Im Vorkaufsfall stehen sich mit dem Vorkaufsberechtigten, dem Vorkaufsbelasteten und dem Dritterwerber drei Parteien gegenüber. Die Interessen des ausübungswilligen Vorkaufsberechtigten und des Dritterwerbers zielen beide auf den Erwerb des Grundeigentums ab und konkurrieren sich damit. Dass eine solche «Ménage-à-trois» in der Rechtswirklichkeit zu Friktionen führt, liegt auf der Hand und wird durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung belegt.

Diese Dissertation schliesst eine Lücke in der Lehre und behandelt das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht an Grundstücken umfassend von seiner Begründung bis hin zur Rechtslage nach seiner rechtswirksamen Ausübung. Im Vordergrund der Arbeit steht das vertragliche Vorkaufsrecht an Grundstücken. Untersucht wird auch das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis. Zu verschiedensten Rechtsfragen legt der Autor Lehre und Rechtsprechung dar, unterzieht sie einer kritischen Würdigung und entwickelt auch eigene Lösungsansätze. Erörtert werden praxisrelevante Fragen wie namentlich der personelle Umfang des Formzwangs beim Vorkaufsvertrag, die Anwendbarkeit von Art. 216a OR auf altrechtliche Vorkaufsrechte oder die ökonomische Betrachtungsweise des Vorkaufsfalls. Die umfassende Monografie dient Gerichten, Anwälten und Notaren als Kompass im Dickicht dieser streitträchtigen Materie.

ISBN 978-3-7255-7118-5

www.schulthess.com

LBR
89

Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken

Rüegg

§

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft

Herausgegeben von Jörg Schmid

Jonas Rüegg

Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken

Band 89

Schulthess §

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Band 89

Luzerner Dissertation bei Prof. Dr. Jörg Schmid.

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 89

Jonas Rüegg

Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken

Schulthess § 2014

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2014
ISBN 978-3-7255-7118-5

www.schulthess.com

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde am 14. Januar 2014 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende Juli 2014 berücksichtigt.

Von ganzem Herzen danke ich meinem Doktorvater und Erstgutachter Herrn Prof. Dr. Jörg Schmid. Mit grossem Engagement hat er mich in meinem Arbeitsprozess begleitet und unterstützt. Er hat stets Zeit gefunden für interessante Gespräche. Seine kritische Auseinandersetzung mit meiner Arbeit und seine wertvollen Anregungen haben massgeblich zum erfolgreichen Abschluss dieser Dissertation beigetragen. Grosser Dank gebührt auch Herrn Prof. Dr. Stephan Hartmann, der das Zweitgutachten verfasst, und Herrn Prof. Dr. Paul Eitel, der den Vorsitz am Doktorandenkolloquium übernommen hat. Für eine wunderschöne Zeit in einem wunderbaren Arbeitsumfeld bedanke ich mich schliesslich beim gesamten ehemaligen Lehrstuhl-Team.

Widmen möchte ich diese Arbeit meinem Vater Viktor, der meinen Verstand juristisch geschärft hat, und meiner Mutter Priska, die für alles Gute im Leben steht.

Luzern, im August 2014 Jonas Rüegg

Inhaltsübersicht

INHALTSVERZEICHNIS IX

LITERATURVERZEICHNIS XXIII

MATERIALIENVERZEICHNIS XLV

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS XLVII

EINLEITUNG 1

1. KAPITEL: GRUNDLAGEN 3

I. Begriff des Vorkaufsrechts 3

II. Rechtsnatur des Vorkaufsrechts 4

III. Arten von Vorkaufsrechten 6

IV. Gesetzliche Grundlagen 9

V. Zwecke des Vorkaufsrechts 10

VI. Abgrenzung gegenüber verwandten Rechtsinstituten 14

2. KAPITEL: BEGRÜNDUNG DES VORKAUFSRECHTS 19

I. Durch Vorkaufsvertrag 19

II. Im Stockwerkeigentumsverhältnis 66

III. Durch Verfügung von Todes wegen? 75

3. KAPITEL: AUFHEBUNG UND ABÄNDERUNG DES VORKAUFSRECHTS 83

I. Vertragliches Vorkaufsrecht 83

II. Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis 88

III. Vorkaufsrecht durch Verfügung von Todes wegen 90

4. KAPITEL: INHALT UND WIRKUNGEN DES VORKAUFSRECHTS 93

I. Vertragliches Vorkaufsrecht 93

II. Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis 173

III. Vorkaufsrecht durch Verfügung von Todes wegen 185

5. KAPITEL: VORKAUFSOBJEKT 187

I. Grundstück 187

II. Realer oder ideeller Teil eines Grundstücks 191

6. KAPITEL: VORKAUFSFALL 201

I. Allgemeine Anforderungen an den Drittvertrag 202

II. Verkauf eines Grundstücks 228

III. Negative Umschreibung von Art. 216c Abs. 2 OR 240
IV. Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt 248
V. Rechtsgeschäftliche Definition 291

7. KAPITEL: WIRKUNGEN DES VORKAUFSFALLS 295
I. Informationspflicht 295
II. Befugnis zur Ausübung des Vorkaufsrechts 312

8. KAPITEL: RECHTSLAGE NACH AUSÜBUNG DES VORKAUFSRECHTS 353
I. Zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsbelastetem 353
II. Zwischen Vorkaufsberechtigtem und Drittem 399
III. Zwischen Vorkaufsbelastetem und Drittem 409

ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN 419

SACHREGISTER 435

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS XXIII

MATERIALIENVERZEICHNIS XLV

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS XLVII

EINLEITUNG 1

1. KAPITEL: GRUNDLAGEN 3

I. Begriff des Vorkaufsrechts 3

II. Rechtsnatur des Vorkaufsrechts 4

III. Arten von Vorkaufsrechten 6

1. Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte 6
2. Vorkaufsrechte an Grundstücken oder an Fahrnis 8
3. Umgrenzung des Arbeitsthemas 9

IV. Gesetzliche Grundlagen 9

V. Zwecke des Vorkaufsrechts 10

1. Erwerbszweck 10
2. Abwehrzweck 11
3. Sicherungszweck 12
4. Spekulationszweck 12
5. Würdigung 13

VI. Abgrenzung gegenüber verwandten Rechtsinstituten 14

1. Vorvertrag 14
2. Kaufsrecht 15
3. Rückkaufsrecht 16
4. Vorhandrecht 17

2. KAPITEL: BEGRÜNDUNG DES VORKAUFSRECHTS 19

I. Durch Vorkaufsvertrag 19

1. Der Vorkaufsvertrag im Allgemeinen 19

A) Rechtsnatur 20

a) Bedingungstheorie 20
b) Begründungstheorie 20
c) Rechtsprechung des Bundesgerichts 21
d) Eigene Stellungnahme 22

aa) Grundsätzliche Argumente für die Begründungstheorie 22
bb) Widerlegung von Einwänden gegen die Begründungstheorie 24

e) Konsequenzen für die Rechtsnatur ... 25
aa) Vertragsqualifikation ... 25
bb) Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft? ... 25
B) Vertragsentstehung ... 28
C) Parteien ... 29
D) Inhalt ... 30
a) Objektiv wesentliche Vertragspunkte ... 30
b) Weitere Vertragspunkte ... 32
E) Form ... 33
a) Einfache Schriftlichkeit ... 33
b) Öffentliche Beurkundung ... 34
c) Spezialfall des Erbteilungsvertrags ... 36
d) Personeller Umfang des Formzwangs ... 38
aa) Beim unlimitierten Vorkaufsvertrag ... 39
bb) Beim limitierten Vorkaufsvertrag ... 40
cc) Beim Erbteilungsvertrag ... 43
e) Materieller Umfang des Formzwangs ... 44
aa) Lehre und Rechtsprechung ... 44
bb) Eigene Stellungnahme ... 45
cc) Konsequenzen für den Vorkaufsvertrag ... 47
F) Rechtswirkungen des Vertragsabschlusses ... 48
a) Für den Vorkaufsrechtsgeber ... 49
aa) Bedingte Gestaltungsbelastung ... 49
bb) Nebenleistungspflichten ... 49
cc) Nebenpflichten ... 50
aaa) Verbot der Veräusserung des Vorkaufsobjekts? ... 52
bbb) Verbot der Zerstörung oder Beschädigung des Vorkaufsobjekts? ... 54
ccc) Weitere Nebenpflichten ... 56
b) Für den Vorkaufsrechtsnehmer ... 56
aa) Bedingte Gestaltungsberechtigung des Vorkaufsberechtigten ... 56
bb) Pflicht zur Leistung eines Entgelts beim entgeltlichen Vorkaufsvertrag ... 57
2. Der entgeltliche Vorkaufsvertrag im Besonderen ... 57
A) Funktion des Entgelts ... 57
B) Synallagmatischer Vertrag ... 60
a) Anwendung der Art. 82 und 83 OR ... 60
b) Anwendung der Art. 107 ff. OR ... 63
c) Anwendung von Art. 119 OR ... 65

C) Besonderheiten des entgeltlichen Vorkaufsvertrags 66
II. Im Stockwerkeigentumsverhältnis 66
1. Begründungsarten 66
A) Anlässlich der Begründung des Stockwerkeigentums 66
a) Im Begründungsvertrag 67
b) In einer einseitigen Erklärung des Alleineigentümers 69
B) Nachträgliche Einführung des Vorkaufsrechts 71
a) Im Vertrag unter Stockwerkeigentümern 71
b) In einer einseitigen Erklärung des Alleineigentümers 72
2. Vorkaufsberechtigte und vorkaufsbelastete Personen 72
III. Durch Verfügung von Todes wegen? 75
1. Vorbemerkung 75
2. Abgrenzung der Verfügung von Todes wegen vom Rechtsgeschäft unter Lebenden 75
3. Begründung des Vorkaufsrechts 78
A) Die Verfügungsart 78
B) Die Verfügungsform 79
C) Zeitpunkt der Begründung 80

3. KAPITEL: AUFHEBUNG UND ABÄNDERUNG DES VORKAUFSRECHTS 83
I. Vertragliches Vorkaufsrecht 83
1. Aufhebung des Vorkaufsrechts 83
A) Durch Übereinkunft der Parteien 83
B) Durch den Vorkaufsberechtigten 83
C) Durch den Vorkaufsbelasteten 85
2. Abänderung des Vorkaufsrechts 86
A) Ausdehnung der Vorkaufsbelastung 86
B) Einschränkung der Vorkaufsbelastung 87
II. Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis 88
1. Aufhebung des Vorkaufsrechts 89
A) Durch Übereinkunft der Stockwerkeigentümer 89
B) Durch den Vorkaufsberechtigten 89
C) Durch den Vorkaufsbelasteten 90
2. Abänderung des Vorkaufsrechts 90
III. Vorkaufsrecht durch Verfügung von Todes wegen 90

4. KAPITEL: INHALT UND WIRKUNGEN DES VORKAUFSRECHTS 93
I. Vertragliches Vorkaufsrecht 93
1. Limitiertes oder unlimitiertes Vorkaufsrecht 93

A) Unlimitiertes Vorkaufsrecht ... 94
B) Limitiertes Vorkaufsrecht ... 94
a) Bestimmbarkeit des Kaufpreises ... 95
b) Abreden über andere Vertragspunkte ... 97
C) Intertemporalrechtlicher Aspekt ... 98
2. Vererblichkeit und Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts ... 98
A) Vererblichkeit ... 99
a) Von Gesetzes wegen ... 99
b) Vertraglicher Ausschluss ... 101
B) Abtretbarkeit ... 101
a) Von Gesetzes wegen ... 101
b) Vertragliche Vereinbarung ... 102
aa) Vollzug der Abtretung ... 103
bb) Rechtslage nach erfolgter Abtretung ... 106
3. Befristung des Vorkaufsrechts ... 108
A) Anwendungsbereich von Art. 216a OR ... 109
a) Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte ... 109
b) Weitere Einschränkungen des Anwendungsbereichs? ... 109
aa) Lehre und Rechtsprechung ... 110
bb) Ratio legis von Art. 216a OR ... 111
cc) Anwendung auf das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis? ... 112
dd) Anwendung auf Vorkaufsrechte, die Bestandteil eines Dauervertrags sind? ... 113
c) Anwendung auch auf das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht ... 114
B) Regelungsgehalt von Art. 216a OR ... 115
a) Höchstdauer von 25 Jahren ... 115
b) Zulässigkeit einer kürzeren Dauer ... 117
c) Art. 216a OR als vertragsergänzende Norm ... 118
d) Beginn der Dauer ... 119
e) Folgen des Ablaufs der Dauer ... 120
C) Rechtsnatur der Fristen von Art. 216a OR ... 121
D) Intertemporalrechtliche Aspekte ... 123
a) Zeitlich unbegrenztes, altrechtliches Vorkaufsrecht ... 123
aa) Lehre und Rechtsprechung ... 124
bb) Eigene Auffassung ... 126
b) Vormerkungsdauer eines altrechtlichen Vorkaufsrechts ... 128
aa) Ablauf der Vormerkungsdauer vor Inkrafttreten der Gesetzesrevision ... 128

bb) Ablauf der Vormerkungsdauer nach Inkrafttreten der Gesetzesrevision 129
4. Vormerkung des Vorkaufsrechts 130
A) Vormerkungswirkungen des Vorkaufsrechts 131
a) Dingliche Wirkung der Vormerkung 131
aa) Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorkaufsbelasteten 132
aaa) Latente Wirkung vor der Ausübung des Vorkaufsrechts 132
bbb) Aktualisierung mit der Ausübung des Vorkaufsrechts 133
ccc) Befugnis des Vorkaufsberechtigten zur Löschung von rangschlechteren Grundstücksrechten 135
ddd) Löschungsbefugnis beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht 138
aaaa) Zu löschende Grundstücksrechte 138
bbbb) Nicht zu löschende Grundstücksrechte 141
cccc) Keine Entschädigungspflicht des Vorkaufsberechtigten 144
eee) Löschungsbefugnis beim absolut limitierten Vorkaufsrecht 145
aaaa) Zu löschende Grundstücksrechte 145
bbbb) Nicht zu löschende Grundstücksrechte 146
cccc) Kein Wahlrecht zur Reduktion des Kaufpreises 146
bb) Beständigkeit gegenüber Beschlagsrechten nach SchKG 147
aaa) Vor der Ausübung des Vorkaufsrechts 147
bbb) Nach der Ausübung des Vorkaufsrechts 147
b) Realobligatorische Wirkung der Vormerkung 150
aa) Terminologie 150
bb) Unterscheidung von der dinglichen Wirkung der Vormerkung 151
cc) Gesetzliche Grundlage 151
dd) Umfang der realobligatorischen Wirkung der Vormerkung 152
aaa) Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht 153
bbb) Forderungen aus dem Hauptvertrag 155
ccc) Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten des Vorkaufsrechtsgebers 156
ddd) Gegenleistung des Vorkaufsrechtsnehmers 157
eee) Zusammenfassung 157
c) Verobjektivierung der Rechtsbeziehung im Verhältnis zu Dritten 157

d) Schutz gegen tatsächliche Einwirkungen auf das Vorkaufsobjekt? ... 158
B) Entstehung der Vormerkungswirkungen ... 160
a) Im Allgemeinen ... 160
aa) Eintragungsprinzip ... 160
bb) Grundbuchanmeldung ... 161
cc) Grundbucheintragung ... 162
b) Gutgläubiger Erwerb der Vormerkungswirkungen im Besonderen ... 163
C) Erlöschen der Vormerkungswirkungen ... 165
a) Durch die Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch ... 165
b) Von Gesetzes wegen ... 166
c) Wegen Ablaufs der Vormerkungsdauer insbesondere ... 169
D) Abgrenzung des vorgemerkten vom nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht ... 171
II. Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis ... 173
1. Rechtsnatur des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis ... 173
2. Limitiertes oder unlimitiertes Vorkaufsrecht ... 177
3. Vererblichkeit und Abtretbarkeit ... 177
4. Befristung des Vorkaufsrechts ... 179
5. Vormerkung des Vorkaufsrechts ... 179
A) Vorgemerktes Vorkaufsrecht ... 180
a) Dingliche Wirkung ... 181
aa) Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorkaufsbelasteten ... 181
bb) Beständigkeit gegenüber Beschlagsrechten nach SchKG ... 183
b) Realobligatorische Wirkung ... 183
c) Grundbuchliche Behandlung ... 184
B) Nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht ... 184
III. Vorkaufsrecht durch Verfügung von Todes wegen ... 185
5. KAPITEL: VORKAUFSOBJEKT ... 187
I. Grundstück ... 187
1. Im Allgemeinen ... 187
2. Arten von Grundstücken ... 190
II. Realer oder ideeller Teil eines Grundstücks ... 191
1. Realteil eines Grundstücks ... 191
A) Real teilbares Grundstück ... 191
B) Besonderheiten des Vorkaufsrechts an einem Realteil eines Grundstücks ... 193
2. Ideeller Teil eines Grundstücks ... 195

