

Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch

Ausgewählte praktische Fragen

834



ARMIN ZUCKER
Dr. iur., Rechtsanwalt,
Zürich



CHRISTIAN EICHENBERGER
Dr. iur., LL.M.
Rechtsanwalt, Zürich

I. Allgemeines

Gemäss Art. 261b Abs. 1 OR kann bei der Miete an einem Grundstück¹ verabredet werden, dass das Verhältnis im Grundbuch vorgemerkt wird². Die Vormerkung bewirkt, dass jeder neue Eigentümer dem Mieter gestatten muss, das Grundstück entsprechend dem Mietvertrag zu gebrauchen (Art. 261b Abs. 2 OR)³. Entsprechendes gilt sinngemäss auch mit Bezug auf jede Person, der mit dem vorgemerkten

Die Autoren sind Rechtsanwälte bei meyerlustenberger in Zürich.

¹ Gegenstand von Mietverträgen können nur körperliche Sachen sein, nicht aber Rechte, vgl. DAVID LACHAT/RICHARD PÜNTENER, Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2009, N 2/1.4.1. Entsprechend sind in Art. 261b OR mit Grundstücken Liegenschaften im Sinn von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB gemeint.

² Eingetragen werden können gestützt auf Art. 261b Abs. 1 OR nur (aber immerhin) Mietverträge, nicht aber andere Rechtsverhältnisse wie etwa Miet-Kaufverträge, vgl. PETER HIGI, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/2b, Miete, Art. 253–265 OR, 4. A., Zürich 1994, N 8 zu Art. 261b OR; SCHWEIZER VERBAND DER IMMOBILIENWIRTSCHAFT (Hrsg.), Kommentar, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit. SVIT-Kommentar), N 4 zu Art. 261b OR; BGE 102 Ib 10 f., wonach ein Numerus clausus eintragbarer Rechte und Rechtsverhältnisse besteht. Dies impliziert, dass der Grundbuchführer im Hinblick auf die Eintragbarkeit der Vormerkung das der Anmeldung zugrunde liegende Vertragsverhältnis rechtlich qualifizieren muss, wozu ihm eine entsprechende Prüfungsbefugnis zukommen muss, vgl. JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 3. A., Zürich 2009, N 503; DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. A., Zürich 2004, N 519; URS FASEL, Grundbuchverordnung (GBV): Kommentar zur Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch, Basel 2008, Einleitung N 115 ff. Dabei darf das Recht des Grundbuchverwalters zur selbstständigen Beurteilung der entsprechenden materiellen Rechtsfragen auch nicht etwa durch von der Aufsichtsbehörde erlassene generelle Richtlinien eingeschränkt werden, vgl. ROLAND PFÄFFLI, Die Angst des Grundbuchverwalters vor dem Eintrag, Jusletter 26. Januar 2009, N 32. BGE 119 II 17 f. äussert sich insofern in verallgemeinernder Weise einschränkend, als sich der Grundbuchverwalter grundsätzlich nicht um den materiellen Bestand des Rechtsverhältnisses zu kümmern brauche, sondern eine Anmeldung nur dann abzuweisen habe, wenn sich diese auf einen offensichtlich nichtigen Rechtstitel stütze.

³ Art. 261b OR ist insofern zwingender Natur, als die in Abs. 2 geregelten Wirkungen der Parteiautonomie entzogen sind, vgl. an Stelle vieler: BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Grundfragen des Zusammenwirkens von Miete und Sachenrecht, Habil. Luzern, Zürich 2008 = Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR) 34, N 749.

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
- II. Historisches und Teleologisches zu Art. 261b OR
- III. Praktische Fragen
 1. Die Anmeldung der Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch
 - 1.1. Allgemeines zur Anmeldung
 - 1.2. Prüfungsbefugnis und -pflicht des Grundbuchführers bezüglich der Echtheit der Unterschrift des Eigentümers oder seines Vertreters auf der Anmeldung
 - 1.3. Prüfungsbefugnis und -pflicht des Grundbuchführers bezüglich der Vertretungsmacht von Vertretern bei der Anmeldung
 - 1.3.1. Gewillkürte Vertretung
 - 1.3.2. Organvertretung
 - 1.3.3. Gesetzliche Vertretung
 - 1.4. Belege zur Anmeldung
 2. Verlängerungsoptionen und Vormerkung im Grundbuch
 - 2.1. Ausgangslage
 - 2.2. Uneinheitliche kantonale Grundbuchpraxis
 - 2.3. Zulässigkeit der Vormerkung der maximalen Laufzeit des Mietvertrages
 3. Vormerkung des Untermietvertrages im Grundbuch
 - 3.1. Zulässigkeit der Vormerkung des Untermietvertrages gemäss Lehre
 - 3.2. Uneinheitliche Grundbuchpraxis in den Kantonen
 4. Der vorgemerkte Mietvertrag in der Zwangsvollstreckung
 5. Durchsetzung des Anspruchs auf Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch
 6. Löschung der Vormerkung im Grundbuch

Mietvertrag unvereinbare beschränkte dingliche Rechte eingeräumt werden⁴.

Die Vormerkung im Grundbuch macht die vertraglichen Rechte des Mieters zu Realobligationen⁵, womit der Mietvertrag dem Eigentum am entsprechenden Grundstück folgt und Wirkungen von im Grundbuch eingetragenen Rechten entfaltet, wie sie sich namentlich etwa aus dem Prinzip des öffentlichen Glaubens ergeben⁶. Von zentraler praktischer Bedeutung ist dabei, dass durch die Vormerkung das ausserordentliche Kündigungsrecht des Vermieters bei dringendem Eigenbedarf gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR ausgeschaltet und damit dem Grundsatz «Kauf bricht Miete nicht» volle Geltung verschafft wird⁷. Dadurch wird der bisherige Ver-

mieter bei der Veräusserung des Mietobjekts im Ergebnis von der Haftung für eine vorzeitige Kündigung durch den Käufer frei gezeichnet⁸.

Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch führt in der Praxis – wo sie vor allem bei der Geschäftsraummieta und bei grösseren Investitionen des Mieters in das Mietobjekt vorkommt⁹ – immer wieder zu Fragen. Ziel des vorliegenden Aufsatzes ist es, einige praxisrelevante Themen aufzugreifen, und mögliche Lösungsansätze zu skizzieren.

II. Historisches und Teleologisches zu Art. 261b OR

Das Rechtsinstitut der Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch kann auf eine lange Tradition zurückblicken. So gab es bereits vor der Einführung des Obligationenrechtes auf eidgenössischer Ebene in den Kantonen verbreitet die Möglichkeit, Mietverträge in den öffentlichen Grund- und Hypothekenbüchern vormerken zu lassen. Dabei bestimmte selbstverständlich das kantonale Recht, mit welcher Rechtswirkung eine solche Vormerkung verbunden war¹⁰. Mit Einführung des Grundbuches auf Bundesebene knüpfte man an die im kantonalen Recht begründete Tradition an und vereinheitlichte gleichzeitig die sich aus der Vormerkung ergebenden Rechtswirkungen¹¹.

⁴ HIGI (FN 2), N 14 zu Art. 261b OR. Zu denken ist beispielsweise an eine der Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch zeitlich nachfolgende Bestellung eines Wohnrechts (gemäss Art. 776 ff. ZGB) oder einer Nutznießung (Art. 745 ff. ZGB). Zu Recht weist HIGI (FN 2), N 15 zu Art. 261b OR, darauf hin, dass früher entstandene beschränkte dingliche Rechte gegen den Willen der Berechtigten durch die Vormerkung eines Mietvertrages grundsätzlich nicht eingeschränkt werden können. Dies ergibt sich aus dem Prinzip der Alterspriorität, vgl. Art. 959 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 972 Abs. 1 ZGB; ferner ZOBL (FN 2), N 110 m.w.H. in Fn. 245, wo der Autor darauf hinweist, dass sich die Bedeutung des Prinzips der Alterspriorität an Art. 14 Abs. 1 lit. b GBV verdeutliche, wonach bei der Einschreibung ins Tagebuch nicht bloss das Datum, sondern auch die *genaue Zeit* anzugeben sei.

