

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 634 50 53
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 20 458

Bern, 26. Februar 2021

Besetzung

Oberrichter D. Bähler (Referent), Oberrichterin Grütter und
Obergerichtssuppleant Horisberger
Gerichtsschreiberin Brütsch

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Fürsprecher B. _____
Beschwerdeführer

gegen

C. _____
Vorinstanz 1

Grundbuchamt D. _____, **Dienststelle M.** _____
Vorinstanz 2

Gegenstand

Abweisung einer Grundbuchanmeldung

Beschwerde gegen den Entscheid der C. _____ (DIJ) vom
8. September 2020 (2020.DIJ.331)



Regeste:

Vermittlungsprovision beim Grundstückkauf; Überwälzung auf die Käuferschaft; öffentliche Beurkundung des Kaufpreises

Entscheidend ist eine rein wirtschaftliche Betrachtung der Vorgänge (E. 7.3).

Entgegen der Bezeichnung im Kaufvertrag handelt es sich vorliegend nicht um eine «Kaufsprovision». Die Käuferschaft leistet die Provision im Interesse der Verkäuferschaft, welche die Entschädigung des Vermittlers/der Vermittlerin nicht übernehmen will. Damit bildet die geschuldete Vergütung Teil des Kaufpreises und gehört wirtschaftlich gesehen zu der im Rahmen des Grundstückkaufes erbrachten Gegenleistung (E. 7.7). Sie ist daher in den Kaufpreis zu integrieren (E. 7.8 ff.).

Erwägungen:

I.

1.

1.1 Mit Vermittlungsauftrag vom 25. Juni 2019 beauftragten E._____ und die Erbengemeinschaft der F._____ (nachfolgend: Verkäuferschaft) die G._____ AG (nachfolgend: Vermittlerin), gegen Ausrichtung einer Provision den Abschluss eines Kaufvertrags zu vermitteln oder Gelegenheit zum Abschluss eines solchen Vertrages nachzuweisen (Beilage 5 bzw. pag. 11 ff. der Vorakten).

1.2 Die Vermittlerin fand in den Ehegatten H._____ und I._____ (nachfolgend: Käuferschaft) passende Käufer. Mit «Auftrag zur Ausarbeitung eines Vertragsentwurfes» vom 13. September 2019 beauftragte die Käuferschaft das Notariat am J._____ bzw. Notar A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit der Ausarbeitung eines Kaufvertragsentwurfs. In besagtem Dokument verpflichtete sich die Käuferschaft gegenüber der Vermittlerin zur Bezahlung einer «Käuferprovision» von CHF 21'540.00 und bestätigte, damit nicht eine Schuld der Verkäuferschaft zu übernehmen (Beilage 6, pag. 10 der Vorakten).

1.3 Mit Kaufvertrag vom 29. Oktober 2019 verkaufte die Verkäuferschaft der Käuferschaft die Stockwerkeinheiten K._____. Der Kaufvertrag wurde gleichentags vom Beschwerdeführer beurkundet (Urschrift Nr. L._____, Beilage 2, pag. 19 ff. der Vorakten).

Unter der Ziffer 3 mit dem Titel «Kaufpreis» wurden der Kaufpreis der Grundstücke mit CHF 260'000.00 ausgewiesen und die Tilgungsmodalitäten geregelt (pag. 22 der Vorakten). Weiter hinten, unter dem Titel «Kosten» (Ziff. 20), verpflichtete sich

die Käuferschaft – nebst der Tragung der Vertragskosten (Grundbuch- und Notariatskosten) sowie den Kosten im Zusammenhang mit der Grundstücksgewinnsteuer – zur Bezahlung einer «Kaufsprovision» von CHF 21'540.00 an die Vermittlerin, wiederum ohne «damit (...) eine Schuld der Verkäuferschaft zu übernehmen» (Beilage 2, pag. 20 der Vorakten).

1.4 Der Notar meldete das Geschäft mit Schreiben vom 4. November 2019 beim Grundbuchamt D._____, Dienststelle M._____ (nachfolgend: Grundbuchamt/Vorinstanz 2), zur Einschreibung ins Grundbuch an (Beilage 1, pag. 25 der Vorakten).

1.5 Nachdem der Beschwerdeführer zur Nachreichung diverser Unterlagen angehalten worden war, wies das Grundbuchamt die Anmeldung mit Verfügung vom 12. Dezember 2019 vollumfänglich und kostenfällig ab (Beilage 11, pag. 2 ff. der Vorakten).