A) Zur Zulässigkeit des Vorkaufsrechts an einem künftigen Miteigentumsanteil im Allgemeinen 195
B) Vorkaufsrecht an einem künftigen gewöhnlichen Miteigentumsanteil 197
C) Vorkaufsrecht an einem künftigen Stockwerkeigentumsanteil 198

6. KAPITEL: VORKAUFSFALL 201

I. Allgemeine Anforderungen an den Drittvertrag 202

1. Grundsatz 202
A) Rechtsgültiger Abschluss des Drittvertrags 202
B) Abschluss eines Vorvertrags als Vorkaufsfall? 206
C) Abschluss eines Kaufsrechtsvertrags als Vorkaufsfall? 207
2. Spezialfälle 208
A) Einseitig unverbindlicher Drittvertrag 208
B) Anfechtbarer Drittvertrag 210
C) Bedingter Drittvertrag 212
a) Lehre und Rechtsprechung 212
b) Eigene Stellungnahme 213
aa) Rechtslage beim kasuell bedingten Drittvertrag 214
bb) Rechtslage beim potestativ bedingten Drittvertrag 216
D) Bewilligungs- bzw. zustimmungsbedürftiger Drittvertrag 218
a) Bewilligungs- bzw. Zustimmungserfordernis auf Seiten des Dritterwerbers 219
b) Bewilligungs- bzw. Zustimmungserfordernis auf Seiten des Vorkaufsbelasteten 220
E) Nachträgliche Aufhebung des Drittvertrags 222
a) Von Art. 216d Abs. 2 OR erfasste Vertragsaufhebungstatbestände 222
b) Zeitpunkt, ab dem eine Vertragsaufhebung unbeachtlich bleibt 224
F) Nachträgliche Abänderung des Drittvertrags 226
G) Verhinderung des Vorkaufsfalls wider Treu und Glauben 228

II. Verkauf eines Grundstücks 228

1. Grundstückkaufvertrag 229
2. Besondere Erscheinungsformen des Grundstückkaufs 229
3. Mengenkauf und damit verwandte Tatbestände 230
4. Teilverkauf 232
5. Kaufvertrag mit ergänzender Nebenleistungspflicht 232
A) Nebenleistung erbringbar oder in Geld schätzbar 232
B) Nebenleistung weder erbringbar noch in Geld schätzbar 233

6. Ausnahmen ... 235
A) Sperrwirkung von Art. 681 Abs. 2 ZGB ... 235
B) Sperrwirkung von Art. 216c Abs. 2 OR ... 236
C) Sperrwirkung der «ökonomischen Betrachtungsweise» ... 236
D) Zum sogenannten Verwandten- bzw. Kindskauf im Besonderen ... 237
E) Massgeblichkeit der Person des Erwerbers? ... 239
III. Negative Umschreibung von Art. 216c Abs. 2 OR ... 240
1. Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung ... 240
2. Zwangsversteigerung ... 241
A) Beim vertraglichen Vorkaufsrecht ... 241
B) Beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis ... 242
3. Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ... 244
A) Enteignung ... 244
B) Enteignungsähnlicher Verkauf ... 245
C) Sonstiger Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ... 246
IV. Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt ... 248
1. Entstehungsgeschichte ... 248
A) Frühere Lehre und Rechtsprechung zum Vorkaufsfall ... 248
B) Teilrevision des ZGB und des OR von 1991 ... 249
2. Interpretation in Lehre und Rechtsprechung ... 251
A) Heutige Lehre und Rechtsprechung ... 251
B) Eigene Auffassung ... 252
a) Argumente für die «ökonomische Betrachtungsweise» ... 252
b) Keine andere Beurteilung durch ein neueres Bundesgerichtsurteil ... 254
c) Keine notwendige Übereinstimmung der «ökonomischen Betrachtungsweise» im Zivil- und Steuerrecht ... 255
3. Das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommende Rechtsgeschäft ... 256
A) Zweiseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft ... 257
a) Zweiseitiges Rechtsgeschäft ... 257
b) Zweiseitige Leistungsverpflichtung ... 257
B) Keine wirtschaftliche Identität der Parteien ... 258
a) Kein Vorkaufsfall bei wirtschaftlicher Identität der Parteien ... 259
b) Weitere Auswirkungen bei wirtschaftlicher Identität der Beteiligten ... 260
C) Geldleistung oder ein wirtschaftliches Äquivalent ... 261
a) Verpflichtung zu einer Geldleistung ... 261

b) Verpflichtung zur Erbringung eines wirtschaftlichen Äquivalents ... 263
aa) Im Allgemeinen ... 263
bb) Beim Tauschvertrag ... 264
cc) Beim Verpfründungs- und Leibrentenvertrag ... 264
dd) Bei besonderen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen ... 266
aaa) Sacheinlagevertrag ... 267
bbb) Liquidation einer Aktiengesellschaft ... 269
ccc) Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz ... 270
D) Übertragung des formellen oder wirtschaftlichen Grundeigentums ... 271
a) Verpflichtung zur Übertragung des formellen Grundeigentums ... 271
b) Verpflichtung zur Übertragung des wirtschaftlichen Grundeigentums ... 272
aa) Einräumung einer Dienstbarkeit ... 273
aaa) Überbaurecht ... 274
bbb) Bauverbot ... 275
ccc) Wohnrecht ... 275
ddd) Nutzniessung ... 276
eee) Baurecht ... 277
bb) Einräumung eines obligatorischen Gebrauchsrechts ... 279
aaa) Langfristige Miete ... 279
bbb) Immobilienleasing ... 280
cc) Übertragung von Beteiligungsrechten an einer juristischen Person ... 281
E) Verfügungen von Todes wegen ... 283
a) Letztwillige Verfügung ... 284
b) Erbvertrag ... 285
aa) Unentgeltlicher Erbvertrag ... 285
bb) Entgeltlicher Erbvertrag ... 286
aaa) Entgeltlicher Vermächtnisvertrag ... 286
bbb) Entgeltlicher Erbeinsetzungsvertrag ... 288
F) Zusammenfassung ... 290
V. Rechtsgeschäftliche Definition ... 291
1. Einschränkung des Vorkaufsfalls ... 291
2. Ausdehnung des Vorkaufsfalls ... 292

7. KAPITEL: WIRKUNGEN DES VORKAUFSFALLS ... 295

I. Informationspflicht ... 295
1. Zeitpunkt der Entstehung ... 295

2. Schuldner und Gläubiger ... 297
A) Schuldner ... 297
B) Gläubiger ... 298
3. Form und Inhalt ... 299
A) Form ... 299
B) Inhalt ... 299
a) Beim unlimitierten Vorkaufsrecht ... 300
b) Beim limitierten Vorkaufsrecht ... 301
c) Weitere Informationen? ... 301
aa) Möglichkeit zur Besichtigung des Grundstücks ... 301
bb) Weitere für die Entscheidfindung relevante Informationen ... 303
4. Rechtsnatur ... 303
5. Folgen der Erfüllung und der Nichterfüllung ... 305
A) Erfüllung ... 305
B) Nichterfüllung ... 306
6. Abgrenzung gegenüber der Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters nach Art. 969 Abs. 1 ZGB ... 307
A) Sachlicher Anwendungsbereich der Anzeigepflicht ... 308
B) Zeitpunkt der Entstehung der Anzeigepflicht ... 310
C) Inhalt der Anzeigepflicht ... 311
D) Haftungsfolge bei Verletzung der Anzeigepflicht ... 312
II. Befugnis zur Ausübung des Vorkaufsrechts ... 312
1. Ausübungserklärung ... 313
A) Erklärender ... 313
a) Im Allgemeinen ... 313
b) Bei mehreren Vorkaufsberechtigten im Besonderen ... 313
aa) Bei einer anteilsmässigen Vorkaufsberechtigung ... 314
bb) Bei einer gesamthandschaftlichen Vorkaufsberechtigung ... 317
B) Adressat ... 319
a) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht ... 319
b) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht ... 321
c) Einzelfragen ... 323
aa) Adressat bei wirtschaftlicher Identität zwischen formellem Grundeigentümer und materiellem Veräusserer ... 323
bb) Drittperson als Adressatin ... 324
cc) Adressat bei einer Mehrheit von vorkaufsbelasteten Personen ... 325
C) Form ... 326
D) Inhalt ... 328

a) Im Allgemeinen 328
b) Bedingungsfeindlichkeit, Vorbehaltlosigkeit und Unwiderruflichkeit 329
2. Ausübungsfrist 331
A) Dauer der Ausübungsfrist 332
a) Relative Verwirkungsfrist 332
b) Absolute Verwirkungsfrist 333
c) Abweichende Parteivereinbarung 335
B) Fristbeginn 335
a) Zugang der Informationen über den Abschluss und den Inhalt des Drittvertrags 336
b) Rechtslage bei falschen oder unvollständigen Informationen 337
C) Fristwahrung 338
a) Im Allgemeinen 338
b) Bei einer erforderlichen Erwerbsbewilligung 339
c) Vorsorgliche Ausübung des Vorkaufsrechts im Besonderen 341
3. Wirkungen der Ausübung und der Nichtausübung 342
A) Wirkungen der Ausübung 343
a) Im Allgemeinen 343
b) Ausübung mehrerer voneinander unabhängiger Vorkaufsrechte 344
aa) Rangordnung bei mehreren Vorkaufsrechten 344
bb) Rechtsfolge bei Ausübung eines rangschlechteren Vorkaufsrechts 346
B) Wirkungen der Nichtausübung 346
a) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht 347
b) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht 347
C) Ausdrücklicher Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts im Besonderen 348
a) Nach Eintritt des Vorkaufsfalls 348
b) Vor Eintritt des Vorkaufsfalls 350

8. KAPITEL: RECHTSLAGE NACH AUSÜBUNG DES VORKAUFSRECHTS 353

I. Zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsbelastetem 353
1. Neues Vertragsverhältnis 353
A) Im Allgemeinen 354
B) Rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses 355
C) Zur Frage der Formbedürftigkeit 357
2. Rechtsgrundlage des neuen Rechte- und Pflichtenprogramms 358
A) Massgebliche Vertragsgrundlage 358
a) Im Allgemeinen 358

b) Beim unlimitierten Vorkaufsrecht ... 359
c) Beim limitierten Vorkaufsrecht ... 360
B) Auslegung der massgeblichen Vertragsgrundlage ... 361
3. Pflicht des Vorkaufsbelasteten zur Eigentumsverschaffung am Grundstück ... 363
A) Die Eigentumsverschaffungspflicht ... 364
a) Im Allgemeinen ... 364
b) Vollstreckung der Eigentumsverschaffungspflicht ... 364
B) Das Grundstück als Kaufgegenstand ... 366
a) Im Normalfall ... 366
b) Zum Sonderfall des Mengenkaufs ... 367
c) Zum Sonderfall des Vorkaufsrechts an einem Realteil oder ideellen Teil eines Grundstücks ... 369
aa) Parzellierung des Realteils ... 369
bb) Begründung des ideellen Teils am Grundstück ... 370
d) Zum Sonderfall des Teilverkaufs ... 371
C) Die Rechts- und Sachgewährleistungspflicht ... 372
a) Rechtsgewährleistungspflicht ... 372
aa) Änderung des Rechtsbestands am Grundstück nach Ausübung des Vorkaufsrechts ... 374
bb) Änderung des Rechtsbestands am Grundstück zwischen Eintritt des Vorkaufsfalls und Ausübung des Vorkaufsrechts ... 375
cc) Änderung des Rechtsbestands am Grundstück vor Eintritt des Vorkaufsfalls ... 376
aaa) Beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht ... 377
bbb) Beim absolut limitierten Vorkaufsrecht ... 378
dd) Sonderfall: Änderung des Rechtsbestands am Grundstück zugunsten des Vorkaufsberechtigten ... 379
b) Sachgewährleistungspflicht ... 380
aa) Im Allgemeinen ... 381
bb) Sachgewährleistung für bauliche Veränderungen im Besonderen ... 382
aaa) Beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht ... 383
bbb) Beim absolut limitierten Vorkaufsrecht ... 384
ccc) Sonderfall: Wertsteigerung des Grundstücks durch bauliche Veränderungen ... 385
c) Zur Freizeichnung von der Rechts- und Sachgewährleistung ... 386
4. Pflicht des Vorkaufsberechtigten zur Bezahlung des Kaufpreises ... 387
A) Höhe des Kaufpreises ... 387
a) Bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht ... 387

aa) Im Normalfall 387
bb) Bei einer im Drittvertrag vereinbarten Nebenleistung 388
cc) Bei einem Vorkaufsrecht an einem Realteil oder ideellen Teil eines Grundstücks und beim Mengenkauf 389
dd) Bei einem Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt 391
aaa) Bei einer im Drittvertrag vereinbarten Gegenleistung, die nicht in Geld besteht 391
bbb) Bei einer Veräusserung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Grundstück im Drittvertrag 392
b) Bei einem limitierten Vorkaufsrecht 393
aa) Im Normalfall 393
bb) Beim Teilverkauf 393
B) Einzelfragen bei der Erfüllung der Kaufpreisschuld 394
a) Fälligkeit der Kaufpreisschuld 394
b) Verrechnung 395
c) Übernahme von Grundpfandschulden 396
d) Vorlage eines Zahlungsversprechens 397
e) Verzugsfolgen bei nicht rechtzeitiger Bezahlung 398
II. Zwischen Vorkaufsberechtigtem und Drittem 399
1. Anmeldung des Vorkaufsberechtigten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt 399
A) Im Allgemeinen 399
B) Klage auf Feststellung der nicht rechtswirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts im Besonderen 399
2. Anmeldung des Dritten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt *nach* der Ausübung des Vorkaufsrechts 401
A) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht 401
B) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht 402
3. Anmeldung des Dritten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt *vor* der Ausübung des Vorkaufsrechts 404
A) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht 404
B) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht 406
a) Pflicht des Dritten zur Eigentumsverschaffung am Grundstück 407
b) Pflicht des Vorkaufsberechtigten zur Bezahlung des Kaufpreises 409
III. Zwischen Vorkaufsbelastetem und Drittem 409
1. Resolutiv bedingter Drittvertrag 409
2. Anmeldung des Vorkaufsberechtigten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt 410

A) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht 411
B) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht 412
C) Besonderheit beim Mengenkauf 413
3. Anmeldung des Dritten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt 414
A) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht 414
B) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht 414
a) Nach der Ausübung des Vorkaufsrechts 414
b) Vor der Ausübung des Vorkaufsrechts 415

ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN 419

I. Grundlagen 419
II. Begründung des Vorkaufsrechts 419
III. Aufhebung und Abänderung des Vorkaufsrechts 420
IV. Inhalt und Wirkungen des Vorkaufsrechts 421
V. Vorkaufsobjekt 424
VI. Vorkaufsfall 424
VII. Wirkungen des Vorkaufsfalls 428
VIII. Rechtslage nach Ausübung des Vorkaufsrechts 430

SACHREGISTER 435

Literaturverzeichnis

Die nachstehenden Werke werden, wo nichts anderes vermerkt ist, mit dem Nachnamen des Autors oder der Autoren sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

ALLGÄUER OSKAR	Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuche, Diss. Zürich 1918
ALLIMANN BAPTISTE	La péremption – Etude en droit privé suisse, Diss. Freiburg, Genf/Zürich/Basel 2011
AMONN KURT/WALTHER FRIDOLIN	Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013
ARNET RUTH	Abwicklung und Absicherung der Gegenleistung, Überlegungen zum «unwiderruflichen Zahlungsversprechen» und zum Verkäuferpfandrecht: in: Schmid Jürg (Hrsg.), Der Grundstückkauf, La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 427 ff.
BÄR ROLF	Ist die Begründung eines Bau- oder eines Kaufrechts ein Vorkaufsfall?, in: BN 21/1960, S. 89 ff.
BALLIF ALBAN	Le droit de superficie, éléments réels, obligations propter rem et droits personnels annotés, Diss. Lausanne, Zürich 2004
BAUMANN MAX	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Sachenrecht, Teilband 2a: Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten, Art. 745–778 ZGB Nutzniessung und Wohnrecht, 3. Aufl., Zürich 1999 (zit.: BAUMANN, ZK, N … zu Art. … ZGB)

BECKER HERMANN	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184–551, Bern 1934 (zit.: BECKER, BK, N … zu Art. … OR)
BENEDICK GILLES/ VISCHER MARKUS	Die intertemporale Anwendung von nArt. 210 Abs. 4 OR, in: Jusletter vom 3. Dezember 2012
BESSON CHARLES	Restriction du droit d'aliéner et cancellation du Registre Foncier, in: ZBGR 66/1985, S. 1 ff.
BGBB-BEARBEITER	Schweizerischer Bauernverband (Hrsg.), Das bäuerliche Bodenrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991, 2. Aufl., Brugg 2011 (zit.: BGBB-BEARBEITER, N … zu Art. …)
BINZ-GEHRING DORIS	Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975
BÖCKLI PETER	Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/ Genf 2009 (zit.: BÖCKLI, N … zu § …)
BREHM ROLAND	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013 (zit.: BREHM, BK, N … zu Art. … OR)
BRÜCKNER CHRISTIAN	Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts), in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 503 ff.
BRUNNER ROBERT MAX	Kaufsrechte an Grundstücken, Versuch einer einheitlichen rechtlichen Erfassung vertraglich begründeter Kaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufsrechte, Diss. Bern, Zürich 1998
BSK ERWACHSENENSCHUTZ-BEARBEITER	Geiser Thomas/Reusser Ruth E. (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art. 360–456 ZGB, Art. 14, 14a SchlT ZGB, Basel 2012 (zit.: BSK ERWACHSENENSCHUTZ-BEARBEITER, N … zu Art. … ZGB)

BSK FUSG-BEARBEITER	Watter Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar, Fusionsgesetz, Basel 2005 (zit.: BSK FUSG-BEARBEITER, N … zu Art. …)
BSK OR I-BEARBEITER	Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., Basel 2011 (zit.: BSK OR I-BEARBEITER, N … zu Art. …)
BSK SCHKG-BEARBEITER	Staehelin Adrian/Bauer Thomas/Staehelin Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände, Basel 2010 (zit.: BSK SCHKG-BEARBEITER, N … zu Art. …)
BSK ZGB I-BEARBEITER	Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010 (zit.: BSK ZGB I-BEARBEITER, N … zu Art. …)
BSK ZGB II-BEARBEITER	Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 4. Aufl., Basel 2011 (zit.: BSK ZGB II-BEARBEITER, N … zu Art. …)
BUCHER EUGEN	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, 2. Teilband: Kommentar zu Art. 27 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (zit.: BUCHER, BK, N … zu Art. … ZGB)
DERSELBE	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit.: BUCHER, OR AT)
BURBULLA RAINER	Der Vorkaufsfall im Zivilrecht, Diss. Bochum, Köln/Berlin/München 2006
BURCKHARDT CHRISTOPH	Die Vermächtnisforderung, Dogmatische Struktur, Erfüllung und Erfüllungszwang, Diss. Zürich 1986

BÜRGI WOLFHART F./ NORDMANN-ZIMMERMANN URSULA	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, b/3: Art. 739–771 OR, Zürich 1979 (zit.: BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, ZK, N … zu Art. … OR)
CANARIS CLAUS-WILHELM	Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Jakobs Horst Heinrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978, S. 371 ff.
CARLIN GASTON	Erörterung von Artikel 882, Absatz 3 des schweizerischen Obligationenrechts (Uebergangsbestimmungen), Basel 1886
CASPER MATTHIAS	Der Optionsvertrag, Tübingen 2005
CAVIN PIERRE	Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/1: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Stuttgart 1977, S. 1 ff. (zit.: CAVIN, SPR VII/1)
CHERPILLOD IVAN	La fin des contrats de durée, Lausanne 1988
CR OR I-BEARBEITER	Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des obligations I: Art. 1–529 CO, 2. Aufl., Basel 2012 (zit.: CR OR I-BEARBEITER, N … zu Art. …)
CR SCHKG-BEARBEITER	Dallèves Louis/Foëx Bénédict/Jeandin Nicolas (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Commentaire de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que des articles 166 à 175 de la Loi fédérale sur le droit international privé, Basel/Genf/München 2005 (zit.: CR SCHKG-BEARBEITER, N … zu Art. …)
DESCHENAUX HENRI	Das Grundbuch, in: Meier-Hayoz Arthur (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band V/3 (2 Teilbände), Basel/Frankfurt am Main 1988/89 (zit.: DESCHENAUX, SPR V/3)
DERSELBE	Les obligations dites réelles, in: ZBGR 43/1962, S. 282 ff. (zit.: DESCHENAUX, ZBGR 1962)

DRUEY JEAN NICOLAS	Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002
EITEL PAUL	Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung, Habil. Bern 1998 (zit.: EITEL, N … zu § …)
EITEL PAUL/ELMIGER FABIENNE	Die Anfechtungsklage wegen Erbvertragswidrigkeit nach Art. 494 Abs. 3 ZGB, in: Bommer Felix/Berti Stephen V. (Hrsg.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2011 – 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 241 ff.
EMERY CAROLINE	Le droit de préemption en droit foncier rural, Diss. Lausanne 2005
ENGEL PIERRE	Contrats de droit suisse, 2. Aufl., Bern 2000
ESCHER ARNOLD	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457–536 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1959 (zit.: ESCHER, ZK, N … zu Art. … ZGB)
DERSELBE	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537–640 ZGB), 3. Aufl., Zürich 1960 (zit.: ESCHER, ZK, N … zu Art. … ZGB)
FASEL URS	Grundbuchverordnung (GBV) vom 23. September 2011, Kommentar, 2. Aufl., Bern 2013 (zit.: FASEL, N … zu Art. … GBV)
FAVRE PASCAL G.	Le transfert conventionnel de contrat, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2005
FELLMANN WALTER/ MÜLLER KARIN	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband: Die einfache Gesellschaft Art. 530–544 OR, Bern 2006 (zit.: FELLMANN/MÜLLER, BK, N … zu Art. … OR)
FOËX BÉNÉDICT	Comment éviter l'exercice du droit de préemption?, in: Not@lex 2010, S. 77 ff. (zit.: FOËX, Not@lex 2010)

DERSELBE	La nouvelle réglementation des droits de préemption, d'emption et de réméré dans le CC/CO, in: SemJud 116/1994, S. 381 ff. (zit.: FOËX, SemJud 1994)
DERSELBE	Quelques questions pratiques relatives aux droits de préemption du CC/CO, in: ZBGR 88/2007, S. 1 ff. (zit.: FOËX, ZBGR 2007)
FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI	Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012
FORSTMOSER PETER/ MEIER-HAYOZ ARTHUR/ NOBEL PETER	Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996
FRIEDRICH HANS-PETER	Das Stockwerkeigentum, Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Bern 1965 (zit.: FRIEDRICH, Stockwerkeigentum, N … zu § …)
DERSELBE	Der Rang der Grundstückrechte, in: ZBGR 58/1977, S. 321 ff. (zit.: FRIEDRICH, ZBGR 1977)
DERSELBE	Praktische Fragen im Zusammenhang mit der Begründung von Stockwerkeigentum, in: ZBGR 47/1966, S. 321 ff. (zit.: FRIEDRICH, ZBGR 1966)
FURRER ROLF	Beitrag zur Lehre der Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973
GAUCH PETER	Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 9. Aufl., Zürich 2008 (zit.: GAUCH/ SCHLUEP/BEARBEITER)
GHANDCHI LILIAN	Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis, Diss. Zürich 1999

GIGER HANS	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch, 3. Abschnitt: Der Grundstückkauf Art. 216–221 OR, Bern 1997 (zit.: GIGER, BK, N … zu Art. … OR)
GILLIÉRON PIERRE-ROBERT	Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 5. Aufl., Basel 2012
GROSSENBACHER MARIUS	Das selbständige und dauernde Baurecht im Unternehmungssteuerrecht, Diss. Zürich 1992
GRUNDLER JVO	Willensmängel des Gegenkontrahenten beim entgeltlichen Erbvertrag, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart/Wien 1998
GUHL THEO	Die Übergangsbestimmungen des schweizerischen Zivilgesetzbuches unter Berücksichtigung des bernischen Rechts, in: ZBJV 46/1910, S. 529 ff. und 601 ff.
GUHL THEO/KOLLER ALFRED/SCHNYDER ANTON K./DRUEY JEAN NICOLAS	Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Aufl., Zürich 2000 (zit.: GUHL/BEARBEITER, § … N …)
GYGI FRITZ	Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986
HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST/SCHERRER WERNER/ZOBL DIETER	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Erste Abteilung: Das Eigentum, Art. 641–729, 2. Aufl., Zürich 1977 (zit.: BEARBEITER, ZK, N … zu Art. … ZGB)
HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN	Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX	Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010
HÄNNI PETER	Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008
HAGEMANN MAX	Die antizipierte Erbfolge, in: ZSR 66/1947, S. 199 ff.

HANUSCH HORST	Nutzen-Kosten-Analyse, 3. Aufl., München 2011
HARTMANN STEPHAN	Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Habil. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2005 (zit.: HARTMANN, Rückabwicklung)
DERSELBE	Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung, Diss. Freiburg 2001 (zit.: HARTMANN, Informationspflichten)
HAUSER PETER	Der Erbteilungsvertrag, Diss. Zürich 1973
HAUSHEER HEINZ	Grenzfragen des Erbrechts und ihre Reflexwirkung auf das Grundbuch, in: ZBGR 52/1971, S. 257 ff.
HAUSHEER HEINZ/ REUSSER RUTH/GEISER THOMAS	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Teilband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159–180 ZGB, 2. Aufl., Bern 1999 (zit.: HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, N … zu Art. … ZGB)
HESS MARKUS	Immobilien-Leasing in der Schweiz, Diss. Zürich 1989 (zit.: HESS, Immobilien-Leasing)
HESS URS	Kommentierung der Art. 216–216e OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007 (zit.: HESS, BSK, N … zu Art. … OR)
HIGI PETER	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 2b: Die Miete, Erste Lieferung: Art. 253–265 OR, 3. Aufl., Zürich 1994 (zit.: HIGI, ZK, N … zu Art. … OR)
DERSELBE	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Teilband V 2b: Die Pacht, Art. 275–304 OR, 3. Aufl., Zürich 2000 (zit.: HIGI, ZK, N … zu Art. … OR)

HOMBERGER ARTHUR	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Dritte Abteilung: Besitz und Grundbuch, Art. 919–977, 2. Aufl., Zürich 1938 (zit.: HOMBERGER, ZK, N … zu Art. … ZGB)
HONSELL HEINRICH	Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., Bern 2010
HUBER HANS	Bemerkungen der Redaktion zu den Urteilen Nrn. 50 und 51, in: ZBGR 60/1979, S. 383 ff.
HÜRLIMANN-KAUP BETTINA	Die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters (Art. 969 ZGB und Spezialnormen), in: ZBGR 93/2012, S. 1 ff.
HÜRLIMANN-KAUP BETTINA/SCHMID JÖRG	Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010
HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE	Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positiven Erbvertrag – eine methodische Betrachtung, in: successio 2/08, S. 205 ff.
HUSER MEINRAD	Schweizerisches Vermessungsrecht, Freiburg 2001
ISLER LEANA MARIA	Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte (Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht; Miete und Pacht) und ihre steuerrechtliche Behandlung, Diss. Zürich 1989
JÄGGI PETER	Ueber das vertragliche Vorkaufsrecht, in: ZBGR 39/1958, S. 65 ff.
JENNY FRANZ	Der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem schweizerischen ZGB, Diss. Freiburg, Bern 1926
JOST ARTHUR	Die Realobligation als Rechtsinstitut, Bern 1956
KELLER MAX/SIEHR KURT	Kaufrecht, Kaufrecht des OR und Wiener UN-Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995
KLEINSCHMIDT JENS	Der Verzicht im Schuldrecht, Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht, Diss. Regensburg, Tübingen 2004

