

Münstergasse 2
3011 Bern
Telefon 031 633 76 78
Telefax 031 633 76 25

32.13-12.30

Beschwerdeentscheid vom 30. August 2012

Grundbuchanmeldung (Löschung eines Papier-Schuldbriefs)

Der Papier-Schuldbrief darf im Grundbuch nicht gelöscht werden, bevor der Pfandtitel entkräftet oder durch das Gericht für kraftlos erklärt worden ist. Die Voraussetzungen für die Eintragung im Grundbuch müssen im Zeitpunkt der Anmeldung erfüllt sein. Zwar kann das Grundbuchamt eine kurze Frist zur Beibringung von fehlenden Belegen ansetzen, nach Ablauf der Frist weist es den Antrag aber ab, wenn der Mangel nicht behoben ist (E. 2).



Réquisition d'inscription au registre foncier (radiation d'une cédule hypothécaire sur papier)

La cédule hypothécaire sur papier ne peut être radiée du registre avant la cancellation ou l'annulation judiciaire du titre. Les conditions d'inscription au registre foncier doivent être remplies au moment de la réquisition d'inscription. Le bureau du registre foncier peut fixer un bref délai à la personne qui présente la réquisition pour apporter les pièces justificatives manquantes. Toutefois, la requête est rejetée si le défaut n'est pas réparé dans le délai fixé (C. 2).

Sachverhalt

A.

Am 7. Mai 2010 kaufte die X. AG von A., B. und C. mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag deren Miteigentumsanteile Nrn. 1000-1 bis 3 am Stammgrundstück Gemeinde D. Gbbl. Nr. 1000 (Urschrift Nr. 100). Auf dem Miteigentumsanteil Nr. 1000-1 lastet im 1. Rang ein Inhaberschuldbrief in der Höhe von Fr. 20'000.–, der gelöscht werden sollte. Dazu verpflichtete sich die Verkäuferin, den Inhaberschuldbrief spätestens anlässlich der Beurkundung Notar E. auszuhändigen (Ziff.

I.5. des Kaufvertrages). Mit Datum vom 20. Juni 2011 verurkundete Notar E. ausserdem die Erklärung der X. AG, wonach sie beim Grundbuchamt die Aufhebung der Miteigentumsanteile Nrn. 1000-1 bis 3 und die Errichtung eines Namensschuldbriefes im 1. Rang auf dem Stammgrundstück Gemeinde D. Gbbl. Nr. 1000 beantragt (Urschrift Nr. 200).

Die Urschriften Nrn. 100 (Grundstückkauf mit Löschung eines Inhaberschuldbriefs) und 200 (Aufhebung von Miteigentumsanteilen und Errichtung eines Namensschuldbriefs) meldete Notar E. am 22. Juli 2011 zur grundbuchlichen Behandlung an. Dies mit dem Hinweis, der zu löschende Inhaberschuldbrief folge. Gleichentags ersuchte er das Regionalgericht um Kraftloserklärung dieses Inhaberschuldbriefs. Der dortige Gerichtspräsident verfügte am 15. August 2011 die Veröffentlichung des Aufrufs, dass der Titel innert einem Jahr dem Richter vorzulegen sei, widrigenfalls die Kraftloserklärung erfolge.

Am 2. November 2011 wies das Grundbuchamt Notar E. per E-Mail darauf hin, dass der Antrag auf Löschung des Schuldbriefs gemäss Ziff. I.5. des Kaufvertrages in der Anmeldung fehle und der Schuldbrief nicht eingegangen sei. Am 22. November 2011 erhielt das Grundbuchamt eine ergänzte Grundbuchanmeldung sowie eine Kopie des Kraftloserklärungsgesuchs. Daraufhin teilte das Amt Notar E. mit, zum Zeitpunkt der E-Mail sei es davon ausgegangen, dass es sich beim fehlenden Antrag um einen Verschrieb gehandelt habe und das Nachreichen des Titels vergessen worden sei. Nun gehe jedoch aus den Akten hervor, dass der Titel kraftlos erklärt werden müsse. Damit das Geschäft Beleg Nr. 100 eingetragen werden könne, sei bis Ende Dezember 2011 ein Teilrückzug betreffend die Löschung des Pfandrechts einzureichen. In Bezug auf das Geschäft Beleg Nr. 200 sei entweder ein Rückzug einzureichen oder eine Pfandhaftausdehnung in Form eines Nachtrags für den bestehenden Schuldbrief und eine Rangänderung in Form eines Nachtrags für den neu zu errichtenden Schuldbrief.

