

Sorgfaltspflicht der Urkundsperson und Prüfungsbereich des Grundbuchführers bei Abfassung und Prüfung des Rechtsgrundausses

von Christian Brückner, Basel

Überarbeitete Fassung des Vortrages an der Jahrestagung der Schweizerischen Grundbuchverwalter vom 3. September 1982 in Einsiedeln; erschienen in Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (ZBGR), Bd. 64 (1983), S. 65-84

INHALT

I. Fragestellung

II. Ausschliesslicher Verantwortlichkeitsbereich der Urkundsperson

1. Inhaltliche Ermittlung des Parteiwillens, Prüfung des Konsenses
2. Beschränkte Rechtmässigkeitskontrolle: Wahrung von Treu und Glauben
3. Vermeidung von Willensmängeln
4. Formulierung des Rechtsgrundausses
5. Einhaltung von Ordnungsvorschriften, welche die Gültigkeit des Rechtsgrundausses nicht beschlagen

III. Der Prüfungsbereich des Grundbuchführers

1. Qualifizierte Form- und Verfahrensmängel
2. Keine Überprüfung der sprachlichen und rechtlichen Formulierung
3. Inhaltliche Prüfung des Rechtsgrundausses
 - 3.1 Verfügungsrecht der Partei, die über Rechte an Grundstücken verfügt
 - a) Identität des Verfügenden
 - b) Das Verfügungsrecht im Besonderen
 - c) Die Handlungsfähigkeit des Verfügenden
 - d) Gültigkeit von Vollmachten
 - 3.2 Das Eintragungsmandat
 - a) Die Eintragungsermächtigung
 - b) Identität und Bezeichnung des neu Einzutragenden
 - c) Eintragungsfähigkeit des einzutragenden Rechtes
 - 3.3 Materielle Prüfung des Rechtsgrundausses
 - a) Materielle rechtliche Gültigkeit, Vollständigkeit
 - b) Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit des Erwerbers
 - c) Keine allgemeine Wahrung öffentlicher Interessen
 - d) Exzessive Kompliziertheit

-*-NOTA:-*- Fussnoten: -----

I. Fragestellung

Die vorliegende Studie wurde angeregt durch einen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1981 (**1), dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Ein Konsortium, bestehend aus drei natürlichen Personen und einer Aktiengesellschaft, verkaufte eine Stockwerkeigentumsparzelle, umfassend das Sonderrecht an einer sich im Rohbauzustand befindenden Villa mit Nebengebäuden. Der Preis für das Kaufobjekt im Rohbauzustand wurde mit Fr. 250000.-- beurkundet. Daneben bestand bereits ein Werkvertrag mit einem Mitglied des Konsortiums über die Fertigstellung der Baute zum Preis von Fr. 58000.--. Das zuständige Grundbuchamt und die kantonalen Aufsichtsbehörden waren der Auffassung, der Werkvertrag hätte ebenfalls der öffentlichen Beurkundung bedurft; der Werklohn von Fr. 58000.-- sei Bestandteil des Kaufpreises, dieser demgemäss zu

niedrig beurkundet und der Kaufvertrag nichtig. Die Vertragsparteien, der Notar und schliesslich das Bundesgericht waren der gegenteiligen Auffassung. Das Bundesgericht verwies auf seine ständige Rechtsprechung, wonach der Grundbuchführer das der Anmeldung zugrundeliegende Rechtsverhältnis inhaltlich nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel

****ZBGR-64-66****

offensichtlicher Nichtigkeit überprüfen dürfe. Offensichtliche Nichtigkeit sei nicht gegeben gewesen - wenn auch möglicherweise Anfechtbarkeit - folglich müsse eingetragen werden. War der Kaufvertrag aber anfechtbar, dann hatte der Notar möglicherweise seine Sorgfaltspflicht verletzt; denn zu seinem Aufgabenkreis gehörte, für die Gültigkeit der beurkundeten Verträge zu sorgen. Der Streit entsprang in dem konkreten Fall aus einem Kompetenzkonflikt zwischen Urkundsperson und Grundbuchführer. Er soll Anlass sein, die Aufgabenkreise von Urkundsperson und Grundbuchamt etwas umfassender auszuleuchten (**2).

II. Ausschliesslicher Verantwortungsbereich der Urkundsperson

1. Inhaltliche Ermittlung des Parteiwillens, Prüfung des Konsenses

Die Urkundsperson ermittelt, was die Parteien wollen, und sie vergewissert sich, dass sie es übereinstimmend gleich wollen (**3). Die Urkundsperson bemüht sich um einen Überblick über das beabsichtigte Geschäft in seiner Gesamtheit. Aus der Kenntnis des Gesamtzusammenhangs heraus beurteilt sie, ob Konsens in allen objektiv und subjektiv wesentlichen Punkten vorliegt, und sie entscheidet, welche Elemente des Parteiwillens in welchen Verträgen und Formen festgehalten werden sollen.

2. Beschränkte Rechtmässigkeitskontrolle: Wahrung von Treu und Glauben

Alsdann überprüft die Urkundsperson das Geschäft auf seine Rechtmässigkeit. Die Urkundsperson darf zu nichts Hand bieten, was mit Recht und guter Sitte unvereinbar ist; sie sorgt dafür, dass im Rechtsleben öffentliche Treue und Glauben gewahrt werden (**4). Nicht jede Verletzung privatrechtlicher Normen ist verboten. Der Notar beurkundet ein pflichtteilsverletzendes Testament, wenn der Klient dies trotz Aufklärung über die Rechtslage ausdrücklich verlangt; denn Treu und Glauben stehen nicht auf dem Spiel. Dagegen verweigert der Notar unter dem Gesichtswinkel von Treu und Glauben

****ZBGR-64-67****

die Beurkundung von Geschäften, durch welche Dritte getäuscht werden sollen (Scheingeschäfte, die ganz oder zum Teil simuliert sind), ferner von Geschäften, durch welche in einer für den Notar erkennbaren Weise bestehende Rechte Dritter verletzt werden (Zweitverkauf; Übergehen eines nicht vorgemerkten Vorkaufsberechtigten usw.) (**5).

3. Vermeidung von Willensmängeln

Auch die Vermeidung von Willensmängeln ist exklusive Aufgabe der Urkundsperson. Der Grundbuchführer kümmert sich nicht um Willensmängel, selbst wenn solche aus den Belegen ersichtlich sind (**6).

4. Formulierung des Rechtsgrundausses

Die Urkundsperson formuliert den Rechtsgrundaussweis, soweit dieser der öffentlichen Beurkundung bedarf. Der Notar entscheidet in Zusammenarbeit mit den Parteien, welche Abreden in die öffentliche Urkunde eingebracht werden sollen, welche in einfacher Schriftform, mündlich, zu einem späteren Zeitpunkt oder gar nicht geregelt werden. Dabei fällt in die exklusive Kompetenz

der Urkundsperson die sprachliche und graphische Darstellung, Stil, Syntax, Grammatik, Interpunktion und Orthographie des Rechtsgrundausseses.

5. Einhaltung von Ordnungsvorschriften, welche die Gültigkeit des Rechtsgrundausseses nicht beschlagen

Ebenfalls in den ausschliesslichen Verantwortungsbereich der Urkundsperson fällt die Einhaltung jener Form- und Verfahrensvorschriften, deren Verletzung die Gültigkeit des Rechtsgrundausseses nicht beschlägt. Konstatiert der Grundbuchführer solcherart unschädliche Verletzungen von Form- und Verfahrensvorschriften, so ist bei Unbelehrbarkeit der Urkundsperson eine Anzeige an die Notariatsaufsicht in Betracht zu ziehen, nicht dagegen die Beanstandung oder verzögerte Behandlung eines konkreten Geschäftes. Öffentliche Beurkundung und Grundbuchführung sind Dienste, die dem Bürger erbracht werden; Meinungsverschiedenheiten zwischen den Amtsträgern sollen nicht die Interessen der Parteien an einer raschen,

ZBGR-64-68

einfachen und kostengünstigen Abwicklung des Geschäftes in Mitleidenschaft ziehen. Zu diesen unschädlichen Form- und Verfahrensmängeln gehören etwa unzulässige Lücken im Urkundstext, unzulässige Abkürzungen, versäumte Wiederholung von Zahlen in Worten, Durchstreichungen, Rasuren, Überschreibungen in Nebenpunkten, die mangelnde Feststellung, dass die Parteien die Urkunde vor dem Notar gelesen und genehmigt, oder dass fremdsprachige Parteien den Urkundstext übersetzt erhalten haben. Zu einer Beanstandung Anlass geben können solche Fehler nur, wenn das kantonale Recht als Sanktion die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Geschäftes vorsieht. Denn nach Art. 965 Abs. 3 ZGB hat sich der Grundbuchführer um die äussere Form des Rechtsgrundausseses nur insoweit zu kümmern, als die Einhaltung der Formvorschriften Voraussetzung für die Gültigkeit des Geschäftes ist.

