GBI@ar.ch
www.ar.ch

Thomas Honegger
Grundbuch- und
Beurkundungsinspektor
Tel. 055 246 31 50
Fax 055 246 31 49
Thomas.Honegger@ar.ch

Wald, 24. Dezember 2010

Rück- und Ausblick

Sehr geehrte Damen und Herren
Geschätzte Kolleginnen und Kollegen

Das Jahr 2010 neigt sich dem Ende zu. Für mich war es das erste in der Funktion des Grundbuch- und Beurkundungsinspektors von Appenzell Ausserrhoden. Ich durfte ausnahmslos positive Erfahrungen machen und fühlte mich von Ihnen jederzeit akzeptiert und getragen. Dafür bedanke ich mich bei Ihnen allen ganz herzlich.

Bis spätestens Ende des nächsten Jahres werde ich Sie alle persönlich kennen gelernt haben. Ich bin überzeugt, dass mir wieder sehr gute und interessante Gespräche bevorstehen und dass ich bestehende Kontakte vertiefen kann.

Mit diesem Schreiben möchte ich Ihnen einen kurzen Überblick aus notarieller und grundbuchrechtlicher Sicht über das zu Ende gehende Jahr geben, gleichzeitig aber auch bereits vorwärts auf 2011 schauen. Die einen Themen betreffen nur die Grundbuchämter, andere nur die übrigen notariellen Beurkundungen. Da beide Gebiete häufig nahe beieinander liegen, verzichte ich auf eine Trennung. Vielleicht ist das eine oder andere nicht nur für die den einen Spezialisten (GrundbuchverwalterIn) interessant, sondern auch für den anderen (GemeindeschreiberIn, LeiterIn des Erbschaftsamtes).

1. Kantonales Beurkundungsgesetz und Beurkundungsverordnung

Gleichzeitig mit meinem Amtsantritt traten das Beurkundungsgesetz vom 26. Oktober 2009 (BeurkG, bGS 211.2) und die Beurkundungsverordnung vom 26. Januar 2010 (BeurkV, bGS 211.211) in Kraft. Auf denselben Zeitpunkt hin wurde das Gesetz über die Gebühren der Gemeinden und das Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches geändert.

Die beiden neuen Erlasse führten anfänglich zu gewissen Unsicherheiten bei den Urkundspersonen. Insbesondere kamen Fragen auf zur Formulierung von Beurkundungsformeln und Beglaubigungen, zum Beurkundungsregister und zur neu eingeführten Aufsicht im notariellen Bereich. Anlässlich der Gemeindeschreiberkonferenz vom 19. Mai 2010 nahm ich deshalb die Gelegenheit sehr gerne wahr, über die neuen Rechtsgrundlagen und meine Funktion zu informieren.



Bis heute konnte ich mich auf verschiedenen Gemeinden davon überzeugen, dass die beiden Erlasse gut aufgenommen und inzwischen problemlos umgesetzt werden. Auf einzelne Punkte, auf die ich mehrfach angesprochen wurde oder die mir im Rahmen der Inspektionen aufgefallen sind, möchte ich nachfolgend etwas detaillierter eingehen:

1.1. Beglaubigungstexte / Mustersammlung / Beurkundungsformel für Grundpfandrechte

Leider konnte ich mein Versprechen anlässlich der Gemeindeschreiberkonferenz, Ihnen eine Mustersammlung mit Beglaubigungstexten zu liefern, bis heute nicht erfüllen. Nun sind diese Arbeiten aber abgeschlossen. Nach einer Schlusskontrolle werde ich Ihnen bis Ende Jahr Dokumente mit verschiedenen Texten in deutscher, englischer, italienischer und französischer Sprache per E-Mail zustellen. Da es sich um Muster handelt, müssen sie nicht zwingend verwendet werden. Möglicherweise sind sie im Alltag aber eine Hilfe.

Aufgrund des Verweises in Art. 12 BeurkV auf Art. 11 BeurkG müssen Sie im Fall von Unterschriftsbeglaubigungen die vollständigen Personalien der um die Beglaubigung ersuchenden Person festhalten. Nicht erforderlich ist hingegen die Angabe der Uhrzeit. Die Bestimmungen von Art. 11 BeurkG können aus meiner Sicht nur analog angewandt werden, da die Formalien von Beglaubigungen und Beurkundungen voneinander abweichen.

Die Sammlung der Beglaubigungstexte stellt einen ersten Schritt dar. In einer nächsten Runde beliefere ich Sie mit Vorschlägen für Beurkundungsformeln, insbesondere für Eheverträge, Erbverträge und Bürgschaften. Auch hier gilt: Aufgrund der Inspektionen gibt es keinen dringenden Handlungsbedarf. Den Vorgaben des Beurkundungsgesetzes wird soweit ersichtlich überall nachgelebt.