Mit Eingabe vom 22. Dezember 2011 ersuchte Notar E. das Grundbuchamt darum, die beiden Geschäfte bis zur Kraftloserklärung des Schuldbriefs pendent zu halten. Am 11. Januar 2012 antwortete das Grundbuchamt, falls es die nötigen Unterlagen nicht bis Ende Januar erhalte, werde es die Geschäfte abweisen. Ende Januar 2012 ging beim Grundbuchamt ein Fristerstreckungsgesuch ein, das dieses bewilligte. Mit Eingabe vom 30. März 2012 beantragte Notar E. beim Grundbuchamt, die angemeldeten Geschäfte seien pendent zu halten.

Mit Verfügung vom 5. April 2012 wies das Grundbuchamt die Grundbuchanmeldung der Urschrift Nr. 100 (Beleg Nr. 100) im Sinne einer Teilabweisung ab, soweit sie die Löschung des Inhaberschuldbriefes von Fr. 20'000.- betraf. Die Grundbuchanmeldung der Urschrift Nr. 200 (Beleg Nr. 200) wies es vollumfänglich ab. Dazu erwog es, ein Papier-Schuldbrief könne nur gelöscht werden, wenn

der Titel entweder vorliege oder dieser von einem Gericht für kraftlos erklärt worden sei. Die zweimal verlängerte Frist zur Einreichung fehlender Unterlagen sei unbenutzt verstrichen. Damit sei eine Zusammenlegung der Miteigentumsanteile ausgeschlossen und ein neuer Schuldbrief könne nur im Nachgang zum bestehenden Titel auf den Miteigentumsanteilen errichtet werden.

B.

Gegen diese Verfügung erhebt Notar E. am 4. Mai 2012 Beschwerde bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK). Er beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und das Grundbuchamt sei anzuweisen, die Geschäfte nach Eingang der Kraftloserklärung für den Inhaberschuldbrief rückwirkend per Anmeldedatum im Grundbuch einzutragen. Die Anmeldung müsse bis zur Kraftloserklärung des zu löschenden Schuldbriefs pendent gehalten werden.

Das Grundbuchamt beantragt in seiner Beschwerdevernehmlassung vom 11. Mai 2012 die Abweisung der Beschwerde.

Der Beschwerdeführer hält in seiner Stellungnahme vom 16. Juli 2012 an den gestellten Anträgen fest.

Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gegen Verfügungen des Grundbuchamts kann Beschwerde bei der JGK geführt werden (Art. 956a Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] i.V.m. Art. 124 Abs. 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des schweizerischen Zivilgesetzbuches [EG ZGB; BSG 211.1]). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 956b ZGB). Für das Verfahren gelten nach Art. 10 Abs. 3 EG ZGB die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

1.2 Zur Beschwerde ist befugt, wer durch die angefochtenen Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 956a Abs. 2 Ziff. 1 ZGB; ebenso Art. 65 Abs. 1 VRPG).

Der beurkundende Notar E. hat die Verfügung des Grundbuchamts nicht im Namen der Vertragsparteien des Kaufgeschäfts angefochten. Vielmehr führt er in seinem eigenem Namen Beschwerde bei der JGK. Ob er dazu befugt ist, ist aus den folgenden Gründen fraglich:

Zur Beschwerde ist nur befugt, wer durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in eigenen Interessen betroffen ist. Diese Voraussetzung erfüllen im vorliegenden Fall zum einen A., B. und C. und zum anderen die X. AG. Sie alle sind – im Gegensatz zu Notar E. – Parteien des Kaufvertrags und damit unmittelbar

Betroffene des zur grundbuchlichen Behandlung angemeldeten Geschäfts. Zwar billigt die Praxis in bestimmten Situationen auch Drittpersonen ein eigenes Beschwerderecht zu. Bei sog. Drittbeschwerden pro Adressat, also Drittpersonen, die sich für die Aufhebung einer den Verfügungsadressaten belastenden Anordnung einsetzen, ist die Praxis aber streng. Ausserhalb förmlicher gesetzlicher Anerkennung fällt eine Drittbeschwerde pro Adressat nur in Betracht, wenn der Dritte ein selbständiges, eigenes, also unmittelbares Rechtsschutzinteresse an der Beschwerdeführung für sich in Anspruch nehmen kann (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 161 f.; vgl. zur Drittbeschwerde im Allgemeinen BGE 133 V 188 E. 4.3.3, mit Hinweisen, sowie zur Drittbeschwerde pro Adressat die Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BVGer A-5646/2008 vom 13. August 2009, in ZBI 112/2011 S. 86 f.).

