

THOMAS KOLLER *

Gesetzliche Grundpfandrechte zur Sicherung von Steuerforderungen – Probleme für Grundstückkäufer und Banken

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Überblick über die möglichen Instrumente zur Sicherung von mit Grund- stücken zusammenhängenden Steuerforderungen

1. Das Erfordernis der Zustimmung der zuständigen Steuerbehörden zur Eintragung des Erwerbers im Grundbuch
2. Das gesetzliche Faustpfandrecht an der Kaufpreisforderung
3. Das gesetzliche Grundpfandrecht

III. Das gesetzliche Grundpfandrecht im besonderen

1. Allgemeines
2. Kantonale Beispiele für gesetzliche Grundpfandrechte zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges
 - a) Kanton Bern
 - b) Kanton Zürich
 - c) Kanton Luzern
 - d) Kanton Graubünden

IV. Aus einem gesetzlichen Grundpfandrecht resultierende Probleme für den Käufer einer Liegenschaft

1. Vorbemerkung
2. Schutz des Käufers durch vertragliche Sicherung
 - a) Die Informationsmöglichkeiten des Kaufinteressenten
 - b) Die Vertragsgestaltungsmöglichkeiten
3. Die Rechtslage bei fehlender oder ungenügender vertraglicher Sicherung des Käufers

* Meinem Assistenten Herrn Fürsprecher Raphael Lanz danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

- a) Kantonale Regelungen
 - b) Bundesrechtliche Ansprüche des Käufers nach Bezahlung der Steuerschuld
 - c) Bundesrechtliche Ansprüche des Käufers vor Bezahlung der Steuerschuld
4. Die Haftung des Notars

V. Aus einem gesetzlichen Grundpfandrecht resultierende Probleme für kreditgewährende Banken

- 1. Das Rangprivileg
 - a) Vorbemerkung
 - b) Die vorsichtige Belehnung als Ausweg
 - c) Sonderfälle
- 2. Grundstückgewinnsteuern, die aus der Zwangsverwertung eines Grundstückes resultieren

VI. Das gesetzliche Grundpfandrecht bei wirtschaftlichen Handänderungen

VII. Schluss

I. Einleitung

Steuern auf Grundstücken haben eine alte Tradition. Es gab und gibt wohl kaum eine staatliche Gemeinschaft, die darauf verzichtet hätte, in der einen oder anderen Form Liegenschaftsbesitz als Anknüpfungspunkt für die Steuererhebung zu verwenden. Auch in unserer Steuerrechtsordnung nehmen die Steuern auf Grundstücken eine wichtige Stellung ein. Im Zentrum des fiskalischen und rechtlichen Interesses steht dabei der Gewinn, den ein Grundeigentümer bei der Veräusserung seiner Liegenschaft erzielt. Aus naheliegenden Gründen hat es kein Kanton unterlassen, diese – besonders in Zeiten stark steigender Liegenschaftspreise ausserordentlich ergiebige – steuerliche Quelle zu nutzen. Alle Kantone erheben in der einen oder anderen Form eine Grundstückgewinnsteuer (und würde das ein Kanton nicht tun, so wäre er dazu spätestens ab 1.1.2001 durch das Steuerharmonisierungsgesetz gezwungen)¹. Zusätzlich besteuert der Bund entsprechende Gewinne, soweit sie aus der Veräusserung von Geschäftsvermögen resultieren².

In zahlreichen Situationen ist nun der Bezug der entsprechenden Steuern gefährdet, so etwa wenn der Veräusserer seinen Wohnsitz im Ausland hat und daher in der Schweiz – nach der Preisgabe seines Grundstückes – nicht mehr belangt werden kann oder wenn der Veräusserer in Konkurs fällt. Im Hinblick auf die gewichtige Stellung, die der Grundstückgewinn-

¹ Art. 12 i. V. m. Art. 72 StHG.

² Art. 18 DBG.

besteuerung im schweizerischen Steuersystem zukommt, ist hier die Sicherung des Steuerbezuges von eminenter Bedeutung und als ein legitimes Anliegen des Steuerrechts zu betrachten. Der effiziente und möglichst lückenlose Bezug der entsprechenden Steuerbetreffnisse bildet einen zentralen Aspekt der *Rechtsgleichheit im Steuerrecht*. Dem Anliegen der Steuersicherung bei einer derart wichtigen Abgabe liegt daher ein ganz fundamentaler Wertungsaspekt des Steuerrechts zugrunde³.

Daher versteht es sich von selbst, dass die verschiedenen Steuerhoheiten Mittel und Wege gesucht haben, um den Bezug der Grundstückgewinnsteuer zu sichern. Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, wie das sinnvoll geschehen kann, wird in der Regel die Überlegung bilden, dass das fragliche Grundstück selbst oder sein wirtschaftlicher Gegenwert dem Staat notfalls als Vollstreckungssubstrat zur Verfügung stehen soll. Das kann auf verschiedene Weise erfolgen, wie anschliessend gleich aufzuzeigen sein wird. Vorneweg sei jedoch gleich etwas Wichtiges betont: Allen entsprechenden Sicherungsinstrumenten ist ein gemeinsamer Charakterzug eigen. Jede Sicherungsmassnahme greift zwangsläufig in das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer eines Grundstückes ein und beeinflusst in irgendeiner Weise die privatrechtliche Beziehung zwischen diesen Personen. Im Dreiecksverhältnis «Verkäufer-Käufer-Fiskus» ist eine solche «Immission des Steuerrechts auf das Privatrecht»⁴ unvermeidlich, wenn das Sicherungsinstrument seinen Zweck erreichen soll⁵.

Das Problem der Sicherung des Steuerbezuges bei Grundstückgewinnsteuern kann in einen grösseren Zusammenhang eingeordnet werden. Es bildet einen Bestandteil des Fragenkreises, der aus dem Zusammenspiel der beiden Teilrechtsordnungen Privatrecht und Steuerrecht resultiert⁶. Zwischen diesen beiden Rechtsgebieten bestehen mannigfache und komplexe Wechselbeziehungen. Beide Teilrechtsbereiche sind notwendig interdependent, befassen sie sich doch mit dem gleichen Gegenstand. In einem freiheitlich-dezentral organisierten Gesellschaftssystem kann der Staat zur Finanzierung seiner Aufgaben zwangsläufig nur auf die ökonomischen Resultate der Privatwirtschaft greifen. Das Privatrecht liefert die unerlässli-

³ Vgl. dazu bereits THOMAS KOLLER, Der Grundbuchverkehr und das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer – Überlegungen zu einer missglückten Weichenstellung, recht 11/1993, S. 38 ff., spez. S. 39, und DERS., Ein gesetzliches Faustpfandrecht an der Kaufpreisforderung zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges?, ZBGR 76/1995 S. 273 ff., spez. S. 274, je m. w. Nw.

⁴ Kritisch zu diesem Ausdruck PETER LOCHER, Die steuerliche Behandlung vermögenswerter Leistungen unter Ehegatten nach neuem Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung (Berner Tage für die juristische Praxis 1987), Bern 1988, S. 225 ff., spez. S. 226.

⁵ TH. KOLLER, Faustpfandrecht (Fn. 3), S. 276.

⁶ Vgl. dazu ausführlich etwa THOMAS KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Bern 1993, sowie summarisch DERS., Privatrecht und Steuerrecht – ein erschöpftes Thema?, ZBJV 131/1995 S. 92 ff.

chen organisatorischen Grundlagen – Sachenrecht, Obligationenrecht, Handelsrecht usw. –, in deren Rahmen die privaten Wirtschaftssubjekte tätig sein können, während das Steuerrecht (in welcher rechtstechnischen Form auch immer) an die Ergebnisse der so organisierten Wirtschaft anknüpft. Privatrecht und Steuerrecht sind daher zwangsläufig wechselseitig miteinander verschränkt⁷. An den Nahtstellen zwischen diesen beiden Teilrechtsordnungen treten nun häufig Problemfälle unterschiedlichster Art auf, die ihre Ursache im Spannungsverhältnis haben, das zwischen den beiden Regelungsmaterien existiert. Lösen lassen sich die zahlreichen Einzelfragen an den Schnittstellen zwischen Privatrecht und Steuerrecht sinnvollerweise nur unter Berücksichtigung des folgenden grundlegenden Prinzips:

Sowohl das Privatrecht als auch das Steuerrecht sind geprägt von einer Vielzahl von Strukturelementen, Ordnungsprinzipien und fundamentalen Wertungen. Für das Privatrecht mögen exemplarisch nur etwa die Privatautonomie, der Persönlichkeitsschutz, der Interessenausgleich zwischen zwei an einem Rechtsverhältnis beteiligten Privaten, der Schutz Dritter gegen Benachteiligung oder die Schaffung übersichtlicher Verhältnisse erwähnt werden⁸. Kernprinzipien des Steuerrechts wären z. B. die Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der verhältnismässigen Steuerbelastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit; weiter könnten als Beispiele etwa die Rechtssicherheit, verfassungsmässige Steuereingriffsschranken und – im Massenbetrieb besonders wichtig – das Praktikabilitätsprinzip aufgeführt werden⁹. In zahlreichen Fällen kann es nun geschehen, dass eine Regelung des einen Teilrechtsgebietes mit einer oder mehreren dieser zentralen Wertungen der anderen Regelungsmaterie in Widerspruch gerät. Das kann zu *Wertungswidersprüchen* führen, welche eine Gesamtrechtsordnung, die diesen Namen verdient, letztlich nicht akzeptieren darf.

An den Nahtstellen zwischen Privatrecht und Steuerrecht gilt es daher, eine möglichst hohe *Wertungskongruenz* zu erreichen. Keines der beiden Rechtsgebiete darf grundlegende Wertungen der anderen Teilrechtsordnung unterlaufen. Im Einzelfalle sind einander widersprechende Wertungen unter Berücksichtigung sämtlicher Aspekte sorgfältig gegeneinander abzuwägen und steuer- bzw. privatrechtliche Lösungen zu suchen, die den grundlegenden und legitimen Anliegen des anderen Teilrechtsbereichs angemessen Rechnung tragen. Diese Aufgabe haben der Gesetzgeber bei der Setzung generell-abstrakter Normen, die Zivil- und Steuergerichte bei der

⁷ TH. KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht 1993 (Fn. 6), S. 34 ff., m. w. Nw.

⁸ A. a. O., S. 50 ff.

⁹ A. a. O., S. 63 ff.; vgl. zu letzterem neuerdings auch PETER LOCHER, Praktikabilität im Steuerrecht (unter besonderer Berücksichtigung des materiellen Rechts der direkten Steuern), in: Steuerrecht, Festschrift zum 65. Geburtstag von Ernst Höhn, Bern etc. 1995, S. 189 ff.

Beurteilung konkreter Streitfälle und die privaten Wirtschaftssubjekte bei der Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen wahrzunehmen¹⁰. Dass dies in Theorie und Praxis allerdings oft nicht geschieht, ist leider eine Erfahrungstatsache.

Massnahmen zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges greifen – wie bereits erwähnt – unvermeidlich in die Beziehung zwischen Verkäufer und Käufer ein. Gleichzeitig müssen sie aber im Sinne der vorstehenden Ausführungen *privatrechtskompatibel* ausgestaltet sein. Im Hinblick darauf, dass solche Sicherungsmassnahmen der Verwirklichung eines wesentlichen Gerechtigkeitsziels im Steuerrecht dienen und damit einen fundamentalen Wertungsaspekt des Steuerrechts darstellen, kann die Privatrechtskompatibilität einer entsprechenden Massnahme nicht allein deshalb verneint werden, weil sie das Privatrechtsverhältnis tangiert. Im Mittelpunkt der Betrachtung kann nur – aber immerhin – die Frage stehen, wie stark ein Steuersicherungsinstrument das Verhältnis zwischen den Parteien eines Grundstückkaufvertrages beeinträchtigt und – noch wichtiger – beeinträchtigen darf, ohne in einen unerträglichen Wertungswiderspruch zu grundlegenden Prinzipien des Immobiliarsachenrechts zu geraten.