⁵ RICHARD PERMANN, Kommentar zum Mietrecht: mit einschlägigen bundesrechtlichen und kantonalen Vorschriften, N 1 zu Art. 261b OR, 2. A., Zürich 2007; ROGER WEBER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar OR I, 4. A., Basel 2007, N 1 zu 261b OR; HIGI (FN 2), N 13 zu Art. 261b OR; ROLAND PFÄFFLI, Zur Vormerkung von Mietverträgen und Vorkaufsrechten (mit Berücksichtigung des neuen Mietrechts), Der Bernische Notar 1990, 42, wo der Autor die Rechtslage zutreffend wie folgt umschreibt: «Der jeweilige Eigentümer des mit der Vormerkung belasteten Grundstückes ist zu einer positiven Leistung (Vertragserfüllung) gegenüber einer bestimmten Person (Mieter) verpflichtet. Andererseits hat der Mieter gegenüber dem mit der Vormerkung belasteten Eigentümer einen persönlichen Anspruch auf Übertragung des Besitzes (Überlassung des Mietobjekts zum Gebrauch)». A.M. offenbar PETER ZIHLMANN, Das Mietrecht: Leitfaden des schweizerischen Mietrechts für den Praktiker, 2. A., Zürich 1995, 91.

⁶ Vgl. ZOBL (FN 2), N 130 ff. mit Differenzierungen zum materiellen Publizitätsprinzip; ferner JÜRIG SCHMID, Gedanken zum öffentlichen Glauben des Grundbuchs, Vom Sein und Schein im Immobiliarsachenrecht, ZBGR 2009, 113, welcher festhält, dass für Vormerkungen zwar die negative, nicht aber auch die positive Wirkung des öffentlichen Glaubens besteht.

⁷ DAVID LACHAT/MARKUS WYTTENBACH, Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2009, N 6/4.3.1; PERMANN (FN 5), N 1 zu Art. 261b OR; SVIT-Kommentar (FN 2), N 8 zu Art. 261b OR. Kündigt der neue Eigentümer trotz Vormerkung, so ist die entsprechende Kündigung nichtig. Eingeschränkt wird die Wirkung der Vormerkung nur – aber immerhin – bei Erwerb des

Grundstücks im Rahmen einer Zwangsvollstreckung oder einer Enteignung, zu Ersterem vgl. III.4. hiernach.

⁸ Vgl. Art. 261 Abs. 3 OR; WALTER FELLMANN, Der Übergang des Mietverhältnisses nach Art 261 OR – ein gesetzlicher Parteienwechsel mit Lücken und Tücken, AJP/PJA 1994, 547; DAVID LACHAT, Le bail à loyer, Lausanne 2008, 183.

⁹ Vgl. HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), N 770 und 821. Weitere Gründe dafür, dass die Vormerkung von Mietverträgen in der Praxis von Mietern von Wohnräumen nur mit einer gewissen Zurückhaltung verlangt werden, sind nebst der (im Vergleich zur Geschäftsraummieta) selteneren festen Vertragsdauer möglicherweise die Kosten, welche sich aus den kantonalen Gebührenordnungen ergeben und gemäss LACHAT/WYTTENBACH (FN 7), N 6.4/3.6 leicht mehrere tausend Franken betragen können. Auf jeden Fall empfiehlt es sich, die Verteilung der mit der Vormerkung verbundenen Kosten vertraglich zu regeln.

¹⁰ Vgl. Entwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements zum Schweizerischen Obligationen- und Handelsrecht vom Juli 1879: «Die besonderen Wirkungen der Eintragung des Miet[h]vertrages in öffentliche Grund- und Hypothekbücher nach kantonalem Recht bleiben vorbehalten, ebenso die Bestimmungen der Expropriationsgesetze.»

¹¹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905: «Art. 1305 gestattet, die Miete an Grundstücken durch Eintragung in das Grundbuch mit dinglicher Wirkung auszurüsten, und zwar mit einer allgemeinen Regel, die bisher gegenüber dem kantonalen Recht nicht möglich war, nun aber den Absichten entspricht, die mit einer solchen Einrich-

Insgesamt bestand somit schon sehr früh das Bedürfnis, die Rechtsposition des Mieters über die Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch mit dinglicher Wirkung zu verstärken und entsprechend abzusichern, woran sich auch nach der Mietrechtsrevision von 1989 nichts geändert hat¹².

Die Vormerkung bezweckt, dass der Mieter das Grundstück weiterhin nach Massgabe des Mietvertrages nutzen kann, wenn bezüglich des Mietobjektes eine Änderung, wie insbesondere die Veräusserung des Grundstücks, eintritt, die sich auf die Rechtsstellung des Mieters auswirkt¹³. Damit dient Art. 261b OR primär dem Schutz der Interessen des Mieters.

III. Praktische Fragen

1. Die Anmeldung der Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch

1.1. Allgemeines zur Anmeldung

Gemäss Art. 11 Abs. 1 GBV darf der Grundbuchverwalter Eintragungen in das Grundbuch nur auf Anmeldung in der jeweiligen Amtssprache¹⁴ durch die hierzu berechtigte Per-

son verfolgt werden.» Der Regelungsgehalt des vorgenannten Art. 1305 wurde in der Folge in Art. 261 OR festgeschrieben und bei der Mietrechtsrevision vom 15. Dezember 1989 in Art. 261b OR überführt, vgl. BBl 1985 I 1442.

¹² A.M. HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), N 837, deren Alternative einer über ein Grundpfandrecht sichergestellten Konventionalstrafe zu einer gewissen Schlechterstellung des Mieters führt und uns überdies als unpraktikabel erscheint.

¹³ HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), N 801.

¹⁴ Die Anmeldung ist eine Willenserklärung einer verfügungsberechtigten Person, mit der die Vornahme einer grundbuchlichen Verfügung verlangt wird, SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 2), N 504. Gemäss Art. 953 Abs. 1 ZGB ist die Organisation des Grundbuchwesens Aufgabe der Kantone. Damit bestimmen die Kantone auch, in welcher Sprache das Grundbuch in den von ihnen festgelegten Kreisen geführt wird. Regelmässig wird es sich um die jeweilige(n) Amtssprache(n) handeln und folglich wird auch die Anmeldung in einer entsprechenden Amtssprache abzugeben sein, vgl. BETTINA DEILLON-SCHEGG, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Diss. Zürich 1997 = Zürcher Studien zum Privatrecht (ZStP) 133, 86; ferner ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008, N 1437. Damit muss dem Grundbuchverwalter unseres Erachtens auch das Recht zukommen, für Anmeldungen in fremder Sprache ohne Begründung eine Übersetzung in eine Amtssprache zu verlangen. Im Tessin und in den welschen Kantonen werden Anmeldungen in einer Fremdsprache regelmässig abgewiesen, womit diesbezüglich eine tendenziell strengere Praxis besteht als in der Deutschschweiz. So kommt in der Deutschschweiz ab und zu eine «flexible Sturheit» zur Anwendung, womit namentlich dem Verbot des überspitzen Formalismus gebührend Rechnung getragen wird. Unseres Erachtens erscheint eine durch den Grundbuchverwalter

son vornehmen¹⁵. Im Hinblick auf die Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch ist regelmässig der Eigentümer des Mietobjektes die zur Anmeldung berechtigte Person, wozu er einen Stellvertreter, wie namentlich den Mieter, bevollmächtigen kann¹⁶.

1.2. Prüfungsbefugnis und -pflicht des Grundbuchführers bezüglich der Echtheit der Unterschrift des Eigentümers oder seines Vertreters auf der Anmeldung

Nach Art. 963 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 13 Abs. 1 GBV erfolgt die Anmeldung grundsätzlich durch schriftliche Erklärung des Eigentümers des vermieteten Grundstücks, was eine eigenhändige Unterschrift des Anmeldenden oder seines Vertreters voraussetzt¹⁷. Dabei stellt sich namentlich die Frage, ob die Echtheit der Unterschrift des Eigentümers oder seines Vertreters durch eine zuständige Urkundsperson zu beglaubigen ist oder nicht¹⁸.

anzusetzende Nachfrist zur Beibringung einer Übersetzung als regelmässig angemessen; ein Vorgehen, das auch das Bundesgericht im Rahmen seiner Praxis zur Behebung von formellen Mängeln tolerieren dürfte (vgl. FASEL [FN 2], N 15 zu Art. 24 GBV, BGE 112 II 324).

¹⁵ Damit findet das Antragsprinzip im Grundbuchrecht seinen positivrechtlichen Niederschlag, vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 2), N 503 ff.; DEILLON-SCHEGG (FN 14), 21; ferner FASEL (FN 2), N 34 zu Art. 11 GBV, wonach Ausnahmen zum Antragsprinzip restriktiv zu handhaben sind.

¹⁶ HIGI (FN 2), N 8 zu Art. 261b OR; FASEL (FN 2), N 11 zu Art. 16 GBV, welcher darauf hinweist, dass die Praxis über den eigentlichen Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 GBV hinausgegangen sei dadurch, dass nicht nur die Parteien einer öffentlichen Beurkundung, sondern insbesondere die Parteien eines Mietverhältnisses gemeinsam vereinbaren können, dass der Mietvertrag im Grundbuch vorgemerkt wird, wobei der Mieter ermächtigt wird, die Anmeldung vorzunehmen.

