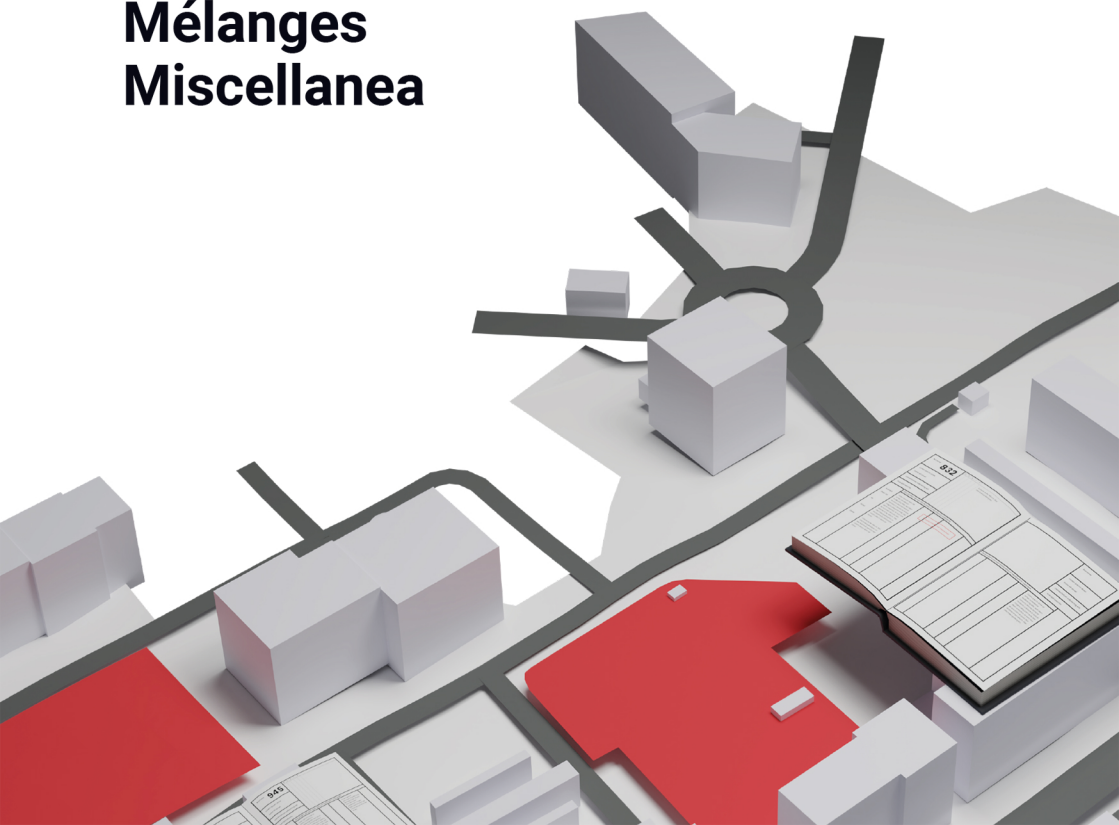




Adrian Mühlematter / Evelyne Seppey /
Philipp Adam / Andrea Gautschi

Festschrift Mélanges Miscellanea



Die Kognition des Grundbuchamtes

Stephan Stucki / Rita Bigler

Was passiert, nachdem Urkunds- oder andere anmeldungsberechtigte Personen ein Geschäft beim Grundbuchamt abgegeben haben? Unter welchem Blickwinkel wird das Geschäft vom Grundbuchamt geprüft? Wann und mit welchen Gründen darf das Grundbuchamt die Eintragung eines Geschäftes verweigern? Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über diese Problemstellungen.

Inhaltsverzeichnis

1. Vorwort	2
2. Die Kognition im grundbuchlichen Verfahren	4
2.1. Der Begriff der Kognition.....	4
2.2. Wirkungen der Einschreibung im Grundbuch.....	4
2.3. Umfang der Kognition des Grundbuchamtes	8
2.3.1. Grundlagen.....	8
2.3.2. Prüfung aufgrund der eingereichten Akten.....	9
2.3.3. Kenntnisse des Grundbuchamtes ausserhalb der Akten des Anmelders	11
2.3.4. Überprüfbarkeit des Entscheids des Grundbuchamtes	13
2.3.5. Fazit	14
2.4. Die Kognition im Einzelnen	15
2.4.1. Verfahrensfragen	15
2.4.2. Der Rechtsgrund, insb. dessen Form.....	18
2.4.3. Verfügungsrecht.....	26
2.4.3.1. Die Wirkungen der Grundbuchanmeldung.....	26

2.4.3.2. Das Verfügungsrecht im Geltungsbereich des absoluten Eintragungsprinzips bei Begründung und inhaltlicher Ausdehnung eines Rechts (neubegründende Änderung), Art. 963 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 965 Abs. 2 ZGB.....	27
2.4.3.3. Das Verfügungsrecht im Geltungsbereich von Löschungen und teillöschenden Änderungen (Art. 964 ZGB in Verbindung mit Art. 965 Abs. 2 ZGB)	31
2.4.3.4. Das Verfügungsrecht im Geltungsbereich des relativen Eintragungsprinzips (Art. 963 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 965 Abs. 2 ZGB)	32
2.4.4. Gesetzmässigkeit, insb. die sachenrechtliche Zulässigkeit.....	34
3. Zeitpunkt der Eintragungsfähigkeit.....	37
4. Anstelle eines Schlusswortes.....	38

1. Vorwort

«Es ist die vornehmste Aufgabe des Grundbuchverwalters darüber zu wachen, dass nicht Rechte von unbeteiligten Dritten verletzt werden.»

JÜRIG BRACHER, ehemaliger Amtsleiter des
Grundbuchamtes Emmental-Oberaargau

Die nachfolgenden Ausführungen beschäftigen sich mit der Kognition des Grundbuchamtes und somit der täglichen Arbeit jedes Grundbuchverwalters, jeder Grundbuchverwalterin. Kommt das Grundbuchamt aufgrund seiner Prüfung zum Schluss, dass das Beantragte nicht im Grundbuch eintragungsfähig ist, droht als Rechtsfolge die Abweisung des Geschäfts und damit einhergehend die Nichtvornahme der Einschreibung oder Löschung (Art. 87 GBV¹). Aufgrund dieser tiefgreifenden Folgen, gleichermaßen

¹ Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1).

für den Anmelder wie den grundstücksbezogenen Rechtsverkehr an sich, lohnt sich ein genauerer Blick auf die Arbeit des Grundbuchamtes.^{2,3}

Aufgrund der bundesrechtlichen Vorschriften, wonach die überwiegende Mehrheit von grundstücksbezogenen Geschäften der öffentlichen Beurkundung durch einen Notar, eine Notarin bedürfen, ist das Grundbuchwesen eng mit dem Notariat verknüpft. Da das Notariat kantonal geregelt ist, bestehen entsprechend unterschiedliche, kantonale Organisationsformen. Nebst dem freiberuflichen Notariat, das zwischen Notariat und Grundbuchamt organisatorisch, personell, aber auch in Bezug auf ihre jeweiligen Pflichten unterscheidet, und dem Amtsnotariat, das Notariat und Amt vereint, bestehen diverse Mischformen.⁴ Der Gegenstand des Beitrags, die Kognition des Grundbuchamtes, ist in erster Linie im System des freiberuflichen Notariats relevant, weshalb im Folgenden auf diese Konstellation fokussiert wird.⁵

Nach Ausführungen zur Kognition des Grundbuchamtes im Allgemeinen wird auf die wesentlichen Pfeiler derselben fokussiert und anhand von Beispielen einige Fragestellungen aus der Praxis aufgezeigt.

² Vgl. auch BETTINA DEILLON-SCHEGG, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zürich 1997, S. 5 und S. 8, wonach das Grundbuchamt innerhalb seines Wirkungsbereichs mit einem Zivilgericht vergleichbar sei.

³ Bei den Ausführungen handelt es sich um die persönliche Meinung der Autoren und nicht um eine Stellungnahme des kantonalen oder regionalen Grundbuchamtes des Kantons Bern. Hierfür wird insb. auf das Handbuch der Grundbuchämter des Kantons Bern und die entsprechenden Weisungen verwiesen.

⁴ ADRIAN MÜHLEMATTER/STEPHAN STUCKI, Grundbuchrecht für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 2017, S. 53 f.; weitere Ausführungen und Hinweis auf der Webseite des Schweizerischen Notarenverbandes (<https://snv-fsn.ch/das-notariat>), zuletzt besucht am 30. August 2022; eine Übersicht über die kantonalen Organisationsformen findet sich auf der folgenden Website (<https://www.notariatsrecht.ch/notariats-organisation/uebersicht-notariatswesen-schweiz>), zuletzt besucht am 30. August 2022.

⁵ Vgl. URS FASEL, Kommentar zur Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, 2. Aufl., Basel 2013, Einleitung, N. 102 ff.

2. Die Kognition im grundbuchlichen Verfahren

2.1. Der Begriff der Kognition

Das Grundbuchamt prüft die Eintragungsfähigkeit der bei ihm angemeldeten Geschäfte. Die Kognition des Grundbuchamtes beschreibt den Umfang der dem Amt dabei zukommenden Prüfungsbefugnis.⁶ Diese Befugnis enthält zugleich das Recht wie auch die Pflicht, ein angemeldetes Geschäft in einem gesetzlich definierten Rahmen auf Rechtmässigkeit und Mängel zu prüfen und gegebenenfalls beim Anmelder und Gesuchsteller zu beanstanden bzw. das Geschäft abzuweisen (Art. 87 GBV). Mit der Abweisung einher geht auch der Verlust des Tagebuch- bzw. Anmeldedatums, was für die Parteien oft von ebenso grosser Tragweite wie die Abweisung selbst ist, da auch eine Neuanschreibung des Geschäfts mittels korrigierter Version diesen Verlust nicht zu heilen vermag. Damit können nebst praktischen und steuerlichen Problemen für die Parteien auch Haftungsfragen für die Urkundsperson einhergehen. Gleichzeitig äussert sich die Kognition des Grundbuchamtes auch zur Frage, welche Mittel dem Amt zur Verfügung stehen, um die Prüfung vorzunehmen. Der abstrakte Prüfungsauftrag und die dafür gesetzlich vorgesehenen, praktischen Instrumente decken sich idealerweise und ermöglichen sich gegenseitig. Praktisch dürfte bes. die Beschränkung der grundbuchlichen Prüfung auf die eingereichten Belege für den Umfang der Prüfungsbefugnis von grosser Bedeutung sein und diese in besonderem Masse bestimmen (vgl. Ziff. 2.3.2. hiernach).

2.2. Wirkungen der Einschreibung im Grundbuch

Ziel der erfolgreichen Grundbuchanmeldung ist stets, in den Genuss der Wirkungen eines Grundbucheintrages gegenüber den Parteien wie auch im Besonderen gegenüber Dritten zu kommen. Aufgrund der grossen, rechtlichen Tragweite der Grundbucheinschreibung sind sachlogisch auch der Entscheid des Grundbuchamtes über Einschreibung oder Abweisung und somit dessen Kognition essenziell. Nachfolgend seien übersichtsartig einige der wichtigsten Wirkungen des Grundbuchs dargelegt und rechtlich eingeordnet (Art. 971 ff. ZGB).

⁶ Vgl. bspw. BGE 119 II 16; BGE 141 III 13 = Pra 104 (2015) Nr. 77.

Im Bereich der grundstücksbezogenen Rechtsgeschäfte und somit im Bereich des absoluten Eintragungsprinzips⁷ stellt die Anmeldung beim Grundbuchamt den Vollzug des vorangegangenen Verpflichtungsgeschäfts dar, bildet also das Verfügungsgeschäft. D.h., erst die Grundbuchanmeldung vollzieht das obligatorisch Vereinbarte dinglich bzw. führt zur dinglichen Perfektion der obligatorischen Verpflichtung. Dadurch erfüllen die Parteien ihre schuldrechtliche Pflicht.⁸ Die Verfügung bedingt wiederum ein gültiges Verpflichtungsgeschäft, einen Rechtsgrund, und kann ohne diesen nicht bestehen (vgl. Art. 974 Abs. 2 ZGB und Art. 62 ff. GBV, sog. Kausalitätsprinzip).⁹

Der Entscheid über die Einschreibung oder Löschung im Grundbuch bewirkt im Rahmen des absoluten Eintragungsprinzips das Entstehen bzw. den Untergang des Rechts selbst (konstitutive Wirkung, Art. 971 ZGB). D.h., dass bspw. eine Nutzniessung erst durch ihren Eintrag im Grundbuch entsteht und auch bei Bedarf durchgesetzt werden kann.¹⁰

Auch bei Geschäften mit Rechtsübergang oder -entstehung ausserhalb des Grundbuchs ist die deklaratorische Nachführung des Grundbuchs im Rechtsverkehr nicht minder wichtig (relatives Eintragungsprinzip).¹¹ Auch hier wird der Nachweis eines gültigen Rechtstitels, eines Rechtsgrundes vorausgesetzt.¹² Zwar ist mit der Grundbucheinschreibung nicht das Entstehen des Rechts verbunden, jedoch ist auch in diesen Fällen der materiell Berechtigte darauf angewiesen, dass sein Recht aus dem Grundbuch ersichtlich ist und nachgetragen wird. Der Einschreibung im Grundbuch folgt die gesetzliche Vermutung der materiellen Existenz des eingetragenen Rechts (Art. 937 Abs. 1 ZGB). Folgerichtig führt hier die Nichtanpassung des Grundbuchs dazu, dass z.B. der bisherige

⁷ Vgl. dazu MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 38.

⁸ Vgl. zum Kauf EUGEN BUCHER, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 54; vgl. auch JÜRIG SCHMID, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 963 ZGB N. 20 (zit. BSK AUTORENSCHAFT); FABRIZIO ANDREA LIECHTI, Der Rechtsgrundausweis für Eigentumseintragungen im Grundbuch, Diss. Bern 2017, S. 99, Fn. 472.

⁹ Vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, N. 74; LIECHTI (Fn. 8), S. 15 ff.

¹⁰ Vgl. BSK SCHMID, Art. 971 ZGB N. 2; mit weiteren Hinweisen: DEILLON-SCHIEGG (Fn. 2), S. 36 ff.

¹¹ MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 38.

