

Vom Umgang mit "altrechtlichen" vertraglichen Kaufsrechten an Grundstücken im Lichte der auf den 1. Januar 1994 revidierten gesetzlichen Bestimmungen

Dr. Markus W. Stadlin, Advokat und Notar, Basel, unter Mitarbeit von lic. iur. Oliver Albrecht, Basel

I. Notariatspraxis / Aufgabenstellung

In der täglichen Praxis stellen sich dem Notaren oftmals eigentliche "Knacknüsse", die sich regelmässig nicht als solche präsentieren, sondern stattdessen wie gewöhnliche Mandate ins daily business eingehen.

So wurde uns kürzlich die Aufgabe gestellt, ein im Jahre 1980 im Grundbuch vorgemerktes altrechtliches, ursprünglich auf 40 Jahre bestelltes Kaufsrecht entsprechend den veränderten Bedürfnissen der Klientschaft auf einen anderen Berechtigten zu übertragen. Das Kaufsrecht war gemäss Wortlaut des Errichtungsakts nicht ausdrücklich als "übertragbar" stipuliert.

Es stellten sich uns im wesentlichen die beiden folgenden übergangsrechtlichen Fragen:

1. Besteht das Kaufsrecht materiell-rechtlich überhaupt noch, oder handelt es sich beim präsentierten Kaufsrecht um eine mit einem formellen Rechtsgewand versehene "Registerleiche"?
2. Wenn der Rechtsbestand des Kaufsrechts zu bejahen ist; kann dessen Übertragbarkeit mittels Kaufsrechtsnachtrag nachträglich noch begründet werden?

II. Inhalt der Kaufsrechtsrevision per 1. Januar 1994

Die auf den 1. Januar 1994 in Kraft gesetzten revidierten Bestimmungen betreffend das vertragliche Kaufsrecht an Grundstücken finden sich in den Artikeln 216 ff. OR.

Nach altem Recht (Artikel 683 Absätze 1 und 2 aZGB) bestand ein im Grundbuch vorgemerktes Kaufsrecht "während der in der Vormerkung angegebenen Zeit gegenüber jedem Eigentümer". Die dingliche Wirkung erlosch in jedem Falle mit dem Ablauf von zehn Jahren seit der Vormerkung. Die bundesgerichtliche Praxis (BGE 102 II 243 ff., E. 3) liess im Rahmen der Beachtung von Artikel 27 ZGB die vertragliche Begründung von längeren als zehnjährigen Kaufsrechten zu. Obwohl die Vormerkung in diesem Rahmen alle zehn Jahre erneuert werden konnte, bestand die Möglichkeit, dass obligatorische und dingliche Wirkungen auseinander fallen.

Seit der Revision sieht Artikel 216a OR vor, dass Kaufsrechte für höchstens zehn Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden dürfen. Obligatorische und dingli-

che Wirkungen werden damit vereinheitlicht (GIGER, Berner Kommentar, 1997, N 2 zu Artikel 216a OR). Auf die Notwendigkeit dieser Vereinheitlichung wird hier nicht weiter eingegangen (vgl. zur Diskussion nur GIGER, a.a.O., N 3 zu Artikel 216a OR, m.w.H.).

Das Kaufsrecht ist gemäss Artikel 216b Absatz 1 OR, wenn nichts anderes vereinbart ist, vererblich, aber nicht abtretbar. Damit wird gesetzlich festgeschrieben, was unter altem Recht gestützt auf herrschende Lehre und höchstgerichtliche Praxis (BGE 90 II 393) bereits Geltung hatte (MEIER, Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht, AJP/PJA 1994, 142).

Anlässlich der Einführung der Novelle hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, besondere Übergangsbestimmungen zu erlassen (GIGER, a.a.O., N 461 zu Artikel 216 OR). Es finden damit die allgemeinen übergangsrechtlichen Normen des Zivilrechts Anwendung, im wesentlichen die Artikel 1-4 SchlT ZGB (BGE 121 III 210). Es ist bekannt, dass deren Verständnis und Anwendung mitunter Schwierigkeiten bereiten, was ein Grund dafür sein mag, dass viele aktuelle Erlasse mit eigenen Übergangsregeln versehen werden.

