

RUNDSCHREIBEN

NR. 2/2012

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dem vorliegenden Rundschreiben werden verschiedene notariatsrechtliche Themen behandelt, mit denen sich die Notariatskommission in letzter Zeit aufgrund von Verfahren, Anregungen des Notariatsinspektors oder Hinweisen des Grundbuchinspektorates und Handelsregisters (GIHA) zu befassen hatte.

1. Nachträgliche Änderungen von Urkunden

Die Rechtslage in Bezug auf nachträgliche Änderungen an öffentlichen Urkunden ist in Art. 41 Abs. 2 und 3 NotG sowie in Art. 19 f. Notariatsverordnung (NotV) geregelt.

Sind nach durchgeführter Beurkundung registertechnische Angaben (im Sinne von Art. 20 NotV) aufzunehmen oder zu ändern, kann die Notariatsperson ohne Beizug der Parteien nach Art. 41 Abs. 1 NotG vorgehen (Art. 41 Abs. 2 NotG). Art. 20 NotV präzisiert, dass die Notariatsperson, fehlen nach vollzogener Beurkundung Angaben, welche nur registertechnischer Art sind, die Angabe des Heimatortes oder des Geburtsdatums oder die Bezeichnung des Erwerbstitels, oder erweisen sich solche Angaben als unrichtig, von sich aus auf der öffentlichen Urkunde die entsprechenden Ergänzungen oder Korrekturen anbringen und mit Stempel, Unterschrift und Datum der Vornahme bescheinigen kann.

Sind nach durchgeführter Beurkundung andere nicht beurkundungspflichtige Angaben aufzunehmen oder zu ändern, bedarf es einer schriftlichen Zustimmungserklärung der betroffenen Partei und deren Mitteilung an alle Urkundsparteien (Abs. 3). Präzisierend regelt Art. 19 NotV, dass, fehlen Angaben, die nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches weder Gültigkeitserfordernisse noch wesentliche Bestandteile sind (z. B. Liegenschaftenbeschreibungen), oder erweisen sich solche Angaben als unrichtig, die Ergänzung oder Änderung einer schriftlichen Erklärung der betroffenen Partei bedarf, dass sie davon Kenntnis erhalten und, sofern die Eintragung in ein Register notwendig ist,

dass sie dieser trotz der neuen Sachlage zugestimmt hat. Die Ergänzungen oder Änderungen sind allen Parteien mitzuteilen.

Gar ein öffentlich beurkundeter Nachtrag wäre schliesslich notwendig, falls die Änderung beurkundungspflichtige Punkte beinhaltet (vgl. Botschaft betreffend Erlass eines kantonalen Notariatsgesetzes vom 18. Mai 2004, Heft Nr. 4 / 2004/2005, S. 687).

Betreffen nachträgliche Änderungen den Grundstückbescrieb, wie z.B. die Anpassung von Anmerkungen, Vormerkungen, Dienstbarkeiten oder Grundlasten, fallen solche Änderungen nicht unter Art. 20 NotV. Der Grundstückbescrieb betrifft Angaben, die nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches weder Gültigkeitserfordernisse noch wesentliche Bestandteile sind. Eine Ergänzung oder Änderung solcher Angaben richtet sich demnach nach Art. 19 NotV und nicht nach Art. 20 NotV (vgl. auch Botschaft betreffend Erlass eines kantonalen Notariatsgesetzes, a.a.O., S. 687). Dementsprechend erfordern derartige Änderungen zwar keinen öffentlich beurkundeten Nachtrag; sie können aber gleichfalls nicht vom Notar allein, sondern nur mit Einbezug der Parteien vorgenommen werden.

Daran vermögen auch gelegentlich anzutreffende Vertragsklauseln in Verträgen nichts zu ändern, wonach sich der Notar ermächtigen lässt, allfällige formelle Änderungen oder seitens des Grundbuchamtes geforderte Anpassungen nachträglich vorzunehmen. Die gesetzliche Regelung von Art. 19 NotV, wonach die betroffenen Parteien von der Änderung Kenntnis genommen haben und dieser zustimmen, geht einer vertraglichen Ermächtigung des Notars vor. Eine vorgängige, bereits im Zeitpunkt der Beurkundung erteilte Zustimmung, erweist sich damit als nicht rechtsgenügend.

