

Die Vormerkung des obligatorischen Übereignungsanspruchs aus dem Grundstückkaufvertrag im Grundbuch

Heinrich Honsell, Zürich

- I. Einleitung. Rechtsvergleichender Überblick
- II. Die Vormerkung im Schweizer Recht
- III. Substitution der fehlenden Vormerkung durch zusätzliche Vereinbarung eines Kaufrechts? Ausblick

I. Einleitung. Rechtsvergleichender Überblick

Der obligatorische Eigentumsverschaffungsanspruch aus einem Grundstückkauf oder einem anderen Erwerbstitel gilt in einigen Nachbarländern als der wichtigste Fall der Vormerkung¹. Dem liegt die einfache Überlegung zu Grunde, dass der Käufer für die Zeit zwischen Abschluss des Kaufvertrages und Eintragung im Grundbuch im Hinblick auf die aus der Gutgläubenswirkung desselben resultierenden Gefahren einen Schutz benötigt. Ist der Anspruch vorgemerkt, so muss der Käufer zwischenzeitliche Verfügungen des Veräusserers, die seine Anwartschaft beeinträchtigen oder illusorisch machen, nicht gegen sich gelten lassen. Dies ist deshalb wichtig, weil zwischen Abschluss des notariellen Kaufvertrags und Eintragung im Grundbuch oft mehrere Monate vergehen, denn das Grundbuchamt vollzieht den Eigentumsübergang im Grundbuch erst, wenn die öffentlichrechtlichen Bewilligungen des Grundstücks- und Baurechts vorliegen. Nach BGE 84 II 187, 195 müssen „die Bewilligungen vorliegen, weil die Anmeldung im Grundbuch nach Art. 12 Abs. 1 GBV unbedingt und vorbehaltlos sein und sich nach Art. 965 ZGB auf den Ausweis über das Verfügungsrecht *und* den Rechtsgrund stützen muss. Fehlt eine Zustimmung oder Genehmigung, die Voraussetzung

¹ Vgl. für Deutschland etwa DOROTHEA ASSMANN, Die Vormerkung (§ 883 BGB), 1998, 11.

eines gültigen Rechtsgrundes ist, liegt ein mangelhafter Rechtsgrundaussweis vor. Nach BGE 84 II 187, 195 ist die Anmeldung erst zulässig, wenn ihr als Beleg, ausser dem öffentlich beurkundeten Vertrag, eine amtliche Bescheinigung über die behördliche Bewilligung beigelegt werden kann². Bei dieser Ausgangslage ist es merkwürdig, dass das Schweizer Recht nach allgemeiner Meinung³ diesen Fall der Vormerkung nicht anerkennt. Es fehlt die Möglichkeit der Vormerkung einer vorläufigen Eintragung⁴. Ich hoffe, dass diese Frage, die auf der Grenze zwischen Sachen- und Obligationenrecht und damit im Zentrum des Themas der Festschrift zu Ehren von HEINZ REY liegt, das Interesse des Jubilars findet, zu dessen wichtigsten Arbeitsgebieten das Sachenrecht und das Obligationenrecht zählen.

Bevor wir uns mit diesem Problem auseinandersetzen, ist zunächst ein rechtsvergleichender Blick auf das deutsche und österreichische Recht zu werfen.

Während der Entstehung des BGB lehnte die erste Kommission eine Vormerkung zum Schutz obligatorischer Rechte zunächst ab⁵. Trotz eines praktischen Bedürfnisses hatte man Bedenken gegen die Einführung eines *ius ad rem*, welches schon das Preussische Allgemeine Landrecht gekannt hatte. Wegen des Numerus clausus der Sachenrechte⁶ wollte man Mischformen vermeiden. Die zweite Kommission setzte sich über diese Bedenken hinweg⁷. Gesetz wurde eine Regelung der Vormerkung zum Schutz persönlicher Ansprüche auf dingliche Rechtsänderungen, der getrennt war vom Schutz

² BSK-JÜRIG SCHMID Art. 966 N 12.