¹² Vgl. HENRI DESCHENAUX, Das Grundbuch, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/3, I, Basel 1988, S. 9.

Eigentümer seine formelle Verfügungsmacht über das Grundstück bis auf Weiteres behält.¹³ Umgekehrt bleibt dem effektiv Berechtigten, der ausserbuchlich z.B. in Folge Gütergemeinschaft erworben hat, die eigene Verfügung über das Grundstück bis zur Anpassung des Eigentums im Grundbuch verwehrt.¹⁴

Da dem Grundbucheintrag positive Rechtskraft bzw. öffentlicher Glaube zukommt, sich also ein gutgläubiger Dritter auf die Richtigkeit des Eintrages verlassen darf, kann es, wenn weitere Voraussetzungen erfüllt sind, gar zu einem gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten und dem Verlust der eigenen Berechtigung kommen (Art. 973 Abs. 1 ZGB).¹⁵ Dem entspricht auch die übergeordnete Beweisregel in Art. 9 ZGB und die gesetzliche Vermutung, wonach Einschreibungen im Grundbuch richtig sind und folglich mit dem Nachweis des Eintrags der volle Beweis über die so bezeugten Tatsachen erbracht wird.¹⁶ Ähnlich gravierend für die Betroffenen wirkt sich bspw. im Bereich der Anmerkungen die abgewiesene Löschungsbewilligung einer Veräusserungsbeschränkung gemäss BVG¹⁷ aus, die faktisch weiterhin als Verfügungsbeschränkung für den Eigentümer wirkt, auch wenn dieser effektiv den Vorbezug längst zurückbezahlt hat.

Umgekehrt führt der erfolgreich angepasste Eintrag zur gewünschten Aussenwirkung auch gegenüber Dritten. Aufgrund der negativen Publizitätswirkung des Grundbuchs kann sich niemand darauf berufen, einen Grundbucheintrag nicht gekannt zu haben

¹³ Vgl. allgemein zur Richtigkeitsvermutung: SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 600 ff.; WOLFGANG ERNST, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 937 ZGB N. 3 ff. (zit. BSK AUTORENSCHAFT).

¹⁴ Siehe weitere Beispiele zur (deklaratorischen) Anpassung des Grundbuchs bei MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 38 f.; HENRI DESCHENAUX, Das Grundbuch, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/3, II, Basel 1989, S. 748.

¹⁵ Vgl. DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 31 f.; weitere Differenzierungen in BSK SCHMID, Art. 973 ZGB N. 28 ff.; DESCHENAUX (Fn. 14), S. 756 f. und S. 758 ff.; siehe auch die tabellarische Darstellung bei MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 40.

¹⁶ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 599 ff.

¹⁷ Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG; SR 831.40); bzw. gemäss Verordnung über die Wohneigentumsförderung mit Mitteln der beruflichen Vorsorge vom 3. Oktober 1994 (WEFV; SR 831.411).

(Art. 970 Abs. 4 ZGB).¹⁸ Unabhängig von seinem effektiven Wissen erwirbt der Käufer ein Grundstück mit all seinen im Grundbuch eingeschriebenen Rechten und vor allem Lasten.

Ferner kann sich die erwerbende Person darauf verlassen, dass der Grundbucheintrag vollständig ist (negative Rechtskraft des Grundbuches). So kann z.B. Dritten, die sich in gutem Glauben auf das Grundbuch verlassen, ein unmittelbar gesetzliches Grundpfandrecht nicht mehr entgegengehalten werden, wenn es nicht innerhalb der in Art. 836 Abs. 2 ZGB enthaltenen Fristen im Grundbuch eingetragen wurde.¹⁹

Es kann festgehalten werden, dass für Private, Geschäftsleute, Unternehmen wie auch grundsätzlich für das Funktionieren des grundstücksbezogenen Rechtsverkehrs der Entscheidung des Grundbuchamtes über die Eintragungsfähigkeit des Gesuchs und damit einhergehend der Umfang der Kognition des Grundbuchamtes von erheblicher Bedeutung ist.²⁰ Die Kognition steht dabei zusätzlich im Spannungsfeld verschiedener, zuweilen gegenläufiger Interessen. So wünscht sich der Anmelder in erster Linie ein schnelles und unkritisches Grundbuchamt, das die beantragten Einschreibungen

¹⁸ Weitere Ausführungen zur Wirkung des Grundbuchs in: SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 597 ff.

¹⁹ Siehe anstatt aller: MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 38 ff., bes. die Tabelle auf S. 40; der gute Glaube spielt in dieser Konstellation nicht immer eine Rolle, wie folgendes Beispiel zeigt: Auf dem Grundstück 100 im Eigentum der X sollte ein Wegrecht zugunsten des Grundstückes 200 im Eigentum der Y lasten. Bei der grundbuchlichen Behandlung hat das zuständige Grundbuchamt die Last versehentlich nicht im Grundbuch eingetragen (ein Fehler, der heute beim elektronisch geführten Grundbuch nicht mehr vorkommen sollte, weil das Grundbuchprogramm zwingend einen Gegeneintrag verlangt). A kauft von X das Grundstück 100 (das mit der Dienstbarkeit belastet sein sollte). Da im Grundbuch kein Wegrecht eingetragen ist, erwirbt A das Grundstück frei von dieser Last, ihm kann das Wegrecht nicht entgegengehalten werden. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung spielt hier der gute Glaube keine Rolle, weil die Dienstbarkeit mangels Eintrag der Last gar nicht entstanden ist (BGE 135 III 496 E 4.1= Pra 99 [2010] Nr. 38; BGE 124 III 293 E 2a und E. 2c; in den genannten Entscheiden ging es zwar um einen insofern unvollständigen Lasteintrag, als das berechnigte Grundstück nicht eingetragen war, dasselbe muss jedoch umso mehr gelten, wenn der Eintrag der Last ganz fehlt). Dabei ist lediglich der Eintrag der Last ausschlaggebend, der Eintrag auf dem Hauptbuchblatt des berechtigten Grundstückes entspricht lediglich einer Ordnungsvorschrift (DESCHENAUX [Fn. 12], S. 107, Fn. 26 bestätigt durch BGE 135 II 496 E. 4.1). Wäre also im vorliegenden Beispiel das Recht auf dem Grundbuchblatt 200 zulasten von 100 eingetragen, würde dies am Resultat nichts ändern, solange die Last auf dem Grundstück 100 nicht auch eingetragen ist.

²⁰ Vgl. hierzu auch die Überlegungen von Deschenaux bezüglich des Zusammenhangs zwischen Kognition und Schwere der Rechtsfolgen einer Einschreibung: DESCHENAUX (Fn. 12), S. 476 ff.; weiter ROLAND PFÄFFLI, Zur Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters, AJP 1992, S. 1510.

umsetzt, während der Inhaber einer bestehenden Einschreibung darauf baut, dass sein Recht auch zukünftig von Bestand ist. Dritte, die nicht Teil des Verfahrens, aber dennoch Betroffene sind, erwarten wiederum, dass ihre Rechte geschützt werden und verlangen eine vorsichtige, zuweilen strenge Prüfung. Auch das abstrakte Interesse an einem funktionierenden, liegenschaftsbezogenen Rechtsverkehr ist nicht gering zu schätzen. Entsprechend anspruchsvoll ist die Festlegung der Kognition des Grundbuchamtes durch den Gesetzgeber.

2.3. Umfang der Kognition des Grundbuchamtes

2.3.1. Grundlagen

Es ist Aufgabe des Grundbuchamtes zu prüfen, ob das angemeldete Geschäft den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht und im Grundbuch eine Eintragung, eine Abänderung eines bestehenden Eintrags oder eine Löschung vorgenommen werden darf (Art. 83 GBV). Praxisbezogen umformuliert lässt sich fragen, ob ein allfällig entdeckter Mangel beanstandet werden muss oder aus Gründen der (fehlenden) Kognition zu ignorieren ist, ohne dabei eine Amtspflicht zu verletzen (Art. 955 Abs. 1 ZGB).²¹ Eine abschliessende, für jeden praktischen Fall passende Definition der grundbuchlichen Prüfungspflicht ist anlässlich dieser Ausführungen weder möglich noch beabsichtigt.²²

Hintergrund dieser Prüfung sind, wie ausgeführt, die weitreichenden Wirkungen des Grundbuches und seine Bedeutung und sein Zweck im Rechtsverkehr. Private gleichwohl wie Geschäftsleute und Unternehmen müssen darauf vertrauen können, dass das Grundbuch grundsätzlich klar und eindeutig über bestehende private Rechte und Pflichten Auskunft gibt und diese zugleich effektiv bestehen, also «wahr» sind. Die Literatur hat hierzu die Begriffe der Rechtsklarheit und die Rechtswahrheit geprägt. Das Grundbuch soll nur Einschreibungen aufweisen, die einerseits klar und eindeutig (Rechtsklarheit) und andererseits effektiv von Gehalt sind und materiell zutreffen (Rechtswahrheit).²³ Diese Grundsätze sind für die Grundbuchführung wegweisend.

²¹ Vgl. zur Haftung der Kantone aus der Grundbuchführung: SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 552 f.

²² Vgl. auch DESCHENAUX (Fn. 12), S. 483 f.

²³ FASEL (Fn. 5), Einleitung, N. 141 ff. und auch Entscheid der Direktion für Inneres und Justiz (damals noch Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion [JGK]) vom 12. November 2010/32.13-10.19, E. 5.3 und E. 6.2.

Als kantonale Behörde bedarf das Handeln des Grundbuchamtes und somit auch dessen Prüfungspflicht einer gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip).²⁴ Damit das Grundbuchamt das Beantragte gutheisst und die Änderungen im Grundbuch vornimmt, muss es sich von der Rechtmässigkeit des angemeldeten Geschäfts überzeugen. Geprüft wird dabei der sog. doppelte Ausweis, nämlich des Verfügungsrechts und des Rechtsgrundausses (Art. 965 ZGB).²⁵ Das Verfügungsrecht umfasst den Nachweis, dass der Gesuchsteller bzw. der Verfügende die gemäss Grundbuch verfügbare Person ist. Der Rechtsgrund liegt nach Art. 965 Abs. 3 ZGB vor, wenn seine Form eingehalten wird. Konkretisiert wird die Regelung in den Art. 83 ff. GBV, die einzelne Prüfpunkte enthalten; die Liste ist jedoch nicht abschliessend. Beispielsweise fehlt die Aufgabe, auch eine Einschreibung auf Antrag zu löschen, obwohl dies gleichwohl Aufgabe des Grundbuchamtes ist.²⁶ Die Anmeldung, bestehend aus formeller Grundbuchanmeldung und Rechtsgrundaussweis, hat unbedingt und vorbehaltlos zu erfolgen (Art. 47 Abs. 1 GBV). Aus dieser Norm ergeben sich ebenfalls verschiedene wichtige Aspekte der Prüfungspflicht.

Obwohl der Prüfung durch das Grundbuchamt grosse Bedeutung zukommt, lässt sich dem Wortlaut von Art. 965 ZGB nur grob die grundbuchliche Kognition entnehmen und ist daher nebst den Art. 83 ff. GBV im konkreten Fall letztlich durch Auslegung zu bestimmen. Eine differenzierte Betrachtung ist insb. in Bezug auf die Prüfung des Rechtsgrundes angebracht. So scheint die Beschränkung der grundbuchlichen Überprüfung des Rechtsgrundausses auf dessen Form mit dem Zweck des Grundbuchs betreffend Klarheit und insb. Wahrheit in einem gewissen Widerspruch zu stehen. Dies bes. bei einem einfach-schriftlichen Geschäft, das bisher nicht juristisch geprüft wurde (vgl. hiernach Ziff. 2.4.2.).

²⁴ Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N. 326 ff.

²⁵ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 533; MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 56 f. und S. 185 ff.

²⁶ Vgl. FASEL (Fn. 5), Art. 83 GBV N. 3.

2.3.2. Prüfung aufgrund der eingereichten Akten

Nebst den Normen, die sich explizit mit der Prüfungspflicht des Grundbuchamtes auseinandersetzen, finden sich weitere Vorschriften, die indirekt die Kognition des Grundbuchamtes bestimmen. Für den Prüfprozess des Grundbuchamtes charakteristisch ist, dass grundsätzlich einzig aufgrund der eingereichten Unterlagen über die Eintragungsfähigkeit eines Geschäfts zu entscheiden ist (Art. 83 GBV).²⁷ Weitere Instrumente für die Sachverhaltsermittlung wie der Augenschein, die Parteibefragung oder die Einholung eines Gutachtens, mit denen die prüfende Instanz aktiv den Sachverhalt ermittelt oder vervollständigt, sind nicht vorgesehen. Das grundbuchliche (Verwaltungs-)Verfahren erfährt mit der Limitierung der Sachverhaltsermittlung gegenüber einem zivilgerichtlichen Verfahren eine wichtige, praktische Einschränkung.²⁸ Es ist somit Aufgabe des Gesuchstellers, dem Grundbuchamt nachzuweisen, dass er die gesetzlichen Anforderungen der Eintragungsfähigkeit erfüllt. Demnach holt bspw. nicht das Grundbuchamt nötige Zustimmungen ein, sondern einzig der Anmelder.²⁹ Auf die Möglichkeit der Ergänzung der Anmeldung in Folge Reklamation sei nachfolgend kurz eingegangen.

Das Grundbuchamt hat nach Art. 87 Abs. 2 GBV die Möglichkeit, bei mangelhaften Geschäften im Sinne einer milderen Massnahme zuerst zu reklamieren und eine «kurze Frist zur Beibringung der fehlenden Belege» anzusetzen, sodass der Anmelder die Möglichkeit erhält, die drohende Abweisung abzuwenden. Insofern kann das Grundbuchamt aktiv die Ergänzung der Anmeldung verlangen. Anspruch auf diesen Zwischenschritt besteht jedoch nicht.³⁰ Diese nachträglich zur Grundbuchanmeldung durch das Grundbuchamt

²⁷ Das Verfahren beim Grundbuchamt ist grundsätzlich durch Anmeldung einzuleiten, worauf sich diese Ausführungen konzentrieren (Art. 46 GBV). Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das Grundbuchamt in einzelnen Fällen auch von Amtes wegen tätig wird, sei dies bspw. bei der Aufteilung der Pfandhaft nach Art. 798 ZGB bei nicht solidarisch haftenden Eigentümern, deren Grundstücke bisher durch ein Gesamtpfandrecht unter einheitlicher Eigentümerschaft verbunden waren, oder auch bei der Einleitung eines Berichtigungsverfahrens nach Art. 977 ZGB, sofern die Anforderungen erfüllt sind. Vgl. für weitere Beispiele DESCHENAUX (Fn. 12), S. 483.