KOBIERSKI MARLENE	Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Diss. Bern 2012
KOHLER URS E.	Die Abtretung angefallener Erbanteile, Art. 635 ZGB, Diss. Zürich 1976
KOLLER ALFRED	Das intertemporale Recht zu Art. 216a OR, Altrechtliche Kaufs- und Vorkaufsrechte unter neuem Recht, in: ZBGR 81/2000, S. 290 ff. (zit.: KOLLER, ZBGR 2000)
DERSELBE	Grundstückkauf mit falscher Flächenangabe, in: ZBGR 78/1997, S. 1 ff. (zit.: KOLLER, ZBGR 1997)
DERSELBE	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Handbuch des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, 3. Aufl., Bern 2009 (zit.: KOLLER, OR AT)
DERSELBE	Verkauf einer vermieteten Wohnliegenschaft, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 377 ff. (zit.: KOLLER, Wohnliegenschaft)
DERSELBE	Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 77 ff. (zit.: KOLLER, Formmangel)
DERSELBE	Vorkaufsberechtigung bei Veräusserungsgeschäften, die Teil einer gemischten Schenkung sind, in: Rumo-Jungo Alexandra et al. (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 751 ff. (zit.: KOLLER, Vorkaufsberechtigung)
KRAMER ERNST A.	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Artikel 19–22 OR, Bern 1991 (zit.: KRAMER, BK, N … zu Art. … OR)
DERSELBE	Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern 2013 (zit.: KRAMER, Methodenlehre)

KRAMER ERNST A./ SCHMIDLIN BRUNO	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband: Allgemeine Einleitung in das Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 (zit.: KRAMER/ SCHMIDLIN, BK, N … zu Art. … OR)
KRAUSKOPF PATRICK	Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg 2000
KRENGER ANDREAS	Die Grundbuchberichtigungsklage, Diss. Basel, 2. Aufl., Chur/Zürich 1991
KÜNG MANFRED	Sacheinlagen und Sachübernahmen im neuen Aktienrecht, in: JB HR, Zürich 1992, S. 13 ff.
LANZ RAPHAEL	Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im schweizerischen Privatrecht, Diss. Bern 2000
LARENZ KARL	Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987
LEEMANN HANS	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, I. Abteilung: Art. 641–729, 2. Aufl., Bern 1920 (zit.: LEEMANN, BK, N … zu Art. … ZGB)
DERSELBE	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, II. Abteilung: Art. 730–918, 2. Aufl., Bern 1925 (zit.: LEEMANN, BK, N … zu Art. … ZGB)
LEUENBERGER CHRISTOPH	Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 27 ff.
LIVER PETER	Das Eigentum, in: Schweizerisches Privatrecht, Band V/1: Sachenrecht, Basel/Stuttgart 1977, S. 1 ff. (zit.: LIVER, SPR V/1)
DERSELBE	Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer 1964, Sachenrecht, in: ZBJV 101/1965, S. 396 ff. (zit.: LIVER, ZBJV 1965)
DERSELBE	Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer 1966, Sachenrecht, in: ZBJV 104/1968, S. 12 ff. (zit.: LIVER, ZBJV 1968)

DERSELBE	Die Realobligation, in: ZBGR 43/1962, S. 257 ff. (zit.: LIVER, ZBGR 1962)
DERSELBE	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band: Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730–792), Erster Band: Die Grunddienstbarkeiten (Art. 730–744), 2. Aufl., Zürich 1980 (zit.: LIVER, ZK, N … zu Art. … ZGB)
LÜCHINGER NIKLAUS	Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 1999
MADER PETER	Vorkaufsrechte und Umgehung, in: Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 305 ff.
MAISSEN SANDRA	Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, Diss. Freiburg 1996
MEIER ROBERT	Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht – vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen, in: AJP 3/1994, S. 139 ff.
MEIER-HAYOZ ARTHUR	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981 (zit.: MEIER-HAYOZ, BK, N … zu Art. … ZGB)
DERSELBE	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 2. Teilband: Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974 (zit.: MEIER-HAYOZ, BK, N … zu Art. … ZGB)
DERSELBE	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 3. Teilband, Grundeigentum II, Art. 680–701 ZGB, 3. Aufl., Bern 1975 (zit.: MEIER-HAYOZ, BK, N … zu Art. … ZGB)

DERSELBE	Der Vorkaufsfall, in: ZBGR 45/1964, S. 257 ff. (zit.: MEIER-HAYOZ, ZBGR 1964)
MEIER-HAYOZ ARTHUR/ FORSTMOSER PETER	Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012
MEIER-HAYOZ ARTHUR/ REY HEINZ	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 5. Teilband: Grundeigentum IV: Das Stockwerkeigentum Art. 712a–712t ZGB, Bern 1988 (zit.: MEIER-HAYOZ/REY, BK, N … zu Art. … ZGB)
MERKER RUDOLF	Der Grundsatz der «vollen Entschädigung» im Enteignungsrecht, Diss. Zürich 1975
MERZ HANS	Schweizerisches Privatrecht, Band VI/1: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Basel/Frankfurt am Main 1984 (zit.: MERZ, SPR VI/1)
DERSELBE	Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992 (zit.: MERZ, Vertrag)
MIDDENDORF PATRICK	Nachwirkende Vertragspflichten, Diss. Freiburg 2002
MOOSER MICHEL	Les actes de disposition, in: Hottelier Michel/Foëx Bénédict (Hrsg.), La propriété par étages, Fondements théoriques et questions pratiques, Genf/Basel/München 2003, S. 101 ff.
MÜLLER MANUEL	Die Regelung der Vorkaufsrechte nach ZGB/OR und BGBB, in: BN 1994, S. 221 ff.
DERSELBE	Zur Ausübung des Vorkaufsrechts des landwirtschaftlichen Pächters, in: BlAgR 41/2007, S. 53 ff. (zit.: MÜLLER, BlAgR 2007)
MUTZNER PAUL	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Schlusstitel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, 1. Abschnitt: Art. 1–50, 2. Aufl., Bern 1926 (zit.: MUTZNER, BK, N … zu Art. … SchlT ZGB)
NOELPP CHRISTOPH	Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechts, Diss. Basel 1987

OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184–418 OR, 2. Aufl., Zürich 1936 (zit.: OSER/ SCHÖNENBERGER, ZK, N … zu Art. … OR)
DIESELBEN	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419–529 OR, 2. Aufl., Zürich 1945 (zit.: OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, N … zu Art. … OR)
OSTERTAG FRITZ	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Sachenrecht, III. Abteilung: Art. 919–977, 2. Aufl., Bern 1917 (zit.: OSTERTAG, BK, N … zu Art. … ZGB)
OTT WALTER	Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme, in: ZBGR 1978/59, S. 257 ff.
PETER HANSJÖRG	Das bedingte Geschäft, Seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht, Habil. Bern, Zürich 1994 (zit.: PETER, Geschäft)
DERSELBE	Verzicht auf Rechte und Befugnisse, insbesondere im Obligationenrecht, in: AcP 200/2000, S. 149 ff. (zit.: PETER, AcP 2000)
PETER HENRY	La cession du contrôle d'une société est-elle un «cas de préemption» au sens de l'art. 216c al. 1 CO?, in: Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf/Zürich/Basel 2008, S. 367 ff. (zit.: PETER, cas de préemption)
PFÄFFLI ROLAND	Neuerungen im Immobiliarsachenrecht und beim Grundstückkauf, in: BN 53/1992, S. 449 ff. (zit.: PFÄFFLI, BN 1992)
DERSELBE	Zur Vormerkung von Mietverträgen und Vorkaufsrechten (mit Berücksichtigung des neuen Mietrechts), in: BN 51/1990, S. 41 ff. (zit.: PFÄFFLI, BN 1990)

PFÄFFLI ROLAND/BYLAND DANIELA	Vorkaufsrecht, Kaufsrecht, Rückkaufsrecht an Grundstücken, in: Revue 16/2013, S. 289 ff. (zit.: PFÄFFLI/BYLAND, Revue 2013)
DIESELBEN	Zur Ausübung eines limitierten Vorkaufsrechts, in: Jusletter vom 29. März 2010 (zit.: PFÄFFLI/BYLAND, Jusletter 2010)
PIOTET DENIS	Le droit transitoire des lois fédérales sur le droit foncier rural et sur la révision partielle du code civil et du code des obligations du 4 octobre 1991, in: ZSR 113/1994, I. Halbband, S. 129 ff. (zit.: PIOTET, ZSR 1994)
PIOTET PAUL	Copropriétés et sous-communautés, in: ZBGR 80/1999, S. 137 ff. (zit.: PIOTET, ZBGR 1999)
DERSELBE	De la distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort, in: JdT 1968, I. Halbband, S. 354 ff. (zit.: PIOTET, JdT 1968)
DERSELBE	De quelques effets de l'annotation au registre foncier d'un pacte de préemption, in: JdT 1967, I. Halbband, S. 162 ff. (zit.: PIOTET, JdT 1967)
DERSELBE	Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band IV/1, Basel/Stuttgart 1978 (zit.: PIOTET, SPR IV/1)
DERSELBE	Erbrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Band IV/2, Basel/Stuttgart 1981 (zit.: PIOTET, SPR IV/2)
DERSELBE	Les effets typiques des annotations au registre foncier, in: ZBGR 50/1969, S. 34 ff. (zit.: PIOTET, ZBGR 1969)
REICHEL ALEX	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schlusstitel, Anwendungs- und Einführungsbestimmungen zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 1916 (zit.: REICHEL, ZK, N … zu Art. … SchlT ZGB)
REY HEINZ	Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008 (zit.: REY, Haftpflichtrecht)

DERSELBE	Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, 3. Aufl., Bern 2007 (zit.: REY, Eigentum)
DERSELBE	Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen, in: ZSR 113/1994, I. Halbband, S. 39 ff. (zit.: REY, ZSR 1994)
DERSELBE	Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1988, in: ZBJV 126/1990, S. 186 ff. (zit.: REY, ZBJV 1990)
REY HEINZ/MAETZKE LUKAS	Schweizerisches Stockwerkeigentum, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009
ROBERTO VITO	Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts, in: recht 11/1993, S. 172 ff.
ROTH-GROSSER ELISABETH	Das Wesen der materiellen Rechtskraft und ihre subjektiven Grenzen unter besonderer Berücksichtigung der Wechselbeziehung Zivilprozessrecht-Bundesprivatrecht, Diss. Zürich 1981
RUBIDO JOSÉ-MIGUEL	L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé, Diss. Genf 2012
RUEDIN ROLAND	Propriété par étages et poursuite pour dettes et faillite, in: ZBGR 56/1975, S. 321 ff.
RÜTSCHE BERNHARD	Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 31/2013, S. 153 ff.
SALZGEBER-DÜRIG ERIKA	Das Vorkaufsrecht und verwandte Rechte an Aktien, Diss. Zürich 1970
SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN	Kapitalisieren, Handbuch zur Anwendung der Barwerttafeln, 5. Aufl., Zürich 2001
SCHENKER URS	Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich 2013, S. 245 ff.
SCHMID FRITZ	Die Begründung von Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 1972 (zit.: SCHMID, Stockwerkeigentum)
SCHMID HANS PETER	Das Vorkaufsrecht, Diss. Basel 1934 (zit.: SCHMID, Vorkaufsrecht)

SCHMID JÖRG	Die Gewährleistung beim Grundstückkauf, Ausgewählte Fragen unter Berücksichtigung von Altlasten, in: ZBGR 81/2000, S. 353 ff. (zit.: SCHMID, ZBGR 2000)
DERSELBE	Die Grundstücksversteigerung, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 453 ff. (zit.: SCHMID, Grundstücksversteigerung)
DERSELBE	Die Neuerungen im Grundstückverkehr, Baurechtstagung Freiburg 1995, in: Seminar für Schweizerisches Baurecht (Hrsg.), Tagungsunterlage, Band II: Wahlveranstaltungen, Freiburg 1995, S. 71 ff. (zit.: SCHMID, Neuerungen)
DERSELBE	Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, Diss. Freiburg 1988 (zit.: SCHMID, öffentliche Beurkundung)
SCHMID JÖRG/ HÜRLIMANN-KAUP BETTINA	Sachenrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT	Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010
SCHMITZ DANIEL	Die Ausgabenbindung beim Finanzreferendum, Diss. St. Gallen, Bern/Stuttgart 1991
SCHNYDER BERNHARD	Vertragserfüllung und deren Sicherung in sachenrechtlicher Hinsicht, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 131 ff.
SCHÖBI CHRISTIAN	Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung, Diss. Zürich 1990 (zit. SCHÖBI, Akzessorietät)
SCHÖBI FELIX	Die Revision des Kaufs-, des Vorkaufs- und des Rückkaufsrechts, in: AJP 1/1992, S. 567 ff. (zit.: SCHÖBI, AJP 1992)

SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 1a: Allgemeine Einleitung, Vorbemerkung vor Art. 1 OR, Kommentar zu den Art. 1–17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973 (zit.: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, N … zu Art. … OR)
SCHÖNLE HERBERT	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung: Art. 184–191 OR, 3. Aufl., Zürich 1993 (zit.: SCHÖNLE, ZK, N … zu Art. … OR)
SCHÖNLE HERBERT/HIGI PETER	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 2a: Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192–204 OR, 3. Aufl., Zürich 2005 (zit.: SCHÖNLE/HIGI, ZK, N … zu Art. … OR)
SCHRANER MARIUS	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68–96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000 (zit.: SCHRANER, ZK, N … zu Art. … OR)
SCHUMACHER RAINER	Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008
SCHUMACHER RAINER/RÜEGG ERICH	Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, S. 175 ff.
SCHURIG KLAUS	Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, Diss. Köln, Berlin 1975
SCHWENZER INGEBORG	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012
SIMONIUS PASCAL/SUTTER THOMAS	Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel/Frankfurt am Main 1995
SOERGEL HANS THEODOR/WERTENBRUCH JOHANNES	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6/2: Schuldrecht 4/2, §§ 454–480, 13. Aufl., Stuttgart 2009 (zit.: SOERGEL/WERTENBRUCH, N … zu § … BGB)

SPIRIG EUGEN	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V: Obligationenrecht, Teilband V 1k: Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung: Art. 164–174 OR, 3. Aufl., Zürich 1994 (zit.: SPIRIG, ZK, N … zu Art. … OR)
SPIRO KARL	Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, 2 Bände, Bern 1975
STAEHELIN ADRIAN	Probleme aus dem Grenzbereich zwischen Privat- und Zwangsvollstreckungsrecht, Basel/Stuttgart 1968
STEINAUER PAUL-HENRI	La nouvelle réglementation du droit de préemption, in: ZBGR 73/1992, S. 1 ff. (zit.: STEINAUER, ZBGR 1992)
DERSELBE	La renonciation au droit de préemption ou à l'exercice de ce droit, in: Jusletter vom 12. März 2007 (zit.: STEINAUER, Jusletter 2007)
DERSELBE	Le droit des successions, Bern 2006 (zit.: STEINAUER, successions)
DERSELBE	Les droits réels, 3 Bände: Band I, 5. Aufl., Bern 2012; Band II, 4. Aufl., Bern 2012; Band III, 4. Aufl., Bern 2012 (zit.: STEINAUER, droits réels)
DERSELBE	Les pluralités de copropriétés sur un même immeuble, in: ZBGR 79/1998, S. 217 ff. (zit.: STEINAUER, ZBGR 1998)
DERSELBE	Questions choisies en rapport avec la propriété par étages, in: ZWR 25/1991, S. 285 ff. (zit.: STEINAUER, ZWR 1991)
STEINER ROLF	Das Gestaltungsrecht, Diss. Zürich 1984
STAEHELIN DANIEL	Kommentierung der Art. 236–240 und 335–346 ZPO, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013 (zit.: STAEHELIN, ZPO Komm., N … zu Art. …)

