

# Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht

## Revue Suisse du Notariat et du Registre foncier

Zürcher Notariatsverein (ZNV). Aargauische Notariatsgesellschaft. Verein der Grundbuchverwalter und Konkursbeamten des Kantons Luzern und der Innerschweiz. Verband schweizerischer Grundbuchverwalter.

Alle Urheber- und Verlagsrechte sind vorbehalten. Nachdruck, Vervielfältigung und elektronische Speicherung des ganzen Inhalts der Zeitschrift oder einzelner Teile ist nur mit Zustimmung der Redaktion gestattet.

Tous les droits d'auteur et d'édition sont réservés. La réimpression, la photocopie et l'enregistrement électronique de tout ou partie des articles de la Revue ne sont autorisés qu'avec l'accord de la Rédaction.

---

## Erfüllung des Grundstückkaufvertrags und deren Sicherung, insbesondere durch sachenrechtliche Institute

Von Prof. Dr. iur. *Alfred Koller*, Ordinarius für Privat- und Handelsrecht an der Universität St. Gallen\*.

### Literatur

*Ruth Arnet*, Abwicklung und Absicherung der Gegenleistung, in: Jürg Schmid (Hrsg.), *Der Grundstückkauf*, Zürich 2010, S. 427 ff.; *Charles Besson*, Restriction du droit d'aliéner et cancellation du Registre Foncier, ZBGR 66 S. 1 ff.; *Christian Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zit. *Brückner*, Beurkundungsrecht); *ders.*, Sorgfaltspflicht der Urkundsperson und Prüfungsbereich des Grundbuchführers bei Abfassung und Prüfung des Rechtsgrundausses, ZBGR 64 S. 65 ff. (zit. *Brückner*, ZBGR 64); *Christian Brückner/Matthias Kuster*, *Die Grundstücksgeschäfte*, Zürich 2016; *Eugen Bucher*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A. Zürich 1988; *Bettina Deillon-Schegg*, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zürich 1997; *Henri Deschenaux*, *Das Grundbuch*, SPR V/3, Teilband 1, Basel 1988; Teilband 2, Basel 1989; *Urs Fasel*, Grundbuchverordnung (GBV), Kommentar, 2. A. Basel 2013; *Peter Gauch/Walter Schlupe*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bde., 10. A. bearbeitet von *Jörg Schmid* (Bd. I) und *Susan Emmenegger* (Bd. II), Zürich 2014; *Paul Hofmann*, *Die gesetzlichen Grundpfandrechte des Art. 837 ZGB*, insbesondere das Bauhandwerkerpfandrecht, Diss. Zürich 1940; *Eugen Huber*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf, 2. Bd., Sachenrecht, 2. A. Bern 1914; *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A. Bern 2009; 4. A. im Erscheinen begriffen (zit. *Koller*, OR AT, 4. A.); *Fabrizio Andrea Liechti*, *Der Rechtsgrundaussweis für Eigentumsübertragungen im Grundbuch*, Diss. Bern 2017; *Markus Lötscher*, *Das Grundstück als Gegenstand von Grundpfandrechten*, Diss. Freiburg 1988; *Gustav Lutz*, *System der Eigentumsübertragung an Grundstücken*, Diss. Zürich 1968; *Christian Peter Meister*, *Vorsorgliche Massnahmen bei immobilarsachenrechtlichen Streitigkeiten*, Diss. Zürich 1977; *Adrian Mühlematter/Stephan Stucki*, *Grundbuchrecht für die Praxis*, Zürich 2016;

\* Ich danke *Ruth Arnet*, Ordinaria an der Universität Zürich, für die kritische Durchsicht des Manuskripts und wertvollen Hinweise, *Peter Nüesch*, Assistent an meinem Lehrstuhl, für die formale Bereinigung des Textes und die wie immer sehr aufmerksame Überprüfung der Zitate.

*Heinz Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. A. Bern 2007; *Jonas Rüegg*, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Diss. Luzern 2014; *Jörg Schmid*, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988 (zit. *Schmid*, Beurkundung); *Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht, 4. A. Zürich 2012; *Jürg Schmid*, Die Schweizerische Zivilprozessordnung aus grundbuch- und notariatsrechtlicher Sicht, ZBGR 92 S. 289 ff. (zit. *Schmid*, ZBGR 92); *Bernhard Schnyder*, Vertragserfüllung und deren Sicherung in sachenrechtlicher Hinsicht, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 2. A. Bern 2001, § 4, S. 131 ff.; *Rainer Schumacher*, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. A. Zürich 2008; *Paul-Henri Steinauer*, Les droits réels, Band I, 5. A. Bern 2012 (zit. *Steinauer I*), Band III, 4. A. Bern 2012 (zit. *Steinauer III*); *Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. A. Zürich 2015; *Stephan Wolf*, Verfügungsrecht und Grundbuchanmeldung – Betrachtungen zu Art. 963 ZGB, ZBGR 84 S. 1 ff.; *Dieter Zobl*, Grundbuchrecht, 2. A. Zürich 2004.

## I. Einleitung und Überblick

1. Im Folgenden geht es um die Erfüllung des Grundstückskaufvertrages und deren Sicherung, insbesondere in sachenrechtlicher Hinsicht. Dabei beschränke ich mich auf die *Hauptleistungspflichten* der Parteien (Pflicht des Verkäufers, dem Käufer das Kaufgrundstück «zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen», Art. 184 Abs. 2 OR; Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung). Nebenleistungs- und Nebenpflichten ohne Obligationscharakter (insb. Schutzpflichten) bleiben mangels grundstückkaufspezifischer Besonderheiten ausser Betracht. Sodann beschränke ich mich, wo nicht anders vermerkt, auf den Kauf von *Liegenschaften*. Das Gesagte gilt allerdings über weite Strecken – mutatis mutandis – auch für den Kauf anderer Grundstücke (solcher i.S.v. Art. 655 Abs. 2–4 ZGB), etwa den Kauf einer Stockwerkeinheit oder eines selbständigen und dauernden, als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Baurechts an einer Liegenschaft. Hinsichtlich der *Eigentumsverschaffung* gilt dies sogar ohne oder jedenfalls ohne nennenswerte Einschränkung (zur «Übergabe»-Pflicht s. Anm. 5). Der Liegenschafts Kauf kann zwar Gattungskauf sein (z.B. BGE 95 II 309 = ZBGR 52 S. 99; BGE 118 II 32 = ZBGR 74 S. 60 [Parkplätze in einer Garage]), im Regelfall ist er aber *Stückkauf*. Ich beschränke mich daher auf diesen, dies auch deshalb, weil der Gattungskauf gegenüber dem Stückkauf nur eine nennenswerte erfüllungsrechtliche Besonderheit aufweist (der Erfüllungsgegenstand muss vorerst konkretisiert werden, Art. 71 OR), diese jedoch nicht grundstückkaufspezifisch ist und daher keine weitere Erörterung rechtfertigt.

2. Für die Erfüllung der gegenseitigen Hauptleistungspflichten gelten die allgemeinen Regeln von Art. 68 ff. OR. Dazu kommen verschiedene – auch richterrechtliche (Art. 1 Abs. 2 ZGB) – Sonderregeln. Diese stehen nachstehend im Vordergrund. Dagegen interessieren die allgemeinen Erfüllungsregeln nur insoweit, als sie grundstückkaufspezifische Besonderheiten aufweisen. Aus diesem Grund ist auf die Erfüllung der *Kaufpreisschuld* nicht näher einzutreten: Diese ist Geldsummenschuld und es gelten die einschlägigen allgemeinen Erfüllungsregeln.<sup>1</sup> Entsprechendes

<sup>1</sup> S. dazu *Koller*, OR AT, § 41.

gilt für die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer die Kaufliegenschaft zu «übergeben» (Art. 184 Abs. 1 OR):

«Übergabe» i.S.v. Art. 184 Abs. 1 OR bedeutet – gleich wie beim Kauf einer Fahrnissache – Verschaffung des Gewahrsams: Dem Käufer muss die Möglichkeit eingeräumt werden, tatsächlich über die Liegenschaft zu verfügen.<sup>2</sup> Ist der Verkäufer unmittelbarer Besitzer, geschieht die Übergabe durch Übertragung des Besitzes i.S.v. Art. 922 f. ZGB, also durch Einräumung der Möglichkeit, die Gewalt über die Sache auszuüben.<sup>3</sup> Ist hingegen der Verkäufer «bloss» mittelbarer Besitzer, während ein Dritter die tatsächliche Sachherrschaft und damit den unmittelbaren Besitz innehat, so genügt die Übertragung des mittelbaren Besitzes an den Käufer – durch Besitzeinweisung (Art. 924 Abs. 1 ZGB, erste Variante) – nicht, vielmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der Dritte dem Käufer die Sache herausgibt oder mit dessen Willen im unmittelbaren Besitz der Sache verbleibt.<sup>4</sup> Grundstückkaufspezifische Besonderheiten bestehen lediglich auf tatsächlicher, nicht auf rechtlicher Ebene, sofern man sich – wie hier – auf den Liegenschafts Kauf beschränkt.<sup>5</sup>

Grundstückkaufspezifische Besonderheiten gelten hingegen hinsichtlich der *Pflicht zur Eigentumsverschaffung*. Diese kann der Verkäufer nicht selbstständig erfüllen, sondern ist insoweit auf die Mitwirkung des Grundbuchverwalters angewiesen: Dem Verkäufer obliegt die Grundbuchanmeldung (Art. 963 Abs. 1 ZGB), darin liegt seine Erfüllungshandlung (BGE 115 II 221 Erw. 5 = ZBGR 71 S. 28 Erw. 5)<sup>6</sup>; abgeschlossen wird der Erfüllungsvorgang mit der vom Grundbuchverwalter vorzunehmenden Eintragung des Käufers als neuem Eigentümer im Grundbuch, genauer: mit der Eintragung im Hauptbuch (Art. 972 Abs. 1 ZGB). Denn erst diese bewirkt den Eigentumsübergang. Immerhin wird die Wirkung des Eintrags im Hauptbuch auf den Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung bzw. der Einschreibung im Tagebuch, die unmittelbar nach der Anmeldung zu erfolgen hat (Art. 81 Abs. 1 lit. a GBV), zurückbezogen (Art. 972 Abs. 2 ZGB; BGE 138 III 512 Erw. 3.5.1 = ZBGR 94 S. 426 Erw. 3.5.1). Die Eintragung im Hauptbuch darf nur erfolgen, wenn sich der Verkäufer über sein Verfügungsrecht und den Rechtsgrund ausweist (Art. 965 Abs. 1 ZGB). Die einschlägigen Belege hat er der Anmeldung beizufügen (Art. 966 Abs. 1 ZGB, 83 Abs. 1 GBV). Ausnahmsweise können (gewisse)

<sup>2</sup> *Venturi/Zen-Ruffinen*, Commentaire romand, N. 15 f. zu Art. 184 OR, auch zum Folgenden.

<sup>3</sup> Dies geschieht insbesondere durch Gewährung des freien Zutritts und – bei bewohnten Liegenschaften – die Übergabe der Schlüssel. S. Näheres bei *Giger*, Berner Kommentar, N. 60 f. zu Art. 184 OR.

<sup>4</sup> Vorbehalten sind freilich Fälle, in denen sich der Käufer in Absprache mit dem Verkäufer mit der Verschaffung bloss mittelbaren Besitzes begnügt.

<sup>5</sup> Wo es sich beim Grundstück um ein Recht (Miteigentumsanteil an einer Liegenschaft; als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenes beschränktes dingliches Recht) handelt, bezieht sich das Besitzverschaffungs- bzw. Übergabeerfordernis naturgemäss nicht auf das Recht, sondern auf die mit dem Recht belastete Liegenschaft, also beispielsweise beim Verkauf von Stockwerkeigentum (insbesondere) auf den vom Sonderrecht erfassten Gebäudeteil.

<sup>6</sup> Herrschende Ansicht auch in der Lehre, Nw. bei *Wolf*, ZBGR 84 S. 5 Anm. 19. *Wolf* selbst glaubt, die Frage ohne nähere Prüfung nicht entscheiden zu können.

Ausweise erst später beigebracht werden (Art. 966 Abs. 2 ZGB, 87 Abs. 2 und 88 Abs. 1 GBV) is. Näheres unten II./4.

Die Eintragung im Grundbuch bewirkt den Eigentumsübergang – anders als etwa im deutschen Recht – nur unter der Voraussetzung, dass der Kaufvertrag gültig und daher der Verkäufer zur Übereignung verpflichtet ist (Kausalitätsprinzip). Trifft dies im Einzelfall nicht zu, kann der Verkäufer die Eintragung wieder rückgängig machen (Art. 975 Abs. 1 ZGB, Grundbuchberichtigungsklage), vorbehaltlich Art. 973 ZGB auch gegenüber einem Dritten (Art. 974 Abs. 1 und 3 ZGB).

3. Weigert sich der Verkäufer, seiner Eigentumsverschaffungspflicht durch die Grundbuchanmeldung nachzukommen, so kann der Käufer entweder auf *Abgabe der Grundbuchanmeldung* oder aber auf *gerichtliche Zusprechung des Eigentums* klagen.<sup>7</sup> Die letztere Möglichkeit ist im Gesetz (Art. 665 Abs. 1 ZGB) ausdrücklich vorgesehen, die erstere, da im schweizerischen Recht selbstverständlich, nicht. Während der Käufer im ersten Fall (Leistungsklage) erst mit der Eintragung im Grundbuch Eigentum erlangt, erwirbt er im letzteren Fall (Gestaltungsklage) das Eigentum bereits mit Rechtskraft des Urteils (vgl. Art. 665 Abs. 2 ZGB), er kann aber «im Grundbuch erst dann über das Grundstück verfügen, wenn die Eintragung erfolgt ist» (Art. 656 Abs. 2 ZGB). Zuvor ist er lediglich zu tatsächlichen Verfügungen berechtigt. Es liegt auf der Hand, dass der Käufer die Gestaltungsklage der Leistungsklage regelmässig vorziehen wird. Ein praktisches Interesse an der Leistungsklage hat er eigentlich nur dann, wenn die Kaufliegenschaft nicht im Eigentum des Verkäufers steht und daher die Gestaltungsklage ausgeschlossen ist (der Richter kann selbstverständlich in einem Prozess zwischen Verkäufer und Käufer nicht über das Eigentum eines Dritten verfügen). Freilich scheidet der Käufer in solchen Fällen auch mit der Leistungsklage, falls unter den gegebenen Umständen ausgeschlossen erscheint, dass sich der Verkäufer die Liegenschaft verschaffen und dem Käufer übereignen kann; dem Käufer stehen dann höchstens Schadenersatzansprüche wegen verschuldeter Leistungsunmöglichkeit zu (Art. 97 OR; BGE 135 III 212).<sup>8</sup>

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich für beide Klagen nach Art. 29 Abs. 2 ZPO (es handelt sich im Sinne dieser Bestimmung um «andere Klagen, die sich auf ein Grundstück beziehen»). Sie können daher alternativ am Ort, an dem das Kaufgrundstück ins Grundbuch aufgenommen ist, oder am Wohnsitz bzw. Sitz der beklagten Partei erhoben werden.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Ausser Betracht bleibt hier der praktisch bedeutungslose Fall, dass sich der Verkäufer mittels vollstreckbarer öffentlicher Urkunde zur Abgabe einer Grundbuchanmeldung verpflichtet hat (*Schmid*, ZBGR 92 S. 300) und daher die direkte Vollstreckung i.S.v. Art. 347 ZPO offensteht.

<sup>8</sup> Nicht hierher gehört die Grundbuchberichtigungsklage, bei der es sich um eine besonders geartete Feststellungsklage handelt (die Klage ist auf Feststellung, dass der Kläger bereits Eigentümer ist und daher das Grundbuch einer Berichtigung bedarf, gerichtet). S. neustens BGE 137 III 293 Erw. 5.1 = ZBGR 93 S. 324 Erw. 5.1 und aus der Lehre z.B. *Andreas Krenger*, Die Grundbuchberichtigungsklage, Diss. Basel 1987, S. 82.

<sup>9</sup> *Peter*, Berner Kommentar, N. 19 zu Art. 29 ZPO.

Wird eine Leistungsklage rechtskräftig gutgeheissen, so hat der Richter die Grundbuchanmeldung von Amtes wegen, also ohne entsprechenden Antrag des Käufers, vorzunehmen (Art. 344 Abs. 2 ZGB) und dem Grundbuchamt – als Rechtsgrundausweis – das Urteil samt Bescheinigung der Rechtskraft<sup>10</sup> einzureichen (Art. 64 Abs. 1 lit. h GBV).<sup>11,12</sup> Dies hat rasch zu geschehen, um so möglichst zu verhindern, dass der Verkäufer noch rechtswirksam Verfügungen über das Grundstück trifft (Art. 973 Abs. 1 ZGB). Diese Gefahr besteht freilich dann nicht, wenn der Käufer gestützt auf Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung erlangt hat. Die Eintragung des Käufers im Grundbuch ist konstitutiv (vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB). Deklaratorisch ist sie hingegen bei rechtskräftiger Guttheissung eines *Gestaltungsurteils* (Art. 665 Abs. 1 ZGB), da der Käufer diesfalls – wie gesehen – ausserbuchlich Eigentümer wird.<sup>13</sup> Rechtsgrundausweis bildet wiederum das Urteil<sup>14</sup> samt Bescheinigung der Rechtskraft (Art. 65 Abs. 1 lit. e GBV). Die Anmeldung beim Grundbuchamt geschieht – anders als bei einem Leistungsurteil (Art. 344 Abs. 2 ZPO) – nicht durch das Gericht, sondern durch den Käufer als neuer Eigentümer (Art. 665 Abs. 2 i.V.m. Art. 963 Abs. 2 ZGB), doch kann das Gericht an seiner Stelle handeln, wenn ihm ein entsprechender Antrag unterbreitet wird.<sup>15</sup>

Wird der Prozess um Zusprechung des Eigentums an den Käufer/Kläger durch Klageanerkennung oder gerichtlichen Vergleich erledigt, so erwirbt der Kläger ebenfalls ausserbuchlich Eigentum am Grundstück. Denn ein solches Urteilssurrogat hat die gleiche Wirkung wie ein rechtskräftiger Entscheid (Art. 208 Abs. 2 ZPO).<sup>16</sup> Den Rechtsgrundausweis für die (deklaratorische) Grundbucheintragung bildet der entsprechende Abschreibungsbeschluss samt Rechtskraftbescheinigung (Art. 65 Abs. 1 lit. e GBV analog). Die Anmeldung erfolgt durch den Käufer, soweit nicht das Gericht auf entsprechenden Antrag hin diese Aufgabe übernommen hat (s.analog vorheriger Absatz a.E.).<sup>17</sup> Ein Urteilssurrogat darf – selbstverständlich – nicht der Umgehung von Art. 216 OR (Erfordernis der

<sup>10</sup> Gemeint ist die Bescheinigung der Vollstreckbarkeit i.S.v. Art. 336 Abs. 2 ZPO (*Liechti*, S. 196; *Kellerhals*, Berner Kommentar, N. 16 zu Art. 336 ZPO).

<sup>11</sup> *Liechti*, S. 193 f., m.w.Nw. Es liegt kein Anwendungsfall von Art. 963 Abs. 2 ZGB vor; der Kläger ist daher – anders als im Falle einer Gestaltungsklage (Art. 665 Abs. 2 ZGB) – nicht zur Abgabe der Grundbuchanmeldung legitimiert (*Schmid*, ZBGR 92 S. 293). Allerdings kann er sich vom Richter ermächtigen lassen, selbst für die Anmeldung besorgt zu sein, doch besteht hierfür angesichts von Art. 344 Abs. 2 ZPO kaum ein praktisches Interesse.

<sup>12</sup> Ist der Verkäufer verurteilt worden, die Grundbuchanmeldung Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer abzugeben, so stellen sich besondere (grundbuchrechtliche) Eintragungsprobleme. S. dazu *Liechti*, S. 196, m.w.Nw.; *Schmid*, ZBGR 92 S. 293. S. zur entsprechenden Problematik bei einem *Gestaltungsurteil* i.S.v. Art. 665 Abs. 1 ZGB unten I./Ziff. 4 letzte drei Absätze.

<sup>13</sup> Der Ausdruck «deklaratorisch» ist insofern ungenau, als erst der Grundbucheintrag dem Käufer die rechtliche Verfügungsbefugnis über das Grundstück verschafft (Art. 656 Abs. 2 ZGB; *Liechti*, S. 43 f.; *Deschenaux*, Teilband 1, S. 308 f.).

<sup>14</sup> Der Grundbuchverwalter hat nicht zu prüfen, ob der Entscheid materiell stichhaltig ist (BGE 102 Ib 8 Erw. 2b = ZBGR 57 S. 301 Erw. 2b; *Fasel*, N. 110 zu Art. 65 GBV).

<sup>15</sup> *Schmid*, ZBGR 92 S. 293.

<sup>16</sup> Selbstverständliche Präzisierung bei *Haab/Simonius/Scherrer/Zobl*, Zürcher Kommentar, N. 68 zu Art. 656 ZGB.

<sup>17</sup> *Fasel*, N. 105 zu Art. 65 GBV.

öffentlichen Beurkundung) dienen.<sup>18</sup> Daher ist beispielsweise eine vergleichsweise Prozess erledigung dort ausgeschlossen, wo es an einer öffentlichen Urkunde fehlt, der Kaufvertrag also beispielsweise nur einfach-schriftlich (Art. 13 OR) abgeschlossen wurde. Gegebenenfalls hat der Richter einen solchen Vergleich für unbeachtlich zu erklären und den Prozess fortzusetzen.<sup>19</sup>

4. *Sicherung der Erfüllungsansprüche.* Die Erfüllungsansprüche beider Parteien sind im Regelfall durch das obligatorische Retentionsrecht von Art. 82 bzw. 184 Abs. 2 OR gesichert.<sup>20</sup> Dazu kommt eine dingliche Sicherung: auf Seiten des Käufers durch das Recht, eine Verfügungsbeschränkung vormerken zu lassen (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), auf Seiten des Verkäufers durch das sog. Verkäuferpfandrecht (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Nachstehend geht es vorerst nur um das obligatorische Retentionsrecht (zu den beiden anderen Rechtsbehelfen s. unten III./1. bzw. 2.).

Grundsätzlich, nämlich vorbehaltlich anderer Abmachung oder Übung, ist keine der Parteien vorleistungspflichtig, vielmehr ist jede Partei berechtigt, ihre Leistung nur Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung zu erbringen (Art. 184 Abs. 2 OR). Beide Parteien brauchen also so lange nicht zu erfüllen, als nicht die Gegenpartei ihre Leistung anbietet (Art. 82 OR). Die Anwendung dieser Regel auf den Grundstückskauf wirft freilich besondere Probleme auf, *zum einen*, weil die Leistung des Verkäufers in zwei Schritte (Eigentumsverschaffung und Besitzübertragung) zerfällt, *zum andern*, weil die Eigentumsverschaffung ein «gestreckter Vorgang» ist, indem die Erfüllungshandlung des Verkäufers (Grundbuchanmeldung) der Erfüllungswirkung (Eigentumsübergang durch Eintragung des Käufers im Grundbuch [Hauptbuch]) zeitlich vorgeht. Von praktischer Bedeutung ist vor allem dieser zweite Punkt, auf den ich mich hier beschränke. Richtigerweise ist das Zug-um-Zug-Erfordernis nicht auf die Grundbuchanmeldung, sondern auf die Eintragung des Käufers im Grundbuch zu beziehen, denn nur so wird dem Käufer keinerlei Vorleistung zugemutet. Der Verkäufer kann also vom Käufer nicht verlangen, dass er den Kaufpreis gegen gleichzeitige Grundbuchanmeldung zahle, vielmehr ist der Käufer berechtigt, die Zahlung mit der Grundbucheintragung zu «verknüpfen». Bei der Umsetzung dieser «Verknüpfung» ergeben sich freilich Probleme, weil es eben nicht in der Macht des Verkäufers steht, die Eintragung selbständig zu vollziehen. Praktisch lassen sich diese Probleme nur im Prozesswege (BGE 85 II 474 Erw. 5 und 6 = ZBGR 41 S. 311 f. Erw. 5 und 6, dazu später im Text) oder mittels vertraglicher Abrede lösen, etwa indem die Parteien abmachen, dass der Verkäufer die Grundbuchanmeldung gegen ein unwiderruffli-

<sup>18</sup> *Fasel*, N. 103 zu Art. 65 GBV; *Strebel/Laim*, Basler Kommentar, N. 46 zu Art. 656 ZGB, m.w.Nw.

<sup>19</sup> Vgl. in verwandtem Zusammenhang *Killias*, Berner Kommentar, N. 20 zu Art. 241 ZPO. S. auch *Schnyder*, § 4 RZ 32, zur Rechtslage vor Inkrafttreten der ZPO.

<sup>20</sup> Art. 184 Abs. 2 OR ist trotz erheblich abweichenden Wortlauts eine blosser Wiederholungsregel zu Art. 82 OR (s. dazu allgemein *Koller*, OR AT, § 40 RZ 23 ff./44 ff., bzw. 4. A., RZ 40.25 ff., 40.48 ff.).

ches Zahlungsverprechen einer Bank abgibt und diese die Zahlung erst gegen den Nachweis der Grundbucheintragung vorzunehmen hat. Der folgende Formulierungsvorschlag für ein solches Zahlungsverprechen lehnt sich an jenen von *Arnet*<sup>21</sup> an:

Betr. den Verkauf des Grundstücks Grundbuch Nr. XY in der Gemeinde Z verpflichten wir uns im Auftrag des Käufers K unwiderruflich, CHF 1000000.– (Schweizerfranken eine Million), Valuta 1. April 2017, an die Bank C (Bankenclearing-Nummer ....), Konto Nr. xyz, lautend auf den Verkäufer V, zu vergüten. Die Zahlung erfolgt unter der Bedingung und gegen den Nachweis des Eigentumsüberganges auf K.

Ist bei einem Zug-um-Zug-Geschäft, für dessen Abwicklung vertragliche Abreden fehlen, die Kaufpreiszahlung noch nicht erfolgt, so steht dies zwar einer gerichtlichen Zusprechung des Eigentums (Art. 665 Abs. 1 ZGB) nicht entgegen, doch ist im Urteil dafür zu sorgen, dass der Verkäufer zeitgleich mit dem Eigentumserwerb durch den Käufer über den Kaufpreis verfügen kann.<sup>22</sup> Der Erwerb ist daher von einer entsprechenden Bedingung abhängig zu machen und der Grundbuchverwalter anzuweisen, den Käufer nur gegen den Nachweis der Zahlung im Grundbuch als neuen Eigentümer einzutragen (BGE 85 II 474 Erw. 5 = ZBGR 41 S. 311 Erw. 5 und BGE 86 II 417 Erw. 3 = ZBGR 42 S. 314 Erw. 3; s. demgegenüber noch BGE 42 II 28 Erw. 6 = ZBGR 3 S. 127 Erw. 6 und BGE 78 II 354 Erw. 4 = ZBGR 35 S. 56 oben Erw. 4).<sup>23</sup>

BGE 85 II 474 Erw. 5 S. 487 = ZBGR 41 S. 311 Erw. 5: «Es ist also zu erkennen, dass der Kläger mit der Bezahlung des Preises von Fr. 17000.– das Eigentum an den Liegenschaften Nr. 70 und 378 des Grundbuches Gersau erlangt. Das Grundbuchamt ist durch das vorliegende Urteil (das gemäss Art. 38 OG [heute: Art. 61 BGG] mit der Ausfällung rechtskräftig wird) i.S.v. Art. 18 GBV [heute: Art. 65 Abs. 1 lit. e GBV] zu ermächtigen bzw. anzuweisen, den Kläger auf seine Anmeldung hin als Eigentümer einzutragen, sobald er sich über die erfolgte Zahlung ausweist. Art. 665 ZGB (mit dem Art. 78 Abs. 2 BZP zusammenhängt, vgl. BGE 78 I 447 [= ZBGR 36 S. 317]) und Art. 963 Abs. 2 ZGB erlauben dieses Vorgehen. ... Damit der Grundsatz voll gewahrt bleibt, dass der Verkäufer und der Käufer ihre Leistungen Zug um Zug zu erbringen haben (vgl. hierzu BGE 79 II 280 ff.), kann die Zahlung des Betrags von Fr. 17000.– (allenfalls durch Vermittlung des Grundbuchamtes) so erfolgen, dass der Beklagte K. erst nach Vollzug der Eintragung des Klägers im Grundbuch über diesen Betrag verfügen kann.»

BGE 86 II 417 Erw. 3 S. 426 f. = ZBGR 42 S. 314 Erw. 3: «Wenn eine Leistung aus einem zweiseitigen Vertrag eingeklagt ist, der Zug um Zug zu erfüllen ist, kann eine Verurteilung in der Regel nur unter der Auflage, dass der Kläger auch seine eigene Leistung erbringe, ausgesprochen werden. ... Die von der Vorinstanz im Dispositiv 2 verfügte Zusprechung des Eigentums gegen Barzahlung ist daher so zu verstehen, dass der Kläger mit der Bezahlung des Preises das Eigentum an der Liegenschaft erlangt und das Grundbuchamt durch dieses Urteil ermächtigt ist, den Kläger auf seine Anmeldung hin als Ei-

<sup>21</sup> *Arnet*, S. 432.

<sup>22</sup> So zumindest dann, wenn der Verkäufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (Art. 82 und 184 Abs. 2 OR) erhoben hat. Hat er dies nicht getan, ist die Klage nach herrschender schweizerischer Rechtsauffassung bedingungslos gutzuheissen. S. Näheres bei *Koller*, OR AT, § 40 RZ 58 ff., bzw. 4. A., RZ 40.66 ff.

<sup>23</sup> *Schmid*, ZBGR 92 S. 293, hält ein solches Vorgehen für unzulässig, da es «nicht angängig» sei, «dass die Rechtsänderung [Eigentumsübergang] von der Erfüllung einer Bedingung abhängig gemacht wird».

gentümer einzutragen, sobald er sich über die erfolgte Zahlung des Kaufpreises ausweist oder denselben beim Grundbuchamt selbst zu Händen des Verkäufers hinterlegt [...]»

5. *Im Folgenden* bleibt die Erfüllung der Kaufpreisschuld – wie gesagt – ausser Betracht. Hingegen bedarf die Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht durch den Verkäufer verschiedener Präzisierungen (II.). Näherer Betrachtung bedarf sodann die dingliche Sicherung der Erfüllung (III.), und zwar mit Bezug auf die Ansprüche beider Parteien. Es interessiert also nicht nur die Verfügungsbeschränkung von Art. 960 Ziff. 1 ZGB zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumsverschaffung, sondern auch das Verkäuferpfandrecht von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zur Sicherung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers.

## **II. Die Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht durch den Verkäufer**

Im Folgenden wird unterstellt, dass der von den Parteien abgeschlossene Grundstückskaufvertrag gültig und daher der Verkäufer zur Eigentumsverschaffung am Grundstück verpflichtet ist.

### **1. Überblick**

Der Verkäufer kann seine Pflicht zur Eigentumsverschaffung – wie bereits gesagt – nicht selbständig erfüllen, vielmehr ist er insoweit auf die Mitwirkung des Grundbuchbeamten angewiesen. Die Aufgabe des Verkäufers beschränkt sich darauf, die Grundbuchanmeldung vorzunehmen und – zusammen mit der Anmeldung – die für die Eintragung erforderlichen Belege einzureichen. In dieser letzteren Hinsicht ist zweierlei erforderlich (Art. 965 Abs. 2 und 3 ZGB): der Ausweis über das Verfügungsrecht und der Ausweis über den Rechtsgrund (Kaufvertrag). Überdies muss eine allfällige für den Eigentumsübergang erforderliche Bewilligung oder Zustimmung eingereicht werden (BGE 84 II 187 = ZBGR 39 S. 304).<sup>24</sup> Grundsätzlich sind alle Belege der Anmeldung beizufügen (BGE 126 III 309 Erw. 3a = ZBGR 82 S. 251 Erw. 3a = Praxis 2001 Nr. 65). Nur ausnahmsweise ist eine nachträgliche Ergänzung zulässig (Art. 966 Abs. 2 ZGB, 87 Abs. 2 und 88 GBV).

Dem Grundbuchbeamten<sup>25</sup> obliegt es, die vom Verkäufer eingereichten Belege darauf zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für den Eigentümerwechsel erfüllt sind. Trifft dies zu, trägt er den Käufer als neuen Eigentümer – im Hauptbuch – ein. Andernfalls weist er die Anmeldung – vorbehaltlich der bereits erwähnten Art. 966 Abs. 2 ZGB, 87 Abs. 2 und 88 GBV – ab. Eine Abweisung hat auch dann zu erfolgen, wenn der Verkäufer in seiner Handlungsfähigkeit durch behördlichen Akt (insbesondere eine umfassende Beistandschaft, Art. 398 ZGB) beschränkt ist

<sup>24</sup> Schmid, Basler Kommentar, N. 3 zu Art. 966 ZGB m.w.Nw.

<sup>25</sup> Der Grundbuchbeamte ist – erfüllungsrechtlich gesprochen – sogenannter neutraler Mitwirkender (Koller, OR AT, § 35 RZ 2, bzw. 4. A., RZ 35.02, mit Bemerkungen zur rechtlichen Behandlung in § 54 RZ 108 bzw. 4. A., RZ 54.106).

(Art. 83 Abs. 2 lit. e GBV). Abzuklären, ob dies im Einzelfall zutrifft, gehört ebenfalls zu den Aufgaben des Grundbuchverwalters. Hingegen ist er weder berechtigt noch verpflichtet, abzuklären, ob der Verkäufer urteilsunfähig ist und ihm deshalb – ohne behördlichen Akt – die Handlungsfähigkeit abgeht. Nur wenn die Urteilsunfähigkeit «in die Augen springt oder ... auf sicherem Wissen gründet», verhält es sich anders (BGE 124 III 341, 346 = ZBGR 80 S. 134; BGE 112 II 26 Erw. 2 = ZBGR 69 S. 127 Erw. 2<sup>26</sup>).<sup>27</sup>

## 2. Die Grundbuchanmeldung

1. Die Grundbuchanmeldung ist das auf das Verpflichtungsgeschäft (Kaufvertrag) folgende *Verfügungsgeschäft* (BGE 138 III 512 Erw. 3.2 = ZBGR 94 S. 424 Erw. 3.2 m.w.Nw.<sup>28</sup>). Sie ist *einseitiges Rechtsgeschäft*, welches zusammen mit der Grundbucheintragung als sog. weitere Wirksamkeitsvoraussetzung<sup>29</sup> die gewünschte Umgestaltung der Rechtslage (Eigentumsübergang auf den Käufer) zur Folge hat.<sup>30</sup> Die früher strittige Frage, ob der Verkäufer zwischen dem Zeitpunkt, da die Tagebucheintragung beim Grundbuch erfolgt ist, bis zur Eintragung im Hauptbuch die Anmeldung noch einseitig zurückziehen kann, wurde vom Bundesgericht ursprünglich bejaht (BGE 87 I 479 = ZBGR 44 S. 111), in späteren Entscheiden jedoch verneint (BGE 115 II 221 = ZBGR 71 S. 22; vgl. auch BGE 115 II 331 Erw. 5b = ZBGR 72 S. 366 Erw. 5b). Bei der Totalrevision der Grundbuchverordnung im Jahre 2011 wurde diese neuere Rechtsprechung kodifiziert (Art. 47 Abs. 1 GBV, wonach die Anmeldung «nicht ohne Zustimmung der begünstigten Personen [hier: des Käufers] zurückgezogen werden [kann]»).

2. Aus Art. 965 Abs. 2 ZGB ergibt sich, dass der Verkäufer die Anmeldung nicht persönlich vornehmen muss, sondern *sich vertreten lassen kann*, namentlich auch durch den Erwerber. Gegebenenfalls ist davon auszugehen, dass der Verkäufer von seiner Anmeldungspflicht so lange befreit ist, als nicht die Ermächtigung zur Vertretung rechtswirksam widerrufen wird.<sup>31</sup>

Die Kantone können die *Urkundspersonen* anweisen, die von ihnen beurkundeten Kaufgeschäfte – in Vertretung des Verkäufers – zur Eintragung anzumelden (Art. 963 Abs. 3 ZGB und Art. 49 Abs. 2 GBV).<sup>32</sup> Freilich darf die Anmeldung nicht gegen den Willen des Verkäufers geschehen, viel-

<sup>26</sup> S. zu diesem Entscheid *Bernhard Schnyder*, BR 1988 S. 70.

<sup>27</sup> S. zu den Aufgaben des Grundbuchbeamten im Anmeldeverfahren überblicksweise *Mühlematter/Stucki*, S. 185 ff.

<sup>28</sup> Ebenso die herrschende Lehre, z.B. *Hans Merz*, Vertrag und Vertragsschluss, 2. A. Freiburg 1992, S. 34 Anm. 26; w.Nw. bei *Wolf*, ZBGR 84 S. 2 Anm. 7.

<sup>29</sup> S. dazu allgemein *Koller*, OR AT, § 3 RZ 6, bzw. 4. A., RZ 3.07.

<sup>30</sup> *Merz*, zit. in Anm. 28, S. 34 Anm. 26 («einseitiges kausales Rechtsgeschäft»); *Rey*, RZ 1493. S. auch schon *Homberger*, Zürcher Kommentar, N. 4 zu Art. 963 ZGB.

<sup>31</sup> *S. Schnyder*, § 4 RZ 10. Zum Recht des Veräusserers, die einmal erteilte Ermächtigung zu widerrufen, s. *Lutz*, S. 101.

<sup>32</sup> Diese Möglichkeit ist beispielsweise in der bernischen Notariatspraxis von grosser praktischer Bedeutung (*Wolf*, ZBGR 84 S. 9 bei Anm. 48).

mehr muss dieser seinen Eintragungswillen gegenüber der Urkundsperson geäußert haben.<sup>33</sup> Die Kantone können der Urkundsperson also keine selbständige Anmeldebefugnis verleihen, sondern sie nur ermächtigen und verpflichten, an Stelle des anmeldewilligen Verkäufers zu handeln. Umstritten ist, ob mit der Anmeldung ein entsprechender Beleg (schriftliches Einverständnis des Verkäufers mit der Eintragung) einzureichen ist.<sup>34</sup> Von Bundesrechts wegen trifft dies m.E. nicht zu, doch können die Kantone eine abweichende Anordnung treffen. A.A. ist neuerdings *Wolf*, welcher das fragliche Erfordernis aus Art. 963 Abs. 1 ZGB ableiten will.<sup>35</sup>

### 3. Die Belege

Der Verkäufer hat sich – wie gesagt – über sein Verfügungsrecht und über den Rechtsgrund auszuweisen (Art. 965 Abs. 1 ZGB). Wo für die Gültigkeit des Kaufgeschäfts eine besondere Bewilligung oder Zustimmung erforderlich ist, hat er diese beizubringen. Entsprechendes gilt, wo sich das Bewilligungs- bzw. Zustimmungserfordernis (bloss) auf die Verfügung bezieht, also der Verkäufer zwar zum selbständigen Abschluss des Kaufgeschäfts befugt ist, für die Eigentumsverschaffung aber einer Bewilligung oder Zustimmung bedarf.

1. Der *Ausweis über das Verfügungsrecht* liegt in dem Nachweise, dass der Verkäufer «die nach Massgabe des Grundbuches verfügungsbe-rechtigte Person ist» (Art. 965 Abs. 1 ZGB). Der Verkäufer muss sich also als der im Grundbuch eingetragene Eigentümer ausweisen (Art. 84 Abs. 1 GBV). Handelt für den Verkäufer ein Bevollmächtigter, hat dieser nebst dem Verfügungsrecht des Verkäufers/Vollmachtgebers den Bestand der Vollmacht – mittels Vollmachtsurkunde – nachzuweisen (Art. 965 Abs. 1 ZGB); im Regelfall muss die Echtheit der Unterschrift des Verkäufers durch deren Beglaubigung nachgewiesen werden (Art. 86 Abs. 1 und 2 GBV). Bei der gesetzlichen Vertretung muss – nebst dem Verfügungsrecht des Verkäufers – die kraft Gesetzes (z.B. Art. 304 ZGB) oder Ernennungsakts (z.B. Art. 390 i.Vm. Art. 398 ZGB) bestehende Vertretereigenschaft nachgewiesen werden (Art. 49 Abs. 1 GBV).<sup>36</sup>

Nach schweizerischem Recht kann jemand rechtswirksam ein fremdes Grundstück im eigenen Namen verkaufen. Die Erfüllung setzt dann jedoch voraus, dass sich der Verkäufer vorerst das Eigentum am Grundstück (und damit die Verfügungsberechtigung i.S.v. Art. 965 Abs. 2 ZGB) verschafft.

2. Der *Ausweis über den Rechtsgrund* liegt in dem Nachweise, dass der Kaufvertrag in der gebührenden Form, d.h. unter Einhaltung der ein-

<sup>33</sup> *Hans Marti*, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, N. 14 zu Art. 16 des bernischen Notariatsgesetzes; *Brückner*, Beurkundungsrecht, RZ 2584 ff.; *Wolf*, ZBGR 84 S. 13 unten, präzisiert, dass der Verkäufer eine z.B. im Grundstückkauf erteilte Eintragungsbewilligung widerrufen kann, solange die Urkundsperson die Anmeldung noch nicht vorgenommen hat.

<sup>34</sup> Nw. bei *Wolf*, ZBGR 84 S. 8 mit Anm. 37 ff.

<sup>35</sup> *Wolf*, ZBGR 84 S. 12 unten.

<sup>36</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 965 ZGB.

schlägigen kantonalen Verfahrensvorschriften, öffentlich beurkundet wurde (Art. 965 Abs. 3 ZGB und Art. 64 Abs. 1 lit. a GBV; z.B. BGE 5A\_383/2010 Erw. 2.1 = ZBGR 92 S. 347 Erw. 2.1). Diesem Erfordernis ist nach der wohl herrschenden, auch hier für zutreffend gehaltenen Lehre<sup>37</sup> auch dann genügt, wenn der Kaufvertrag in einem anderen Kanton als dem Liegenschaftskanton – unter Beachtung der dort einschlägigen Vorschriften – öffentlich beurkundet wurde. Dieser Auffassung hat sich das OGer BL angeschlossen (ZBGR 83 S. 278).<sup>38</sup> Demgegenüber können nach Ansicht des Bundesgerichts die Kantone vorsehen, dass ein Kaufvertrag, der über ein im Kanton gelegenes Grundstück ausserhalb des Kantons geschlossen (und öffentlich beurkundet) wurde, keinen Rechtsgrundausweis für den Grundbucheintrag abgibt (BGE 113 II 501 = ZBGR 70 S. 234<sup>39</sup>). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wirkt sich insbesondere dort unbefriedigend aus, wo mehrere in verschiedenen Kantonen gelegene Grundstücke in einer Urkunde verbrieft werden sollen.<sup>40</sup>

Folgt man der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, so bedeutet dies nicht, dass die Kantone kompetent wären, ausserkantonal abgeschlossenen Verträgen die materiellrechtliche Gültigkeit abzuspochen. Vielmehr sind solche Verträge von Bundesrechts wegen gültig, vorausgesetzt, dass sie unter Beobachtung der einschlägigen Beurkundungsvorschriften des Beurkundungskantons abgeschlossen wurden. Sie geben daher einen Anspruch auf nochmalige Beurkundung, diesmal im Liegenschaftskanton, und nachherige Eintragung im Grundbuch.<sup>41</sup> Das Bundesgericht hat freilich auch schon gegenteilig entschieden, also angenommen, dass solche Verträge (form-)ungültig sind (BGE 47 II 383 Erw. 5 = ZBGR 3 S. 131 Erw. 5).<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Z.B. *Schmid*, Beurkundung, RZ 227 ff., 242 ff.; a.A. z.B. *Stephan Wolf*, Öffentliche Beurkundung und Behebung von Fehlern – ausgewählte Einzelfragen, REPRAX 3/2014 S. 27 ff., 31. Zum Meinungsstand s. *Gauch/Schluemp/Schmid*, RZ 528 Anm. 89. Ein vom Bundesrat in die Vernehmlassung gegebener Vorschlag zur Einführung eines Art. 55m SchlT ZGB, welcher die Freiheit des Abschlussortes auch bei Grundstückkaufverträgen normiert hätte, wurde kritisch bewertet, weshalb der Bundesrat entschieden hat, die Frage der interkantonalen Freizügigkeit nochmals vertieft zu prüfen und erst danach ein Gesetzgebungsprojekt auszuarbeiten. Der erläuternde Bericht zum besagten Art. 55m SchlT ZGB ist einsehbar unter [ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2012/2012-12-14](http://ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2012/2012-12-14).

<sup>38</sup> Streitgegenstand war zwar ein Vorvertrag zu einem Grundstückkauf, doch haben die Entscheidungsgründe weitestgehend auch für Kaufverträge Geltung.

<sup>39</sup> In diesem Entscheid ging es zwar um einen Ehevertrag, das Bundesgericht stützt sich aber auch auf Überlegungen allgemeiner Natur.

<sup>40</sup> *Heinrich Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. A. Bern 2010, S. 166. Hat eine Vermögensübertragung nach FusG auch Grundstücke zum Gegenstand, so genügt eine einzige öffentliche Urkunde «auch dann, wenn Grundstücke in verschiedenen Kantonen liegen» (Art. 70 Abs. 2 FusG). Die Urkunde ist durch eine Urkundsperson am Sitz des übertragenden Rechtsträgers zu errichten (gleiche Bestimmung).

<sup>41</sup> *Hans Leemann*, Die Zuständigkeit zur Beurkundung von Veräusserungs- und Belastungsverträgen über Grundstücke nach schweizerischem Recht, SJZ 1920/21 S. 321 ff.

<sup>42</sup> S. zum Ganzen eingehend *Jörg Schmid*, Zur interkantonalen Freizügigkeit öffentlicher Urkunden bei Verträgen über dingliche Rechte an Grundstücken, ZBGR 70 S. 265 ff.

Der Grundbuchverwalter hat die ihm vorgelegte öffentliche Urkunde, von Ausnahmen abgesehen, nicht auf die materiellrechtliche Gültigkeit hin zu untersuchen (grundlegend BGE 107 II 211 Erw. 1 = ZBGR 64 S. 108 Erw. 1 = Praxis 1981 Nr. 240, ferner etwa BGE 141 III 13 Erw. 4.1 = ZBGR 98 S. 46 Erw. 4.1 = Praxis 2015 Nr. 77; BGE 135 III 103 Erw. 4.4 = ZBGR 92 S. 376 Erw. 4.4; BGE 126 III 313 = ZBGR 82 S. 251 = Praxis 2001 Nr. 65).<sup>43</sup> Das kann dazu führen, dass die Eintragung im Grundbuch vorgenommen wird (bzw. werden muss), obwohl allenfalls ein ungültiges Rechtsgeschäft vorliegt (vgl. BGE 107 II 211 Erw. 4 a.E. = ZBGR 64 S. 110 Erw. 4 a.E. = Praxis 1981 Nr. 240). Zu denken ist an Fälle, in denen ein Kaufvertrag wegen Urteilsunfähigkeit des Verkäufers ungültig ist, die Urteilsunfähigkeit jedoch weder offensichtlich noch in einem behördlichen Akt festgestellt ist und daher vom Grundbuchverwalter nicht berücksichtigt werden darf (oben II./1.).

3. *Bewilligungs- und Zustimmungserfordernisse.* Fälle, in denen die Gültigkeit eines Grundstückkaufvertrages von einer behördlichen Bewilligung abhängt, finden sich insbesondere im BGG und im BewG. Das letztere Gesetz, auf das hier beispielshalber hingewiesen sei, sieht vor, dass Personen im Ausland für den Erwerb von Grundstücken in der Schweiz grundsätzlich einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde bedürfen (Art. 2 Abs. 1). Die Ausnahmen finden sich in Art. 2 Abs. 2, die Bewilligungsgründe in Art. 8 ff.

Ein Zustimmungserfordernis stellt beispielsweise Art. 169 ZGB auf. Danach kann der Eigentümer eines Grundstücks nur mit Zustimmung des Ehegatten «das Haus oder die Wohnung der Familie veräussern» (Abs. 1). Umstritten ist, ob sich das Zustimmungserfordernis auf das Verpflichtungsgeschäft (in unserem Kontext: Kauf) oder (nur) auf das Verfügungsgeschäft (Eintragung im Grundbuch) bezieht.<sup>44</sup> M.E. gilt Letzteres. Folgt man dem, so ist ein ohne die nötige Zustimmung abgeschlossener Grundstückkaufvertrag – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – gültig, vor der Eintragung des Käufers im Grundbuch muss jedoch – vorbehaltlich Art. 169 Abs. 2 ZGB<sup>45</sup> – die Zustimmung des Ehegatten eingeholt werden. Analoge (nur das Verfügungsrecht betreffende) Zustimmungserfordernisse finden sich in Art. 178 Abs. 1 und 201 Abs. 2 ZGB (s. mit Bezug auf die zweite Bestimmung den illustrativen BGE 141 III 13 Erw. 4.2 =

<sup>43</sup> *Steinauer I*, RZ 848 ff.; s. auch BGE 108 II 548 = ZBGR 65 S. 380; BGE 114 II 324 Erw. 2 = ZBGR 71 S. 347 Erw. 2 und BGE 124 III 341 Erw. 2 = ZBGR 80 S. 132 Erw. 2, und zum Ganzen *Deillon-Schegg*, S. 310 ff.

<sup>44</sup> Nw. bei *Schwander*, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 169 ZGB, der die erste Ansicht vertritt. Für Nichtigkeit des Kaufvertrags neustens *Roland Pfäffli*, Zum Schutz der Wohnung der Familie (Art. 169 ZGB), Jusletter 4. Juli 2016, RZ 31.

<sup>45</sup> Danach kann sich der Verkäufer vom Richter ermächtigen lassen, die Eintragung ohne die Zustimmung des Ehegatten zu veranlassen, wenn dieser die Zustimmung ohne triftigen Grund verweigert oder wenn er aus besonderem Grund (insbesondere Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit, *Schwander*, Basler Kommentar, N. 20 zu Art. 169 ZGB) keine Erklärung abgeben kann.

ZBGR 98 S. 47 Erw. 4.2 = Praxis 2015 Nr. 77)<sup>46</sup>. Hingegen betrifft beispielsweise Art. 416 ZGB das Verpflichtungsgeschäft (vgl. BGE 126 III 309 = ZBGR 82 S. 247 = Praxis 2001 Nr. 65, allerdings mit Bezug auf die Vorgängerbestimmung, aArt. 421 ZGB).

#### **4. Aussetzung des Eintragungsverfahrens**

Grundsätzlich sind – wie bereits gesagt – alle erforderlichen Belege zusammen mit der Grundbuchanmeldung einzureichen. Eine Ausnahme gilt hinsichtlich gewisser bundesrechtlicher Bewilligungen (Art. 88 GBV). Soweit es beim Grundsatz bleibt, hat der Grundbuchverwalter die Anmeldung bei Fehlen eines Belegs abzuweisen, ohne dass er dem Anmeldenden (hier: Verkäufer) Gelegenheit geben müsste oder dürfte, die Belege zu ergänzen; ganz ohne Einschränkung gilt dies allerdings nicht (Art. 966 Abs. 2 ZGB und Art. 87 Abs. 1 GBV). Die erwähnten drei Bestimmungen werden nachstehend in der angegebenen Reihenfolge behandelt.

1. Art. 88 GBV bezieht sich auf bundesrechtliche Bestimmungen, welche bestimmte Kaufgeschäfte einer behördlichen Bewilligungspflicht unterwerfen (s. z.B. Art. 2 BewG, oben II./3./Ziff. 3) und den Grundbuchverwalter ermächtigen, das Verfahren auszusetzen, bis über die Bewilligungspflicht entschieden ist (BGE 141 III 13 Erw. 5 a.E. = ZBGR 98 S. 48 Erw. 5 a.E. = Praxis 2015 Nr. 77). Die einschlägigen Bestimmungen (z.B. Art. 18 BewG und 81 BGG) setzen durchwegs voraus, dass die Bewilligungspflicht *zweifelhaft* ist. Ist sie offensichtlich, so hat sich der Verkäufer vor der Anmeldung um die Bewilligung zu bemühen und die (erteilte) Bewilligung der Anmeldung beizulegen. Tut er dies nicht, ist die Anmeldung abzuweisen (BGE 137 III 205 = ZBGR 93 S. 211)<sup>47</sup>. Ist die Bewilligungspflicht hingegen zweifelhaft, so schadet es dem Verkäufer nicht, wenn er die Anmeldung vornimmt, ohne das Bewilligungsverfahren zu durchlaufen. Gegebenenfalls trägt der Grundbuchverwalter das Geschäft in das Tagebuch ein und setzt dem Verkäufer eine Frist zur Einleitung des Bewilligungsverfahrens (Art. 88 Abs. 1 GBV). Wird das Verfahren nicht rechtzeitig eingeleitet oder wird die Bewilligung verweigert, so weist der Grundbuchverwalter die Anmeldung ab (Art. 88 Abs. 3 GBV), andernfalls trägt er den Käufer in das Hauptbuch ein.

2. Art. 966 Abs. 2 ZGB betrifft Fälle, in denen ein Anmeldemangel (Fehlen eines Belegs) bloss das Verfügungsrecht, nicht auch den Rechtsgrund betrifft. Er sieht vor, dass der Grundbuchbeamte eine vorläufige Eintragung des Käufers vormerken kann (Art. 961 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Über den Gesetzeswortlaut hinaus wird man verlangen müssen, dass das Verfügungsrecht zumindest glaubhaft gemacht ist und es der Verkäufer nicht absichtlich unterlassen hat, den fehlenden Beleg, z.B. eine amtliche

<sup>46</sup> Hinsichtlich Art. 178 ZGB besteht freilich dieselbe Kontroverse wie hinsichtlich Art. 169 ZGB (*Ursula Schmid*, in: Jolanta Kren Kostkiewicz et. al. [Hrsg.], ZGB, Orell Füssli Kommentar [OFK], 3. A. Zürich 2016, N. 6 zu Art. 178 ZGB).

<sup>47</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 3a zu Art. 966 ZGB.

Beglaubigung der Unterschrift<sup>48</sup>, einzureichen. Bei gegebenen Voraussetzungen weist der Grundbuchverwalter die Parteien auf die Möglichkeit einer vorläufigen Eintragung hin, hingegen nimmt er die Vormerkung nicht von Amtes vor (es gilt auch in diesem Bereich das Antragsprinzip, Art. 963 Abs. 1 ZGB<sup>49</sup>). Der Käufer hat dann die Möglichkeit, eine vorläufige Eintragung i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB vormerken zu lassen.<sup>50</sup> Kommt es zu einer Vormerkung, so ist diese zu befristen.<sup>51</sup> Wird der ausstehende Beleg innert der Vormerkungsfrist beigebracht, wird der Käufer als Eigentümer eingetragen und die Vormerkung (von Amtes wegen) gelöscht<sup>52</sup>, andernfalls wird die Anmeldung abgewiesen, was ebenfalls Löschung der Vormerkung nach sich zieht.<sup>53</sup>

Die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung schränkt die Verfügungsbefugnis des Verkäufers nicht ein. Der Käufer kann jedoch nach dem Eigentumserwerb eine allfällige Verfügung wieder rückgängig machen, also die Löschung der nach der Vormerkung eingetragenen dinglichen oder vorgemerkten Rechte verlangen (Art. 961 Abs. 2 ZGB; s. analog unten III./1./A./Ziff. 2).<sup>54</sup>

3. Nach Art. 87 Abs. 2 GBV kann der Grundbuchverwalter der anmeldenden Person (hier: dem Verkäufer) «eine kurze Frist zur Beibringung von fehlenden Belegen setzen»; wird die Frist nicht genutzt, ist die Anmeldung abzuweisen. Nach richtiger Ansicht darf diese Möglichkeit nur gewährt werden, «wenn die sofortige Abweisung zu einem übertriebenen Formalismus führen würde»<sup>55</sup>, mithin nur «zwecks Behebung von kleinen formellen Mängeln»<sup>56</sup> und nur unter der Voraussetzung, dass der Anmeldemangel nicht auf Absicht beruht. Nach ihrem Wortlaut ist die Bestimmung bei beliebigen Anmeldemängeln anwendbar, Lehre und Rechtsprechung beziehen sie jedoch nur auf Mängel betr. das Verfügungsrecht, nicht auch auf Mängel im Rechtsgrund (BGE 84 II 187 Erw. 3 = ZBGR 39 S. 309 Erw. 3)<sup>57</sup>, m.E. zu Recht (eine wörtliche Interpretation würde gegen Art. 966 Abs. 2 ZGB verstossen und scheitert damit am Gesetzesvorbehalt).

### 5. Der Entscheid des Grundbuchverwalters

Der Grundbuchverwalter schliesst das Anmeldeverfahren ab, indem er entweder den Käufer als neuen Eigentümer im Grundbuch (Hauptbuch) einträgt oder die Anmeldung abweist.

<sup>48</sup> Weitere Beispiele bei *Arnet*, in: Andrea Bächler / Dominique Jakob (Hrsg.), *Kurzkommentar Zivilgesetzbuch*, 2. A. Basel 2012, N. 2 zu Art. 966 ZGB.

<sup>49</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 13 zu Art. 966 ZGB.

<sup>50</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 13 zu Art. 966 ZGB.

<sup>51</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 20 zu Art. 961 ZGB.

<sup>52</sup> *Arnet* (Anm. 48), N. 4 zu Art. 966 ZGB.

<sup>53</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 966 ZGB.

<sup>54</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 18 zu Art. 961 ZGB.

<sup>55</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 18 zu Art. 966 ZGB.

<sup>56</sup> *Fasel*, N. 13 zu Art. 87 GBV.

<sup>57</sup> *Arnet* (Anm. 48), N. 5 zu Art. 966 ZGB.

1. Kommt es zur Eintragung des Käufers im Grundbuch, so wirkt diese auf den Tagebucheintrag zurück (Art. 972 Abs. 2 ZGB). Über die Fiktion dieser Bestimmung erwirbt der Käufer Eigentum in dem Moment, in dem der Verkäufer über sein Eigentum – mittels der Grundbuchanmeldung, welche dem Tagebucheintrag unmittelbar vorausgeht – verfügt hat. Hat allerdings der Käufer die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erwirkt, so wird der Eigentumserwerb auf den Zeitpunkt der Vormerkung zurückbezogen.<sup>58</sup>

2. Lehnt der Grundbuchbeamte die Anmeldung ab, kann dagegen – innert 30 Tagen (Art. 956b Abs. 1 ZGB) – «bei der vom Kanton bezeichneten Instanz Beschwerde geführt werden» (Art. 956a Abs. 1 ZGB). Nach dem Prinzip des doppelten Instanzenzugs (Art. 75 Abs. 1 BGG) muss ein negativer Beschwerdeentscheid bei einer zweiten kantonalen Instanz angefochten werden können.<sup>59</sup> Gegen den zweitinstanzlichen Entscheid steht die zivilrechtliche Beschwerde ans Bundesgericht offen (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG). Die Streitwertgrenze von Art. 74 BGG findet keine Anwendung (BGE 5A\_383/2010 Erw. 1.1<sup>60</sup>). Beschwerdelegitimiert sind beide Parteien des Kaufvertrages (Art. 956a Abs. 2 lit. b ZGB): Beide sind im Sinne dieser Bestimmung «besonders berührt» und haben ein «schutzwürdiges Interesse» an der Aufhebung der Ablehnungsverfügung.

Fraglich ist, ob der Verkäufer aufgrund seiner Eigentumsverschaffungspflicht zu einer solchen Beschwerde (an die kantonale Beschwerdeinstanz, allenfalls gar darüber hinaus an das Bundesgericht) verpflichtet ist. Man wird dies angesichts der Möglichkeit des Käufers, selbst Beschwerde zu führen, im Allgemeinen verneinen müssen.<sup>61</sup>

Wird die Beschwerde mit der Begründung abgewiesen, der Kaufvertrag gebe keinen rechtsgenügenden Rechtsgrundausweis i.S.v. Art. 965 Abs. 3 ZGB ab, so bedeutet dies nicht, dass rechtskräftig über die Gültigkeit des Kaufvertrages entschieden wurde. Dem Käufer bleibt es daher unbenommen, nach Art. 665 Abs. 1 ZGB auf gerichtliche Zuspreehung des Eigentums zu klagen. Erfolg wird er damit freilich regelmässig nur haben, wenn die Abweisung zu *Unrecht* erfolgt ist. Andernfalls ist zwar eine Klagegutheissung nicht eo ipso ausgeschlossen, denn Richter und Grundbuchverwalter haben nicht die gleiche Kognition<sup>62</sup>, praktisch spielen jedoch solche Fälle keine Rolle. Hingegen ist es nicht ganz selten, dass eine Eintragung grundbuchrechtlich zu Recht erfolgt, der Richter jedoch aufgrund seiner umfassenderen Kognition zur Auffassung gelangt, der Rechtsgrund sei ungültig und daher die Eintragung zivilrechtlich nicht wirksam (vgl. oben II./1).

<sup>58</sup> So m.E. zu Recht *Schnyder*, § 4 RZ 43 mit Anm. 89; a.A. *Schmid*, Basler Kommentar, N 9a zu Art. 960 ZGB.

<sup>59</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 14 zu Art. 956a ZGB.

<sup>60</sup> Kritik an diesem Entscheid äussern *Jörg Schmid*, BR 2011 S. 65 ff., und *Bettina Hürliemann-Kaup*, Grundbuchbeschwerde und Streitwert, Festgabe für Roland Pfäffli, BN 2014 S. 247 ff., 252 (Fazit); wie das Bundesgericht hingegen *Schmid*, ZBGR 92 S. 290.

<sup>61</sup> Abweichend *Schnyder*, § 4 RZ 15.

<sup>62</sup> *Heinz Rey*, Der «Bündner Doppelverkauf», recht 1986 S. 126 ff., 127 (der Grundbuchverwalter «hat nicht eine dem Zivilrichter ähnliche Interpretationsbefugnis»).

### III. Die Sicherung der Erfüllung in dinglicher Hinsicht

#### 1. Die Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung: die Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

##### A. Das Grundsätzliche

1. Solange der Käufer nicht als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, riskiert er, dass der Verkäufer weiterhin über das Grundstück dinglich verfügt, z.B. eine Dienstbarkeit begründet. Solche Verfügungen sind nach schweizerischem Recht grundsätzlich gültig, ohne dass etwas auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des aus der Verfügung Begünstigten ankäme. Die Interessen des Käufers sind lediglich durch Schadenersatzansprüche gegen den Verkäufer gewahrt (Art. 97 OR). Nur ganz ausnahmsweise (wenn der Dritte sittenwidrig gehandelt hat, BGE 114 II 329 Erw. 2a a.E. = ZBGR 72 S. 298 Erw. 2a a.E.) hat der Käufer einen Anspruch auf Rückgängigmachung der Verfügung (BGE 137 III 293 Erw. 2.1 = ZBGR 93 S. 320 Erw. 2.1).<sup>63</sup> Das Gesagte gilt namentlich auch im Falle eines sog. Doppelverkaufs des Grundstücks. Wenn daher der Verkäufer eines Grundstück dieses ein zweites Mal verkauft, so erlangt der zweite Käufer – mit dem gemachten Vorbehalt – Eigentum, wenn der Verkäufer ihn, nicht den Erstkäufer, im Grundbuch eintragen lässt<sup>64</sup>: «Wer zuerst kommt, mahlt zuerst.»<sup>65</sup>

2. Beeinträchtigungen der fraglichen Art kann der Käufer eines Grundstücks vermeiden, wenn er rechtzeitig nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB eine Verfügungsbeschränkung vormerken lässt (vgl. z.B. BGE 91 II 412 Erw. 3d = ZBGR 47 S. 167 Erw. 3d; BGE 103 II 1 Erw. 2 = ZBGR 60 S. 357 Erw. 2; BGE 104 II 170 = ZBGR 61 S. 324). Gegenstand der Verfügungsbeschränkung bzw. Vormerkung bildet der Anspruch des Käufers auf Eigentumsübertragung.<sup>66</sup> Durch die Vormerkung erhält die Verfügungsbeschränkung «Wirkung gegenüber jedem später erworbe-

<sup>63</sup> Rüegg, RZ 1020, m.w.Nw.; Koller, OR AT, § 2 RZ 24, bzw. 4. A., RZ 2.24.

<sup>64</sup> Entscheidend ist nach allgemeiner Regel der Zeitpunkt der Grundbucheintragung bzw. des Tagebucheintrags (BGE 110 II 128 Erw. 2b = ZBGR 68 S. 261 Erw. 2b).

<sup>65</sup> Kritisch *Wolfgang Wiegand*, Doppelverkauf und Eigentumserwerb – Wer zuerst kommt, mahlt zuerst?, BN 1985 S. 11 ff. S. zum Ganzen auch *Gion Clopath*, Quelques problèmes relatifs à la double vente, spécialement en matière immobilière, SJZ 66/1970 S. 49 ff.

<sup>66</sup> Für den Text der Vormerkung in der hierfür vorgesehenen gleichnamigen Abteilung des Hauptbuchblattes ist Art. 123 GBV massgebend. Danach gelten in erster Linie die Bestimmungen über die Eintragung der dinglichen Rechte (Art. 46 ff., 62 ff., 77 GBV). Überdies hat die Vormerkung zu enthalten: den wesentlichen Inhalt des vorgemerkten Rechts, die Bezeichnung des berechtigten Grundstücks oder der berechtigten Person (hier: des Käufers), das Datum der Eintragung in das Tagebuch, den Hinweis auf den Beleg.

nen Rechte» (Art. 960 Abs. 2 ZGB).<sup>67</sup> Der Verkäufer wird durch die Vormerkung in seiner Verfügungsbefugnis – anders als bei einer Grundbuchsperrung (unten III./1./D./Ziff. 2) – nicht beschränkt (vgl. Art. 961a ZGB).<sup>68</sup> Doch hat der Käufer gegenüber später eingetragenen dinglichen Rechten einen Lösungsanspruch und kann auf diese Weise die nachträglich vorgenommene Verfügung des Verkäufers rückgängig machen. Im Falle eines Doppelverkaufs erlaubt dies dem Erstkäufer, sich das Eigentum zu Lasten des bereits im Grundbuch eingetragenen Zweitkäufers zu verschaffen. Wie im Einzelnen vorzugehen ist, falls es nicht zu einer einvernehmlichen Eigentumsverschaffung kommt, ist im Gesetz nicht unmittelbar geregelt und in der Lehre streitig.<sup>69</sup> Hauptsächlich geht es um die Frage, ob der Erstkäufer seinen Anspruch gegen den Verkäufer oder den Zweitkäufer durchzusetzen hat. S. Näheres unten III./1./C./Ziff. 2.

3. Die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB hat – im Unterschied zu einer Grundbuchsperrung (unten III./1./D./Ziff. 2) – auch Wirkung «gegenüber einem nachträglich wirksam gewordenen Beschlagnahme im Rahmen einer Zwangsvollstreckung» (BGE 104 II 170 S. 178 = ZBGR 61 S. 330 [Konkurs]).

#### B. Die Voraussetzungen von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB im Einzelnen

1. Der Anspruch i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist ein (behaupteter) *obligatorischer* Anspruch, der sich auf ein Grundstück bezieht und dessen Durchsetzung *sich grundbuchlich auswirkt* (z.B. BGE 103 II 1 Erw. 2 = ZBGR 60 S. 357 Erw. 2). Nicht hierher gehören daher (behauptete) dingliche Rechte (s. dazu Art. 961 ZGB; unten III./1./D./Ziff. 1) sowie obligatorische Ansprüche, welche im Falle ihrer Durchsetzung keine Änderung des Grundbuchs nach sich ziehen. Der hier interessierende Anspruch des Käufers auf Eigentumsverschaffung an einem Grundstück ist geradezu der Paradefall eines von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erfassten Anspruchs (s. BGE 104 II 170 S. 176 = ZBGR 61 S. 329: «darunter [unter Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB] fällt insbesondere der vertragliche Anspruch des Käufers auf Übertragung des Eigentums an dem von ihm gekauften Grundstück»).

2. Eine Verfügungsbeschränkung dient der «*Sicherung streitiger oder vollziehbarer Ansprüche*». Aus einem Missgeschick in der Entstehungsgeschichte des Artikels ergibt sich indessen, dass der Ausdruck «vollzieh-

<sup>67</sup> Das Bundesgericht sagt (BGE 104 II 170 S. 176 unten/177 = ZBGR 61 S. 329; BGE 114 III 18 Erw. 3 = ZBGR 71 S. 96 Erw. 3), neben das persönliche Recht (Anspruch des Käufers auf Eigentumsverschaffung) trete ein dingliches Nebenrecht. Diese Ausdrucksweise ist m.E. nicht sachgerecht (s. unten Anm. 89).

<sup>68</sup> Der Ausdruck Verfügungsbeschränkung ist daher wenig sachadäquat (*Mühlematter/Stucki*, S. 132 [«verwirrend»]).

<sup>69</sup> S. *Schnyder*, § 4 RZ 43 mit Anm. 90; *Deschenaux*, Teilband 2, S. 670 f. mit Anm. 80; *Meister*, S. 53 ff., je mit weiteren Nachweisen.

bar» in Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB angesichts der Ziff. 2 dieses Absatzes keine selbständige Bedeutung hat.<sup>70</sup> Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB dient also nur der Sicherung streitiger Ansprüche. Streitig ist der Anspruch immer dann, wenn sich der Verkäufer weigert, die Anmeldung beim Grundbuchamt vorzunehmen. Aus welchen Gründen er dies tut, ist unerheblich. «Unstreitig» ist der Anspruch somit nur, wenn der Verkäufer/Eigentümer seiner Eigentumsverschaffungspflicht nachkommt. Tut er dies nicht, ist der Anspruch streitig. Dem «Streitigkeitserfordernis» kommt daher kaum praktische Bedeutung zu.<sup>71</sup>

3. Eine Verfügungsbeschränkung darf nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB nur «*aufgrund einer amtlichen Anordnung*» vorgemerkt werden. Eine vergleichsweise Anerkennung des Vormerkungsanspruchs stellt keinen genügenden Rechtsgrundausweis dar (BGE 5A\_353/2010 Erw. 2.3 = ZBGR 92 S. 258 Erw. 2.3, mit Präzisierung).<sup>72</sup> Amtlich meint behördlich, aber nicht notwendig richterlich. Wer zum Erlass von Verfügungsbeschränkungen sachlich zuständig ist, entscheidet das kantonale Recht. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich hingegen nach Bundesrecht, und zwar nach dem Gerichtsstand des Hauptprozesses<sup>73</sup> (s. dazu oben I./Ziff. 3. 2. Absatz [Kleindruck]). Auch für das Verfahren gilt Bundesrecht.

### C. Verfahren und Wirkung einer Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

1. Nach Art. 249 lit. d Ziff. 11 ZPO gilt für die Anordnung von Verfügungsbeschränkungen das *Summarverfahren* (Art. 248 ff. ZPO). Grundsätzlich ist daher nur der Urkundenbeweis zulässig (vgl. Art. 254 Abs. 1 ZPO; Einschränkungen in Abs. 2). Glaubhaftmachung des Anspruchs genügt (Art. 961 Abs. 3 ZGB analog<sup>74</sup>), ein strikter Beweis ist somit – entgegen der auch im Summarverfahren geltenden Regel<sup>75</sup> – nicht erforderlich. Im Normalfall ist dem Verkäufer Gelegenheit zu geben, zum Gesuch Stellung zu nehmen (Art. 253 ZPO). Steht jedoch zu befürchten, dass er das Gesuch vereitelt, kann die Verfügungsbeschränkung auf Gesuch des Käufers superprovisorisch, also ohne vorgängige Anhörung des Verkäufers, vorgemerkt werden (Art. 265 und 262 lit. c ZPO); die Anmeldung beim Grundbuchamt ist diesfalls – entgegen dem

<sup>70</sup> *Meister*, S. 36; *Deschenaux*, Teilband 1, S. 343; *Schnyder*, § 4 RZ 46.

<sup>71</sup> Streitig kann ein Anspruch auch schon vor der Fälligkeit sein (*Meister*, S. 36).

<sup>72</sup> So auch die herrschende Lehre, z.B. *Schmid*, Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 960 ZGB; *Arnet* (Anm. 48), N. 1 zu Art. 960 ZGB. A.A. *Heinrich Honsell*, Die Vormerkung des obligatorischen Übereignungsanspruchs aus dem Grundstückkaufvertrag im Grundbuch, Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, S. 47 ff. S.E. ist es ein «Widerspruch, wenn die Vormerkung [einer Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 ZGB] aufgrund amtlicher Anordnung eingetragen werden kann, nicht aber auf Antrag des Verkäufers bzw. Käufers» (S. 50).

<sup>73</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 8 zu Art. 960 ZGB.

<sup>74</sup> Dies war vor Erlass der ZPO die ganz herrschende Meinung, die ZPO brachte in dieser Hinsicht keine Änderung.

<sup>75</sup> *Güntherich*, Berner Kommentar, N. 24 zu Art. 254 ZPO.

Grundsatz von Art. 48 Abs. 1 GBV (Schriftlichkeit) – in beliebiger Form (z.B. telefonisch) möglich (Art. 48 Abs. 2 lit. a GBV). Gegen den Entscheid über die Verfügungsbeschränkung steht grundsätzlich die kantonalrechtliche Berufung offen (Art. 308 ZPO); ausgenommen ist eine mittels superprovisorischer Verfügung angeordnete Verfügungsbeschränkung (BGE 140 III 289 Erw. 1.1). Der Berufungsentscheid kann mittels Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden, wenn der Streitwert mindestens CHF 30000.– beträgt; andernfalls steht die Verfassungsbeschwerde offen (BGE 5D\_79/2010 = ZBGR 92 S. 261).<sup>76</sup>

2. Die Verfügungsbeschränkung ist eine *vorsorgliche Massnahme* i.S.v. Art. 261 ff. ZPO. Hat der Käufer bei deren Erlass seinen Anspruch auf Eigentumsverschaffung – mittels Leistungs- oder Gestaltungsklage (Art. 665 Abs. 1 ZGB) – noch nicht rechtshängig gemacht, ist ihm vom Massnahmerichter Frist zur Einreichung der Klage anzusetzen (Art. 263 ZPO und Art. 261 Abs. 3 ZGB analog). Die Klage ist m.E. selbst dann gegen den Verkäufer zu erheben, wenn dieser das Grundstück zwischenzeitlich (nach Erlass der Verfügungsbeschränkung) an einen Dritten verkauft hat und diesen im Grundbuch als neuen Eigentümer hat eintragen lassen. Denn wegen der Verfügungsbeschränkung ist der Verkäufer – nach der hier vertretenen Ansicht – Eigentümer geblieben, und er bleibt es so lange, bis über den Anspruch des Erstkäufers rechtskräftig entschieden ist. Klagt im Einzelfall der Erstkäufer auf richterliche Zuspreehung des Eigentums (Art. 665 Abs. 1 ZGB), so kann er im Erfolgsfall gegen den Zweitkäufer auf Grundbuchberichtigung klagen (Art. 975 ZGB)<sup>77</sup>, denn es ist nun zu halten, wie wenn der Verkäufer im Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung bereits nicht mehr verfügungsberechtigt gewesen wäre.<sup>78</sup> Wird die Klage abgewiesen, wandelt sich das bis anhin suspensiv bedingte Eigentum des Zweitkäufers in unbedingtes Eigentum; gegebenenfalls ist die Verfügungsbeschränkung zu löschen (Rechtsgrundausweis bildet das die Klage abweisende Urteil samt Rechtskraftvermerk).

Anders *Schnyder*.<sup>79</sup> Er vertritt die Auffassung, der Erstkäufer könne gegen den Zweitkäufer auf richterliche Zuspreehung des Eigentums klagen, nachdem er gegen den Verkäufer – im gleichen oder in einem früheren Verfahren – den Nachweis geleistet habe, dass er Anspruch auf Eigentumsverschaffung habe. M.E. fehlt es für eine solche Klage am nötigen Rechtsgrund, weil die Verfügungsbeschränkung – anders als beispielsweise die Vormerkung eines Vorkaufsrechts (Art. 959 ZGB) – keine realobligatorische Wirkung hat<sup>80,81</sup>.

<sup>76</sup> *Schmid*, Basler Kommentar, N. 9 zu Art. 960 ZGB.

<sup>77</sup> *Steinauer* I, RZ 803.

<sup>78</sup> Aus naheliegenden Gründen wird der Erstkäufer Verkäufer und Zweitkäufer, soweit möglich (Art. 71 ZPO), gleichzeitig ins Recht fassen.

<sup>79</sup> *Schnyder*, § 4 RZ 43.

<sup>80</sup> *Deschenaux*, Teilband 2, S. 671 Anm. 80; anders offenbar *Leemann*, Berner Kommentar, N. 7 zu Art. 665 ZGB.

<sup>81</sup> Bejaht man – mit der herrschenden Lehre (a.A. *Rüegg*, RZ 431 und 1025) – den realobligatorischen Charakter des vorgemerkten Vorkaufsrechts, so kann der Vorkaufsberechtigte bei Eintritt des Vorkaufsfalls gegen den im Grundbuch eingetragenen Käufer – nach Art. 665 Abs. 1 ZGB – auf gerichtliche Zuspreehung des Eigentums klagen (BGE 5A\_207/2007 Erw. 7.2 = ZBGR 90 S. 227 Erw. 7.2 [nicht publiziert in BGE 134 III 332]).

### D. Abgrenzungen

1. Zunächst ist festzuhalten, dass der auf Eigentumsverschaffung gerichtete Grundstückskäufer nicht neben oder an Stelle einer Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB eine *vorläufige Eintragung gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB* verlangen kann.<sup>82</sup> Diese Bestimmung ist «zur Sicherung behaupteter Rechte» vorgesehen. Der Käufer hat aber vorerst gerade kein dingliches Recht an der Kaufsache. Steht ihm aber «lediglich ein obligatorischer Anspruch auf Verschaffung des Eigentums zu» (BGE 110 II 128 S. 131 = ZBGR 68 S. 262 oben), so kommt «eine vorläufige Eintragung i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB unzweifelhaft und unbestrittenermassen nicht in Frage» (BGE a.a.O.). Zur Möglichkeit des Käufers, eine vorläufige Eintragung i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB vormerken zu lassen, s. oben II./4./2.

2. Bei der *Grundbuchsperr*<sup>83</sup> lässt das Gericht ein an den Eigentümer eines Grundstücks gerichtetes Verfügungsverbot im Grundbuch anmerken (anmerken, nicht vormerken, weil das Verfügungsverbot unabhängig von der Eintragung im Grundbuch gilt, vgl. Art. 56 GBV). Die Sperre hat zur Folge, dass das Grundbuch mit Bezug auf das umstrittene Grundstück geschlossen und damit jede Verfügung des Eigentümers über das Grundstück verhindert wird (vgl. BGE 103 II 1 Erw. 3a = ZBGR 60 S. 355; BGE 104 II 170 Erw. 6 = ZBGR 61 S. 330 Erw. 6). Es wird also die Verfügungsbefugnis beschränkt, während bei einer Verfügungsbeschränkung i.S.v. Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die Verfügungsbefugnis als solche bestehen bleibt, Verfügungen jedoch unter Umständen nachträglich ihre Wirkung verlieren. Anders als im Falle von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB «kommt der angemerkten Kanzleisperre mit Bezug auf das durch sie geschützte Recht keine Zwangsvollstreckungsfestigkeit zu; das bedeutet, dass z.B. bei einer Klage auf Eigentumsübertragung das Grundstück trotz angemerkter Kanzleisperre zugunsten des Käufers in die Konkursmasse des Verkäufers fällt».<sup>84</sup>

Grundbuchsperrren finden sich sowohl im Bundes- als auch im kantonalen Recht. Als (bundesrechtliches) Beispiel diene Art. 178 ZGB: Unter gewissen Voraussetzungen kann der Richter die Verfügung über bestimmte Vermögenswerte eines Ehegatten von der Zustimmung des andern Ehegatten abhängig machen (Abs. 1) und diese Verfügungsbeschränkung im Grundbuch anmerken lassen (Abs. 2 und 3; Art. 55 Abs. 1 GBV). Die Anmerkung hindert den Eigentümer daran, über das Grundstück ohne die Zustimmung des durch die Sperre begünstigten Ehegatten zu verfügen. Nicht zu verhindern vermag die Sperre eine allfällige Zwangsverwertung (s. vorheriger Abschnitt a.E.).<sup>85</sup>

<sup>82</sup> *Schnyder*, § 4 RZ 56, auch zum Folgenden.

<sup>83</sup> S. dazu eingehend *Dominic Staible/Beat Vogt*, Grundbuchsperrren, ZBGR 98 S. 213 ff.

<sup>84</sup> *Zobl*, RZ 347.

<sup>85</sup> Nach Ansicht von *Mühlematter/Stucki*, S. 134, kann «in ZPO 261 ff., insb. in ZPO 263 Bst. c, eine allgemeine bundesrechtliche Grundlage zur Anordnung einer Grundbuchsperrre erblickt werden».

## 2. Die Sicherung des Kaufpreisanspruchs: das Verkäuferpfandrecht gemäss Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

Während die Erfüllung der Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers eine eigenständige Abhandlung erforderte, trifft dies für die Erfüllung der Kaufpreisschuld nicht zu. Diese ist Geldsummenschuld, und für deren Erfüllung gelten – wie bereits gesagt – die allgemeinen Grundsätze; diese bedürfen keiner weiteren Erörterung. Näherer Erörterung bedarf hingegen das Verkäuferpfandrecht, welches der Sicherung der Kaufpreisforderung dient (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

### A. Das Grundsätzliche

1. Das Verkäuferpfandrecht gehört zu den sog. *mittelbaren gesetzlichen Grundpfandrechten*.<sup>86</sup> Während bei den unmittelbaren gesetzlichen Pfandrechten beim Vorliegen des vom Gesetz vorgesehenen Tatbestandes das (dingliche) Pfandrecht eo ipso entsteht, bedarf es bei den mittelbaren gesetzlichen Pfandrechten für dessen Entstehung der Eintragung im Grundbuch; diese Eintragung kann aber ohne oder allenfalls gegen den Willen des alsdann belasteten Grundeigentümers erfolgen. Das Verkäuferpfandrecht ist also – als mittelbares gesetzliche Pfandrecht – so lange kein Pfandrecht, als es nicht – auf Veranlassung des Verkäufers – im Grundbuch eingetragen ist. Zuvor handelt es sich um eine blosser Forderung («Anspruch auf Begründung eines gesetzlichen Grundpfandrechts», Art. 837 Abs. 1 ZGB). Das einmal entstandene Pfandrecht ist nach einhelliger Auffassung eine *Grundpfandverschreibung*, was sich unmittelbar aus der Gesetzessystematik ergibt (Art. 837 ff. ZGB stehen im Abschnitt über die Grundpfandverschreibung).<sup>87</sup>

2. Die besagte Forderung weist nur insofern ein dingliches Element auf, als sie sich – gleich wie der Anspruch auf Begründung eines Bauhandwerkerpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB; BGE 92 II 227 Erw. 1 = ZBGR 48 S. 178 Erw. 1 und seitherige Rechtsprechung<sup>88</sup>) – gegen den jeweiligen Eigentümer des Kaufgrundstücks richtet, es sich mit-

<sup>86</sup> Statt vieler *Lötscher*, S. 37 ff.; *Schnyder*, § 4 RZ 60, an dessen Ausführungen ich mich teilweise anlehne.

<sup>87</sup> Präzisierende Bemerkungen bei *Arnet*, S. 445.

<sup>88</sup> Z.B. BGE 120 Ia 240 Erw. 3c = ZBGR 77 S. 324 Erw. 3c = Praxis 1995 Nr. 193. Ebenso die herrschende Lehre, statt vieler *Schumacher*, RZ 856 ff., m.w.Nw. in Anm. 895. Zu abweichenden Ansichten s. *Schnyder*, § 4 RZ 62 FN 115.

hin um eine *Realobligation*<sup>89</sup> handelt.<sup>90</sup> Ein allfälliger Erwerber des Kaufgrundstücks (Zweitkäufer) muss sich demnach gegebenenfalls gefallen lassen, dass sein Grundstück mit dem Verkäuferpfandrecht belastet wird. Diese Gefahr besteht allerdings nur für beschränkte Zeit, da der Anspruch auf Begründung des Pfandrechts *drei Monate* nach der Übertragung des Eigentums vom Verkäufer auf den Erstkäufer erlischt (Art. 838 ZGB), sofern er nicht bereits vorher durch Verzicht von Seiten des Verkäufers erloschen ist (Art. 837 Abs. 3 ZGB).<sup>91</sup> Solange der Anspruch besteht, kann er auch im *Konkurs des Käufers* geltend gemacht werden (vgl. BGE 95 II 31 = ZBGR 51 S. 121 = Praxis 1969 Nr. 81 mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht).<sup>92</sup>

Auf das Verkäuferpfandrecht kann nach Art. 837 Abs. 3 ZGB nicht «zum voraus» verzichtet werden. Die Wendung bezieht sich auf den Eigentumserwerb (vgl. BGE 132 III 226 Erw. 3.3.7 = Praxis 2006 Nr. 146 mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht)<sup>93</sup> bzw. auf den Zeitpunkt, in dem der Verkäufer den entscheidenden Schritt zur Eigentumsübertragung auf den Käufer gemacht hat. Es kommt somit auf den Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung bzw. den Tagebucheintrag an; der Hauptbucheintrag ist ohne Bedeutung.<sup>94</sup>

3. Anders als beim Bauhandwerkerpfandrecht (Art. 839 Abs. 3 ZGB) besteht nach dem Gesetzeswortlaut nicht die Möglichkeit, die Eintragung des Verkäuferpfandrechts durch *Leistung (anderweitiger) hinreichender Sicherheit* abzuwenden. Man wird jedoch Art. 839 Abs. 3 ZGB analog anwenden müssen, da sich eine unterschiedliche Behandlung der

<sup>89</sup> Durch eine Realobligation entsteht eine subjektiv-dingliche Verknüpfung mit einem Grundstück (*Koller*, OR AT, § 2 RZ 10, bzw. 4. A., RZ 2.10). Die dingliche Verknüpfung macht die Realobligation nicht zum dinglichen Recht. Die Realobligation hat aber mit einem (beschränkten) dinglichen Recht gemeinsam, dass sie an einer Sache «haftet». Deswegen von einem mit der Realobligation verbundenen «dinglichen Nebenrecht» zu sprechen (so BGE 104 II 170 S. 177 = ZBGR 61 S. 329), rechtfertigt sich m.E. nicht. Von einem dinglichen Recht sollte nur dort gesprochen werden, wo dem Berechtigten Abwehrrechte gegenüber beliebigen Dritten zustehen (vgl. Art. 641 ZGB), was für die Realobligation nicht zutrifft.

<sup>90</sup> Auch wenn man mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht den realobligatorischen Charakter verneinen wollte, würde man ihn beim Verkäuferpfandrecht bejahen müssen (*Schnyder*, § 4 RZ 63, unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte von Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

<sup>91</sup> Bei der Dreimonatsfrist handelt es sich somit um eine Verwirkungsfrist (BGE 119 II 429 Erw. 3b = ZBGR 76 S. 163 Erw. 3b; *Arnet*, S. 444, m.w.Nw.).

<sup>92</sup> Ebenso die herrschende Lehre, z.B. *Schnyder*, § 4 RZ 63, m.w.Nw.; a.A. *Paul Piotet*, Le droit de l'entrepreneur à une hypothèque légale en cas de réalisation forcée ou d'acquisition de bonne foi de l'immeuble, SJZ 79/1983 S. 237 ff.

<sup>93</sup> Ebenso die Lehre, z.B. *Schnyder*, § 4 RZ 72; *Arnet*, S. 447; *Thurnherr*, Basler Kommentar, N. 16 zu Art. 837/838 ZGB.

<sup>94</sup> Umstritten ist, ob es sich beim Verzicht um ein einseitiges Rechtsgeschäft des Verkäufers handelt (so *Arnet*, S. 446) oder aber um einen Vertrag, nämlich einen Schuldenerlass i.S.v. Art. 115 OR (so *Schnyder*, § 4 RZ 73). Nach der letzteren Ansicht ist eine Verzichtserklärung des Verkäufers rechtlich gesehen lediglich eine Offerte auf Schuldenerlass, welche vom Käufer zu ihrer Verbindlichkeit angenommen werden muss. Da Letzteres unter Einbezug von Art. 6 OR zu beurteilen ist, laufen die beiden Auffassungen im praktischen Ergebnis weitgehend auf dasselbe hinaus. Der Kontroverse kommt daher geringe Bedeutung zu.

beiden Pfandrechte sachlich mit nichts rechtfertigen lässt<sup>95</sup> und daher vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann. Es verhält sich anders als hinsichtlich des obligatorischen Retentionsrechts von Art. 82 OR (dazu oben (I./4.): Der Käufer hat bei einem Zug-um-Zug-Geschäft – selbstverständlich – nicht die Möglichkeit, die Eigentumsübertragung ohne gleichzeitige Kaufpreiszahlung zu erwirken; insofern muss sich der Verkäufer nicht mit einer Sicherheitsleistung statt der Leistung zufrieden geben. Wenn jedoch der Verkäufer das Grundstück ohne gleichzeitige Kaufpreiszahlung überträgt und sich mit einer blossen Pfandrechts-sicherheit (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) für die Kaufpreisforderung zufrieden gibt, so ist kein rechtserhebliches Interesse des Käufers zu ersehen, welches gegen die Auswechslung der Sicherheit sprechen würde. Wenn der Gesetzgeber diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorgesehen hat, so wohl einfach deshalb, weil das Verkäuferpfandrecht (nur) schon wegen Art. 82 OR von geringer praktischer Bedeutung ist und keine so eingehende Regelung wie das äusserst bedeutungsvolle Bauhandwerkerpfandrecht rechtfertigte. Aus analoger Überlegung ist auch die in Art. 76 Abs. 3 GBV für das Bauhandwerkerpfandrecht aufgestellte Regel sinngemäss auf das Verkäuferpfandrecht zu übertragen (unten III./2./C./Ziff. 2).

#### B. Die Entstehung des Verkäuferpfandrechts

Das Verkäuferpfandrecht (hier und im Folgenden immer als dingliches Recht verstanden) entsteht durch Eintragung im Grundbuch (Hauptbuch). Zur Anmeldung berechtigt ist der Verkäufer, dies unabhängig davon, ob er das Eigentum bereits auf den Käufer übertragen hat oder noch selbst Eigentümer ist. Trotzdem sind die beiden Fälle getrennt zu behandeln, da sie sich hinsichtlich der Anmeldeformalitäten unterscheiden:

- Solange der Eigentumsübergang nicht erfolgt ist, kann das Verkäuferpfandrecht nicht – zu Lasten der Parzelle des Verkäufers – eingetragen werden. Zwar kennt das schweizerische Recht Eigentümergrundpfandrechte (Pfandrechte an eigener Sache), jedoch nicht im vorliegenden Kontext (BGE 74 II 230 Erw. 3 S. 233 = ZBGR 30 S. 225 Erw. 3).<sup>96</sup> Der Verkäufer kann allerdings mit der Anmeldung des Eigentumsübergangs gleichzeitig auch das Pfandrecht zur Eintragung anmelden, in der Meinung, dass unmittelbar nach dem Eigentumsübergang auch schon sein Pfandrecht einzutragen sei.<sup>97</sup> Eine solche Anmeldung ist zulässig (Art. 47 Abs. 4 GBV).
- Hat der Eigentumsübergang schon stattgefunden, so ist der Verkäufer – wie bereits gesagt – ebenfalls berechtigt, das Pfandrecht zur Eintragung anzumelden. Einer irgendwie gearteten Einwilligung des Käufers als neuem Eigentümer bedarf er nicht. Das ergibt sich aus Art. 963 Abs. 2 ZGB, wonach sich eine «Erklärung des Eigentümers» – entge-

<sup>95</sup> Vgl. *Thurnherr*, Basler Kommentar, N. 28 zu Art. 837/838 ZGB («schwer verständlich»).

<sup>96</sup> Vgl. *Schmid-Tschirren*, Basler Kommentar, N. 8a vor Art. 793–823 ZGB.

<sup>97</sup> *Schnyder*, § 4 RZ 35; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N. 18 zu Art. 665 ZGB.

gen der Regel von Art. 963 Abs. 1 ZGB – u.a. dort erübrigt, wo sich der Anmeldende «auf eine Gesetzesvorschrift» (hier: Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) berufen kann (s. auch Art. 76 Abs. 2 GBV). Mit einem solchen Fall hat man es hier zu tun.<sup>98</sup>

Der Ausweis für die Eintragung des Pfandrechts besteht im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag (das ist die nach Art. 76 Abs. 1 GBV erforderliche «Urkunde».)<sup>99</sup> Etwas Anderes braucht es für die Eintragung dieses gesetzlichen Grundpfandrechts nicht. Es verhält sich insoweit anders als etwa beim Bauhandwerkerpfandrecht, für dessen Eintragung erforderlich ist, dass der Eigentümer des mit dem Pfandrecht zu belastenden Grundstücks «die Pfandsomme anerkennt oder die Eintragung bewilligt» oder «die Pfandsomme gerichtlich festgestellt ist» (Art. 76 Abs. 2 GBV).

Zum Sonderfall, dass die Eintragung des Pfandrechts nach einer vorläufigen Eintragung i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erfolgt, s. unten III./2./C./Ziff. 2, erster Absatz a.E.

### C. Die Dreimonatefrist von Art. 838 ZGB

1. Die Dreimonatefrist von Art. 838 ZGB *beginnt* mit dem Zeitpunkt des Eigentumserwerbs durch den Käufer. Es kommt insoweit auf den Tagebucheintrag an, sofern der Eigentumserwerb – wie regelmässig – auf Veranlassung des Verkäufers (Grundbuchanmeldung) erfolgt (vgl. BGE 138 III 512 Erw. 3.4.1 = ZBGR 94 S. 425 Erw. 3.4.1; BGE 74 II 230 = ZBGR 30 S. 225).<sup>100</sup> Erfolgt er hingegen durch richterliches Urteil (Art. 665 Abs. 1 ZGB), so kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem das Urteil in Rechtskraft erwächst; der (spätere) Tagebucheintrag im Anschluss an die vom Erwerber oder dem Gericht vorgenommene Grundbuchanmeldung ist nicht entscheidend.<sup>101</sup>

2. Die Frist ist jedenfalls dann *gewahrt*, wenn das Verkäuferpfandrecht rechtzeitig (vor Fristablauf) *definitiv* im Grundbuch – genauer: im Hauptbuch – eingetragen wird (der Tagebucheintrag genügt trotz Art. 972 Abs. 2 ZGB nicht). Es genügt aber auch eine *vorläufige* Eintragung gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB, also «im Falle der vom Gesetze zugelassenen Ergänzung des Ausweises», sofern die Ergänzung rechtzeitig vorgenommen wird.<sup>102</sup> Die vorläufige Eintragung erfolgt zwar in Form einer *Vormerkung*, diese gilt jedoch als Eintragung i.S.v. Art. 838 ZGB. Umstritten ist, ob die Möglichkeit besteht, die Frist durch eine vorläufige Eintragung bzw. Vormerkung analog Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu

<sup>98</sup> *Leemann*, Berner Kommentar, N. 4 zu Art. 838 ZGB; *Arnet*, S. 444. A.M. *Jürg Schmid*, Rezension der Diss. von Bettina Deillon-Schegg, SJZ 95/1999 S. 533 ff., 535. S.E. liegt die Verfügungs- und Anmeldebefugnis beim im Grundbuch eingetragenen Käufer.

<sup>99</sup> *Arnet*, S. 444.

<sup>100</sup> *Thurnherr*, Basler Kommentar, N. 24 zu Art. 837/838 ZGB; *Deschenaux*, Teilband 1, S. 288.

<sup>101</sup> *Deschenaux*, Teilband 1, S. 288 Anm. 75; *Thurnherr*, Basler Kommentar, N. 24 zu Art. 837/838 ZGB, m.w.Nw.

<sup>102</sup> *Thurnherr*, Basler Kommentar, N. 25 zu Art. 837/838 ZGB; *Arnet*, S. 444.

wahren (analog, weil sich Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB unmittelbar – wie gesehen – nur auf behauptete *dingliche* Rechte bezieht, im vorliegenden Kontext aber lediglich ein obligatorisches Recht auf Begründung eines dinglichen Rechts behauptet wird). M.E. ist die Frage zu bejahen<sup>103</sup>, dies in analoger Anwendung von Art. 76 Abs. 3 GBV, der für den Anspruch auf Begründung eines Bauhandwerkerpfandrechts ausdrücklich vorsieht, dass die Frist von Art. 839 Abs. 2 ZGB durch Vormerkung einer vorläufigen Eintragung gemäss Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gewahrt werden kann. Eine vorläufige Eintragung kommt aber immer nur in Betracht, wenn ein genügendes Rechtsschutzinteresse besteht (s. unten Kleindruck).<sup>104</sup> Für das Verfahren kann mutatis mutandis auf die Grundsätze, welche Lehre und Rechtsprechung für die vorläufige Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts entwickelt haben, zurückgegriffen werden. Kommt es im Anschluss an eine vorläufige Eintragung i.S.v. Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zur definitiven Eintragung des Pfandrechts, so ist es zu halten, wie wenn das Pfandrecht von Anfang an (definitiv) eingetragen worden wäre, und zwar mit Rückwirkung auf den Tag der Einschreibung der vorläufigen Eintragung in das Tagebuch.

Mit Bezug auf das von Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vorausgesetzte Rechtsschutzinteresse ist zu beachten, dass der Verkäufer das Pfandrecht unter Vorlegung des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages selbständig zur Eintragung im Grundbuch anmelden kann (oben III./2./B. zweitletzter Absatz) und der Grundbuchbeamte einem entsprechenden Begehren normalerweise ohne weiteres stattgeben wird. Nur ausnahmsweise wird er dies nicht tun, etwa weil er davon ausgeht, der Verkäufer habe rechtswirksam auf sein Pfandrecht verzichtet. Für solche (Ausnahme-)Fälle besteht ein hinreichendes Interesse, die in Frage stehende Frist durch ein Vorgehen nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu wahren. Lehnt man dies ab, wird man dem Verkäufer das Recht zugestehen müssen, gestützt auf Art. 261 und 262 lit. c ZPO die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung des Pfandrechts zu erwirken.<sup>105</sup>

<sup>103</sup> Ebenso z.B. *Schnyder*, § 4 RZ 79; a.A. *Deillon-Schegg*, S. 260 ff. Überblick zum Meinungsstand bei *Thurnherr*, Basler Kommentar, N. 25 zu Art. 837/838 ZGB.

<sup>104</sup> Vgl. *Peter Reetz/Daniel Sykora*, Unzulässigkeit der vorläufigen Eintragung eines Verkäuferpfandrechts durch den Einzelrichter im summarischen Verfahren, Jusletter 30. Juni 2008, RZ 4, sowie – allerdings mit Bezug auf das Bauhandwerkerpfandrecht – ZR 2013 Nr. 50 und LGVE 2013 I Nr. 36.

<sup>105</sup> Art. 262 lit. c ZPO sieht die Anweisung an eine Registerbehörde als vorsorgliche Massnahme vor. Die Bestimmung erlaubt bei Rechten, die zu ihrer Entstehung einer Registereintragung bedürfen, die vorläufige Eintragung unabhängig von einer sonstigen gesetzlichen Grundlage wie Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (vgl. *Güntherich*, Berner Kommentar, N. 34 zu Art. 262 ZPO).