II. Überblick über die möglichen Instrumente zur Sicherung von mit Grundstücken zusammenhängenden Steuerforderungen

Der Zweck eines jeden Instrumentes zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges ist es – wie ebenfalls bereits skizziert –, dem Fiskus das betroffene Grundstück selbst oder wenigstens dessen wirtschaftlichen Gegenwert als Vollstreckungssubstrat zur Verfügung zu stellen. Theoretisch lässt sich dieses Ziel auf verschiedene Arten erreichen.

1. Das Erfordernis der Zustimmung der zuständigen Steuerbehörden zur Eintragung des Erwerbers im Grundbuch

Eine Möglichkeit zur Sicherung von Steuern, die mit einem Grundstück im Zusammenhang stehen, besteht darin, die Eintragung des Erwerbers im Grundbuch als Eigentümer von der Zustimmung der zuständigen Steuerverwaltung abhängig zu machen¹¹. Eine solche Zustimmung wird erst erteilt, nachdem die im Zusammenhang mit dem Besitz oder der Veräusserung des Grundstückes stehenden Steuern bezahlt oder sichergestellt worden sind oder wenn feststeht, dass keine Steuern mehr geschuldet sind.

¹⁰ TH. KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht 1993 (Fn. 6), S. 101; DERS., Privatrecht und Steuerrecht 1995 (Fn. 6), S. 101/102.

¹¹ Vgl. dazu auch ANDREA PEDROLI, L'ipoteca legale per crediti d'imposta, RDAT 1995 S. 529 ff., spez. S. 560 ff.

Diese Lösung findet sich für eine spezielle Situation im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (nämlich für den Fall, wo eine in der Schweiz ausschliesslich aufgrund von Grundbesitz steuerpflichtige natürliche oder juristische Person ein in der Schweiz gelegenes Grundstück veräussert)¹². Ein solches Zustimmungserfordernis ist allerdings ausgesprochen problematisch, da es die Abwicklung von Grundstücksgeschäften massiv behindert¹³. Das Bundesgericht hat denn auch Regelungen in kantonalen Steuergesetzen, die ein entsprechendes Zustimmungserfordernis vorgesehen haben, als *bundeszivilrechtswidrig* bezeichnet¹⁴. Ob diese Rechtsprechung auch nach dem Erlass von Art. 172 DBG durch den Bundesgesetzgeber aufrechterhalten werden kann, wird sich weisen müssen.

2. Das gesetzliche Faustpfandrecht an der Kaufpreisforderung

Im weitem stünde sodann dem Steuergesetzgeber die theoretische Möglichkeit offen, dem Fiskus zur Sicherung von aus einer Grundstückveräusserung resultierenden Steuern ein gesetzliches Faustpfandrecht an der Kaufpreisforderung einzuräumen. Soweit ersichtlich hat bisher kein Kanton zu diesem originellen Sicherungsmittel gegriffen. Im Kanton Schwyz wurde die Einführung eines solchen Forderungspfandrechts im Rahmen einer Gesetzesrevision zwar diskutiert, schliesslich aber verworfen. Da ein solches gesetzliches Faustpfandrecht an der Kaufpreisforderung die Abwicklung von Grundstücksgeschäften ebenfalls sehr stark beeinträchtigen würde, wäre es jedoch auch nicht privatrechtskompatibel¹⁵.

3. Das gesetzliche Grundpfandrecht

Als letztes schliesslich bleibt die Möglichkeit, dem Fiskus zur Sicherung von mit Grundstücken zusammenhängenden Steuern – insbesondere zur Sicherung des Bezuges der Grundstückgewinnsteuer – ein gesetzliches Grundpfandrecht einzuräumen. Die Zulässigkeit kantonalen gesetzlicher Pfandrechte an Grundstücken zur Sicherung von Ansprüchen aus öffentlichrechtlichen Verhältnissen ergibt sich direkt aus Art. 3 BV, wobei diese Pfandrechte gemäss Art. 836 ZGB ausdrücklich *von Eintragungszwang befreit* sind¹⁶. Gleichzeitig enthält diese Bestimmung eingrenzend fest, dass Steuergrundpfandrechte in der Rechtsform der *Grundpfandverschreibung*

¹² Art. 172 DBG.

¹³ Vgl. dazu ausführlich TH. KOLLER, Grundbuchverkehr (Fn. 3), S. 38 ff.

¹⁴ BGE 106 II 81 ff. (Grundsatzurteil); 112 II 322 ff.; 118 Ib 64/65 E. 3 a; anders früher noch 83 I 206 ff.

¹⁵ Vgl. dazu einlässlich TH. KOLLER, Faustpfandrecht (Fn. 3), S. 273 ff.

¹⁶ BGE vom 9.8.1995 i.S. R. gegen Kanton Tessin, E. 1; 110 II 237 E. 1; ASA 62 S. 573 E. 2 b, m. w. Nw.; PEDROLI (Fn. 11), S. 531; TONI HESS, Das gesetzliche Steuerpfandrecht des bündnerischen Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch, ZGRG 1994 S. 89 ff. und S. 116 ff., spez. S. 90/91.

zu errichten sind. Zudem sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gesetzliche Grundpfandrechte nur statthaft, wenn die Steuer *eine besondere Beziehung zum Grundstück aufweist*¹⁷. Das ist bei der Grundstückgewinnsteuer indessen zweifelsohne der Fall¹⁸. Ein gesetzliches Grundpfandrecht stellt ein wirksames Instrument zur Sicherung der Grundstückgewinnsteuer dar und ist daher in den meisten Kantonen bekannt. So hat z. B. auch der Kanton Bern auf den 1. Januar 1995 ein solches Pfandrecht eingeführt¹⁹.

III. Das gesetzliche Grundpfandrecht im besonderen

1. Allgemeines

Gesetzliche Grundpfandrechte unterscheiden sich von vertraglichen Grundpfandrechten im *Rechtsgrund*: Die causa für die Entstehung des Pfandrechts beruht auf Gesetz statt auf Rechtsgeschäft. Dementsprechend ist eine gesetzliche Grundlage im kantonalen Recht erforderlich; Art. 836 ZGB – der nur einen unechten Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts enthält – genügt als solche nicht²⁰. Gleich wie vertraglich begründete Pfandrechte sind gesetzliche Pfandrechte *akzessorischer Natur*, d. h. sie bestehen (höchstens) soweit und solange eine zu sichernde (Steuer)Forderung existiert²¹.

Die Kantone besitzen – im Rahmen der bereits erwähnten, durch Art. 836 ZGB gesetzten Grenzen – die ausschliessliche Kompetenz, die gesetzlichen Grundpfandrechte hinsichtlich Inhalt, Umfang, Rang, Höhe und Geltungsdauer zu umschreiben²². Dementsprechend unterschiedliche Ausgestaltungen von Steuerpfandrechten finden sich denn auch in den zahlreichen Kantonen, die – insbesondere im Zusammenhang mit der Grundstückgewinnsteuer – von diesem Steuerbezugssicherungsinstrument Gebrauch gemacht haben. So gibt es unmittelbare, d. h. ohne Eintragung im Grundbuch wirksame, und mittelbare gesetzliche Grundpfandrechte, gesetzliche Grundpfandrechte, die ein Rangprivileg geniessen, und solche, die den eingetragenen (rechtsgeschäftlich begründeten) Pfandrechten

¹⁷ BGE vom 9.8.1995 i.S. R. gegen Kanton Tessin, E. 1; 110 II 236 ff.; 85 I 32 ff.; 84 II 102 E. 2 b; 62 II 24 ff.; ASA 62 S. 574. Eine genügend enge Beziehung wurde verneint für die Ertragssteuer einer juristischen Person (BGE vom 9.8.1995 i.S. R. gegen Kanton Tessin).

¹⁸ BGE vom 9.8.1995 i.S. R. gegen Kanton Tessin, E. 3 a, mit zahlreichen Nachweisen und Hinweisen auf kritische Stimmen in der Literatur.

¹⁹ Art. 164 StG BE i. d. F. vom 7. 12. 1993.

²⁰ Vgl. dazu ausführlich etwa ARMIN ZUCKER, Das Steuerpfandrecht in den Kantonen, Diss. Zürich 1988, S. 16 ff.; PEDROLI (Fn. 11), S. 531.

²¹ ZUCKER (Fn. 20), S. 14/15; HESS (Fn. 16), S. 92; PEDROLI (Fn. 11), S. 531.

²² BGE vom 9.8.1995 i.S. R. gegen Kanton Tessin, E. 1; 84 II 100; ASA 62 S. 574; ZUCKER (Fn. 20), S. 21; PEDROLI (Fn. 11), S. 531.

nachgehen usw²³. Die kantonale Vielfalt ist hier derart ausgeprägt, dass sich nur Personen mit besonderen Kenntnissen im jeweils massgebenden lokalen Recht binnen vernünftiger Frist mit vertretbarem Aufwand orientieren können. Diese ausgesprochen föderalistische Struktur eines Problemkreises, der immerhin zu einem der wichtigsten an den zahlreichen Schnittstellen zwischen Privatrecht und Steuerrecht gehört und welcher den Grundstückverkehr nicht unwesentlich beeinträchtigt, erscheint – jedenfalls nach meinem Dafürhalten – in einem Zeitalter, in dem das Prinzip der Freizügigkeit (gerade auch im Dienstleistungssektor) zunehmend postuliert wird, als antiquiert. Der Bundesgesetzgeber sieht dies aber (zur Zeit jedenfalls noch) offenkundig anders, hat er es doch nicht für nötig erachtet, in das Steuerharmonisierungsgesetz eine vereinheitlichende Regelung über das gesetzliche Steuerpfandrecht aufzunehmen.

Gesetzliche Pfandrechte zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges – die hier im Zentrum des Interesses stehen – sind im allgemeinen als *unmittelbare Pfandrechte* ausgestaltet, bedürfen mithin der Eintragung im Grundbuch nicht²⁴. Damit wird allerdings die Publizitätswirkung des Grundbuches – an sich ein wichtiges Anliegen des Grundbuchrechts – beeinträchtigt. Um dem wenigstens teilweise entgegenzuwirken, sehen verschiedene kantonale Regelungen andere Publizitätsmassnahmen vor²⁵. Zunehmende Bedeutung erlangt dabei das Institut der sogenannten *erhaltenden Eintragung*. Diesfalls entsteht zwar das Pfandrecht ebenfalls unmittelbar, d. h. ohne Eintragung im Grundbuch, aber es muss binnen einer bestimmten – in den einzelnen Kantonen unterschiedlichen – Frist im Grundbuch eingetragen werden, damit es nicht untergeht²⁶. Verschiedene kantonale Rechte sehen sodann die Möglichkeit vor, dass wenigstens ernsthaft Kaufinteressenten berechtigt sind, von den Steuerbehörden Auskunft über die ungefähre Höhe der bei einem allfälligen Erwerb eines Grundstückes vom Verkäufer geschuldeten Grundstückgewinnsteuer zu verlangen. Dies soll es dem Käufer ermöglichen, der potentiellen künftigen Belastung des Grundstückes durch das gesetzliche Pfandrecht bei der Vertragsgestaltung Rechnung zu tragen. Auf die damit allerdings verbundenen Schwierigkeiten wird noch zurückzukommen sein²⁷.

²³ Vgl. dazu eingehend ZUCKER (Fn. 20), *passim*.

²⁴ Vgl. als Ausnahme etwa § 59 Abs. 4 StG SO und dazu SOG 1990 Nr. 5 S. 11 ff.

²⁵ Vgl. dazu eingehend ZUCKER (Fn. 20), S. 93 ff.

²⁶ ZUCKER (Fn. 20), S. 56/57.

²⁷ Vgl. dazu unten IV.2.a).