¹⁷ Eine mündliche Anmeldung ist damit ungenügend, Bundesgerichtsurteil vom 14.10.1971 publ. in ZBGR 1973, 366. Ebenso wenig rechtsgenügend sind telefonisch oder elektronisch übermittelte Anmeldungen, Art. 13 Abs. 3 GBV. Damit sind auch mit qualifizierter elektronischer Unterschrift gemäss Art. 14 Abs. 2^{bis} OR versehene Anmeldungen ausgeschlossen. Auch eine bloss fotokopierte Unterschrift ist ungenügend, DEILLON-SCHEGG (FN 14), 86. Hingegen kann die geforderte Schriftlichkeit gemäss Art. 13 Abs. 2 GBV durch Unterschrift des Anmeldenden auf gedrucktem Formular beim zuständigen Grundbuchamt hergestellt werden, womit der Grundbuchverwalter das Nötige auf Formularen auch selbst vorbereiten und dem Anmeldenden nur noch die Unterschrift abverlangen kann, was vor allem den Bedürfnissen ländlicher Gegenden entsprechen dürfte, FASEL (FN 2), N 21 zu Art. 13 GBV.

¹⁸ Zur Beglaubigung der Echtheit der Unterschrift eingehend ETIENNE BOURGNON, La légalisation des signatures en droit suisse et international, ZBGR 1987, 73 ff.; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Bern 2005, N 716 ff. sowie ROLAND PFÄFFLI, Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, N 2 ff. zu Art. 62 NV.

Unter Bezugnahme auf Art. 963 ZGB statuiert Art. 15 Abs. 1 GBV, dass der Grundbuchverwalter nach erfolgter Anmeldung zu prüfen hat, ob die Anmeldung von dem nach Grundbuchrecht Verfügungsberechtigten ausgeht. Verfügt der eingetragene Eigentümer, so ist die Identität des Verfügenden mit dem Eingetragenen festzustellen (Art. 15 Abs. 2 GBV). Dabei schreibt das Bundesrecht nirgendwo vor, dass die Echtheit der Unterschrift des Eigentümers auf der Anmeldung generell beglaubigt sein müsste¹⁹. Das Bundesrecht schreibt auch nirgends vor, dass die Unterschriften auf Vollmachten im Grundbuchverkehr generell beglaubigt sein müssten²⁰. Vielmehr überlässt es das Bundesrecht dem Grundbuchverwalter, bei der Ermittlung der Identität des anmeldenden Eigentümers die nach den Umständen gebotene Sorgfalt anzuwenden²¹, wozu ihm ein entsprechendes Ermessen zukommt. Dabei handelt der Grundbuchführer im Rahmen pflichtgemässen Ermessens, wenn er in denjenigen Fällen von Anmeldungen von Vormerkungen von Mietverträgen, in welchen er die Unterschrift und den Eigentümer persönlich kennt²², auf eine Beglaubigung verzichtet²³. In Zweifelsfällen ist die Urkundsperson aber berechtigt, die Beglaubigung der Echtheit der Unterschrift des anmeldenden Eigentümers zu verlangen, wobei er gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich nicht zur Angabe von Verdachtsgründen verpflichtet ist²⁴.

Das soeben Ausgeführte gilt unseres Erachtens auch mit Bezug auf ausländische Grundstückseigentümer, die ihren Wohnsitz bzw. Firmensitz im Ausland haben und für ihr Grundstück in der Schweiz einen Mietvertrag vormerken lassen wollen. Verlangt der Grundbuchführer die Beglaubigung der Echtheit der Unterschrift eines ausländischen Grundstückseigentümers oder eines schweizerischen Grundstückseigentümers, der sich im Ausland aufhält, so werden

die Betroffenen regelmässig eine Urkundsperson am Ort ihres ausländischen Sitzes bzw. Wohnsitzes oder Aufenthalts aufsuchen. Die ausländische Urkundsperson wird dann aufgrund des lokalen Beurkundungsrechts prüfen, ob sie zur Vornahme der angebotenen Beglaubigung zuständig ist und gegebenenfalls die entsprechende Vermerkbeurkundung gemäss den dort geltenden Verfahrensvorschriften durchführen. Für den schweizerischen Grundbuchführer stellt sich alsdann die Frage, ob er die ausländische Beglaubigung anerkennen kann. Eine solche Anerkennung setzt in formeller Hinsicht voraus, dass die ausländische Beglaubigung mit einer Apostille gemäss Art. 3 ff. des Haager Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung (SR 0.172.030.4) oder mit der Superlegislation der ausländischen Regierung sowie der zuständigen diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz zu versehen ist²⁵. In materieller Hinsicht verweist Art. 31 IPRG für die Anerkennung ausländischer öffentlicher Urkunden auf Art. 25 bis 29 IPRG, woraus sich insbesondere ergibt, dass die Fundamentalgrundsätze des schweizerischen Beurkundungsrechts – wie namentlich die Wahrheitspflicht²⁶ – im Rahmen des ausländischen Beurkundungsverfahrens gewährleistet sein müssen²⁷. Damit der Grundbuchführer seiner Prüfungspflicht nachkommen kann, kann er mit Bezug auf in fremder Sprache abgefasste Beglaubigungen verlangen, dass sie übersetzt werden²⁸.

1.3. Prüfungsbefugnis und -pflicht des Grundbuchführers bezüglich der Vertretungsmacht von Vertretern bei der Anmeldung

Bei der Stellvertretung, also rechtswirksamem Handeln für einen Dritten²⁹, ist zu unterscheiden zwischen gewillkürter Vertretung, Organvertretung und gesetzlicher Vertretung³⁰. An diese Unterscheidung knüpft grundsätzlich auch Art. 16 Abs. 1 GBV an, wonach ein Ausweis über die Verfügungsbefugnis oder das Vertretungsverhältnis bzw. eine Vollmacht beizubringen sind, wenn die Anmeldung für eine Gesellschaft oder juristische Person oder durch einen Stellvertreter des Verfügungsberechtigten erfolgt.

¹⁹ Vgl. BOURGNON (FN 18), 77.

²⁰ Vgl. FASEL (FN 2), N 36 zu Art. 13 GBV.

²¹ FASEL (FN 2), N 36 zu Art. 13 GBV mit Hinweisen auf das Bundesgerichtsurteil vom 13.3.1941 publ. in ZBGR 1952, 285 ff.

²² Dabei kennt der Grundbuchführer den Anmeldenden sicher dann persönlich, wenn er ihn bereits zu einem früheren Zeitpunkt in rechtsgültiger Weise identifiziert hat, vgl. CHRISTIAN EICHENBERGER, Die Wahrheitspflicht der an der öffentlichen Beurkundung Beteiligten im Spannungsfeld zwischen Bundesrecht und kantonalem Recht, Diss. Bern 2009 = Schriften des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis (INR) 10, Fn. 455, dessen Ausführungen zum Rückgriff auf eigenes Wissen der Urkundsperson bei der Identifizierung im Rahmen der öffentlichen Beurkundung mutatis mutandis auch für das Grundbuchverfahren gelten. Darüber hinaus wird es ganz allgemein als zulässig erachtet, dass auch ausseramtlich erworbenes Wissen des Grundbuchführers zur Beurteilung entscheidungsrelevanter Tatsachen herangezogen werden kann, DEILLON-SCHIEGG (FN 14), 13 f.

²³ So auch FASEL (FN 2), N 12 zu Art. 15 GBV.

²⁴ FASEL (FN 29), N 36 zu Art. 13 GBV mit Hinweis auf Bundesgerichtsurteil vom 13.3.1941 publ. in ZBGR 1952, 285 ff.

²⁵ WERNER RITTER/LEO R. GEHRER, Beurkundungsrecht für Praktiker dargestellt am Beispiel des Kantons St. Gallen – ohne Grundbuchsachen, Basel 2007, 145.

²⁶ Dazu eingehend EICHENBERGER (FN 22), passim.

²⁷ Gemäss Art. 25 ff. IPRG muss die ausländische Urkundsperson zur Beglaubigung zuständig gewesen und die Beglaubigung muss rechtsgültig vorgenommen worden sein. Darüber hinaus darf kein Verstoss gegen den schweizerischen ordre public vorliegen, vgl. RITTER/GEHRER (FN 25), 146.

²⁸ Vgl. dazu FN 14 hiervor.

²⁹ PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. A., Zürich 2008, N 1307.

³⁰ EICHENBERGER (FN 22), N 197.