Art. 41 Abs. 2 und 3 NotG bzw. Art. 19 f. NotV enthalten nach Auffassung der Notariatskommission eine abschliessende Regelung, in welcher Art nachträgliche Änderungen an öffentlichen Urkunden vorzunehmen sind. Vor diesem Hintergrund stellt insbesondere das Auswechseln von Seiten in der Urkunde keine zulässige Vorgehensweise für nachträgliche Änderungen dar. Ein solches Vorgehen ist lediglich im Rahmen der Urkundenbereinigung, d.h. während des Beurkundungsvorganges und in ununterbrochener Anwesenheit der Erschienenen und der Urkundsperson zulässig (vgl. Christian Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich, 1993, N 1315 f.). Dies muss erst recht gelten, wenn es nicht um eine blosser Reinschrift, sondern um Änderungen geht, welche in den Anwendungsbereich von Art. 19 NotV fallen.

2. Der Kauf von Grundstücken mit projektierte oder angefangener Baute

Das GIHA hat in der letzten Zeit festgestellt, dass (vor allem bei ausländischen Parteien) beim Kauf schlüsselfertiger Wohnobjekte immer öfter jeweils parallel ein Kaufvertrag über den Landanteil (StWE-Anteil) und ein separater „unechter“ Werkvertrag über die Erstellung der Wohnung abgeschlossen werden. Der Hintergrund ist ein fiskalischer: vor dem heimischen Fiskus wird der Grundstückserwerb in der Schweiz zu einem tieferen Preis ausgewiesen, um damit Steuern zu sparen.

Zwar sind die Grundbuchämter grundsätzlich gehalten, derartige Verträge im Grundbuch zu vollziehen, weil ihnen diesbezüglich die Kognitionsbefugnis abgesprochen wurde (BGE 107 II 211). Allerdings erweisen sich derartige Verträge als beurkundungsrechtlich äusserst problematisch und möglicherweise sogar formungültig. In seinem Kreisschreiben Nr. 389 vom 24. November 2010 führte das Obergericht des Kantons Zürich dazu Folgendes aus:

„Aufgrund der Pflicht der Urkundsperson zur Willensermittlung und der damit im Zusammenhang stehenden Belehrungs- und Beratungspflicht ist es ihre Aufgabe, sicherzustellen, dass der wahre Wille zum Ausdruck kommt, weil nur dadurch der Vertrag formgültig abgeschlossen wird. Als Gegenleistung des der Form der öffentlichen Beurkundung unterliegenden Vertrages gilt somit einerseits das Entgelt für den entsprechenden Landanteil und der allenfalls bereits angefangenen Baute und andererseits aber auch das Entgelt der fertig zu stellenden Baute. Entscheidend ist somit einzig und allein, welche Gegenleistung für die gesamte Baute zu leisten ist und dieser Preis ist öffentlich zu beurkunden. Es handelt sich um einen Kaufvertrag mit gewissen werkvertraglichen Abreden, deren Leistung im Vertrag in genügender Weise zu umschreiben ist“ (vgl. den ganzen Text auf: <http://www.gerichte-zh.ch/kreisschreiben/kreisschreiben.html>).

Es ist deshalb dringend zu empfehlen, die Überlegungen dieses Kreisschreibens bei der Beurkundungstätigkeit zu berücksichtigen.

3. Mehrwertsteuer und Grundstückslieferung

In der MWSt-Praxis-Info 01 (<http://www.estv.admin.ch/mwst/dokumentation/00130/00947/00948/index.html?lang=de>) befasste sich die Eidgenössische Steuerverwaltung mit der Frage der Mehrwertsteuerpflicht beim Verkauf von Grundstückslieferungen (Boden und Gebäude). Danach setzt die mehrwertsteuerfreie Grundstückslieferung (Verkauf) u.a. voraus, dass die Bezahlung erst nach bezugsbereiter Fertigstellung erfolgt, wobei „eine Anzahlung bis zu einer Höhe von 30 % des Kaufpreises“ nicht schädlich ist (Ziff. 1.1.1. lit. f).