³ BK-ARTHUR MEIER-HAYOZ Syst. Teil N 293; HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum I (2. Aufl. 2000), N 323 ff.; DIETER ZOBL, Grundbuchrecht (1999), N 301.

⁴ Vorläufige Eintragungen sind nur auf Grund amtlicher Anordnung zur Sicherung streitiger oder vollziehbarer Ansprüche zulässig (Art 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) oder gemäss Art. 966 Abs. 2 ZGB soweit es nur um die Ergänzung des Ausweises über das Verfügungsrecht, nicht aber des Rechtsgrundes geht.

⁵ Motive zum BGB III, 240 f.

⁶ Siehe dazu WOLFGANG WIEGAND, Numerus clausus der dinglichen Rechte, FS Kroeschell (1987), 623 ff.

⁷ Protokolle zum BGB III, 114 f.

bereits bestehender dinglicher Rechte⁸. Die Vormerkung gilt in Deutschland seither insbesondere auch für den Eigentumsverschaffungsanspruch aus jedem obligatorischen Erwerbstitel, den man "Auflassungsanspruch" nennt, weil das Eigentum an den Erwerber aufgelassen wird. § 883 Abs. 1 BGB lautet: "Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte oder auf Änderung des Inhalts oder Ranges eines solchen Rechts kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung ist auch zur Sicherung eines zukünftigen oder bedingten Anspruchs zulässig".

Die Rechtswirkung beschreibt § 883 Abs. 2 Satz 1: "Eine Verfügung die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde."

Auch das österreichische Recht kennt die Vormerkung des sog.

"Aufsandungsanspruchs"(die Aufsandungserklärung ist die Erklärung des Eigentümers einer Liegenschaft, mit welcher er in den Verkauf oder eine Verpfändung einwilligt). Dieser seltsame Begriff für den Übereignungs- und Eintragungsanspruch ist etymologisch nicht mehr aufklärbar. Interessant ist der Petrifizierungseffekt im Bereich von Recht und Gesetz, namentlich in der Kautelarpraxis: Auch Begriffe, die niemand mehr versteht, werden unbeirrt weiterverwendet. Das Publikum, das nichts versteht, staunt sowieso.

§ 438 ff. ABGB bestimmt: "Wenn derjenige, welcher das Eigentum einer unbeweglichen Sache anspricht, darüber zwar eine glaubwürdige, aber nicht mit allen in den § 434 und § 435 zur Einverleibung vorgeschriebenen Erfordernissen versehene Urkunde besitzt; so kann er doch, damit ihm niemand ein Vorrecht abgewinne, die bedingte Eintragung in das öffentliche Buch bewirken, welche Vormerkung (Praenotation) genannt wird".

⁸ Näher dazu DOROTHEA ASSMANN (Fn 1), 4 f.

Auch das italienische Recht kennt eine Vormerkung (annotazione) des Anspruchs aus obligatorischen Verträgen, die eine Rechtsänderung zum Gegenstand haben (Art. 2654 ff. codice civile).

II. Die Vormerkung im Schweizer Recht

Das Schweizer Recht regelt die Vormerkung in Art. 959 ZGB. Die Vorschrift lautet:

„Persönliche Rechte können im Grundbuche vorgemerkt werden, wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie bei Vor- und Rückkauf, Kaufsrecht, Pacht und Miete. Sie erhalten durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte.“

Die in Art. 959 ZGB genannten Beispiele finden sich in Art. 216a, 261b und 290 OR. Daneben gibt es einige weitere gesetzliche Anwendungsfälle: Im OR das Rückfallrecht des Schenkers (Art. 247 OR) sowie einen Sonderfall im Genossenschaftsrecht (Art. 850 OR), im ZGB z.B. beim Miteigentum (Art. 650, 682 ZGB), beim Stockwerkeigentum (Art. 712c Abs. 2 ZGB), beim Baurecht (Art. 779e ZGB) und beim Grundpfand.