2. Kantonale Beispiele für gesetzliche Grundpfandrechte zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges

a) Kanton Bern

Gemäss Art. 164 Abs. 1 StG BE besteht ein gesetzliches Grundpfandrecht ohne Eintragung im Grundbuch zugunsten des Staates, allen anderen Pfandrechten vorgehend, für die Grundstückgewinnsteuer auf dem veräusserten Grundstück. Dieses gesetzliche Pfandrecht erlischt nach Art. 164 Abs. 2 StG BE, wenn es nicht innerhalb von sechs Monaten nach Eintritt der Rechtskraft der Veranlagung im Grundbuch eingetragen wird. Die erwerbende Person ist laut Art. 164 Abs. 1 lit. b StG BE berechtigt, von der veräussernden Person für den mutmasslichen Betrag der Grundstückgewinnsteuer Sicherstellung zu verlangen²⁸. Die Höhe des gesetzlichen Grundpfandrechts kann innert 30 Tagen nach Einreichung der massgeblichen Unterlagen mit einer rechtsverbindlichen Auskunft der kantonalen Steuerverwaltung festgesetzt werden²⁹. Dieses Grundpfandrecht ist somit rangprivilegiert und entsteht unmittelbar kraft Gesetz, bedarf aber einer erhaltenden Eintragung.

b) Kanton Zürich

Gemäss § 194 lit. e EGzZGB ZH bestehen von Gesetzes wegen Pfandrechte zugunsten der Gemeinden für die Grundsteuern. Als solche gesicherte Grundsteuer gilt unter anderem auch die Grundstückgewinnsteuer nach den §§ 161 ff. StG ZH. Die gesetzlichen Pfandrechte bedürfen keiner Eintragung im Grundbuch, erlöschen jedoch, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten nach der Fälligkeit der Forderung eingetragen werden. Den übrigen Pfandrechten gehen sie im Range vor³⁰. Auch hier liegt somit ein rangprivilegiertes unmittelbares gesetzliches Pfandrecht mit erhaltender Eintragung vor.

c) Kanton Luzern

Das luzernische Steuerrecht kennt für die Grundstückgewinnsteuerforderung vom Zeitpunkt der Veräusserung an ein den übrigen Pfandrechten im Rang vorgehendes gesetzliches Pfandrecht, jedoch längstens für die Dauer von zwei Jahren seit Eintritt der Rechtskraft der Steuerfestsetzung. Wer ein konkretes Kaufinteresse an einem Grundstück nachweist, kann von der Veranlagungsbehörde Auskunft über den Bestand und die mutmassliche Höhe der auf dem Grundstück haftenden Pfandrechte für Grundstückge-

²⁸ Vgl. zur Problematik dieser Bestimmung unten IV.3.a).

²⁹ Art. 164 StG BE.

³⁰ §§ 195 und 196 EGzZGB ZH.

winnsteuerforderungen verlangen³¹. Einer erhaltenden Eintragung bedarf dieses – anders als früher nunmehr rangprivilegierte³² – Pfandrecht nicht.

d) Kanton Graubünden

Gemäss Art. 131 Ziff. 1 EGzZGB GR besteht ein gesetzliches Pfandrecht unter anderem für die auf die Grundstücke entfallenden Wertzuwachssteuern. Es entsteht mit der öffentlichrechtlichen Forderung, geht aber unter, wenn es nicht innert zweier Jahre seit Eintritt der Fälligkeit in das Grundbuch eingetragen wird³³. Es verwirkt auf jeden Fall nach Ablauf von fünf Jahren seit Ende des Kalenderjahres, in welchem der forderungsbegründende Tatbestand eingetreten ist³⁴. Den vertraglichen Pfandrechten geht es nicht vor³⁵; ein Rangprivileg besteht somit nicht³⁶.

IV. Aus einem gesetzlichen Grundpfandrecht resultierende Probleme für den Käufer einer Liegenschaft

1. Vorbemerkung

Gesetzliche Grundpfandrechte zur Sicherung von Steuerforderungen führen – wie bereits dargelegt – unzweifelhaft zu «Immissionen» auf den Grundstückverkehr. Jede Person, die eine Liegenschaft erwerben möchte, muss stets damit rechnen, dass der Fiskus gegen den Verkäufer oder gegen einen Rechtsvorgänger noch unbeglichene Steuerforderungen hat, deren Bezug aus irgendeinem Grund gefährdet sein kann. Daher ist jeder Kaufinteressent dem Risiko ausgesetzt, dass das steuererhebende Gemeinwesen binnen bestimmter Fristen – die je nach kantonalem Recht sehr unterschiedlich ausgestaltet sind, häufig aber sehr lange dauern können³⁷ – das ihm vom Gesetzgeber eingeräumte Grundpfandrecht bean-

³¹ § 32 GGStG LU i. d. F. vom 23. 1. 1995, i. K. seit 1. 7. 1995.

³² Vgl. dazu noch die Fassung von § 32 GGStG LU vom 17. 9. 1974.

³³ Art. 132 Abs. 1 EGzZGB GR.

³⁴ Art. 132 Abs. 4 EGzZGB GR.

³⁵ Art. 130 Abs. 1 EGzZGB GR.

³⁶ Vgl. im übrigen zu den gesetzlichen Grundpfandrechten des bündnerischen Rechts eingehend Hess (Fn. 16), S. 89 ff. und S. 116 ff., passim.

³⁷ So erlischt zwar etwa nach bernischem Steuerrecht das gesetzliche Pfandrecht zur Sicherung der Grundstückgewinnsteuer, wenn es nicht innerhalb von sechs Monaten nach Eintritt der Rechtskraft der Veranlagung im Grundbuch eingetragen wird. Bis eine Grundstückgewinnsteuer rechtskräftig veranlagt ist, kann es jedoch lange dauern. Wohl enthält Art. 163 StG BE eine fünfjährige Verjährungsfrist, die indessen durch jede Einforderungshandlung unterbrochen wird. Eine absolute Veranlagungsverjährung kennt das bernische Steuerrecht nicht, weshalb bis zum Eintritt der Rechtskraft einer Steuerveranlagung theoretisch (noch) Jahrzehnte vergehen können. Ändern wird sich dies mit Ablauf der Übergangsfrist des Steuerharmonisierungsgesetzes (Art. 72 StGH), welches eine absolute Veranlagungsverjährung von 15 Jahren vorsieht (Art. 47 Abs. 1 StHG). Aber auch mit dieser Befristung muss ein Grundstückskäufer noch während langer Zeit nach dem Eigentumserwerb mit einem gesetzlichen

sprochen wird. In der Praxis wird das gesetzliche Grundpfandrecht zur Hauptsache naturgemäss vor allem relevant zur Sicherung der Grundstückgewinnsteuerforderung, die gerade aus der Veräusserung der Liegenschaft an den jetzigen Kaufinteressenten resultiert. Daneben muss aber je nach den Umständen auch mit gesetzlichen Grundpfandrechten gerechnet werden, die der Sicherung von Steuerschulden dienen, welche auf früheren Rechtsgeschäften beruhen. Ausgesprochen problematisch wird dies bei einer Kette von mehreren kurz aufeinanderfolgenden Grundstückveräusserungen³⁸.

Das dem Fiskus zustehende gesetzliche Grundpfandrecht hat nun zwar nicht zur Folge, dass der Erwerber Schuldner der Steuerforderung würde, rechtlich also verpflichtet wäre, Steuerschulden eines seiner Rechtsvorgänger zu bezahlen. Das Pfandrecht belastet nur – aber immerhin – seine Liegenschaft. Der Fiskus hat damit jedoch die Möglichkeit, im Rahmen einer Betreibung auf Grundpfandverwertung³⁹ die Zwangsverwertung des Grundstückes zu verlangen. Will der Erwerber dies verhindern, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als die Steuerforderung zu begleichen⁴⁰. Das gesetzliche Grundpfandrecht des Fiskus führt somit gegenüber dem Liegenschaftskäufer notwendigerweise zu einem *faktischen Zahlungszwang*⁴¹. Es handelt sich um eine klassische, im (rechtsgeschäftlichen) Kreditsicherungsrecht wohlbekannte *Drittpfandsituation* im Sinne von Art. 824 Abs. 2 ZGB⁴². Ein Unterschied zum gewöhnlichen Drittpfand besteht nur in zwei Punkten: Zum einen beruht die Begründung des Pfandes hier nicht auf Vertrag (und damit auf Freiwilligkeit des Pfandgebers), sondern auf Gesetz. Und zum andern handelt es sich bei der zu sichernden Forderung nicht um eine privatrechtliche, sondern um eine öffentlichrechtliche.

Damit liegt die Interessenlage eines Kaufinteressenten bzw. Grundstückkäufers auf der Hand. Für ihn stellt sich zunächst die Frage, wie er sich im Rahmen der Vertragsgestaltung gegen unliebsame spätere Überraschungen schützen kann (dazu unten Ziff. 2). Sodann sieht er sich – beim Fehlen (genügender) vertraglicher Sicherungsabreden – mit dem Problem konfrontiert, welche gesetzlichen Rechtsbehelfe ihm nach Obligationenrecht gegenüber dem Verkäufer zur Verfügung stehen, wenn der Fiskus ein gesetzliches Grundpfandrecht geltend macht (dazu unten Ziff. 3). Und zu-

Grundpfandrecht zur Sicherung der vom Veräusserer geschuldeten Grundstückgewinnsteuer rechnen.

³⁸ Siehe dazu etwa den Fall in RVJ 1991 S. 77 ff.

³⁹ Art. 151 ff. SchKG.

⁴⁰ Womit – durch Untergang der zu sichernden Forderung – als Folge des Akzessorietätsprinzips auch das Pfandrecht untergeht.

⁴¹ Siehe dazu auch den BGE 116 II 707 ff. zugrundeliegenden Fall. Das beneficium excussionis realis nach Art. 41 Abs. 1 SchKG, welches diesen faktischen Zahlungszwang erhöhen würde, steht dem Steuerschuldner nicht zu (BGE 84 III 67 ff.).

⁴² Vgl. dazu auch RVJ 1991 S. 78 E. 3 a.

letzt kann sich noch die Frage stellen, ob allenfalls der Notar schadenersatzpflichtig wird, wenn er den Käufer im Rahmen des Beurkundungsvorganges nicht genügend über die zu erwartenden Risiken aufgeklärt hat (dazu unten Ziff. 4).

2. Schutz des Käufers durch vertragliche Sicherung

Der vorsichtige Käufer eines Grundstückes, dem die mit gesetzlichen Grundpfandrechten verbundenen Risiken bewusst sind, wird bestrebt sein, sich durch eine geeignete Ausgestaltung des Kaufvertrages gegen spätere unliebsame Überraschungen zu schützen. Ob der Verkäufer dazu Hand zu bieten bereit ist, ist letztlich eine Frage der Marktlage. In Zeiten reduzierter Nachfrage nach Liegenschaften wird ein Verkäufer eher gewillt sein, dem Käufer vertraglich Sicherheiten zum Schutz gegen die mit gesetzlichen Grundpfandrechten verbundenen Folgen einzuräumen als in Phasen der Hochkonjunktur⁴³. Doch welche realistischen Gestaltungsmöglichkeiten stehen dem Käufer nun zur Verfügung?

a) Die Informationsmöglichkeiten des Kaufinteressenten

Von zentraler Bedeutung für die Beantwortung dieser Frage ist zunächst, welche Wege dem Käufer offenstehen, um sich über den allfälligen Bestand von bereits auf dem Grundstück lastenden (im Grundbuch aber nicht oder noch nicht eingetragenen) gesetzlichen Grundpfandrechten aus früheren Verkäufen sowie über die mutmassliche Höhe der Grundstückgewinnsteuer zu orientieren, welche der Verkäufer nach dem geplanten Rechtsgeschäft zu bezahlen haben wird. Ersteres ist vor allem bei Kettenverkäufen – d. h. bei der Abwicklung mehrerer Kaufverträge über das gleiche Grundstück kurz nacheinander – wichtig, kann aber in Einzelfällen auch bedeutsam sein, wenn der Verkäufer das Grundstück bereits vor längerer Zeit erworben hat. Das zweite gilt es bei praktisch allen Grundstückskäufen zu beachten⁴⁴.

