

NOTARIATSKOMMISSION

des Kantons Graubünden
Plessurstrasse 1
7000 Chur

05.05.2007

RUNDSCHREIBEN NR. 1/2007

an alle Notariatspersonen des Kantons Graubünden

AUSGEWÄHLTE FRAGEN ZUM NOTARIATSRECHT

A. FORMELLES RECHT

1. Beglaubigungen

Nach Art. 3 NG sind alle Notariatspersonen für sämtliche Beglaubigungen zuständig, die sie *in ihrem Amtsbezirk* vornehmen (vorbehältlich Art. 3 Abs. 3, 2. Satz NG). Der einzige örtliche Anknüpfungspunkt ist die Durchführung des Beglaubigungsaktes im Amtskreis. Gegenstand der Beglaubigung ist bei einer Unterschriftsbeglaubigung die Tatsache, dass die Unterschrift vor der Notariatsperson geleistet oder anerkannt wurde. Bei der Beglaubigung einer Kopie ist es die Tatsache, dass dem Notar das Original vorgelegen hat. Eine weitergehende örtliche Beziehung der um eine Beglaubigung ersuchenden Person zum Amtskreis der Notariatsperson ist nicht notwendig. Hingegen ist die Beglaubigung durch eine Notariatsperson ausserhalb ihres Amtskreises unzulässig.

Diese Ausführungen gelten auch für die Gemeindeschreiberinnen und Gemeindeschreiber. Entgegen dem zu engen Wortlaut von Art. 3 Abs. 4 NG sind sie

ferner zur Vornahme von Beglaubigungen auf dem gesamten Gebiet der Gemeinde zuständig und verpflichtet.

2. Beurkundungen

Die Notariatskommission hält fest, dass die Vornahme von öffentlichen Beurkundungen im Kanton Graubünden nur Notariatspersonen im Sinne von Art. 1 Ziffer 1 lit. a -c NG berechtigt sind. Ausserkantonale Notariatspersonen können im Kanton Graubünden keine öffentlichen Urkunden errichten und Verträge über im Kanton Graubünden gelegene Grundstücke können nur durch Bündner Notariatspersonen verurkundet werden.

3. Protokollierung

a) Grundsätzliches

Auf verschiedene Anregungen hin hat die Notariatskommission die Möglichkeit einer ganz- oder teilweisen elektronischen Registrierung von Beurkundungen und Beglaubigungen abgeklärt. Sie hat sich dabei von zwei nicht immer deckungsgleichen Prinzipien leiten lassen: Praktikabilität und Sicherheit. Einerseits sollte die Protokollierung keinen allzu grossen finanziellen oder technischen Aufwand bereiten, andererseits sollte einigermaßen Gewähr geboten sein, dass nachträgliche Abänderungen nicht oder nicht ohne Nachvollziehbarkeit möglich sein sollten. Dabei hat sich bald gezeigt, dass die Erreichung dieser Ziele nur mit gewissen Einschränkungen möglich ist. Zwar bestehen elektronische Systeme, die grundsätzlich fälschungssicher sind; diese sind indessen teuer und lohnen sich nur im Zusammenhang mit anderen registerrechtlichen Aufgaben, die die Grundbuchämter betreffen. Automatisierte Lösungen auf Windows Basis wären möglich, aber relativ aufwendig, technisch rasch überholt und von fragwürdiger Sicherheit.

b) Varianten

Vor diesem Hintergrund stellt die Notariatskommission den Notariatspersonen die folgenden Varianten zur Verfügung:

- Grundbuchämter, die über ein fälschungssicheres Registriersystem verfügen, können dieses verwenden. Die entsprechenden Systeme müssen vom Grundbuchinspektorat bewilligt werden, unter entsprechender Rückmeldung an die Notariatskommission. Diese Registrierungsmöglichkeit betrifft heute noch ausschliesslich das Register B für Beurkundungen.
- Alle andern Notariatspersonen können die beigelegten formatierten Vorlagen (Register A und B) verwenden, die per Ende Mai 2007 auf der Website des DJSG aufgeschaltet werden. Die Verwendung der Formulare ist obligatorisch; ihre Abänderung unzulässig. Am Ende jedes Kalenderjahres ist ein Exemplar zusammen mit einem alphabetischen Namensregister auszudrucken und gestempelt und unterschrieben bis spätestens 31.01. bei folgenden Stellen einzureichen:

- i) patentierte Notariatspersonen und Notaratspersonen der Kreise: Notariatskommission
- ii) Grundbuchämter: Grundbuchinspektorat
- ii) Gemeindeschreiberinnen und Gemeindeschreiber: voraussichtlich Justizdepartement (genaueres wird in einem Rundschreiben an die Gemeinden bekanntgegeben werden)

Jede Notariatsperson ist für die regelmässige Datensicherung selbst verantwortlich.

- Die bisherigen Protokollbücher A und B können uneingeschränkt weitergeführt werden.