Den Begriff der Anzahlung präziserte die Hauptabteilung MWSt der ESTV am 24. Januar 2012 wie folgt:

„Unter einer Anzahlung werden geleistete Zahlungen für noch nicht oder erst teilweise erhaltende Lieferungen oder Leistungen verstanden. Anzahlungen stehen somit mit „schwebenden“ Geschäften in Zusammenhang. Soweit für die geleistete Anzahlung vom Vertragsnehmer („Verkäufer“) von der Gegenseite noch keine Lieferung oder Leistung erbracht worden ist, hat die Anzahlung reinen Vorleistungscharakter. Dem normalen Sprachgebrauch wird unter einer Anzahlung eine Überweisung eines bestimmten Betrages von X an Z verstanden. Daneben gibt es jedoch auch Vorgänge, die wirtschaftlich einer Anzahlung im vorgenannten Sinne gleichkommen.“

Dies ist etwa bei

- *einem unwiderruflichen Zahlungsversprechen eines Dritten (Bank),*
- *einer Bürgschaftsverpflichtung,*
- *einer Darlehensgewährung durch den Kunden (Erwerber des Objektes),*
- *einer Einzahlung auf ein Sperrkonto,*
- *u.Ä.*

der Fall.

Daraus folgt, dass beim Vorliegen beispielsweise eines unwiderruflichen Zahlungsverprechens, das mehr als 30 % des Kaufpreises des Objektes ausmacht, eine werkvertragliche und somit steuerbare Lieferung vorliegt.“

Bezüglich des unwiderruflichen **Zahlungsverprechens** ergab sich aufgrund verschiedener Nachfragen bei der ESTV die folgende Präzisierung:

*„Sofern mit dem unwiderruflichen Zahlungsverprechen die Zahlung eines Betrages von mehr als 30% des Kaufpreises (zusammen mit allenfalls bereits getätigten Anzahlungen) auf einen Zeitpunkt gesichert werden soll, der vor bezugsbereiter Fertigstellung der Liegenschaft liegt, ist in jedem Fall eine **steuerbare werkvertragliche Lieferung** gegeben. Anlässlich der öffentlichen Beurkundung ist es für den Käufer demnach möglich, dem Verkäufer ein Zahlungsverprechen zu übergeben, welches die Zahlung des Restkaufpreises (von mindestens 70 %) auf den Zeitpunkt der bezugsbereiten Fertigstellung vorsieht. Wesentlich für die Abgrenzung eines von der Steuer ausgenommenen Liegenschaftsverkaufs zu einer steuerbaren werkvertraglichen Lieferung ist somit nicht der Zeitpunkt der Übergabe des Zahlungsverprechens, sondern dessen Inhalt. Das im Dokument enthaltene Versprechen der Zahlung des Restkaufpreises (von mindestens 70%) hat explizit auf den Zeitpunkt/Datum der bezugsbereiten Fertigstellung (gemäss kaufvertraglicher Vereinbarung) zu lauten. Grundsätzlich **kein** Abgrenzungskriterium sind der Zeitpunkt der Eigentumsübertragung und der Zeitpunkt der Errichtung von Grundpfandrechten durch den Käufer. Diese Schritte können auch vor dem Besitzesantritt, d. h. vor der bezugsbereiten Fertigstellung erfolgen.“*

Wir empfehlen Ihnen, diese Praxisänderungen bzw. –präzisierungen bei der Beurkundungstätigkeit zu berücksichtigen.

4. Zur Einlieferung letztwilliger Verfügungen

Die Notariatskommission wurde mit der Frage konfrontiert, inwieweit eine Verpflichtung des beurkundenden Notars besteht, beim Tod des Testators ein Exemplar des Testamentes zur Eröffnung einzureichen. Dazu nimmt die Kommission wie folgt Stellung.