Unter der Herrschaft der bis Ende 2011 geltenden Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (aGBV; BS 2 530) sowie des bis Ende 2006 geltenden Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; BS 3 531) hat das Bundesgericht in konstanter Praxis erwogen, der anmeldende Notar sei zur Beschwerdeführung in eigenem Namen befugt, wenn im Grundbuchbeschwerdeverfahren die richtige Ausübung der beruflichen Tätigkeit der Notarin oder des Notars in Frage stehe. An der Beantwortung dieser Frage habe die Notarin oder der Notar ein offensichtliches Interesse, zumal sie im Hinblick auf eine allfällige Verantwortlichkeitsklage von Bedeutung sein könne. Da der Notar die Abweisung der Anmeldung gegenüber seinen Klienten zu vertreten und zu verantworten habe, sei er stärker als jedermann betroffen und stehe zur Streitsache in einer besonderen und nahen Beziehung (BGE 116 II 136 E. 4 und 5, BGer 5A.33/2006 vom 24.4.2007 E. 1, nicht in BGE 128 III 18 publizierte E. 1 von BGer 5A.7/2001 vom 6.9.001). Die bernischen Rechtspflegebehörden haben sich dieser Praxis angeschlossen (vgl. BVR 1999 S. 49 E. 1).

Über die Schlüssigkeit dieser Argumentation liesse sich streiten. Bereits FRITZ GYGI hat die in BGE 105 II 45 E. 1 bejahte Befugnis des Notars zur Beschwerdeführung in eigenem Namen als «fragwürdige Anerkennung der Drittbeschwerde» bezeichnet (a.a.O. S. 162). Sie führt denn auch zu verschiedenen ungeklärten Problemen: Wie verhält es sich, wenn der Notar gegen den Willen des Verfügungsadressaten in eigenem Namen Beschwerde führt? Ist der selbst nicht Beschwerde führende Verfügungsadressat von Amtes wegen an dem vom Notar angestregten Beschwerdeverfahren zu beteiligen? Wie ist die Kostenliquidation vorzunehmen? Auch das Bundesgericht hatte in seiner ursprünglichen Praxis auf «difficultés et inconvénients» dieser Art hingewiesen und die Befugnis des Notars, in eigenem Namen Beschwerde zu führen, auf Fälle beschränkt, in denen ein von ihm angemeldetes Geschäft aus Gründen abgewiesen wurde, die mit

seiner Stellung als zur Anmeldung befugte Urkundsperson zusammenhängen (BGE 55 I 341, 344).

Fraglich ist weiter, ob die Zulassung von Notarinnen und Notaren zur Grundbuchbeschwerde in eigenem Namen nicht zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung im Vergleich zu Anwältinnen und Anwälten führt. Auch Anwältinnen und Anwälte sind zwar befugt, in eigenem Namen Beschwerde zu führen, soweit sie ein direktes eigenes Interesse am Verfahrensausgang haben. Das trifft etwa zu bei der Festsetzung des amtlichen Honorars im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege, da der entsprechende Anspruch direkt dem amtlichen Anwalt und nicht seinem Klienten zusteht (vgl. BGE 110 V 360 E. 2). Nicht zur Beschwerdeführung in eigenem Namen sind Anwältinnen und Anwälte aber legitimiert, wenn es nur darum geht, sich von der oberen Instanz die Richtigkeit der vor der Vorinstanz vertretenen Argumentation im Hinblick auf allfällige Schadenersatzbegehren bestätigen zu lassen. Die JGK erkennt nicht, dass Notare und Anwälte unterschiedliche Funktionen wahrnehmen, dass der Notar namentlich ein öffentliches Amt ausübt und – anders als im Regelfall der Anwalt – massgeblich an der Schaffung der zu überprüfenden Tatsachen (Urkunde) beteiligt ist. Es erscheint aber jedenfalls fraglich, ob diese Unterschiede die skizzierte Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen.

Schliesslich gilt es zu berücksichtigen, dass sich die Regelung zur Legitimation bei der Grundbuchbeschwerde seit dem 1. Januar 2012, an dem die ZGB-Novelle vom 11. Dezember 2009 in Kraft getreten ist, nicht mehr in Art. 103 aGBV, sondern in Art. 956a Abs. 2 ZGB findet. Dessen Wortlaut ist abgestimmt auf die Formulierung der neuen Legitimationsbestimmungen der Bundesrechtspflege, namentlich Art. 76 Abs. 1 und 89 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 27. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110). Ob unter Art. 956a Abs. 2 ZGB an der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 103 aGBV festzuhalten ist, wurde noch nicht richterlich entschieden (vgl. aber BGer 2C_621/2009 vom 23. September 2010, E. 5.3, wo das Bundesgericht immerhin in Zweifel gezogen hat, dass der Notar gestützt auf aArt. 76 BGG [in der bis am 31. Dezember geltenden Fassung gemäss AS 2006 1205] in eigenem Namen zur Beschwerdeführung in Zivilsachen legitimiert ist).