III. Der Prüfungsbereich des Grundbuchführers

1. Qualifizierte Form- und Verfahrensmängel

Zu den qualifizierten Mängeln der äusseren Form und des Beurkundungsverfahrens, welche der Grundbuchführer nicht hinnehmen darf, gehören etwa der Umstand, dass eine oder mehrere Parteien nicht vor der Urkundsperson zur Unterzeichnung erschienen sind (ausser wo das kantonale Recht oder die kantonale Praxis (**7) solches zulassen), ferner unklare Bezeichnungen der Parteien oder der Vertretungsverhältnisse (**8), das Fehlen von Ort und Datum, Unterschriften, Notariatssiegel (**9), das Anbringen der Unterschriften an einem falschen Ort (**10), das Erstellen der Urkunde in nicht dokumentenechter Schrift, die vorschriftswidrige oder fehlende Verbindung mehrerer Blätter zu einem Akt, schliesslich Unleserlichkeit der Schrift bei wesentlichen Vertragspunkten. Im Prüfungsbereich der äusseren Form hat der Grundbuchführer umfassende Kognition. Art. 965 Abs. 3 ZGB verpflichtet ihn, das Geschäft abzuweisen, wenn Mängel der äusseren Form eine Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Geschäftes auch nur möglicherweise zur Folge haben. Die Beanstandung soll nicht nur dann erfolgen, wenn Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit offensichtlich sind. Hingegen soll, wie

ZBGR-64-69

dargetan, das Geschäft unbeanstandet eingetragen werden, wenn Mängel der äusseren Form ohne rechtliche Konsequenz sind. Zu den Verfahrensmängeln im Beurkundungsverfahren, die dem Grundbuchführer erkennbar werden mögen, gehört die Verletzung der notariellen Ausstandspflicht in Geschäften, an denen der Notar oder ihm nahestehende Personen selber beteiligt sind. Da die Verletzung der Ausstandspflicht die Formgültigkeit des Geschäftes betrifft, und

da der Grundbuchführer im Prüfungsbereich der äusseren Form und des Beurkundungsverfahrens auch bei blosser Anfechtbarkeit interveniert, wird er das Geschäft beanstanden.

2. Keine Überprüfung der sprachlichen und rechtlichen Formulierung

Die Formulierung der öffentlichen Urkunde fällt, wie oben dargetan, in den ausschliesslichen Zuständigkeitsbereich der Urkundsperson. Die praktische Anwendung dieses Grundsatzes vollzieht sich nicht immer ohne Reibungen. Die Grundbucheinträge sind standardisiert. Die einzutragenden Vorgänge müssen auf standardisierte Rechtsbegriffe zurückgeführt und so eingetragen werden. Es heisst Kauf, nicht Verkauf; Erbgang, nicht Vererbung; Grundpfandverschreibung, nicht Hypothek usw. Entsprechend der Standardisierung des grundbuchlichen Vokabulars hat der Grundbuchführer ein Interesse daran, auch standardisierte Belege entgegenzunehmen. Es mag sich die Auffassung entwickeln, dass für jeden einzutragenden Vorgang eine einzige Standardformulierung wünschbar und - schliesslich - auch allein richtig sei. So mag der Grundbuchführer einen Beleg zurückweisen, der mit "Verkauf eines Gesamthandanteils" überschrieben ist und darauf insistieren, der Akt müsse als "Ausscheiden aus einer Gesamthand" verurkundet werden; oder was als "Gläubigerzustimmung" formuliert sei, müsse "Rücktritt" oder "Pfandverminderung" heissen. Grundbuchämter, die umfangreiche Richtlinien für ihre Amtsführung, Leitfäden, Handbücher, Formulare Sammlungen usw. aufbauen, mögen in besonderer Weise der Versuchung erliegen, in den Kompetenzbereich der Urkundspersonen überzugreifen und bestimmte Formulierungen zu verlangen. Für einen Streit um Formulierungen ist aber kein Raum, wenn sich aus dem Beleg der Parteiwille eindeutig entnehmen lässt. Solange ein Grundbuchamt nicht von Gesetzes wegen mit der Redaktion der Eintragungsbelege betraut oder die Urkundsperson verpflichtet ist, jedes Geschäft dem Grundbuchamt zur Vorprüfung zu unterbreiten, ist der Grundbuchführer verpflichtet, die eingereichten Belege zu interpretieren und, soweit nötig und möglich, in die juristische Standard-Terminologie seines Amtes selber zu transponieren. Es liegt

ZBGR-64-70

kein Verdienst darin, die Amtsführung und den Verkehr mit Urkundspersonen und Privaten zu professionalisieren und durch Wegleitungen und Vorschriften mit einer sich sukzessive steigernden Regelungsdichte zu erschweren. Dann ein Wort zu den Orthographiefehlern: Sie sind für den Notar immer peinlich, nie vorsätzlich, von Relevanz aber dann, wenn sie sich in der Parteibezeichnung, im Liegenschaftsbeschrieb oder beim Kaufpreis finden. Ein Notar, der eine Wohlfahrtsstiftung irrtümlich mit drei "s" geschrieben hat, mag sich auf den Standpunkt stellen, die Orthographie sei seine Sache, er entscheide, ob und was korrigiert wird, jedenfalls solange der Fehler nicht zu Missverständnissen Anlass gibt. Nichts verbietet dem Grundbuchführer, dafür zu sorgen, dass der Eintrag besser ist als der Beleg. Eine buchstabengetreue Übereinstimmung von Beleg und Eintragung ist vom Gesetz nicht vorgeschrieben. Formgültigkeit des Belegs genügt, und diese ist durch den beschriebenen Orthographiefehler nicht betroffen. Makellosigkeit, absolute Fehlerfreiheit und eine grundbuchkonforme Vertragsterminologie können nicht gefordert werden.

3. Inhaltliche Prüfung des Rechtsgrundausses

Die inhaltliche Prüfung umfasst drei verschiedene Prüfungsfelder: - Die Prüfung des Verfügungsrechtes (Art. 965 Abs. 1 ZGB); - Das Eintragungsmandat; als solches bezeichne ich jenen Teil des Rechtsgrundausses, der die vom Grundbuchamt auszuführenden Eintragungen, Löschungen usw. definiert, jenen Teil des Rechtsgrundausses also, der gewissermassen direkt an den Grundbuchführer adressiert ist; - Der materielle Inhalt des Rechtsgrundausses. Vorweggenommen sei, dass der Grundbuchführer bezüglich der beiden erstgenannten Prüfungsfelder (Ver-

fügingsrecht und Eintragungsmandat) umfassende Kognition hat (**11). Bezüglich des materiellen

****ZBGR-64-71****

Vertragsinhaltes beschränkt sich die Kognition, wie das Bundesgericht in dem eingangs erwähnten Entscheid (**12) in Erinnerung gerufen hat, auf offensichtliche Nichtigkeit.