Die Vormerkung führt zu einer „Verdinglichung obligatorischer Rechte“ in dem Sinne, dass Dritte das vorgemerkte Recht gegen sich gelten lassen müssen. Sie wahrt den Rang und beseitigt die negative Publizität des Grundbuchs, wonach alles, was nicht eingetragen ist, nicht gilt.

Die Rechtsnatur der Vormerkung war in der Schweiz lange umstritten.

Durchgesetzt hat sich LIVERS Theorie⁹ von der Realobligation¹⁰, zu der nach wohl überwiegender Meinung auch die vorgemerkten Rechte zu zählen sind¹¹,

⁹ PETER LIVER, Die Realobligation, ZGBR 43 (1962), 257 ff. (dagegen HENRI DESCHENAUX, FS Gutzwiller (1959), 711 ff.); BK-MEIER-HAYOZ Syst. Teil N 267 ff.; A. JOST, Die Realobligation (1956); HEINZ REY Sachenrecht, 2. Aufl. 2000, N 240 ff.

¹⁰ Zur Diskussion im deutschen Recht s. CLAUS-WILHELM CANARIS FS Flume I (1978), 371 ff.

¹¹ LIVER (Fn 9), 261; ders. SPR V/1, 21; REY (Fn 3), N 243 f.; BK-MEIER-HAYOZ Syst. Teil N 268 ff.; JOST (Fn 9), 86 ff.; PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht I

die aber darüber hinausreicht, indem sie alle obligatorischen Berechtigungen zusammenfasst, die mit der dinglichen Berechtigung oder dem Besitz an einer Sache verknüpft sind¹². Gegen die Realobligation hat unlängst Weimar¹³ Bedenken geäußert, die auch Rey für erwägenswert hält¹⁴. Diese mehr akademische und theoretische Frage soll hier nicht diskutiert werden, denn der Begriff der Realobligation trägt zur Lösung der Probleme der Vormerkung nichts bei. Im Übrigen wäre es ein Rückfall in längst überwundene Begriffsjurisprudenz, wenn man aus dem Begriff der Realobligation irgendwelche Folgerungen ableiten wollte. Die h.L. macht allerdings diesen Fehler, wenn sie die in Art. 959 ZGB genannten Figuren des Kaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufsrechtes im Hinblick auf den Numerus clausus der Sachenrechte für eine abschliessende, nicht analogiefähige Regelung hält. Es wird zu zeigen sein, dass der namentlich im Hinblick auf den ordre public und die Klarheit des Registers notwendige Typenzwang der Sachenrechte¹⁵, der Neuerfindungen und individuelle Abweichungen im Hinblick auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und den Schutz des Verkehrs verbietet, durch die Vormerkung des Übereignungsanspruchs aus einem Grundstückskaufvertrag nicht tangiert wird. Die ratio des Typenzwangs steht der Zulassung der Vormerkung des obligatorischen Übereignungs- und Eintragungsanspruchs nicht entgegen, weil die Klarheit des Rechtsverkehrs und des Grundbuches gar nicht betroffen ist; denn es geht nicht um die Einführung eines neuen, dem Sachen- und Grundbuchrecht unbekanntes Rechts, sondern nur um die aus der

(1994), 96 ff. und BSK-WOLFGANG WIEGAND Vorbem. zu Art. 641 ff. N 49 f. weisen richtig darauf hin, dass hier gerade kein Schuldverhältnis vorliegt, dessen Partei allein durch die sachenrechtliche Beziehung bestimmt wird. Der Berechtigte besitzt bloss ein mit unmittelbarer Wirkung ausgestattetes Gestaltungsrecht, welches ihm ermöglicht, den Kaufvertrag zur Entstehung zu bringen. Erst durch Ausübung dieses Optionsrechts entsteht ein schuldvertragliches Verhältnis, das jedoch keine Realobligation darstellt, da die Parteien nunmehr nicht durch ihre dingliche Berechtigung bestimmt werden.

¹² So die Definition von ARTHUR MEIER-HAYOZ (Fn 3) N 272; ähnlich BGE 116 II 677; MEIER-HAYOZ N 277 ff. nennt etliche gesetzliche und rechtsgeschäftliche Realobligationen.