Die einem Kaufinteressenten zustehenden Möglichkeiten, sich über bereits bestehende oder aus dem geplanten Kaufvertrag allenfalls resultierende gesetzliche Grundpfandrechte zu orientieren, sind kantonale unterschiedlich ausgestaltet⁴⁵. Problematisch ist im Einzelfall insbesondere die Frage, wer berechtigt ist, von den Steuerbehörden die relevanten Informationen zu verlangen. Im Regelfall dürfte dies nebst dem Grundeigentümer

⁴³ Vgl. dazu etwa das bei ZUCKER (Fn. 20), S. 147 Anm. 11, aufgeführte Zahlenbeispiel.

⁴⁴ Je nach Ausgestaltung des kantonalen Steuerrechts ist es allerdings möglich, dass dem Staat für gewisse «Wertzuwachssteuern» kein gesetzliches Grundpfandrecht zusteht, so gelegentlich etwa in Kantonen mit dem dualistischen System der Grundstückgewinnbesteuerung bei Steuern, die aus der Veräusserung von Liegenschaften aus dem Geschäftsvermögen resultieren.

⁴⁵ Vgl. dazu für das Steuerrecht des Kantons Tessin einlässlich PEDROLI (Fn. 11), S. 541 ff.

auch jeder praktizierende Notar sein, der mit der Ausarbeitung eines Vertragsentwurfes beauftragt ist⁴⁶, nach gewissen kantonalen Rechten zusätzlich auch der Erwerber selbst⁴⁷. Im Zeitalter der EDV sollten die zuständigen Steuerbehörden sodann leicht in der Lage sein, binnen nützlicher (d. h. kurzer) Frist die erforderliche Auskunft zu erteilen. Ob dies allerdings in der Praxis zutrifft, muss hier offenbleiben.

Ein wichtiges Problem bei der behördlichen Auskunftserteilung ergibt sich aus der zum Teil komplizierten Ausgestaltung der Grundstückgewinnsteuern in den verschiedenen kantonalen Steuergesetzen. Zahlreiche *Steuerbefreiungs- und Steueraufschubtatbestände* (mit Steuerlastobjekt- oder Steuerlastsubjektwechsel [sic!])⁴⁸ erschweren die verlässliche Information ebenso wie die Frage, welche Abzugsposten – man denke nur etwa an die zahlreichen schwierigen Abgrenzungsfragen im Zusammenhang mit wertvermehrenden Aufwendungen – bei der Ermittlung des steuerbaren Gewinns anerkannt werden können. Die angefragten Steuerbehörden können ihre Auskünfte naturgemäss nur aufgrund der ihnen im Zeitpunkt der Anfrage zur Verfügung stehenden Informationen erteilen. Das wird in Zukunft zahlreiche heikle Fragen über die Verbindlichkeit der behördlich erteilten Auskünfte aufwerfen⁴⁹. Von Interesse sind dabei zwei Fallkonstellationen:

aa) Wenn im Vertragsverhandlungsstadium von den Steuerbehörden getätigte Feststellungen über die Höhe der aus dem geplanten Rechtsgeschäft resultierenden Grundstückgewinnsteuern auf Unterlagen beruhen, die ihnen nur die Parteien – insbesondere der Verkaufinteressent – zur Verfügung stellen können, sind Auskünfte selbstredend bloss insoweit verbindlich, als die gelieferten Angaben (z. B. über wertvermehrnde Aufwendungen) zutreffen. Diesbezüglich ist der Kaufinteressent dem Verkäufer in gewissem Sinne ausgeliefert: Stellt dieser den Steuerbehörden gegenüber die Sachlage zu günstig dar, liegt zwar eine Verletzung (vor)vertraglicher Nebenpflichten vor^{50, 51}; der Käufer ist dem Fiskus gegenüber aber schutzlos, wenn die Grundstückgewinnsteuer und damit das gesetzliche Pfandrecht später höher ausfällt als in der eingeholten Auskunft mitgeteilt. Je nach den Umständen empfiehlt es sich daher für den Kaufinteressenten,

⁴⁶ So ausdrücklich etwa nach tessinischem Steuerrecht (PEDROLI [Fn. 11], S. 541).

⁴⁷ Vgl. z. B. § 87 der Vollziehungsverordnung zum StG ZH.

⁴⁸ Vgl. dazu etwa LOUIS BOCHUD, Notar und Steuern, ZBGR 76/1995 S. 1 ff., spez. S. 6 f., und THOMAS KOLLER, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten im Privatrecht, ZSR 112/1993 I 157 ff., spez. S. 172 ff.

⁴⁹ Vgl. dazu etwa die zurückhaltende Auffassung der Steuerverwaltung des Kantons Bern in NSTP 1995 S. 66.

⁵⁰ Siehe zu den steuerrechtsbezogenen Nebenpflichten des Verkäufers auch TH. KOLLER, Nebenpflichten (Fn. 48), S. 172 ff.; unbestimmt BOCHUD (Fn. 48), S. 6 f.

⁵¹ Zudem kann der Verkäufer unter Umständen auch *strafrechtlich* (z. B. wegen Betrugs) verantwortlich werden (vgl. dazu etwa LGVE 1988 I Nr. 45 [dieses Urteil – mit Freispruch des Angeklagten – trägt allerdings den steuerlichen Gegebenheiten nicht genügend Rechnung und ist ausgesprochen problematisch]).

sich bereits im Vertragsverhandlungsstadium durch einen fachkundigen Steuerberater unterstützen zu lassen, der die vom Verkäufer gelieferten Angaben kritisch prüft.

bb) Strittig kann sodann in vielen Fällen werden, welche Informationen die Steuerbehörden selbst hätten beschaffen müssen und bei welchen sie sich auf die Richtigkeit der vom Verkäufer gelieferten Angaben verlassen dürfen. So sind nach meinem Dafürhalten z. B. die um Auskunft angegangenen Steuerbehörden dem Kaufinteressenten gegenüber selbst dafür verantwortlich, dass bei der Ermittlung des mutmasslich anfallenden Steuerbetrages der Rohgewinn mitberücksichtigt wird, der aus einem früheren Steuerzuschubtatbestand herrührt⁵². Denn über die entsprechenden Unterlagen für jedes Grundstück müssen sie ohnehin verfügen, wenn sie später die Grundstückgewinnsteuer korrekt veranlagern wollen. Allfällig unzutreffende Angaben des Verkäufers – der unter Umständen mangels genügender Kenntnisse im Steuerrecht nicht bösgläubig zu sein braucht⁵³ – dürften sich hier nicht zu Lasten des Käufers auswirken⁵⁴.

Im Kanton Bern führt die Steuerverwaltung (Abteilung Vermögensgewinnsteuer) ein sogenanntes Steuerregister, aus welchem u. a. ein allfälliger Steuerzuschub ersichtlich ist. Damit die Steuerverwaltung allerdings eine entsprechende Auskunft erteilen kann, benötigt sie bei der Anfrage die Angabe der Grundbuch-Belegstelle des Erwerbes für das zum Verkauf beabsichtigte Grundstück⁵⁵. Eine Auskunft über auf einem Grundstück lastende aufgeschobene Rohgewinne wird somit von der Steuerverwaltung nicht in jedem Fall erteilt. Daher ist es unbedingt notwendig, dass die an der Ausarbeitung eines Grundstückkaufvertrages beteiligten Personen – insbesondere die Notarinnen und Notare – das Problembewusstsein in bezug auf möglicherweise vorhandene früher nicht besteuerte Rohgewinne besitzen.

b) Die Vertragsgestaltungsmöglichkeiten

Soweit nun der Kaufinteressent Informationen über die Höhe der zu erwartenden gesetzlichen Pfandrechte besitzt, kann er versuchen, sich gegen-

⁵² Bei einer Veräusserung, die einen Steueraufschubtatbestand darstellt (z. B. im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinandersetzung), wird auf den Erwerber eine latente Steuerlast übertragen, da bei einer späteren steuerpflichtigen Veräusserung nicht der vom Verkäufer bezahlte Erwerbspreis, sondern der vom Rechtsvorgänger entrichtete Kaufpreis als massgebender Erwerbspreis gilt (vgl. dazu etwa Art. 83a Abs. 1 Ziff. 3 i. V. m. Art. 80a lit. f StG BE).

⁵³ Dazu auch TH. KOLLER, Nebenpflichten (Fn. 48), S. 172 ff.

⁵⁴ Selbstverständlich ist in diesen Fällen die (materiell falsche) Auskunft nur gegenüber dem Käufer verbindlich, da dieser im Vertrauen auf deren Richtigkeit Dispositionen (z. B. die Vereinbarung einer bestimmten vertraglichen Sicherstellung) getroffen hat. Die Steuerbehörden sind daher in der Regel nicht gehindert, gegenüber dem Verkäufer später den richtigen (höheren) Betrag der Grundstückgewinnsteuer geltend zu machen. Die falsche Auskunft betrifft nur die Höhe des gesetzlichen Pfandrechts.

⁵⁵ Merkblatt «Gesetzliches Grundpfandrecht für Grundstückgewinne» (MB E 1995), Ziffer 7; Unterlagen der Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare vom 19. September 1994 (Vermögensgewinnsteuer/gesetzliches Grundpfandrecht), S. 8.

über dem Verkäufer vertraglich abzusichern. In Frage kommen dabei etwa die *Vereinbarung eines teilweisen Kaufpreistrückbehalts*, die *Errichtung eines Sperrkontos* bei einer Bank, bei einem Treuhänder oder bei der Urkundsperson sowie die *Stellung einer Bankgarantie durch den Verkäufer*⁵⁶. Letzteres empfiehlt sich vor allem dann, wenn der Verkäufer aus irgendwelchen Gründen auf die sofortige Bezahlung des gesamten Kaufpreises angewiesen ist.

Der konkreten Ausgestaltung von Sicherungsklauseln muss im Einzelfall genügend Sorgfalt gewidmet werden. Wichtig sind dabei insbesondere Regelungen über die zeitliche Dauer⁵⁷, über die Anforderungen an die Freigabe von Sperrkonti oder die Anspruchsbedingungen, unter denen der Käufer gegenüber einer Bank eine geleistete Bankgarantie geltend machen kann.

Im vom Verband bernischer Notare – basierend auf der Musterurkunde 621.3 – herausgegebenen Textvorschlag für die Abfassung eines öffentlich beurkundeten Kaufvertrags mit bestehendem Gebäude wird unter Ziffer III.8.c folgende Formulierung vorgeschlagen:

«Die Parteien vereinbaren, dem Notar den Betrag von Fr. ... zur treuhänderischen Verwaltung zu übergeben. Der Notar hat die Parteien darauf hingewiesen, dass dieser Betrag auf einem Sparkonto, welches auf ihren Namen lautet, bei der ... Bank angelegt wird.

Der Notar hat mit dem treuhänderisch verwalteten Betrag vorerst die provisorische Rechnung, sodann aber auch die (auf einer rechtskräftigen Veranlagung basierende) Schlussrechnung für Grundstückgewinnsteuern zu bezahlen.

Wird die provisorische Rechnung durch die Verkäuferin direkt bezahlt, darf der Notar dieser einen entsprechenden Betrag ab dem Sparkonto vergüten. Nach Bezahlung der Schlussrechnung steht das Sparkonto (inkl. Zins) der Verkäuferin zu.

Im übrigen darf der Notar über das Sparkonto nur auf Weisung beider Parteien oder aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder Vergleichs verfügen.»

Eine besondere, im allgemeinen wohl sehr einlässliche vertragliche Regelung der Käufersicherung ist erforderlich, wenn der Verkäufer den Kaufpreis in ein *Ersatzgrundstück zu reinvestieren* gedenkt. Unter gewissen – in den verschiedenen kantonalen Steuerrechten z. T. noch unterschiedlichen – Voraussetzungen hat eine solche Reinvestition einen Steueraufschub zur Folge⁵⁸. Die entsprechende latente Steuerlast geht dabei auf das Ersatzgrundstück über (und wird dort im Verlaufe der Zeit – bildlich gesprochen

⁵⁶ Siehe dazu auch CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 894, Rz. 2496 und Rz. 2580; ZUCKER (Fn. 20), S. 144 ff.; HESS (Fn. 16), S. 119; BOCHUD (Fn. 48), S. 11.