3.1 Verfügungsrecht der Partei, die über Rechte an Grundstücken verfügt

Zu prüfen ist die Berechtigung der anmeldenden oder der den Rechtsgrundaussweis unterzeichnenden Person, über die betreffenden dinglichen Rechte zu verfügen. Nicht hierher gehört die Frage, ob der Erwerber verpflichtungs- oder handlungsfähig, oder ob er über die von ihm versprochene Gegenleistung (zum Beispiel die Kaufpreissumme) Verfügungsberechtigt ist - Fragen, die sich etwa stellen, wenn eine Ehefrau als Erwerberin dinglicher Rechte an Grundstücken auftritt. Diese zuletzt genannten Fragen sind im Rahmen der materiellen Gültigkeit des Geschäftes unter dem beschränkten Gesichtswinkel der offensichtlichen Nichtigkeit zu prüfen.

a) Identität des Verfügenden

Die Prüfung des Verfügungsrechtes beginnt mit der Prüfung der Identität jener Person, die im Rechtsgrundaussweis als die verfügende genannt ist. Sie muss identisch sein mit jener Person, die gemäss bisherigem Grundbucheintrag berechtigt ist. Das ergibt sich aus Art. 15 Abs. 2 GBV. Um die physische Identität, das heisst die Identität der vor dem Notar erschienenen mit der in der Urkunde beschriebenen Person braucht sich der Grundbuchführer nicht zu kümmern. Wenn aber aus dem Beleg ersichtlich wird, dass die Urkundsperson die physische Identitätsprüfung fehlerhaft oder unzureichend vorgenommen hat, so dass ein Identitätsirrtum nicht auszuschliessen ist, dann hat der Grundbuchführer das Geschäft zur Ergänzung zurückzuweisen.

b) Das Verfügungsrecht im Besonderen

Ist die Identität des Verfügenden überprüft, so stellt sich als nächstes die Frage seines Verfügungsrechtes. Auch hier ist das Grundbuchamt gemäss Art. 965 Abs. 2 ZGB mit umfassender Kognition ausgestattet. Die Fragen können delikat sein, wie die

****ZBGR-64-72****

folgenden Beispiele zeigen: Wenn der Staat, öffentliche Anstalten oder Körperschaften über Rechte an Grundstücken verfügen, stellt sich die Frage nach der funktionellen Zuständigkeit der handelnden Behördenvertreter. In solchen Fällen kann der Grundbuchführer nicht zu höherer Sorgfalt verpflichtet sein als die handelnden Behördenvertreter und die Urkundsperson; bejahen diese die Zuständigkeit, dann darf sich der Grundbuchführer darauf verlassen, es sei denn, die Unzuständigkeit sei offensichtlich oder höchst wahrscheinlich. Bei den juristischen Personen des Privatrechts ist der Handelsregistereintrag massgebend für die Zuständigkeit und Verfügungsbefugnis der handelnden Organe; gemäss Art. 718 Abs. 1 OR sind diese ermächtigt, alles vorzunehmen, was der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann. Obwohl diese Gesetzesbestimmung nicht unmittelbar anwendbar ist auf Vereine und Stiftungen, drängt sich für diese im Grundstückverkehr meines Erachtens keine erschwerende Sonderbehandlung auf. Die im Handelsregister eingetragenen Zeichnungsberechtigten müssen ohne weiteres als befugt gelten, Grundstücksgeschäfte zu tätigen, sofern solche nicht durch den Zweck des Vereins oder der Stiftung geradezu ausgeschlossen sind (bei Stiftungen, namentlich bei Personalfürsorgestiftungen, kann die Vermögensanlage und mit dieser der Erwerb und die Veräusserung von Grundstücken regelmässig als vom Stiftungszweck gedeckt gelten (**13)).

Weder braucht im Statut der betreffenden juristischen Personen zu stehen, auch Grundstücksgeschäfte gehörten zu ihrem Zweck, noch: die Zeichnungsberechtigten seien ohne Nachweis von Vorstands- und Stiftungsratsbeschlüssen zu deren Durchführung befugt. Wird anders entschieden (**14), dann wird der Sinn der im Handelsregister publizierten Zeichnungsberechtigung in Frage gestellt und es wird - um eines recht theoretischen, in der Praxis kaum gefragten Schutzes dieser juristischen Personen vor ihren eigenen allenfalls ungetreuen Zeichnungsberechtigten willen - eine dauernde und fühlbare Behinderung dieser Institutionen im Grundstücksverkehr geschaffen (**15).

****ZBGR-64-73****

Wie ist vorzugehen, wenn eine Personalfürsorgestiftung infolge Übertragung ihrer Aktiven und Passiven auf eine andere Stiftung im Handelsregister gelöscht wurde, bevor ihre Grundstücke auf die neue Stiftung in gebührender Form übertragen wurden? - Der Fall ist ein Musterbeispiel für Situationen, die wegen der Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Ordnung nicht auf gesetzlicher Grundlage gelöst werden können. Für die Abwicklung solcher Fälle sollte das Streben nach Einfachheit und Transparenz wegleitend sein. Eine Feststellung und Begründung, dass und weshalb ein Rechtsschritt ohne gesetzliche Grundlage erfolgen muss, ist besser als das Hin- und Herschieben der Verantwortung oder das Aufbauen komplizierter Akte und Fiktionen.

c) Die Handlungsfähigkeit des Verfügenden

Auch die Handlungsfähigkeit des Verfügenden ist im Rahmen der Prüfung des Verfügungsrechtes durch den Grundbuchführer mit umfassender Kognition zu beurteilen.

d) Gültigkeit von Vollmachten

In einem weiteren Sinne gehört zur Frage des Verfügungsrechtes auch die Frage der Vertretungsmacht der handelnden Personen, und zwar neben der bereits behandelten Frage nach dem Umfang der im Handelsregister eingetragenen Zeichnungsberechtigungen die Frage nach Inhalt und Umfang von Einzelvollmachten. Das Grundbuchamt hat gestützt auf Art. 965 Abs. 2 ZGB und Art. 16 Abs. 1 GBV wiederum umfassende Kognition. Der Grundbuchführer muss sich selber davon überzeugen, dass die Vollmacht gültig ist und dass das Handeln des Bevollmächtigten den Vollmachtgeber in rechtsgültiger Weise bindet. Jede für den Grundbuchführer erkennbare Überschreitung der Vertretungsmacht wird beanstandet. In Fällen unzulässiger Doppelvertretung und von Selbstkontrahieren weist der Grundbuchführer das Geschäft zurück. Die Vollmacht gibt für derartige Fälle von Interessenkollision keine gültige Grundlage ab. Analoges gilt bei Interessenkollisionen im gesetzlichen Vertretungsverhältnis bei der elterlichen Gewalt, bei Vormundschaft, beim Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker und bei Organen juristischer Personen.

3.2 Das Eintragungsmandat

Aus Anmeldung und Belegen muss sich ergeben, dass das Grundbuchamt tätig werden soll; und es muss sich klar und

****ZBGR-64-74****

widerspruchsfrei ergeben, was zu tun ist; schliesslich muss das Eintragungsmandat materiell gesetzeskonform sein. Dies alles prüft der Grundbuchführer umfassend.

a) Die Eintragungsermächtigung

Im einzelnen handelt es sich vorweg um die Eintragungsermächtigung, das heisst die vom Verfügungsberechtigten unterzeichnete, unbedingt und vorbehaltlos formulierte Anmeldung. Der

Grundbuchführer weist eine verfrühte Anmeldung vor dem im Rechtsgrundaussweis von den Parteien vereinbarten Anmeldungstag zurück. Er weist ebenfalls ab, wenn die grundbuchliche Fertigung gemäss Rechtsgrundaussweis von der Leistung einer Partei abhängen soll, deren Nichterfüllung dem Grundbuchführer erkennbar ist, so etwa bei Hypothekenlöschungen oder Hypothekenübernahme. Ist das Grundgeschäft, beispielsweise ein Kauf, bedingt abgeschlossen - etwa unter der Bedingung, dass der Erwerber eine Baubewilligung erhält - und wird mit der Anmeldung nicht zugleich nachgewiesen, dass die Bedingung in Erfüllung gegangen ist, so ist das Geschäft ebenfalls abzuweisen. Denn mit dem Grundgeschäft ist in diesem Falle auch die Eintragungsermächtigung als bedingt zu betrachten. Art. 12 GBV verbietet es, eine bedingte Anmeldung entgegenzunehmen.