²⁸ Vgl. DEILLON-SHEGG (Fn. 2), S. 11 ff.

²⁹ Hierzu FASEL (Fn. 5), Art. 87 GBV N. 9; auf spezielle Verfahren wie in Art. 49 Notariatsverordnung des Kantons Bern, vom 26. April 2006 (NV; BSG 169.112), wonach das Grundbuchamt in den umschriebenen Fällen Pfandentlassungen selbst einholt, wird vorliegend nicht weiter eingegangen.

³⁰ Vgl. FASEL (Fn. 5), Art. 87 GBV N. 10 ff.; Urteile des BGer 5A_454/2013 und 5A_455/2013 (vereinigte Verfahren) vom 16. Oktober 2013 E. 4.5., wo das Bundesgericht festhält, dass es dem

verlangten und vom Anmelder eingereichten Unterlagen erhebt das Grundbuchamt nicht selbst, weshalb auch in diesem Fall der Grundsatz des Entscheids aufgrund der eingereichten Belege eingehalten wird (Art. 83 Abs. 1 GBV). Mit Blick auf Art. 966 Abs. 2 ZGB ist auch in Art. 87 GBV von einer kleinen, leicht behebbaren Ergänzung auszugehen.³¹ Von der Reklamation wird je nach Kanton unterschiedlich Gebrauch gemacht. Im Kanton Bern wird, wenn dies möglich ist, eine Verbesserung der Unterlagen relativ grosszügig gewährt. Dass dies zusammen mit möglicherweise mehrfach beantragten Fristverlängerungen zu einer zeitlichen Verzögerung führt, versteht sich von selbst. Umgekehrt können hiermit aus Sicht der das mangelhafte Geschäft anmeldenden Person komplizierte Rückabwicklungen von Nachfolgeschäften oder Haftungsfragen wegen des Rangverlustes oder verpasster, obligatorischer Anmeldefristen bei nunmehr verspäteter Anmeldung oft vermieden werden. In diesem Sinne kann die Bestimmung von Art. 87 Abs. 2 GBV als Rechtswohltat zugunsten der das mangelhafte Geschäft anmeldenden Person oder auch als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips angesehen werden. Es ist aber darauf zu achten, dass diese Rechtswohltat nicht übertrieben wird und wirklich nur kleine, leicht behebbare Ergänzungen auf diesem Weg korrigiert werden. Zudem sollte die Zeit, während welcher das grundbuchliche Geschäft in der Schwebe steht und die Komplettierung desselben ungewiss bleibt, i.S.v. Art. 87 Abs. 2 GBV möglichst kurz gehalten werden. Mit inhaltlich und zeitlich intensiven Korrekturen wird dieser Grundsatz unterlaufen.³² Eine Ausnahme für eine längere Erledigungsfrist besteht dort, wo eine Bewilligung einer anderen Behörde einverlangt wird (vgl. Art. 88 GBV).³³ Kommt es zur Abweisung der Anmeldung, kann das gleiche Geschäft mit neuen

Grundbuchamt «gestattet» ist, unter gewissen Voraussetzungen eine kurze Nachfrist zu gewähren. Die Wortwahl bestätigt Fasels Meinung, wonach kein Anspruch auf eine der Abweisung vorangehende Reklamation besteht.

³¹ Vgl. BSK SCHMID, Art. 966 ZGB N. 12 ff., bes. N. 17; FASEL (Fn. 5), Art. 87 GBV N. 11 und N. 13; vgl. PFÄFFLI (Fn. 20), S. 1511.

³² So auch FASEL (Fn. 5), Art. 87 GBV N. 13; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 542 mit Verweis auf die Bundesgerichtliche Rechtsprechung.

³³ Siehe als Beispiel Art. 18 Abs. 1 Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (BewG; SR 211.412.41).

oder ergänzten Belegen ein weiteres Mal beim Grundbuchamt angemeldet werden, ohne dass eine abgeurteilte Sache vorliegt.³⁴

2.3.3. Kenntnisse des Grundbuchamtes ausserhalb der Akten des Anmelders

Nebst den eingereichten Belegen kann das Grundbuchamt auch Kenntnisse berücksichtigen, die auf bereits im Grundbuch eingetragenen Geschäften beruhen oder aus einem früheren Verkehr mit dem Anmeldenden stammen wie auch Informationen aus öffentlichen Registern (Personenstandsregister, Handelsregister usw.)³⁵ und Auskünfte von Administrativbehörden einbeziehen.³⁶

Ob auch Kenntnisse, die der Grundbuchverwalter oder die Grundbuchverwalterin als Privatperson erlangt hat, einem Entscheid zugrunde gelegt werden dürfen, ist in der Lehre umstritten. Nach der hier vertretenen Ansicht sind diese Kenntnisse gestützt auf BGE 124 III 341 S. 345 f. ebenfalls zu berücksichtigen, sofern dadurch der Grad der offensichtlichen Nichtigkeit in Bezug auf den Rechtsgrundaussweis erreicht wird, auch wenn im konkreten Fall erkannt wurde, dass das Grundbuchamt seine Kognition überschritten hatte; aber die Verwendung privater Kenntnisse wurde vom Bundesgericht nicht ausdrücklich ausgeschlossen.³⁷

Beispiel: Die Grundbuchverwalter X hat privat sichere Kenntnis, dass Y aufgrund einer schweren Demenz urteilsunfähig und ein Vorsorgeauftrag in Kraft ist. Es wird ein Kaufvertrag angemeldet, in dem Y, vertreten durch die Privatperson Z, der nicht Vorsorgebeauftragter von Y ist, sein Grundstück verkauft. Weder der Vorsorgebeauftragte noch

³⁴ FASEL (Fn. 5), Art. 87 GBV N. 7.

³⁵ Vgl. zu den öffentlichen Registern FLAVIO LARDELLI/MEINRAD VETTER, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 9 ZGB N. 9 (zit. BSK AUTORENSCHAFT).

³⁶ BGE 124 III 341 E. 2c S. 345 f.

³⁷ Die Verwendung privater Kenntnisse ablehnend: DESCHENAUX (Fn. 12), S. 482; offengelassen: MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 185; bejahend mit weiteren Hinweisen: DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 13 f.; zur Kognition des Grundbuchamtes betreffend Prüfung der Handlungsfähigkeit im System des freien Berufsnotariates, in welchem dieselbe Prüfung auch den Urkundspersonen obliegt: Handbuch für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung, des Kantons Bern, Version 35 vom 1. April 2022, Ziff. 2.2.1; BSK SCHMID, Art. 965 ZGB N. 6 f.; MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 189, dort bes. Fn. 254.

die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wurden involviert. Das Grundbuchamt darf die Eintragung daher aufgrund fehlender Urteilsfähigkeit nur ablehnen, wenn diese offensichtlich ist und auf sicherem Wissen beruht. Nach der hier vertretenen Ansicht ist die Offensichtlichkeit aufgrund privater Kenntnisse im konkreten Beispiel zu bejahen. Umgekehrt wäre diese zu verneinen, wenn der Grundbuchverwalter bloss Zweifel an der Urteilsfähigkeit von Y hegte und weitere Abklärungen nötig würden, wie dies im massgebenden Bundesgerichtsentscheid BGE 124 III 341 wie auch in BGE 112 II 26 («erhebliche Zweifel an seiner Urteilsfähigkeit») der Fall war.

2.3.4. Überprüfbarkeit des Entscheids des Grundbuchamtes

Bejaht das Grundbuchamt die Eintragungsfähigkeit eines Gesuchs oder die Rechtmässigkeit einer Löschung, wird das Geschäft im Hauptbuch eingeschrieben und rechtsgültig erklärt. Die Einschreibung oder Löschung entfaltet rückbezogen auf das Tagebuchdatum ihre dingliche Wirkung (Art. 972 Abs. 2 ZGB): Der Käufer ist Eigentümer geworden oder die Veräusserungsbeschränkung nach BVG ist gelöscht. Gegen diesen Verwaltungsakt kann nach expliziter Vorschrift keine Beschwerde geführt werden (Art. 956a Abs. 3 ZGB). Dies im Unterschied zur Beschwerdemöglichkeit bei einer Abweisung des Grundbuchgesuchs (Art. 87 Abs. 4 GBV). Gegen einen bestehenden aber ungerechtfertigten Grundbucheintrag oder eine entsprechende Löschung steht den betroffenen Personen jedoch die Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB offen, also eine zivilprozessuale Klage im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens. Die Grundbuchberichtigungsklage fokussiert auf anfänglich unrichtige Einträge³⁸ oder Löschungen und ist ihrer Natur nach als dingliche Feststellungsklage unverjährbar.³⁹ Das angerufene Gericht ist dabei frei in der Feststellung des Sachverhalts wie auch der

³⁸ BGE 133 III 641 = Pra 97 (2008) Nr. 54. In besonderen Fällen postuliert die Lehre die Anwendung der Grundbuchberichtigungsklage auch zur Berichtigung von nachträglich ungerechtfertigten Einträgen, so z.B. beim Erlöschen einer durch eine Grundpfandverschreibung gesicherten Forderung (Art. 826 ZGB) oder bei der Ablösung einer Dienstbarkeit nach Art. 736 ZGB; siehe zum Ganzen: RUTH ARNET/NICOLE ROTH, Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736 Abs. 1 ZGB, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Miguel Sogo/Hans Schmid (Hrsg.), *Tatsachen Verfahren Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, S. 29 mit vielen weiteren Hinweisen und Beispielen.

³⁹ Vgl. BSK SCHMID, Art. 975 ZGB N. 6 und N. 7.

Rechtsanwendung und nicht an die Feststellungen des Grundbuchamtes gebunden.⁴⁰ Die nachträgliche Möglichkeit gerichtlicher Überprüfung rechtfertigt die Beschränkung der Kognition des Grundbuchamtes aus rechtsstaatlicher Sicht und macht diesen Ablauf verwaltungsökonomisch interessant. Es sei jedoch bemerkt, dass in der Praxis nur relativ selten effektiv eine Grundbuchberichtigungsklage angehoben wird und eine umfassende gerichtliche Überprüfung erfolgt. Dies wird verschiedene Gründe haben und auch auf ein gut funktionierendes Grundbuch- und Notariatssystem hindeuten. Dennoch dürfte wesentlich sein, dass nebst dem Umstand, dass eine Privatperson als juristischer Laie meist nur als ultima ratio ein Gerichtsverfahren einleiten wird, auch die Schwierigkeiten der Beweisführung dazukommen, wenn die ungerechtfertigte Einschreibung oder Löschung viele Jahre zurückliegt. D.h., die grosse Mehrheit der Grundbuchgeschäfte wird durch das rogierte Notariat und durch das Grundbuchamt im Rahmen seiner Kognition als einzige «Instanzen» und faktisch abschliessend beurteilt. Folglich kommt der grundbuchlichen Prüfungspflicht für die Erhaltung eines funktionierenden Grundbuchs auch in dieser Hinsicht eine grosse praktische Bedeutung zu. Eine nachträgliche Entwirrung scheint praktisch fast unmöglich und wäre auch ineffizient. In diesem Lichte und im Interesse eines dennoch möglichst raschen Verfahrens ist konsequenterweise eine entsprechende Dotierung der Grundbuchämter zwingende Voraussetzung.

2.3.5. Fazit

Die tägliche Arbeit des Grundbuchamtes verlangt die Prüfung der Geschäfte hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen, des Verfügungsrechtes und des Rechtsgrundes insb. dessen Form (Art. 965 ZGB). Hinzu kommt die Prüfung der sachenrechtlichen Zulässigkeit der beantragten Einschreibung bzw. allgemein die Beachtung zwingender gesetzlicher Vorschriften.⁴¹ Nach dem zuvor Ausgeführten halten die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre fest, dass die grundbuchliche Prüfungstiefe bezüglich des Rechtsgrundes dahingehend eingeschränkt ist, dass das Grundbuchamt grundsätzlich und ohne Anlass nicht den Bestand des Rechtsgrundes zu hinterfragen braucht und hat. Es erfolgt daher bspw.

⁴⁰ Vgl. DESCHENAUX (Fn. 12), S. 480 ff.

⁴¹ Hierzu DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 152 ff., S. 324 und S. 316 f.; DESCHENAUX (Fn. 12), S. 499 ff.

keine Prüfung auf Mängel der Willensbildung einer Partei. Eine solche wäre aufgrund der ebenfalls eingeschränkten Sachverhaltsermittlungsmöglichkeiten und daher einzig aufgrund der eingereichten Akten auch gar nicht möglich. Trotzdem hat das Grundbuchamt die Einschreibung abzuweisen, wenn der Rechtstitel offensichtlich nichtig ist.⁴² Auf diese Prüfpunkte wird im Folgenden einzugehen und mit verschiedenen Beispielen aus der Praxis zu illustrieren sein.

2.4. Die Kognition im Einzelnen

2.4.1. Verfahrensfragen

Grundlage des grundbuchrechtlichen Verfahrens sind die Art. 956a ZGB und Art. 956b ZGB, welche systematisch im fünfundzwanzigsten Titel (Das Grundbuch) unter der Marginalie «A. Einrichtung» und als Untertitel davon unter «V. Rechtsschutz» zu finden sind. Die beiden Artikel tragen die Marginalien «Beschwerdebefugnis» (Art. 956a ZGB) und «Beschwerdeverfahren» (Art. 956b ZGB).

Art. 956a ZGB regelt nicht bloss die Beschwerdebefugnis (Abs. 2), sondern hält in Absatz 1 nun auf Gesetzesstufe fest,⁴³ dass gegen Verfügungen des Grundbuchamtes Beschwerde geführt werden kann, wobei auch das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Amtshandlung als Verfügung gilt; in Abs. 3 wird festgehalten, dass gegen eine im Hauptbuch vollzogene Eintragung, Änderung oder Löschung von dinglichen Rechten oder Vormerkungen keine Beschwerde geführt werden kann. In diesen Fällen kommen die Art. 975–977 ZGB und somit die Beurteilung durch das zuständige Gericht zum Tragen.⁴⁴

⁴² BGE 124 III 341; BGE 114 II 324; BGE 119 II 16.