⁵⁷ Insbesondere bei Bankgarantien ist darauf zu achten, dass sie nicht bloss für kurze Zeit abgegeben werden. Die Garantiedauer sollte m. E. nicht weniger als fünf Jahre betragen.

⁵⁸ Vgl. etwa Art. 12 Abs. 3 lit. d und e StHG; Art. 80a lit. d und e StG BE; § 4 Abs. 1 Ziff. 6 und 7 GGStG LU; § 161 Abs. 3 lit. h i. V. m. § 164 Abs. 4 StG ZH.

– zu einer latenten Steueraltlast)⁵⁹. Im Gegenzug steht *nach erfolgter Ersatzanschaffung* – aber erst dann (!) – fest, dass keine Grundstückgewinnsteuer geschuldet ist und somit auf der veräusserten Liegenschaft kein gesetzliches Grundpfandrecht lastet. Das führt zu folgendem Dilemma: Im Zeitraum zwischen Veräusserung und vollständiger Reinvestition ist der Verkäufer auf die Verfügungsmöglichkeit über den Verkaufserlös angewiesen, der Käufer aber auf eine vertragliche Sicherung gegen das (latent drohende) Steuerpfandrecht.

Dieses Dilemma lässt sich – mit entsprechender Ausgestaltung im Kaufvertrag – auf zwei verschiedene Arten lösen: 1.) Der Verkäufer stellt dem Käufer eine Bankgarantie. Diesfalls steht ihm von Anfang an der volle Verkaufserlös zur freien Verfügung. Nach erfolgter Reinvestition lässt der Verkäufer durch die zuständige Steuerbehörde verbindlich feststellen, dass aus der Veräusserung keine Grundstückgewinnsteuer geschuldet ist und daher kein gesetzliches Pfandrecht besteht. Damit wird die Bankgarantie, deren Kosten sich in der Regel nach der Laufzeit bemessen, hinfällig. 2.) Der Käufer überweist den gesamten Kaufpreis auf ein Sperrkonto beim Notar oder bei einem Treuhänder. Der Notar oder der Treuhänder wird beauftragt, ausschliesslich vom Verkäufer visierte Rechnungen für die Bezahlung von Reinvestitionsleistungen (Kauf eines Ersatzgrundstückes; wertvermehrnde Aufwendungen beim Ersatzgrundstück oder gar Bau eines ganzen Hauses auf der Ersatzliegenschaft) zu begleichen. Damit wird sichergestellt, dass der Verkäufer den Veräusserungserlös effektiv reinvestiert und nicht für andere Zwecke verwendet.

Beide skizzierten Lösungen haben ihre Vor- und Nachteile. Die Variante «Bankgarantie» ist im allgemeinen relativ teuer und wird oft nur realisierbar sein, wenn der Verkäufer seinerseits der Bank Sicherheiten leistet⁶⁰; sie lässt sich aber einfach abwickeln. Die Variante «Sperrkonto» besitzt die erwähnten banktechnischen Nachteile nicht, ist jedoch aufwendig in der Handhabung und erfordert vom Notar oder Treuhänder unter Umständen eine ausserordentlich hohe Sorgfalt bei der Kontrolle der vom Verkäufer zur Bezahlung eingereichten Rechnungen. Allenfalls lässt sie sich unter Beizug eines erfahrenen *Bautreuhänders* – wie dies etwa bei Generalunternehmerverträgen zur Vermeidung der Risiken aus Bauhandwerkerpfandrechten geschieht – kostengünstig verwirklichen. Welche Variante den Vorzug verdient, muss im Einzelfall anhand einer sorgfältigen Prüfung aller Umstände entschieden werden.

⁵⁹ Vgl. dazu etwa BOCHUD (Fn. 48), S. 6; TH. KOLLER, Nebenpflichten (Fn. 48), S. 172 f.

⁶⁰ Z. B. durch Verpfändung einer Lebensversicherungspolice.

3. Die Rechtslage bei fehlender oder ungenügender vertraglicher Sicherung des Käufers

Wesentlich interessanter ist nun die Frage, welche Rechte dem Käufer einer Liegenschaft zustehen, der sich im Kaufvertrag nicht gegen die Folgen eines gesetzlichen Pfandrechts abgesichert hat oder dessen Sicherung sich als quantitativ ungenügend erweist. Dass dem Käufer in solchen Fällen grundsätzlich ein *privatrechtlicher* – und nicht etwa ein steuerrechtlicher⁶¹ – «Rückgriffsanspruch» auf den Verkäufer offenstehen muss, liegt auf der Hand. Fraglich ist nur, worauf dieser Anspruch beruht. Hier sind nun theoretisch verschiedene Möglichkeiten denkbar.

a) Kantonale Regelungen

Gewisse kantonale Steuergesetze – so etwa Art. 164 Abs. 1 lit. b StG BE – räumen dem Käufer ausdrücklich das Recht ein, vom Veräusserer für den mutmasslichen Betrag der Grundstückgewinnsteuer Sicherstellung zu verlangen. Daraus könnte nun *prima vista* abgeleitet werden, dem Käufer, welcher eine vertragliche Sicherung (aus welchen Gründen auch immer) nicht ausgehandelt habe, stehe nach Vertragsschluss *von Gesetzes wegen* ein obligatorischer Anspruch gegenüber dem Verkäufer auf Sicherstellung zu. Diesen könnte er dann etwa durch einen (teilweisen) Kaufpreistrückbehalt in Anwendung von Art. 82 OR oder gar durch Erfüllungsklage beim Zivilrichter geltend machen. Dem ist indessen nicht so. Denn die materielle Ausgestaltung eines Grundstückkaufvertrages zwischen den Parteien ist eine Frage des Privatrechts. Zum Erlass privatrechtlicher Regeln sind die Kantone – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – nicht befugt⁶². Entsprechende Normen in den verschiedenen kantonalen Steuergesetzen sind daher *bundeszivilrechtswidrig*⁶³ und haben bloss deklaratorische Bedeutung. Sie bilden somit keine rechtsgenügende Basis für privatrechtliche Ansprüche des Käufers gegenüber dem Verkäufer⁶⁴.

b) Bundesrechtliche Ansprüche des Käufers nach Bezahlung der Steuerschuld

Gemäss Art. 827 Abs. 2 ZGB i. V. m. Art. 110 Ziff. 1 OR gehen, soweit ein Dritter den Gläubiger befriedigt, dessen Rechte von Gesetzes wegen auf ihn über, wenn er eine für eine fremde Schuld verpfändete Sache einlöst, an

⁶¹ Vgl. dazu etwa BGE 116 II 707 ff., wo das Bundesgericht zu Recht (stillschweigend) von der Privatrechtsnatur des Anspruches ausging.

⁶² Art. 64 BV.

⁶³ Gl. M. ZUCKER (Fn. 20), S. 147/148; PEDROLI (Fn. 11), S. 544 Anm. 48; weniger eindeutig HESS (Fn. 16), S. 127/128 Anm. 127.

⁶⁴ Im gleichen Sinne auch S. 7 der Unterlagen der Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare (Fn. 55).

der ihm das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht zusteht⁶⁵. Diese Subrogationsregel hat zwar primär rechtsgeschäftlich begründete Drittpfandsituationen im Auge. Nichts spricht indessen dagegen, sie auch dann anzuwenden, wenn ein Käufer einer Liegenschaft zur Abwendung einer drohenden Grundpfandverwertung eine Steuerschuld des Verkäufers bezahlt. Insbesondere darf einem solchen Forderungsübergang die öffentlichrechtliche Natur der Steuerforderung (ausnahmsweise, wegen der Schutzbedürftigkeit des Käufers) nicht entgegenstehen⁶⁶. Damit steht dem Käufer ohne weiteres ein Rückgriff auf den Verkäufer offen. Ob sich ein solcher Regress auch noch auf andere Rechtsgrundlagen abstützen liesse, kann in diesen Fällen offenbleiben.

c) Bundesrechtliche Ansprüche des Käufers vor Bezahlung der Steuerschuld

Solange der Verkäufer die Grundstückgewinnsteuer nicht bezahlt, steht dem Fiskus das gesetzliche Pfandrecht zu. Prima vista könnte man annehmen, der Verkäufer erfülle (jedenfalls vorerst) gegenüber dem Käufer nicht korrekt. Doch welche Rechtsbehelfe stehen nun dem Käufer in dieser Situation von Gesetzes wegen zu?

aa) Soweit gesetzliche Pfandrechte zur Sicherung von Steuerforderungen aus früheren Rechtsgeschäften im Zusammenhang mit dem erworbenen Grundstück bestehen, welche im Grundbuch nicht eingetragen sind, ist die Rechtslage einfach. Diesfalls leidet die Liegenschaft an einem *Rechtsmangel*, für den der Verkäufer nach den Art. 192 ff. OR einzustehen hat⁶⁷. Ein nicht im Grundbuch eingetragenes gesetzliches Pfandrecht, das bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses bestand und von dem der Käufer bei Vertragsschluss keine Kenntnis hatte, erfüllt den Tatbestand der teilweisen Entwehrung nach Art. 196 OR. Der Käufer, der den Kaufpreis noch nicht (vollständig) beglichen hat, ist berechtigt, einen entsprechenden Rückbehalt zu machen; hat er bereits vollständig bezahlt, so steht ihm ein Rückfor-

⁶⁵ Vgl. dazu etwa BGE 60 II 182 ff. und 62 II 120 ff.

⁶⁶ Gl. M. ZUCKER (Fn. 20), S. 149/150; HESS (Fn. 16), S. 121; PEDROLI (Fn. 11), S. 559; ähnlich bereits auch TH. KOLLER, Grundbuchverkehr (Fn. 3), S. 44 Anm. 41. BGE 116 II 707 ff. lässt sich leider nicht entnehmen, worauf in casu die Klägerin ihren Anspruch rechtlich stützte. Vgl. zu einem umgekehrt gelagerten Fall (privatrechtliches Befreiungsversprechen [Art. 175 OR] für Steuerschulden) BGE 92 III 57 ff.

⁶⁷ Nicht dem Rechtsmängelgewährleistungsrecht zugeordnet werden in der privatrechtlichen Literatur an sich die Fälle, bei denen der Staat kraft auf einer generell-abstrakten Norm beruhender hoheitlicher Befugnis die Kaufsache dem Käufer entzieht (so ausdrücklich etwa BK-GIGER, Art. 192 OR N 22). Für Eigentumsbeschränkungen öffentlichrechtlicher Natur wie Bauverbote, Baubeschränkungen etc. ist dies sachgerecht. Anders verhält es sich aber hinsichtlich der in der Literatur nicht erwähnten gesetzlichen Pfandrechte. Diese haben zwar ihren Entstehungsgrund im öffentlichen Recht, unterscheiden sich sonst aber nicht von rechtsgeschäftlich errichteten Pfandrechten. In beiden Fällen handelt es sich um beschränkte dingliche Rechte, welche das Kaufobjekt belasten. Es besteht daher kein Grund, bei gesetzlichen Pfandrechten die Regeln der Rechtsmängelgewährleistung auszuschliessen.

derungsrecht zu⁶⁸. Eine allgemeine Gewährleistungswegbedingung – wie sie vielfach etwa formelhaft in Kaufverträgen verwendet wird – kann den Verkäufer nicht entlasten, da diese vom Konsens insoweit regelmässig nicht erfasst wird. Dazu wäre nach meinem Dafürhalten eine ausdrückliche Wegbedingung der Rechtsmängelgewährleistung für gesetzliche Pfandrechte erforderlich, die indessen ungültig ist, wenn der Verkäufer die Existenz eines bestehenden gesetzlichen Pfandrechtes absichtlich verschwiegen hat⁶⁹.