III. Problemstellung

Beim von uns zu beurteilenden Sachverhalt hatten die Parteien in Beachtung des bei Begründung des Kaufsrechts geltenden Rechts obligatorisch eine Dauer von 40 Jahren vereinbart. Nach Ablauf der ersten 10-jährigen Vormerkung wurde eine zweite Vormerkung für weitere zehn Jahre eingetragen.

Zu prüfen ist nun, inwiefern die Gesetzesrevision den Bestand oder den Inhalt des Kaufsrechts berührt hat.

1. Nichtigkeit

Gemäss Artikel 1 SchlT ZGB werden rechtliche Wirkungen von Tatsachen, die vor einer Gesetzesänderung eingetreten sind, nach altem Recht beurteilt. Also beurteilt sich die Frage der rechtlichen Gültigkeit einer Handlung nach dem zur Zeit von deren Vornahme geltenden Recht. Artikel 1 SchlT ZGB kodifiziert damit den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Nichtrückwirkung neuer Gesetze (TUOR/SCHNYDER/SCHMID, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. A., 1995, 903). Anders formuliert: Rechtswirkungen von vor dem Inkrafttreten einer Novelle gesetzten Tatsachen und Vorgängen, so z.B. der Abschluss von Verträgen, fallen nicht durch die Rechtsänderung nachträglich dahin. Niemand kann sich darauf berufen, dass eine Rechtsänderung zur Unwirksamkeit einer vorbestehenden Tatsache führe.

In casu entsprach die Vereinbarung einer Kaufsrechtsdauer von 40 Jahren dem damals geltenden Recht und ist damit gültig zustandegekommen. Auch die Erneuerung der Vormerkung im Grundbuch – vor der Revision – ist unproblematisch, denn die Wirkungen eines vor dem 1. Januar 1994 zustandegekommenen Vertrages sind auch nach dem 1. Januar 1994 nach altem Recht zu beurteilen.

Der vorstehende Grundsatz findet seine Grenze allerdings in Artikel 3 SchIT ZGB, der lautet:

"Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird, sind nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkte begründet worden sind."

Das Gesetz bestimmt somit, dass das neue Recht überall dort, wo der Inhalt eines Vertrages dem Willen der Beteiligten (also der Vertragsfreiheit) entzogen ist, sofort zur Anwendung kommt, auch wenn der Vertrag älter als das neue Recht sein sollte.

Artikel 3 SchIT ZGB drückt mithin für das Übergangsrecht aus, was Artikel 20 OR für das materielle Recht vorsieht: Verträge, die zwingendem Recht widersprechen, sind rechtswidrig und damit ungültig (BROGGINI, *Intertemporales Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht, Band I, 1969, 446*). Es sind also die künftigen Wirkungen – "der Gehalt" – eines vor der Gesetzesänderung gültig entstandenen Vertrages stets dem neuen Recht unterworfen, sofern und soweit letzterem zwingender Charakter zukommt (BROGGINI, a.a.O., 453; SCHÖBI, *Die Revision des Kaufs-, des Vorkaufs- und des Rückkaufsrechts, AJP/PJA 1992, 570*; GIGER, a.a.O., N 461 zu Artikel 216 OR).