Seinen abweisenden Entscheid begründete das Grundbuchamt damit, dass es sich bei der von der Käuferschaft an die Vermittlerin zu bezahlenden Provision um eine Schuld der Verkäuferschaft handle und damit Teil der Gegenleistung bzw. des Kaufpreises bilde. Der Kaufpreis im Kaufvertrag sei daher zu tief verurkundet worden, womit der Kaufvertrag nichtig sei.

2.

2.1 Mit Schreiben vom 13. Januar 2020 erhob der Notar bei der C._____ (DIJ; nachfolgend: Vorinstanz 1) Beschwerde gegen den Entscheid des Grundbuchamtes. Er stellte den Antrag, die Abweisungsverfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die Anmeldung im Grundbuch einzutragen (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, pag. 58 ff. der Vorakten).

2.2 Mit Entscheid vom 8. September 2020 wies auch die Vorinstanz 1 die Beschwerde kostenfällig und mit der gleichen Begründung wie die Vorinstanz 2 ab (pag. 85 ff. der Vorakten).

3.

3.1 Mit Schreiben vom 9. Oktober 2020 (Postaufgabe gleichentags) reichte der Notar bei den Zivilkammern des Obergerichts eine Beschwerde gegen den Entscheid vom 8. September 2020 ein. Er beantragte die Aufhebung des Entscheids und die Anweisung an das Grundbuchamt, die Anmeldung vom 5. November 2019 zu vollziehen (unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, pag. 1 ff. des vorliegenden Beschwerdeverfahrens).

Der Beschwerdeführer hält der vorinstanzlichen Sichtweise entgegen, die Verkäuferin habe sich gegenüber der Vermittlerin zu nichts bzw. nur dazu verpflichtet, die Verkaufsanbahnung nicht zu stören. Die «Kaufsprovision» bilde eine separate Schuld gegenüber der separaten Dritten und gehe auch an diese. Die jeweiligen Verpflichtungen seien in separaten Abschnitten verurkundet worden (pag. 5, vgl. auch pag. 49 ff.).

- 3.2 Mit Schreiben vom 30. Oktober 2020 reichte die Vorinstanz 2 eine Stellungnahme ein und schloss auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei (unter Kosten- und Entschädigungsfolge, pag. 25 ff.).
- 3.3 Mit Schreiben vom 6. November 2020 reichte auch die Vorinstanz 1 eine Stellungnahme ein und beantragte die kostenfällige Abweisung der Beschwerde (pag. 29 ff.).
- 3.4 Mit Verfügung vom 9. November 2020 ordnete der Instruktionsrichter keinen weiteren Schriftenwechsel an, forderte den Beschwerdeführer auf, seine Kostennote einzureichen und stellte den Parteien einen schriftlichen Entscheid ohne Parteiverhandlung in Aussicht (pag. 33 ff.).
- 3.5 Mit Schreiben vom 13. November 2020 beantragte der Beschwerdeführer, replizieren zu dürfen und ersuchte um eine Fristverlängerung bis 4. Dezember 2020 (pag. 37)
- 3.6 Mit Verfügung vom 17. November 2020 verzichtete der Instruktionsrichter mit Hinweis auf das Replikrecht gemäss EMRK auf eine förmliche Fristansetzung und wies darauf hin, dass mit der Ausarbeitung des Entscheides frühestens am 7. Dezember 2020 begonnen werde (pag. 41 ff.).
- 3.7 Mit Schreiben vom 4. Dezember 2020 (Postaufgabe am 6. Dezember 2020, Eingang beim Gericht am Folgetag) reichte der Beschwerdeführer eine Replik ein und hielt an seinen bisherigen Begehren fest (pag. 47 ff.).
- 3.8 Am 21. Dezember 2020 reichte der Beschwerdeführer seine Kostennote ein (pag. 65).

II.

4.