Wichtiger scheint mir, Sie im Lauf der Zeit mit Mustern für Eheverträge, Erbverträge und Testamente zu beliefern. Grundsätzlich habe ich zwar einen guten diesbezüglichen Eindruck gewonnen, gewisse Formulierungen könnten aber noch präziser sein. Mit der Unterwerfungserklärung im Rahmen einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde und dem Vorsorgeauftrag im künftigen Erwachsenenschutzrecht (vgl. Ziffern 4 und 5 unten), kommen weitere Beurkundungstatbestände und damit auch Formulierungsfragen auf Sie zu. Die Kantone Zürich und Bern erarbeiten momentan gemeinsam Musterurkunden, die ich Ihnen ebenfalls zu gegebener Zeit zugänglich machen möchte. Letztendlich sollen Sie über eine elektronische Sammlung von Daten verfügen, die Ihnen und auch Ihren Nachfolgerinnen und Nachfolgern zweifellos eine grosse Hilfe sein wird.

Da meine zeitlichen Ressourcen beschränkt sind, ich Wert auf gute Qualität lege und die Anlegung einer solchen Mustersammlung mit grossem Aufwand verbunden ist, muss ich Sie allerdings immer wieder um Geduld bitten. Anstelle einer eigenen Mustersammlung, könnte man sich auch überlegen, eine bereits bestehende einzukaufen (z.B. Bern) und diese auf die lokalen Verhältnisse anzupassen. Abklärungen in diese Richtung stehen bevor. Ich werde mir unter Umständen erlauben, Sie für die Mitarbeit in einer „Redaktionsgruppe“ anzufragen, welche bei diesen Anpassungs- und Formulierungsarbeiten wertvolle Dienste für alle leisten könnte.

Im Grundbuchwesen führte das Erfordernis einer neuen Beurkundungsformel in Pfandverträgen zu einer generellen Überprüfung der bisher von den Banken verwendeten Formulare. Mit Schreiben vom 14. Mai 2010 an diverse Banken ersuchte ich diese um mehrere Anpassungen. Leider wurden diese zum Teil so



unglücklich umgesetzt, dass heute immer wieder Korrekturen durch die Grundbuchämter erforderlich sind. Nach einer Aussprache mit den Grundbuchverwaltern Fredi Hertler, Hans Bänziger, Reto Herzig und Peter Nef beschlossen wir, einen neuen Standardvertrag für den ganzen Kanton zu entwickeln und diesen an die Grundbuchämter zu verteilen. Die Grundbuchämter sollen so in die Lage versetzt werden, bei fehlerhaften oder unvollständigen Verträgen der Banken diesen unseren eigenen Standardvertrag zur künftigen Verwendung zuzustellen. Mit E-Mail vom 28. Oktober 2010 verteilte ich meine Textvorlagen an die erwähnten Grundbuchverwalter (zusätzlich an Marcel Ehrbar und Peter Müller) zur internen Vernehmlassung. Diese steht im Moment noch aus. Ich gehe aber davon aus, Sie im Januar mit den neuen Formularen auf elektronischem Weg beliefern zu können.

1.2. Beurkundungsregister

Das Beurkundungsgesetz schreibt die Führung eines Registers über alle Beurkundungen und deren Datierung vor (Art. 8 Abs. 2). Ein Muster in Form einer Excel-Tabelle habe ich per E-Mail an Sie verteilt. Ein Register ist auch für öffentlich beurkundete Verträge in Grundbuchsachen erforderlich, sofern deren Vollzug erst in einem späteren Zeitpunkt erfolgt. Im TERRIS steht ein Beurkundungs-Manual zur Verfügung, das für diesen Zweck verwendet werden kann. Fallen Beurkundung und grundbuchlicher Vollzug dagegen zusammen, ersetzt das Tagebuch ein separates Register. Amtliche Beglaubigungen müssen nicht registriert werden. Einzelne Gemeinden behalten trotzdem Kopien der beglaubigten Dokumente für beschränkte Zeit auf, um im Fall von Rückfragen Auskunft erteilen zu können.

1.3. Urkunden und deren Aufbewahrung

Gemäss Art. 4 BeurkV sind mehrseitige Urkunden zu einer körperlichen Einheit zu verbinden *oder* von allen Beteiligten auf jeder Seite zu unterzeichnen oder zu paraphieren. Ich empfehle regelmässig, beides zu kombinieren. Die zu einer körperlichen Einheit verbundenen Urkunden gehen weniger verloren, als einzelne „fliegende“ Blätter. Die Paraphierung schliesst den allfälligen Einwand einer Partei aus, eine Seite einer Urkunde nicht gesehen zu haben.

