

BEMERKUNGEN

ZUM REFERAT VON HERRN DOZENT DR. IUR.
SELÂHATTIN SULHÎ T E K İ N A Y

Von

Dr. Peter LIVER

Prof. für deutsche Rechtsgeschichte und schweiz. Zivilrecht
an der Universität Bern

Die Verfügung über Liegenschaften, die nicht in das Grundbuch aufgenommen sind, durch Eigentumsübertragung oder Belastung mit einer Dienstbarkeit oder einem Pfandrecht ist auch in der Schweiz einstweilen und zwar noch für lange Zeit in einer ganzen Reihe von Kantonen eine häufige Erscheinung. Die Gründe dafür habe ich in meinen Bemerkungen zum Referat von Herrn Ismet S u n g u r b e y genannt. Ich habe dort auch ausgeführt, dass eine Verfügung ohne Eintragung in das Grundbuch nicht möglich sei, und dass der Verfügende, um die Eintragung erwirken zu können, sich darüber ausweisen müsse, dass er der verfügungsberechtigte Eigentümer sei. Da dieser Beweis in sehr vielen Fällen überhaupt nicht oder nur unter grossen Schwierigkeiten zu erbringen ist, wird er dadurch überflüssig gemacht, dass der Verfügende (Verkäufer, Dienstbarkeits-, Pfandrechtsbesteller) sich auf die ausserordentliche Ersitzung (Schweiz, ZGB Art. 662) beruft und das vorgeschriebene Verfahren einleitet, um die Eintragung als Eigentümer auf Grund der Ersitzung zu erwirken. Dieses Verfahren führt in der Regel ohne Streit zum Ziel, weil keine Einsprache erhoben wird. Sobald mit Hilfe der ausserordentlichen Ersitzung der Eigentümer als solcher im Grundbuch eingetragen ist, was die Aufnahme seiner Liegenschaft in das Grundbuch zur Voraussetzung hat, kann er jede grundbuchliche Verfügung treffen

und bedarf dazu nicht der Hilfe irgendwelcher Ausnahmebestimmungen.

Die Auffassung, welche der Referent mit Recht ablehnt, dass der Besitzer eines nicht in das Grundbuch aufgenommenen Grundstückes an diesem gar nicht Eigentum haben könne, ist bei uns nie vertreten worden. Es besteht für uns gar kein Zweifel, das in der Regel derjenige, der sich verpflichtet, über ein Grundstück eine Verfügung zu treffen, Eigentümer dieses Grundstückes ist, auch wenn er das nicht beweisen kann, weil das Grundstück im Grundbuch nicht figuriert.

Für die Gültigkeit des Kaufvertrages ist es ohne Bedeutung, ob das verkaufte Grundstück in das Grundbuch aufgenommen ist oder nicht. Der Kaufvertrag ist als Verpflichtungsgeschäft das obligatorische Grundgeschäft und als solches zu unterscheiden vom Verfügungsgeschäft, zu dessen Wirksamkeit das Verfügungsrecht gegeben sein muss. Wenn das Gesetz die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrages vorschreibt, muss es diese auch ermöglichen, ganz unabhängig davon, ob das Grundstück in das Grundbuch aufgenommen ist oder nicht. Würde das Gesetz den Grundbuchführer ausschliesslich zur öffentlichen Beurkundung von Kaufverträgen über Grundstücke als zuständig erklären und ihm die öffentliche Beurkundung nur gestatten, wenn das Grundstück im Grundbuch figuriert, wäre das sinn- und zweckwidrig; es läge eine Vermengung von Sachenrecht und Obligationenrecht vor.

Wenn der Verkäufer dem Käufer den Besitz am verkauften Grundstück auf Grund eines nicht öffentlich beurkundeten Kaufvertrages übertragen hat, ist er Eigentümer geblieben und zwar auch wenn der Käufer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden ist. Er kann das Grundstück vindizieren, im letzteren Fall mit der Grundbuchberichtigungsklage. Ist der eingetragene Käufer gutgläubig, erwirbt er das Eigentum durch die ordentliche Ersitzung (Art. 661 ZGB). Ist eine Eintragung im Grundbuch überhaupt nicht erfolgt, kann der Käufer das Eigentum, sofern das Grundstück im Grundbuch nicht figuriert, durch ausserordentliche Ersitzung (Art. 661 ZGB) erwerben. Eine andere Möglichkeit des Eigentumserwerbs scheint nicht zu bestehen. Jedenfalls kommt für uns auch eine Sicherung des Erwerbs für den Käufer durch blosse Besitzübertragung (Konversion des nichtigen Kaufgeschäfts in