- 4.1 Angefochten wird ein Beschwerdeentscheid der C._____ (DIJ) betreffend Aufsicht über die Grundbuchämter.
- 4.2 Gemäss Art. 124 Abs. 2 des Gesetzes betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB; BSG 211.1) können derartige Entscheide innert 30 Tagen an das Obergericht weitergezogen werden.
- 4.3 Handelt es sich – wie vorliegend – bei der Vorinstanz um eine Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörde, so richtet sich das Weiterziehungsverfahren vor dem Obergericht nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, BSG 155.21; vgl. Ziff. I Kreisschreiben Nr. 3 der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 21. August 2014; abrufbar im Internet unter: www.justice.be.ch/justice > Zivilverfahren > Kreisschreiben).
- 4.4 Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und hat – da seine berufliche Qualifikation in Frage steht und er vor der Vorinstanz kostenpflichtig unterlegen ist – ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids (Art. 86 Abs. 2 i.V.m. Art. 79 VRPG; vgl. zur Legitimation

des Notars zur Anhebung einer Grundbuchbeschwerde auch das Urteil des Bundesgerichts 5A_380/2013 vom 19. März 2014 E. 1.2).

- 4.5 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.
- 5.
- 5.1 In seiner Replik beantragt der Beschwerdeführer die Durchführung einer mündlichen Verhandlung inkl. Zeugenbefragung (pag. 49 und 55).
- 5.2 Das Gericht erachtet dies nicht als notwendig. Der Sachverhalt ist liquide und dem Beschwerdeführer scheint es nur darum zu gehen, die Vorinstanzen erneut zu einer Stellungnahme zu ihrer aktuellen Praxis anzuhalten. Deren Standpunkt ist jedoch klar, was sie im vorliegenden sowie im vorinstanzlichen Verfahren mehrmals bekräftigt haben. Die Durchführung einer Verhandlung würde keinen Erkenntnisgewinn bedeuten. Im Gegenteil würde das Verfahren dadurch nur unnötig verzögert. Der Beweisantrag des Beschwerdeführers ist daher in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen.

III.

- 6. Der Sachverhalt ist grundsätzlich unbestritten. Die Parteien sind sich einzig über die Natur der «Kaufsprovision» und die Rechtsfolgen der durch den Beschwerdeführer vorgenommenen (Kaufpreis-)Beurkundung uneinig. Die Kernfrage liegt darin, ob die an die Vermittlerin geleistete Zahlung der Käuferschaft zum Grundstückskaufpreis gehört und als solcher zu deklarieren ist.
- 7.
- 7.1 Die Beurteilung durch die Vorinstanzen erweist sich als korrekt. Es kann grundsätzlich vollumfänglich auf die Abweisungsverfügung der Vorinstanz 2 vom 12. Dezember 2019 (pag. 2ff. der Vorakten), den Entscheid der Vorinstanz 1 vom 8. September 2020 (pag. 85 ff. der Vorakten) sowie die im oberinstanzlichen Beschwerdeverfahren von beiden Vorinstanzen eingeholten Vernehmlassungen (pag. 25 ff. und 29 ff.) verwiesen werden.
- 7.2 Wie im bisherigen Verfahren bereits mehrfach festgehalten wurde, setzt sich der Kaufpreis unbestrittenermassen « (...) aus der Gesamtheit aller (Geld-) Leistungen zusammen(...), welche der Käufer dem Verkäufer als Entgelt für die Übertragung des Eigentums am Grundstück erbringen muss» (Urteil des Bundesgerichts 5A.33/2006 vom 24. April 2007 E. 4 m.w.H.). Der Beurkundungszwang erstreckt sich auf diesen Gesamtbetrag. Es geht um die effektiv zu erbringende Gegenleistung für die Eigentumsverschaffung, die subjektiv und objektiv richtig sein muss. Haben die Parteien einen unwahren, nicht dem wirklichen Parteiwillen entsprechenden Kaufpreis verkündet, tritt die Nichtigkeitsfolge ein (Urteil des Bundesgerichts 5A.33/2006 vom 24. April 2007 E. 4 f. m.w.H.).
- 7.3 Daraus erhellt, dass eine rein wirtschaftliche Betrachtung der Vorgänge entscheidend ist. Es spielt keine Rolle, wie die Leistungen von den Parteien benannt worden sind. Ebenso wenig vermag die explizite Vereinbarung, es handle sich nicht

um eine Schuld des Verkäufers, etwas am wahren Inhalt des Geschäfts zu verändern. Dass angeblich unzählige andere, gleichartige Grundstückskaufverträge von den Grundbuchämtern oppositionslos eingetragen worden seien (pag. 51), bildet ebenfalls kein Argument für die Rechtmässigkeit der zu beurteilenden Vertragsgestaltung (die vom Beschwerdeführer eingereichte Liste [Beschwerdebeilage 6] bleibt ohnehin eine Behauptung ohne Beweiswert, da über den Inhalt der Kaufverträge keine Einzelheiten bekannt sind).