Art. 8 BeurkG schreibt die Aufbewahrung der Urkunden an einem sicheren Ort vor. Das bedeutet m.E., dass feuersichere Schränke unabdingbar sind (vgl. auch Art. 9 der Verordnung über das Archivwesen, bGS 421.11.). Die bisher durch das Staatsarchiv organisierte Mikroverfilmung bzw. das Scannen der Urkunden und Bücher, ist Aufgabe der Gemeinden. Das Staatsarchiv bietet diesbezüglich keine Dienstleistungen mehr an. Es verfügt aber über Adressen von Firmen, die in diesem Bereich tätig sind und sich bewährt haben. Ich empfehle den Gemeinden bzw. Grundbuchämtern, sich hinsichtlich Ihrer Erfahrungen auszutauschen. Grundbuchämter, die mit der Belegintegration von TERRIS arbeiten, müssen die entsprechenden Urkunden nicht mehr scannen lassen.

1.4. Feststellung des Parteiwillens / Bedürfnis nach Weiterbildung

Zur öffentlichen Beurkundung gehört die Ermittlung des Parteiwillens und die Aufklärung über den Inhalt und die rechtliche Bedeutung der Urkunde (Art. 6 BeurkG). Es handelt sich um eine anspruchsvolle Aufgabe, die gute bis sehr gute Kenntnisse des jeweiligen Rechtsgebietes voraussetzt. Mehrfach wurde ich auf das bestehende Defizit an Weiterbildungsangeboten im notariellen Bereich hingewiesen.



Ein eigentliches Weiterbildungskonzept für Urkundspersonen im notariellen Bereich konnte ich noch nicht entwickeln. Immerhin kann ich für die zweite Hälfte des Jahres 2011 eine erste Weiterbildungsveranstaltung, die ich voraussichtlich selbst bestreiten werde, in Aussicht stellen. Über das Datum werde ich die Gemeindeschreiberinnen und Gemeindschreiber separat informieren. Für die Zukunft sind auch Weiterbildungstagungen mit externen Referenten nicht ausgeschlossen, sofern deren Finanzierung sichergestellt ist.

Regelmässige Seminare werden von der Stiftung Schweizerisches Notariat (www.notariat-suisse.ch) angeboten, die ich sehr empfehlen kann. Das nächste Seminar findet am 30. August 2011 in Zürich statt und befasst sich mit der Teilrevision des Immobiliarsachenrechts. Weiter möchte ich Sie auf die stets interessanten Publikationen des Institutes für Notariatsrecht und Notarielle Praxis der Universität Bern (www.inr.unibe.ch) hinweisen.

Immer wieder werde ich auch mit Fragen konfrontiert, die das Erbschaftsamt betreffen, aber ausserhalb der eigentlichen Beurkundungstätigkeit liegen und deshalb meinem Aufgabengebiet entzogen sind. Für diesen Bereich würde ich gerne jemanden von Ihnen, der viele entsprechende Geschäfte bearbeitet, einen Teil der Weiterbildungsveranstaltung gestalten lassen. Auf diejenigen Personen, die ich bereits im Auge habe, komme ich im neuen Jahr bilateral zu, wobei ich Sie alle bereits heute einlade, sich bei Interesse an einer aktiven Mitarbeit bei mir zu melden.

Im Kanton Zürich wird derzeit ein neuer Ausbildungsgang an der Universität für künftige Notarinnen und Notare geprüft. Möglicherweise wird es dort die Möglichkeit geben, sich für einzelne Kurse anzumelden. Entsprechende Abklärungen meinerseits laufen. Da der Lehrgang aber noch nicht steht, ist hier nicht mit schnellen Resultaten zu rechnen. Falls Sie selbst Kenntnis von weiteren Angeboten haben, bitte ich Sie, mich darüber zu informieren.

2. Kantonales Strassengesetz (bGS 731.11)

Ebenfalls auf den 1. Februar 2010 trat das Strassengesetz vom 26. Oktober 2009 in Kraft. Mein Vorgänger Fredi Hertler hatte sich im Vorfeld stark dafür eingesetzt, dass den Gemeinden bezüglich der vielen privatrechtlich geregelten (oder eben unregulierten) Strassen die Möglichkeit gegeben wird, durch Verwaltungsakt über den Benutzerkreis, die Kostenverteilung und die auszuführenden Arbeiten verfügen zu können. Dieses Anliegen scheiterte jedoch, weshalb die Grundbuchämter weiterhin viel Überzeugungs- und Bereinigungsarbeit in diesem Bereich leisten müssen. Dafür und für den Einsatz von Fredi Hertler bedanke ich mich an dieser Stelle ganz herzlich.