⁴³ Vor dem 1. Januar 2012 fanden sich die Bestimmungen zum Rechtsschutz in den Art. 102–104 der alten GBV; siehe dazu ARTHUR HOMBERGER, in: August Egger/Arnold Escher/Robert Haab/Arthur Homberger et al. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919–977, 2. Aufl., Zürich 1938, Art. 956 ZGB N. 3 ff. (zit. ZK AUTORENSCHAFT); DESCHENAUX (Fn. 12), S. 558 ff.

⁴⁴ ARON PFAMMATTER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 956a ZGB N. 2 (zit. OFK AUTORENSCHAFT); BSK SCHMID Art. 956a ZGB N. 33 f.; siehe auch Ziff. 2.3.4. hiervor:

Von der Beschwerdebefugnis des Art. 956a Abs. 2 ZGB sei Ziff. 1 herausgepickt, wonach jede Person zur Beschwerde berechtigt ist, die von einer Verfügung des Grundbuchamts bes. berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. In diesem Zusammenhang sei auf das folgende Problem hingewiesen: Ein Grundbuchamt leitet auf entsprechendes Gesuch der belasteten Person hin ein Lösungsverfahren gemäss Art. 976a ZGB ein. Das berechtigte Grundstück steht im Gesamteigentum der einfachen Gesellschaft A, B und C. Gegen das Schreiben des Grundbuchamtes erhebt A Einspruch nach Art. 976b ZGB, nicht aber B und C. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁴⁵ können Mitglieder einer materiellen Streitgenossenschaft⁴⁶ unter Umständen auch einzeln zur Beschwerde legitimiert sein, wenn es um die Abwehr belastender oder pflichtbegründender Anordnungen geht und die Durchsetzung des Rechtsstandpunkts die Interessen der Gemeinschaft oder der übrigen Streitgenossen nicht zu beeinträchtigen vermag. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, sodass der Einspruch von A entgegenzunehmen und zu beurteilen ist und nicht von der Mitwirkung von B und C abhängig gemacht werden darf.⁴⁷ Hier besteht ein Unterschied gegenüber der Verfügung über die Sache nach ZGB, welche nur aufgrund eines einstimmigen Beschlusses aller Gesamteigentümer vorgenommen werden kann, sofern keine andere Vorschrift besteht (Art. 653 Abs. 2 ZGB).

Art. 956b ZGB regelt unter der obgenannten Marginalie lediglich die Beschwerdefristen. Somit ist im ZGB nicht definiert, welches Verfahrensrecht im Verkehr mit dem Grundbuchamt gilt. Beim Grundbuchrecht und somit auch bei den Art. 956a ZGB und Art. 956b ZGB handelt es sich um bundesverwaltungsrechtliche Normen, die in einem engen Zusammenhang mit dem Zivilrecht stehen und dessen Durchsetzung dienen.⁴⁸ Verfügungen des Grundbuchamtes ergehen demnach gestützt auf Bundesrecht. Trotzdem kommt im hier interessierenden Verfahren nicht das VwVG⁴⁹ zum Tragen, weil dieses

⁴⁵ Urteil des BGer 2C_1028/2014 vom 20. Juli 2015 E 3.1, ZBGR 97/2016, S. 428 mit Zusammenfassung der Rechtsprechung.

⁴⁶ Als solche wird die einfache Gesellschaft im genannten Urteil betrachtet.

⁴⁷ So auch MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 152.

⁴⁸ CHRISTOPH HURNI, Einige Gedanken zur Verfügung im Grundbuch- und Handelsregisterrecht, BN 2020, S. 349 ff., bes. S. 349 mit Verweis auf BGE 137 III 217 E. 2.4.1.3. S. 223 (recte E. 2.4.1.4).

⁴⁹ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

nur auf das Verfahren vor Bundesverwaltungsbehörden anwendbar ist,⁵⁰ sondern die Kantone wenden ihre eigene Prozessordnung an, auch wenn sie materielles Bundesrecht vollziehen.⁵¹ Es wird demnach in wohl allen Kantonen⁵² das kantonale Verwaltungsverfahrensgesetz für den Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt zur Anwendung kommen, sofern diesem keine bundesrechtlichen Regelungen vorgehen.⁵³

Die so anwendbaren Regeln des jeweiligen kantonalen Verwaltungsrechtspflegegesetzes werden durch die übergeordneten Bestimmungen der Grundbuchverordnung verdrängt bzw. modifiziert. So führt z.B. das Belegprinzip dazu, dass von Bundesrechts wegen im grundbuchlichen Verfahren faktisch die Verhandlungsmaxime zur Anwendung kommt.⁵⁴

Damit ein Verwaltungsakt als Verfügung gilt, muss er die Tatbestandselemente von Art. 5 VwVG erfüllen (sog. materieller Verfügungsbegriff).⁵⁵ Die Verwaltungsakte des Grundbuchamtes sind also daraufhin zu untersuchen, ob sie den Verfügungsbegriff erfüllen. So bilden bspw. die Abweisung einer Grundbuchanmeldung oder die Verweigerung der Einsichtnahme in einen Grundbuchbeleg Verfügungen gemäss Art. 5 VwVG.⁵⁶ Keine Verfügung bildet eine Auskunft des Grundbuchamtes, ob ein erst noch anzumeldendes Geschäft im Grundbuch eintragungsfähig ist oder nicht.⁵⁷ Allenfalls kann eine solche

⁵⁰ Art. 1 Abs. 1 VwVG; HURNI (Fn. 48), S. 351.

⁵¹ MICHEL DAUM, in: Ruth Herzog/Michel Daum (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl., Bern 2020, Art. 1 VRPG N. 12.

⁵² HURNI (Fn. 48), S. 350, leitet die Anwendbarkeit des bernischen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 (VRPG; BSG 155.21) aus der Art und Weise ab, wie die Grundbuchführung im Kanton Bern organisiert ist. Aus dieser Organisation ergibt sich, dass Organe des Kantons das Grundbuch führen und somit das VRPG anwendbar ist. Dies dürfte wohl in allen Kantonen zutreffen.

⁵³ Wie z.B. Art. 18 Abs. 1 BewG betreffend Aussetzung des Eintragsverfahrens für die Dauer der Einholung der Bewilligung sowie Art. 18 Abs. 4 BewG betreffend die zuständige Beschwerdeinstanz.

⁵⁴ Siehe dazu HURNI (Fn. 48), S. 354.

⁵⁵ HURNI (Fn. 48), S. 350.

⁵⁶ OFK PFAMMATTER, Art. 956a ZGB N. 2; BSK SCHMID, Art. 956a ZGB N. 6 ff.; ZK HOMBERGER, Art. 956 ZGB N. 6.

⁵⁷ So auch BSK SCHMID, Art. 956a ZGB N. 9. In BGE 135 III 103 wurde die Frage offengelassen, ob eine Auskunft des Grundbuchamtes als Feststellungsverfügung ausgestaltet werden konnte. Diese sollte sich dazu äussern, ob bei Veräusserungen von Baurechten durch die Baurechtsnehmer die Zustimmung der Burgergemeinde Bern als Baurechtsgeberin erteilt werden musste.

Auskunft unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes gewürdigt werden, wenn sie denn fehlerhaft war und auch die übrigen dazu nötigen Voraussetzungen erfüllt sind. Allerdings kann nach Meinung der Schreibenden die Wirkung des Vertrauensschutzes nicht darin bestehen, grundbuchliche Transaktionen vorzunehmen, die entweder die Form oder das Verfügungsrecht verletzen oder zwingenden sachenrechtlichen Bestimmungen widersprechen.⁵⁸ Aber es kann die Wirkung eintreten, dass z.B. bei einem Geschäft, dass aufgrund der Auskunft des Grundbuchamtes in einer Art und Weise vorbereitet wurde, die sich nachträglich als falsch herausstellt und die korrigiert werden muss, für Beanstandungen des Grundbuchamtes keine Gebühr erhoben wird.

Erwähnenswert ist ferner, dass letztinstanzliche, kantonale Entscheide, welche die Führung des Grundbuchs betreffen, mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden können (Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 2 BGG). Allerdings gelten diese Streitigkeiten als solche vermögensrechtlicher Natur und sie unterliegen somit nur dann der Beschwerde in Zivilsachen, wenn der Streitwert mindestens CHF 30'000.00 beträgt.⁵⁹

2.4.2. Der Rechtsgrund, insb. dessen Form

Kern jedes Grundbuchgeschäfts ist der Rechtsgrund. Dieser weist die materielle Legitimation für die Änderung des Grundbuchs aus. Der Rechtsgrund kann in einem Rechtsgeschäft, einem gerichtlichen Entscheid, einer amtlichen Verfügung oder einer Gesetzesvorschrift bestehen.⁶⁰ Dem Grundbuchamt ist der Rechtsgrundaussweis beizubringen, also jenes schriftliche Dokument, das entweder den Rechtsgrund selbst darstellt, oder dessen Kern bzw. Rechtsfolge widerspiegelt.⁶¹ In der grundbuchlichen Praxis überwiegen die Anwendungsfälle, in denen Rechtsgrund und Rechtsgrundaussweis deckungsgleich sind, weshalb die Begriffe oft synonym verwendet werden. Die je

⁵⁸ Damit könnte der eingangs zitierte «Brachersche Satz» über das Prinzip des Vertrauensschutzes ausgehebelt werden, was nicht angehen kann. Der Schutz der Rechte der unbeteiligten Drittperson hat oberste Priorität. Verwaltungsrechtlich kann dieses Resultat mit dem Argument des dem Vertrauensschutz entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen Interesses begründet werden (s. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN [Fn. 24], N. 664 f.).

⁵⁹ OFK PFAMMATTER, Art. 956a ZGB N. 4 m.w.H.

⁶⁰ Vgl. BSK SCHMID, Art. 965 ZGB N. 9.

⁶¹ Vgl. hierzu ausführlich LIECHTI (Fn. 8), S. 15 ff.

nach Fallkonstellation materiell verlangten Rechtsgrundaussweise sind in der Grundbuchverordnung geregelt (Art. 62 ff. GBV).

Das Grundbuchamt prüft die Grundbuchanmeldung, den Rechtsgrundaussweis wie auch die miteingereichten Beilagen daraufhin, ob diese die gesetzlich vorgeschriebenen Formerfordernisse erfüllen. Das Grundbuchamt prüft diesbezüglich frei und uneingeschränkt. Die Anmeldung eines Geschäfts bedarf der schriftlichen Form, die Belege für den Rechtsgrundaussweis sind im Original, als Ausfertigung oder als beglaubigte Kopie einzureichen (Art. 62 Abs. 1 GBV, für den Rechtsgrundaussweis siehe auch: Art. 965 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 83 Abs. 2 Bst. g GBV; für die schriftliche Grundbuchanmeldung: Art. 963 Abs. 1 ZGB Art. 48 Abs. 1 GBV und Art. 83 Abs. 2 Bst. a GBV). Der elektronische Geschäftsverkehr bzw. das elektronische Dokument mit qualifizierter elektronischer Signatur ist seit dem 1. Januar 2012 der klassischen Eingabe in Papierform gesetzlich gleichgestellt (Art. 3 ff. GBV i.V.m. Art. 39 ff. GBV). Es liegt in der Kompetenz der Kantone, ob der elektronische Geschäftsverkehr überhaupt zugelassen wird oder nicht (Art. 39 Abs. 1 GBV).⁶² Rein mündliche Anmeldungen oder solche per einfachem E-Mail gelten jedoch nach wie vor als nicht formgerechte Anmeldungen.⁶³

Wie das Bundesgericht in BGE 119 II 16 E 2a feststellte, hat das Grundbuchamt grundsätzlich, und dem Wortlaut von Art. 965 ZGB folgend, den materiellen Bestand einer Urkunde bzw. des Rechtsgrundaussweises nicht zu überprüfen. D.h. auch, dass das Grundbuchamt den Rechtsgrundaussweis bspw. nicht auf mögliche Willensmängel (Art. 23 ff. OR) oder eine mögliche Übervorteilung (Art. 21 OR) prüft. Bei öffentlichen Urkunden, und diese sind bei liegenschaftsbezogenen Geschäften in der Mehrzahl, ist es Aufgabe des Notariats, die Willensbildung und Willensäusserung der Parteien persönlich zu ergründen und auch bei geringen Zweifeln einzuschreiten. Bei einfach-schriftlichen Rechtsgrundaussweisen, wie z.B. eines Erbteilungsvertrages, liegt die Verantwortung diesbezüglich aufgrund der gesetzlichen Gestaltung in Art. 634 Abs. 2 ZGB einzig bei

⁶² Für den Kanton Bern: Verordnung über den elektronischen Geschäftsverkehr mit den Grundbuchämtern und dem Handelsregisteramt (EGvV; BSG 215.321.6).

⁶³ Vgl. BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 6; Ausnahmen finden sich in Art. 48 Abs. 2 GBV für dringende Anmeldungen von Gerichten und Behörden, die erfahrungsgemäss im Kanton Bern von geringer praktischer Relevanz sind. Selbst in diesen Fällen ist gemäss Abs. 4 die schriftliche Anmeldung unverzüglich nachzureichen.

den Parteien bzw. bei Konflikten letztlich beim Zivilgericht. Die Kognition des Grundbuchamtes hat sich selbst in dieser Konstellation in erster Linie auf die Einhaltung der Form des Rechtsgrundausses zu richten. Die Prüfungspflicht greift jedoch dort in den materiellen Gehalt ein und die Anmeldung ist abzuweisen, wo der eingereichte Rechtstitel offensichtlich nichtig ist.⁶⁴ Blosser Zweifel genügen hingegen nicht, um die Hürde des Offensichtlichen zu erreichen und das Grundbuchamt hat diesfalls von der Gültigkeit des Rechtsgrundausses auszugehen.⁶⁵

Nichtig ist ein Geschäft, das an einem derart gravierenden Mangel leidet, dass es von Anfang an (sog. *ex tunc*) keine Rechtswirkungen entfaltet. Ein solcher Mangel ist durch ein Zivilgericht von Amtes wegen zu beachten.⁶⁶ Auf das Grundbuchamt bezogen hat dieses nicht jeden denkbaren Nichtigkeitsgrund aufzuspüren, jedoch die aufgrund der eingereichten Belege oder aufgrund persönlicher Kenntnisse offensichtliche Nichtigkeit zu beachten. Die Nichtigkeit eines Rechtsgrundes bzw. Rechtsgrundausses führt aufgrund des geltenden Kausalitätsprinzips zu einer ungerechtfertigten Grundbucheinschreibung, die es für ein funktionierendes und im Rechtverkehr nützlich Grundbuch möglichst zu vermeiden gilt.⁶⁷ Insofern ist es sinnvoll, dass das Grundbuchamt nicht mit Hinweis auf die beschränkte Kognition nach Art. 965 Abs. 3 ZGB offensichtliche Mängel dieser Schwere ignorieren muss. Von einer solchen Regelung profitieren nicht zuletzt die Parteien, welche auf einen Rechtsgrund mit Bestand vertrauen.