b) Identität und Bezeichnung des neu Einzutragenden

Zum Eintragungsmandat gehört auch die klare Angabe der Identität jener Personen, die als neu Einzutragende genannt sind. Für den Grundbuchführer muss unzweideutig ersichtlich sein, wen er als neuen Berechtigten eintragen soll. Werden Verfahrensmängel bei der Prüfung der physischen Identität seitens der Urkundsperson erkennbar, so leidet das Eintragungsmandat an einem Mangel, welcher eine Beanstandung erheischt. Neben der Identität prüft der Grundbuchführer auch die Rechtsfähigkeit jener Personen, die ihm als neu Einzutragende genannt werden. So mag sich die Frage stellen, ob ein kommunales Gas- und Wasserwerk als selbständige Anstalt eintragungsfähig ist, oder ob die Gemeinde eingetragen werden muss. Der Grundbuchführer muss bei der Prüfung solcher Fragen allerdings nur offensichtliche Mängel beanstanden. Zu verfassungs- und organisationsrechtlichen Recherchen ist er nicht verpflichtet, und er kann von den Parteien auch keine diesbezüglichen Gutachten verlangen. Auch die Frage, wie neu einzutragende Parteien zum Zwecke ihres Grundbucheintrages juristisch korrekt bezeichnet werden müssen, ist eine Frage des Eintragungsmandates. Zu Recht weigert sich der Grundbuchführer, eine Einzelfirma als neuen Berechtigten einzutragen. Statt dessen wird direkt der Inhaber persönlich eingetragen, falls seine Identität aus dem Beleg eindeutig hervorgeht. Eine formelle

****ZBGR-64-75****

Berichtigung des Belegs durch Parteien und Notar sollte nicht gefordert werden. Beim Grundstückkauf durch eine Zweigniederlassung wird sich der Grundbuchführer an die Bezeichnung der Zweigniederlassung halten, wie sie im Handelsregister eingetragen ist. Figuriert das Wort "Zweigniederlassung" im Handelsregister nicht, so wird der Grundbuchführer diesem Wort auch im Rechtsgrundaussweis keine Beachtung schenken. Der Grundbuchführer ist zuständig und befugt, sein Eintragungsmandat aus den eingereichten Belegen durch Interpretation selber zu ermitteln, wo dies eindeutig möglich ist.

c) Eintragungsfähigkeit des einzutragenden Rechtes

Im Rahmen des Eintragungsmandates prüft der Grundbuchführer sodann die Eintragungsfähigkeit des einzutragenden Rechtes, und zwar wiederum mit umfassender Kognition. Nicht eintragungsfähig wäre zum Beispiel die Vereinigung von Nachbarparzellen, die nicht dem gleichen Eigentümer gehören, eine Grunddienstbarkeit auf einer Miteigentumsparzelle oder eine Dienstbarkeit, die im Widerspruch zu Art. 730 Abs. 2 ZGB hauptsächlich aus einer Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen besteht (**16). Es sind dies Fälle, bei denen das Räderwerk der zivilrechtlichen Mechanik irgendwo blockiert. Der Grundbuchführer prüft frei und verweigert gegebenenfalls den Eintrag, selbst wenn der Rechtsgrundaussweis aus einem rechtskräftigen Zivilurteil (**17) bestehen sollte.

3.3 Materielle Prüfung des Rechtsgrundausses

Hinsichtlich der materiellen Prüfung des Rechtsgrundausses gilt, wie das Bundesgericht in dem eingangs zitierten Entscheid BGE 107 II 211 = ZBGR 64 S. 106 festgehalten hat, die auf offensichtliche Nichtigkeit beschränkte Kognition des Grundbuchführers. Dies bedeutet, dass das Geschäft einzutragen ist, selbst wenn dessen Anfechtbarkeit offensichtlich oder seine Nichtigkeit möglich ist. Das Geschäft soll nur abgewiesen werden, wenn seine Nichtigkeit offensichtlich ist.

a) Materiellrechtliche Gültigkeit, Vollständigkeit

Ein Vertrag kann von seinem materiellen Gehalt her aus verschiedenen Gründen anfechtbar oder nichtig sein: Unvollständigkeit betreffend wesentlicher Vertragspunkte (Art. 2 und 12 OR),

****ZBGR-64-76****

Unmöglichkeit, Widerrechtlichkeit (Art. 20 OR), Übervorteilung (Art. 21 OR), Willensmängel, Täuschung, Drohung (Art. 23 ff. OR); dem Vertrag mag wegen Verjährung oder Verwirkung einzelner Rechte die Erfüllbarkeit oder die Erzwingbarkeit (**18) abgehen. In der Regel liegen die meisten dieser Mängel ausserhalb des Gesichtsfeldes des Grundbuchführers. Sein Augenmerk gilt vor allem der Vollständigkeit betreffend der wesentlichen Vertragsbestandteile. Vollständigkeit ist erforderlich zunächst bezüglich der für das Rechtsgeschäft begriffsnotwendigen Hauptbestandteile, der sogenannten essentialia negotii, beim Kauf die Umschreibung des Kaufobjektes und des Preises. Auch die Nebenpunkte müssen vollständig verkündet sein, soweit sie für die Parteien subjektiv wesentlich sind, das heisst soweit die Parteien ohne eine Einigung über diese Nebenpunkte den Vertrag erkennbar nicht abgeschlossen hätten. Allerdings muss nicht jeder subjektiv wesentliche Nebenpunkt öffentlich beurkundet werden. Das Bundesgericht bemüht sich, den Kreis der urkundspflichtigen Nebenabreden eng zu ziehen. Aber die Rechtsprechung vermittelt bis heute keine klaren Kriterien. Es ist angezeigt, die wesentlichen höchstrichterlichen Entscheidungen kurz zu rekapitulieren: Im Falle Weber gegen Businger (**19) aus dem Jahre 1942 lag folgender Tatbestand vor: Businger hatte Weber eine Parzelle verkauft mit der Auflage, Weber dürfe nur eine einzige Villa daraufstellen. Businger behielt eine Reihe von Nachbarparzellen in der Hand. Mündlich soll er sich auch seinerseits zur Erhaltung des Villencharakters im Bereich der ihm gehörenden Nachbarparzellen verpflichtet haben. Diese Absprache war im späteren Prozess bestritten und konnte nicht bewiesen werden. Als Businger Wohnblöcke errichtete, wollte ihn Weber beim mündlich versprochenen Bauverzicht behaften; er blieb im Prozess auf der Strecke, weil er die Absprache nicht beweisen konnte. Nebenbei sagte das Bundesgericht, eine solche Absprache hätte in den öffentlich beurkundeten Vertrag gehört - aber das war im konkreten Fall ein obiter dictum, und wohl ein unzutreffendes. Wäre es Weber geglückt, den versprochenen Bauverzicht Busingers im Prozess zu beweisen - etwa aufgrund eindeutiger schriftlicher Belege - so hätten ihn die Gerichte geschützt. Denn Bauland kaufen ist eines; sich mit Nachbarn über den Charakter der Überbauung einigen ein anderes. Das erste gehört in die Urkunde, das zweite auch dann nicht notwendigerweise, wenn es gleichzeitig mit dem Landerwerb geschieht.

****ZBGR-64-77****

Im Jahre 1952 folgte der Fall Prohaus gegen Meier (**20). Die Prohaus AG verkaufte Bauland an Meier. In separatem, nicht-notariellem Akt liess sie sich von Meier ein Verwaltungs- und Verkaufsmandat für die fertigen Bauten zusichern. Meier hielt sich später nicht an diese Absprache und verteidigte sich mit der Behauptung, sie hätte der öffentlichen Beurkundung bedurft. Das Bundesgericht belehrte Meier eines Besseren: Formbedürftig sind nur Absprachen "im Rahmen des Kaufvertrages" - nicht weitere Abmachungen ausserhalb des Kaufs, mögen sie für die Parteien im Zusammenhang mit dem Kauf auch noch so wesentlich sein. Unnötigerweise grenzte das Bundesgericht diese Erkenntnis gegen den früheren Entscheid Businger ab: Beim Bauverzicht