STÖCKLI HUBERT	Das Synallagma im Vertragsrecht, Begründung, Abwicklung, Störungen, Habil. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008
STREBEL LORENZ JOSEPH	Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Diss. Zürich 2009
SUTTER THOMAS	Einige Überlegungen zum Vorkaufsrecht, in: SJZ 81/1985, S. 277 ff.
TERCIER PIERRE/FAVRE PASCAL G.	Les contrats spéciaux, 4. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2009 (zit.: TERCIER/FAVRE/BEARBEITER)
TRAUFFER BERNHARD	Die neue gesetzliche Regelung des Immobiliarsachenrechts und des Grundstückkaufs, in: ZGRG 12/1993, S. 24 ff.
TUOR PETER	Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Art. 457–536, 2. Aufl., Bern 1952 (zit.: TUOR, BK, N … zu Art. … ZGB)
TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/ RUMO-JUNGO ALEXANDRA	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit.: TUOR/BEARBEITER, N … zu § …)
VAN DE SANDT CAROLE	L'acte de disposition, Diss. Freiburg 2000
VIONNET GUILLAUME	L'exercice des droits formateurs, Diss. Lausanne 2008
VISCHER MARKUS	Vorkaufsrechte an Aktien, in: GesKR 2014, S. 82 ff.
VON BÜREN ROLAND/ STOFFEL WALTER A./ WEBER ROLF H.	Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011
VON TUHR ANDREAS	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erste Hälfte, München/Leipzig 1914
VON TUHR ANDREAS/ ESCHER ARNOLD	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Aufl., Zürich 1974

VON TUHR ANDREAS/ PETER HANS	Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, Erste Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1974; Zweite Lieferung, 3. Aufl., Zürich 1979
VON STAUDINGER JULIUS/ BEARBEITER	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433–487, Leasing (Kaufrecht und Leasingrecht), 14. Aufl., Berlin 2004 (zit.: VON STAUDINGER/ BEARBEITER, N … zu § … BGB)
WEBER ROLF H.	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband: Die Erfüllung der Obligation Art. 68–96 OR, 2. Aufl., Bern 2005 (zit.: WEBER, BK, N … zu Art. … OR)
DERSELBE	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97–109 OR, Bern 2000 (zit.: WEBER, BK, N … zu Art. … OR)
DERSELBE	Die Stockwerkeigentümergemeinschaft, Praktische Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung im schweizerischen und deutschen Recht, Diss. Zürich 1979 (zit.: WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft)
WEIMAR PETER	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilband: Die gesetzlichen Erben; Die Verfügungsfähigkeit; Die Verfügungsfreiheit; Art. 457 – 480 ZGB, Bern 2000 (zit.: WEIMAR, BK, N … zu Art. … ZGB)
WERMELINGER AMÉDÉO	Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Teilband IV 1c: Das Stockwerkeigentum Art. 712a–712t ZGB, Zürich/Basel/Genf 2010 (zit.: WERMELINGER, ZK, N … zu Art. … ZGB)

WERREN EVA	Der Vorkaufsfall nach Art. 216c OR, in: Jusletter vom 17. September 2012
WESTERMANN HARM PETER	Kommentierung der §§ 433–473 BGB, in: Franz Jürgen Säcker und Roland Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht, Besonderer Teil, §§ 433–610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 6. Aufl., München 2012 (zit.: WESTERMANN, MünchK, N … zu § … BGB)
WIDMER CHRISTOPH K.	Die Liberierung im schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1998 (zit.: WIDMER, Liberierung)
WIDMER HELENE	Die Erbengemeinschaft, Diss. Zürich, Zug 1926 (zit.: WIDMER, Erbengemeinschaft)
WIEDERKEHR ALPHONS	Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss. Zürich, Affoltern a. A. 1936
WISSMANN KURT	Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts), in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, Nr. 1391 ff.
WOLF STEPHAN	Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten, Habil. Bern 2004
WYSS ALEXANDER/KÖCHLI ROLAND	Vorkaufsrechte in Immobilientransaktionen, in: Jusletter vom 5. Dezember 2011
ZÄCH ROGER	Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Art. 32–40 OR, Bern 1990 (zit.: ZÄCH, BK, N … zu Art. … OR)
ZOBL DIETER	Grundbuchrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905, BBl 1905 II 1 ff.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 7. Dezember 1962, BBl 1962 II 1461 ff.

Expertenkommission für die Revision des bäuerlichen Bodenrechts, Schlussbericht zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 1. April/31. Dezember 1985 (zit.: Schlussbericht der Expertenkommission)

Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) sowie zum Bundesgesetz über die Teilrevisionen des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf) vom 19. Oktober 1988, BBl 1988 III 953 ff.

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht) vom 27. Juni 2007, BBl 2007, S. 5283 ff.

Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
a	alt
a.a.O.	am angeführten Ort
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Tübingen)
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Aarau)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
AmtlBull	Amtliches Bulletin
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (SR 211.412.41)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGBB	Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BGE	Amtliche Sammlungen der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)
BGer	Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Köln)
BK	Berner Kommentar
BlAgR	Blätter für Agrarrecht (Zürich)
BN	Der Bernische Notar (Bern)
BSK	Basler Kommentar
bzw.	beziehungsweise

CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (= ZGB)
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations) du 30 mars 1911 (= OR)
CR	Commentaire Romand
Diss.	Dissertation
E-	Entwurf
E.	Erwägung
EntG	Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (SR 711)
EntG/LU	Enteignungsgesetz vom 29. Juni 1970 (SRL 730)
et al.	et alii (= und weitere)
f./ff.	und folgende/fortfolgende
Fn.	Fussnote
FusG	Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung vom 3. Oktober 2003 (Fusionsgesetz; SR 221.301)
GBV	Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (SR 211.432.1)
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich/St. Gallen)
GVR-SG	Sankt Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (St. Gallen)
gl.M.	gleicher Meinung
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
JB HR	Jahrbuch des Handelsregisters (Zürich)
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne)
Jusletter	Jusletter, Online-Zeitschrift; www.jusletter.ch
LGL/GE	Loi générale sur le logement et la protection des locataires vom 4. Dezember 1977 (SR/GE I 4 05)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (Luzern)
lit.	Litera

MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (Bern)
MünchK	Münchener Kommentar
N	Note, Randnote
Not@lex	Revue de droit privé et fiscal du patrimoine (Zürich)
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer, Randnummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
PartG	Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004 (SR 211.231)
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden (Chur)
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
Revue	Anwaltsrevue (Bern)
RGZ	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig)
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SemJud	La semaine judiciaire (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)
SR/GE	Systematische Rechtssammlung des Kantons Genf
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
successio	Zeitschrift für Erbrecht (Zürich)
u.a.	unter anderem
VAV	Verordnung über die amtliche Vermessung vom 18. November 1992 (SR 211.432.2)

vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wändenswil)
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZGRG	Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (Chur)
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
ZK	Zürcher Kommentar
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sitten)

Einleitung

Das Vorkaufsrecht ist eine **streitträchtige Materie.** Im Vorkaufsfall stehen sich mit dem Vorkaufsberechtigten, dem Vorkaufsbelasteten und dem Dritterwerber drei Parteien gegenüber. Die Interessen des (ausübungswilligen) Vorkaufsberechtigten und des Dritterwerbers zielen beide auf den Erwerb des Grundeigentums ab und konkurrieren sich damit. Dass eine solche «Ménage-à-trois» in der Rechtswirklichkeit zu Friktionen führt, liegt auf der Hand und wird auch durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung belegt. 1

Zusammen mit dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht hat das eidgenössische Parlament am 4. Oktober 1991 das Bundesgesetz über die Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachenrecht) und des OR (Grundstückkauf) verabschiedet. Die **Gesetzesrevision von 1991** ist am 1. Januar 1994 in Kraft getreten und hat zahlreiche Rechtsfragen zum Vorkaufsrecht einer gesetzlichen Lösung zugeführt. Allerdings hat sie noch immer viele Rechtsfragen offen gelassen oder gar von Neuem geschaffen. 2

In den seit dem Inkrafttreten vergangenen zwanzig Jahren sind verschiedene Monografien zu ausgewählten gesetzlichen Vorkaufsrechten erschienen. Eine umfassende Abhandlung über die rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechte hingegen sucht man weitestgehend vergeblich.[1] Die vorliegende Arbeit verfolgt das **Ziel,** diese Lücke zu schliessen und **das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht an Grundstücken** von seiner Begründung bis hin zur Rechtslage nach seiner rechtswirksamen Ausübung **umfassend abzuhandeln.** Zu verschiedenen Rechtsfragen werden Lehre und Rechtsprechung dargestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen. Dabei werden auch eigene Lösungsansätze entwickelt. 3

Die **Dissertation gliedert sich in acht Kapitel.** Nach einer Darstellung der Grundlagen (1. Kapitel) geht es um die rechtsgeschäftliche Begründung (2. Kapitel) sowie um die Aufhebung und Abänderung des Vorkaufsrechts (3. Kapitel). Anschliessend kommen der Inhalt und die Wirkungen des rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechts (4. Kapitel) zur Sprache. Nach kürzeren Ausführungen über das Vorkaufsobjekt (5. Kapitel) folgt eine umfangreiche Abhandlung des Vorkaufsfalls (6. Kapitel). Im Anschluss interessieren die Wirkungen des Vorkaufsfalls (7. Kapitel). Danach wird die Rechtslage nach der Ausübung des Vorkaufsrechts (8. Kapitel) dargestellt. Abschliessend erfolgt eine Zusammenfassung in Thesen. 4

---

1 Als Ausnahme erwähnt sei die Dissertation von BRUNNER, die den «Versuch unternommen [hat], das Kaufs-, das Rückkaufs- und das Vorkaufsrecht als im wesentlichen gleichartige Erscheinungen des geltenden Rechts zu verstehen und zu beschreiben»: BRUNNER, S. 1.

1. Kapitel: Grundlagen

In diesem einleitenden Grundlagenkapitel erörtere ich zunächst den Begriff (I.) und dann die Rechtsnatur des Vorkaufsrechts (II.). Anschliessend stelle ich die verschiedenen Arten von Vorkaufsrechten (III.) und die gesetzlichen Grundlagen (IV.) dar. Weiter gehe ich auf die mit einem Vorkaufsrecht verfolgbaren Zwecke (V.) ein. Und schliesslich grenze ich das Vorkaufsrecht gegenüber verwandten Rechtsinstituten ab (VI.). 5

I. Begriff des Vorkaufsrechts

Eine **Definition** des Vorkaufsrechts enthält das Gesetz nicht. Nach einer Ausdrucksweise des Bundesgerichts verleiht das Vorkaufsrecht dem Berechtigten «den Anspruch, die Übertragung des Eigentums an einer Sache zu verlangen, sobald der Verpflichtete sie einem Dritten veräussert».[2] In der Literatur existieren ähnliche Begriffsumschreibungen: Das Vorkaufsrecht beinhalte «die Befugnis des Vorkaufsberechtigten, die Eigentumsübertragung an einer bestimmten Sache (Vorkaufsobjekt) durch einseitige Willenserklärung zu verlangen, sobald der Vorkaufsverpflichtete diese Sache an einen Dritten rechtsgeschäftlich veräussert (Vorkaufsfall)»;[3] es sei «das (Gestaltungs-)Recht […], bei Eintritt des Vorkaufsfalls durch einseitige Willenserklärung (Gestaltungserklärung) die Übertragung des Grundstücks zu Eigentum zu beanspruchen».[4] 6

GHANDCHI[5] weist zu Recht darauf hin, dass sich anhand des Präfixes «vor» des Wortes «*Vor*kaufsrecht» eine gewisse **Privilegierung des Vorkaufsberechtigten** erkennen lässt, insofern nämlich, als dieser die Befugnis hat, *vor* einer anderen Person, nämlich dem erwerbenden Dritten, das Vorkaufsobjekt zu erwerben. Wie jedoch noch darzulegen sein wird, lässt sich diese Privilegierung grundsätzlich nur beim vorgemerkten Vorkaufsrecht auch gegen den Willen des Vorkaufsbelasteten durchsetzen.[6] 7

---

2 BGE 116 II 49 ff. (52), E. 4.

3 GHANDCHI, S. 94, im Original teilweise in Kursivdruck; vgl. auch MEIER-HAYOZ, BK, N 19 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1719; STREBEL, Nr. 45.

4 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 996, im Original teilweise in Kursiv- und Fettdruck.

5 GHANDCHI, S. 94, mit Hinweis auf SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 6 f. Siehe auch ALLGÄUER, S. 3.

6 Vgl. unten Nr. 1019 ff.

8 Nach der hier vertretenen Auffassung kann das Vorkaufsrecht umschrieben werden als die Gestaltungsberechtigung des Vorkaufsberechtigten, **im Vorkaufsfall** durch einseitige Willenserklärung zuhanden des Vorkaufsbelasteten mit diesem **einen Veräusserungsvertrag über das Vorkaufsobjekt zustande zu bringen.**[7] Erst gestützt auf diesen Veräusserungsvertrag kann der Vorkaufsberechtigte die Eigentumsübertragung am Vorkaufsobjekt verlangen. Im Gegenzug schuldet er regelmässig einen Kaufpreis. Mit anderen Worten vermag der Vorkaufsberechtigte durch die Ausübung des Vorkaufsrechts grundsätzlich dieselbe Rechtslage zu begründen, wie wenn er selbst mit dem Vorkaufsbelasteten einen Kaufvertrag über das Vorkaufsobjekt abgeschlossen hätte.[8]

II. Rechtsnatur des Vorkaufsrechts

9 Nach der heute vorherrschenden Auffassung stellt das Vorkaufsrecht ein **Gestaltungsrecht** dar.[9] Dies wird auch von den Anhängern der Bedingungstheorie[10] so vertreten, die das Vorkaufsrecht nicht nur als Gestaltungsrecht, sondern zugleich als Wollensbedingung auffassen.[11]

10 Ein Gestaltungsrecht verleiht dem Berechtigten die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung die Rechtsstellung eines anderen (ohne dessen Mitwirkung) zu verändern.[12] Die Gestaltungswirkung besteht darin, dass dem erklärten Willen entsprechend ein Recht oder ein Rechtsverhältnis begründet, geändert oder beendet wird.[13] Bezüglich des Vorkaufsrechts bedeutet dies nach der hier vertretenen Auffassung, dass der Vorkaufsberechtigte **durch einseitige Willenserklärung** gegenüber dem Vorkaufsbelasteten einen Veräusserungsvertrag, regelmässig **einen Kaufvertrag,** über das Vorkaufsobjekt **zustande bringen** kann. Das Vorkaufsrecht ist folglich ein *begründendes* Gestaltungsrecht.[14]

---

7 Ähnlich REY, Eigentum, Nr. 1235.