Die Frage, ob Notar E. zur Beschwerdeführung in eigenem Namen befugt ist, kann im vorliegenden Fall indessen offen bleiben. Denn wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist die Beschwerde auch in der Sache abzuweisen. Die JGK behält sich aber vor, ihre Praxis zur Legitimation des Notars in künftigen Fällen restriktiver als bisher zu handhaben.

2.

2.1 Der Papier-Schuldbrief darf im Grundbuch nicht gelöscht werden, bevor der Pfandtitel entkräftet oder durch das Gericht für kraftlos erklärt worden ist (Art.

855 ZGB; Art. 134 Abs. 2 der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 [GBV; SR 211.432.1]https://swisslex.ch/AssetDetail.mvc/Show?assetGuid=9429f3e2-e94e-490c-b86a-a366677fec95&source=hitlist&setOrigin=true - doc_top#doc_top; vgl. auch Art. 64 aGBV). Die Löschung von Pfandrecht und Forderung kann demnach beim Papier-Schuldbrief nur erfolgen, wenn das Wertpapier zuvor entkräftet wurde. Die Löschung des Grundbucheintrags und die Entkräftung des Titels erfolgen durch das Grundbuchamt auf Antrag der Parteien. Der Pfandtitel wird entkräftet, indem er mit einem Lösungsvermerk versehen und zerschnitten, perforiert oder diagonal durchgestrichen wird (Art. 152 Abs. 1 GBV; vgl. Art. 64 Abs. 2 aGBV). Kann der Titel nicht beigebracht werden, so darf das Pfandrecht erst gelöscht werden, wenn der Schuldbrief durch das Gericht für kraftlos erklärt worden ist (DANIEL STAEHELIN, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 855 ZGB N. 1 ff.; vgl. auch ROLAND PFÄFFLI, Kraftloserklärung von Schuldbriefen, in Jusletter vom 24. Mai 2004).

2.2 Eine Grundbuchanmeldung ist abzuweisen, wenn das Grundbuchamt aufgrund seiner Prüfung feststellt, dass eine der formellen oder materiellen Voraussetzungen der Eintragung nicht erfüllt ist (Art. 966 Abs. 1 ZGB; Art. 87 Abs. 1 GBV; vgl. auch Art. 24 aGBV). Die Voraussetzungen für die Eintragung im Grundbuch müssen im Zeitpunkt der Anmeldung erfüllt sein. Es obliegt den Anmeldenden, die erforderlichen Ausweise beizubringen (JÜRGEN SCHMID, in Basler Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 966 ZGB N. 3). Das Grundbuchamt kann der anmeldenden Person eine kurze Frist zur Beibringung von fehlenden Belegen ansetzen. Nach Ablauf der Frist weist es den Antrag ab, wenn der Mangel nicht behoben ist (Art. 87 Abs. 2 GBV). Die JGK hat bereits vor dem Inkrafttreten dieser Bestimmung am 1. Januar 2012 eine entsprechende Praxis der Grundbuchämter als rechtmässig beurteilt (vgl. ROLAND PFÄFFLI, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, 1999, S. 44; JGKE vom 2.8.1994, in ZGBR 1996 S. 174 ff.). Von Seiten der anmeldenden Person besteht daher kein Anspruch auf Aussetzung des Verfahrens. Das Grundbuchamt darf seinerseits von dieser Möglichkeit nur Gebrauch machen, wenn unbedeutende Mängel oder irrtümlich vorhandene Belege nicht eingereicht wurden. Es ist daher nicht zulässig, das Verfahren aufzuschieben, um nachträglich noch einen Rechtsgrundaussweis zu erstellen oder eine fehlende Bewilligung oder Zustimmung einzuholen. In solchen Fällen ist die Anmeldung abzuweisen (JÜRGEN SCHMID, a.a.O., Art. 948 ZGB N. 15a).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, er bestreite nicht, dass mit der Grundbuchanmeldung alle Nebenakten einzureichen seien. Gestützt auf die Verfügung des Regionalgerichts vom 15. August 2011 sei aber klar, dass der feh-