des Businger sei es eben unmittelbar um das Kaufsobjekt gegangen. Mit dieser Feststellung ging das Bundesgericht fehl; bei Businger war es um die Nachbarparzellen des Kaufsobjektes gegangen. Und das Bundesgericht vergass, dass es Weber in Wirklichkeit wegen der Beweislage, nicht wegen Unvollständigkeit des notariellen Kaufvertrages abgewiesen hatte. Im Jahre 1964 folgte der Fall Dallèves gegen Kamerzin (**21). Dallèves hatte an Kamerzin eine expropriationsbedrohte Parzelle mit einfachem, vorbehaltlosem Kaufvertrag veräussert. Vorgegangen war ein geheimer, nicht öffentlich beurkundeter Vorvertrag, in welchem sich Kamerzin verpflichtet hatte, unter gewissen Umständen das Kaufsobjekt gegen Erstattung des Preises zurückzugeben. Mit der Transaktion verfolgte Dallèves den Zweck, entweder eine Expropriation abzuwenden oder eine höhere Enteignungsentschädigung zu erzielen. Kamerzin agierte gewissermassen als Treuhänder. Kamerzin verkaufte später die Parzelle auf eigene Rechnung mit Gewinn weiter, statt sie an Dallèves zurückzugeben, wie es der Vorvertrag verlangt hätte. Das Bundesgericht hielt beide Verträge, Vor- und Hauptvertrag, für nichtig und verurteilte Kamerzin zur Erstattung der Bereicherung. Der Entscheid stellt darauf ab, Vor- und Hauptvertrag hätten in einem "natürlichen Zusammenhang" gestanden; da der geheime erste Vertrag mangels öffentlicher Beurkundung nichtig sei, müsse das ganze Vertragswerk als ungültig betrachtet werden. - Das trifft wohl zu. Doch werden damit keine beurkundungsrechtlichen Erkenntnisse gewonnen. Denn der Vorvertrag war bereits für sich allein ein ausgewachsenes Liegenschaftsgeschäft und hätte deswegen, nicht wegen seines natürlichen Zusammenhangs mit dem Kaufvertrag, der öffentlichen Beurkundung bedurft. Der Vorvertrag war also von Anfang an nichtig. Der Streit drehte sich demzufolge lediglich um die Frage, ob bei einer Mehrheit von Absprachen, die aus der Sicht der Parteien wesentlich miteinander zusammenhängen, ein Teil gültig, der andere ungültig

ZBGR-64-78

sein kann. Diese Frage war, gestützt auf Art. 2 OR, mit Selbstverständlichkeit zu verneinen. Unnötigerweise postulierte das Bundesgericht bei dieser Gelegenheit implizit, in den notariellen Kaufvertrag müsse alles aufgenommen werden, was in natürlicher Weise mit dem Kauf zusammenhängt und die rechtliche Situation der Kaufsache beeinflusst. Diese Formel ist unklar, und sie hatte mit dem Tatbestand in Sachen Dallèves nichts zu tun. So fallen die Entscheide Dallèves und Businger für die Frage nach der Vollständigkeit der Urkunde ausser Betracht. Was in diesen Entscheiden nebenher zur Vollständigkeitsfrage gesagt wird, ist obiter dictum. Es bleibt der Entscheid Prohaus: Ein Verwaltungs- und Verkaufsmandat für die fertiggestellten Häuser braucht in den notariellen Kauf des Baulandes nicht aufgenommen zu werden, damit das Geschäft in der erforderlichen Vollständigkeit verkündet ist. Denn ein solches Mandat hat begrifflich nichts mit dem Grundstückskauf zu tun. Dem kann man beipflichten. Um zu einer allgemeineren Erkenntnis zu gelangen, ist auf die Norm von Art. 657 ZGB zurückzugehen: Formbedürftig ist der Vertrag auf Eigentumsübertragung an Grundstücken. Das Obligationenrecht nennt alsdann als urkundspflichtig - gewissermassen auf einer tieferen rechtlichen Ebene - den Kauf und die Schenkung von Grundeigentum (**22), wobei hier nun der betreffende Vertragstyp formpflichtig ist, also nicht nur jene Absprachen, welche die Übertragung des Grundeigentums betreffen, sondern auch die Gegen- und Nebenleistungen, soweit sie eben begriffstypisch und für die Parteien subjektiv wesentlich sind. Nicht formbedürftig ist gemäss obligationenrechtlicher Regelung die Übertragung eines gesamten Vermögens oder der Werkvertrag. Formpflichtig ist in solchen Fällen lediglich die Übertragung des betroffenen Grundeigentums, möglicherweise ein kleines Segment aus dem ganzen Geschäft, und zwar formbedürftig wegen der Basisnorm von Art. 657 ZGB. Das bedeutet in der konkreten Anwendung, dass beispielsweise beim Kaufvertrag, kraft der besonderen Vorschrift von Art. 216 OR, alle begriffstypischen Absprachen, soweit sie für die Parteien subjektiv wesentlich sind, verkündet werden müssen, und zwar in einem solchen Gra-

de richtig verurkundet werden müssen, dass Leistung und Gegenleistung eindeutig bestimmt oder bestimmbar sind. Das gilt auch für den Preis. Das Gesetz verlangt die Beurkundung des ganzen Geschäftes, nicht nur seiner immobiliarsachenrechtlichen Hälfte (**23).

****ZBGR-64-79****

Was die weiteren Absprachen anbelangt, so schafft die bundesgerichtliche Formel vom "natürlichen" Zusammenhang und von der Relevanz für "die rechtliche Situation der Kaufsache" mehr Verwirrung als Klarheit. Denn es ist weder sinnvoll noch praktikabel, bei diesen übrigen Absprachen zu unterscheiden zwischen solchen, welche "natürlich" mit dem Kaufzusammenhängen und die rechtliche Situation der Kaufsache betreffen, und solchen, die dies nicht tun. Einfacher und genügend ist vielmehr folgende Grenzziehung: Urkundspflichtig sind jene und nur jene Absprachen, welche sich im Gesetz unter dem Titel "Kauf" als Haupt- und Nebenpunkte dieses Vertragsverhältnisses herauslesen lassen. Das sind im wesentlichen Kaufgegenstand, Preis, Gewährleistung und Fälligkeiten. Alle anderen Absprachen müssen formfrei Bestand haben. Das sind etwa Provisionsabsprachen, Bierlieferverpflichtungen, Beschränkungen oder Verpflichtungen der Parteien bezüglich der Überbauung des Kaufobjektes oder anderer Parzellen, Gewinnbeteiligungen bei Wiederveräußerungen, die Zusage von Aufträgen bei der Überbauung, Verwaltung, Weiterveräußerung und dergleichen, selbst wenn solche Absprachen subjektiv wesentlich sind. Solche Absprachen werden auch dann nicht begriffstypisch und formbedürftig, wenn sie Auswirkungen auf die Höhe des Kaufpreises haben. Denn bei komplexen Vertragswerken mit einer Mehrzahl von Leistungen und Gegenleistungen kann weder der Notar noch der Grundbuchführer noch der Zivilrichter feststellen, ob der Kaufpreis mit oder ohne Berücksichtigung anderer Vertragspflichten festgesetzt worden ist. Auch Parteierklärungen können nichts helfen, denn Veräußerer und Erwerber pflegen bei der Bewertung der einzelnen Leistungen und Gegenleistungen verschieden zu kalkulieren - sonst gäbe es kein Geschäft -, und sie betrachten ihre Kalkulationen als Geschäftsgeheimnisse, die sie nicht dem Notar und erst recht nicht der Gegenpartei offenlegen. Müsste die Urkunde alle Nebenabreden enthalten, die den Kaufpreis möglicherweise beeinflusst haben könnten, so müsste stets das ganze Geschäft bis hinaus zu den abgelegensten Verästelungen beurkundet werden. Gerade dies will die bundesgerichtliche Rechtsprechung aber verhindern. Bei der Kombination eines Kaufvertrages mit einem Werkvertrag sind die werkvertraglichen Absprachen formfrei gültig. Voraussetzung ist, dass es sich um echt werkvertragliche Absprachen handelt, das heisst dass die eine Partei als Bestellerin, die andere als Unternehmer auftritt. Anhaltspunkte für einen echten Werkvertrag mit eigener Substanz sind etwa, dass das Gebäude nach den individuellen Wünschen des Bestellers geplant und ausgeführt wird; gegen einen echten Werkvertrag spricht es, wenn ein Generalunternehmer die einzelnen Einheiten einer Gesamtüberbauung "ab Stange" verkauft und die Erwerber bestenfalls einige Details der Endausführung wie die Farbe der Tapeten und den Stoff der Spannteppiche mitbestimmen