1.3.1. Gewillkürte Vertretung

Von wenigen Ausnahmen abgesehen, kann die Bevollmächtigung gemäss Bundeszivilrecht formfrei erteilt werden³¹. Art. 16 Abs. 1 GBV enthält jedoch eine bundesrechtliche Beweisvorschrift, wonach der Nachweis der Bevollmächtigung für die Anmeldung im Grundbuchverfahren grundsätzlich durch Urkunden zu erfolgen hat³². Der entsprechende Ausweis ist dem Grundbuchführer unaufgefordert vorzulegen³³. Gestützt darauf muss der Grundbuchführer insbesondere prüfen, ob die Grundbuchanmeldung vom Umfang der erteilten Bevollmächtigung gedeckt ist³⁴. Dies trifft regelmässig dann zu, wenn eine entsprechende Spezialvollmacht oder eine Generalvollmacht vorliegt, welche den Liegenschaftsverkehr bzw. grundbuchliche Verfügungen nach ihrem Wortlaut ausdrücklich einschliesst³⁵. Soll der Mieter gestützt auf den Mietvertrag zur Anmeldung der Vormerkung legitimiert werden, ohne dass die Anmeldung vom Vermieter unterschrieben werden muss, so ist die Klausel zur Vormerkung als klare und eindeutige Bevollmächtigung zu formulieren.

1.3.2. Organvertretung

Bei juristischen Personen sowie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften muss der Grundbuchverwalter prüfen, ob in Bezug auf die Anmeldung der Vormerkung eines Mietvertrages die sich aus dem Handelsregister ergebende Zeichnungsberechtigung eingehalten wurde³⁶. Dabei gilt es zu beachten, dass Prokuristen gemäss Art. 459 Abs. 2 OR zur Belastung von Grundstücken – und damit auch zur Anmeldung der Vormerkung eines Mietverhältnisses betreffend ein Grundstück der Gesellschaft – nur ermächtigt sind, wenn ihnen diese Befugnis ausdrücklich erteilt worden ist, was im Handelsregister als sogenannte erweiterte Prokura zum Ausdruck kommt³⁷. Entsprechend muss dem Grundbuchverwalter ein

aktueller – d.h. nicht älter als drei Monate – Handelsregisterauszug vorgelegt werden³⁸.

Bei ausländischen Gesellschaften ist die Prüfung der Vertretungsmacht von Organvertretern bisweilen schwierig, da mancherorts (insbesondere in common law Staaten) kein Handelsregister im schweizerischen Sinn besteht. Diesfalls kann der Grundbuchführer ein beglaubigtes Exemplar des Gründungsaktes oder der Statuten sowie einen belegkräftigen Organbeschluss verlangen³⁹. Den Nachweis des einschlägigen ausländischen Rechts kann der Grundbuchverwalter sodann gestützt auf Art. 16 Abs. 1 IPRG dem oder den Anmeldenden überbinden und für allfällige fremdsprachige Dokumente kann er eine Übersetzung in die jeweilige Amtssprache verlangen.

1.3.3. Gesetzliche Vertretung

Gesetzliche Vertretung liegt insbesondere vor, wenn Eltern, ein Vormund, ein Beirat oder ein Beistand die Anmeldung einer Vormerkung eines Mietvertrages betreffend ein Grundstück des Kindes, des Bevormundeten, des Verbeirateten oder des Verbeiständeten unterzeichnen. Die Eltern müssen ihre Stellung als gesetzliche Vertreter des Kindes mittels Zivilstandsregister oder allenfalls durch ein richterliches Urteil oder einen Entscheid der Vormundschaftsbehörde nachweisen. Vormund, Beirat und Beistand weisen ihre Vertreterstellung durch Vorlegung ihrer Ernennungsurkunde nach. Sind die entsprechenden Personen formal rechtsgenügend als gesetzliche Vertreter ausgewiesen, muss der Grundbuchführer anhand der anwendbaren materiellen Bestimmungen prüfen, ob die Anmeldung der Vormerkung von der entsprechenden Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters gedeckt ist⁴⁰.

1.4. Belege zur Anmeldung

Aus Art. 261b Abs. 1 OR ergibt sich, dass die Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch eine entsprechende Abrede der Parteien voraussetzt. Diese kann mit dem Mietvertrag oder auch separat abgeschlossen werden⁴¹ und ist – wie

³¹ EICHENBERGER (FN 22), N 199.

³² Ob die Unterschrift des Vollmachtgebers beglaubigt sein muss, liegt wiederum im Ermessen des Grundbuchführers. Vollmachten in fremder Sprache müssen auf Verlangen des Grundbuchführers in die Amtssprache übersetzt werden.

³³ FASEL (FN 2), N 8 zu Art. 16 GBV. Über den Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 GBV hinaus kann der Mieter auch in einem (einfach schriftlichen) Mietvertrag ermächtigt werden, die Anmeldung vorzunehmen, FASEL (FN 2), N 11 zu Art. 16 GBV; es braucht somit nicht zwingend eine separate Vollmachtsurkunde.

³⁴ DEILLON-SCHEGG (FN 14), 64.

³⁵ Ein entsprechendes Beispiel stellt der Text der Vollmacht des Zürcherischen Anwaltsverbands dar.

³⁶ Vgl. PFÄFFLI (FN 18), 46 f.; HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), N 765. Bei (nicht im Handelsregister eingetragenen) Vereinen muss der Grundbuchverwalter anhand der Statuten prüfen, ob die Anmeldung der Vormerkung eines Mietvertrages über ein Vereinsgrundstück (oder Teile davon) von den zuständigen Organen (Vorstand oder Vereinsversammlung) ausgeht, FASEL (FN 2), N 43 zu Art. 16 GBV.

³⁷ PFÄFFLI (FN 18), 47. Fehlt es an der erweiterten Prokura, muss eine Spezialvollmacht beigebracht werden.

³⁸ Bisweilen verzichten die Grundbuchämter in der Praxis auf die Vorlage von beglaubigten Handelsregisterauszügen und prüfen die Vertretungsmacht von Organvertretern anhand von Internet-Auszügen selbstständig. Diese Praxis ist unseres Erachtens grundsätzlich nicht zu beanstanden, auch wenn die Handelsregisterämter regelmässig darauf hinweisen, dass sie für Informationen in Internet-Auszügen keine Gewähr übernehmen und den entsprechenden Auszügen keinerlei Rechtswirkung zukommen würden.

³⁹ Vgl. CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 1028, dessen Ausführungen zur Ermittlung der Existenz juristischer Personen und Zeichnungsberechtigung ihrer Vertreter im Beurkundungsverfahren unseres Erachtens mutatis mutandis auf das Grundbuchverfahren übertragen werden können.

⁴⁰ Vgl. zum Ganzen DEILLON-SCHEGG (FN 14), 67.

⁴¹ HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), N 755.

grundsätzlich⁴² auch der Mietvertrag – formlos gültig. Aus Art. 965 ZGB i.V.m. Art. 71 Abs. 1 GBV ergibt sich aber, dass dem Grundbuchamt zu Beweis Zwecken grundsätzlich ein schriftlicher Rechtsgrundaussweis einzureichen ist⁴³. Dabei wird es sich regelmässig um einen schriftlichen Mietvertrag handeln⁴⁴. Dem Grundbuchamt ist grundsätzlich der Rechtsgrundaussweis im Original einzureichen⁴⁵ und falls darin auf schriftliche Beilagen (etwa Pläne zu einem Mietvertrag) verwiesen wird, so sind diese ebenfalls vollständig und im Original einzureichen⁴⁶. Diesem Umstand sollten die Parteien durch Erstellung eines zusätzlichen Originals des Mietvertrages samt Beilagen zuhanden des Grundbuchamtes Rechnung tragen.

Falls eine separate Vormerkungsabrede abgeschlossen wurde, so ist diese dem Grundbuchamt zusätzlich zum Mietvertrag in schriftlicher Form einzureichen⁴⁷. Der entsprechende Ausweis ist vom vermietenden Eigentümer zu unterschreiben. Ist der Vermieter nicht Eigentümer, so beispielsweise bei der Vermietung durch den Nutzniesser, muss der Eigentümer die Vereinbarung der Vormerkung bzw. den entsprechenden Ausweis mitunterzeichnen⁴⁸. Wurde der Mietvertrag von einem Liegenschaftsverwalter unterzeichnet, muss dem Grundbuchamt für die Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch grundsätzlich eine separate schriftliche Erklärung des Eigentümers abgegeben werden⁴⁹. Bei fremdsprachigen Belegen müssen auf Verlangen des Grundbuchführers Übersetzungen eingereicht werden⁵⁰.

⁴² Ausnahme: Art. 270 Abs. 2 OR.

⁴³ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP (FN 2), N 534 und DEILLON-SCHEGG (FN 14), 13, wonach im Grundbuchverfahren grundsätzlich vom Urkundenbeweis auszugehen ist.