Das Institut der Rechtsmängelgewährleistung hat im modernen Privatrecht stark an Bedeutung verloren, weil das Sachenrecht verschiedene Regeln zum Schutze des gutgläubigen Erwerbers kennt, welche Überraschungen in bezug auf nicht bekannte dingliche Rechte an einer Kaufsache weitgehend ausschliessen⁷⁰. Es ist nun denkbar, dass die Art. 192 ff. OR als Folge der Zunahme nicht eintragungsbedürftiger gesetzlicher Pfandrechte wieder an Bedeutung gewinnen könnten. Ob damit allerdings eine eigentliche *Renaissance* des leicht altertümlich anmutenden Rechtsinstituts der Rechtsmängelgewährleistung verbunden sein wird, muss zur Zeit offenbleiben.

bb) Schwieriger zu beurteilen ist die Rechtslage in bezug auf das gesetzliche Pfandrecht, das dem Fiskus zur Sicherung der aus dem Kaufvertrag selbst resultierenden Grundstückgewinnsteuer zusteht. Die Rechtsmängelgewährleistung kommt hier nicht zum Zuge. Denn diesfalls existiert das Pfandrecht nicht schon vor Vertragsschluss – wie dies Art. 192 Abs. 1 OR verlangt –, da die Steuerforderung und damit das gesetzliche Pfandrecht erst mit der Veräusserung, d. h. mit der Eigentumsübertragung, entsteht⁷¹. Das wirft die Frage auf, ob in solchen Fällen die Regeln über die Nicht- bzw. Schlechterfüllung nach Art. 97 ff. OR oder die Bestimmungen über die Sachmängelgewährleistung anwendbar sind. Diese Frage lässt sich deshalb nicht leicht beantworten, weil die Veranlagung der aus dem fraglichen Kauf selbst resultierenden Grundstückgewinnsteuer stets eine gewisse – unter Umständen auch ohne Verschulden des Verkäufers mehrere Jahre dauernde – Zeit beansprucht. Während dieser Zeit besteht das gesetzliche Grundpfandrecht; es geht erst unter, wenn die Steuer veranlagt und bezahlt ist. Korrekt bzw. mangelfrei erfüllt wäre daher erst mit definitivem Untergang des Pfandrechtes lange Zeit nach dem Grundbucheintrag. Im Grunde wäre somit der Verkäufer nur dann in der Lage, seinen vertraglichen Pflichten sofort gehörig nachzukommen, wenn aus dem konkreten Rechtsgeschäft

⁶⁸ Vgl. dazu statt aller etwa OR-HONSELL, Art. 196 OR N 1 ff., sowie MAX KELLER/KURT SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl. Zürich 1995, S. 65/66.

⁶⁹ Art. 192 Abs. 3 OR; ZUCKER (Fn. 20), S. 151; differenzierter PEDROLI (Fn. 11), S. 559.

⁷⁰ Vgl. dazu etwa PIERRE TERCIER, Les contrats spéciaux, 2. Aufl. Zürich 1995, Rz. 315. Leider erwähnt TERCIER gesetzliche Pfandrechte als Beispiel für eine Rechtsmängelkonstellation nicht (Rz. 316).

⁷¹ Gl. M. ZUCKER (Fn. 20), S. 150/151, und PEDROLI (Fn. 11), S. 559.

gar keine Grundstückgewinnsteuer resultiert. Auf den Regelfall bei der Abwicklung von Grundstücksgeschäften passen daher die Bestimmungen über die Leistungsstörungen nach Art. 97 ff. OR oder über die Sachmängelgewährleistung nicht.

Literatur und Judikatur haben sich bis heute soweit ersichtlich nicht mit dieser Fragestellung befasst. Daher muss hier der Versuch unternommen werden, eine sachgerechte Lösung zu entwickeln. Eine solche ist wohl nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles möglich. So ist es denkbar, dass die Parteien – aus welchen Gründen auch immer – bewusst auf eine vertragliche Regelung zur Sicherung des Käufers verzichtet haben. Diesfalls ist der Käufer nicht berechtigt, bis zum definitiven Untergang des gesetzlichen Pfandrechts einen Teil des Kaufpreises zurückzubehalten, da dies dem vertraglich Vereinbarten widersprechen würde. Anders verhält es sich, wenn der Käufer selbst oder beide Parteien aus Unkenntnis über die Rechtslage eine vertragliche Regelung unterlassen haben, mithin also eine Vertragslücke vorliegt. Diesfalls muss zu der den Vertragsrechtlern wohlbekannten Denkfigur des *hypothetischen Parteiwillens* Zuflucht genommen werden. Zu fragen ist dann, was vernünftige Parteien unter Berücksichtigung von Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie sich beim Vertragsschluss des Problems bewusst gewesen wären⁷². Als normativer Massstab für die Vernünftigkeit einer hypothetischen Regelung könnte dann wohl das in verschiedenen kantonalen Gesetzen vorgesehene – für sich allerdings privatrechtlich nicht massgebende⁷³ – Recht des Käufers, vom Verkäufer Sicherstellung zu verlangen, herangezogen werden. Dem Käufer wäre so in *ergänzender Vertragsauslegung* das Recht einzuräumen, den Verkäufer zur Sicherstellung anzuhalten. Solange der Verkäufer diesem Begehren nicht nachkommt, erfüllt er eine wesentliche vertragliche Nebenpflicht nicht. Der nicht vorleistungspflichtige Käufer könnte sich daher in Anwendung von Art. 82 OR weigern, den vollen Kaufpreis zu bezahlen⁷⁴. Zudem stünde dem Käufer das Recht zu, den Verkäufer in bezug auf die Sicherstellungspflicht in Verzug zu setzen und – jedenfalls bei zu erwartenden *hohen* Grundstückgewinnsteuern – nach fruchlosem Ablauf einer Nachfrist gemäss Art. 109 OR vom Vertrag zurückzutreten⁷⁵. Im Regelfall liegt diese Möglichkeit allerdings nicht im Interesse des Käufers, der ja an sich das Grundstück nicht zurückgeben, sondern behalten möchte.

⁷² Vgl. dazu statt aller etwa PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. Zürich 1995, N 1256 ff., m. w. Nw.

⁷³ Vgl. oben IV.3.a).

⁷⁴ Vgl. zur Möglichkeit des Teilrückhalts in Anwendung von Art. 82 OR BK-WEBER, Art. 82 OR N 163 ff., spez. N 167, sowie BGE 44 II 72 ff.

⁷⁵ Zum Recht des Gläubigers auf Rücktritt vom gesamten Vertrag bei Teilverzug siehe statt aller etwa OR-WIEGAND, Art. 109 OR N 10, m. w. Nw.

Diese Ausführungen haben gezeigt, wie unklar und unsicher die Rechtslage ist, wenn die Parteien eine ausdrückliche vertragliche Regelung in bezug auf die Sicherstellung des Käufers unterlassen haben. Unter diesen Umständen empfiehlt es sich dringend, den Problemen im Zusammenhang mit gesetzlichen Grundpfandrechten bei der Vertragsgestaltung genügend Aufmerksamkeit zu schenken.

4. Die Haftung des Notars

Die vorstehenden Überlegungen haben mit aller Deutlichkeit klar gemacht, welche Tragweite der vertraglichen Regelung der Sicherstellung des Käufers zukommt. Das wirft die Frage auf, ob der Notar, welcher den Grundstückkaufvertrag beurkundet, die Pflicht hat, den Käufer über die entsprechende Problematik aufzuklären. Gewisse kantonale Beurkundungsrechte sehen eine solche Hinweispflicht ausdrücklich vor⁷⁶. Aber auch dann, wenn eine gesetzliche Verankerung der Aufklärungspflicht fehlt, wird man diese Frage ohne weiteres bejahen können⁷⁷. Kommt ein Notar dieser Pflicht nicht nach, so wird er daher dem Käufer für den allfällig entstehenden Schaden haftbar⁷⁸.

V. Aus einem gesetzlichen Grundpfandrecht resultierende Probleme für kreditgewährende Banken

1. Das (allfällige) Rangprivileg

a) Vorbemerkung

Zahlreiche kantonale Steuergesetze sehen – wie bereits erwähnt – für gesetzliche Grundpfandrechte zur Sicherung des Steuerbezuges ein Rangprivileg vor. Eine solche Regelung steht in einem gewissen Widerspruch zum im schweizerischen Grundpfandrecht geltenden *System der festen Pfandstelle* und zum Grundsatz der *Alterspriorität*⁷⁹. Faktisch werden dadurch die Interessen der vertraglichen Pfandgläubiger beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung kann heute im Einzelfall sehr stark ausfallen, da die mit rangprivilegierten Pfandrechten gesicherten Steuerbeträge im geltenden Steu-

⁷⁶ Vgl. z. B. § 26 Abs. 1 der luzernischen Beurkundungsverordnung (zitiert bei BOCHUD [Fn. 48], S. 8) oder § 87 der Vollziehungsverordnung zum StG ZH.

⁷⁷ BRÜCKNER (Fn. 56), Rz 2577 ff.; vgl. für das bernische Recht etwa Unterlagen der Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare (Fn. 55), S. 7 (wonach sich die Informationspflicht des Notars aus Art. 164 Abs. 1 Satz 2 StG BE ergebe), und für das tessinische Recht PEDROLI (Fn. 11), S. 544.

⁷⁸ Vgl. dazu etwa BOCHUD (Fn. 48), S. 12.

⁷⁹ Vgl. dazu statt aller etwa PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl. Zürich 1995, S. 826 ff., und ZUCKER (Fn. 20), S. 82 ff.

erreicht unter Umständen sehr hoch sind⁸⁰. Das Bundesgericht hat diese Gefährdungslage in seiner Rechtsprechung zwar grundsätzlich anerkannt, gleichzeitig aber festgehalten, durch die Zulassung rangprivilegierter Steuergrundpfandrechte würde das bundesprivatrechtliche Grundpfandsystem nicht übermässig – und daher in bundesrechtswidriger Weise – verkompliziert oder gar verunmöglicht⁸¹. Dementsprechend hat das Bundesgericht in ständiger Praxis erkannt, dass es dem kantonalen Gesetzgeber grundsätzlich freisteht, unter den Voraussetzungen von Art. 836 ZGB gesetzliche Grundpfandrechte mit Vorrang vor allen anderen (insbesondere den vertraglichen) Grundpfandrechten einzuführen⁸².

b) Die vorsichtige Belehnung als Ausweg

Interessant ist in diesem Zusammenhang eine Änderung in der Optik, mit der das Bundesgericht die Frage der Zulässigkeit einer Rangprivilegierung von gesetzlichen Steuerpfandrechten anging. In einem früheren Urteil hat es noch ausgeführt, es dürfe als normal vorausgesetzt werden, dass, wo bei einer Grundstückveräußerung ein Gewinn erzielt werde, auch die Hypotheken gedeckt seien. Den gegenteiligen Fall betrachtete das Bundesgericht damals als Ausnahme⁸³. In einem neueren Fall meint das Bundesgericht nun, die privaten Pfandgläubiger könnten die Gefahr einer Schmälerung des Haftungssubstrates durch *eine zurückhaltende Belehnung der Liegenschaft* verhindern⁸⁴. Die erste Auffassung – sie stammt bezeichnenderweise von der II. Zivilabteilung, die für steuerliche Fragen bis heute bekanntermassen kein grosses Verständnis besitzt⁸⁵ – ist offenkundig weltfremd. In Zeiten steigender Immobilienpreise wurden oft Liegenschaften im Verlaufe einer möglicherweise längeren Besitzesdauer zunehmend (weit über den ursprünglichen Kaufpreis hinaus) hypothekarisch belehnt. Vielfach haben die Grundeigentümer die dergestalt von den kreditgewährenden Banken zur Verfügung gestellten Mittel für Zwecke verwendet, die nicht mit dem belasteten Grundstück zusammenhängen und dessen Wert somit nicht vermehrten, so etwa für den Erwerb anderer Liegenschaften oder für den Kauf von Wertschriften. Das konnte ohne weiteres – und zwar nicht nur im Sinne einer Ausnahme – dazu führen, dass bei einer allfälligen Zwangsverwertung wohl ein (unter Umständen sogar hoher) steuerbarer

⁸⁰ Vgl. als Beispiel nur etwa die Zahlen in ASA 62 S. 570 ff. Im gleichen Sinne auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID (Fn. 79), S. 825; diesbezüglich zurückhaltender seinerzeit noch PETER LIVER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1958, ZBJV 95/1959 S. 440 ff.