****ZBGR-64-80****

lässt. Für einen echten Werkvertrag spricht auch, wenn der Verkäufer des Bodens und der Hersteller des Gebäudes nicht identisch sind, wenn also keiner von beiden allein die Übereignung des schlüsselfertigen Hauses versprechen kann, sondern der eine das Terrain, der andere die Arbeit. Wo ein Generalunternehmer in eigener Regie die Ueberbauung plant und die einzelnen Einheiten einer Gesamtüberbauung vor Fertigstellung der Gebäude verkauft, um von seinen Käufern Akontozahlungen erhältlich zu machen, unter Abschluss eines Kauf- und eines Werkvertrags, ist es Pflicht der Urkundsperson, die Formbedürftigkeit dieses unechten Werkvertrags zu erkennen und zu sehen, dass in Wirklichkeit nichts als ein Kauf vorliegt, wobei die Eigentumsübertragung des Terrains zeitlich vorgezogen wird und die Lieferung des Gebäudes sukzessive erfolgt (**24). Ist

der Erwerber aber an der Planung mitbeteiligt und hat er nach dem Verständnis der Parteien eine eigentliche Bauherrenstellung gegenüber dem Unternehmer, oder ist der Unternehmer mit dem Verkäufer des Terrains nicht identisch, so kann der Notar zur Überzeugung gelangen, dass die werkvertraglichen Elemente des Geschäftes selbständigen Charakter haben und öffentlicher Beurkundung nicht bedürfen. Der Grundbuchführer andererseits sieht in diese Tatbestände regelmässig nicht hinein und braucht sich um sie nicht zu kümmern. Die einzige Frage, die er sich stellt, ist diejenige, ob das Geschäft, wie angemeldet, offensichtlich nichtig ist. Diese Offensichtlichkeit wird meist fehlen. Bei den Käufen von einzelnen Stockwerken nach Plan, die ohne rechtlich gesicherte Fertigstellung des Gebäudes als sinnlos erscheinen müssten, liegt meist ein reines Kaufgeschäft vor. Verkauft wird die fertige Stockwerkeinheit, auch wenn der Kauf vor Fertigstellung des Gebäudes kontrahiert wird. Es handelt sich um einen Kauf mit zeitlich gestaffelter Lieferung des Kaufobjektes. Ob, durch wen und zu welchem Preis die Fertigstellung des Gebäudes erbracht wird, sind nicht Fragen, die der Käufer in einem echten Werkvertrag selbständig aushandeln will oder kann. Vielmehr kauft der Käufer die fertige Antwort auf diese Fragen im Zeitpunkt, in dem er den Kaufvertrag unterzeichnet. Schweigt sich der Rechtsgrundaussweis in solchen Fällen über die Modalitäten, namentlich den Preis für die Fertigstellung des Gebäudes aus, so ist er offensichtlich nichtig und vom Grundbuchführer zurückzuweisen.

b) Handlungs- und Verpflichtungsfähigkeit des Erwerbers

Die Prüfung der materiellen Gültigkeit des Rechtsgrundaussweises umfasst weitere Fragen, namentlich diejenige nach der Handlungsfähigkeit

ZBGR-64-81

und Verpflichtungsfähigkeit des Erwerbers. Auch diese Frage fällt, wie alle hievon aufgeführten Fragen, in jenen Bereich, in welchem vor der Prüfung durch den Grundbuchführer bereits die Urkundsperson prüfend tätig werden musste. Es rechtfertigt sich an dieser Stelle eine grundsätzliche Bemerkung über die Kompetenzabgrenzung zwischen Urkundsperson und Grundbuchführer in jenem Bereich, in dem sich die Verantwortungen beider Amtsträger überschneiden. Der Notar hat die Interessen aller beteiligten Parteien als neutraler, unbestechlicher Fachmann zu wahren (**25). Er wacht über Beobachtung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch gegenüber Dritten, die nicht Parteien sind. Er sorgt dafür, dass die beurkundeten Verträge gültig sind und dass sie als Grundlage für den Grundbucheintrag brauchbar und richtig sind. Er hilft dadurch unter anderem mit, fehlerhafte Grundbucheinträge zu vermeiden. Der Grundbuchführer ist verantwortlich für die Richtigkeit der Grundbucheinträge. Die Wahrung privater Interessen ist ihm nur in beschränktem Umfang anvertraut: Nur die im Grundbuch eingetragenen Berechtigten (Eigentümer, Pfandgläubiger, Dienstbarkeitsberechtigten usw.) sind seine "Klienten".

Der Grundbuchführer ist Hüter ihrer Interessen, indem er darüber wacht, dass keinem von ihnen Rechte an Grundstücken unbefugterweise entzogen werden (**26). Alle anderen Mitbürger gehören dagegen nicht zur Klientel des Grundbuchführers, auch nicht die Erwerber von Rechten an Grundstücken. Ob ein Erwerb befugt oder unbefugt, unter Verletzung von Weisungen oder Umgehung von Zustimmungsberechtigten geschieht, ist eine Frage, die sich die Urkundsperson, nicht der Grundbuchführer stellt. Für den Grundbuchführer ist unter dem Gesichtspunkt der Richtigkeit des Registers lediglich entscheidend, dass das Geschäft nicht offensichtlich nichtig sei. Aufgrund des Dargelegten ist zu beurteilen, ob beispielsweise eine güterverbundene Ehefrau ohne Mitwirkung des Ehemannes kaufen kann, wenn sie erklärt, sie zahle den Preis aus Sondergutmitteln, oder ob sie allein eine Schenkung annehmen kann. Als Erwerberin gehört sie nicht zur Klientel des Grundbuchführers, sowenig wie ihr Ehemann. Für Schulden, die die Ehefrau

ohne Einwilligung des Ehemannes, oder die sie ausdrücklich als Sondergutsschulden begründet, haftet sie gemäss Art. 208 ZGB mit dem Werte ihres Sonderguts. Der Kaufvertrag ist auch ohne Zustimmung des Ehemanns gültig. Ob die Erwerberin den Kaufpreis aus den Mitteln ihres Sonderguts zu tilgen vermag, ist eine Frage, die ins Risiko des Veräusserers und in den Bereich der notariellen Vertragsberatung, nicht in den Prüfungsbereich des Grundbuchführers fällt. Ob die Ehefrau für die Zahlung unbefugterweise Mittel des Ehemannes heranzieht, ist dessen Risiko

****ZBGR-64-82****

und wiederum keine Frage, die sich der Grundbuchführer zu stellen hat (**27). Der Grundbuchführer ist Hüter des Grundbuchs, nicht ehemännlicher Vermögensinteressen. Analoges gilt bei den sogenannten Interzessionsgeschäften, den Verpflichtungen, welche die Ehefrau zugunsten des Ehemanns gegenüber Dritten eingeht (**28). Liegt eine Interzession vor und fehlt die vom Gesetz vorgeschriebene vormundschaftliche Genehmigung, dann ist die Verpflichtung der Ehefrau nichtig (**29). Liegt offensichtlich eine Interzession vor, und fehlt die Genehmigung, dann ist der Rechtsgrundaussweis offensichtlich nichtig und vom Grundbuchführer zu beanstanden. Fehlt es an der Offensichtlichkeit, dann hat sich der Grundbuchführer um die eherechtlichen Implikationen des Geschäftes nicht weiter zu kümmern. Es gehört in die ausschliessliche Verantwortung der Urkundsperson, diesbezüglich zum Rechten zu sehen (**30).

c) Keine allgemeine Wahrung öffentlicher Interessen

Dem Grundbuchführer obliegt in beschränktem Umfang aufgrund von Spezialgesetzen die Wahrung gewisser öffentlicher Interessen. So mag ihm kantonales Recht fiskalische Kontrollen auferlegen. Von Bundesrechts wegen hat er eine Prüfungspflicht gemäss dem Bundesbeschluss über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 23. März 1961. Auf solche spezialgesetzlichen Regelungen soll hier nicht näher eingetreten werden. Stattdessen soll die Frage gestellt werden, ob der Grundbuchführer abgesehen von solchem spezialgesetzlichem Auftrag einen allgemeinen Prüfungsauftrag aus öffentlichem Interesse hat. Gibt es Prüfungskompetenzen um der öffentlichen Ordnung willen, so etwa zum Schutze Dritter im Rechtsverkehr? Oder gibt es ein öffentliches Interesse an der Fehlerfreiheit, sachenrechtlichen Logik, ja an der "Schönheit" des Grundbuchs als solchem? - Die Frage bedarf der Exemplifizierung: Der Notar hat einen Fehler gemacht bei der Nennung der Nachbarparzellen, der sogenannten Anwänder des Kaufobjektes - falsche