Nichtigkeitsgründe im grundbuchlichen Verfahren können u.a. in der offensichtlichen Handlungsunfähigkeit (Art. 12 ff. ZGB), einem unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt oder einem Verstoss gegen die guten Sitten liegen (Art. 20 OR).⁶⁸ Jedoch dürften im Bereich der tatsächlichen Unmöglichkeit wie auch der Sittenwidrigkeit kaum Fälle allein durch die eingereichten Akten für das Grundbuchamt zu erkennen sein. Im vorliegenden Kontext kommt der rechtlichen Unmöglichkeit, einem Teilaspekt des unmög-

⁶⁴ BGer 5A_383/2010 Urteil vom 10. Dezember 2010, E. 2.1; DEILLON-SHEGG (Fn. 2), S. 310 f.

⁶⁵ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 536.

⁶⁶ Vgl. DEILLON-SHEGG (Fn. 2), S. 311 ff.; siehe zur offensichtlichen Nichtigkeit auch SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 536.

⁶⁷ Hierzu DEILLON-SHEGG (Fn. 2), S. 311.

⁶⁸ Vgl. DEILLON-SHEGG (Fn. 2), S. 312 ff.

lichen Inhalts nach Art. 20 OR, eine wesentlich grössere praktische Bedeutung zu, da hierunter die Prüfung der sachenrechtlichen Zulässigkeit des Beantragten subsumiert wird (hierzu unten Ziff. 2.4.4.). Gemeint ist die Einhaltung der Typengebundenheit, des Numerus clausus, der dinglichen Rechte im Sachenrecht.⁶⁹ Nach Mühlematter/Stucki ist unter dem Aspekt der sachenrechtlichen Zulässigkeit nicht bloss der numerus clausus der dinglichen Rechte zu prüfen, sondern auch die Frage, ob für den Grundbucheintrag ein *Rechtsschutzinteresse* vorliegt.⁷⁰ Unter diesem Aspekt wurde z.B. der Eintrag einer Dienstbarkeit verweigert, welche der Grundeigentümerschaft Duldungs- und Unterlassungspflichten auferlegt hätte, die bereits aufgrund gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen in Geltung waren.⁷¹ Ferner soll nach diesen Autoren schlussendlich noch geprüft werden, ob ein Verstoss gegen andere sachenrechtliche Vorschriften vorliegt, wobei sie als eines der Beispiele einen Verstoss gegen Art. 648 Abs. 3 ZGB nennen. Falls man diesen Fall nicht auch unter den numerus clausus der dinglichen Rechte subsumieren will, ist dieser Prüfpunkt als «Auffangtatbestand» sicher erwägenswert.

Auch häufig sind Fälle im Kontext der Spezialgesetzgebung des Bäuerlichen Bodenrechts⁷² oder des Bewilligungsgesetzes anzutreffen. Diesfalls steht die jeweilige Urkunde entweder unter dem Vorbehalt, dass die zuständige Bewilligungsbehörde das Vorhaben bewilligt oder in der Urkunde muss dargelegt werden, weshalb trotz gewisser Anknüpfungselemente dennoch kein bewilligungspflichtiger Sachverhalt vorliegt, bspw. das Grundstück nicht dem BGBB untersteht, obwohl es ausserhalb der Bauzone liegt. Kann die Bewilligung nicht eingeholt werden oder können die nötigen Erklärungen bzw. Feststellungen nicht beigebracht werden, liegt ebenfalls eine spezialgesetzliche,

⁶⁹ Vgl. DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 316 und S. 150 f.; BARBARA MEISE/CLAIRE HUGUENIN, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 19/20 OR N. 6 (zit. BSK AUTORENSCHAFT); SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 71 ff.; a.M. DESCHENAUX (Fn. 12), S. 500 und S. 502 ff., der die grundbuchliche Prüfung auf sachenrechtliche Zulässigkeit des Beantragten der Prüfung auf Widerrechtlichkeit und nicht der rechtlichen Unmöglichkeit zuordnet.

⁷⁰ MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 193.

⁷¹ Entscheid des Verwaltungsgerichts AG vom 22. Dezember 1992, ZBGR 78/1997 S. 318 ff. = AGVE 1993 S. 212 ff., siehe zum Ganzen und für weitere Beispiele: MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 193.

⁷² Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB; SR 211.412.11).

rechtliche Unmöglichkeit vor, wie auch gegebenenfalls eine Urkunde mit bedingtem Inhalt (Art. 47 Abs. 1 GBV). Die Eintragungsfähigkeit müsste verneint werden.

Wichtig für die grundbuchliche Praxis ist weiter die Beurteilung einer Urkunde mit uneindeutigem, allenfalls gar widersprüchlichem Inhalt. Betrifft dieser Mangel die essentialia negotii eines Rechtsgrundausses, fehlt es bei zweiseitigen Geschäften am Konsens zwischen den Parteien und der Vertrag ist nicht zustande gekommen (Art. 1 OR); bei Feststellungen fehlt es an einer klaren, stringenten Äusserung.⁷³ Zu denken ist an einen Dienstbarkeitswortlaut, der nicht mit der Einzeichnung im Plan übereinstimmt, ein Grundpfandvertrag, der verschiedene Pfandbeträge für das gleiche Pfandrecht nennt oder ein Erbenschein, der eine Anerkennung der Erben X und Y nennt, aber die Einschreibung nur von X verlangt. Gleichzeitig handelt es sich um einen unklaren Antrag an das Grundbuchamt (Art. 47 GBV) und nicht zuletzt um eine Verletzung der Rechtsklarheit⁷⁴ als übergeordneter Grundsatz des Grundbuchrechts. Schwierig gestaltet sich zuweilen die Abgrenzung zum blossen Verschrieb bzw. eines Fehlers im Vertrag bei korrekter Willensbildung der Parteien, die in der Regel mittels Nachtrag mit den Parteien behoben werden können. Die nichtige Urkunde infolge Dissens ist hingegen abzuweisen oder zurückzuziehen. Welcher Fall vorliegt, wird nur die Urkundsperson zusammen mit den Parteien feststellen können. Eine Untervariante der uneindeutigen Urkunde ist die unvollständige, bei der ganze Seiten und Ziffern fehlen. Eine solche ist ebenfalls abzuweisen, weil ein unvollständiger Rechtsgrundauss gleichzusetzen ist mit einem nicht eingereichten (Art. 62 ff. GBV). Das Grundbuchamt kann anhand eines unvollständigen Rechtsgrundausses nicht beurteilen, ob gegenüber dem Grundbuchamt der gesamte relevante Inhalt eingereicht wurde, noch erlaubt es seine Kognition, die vorhandenen Teile des Ausweises auf inhaltliche Vollständigkeit hin auszulegen. Generell kann kein fehlender Inhalt irgendeiner Prüfung unterzogen werden. Problemlos gestalten sich hingegen ordnungsgemäss erstellte Teilausfertigungen, aus denen gewisse, für das Grundbuchamt nicht relevante Ziffern sichtbar gestrichen oder auf andere Weise erkenntlich gemacht werden (vgl. Art. 68 Abs. 2 NV).⁷⁵

⁷³ Vgl. MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 191; DESCHENAUX (Fn. 12), S. 496.

⁷⁴ Vgl. FASEL (Fn. 5), Einleitung, N. 141 ff.

⁷⁵ Als Beispiel sei genannt ein Ehevertrag, mit welchem die Ehegatten Gütergemeinschaft vereinbaren (Art. 665 Abs. 3 ZGB).

Im Rahmen der Prüfung der Form des Rechtsgrundausses stellt sich auch die Frage, inwiefern notariatsrechtliche Vorschriften durch das Grundbuchamt geprüft werden müssen. Auch diese betreffen letztlich die Form des Rechtsgrundausses. Gemeint sind bundesrechtliche bzw. kantonale Vorschriften zum Beurkundungsverfahren und zur Gestaltung der Urkunde bzw. Ausfertigung.⁷⁶ Für den Kanton Bern sind das Notariatsgesetz⁷⁷ und die Notariatsverordnung massgebend. Dabei ist zwischen Gültigkeits- und blosser Ordnungsvorschrift zu unterscheiden. Der Prüfungspflicht des Grundbuchamtes unterliegen Gültigkeitsvorschriften, also Vorschriften, bei deren Verletzung keine öffentliche Urkunde entstanden ist.⁷⁸ Die Verletzung von Ordnungsvorschriften greift den Bestand der Urkunde selbst hingegen nicht an, kann jedoch disziplinarische bzw. vermögensrechtliche Folgen für die Urkundsperson haben und je nach Schwere der Verletzung eine Meldung an die Notariatsaufsicht mit sich ziehen (Art. 46 Abs. 3 NG). Das Geschäft ist aus diesem Grund jedoch vom Grundbuchamt nicht abzuweisen. Im Kanton Bern führt bspw. die Selbstbeteiligung der Urkundsperson zum Nichtentstehen der Urkunde wie auch der Umstand, dass die Urkundsparteien vom Inhalt der Urkunde nicht in der vorgeschriebenen Weise Kenntnis erhalten haben, also nicht das korrekte Beurkundungsverfahren durchgeführt wurde (Art. 24 Bst. c und Bst. e NG). Das Grundbuchamt beurteilt auch diese Fragen einzig anhand der eingereichten Akten. Bezüglich des ordnungsgemässen Beurkundungsverfahrens ist zusätzlich zu beachten, dass Verfügungen von Todes wegen von Bundesrechts wegen bei Formmängeln einzig durch Anfechtung für nichtig erklärt werden (Art. 520 ZGB). Folglich handelt es sich bspw. bei einem Abtretungsvertrag auf Rechnung zukünftiger Erbschaft, der auch erbvertragliche Elemente enthält und damit das Beurkundungsverfahren nach Art. 512 ZGB verlangte, dieses aber nicht aufweist, solange um eine bestehende öffentliche Ur-

⁷⁶ Art. 55 SchlT ZGB.

⁷⁷ Notariatsgesetz vom 22. November 2005 (NG; BSG 169.11).

⁷⁸ DESCHENAUX (Fn. 12), S. 495 f.; DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 309 f.; zu den Ungültigkeitsgründen gemäss Bernischem Notariatsgesetz STEPHAN WOLF/ARON PFAMMATTER, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern, INR 8, Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, Art. 24 NG N. 5 ff. (zit. KNB AUTORENSCHAFT).

kunde wie diese nicht angefochten wird.⁷⁹ Das Grundbuchamt hat die Abtretung daher gleichwohl einzuschreiben.

Folgende Fälle aus der Praxis mögen das Ausgeführte illustrieren:

1. Fall: Im Rahmen eines Dienstbarkeitsvertrages wird auf Reklamation des Grundbuchamtes hin ein neuer Plan für das Grundbuch erstellt. Dieser wird, unterzeichnet durch die Parteien, ohne Weiteres nachgereicht.
Einschätzung: Ein korrigierter Plan für das Grundbuch, wie es ein Dienstbarkeitsplan darstellt (Art. 732 Abs. 2 ZGB), muss im Rahmen eines ordentlichen Beurkundungsverfahrens, also eines Nachtrags mit den Parteien, nachträglich eingereicht werden. Es handelt sich um eine beurkundungsbedürftige Beilage und Teil der Willensäusserung der Parteien.⁸⁰ Ein blosser Austausch des alten mit dem neuen Plan erfüllt die Anforderungen an die Form bzw. das Verfahren nicht.
2. Fall: Der Wortlaut der Dienstbarkeit stimmt nicht mit dem Dienstbarkeitsplan überein.
Einschätzung: Die bildliche Darstellung der vereinbarten Dienstbarkeit anhand eines Plans für das Grundbuch muss inhaltlich zwingend mit dem Dienstbarkeitswortlaut identisch sein. Andernfalls fehlt der übereinstimmende Wille zwischen den Parteien und es ist kein Dienstbarkeitsvertrag entstanden und die nötige Form, die öffentliche Urkunde, nicht eingehalten (Art. 732 Abs. 2 ZGB).⁸¹
3. Fall: Dem Grundbuchamt wird für den Vollzug eines Erbanges und der anschließenden Erbteilung ein Erbschein eingereicht, der nebst der Anerkennung der Erben auch eine Zuweisung des Grundstücks an eine Person der Erbengemeinschaft enthält.

⁷⁹ Vgl. STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Die Beurkundungsverfahren des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, in: Jürg Schmid (Hrsg.), *Ausgewählte Fragen zum Beurkundungsverfahren*, Zürich 2007, S. 86 f.

⁸⁰ Siehe für den Kanton Bern: Art. 34 Abs. 4 NV, Art. 39 NV, Art. 65 NV, Art. 68 Abs. 3 NV und MUSA Nr. 15, 2015, Merkblatt betreffend Beilagen, Musterurkundensammlung des Verbandes bernischer Notare; Handbuch (Fn. 37), Ziff. 4.1.3.2.; vgl. zur Planqualität auch ETIENNE PETITPIERRE, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II*, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 732 ZGB N. 17.

⁸¹ Vgl. ROLAND PFÄFFLI, Fallstricke bei Dienstbarkeiten, *Erweiterte Unterlagen zum Referat anlässlich des Fachseminars der Schweizerischen Maklerkammer (SMK) vom 3. März 2020*, Zürich, S. 10.

Einschätzung: Die eingereichte Urkunde ermöglicht einzig die Nachführung des Erbganges. Für den Vollzug der Erbteilung ist ein Erbteilungsvertrag, also eine Willenserklärung der Parteien nötig – auch dies ein Fall zwischen Verfügungsrecht und Form.