3. Kreisschreiben

Fredi Hertler hat für die Grundbuchämter eine wertvolle Kreisschreibensammlung angelegt, die auch Abhandlungen zu verschiedenen Themen enthält. Ich bin bestrebt, diese weiterzuführen, setze meinen Schwerpunkt aber auch bei den Auskünften an Sie zu konkreten Fragestellungen.



4. Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)

Am 1. Januar 2011 tritt die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft und löst die bisherigen 26 kantonalen Zivilprozessgesetze ab. Die Regelung der Gerichtsorganisation ist aber weiterhin Sache der Kantone (vgl. dazu das geplante Justizgesetz vom 13.09.2010).

Das Obergericht informierte mit Schreiben vom 1. Dezember 2010 über die Änderung der Zuständigkeit bei Kraftloserklärung von Wertpapieren. Entsprechende Gesuche sind ab 1. Januar 2011 beim Kantonsgerichtspräsidium von Appenzell Ausserrhoden, Postfach 162, 9043 Trogen einzureichen.

Neu wird mit der ZPO die vollstreckbare öffentliche Urkunde eingeführt (Art. 347 – 352 ZPO). Sie berechtigt eine Partei, die Vollstreckung für den beurkundeten Leistungsanspruch direkt, also ohne vorgängig einen Zivilprozess darüber führen zu müssen, einzuleiten. Diese Leistungsansprüche können verschiedener Art sein. Häufig wird es sich um Geldforderungen handeln, aber auch Sachleistungen (z.B. die Lieferung einer beweglichen Sache) oder die Abgabe einer Willenserklärung (z.B. einer Grundbuchanmeldung zur Übertragung von Grundeigentum oder zur Begründung beschränkter dinglicher Rechte an einem Grundstück) werden erfasst. Ausnahmen sind in Art. 348 ZPO aufgeführt.

Die verpflichtete Partei muss in der Urkunde ausdrücklich erklären, dass sie die direkte Vollstreckung anerkennt (Unterwerfungserklärung). Für Grundstücksgeschäfte empfiehlt Pfäffli¹ folgende Formulierung:

„Der Käufer anerkennt die Kaufpreis-Restzahlung von CHF ... zu schulden gemäss Ziffer ... dieses Vertrages. Dieser Betrag wird am ... zur Zahlung fällig. Für den Betrag von CHF ... (samt allfälliger Zinsen) anerkennt er ausdrücklich die direkte Vollstreckung im Sinne von Art. 347 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung. Der Verkäufer anerkennt die Eintragungsbewilligung für die Eigentumsänderung im Grundbuch gemäss Ziffer ... dieses Vertrages. Für diese Eintragungsbewilligung anerkennt der Verkäufer ausdrücklich die direkte Vollstreckung im Sinne von Art. 347 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung.“

Dazu ist zu bemerken, dass im Kanton Bern die Eintragungsbewilligung bereits mit der Beurkundung des Rechtsgeschäftes abgegeben wird. Im Kanton Appenzell Ausserrhoden hingegen gibt der Grundeigentümer die Grundbuchanmeldung selbst ab, wenn die Zahlungen geleistet bzw. weitere Bedingungen erfüllt sind.

Wie gross das Bedürfnis nach vollstreckbaren öffentlichen Urkunden sein wird, muss sich in der Praxis weisen. Ich empfehle Ihnen, solche Klauseln nicht standardmässig in Verträge aufzunehmen, sondern nur dann, wenn sie verlangt werden. In der Beratung wird aber auf die neue Möglichkeit hingewiesen werden müssen.

Da die Unterwerfungserklärung an sich kein Geschäft in Grundbuchsachen ist, sondern eine einseitige Willenserklärung prozessrechtlicher Art, stellt sich die Frage der Zuständigkeit für die Beurkundung. Im Kanton Zürich ist man der Ansicht, nur die Notare und ihre Stellvertreter – die gleichzeitig Grundbuchverwalter sind – könnten solche Beurkundungen vornehmen, nicht aber die weiteren Mitarbeiter mit Beurkundungsbefugnissen, welche auf den Grundstücksbereich beschränkt sind. Der Kanton Graubünden hat zu dieser Frage ein Gutachten bei Professor Brückner in Auftrag gegeben. Der vormalige Notariatsinspektor des

¹ BN 2010 Nr. 4 S. 314



Kantons Zürich, Herr Jürg Schmid, vertritt die Auffassung, ein Grundbuchverwalter sei für die Beurkundung nicht zuständig, da kein Grundstücksgeschäft vorliege. Herr Peter Flury vom Bundesamt für Justiz hingegen kann sich vorstellen, dass bei einer einheitlichen Urkunde (z.B. Kaufvertrag über eine Liegenschaft und Unterwerfungserklärung als weitere Bestimmung) auch eine einheitliche Zuständigkeit des Grundbuchverwalters gegeben sei. Die Situation ist also unklar. Allenfalls wird es erforderlich sein, die Zuständigkeit auf kantonaler Gesetzesebene zu regeln.