****ZBGR-64-83****

Parzellen- oder Hausnummern, oder er hat links mit rechts verwechselt, hinten mit vom. Oder er beurkundet die bestehende und vom Veräusserer zu löschende Pfandbelastung ungenau und damit unrichtig. Solche Fehler berühren weder das Verfügungsrecht des Verfügenden noch das Eintragungsmandat. Der Grundbuchführer hat mithin keine umfassende Kognition, sondern er hat solche Fehler nur zu beanstanden, wenn sie offensichtliche Nichtigkeit des Rechtsgrundaussweises zur Folge haben. Das kantonale Recht mag solche Akte als nichtig bezeichnen. Aus dem Bundesrecht ergibt sich keine Nichtigkeit. Die Fehler mögen Willensmängel der Parteien aufscheinen lassen; um diese aber kümmert sich der Grundbuchführer nicht. Dessen ungeachtet mag ein Grundbuchführer das Geschäft zur Verbesserung zurückweisen ganz einfach deshalb, weil ihm ein gewisser Mindeststandard von Fehlerfreiheit oder Richtigkeit als unabdingbar erscheint. Die Belege werden und bleiben Bestandteile des Grundbuchs. Der Grundbuchführer nimmt Anstoss daran, wenn die Belege von den Hauptbucheinträgen abweichen; er verfolgt ein allgemeines öffentliches Interesse, wenn er solches zu vermeiden sucht. Meines Erachtens gibt es jedoch kein vom Grundbuchführer wahrzunehmendes öffentliches Interesse an inhaltlicher und formeller

Richtigkeit der Belege. Die Urkundsperson wird zwar in der Regel dankbar sein für Hinweise und Verbesserungsvorschläge des Grundbuchführers. Aber ein Streit sollte nicht geführt werden darüber, ob der Notar zur Korrektur verpflichtet, ob sie zu verlangen der Grundbuchführer berechtigt ist. Nach meinem Dafürhalten ist er es nicht. In einem konkreten Fall stellte sich einmal die Frage, ob ein Vorkaufsrecht unbeanstandet vorgemerkt werden kann, wenn der Belastete im Akt selber versprochen hat, nach Ablauf der zehnjährigen Vormerkungsdauer die Verlängerung der Vormerkung zu veranlassen. Eine solche Verlängerungsklausel ist ungültig. Sie beschlägt aber nicht die äussere Form des Aktes, hat nichts zu tun mit dem Verfügungsrecht und mit dem Eintragungsmandat, fällt also nicht in jene Prüfungsfelder, in welchen der Grundbuchführer umfassende Kognition hat, sondern sie gehört zum materiellen Vertragsinhalt, wo nur auf offensichtliche Nichtigkeit zu prüfen ist; und selbstverständlich macht die Verlängerungsklausel, welche als Nebenpunkt ohne subjektive Wesentlichkeit erscheint, den Akt in seiner Gesamtheit nicht offensichtlich nichtig. Die zuständige Aufsichtsbehörde bestätigte den Grundbuchführer in seiner Meinung, der Beleg müsse abgewiesen werden,

ZBGR-64-84

Dem kann nicht beigespflichtet werden. Wird der Prüfungsbereich des Grundbuchführers unter dem Etikett allgemeiner öffentlicher Interessen oder öffentlicher Ordnung auf inhaltliche Gesetzeskonformität des Rechtsgrundausweises ausgeweitet, so gerät der Grundbuchführer ins Uferlose, und er gerät mitten in das hinein, was originärer und exklusiver Prüfungs- und Verantwortlichkeitsbereich der Urkundsperson ist. Diese hat zu verhindern, dass die Parteien oder Dritte durch rechtsungültige Gestaltungen getäuscht werden.

d) Exzessive Kompliziertheit

Kann oder soll der Grundbuchführer unter dem Gesichtswinkel öffentlicher Interessen allzu komplizierte zivilrechtliche Gestaltungen zurückweisen? Namentlich bei Grossüberbauungen mit Baurechts-, Unterbaurechts- und Stockwerkeigentumsverhältnissen mögen Gebilde zivilrechtlicher Feinmechanik zur Anmeldung gelangen, die, wie Computerprogramme, nur noch ihrem Erfinder verständlich sind (**31). Hat der Grundbuchführer, der ein derartiges Eintragungsmandat erhält, gestützt auf öffentliches Interesse gewissermassen ein Befehlsverweigerungsrecht? - Die Frage muss verneint werden. Es fehlt die gesetzliche Grundlage, und jedenfalls wäre es schwierig, ohne Willkür einzelfallweise eine Praxis zur Frage herauszubilden, wo der Sinn aufhört und der Unsinn beginnt. Hier klärend zu wirken und auf einfache Lösungen hinzuarbeiten, ist Aufgabe der Urkundsperson. Allzu komplizierte zivilrechtliche Verhältnisse, die dem Laien nicht mehr verständlich gemacht werden können, sind ein latentes Risiko für Treu und Glauben im Verkehr.

-*-NOTA:-*- Fussnoten: -----

(**1) BGE 107 II 211 = Praxis 1981 Nr. 240 = ZBGR 64 S. 106 i.S. F.G. und Konsorten gegen Regierungsrat des Kantons Waadt.

(**2) Manche der nachfolgend behandelten Fragen sind ohne praktische Bedeutung in den Kantonen, in denen Beurkundung und Grundbuchführung in der Zuständigkeit der gleichen Amtsstelle liegen.

(**3) Vgl. Carlen, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 91. Für das deutsche Recht: Daimer/Reithmann, Die Prüfungs- und Belehrungspflicht des Notars, 3. Aufl. 1971, S. 13.

(**4) So Notariatsgesetz Basel-Stadt § 1 Abs. 3; auch Carlen, a.a.O., S. 91 und 116 mit Hinweisen auf Regelungen in anderen Kantonen.

(**5) Die Zurückweisung von Geschäften, die zwar nicht gegen Treu und Glauben verstossen, aber wegen Sittenwidrigkeit (z.B. Versprechen, eine Ehe einzugehen oder Verpflichtung, seine eigene Bevormundung in die Wege zu leiten) oder Unmöglichkeit ungültig wären, ist dadurch begründet, dass die Urkundsperson nur rechtlich erhebliche Tatsachen zum Gegenstand öffentlicher Urkunden machen soll, nicht also Äusserungen eines rechtlich unerheblichen Willens (vgl. Carlen. a.a.O., S. 88).

(**6) Das ergibt sich aus der Beschränkung der Kognition des Grundbuchführers auf offensichtliche Nichtigkeitsgründe ("causes évidentes de nullité", BGE 107 II 216 = ZBGR 64 S. 110), zu denen die Willensmängel nicht gehören, da sie nur Anfechtbarkeit des Geschäftes zur Folge haben.

(**7) Wo eine gefestigte kantonale Praxis entgegen dem Wortlaut des Gesetzes zulässt, dass bestimmte Parteien (etwa der Kanton oder die Gemeinden) nicht vor dem Notar zur Unterzeichnung erscheinen, sondern auf dem Korrespondenzweg unterzeichnen, darf sich der Grundbuchführer auf die Rechtmässigkeit der Praxis verlassen und ist nicht gehalten, Vorstösse zu deren Beseitigung zu unternehmen.

(**8) Vgl. BGE vom 4. Juli 1972, mitgeteilt in ZBGR 54 S. 369.

(**9) Dass der Siegel Gültigkeitserfordernis ist, steht allerdings nicht fest.

(**10) Vgl. BGE 106 II 146 = ZBGR 62 S. 45 mit Bemerkungen von H. Huber.