- 7.4 Im Mäklervertrag verspricht der Auftraggeber dem Mäkler eine Vergütung, wenn dessen Tätigwerden zum Abschluss des vom Auftraggeber angestrebten Geschäfts führt oder beiträgt. Die Entgeltlichkeit ist ein charakteristisches Merkmal dieses Vertragstypus (Art. 412 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]). Ausserdem ist der Mäkler gegenüber seinem Auftraggeber zu Treue und Sorgfalt verpflichtet (Art. 415 OR). Wegen der damit verbundenen Interessenskollision ist es dem Mäkler verboten, für beide Parteien tätig zu sein und sich von beiden eine Vergütung versprechen zu lassen (vgl. dazu im Einzelnen AMMANN, Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. Auflage 2020, N. 2 ff. zu Art. 415 OR).
- 7.5 Im Rahmen von Grundstückskaufverträgen kommt die Vermittlungsmakelei häufig vor. Meistens beauftragt die Verkäuferschaft einen Makler und schuldet damit grundsätzlich auch das Honorar. Wird die Vergütung im Grundstückskaufvertrag nicht bereits direkt in den Kaufpreis integriert, wird die Verkäuferschaft versuchen, die Provision zusätzlich zu verrechnen bzw. auf die Käuferschaft zu überwälzen. Bei der Übernahme einer solchen Verkaufsprovision handelt es sich zweifellos um eine Gegenleistung, die beim Kaufpreis angerechnet wird und sich auch auf die Handänderungssteuer auswirkt (so auch das Handbuch für den Verkehr mit den Grundbuchämtern und die Grundbuchführung vom 24. September 2020, Version 32, abrufbar unter www.jgk.be.ch > Die Direktion > Organisation > Grundbuchämter > Handbuch > S. 89 Ziff. 3.13.2.2.1).
- 7.6 Dieser Fall liegt grundsätzlich auch hier vor, selbst wenn die Parteien des Kaufvertrags versuchen, diesen als etwas ganz Anderes darzustellen:
- Vorliegend hatte die Verkäuferschaft die Vermittlerin beauftragt, für mehrere Stockwerkeigentumseinheiten eine passende Käuferschaft zu finden. Die Vermittlerin durfte selbst keine Verträge abschliessen, sondern war allein im Auftrag der Verkäuferschaft tätig, wobei sie die Verkaufsverhandlungen führte (Beilage 5, pag. 11 f. der Vorakten). Die Verkäuferschaft erwartete ein Tätigwerden der Vermittlerin und diese hatte bei einer erfolgreichen Auftragsausführung (Vermittlung eines Kaufvertrages) einen Vergütungsanspruch. Die Verkäuferschaft wollte diese Kosten aber nicht übernehmen und überwälzte sie im Vertragsverhältnis mit der Vermittlerin auf die Käuferschaft. Die Vermittlerin hatte bei ihrer Auftragsausführung nur das Inkassorisiko zu tragen (das angesichts der Tatsache, dass die Vermittlerin die Käuferschaft selbst auswählen konnte, nicht bestanden haben dürfte).
- Die Käuferschaft hatte somit faktisch keine Wahl: Wollten sie die Grundstücke erwerben, mussten sie die Provision von CHF 21'540.00 (inkl. MWST) bezahlen. Hätte sich die Käuferschaft geweigert, wäre kein Kaufvertrag zustande gekommen

bzw. hätte sich die Vermittlerin nach anderen, zahlungswilligen Käufern umgesehen. Ungleich anderen, untergeordneten Verpflichtungen in Grundstückkaufverträgen (wie bspw. Grundbuch- und Notariatskosten), machte die Provision immerhin rund 8% des Kaufpreises aus und war in ihrer Höhe bei Vertragsschluss klar bestimmt.