Ich tendiere für unseren Kanton nur schon aus Praktikabilitätsgründen zur Lösung von Peter Flury und unterstütze daher die Beurkundungskompetenz der Grundbuchverwalter. Einen Meinungswechsel behalte ich mir jedoch heute ausdrücklich vor. Ich werde Sie zu diesem Thema auf dem Laufenden halten, wenn mir neue Erkenntnisse vorliegen.

Ausführliche Informationen zum neuen Rechtsinstitut enthält folgende Publikation: Stephan Wolf (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung und Notariat, Bern 2010 (INR Band 11, erschienen im Stämpfli Verlag).

5. Revision des Vormundschaftsrechts / Vorsorgeauftrag / Auswirkungen auf das Erbrecht

Voraussichtlich tritt am 1. Januar 2013 die Revision des Vormundschaftsrechts (Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches betreffend Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) in Kraft. Das neue Recht sieht unter anderem den Vorsorgeauftrag vor. Eine handlungsfähige Person kann eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge und / oder die Vermögenssorge zu übernehmen und sie im Rechtsverkehr zu vertreten. Ich gehe davon aus, dass von dieser Möglichkeit nach einer gewissen Anlaufphase rege Gebrauch gemacht wird.

Ich erwähne diese Neuerung, da sie für Ihre Praxis bereits heute relevant sein kann. Der Vorsorgeauftrag ist entweder eigenhändig zu errichten (wie eine eigenhändige letztwillige Verfügung) oder aber öffentlich zu beurkunden. Solche Beurkundungen sind im Hinblick auf das künftige Recht schon heute zulässig. Bei Bedarf kann ich Ihnen ein Musterdokument zur Verfügung stellen. Ich möchte es aber noch nicht im ganzen Kanton verbreiten, da die Kantone Bern und Zürich eine gemeinsame Vorlage erarbeiten, die anschliessend wohl in grossen Teilen der Schweiz zum Einsatz kommt (vgl. Ziffer 1.1 oben). Dem möchte ich nicht vorgreifen.

Das Erwachsenenschutzrecht wird diverse Auswirkungen auf andere Erlasse haben. Wichtig, da heute für erbrechtliche Beratungsgespräche möglicherweise schon von Bedeutung, ist der neue Art. 492a ZGB, der wie folgt lautet wird:

„¹Ist ein Nachkomme dauernd urteilsunfähig und hinterlässt er weder Nachkommen noch einen Ehegatten, so kann der Erblasser eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest anordnen.

²Die Nacherbeneinsetzung fällt von Gesetzes wegen dahin, wenn der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig wird.“

6. Teilrevision des Immobiliarsachenrechts / eGRIS / Schnittstelle TERRIS-GIS

Bekanntlich treten mit aller Wahrscheinlichkeit am 1.1.2012 die Teilrevision des Immobiliarsachenrechts und die totalrevidierte Grundbuchverordnung, die ich den Grundbuchverwaltern im Entwurf zugestellt habe, in Kraft. Auf die Grundbuchämter kommen insbesondere mit dem Registerschuldbrief sowie den Ände-



rungen im Recht des Miteigentums und der Dienstbarkeiten wesentliche Neuerungen zu. Einen guten Überblick bieten die in ZBGR 2010 (91) 341 ff. publizierten Aufsätze der Herren Piotet, Pfäffli und Schmid. Sollten Sie keinen Zugang dazu haben, stelle ich Ihnen diese auf Anfrage gerne separat zu.

In registertechnischer Hinsicht werden wir mit TERRIS die neuen Anforderungen ohne Probleme erfüllen können. Mühsam wird es allerdings dort, wo noch kein EDV-Grundbuch besteht, obschon der Registerschuldbrief auch im Papiergrundbuch geführt werden kann.

Über die materiellen Änderungen wird Herr Dr. Roland Pfäffli anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung für GrundbuchverwalterInnen in unserem Kanton vom 20. Mai 2011 informieren.

In das Projekt eGRIS ist wieder viel Bewegung gekommen. Bis im Jahr 2012 soll das Auskunftsportal Ter-ravis stehen. Ab 2013 sind elektronische Datenbezüge vorgesehen und frühestens ab 2014 (realistisch wohl eher später) sollen Kunden mit dem Grundbuchamt elektronisch verkehren können (elektronischer Geschäftsverkehr). Nähere Informationen finden Sie auf der Homepage www.egris.info oder auf www.cadastre.ch. Auch hier sind wir dank TERRIS gut gerüstet. Wo das Grundbuch noch nicht elektronisch geführt wird, besteht nun aber dringender Handlungsbedarf.