(**11) Die umfassende Kognition des Grundbuchführers deckt sich nicht mit den Prüfungspflichten der Urkundsperson: Diese hat den direkten Kontakt mit den Parteien und ist hinsichtlich Identität der Parteien, Verfügungsrecht und Handlungsfähigkeit die Tatbestandsinstanz mit der Pflicht tatbeständlicher Abklärungen. Der Grundbuchführer darf und muss sich auf die von der Urkundsperson beurkundeten Sachverhalte verlassen, wenn keine begründeten Zweifel an deren Richtigkeit bestehen. Vgl. Homberger. Komm. N. 52 zu Art. 965 ZGB; Auer, Die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1932 S. 36/37; Guhl. Einige Fragen aus dem neuen Grundbuch- und Grundpfandrecht, in MBVR 10 S. 289. - Eine Frage des Ermessens oder der Praxis ist es, wie weit der Grundbuchführer von der Urkundsperson eine Begründung ihrer tatbeständlichen Befunde verlangen muss. So braucht die Urkundsperson in der Regel nicht näher zu begründen, weshalb sie bei einem volljährigen Mann die Verfügungsfähigkeit annimmt; dagegen ist die Verfügungsfähigkeit bei einer Ehefrau zu begründen durch Beurkundung der Zugehörigkeit des betreffenden Rechtes zum Sondergut oder durch Nachweis der ehemännlichen Zustimmung; vgl. Bescheid des Justizdepartementes des Kantons Tessin vom 23. November 1929, mitgeteilt in ZBGR 15 S. 179/180. Bei Zustimmungen und Genehmigungen ist generell eine authentische Erklärung des Zustimmenden der geeignete Beleg, nicht eine Klausel in der öffentlichen Urkunde, wonach alle erforderlichen oder einzeln spezifizierte Zustimmungen vorliegen; vgl. BGE 79 I 182, wo allerdings um die "Befugnis" des Grundbuchführers gestritten wurde, den authentischen Beleg "zu verlangen" - eine verkehrte Betrachtungsweise. Es kann nie darum gehen, was der Grundbuchführer "verlangen darf", sondern nur darum, was er bei pflichtgemässer Amtsführung unter Abwägung der relevanten Interessen - einschliesslich der Kosten für die Parteien und allfälliger Verzögerungen - verlangen muss.

(**12) BGE 107 II 211 = ZBGR 64 S. 106.

(**13) Vgl. Riemer, Komm. N. 24 zu Art. 83 ZGB.

(**14) Vgl. Mitteilung des Notariatsinspektorates des Kantons Zürich an die Grundbuchämter über das Verfügungsrecht bei Handelsgesellschaften, Genossenschaft, Verein und Stiftung, vom

27. August 1971, mitgeteilt in ZBGR 52 S. 378, ferner neuestens: Justizdirektion des Kantons Bern, Handbuch für die praktizierenden Notare sowie die Grundbuchverwalter des Kantons Bern betreffend den Verkehr mit dem Grundbuchamt und die Grundbuchführung (1982), S. 11-

(**15) Die hier vertretene liberale Auffassung steht im Einklang mit Riemer, Komm. N. 24-26 zu Art. 83 ZGB. Riemer postuliert nicht jenen weitgehenden Selbstschutz der Stiftungen vor ungetreuen Zeichnungsberechtigten (durch Nachweis von Stiftungsratsbeschlüssen im Einzelfall), wie ihn die grundbuchlichen Aufsichtsbehörden in einzelnen Kantonen etabliert haben. - Für die Vereine postuliert Heini (Schweiz. Privatrecht Bd. II S. 564) die analoge Anwendung von Art. 718 OR: "(Es) gilt die für die juristischen Personen des Obligationenrechts ausdrücklich aufgestellte Regel, dass "die zur Vertretung befugten Personen" alle Rechtshandlungen vornehmen können, die der Zweck der Verbandsperson mit sich bringt, als allgemeiner Grundsatz des privaten Körperschaftsrechts auch für die Vereine. ... Nach aussen bildet somit der Zweck des Vereins grundsätzlich die einzige Schranke der Vertretungsbefugnis." Dem ist beizupflichten. Für Stiftungen und für Vereine gemeinsam gilt, dass nur ein für den Dritten nach Treu und Glauben erkennbares Handeln ultra vires die Unverbindlichkeit des Geschäftes zur Folge hat. Zur Beurteilung des Handelns ultra vires genügt die Heranziehung des Statuts; Vorstands- und Stiftungsratsbeschlüsse tragen nichts bei, da selbst eine Genehmigung durch diese Organe ein Geschäft nicht zu heilen vermag, welches mit dem Statut der betreffenden juristischen Person unvereinbar ist.

(**16) Vgl. den Entscheid der II. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 12. Juni 1980 i.S. Düggelein, BGE 106 II 315 = ZBGR 62 S. 250. - Zu Recht ist der Entscheid von H. Huber dahingehend kritisiert worden, dass dem Grundbuchführer nicht zugemutet werden kann, einen Rechtsgrundaussweis, der nach seinem Wortlaut keine eintragungsfähige Dienstbarkeit ist, auf dem Wege der Interpretation in eine solche umzudeuten.

(**17) Vgl. Obergericht des Kantons Zürich, Beschluss der II. Zivilkammer vom 12. März 1979 i.S. Konkursmasse A. AG, BIZR 78 S. 53 Nr. 34 = ZBGR 63 S. 65. Ferner BGE 102 Ib 8 = ZBGR 57 S. 298 mit allgemeinen Ausführungen über die Prüfungspflicht des Grundbuchführers gegenüber Zivilurteilen.

(**18) Allerdings besteht kein Grundsatz, wonach der Grundbuchführer eine Anmeldung abweisen muss, wenn ihm bekannt ist, dass die Parteien über die Gültigkeit des Geschäftes streiten (so wohl unzutreffend BGE 99 Ib 244, insbesondere S. 249 = ZBGR 55 S. 95, insbesondere S. 99 unten).

In Zweifelsfällen abzuweisen, um dem Zivilrichter nicht vorzugreifen, ist kein haltbares Prinzip, da die Abweisung dem Zivilrichter ebenso vorgreift wie die Eintragung.

(**19) BGE 68 II 229 = ZBGR 31 S. 98.

(**20) BGE 78 II 435 = ZBGR 34 S. 289.

(**21) BGE 90 II 34 = ZBGR 46 S. 364.

(**22) Art 216 Abs. 1 und Art. 243 Abs. 2 OR

(**23) Gegenteiligere Auffassung von Büren Besonderer Teil des Obligationenrechts (1972), S. 74; von Büren hält die unrichtige Beurkundung des Preises schlechthin für unschädlich. Weniger weitgehend (nur die Beurkundung eines zu hohen Preises schadet) Spiro, Die unrichtige Beurkundung des Preises beim Grundstückskauf (1964).

(**24) Vgl. auch Ruf, Öffentliche Urkunde und Abgaberecht, ZBJV 116 S. 415, der den Werkvertrag über eine schlüsselfertige Bauteile als beurkundungspflichtig bezeichnet (S. 434).

(**25) Vgl. Carlen. a.a.O. S. 123.

(**26) Das ergibt sich aus Art. 965 Abs. 1 ZGB.

(**27) Vgl. Homberger, Komm. N. 68 zu Art. 965 ZGB; Egger, N. 9 und Lemp, N. 5, je zu Art. 203 ZGB. Zur Frage des Erwerbs mit fremden Mitteln vgl. neuestens Piotet, Des biens que l'épouse acquiert en s'endettant dans le régime matrimonial de l'union des biens, in ZBGR 63 S. 257.

(**28) Art. 177 Abs. 3 ZGB

(**29) Vgl. Lemp, Komm. N. 92 zu Art. 177 ZGB.

(**30) Die Grundbuchpraxis geht in diesem Punkt allerdings andere Wege: Den Parteien wird in Zweifelsfällen der Nachweis auferlegt, dass keine Interzession vorliegt; vgl. etwa Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern (1982), S. 15. - Dies ist verständlich in Dienstanweisungen, die sich, wie das bernische Handbuch, zugleich an die Notare und an die Grundbuchverwalter richten, und die, gemäss kantonaler Ordnung, wenig Gewicht zu legen brauchen auf die Kompetenzabgrenzung zwischen Urkundsperson und Grundbuchführer. "weil es sich bei der unzulässigen Erneuerungsklausel um die Zuwiderhandlung gegen ein um der öffentlichen Ordnung willen aufgestelltes Verbot handelt und solche der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufende Bestätigungen auch nicht in einem dem Grundbuch einzugebenden und von ihm zu verwahrenden Beleg figurieren sollen, da dadurch Täuschungen Vorschub geleistet würde." (**31) Vgl. die beredete Klage von Kellenberger, Heutige Probleme der Grundbuchführung, ZBGR 58 S. 1: "Es soll mir niemand behaupten wollen, dass der Käufer einer Stockwerkeinheit, welche an einem Unterbaurecht begründet wurde, seine Rechtsverhältnisse noch übersehen kann" (S. 7).