4. Fall: Im Ausfertigungsverbal wird auf eine andere Urschriftennummer verwiesen, als das Dokument aufweist.

Einschätzung: Auch wenn es sich beim Ausfertigungsverbal um eine Ordnungsvorschrift handelt, deren Fehlen nicht das Dahinfallen der öffentlichen Urkunde zur Folge hat, ist für das Grundbuchamt dennoch nicht dargelegt, ob die richtige Ausfertigung und somit der richtige Rechtsgrundausweis vorliegt.⁸² Diese muss in sich und zusammen mit der Grundbuchanmeldung formell konsistent sein.

5. Mit dem Vollzug des Kaufvertrages wurde auch ein Verkäuferpfandrecht im 2. Rang des betroffenen Grundstücks eingeschrieben. Im darauf folgenden Grundpfandvertrag wird ein Registerschuldbrief errichtet, der ebenfalls im 2. Rang lasten soll. Die Urkundsperson erklärt im Grundpfandvertrag selbst und nicht mittels separatem Formular den Nachgang des Verkäuferpfandrechts. Sie verweist auf ihre Vollmacht im vorangehenden Kaufvertrag.

Einschätzung: Es ist üblich, dass die Verkäufer der Urkundsperson die Vollmacht zur Nachgängerklärung und zu gegebener Zeit zur Löschung des Verkäuferpfandrechts erteilen. Aufgrund des Verbots der Selbstbeteiligung der Urkundsperson an der eigens beurkundeten Urkunde, hier eine sog. formelle, aktive Beteiligung, führt die Willenserklärung über den Nachgang dazu, dass die Urkunde nicht entstanden ist (Art. 24 Abs. 1 Bst. c NG i.V.m. Art. 32 NG).

6. Bei einer öffentlich beurkundeten Parzellierung wird vom Grundstück Nr. 100 ein Teilstück abgetrennt und hierfür ein neues Grundbuchblatt mit der Nr. 200 eröffnet. Die Parteien stellen den Antrag, die Dienstbarkeitslast «Quellenrecht» sei auf das neue Grundstück Nr. 200 nicht zu übertragen. Aufgrund der Belege stellt das Grundbuchamt fest, dass auch das neue Grundstück Nr. 200 von der Last örtlich betroffen ist. Die Urkundspartei reicht einen einfach-schriftlichen Brief ein, wonach die Löschungsbewilligung der Berechtigten nicht beigebracht werden könne und die Parteien daher mit der Übertragung der Last auf Nr. 200 einverstanden seien.

⁸² Zu den Folgen eines fehlenden Schlussverbals: KNB WOLF/PFAMMATTER, Art. 24 NG N. 17.

Einschätzung: Bei der Teilung eines Grundstücks muss der Eigentümer gegenüber dem Grundbuchamt beantragen, welche Einträge zu löschen und welche zu übertragen sind (Art. 974a ZGB i.V.m. Art. 154 ff. GBV). Auch wenn die Einschreibungen grundsätzlich auf allen Grundstücksteilen weiter bestehen (Art. 743 ZGB), muss doch ein entsprechender Antrag der Parteien vorliegen; einzig die Löschung mangels örtlicher Betroffenheit kann das Grundbuchamt von Amtes wegen im Rahmen eines Geschäfts vornehmen (Art. 976 ZGB).⁸³ Es braucht somit erstens einen Antrag der Parteien, das Quellenrecht auf Nr. 200 zu übertragen und zweitens liegt im vorliegenden Fall eine Abänderung der öffentlich beurkundeten Erklärung der Parteien vor. Eine solche Änderung muss in der gleichen Form erfolgen wie die ursprüngliche Erklärung (Art. 12 OR).⁸⁴

2.4.3. Verfügungsrecht

2.4.3.1. Die Wirkungen der Grundbuchanmeldung

Das grundbuchliche Eintragungsverfahren wird durch die Anmeldung gemäss Art. 963 ZGB in Gang gesetzt. Ohne Anmeldung nimmt das Grundbuch grundsätzlich keine Eintragungen vor (sog. Anmeldungs- oder auch Antragsprinzip, Art. 46 Abs. 1 GBV).^{85,86}

Die Anmeldung hat zwei Wirkungen, eine formelle und eine materielle.⁸⁷ Die formelle Wirkung besteht darin, dass die Grundbuchanmeldung den formellen Antrag an das Grundbuchamt darstellt, ein verwaltungsrechtliches Verfahren einzuleiten, das darauf-

⁸³ BSK SCHMID, Art. 974a ZGB N. 11 f.

⁸⁴ INGBORG SCHWENZER/CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 12 OR N. 4 ff.; Vgl. zur inhaltlichen Änderung der Urschrift nach Abschluss des Hauptverfahrens P1A BADERTSCHER, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern, INR 8, Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, Art. 36 NV N. 14 ff.

⁸⁵ Für Ausnahmen vom Antragsprinzip s. Ziff. 2.3.2., Fn. 27 hiavor.

⁸⁶ Unter der Eintragung versteht des Gesetz die Einschreibung der dinglichen Rechte in das Hauptbuch, und zwar unabhängig davon, ob das Recht begründet, abgeändert oder gelöscht werden soll. Diese Vorschriften gelten auch für die Vormerkungen und grundsätzlich auch für die Anmerkungen (BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 1 f.).

⁸⁷ So die Terminologie bei BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 18 ff.

hin gerichtet ist, im Grundbuch eine Eintragung, eine Änderung eines Eintrags, eine Vor- oder Anmerkung oder eine Löschung vorzunehmen.⁸⁸

Die materielle Wirkung besteht darin, dass die Grundbuchanmeldung im Bereich des absoluten Eintragungsprinzips gemäss herrschender Lehre die Wirkung der materiellen Verfügung über das dingliche Recht hat.⁸⁹

Im Bereich des relativen Eintragungsprinzips soll der Anmeldung nur verfahrensrechtliche Bedeutung zukommen.⁹⁰ Dennoch hat das Grundbuchamt auch in diesem Fall das Verfügungsrecht zu prüfen, um falsche Nachführungen des Grundbuches zu vermeiden. Als Beispiel sei angeführt die Anmeldung eines Ehescheidungsurteils ohne Rechtskraftbescheinigung durch den Ehemann, mit welchem ihm das bisher als Familienwohnung dienende Grundstück zugesprochen wird; das Eigentum geht hier ausserbuchlich über,⁹¹ weshalb wir uns im Geltungsbereich des relativen Eintragungsprinzips bewegen. Fehlt nun die Rechtskraftbescheinigung, so hat das Grundbuchamt das Geschäft zu beanstanden bzw. abzuweisen, weil das Urteil nicht vollstreckbar ist und somit unklar bleibt,⁹² ob dem Ehemann tatsächlich das Verfügungsrecht i.S.v. Art. 963 Abs. 2 ZGB zukommt.⁹³

⁸⁸ BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 18.

⁸⁹ OFK PFAMMATTER, Art. 963 ZGB N. 2; BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 20 mit vielen weiteren Hinweisen; dezidiert anderer Ansicht: LIECHTI (Fn. 8), S. 29 ff., der nach wertvollen, die Dogmatik des Verfügungsgeschäfts ausleuchtenden Überlegungen zum Schluss kommt, die Grundbuchanmeldung stelle die letzte in der Kompetenz des verpflichteten Eigentümers liegende Handlung zur *Erfüllung seiner* im Grundgeschäft eingegangenen *Verpflichtung auf Eigentumsverschaffung* dar, LIECHTI (Fn. 8), S. 37. Es sei dennoch darauf hingewiesen, dass im lebhaften Tagesgeschäft eines sehr gut ausgelasteten Grundbuchamtes das – dogmatisch verkürzte – «Modell» der Grundbuchanmeldung als Verfügungsgeschäft im praktischen Handling ausgezeichnet funktioniert, weil es juristischen Laien, die ja oft auch Kundinnen und Kunden eines Grundbuchamtes sind, verständlich vermittelt werden kann.

⁹⁰ OFK PFAMMATTER, Art. 963 ZGB N. 2 m.w.H.

⁹¹ ALEXANDER KERNEN, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 656 ZGB N. 14.

⁹² Das Grundbuchamt weiss nicht, ob nicht noch ein Verfahren bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz hängig ist, deren Entscheid die Eigentumszuweisung hinfällig machen könnte.

⁹³ Siehe dazu sogleich. Siehe zum dargelegten Beispiel auch MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 191, welche den Fall allerdings bei der Prüfung des Rechtsgrundausweises erwähnen.

2.4.3.2. Das Verfügungsrecht im Geltungsbereich des absoluten Eintragungsprinzips bei Begründung und inhaltlicher Ausdehnung eines Rechts (neubegründende Änderung), Art. 963 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 965 Abs. 2 ZGB

Gemäss Art. 963 Abs. 1 ZGB erfolgen die Eintragungen aufgrund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstückes, auf das sich die Verfügung bezieht, wobei unter dem Wort «Eintragung» im hier interessierenden Zusammenhang sowohl die Begründung als auch die inhaltliche Ausdehnung eines Rechts verstanden werden.⁹⁴ Letzteres nennen wir in Abgrenzung zur Abänderung i.S.v. Art. 964 Abs. 1 ZGB die Neubegründende Änderung. Eine solche liegt z.B. vor bei einer Erhöhung eines Grundpfandrechtes oder bei der Umwandlung eines befristeten in ein unbefristetes Nutzungsrecht.

Der sich so erklärende Eigentümer eines Grundstückes hat sich, gestützt auf Art. 965 Abs. 2 ZGB darüber auszuweisen, dass er die nach Massgabe des Grundbuches verfügungsberechtigte Person ist oder von dieser eine Vollmacht erhalten hat. Das hier genannte Verfügungsrecht wird unterteilt in die Verfügungsmacht und in die Verfügungsfähigkeit. Die Verfügungsmacht beschlägt die Frage, ob der Eigentümer oder der das Geschäft anmeldende Dritte zur Abgabe der Anmeldung und damit zur Auslösung der damit verbundenen Wirkungen berechtigt ist. Die Verfügungsfähigkeit beantwortet die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Person, der die Verfügungsmacht zusteht, handeln kann und darf oder welche Personen oder Organe diese vertreten müssen.⁹⁵

Bei der Verfügungsmacht geht es somit um die *Identifizierung* der verfügungsberechtigten oder der eine Vollmacht erteilenden Person. Hier verfügt das Grundbuchamt grundsätzlich über eine volle Kognition.⁹⁶ Besteht der Rechtsgrundaussweis aus einer öffentlichen Urkunde, so darf das Grundbuchamt auf die Angaben in derselben abstellen. Handelt es sich um ein einfach-schriftliches Rechtsgeschäft (z.B. ein Erbteilungsvertrag) oder um eine öffentliche Urkunde, bei der Zweifel an der Identität der darin auf-

⁹⁴ OFK PFAMMATTER, Art. 964 ZGB N. 3.

⁹⁵ Zum Ganzen: BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 24.

⁹⁶ So verstanden, dass das Grundbuchamt aufgrund der ihm eingereichten Urkunden/Belege entscheidet, wobei es ihm nicht verwehrt ist, Tatsachen aus öffentlichen Registern und Kenntnisse, die ihm kraft seines Amtes zugekommen sind, zu berücksichtigen sowie Auskünfte bei Administrativbehörden einzuholen (BGE 124 III 341 E. 2 c)bb).

geführten Vertragsparteien bestehen, muss sich das Grundbuchamt über die Identität der Vertragsparteien bzw. der vollmachtgebenden Personen Klarheit verschaffen. In der Regel wird dies durch die Beglaubigung der Unterschriften bewerkstelligt (Art. 86 Abs. 1 GBV). Es sind aber auch andere Beweismittel zur Identifizierung von Personen zugelassen, so die persönliche Vorsprache auf dem Grundbuchamt oder Vergleich der Unterschriften auf der Anmeldung und auf dem Rechtsgrundausweis mit derjenigen auf früheren Anmeldungen, ja es kann sogar eine zwischen dem Grundbuchverwalter und der zu identifizierenden Person bestehende persönliche Bekanntschaft weitere Identitätsüberprüfungsmassnahmen entbehrlich machen.⁹⁷ Für einen möglichst raschen und reibungslosen Ablauf ist der Beglaubigung allerdings meist der Vorzug zu geben.

Dieselben Regeln gelten auch für Personen, die als Organe von juristischen Personen oder von Körperschaften des öffentlichen Rechts handeln. Während sich bei natürlichen Personen die Verfügungsmacht über das Eigentum aus Art. 641 Abs. 1 ZGB ergibt, muss beim Handeln von Organen für eine juristische Person des Privat- oder öffentlichen Rechts unter Umständen abgeklärt werden, wie weit ihre Verfügungsmacht geht. So ist z.B. bei der Belastung eines einer Aktiengesellschaft gehörenden Grundstückes mit einer Baurechtsdienstbarkeit nach Art. 718a OR zu beurteilen, ob die Organe zu dieser Transaktion befugt sind. Würde es sich um das Grundstück eines Vereins handeln, der nicht im Handelsregister eingetragen ist, sind dem Grundbuchamt zur Prüfung der Frage die Statuten einzureichen. Veräussert eine Einwohnergemeinde ein ihr gehörendes Grundstück des Finanzvermögens, ist gestützt auf die einschlägigen Gemeindereglemente zu prüfen, ob die handelnden Personen dazu befugt sind. Der Nachweis der Organstellung wird entweder mit den entsprechenden Handelsregisterauszügen oder – bei juristischen Personen des Privatrechts, die nicht im Handelsregister eingetragen sind (wie z.B. Vereine) und bei Körperschaften des öffentlichen Rechts – mit entsprechenden Wahlprotokollen erbracht.⁹⁸

Die Verfügungsmacht kann mehreren Personen zustehen. Je nach dem vorliegenden Rechtsverhältnis haben alle diese Personen mitzuwirken oder nicht. So ist bei Vorliegen

⁹⁷ DESCHENAUX (Fn. 12), S. 461 und S. 490 f., siehe dazu auch das Urteil des bernischen Verwaltungsgerichts vom 6. November 2006 VGE 22392 E. 3.1, BVR 2007 S. 97 ff. = ZBGR 89/2008 S. 269 ff.