⁸¹ ASA 62 S. 574; vgl. bereits auch BGE 85 I 38.

⁸² BGE 84 II 100 f. E. 2; 85 I 38; ASA 62 S. 574. Zustimmung zu dieser Praxis ZUCKER (Fn. 20), S. 87 (mit Hinweisen auf kritische Stimmen).

⁸³ BGE 84 II 105.

⁸⁴ ASA 62 S. 574.

⁸⁵ Vgl. als modernes Beispiel etwa BGE 121 III 304 ff. sowie meine Besprechung dieses Urteils in ZBJV 132/1996 S. 247 ff.

Grundstückgewinn resultierte, die vertraglichen Pfandgläubiger aber keine volle Deckung erhielten, weil die Ansprüche des Fiskus vorrangig zu befriedigen waren. Die im späteren Urteil vertretene Auffassung – sie stammt von der II. öffentlichrechtlichen Abteilung, welche aufgrund der internen Zuständigkeitsordnung des Bundesgerichts der Steuerwirklichkeit ohnehin näher steht – ist daher offensichtlich die realistischere. Unliebsamen Überraschungen im Zusammenhang mit rangprivilegierten gesetzlichen Pfandrechten muss eben in der Tat der vertragliche Pfandgläubiger durch eine vorsichtige Kreditvergabe vorbeugen.

Bei der Grundstückgewinnsteuer ist dies im übrigen nicht das fatalistisch hinzunehmende Ergebnis einer allzu fiskalistischen Steuergesetzgebung gewisser Kantone, sondern im Regelfall durchaus sachgerecht. Banken, welche bei steigenden Immobilienpreisen einem Grundeigentümer Hypothekarkredite gewähren, die den ursprünglichen Erwerbspreis der Liegenschaft übersteigen, ermöglichen ihrem Kunden wirtschaftlich gesehen eine (allerdings nicht steuerbare) «Realisierung» der (vorerst bloss latenten) Wertsteigerung des Grundstückes; denn der Grundeigentümer kann so die seit dem Erwerb eingetretene Wertsteigerung (wenigstens teilweise) bereits in Geld umsetzen, ohne das Grundstück zu verkaufen. Unter diesen Umständen drängt es sich geradezu auf, den übermässig kreditgewährenden vertraglichen Grundpfandgläubiger – und nicht den Fiskus – das Risiko einer Überbelastung der Liegenschaft mit Pfandrechten tragen zu lassen. Der vertragliche Gläubiger hat es in diesen Fällen in der Hand, sich vom Kreditkunden die notwendigen Informationen⁸⁶ zu beschaffen, um die Höhe der seit dem Erwerb des Grundstückes eingetretenen Wertsteigerung und damit die ungefähre Höhe der (vorerst bloss latenten) Grundstückgewinnsteuerlast berechnen zu können.

Für die (banktechnische) Belehnungspraxis empfiehlt sich das folgende Vorgehen: Zunächst ist (wie gewohnt) der objektive Verkehrswert (Veräußerungswert) der Liegenschaft zu ermitteln. Von diesem Wert muss sodann die (ungefähre) Grundstückgewinnsteuer, welche bei einer Veräußerung anfallen würde, in Abzug gebracht werden. Erst anhand des verbleibenden *Nettowertes* darf schliesslich die bankübliche maximale Belehnungshöhe (von z. B. 75 % oder 80 %) festgesetzt werden.

c) Sonderfälle

In zwei Fallkonstellationen allerdings ist die Situation des vertraglichen Grundpfandgläubigers weniger komfortabel.

aa) Die eine Problemlage ergibt sich bei nach Gewährung des Kredites wieder sinkenden Immobilienpreisen. Ein solcher negativer Konjunktur-

⁸⁶ Der wichtigste Parameter ist dabei der Anschaffungspreis, den der Kunde anhand des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages leicht nachweisen kann.

verlauf kann dazu führen, dass selbst die Berechnungen des vorsichtigen Grundpfandgläubigers, der bei der Kreditgewährung die latenten Grundstückgewinnsteuerlasten auf dem Pfandobjekt berücksichtigt hat, nicht mehr stimmen, ein allfälliger Verwertungserlös also nicht mehr ausreicht, um die vorrangig zu begleichende (immer noch hohe, wenn auch gegenüber dem Zeitpunkt der Kreditprüfung gesunkene) Grundstückgewinnsteuerforderung und die vertraglichen Pfandgläubiger voll zu decken. Mit dem Rückgang von Immobilienpreisen verbundene Risiken sind indessen – die letzten Jahre haben uns das drastisch vor Augen geführt – ganz «normale» Kreditrisiken, mit denen Pfandgläubiger leben müssen.

bb) Heikler ist die zweite Fallkonstellation. Unter gewissen Umständen ist es – je nach Ausgestaltung des kantonalen Steuerrechts – möglich, dass bei einer Grundstückveräußerung ein Steueraufschub erfolgt. Das kann beispielsweise bei bestimmten güterrechtlichen Transaktionen – etwa im Rahmen eines Scheidungsverfahrens – eintreten⁸⁷. Diesfalls wird auf den Erwerber eine latente Steuerlast übertragen. Für solche latenten Steuerlasten, die faktisch (wenn auch nicht dogmatisch) wie Grundlasten wirken, fehlen zur Zeit wie dargelegt allgemein zugängliche Publizitätseinrichtungen⁸⁸. Für Banken, die ein Kreditgesuch eines Grundeigentümers zu prüfen haben, sind sie nicht erkennbar, wenn der Kunde den (potentiellen) Gläubiger nicht darüber orientiert. In solchen Fällen ist es leicht denkbar, dass sich auch eine vorsichtige Bank bei der Prüfung eines Kreditgesuches verkalkuliert (wobei nicht einmal unbedingt böser Wille des Kunden vorliegen muss⁸⁹). Sowohl zum Schutze potentieller Kreditgeber als auch im Interesse der betroffenen Grundeigentümer selbst⁹⁰ wäre es daher *dringend erforderlich, entsprechende Publizitätseinrichtungen zu schaffen*. Im Idealfall wäre dies ein zusätzlicher Eintrag in einer neu zu schaffenden

⁸⁷ Vgl. dazu etwa Art. 12 Abs. 3 lit. b StHG und Art. 80a lit. f StG BE (siehe zum letzteren Artikel auch NSIP 1995 S. 131 ff. und S. 139 f.) sowie § 4 Abs. 1 Ziff. 2 GGStG LU und Art. 43 lit. b StG GR.

⁸⁸ Die Abteilung Vermögensgewinnsteuer der Steuerverwaltung des Kantons Bern führt ein Steuerregister, aus welchem Steueraufschubtatbestände ersichtlich sind. Entsprechende Informationen sind jedoch nur dann erhältlich, wenn die anfragende Person die Grundbuch-Belegstelle des Erwerbes des betreffenden Grundstückes angibt (und damit im wesentlichen ausdrücklich nach dem Vorliegen eines früheren Steueraufschubtatbestandes fragt). Siehe dazu oben IV.2.a) bb).

⁸⁹ Selbst im Steuerrecht nicht speziell bewanderte Juristinnen und Juristen sind sich oft nicht bewusst, dass bei einem Eigentumswechsel an einem Grundstück bei gleichzeitigem Aufschub der Grundstückgewinnbesteuerung eine latente Steuerlast in unter Umständen beträchtlicher Höhe auf den Erwerber übergeht (vgl. dazu schon TH. KOLLER, Nebenpflichten [Fn. 48], S. 172 ff.).

⁹⁰ Der Grundeigentümer besitzt in verschiedenen Fallkonstellationen ein ausserordentlich grosses Interesse, sich rasch und einigermaßen zuverlässig über auf seiner Liegenschaft lastende latente Steuerlasten informieren zu können. Man denke nur etwa an den Fall einer güter- oder erbrechtlichen Auseinandersetzung, welche eine Verkehrswertermittlung erfordert, die nur unter Berücksichtigung latenter Steuerlasten sachgerecht erfolgen kann (anders aber BGE 121 III 304 ff.).

Rubrik im Grundbuch oder zumindest eine entsprechende Anmerkung. Aber eine solche Vorstellung ist in unserer noch über weite Strecken von antifiskalistischen Reflexen geprägten helvetischen Rechtswirklichkeit wohl eine *Utopie*.

Anzufügen bleibt ein letztes: Nebst gesetzlichen Grundpfandrechten zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges gibt es in den verschiedenen kantonalen Abgaberechten noch zahlreiche weitere gesetzliche Grundpfandrechte mit Rangprivileg. Sie alle zu kennen, zu überblicken und bei der Kreditgewährung gebührend in Rechnung zu stellen, mag in vielen Fällen ausserordentlich schwierig sein. Im allgemeinen wird man allerdings davon ausgehen dürfen, dass diese übrigen vorrangigen gesetzlichen Grundpfandrechte im Verhältnisse zu einem Pfandrecht, welches der Sicherung der Grundstückgewinnsteuer dient, quantitativ nur von untergeordneter Bedeutung sind.

2. Grundstückgewinnsteuern, die aus der Zwangsverwertung eines Grundstückes resultieren

Gewisse Kantone – so Graubünden⁹¹ – kennen für das gesetzliche Grundpfandrecht zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges kein Rangprivileg. Das sollte indessen Kreditgeber in denjenigen Kantonen, welche eine Grundstückgewinnsteuer *ohne Einschränkung* auch dann erheben, wenn ein Gewinn aus der Zwangsverwertung einer Liegenschaft resultiert, nicht zu einer unvorsichtigen Kreditvergabe verleiten. Die Begründung ergibt sich aus folgender Überlegung:

Bei Grundstückgewinnsteuern, die aus der Zwangsverwertung einer Liegenschaft im Konkurs resultieren, handelt es sich um Masseverbindlichkeiten⁹². Masseverbindlichkeiten sind vorneweg aus dem Bruttoerlös der im Konkurs verwerteten Vermögensstücke des Gemeinschuldners zu begleichen⁹³. Gemäss Art. 262 Abs. 2 SchKG werden dabei allerdings auf den Erlös von Pfandgegenständen nur die Kosten ihrer Verwaltung und Verwertung verlegt. Unter die «Kosten der Verwertung» pfandbelasteter Liegenschaften lassen sich nun aber ohne weiteres auch die Grundstückgewinnsteuern subsumieren, die aus der Zwangsverwertung selbst anfal-

⁹¹ Art. 130 Abs. 1 i. V. m. Art. 131 Abs. 1 Ziff. 1 EGZZGB GR; vgl. zu letzterem einlässlich etwa HESS (Fn. 16), S. 96 ff.

⁹² BGE 120 III 156 E. 2 b; 111 Ia 86 ff.; ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des Steuerrechts, 5. Aufl. Zürich 1995, S. 459, m. w. Nw.; JEAN-MARC RIVIER, Droit fiscal suisse, L'imposition du revenu et de la fortune, Neuchâtel 1980, S. 365; HESS (Fn. 16), S. 124; THOMAS KOLLER, Überbindung der Grundstückgewinnsteuer auf den Ersteigerer, der eine Liegenschaft in einer Zwangsverwertung erwirbt (Besprechung von BGE 120 III 128 ff.), AJP 1995 S. 512 ff., spez. S. 513.