8 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 943 und 996. Siehe unten Nr. 900 ff.

9 BGE 82 II 576 ff. (585), E. 6; BGer 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 5.1; EMERY, Nr. 30 ff.; GIGER, BK, N 84 zu Art. 216 OR; HAAB, ZK, N 2 zu Art. 681/82 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 996; STEINER, S. 59 f.

10 Zur Bedingungstheorie siehe unten Nr. 65 f.

11 Siehe MEIER-HAYOZ, BK, N 48 zu Art. 681 ZGB; MERZ, SPR VI/1, S. 73 f. Fn. 6 zu § 8; OTT, S. 264; STEINAUER, droits réels, Nr. 1719a; VISCHER, S. 83; kritisch CAVIN, SPR VII/1, S. 154 und 156. Zur Frage, ob das Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht und/oder als Wollensbedingung aufzufassen ist, siehe insbesondere auch BRUNNER, S. 63 ff.

12 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 65; VON TUHR/PETER, S. 23; VIONNET, S. 5 und 34.

13 Vgl. KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 4 zu Art. 1 OR.

14 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 69; STREBEL, Nr. 48. Das hier vertretene Verständnis des Vorkaufsrechts als begründendes Gestaltungsrecht ist von der Begründungsthe-

Als Gestaltungsrecht weist das Vorkaufsrecht folgende **Eigenschaften** auf:[15] 11

– Das Vorkaufsrecht ist *unverjährbar*. Es verjährt also nicht mit Ablauf von zehn Jahren nach Art. 127 OR. Allerdings sieht das Gesetz für das vertragliche Vorkaufsrecht in Art. 216a OR eine zwingende Befristung auf maximal 25 Jahre vor.[16]

– Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist grundsätzlich *bedingungsfeindlich*.[17]

– Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist schliesslich – unter Vorbehalt des sinngemäss anwendbaren Art. 9 OR – *unwiderruflich*.[18]

Das Vorkaufsrecht ist sodann ein **bedingtes** Gestaltungsrecht. Es steht unter der suspensiven Bedingung, dass ein Vorkaufsfall eintritt.[19] Dem steht der Charakter eines Gestaltungsrechts nicht entgegen. Denn bedingungsfeindlich ist nach dem soeben Gesagten nur die *Ausübung* des Gestaltungsrechts, nicht aber das Gestaltungsrecht als solches. 12

Als (suspensiv bedingtes) Gestaltungsrecht stellt das Vorkaufsrecht ein **relatives Recht** dar, welches auch als persönliches Recht bezeichnet wird.[20] Dieses charakterisiert sich dadurch, dass es sich in einer bestimmten Zweiparteienbeziehung erschöpft und sich nur gegen eine ganz bestimmte Person richtet.[21] Es steht 13

---

orie geprägt: vgl. dazu unten Nr. 67 f. Vertreter der Bedingungstheorie sprechen hingegen von einem rechtsändernden Gestaltungsrecht: siehe MEIER-HAYOZ, BK, N 46 zu Art. 681 ZGB. Nach dieser Theorie führt die Ausübung des Vorkaufsrechts dazu, dass ein bisher bedingt abgeschlossener Kaufvertrag zu einem unbedingten wird: vgl. unten Nr. 65 f.

15 Zu den Eigenschaften von Gestaltungsrechten siehe namentlich GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 151 ff., und KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 42 der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR.

16 Zur gesetzlichen Befristung von Art. 216a OR siehe unten Nr. 311 ff.

17 Siehe dazu unten Nr. 839 ff.

18 Siehe auch unten Nr. 842.

19 Zum Vorkaufsfall siehe unten Nr. 532 ff. Nach der Auffassung von SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 50 Fn. 15 und S. 54, betrifft die Bedingtheit nicht das Gestaltungsrecht an sich, sondern dessen Ausübbarkeit. Meines Erachtens ist dies nur eine Scheindifferenzierung, sodass das Gestaltungsrecht ohne Weiteres als bedingt angeschaut werden kann.

20 Siehe JÄGGI, S. 65. Relative Rechte werden vielfach mit den obligatorischen Rechten, also den Forderungen, gleichgesetzt: vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 16. Diese Gleichsetzung greift aber zu kurz: Zwar ist jede Forderung ein relatives Recht. Aber nicht jedes relative Recht ist eine Forderung: vgl. BGE 114 II 91 ff. (97), E. 4a/aa, wo die Forderung aus einem Schuldverhältnis als *typisches Beispiel* eines relativen Rechts bezeichnet wird. So ist insbesondere ein Gestaltungsrecht zwar keine Forderung, aber sehr wohl ein relatives Recht: FORSTMOSER/VOGT, N 160 zu § 4; siehe auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 59 und 65 ff.

21 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 64; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 16.

damit im Gegensatz zum absoluten Recht, namentlich dem dinglichen Recht, welches gegenüber jedermann wirkt.[22] Durch die Vormerkung im Grundbuch erlangt das Vorkaufsrecht indes eine gewisse Verdinglichung und wird realobligatorisch ausgestaltet.[23]

III. Arten von Vorkaufsrechten

14 Die Vorkaufsrechte können nach verschiedenen Kriterien kategorisiert werden. Für die vorliegende Arbeit interessiert die **Unterteilung in zweifacher Hinsicht**: einerseits geht es um die Unterteilung in gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte (1.) und andererseits um die Unterteilung in Vorkaufsrechte an Grundstücken und Vorkaufsrechte an Fahrnis (2.). Anhand dieser Unterscheidungen erfolgt schliesslich eine Umgrenzung des Arbeitsthemas (3.).

1. Gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte

15 Die Unterscheidung zwischen gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechten betrifft die **Art ihrer Begründung:**

16 Ein **gesetzliches Vorkaufsrecht** steht dem Berechtigten direkt von Gesetzes wegen zu. Es entsteht ipso iure, sobald zwei (oder mehrere) Personen in einer vom Gesetz umschriebenen rechtlichen Beziehung zu einer Sache stehen, mit welcher das Gesetz ein Vorkaufsrecht des oder der Beteiligten an der betreffenden Sache verknüpft (beispielsweise indem sie gemeinsam Miteigentum an einem Grundstück haben). Gesetzliche Vorkaufsrechte sind das Vorkaufsrecht im Miteigentums- (Art. 682 Abs. 1 ZGB) und im Baurechtsverhältnis (Art. 682 Abs. 2 ZGB) sowie die diversen Vorkaufsrechte gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB).[24] Zu denken ist schliesslich auch an kantonalgesetzliche Vorkaufsrechte in öffentlich-rechtlichen Erlassen.[25]

---

22 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 64; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 17.

23 Siehe dazu unten Nr. 367 ff. und 414 ff.

24 Zu den gesetzlichen Vorkaufsrechten gemäss BGBB siehe namentlich EMERY, Nr. 154 ff. und passim.

25 So kennt beispielsweise der Kanton Genf in Art. 3 Abs. 1 de la loi générale sur le logement et la protection des locataires vom 4. Dezember 1977 (LGL/GE; SR/GE I 4 05) ein Vorkaufsrecht zugunsten des Staates und der betroffenen Gemeinden an gewissen Grundstücken zwecks Förderung des gemeinnützigen Wohnungsbaus und der Verbesserung der Wohnqualität (Art. 1 Abs. 1 LGL/GE); vgl. dazu auch BGE 134 I 263 ff.

Dagegen beruht das **rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht** auf (mindestens) einer entsprechenden Willenserklärung. Im Vordergrund steht das vertraglich (durch zweiseitige Willenserklärung) begründete Vorkaufsrecht. Daneben gibt es aber auch Vorkaufsrechte, die durch einseitige oder gar mehrseitige Willenserklärungen begründet werden. Eine einseitige Willenserklärung genügt im Rahmen einer einseitigen Begründungserklärung im öffentlich beurkundeten Begründungsakt des Stockwerkeigentums (Art. 712c Abs. 1 ZGB). Eine mehrseitige Willenserklärung ist beispielsweise erforderlich, wenn mehrere Stockwerkeigentümer nachträglich – also nach der Begründung von Stockwerkeigentum – ein Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis vereinbaren. 17

Gesetzliche und vertragliche Vorkaufsrechte haben vieles gemeinsam. Sie weisen aber auch einige **Unterschiede** auf. Von diesen sind namentlich die Folgenden hervorzuheben:[26] 18

– Gesetzliche Vorkaufsrechte können auch bei der *Zwangsversteigerung* ausgeübt werden (Art. 681 Abs. 1 ZGB). Bei gesetzlichen Vorkaufsrechten stellt die Zwangsversteigerung mit anderen Worten einen Vorkaufsfall dar – dies im Gegensatz zu den vertraglichen Vorkaufsrechten (vgl. Art. 216c Abs. 2 OR).[27] 19

– Gesetzliche Vorkaufsrechte unterliegen keiner zeitlichen *Befristung*. Dagegen sind vertragliche Vorkaufsrechte auf höchstens 25 Jahre beschränkt (Art. 216a OR).[28] 20

– Gemäss Art. 681 Abs. 3 Satz 2 ZGB gehen die gesetzlichen den vertraglichen Vorkaufsrechten vor. Dieser *Vorrang* zeigt sich darin, dass für den Fall der beiderseitigen Ausübung des Vorkaufsrechts der gesetzlich Vorkaufsberechtigte mit seinem Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück gegenüber dem Anspruch des vertraglich Vorkaufsberechtigten durchdringt.[29] 21

– Gesetzliche Vorkaufsrechte können gemäss Art. 681 Abs. 3 Satz 1 ZGB weder vererbt noch abgetreten werden. Gemäss dem dispositiven Art. 216b Abs. 1 OR sind vertragliche Vorkaufsrechte dagegen *vererblich,* wenn auch *nicht abtretbar.*[30] 22

– Die *Aufhebung* gesetzlicher Vorkaufsrechte bedarf zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 681b Abs. 1 ZGB). Dagegen kann das vertragliche Vorkaufsrecht formfrei aufgehoben werden.[31] 23

---

26 Siehe auch GHANDCHI, S. 96 ff.
27 Siehe unten Nr. 617 ff.
28 Siehe unten Nr. 313 ff.
29 Siehe unten Nr. 875 ff.
30 Siehe unten Nr. 283 ff.
31 Siehe unten Nr. 237 ff.

24 Wie noch auszuführen sein wird, nähert sich das **Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis** – obwohl es durch Rechtsgeschäft begründet wird – in materieller Hinsicht dem gesetzlichen Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis an.[32] Insofern stellt es einen *Hybrid* zwischen vertraglichem und gesetzlichem Vorkaufsrecht dar.[33]

2. Vorkaufsrechte an Grundstücken oder an Fahrnis

25 Die Unterscheidung zwischen Vorkaufsrechten an Grundstücken und Vorkaufsrechten an Fahrnis betrifft das **Vorkaufsobjekt,** das den Gegenstand der Vorkaufsberechtigung bildet.

26 Praktisch im Vordergrund stehen die Vorkaufsrechte an **Grundstücken.** Gesetzliche Vorkaufsrechte gibt es gar ausschliesslich an Grundstücken im Sinn von Art. 655 Abs. 2 ZGB. Auch die rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechte beziehen sich, soweit sie eine gesetzliche Regelung erfahren haben, ausschliesslich auf Immobilien (vgl. Art. 712c Abs. 1 ZGB und Art. 216 ff. OR).

27 Dennoch stellt es die Vertragsfreiheit ins Belieben der Parteien, rechtsgeschäftlich ein Vorkaufsrecht an **Fahrnis** (oder an Rechten) zu begründen. Nach der bundesrätlichen Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht sowie zum Bundesgesetz über die Teilrevisionen des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf) vom 19. Oktober 1988 sollen die Bestimmungen von Art. 216 ff. OR analoge Anwendung auf Vorkaufsrechte an Mobilien finden.[34] In der Literatur werden aber gleichwohl gewisse *Besonderheiten* der Vorkaufsrechte an beweglichen Sachen hervorgehoben:[35]

28 – Ein Vorkaufsrecht an Mobilien kann *formfrei* vereinbart werden. Dagegen bedürfen Vorkaufsverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, zu ihrer Gültigkeit entweder der Schriftform oder der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 und 3 OR).

29 – Ein Vorkaufsrecht an beweglichen Sachen kann nicht im Grundbuch vorgemerkt werden. Aus diesem Grund lässt es sich – im Gegensatz zu den rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechten an Grundstücken[36] – auch *nicht realobligatorisch* ausgestalten.

30 – Die analoge Anwendung der dreimonatigen Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts gemäss Art. 216e OR wird für Mobilien als zu lang erachtet.

---

32 Siehe unten Nr. 471 f.

33 Vgl. auch STEINAUER, ZWR 1991, S. 313 f.; kritisch MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 11 zu Art. 712c ZGB.

34 BBl 1988 III 1076.

35 Siehe namentlich Emery, Nr. 14, und VISCHER, S. 83.

36 Vgl. dazu unten Nr. 414 ff.

Die Literatur tritt für eine kürzere Frist ein. MEIER-HAYOZ befürwortet beispielsweise eine einwöchige *Ausübungsfrist.*[37] Die Parteien sind am besten beraten, die Ausübungsfrist im Vorkaufsvertrag selbst zu regeln.

3. Umgrenzung des Arbeitsthemas

31 Entsprechend dem Titel der vorliegenden Dissertation werde ich mich im Folgenden auf die **rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechte an Grundstücken** konzentrieren. Aufgrund ihrer engen Verwandtschaft wird es jedoch unumgänglich sein, wiederholt auch die gesetzlichen Vorkaufsrechte in die Überlegungen miteinzubeziehen.

IV. Gesetzliche Grundlagen

32 Im Zusammenhang mit der Revision des bäuerlichen Bodenrechts verabschiedete das Parlament am 4. Oktober 1991 auch das Bundesgesetz über die **Teilrevision des ZGB** (Immobiliarsachenrecht) **und des OR** (Grundstückkauf).[38] Im Rahmen dieser Teilrevision haben die Vorkaufsrechte an Grundstücken eine neue gesetzliche Regelung erfahren. Die Neuregelung ist am 1. Januar 1994 in Kraft getreten. Sie hat unter anderem zu einer systematischen Trennung des rechtsgeschäftlichen vom gesetzlichen Vorkaufsrecht geführt.[39]

33 Seither sind die vertraglichen Vorkaufsrechte an Grundstücken im Obligationenrecht im dritten Abschnitt «Der Grundstückkauf» des sechsten Titels «Kauf und Tausch» in den **Art. 216–216e OR** geregelt.