lende Schuldbrief entweder eingeliefert oder nach Ablauf eines Jahres für kraftlos erklärt werde. Die einjährige Wartefrist sei eine gesetzliche Frist, die das Grundbuchamt zu respektieren habe, indem es die angemeldeten Geschäfte pendent halte. Es könne nicht sein, dass während des Verfahrens zur Kraftloserklärung eines Schuldbriefs das Verpflichtungsgeschäft nicht zur Eintragung ins Grundbuch angemeldet werden könne. Das Grundbuchamt wende Art. 134 Abs. 2 GBV in ungewollter Schärfe an und begehe eine Rechtsverweigerung. Seine Haltung sei überdies willkürlich und unverhältnismässig. Sofern der Titel während der Wartefrist nicht zum Vorschein komme, seien die Voraussetzungen für den angemeldeten Grundbucheintrag erfüllt. Das Grundbuchamt habe mehrere Monate benötigt, um das Fehlen des Schuldbriefs zu bemerken. Es könne daher nicht angehen, das Pendenthalten eines Geschäfts während fünf weiterer Monate wegen einer gesetzlichen Wartefrist abzulehnen.

3.2 Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Wie das Grundbuchamt zutreffend erwogen hat, müsste das Gesuch um Kraftloserklärung abgewiesen werden und könnten die angemeldeten Geschäfte nicht eingetragen werden, falls der vermisste Schuldbrief dem Richter vorgelegt würde. Vor Entkräftung des Wertpapiers besteht daher keine Gewissheit darüber, ob das angemeldete Geschäft im Hauptbuch eingetragen werden kann. So kann der vermisste Schuldbrief denn auch nach erfolgter Auskündigung bis zum Amortisationsurteil durch einen gutgläubigen Dritten vom Nichtberechtigten gültig erworben werden (DANIEL STAEHELIN, a.a.O., Art. 865 ZGB N. 11 und N. 16). Entsprechend kann der Eintrag im Grundbuch erst erfolgen, wenn das Kraftloserklärungsverfahren abgeschlossen ist (Art. 855 ZGB und Art. 134 Abs. 2 GBV). Bei dieser Sachlage, in der der Ausgang des eingeleiteten Entkräftungsverfahrens ungewiss ist, kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie habe dem Antrag auf Sistierung des Verfahrens zu Unrecht nicht stattgegeben. Wie bereits ausgeführt wurde, ist das Eintragungsbegehren abzuweisen, wenn die Voraussetzungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind (Art. 87 Abs. 1 GBV). Zwar *kann* die Behörde eine Frist zur Beibringung von fehlenden Belegen setzen (Art. 87 Abs. 2 GBV). Eine solche Frist hat nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Art. 87 Abs. 2 GBV aber *kurz* zu sein, da im Interesse der Rechtssicherheit gewährleistet sein muss, dass über die Erledigung einer Anmeldung möglichst bald Klarheit besteht (JÜRGEN SCHMID, a.a.O., Art. 966 ZGB N. 17). Mit der Eintragung ins Tagebuch sind Vorteile, etwa des Datums und des Ranges, verbunden (vgl. Art. 972 Abs. 2 ZGB). Diese dürfen nicht durch Rechtsgeschäfte erlangt werden, die im Grundbuch nicht vollzogen werden können.

3.3 Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass eine übertrieben formalistische Handhabung von Art. 87 Abs. 2 GBV durch das Grundbuchamt keinen Schutz verdienen würde. Im vorliegenden Fall kann davon aber keine Rede sein.

Vielmehr widerspräche eine Aussetzung des Eintragungsverfahrens dem Grundsatz von Art. 966 Abs. 1 ZGB (vgl. den bereits erwähnten JGKE vom 2.8.1994, in ZGBR 1996 S. 174 ff. E. 4d). Das Grundbuchamt durfte daher ohne Rechtsverletzung davon ausgehen, die Voraussetzungen für eine Anwendung dieser Ausnahmeregelung seien nicht erfüllt. Angesichts dieser Umstände liegt auch weder eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgebots noch ein Verstoß gegen das Willkürverbot vor.

4.

Zusammenfassend kommt die JGK zum Schluss, dass die Teilabweisung der Grundbuchanmeldung Beleg Nr. 100, soweit sie die Löschung des Inhaberschuldbriefes von Fr. 20'000.– betrifft, und die Abweisung der Grundbuchanmeldung Beleg Nr. 200 nicht zu beanstanden sind. Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die entstandenen Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 3 VRPG).

Demnach entscheidet die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.

2.

Die Kosten für das Beschwerdeverfahren vor der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion in der Höhe von pauschal Fr. 1'000.– werden Notar E. zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung erfolgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

3.

Es werden keine Parteikosten gesprochen.