Im vorliegenden Fall hat die Novelle eine Befristung der Kaufrechtsdauer auf zehn Jahre eingeführt. An deren zwingender Natur kann nicht gezweifelt werden (vgl. nur MEIER, a.a.O., 145). Damit widerspricht der Kaufrechtsvertrag aus dem Jahre 1980 seit dem 1. Januar 1994 dem "neuen Recht". Als rechtliche Folge hiervon kann das Kaufrecht nach Meinung verschiedener Autoren heute nicht mehr gültig ausgeübt werden (ROBERTO, *Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts, recht 1993, 173 f.*; SCHÖBI, a.a.O., 570). Es ist mit anderen Worten nichtig. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Anwendung von Artikel 3 SchIT ZGB auf Artikel 216a OR in der Lehre teilweise anders beurteilt wird. Sprechen sich die genannten Autoren – unseres Erachtens zu Recht – für die Nichtigkeit des "altrechtlichen Kaufsrechts" aus, so plädieren andere Autoren für das Gegenteil (BUCHER, *Berner Kommentar, 1993, N 243 zu Artikel 27 ZGB*; PIOTET, *Le droit transitoire des lois fédérales sur le droit foncier rural et sur la révision partielle du code civil et du code des obligations du 4 octobre 1991, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1994, I. Halbband, 143 f.*; MARKUS VISCHER, *Basler Kommentar, 1998, N 1–8 zu Artikel 3 SchIT ZGB*). Das Bundesgericht hat diese Frage im Entscheid BGE 121 III 211 (= Pra 85, 1996, Nr. 101) aus dem Jahre 1995 explizit offengelassen. (Die Vorinstanz hatte Artikel 3 SchIT ZGB dahingehend ausgelegt, dass die Befristung in Artikel 216a OR auf vor dem 1. Januar 1994 geschlossene Kaufrechtsverträge nicht anzuwenden sei.) Andererseits hat das Bundesgericht erst 1998 in einem kartellrechtlichen Sachverhalt entschieden, dass unter altem Recht getroffene Kartellabreden dann nach neuem Kartellrecht zu beurteilen sind, wenn die Abrede in der neurechtlichen Zeit noch Wirkung entfaltet (BGE 124 III 495 ff., Erw. 1).

Letztlich vermögen wir die aufgezeigte Problematik nicht abschliessend zu entschärfen. Bei dieser Sachlage aber ist in Befolgung des (übergangsrechtlich indifferenten!) anwaltlichen und notariellen Prinzips der Vorsicht und Sorgfalt festzustellen, dass ein nicht quantifizierbares Risiko besteht, dass solche altrechtlichen Kaufsrechte am 1. Januar 1994 untergegangen sind.

2. Übertragbarkeit

Wird von der gegenteiligen "Arbeitshypothese" ausgegangen, dass das altrechtliche, nicht übertragbar ausgestaltete 40-jährige Kaufsrecht die Gesetzesnovelle "überlebt" hat, stellt sich die Frage nach der nachträglichen Begründung von dessen Übertragbarkeit. Denn, wie erwähnt, ist ein Kaufsrecht nach neuem wie nach altem Recht nicht übertragbar, es sei denn, dies sei zwischen den Parteien so stipuliert.

Die nachträgliche Begründung der Übertragbarkeit des Kaufsrechts bedingt eine Änderung des Vertrages in Form eines Kaufrechtsnachtrags. In diesem Zusammenhang muss die Frage beantwortet werden, ob eine solche Änderung des Vertrages diesen integral dem neuen Recht unterstellt, ihn damit des "Schutzes des alten Rechts" beraubt und nichtig werden lässt, oder ob dieser – vom Übergangsrecht gewährte – altrechtliche Schutz bis zum obligatorischen Untergang des Rechts, in casu also für 40 Jahre, fortbesteht. Geht man davon aus, dass die (heutige) Vereinbarung der Übertragbarkeit selbst einen neurechtlichen Tatbestand darstellt, so ist auf sie neues Recht anwendbar. Das heisst freilich noch nicht zwingend, dass auch auf den "Rest" des Vertrages neues Recht zur Anwendung kommt. Dieses Ergebnis scheint von MUTZNER favorisiert zu werden, wenn er schreibt, sowohl Zustandekommen als auch rechtliche Wirksamkeit einer Übertragung beurteile sich nach neuem Recht (Berner Kommentar, 1926, N 21 zu Artikel 1 SchIT ZGB). In theoretischer Hinsicht sieht dieser Autor in der gegenteiligen Ansicht "eine nicht zu rechtfertigende Herrschaft der Vergangenheit über die Gegenwart" (a.a.O., N 17 zu Artikel 1 SchIT ZGB).