4. Fristen

Die Fristen für die Anfechtung einer notariellen Gebührenverfügung und für einen allfälligen Weiterzug von Entscheiden der Notariatskommission betragen seit dem Inkrafttreten des VRG und der nachgeordneten Erlasse neu 30 Tage.

B. MATERIELLES RECHT

1. Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG)

Das PartG kann an dieser Stelle nur gestreift werden. Sämtliche Notariatspersonen haben sich mit der entsprechenden Materie eigenverantwortlich auseinanderzusetzen. Eine (unvollständige) Zusammenfassung der wichtigsten Neuerungen ist:

- Ex lege untersteht die eingetragene Partnerschaft einer Regelung, die materiell der Gütertrennung des Eherechts entspricht. Es kann aber auch vertraglich eine Errungenschaftsbeteiligung, nicht aber eine Gütergemeinschaft, vereinbart werden.
- Im Erbrecht, im Sozialversicherungsrecht, in der beruflichen Vorsorge und im Steuerrecht sind gleichgeschlechtliche Paare den Ehepaaren gleichgestellt.
- Aufgelöst wird die Partnerschaft durch Urteil oder Tod
- An der gemeinsamen Wohnung besteht nach Art. 14 PartG eine gemeinsame Verfügungsbefugnis analog Art. 169 ZGB
- Das Grundbuchinspektorat des Kantons Graubünden empfiehlt, wieder die eindeutigen Bezeichnungen „ledig“, „verwitwet“, „geschieden“ in Absprache mit den Parteien zu verwenden. Die Bezeichnung „nicht verheiratet“ für sich allein genügt demnach nicht.
- Geschäfte zwischen eingetragenen Partnern und Partnerinnen, namentlich der Vermögensvertrag nach Art. 25 PartG fallen nur in die Zuständigkeit der patentierten Notare und Notarinnen und der Kreisnotare und Kreisnotarinnen (Art. 2 Abs. 3 NG, in Kraft per 01.04.2007).

2. Handelsrecht

a) Kapitalanlagengesetz

Per ist 01.01.2007 das Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) in Kraft getreten. Neu werden die folgenden vier Anlageinstrumente zur Verfügung gestellt:

- der vertragliche Anlagefonds
- die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital
- die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen
- die Investmentgesellschaft mit festem Kapital

Die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital und die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen sind neue privatrechtliche Gesellschaftsformen, die Investmentgesellschaft mit festem Kapital ist eine Spezialform der Aktiengesellschaft.

b) Neues GmbH-Recht

Am 01.01.2008 wird das neue GmbH-Recht in Kraft treten, das auch einschneidende Änderungen im Aktienrecht zur Folge haben wird. Aufgrund der faktischen Vorwirkungen der Gesetzesnovelle auf den jetzigen Rechtszustand empfehlen wir für Notariatspersonen mit starker handelsrechtlicher Ausrichtung eine frühzeitige Einarbeitung in die Materie.

3. Steuerrecht

Auf den 01.01.2007 ist das neue kantonale Gemeinde- und Kirchensteuergesetz (GKStG) in Kraft getreten. Für die notarielle Praxis wichtig sind in erster Linie die Bestimmungen über die Handänderungs-, Grundstückgewinn-, Schenkungs- und Erbschaftssteuern.

C. VERSCHIEDENE FRAGEN

1. Erbverzichtsvertrag

Immer wieder wird das Problem erörtert, ob sich der Verzichtende beim Erbverzichtsvertrag nach Art. 495 ZGB vertreten lassen kann. Gemeinhin ist die Lehre und Rechtsprechung der Auffassung, die Anforderung der Höchstpersönlichkeit gelte nur für den potentiellen Erblasser; nur er treffe eine Verfügung von Todes wegen. Der Verzichtende dagegen verfüge ja nicht auf seinen eigenen Tod hin, weshalb keine Verfügung von Todes wegen vorliege, womit Stellvertretung zulässig sei. Dagegen wäre einzuwenden, dass beim klassischen einseitigen Erbverzicht der Erblasser in spe keine eigentliche Verfügung von Todes wegen trifft, sondern lediglich den Verzicht der Gegenpartei akzeptiert. Hinzu kommt, dass die Schutzbestimmungen des Erbvertrages (Vertretungsfeindlichkeit, erhöhte Formerfordernis) beim Erbverzicht nicht auf den Schutz des Erblassers abzielen: ihn trifft ja kein Risiko und seine künftige Verfügungsfreiheit wird nicht beschränkt sondern erweitert. Die schutzbedürftige Partei ist in diesem Fall ein-

deutig der Verzichtende, der für sich und seine Nachkommen eine sehr folgenschwere Entscheidung trifft.

Nachdem indessen glücklicherweise diese Frage im Konfliktfall in die Zuständigkeit der Gerichte fällt, erübrigt sich eine eingehende Erörterung an dieser Stelle. Vorsorglicher Weise, und vor allem auch im Interesse der schutzbedürftigen Partei, empfiehlt es sich indessen, nur in seltenen Ausnahmefällen auf die persönliche Anwesenheit des Verzichtenden beim Beurkundungsakt zu verzichten.