⁹³ Art. 262 SchKG; BGE 120 III 156 E. 2b; KURT AMONN, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 5. Aufl. Bern 1993, S. 388/389 Rz. 2; HESS (Fn. 16), S. 124, m. w. Nw.

len⁹⁴. Das hat zur Folge, dass die Grundstückgewinnsteuern aus dem Bruttoerlös der zwangsversteigerten Liegenschaft zu bezahlen sind, und zwar *vor der Befriedigung der Pfandgläubiger*⁹⁵. Dasselbe muss gelten, wenn die zwangsverwertete Liegenschaft mit vertraglichen Pfandrechten so hoch belastet ist, dass der Erwerber wegen der Überbindung von nicht fälligen grundpfandgesicherten Forderungen der Konkursmasse entweder überhaupt keinen Barbetrag zu entrichten hätte oder dass der von ihm an sich geschuldete Barbetrag zur Bezahlung der Grundstückgewinnsteuer nicht ausreichen würde. In solchen Fällen muss so vorgegangen werden, dass dem Erwerber in entsprechendem Umfang nachrangige vertragliche Grundpfandrechte nicht überbunden werden und dieser im Gegenzug der Konkursmasse – zur Begleichung der aus der Zwangsverwertung resultierenden Grundstückgewinnsteuerforderung – die notwendigen Barmittel zu überweisen hat. Würde man anders entscheiden, so könnte der Fiskus gegenüber dem Erwerber das gesetzliche Grundpfandrecht zur Sicherung der sich aus der Zwangsverwertung ergebenden Grundstückgewinnsteuer geltend machen und diesen so – jedenfalls faktisch – zwingen, anstelle der Konkursmasse die Grundstückgewinnsteuer zu bezahlen⁹⁶. Dies wäre offenkundig nicht sachgerecht. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb der Ersteigerer einer Liegenschaft und nicht die nachrangigen vertraglichen Pfandgläubiger die Folgen einer unvorsichtigen Kreditvergabe tragen sollen⁹⁷.

Dieses Problem stellt sich nicht, wenn das kantonale Recht auf die Erhebung einer Grundstückgewinnsteuer insoweit verzichtet, als die Gläubiger bei einer Zwangsverwertung nicht volle Deckung erhalten⁹⁸. Eine solche Lösung ist indessen steuerlich in keiner Weise sachgerecht⁹⁹. Sie führt nicht nur zu zahlreichen, z. T. schwierigen Abgrenzungsproblemen¹⁰⁰, sondern stellt ein völlig unverdientes *Steuergeschenk* an unvorsichtige

Gläubiger dar. In den Ausführungen zum Rangprivileg wurde eingehend dargelegt, dass es kreditgewährende Banken durch übermässige Kreditvergabe den Grundeigentümern ermöglichen, Wertsteigerungen auf Liegenschaften wirtschaftlich ohne Veräusserung des Grundstückes – quasi antizipiert – zu realisieren. Unter diesen Umständen ist es geradezu stossend, wenn gewisse Kantone in einer anschliessenden Zwangsverwertung auf die Gewinnbesteuerung verzichten. Dies sollte sich der Fiskus nicht nur in Zeiten der Finanzknappheit, sondern aus *grundsätzlichen Überlegungen zur Rechtsgleichheit generell nicht leisten*.

VI. Das gesetzliche Grundpfandrecht bei wirtschaftlichen Handänderungen

Grundstückgewinnsteuern sind nicht nur bei der zivilrechtlichen Veräusserung von Liegenschaften, sondern auch in zahlreichen Fällen sogenannter *wirtschaftlicher Handänderungen* geschuldet¹⁰¹. Das praktisch wichtigste Beispiel für eine solche steuerbare wirtschaftliche Handänderung bildet die *Veräusserung der Aktienmehrheit an einer Immobiliengesellschaft*. Wenn das massgebende kantonale Recht zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges ein gesetzliches Grundpfandrecht kennt, so erstreckt sich dieses auch auf Steuerforderungen, welche aus einer wirtschaftlichen Handänderung resultieren¹⁰². Das kann im Einzelfall zu verschiedenen Schwierigkeiten führen¹⁰³, so etwa für den Käufer eines Aktienpaketes, wenn nicht mit Sicherheit feststeht, ob er Beteiligungsrechte an einer Immobiliengesellschaft im grundstückgewinnsteuerrechtlichen Sinne oder an einer blossen Betriebsgesellschaft mit (erheblichem) Liegenschaftensbesitz erwirbt. Auf die damit zusammenhängenden Probleme kann hier angesichts der Vielfalt der möglichen Sachverhaltskonstellationen nicht eingegangen werden. Sie bedürfen im konkreten Falle der sorgfältigen Abklärung.

VII. Schluss

Mit den vorstehenden Ausführungen konnten längst nicht alle Probleme im Zusammenhang mit gesetzlichen Grundpfandrechten zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges dargelegt werden. Immerhin dürften sie einen Überblick über die zahlreichen Probleme und Schwierigkeiten ver-

¹⁰¹ Vgl. etwa Art. 12 Abs. 2 StHG; Art. 81 Abs. 2 StG BE; Art. 42 Abs. 2 lit. a StG GR; § 3 Ziff. 2 ff. GGStG LU; § 161 Abs. 2 StG ZH.

¹⁰² ZUCKER (Fn. 20), S. 40; HESS (Fn. 16), S. 94; BOCHUD (Fn. 48), S. 8 f. Vgl. dazu auch BGE 116 II 707 ff.

¹⁰³ Siehe dazu als Beispiel nur etwa den BGE 116 II 707 ff. zugrundeliegenden Fall.

⁹⁴ So im Ergebnis BGE 120 III 153 ff.; anders offenbar die Vorinstanzen in BGE 107 III 113 ff. (vgl. spez. S. 114 oben); TH. KOLLER, Überbindung (Fn. 92), S. 513; kein Hinweis bei AMONN (Fn. 93), S. 389 Rz. 3.

⁹⁵ Anderer Meinung, aber ohne Begründung, HESS (Fn. 16), S. 129 Anm. 161.

⁹⁶ In diesem Sinne entschieden wurde in StR 1987 S. 40 ff. (Bundesgericht) und in PVG 1990 Nr. 64 (VGer GR).

⁹⁷ Vgl. dazu ausführlich bereits TH. KOLLER, Überbindung (Fn. 92), S. 514.

⁹⁸ Vgl. etwa Art. 80 lit. a StG BE (und dazu NStP 1995 S. 141 ff. und S. 163 ff.) sowie § 5 Abs. 1 Ziff. 1 GGStG LU (und dazu LGVE 1988 II Nr. 13) und Art. 44 Abs. 2 StG GR. Zum bernischen Steuerrecht siehe auch PETER LOCHER, Das Objekt der bernischen Grundstückgewinnsteuer, Diss. Bern 1976, S. 213 (der zu Recht die Problematik dieser Ausnahmegestimmung in den Vordergrund stellt), und IRENE BLUMENSTEIN, Kommentar zum bernischen Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern, Bern 1948, Art. 81 StG BE N 1a (mit m.E. unzutreffenden Ausführungen).

⁹⁹ Ähnlich ZUCKER (Fn. 20), S. 42. Aus diesem Grunde kennen verschiedene Kantone (z. B. Zürich [nach Aufhebung von § 163 lit. b StG ZH] und Wallis [vgl. zu letzterem etwa den in StR 1987 S. 40 ff. publizierten BGE vom 2. 2. 1984]) solche Ausnahmeregelungen – zu Recht – nicht.

¹⁰⁰ Vgl. dazu nur etwa die in Fn. 98 zitierten Entscheide.

schaft haben, mit denen sich Kaufinteressenten von Grundstücken und kreditgewährende Banken konfrontiert sehen können, wenn das massgebende kantonale Recht ein solches gesetzliches Grundpfandrecht vorsieht. Über die skizzierten Schwierigkeiten hinaus können sich natürlich in vielen Fällen zahlreiche weitere Fragen stellen. Dies rührt unter anderem daher, dass in mehreren Kantonen das Grundstückgewinnsteuerrecht relativ kompliziert ausgestaltet ist. Oft ist es daher für angefragte Steuerverwaltungen ebenso wie für Notare, Kaufinteressenten oder Banken nicht möglich, die Höhe künftig geschuldeter Grundstückgewinnsteuern (und damit die Höhe des gesetzlichen Pfandrechts) verlässlich abzuschätzen.

Für das bernische Recht seien hier beispielhaft nur die Probleme erwähnt, die sich aus der möglichen Verrechnung von steuerbaren Grundstücksgewinnen mit Betriebsverlusten¹⁰⁴ oder aus Art. 77 Abs. 2 lit. a StG BE – d. h. der Ausnahme der von gewerbmässigen Liegenschaftenhändlern erzielten Gewinne von der Grundstückgewinnsteuer – ergeben können. Da sich vielfach erst im Rahmen eines definitiven Veranlagungsverfahrens feststellen lässt, ob Verlustverrechnungen im konkreten Falle möglich sind oder ob ein Grundstücksgewinn nicht der pfandgesicherten Grundstückgewinnsteuer, sondern der nicht pfandgesicherten Einkommenssteuer unterliegt, ist es ohne weiteres denkbar, dass die im Rahmen von Vertragsverhandlungen um Auskunft angegangene Steuerverwaltung eine objektiv unrichtige Auskunft erteilt (ohne dass ihr daraus ein Vorwurf erwachsen könnte).

Stellt sich später heraus, dass aus einem Grundstückverkauf überhaupt keine Grundstückgewinnsteuer geschuldet ist oder dass der Steuerbetrag wesentlich tiefer ausfällt als in der Auskunft erwähnt, so haben die Parteien im Kaufvertrag unter Umständen eine zu hohe Sicherstellung zugunsten des Käufers vereinbart. Das kann für den Verkäufer zu ernsthaften Liquiditätsengpässen führen. Und Kreditgeschäfte können allenfalls nicht fristgerecht abgewickelt werden, weil die von der Steuerverwaltung (in guten Treuen) erteilte Auskunft eine zu hohe (vorerst nur hypothetische) Grundpfandbelastung erwarten lässt, so dass die Bank auf das Kreditgeschäft entweder ganz verzichtet oder mit der Kreditzusage zuwarten will, bis Klarheit über eine geringere Belastung des zu belehnenden Grundstücks mit gesetzlichen Pfandrechten besteht.

Diese Schwierigkeiten werfen natürlich die Frage auf, ob gesetzliche Grundpfandrechte zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges nicht eine zu starke Belastung für den Grundstückverkehr darstellen und daher abgeschafft bzw. gar nicht erst eingeführt werden sollten. Dies ist letztlich eine rechtspolitische Frage. Im Hinblick auf den nach meinem Dafürhalten wichtigen Steuersicherungszweck und unter Berücksichtigung

¹⁰⁴ Art. 88 Abs. 1 StG BE.

der zentralen Stellung, die die Grundstückgewinnbesteuerung im schweizerischen Steuerrecht einnimmt, erachte ich persönlich trotz all dieser Schwierigkeiten gesetzliche Grundpfandrechte zur Sicherung des Grundstückgewinnsteuerbezuges nach wie vor als legitim. Zahlreiche Probleme könnten durch zwei Massnahmen entschärft werden: Zum einen sollte geprüft werden, ob die verschiedenen kantonalen Grundstückgewinnbesteuerungsrechte materiell nicht vereinfacht werden könnten (z. B. durch Abschaffung von Ausnahmeregelungen)¹⁰⁵. Und zum andern muss alles daran gesetzt werden, die Informationsmöglichkeiten von Kaufinteressenten und kreditgewährenden Banken zu optimieren. Im Zeitalter der EDV sollte dies im Grunde kein unüberwindbares Hindernis sein.

¹⁰⁵ Von Fall zu Fall könnte eventuell sogar ein Verstoß gegen Art. 836 ZGB vorliegen, wenn eine Regelung des massgebenden kantonalen Grundstückgewinnsteuerrechts zu kompliziert ist (vgl. dazu etwa BGE vom 9. 8. 1995 i. S. R. gegen Kanton Tessin, spez. E. 3b bzgl. zeitlich später Veranlagung einer Ertragssteuer).