¹³ Die privaten subjektiven Rechte, FS Cannatta (1999), 437 ff.

¹⁴ HEINZ REY (Fn 3), N 246.

¹⁵ Die Lage ist hier dieselbe wie im Gesellschaftsrecht. Auch dort gilt nicht zuletzt wegen des Handelsregisters, das dem Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs dient, ein Typenzwang.

Gutgläubenswirkung des Grundbuchs resultierenden Gefahren, die sich aus den in der Zwischenzeit möglicherweise erfolgenden Eintragungen ergeben. Diese einfache Überlegung wird durch die Charakterisierung der Vormerkung als quasidingliches Recht, als Realobligation, verdeckt.

Für die Zulassung der Vormerkung des Anspruchs aus dem Kaufvertrag spricht eine weitere Überlegung. Art. 959 ZGB lässt die Vormerkung des Kaufrechts zu (Art. 216a OR, Art. 959 ZGB). Systemwidrig fehlt jedoch eine Vormerkung für den Eintragungsanspruch des Käufers aufgrund eines gültig abgeschlossenen Kaufvertrages. Sie kann allerdings im summarischen Verfahren nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB beantragt und auf richterliche Anordnung ins Grundbuch eingetragen werden¹⁶. Es ist ein Widerspruch, wenn die Vormerkung zwar aufgrund amtlicher Anordnung eingetragen werden kann, nicht aber auf Antrag des Verkäufers bzw. Käufers. Wie gezeigt hat der Käufer ein legitimes Interesse an der Sicherung seines Anspruchs, wenn sich die Grundbucheintragung aus praktischen oder technischen Gründen verzögert. Denn es besteht die Gefahr, dass sein Anspruch durch Zwischenverfügungen beeinträchtigt oder illusorisch wird. Diese Gefahr besteht so lange, bis die schriftliche Erklärung des Verkäufers gemäss Art. 963 ZGB nebst Kaufvertrag und amtlichen Bewilligungen (vgl. oben I) beim Grundbuchamt eingegangen ist. Erst von diesem Zeitpunkt an ist der Erwerber durch das Prioritätsprinzip¹⁷ geschützt, demzufolge das ältere Recht dem jüngeren vorgeht (*prior tempore potior iure* – deutschrechtlich: „wer zuerst kommt, mahlt zuerst“), weshalb eingehende Anträge zunächst in ein Tagebuch (Art. 948 ZGB) eingetragen werden, in dem Datum und Uhrzeit des Eingangs festgehalten sind. Die Anträge werden sodann

¹⁶ In Betracht kommt auch die Anmerkung einer kantonalen Grundbuchsperrung, wenn beim Doppelverkauf die Eintragung eines Zweitkäufers droht; BGE 111 II 45 f. E. 3; HEINZ REY recht 1986, 126.

¹⁷ Man spricht auch von „Alterspriorität“, doch ist dieser Ausdruck im Grunde tautolog, denn der Begriff der Priorität ist ein technischer und bezieht sich immer auf die Zeit (lat. *prius* = früher). Die Umgangssprache hat ihn eingengt auf das, was zuerst zu tun ist, und so mit „vorrangig“ gleichgesetzt.

in der Reihenfolge ihres Eingangs und mit dem daraus resultierenden Vorrang ins Grundbuch eingetragen (Art. 967 ZGB).

Ist die Vormerkung eines Kaufrechts möglich, das als bloße Option gegenüber dem Erfüllungsanspruch aus dem bereits abgeschlossenen Kaufvertrag ein minus ist, so muss dies für den Erfüllungsanspruch aus einem bereits geschlossenen Vertrag erst recht zulässig sein. Das ist das Argument „a fortiori“ oder „a minore ad maius“, gewissermaßen ein zwingender Fall der Analogie. Die h.L. hält dies wegen des Numerus clausus der Sachenrechte für unzulässig; denn die Möglichkeit einer Vormerkung ist in Art. 959 ZGB nur für das Kaufrecht, nicht aber für den Anspruch aus einem bereits abgeschlossenen Kaufvertrag vorgesehen. Das ist indes ein vordergründiges, verfehltes Argument. Denn ein Gesetz muss widerspruchsfrei sein, und dazu gehört auch, dass der schwächere Anspruch nicht besser geschützt wird als der stärkere. Kaufrecht und Anspruch aus dem Kaufvertrag verhalten sich zueinander wie Anwartschaft und Vollrecht.