⁴⁴ Gemäss PFÄFFLI (FN 18), 46, können Originalunterschriften, nicht jedoch Beglaubigung der Echtheit der Unterschriften verlangt werden.

⁴⁵ Vgl. Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern für die praktizierenden Notare sowie die Grundbuchverwalter des Kantons Bern betreffend den Verkehr mit dem Grundbuchamt und die Grundbuchführung, Bern 1982, 40: «Dem Grundbuchamt ist der Mietvertrag mit den Originalunterschriften von Vermieter und Mieter einzureichen.»

⁴⁶ PFÄFFLI (FN 18), 46 f.

⁴⁷ HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), N 764.

⁴⁸ HIGI (FN 2), N 10 zu Art. 261b OR. Steht das vermietete Grundstück in gemeinschaftlichem Eigentum, so müssen alle Eigentümer unterzeichnen.

⁴⁹ Alternativ kann der Verwalter dem Grundbuchamt eine schriftliche Originalvollmacht des Eigentümers vorlegen, die ihn ausdrücklich auch zu grundbuchlichen Verfügungen ermächtigt; eine blosser Verwaltungsvollmacht genügt in diesem Zusammenhang nicht, Handbuch der Justizdirektion des Kantons Bern für die praktizierenden Notare sowie die Grundbuchverwalter des Kantons Bern betreffend den Verkehr mit dem Grundbuchamt und die Grundbuchführung (FN 45), 40.

⁵⁰ Dies auch vor dem Hintergrund, dass der Bürger vor Ort die Belege in der Amtssprache soll lesen können.

2. Verlängerungsoptionen und Vormerkung im Grundbuch

2.1. Ausgangslage

Eine Option ist ein Gestaltungsrecht, das einer der Vertragsparteien (vorwiegend der Mieterschaft) erlaubt, ein bestimmtes Mietverhältnis durch eine einseitige Willenserklärung zur Entstehung zu bringen oder zu verlängern⁵¹. In der Praxis handelt es sich überwiegend um das Verlängerungsrecht eines bereits bestehenden Mietvertrages. Dabei ist zwischen der echten und der unechten Option zu unterscheiden. Bei der echten Option besteht die Möglichkeit, durch einseitige Willenserklärung unmittelbar ein inhaltlich bereits vollständig festgelegtes Vertragsverhältnis herbeizuführen oder zu verlängern, weil ein Konsens über sämtliche wesentlichen Vertragspunkte bereits erzielt werden konnte⁵². Beim Mietzins wird bei der echten Option vorausgesetzt, dass er nach Vertragsverlängerung nach objektiven Kriterien bestimmbar ist und nach der Optionsausübung nicht Gegenstand von Verhandlungen bildet. Demgegenüber fehlt es bei der unechten Option entweder an einem objektiven Anpassungskriterium, oder die Festsetzung des neuen Mietzinses ist vom Willen eines oder beider Parteien abhängig⁵³. Die gängige Klausel, wonach die Vermieterin berechtigt sei, den Mietzins auf den Beginn der Optionsdauer «den dann zum herrschenden orts- und quartierüblichen Verhältnissen anzupassen», wurde vom Bundesgericht im Urteil 4C.152/2004 vom 9. Juli 2004 publ. in MRA 1/05, 28 ff., als unechte Option qualifiziert. Dies mit der Begründung, dadurch sei der Vermieterin die Möglichkeit eröffnet, dem Mieter neue Konditionen vorzuschlagen oder Verhandlungen mit dem Mieter über neue Konditionen aufzunehmen, sodass nicht sogleich die Fortsetzung des Mietverhältnisses bewirkt werde. Damit wurde diese weitverbreitete Formulierung unbrauchbar, weil die Vertragsverlängerung nicht garantiert ist⁵⁴. Die Praxis suchte

⁵¹ DAVID LACHAT/ANITA THANEI, Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2009, N 24/3.7.

⁵² LACHAT/THANEI (FN 51), N 24/3.7.

⁵³ Vorgängig zum Urteil 4C.152/2004 vom 9. Juli 2004 publ. in MietRecht Aktuell (MRA) 1/05, 28 ff., war umstritten, ob bei Nichteinigung über den Mietzins eine Vertragsverlängerung zustande kommen kann, sei es durch richterliche Mietzinsfestlegung oder Beibehaltung des bisherigen Mietzinses (befürwortend LACHAT/THANEI [FN 51], 24/3.7; WEBER [FN 5], N 7 zu Art. 255 OR, der darauf hinweist, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts [BGE 119 II 347 ff.] mangels Einigung über den Mietzins kein Mietvertrag vorliege, was die unechte Option entwertet und dazu führe, dass höchstens noch Schadenersatzansprüche in Betracht kämen, wenn der Vertragspartner des Optierenden nicht ernsthaft über die neuen Konditionen verhandle).

⁵⁴ BEAT ROHRER, Geschäftsmietverträge Trends in der Rechtsprechung, Der Schweizer Treuhänder 5/05, 383 ff.; FRANÇOIS KNOEPFLER, Droit d'option du locataire, Droit du bail No. 18/2006, 31 f.

einen Ausweg etwa durch Einsetzung eines Schiedsrichters, welcher den Mietzins für die Verlängerungszeit zu bestimmen hat⁵⁵.

Eine uneinheitliche Bundesgerichtspraxis verkompliziert die Lage. Die Bestimmung, «bei Ausübung der Option muss der Mietzins bezahlt werden, der am Ort für gleichartige Parzellen üblich ist», wurde im Bundesgerichtsurteil 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 publ. in mietrechtspraxis (mp) 4/09, 211 ff., als echte Verlängerungsoption erklärt, weil der Mietzins vom Willen der Parteien unabhängig bestimmt werde. Dabei handelt es sich inhaltlich um eine praktisch identische Klausel wie im Urteil vom 9. Juli 2004, welche als unechte Option beurteilt wurde⁵⁶. Ob dies eine Praxisänderung darstellt oder ein «Ausreisser» ist, bleibt offen⁵⁷. Das Bundesgerichtsurteil 4A_111/2009 vom 4. Juni 2009 erwähnt zwar die beiden Urteile vom 9. Juli 2004 und vom 12. Mai 2009, trägt aber nichts zur gewünschten Klarstellung bei. Dies weil dem Urteil vom 4. Juni 2009 eine Optionsklausel mit einem anderen Wortlaut zu Grunde liegt und die Frage, ob eine echte oder eine unechte Option vorliegt, offen gelassen wird.

Die aufgrund dieser Rechtsprechung des Bundesgerichts entstandene Unklarheit zur Abgrenzung der echten von der unechten Verlängerungsoption stellt den Grundbuchführer vor eine heikle Aufgabe. In Zweifelsfällen hat er vorab die Frage nach der Rechtsnatur der Option zu entscheiden, und zwar in jenen Kantonen, wo nur echte Optionen als vormerkungsfähig angesehen werden.

2.2. Uneinheitliche kantonale Grundbuchpraxis

Bei Optionen stellt sich im Zusammenhang mit der Vormerkung des Mietvertrages die Frage, ob vereinbart werden kann, dass die sich aus der Option allenfalls ergebende befristete Vertragsverlängerung von Anfang an ins Grundbuch eingeschrieben werden kann, sodass bei Ausübung der Option keine neue Grundbuchanmeldung erforderlich ist.

Das Bundesgericht hat in BGE 81 I 75 in einem etwas anders gelagerten Fall entschieden, dass bei einem Mietvertrag mit bereits festgelegtem Mietzins eine durch Stillschweigen ausgeübte Verlängerung nur bis zum Ablauf der ersten vereinbarten Ablaufdauer vormerkbar sein kann. Damit ist im Zusammenhang mit der Vertragsverlängerung

eine neuerliche Grundbuchanmeldung erforderlich. Dieser Entscheid wurde in der neuesten Lehre mit überzeugenden Argumenten kritisiert⁵⁸. BGE 135 III 248 hat die Frage dann offengelassen⁵⁹.

Die kantonale Grundbuchpraxis ist uneinheitlich⁶⁰. Mancherorts wird davon ausgegangen, dass der Mietvertrag nur bis zum ersten Endtermin vormerkbar sein kann und alsdann für die Vormerkung der zusätzlichen Dauer eine neuerliche Anmeldung erforderlich ist, wobei gegenüber dem Grundbuchverwalter die erneute Zustimmung des Grundeigentümers nachgewiesen werden muss⁶¹. Dabei wird nicht zwischen echten und unechten Optionen unterschieden.

