

RUNDSCHREIBEN NR. 3/2004

an die patentierten Notare, Kreisnotare und Grundbuchverwalter im Kanton Graubünden
betreffend

GLÄUBIGERMITWIRKUNG BEIM GRUNDPFANDVERTRAG (ART. 31 NOTG)

Die wichtigen Änderungen und Neuerungen, welche der Wechsel von NV zu NotG für die Notariatstätigkeit bringen wird, sind im heutigen Rundschreiben Nr. 2/2004 der Kommission kurz zusammengefasst.

Das vorliegende Rundschreiben gilt den Auswirkungen von Art. 31 NotG. Es enthält die übereinstimmenden Auffassungen von Notariatskommission und Grundbuchinspektorat Graubünden.

Art. 31 NotG steht im Kapitel der Beurkundungen, trägt das Marginale "Grundpfandgläubiger als Partei" und hat folgenden Wortlaut:

"Der Gläubiger kann bei allen grundpfandrechtlichen Geschäften, welche ihn nicht verpflichten, vorweg mit einfacher Schriftlichkeit erklären, dass er dem Inhalt der öffentlichen Urkunde zustimmt."

Der bisherige Art. 31 Abs. 4 NV lautete teilweise anders. Deshalb drängen sich Erläuterungen und Empfehlungen auf.

1. Bundeszivilrecht und kantonales Notariatsrecht

- a) Aus dem Wortlaut von Art. 799 Abs. 2 ZGB ("Der Vertrag auf Errichtung eines Grundpfandes bedarf zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung") ergibt sich, dass das Grundpfand durch Vertrag zu errichten ist und dass ein solcher Vertrag beurkundet werden muss. Dies erfordert Mitwirkung des Gläubigers, wobei hier aber noch Art. 13 Abs. 1 OR erhebliche Bedeutung hat. Zwar bezieht sich Art. 13 Abs. 1 OR auf eine Lockerung von einfacher Schriftform zur Formlosigkeit ("Ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden"). Aber die herrschende Lehre lässt seit langem seine analoge Anwendung bei der qualifizierten Form der öffentlichen Beurkundung zu (siehe Verweisungen bei Brückner, in ZBGR 1996, S. 221, und im Basler Kommentar 1999/2003, N 8 / ZGB 799).
- b) Von dieser bundesrechtlichen Lockerungsmöglichkeit bei der Mitwirkung des Gläubigers machen die Kantone sehr unterschiedlich Gebrauch (siehe dazu Brückner aaO S. 219 ff. und Basler Kommentar aaO). Die bisherige Bündner Lösung kannte ebenfalls eine solche Lockerung. Sie war aber auf Errichtungsgeschäfte beschränkt (Art.

31 Abs. 4 NV) und erforderte sowohl spezielle Bestimmung im Grundpfandvertrag als auch besondere Klausel in der Beurkundungsformel (siehe z.B. Bündner Musterurkunde 6.3.1.).

2. Zum Anwendungsbereich von Art. 31 NotG

- a) Art. 31 NotG gilt nicht bloss für zweiseitige Errichtungsgeschäfte, sondern für alle Grundpfandverträge.
- b) Zwingende Voraussetzung ist aber, dass der Gläubiger durch einen solchen Grundpfandvertrag nicht verpflichtet wird:
 - Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die Verpflichtungen des Gläubigers in einer separaten obligatorischen Vereinbarung festgelegt werden. In den meisten Fällen (vor allem bei Mitwirkung eines Bankinstituts als Geldgeber) wird nämlich mit dem Schuldner vorweg oder gleichzeitig eine Kreditvereinbarung abgeschlossen, welche auch die Verpflichtungen des Gläubigers enthält. Dann schafft aber der blosser Grundpfandvertrag mit dem Eigentümer keine neuen Verpflichtungen mehr für den Gläubiger.
 - Diese Voraussetzung ist hingegen nicht erfüllt, wenn eine separate obligatorische Vereinbarung mit dem Gläubiger und mit seinen Verpflichtungen fehlt oder wenn im Grundpfandvertrag weitere Verpflichtungen des Gläubigers dazukommen.