Die Schnittstelle TERRIS-GIS, die Vereinfachungen im Meldewesen zwischen Grundbuchamt und Vermessung bringen wird, kann voraussichtlich im nächsten Jahr umgesetzt werden. Der Regierungsrat wird das Geschäft demnächst behandeln.

7. Weitere Informationen zu rechtlichen Fragen

Nachfolgend informiere ich Sie über ausgewählte Gerichtsentscheide und Aufsätze, die Berührungspunkte zu Ihrer Arbeit haben. Auch im Rahmen meiner Inspektionstätigkeit bin ich auf Themen gestossen, die von allgemeinem Interesse sein könnten. Um den Rahmen nicht zu sprengen, versuche ich mich möglichst kurz zu halten:

- a) Aufsatz „Erwachsenenschutz und Notariat“ von Prof. Dr. Stephan Wolf, abgedruckt in ZBGR 91 (2010) 73 ff.
- b) Aufsatz „Der Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen“ von Mag. rer. publ. Daniel Kettiger, abgedruckt in ZBGR 91 (2010) 137 ff.
- c) BGE 5A_12/2009, abgedruckt in ZBGR 91 (2010) 248 ff., mit redaktioneller Bemerkung von Jürg Schmid. Kernaussage: Die Urteilsfähigkeit des Testators bei der Errichtung einer öffentlichen letztwilligen Verfügung muss sowohl im Vorverfahren (Willensforschung, Beratung und Rechtsbelehrung) als auch im Hauptverfahren (Lesen der Urkunde, Genehmigung, Zeugenbestätigung) gegeben sein. Der Auswahl der Testamentszeugen kommt zentrale Bedeutung zu.
- d) Entscheid des Handelsgerichtes Zürich, abgedruckt in ZBGR 91 (2010) 273 ff., zur Abtretung von Garantieansprüchen durch den Totalunternehmer an die Käufer einer Liegenschaft. Erfolgt eine solche Abtretung (soweit sie überhaupt zulässig ist), ist eine klare und eindeutige Formulierung erforderlich.
- e) Aufsatz „Grundbuchliche Sicherstellung von Abstellplätzen auf fremdem Grund“ von Dr. iur. Peter Stähli, abgedruckt in BN 2010 Nr. 1 S. 173 ff.



- f) „Rechtsprechung und ausgewählte Rechtsfragen 2010“ von Dr. iur. Roland Pfäffli, abgedruckt in BN 2010 Nr. 4 S. 313 ff., relevant insbesondere für die Grundbuchämter.
- g) BGE 4A_575/2009 vom 11. Februar 2010, abrufbar im Internet unter www.bger.ch. Ein Kaufrecht, für welches keine Entschädigung vereinbart wurde und das erst nach dem Ableben der Belasteten ausgeübt werden kann, bedarf nicht der erbvertraglichen Form. Dies deshalb, weil es im Grundbuch vorgemerkt wurde und dieser Umstand zu einer erheblich eingeschränkten Verkäuflichkeit der belasteten Liegenschaft führte. Damit bestanden schon lebzeitige Wirkungen. Im Zweifelsfall empfehle ich jedoch trotz dieses (nicht publizierten) Entscheides die erbvertragliche Form anzuwenden.
- h) Aufsätze von Frédéric Krauskopf, „Grundstückkauf mit angefangener Baute“ und Jürg Schmid, „Kauf von Grundstücken mit angefangener Baute“, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Beiträge der Weiterbildungsveranstaltung der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne, S. 233 ff.

Die Autoren beleuchten darin die beurkundungsrechtlichen Unterschiede zwischen einem reinen Grundstückkauf, der die künftige Baute als Kaufsache miterfasst, einem Grundstückkauf mit einem separaten echten Werkvertrag bzw. dem Vertragseintritt in diesen und einem Grundstückkauf im Kontext mit einem unechten Werkvertrag. Weiter sind Vertragsmuster abgedruckt.

Die Aufsätze haben die Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts veranlasst, die Zürcher Notariate und Grundbuchämter anzuweisen, ihre bisherige Praxis entsprechend den Meinungen der Autoren zu ändern. Ich selbst vertrete zumindest teilweise andere Ansichten und verzichte daher darauf, bereits eine ähnliche Weisung wie in Zürich zu erlassen. Die beiden Aufsätze empfehle ich Ihnen aber jedenfalls sehr zur Lektüre und stehe gerne für eine Diskussion zur Verfügung, falls sich bei Ihnen entsprechende Fragen stellen sollten.