Anderorts wird für die Dauer der Vormerkung von Mietverträgen die Verlängerungszeit von echten Optionen von Anfang an berücksichtigt, während Mietverträge mit unechten Optionen nur bis zum Ablauf der festen Laufzeit des Mietvertrages ohne Verlängerungszeit vormerkbar sein können⁶². Für die Vormerkung der zusätzlichen Dauer bei unechten Optionen ist in diesen Kantonen eine neuerliche Grundbuchanmeldung nötig, wobei gegenüber dem Grundbuchverwalter auch die erneute Zustimmung des Grundeigentümers nachgewiesen werden muss.

In den Kantonen Basel-Stadt und St. Gallen wird sodann sowohl bei echten wie bei unechten Optionen auf Anmeldung hin und bei vorliegender Zustimmung des Grundeigentümers von Anfang an die maximale Laufzeit des Mietvertrages (d.h. feste Vertragsdauer plus Verlängerungszeit gemäss Optionsbestimmung) vormerkbar⁶³.

2.3. Zulässigkeit der Vormerkung der maximalen Laufzeit des Mietvertrages

Gemäss Art. 71 Abs. 2 GBV muss sich die Vormerkungsabrede über die Dauer der Vormerkung aussprechen. Dabei sieht das Gesetz jedoch keine zeitliche Beschränkung der

⁵⁵ ARMIN ZUCKER, Aktuelle Rechtsfragen der Geschäftsmiete, Verlängerungsoptionen, St. Galler Mietrechtstag Dezember 2008, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen, 10.

⁵⁶ Im Entscheid vom 9. Juli 2004 ging das Bundesgericht gestützt auf die Beweiswürdigung der Vorinstanz davon aus, die Parteien hätten die Verlängerung des Vertrages von einer Einigung über den massgebenden Mietzins abhängig machen wollen.

⁵⁷ Unbefriedigend ist dabei insbesondere, dass das Bundesgerichtsurteil 4A_551/2008 vom 12. Mai 2009 das anderslautende Bundesgerichtsurteil 4C.152/2004 vom 9. Juli 2004 unerwähnt lässt.

⁵⁸ Vgl. HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), N 789.

⁵⁹ Entschieden wurde in BGE 135 III 248 (deutsche Übersetzung in mp 2/09, 88 ff.), dass ein Mietvertrag mit anfänglich fester Laufdauer und anschliessender Verlängerung mangels Kündigung im Grundbuch grundsätzlich erneut vormerkbar werden kann, und zwar auch dann, wenn die Vormerkung wegen Fehlens eines Verlängerungsgesuches bereits von Amtes wegen gelöscht worden ist.

⁶⁰ Die Autoren haben im Februar 2010 eine schriftliche Umfrage in neun Deutschschweizer Kantonen gemacht zur Frage, ob ein Mietvertrag mit einer (echten bzw. unechten) Option von Anfang an bis zum Ende der Verlängerungszeit gemäss Optionsbestimmung vormerkbar sein kann. Die Autoren danken den teilnehmenden Grundbuchinspektoren und -verwaltern an dieser Stelle für ihre Rückäusserungen.

⁶¹ Namentlich in den Kantonen Bern, Luzern und Graubünden.

⁶² So in den Kantonen Zürich, Thurgau und Schaffhausen.

⁶³ Dasselbe gilt in den Grundbuchkreisen Aarau und Baden des Kantons Aargau, wo im Übrigen auch innerhalb der Kantons Grenzen zur Vormerkung von Mietverträgen mit Verlängerungsoptionen keine einheitliche Praxis besteht.

Vormerkungsdauer vor⁶⁴. Unseres Erachtens gebieten es weder grundbuchrechtliche Gesichtspunkte noch die Interessen eines Dritterwerbers, die Vormerkung durch die Beschränkung der eintragbaren Dauer zu erschweren⁶⁵. Damit sollte es möglich sein, dass zumindest bei einem Mietvertrag mit echter Option die befristete Vertragsverlängerung von Anfang an berücksichtigt wird, sodass bei Ausübung der Option keine erneute Grundbuchanmeldung erforderlich sein sollte⁶⁶. Dies namentlich auch vor dem Hintergrund, dass mit der Vormerkung primär der Mieter geschützt werden soll und ein allfälliger Erwerber des vermieteten Grundstücks im Allgemeinen gehalten ist, eine Due Diligence durchzuführen, welche standardmässig auch die Prüfung allfälliger Mietverträge einschliesst⁶⁷. Derweil sich der bisherige Eigentümer und Vermieter – bei der echten im Unterschied zur unechten Option – nicht nur für die feste Vertragsdauer, sondern bereits beim Abschluss des Vertrages auch für die durch die Ausübung der Option mögliche längere Vertragsdauer verpflichtet hat⁶⁸. Anders zu entscheiden hiesse namentlich Rangverschlechterungen bei erneuerter Vormerkung des Mietvertrages in Kauf zu nehmen, was dem vorgenannten Sinn und Zweck des Mieterschutzes entgegenliefe.

3. Vormerkung des Untermietvertrages im Grundbuch

3.1. Zulässigkeit der Vormerkung des Untermietvertrages gemäss Lehre

Die Vormerkung des Untermietvertrages im Grundbuch bewirkt, dass insbesondere sowohl der aktuelle Eigentümer wie auch ein späterer Erwerber des untervermieteten Grundstücks den Gebrauch der Sache im vorgemerkten Umfang gestatten muss⁶⁹. Die Zulässigkeit der Vormerkung des Untermietvertrages ist jedoch umstritten. Ein klärendes höchstgerichtliches Urteil fehlt. Die Lehre will die Vormerkung von

Untermietverträgen unter bestimmten Voraussetzungen zu Recht mehrheitlich grundsätzlich zulassen⁷⁰. So wird allgemein verlangt, dass das schriftliche Einverständnis sowohl des Hauptmieters bzw. Untervermieters als auch jenes des Eigentümers bzw. Vermieters vorliegt⁷¹. Darüber hinaus wird im Schrifttum vereinzelt gefordert, dass auch der Hauptmietvertrag vorgemerkt sein muss und der Untermietvertrag den Rahmen des Hauptmietvertrages bezüglich Dauer und Mietsache nicht überschreiten darf⁷².

Ausgehend vom Wortlaut von Art. 261b Abs. 1 OR, der nur von «Miete» spricht, gibt es im Zusammenhang mit der Vormerkung im Grundbuch grundsätzlich keine sachlichen Gründe, zwischen Miete und Untermiete zu unterscheiden. Dies weil die Untermiete ebenfalls ein Mietverhältnis darstellt, das zwar auf dem Hauptmietverhältnis beruht, aber grundsätzlich unabhängig davon besteht⁷³. Der mit 261b OR beabsichtigte Schutz des Mieters sollte deshalb auch dem Untermieter zukommen können. Kommt hinzu, dass für die Vormerkung von Untermietverträgen in der Praxis durchaus ein wirtschaftliches Interesse besteht, etwa wenn der Untermieter grosse Investitionen ins Mietobjekt tätigen will. Liegt die Zustimmung des Eigentümers vor und decken sich Miete und Untermiete vom Gegenstand her, ist deshalb nach der hier vertretenen Auffassung aufgrund einer teleologischen Auslegung von Art. 261b OR von der Zulässigkeit der Vormerkung des Untermietverhältnisses im Grundbuch auszugehen.

⁶⁴ HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), N 757; BGE 135 III 252.

⁶⁵ Dazu eingehend HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), N 794 und 790.

⁶⁶ So auch HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), Fn. 71 zu N 794 m.H.a. JÜRIG SCHMID, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, 3. A., Basel 2007, N 23 zu Art. 959 ZGB; SVIT-Kommentar (FN 2), N 5 zu Art. 261b OR; ferner Meinungsäusserung des eidg. Grundbuchamtes in ZBGR 1968, 265 f. In BGE 119 II 19 wurde die Vormerkung zugelassen, nachdem der Mieter seine Option ausgeübt hatte.

⁶⁷ Eine solche Due Diligence mit Prüfung der Mietverträge ist bereits deshalb erforderlich, weil aufgrund von BGE 135 III 248 ja die Möglichkeit besteht, eine zwar vereinbarte, aber gelöschte Vormerkung erneut einschreiben zu lassen, womit ein aktueller Grundbuchauszug allein aus Käufersicht keine genügende Informationsbasis darstellen kann, wenn der Käufer Kenntnis von Mietverhältnissen über das Grundstück hat.

⁶⁸ SCHMID (FN 66), N 23 zu Art. 959 ZGB.

⁶⁹ SVIT-Kommentar (FN 2), N 7 zu Art. 261b OR.