34 Das (rechtsgeschäftlich zu begründende) Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis ist – wie bereits vor der Gesetzesrevision – in **Art. 712c Abs. 1 ZGB** geregelt und damit systematisch ins Recht des Stockwerkeigentums (Art. 712a–712t ZGB) eingegliedert.

35 Die gesetzlichen Vorkaufsrechte haben auch nach der Teilrevision des ZGB und des OR ihre systematisch korrekte Stellung im Sachenrecht des Zivilgesetzbuches unter den «Beschränkungen»[40] des Grundeigentums in den **Art. 681–682**

---

37 MEIER-HAYOZ, BK, N 12 zu Art. 681 ZGB; a.M. SCHENKER, S. 263 f., und VISCHER, S. 83, die mangels anderslautender Abrede von der dreimonatigen Ausübungsfrist gemäss Art. 216e OR ausgehen.

38 AS 1993 II 1404 ff.; zur Entstehungsgeschichte des Bundesgesetzes siehe namentlich FOËX, SemJud 1994, S. 381 ff.

39 Vgl. die Kritik von MEIER-HAYOZ, BK, N 1 f. zu Art. 681 ZGB, über die verfehlte gesetzessystematische Einordnung des rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechts unter Art. 681 aZGB.

40 Marginalie zu den Art. 680 ff. ZGB.

ZGB beibehalten. Art. 682a ZGB verweist sodann für die Vorkaufsrechte an landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken auf das neu geschaffene Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB), welches verschiedene gesetzliche Vorkaufsrechte kennt.[41] Schliesslich existieren gesetzliche Vorkaufsrechte auch in öffentlich-rechtlichen Erlassen der Kantone.

36 Daneben gibt es noch **weitere,** in der Gesetzesordnung verstreute **Bestimmungen**, welche sich auf Vorkaufsrechte beziehen. Aufgrund seiner Bedeutung zu erwähnen ist namentlich Art. 959 Abs. 1 ZGB, der die Möglichkeit zur Vormerkung von Vorkaufsrechten an Grundstücken im Grundbuch vorsieht.

V. Zwecke des Vorkaufsrechts

37 Fragt man nach den **Zwecken,** die mit einem Vorkaufsrecht verfolgt werden können, so werden in der Literatur vorab deren **vier** genannt. Diese können in Anlehnung an BRUNNER als Erwerbszweck (1.), Abwehrzweck (2.), Sicherungszweck (3.) und Spekulationszweck (4.) bezeichnet werden.[42] Abschliessend unterziehe ich diese Zwecke einer Würdigung (5.).

1. Erwerbszweck

38 Das Vorkaufsrecht kann einem Kaufinteressenten dazu dienen, ihm mittelbar den Erwerb eines Grundstücks zu ermöglichen. Mit einem Vorkaufsrecht wird nämlich Einfluss genommen auf die personelle Eigentumsnachfolge an einem Grundstück, da der Vorkaufsberechtigte in Bezug auf die **Rechtsnachfolge am Grundstück** eine **Vorrangstellung** eingeräumt erhält.[43] Bei den gesetzlichen Vorkaufsrechten bestimmt das Gesetz, wer im Fall der Veräusserung des Grundstücks vorrangig Anspruch auf die Eigentumsverschaffung erheben darf. Beim rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht liegt diese Anordnung in der Disposition der Parteien. So kann beispielsweise ein Eigentümer, der sich im Moment noch nicht zum Verkauf seines Grundstücks entschliessen kann, einem Kaufinteressenten durch Begründung eines Vorkaufsrechts die Befugnis einräumen, bei einem allfälligen späteren Verkauf des Grundstücks vorrangig Anspruch auf das Grundstück erheben zu dürfen.[44]

39 In diesem Zusammenhang darf man sich berechtigterweise die Frage stellen, wozu es das Institut des rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechts überhaupt braucht. Wenn der momentane Eigentümer sich zur Zeit noch nicht zum Verkauf ent-

41 Dazu EMERY, Nr. 154 ff. und passim.
42 BRUNNER, S. 48 ff.
43 Vgl. GHANDCHI, S. 105.
44 Vgl. BRUNNER, S. 49; MEIER-HAYOZ, BK, N 18a zu Art. 681 ZGB.

schliessen kann, später jedoch möglicherweise schon, dann kann er das Grundstück dem Interessenten ja ohne Weiteres im späteren Zeitpunkt, wenn er zum Verkauf bereit ist, zum Kauf anbieten, ohne dass es hierzu bereits zum heutigen Zeitpunkt der Vereinbarung eines Vorkaufsrechts bedürfte. Mit der Begründung eines Vorkaufsrechts kann jedoch – und dies ist die Legitimation dieses Instituts unter dem Aspekt des Erwerbszwecks – bereits zum heutigen Zeitpunkt einseitig zugunsten des Vorkaufsberechtigten eine **Partnerwahlfixierung** für den Fall eines späteren Verkaufs (Vorkaufsfalls) bewirkt werden.[45] Dies sichert den Vorkaufsberechtigten insbesondere gegenüber unvorhergesehenen Verstimmungen in seinem Verhältnis zum Vorkaufsbelasten ab, aufgrund derer er – ohne Vorkaufsberechtigung – nicht mehr damit rechnen dürfte, dass ihm das Grundstück dereinst zum Kauf angeboten würde.

Da den Vorkaufsbelasten erstens keine Pflicht trifft, den Vorkaufsfall eintreten zu lassen, und da zweitens das vertragliche Vorkaufsrecht zwingend einer zeitlichen Befristung unterliegt, ist es keineswegs gesichert, dass der Vorkaufsberechtigte jemals sein Vorkaufsrecht wird ausüben können. Daher verleiht das Vorkaufsrecht dem Vorkaufsberechtigten nur eine **beschränkte Erwerbsmöglichkeit.** 40

2. Abwehrzweck

Eng verwandt mit dem soeben erläuterten Erwerbszweck ist der Abwehrzweck, da es auch hier letztlich darum geht, durch ein Vorkaufsrecht Einfluss auf die Eigentumsnachfolge an einem Grundstück zu nehmen – dieses Mal aber in einem negativen Sinn, indem jemand vom Erwerb des Grundstücks fern gehalten werden soll. Dem Abwehrzweck des Vorkaufsrechts liegt das Bestreben zugrunde, dem Vorkaufsberechtigten eine Möglichkeit einzuräumen, den **Verkauf** des Grundstücks **an eine unerwünschte Drittperson zu unterbinden**. Passt dem Vorkaufsberechtigten der Dritterwerber nicht, hat er nämlich die Möglichkeit, durch Ausübung des Vorkaufsrechts die Übertragung des Eigentums an sich selbst zu verlangen. Der eigene Erwerb des Grundstücks ist dabei Mittel zum Zweck.[46] 41

Die Abwehrfunktion spielt sicherlich eine wichtige Überlegung bei der Begründung des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis. Auch die vielfach in **gewerblichen Mietverträgen** (oder Pachtverträgen) enthaltene Vorkaufsrechtsklausel dürfte entsprechend motiviert sein:[47] Der Mieter ist das Vertragsverhältnis mit dem Vermieter freiwillig eingegangen und dürfte von daher grundsätzlich zufrieden sein mit der aktuellen Eigentumssituation. Er möchte 42

45 Vgl. GIGER, BK, N 86 zu Art. 216 OR.

46 BRUNNER, S. 50.

47 MEIER-HAYOZ, BK, N 18b zu Art. 681 ZGB.

aber für den Fall, dass der Vermieter den Verkauf des Mietobjekts an einen ihm nicht genehmen Dritten beschliesst, beispielsweise an einen Konkurrenten, das Sicherungsmittel haben, durch Ausübung des Vorkaufsrechts die Übertragung des Mietobjekts an den Dritten zu verhindern und stattdessen die Übertragung an sich selbst zu verlangen.

3. Sicherungszweck

43 Gemäss den beiden bisher erörterten Zwecken zielt das Vorkaufsrecht darauf ab, die Eigentumsnachfolge an einem Grundstück in gewisser Weise beeinflussen zu können. Beim Sicherungszweck setzt das Vorkaufsrecht dagegen an einem früheren Punkt an: Hier soll es aufgrund des Vorkaufsrechts gar nicht erst zu einer Eigentumsnachfolge kommen. Dieses Ergebnis kann insbesondere durch ein limitiertes Vorkaufsrecht erreicht werden, bei dem der Kaufpreis unter dem Verkehrswert angesetzt wird. Dadurch verliert der Vorkaufsbelastete das wirtschaftliche Interesse am Verkauf des Grundstücks. Faktisch wird der Vorkaufsbelastete so zum **Verzicht auf den Verkauf** des Grundstücks gezwungen.[48] Aber selbst bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht nimmt das Interesse potentieller Drittkäufer und damit der Marktwert des Grundstücks ab, weil die Drittkäufer damit rechnen müssen, dass ihnen der Vorkaufsberechtigte zuvorkommen wird.[49] Insofern kann selbst ein unlimitiertes Vorkaufsrecht den Verkauf des Grundstücks an Dritte für den Vorkaufsbelasteten unattraktiv machen.

44 Als Anwendungsbeispiel des Sicherungszweckes dient der Verkauf von Wohneigentum einer Gesellschaft an ihre Mitarbeiter unter dem Verkehrswert. Durch die Ausbedingung eines limitierten Vorkaufsrechts zu ihren Gunsten sichert sich die Gesellschaft ab, dass ihre Mitarbeiter den erhaltenen **Mehrwert nicht durch den sofortigen Weiterverkauf** des Grundstücks **realisieren** können. Nicht verhindern lässt sich auch hier, dass der Vorkaufsbelastete die maximale zeitliche Befristung des Vorkaufsrechts aussitzt und anschliessend den Mehrwert realisiert.

4. Spekulationszweck

45 Das limitierte Vorkaufsrecht lässt schliesslich auch Raum für Spekulationsgeschäfte.[50] Durch den fixierten Kaufpreis im Vorkaufsvertrag darf der Vorkaufsberechtigte darauf spekulieren, das Grundstück im Vorkaufsfall **zu einem tieferen Preis als zum Verkehrswert zu erwerben**. Haben die Parteien das Vor-

---

48 Vgl. BRUNNER, S. 50 ff.

49 Zu diesem Phänomen siehe auch unten Nr. 176.

50 MEIER-HAYOZ, BK, N 18c zu Art. 681 ZGB.

kaufsrecht übertragbar ausgestaltet,[51] muss der Berechtigte zur Realisierung des Gewinns das Vorkaufsrecht nicht einmal selber ausüben, sondern kann es gewinnbringend an einen kaufinteressierten Dritten veräussern.[52]

Da der Vorkaufsbelastete jedoch nicht verpflichtet ist, den Vorkaufsfall eintreten zu lassen, ist die Realisierung des Gewinns durch den Vorkaufsberechtigten weitestgehend ins Belieben des Vorkaufsbelasteten gestellt. Wenn er nicht aus faktischen Zwängen geradezu dazu genötigt ist, wird sich der Vorkaufsbelastete davor hüten, das Grundstück zu veräussern, solange der Vorkaufsberechtigte die Möglichkeit hat, im Vorkaufsfall das Grundstück zu einem tieferen Preis zu erwerben. Stattdessen wird er mit dem Verkauf des Grundstücks solange zuwarten, bis die zeitliche Befristung des limitierten Vorkaufsrechts abgelaufen ist, um es dann zum Verkehrswert zu verkaufen. Daher sind die **Spekulationsmöglichkeiten** beim Vorkaufsrecht – im Gegensatz zum Kaufsrecht – stark **eingeschränkt**. 46

5. Würdigung

Grundsätzlich muss der mit einem rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht konkret verfolgte **Zweck** für jeden Einzelfall **durch Auslegung des Rechtsgeschäfts ermittelt werden.** Aufgrund der vorherigen Ausführungen scheint mir der Spekulationszweck beim Vorkaufsrecht eine vernachlässigbare Rolle zu spielen. Im Übrigen ist es durchaus denkbar, dass mit einem Vorkaufsrecht mehrere Zwecke parallel verfolgt werden. So spielen meines Erachtens im praktisch relevanten Fall, in welchem einem Erben im Rahmen einer Erbteilung ein Grundstück zugewiesen wird und die übrigen Erben ein Vorkaufsrecht daran eingeräumt erhalten, der Erwerbs- und der Abwehrzweck gleichzeitig eine Rolle: Einerseits soll mit dem Vorkaufsrecht nach Möglichkeit verhindert werden, dass das Grundstück an eine Person ausserhalb der Familie veräussert wird. Andererseits soll mit dem Vorkaufsrecht dem Interesse der übrigen Erben am Erwerb des Nachlassgrundstücks Nachachtung verschafft werden. Selbst der Sicherungszweck könnte in diesem Fall eine Rolle spielen: Weil selbst die Begründung eines unlimitierten Vorkaufsrechts die Veräusserung des Grundstücks für den Vorkaufsbelasteten unattraktiver macht, verzichtet dieser für die Dauer seiner Vorkaufsbelastung eher auf eine Veräusserung. 47

Diejenigen Zwecke, die zu ihrer Verwirklichung auf den Eintritt eines Vorkaufsfalls angewiesen sind, namentlich der Erwerbszweck, lassen sich schlechter verfolgen. Denn es steht grundsätzlich im Belieben des Vorkaufsbelasteten, ob er überhaupt jemals den Vorkaufsfall eintreten lässt. Besser eignet sich daher das Vorkaufsrecht dazu, solche Zwecke zu verwirklichen, welche ohne Eintritt 48

---

51 Siehe dazu unten Nr. 295 ff.

52 WISSMANN, Nr. 1403.

des Vorkaufsfalls auskommen, wie der Abwehr- und der Sicherungszweck. Da ich den Sicherungszweck von etwas untergeordneter Bedeutung einschätze, rückt meines Erachtens der **Abwehrzweck in den Vordergrund.** Diese Erkenntnis ist bei den weiteren Ausführungen stets im Auge zu behalten.

VI. Abgrenzung gegenüber verwandten Rechtsinstituten

49 Nach der hier vertretenen Auffassung stellt das Vorkaufsrecht das Gestaltungsrecht des Vorkaufsberechtigten dar, im Vorkaufsfall durch einseitige Willenserklärung gegenüber dem Vorkaufsbelasteten einen Veräusserungsvertrag, regelmässig einen Kaufvertrag, über das Vorkaufsobjekt zustande zu bringen.[53] Als solches muss es von **verwandten Rechtsinstituten** abgegrenzt werden, namentlich vom Vorvertrag (1.), vom Kaufsrecht (2.), vom Rückkaufsrecht (3.) und vom Vorhandrecht (4.).