einen formlos gültigen Besitzübertragungsvertrag) nicht in Betracht. Mehr als den Besitz könnte der Käufer dadurch ja nicht erhalten. Der Besitz des Käufers hindert den Verkäufer nicht daran, den Kaufgegenstand zurückzuverlangen. Die rei vindicatio richtet sich ja überhaupt gegen den b e s i t z e n d e n Nichteigentümer. Nur das dem Besitz zugrundeliegende Recht, sei es ein dingliches oder sei es ein obligatorisches Recht (Miete, Pacht) vermag den Besitzer vor dem Herausgabeanspruch zu schützen. Es kann nicht angenommen werden, dass die Parteien für den Fall, dass die von ihnen vereinbarte Eigentumsübertragung nicht bewirkt werden könnte, den Willen gehabt hätten, ein Miet- oder Pachtverhältnis zu begründen, so dass die Konversion des nichtigen Kaufvertrages in einen gültigen Miet- oder Pachtvertrag eintreten würde. Ohne die Begründung eines dem Besitz des nichtigen Kaufvertrages in einen gültigen Miet- oder Pachtbesitz —wie bemerkt— gegenüber dem Verkäufer völlig ungeschützt. Dies ist, wenn ich ihn richtig verstehe, auch die Ansicht des Herrn Referenten. Mit Recht stellt sich dieser sodann auf den Standpunkt, dass der Käufer das seinen Besitz sichernde Recht, das Eigentum am gekauften Grundstück, nur durch die ausserordentliche Ersitzung erlangen könne. Auch das entspricht der Lehre und Praxis zum schweizerischen Recht. Nur gehen wir insofern einen anderen Weg, als wir, wie ich am Anfang gesagt habe, den *Verkäufer* auf die Möglichkeit der ausserordentlichen Ersitzung hinweisen. Er soll sich auf diesem Wege die Voraussetzungen für eine dem Gesetz entsprechende grundbuchliche Eigentumsübertragung verschaffen. Wie bemerkt, hat er ja in der Regel unangefochtenes, von jedermann anerkanntes Eigentum am Grundstück, so dass die ausserordentliche Ersitzung für ihn bloss ein Verfahren zur Erlangung der Eintragungsanordnung bedeutet, welches keinen Schwierigkeiten begegnet. Da, wie im Referat ausgeführt, der Erwerber sich den Besitz seines Vorgängers, also des Veräusserers anrechnen darf, kann die Ersitzungszeit schon im Zeitpunkt der Besitzübertragung abgelaufen sein, so dass das Verfahren gemäss Art. 662 ZGB sofort eingeleitet werden kann. Es führt jedoch dann nicht zum Ziel, wenn der Veräusserer das Grundstück zurückverlangt. Der Veräusserer braucht bloss Ein-

sprache zu erheben, um die Ersitzung zugunsten des Erwerbers zu verhindern.

In diesem Zusammenhang ist auch noch darauf aufmerksam zu machen, dass sich in der schweizerischen Literatur und Judikatur eine Entwicklung abzuzeichnen beginnt, welche von der einstweilen noch herrschenden Auffassung, dass der nicht öffentlich beurkundete, also der vorgeschriebenen Form entbehrende Kaufvertrag über ein Grundstück *nichtig* sei, abrückt. Es ist insbesondere Robert H a a b gewesen, der in seinem Kommentar zum Sachenrecht (NN 34 ff zu Art. 657) gestützt auf vereinzelte ältere Ausführungen in der Literatur und unter Hinweis auf das oesterreichische Recht (ABGB § 1432) die Auffassung vertreten hat, der Kaufvertrag sei nicht absolut nichtig, sondern bloss ungültig in dem Sinne, dass der Formmangel nicht von Amtes wegen berücksichtigt werde, sondern geltend gemacht werden müsse und heilbar sei, wenn er nicht oder nicht mit Erfolg geltend gemacht werde. Es war insbesondere die umfangreiche Praxis zu den Fällen der Kaufpreissimulation (der öffentlich beurkundete Kaufvertrag weist einen anderen als den von den Parteien vereinbarten Kaufpreis auf, während die tatsächlich getroffene Preisvereinbarung nicht öffentlich beurkundet ist), welche Anlass zu dieser Revision der herrschenden Lehre gab. Diese Praxis ist dazu gelangt, den Kläger mit seinem Begehren auf Wandelung des Geschäfts abzuweisen, wenn dieses Begehren gegen Treu und Glauben (ZGB Art. 2) verstösst. EBG 72 II 39 ff = Pr. 35 Nr. 86; 78 II 221 ff = Pr. 41 Nr. 157; 84 II 369 ff = Pr. 47 Nr. 137; 84 II 636 ff = Pr. 48 Nr. 55; vgl. auch K e l l e r h a l s Rudolf, Simulation im Grundstückskauf, Diss. iur. Bern 1952. Aber auch wenn das Geschäft infolgedessen nicht rückgängig gemacht werden kann, wird der Erwerber niemals Eigentümer des gekauften und auf seinen Namen im Grundbuch eingetragenen Grundstückes, wenn der Kaufvertrag absolut nichtig ist, da für die ordentliche Ersitzung der gute Glaube fehlt und die ausserordentliche Ersitzung dadurch ausgeschlossen ist, dass das Grundstück in das Grundbuch aufgenommen ist; wenigstens gilt dies nach dem Wortlaut des Gesetzes und der Ansicht des Bundesgerichts. Ist der Kaufvertrag dagegen bloss ungültig im dargelegten Sinne, heilt dieser Mangel, wenn derjenige, der ihn geltend macht und allein hiezu legitimiert ist,

mit seinem Begehren vom Richter abgewiesen wird. Der Erwerber wird dann Eigentümer, auch wenn er es gewesen ist, der den Mangel der Form erfolglos, weil im Widerspruch zum Grundsatz von Treu und Glauben, geltend gemacht hat. Zu dieser Frage hat sich das Bundesgericht noch nie ausgesprochen, sondern hat sich mit der Beurteilung des Aufhebungsbegehren unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 ZGB begnügt und das Schicksal des Eigentums in der Schwebe gelassen.