⁷⁰ An Stelle vieler HIGI (FN 2), N 10. A.M. HÜRLIMANN-KAUP (FN 3), N 809 sowie SCHMID (FN 66), N 24 zu Art. 959 ZGB, der zur Begründung jedoch nur anführt, dass der Grundeigentümer nicht Vertragspartei des Untermietvertrages sei, was unseres Erachtens dadurch ausreichend kompensiert werden kann, dass der Grundeigentümer die Vormerkungsabrede bzw. den Ausweis darüber mitunterzeichnet.

⁷¹ Vgl. LACHAT/WYTENBACH (FN 7), 6.4/3.4. Dabei kann der Eigentümer frei entscheiden, ob er die Zustimmung erteilt oder verweigert; auch aus der Zustimmung des Eigentümers zur Untermiete kann kein Anspruch auf Bewilligung der Vormerkung der Untermiete abgeleitet werden, HIGI (FN 2), N 11 zu Art. 261b OR. Die Vormerkungsabrede zwischen Untervermieter und Untermieter ist deshalb unter der Suspensivbedingung abzuschliessen, dass die schriftliche Zustimmung des Eigentümers erhältlich gemacht werden kann. Fehlt es an einer solchen Bedingung und verweigert der Eigentümer seine Zustimmung zur Vormerkung des Untermietvertrages im Grundbuch, kann der Untermieter gestützt auf Art. 97 ff. OR gegen den Untervermieter vorgehen. Dabei kann ein Schaden insbesondere dann entstehen, wenn ein Eigentümerwechsel stattfindet und der neue Eigentümer den Hauptmietvertrag wegen Eigenbedarfs kündigt, was auch zur Beendigung des Untermietvertrages führt, und der Untermieter kein passendes Ersatzobjekt findet und/oder als Mieterbau vorgenommene Investitionen (zumindest teilweise) verliert.

⁷² So PFÄFFLI (FN 18), 48.

⁷³ DAVID LACHAT/PETER ZAHRADNIK, Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2009, N 23/2.1.

3.2. Uneinheitliche Grundbuchpraxis in den Kantonen

Die Grundbuchpraxis der Deutschschweizer Kantone zeigt mit Bezug auf die Vormerkung von Untermietverträgen ein unterschiedliches Bild⁷⁴. So lassen gewisse Kantone die Vormerkung des Untermietvertrages zu, vorausgesetzt, dass der Hauptmietvertrag ebenfalls vorgemerkt ist, der Eigentümer schriftlich zugestimmt hat und der Untermietvertrag den Rahmen des Hauptmietvertrages mit Bezug auf Dauer und Mietobjekt nicht überschreitet⁷⁵. In anderen Kantonen wird demgegenüber einzig die Zustimmung des Eigentümers verlangt⁷⁶. In den Kantonen Basel-Stadt und Obwalden⁷⁷ wird neben der Zustimmung des Eigentümers vorausgesetzt, dass der Untermietvertrag den Rahmen des Hauptmietvertrages betreffend Dauer und Mietsache nicht überschreitet⁷⁸. Einzelne Kantone lassen schliesslich die Vormerkung von Untermietverträgen überhaupt nicht zu⁷⁹.

4. Der vorgemerkte Mietvertrag in der Zwangsvollstreckung

Ist ein Grundstück mit im Grundbuch vorgemerktem Mietvertrag Gegenstand eines Verfahrens auf Zwangsvollstre-

ckung, stellt sich die Frage, was bei einer Handänderung des Grundstücks mit dem Mietvertrag geschieht.

Für die Beantwortung der Frage ist zu unterscheiden zwischen (beschränkten) dinglichen Rechten Dritter, die vor der Vormerkung des Mietvertrages entstanden sind und später entstandenen (beschränkten) dinglichen Rechten Dritter⁸⁰.

Später im Grundbuch eingetragene dingliche Rechte werden durch die mit der Vormerkung begründete Realobligation beschränkt, soweit diese ihren Umfang einschränken könnten⁸¹. Dies gilt auch bei einer Handänderung im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens. Entsprechend kann etwa der Erwerber des Grundstücks in der Zwangsvollstreckung den im Grundbuch vorgemerkten Mietvertrag nicht wegen dringenden Eigenbedarfs kündigen, und Grundpfandgläubiger, deren Recht der Vormerkung in zeitlicher Hinsicht nachgeht, können auch dann nichts gegen den Mietvertrag ausrichten, wenn sie darlegen können, dass sie ohne den vorgemerkten Mietvertrag ein deutlich höheres Betreffnis erhielten.

Anders ist die Rechtslage mit Bezug auf die vor der Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch eingetragenen Rechte Dritter. So können namentlich Grundpfandgläubiger, deren Recht früher entstanden ist und die der Vormerkung des Mietvertrages nicht zugestimmt haben, in einem Zwangsvollstreckungsverfahren den Doppelaufwurf gemäss Art. 142 SchKG verlangen⁸². Das Betreibungsamt muss die Grundpfandgläubiger auf diese Möglichkeit von Amtes wegen aufmerksam machen, und die Grundpfandgläubiger müssen davon innert 10 Tagen seit Erhalt durch schriftliche Erklärung ans Betreibungsamt Gebrauch machen⁸³. Falls im Rahmen des Doppelaufwurfs dann ohne den vorgemerkten Mietvertrag ein höherer Erlös erhältlich gemacht werden kann⁸⁴, wird die Vormerkung gelöscht und der Erwerber, der beim zweiten (oder dritten) Aufruf die Liegenschaft erworben hat, kann das Mietverhältnis auf den nächsten gesetzlichen Termin un-

⁷⁴ Zur Erhebung der Grundbuchpraxis haben die Autoren im November 2009 in den Deutschschweizer Kantonen eine schriftliche Umfrage durchgeführt. Die Autoren danken den teilnehmenden Grundbuchinspektoren und -verwaltern an dieser Stelle bestens für ihre Mitwirkung. Besonderer Dank geht an Dr. ROLAND PFÄFFLI, Grundbuchverwalter von Thun, der den Autoren über die Umfrage hinaus wertvolle Informationen zur Grundbuchpraxis im Zusammenhang mit der Vormerkung von Mietverträgen geliefert hat.

⁷⁵ So die Kantone Bern, Graubünden, Luzern, Appenzell Innerrhoden, Basel-Landschaft, Schaffhausen, Thurgau und Schwyz.

⁷⁶ Appenzell Ausserrhoden, Zug.

⁷⁷ Dies gilt allerdings nur für den Grundbuchkreis Engelberg. Für den anderen Grundbuchkreis des Kantons (Sarneraatal) wird verlangt, dass der Hauptmietvertrag ebenfalls vorgemerkt ist und der Eigentümer seine Zustimmung erteilt hat.

⁷⁸ Somit wird insbesondere auf das andernorts verlangte Kriterium verzichtet, dass der Hauptmietvertrag ebenfalls vorgemerkt ist.

⁷⁹ So etwa die Kantone Zürich, Freiburg, St. Gallen und Aargau. Im zuletzt genannten Kanton besteht ein Kreisschreiben vom 11. Februar 1977, welches die Vormerkung von Untermietverträgen am Rande erwähnt und als unzulässig erachtet. Dieses Kreisschreiben wird derzeit überarbeitet, und eine aus Anlass unserer Erhebung vom aargauischen Grundbuchinspektorat bei den 11 aargauischen Grundbuchämtern durchgeführte Umfrage hat ergeben, dass die Zulässigkeit der Vormerkung des Untermietvertrages grossmehrheitlich befürwortet wird. In den Kantonen Solothurn und Nidwalden besteht gemäss Auskunft des Amtsschreiberei-Inspektorats Solothurn bzw. des Grundbuchamts Nidwalden bis jetzt noch keine Praxis zur Vormerkung von Untermietverträgen.

⁸⁰ Dies weil das Grundbuch auf dem Boden des Prinzips der Alterspriorität steht, vgl. dazu FN 4 hiervor.

⁸¹ Vgl. Art. 959 Abs. 2 ZGB; ferner HIGI (FN 2), N 14 zu Art. 261b OR.

⁸² Vgl. BGE 128 III 86 sowie MARTIN SOHM, Die Vormerkung des Mietverhältnisses im Grundbuch; Eintragsrecht des Mieters, MRA 5/08, 218. DAVID LACHAT/IRENE SPIRIG, Mietrecht für die Praxis, 8. A., Zürich 2009, N 27/4.6.6, weisen darauf hin, dass unter Umständen sogar ein dreifacher Aufruf erfolgt: als erstes mit Vormerkung und Mietverhältnis, als zweites ohne Vormerkung jedoch mit Mietverhältnis und als drittes ohne Vormerkung und ohne Mietverhältnis.

⁸³ Art. 104 Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (SR 281.42).