Gemäss Art. 556 Abs. 2 ZGB ist u.a. der Beamte, bei dem die Verfügung protokolliert oder hinterlegt ist, bei persönlicher Verantwortlichkeit verbunden, der Behörde eine

letztwillige Verfügung unverweilt einzuliefern, sobald er vom Tod des Erblassers Kenntnis erhalten hat.

Diese Einlieferungspflicht betrifft einerseits den Beamten, der eine letztwillige Verfügung protokolliert, d.h. beurkundet hat, sofern er nach kantonalem Recht nicht nur als Urkundsperson, sondern auch als Hinterlegungsstelle gemäss Art. 504 ZGB amtiert und andererseits denjenigen, bei dem eine letztwillige Verfügung hinterlegt ist (Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 556 ZGB).

Gemäss Art. 69 EGZGB sind die Gemeinden verpflichtet, letztwillige Verfügungen und Erbverträge zur Aufbewahrung entgegen zu nehmen, wenn der Erblasser in der Gemeinde wohnt oder bei fehlendem Schweizerischen Wohnsitz dort seine Heimatangehörigkeit hat. Der Notar ist nach kantonalem Recht somit nicht Hinterlegungsstelle im Sinne von Art. 504 ZGB. Allerdings enthält Art. 72 EGZGB die Verpflichtung, letztwillige Verfügungen oder Erbverträge dem zuständigen Bezirksgerichtspräsidenten zur Eröffnung weiter zu leiten. Adressat dieser Verpflichtung ist, „wer Kenntnis von einer letztwilligen Verfügung oder einem Erbvertrag hat“ und zwar „sobald er vom Tod des Erblassers Kenntnis erhalten hat“. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Testamentseröffnung der Sicherung und Feststellung des letzten Willens des Erblassers unter Kundgabe desselben an die erbrechtlich daran Interessierten dient (PKG 1990, Nr. 52, 176 ff.) sowie im Lichte von Art. 72 EGZGB, ist eine Verpflichtung des Notars zur Weiterleitung letztwilliger Verfügungen und Erbverträge zu bejahen, sobald er vom Tod des Erblassers Kenntnis erhalten hat. Zumindest erscheint er verpflichtet, der zuständigen Behörde die Tatsache der Beurkundung eines Testamentes oder eines Erbvertrages mitzuteilen. Diese Verpflichtung umfasst aber nach Auffassung der Notariatskommission keine aktive Nachforschung des Notars hinsichtlich eines Erbfalles einer Partei.

5. Die integrierenden Bestandteile gemäss Art. 37 Abs. 3 Notariatsgesetz (NotG)

Gemäss Art. 37 Abs. 3 NotG sind Dokumente, die zu integrierenden Bestandteilen einer öffentlichen Urkunde erklärt werden, „mit dieser in geeigneter Weise zu verbinden, an ihrem Ende zu datieren, von den Parteien zu visieren sowie mit Unterschrift und Stempel der Notariatsperson zu versehen“.

Diese Bestimmung kommt selbstverständlich nicht nur bei sachenrechtlichen Verträgen zur Anwendung; sie ist insbesondere auch bei allen gesellschaftsrechtlichen Urkunden zu beachten. Werden beispielsweise bei Urkunden im Fusionsrecht Bilanzen, Fusionspläne, Sacheinlageverträge oder weitere Dokumente zu Bestandteilen erklärt, so sind diese Bestandteile mit der öffentlichen Urkunde in geeigneter Form zu verbinden (z.B. Bostich oder Klammer), jeweils am Ende zu datieren, von den Parteien zu visieren und mit Unterschrift und Stempel der Notariatsperson zu versehen. Davon kann nur dann abgesehen werden, wenn die Dokumente nicht als Bestandteile erklärt werden oder von Bundesrechts wegen nicht als solche gelten. So kann zum Beispiel bei der Gründung einer Aktiengesellschaft in der Gründungsurkunde darauf verzichtet werden, die Statuten als Bestandteil der Gründung zu bezeichnen, womit die Statuten mit der Gründungsurkunde nicht zu verbinden sind (vgl. zum Ganzen auch Brückner, a.a.O., N.