⁹⁸ MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 187 f.

von Miteigentum bei der Verfügung über einen Miteigentumsanteil die Zustimmung der übrigen Miteigentümer nicht nötig (Art. 646 Abs. 3 ZGB), während es bei Verfügungen, die das ganze Grundstück betreffen, die Zustimmung aller Miteigentümer braucht, sofern diese nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart haben (Art. 648 Abs. 3 ZGB). Bei Gesamteigentum kann nur gestützt auf einen einstimmigen Beschluss aller Gesamteigentümer verfügt werden, sofern für das Gesamteigentum begründende Gemeinschaftsverhältnis keine andere Vorschrift besteht (Art. 653 Abs. 2 ZGB).

Liegt ein Stellvertretungsverhältnis vor, ist danach zu unterscheiden, ob eine gewillkürte oder eine gesetzliche Stellvertretung vorliegt. Bei gewillkürter bürgerlicher Stellvertretung gemäss Art. 32 ff. OR wird dem Grundbuchamt in der Regel die entsprechende Vollmacht mit der beglaubigten Unterschrift der vollmachtgebenden Person eingereicht.⁹⁹ Bei kaufmännischer Stellvertretung (Prokura und Handlungsvollmacht) ist die Verfügungsmacht gemäss Art. 458 ff. OR zu prüfen. Bei anderen gesetzlichen Stellvertretungsverhältnissen sind je nach Fall die geeigneten Urkunden zum Nachweis derselben beizubringen.¹⁰⁰

Bei der Verfügungsfähigkeit sind zwei Aspekte zu unterscheiden:

⁹⁹ Gelangt eine öffentliche Urkunde zur Eintragung, so ist nach der Praxis der bernischen Grundbuchämter auf die Angaben in derselben abzustellen, die Vollmacht muss in diesem Fall also nicht eingereicht werden. Bezüglich Handlungsfähigkeit ist beizufügen, dass die als Stellvertreter handelnde Person lediglich urteilsfähig sein muss oder anders ausgedrückt: Vertreter müssen nicht voll handlungsfähig sein (ROGER ZÄCH/ADRIAN KÜNZLER, in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 32 OR N. 129 f.).

¹⁰⁰ Z. B. Wahlprotokoll der Stockwerkeigentümergeinschaft betreffend Wahl des Verwalters, Willensvollstreckergezeugnis, Ernennungsurkunde der zuständigen KESB usw., siehe zum Ganzen MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 188 sowie S. 160 f. betreffend Zustimmung bei Minderjährigen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Kantone gestützt auf Art. 963 Abs. 3 ZGB die Urkundspersonen «anweisen» können, die von ihnen beurkundeten Geschäfte zur Eintragung anzumelden, was nach der wohl herrschenden notariatsrechtlichen Lehre als gesetzliche Stellvertretung begriffen werden kann (so sinngemäss OFK PFAMMATER, Art. 963 ZGB N. 9 mit weiteren Hinweisen; a. M. BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 38, wonach sich die Urkundsperson im Einzelfall zur Abgabe der Anmeldung ermächtigen lassen muss). Wichtig ist in diesem Fall, dass zur Vornahme der grundbuchlichen Operation noch die *separate Eintragungsbewilligung* der verfügungsberechtigten Person beigebracht werden muss, die allerdings auch im beurkundeten Vertrag enthalten sein kann.

- a) Die Verfügungsfähigkeit setzt bei natürlichen Personen Rechts- und Handlungsfähigkeit und bei juristischen Personen Rechtsfähigkeit voraus.¹⁰¹ Die Handlungsfähigkeit bei natürlichen Personen besteht aus Volljährigkeit und Urteilsfähigkeit (Art. 13 ZGB). Die Volljährigkeit ist problemlos, muss doch das Geburtsdatum in den Anmeldebelegen enthalten sein (Art. 51 Abs. 1 Bst. a GBV). Die Urteilsfähigkeit hingegen kann vom Grundbuchamt nicht umfassend geprüft werden, weil es sich auf keine gesetzliche Grundlage zur Erhebung von dafür nötigen Beweisen (Einvernahme von Zeugen, Anordnung von Sachverständigengutachten) stützen kann. Insofern ist hier die Kognition beschränkt. Das Grundbuchamt darf sich auf die Vermutung der Urteilsfähigkeit im Rechtsverkehr abstützen; vom Fehlen der Urteilsfähigkeit einer Partei darf das Grundbuchamt nur dann ausgehen, wenn diese offensichtlich oder notorisch ist.¹⁰²
- b) Die Verfügungsfähigkeit kann von Gesetzes wegen mehr oder weniger stark eingeschränkt sein, z.B. durch Massnahmen des Erwachsenenschutzes (Anordnung einer die Handlungsfähigkeit einschränkenden Vertretungsbeistandschaft¹⁰³), durch die erforderliche Zustimmung des Ehepartners oder der Ehepartnerin (Art. 169 ZGB), durch behördliche Bewilligungen nach BGG oder BewG und anderes mehr.¹⁰⁴ Hier sind dem Grundbuchamt die entsprechenden Zustimmungen bzw. Bewilligungen einzureichen. Eine Einschränkung kann sich auch daraus ergeben, dass eine grundbuchliche Transaktion nicht ohne Zustimmung von Dritten, deren Rechte durch diese Transaktion verletzt würde, vorgenommen werden kann. So muss bspw. bei einem mit einem befristeten Nutzungsrecht belasteten Grundstück die Zustimmung von im Rang nachgehenden Grundpfandgläubigern beigebracht werden, wenn das Nutzungsrecht in ein unbefristetes umgewandelt werden soll; mit dieser Ausdehnung des Dienstbarkeitsrechtes nimmt die Belastung des Grundstückes zu, was die nachgehenden Grundpfandgläubiger nicht dulden müssen.

¹⁰¹ OFK PFAMMATER, Art. 963 ZGB N. 5; BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 31 ff.

¹⁰² Zum Ganzen: BGE 124 III 341 und dessen Besprechung durch STEPHAN WOLF, Prüfung von Handlungsfähigkeit, Willensmängeln und Übervorteilung im Grundbucheintragungsverfahren, recht 1999 S. 62 ff.; siehe auch BGE 112 II 26 (bes. S. 30) und BGE 117 II 541 (bes. S. 545).

¹⁰³ Siehe dazu die instruktive Tabelle in MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 162.

¹⁰⁴ MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 189 mit weiteren Beispielen.

2.4.3.3. Das Verfügungsrecht im Geltungsbereich von Löschungen und teillöschenden Änderungen (Art. 964 ZGB in Verbindung mit Art. 965 Abs. 2 ZGB)

Bei (Ganz-)Löschungen und teillöschenden Änderungen (z.B. Herabsetzung eines Pfandrechts) bedarf es einer schriftlichen Erklärung der aus dem Eintrage berechtigten Personen. Die oben unter Ziff. 2.4.3.2. gemachten Ausführungen gelten sinngemäss auch hier. Da es sich in der Regel um einfach-schriftliche Rechtsgeschäfte handelt, ist hier meistens die Unterschriftsbeglaubigung erforderlich.¹⁰⁵

Die eingeschränkte Kognition betreffend Urteilsfähigkeit findet hier eine besondere Ausprägung. Finden sich auf Löschungsbewilligungen krakelige oder nicht auf der dafür vorgesehenen Stelle angebrachte Unterschriften, darf daraus nicht ohne Weiteres auf eine irgendwie geartete Urteilsunfähigkeit geschlossen werden. Eine so angebrachte Unterschrift kann auch andere Ursachen haben. Hier wirkt sich die Regel aus, dass das Grundbuchamt sich auf die Vermutung der Urteilsfähigkeit im Rechtsverkehr abstützen darf, was umso stärker bei beglaubigten Unterschriften gilt. Nur wenn sich die Situation so präsentiert, dass von einer *offensichtlichen* Urteilsunfähigkeit ausgegangen werden muss, darf das Grundbuchamt intervenieren.

Auch Einschränkungen der Verfügungsfähigkeit sind möglich. So ist bspw. bei der Löschung eines Nutzniessungsrechtes die Zustimmung des Ehepartners oder der Ehepartnerin beizubringen, weil sonst Art. 169 ZGB verletzt werden könnte (sofern die Nutzniessung nicht beiden Ehepartnern zusteht und auch so im Grundbuch eingetragen ist). Ferner wird z.B. bei der Löschung eines Parkplatzrechtes die Zustimmung der Grundpfandgläubiger des berechtigten Grundstückes eingeholt, weil mit dieser Löschung das Grundstück im Wert abnehmen kann.

2.4.3.4. Das Verfügungsrecht im Geltungsbereich des relativen Eintragungsprinzips (Art. 963 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 965 Abs. 2 ZGB)

Für das relative Eintragungsprinzip gilt die Regel von Art. 963 Abs. 2 ZGB, wonach es keiner Erklärung des Eigentümers bedarf, wenn der Erwerber sich auf eine Gesetzes-

¹⁰⁵ Siehe für Ausnahmen in der bernischen Grundbuchpraxis: Handbuch (Fn. 37), Ziff. 2.2.2.2.

vorschrift, auf ein rechtskräftiges Urteil oder eine dem Urteil gleichwertige Urkunde zu berufen vermag. Nach herrschender Auffassung ist die Aufzählung in Art. 963 Abs. 2 ZGB nicht abschliessend.¹⁰⁶

Ist somit das dingliche Recht ausserbuchlich entstanden, so steht die Verfügungsmacht und damit das Recht zur Abgabe der Grundbuchanmeldung der Person zu, die das dingliche Recht erwirbt.¹⁰⁷

Auch hier kann grundsätzlich auf das oben unter Ziff. 2.4.3.2. Gesagte verwiesen werden. Demnach ist im Rahmen der Prüfung der Verfügungsmacht zu bestimmen, ob die anmeldende Person das ausserbuchlich entstandene, dingliche Recht erworben hat. So darf bspw. ein Erbenschein nicht vor Ablauf der Ausschlagungsfrist gemäss Art. 567 ZGB ausgestellt und beim Grundbuchamt abgegeben werden, es sei denn, die Erben hätten die Erbschaft ausdrücklich angenommen;¹⁰⁸ liegen keine Annahmeerklärungen vor, hat auch kein grundbuchrechtlich ausreichender Rechtserwerb durch die Erben stattgefunden, weil diese noch die Ausschlagung erklären können.¹⁰⁹

Es gibt aber auch Abweichungen: So ist denkbar, dass nur eine Person die Grundbuchanmeldung für sich und mehrere andere Personen abgibt. Beispielsweise ist es zulässig, dass bei einer aus mehreren Personen bestehende Erbengemeinschaft nur einer dieser Erben die Grundbuchanmeldung unterzeichnet und zusammen mit dem Erbenschein

¹⁰⁶ BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 26.

¹⁰⁷ BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 26; OFK PFÄMMATER, Art. 963 ZGB N. 6.

¹⁰⁸ FRANK EMMEL, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 559 ZGB N. 16; ROLAND PFÄFFLI/PETER MUNTWYLER, Der Erbenschein in der Praxis, in: Stephan Wolf (Hrsg.), Institut für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern, INR 9, Aktuelle Fragen zum Erbrecht, Bern 2009, S. 116 ff.

¹⁰⁹ Solange die Ausschlagungsfrist noch läuft, ist der Erwerb durch die Erben resolutiv bedingt und ihre erworbene Erbenstellung entfällt rückwirkend wiederum, wenn sie die Erbschaft ausschlagen (STEPHAN WOLF/GIAN SANDRO GENNA, Erbrecht, Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, II, Basel 2015, S. 81). Man mag dagegen einwenden, der Erbenschein sei immer nur provisorisch und stehe unter dem Vorbehalt der erbrechtlichen Klagen, sodass auch ein Eintrag während noch laufender Ausschlagungsfrist nicht schade. Der Vorbehalt der Ungültigkeits- und Erbschaftsklage ist jedoch vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen (Art. 559 Abs. 1 ZGB), bezüglich der Ausschlagungsfrist gibt es hingegen keinen gesetzlichen Vorbehalt, sodass vor deren Ablauf und ohne ausdrückliche Annahme durch die Erben auch kein Erbenschein ausgestellt werden darf.

einreicht.¹¹⁰ Bei Begründung der Gütergemeinschaft braucht nur ein Ehegatte das Geschäft beim Grundbuchamt anzumelden (Art. 665 Abs. 3 ZGB).

In diese Fallkategorie fallen in der Regel auch grundbuchliche Transaktionen, die von Behörden angemeldet werden und die sich auf hoheitliches Handeln derselben stützen. Dabei handelt es sich um Urteile und Verfügungen. Hier hat das Grundbuchamt lediglich zu prüfen:

- ob die anmeldenden Behörden sachlich und örtlich für die Grundbuchanmeldung zuständig sind;¹¹¹
- ob sich der angemeldete Rechtsakt gegen die gemäss Grundbuch legitimierte Person richten muss und falls ja, ob er das auch tut;¹¹²
- ob der Entscheid vollstreckbar ist;
- ob sich aus dem Entscheid eindeutig ergibt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des einzutragenden Rechts offensichtlich nicht erfüllt sind.¹¹³ Hingegen hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen, ob der Entscheid materiell stichhaltig ist.

2.4.4. Gesetzmässigkeit, insb. die sachenrechtliche Zulässigkeit

Das Grundbuchamt ist aufgrund des Legalitätsprinzips verpflichtet, die beantragten Einschreibungen von Amtes wegen auf ihre Gesetzmässigkeit, insb. ihre sachenrechtliche Zulässigkeit, zu prüfen.¹¹⁴ Im Fokus sind vorliegend Fälle, in denen Rechte begründet werden oder Rechtsfolgen angedacht sind, die zwingenden gesetzlichen Vorschriften

¹¹⁰ BSK SCHMID, Art. 963 ZGB N. 27.

¹¹¹ Siehe dazu MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 186 mit Beispiel.

¹¹² MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 189 f. mit Beispielen.

¹¹³ MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 191 f. mit Beispielen; die beiden letzten Punkte (Vollstreckbarkeit und offensichtliche Nichterfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen) prüfen Mühlematter/Stucki unter dem Aspekt des Rechtsgrundausweises.