- i) Bei Eigentumsänderungen unter Ehegatten stiess ich im Rahmen der Inspektionen regelmässig auf die Formulierung, dass der erwerbende Ehegatte als Gegenleistung für die Übertragung eines Miteigentumsanteils die hälftige Grundpfandschuld übernimmt, die auf der Liegenschaft lastet. Im Übrigen entstehe eine güterrechtliche Beteiligungsforderung des abtretenden Ehegatten gegenüber dem erwerbenden Ehegatten. Diese Formulierung kann m.E. zu Auslegungsschwierigkeiten führen:

Mit der Beteiligungsforderung im technischen Sinn kann nur diejenige gemäss Art. 215 Abs. 1 ZGB gemeint sein. Sie wird grundsätzlich fällig mit dem Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung (z.B. Auflösung der Ehe oder Vereinbarung eines anderen Güterstandes). Es ist jedoch unbestritten, dass die Beteiligungsforderung schon während der Ehe antizipiert, d.h. vorzeitig erfüllt werden kann (BK-HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Art. 215 ZGB N 27; BSK ZGB I-HAUSHEER, N 14 zu Art. 215; SCHMID JÜRIG, ZBGR 83 [2002] 329).

In allen beurteilten Fällen lag jedoch keine antizipierte Vorschlagsbeteiligung vor, da keine künftige güterrechtliche Forderung des Erwerbers gegenüber der Abtreterin getilgt wurde, sondern, wie beschrieben, als Gegenleistung für die Eigentumsübertragung eine Forderung zugunsten der Abtreterin neu begründet wurde. Die Übertragung einer Liegenschaft oder eines Miteigentumsanteils an einer solchen lässt nun aber keine Forderung i.S.v. Art. 215 ZGB entstehen. Eine Beteiligungsforderung lässt sich unter Ehegatten nicht frei begründen. Sie ergibt sich – stark vereinfacht ausgedrückt – beim einen oder anderen Ehegatten aus der Differenz der beiden Errungenschaften im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung.



Möglicherweise wurde jedoch an den Fall von Art. 206 Abs. 1 ZGB gedacht (vgl. dazu auch die „Weisung für Eigentumsübertragungen unter Ehegatten“ vom 21.11.2003, verfasst von alt Grundbuchinspektor Kurt Meier). Der eine Ehegatte trägt dabei zum Erwerb von Vermögensgegenständen des anderen ohne entsprechende Gegenleistung bei, was einerseits eine Ersatzforderung, andererseits den Anspruch auf einen allfälligen Mehrwertanteil entstehen lässt. Dies wäre im Vertrag klar zu stellen. Auch diese Lösung eignet sich m.E. jedoch nicht als „Standard“ für Handänderungen unter Ehegatten. Zu bedenken ist, dass die Ersatzforderung zuzüglich Mehrwertanteil spätestens bei Auflösung des Güterstandes zu tilgen ist. Verliert das Grundstück an Wert, hat die Abtreterin aufgrund der Nennwertgarantie trotzdem Anspruch auf ihre Investition im Zeitpunkt der Handänderung. Ich gehe davon aus, dass sich nicht alle Vertragsparteien dessen bewusst sind.

Je nach Konstellation könnte man sich überlegen, von einer Eigentumsübertragung gänzlich abzusehen und stattdessen mittels güter- und erbrechtlichen Regelungen den Nichteigentümer-Ehegatten für den Todesfall abzusichern.

- j) Bei der Erhöhung von Grundpfandrechten ist jeweils auf das Rangverhältnis zu zwischenzeitlich eingetragenen Dienstbarkeiten und Vormerkungen zu achten. Ohne besondere Regelung entstehen gebrochene Rangverhältnisse, was wenn immer möglich zu vermeiden ist, da sie im Fall der Zwangsverwertung eines Grundstückes zu Schwierigkeiten führen. Für die Vorstellung einer Dienstbarkeit vor den zu erhöhenden Schuldbrief ist die Zustimmung des Grundpfandgläubigers erforderlich, bei Erhöhung des Kapitalvorganges zur Dienstbarkeit diejenige des Dienstbarkeitsberechtigten. Vorstellung und Erhöhung des Kapitalvorganges müssen zur Eintragung im Grundbuch angemeldet werden.
- k) BGE 136 III 209 ff. Dieser Entscheid enthält Ausführungen über den massgebenden Zeitpunkt für den Bestand der Errungenschaft und für deren Bewertung und ist insbesondere für die Erbschaftsämter relevant.
- l) Zum güter- und erbrechtlichen Umgang mit italienischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz in der Schweiz ist folgendes zu beachten:
Güterrecht:

Die **Zuständigkeit** im internationalen Verhältnis ergibt sich aus Art. 51 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291), welcher auf die Zuständigkeitsbestimmungen des Erbrechts (Art. 86 – 89 IPRG) verweist (siehe lit. b unten). Das **anwendbare Recht** richtet sich nach Art. 52 ff., bei Wohnsitzwechseln insbesondere nach Art. 55 Abs. 2 IPRG.