- 7.7 All dies zeigt, dass die Leistung der Provision beim vorliegenden Vertragsgeflecht untrennbar mit der Leistung der Kaufsumme verbunden war bzw. ist. Insofern besteht kein Unterschied zur klassischen Verkaufsprovision. Die Käuferschaft leistet die Provision im Interesse der Verkäuferschaft, welche die Entschädigung des Vermittlers/der Vermittlerin nicht übernehmen will. Entgegen der Bezeichnung im Kaufvertrag handelt es sich nicht um eine «Kaufsprovision». Mit einer solchen werden Bemühungen eines von der Käuferschaft beauftragten Mäklers zum Finden eines Kaufobjekts abgegolten, was hier nicht der Fall ist. Damit bildet die geschuldete Vergütung Teil des Kaufpreises und gehört damit wirtschaftlich gesehen zu der im Rahmen des Grundstückkaufes erbrachten Gegenleistung. Allein darauf kommt es an.
- 7.8 Bleibt nach der Rechtsfolge dieser Qualifikation zu fragen:
Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss der Kaufpreis nicht nur richtig, sondern auch klar beurkundet werden. Die höchste Instanz verfolgt diesbezüglich eine strenge Linie und verbietet es den Vertragsparteien, Teile des Kaufpreises in verschiedenen Ziffern/Rubriken unterzubringen (Urteil des Bundesgerichts 5A.33/2006 vom 24. April 2007 E. 5). Dem Käufer muss aus der Lektüre des Entscheides klar sein, welchen Preis er tatsächlich zu bezahlen hat bzw. es muss sich für allfällige Rechtsnachfolger/Dritte aus der Vertragsurkunde ergeben, zu welchem Preis das Grundstück tatsächlich verkauft wurde. Dass sämtliche Leistungen irgendwo im Vertrag figurieren und mitbeurkundet worden sind, ist nicht ausreichend. Die Leserschaft soll die Gesamtheit der erbrachten Gegenleistungen nicht in verschiedenen Ziffern zusammensuchen müssen.
- 7.9 Vorliegend haben die Parteien im Kaufvertrag vom 29. Oktober 2019 den Kaufpreis von CHF 260'000.00 inkl. den Anteil der Käuferschaft am Anteil des Erneuerungsfonds unter dem Titel «Kaufpreis» aufgeführt (Beilage 2, Ziff. 3 auf pag. 22 f. der Vorakten). Ein Hinweis oder zumindest ein Verweis auf die in den 5 Seiten weiter hinten liegenden Schlussbestimmungen geregelte «Kaufsprovision» (S. 9, Ziff. 20) fehlt jedoch.
- 7.10 Im Hinblick auf die bundesgerichtlichen Vorgaben ist diese Kaufpreisdeklaration unzureichend. Die Provision hätte in der Rubrik «Kaufpreis» – als integrierter Teil der Gegenleistung – aufgeführt werden müssen (wie der Beschwerdeführer es beim Einkaufsbetrag der Käuferschaft in den Erneuerungsfonds ebenfalls getan hatte). Der Kaufpreis von CHF 260'000.00 ist somit objektiv und subjektiv falsch und die Vorinstanz 2 hat das Geschäft zu Recht nicht ins Grundbuch eingetragen.
- 7.11 Letztlich bleibt das Motiv der Parteien, die Provision so zu regeln, ungewiss (es ging ihnen wohl um eine minimale Einsparung bei den Handänderungssteuern; vgl. die Ausführungen der Staatsanwaltschaft auf S. 4 f. der Nichtanhandnahmeverfü-

gung vom 15. Juni 2020, Beschwerdebeilage 4). Für die zivilrechtliche Beurteilung der Sache kann dieser Umstand aber vernachlässigt werden.

8. Nach dem Gesagten gehört die «Kaufsprovision» wirtschaftlich zum Kaufpreis und wäre als Gegenleistung der Käuferschaft in den Kaufpreis zu integrieren gewesen. Indem dies nicht geschehen ist, erweist sich der beurkundete Vertrag als nichtig. Die Beschwerde ist abzuweisen.

IV.

9.

- 9.1 Die Kostenpflicht richtet sich nach den Art. 103 ff. VRPG.
- 9.2 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens, bestimmt auf CHF 2'000.00 (Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]), werden dem unterliegenden Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt (Art. 108 Abs. 1 VRPG) und mit dem von ihm in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
- 9.3 Der unterliegende Beschwerdeführer und die Vorinstanzen haben im Beschwerdeverfahren keinen Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 104 Abs. 3 sowie Art. 108 Abs. 3 VRPG).

Die Kammer entscheidet:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 2'000.00, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Vorschuss in gleicher Höhe verrechnet.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.
4. Zu eröffnen:
 - dem Beschwerdeführer
 - der Vorinstanz 1
 - der Vorinstanz 2

Bern, 26. Februar 2021
(Ausfertigung am 2. März 2021)

Im Namen der 2. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter D. Bähler

Die Gerichtsschreiberin:

Brütsch

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert beträgt über CHF 30'000.00.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.