¹¹⁴ Vgl. BGE 119 II 16; Urteil des BGer 5A_383/2010 vom 10. Dezember 2010; Entscheid der Direktion für Inneres und Justiz (damals noch JGK) vom 16. November 2012/32.13-11.69 E. 4.1, ZBGR 95/2014, S. 321 ff.; MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 193 ff.; DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 319.

widersprechen und deshalb nichtig sind. Die Nichtigkeit muss aufgrund der eingereichten Urkunden offensichtlich sein.¹¹⁵

In der Praxis steht die Prüfung des Rechtsgrundausses hinsichtlich der sachenrechtlichen Zulässigkeit aufgrund der grossen, praktischen Relevanz im Zentrum. Hintergrund dieser Prüfung ist die im Sachenrecht herrschende Typengebundenheit der einschreibbaren Rechte, des *numerus clausus* (Art. 958 ff. ZGB).¹¹⁶ Nur die gesetzlich vorgesehenen dinglichen Rechte wie auch Vor- und Anmerkungen sind im Grundbuch einschreibbar.¹¹⁷ Die Parteien sind demnach anders als im Vertragsrecht des OR bezüglich der dinglichen Rechte (Eigentum, Dienstbarkeiten, Grundlasten, Pfandrechte) wie auch der Vor- und Anmerkungen nicht frei in der Vertragsgestaltung, und haben sich des bestehenden Katalogs des ZGB zu bedienen (sog. «Typengebundenheit»). Gleichzeitig ist auch der Inhalt des gewählten Rechts, bspw. einer Dienstbarkeit, fix umschrieben bzw. bei den Vormerkungen persönlicher Rechte eingeschränkt und kann nur im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten auf den individuellen Fall angepasst werden (sog. «Typenfixierung»).¹¹⁸ Das Grundbuchamt unterzieht den Rechtsgrundauss der Prüfung, ob das Vereinbarte diese Grundsätze einhält, und prüft dabei mit voller Kognition.¹¹⁹ Wie erwähnt wird diese Aufgabe des Grundbuchamtes unter die rechtliche Unmöglichkeit subsumiert und somit als Teilgehalt von Art. 20 OR angesehen.¹²⁰ Insofern handelt es sich bei den Normen nach Art. 958 ff. ZGB um zwingendes Recht.¹²¹

¹¹⁵ Vgl. zur Abgrenzung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit und der damit einhergehenden Folgen für das Grundbuchamt: DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 316 f.; DESCHENAUX (Fn. 12), S. 500 ff.

¹¹⁶ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 71 ff. und N. 462 ff.

¹¹⁷ Vgl. DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 152.

¹¹⁸ BGE 144 III 88; DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 152 f.; MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 36.

¹¹⁹ Entscheid der Direktion für Inneres und Justiz (damals JGK) vom 26. November 2012/32.13-11.69 E. 3.1.1, ZBGR 5/2014, S. 321 ff.

¹²⁰ Vgl. DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 316, S. 150 ff.; BSK MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 OR N. 6; a.M. DESCHENAUX (Fn. 12), S. 500 und S. 502 ff., der die grundbuchliche Prüfung auf rechtliche Zulässigkeit des Beantragten unter die Rechtmässigkeit und nicht unter die rechtliche Unmöglichkeit subsumiert; siehe allgemein zum *numerus clausus* der dinglichen Rechte: SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (Fn. 9), N. 71 ff.

¹²¹ Vgl. FASEL (Fn. 5), Einleitung, N. 145 und N. 162 ff.

Folgende Fälle aus der Praxis mögen das Ausgeführte illustrieren:

1. Beantragt wird die Einschreibung eines selbstständigen und dauernden Baurechts, dessen Übertragung generell von der Zustimmung des Bodeneigentümers abhängig gemacht wird.
Einschätzung: Nach Art. 779 Abs. 3 ZGB ist ein selbstständiges und dauerndes Baurecht per Definition übertragbar. Mit dem absoluten Zustimmungsvorbehalt wird dieses Typenmerkmal ausgehebelt. Folglich ist das beantragte Baurecht nicht eintragungsfähig.¹²²
2. Das Grundbuchamt hat den Wortlaut eines Wohnrechts zu beurteilen, wonach dieses als vererblich erklärt wurde.
Einschätzung: Es liegt eine unzulässige Klausel zur Übertragung vor (Art. 776 Abs. 2 ZGB).
3. Der Gesuchsteller beantragt die Vormerkung eines Vorkaufsrechts für die Dauer von 25 Jahren ab Grundbuchanmeldung. Obligatorisch wird das Recht jedoch gemäss öffentlich beurkundetem Vertrag für 30 Jahre vereinbart.
Einschätzung: Gemäss Art. 216c OR können Vorkaufsrechte nur für maximal 25 Jahre vereinbart und vorgemerkt werden. Eine über die Vormerkungsdauer hinaus dauernde, obligatorische Vereinbarung ist nicht (mehr) möglich.¹²³ Das Vereinbarte ist rechtlich unmöglich und bildet daher keinen gültigen Rechtsgrund für die entsprechende Vormerkung im Grundbuch.
4. Der Anmelder verlangt mit Grundbuchanmeldung und Erbschein die Nachtragung des Eigentums zugunsten der Witwe und des gemeinsamen Sohnes sowie der Nutzniessung zugunsten der Witwe. Gemäss besagtem Erbschein wird festgestellt, dass ein Erbvertrag bestehe, welcher als einzige Verfügung der Ehegattin bzw. Witwe die Nutzniessung nach Art. 473 ZGB einräume. Die Urkundsperson stellt fest, dass die Witwe und der gemeinsame Sohn anerkannte Erben sind.

¹²² Vgl. auch DEILLON-SCHEGG (Fn. 2), S. 316. Unter bestimmten Voraussetzungen sind Übertragungsbeschränkungen möglich und können seit 1. Januar 2012 sogar im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 779b Abs. 2 ZBG) Siehe zum Ganzen, bes. auch zur Frage der Wirkung der genannten Vormerkung: MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 98; STEPHAN SPYCHER, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar; Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021, Art. 779b ZGB N. 7, fünftes Lemma.

¹²³ URS FASEL, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Basler Kommentar; Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 216a OR N. 1; Handbuch (Fn. 37), Ziff. 3.11.2.

Einschätzung: Nach Art. 473 ZGB tritt vorliegend die Einräumung der Nutzniessung anstelle der Erbenstellung der Berechtigten. Eine Pflichtteilsetzung des Sohnes zugunsten der Witwe ist nicht ersichtlich. Folglich ist der Rechtsgrundaussweis in sich widersprüchlich bzw. rechtlich offensichtlich nicht zutreffend und daher unmöglich.

5. Eingereicht wird eine öffentliche Urkunde, enthaltend eine Planänderung, wonach eine Fläche von 100 m² vom Grundstück Nr. 100 abparzelliert und mit dem Nachbargrundstück Nr. 200 vereinigt wird. Das Grundstück Nr. 100 enthält 15 Dienstbarkeits-einträge, davon 9 Lasten. Die ältesten Belege stammen von Ende des 19. Jahrhunderts und beschränken sich im Wortlaut auf ein Stichwort; ein Plan ist nicht enthalten. Die Urkundsperson beantragt, sämtliche Dienstbarkeitslasten nicht auf das Grundstück Nr. 200 zu übertragen, und ergänzt, das Grundbuchamt werde ersucht, ein Verfahren nach Art. 976a ZGB durchzuführen, wenn dies für nötig erachtet würde. Einschätzung: Bei der Teilung eines Grundstücks muss der Eigentümer gegenüber dem Grundbuchamt beantragen, welche Einträge zu löschen und welche zu übertragen sind (Art. 974a ZGB i.V.m. Art. 154 ff. GBV). Pauschalisierte Anträge, welche offensichtlich nicht aufgrund der Belege erfolgt sind, sondern letztlich die Bereinigung in das Ermessen des Grundbuchamtes stellen, sind keine klaren Anträge bzw. Willenserklärungen der Parteien. Dieser Antrag (der eher ein «Auftrag» ist) sprengt die Kognition des Grundbuchamtes und ist nicht Sinn und Zweck von Art. 976 ZGB und Art. 976a ZGB. Folglich fehlt es in diesem Fall an einer effektiven Bereinigung i.S.v. Art. 974a ZGB.¹²⁴ Die Parteien haben sich zudem klar darüber zu äussern, ob sie ein Verfahren gemäss Art. 976a ZGB beantragen oder nicht. Im Sinne eines möglichst klaren und wahren Grundbuches ist grundsätzlich auch geboten, umgekehrt keine Übertragungen von Lasten vorzunehmen, wo diese effektiv nicht nötig wären. Das muss aber in Kauf genommen werden, denn ohne entsprechende Löschungsbewilligung (bei fehlendem Antrag auf ein Verfahren nach Art. 976a ZGB) kann das Grundbuchamt die Lasten nicht einfach nicht übertragen, würde es doch damit die vornehmste Aufgabe der Grundbuchführung, wie sie von Jürg Bracher so treffend umschrieben wurde, unter Umständen verletzen.
6. Ein Grundpfandvertrag umfasst drei Grundstücke, auf welchen ein Gesamtpfandrecht von CHF 500'000.00 je im ersten Rang zugunsten einer Bank lasten soll. Alle

¹²⁴ So auch Handbuch (Fn. 37), Ziff. 7.3.1.

drei Grundstücke liegen ausserhalb der Bauzone. Die Grundstücke Nr. 100 und 200 sind 3'000 m² und 4'000 m² gross; Nr. 300 besteht aus geschlossenem Wald.

Einschätzung: Nach Art. 74 Abs. 2 BGG ist die Gesamtverpfändung von Grundstücken, die dem BGG unterstehen und solche die dem Gesetz nicht unterstehen, nicht zulässig. Die Grundstücke Nr. 100 und 200 unterstehen den Bestimmungen des BGG aufgrund der Zone wie auch ihrer Grösse von mehr als 2'500 m² ohne Weiteres (Art. 2 Abs. 3 BGG e contrario). Bezüglich des Waldgrundstücks als mitverpfändetes Objekt muss hingegen die Zugehörigkeit zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe nachgewiesen werden, damit auch dieses Grundstück den Bestimmungen des BGG untersteht.

3. Zeitpunkt der Eintragungsfähigkeit

Ein beim zuständigen Grundbuchamt angemeldetes Geschäft muss im Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung sämtliche Eintragungsvoraussetzungen aufweisen.¹²⁵ Das bedeutet, dass das Grundbuchamt Veränderungen der Verhältnisse, die sich zwischen der Verkündung des Vertrages und der Anmeldung beim Grundbuchamt ergeben und die auf die Eintragungsvoraussetzungen einen Einfluss haben, berücksichtigen muss, sofern sie ihm denn bekannt werden. Besonders angesprochen sind hier das Versterben oder der Verlust der Handlungsfähigkeit der verfügenden Person, aber auch ein in diesem Zeitraum eröffneter Konkurs, mit der Folge, dass das zu veräussernde Grundstück in die Konkursmasse fällt.¹²⁶ In all diesen Fällen kann das Geschäft nur im Grundbuch vollzogen werden, wenn entsprechende Zustimmungen (von den Erben, der KESB, der Konkursverwaltung) beigebracht werden.

¹²⁵ LIECHTI (Fn. 8), S. 38 m.w.H.; MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 58.

¹²⁶ Siehe zum Ganzen: MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 54 m.w.H. sowie S. 189; für die Handlungsfähigkeit siehe WOLF (Fn. 104), S. 68 ff.

4. Anstelle eines Schlusswortes

Zusammenfassend kann somit für die praktische Arbeit auf dem Grundbuchamt folgendes Prüfungsschema erstellt werden:¹²⁷

1. Die Zuständigkeit
 - 1.1. Befindet sich das Grundstück, für welches eine oder mehrere grundbuchliche Operationen angemeldet werden, im Zuständigkeitsbereich des angesprochenen Grundbuchamtes?
 - 1.2. Bei öffentlich beurkundeten Rechtsgeschäften: Ist die anmeldende Urkundsperson sachlich und örtlich zur Anmeldung zuständig?
 - 1.3. Bei Anmeldung durch Gericht und/oder Behörden: Sind die anmeldenden Behörden sachlich und örtlich für die Anmeldung zuständig?
2. Die Grundbuchanmeldung
 - 2.1. Ist die Grundbuchanmeldung unbedingt und vorbehaltlos?
 - 2.2. Ist die Grundbuchanmeldung klar und in Bezug auf den Rechtsgrundaussweis widerspruchsfrei?
 - 2.3. Ist jede vorzunehmende Eintragung einzeln aufgeführt?
3. Das Verfügungsrecht
 - 3.1. Von wem stammt die Grundbuchanmeldung (Identität der anmeldenden Person)?
 - 3.2. Ist die anmeldende Person für die beantragte grundbuchliche Operation selber oder aufgrund einer gewillkürten oder gesetzlichen Vertretung verfügungsberechtigt?
 - 3.3. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die verfügende Person (sei es die Inhaberin des Rechts, die Stellvertretung oder gar beide) offensichtlich urteilsunfähig ist?
 - 3.4. Steht dem Verfügungsrecht ein Eintrag im Grundbuch entgegen (z.B. Grundbuchsperrung, Konkurs)?
 - 3.5. Sind weitere Zustimmungen zur beantragten grundbuchlichen Operation nötig?
 - 3.6. Bei Anmeldungen durch Gericht und/oder Behörden: Muss sich der angemeldete Rechtsakt gegen die gemäss Grundbuch legitimierte Person richten und falls ja, tut er das auch?

¹²⁷ Basierend auf MÜHLEMATTER/STUCKI (Fn. 4), S. 185 ff., dort jeweils mit Beispielen und weiteren Hinweisen versehen.

4. Der Rechtsgrundaussweis
 - 4.1. Ist die gesetzlich vorgesehene Form des Rechtsgrundaussweises bezüglich der sachenrechtlichen Verfügung eingehalten?
 - 4.2. Ist der Rechtsgrundaussweis klar und widerspruchsfrei?
 - 4.3. Bei Urteilen und Verfügungen: Ist der behördliche Akt vollstreckbar?
 - 4.4. Ist der Rechtsgrund offensichtlich nichtig?
5. Die sachenrechtliche Zulässigkeit
 - 5.1. Liegt ein Rechtsschutzinteresse für den Grundbucheintrag vor?
 - 5.2. Ist das Prinzip des numerus clausus der dinglichen Rechte sowie der Vormerkungen eingehalten?
 - 5.3. Liegt ein Verstoss gegen andere sachenrechtliche Vorschriften vor?