Gemäss italienischem IPR, das dann aktuell wird, wenn ein Italiener nachträglich seinen Wohnsitz wieder in den Heimatstaat verlegt, kommt das Recht des Heimatstaates oder des Wohnsitzes eines der Ehegatten zur Anwendung. Mangels Rechtswahl gilt das Recht des gemeinsamen Heimatrechts, ersatzweise das Recht des Staates, in welchem das eheliche Zusammenleben überwiegend stattfindet (Art. 30 IPRG Italien).

Erbrecht

Zuständig sind grundsätzlich die Gerichte und Behörden am letzten Wohnsitz des Erblassers, Art. 86 Abs. 1 IPRG. Eine Ausnahme könnte für in Italien belegene Grundstücke gelten, falls der italienische Staat diesbezüglich die ausschliessliche Zuständigkeit vorsehen würde.



Beim **anwendbaren** Recht kommen nun aber die besonderen Bestimmungen des Niederlassungs- und Konsularvertrages zwischen der Schweiz und Italien vom 22.7.1868 (SR 0.142.114.541) samt Protokoll betreffend Vollziehung vom 1.5.1869 (SR 0.142.114.541.1) und schliesslich die Auslegung dieser Rechtsgrundlagen in der Gerichtspraxis ins Spiel. Aus Art. 17 Abs. 3 des genannten Konsularvertrages wird abgeleitet, dass beim Tod eines italienischen Staatsangehörigen in der Schweiz materielles italienisches Erbrecht zur Anwendung kommt. Das gilt aus Sicht der Schweiz dann nicht, wenn die italienischen Staatsangehörigen in einem Testament (evtl. in einem Erbvertrag) eine Rechtswahl auf Schweizer Recht getroffen haben (vgl. BGE 4A_421/2009 vom 26.07.2010). Im Falle von Erbverträgen ist jedoch grosse Vorsicht geboten, da diese nach italienischem Erbrecht nichtig sind. Aus italienischer Sicht ist fraglich, ob die dortigen Behörden, insbesondere Grundbuchämter, Schweizer Entscheide (auch Erbbescheinigungen) anerkennen würden, welche aufgrund der Rechtswahl eines italienischen Staatsangehörigen nach materiellem schweizerischem Erbrecht gefällt wurde. Diese Frage wird vor allem dann aktuell, wenn der italienische Staatsangehörige in seinem Heimatland ebenfalls über Vermögen, insbesondere Grundeigentum verfügt.

Folgende Schlussfolgerungen lassen sich aus diesen Ausführungen ziehen:

- Immer wenn ein italienischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in der Schweiz seinen Nachlass dem Erbrecht der Schweiz unterstellen möchte, trifft er mit Vorteil in einem Testament eine entsprechende Rechtswahl.
- Erbverträge sind wenn möglich zu vermeiden.

Verfügt der italienische Staatsangehörige in seiner Heimat über Vermögen, insbesondere Grundeigentum, ist ihm zu empfehlen, sich bei den dortigen Behörden über die Anerkennung Schweizerischer Entscheidungen und Erbbescheinigungen zu erkundigen.

- m) Die Feststellung des ersten ehelichen Wohnsitzes in Eheverträgen ist nicht notwendig. Nach Art. 54 IPRG unterstehen Ehegatten, die keine Rechtswahl getroffen haben, in Bezug auf ihre güterrechtlichen Verhältnisse dem Recht des Staates, in dem beide gleichzeitig ihren Wohnsitz haben. Das aus Sicht der Schweiz anwendbare Recht bei Verlegung des Wohnsitzes in einen anderen Staat ergibt sich aus Art. 55 IPRG. Der Wohnsitz im Zeitpunkt der Eheschliessung hat keinen Einfluss mehr auf das anwendbare Recht.

Damit möchte ich dieses Informationsschreiben beschliessen. Für die ausgezeichnete Zusammenarbeit im zu Ende gehenden Jahr danke ich Ihnen ganz herzlich. Ich wünsche Ihnen und Ihren Familien schöne Weihnachten und ein glückliches, gesundes 2011.

Freundliche Grüsse

Grundbuch- und Beurkundungsinspektorat

Thomas Honegger

Cc: Departement Inneres und Kultur, Herr Thomas Wüst