1356 ff.). Sofern Beilagen Bestandteile der Urkunde bilden, ist jede Seite der Beilage zu stempeln und die letzte Seite zu unterschreiben.

6. Die Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen (PBV)

Auf den 1. April 2012 wurde die revidierte Verordnung über die Bekanntgabe von Preisen in Kraft gesetzt (PBV, SR 942.211). Neu unterstehen der PBV auch die Dienstleistungen der Notare. Wir sind demnach gehalten, die Verrechnungssätze oder den Gesamtpreis der angebotenen Dienstleistungen bekannt zu geben (Art. 11 Abs. 2 PBV). Der SNV wird nun in Absprache mit den Kantonalverbänden eine Internetinformation ausarbeiten und zur Verfügung stellen, die auch von den einzelnen Notarinnen/Notaren benützt oder verlinkt werden kann. In der Zwischenzeit empfehlen wir Ihnen, die Informationsbroschüren des SECO (<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00035/00110/04870/index.html?lang=de>) in der Kanzlei aufzulegen und die Informationsbroschüren abzuwarten.

7. Beurkundung mit fremdsprachigen Parteien

Die Notariatskommission wurde mit teilweise problematischen Beurkundungsformeln im Falle fremdsprachiger Urkundsparteien konfrontiert. Wir gestatten uns deshalb sie auf Art. 38 des Notariatsgesetzes hinzuweisen. Demnach gilt Folgendes:

- Soweit die Urkundsperson eine Fremdsprache ausreichend beherrscht, kann er den Parteien den Inhalt der Urkunde selber erläutern; dies ist in der Beurkundungsformel entsprechend festzuhalten (Art. 38 Abs. 1 NotG).
- Beherrscht die Urkundsperson die Fremdsprache der Partei nicht ausreichend oder wird die Urkunde in einer fremden bzw. in einer im Kanton nicht üblichen Sprache errichtet, deren die Urkundsperson nicht mächtig ist, muss ein Übersetzer beigezogen werden (Art. 38 Abs. 2 NotG).
- Der Übersetzer hat auf der Urkunde unterschriftlich zu bestätigen, dass die Übersetzung vollständig und gewissenhaft vorgenommen wurde und die Notariatsperson hat den Übersetzer und die Vornahme der Übersetzung in der Beurkundungsformel festzuhalten (Art. 38 Abs. 3 und 4 NotG).

8. Neue Urkundensammlung

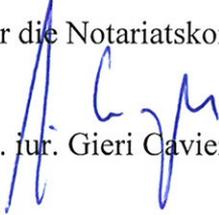
Im Zusammenhang mit einer anstehenden Überarbeitung des Urkundenbuches ist die Notariatskommission zum Schluss gekommen, dass eine Urkundensammlung in der derzeitigen Form überholt ist. Ausserdem ist der Aufwand für die Überarbeitung erheblich und es bestehen zahlreiche Parallelangebote. Trotzdem sollen Mustervorlagen, die auf die kantonale Gesetzgebung zugeschnitten sind, beibehalten werden.

Die Notariatskommission hat deshalb in Absprache mit dem GIHA beschlossen, auf einer gemeinsamen elektronischen Plattform von Notariatskommission und GIHA die heute regelmässig verwendeten Musterurkunden in einer überarbeiteten und zeitgemässen

Form aufzuschalten. Diese Arbeit wird im Sommer aufgenommen und es ist vorgesehen, diese bis Ende Jahr abzuschliessen.

Für allfällige Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Für die Notariatskommission


Dr. iur. Gieri Caviezel

- Verteiler:**
- an alle Notarinnen und Notare, Grundbuchverwalterinnen und Grundbuchverwalter, Kreisnotarinnen und Kreisnotare
 - Notariatsinspektor, Dr. iur. Hansrudolf Bener
 - lic. iur. Ludwig Decurtins, Vorsteher Grundbuchinspektorat und Handelsregister
 - lic. iur. HSG Arno Lombardini, Handelsregisterführer, Grundbuchinspektorat und Handelsregister
 - lic. iur. Mathias Fässler, Departementssekretär Justiz und Polizei