2. Notariatshaftung

a) Meldung Finanzdepartement

Das damalige Finanz- und Militärdepartement Graubünden hat im Herbst des letzten Jahres die Notariatskommission freundlicherweise in anonymisierter Form über Schadensfälle orientiert, die Zahlungen durch den Kanton bzw. dessen Haftpflichtversicherung auslösten. Die meisten Fälle wurden durch Vergleich entschieden und entzogen sich so einer gerichtlichen oder aufsichtsrechtlichen Überprüfung. Obschon die präjudizielle Wirkung damit notgedrungen beschränkt ist, sollten die aufgeworfenen Fragen alle Notariatspersonen für die strenge Beachtung der Sorgfaltspflichten sensibilisieren. Interessant sind die folgenden Fälle:

- Eine ungenaue Umschreibung der Unterhaltsregelung in einem Nutzniessungsvertrag betreffend eine Stockwerkeinheit führte vor Kantonsgericht zu einem Vergleich, bei welchem die Versicherung des Kantons zur Zahlung von Fr. 140'000.00 an die Erben der einen Vertragspartei verpflichtet wurde.
- In einem Kaufvertrag wurde – unrichtigerweise – festgehalten, dass keine Handänderungssteuer anfalle. Obschon rein rechtstechnisch kein Schaden vorlag – ausser vielleicht wenn die Parteien bei Kenntnis des richtigen Sachverhalts auf den Kauf verzichtet hätten – zahlte die Versicherung rund 40 % der Handänderungssteuer.
- Im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Grundstücks sollte ein Teil des Kaufpreises durch Übernahme einer Wohnung in der zu erstellenden Überbauung getilgt werden. Da die *essentialia* des Kaufvertrages nicht festgelegt wurden, und der Kaufvertrag über die Wohnung schliesslich auch nicht zu Stande kam, wurde der Notar mit dem Vorwurf konfrontiert, keine ausreichende vertragliche Grundlage geschaffen zu haben. Die Wohnung wurde dann mit einem gewissen Verlust verkauft, und die Versicherung zahlte – ohne Präjudiz – Fr. 29'000.00. Der Fall ist insofern interessant, als unklar ist, ob bereits der erste Vertrag – mangels klarer Definition des Kaufpreises, bzw. der Art der Zahlung – gültig gewesen wäre.
- Ein Notar hatte einen Kaufvertrag über Namensaktien beurkundet (freiwillige Beurkundung). Zu den Aktiven der Aktiengesellschaft gehörte eine Stockwerkeinheit, und drei Jahre später stellte sich heraus, dass die-

se mit einem Pfandrecht belastet war. Die Versicherung zahlte Fr. 60'000.00 ohne Präjudiz.

In diesem Fall stellen sich einerseits Fragen der kaufrechtlichen Rückpflicht (der Mangel muss verborgen sein und nicht der Käufer blind) sowie der Legalvermutung, dass der Inhalt des Grundbuches als bekannt vorausgesetzt wird. Vielleicht kann daraus aber auch abgeleitet werden, dass nicht beurkundungsbedürftige Geschäfte nicht in jedem Fall – und nicht ohne genaue Abklärung – beurkundet werden sollten.

- Weitere Fälle betreffen im Wesentlichen zwei Tatbestände: entweder wurde der Notar sozusagen von einer Gesetzesänderung „überrascht“, im Allgemeinen ein klarer Kunstfehler, oder es wurden Mängel im Beurkundungsverfahren aufgedeckt. In einem krassen Fall wurde ein Kaufvertrag – trotz gegenteiliger Beteuerung des Notars in der Urkundsformel - nachweislich mehrere Stunden vor der Beurkundung unterzeichnet. Der betroffene Notar hatte insofern Glück, als die Strafbehörden lediglich eine fahrlässige Urkundenfälschung angenommen hatten. Bei einem Vorsatzdelikt hätte keine Versicherungsdeckung bestanden, was zu gravierenden Regressfolgen hätte führen können.

b) Versicherungsdeckung

Im Zusammenhang mit einer allfälligen Abdeckung der Notariatshaftung bei grober Fahrlässigkeit ist der Vorstand des Kreisnotarenverbandes beim Kanton Graubünden vorstellig geworden. Die entsprechenden Bestrebungen werden von der Notariatskommission nachhaltig unterstützt. Ganz offensichtlich besteht ein Bedürfnis zur Abdeckung der betreffenden Risiken, und auf dem Markt werden auch entsprechende Produkte angeboten. Wir werden Sie zu gegebener Zeit über die getroffene Lösung, die sich bereits abzuzeichnen scheint, orientieren.

Für allfällige Fragen steht Ihnen die Notariatskommission oder der Unterzeichnete zur Verfügung.

Für die Kommission:

Peter Schnyder

Kopie zur Kenntnis an:

- JPSD Graubünden, lic.iur. Mathias Fässler
- Grundbuchinspektorat und Handelsregister, lic.iur. Ludwig Decurtins

* Dieses Rundschreiben und die Registervorlagen finden sich unter folgender E-Mail-Adresse: