

Das intertemporale Recht zu Art. 216a OR

Altrechtliche Kaufs- und Vorkaufsrechte unter neuem Recht

Von Prof. Dr. *Alfred Koller*, Ordinarius an der Universität St. Gallen

I. Einleitung

1. Art. 216a OR wurde mit BG über die Teilrevision des ZGB und des OR vom 4. Oktober 1991 erlassen und am 1. Januar 1994 in Kraft gesetzt. Er bestimmt, dass Vorkaufs- und Rückkaufsrechte «für höchstens 25 Jahre, Kaufsrechte für höchstens zehn Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden» dürfen. Früher war eine zeitliche Limitierung nur für die Vormerkung im Grundbuch vorgesehen: Die Vormerkungsdauer war – für alle drei erwähnten Rechte – auf zehn Jahre beschränkt (Art. 681 Abs. 3 und 683 Abs. 2 ZGB)¹. Als Realobligationen konnten diese Rechte somit lediglich für die Dauer von zehn Jahren begründet werden. Diese Befristung galt hingegen nach herrschender Ansicht nicht für die Rechte als solche. Schranken bildeten insoweit lediglich Art. 2 und 27 Abs. 2 ZGB².

2. Art. 216a OR gilt primär für Kaufsrechte (einschliesslich Rückkaufsrechte) und Vorkaufsrechte, die nach dem 1. Januar 1994 begründet wurden. Ob und gegebenenfalls wie er auch für altrechtliche Kaufs- und Vorkaufsrechte gilt, lässt sich der Bestimmung nicht entnehmen. Es kommt daher das intertemporale Recht der Anwendungs- und Aus-

¹ Nach dem Wortlaut war nicht nur die Vormerkungsdauer beschränkt, sondern die Dauer des Rechts an sich. So bestimmte Art. 683 Abs. 2 ZGB, dass Kaufsrechte «in jedem Falle mit dem Ablauf von zehn Jahren seit der Vormerkung» erlöschen.

² BGE 102 II 243 = ZBGR 60 S. 100; BJM 1957 S. 265 ff.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N. 311 zu Art. 681 ZGB; *Steinauer*, ZBGR 73 S. 6; a.A. *Merz*, FG Simonius, S. 239 ff.

führungsbestimmungen des ZGB zum Tragen. Dieses umfasst allgemeine Bestimmungen (Art. 1–4) und besondere Bestimmungen betr. das Personenrecht (5–7), das Familienrecht (8–14a), das Erbrecht (15 f.), das Sachenrecht (17–48), die Verjährung (Art. 49) und die Vertragsformen (Art. 50). Kaufrechte (einschliesslich Rückkaufrechte) und Vorkaufrechte haben keine spezielle Regelung erfahren, weder was die obligatorische Dauer noch was den Vormerkungsschutz anbelangt. Es kommen daher die Art. 1–4 SchIT zur Anwendung. Die hier festgehaltenen allgemeinen Grundsätze haben ihren Niederschlag auch in einzelnen speziellen Bestimmungen (Art. 5 ff. SchIT ZGB) gefunden. Diese Bestimmungen müssen daher ebenfalls in die Betrachtung einbezogen werden. Dasselbe gilt für intertemporales Recht ausserhalb des Schlusstitels, insbesondere für übergangsrechtliche Regeln mit schuldrechtlichem Inhalt, wie sie im Anschluss an verschiedene Änderungen vertragsrechtlicher Bestimmungen ergangen sind (vgl. etwa zu dem 1949 kodifizierten und am 1. Januar 1950 in Kraft getretenen Agenturvertrag Art. 1 der Schlussbestimmungen zum vierten Abschnitt des dreizehnten Titels des OR).

3. Im Folgenden wird vorerst das intertemporale Schuldrecht in seinen allgemeinen Grundzügen dargestellt (II.). Hierauf erfolgt die Anwendung dieser Grundsätze auf OR 216a (III. [Kaufrechte einschliesslich Rückkaufrechte] und IV. [Vorkaufrechte]). Den Abschluss macht ein kleiner Exkurs zur Frage, inwieweit Art. 216a OR auch altrechtliche Verkaufsrechte erfasst.

II. Allgemeines zum intertemporalen Schuldrecht

1. Überblick

1. Gemäss Art. 1 Abs. 1 SchIT ZGB werden «die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingetreten sind», «auch nachher gemäss den Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechtes beurteilt, die zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsachen gegolten haben». Das neue Recht wirkt somit nicht zurück («Regel der Nichtrückwirkung», Marginalie von Art. 1 SchIT ZGB). Hingegen hat es Geltung für jene Tatsachen, die nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes (1. Januar 1912 bzw. im vorliegenden Kontext 1. Januar 1994) eingetreten sind (Art. 1 Abs. 3 SchIT ZGB). Kurz: Die alten Tatsachen sind nach altem Recht, die neuen Tatsachen nach neuem Recht zu beurteilen (Trennungsprinzip³).

Das Trennungsprinzip («Regel der Nichtrückwirkung») gilt vorab dort, wo sich alle im Spiele stehenden Tatsachen entweder lediglich vor oder nur nach Inkrafttreten des neuen Rechts verwirklicht haben, ferner dort, wo zwar einige der interessierenden Tatsachen «in die alte und andere in die neue Zeit fallen, jedoch ohne dass sie unter sich in irgendwelchem Zusammenhang stünden»⁴. Es gilt aber – grundsätzlich – auch

³ Ausdrucksweise von *Giesker-Zeller*, ZSR 34 NF S. 1 ff.; ablehnend *Broggini*, SPR I, S. 434 ff., Text und Anm. 24, unter Berufung auf BGE 90 II 137 = ZBGR 47 S. 44 und BGE 90 II 192 f. (zu diesen Entscheidungen s. Anm. 34).

⁴ *Giesker-Zeller*, ZSR 34 NF S. 7.

dann, wenn konnexe (zusammenhängende) Tatsachen in Frage stehen. Auch hier bleibt es somit dabei, dass die neurechtlichen Tatsachen, wie-wohl mit altrechtlichen Tatsachen zusammenhängend, dem neuen Recht unterstehen. Es gilt somit die sog. atomistische, nicht die organische Methode⁵. Beleg hierfür sind verschiedene spezielle Bestimmungen des SchlT. So hatte sich beispielsweise «die Anerkennung eines ausserehelichen Kindes durch den Vater seit dem 1. Januar 1912 stets nach neuem Recht zu vollziehen, selbst wenn die Geburt vor 1912 erfolgt war (Art. 13 Abs. 3 SchlT ZGB)»⁶. Nach der organischen Methode würde sich die Anerkennung nach dem alten Recht richten.

Das Trennungsprinzip («Regel der Nichtrückwirkung») gilt auch im Schuldrecht. Wenn beispielsweise unter altem Recht eine Forderung begründet wurde, dann unter neuem Recht eine Gegenforderung, so richtet sich die Verrechnung nach neuem Recht. Die Verrechnungserklärung ist also eine neue Tatsache, welche konsequenterweise dem neuen Recht unterliegt, obwohl sie auch eine alte Forderung zum Erlöschen bringt. Dasselbe gilt etwa für die Übertragung einer altrechtlichen Forderung: Es gelten die Art. 164 ff. OR, nicht die Art. 183 ff. aOR. Die Übergangsbestimmungen zum aOR hatten noch ausdrücklich eine entsprechende Regel enthalten (Art. 882 Abs. 3 aOR)⁷.

2. Die «Regel der Nichtrückwirkung» besagt, dass sich die Rechtsfolgen altrechtlicher Tatsachen nicht nach neuem Recht richten, sondern nach altem, und zwar auch nach Inkrafttreten des neuen Rechts (Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT). Das alte Recht wirkt in diesem Sinne weiter. Pointiert gesagt, wirkt nicht das neue Recht zurück, sondern das alte Recht weiter. Freilich gilt das alte Recht nicht für neurechtliche Tatsachen.

Wer beispielsweise unter altem Recht einen Pachtvertrag über eine Liegenschaft geschlossen hatte, blieb auch nach Inkrafttreten des OR zur Nutzung berechtigt, und zwar nach Massgabe der vertraglichen Bestimmungen und der den Vertragsinhalt ergänzenden dispositiven Bestimmungen (vgl. II. 2. Ziff. 2 lit. c). Die Weiterwirkung des alten Rechts wird durch die Rückwirkung gemäss Art. 2 und 3 SchlT ZGB eingeschränkt. Faktisch wirken daher nur vertragliche Abreden weiter, einschliesslich der gesetzlichen Bestimmungen, welche den Vertragsinhalt konkretisieren. Wo beispielsweise das Gesetz die Ausübung eines vertraglichen Rechts einer Befristung unterwirft, gilt für die Rechtsausübung – unter neuem Recht – die altrechtliche Frist, nicht die neurechtliche.

3. Eine Durchbrechung des Nichtrückwirkungsprinzips ist in Art. 2 und 3 SchlT ZGB vorgesehen, wogegen Art. 4 keine Rückwirkung anordnet, obwohl er ebenfalls unter der Marginalie «Rückwirkung» steht.

⁵ Ostertag, SJZ 8 S. 383 Ziff. 2; Giesker-Zeller, ZSR 34 NF S. 7 ff.

⁶ Giesker-Zeller, ZSR 34 NF S. 12.

⁷ Hier waren als Beispiele neuer Tatsachen die Übertragung und der Untergang altrechtlicher Forderungen noch ausdrücklich (beispielhaft) genannt. S. auch Giesker-Zeller, ZSR 34 NF S. 10 f., 58 f.

a) Art. 3 SchlT ZGB bestimmt – grob gesagt –, dass für altrechtliche gesetzliche Rechtsverhältnisse nach Inkrafttreten des neuen Rechts dieses gilt, was den Inhalt des Rechtsverhältnisses anbelangt; hinsichtlich dessen Entstehung bleibt es beim alten Recht (Bestandesschutz). Mit Bezug auf vertragliche (oder allgemeiner rechtsgeschäftliche) Rechtsverhältnisse kommt Art. 3 SchlT nicht zum Tragen, es bleibt somit bei der Regel der Nichtrückwirkung, sowohl was den Bestand als auch was den Inhalt anbelangt. Art. 3 SchlT ZGB beruht auf Überlegungen des Vertrauensschutzes⁸: Jedermann muss damit rechnen, dass sich der Inhalt gesetzlicher Rechtsverhältnisse ändert und sich eine Änderung gegebenenfalls gefallen lassen. Hingegen muss man als Rechtsunterworfenener nicht damit rechnen, dass ein bestehendes Rechtsverhältnis (z.B. eine Ehe) als solches aufgehoben wird. Bei vertraglichen Rechtsverhältnissen muss der Rechtsunterworfenene sowohl auf den Bestand des Rechts als auch auf den Weiterbestand von dessen Inhalt vertrauen dürfen.

Wo Art. 3 SchlT ZGB zurückwirkt, geschieht dies ex nunc: Es wird dem alten Recht die Weiterwirkung ab Inkrafttreten des neuen Rechts versagt; es gilt nun das neue Recht. Eine Rückwirkung in dem Sinne, dass das neue Recht sich auf einen Zeitraum vor seinem Inkrafttreten erstreckt (Rückwirkung ex tunc), ist ausgeschlossen (vgl. demgegenüber nachstehend lit. b betr. Art. 2 SchlT ZGB). Umgekehrt ist teilweise vorgesehen, dass das neue Recht nicht sofort mit Inkrafttreten Geltung erlangt, sondern erst einige Zeit danach (vgl. z.B. Art. 1 Abs. 2 der Schlussbestimmungen zum vierten Abschnitt des dreizehnten Titels des OR betreffend das BG über den Agenturvertrag vom 4. Februar 1949).

b) Nach Art. 2 SchlT ZGB finden Bestimmungen rückwirkende Anwendung, «die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind» (Abs. 1). Solche nach Ansicht des Gesetzgebers grundlegende Normen (Ordre-public-Normen) schliessen vorab die Weitergeltung des alten Rechts für altrechtliche Tatsachen, wie sie in Art. 1 Abs. 1 und 2 vorgesehen ist (oben II. 1. Ziff. 2), aus (vgl. Abs. 2 von Art. 2 SchlT ZGB). Unter Umständen kommt aber noch eine weitergehende Rückwirkung in Betracht, nämlich in der Weise, dass es rechtlich zu halten ist, wie wenn schon bei Eintritt der altrechtlichen Tatsachen das neue Recht gegolten hätte: Altrechtliche Rechtsfolgen altrechtlicher Tatsachen werden dann im Nachhinein beseitigt und durch die neurechtlichen Rechtsfolgen ersetzt⁹. Der Wortlaut von Abs. 1 unserer Bestimmung erweckt sogar den Eindruck, dass generell diese radikale Art der Rückwirkung stattfindet. Dem Sinn der Bestimmung entspricht dies jedoch nicht. Richtigerweise ist der Grad der Rückwirkung jeweils durch Auslegung der konkret anwendbaren Ordre-public-Norm festzustellen. Dabei hat sich der Rechtsanwendende an den tragenden Prinzipien des intertemporalen

⁸ *Vischer*, Basler Kommentar, N. 5 zu Art. 3 SchlT ZGB.

⁹ Eine derartige Rückwirkung ist dem Art. 2 SchlT ZGB eigen. In Art. 3 ist sie nicht vorgesehen. Diese Bestimmung respektiert bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts eingetretene Rechtsverhältnisse vollumfänglich.

Rechts zu orientieren, die einerseits in den allgemeinen Bestimmungen (z.B. Vertrauensschutz, Art. 3 und 4 SchlT ZGB), andererseits in speziellen Bestimmungen sowohl des Schlusstitels als auch sonstiger Übergangsregeln zum Ausdruck kommen.

Art. 2 SchlT ZGB kann unzweifelhaft zur Folge haben, dass altrechtliche vertragliche Ansprüche dahinfallen, wenn ihr Weiterbestand mit der neurechtlichen Regelung schlechterdings unvereinbar ist¹⁰. Meist wird man jedoch den Vertrag schon durch eine blossе Anpassung mit dem *Ordre public* in Einklang bringen können¹¹ (vgl. unten II. 3. Ziff. 3 betr. BGE 49 II 335 = ZBGR 5 S. 137). Gelegentlich sieht der Gesetzgeber vor, dass neurechtliche Bestimmungen nach einer gewissen Anpassungsfrist auf altrechtliche Verträge Anwendung finden (vgl. z.B. Art. 1 Abs. 2 der Schlussbestimmungen zum vierten Abschnitt des dreizehnten Titels des OR betreffend das BG über den Agenturvertrag vom 4. Februar 1949).

c) Art. 2 und 3 SchlT ZGB werden durch Sonderregeln ergänzt. Beispielfhaft sei Art. 18 Abs. 3 SchlT ZGB erwähnt: Danach wird der vertraglich festgelegte Inhalt eines dinglichen Rechtsverhältnisses grundsätzlich auch unter neuem Recht anerkannt (Regel der Nichtrückwirkung), «soweit er nicht mit diesem unverträglich ist» (Rückwirkung i.S.v. Art. 2 SchlT ZGB). Siehe ferner Art. 17 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB, auf die später im Text eingegangen wird.

4. Art. 4 SchlT ZGB steht zwar unter der Marginalie «Rückwirkung», hat aber mit der Rückwirkung im technischen Sinne – wie gesagt – nichts zu tun. Er sieht der Sache nach vor, dass unter altem Recht begründete subjektive Rechte auch unter neuem Recht Bestand haben. Dieser Bestandesschutz ergibt sich für vertragliche subjektive Rechte bereits aus Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB i.V.m. Art. 3 SchlT ZGB (vorstehend Ziff. 3 lit. a). Art. 4 SchlT ZGB hat also praktische Bedeutung nur für subjektive Rechte, welche sich aus einem gesetzlichen Rechtsverhältnis herleiten.

Art. 4 SchlT ZGB kommt immer nur mit dem Vorbehalt zum Tragen, dass Art. 2 SchlT ZGB dem Bestand eines altrechtlichen subjektiven Rechts nicht entgegensteht. Art. 2 SchlT ZGB verlangt jedoch normalerweise nicht die Beseitigung solcher Rechte, was selbstverständlich ist, wenn man bedenkt, dass auch der Bestandesschutz bestehender Rechte ein grundlegendes Gebot unserer Rechtsordnung ist (Stichwort Eigentumsgarantie).

¹⁰ Vgl. *Mutzner*, Berner Kommentar, N. 38 zu Art. 2 SchlT ZGB, der allerdings der Meinung ist, die Rückwirkung nach Art. 3 SchlT ZGB unterscheidet sich generell von jener nach Art. 2 SchlT ZGB, was m.E. nicht zutrifft.

¹¹ Mit anderen Worten: Wo ein Vertrag mit einer neurechtlichen *Ordre-public*-Bestimmung nicht in Einklang steht, ist Abhilfe zu schaffen. Wie dies zu geschehen hat, hängt von der konkreten Norm ab. Es kann eine blossе Vertragsanpassung genügen, u.U. aber ist der Verstoß nur dadurch zu beseitigen, dass einem vertraglichen Anspruch die Geltung gänzlich versagt wird. Der Grad der Rückwirkung ist damit je nachdem unterschiedlich. Es verhält sich insoweit anders als bei Art. 3 SchlT ZGB, der ganz generell nur den Inhalt eines Rechtsverhältnisses betrifft, nie dessen Bestand.

2. Rückwirkung nach Art. 3 SchlT ZGB

1. Art. 3 SchlT ZGB befasst sich nur mit dem Inhalt der Rechtsverhältnisse, nicht mit deren Entstehung¹². Hinsichtlich der Entstehung bleibt es bei der Regel der Nichtrückwirkung gemäss Art. 1 SchlT ZGB: Unter altem Recht entstandene Rechtsverhältnisse geniessen somit – vorbehaltlich Art. 2 SchlT ZGB – Bestandesschutz¹³. Was den Inhalt anbelangt, so gilt gemäss Art. 3 SchlT ZGB das neue Recht, dies freilich nur mit Bezug auf «Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird». Mit Bezug auf andere Rechtsverhältnisse bleibt es wiederum bei der Regel der Nichtrückwirkung gemäss Art. 1 SchlT ZGB.

Dass das neue Recht in der Frage des Bestandes eines Rechtsverhältnisses nicht zurückwirkt, wird in verschiedenen Sonderbestimmungen noch ausdrücklich erwähnt, so etwa in Art. 17 Abs. 1¹⁴, 18 Abs. 1¹⁵ und 50 SchlT ZGB¹⁶.

2. Mit den «Rechtsverhältnissen, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben wird», meint Art. 3 SchlT ZGB.

a) in erster Linie gesetzliche Rechtsverhältnisse. Gesetzliche Rechtsverhältnisse unterstehen somit, was ihren Inhalt anbelangt, neuem Recht. Anders gesagt, ändert sich mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts ihr Inhalt, dies entgegen der Regel von Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB. Soweit allerdings das Rechtsverhältnis bereits rechtlich geschützte Ansprüche erzeugt hat, bleiben diese – unter Vorbehalt von Art. 2 SchlT ZGB – bestehen (Art. 4 SchlT ZGB; unten II 4.).

b) Gemeint sind aber auch rechtsgeschäftlich begründete, inhaltlich aber durch Gesetz fixierte Rechtsverhältnisse. Schulbeispiel eines solchen Rechtsverhältnisses ist die Ehe, die zwar auf Rechtsgeschäft beruht, aber in ihren Wirkungen (Inhalt) der Parteidisposition entzogen ist. Eine altrechtliche Ehe hat daher auch unter dem neuen Recht Bestand, nun aber mit dem neuerechtlichen Inhalt. Entsprechendes gilt beispielsweise

¹² Vgl. *Ostertag*, SJZ 8 S. 385 r. Sp. unten, 386 oben: «Aus Art. 3 ergibt sich zunächst die im ganzen intertemporalen Recht des ZGB vielfach durchgeführte Unterscheidung zwischen dem Inhalt eines Rechtsverhältnisses und dem Dasein desselben, ..., und sodann die weitere Unterscheidung zwischen dem auf Parteiwillen beruhenden und dem unmittelbar auf Gesetz beruhenden Inhalt der Rechtsverhältnisse.»

¹³ Vgl. *Ostertag*, SJZ 8 S. 386 l. Sp., der plastisch festhält, «die Frage nach dem Sein oder Nichtsein» beurteile sich nach altem Recht.

¹⁴ *Ostertag*, SJZ 8 S. 386 l. Sp. ganz unten: Die 1912 bestehenden dinglichen Rechte werden «auch unter dem neuen Recht anerkannt». Weitere Beispiele bei *Ostertag*, a.a.O. Vgl. ferner Art. 884 aOR hinsichtlich der altrechtlichen Mobilienhypotheken.

¹⁵ Gemäss Art. 18 Abs. 1 werden unter altem Recht begründete Ansprüche auf Errichtung eines dinglichen Rechtes «als rechtskräftig anerkannt», falls sie der Form des bisherigen oder des neuen Rechts entsprechen. Altrechtlich formgültig begründete Ansprüche wurden also durch das Inkrafttreten des rev. OR nicht beseitigt.

¹⁶ Art. 50 sieht vor: «Verträge, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes abgeschlossen worden sind, behalten ihre Gültigkeit, auch wenn ihre Form den Vorschriften des neuen Rechtes nicht entspricht.»

für altrechtliches Eigentum (Art. 17 Abs. 2 SchlT ZGB). Bei den Rechtsverhältnissen, wie sie hier zur Diskussion stehen (Ehe, Eigentum usw.), handelt es sich durchwegs um grundlegende Rechtsinstitute, die einheitlicher Geltung bedürfen¹⁷.

c) Nicht gemeint sind Rechtsverhältnisse, die nicht nur auf Rechtsgeschäft beruhen, sondern unter Vorbehalt zwingenden Rechts auch der inhaltlichen Ausgestaltung durch die Parteien offenstehen. Das bedeutet insbesondere, dass unter altem Recht abgeschlossene Schuldverträge auch nach Inkrafttreten des neuen Rechts dem alten (zwingenden und dispositiven) Recht unterstehen¹⁸. Das alte Recht findet freilich nur insoweit Anwendung, als es den Vertragsinhalt betrifft¹⁹ (was nicht immer leicht festzustellen ist).

Angenommen, X hat im Dezember 1911 in einem Hotel Logis genommen. Im Januar 1912 beschädigte ein unbekannter Passant mutwillig sein in der Hotelgarage befindliches Auto, ohne dass dem Wirt oder seinen Leuten ein Verschulden vorgeworfen werden konnte. Haftete diesfalls der Wirt nach Art. 486 und 488 aOR für den ganzen Schaden von Fr. 1500.– oder haftete er nur für Fr. 1000.–, wie in Art. 490 Abs. 2 OR vorgesehen? Richtigerweise ist letzteres anzunehmen, denn Art. 486 und 488 aOR sind keine den Vertragswillen konkretisierenden Normen²⁰.

Hervorzuheben ist, dass das vertraglich Abgemachte auch dem neuen zwingenden Recht vorgeht, falls dieses nicht «um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt» ist (Art. 2 SchlT ZGB).

Der privatautonom gesetzte Vertragsinhalt hat somit grundsätzlich – vorbehaltlich Art. 2 SchlT ZGB – Fortbestand. Der Respekt des Gesetzes vor der (altrechtlich zulässigen!) privatautonomen Satzung ergibt sich

¹⁷ Vgl. *Eugen Huber*, StenBull NR 1906 S. 1207 f. (zit. nach *Broggini*, SPR I, S. 445), der von der «sofortigen Anwendung der Vorschriften, bei denen es sich um blossе gesetzliche Umschreibungen vorhandener Institute» handelt, spricht.

¹⁸ Vgl. *Mutzner*, Berner Kommentar, N. 3–5, 12 zu Art. 1 und N. 23 f. zu Art. 3 SchlT ZGB. Dieser Autor unterscheidet zwischen gestaltenden und vermittelnden Tatbeständen. Gestaltende Tatbestände sind diejenigen, die der rechtsgeschäftlichen Ausformung offenstehen; für diese gilt der Grundsatz der Nichtrückwirkung, d.h. das Rechtsverhältnis besteht auch unter neuem Recht mit dem altrechtlichen Inhalt, vorbehaltlich Art. 2 SchlT ZGB. Vermittelnde Tatbestände sind hingegen jene rechtsgeschäftlichen Handlungen, deren Rechtsfolge vom positiven Recht im Voraus festgesetzt ist (Ehe, Eigentum usw., s. oben im Text). Für solche Tatbestände gilt der Grundsatz der Nichtrückwirkung nur im Hinblick auf die Entstehung der Rechtswirkung (z.B. Begründung des Eigentums, Entstehung der Ehe), nicht aber mit Bezug auf den Rechtsinhalt, der sich nach neuem Recht richtet (Art. 3 SchlT ZGB). Diese Rechtsauffassung wurde auch vom Bundesgericht übernommen, vgl. BGE 67 I 248 und 90 II 143 = ZBGR 47 S. 48 (referiert – und zu Unrecht kritisiert – bei *Broggini*, SPR I, S. 453 ff.).

¹⁹ BGE 16 S. 360, wo bei einem altrechtlichen Dienstvertrag die Frage, ob der Dienstpflichtige – wie im Vertrag vorgesehen – ohne Kündigung entlassen werden könne, nach altem Recht beurteilt wurde, dagegen die Frage der Schadenersatzpflicht aus der unter die neue Zeit fallenden Auflösung nach neuem Recht, mit der Begründung, es sei zu unterscheiden zwischen dem «objektiven Recht» einerseits und dem Vertragsinhalt andererseits, letzteres mit Einschluss der gesetzlichen Bestimmungen, die den Parteiwillen ergänzen, also den Bestimmungen des dispositiven Gesetzesrechts.

²⁰ *Giesker-Zeller*, ZSR 34 NF S. 19 f., dem das Beispiel leicht abgeändert entstammt.

auch aus anderen Bestimmungen. Besonders eindrücklich ist Art. 17 Abs. 3 SchlT ZGB: Unter altem Recht begründete dingliche Rechte, deren «Errichtung nach dem neuen Recht nicht mehr möglich» wäre, werden weiterhin anerkannt. Diese Rechte werden also nicht gemäss Art. 17 Abs. 2 SchlT ZGB in ein «nichts» umgewandelt. Sodann sind hier verschiedene schuldrechtsspezifische übergangsrechtliche Regeln zu erwähnen, welche den Weiterbestand vertraglicher Abmachungen ausdrücklich vorsehen, so etwa Art. 81 Abs. 1 Urheberrechtsgesetz²¹. Art. 1 der Schlussbestimmungen zum BG über den Agenturvertrag sieht vor, dass das neue Recht auf bestehende Verträge erst nach zwei Jahren Anwendung findet (Abs. 2); eine sofortige Rückwirkung findet allerdings für einzelne, ausdrücklich aufgezählte Bestimmungen statt (Abs. 1). Eine Sonderregel gilt für Verträge mit Agenten, die im Nebenberuf als solche tätig sind (Abs. 3).

Die Regel, dass der durch Vertrag (oder sonstiges Rechtsgeschäft) festgelegte Inhalt eines Rechtsverhältnisses vor dem neuen Recht Bestand hat, hat auch das Bundesgericht immer wieder bestätigt, dies auch schon vor Erlass von ZGB und OR; s. z.B. BGE 20 S. 177 (vgl. auch 20 S. 507; 22 S. 842), wo das Bundesgericht «die Frage, ob ein Vertrag durch Zeitablauf erlösche, nach altem Recht beurteilt» hat, «indem es von dem in OR Art. 882 genannten Untergang der Forderung, der nach neuem Recht zu beurteilen wäre, den Fall ausnahm, wo ein Erlöschungsgrund die Rechtsfolge des Parteiwillens sei»²².

3. Rückwirkung nach Art. 2 SchlT ZGB

Art. 2 SchlT ZGB sieht die Rückwirkung – wie gesagt – für Bestimmungen vor, «die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind».

1. Ein Teil der Lehre setzt die Wendung «öffentliche Ordnung und Sittlichkeit» mit dem zwingenden Recht gleich²³. Die herrschende Lehre ist demgegenüber der Meinung, dass nicht alles zwingende Recht aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit erlassen wurde²⁴.

Diese auch vom Bundesgericht geteilte Ansicht (BGE 100 II 105 = ZBGR 56 S. 362) ist vorzuziehen. Der Gesetzgeber weiss sehr wohl zwischen zwingendem Recht und öffentlicher Ordnung zu unterscheiden (vgl. nur Art. 19 OR). Er hätte daher Art. 2 SchlT wohl anders formuliert, wenn er hätte anordnen wollen, dass zwingendes Recht vertraglichen Abreden ohne weiteres vorgeht. Vor allem aber wäre es sachlich verfehlt, das zwingende Recht mit den Vorschriften der öffentlichen Ordnung gleichzustellen. Der Grundsatz der Privatautonomie ist in unserer Rechtsordnung von zentraler Bedeutung. Ihn immer dann einzuschränken, wenn

²¹ Vgl. *Cherpillod*, SMI 1994 S. 18.

²² *Ostertag*, SJZ 8 S. 387 r. Sp.

²³ *Broggini*, SPR I, S. 446; *Schöbi*, AJP 1992 S. 570.

²⁴ Z.B. *Mutzner*, Berner Kommentar, N. 28 zu Art. 2 SchlT ZGB, *Broggini*, SPR I, S. 442, der allerdings der Meinung ist, das zwingende Recht wirke o.w. zurück.

nachträglich zwingende Bestimmungen erlassen werden, liesse sich unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht rechtfertigen. Es müssen schon ganz hervorragende Gründe für eine Durchbrechung der Privatautonomie vorliegen. Dafür sprechen auch Gründe der Rechtspraktikabilität: Wenn man einzelne Vertragsklauseln ausser Kraft setzt, so kann man es nicht einfach dabei bewenden lassen. Denn das Vertrauen, das die Parteien in den Vertrag setzten, darf nicht so ohne weiteres verletzt werden. Wird es nicht durch die (integrale) Weitergeltung des Vertrags geschützt, muss ihm zumindest in dem Sinne Schutz gewährt werden, dass die Parteien sich darauf berufen können, sie hätten den fraglichen Vertrag ohne die betreffende Klausel nicht geschlossen (vgl. Art. 20 OR und III. Ziff. 5). Folge wären Rückabwicklungsansprüche mit den entsprechenden, oft kaum lösbaren Problemen.

2. Nach dem Gesagten ist zwischen zwingenden Bestimmungen, die um der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» willen aufgestellt wurden, und anderen zwingenden Bestimmungen zu unterscheiden²⁵. Zur ersten Gruppe (Ordre-public-Bestimmungen) gehören nur Bestimmungen, die Ausdruck «grundlegender sozialpolitischer und ethischer Anschauungen des Gesetzgebers» sind (BGE 100 II 105 = ZBGR 56 S. 362). Der legislatorische Zweck von Art. 2 SchIT ZGB liegt somit darin, die Durchsetzung von Rechtswirkungen des alten Rechts zu verhindern, wenn sie mit dem neuen Recht schlechterdings unverträglich sind (vgl. Art. 18 Abs. 3 SchIT ZGB).

Im oben erwähnten Entscheid BGE 100 II 105 = ZBGR 56 S. 362 wurde die Ordre-public-Widrigkeit einer altrechtlichen Reallast, gemäss welcher der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks verpflichtet ist, auf eine diesem Grundstück zustehende Bauverbotsdienstbarkeit nicht zu verzichten, verneint. Demgegenüber wurde in BGE 49 II 335 = ZBGR 5 S. 137 der Ordre-public-Charakter des inzwischen aufgehobenen Art. 683 Abs. 2 ZGB bejaht und ein altrechtliches Zugrecht als aufgehoben erklärt (s. nachstehend Ziff. 3). Zur Frage, ob Art. 216a OR Ausdruck «grundlegender sozialpolitischer und ethischer Anschauungen» ist, s. unten III. Ziff. 3.

3. Vom Grad der Rückwirkung war bereits oben in II. 1. Ziff. 3 lit. b die Rede. Das dort Gesagte sei hier an einem praktischen Beispiel erläutert.

Der 1994 aufgehobene Art. 683 Abs. 2 ZGB sah vor, dass Kaufsrechte höchstens für die Dauer von zehn Jahren vorgemerkt (und damit ding-

²⁵ Der Begriff der «öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit» ist ein einheitlicher (*Markus Vischer*, Die allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen intertemporalen Privatrechts, Diss Zürich 1986, S. 95). Öffentliche Ordnung und Sittlichkeit sind nicht zwei selbständige Begriffe mit je selbständiger Bedeutung (anders offenbar *Ostertag*, SJZ 8 S. 384 f.). Der Begriff lehnt sich an jenen des *ordre public* im IPR an (vgl. *Ostertag*, SJZ 8 S. 385), als solcher ist er eine Generalklausel. Ihre Konkretisierung ist schwierig, «eine befriedigende Umschreibung ihres Inhalts ... letztlich unmöglich» (*Vischer*; a.a.O.).

lich gesichert) werden können²⁶. Die rein obligatorische Dauer des Rechts war hingegen nicht beschränkt, vielmehr konnten Kaufsrechte – im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 und 27 Abs. 2 ZGB – auf beliebige Dauer begründet werden²⁷. Das Bundesgericht hat in BGE 49 II 335 = ZBGR 5 S. 137 angenommen, Art. 683 Abs. 2 ZGB habe Ordre-public-Charakter. Daraus hat es – gestützt auf Art. 2 Abs. 2 SchlT ZGB – die Konsequenz gezogen, ein kantonales dingliches Rückkaufsrecht (Zugrecht) könne unter dem neuen Recht nach Ablauf der Zehnjahresfrist von Art. 683 Abs. 2 ZGB keinen Bestand mehr haben; dabei ging es davon aus, die Frist habe mit Begründung des Rückkaufsrechts, nicht erst mit Inkrafttreten des Art. 683 Abs. 2 ZGB, zu laufen begonnen. Das Bundesgericht ist also davon ausgegangen, es sei rechtlich so zu halten, wie wenn die fragliche Bestimmung bereits bei Vereinbarung des Rückkaufsrechts Geltung gehabt hätte. M.E. war schon der Ordre-public-Charakter zweifelhaft (vgl. unten III. Ziff. 3), jedenfalls aber hätte es genügt, anzunehmen, das Zugrecht habe zwar keine dingliche Wirkung mehr, wohl aber noch obligatorische. Und was den Beginn der Zehnjahresfrist anbelangt, hätte man jedenfalls nicht den Vertragsabschluss als fristauslösendes Ereignis ansehen dürfen, sondern das Inkrafttreten des neuen Rechts (diese Möglichkeit wurde zwar vom Bundesgericht erkannt, aber nicht geprüft, S. 337 Erw. 4 = ZBGR 5 S. 142 Erw. 4).

Konkret zu beurteilen hatte das Bundesgericht folgenden Fall: Der Verkäufer einer Liegenschaft hatte sich bei Abschluss des Kaufvertrags im Jahre 1907 das Recht einräumen lassen, das Kaufsobjekt «nach Umfluss von 20 Jahren» zum nämlichen Preise zurückzukaufen (dinglich wirkendes Zugrecht). Im Jahre 1922 verlangte der Käufer die Feststellung, das Rückkaufsrecht sei, da mit Art. 683 Abs. 2 ZGB unvereinbar, erloschen. Das Bundesgericht gab ihm Recht, indem es davon ausging, dass die Zehnjahresfrist von Art. 683 Abs. 2 ZGB im Jahre 1917 abgelaufen war, und weiter annahm, mit dem Fristablauf sei das Recht als solches dahingefallen, nicht nur die dingliche Wirkung beseitigt worden. M.E. hätte es – bei Bejahung des Ordre-public-Charakters von Art. 683 Abs. 2 ZGB – genügt, dem Zugrecht die «Dinglichkeit» abzusprechen. Zudem hätte man die Zehnjahresfrist von Art. 683 Abs. 2 ZGB erst ab 1912 (Inkrafttreten des ZGB) laufen lassen dürfen, nicht schon ab Vertragsabschluss. Damit hätte man dem Ordre-public-Charakter von Art. 683 Abs. 2 ZGB in hinreichender Weise Rechnung getragen.

²⁶ Nach dem Wortlaut war nicht nur die Vormerkungsdauer beschränkt, sondern die Dauer des Rechts an sich. Denn Kaufsrechte sollten «in jedem Falle mit dem Ablauf von zehn Jahren seit der Vormerkung» erlöschen. Art. 683 Abs. 2 wurde dabei – entgegen dem Gesetzeswortlaut – nur auf die Vormerkungsdauer bezogen, nicht auf die Dauer des Rechts: Dieses konnte – im Rahmen von Art. 2 und 27 Abs. 2 ZGB – auf beliebige Dauer begründet werden.

²⁷ BGE 102 II 243 = ZBGR 60 S. 100; BJM 1957 S. 265 ff.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N. 311 zu Art. 681 ZGB; *Steinauer*, ZBGR 73 S. 6.

4. Art. 4 SchlT ZGB

In Art. 4 SchlT ZGB heisst es: «Tatsachen, die zwar unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes eingetreten sind, durch die aber zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Rechtes ein rechtlich geschützter Anspruch nicht begründet gewesen ist, stehen nach diesem Zeitpunkt in Bezug auf ihre Wirkung unter dem neuen Recht.» E contrario folgt aus Art. 4 SchlT ZGB, dass dort, wo ein rechtlich geschützter Anspruch bereits unter altem Recht bestanden hat, dieser Anspruch weiterbesteht. Präzisierungen:

1. Rechtlich geschützt sind in erster Linie rechtsgeschäftlich (insbesondere vertraglich) begründete Ansprüche. Insoweit hat aber Art. 4 SchlT ZGB keine eigenständige Bedeutung, denn das rechtsgeschäftliche Ansprüche vor dem neuen Recht Bestand haben, ergibt sich bereits aus Art. 3 SchlT ZGB. Die praktische Bedeutung von Art. 4 SchlT ZGB liegt im Schutz gesetzlicher Ansprüche²⁸.

Beispiel: Die Folgen alter Verschollenerklärungen sind nach altem Recht zu behandeln, soweit es sich um Rechtsfolgen handelt, welche – wie Erbgang und Auflösung der Ehe – «bestimmte subjektive Rechte ausgelöst» haben²⁹. Mit Bezug auf andere Rechtsfolgen gilt hingegen das neue Recht, nach dem allgemeinen Grundsatz, dass sich der Inhalt von Rechtsverhältnissen, soweit er nicht vertraglich fixiert ist, nach neuem Recht beurteilt (Art. 3 SchlT ZGB). – Zweites Beispiel: Jemand hat unter altem Recht eine rechtskonforme Baute erstellt, welche unter neuem Recht nicht mehr erstellt werden dürfte (z.B. wegen zu geringen Grenzabstands). Hier ist der Anspruch des Bauenden auf Beibehaltung der Baute nach Art. 4 SchlT ZGB geschützt, wogegen bei Abbruch der Baute die neuen Vorschriften zu respektieren wären, dementsprechend die Neuerstellung unzulässig wäre (Art. 3 und 17 Abs. 2 SchlT ZGB)³⁰.

Nicht als rechtlich geschützte Ansprüche gelten sog. Anwartschaften, rechtsgeschäftliche wie gesetzliche (vgl. BGE 117 III 52³¹). Wer beispielsweise unter altem bernischen Recht auf eine Erbschaft hoffen kann-

²⁸ Art. 4 SchlT ZGB ist daher «gewissermassen eine Ergänzung zu Schlussartikel 3» (*Mutznier*; Berner Kommentar, N. 1 zu Art. 4 SchlT ZGB); *Ostertag*, SJZ 8 S. 388; a.A. *Broggini*, dessen Auffassung konzeptionell und entsprechend auch in vielen Einzelpunkten von der hier vertretenen Ansicht abweicht. Immerhin ist auch für *Broggini*, SPR I, S. 437, klar: «Der Schutz wohlervorbener Rechte ist im Schweizer Rechtssystem, wo immer das Gesetz nicht ausdrücklich anders normiert, eine Selbstverständlichkeit.»

²⁹ *Ostertag*, SJZ 8 S. 388 r. Sp.

³⁰ Beispiel nach *Ostertag*, SJZ 8 S. 388.

³¹ A hatte gegenüber der Kellfina Kellwa Finanz AG (im Folgenden AG genannt) zur Sicherung eines Darlehens eine Lohnzessionserklärung abgegeben. Als A seinen Rückzahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkam, wurde der Arbeitgeberin des A von der Zession Kenntnis gegeben. Hierauf kam es durch einen anderen Gläubiger des A zu einer Lohnpfändung. Das Betreibungsamt teilte hierauf der AG mit, die Lohnzession sei gemäss dem neuen Art. 325 OR ab 1. Juli 1991 hinfällig geworden und könne daher nicht mehr berücksichtigt werden. Eine Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörde blieb erfolglos. Das Bundesgericht bestätigte. Es nahm an, die Abtretung künftiger Forderungen entfalte ihre Wirkung erst im Zeitpunkt, in dem die Forderungen entstehen (BGE 111

te, hatte noch kein subjektives Recht, weshalb, wenn der Erblasser nach dem 1. Januar 1912 starb, in der Frage der Erbberechtigung neues Recht zum Zuge kam³².

Zu beachten ist, dass ein bedingtes Recht nicht als Anwartschaft, sondern als ein subjektives Recht gilt. Dieses Recht ist auch unter der neuen Rechtsordnung geschützt, und zwar in der Weise, dass in der Frage des Bedingungseintritts das alte Recht gilt. Art. 4 SchlT ZGB hat also eine Einschränkung des Trennungsprinzips zur Folge³³. Mit anderen Worten beinhaltet Art. 4 SchlT eine «Ausnahme» i.S.v. Art. 1 Abs. 3 SchlT ZGB³⁴.

Fällt der Eintritt der Bedingung unter altes Recht, so liegt ein unter altem Recht vollendeter Tatbestand vor, so dass schon nach dem Trennungsprinzip nur altes Recht zur Anwendung gelangt.

2. Soweit ein rechtlich geschützter Anspruch bei Inkrafttreten des neuen Rechts noch nicht begründet ist, entscheidet sich nach neuem Recht, ob er allenfalls doch noch begründet wird. Dabei geht es nicht darum, dass das neue Recht auf eine altrechtliche Tatsache Anwendung findet, sondern darum, dass eine neurechtliche Tatsache nach neuem Recht behandelt wird. Es geht hier also letztlich nicht um Rückwirkung des neuen Rechts, sondern um die Regel der Nichtrückwirkung gemäss Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB: Das Trennungsprinzip gilt, nicht das Rückwirkungsprinzip.

III. Rückwirkung von Art. 216a OR auf altrechtliche Kaufsrechte?

1. Stellt man auf die Grundregel der Nichtrückwirkung von Art. 1 SchlT ZGB ab, so findet Art. 216a OR keine Anwendung auf altrechtli-

III 75). Sodann führte es aus: «Bei Inkrafttreten des revidierten Art. 325 OR am 1. Juli 1991 hatte die Rekurrentin hinsichtlich der nach diesem Zeitpunkt fällig werdenden [Lohn-] Forderungen ... noch kein erworbenes Recht. ... Somit gelangt Art. 4 SchlT ZGB zur Anwendung», mit der Folge, dass der revidierte Art. 325 OR zum Tragen kam. Das ist eine etwas formalistische Betrachtungsweise, welche nicht ganz überzeugt. Überzeugender argumentierte die Vorinstanz. Sie hatte angenommen, zwar habe die Lohnzession einen rechtlich geschützten Anspruch begründet, diesem sei jedoch die Wirkung gemäss Art. 2 SchlT ZGB zu versagen.

³² Vgl. *Giesker-Zeller*; ZSR 8 S. 66 f.

³³ *Ostertag*, SJZ 8 S. 388 r. Sp. (unter Hinweis auf BGE 10 S. 140 und 13 S. 239): Daher ist «ein unter altem Recht entstandenes bedingtes oder betagtes Recht, auch wenn der Eintritt der Bedingung unter das neue Recht fällt, doch nach altem Recht zu beurteilen»; *Mutzner*, Berner Kommentar, N. 3 zu Art. 4 SchlT ZGB.

³⁴ A.A. BGE 90 II 137 = ZBGR 47 S. 44 (wohl auch BGE 90 II 192 f.): «Die Ausübung eines alten Rechts», sagt das Bundesgericht, «ist nicht als eine selbständige Tatsache zu betrachten, die der Anwendung des neuen Rechts nach Art. 1 Abs. 3 SchlT ZGB rufen würde. Sie zielt auf Verwirklichung eines Anspruches ab, der eben nach Art. 1 Abs. 1 und 2 daselbst nach altem Recht zu beurteilen ist, auch wenn er erst nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes geltend gemacht wird». Nach der hier vertretenen Ansicht sind auch die vom Bundesgericht so genannten unselbständigen Tatsachen Tatsachen, welche nach dem Trennungsprinzip (Art. 1 SchlT ZGB) zu behandeln sind. Dies zumal dann, wenn es nicht nur um die Ausübungserklärung geht, sondern diese vom vorgängigen Eintritt einer Bedingung abhängt. Letztlich aber ist es lediglich eine Frage des dogmatischen Geschmacks, ob man das Trennungsprinzip anwendet oder aber sagt, Art. 4 SchlT ZGB habe zur Folge, dass auf eine neurechtliche Tatsache altes Recht Anwendung findet.

che Kaufrechte (einschliesslich Rückkaufrechte), vielmehr behält die vertragliche Abmachung auch unter neuem Recht ihre Wirkung (Art. 1 Abs. 2, Art. 3 e contrario, Art. 4 SchlT ZGB). Art. 216a OR findet hingegen Anwendung, wenn man ihn als *Ordre-public*-Bestimmung auffasst (Art. 2 SchlT ZGB). Fraglich ist dann nur (aber immerhin), ab welchem Zeitpunkt die Zehnjahresfrist zu laufen begonnen hat: ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder aber ab dem Inkrafttreten des neuen Rechts (1994).

2. Das Bundesgericht hat in BGE 121 III 210 ff. Erw. 3 = ZBGR 77 S. 326 Erw. 3 offengelassen, ob und gegebenenfalls wie Art. 216a OR zurückwirkt. Die Lehre verneint die Rückwirkung mehrheitlich³⁵. Anderer Ansicht ist allerdings *Schöbi*³⁶. Zur Begründung bringt er vor, die Frage der Dauer des Kaufrechts berühre «dessen Inhalt und nicht dessen Bestand». Daher würden «gestützt auf Art. 3 SchlT ZGB» «unmittelbar die zwingenden Bestimmungen des neuen Rechts Anwendung [finden]». Dieser Ansicht liegt meines Erachtens ein falsches Verständnis von Art. 3 SchlT ZGB zugrunde. Diese Bestimmung sieht nach der hier vertretenen Ansicht eine Rückwirkung nur für gesetzliche Rechtsverhältnisse vor, nicht aber für vertragliche. Diese haben – vorbehaltlich Art. 2 SchlT ZGB – auch unter dem neuen Recht Geltung; auch zwingende Regeln des neuen Rechts haben vor dem Vertrag zurückzutreten. *Schöbi* geht von einem ganz anderen Konzept aus. Er ist offenbar der Meinung, der Inhalt eines Rechtsverhältnisses richte sich immer nach dem neuen Recht, soweit dieses das Rechtsverhältnis zwingend ausgestalte. Diese auf *Broggini*, SPR I, S. 446 f., zurückgehende Ansicht wird von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung nicht geteilt. Sie verstösst zudem gegen Art. 4 SchlT ZGB. Denn diese Bestimmung schützt subjektive Rechte, vorbehaltlich Art. 2. Ein Kaufrecht, auch ein bedingtes, ist nun aber ein subjektives Recht im Sinne von Art. 4 SchlT ZGB. Für solche Rechte bleibt es daher dabei, dass sie – vorbehaltlich Art. 2 SchlT ZGB – auch unter neuem Recht Bestand haben (s. im einzelnen oben II. 2.). Im Übrigen wirkt Art. 3 SchlT ZGB immer nur «ex nunc» zurück. Er hat nie zur Folge, dass das neue Recht auf die Zeit vor dem Inkrafttreten zurückerstreckt wird. Es ist daher – entgegen *Schöbi* – zum vornherein ausgeschlossen, die Zehnjahresfrist von Art. 216a OR ab dem Vertragsabschluss laufen zu lassen. Wenn schon, würde die Frist ab Inkrafttreten (1994) laufen.

Es sei daran erinnert, dass selbst dingliche Rechte, welche unter neuem Recht nicht mehr begründet werden können, nach wie vor Bestand haben, falls sie unter altem Recht rechtswirksam begründet wurden (Art. 17 Abs. 3 SchlT ZGB). Hinsichtlich obligatorischer Rechte

³⁵ *Foëx*, SJ 1994 S. 414 f.; *Piotet*, ZSR 113 I 143 f.; *Bucher*, Berner Kommentar, N. 243 zu Art. 27 ZGB (s. später im Text); *Heinz Rey*, Anmerkung zu BGE 121 III 210 = ZBGR 77 S. 325 in ZBJV 133 S. 257.

³⁶ S. 570. Wie *Schöbi* auch *Roberto* (recht 1993 S. 174 r. Sp. unten/175), *Pfäffli* (BN 1992 S. 455 Anm. 24), *Meier* (AJP 1994 S. 141 Anm. 24), welche allerdings die Frage nicht selbständig prüfen, sondern sich allesamt mit einem Verweis auf *Schöbi* begnügen.

anders zu entscheiden, lässt sich mit nichts rechtfertigen. Vorbehalten ist freilich immer die Rückwirkung nach Art. 2 SchlT ZGB.

3. Es fragt sich somit, ob Art. 216a OR von Art. 2 SchlT ZGB erfasst wird: Handelt es sich um eine Bestimmung, welche zum *ordre public* gehört, also Ausdruck «grundlegender sozialpolitischer und ethischer Anschauungen des Gesetzgebers» ist (BGE 100 II 105 = ZBGR 56 S. 362)?

Das Bundesgericht hat den *Ordre-public*-Charakter für den früheren Art. 683 Abs. 2 ZGB bejaht (BGE 49 II 335 = ZBGR 5 S. 140 f., dazu oben II. 3. Ziff. 3). Diese Bestimmung sah – wie gesagt – vor, dass Kaufsrechte (einschliesslich Rückkaufsrechte) nur für die Dauer von zehn Jahren vorgemerkt werden können. Aus der Begründung des Bundesgerichts:

«Wenn nämlich das ZGB für das durch Vormerkung im Grundbuch gegen Dritte wirksame Rückkaufsrecht eine Verwirkungsfrist von 10 Jahren seit der Vormerkung eingeführt hat, so geschah es in Verfolgung des wirtschaftspolitischen Zweckes, das Grundeigentum von langfristigen, das Erwerbsleben aussergewöhnlich hemmenden Belastungen nach Möglichkeit zu befreien. Wie aus den Erläuterungen zum Vorentwurf (II 97) hervorgeht, wurde die zeitliche Beschränkung des Wiederkaufsrechts grundsätzlich gleich behandelt, wie diejenige der Grundlasten; wegen des noch grösseren wirtschaftlichen Druckes wurde dann die Verwirkungsfrist für die Vor- und Rückkaufsrechte von 30 auf 10 Jahre herabgesetzt. Mit Rücksicht auf diesen Zweckgedanken, indem hier nicht nur das Interesse der am Rechtsverhältnis unmittelbar Beteiligten im Spiel ist, sondern dasjenige der Allgemeinheit an der relativen Freiheit des Grundeigentums, dessen übermässige Einschränkung die allgemeine Wohlfahrt gefährden kann, ist Art. 683 Abs. 2 ZGB als eine um der öffentlichen Ordnung willen erlassene Bestimmung i.S. von Art. 2 SchlT ZGB anzusehen. Wenn das Bundesgericht die Einschränkung des Eigentumsvorbehaltes durch das neue Recht unter diese Bestimmung subsumiert hat, so fällt mit noch mehr Recht auch Art. 683 Abs. 2 ZGB darunter. Er muss deshalb als eine ausschliessliche Geltung beanspruchende, unabänderliche Vorschrift sofort mit dem Inkrafttreten des Gesetzes auf alle Rechtsverhältnisse Anwendung finden, insbesondere auf analoge Verhältnisse des alten Rechts, deren unveränderter Fortbestand den rechts- und wirtschaftspolitischen Zwecken des ZGB und damit der öffentlichen Ordnung widerspräche. Das trifft für das vorliegende alte St. Galler Zugrecht, dessen Dauer durch vertragliche Abmachung auf 20 Jahre festgesetzt worden war, zu: diese Abrede muss vor der zwingenden Festsetzung einer gesetzlichen, kürzeren Dauer, wie sie Art. 683 Abs. 2 ZGB aufstellt und mit welcher jene längere vertragliche Dauer sich nicht vereinbaren lässt, weichen.»

Im vorliegenden Kontext geht es nicht um die Vormerkungsdauer, sondern um die Dauer des Kaufsrechts an sich. Mit Bezug auf diese lässt sich aber gleich argumentieren: Eine mit einem Kaufsrecht belastete Liegen-

schaft ist praktisch in gleicher Weise belastet, ob nun eine Vormerkung stattgefunden hat oder nicht. Zwar hat die Vormerkung zur Folge, dass der belastete Eigentümer das Kaufsrecht nicht mehr – durch Verkauf an einen Dritten – verletzen kann. Dies wird er aber in aller Regel ohnehin nicht tun, weil ihn die Verletzung nach Art. 97 OR haftbar macht³⁷. Dieser faktische Zwang zur Nichtveräusserung hat letzten Endes die nach Ansicht des Bundesgerichtes verpönte, «das Erwerbsleben aussergewöhnlich hemmende Belastung» zur Folge. Wenn daher die Argumentation von BGE 49 II 335 = ZBGR 5 S. 140 f. stimmig ist, so wird man sagen müssen, dass Art. 216a OR unter Art. 2 SchlT fällt. Es fragt sich also, ob BGE 49 II 335 = ZBGR 5 S. 140 f. richtig rasonniert.

Durch die in Art. 216a OR vorgesehene Befristung werden in erster Linie private Interessen geschützt: Der Eigentümer einer Liegenschaft soll nicht während übermässig langer Zeit an der freien Verfügung über die Liegenschaft gehindert sein. Ein derartiges privates Interesse fällt aber zweifellos nicht unter Art. 2 SchlT ZGB. Diese Bestimmung ist vielmehr nur anwendbar, wenn ein öffentliches Interesse an der Befristung besteht und dieses so gewichtig ist, dass es im Sinne von BGE 100 II 105 = ZBGR 56 S. 362 als «grundlegend» bezeichnet werden kann. Insoweit wird man nun Zweifel haben dürfen. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass ein gewisses allgemeines Interesse daran besteht, dass die Liegenschaften als knappes Gut wenn immer möglich dem jeweils besten Zweck zur Verfügung gestellt werden können und diese Disponibilität des Grundeigentums nicht durch Kaufsrechte eingeschränkt ist. Dass dieses Interesse aber von hervorragender Bedeutung wäre, kann kaum gesagt werden. Es überrascht denn auch nicht, dass etwa in Deutschland keine dem Art. 216a OR entsprechende Bestimmung besteht³⁸. Im Übrigen kann das Grundeigentum auch auf andere Weise als durch Kaufsrechte erheblich belastet werden. Es ist nicht nur an die vom Bundesgericht erwähnten Grundlasten zu denken, sondern auch an andere obligatorische und dingliche Rechte. Schliesslich ist zu beachten, dass der Gesetzgeber die Frist von Art. 216a OR nicht für sakrosankt hält: So gilt die Bestimmung für das Stockwerkeigentümergekauftsrecht nicht³⁹. Im Übrigen legen die Materialien zu Art. 216a OR nicht dar, inwieweit der

³⁷ Vgl. *Merz*, FG Simonius, S. 242.

³⁸ Deutschland kennt zwar das Institut des Vorkaufsrechts, nicht aber des Kaufsrechts. Es besteht jedoch die Möglichkeit, einen Antrag auf Abschluss eines Grundstückkaufs beliebig zu befristen, so dass der Antragsempfänger praktisch in der gleichen Situation ist wie ein Kaufberechtigter: Er kann den Kaufvertrag nach seinem Belieben schliessen oder nicht. Die Annahmefrist kann beliebig festgesetzt werden (*Marc Chessex*, *La limite dans le temps des droits d'emption, de préemption et de réméré*, Diss. Lausanne 1946, S. 24 f.).

³⁹ In Art. 712c ZGB ist vorgesehen, dass Stockwerkeigentümer von Gesetzes wegen kein Vorkaufsrecht gegenüber dem Erwerber eines Stockwerkeigentumsanteils haben, dass jedoch ein Vorkaufsrecht «im Begründungsakt oder durch nachherige Vereinbarung errichtet und im Grundbuch vorgemerkt werden» kann. Weder die Dauer des Rechts noch die Vormerkungsdauer unterliegen der 25-Jahres-Schranke von Art. 216a OR (*Schöbi*, *AJP* 1992 S. 569; kritisch *Foëx*, *SJ* 1994 S. 403 unten/404).

Bestimmung ein überragendes öffentliches Interesse zugrundeliegen sollte. BGE 49 II 335 = ZBGR 5 S. 140 f. trifft daher meines Erachtens nicht das Richtige. Gleicher Meinung ist *Mutzner*⁴⁰, mit der Bemerkung, der Entscheid verstosse gegen «das lebendige Rechtsbewusstsein»⁴¹. Angesichts dieser Kritik hat das Bundesgericht in BGE 53 II 394 Erw. 2 = ZBGR 9 S. 95 Erw. 2 offengelassen, ob an der in BGE 49 II 330 = ZBGR 5 S. 137 geäusserten Ansicht festzuhalten sei; in BGE 71 II 158 = ZBGR 29 S. 94 wurde dann allerdings unter Berufung auf den ersten Entscheid wiederum vorbehaltlos festgestellt, die Begrenzung der Vormerkung auf zehn Jahre gemäss Art. 683 Abs. 2 ZGB sei «um der öffentlichen Ordnung willen vom Gesetze festgelegt und darum unabdingbar» (diese Feststellung erfolgte indes bloss obiter).

4. Wollte man die Rückwirkung von Art. 216a OR bejahen, so dürfte man jedenfalls nicht eine radikale Rückwirkung «ex tunc» befürworten: Man dürfte die Frist von Art. 216a OR nicht ab Vertragsabschluss, sondern erst ab Inkrafttreten des neuen Rechts laufen lassen. Wer anders entscheidet, nimmt in Kauf, dass von einem Tag auf den andern ein rechtlich geschützter Anspruch dahinfällt. Damit wird gegen den Grundgedanken sowohl von Art. 3 SchIT ZGB als auch Art. 4 SchIT verstossen. Dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, darf angesichts der Bedeutung, welche die Privatautonomie in der Schweiz hat, nicht angenommen werden. Die «Ex-tunc»-Rückwirkung würde in Fällen, in denen dem Kaufrecht keinerlei unehrenhafte Motive zugrundeliegen, geradezu schockieren.

5. Will man trotz allem von der «Ex-tunc»-Wirkung von Art. 216a OR ausgehen und diese annehmen, so kann man es nicht bei dieser Feststellung bewenden lassen: Ist das Kaufrecht zufolge der Rückwirkung von Art. 216a OR dahingefallen, so muss sich dies auf das Vertragsverhältnis insgesamt auswirken. Denn es kann nicht sein, dass zwar das Kaufrecht dahinfällt, das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis im Übrigen aber unberührt bleibt (so aber BGE 49 II 337 Erw. 4! = ZBGR 5 S. 142 Erw. 4). Vielmehr wird man annehmen müssen, dass es nun zu halten ist, wie wenn der Vertrag von Anfang an gegen eine unabänderliche Vorschrift verstossen hätte. Es kommt somit Art. 20 OR zur Anwendung, mit der Folge, dass der Vertrag vollständig dahinfällt, wenn er bei Kenntnis der Nichtigkeit des Kaufrechts nicht abgeschlossen worden wäre⁴². Gegebenenfalls wäre der Vertrag rückabzuwickeln. Dass die Rückabwicklung mit erheblichen Problemen verbunden sein kann, liegt auf der Hand. Auch das spricht gegen die Rückwirkung. Denn bei der Anwendung von Art. 2 SchIT ZGB dürfen und müssen auch Gesichtspunkte der Rechtssicherheit und der Rechtspraktikabilität Berücksichtigung finden. Eine Rückwirkung ist daher nur dort zu befürworten, wo wirklich zen-

⁴⁰ Berner Kommentar, N. 83 f. zu Art. 17 SchIT ZGB.

⁴¹ Wie *Mutzner* auch *Haab*, Zürcher Kommentar, N. 58 zu Art. 682 ZGB; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N. 330 zu Art. 681 ZGB.

⁴² Genaueres bei *Koller*, OR AT, Nr. 979 ff.

trale Rechtsgrundsätze in Frage stehen. Das trifft im vorliegenden Kontext nicht zu. Im Gegenteil scheint es wenig sinnvoll, das Kaufsrecht generell einer zehnjährigen Ausübungsfrist zu unterstellen. Nicht selten besteht ein rechtserhebliches Bedürfnis für eine längere Befristung⁴³. Man wird daher *Bucher*⁴⁴ Recht geben müssen, wenn er sagt, Art. 216a OR beinhalte «eine Anordnung (fragwürdigen) gesetzgeberischen Gutdünkens», die «berechtigte Erwartungen Privater nicht durchkreuzen» dürfe, weshalb «die in rev. OR 216a eingeführten zeitlichen Geltungsschranken ... nur auf nach dem 1.1.1994 geschlossene Verträge angewendet werden» dürften.

*Schöbi*⁴⁵ will dem Kaufrechtsberechtigten, welcher sein Recht zufolge der Rückwirkung von Art. 216a OR verloren hat, helfen, indem er ihm unter Umständen die Berufung auf Grundlagenirrtum offenhält. Eine erfolgreiche Anfechtung hätte dieselben Rückabwicklungsprobleme zur Folge, wie sie bei Anwendung von Art. 20 OR entstehen. Im Übrigen scheint – was *Schöbi* nicht verkennt – zweifelhaft, ob die Berufung auf Grundlagenirrtum wirklich statthaft ist. Schon eher wird man die *clausula rebus sic stantibus* heranziehen dürfen. Doch ist deren Anwendung mit ausserordentlichen Unsicherheitsfaktoren verbunden. Welchen Weg man auch wählt, oft wird er dem «Entrechteten» keine Hilfe bringen. Dann nämlich, wenn die Rückabwicklungsansprüche bereits verjährt sind⁴⁶.

6. Dass die Rückwirkung, wie sie von *Schöbi* für Art. 216a OR und von BGE 49 II 337 = ZBGR 5 S. 142 für die verwandte Regel von alt Art. 683 Abs. 2 ZGB befürwortet wird, nicht richtig sein kann, ergibt sich auch aus Art. 49 SchIT ZGB.

Art. 49 SchIT ZGB sieht Folgendes vor:

¹ Wo eine Verjährung von fünf oder mehr Jahren neu eingeführt ist, wird der abgelaufene Zeitraum einer vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begonnenen Verjährung angerechnet, wobei jedoch zur Vollendung der Verjährung noch mindestens zwei Jahre seit diesem Zeitpunkte ablaufen müssen.

² Kürzere, durch dieses Gesetz bestimmte Fristen der Verjährung oder der Verwirkung fangen erst mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes zu laufen an.

³ Im Übrigen gelten für die Verjährung von diesem Zeitpunkte an die Bestimmungen des neuen Rechtes⁴⁷.

⁴³ Z.B. *Hess*, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 216a OR.

⁴⁴ Berner Kommentar, N. 243 zu Art. 27 ZGB.

⁴⁵ S. 571.

⁴⁶ Vgl. BGE 114 II 131.

⁴⁷ Mit anderen Worten gilt Folgendes:

- Als Grundsatz gilt, dass die neue Frist zum Tragen kommt, wobei die unter altem Recht abgelaufene Frist angerechnet wird. Bestand beispielsweise unter altem Recht eine fünfjährige Frist, welche unter neuem Recht auf zehn Jahre verlängert wurde, so gilt die zehnjährige Frist, wobei die unter altem Recht verflossene Zeit (z.B. vier Jahre) angerechnet wird. Der Gläubiger steht diesfalls besser da als nach altem Recht.
- Wenn die neurechtliche Verjährungsfrist vor Ablauf von zwei Jahren nach Inkrafttreten des neuen Rechts ablaufen würde, so gilt nicht die neurechtliche Frist, vielmehr wird diese bis zum Ablauf von zwei Jahren nach Inkrafttreten des neuen Rechts erstreckt. Dies gilt unabhängig davon, ob die altrechtliche Frist vorher oder nachher ablaufen würde.
- Wo die neurechtliche Verjährungsfrist weniger lang als 5 Jahre ist, gilt diese Frist ab Inkrafttreten des neuen Rechts, wobei die alte Frist nicht angerechnet wird. Diese letzte Regel gilt auch für Verwirkungsfristen von weniger als einem Jahr.

Art. 49 SchlT ZGB stellt nicht auf das alte, sondern auf das neue Recht ab⁴⁸. Allerdings hat der Gesetzgeber dafür gesorgt, dass eine unter altem Recht entstandene Forderung keinesfalls unmittelbar mit Inkrafttreten des neuen Rechts verjährt. Die Verjährung tritt frühestens mit Ablauf von zwei Jahren (Abs. 1) bzw. mit Ablauf der neurechtlichen Verjährungsfrist (Abs. 2), je seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes, ein. Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass eine einmal begründete Forderung dem Berechtigten nicht überraschenderweise entzogen werden darf. Dieser Gedanke verdient allgemeine Geltung, auch im vorliegenden Kontext. Die Auffassung, ein unter altem Recht begründetes Kaufrecht sei unter Umständen am 1. Januar 1994 so mir nichts dir nichts dahingefallen, kann daher nicht rechtens sein.

Man könnte daran denken, Art. 49 SchlT ZGB im vorliegenden Kontext analog anzuwenden. Eine Analogie ist jedoch abzulehnen. Die Parallele zur Verjährung ist deshalb fehl am Platze, weil Verjährungsfristen – anders als die Zehnjahresfrist von Art. 216a OR – unterbrochen werden können, der Berechtigte daher nicht tatenlos zuzuschauen braucht, wie seine Forderung der Klagbarkeit beraubt wird. Die Parallele zur Verwirkung (Art. 49 Abs. 2 SchlT ZGB) kann ebenfalls nicht gezogen werden. Die Frist von Art. 216a OR ist freilich insofern eine Verwirkungsfrist, als mit Ablauf der hier vorgesehenen zehnjährigen Frist das Kaufrecht ohne weiteres dahinfällt, in diesem Sinne verwirkt ist. Als der Gesetzgeber Art. 49 Abs. 2 SchlT ZGB erlassen hat, hat er jedoch an ganz andere Verwirkungsfristen gedacht, nämlich an Verwirkungsfristen für gesetzliche Rechte, also z.B. die einjährige Anfechtungsfrist gemäss Art. 21 oder 31 OR. Art. 216a OR begrenzt aber die Wirkung eines vertraglichen Rechts. Die Anwendung von Art. 49 SchlT ZGB hätte zur Folge, dass ein unter altem Recht für eine bestimmte Dauer rechtswirksam begründetes Recht nicht während der ganzen Dauer ausgeübt werden könnte. Es würde eine teilweise «Enteignung» stattfinden. Das kann nicht der Sinn von Art. 49

⁴⁸ Im vorliegenden Kontext geht es um eine Dauertatsache. Zum Begriff der Dauertatsachen s. im Einzelnen *Giesker-Zeller*, ZSR 34 NF S. 14 ff. Worum geht es? Es kommt oft vor, dass sich eine Tatsache zeitlich über einen gewissen Zeitraum erstreckt bzw. erstrecken muss, damit sich an die Tatsache (allenfalls zusammen mit anderen Tatsachen) eine Rechtswirkung knüpft. So muss jemand beispielsweise während mehreren Jahren nachrichtenlos abwesend sein, damit er für verschollen erklärt werden kann. Oder der Irrrende muss von seinem Irrtum ein Jahr Kenntnis gehabt haben, damit sein Anfechtungsrecht erlischt (Art. 31 OR). Oder ein Anspruch muss während 10 Jahren nicht geltend gemacht worden sein, damit Verjährung eintritt und dem Schuldner die Verjährungseinrede erwächst. Problematisch ist nun der Fall, dass die Dauertatsache beim Wechsel vom alten zum neuen Recht noch nicht beendet war. Soll sich dann die in Frage stehende Rechtswirkung nach dem alten Recht oder nach dem neuen Recht richten, oder «soll der alte Abschnitt nach altem, der neue nach neuem Recht» behandelt werden (*Giesker-Zeller*; ZSR 34 NF S. 14 unten), oder was gilt sonst? Das Gesetz befasst sich mit dieser ganz speziellen Problematik nicht generell, wohl aber in Sonderbestimmungen, so in Art. 49 SchlT ZGB. Gäbe es diese Bestimmung nicht, wäre eine Gesetzeslücke anzunehmen (Art. 1 ZGB), denn die vorhandenen Regeln sind nicht auf die Verjährungsproblematik zugeschnitten.

sein. Diese Bestimmung will die Privatautonomie in keiner Weise beschränken. Daher dürfte sie beispielsweise auch nicht angewendet werden, wenn zwei Parteien für die Irrtumsanfechtung eine längere als die Einjahresfrist von Art. 31 OR vorgesehen haben.

7. Nach dem Gesagten findet Art. 216a OR auf vor dem 1. Januar 1994 begründete Kaufrechte keine Anwendung: weder für die Zeit vor noch für die Zeit nach dem 1. Januar 1994. Mit anderen Worten ist jedwede Rückwirkung ausgeschlossen. Wer die Rückwirkung bejaht, darf jedenfalls die Zehnjahresfrist des Art. 216a OR nicht ab Vertragsabschluss laufen lassen. Wenn schon, kann nur der 1. Januar 1994 dies a quo sein.

IV. Rückwirkung des Art. 216a OR auf altrechtliche Vorkaufsrechte?

Nach dem Gesagten hat Art. 216a OR, soweit er Kaufrechte betrifft, keinen Ordre-public-Charakter. Dasselbe muss a fortiori insoweit gelten, als er Vorkaufsrechte betrifft. Freilich ist der Eigentümer in der Verfügung über das Grundstück in gewisser Weise behindert, weil mit einem Vorkaufsrecht belastete Grundstücke naturgemäss weniger handelsfähig sind als sonstige Grundstücke. Diese Behinderung wiegt aber nicht so schwer, dass ihre zeitliche Befristung ein grundlegendes Anliegen des Staates sein müsste. Das gilt auch hinsichtlich limitierter Vorkaufsrechte. Auch solche Rechte beeinträchtigen in erster Linie die privaten Interessen des vorkaufsrechtsbelasteten Eigentümers, nicht das öffentliche Interesse. *Foëx*⁴⁹ weist im Übrigen zu Recht darauf, dass das Gesetz zahlreiche schwerwiegende Eigentumsbeschränkungen durch dingliche Rechte zulässt. Daran hat sich bis anhin noch niemand gestossen. Wenn man sich an Kaufs- und Vorkaufsrechten stossen kann, so nicht mit Rücksicht auf öffentliche Interessen (Eigentumsbelastung), sondern wegen der doch erheblichen Beeinträchtigung privater Interessen. Diese aber sind zum vornherein nicht geeignet, dem Art. 216a OR Ordre-public-Charakter zu verleihen.

V. Exkurs: Rückwirkung des Art. 216a OR auf altrechtliche Verkaufsrechte?

1. Nach der zutreffenden Ansicht *Allgäuers*⁵⁰ finden Bestimmungen über das Kaufrecht grundsätzlich auch auf das Gegenstück, das Verkaufsrecht, (analoge) Anwendung. Es gibt jedoch Ausnahmen. So sind beispielsweise Verkaufsrechte im Unterschied zu den Kaufrechten nicht im Grundbuch vormerkbar⁵¹.

⁴⁹ S. 399 unten/400.

⁵⁰ *Oskar Allgäuer*, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufrecht, Diss. Zürich 1918, S. 23.

⁵¹ Und dies nicht etwa deshalb, weil Art. 959 ZGB die Vormerkungsfähigkeit nicht vorsieht, sondern einfach deshalb, weil die Vormerkung wertlos wäre, «da durch die Vormerkungen nach ZGB 959 Verfügungsbeschränkungen zu Lasten des eingetragenen Eigentümers begründet werden, während hier Gegenstand der Vormerkung ein Recht des Eigentümers wäre» (*Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N. 26 zu Art. 683 ZGB, mit weiteren Hinweisen).

2. Bringt man Art. 216a OR auf Verkaufsrechte analog zur Anwendung, so stellt sich auch die intertemporalrechtliche Frage, ob die Bestimmung auf altrechtliche Verkaufsrechte zurückwirkt. Das ist ebensowenig wie für Kaufsrechte zu bejahen. Mehr noch: Verkaufsrechte beschränken nur die Disponibilität finanzieller Ressourcen, nicht auch die Verfügbarkeit von Grundeigentum. Noch weniger als mit Bezug auf das Kaufsrecht lässt sich daher der Ordre-public-Gehalt von Art. 216a OR rechtfertigen. Man muss sich vielmehr fragen, ob Verkaufsrechte nicht vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung überhaupt ausgenommen sein sollen, also auch insoweit, als es sich um neurechtliche Verkaufsrechte handelt. Diese Frage bedarf hier keiner weiteren Erörterung.