⁸⁴ Dies dürfte namentlich dann zutreffen, wenn das Mietverhältnis noch sehr lange dauert und/oder der vereinbarte Mietzins bescheiden ist, der Erwerber aber keine Möglichkeit hat, den Mietzins zu erhöhen, GIACOMO RONCORONI, Die Auswirkungen des Eigentümerwechsels auf den Mietvertrag, mp 4/05, 223.

ter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen, und dies auch dann, wenn er keinen dringenden Eigenbedarf im Sinn von Art. 261 Abs. 2 lit. a OR geltend machen kann⁸⁵.

5. Durchsetzung des Anspruchs auf Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch

Hat der vermietende Eigentümer der Vormerkung des Mietvertrages grundsätzlich zugestimmt, aber weigert er sich, bei der Schaffung eines schriftlichen Grundbuchbelegs und/oder der Grundbuchanmeldung gehörig mitzuwirken, so kann der Mieter die Vormerkung gestützt auf Art. 665 Abs. 1 ZGB gerichtlich anordnen lassen⁸⁶. Dabei ist dem Mieter zu empfehlen, dem Gericht im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme die Anordnung der vorläufigen Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch für die Dauer des Prozesses zu beantragen⁸⁷.

Will der Mieter nicht gerichtlich vorgehen, hat er aber mangels rechtsgültiger Vormerkung im Grundbuch kein Interesse mehr daran, das Mietverhältnis fortzusetzen, so kann er – falls für diesen Fall nicht ein vertragliches Kündigungsrecht vereinbart worden ist – über die Verzugsregeln (Art. 102 ff. OR) vom Mietvertrag zurücktreten⁸⁸. Dies gilt u.E. wegen des engen sachlichen Zusammenhangs auch dann, wenn für die Vormerkung eine separate Vereinbarung getroffen wurde.

Schliesslich besteht auch noch die Möglichkeit, den Anspruch auf Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch über eine Konventionalstrafe zu verstärken, was freilich eine entsprechende vertragliche Vereinbarung voraussetzt.

6. Löschung der Vormerkung im Grundbuch

Gemäss Art. 72 GBV ist die Vormerkung eines Mietvertrages durch den Grundbuchverwalter von Amtes wegen zu löschen, wenn die in der Vormerkung angegebene Zeit abgelaufen ist.

Endet der vorgemerkte Mietvertrag vorzeitig, wie namentlich durch eine Auflösungsvereinbarung oder infolge ausserordentlicher Kündigung wegen Konkurses des Mieters, so kann der Eigentümer die Vormerkung unter Beilage einer schriftlichen Löschungsbewilligung des Mieters (sowie des Ehegatten bei einer Familienwohnung i.S.v. Art. 169 ZGB bzw. des Partners oder der Partnerin bei einer gemeinsamen Wohnung i.S.v. Art. 14 PartG) zur Löschung anmel-

den, Art. 964 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 61 Abs. 1 und 2 GBV⁸⁹. Die Unterschrift des Mieters auf dieser Löschungsbewilligung braucht nicht beglaubigt zu sein⁹⁰. Verweigert der Mieter seine Unterschrift, muss der Vermieter ein entsprechendes Urteil erstreiten⁹¹, es sei denn, er könne gegenüber dem Grundbuchverwalter rechtsgenügend darlegen, dass die entsprechende Vormerkung gemäss Art. 976 Abs. 1 ZGB jede rechtliche Bedeutung verloren habe (vgl. Art. 61 Abs. 4 GBV).

Wird ein vorgemerkter Geschäftsmietvertrag auf einen Dritten übertragen und tritt dieser Dritte als Nachfolgemietter gemäss Art. 263 Abs. 3 OR anstelle des Mieters in das Mietverhältnis ein, kommt der Nachfolgemietter grundsätzlich ebenfalls in den Genuss der Vormerkung⁹². Dies deshalb, weil der Übernehmer im Rahmen eines Parteiwechsels nahtlos in die Stellung des Mieters eintritt und sämtliche vertraglichen und gesetzlichen Rechte aus dem Mietverhältnis, worunter auch die Vormerkung fällt, beanspruchen kann⁹³. Eine vorzeitige Löschung der Vormerkung ist in diesem Fall nur mit schriftlicher Zustimmung des Mieters bzw. – nach erfolgter schriftlicher Zustimmung des Vermieters – des Nachfolgemietters zulässig.

Gibt der Mieter eines vorgemerkten Mietvertrages das Mietobjekt im Sinne von Art. 264 OR vorzeitig zurück und akzeptiert der Vermieter den Ersatzmieter unter Fortführung des bisherigen Mietvertrages, so findet gemäss herrschender Lehre ebenfalls ein Parteiwechsel statt⁹⁴. Damit kommt der Ersatzmieter ebenfalls in den Genuss der Vormerkung. Anders ist die Rechtslage, wenn der Vermieter mit dem Ersatzmieter einen neuen Vertrag abschliesst, was in der Pra-

⁸⁵ RONCORONI (FN 84), 224.

⁸⁶ HIGI (FN 2), N 5 zu Art. 261b OR.

⁸⁷ Vgl. DAVID LACHAT (FN 8), 183 Fn. 67.

⁸⁸ Zum Schuldnerverzug vgl. PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/SUSAN EMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. A., Zürich 2008, N 2917.

⁸⁹ HIGI (FN 2), N 9 zu Art. 261b OR.

⁹⁰ PFÄFFLI (FN 18), Fn. 27; FASEL (FN 2), N 15 zu Art. 61 GBV, meint jedoch mit Blick auf die in der Praxis üblich gewordenen formularmässigen Löschungsbewilligungen, dass der Grundbuchverwalter regelmässig die Beglaubigung der Unterschrift zu verlangen habe, um sicherzustellen, dass der wahre Berechtigte zustimme. Ganz allgemein gilt in formeller Hinsicht für die Anmeldung zur Löschung dasselbe wie für die Anmeldung zur Einschreibung der Vormerkung, vgl. Art. 61 Abs. 1 GBV, weshalb bezüglich der Einzelheiten zur Anmeldung der Löschung auf III 1 hiervor verwiesen werden kann.

⁹¹ Vgl. HIGI (FN 2), N 9 zu Art. 261b OR.

⁹² Gemäss ARTHUR HOMBERGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Sachenrecht, Dritte Abteilung, Besitz und Grundbuch, 2. A., Zürich 1938, N 13 zu Art. 959 ZGB bleibt der Vormerkungsschutz auch nach nicht vorgemerkter Übertragung bestehen, allerdings nur, wenn die Vormerkungsabrede – ausdrücklich oder nach den Umständen – auch zugunsten der Rechtsnachfolger des berechtigten Mieters getroffen wurde und dies zudem aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Unseres Erachtens geht die Vormerkung im Rahmen von Art. 263 OR mit der Zustimmung des Vermieters (in Analogie zu Art. 170 Abs. 1 OR) als Nebenrecht ohne Weiteres von Gesetzes wegen auf den Nachfolgemietter über.

⁹³ Vgl. SVIT-Kommentar (FN 2), N 23 zu Art. 263 OR.

⁹⁴ HIGI (FN 2), N 40 zu Art. 264 OR.

xis häufig vorkommt. In diesem Fall wird das vorgemerkte Mietverhältnis durch Novation aufgehoben. Entsprechend ist auch die Vormerkung im Grundbuch zu löschen und es ist der neue Mietvertrag zur Vormerkung im Grundbuch anzumelden⁹⁵, falls der neue Mietvertrag eine entsprechende Vormerkungsabrede enthält bzw. eine solche separat abgeschlossen wurde.

Mit der Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch stellt der Mieter sicher, dass sein langjähriger Mietvertrag auch von einem späteren Käufer respektiert wird. Diese Absicherung ist bei grösseren Mietereinbauten, wie sie bei Geschäftsräumen häufig vorkommen, besonders wichtig. Die Erfordernisse zur Vormerkung sind namentlich bei ausländischen Grundeigentümern anspruchsvoll. Praxisrelevant sind sodann die Vormerkung der Verlängerungsoption und des Untermietvertrages. Hierzu bestehen kontroverse Auffassungen in Lehre und Rechtsprechung und eine unterschiedliche Grundbuchpraxis. Diese wird anhand einer Umfrage bei den Grundbuchverwaltern dargestellt. Die Autoren vertreten die Auffassung, dass zumindest bei echten Optionen die Vormerkung der maximalen Laufzeit zulässig ist und sie befürworten die Zulässigkeit der Vormerkung des Untermietvertrages. Abgerundet wird die Darstellung durch die Behandlung ausgewählter Fragen zu Vormerkung und Zwangsvollstreckung sowie zur Löschung der Vormerkung bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses.

⁹⁵ Vgl. eingehend zur Anmeldung der Vormerkung des Mietvertrages im Grundbuch III.1. hiavor.