Kann Art. 31 NotG nicht angewendet werden, gelten die allgemeinen Beurkundungsvorschriften (Art. 30 und Art. 32 ff. NotG). Der Gläubiger muss also zur Beurkundung des Grundpfandvertrages entweder selber erscheinen oder einen bevollmächtigten Vertreter entsenden.

3. Zur Zustimmungserklärung des Gläubigers

- a) Art. 31 NotG verlangt in jedem Fall einfache Schriftlichkeit und Unterzeichnung vor der Beurkundung des Grundpfandvertrages.
- b) Nach bisheriger Bündner Notariatspraxis wurde die in Art. 31 Abs. 4 NV verlangte Erklärung des Gläubigers als spezielle Bestimmung in den Grundpfandvertrag eingebaut. Diese Lösung soll weiterhin als Regel gelten und sogar wenn immer möglich gewählt werden. Denn sie ist sicher und einfach. Als Text für eine neurechtliche Vertragsbestimmung wird empfohlen:

"Der Gläubiger erklärt hiermit, dass er gemäss Art. 31 NotG diesen Vertrag vor der notariellen Beurkundung unterzeichnet und dem Inhalt der öffentlichen Urkunde zustimmt."

Dementsprechend werden auch die nachgeführten Bündner Musterurkunden lauten.

- c) Der Wortlaut von Art. 31 NotG lässt auch ein separates Schriftstück ausserhalb des Grundpfandvertrages zu. Eine solche Lösung mag für den Gläubiger oft praktisch sein. Sie hat aber erhebliche Nachteile und schafft sogar gewisse Gefahren. Erstens würde nur ein Schriftstück ausreichen, welches schon weitgehend dem späteren Grundpfandvertrag entspricht (z.B. ausführliche Offerte von Gläubiger an Schuldner

und Eigentümer, umfassendes Instruktionsschreiben von Gläubiger an Notar). Zweitens wäre die Rechtsverbindlichkeit eines solchen Schriftstückes in Frage gestellt, wenn der Schuldner oder Eigentümer noch etwas Inhaltliches beanstandet. Drittens gäbe es zusätzliche Schwierigkeiten, wenn Schuldner und Pfandeigentümer verschiedene Personen sind. Viertens könnte der öffentlichen Urkunde gar nichts zur Mitwirkung des Gläubigers entnommen werden. Fünftens müsste der Notar neben seiner öffentlichen Urkunde noch weitere und je nach Fall sogar umfangreiche Zusatzakten behandeln, verteilen und aufbewahren. Angesichts solcher Nachteile und Gefahren ist von einer Lösung mit separatem Schriftstück ausserhalb des Grundpfandvertrages abzuraten und auch möglichst abzusehen.

4. Zur Beurkundungsformel des Notars

- a) Wird gemäss Ziff. 3 lit. b vorgegangen, muss die Beurkundungsformel des Notars keinen Hinweis zum Gläubiger erhalten und soll es auch nicht (siehe nachgeführte Bündner Musterurkunden). Der Notar führt die öffentliche Beurkundung nur noch mit dem Eigentümer durch. Zu diesem Zeitpunkt ist schon durch den vorliegenden Grundpfandvertrag klargestellt, dass der Gläubiger im voraus unterzeichnet und die von Art. 31 NotG verlangte Zustimmung erklärt hat.
- b) Wird ausnahmsweise doch gemäss Ziff. 3 lit. c vorgegangen, sollte der Beurkundungsformel ein Hinweis angefügt werden, dass der Gläubiger die von Art. 31 NotG verlangte Zustimmung mit separatem Schriftstück und in ausreichender Weise abgegeben hat. Dieser Hinweis kann zur Absicherung des Notars und zur Erleichterung der Grundbuchregistrierung dienen.
- c) Der Notar darf aber einen solchen Hinweis in keinem Fall als Beurkundung einer Willenserklärung des Gläubigers formulieren.

Für allfällige Fragen steht der Unterzeichner zur Verfügung.

Für die Kommission:

Präs. Dr. Urs Zinsli