Will man andererseits die Wirkungen sämtlicher zukünftiger Änderungen eines einzig vom Übergangsrecht "am Leben erhaltenen" Vertrages dem alten Recht unterstellen (also so tun, als ob gar keine Gesetzesänderung stattgefunden hätte), wäre beim vorliegenden Sachverhalt das Kaufsrecht ohne weiteres übertragbar. Diese Auffassung vertritt der bereits erwähnte MARKUS VISCHER (Basler Kommentar, 1998, N 10 zu Artikel 1 SchIT ZGB). Er meint, der Fortbestand von altrechtlichen Verträgen nach altem Recht "bedeutet[] *notwendigerweise* auch *Weiterentwicklung nach altem Recht*, nachdem sich zwischen dem Bestand und dem Inhalt eines Rechtsverhältnisses, zwischen Entstehungs-, Änderungs- und Untergangstatbeständen bez[uglich] der Rechtsanwendung nicht differenzieren" lasse. Abgesehen von einem Verweis auf die "unausweichlich expansive logische Kraft" von Artikel 1 Absätze 1 und 2 SchIT ZGB wird dieser Standpunkt allerdings nicht weiter begründet.

Letztlich kann auch diese zweite Problematik nicht abschliessend beantwortet werden. Wir meinen, es sei davon

auszugehen, dass eine Änderung des von altem Recht geschützten Vertrages zur integralen Anwendung neuen Rechts und damit zur Nichtigkeit des ursprünglich gültig begründeten Kaufsrechts ab dem 1. Januar 1994 führen müsse.

den ersten Blick bestehenden Rechtsverhältnisse neu begründet werden. Keinesfalls kann empfohlen werden, die Bereitschaft eines Grundbuchamtes zur Vornahme einer Eintragung als "Garantie" für den Bestand eines Rechts aufzufassen. Über Letzteres kann ausschliesslich eine gerichtliche Instanz entscheiden.

IV. Praxis der Grundbuchbehörden

Der "geneigte Notar" beobachtet bekanntlich akribisch die Praxis der von ihm frequentierten Grundbuchbehörden. In unserem Falle betrifft dies in erster Linie diejenige des baselstädtischen Grundbuchamtes sowie die wegen des dort bestehenden Amtsnotariats für ihn weniger "bedeutende" basellandschaftliche Grundbuchpraxis.

Das baselstädtische Grundbuchamt hatte im Jahre 1995 die Frage nach dem Fortbestand eines nach altem Recht auf eine länger als zehnjährige Dauer obligatorisch eingeräumten Kaufsrechts zu beurteilen. Anlässlich des Eintragsverfahrens prüfte es im Rahmen der ihm obliegenden Kognition den Rechtsbestand des altrechtlichen Kaufsrechts und trug die erneute Vormerkung letztlich ein. Es beantwortete damit die übergangsrechtliche Frage offensichtlich anders, als von den Verfassern empfohlen.

Zur Frage der nachträglichen Begründung der Übertragbarkeit und deren Rechtsfolgen besteht im Kanton Basel-Stadt keine Grundbuchpraxis.

Die basellandschaftliche Grundbuchpraxis hatte – wie die Verfasser anlässlich einer Umfrage bei den basellandschaftlichen Grundbuchämtern und beim Inspektorat der Bezirksschreibereien in Erfahrung brachten – noch keine Gelegenheit, sich zur hier aufgeworfenen Problematik zu positionieren. Persönliche Meinungsäusserungen verschiedener Bezirksschreiber lassen jedoch den Schluss zu, die basellandschaftliche Praxis würde eher zurückhaltender agieren als die baselstädtische.

V. Ergebnis

Die übergangsrechtlichen Probleme gehören, wie immer wieder festgestellt werden muss, zu einer heiklen Kategorie des Rechtsalltags. Dies einerseits, weil dieser Domäne (vermeintlich) wenig Praxisrelevanz innewohnt und andererseits, weil die sich stellenden Rechtsfragen nach der subjektiven Beurteilung der Verfasser oft zu den schwierigeren gehören. Zudem treten die Probleme als solche nicht immer offen zu Tage und werden daher gerne übersehen. Wir möchten mit vorliegendem Beitrag ganz allgemein das Problembewusstsein steigern und sind uns dabei bewusst, das Problem wissenschaftlich nicht abschliessend erschlossen zu haben.

Der Beitrag soll daneben auch einen praxisrelevanten Input leisten. Die aufgrund der übergangsrechtlichen Unklarheit verbleibende Rechtsunsicherheit macht es dem beratenden Anwalt und/oder Notar zur Pflicht, die notwendige Sorgfalt walten zu lassen. Wir meinen, es sei von der ungünstigsten Variante auszugehen und es müssten die auf