Man mag die Vormerkungswirkung als „Verdinglichung“ bezeichnen oder nicht: Ein Gesetzgeber, der den Schutz vor den Gefahren der negativen Publizität des Grundbuchs (was nicht eingetragen ist, gilt nicht) für das Kaufrecht zulässt, kann diesen Schutz dem aus Kaufvertrag bereits Berechtigten nicht verweigern. Man kann nicht unter Hinweis auf den Numerus clausus der Sachenrechte an einer fehlerhaften (weil zu engen) Aufzählung im Gesetz Halt machen. Auch hier ist die gesetzgeberische Wertung zu Ende zu denken. Das führt von selbst zur Analogie, deren stärkste Form das argumentum a fortiori ist. Numerus clausus bedeutet – wie gesagt – nur, dass keine neuen Sachenrechte erfunden werden können. Es bedeutet nicht, dass die „Verdinglichung“ eines stärkeren obligatorischen Rechts auch dann ausgeschlossen bleibt, wenn der Gesetzgeber die „Verdinglichung“ des artgleichen, schwächeren Rechts für zulässig erklärt. (vgl. Ausführungen in Fn 11, wonach bei Bestehen eines

Kaufrechts eben noch kein (real-)obligatorisches Verhältnis mit entsprechenden Forderungen vorliegt, sondern erst ein Gestaltungsrecht.)

III. Substitution der fehlenden Vormerkung durch zusätzliche Vereinbarung eines Kaufrechts? Ausblick

Die Kautelarjurisprudenz, die diesen methodischen Schritt nicht wagt, nimmt Zuflucht zu dem Ausweg, neben dem Kaufvertrag noch einen Kaufrechtsvertrag abzuschliessen, der vorgemerkt werden kann. Auf diese Weise wird der Schutz des Käufers vor Zwischenverfügungen des Verkäufers erreicht (Veräusserung an einen Dritten, Belastung mit Grundpfandrechten usw.). Die Doktrin lehnt diese Konstruktion ab und hält den in Wahrheit nicht gewollten Kaufrechtsvertrag als simuliertes Geschäft nach Art. 18 OR für nichtig¹⁸. Das Bundesgericht¹⁹ hat indes diesen Weg, den schon das Eidgenössische Grundbuchamt empfohlen hat²⁰, für zulässig erklärt. Richtig ist, dass der parallele Abschluss eines Kaufvertrags und eines Kaufrechtsvertrags juristisch betrachtet Nonsens ist; denn das Kaufrecht ist das Recht, das Grundstück innerhalb einer bestimmten Zeit zu den bereits festgelegten Bedingungen zu kaufen. Ist jedoch bereits ein Kaufvertrag abgeschlossen, so hat der Käufer schon gekauft und die Option kann schon begrifflich nicht mehr ausgeübt werden. Der Kaufrechtsvertrag ist auf eine unmögliche Leistung gerichtet.

Richtig ist es allein, in Analogie zu Art. 216a OR und Art. 959 ZGB auch die Vormerkung des Erfüllungsanspruchs aus dem bereits abgeschlossenen Kaufvertrag zuzulassen. Der Typenzwang des Sachenrechts steht dem nicht entgegen.

¹⁸ Vgl. z.B. BK-MEIER-HAYOZ Art. 683 N 14a ff. im Anschluss an ZK-HOMBERGER Art. 959 N 29.

¹⁹ BGE 103 III 97.

²⁰ ZGBR 1936 Nr. 18, 19 f.