1. Vorvertrag

50 Durch den Vorvertrag begründen die Parteien gemäss Art. 22 Abs. 1 OR die **Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages**. In einem Vorvertrag können sich die Parteien zum Abschluss eines beliebigen künftigen Schuldvertrags, des Hauptvertrags,[54] verpflichten.[55] Bezieht sich der Vorvertrag auf einen künftigen Grundstückkauf, bedarf er zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 22 Abs. 2 und Art. 216 Abs. 2 OR). Die Parteien erfüllen ihre Verpflichtung aus dem Vorvertrag, indem sie zu einem späteren Zeitpunkt den Hauptvertrag miteinander abschliessen.[56] Nach einem Teil der Lehre ist der aus dem Vorvertrag Verpflichtete noch nicht zur Leistung verpflichtet, zu der er sich durch den versprochenen Abschluss des Hauptvertrags erst noch verpflichten muss. Entsprechend kann sich die Erfüllungsklage aus dem Vorvertrag nur auf die Erfüllung des Abschlussversprechens richten.[57] Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung bildet erst der Hauptvertrag.[58] Die bundesgerichtliche

---

53 Vgl. oben Nr. 10.

54 Der Hauptvertrag, zu dessen Abschluss sich die Parteien in einem Vorvertrag verpflichten, ist nicht zu verwechseln mit dem Hauptvertrag, der durch die rechtswirksame Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommt (vgl. dazu unten Nr. 899), auch wenn für beides dieselbe Terminologie verwendet wird.

55 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1076. Denkbar ist auch, dass sich nur eine Partei zum Abschluss des Hauptvertrages verpflichtet.

56 BRÜCKNER, Nr. 22.

57 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1088; KRAMER, BK, N 121 zu Art. 22 OR.

58 MEIER-HAYOZ, BK, N 32 zu Art. 681 ZGB.

Rechtsprechung und der andere Teil der Lehre lassen es – sofern die wesentlichen Vertragspunkte im Vorvertrag hinlänglich bestimmt oder bestimmbar sind – hingegen zu, dass bei Nichterfüllung der Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrags der einen Vertragspartei die andere Vertragspartei direkt gestützt auf den Vorvertrag auf Erfüllung (zur Sach- oder Geldleistung) klagen kann.[59] Damit entfällt im Ergebnis die Unterscheidung zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag.

Der **Unterschied zwischen dem Vorvertrag** zu einem Grundstückkauf **und dem Vorkaufsrecht** an einem Grundstück ergibt sich daraus, dass jener ein Schuldvertrag, dieses dagegen ein suspensiv bedingtes Gestaltungsrecht ist. Dies bedeutet: 51

– Als Schuldvertrag lässt der *Vorvertrag* eine oder mehrere Obligationen entstehen.[60] Diese Obligationen bestehen in der Verpflichtung der Parteien zum Abschluss des Hauptvertrags. Damit der Grundstückkaufvertrag zustande kommt, haben die Parteien also noch entsprechende *übereinstimmende Willenserklärungen auszutauschen,* wobei die Willenserklärung der Gegenpartei – beim beidseitig verpflichtenden Vorvertrag – von beiden Parteien eingeklagt werden kann. Folgt man dagegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem Teil der Lehre, lässt der Vorvertrag direkt die Obligationen auf die Sach- bzw. Geldleistung entstehen. Diesfalls kann der Vorvertrag zu einem Grundstückkauf sogleich mit dem Grundstückkaufvertrag gleichgesetzt werden. 52

– Als Gestaltungsrecht verleiht das *Vorkaufsrecht* dagegen dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis, durch *einseitige Willenserklärung* einen Grundstückkaufvertrag zur Entstehung zu bringen. Es steht im alleinigen Ermessen des Vorkaufsberechtigten, ob er von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht. Sein Gestaltungsrecht ist allerdings suspensiv bedingt durch den *Eintritt eines Vorkaufsfalls.* Das heisst, der Vorkaufsberechtigte kann das Zustandekommen des Grundstückkaufvertrags durch einseitige Willenserklärung nur unter der Bedingung erwirken, dass ein Vorkaufsfall eingetreten ist. 53

2. Kaufsrecht

Das Kaufsrecht ist wie das Vorkaufsrecht ein Gestaltungsrecht.[61] Es verleiht dem Berechtigten die Befugnis, **durch einseitige Willenserklärung einen Kaufvertrag über eine bestimmte Sache zustande zu bringen.**[62] Begründet 54

---

59 BGE 118 II 32 ff. (34), E. 3c; BGer 4C.68/2002 vom 6. Juni 2002, E. 2a; MERZ, Vertrag, Nr. 301 Fn. 17.

60 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 246.

61 BGer 4A_24/2008 vom 12. Juni 2008, E. 3.1.

62 BRÜCKNER, Nr. 131.

wird das Kaufsrecht durch den Abschluss eines Kaufsrechtsvertrags, der zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf, soweit er ein Grundstück zum Gegenstand hat (Art. 216 Abs. 2 OR). Der Kaufsrechtsvertrag hat mindestens den Kaufgegenstand und den Kaufpreis zu bestimmen oder bestimmbar zu machen. Er kann aber auch noch weitere Bestimmungen enthalten, beispielsweise Bestimmungen über die Ausübungsbedingungen oder die zeitliche Befristung.[63] Kaufsrechte an Grundstücken dürfen maximal für zehn Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 216a OR).

55 Der **Unterschied zwischen Kaufsrecht und Vorkaufsrecht** liegt darin begründet, dass das Kaufsrecht im Gegensatz zum Vorkaufsrecht *nicht durch den Eintritt eines Vorkaufsfalls bedingt* ist.[64] Sofern der Kaufsrechtsvertrag nicht selbst irgendwelche Ausübungsbedingungen enthält, kann das Kaufsrecht jederzeit ausgeübt werden.[65]

3. Rückkaufsrecht

56 Das Rückkaufsrecht ist eine besondere Art des Kaufsrechts und somit ebenfalls ein Gestaltungsrecht. Auch beim Rückkaufsrecht hat der Berechtigte die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung einen Kaufvertrag über eine bestimmte Sache zustande zu bringen. Die Besonderheit liegt darin begründet, dass beim Rückkaufsrecht der **Rückkaufsberechtigte der ehemalige Eigentümer** und ursprüngliche Verkäufer und der Rückkaufsbelastete der aktuelle Eigentümer und ursprüngliche Käufer der Sache ist. Das heisst, dass die Parteien bereits einen Kaufvertrag abgeschlossen und vollzogen haben. Der seinerzeitige Verkäufer hat sich aber im Kaufvertrag ein Rückkaufsrecht ausbedungen, um das Kaufobjekt durch einseitige Willenserklärung zurückkaufen zu können.[66] Soweit der Rückkaufsrechtsvertrag ein Grundstück zum Gegenstand hat, bedarf er zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR). Das Rückkaufsrecht bezieht sich zwingend auf die verkaufte Sache. Mangels anderer Abrede ist davon auszugehen, dass das Rückkaufsrecht zu den gleichen Konditionen ausgeübt werden darf wie der seinerzeitige Verkauf.[67] Ein Rückkaufsrecht an einem Grundstück darf maximal für 25 Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 216a OR).

57 Auch das **Rückkaufsrecht** als besondere Art des Kaufsrechts **unterscheidet sich vom Vorkaufsrecht** dadurch, dass es *nicht durch den Eintritt eines Vorkaufsfalls bedingt* ist. Das Rückkaufsrecht kann grundsätzlich jederzeit ausgeübt

---

63 MEIER-HAYOZ, BK, N 37 ff. zu Art. 683 ZGB.
64 BGE 138 III 659 ff. (665), E. 4.1; GHANDCHI, S. 106.
65 GIGER, BK, N 43 zu Art. 216 OR.
66 GHANDCHI, S. 107.
67 BRÜCKNER, Nr. 149.

werden. Allerdings dürften in Rückkaufsrechtsverträgen noch häufiger als in Kaufsrechtsverträgen sonstige Bedingungen anzutreffen sein, an welche die Ausübung des Rückkaufsrechts geknüpft ist.[68]

4. Vorhandrecht

Das Vorhandrecht ist gesetzlich nicht geregelt. Aufgrund der Privatautonomie können die Parteien jedoch vertraglich ein Vorhandrecht vereinbaren. Mit dem Vorhandvertrag wird dem Berechtigten ein Vorrecht auf das Grundstück eingeräumt, falls der Eigentümer (Vorhandbelasteter) es an einen Dritten veräussern will.[69] Wie die Parteien das Vorhandrecht im Einzelnen ausgestalten wollen, ist ihnen in den Schranken der Rechtsordnung freigestellt.[70] Am sinnvollsten erachte ich eine Vereinbarung des folgenden Inhalts: Falls der Vorhandbelastete sein Grundstück an einen Dritten veräussern will, also im sogenannten Vorhandfall,[71] ist er verpflichtet, dem Vorhandberechtigten davon Mitteilung zu machen unter Angabe der beabsichtigten Veräusserungsbedingungen. Anschliessend ist der Vorhandberechtigte befugt, innert einer vertraglich vereinbarten Frist das Grundstück zu den bekannt gegebenen Veräusserungsbedingungen zu erwerben. Macht er davon keinen Gebrauch, kann der Vorhandbelastete das Grundstück zu den bekannt gegebenen Veräusserungsbedingungen an den Dritten veräussern. Ein solches Vorhandrecht entpuppt sich bei näherer Betrachtung als eine **besondere Ausgestaltung eines suspensiv bedingten Kaufsrechts.** Als solches bedarf es zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR) und kann für eine Dauer von maximal zehn Jahren vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 216a OR).[72] 58

Im **Unterschied zum Vorkaufsrecht** ist die Ausübung eines so vereinbarten Vorhandrechts nicht vom Eintritt eines Vorkaufsfalls abhängig, sondern nur – aber immerhin – vom Eintritt eines Vorhandfalls. Das heisst, es genügt, dass der Grundeigentümer beabsichtigt, sein Grundstück zu veräussern. Nicht erforderlich ist, dass er bereits mit einem Dritten einen Kaufvertrag abgeschlossen hat. Dadurch lässt sich vermeiden, dass zwei Parteien gleichzeitig einen Anspruch auf das Grundstück erheben. 59

---

68 Vgl. BRÜCKNER, Nr. 16.

69 Vgl. MEIER-HAYOZ, BK, N 33 zu Art. 681 ZGB. Siehe als Beispiel einer vertraglichen Vereinbarung eines Vorhandrechts an Aktien BGer 4A_627/2012 und 4A_629/2012 vom 9. April 2013, E. 8.1.

70 Siehe zu den denkbaren Ausgestaltungsmöglichkeiten des Vorhandrechts insbesondere BRUNNER, S. 58, und MEIER-HAYOZ, BK, N 34 ff. zu Art. 681 ZGB.

71 Vgl. BRUNNER, S. 59; MEIER-HAYOZ, BK, N 34 zu Art. 681 ZGB.

72 Siehe FOËX, ZBGR 2007, S. 14 f.

2. Kapitel: Begründung des Vorkaufsrechts

Soweit das Vorkaufsrecht nicht von Gesetzes wegen besteht, muss es durch Rechtsgeschäft begründet werden. Im Vordergrund der rechtsgeschäftlichen Begründung des Vorkaufsrechts steht die Begründung durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, nämlich durch den sogenannten Vorkaufsvertrag (I.). Im Stockwerkeigentumsverhältnis (II.) kann das Vorkaufsrecht auch durch ein einseitiges oder mehrseitiges Rechtsgeschäft begründet werden. Diskutiert wird schliesslich die Möglichkeit der Begründung eines Vorkaufsrechts durch eine Verfügung von Todes wegen (III.). 60

I. Durch Vorkaufsvertrag

Im Folgenden behandle ich zunächst den Vorkaufsvertrag im Allgemeinen (1.). Anschliessend gehe ich auf den entgeltlichen Vorkaufsvertrag im Besonderen (2.) ein. 61

1. Der Vorkaufsvertrag im Allgemeinen

Der Vertrag, mit dem ein Vorkaufsrecht begründet wird, nennt sich Vorkaufsvertrag. Folgt man der hier vertretenen Begründungstheorie,[73] erweist sich die **Terminologie** als ungenau, da bei einem Vorkaufsvertrag gerade *nichts* (*vor-)gekauft*, sondern bloss – aber immerhin – ein Vorkaufsrecht begründet wird. Korrekt wäre vielmehr die Bezeichnung «Vorkaufsrechtsvertrag».[74] Das Gesetz bezeichnet diese Verträge in Art. 216 Abs. 3 OR allerdings als «Vorkaufsverträge». Zumindest sprachästhetische Gründe sprechen für diese Wortwahl. Diese Terminologie wird in dieser Arbeit daher übernommen. 62

Im Folgenden thematisiere ich zunächst die Rechtsnatur (A) des Vorkaufsvertrags. Danach befasse ich mich mit der Vertragsentstehung (B) und den Vertragsparteien (C). Anschliessend setze ich mich mit dem Inhalt (D) und der Form (E) des Vorkaufsvertrags auseinander. Schliesslich behandle ich die Rechtswirkungen des Vertragsabschlusses (F). 63

---

73 Siehe zur Begründungstheorie unten Nr. 67 f.

74 GIGER, BK, N 82 zu Art. 216 OR.

A) Rechtsnatur

64 Um die Rechtsnatur des Vorkaufsvertrags dreht sich seit längerem ein Theorienstreit. Heutzutage stehen sich vordergründig noch zwei Theorien gegenüber, die ich im Folgenden darstellen werde: Es geht um die Bedingungs- (a) und um die Begründungstheorie (b).[75] Nach einer kurzen Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts (c) gebe ich eine eigene Stellungnahme (d) zu diesem Theorienstreit ab und ziehe die Konsequenzen für die Rechtsnatur (e) des Vorkaufsvertrags daraus.

a) Bedingungstheorie

65 Nach der Bedingungstheorie ist der Vorkaufsvertrag ein **doppelt suspensiv bedingter Kaufvertrag.** Gemäss dieser Konzeption stellt bereits der Vorkaufsvertrag einen Kaufvertrag über das Vorkaufsobjekt dar, der jedoch unter zwei Suspensivbedingungen steht: dass erstens ein Vorkaufsfall eintritt und dass zweitens der Berechtigte eine fristgerechte Ausübungserklärung abgibt.[76] Die Ausübung des Vorkaufsrechts charakterisiert sich rechtlich als Wollensbedingung.[77] Mit dem Eintritt des Vorkaufsfalls und der Ausübung des Vorkaufsrechts wird der ursprünglich bedingte Kaufvertrag voll wirksam.[78]

66 Für die Bedingungstheorie werden in der Lehre verschiedene **Argumente** vorgetragen. So stelle die Bedingungstheorie beispielsweise sicher, dass die Willenserklärungen beider Vorkaufsvertragsparteien das Formerfordernis zu beachten haben.[79] Auch erlaube es diese Theorie, dem Berechtigten bereits vor der Ausübung seines Rechts einen gewissen Schutz zuzugestehen.[80] Schliesslich spreche die systematische Eingliederung des Vorkaufsvertrags im dritten Abschnitt des sechsten Titels des Obligationenrechts unter der Überschrift «Der Grundstückkauf» für die Bedingungstheorie.[81]

b) Begründungstheorie

67 Nach der Begründungstheorie ist der Vorkaufsvertrag ein **Vertrag sui generis,** mit welchem der Vorkaufsrechtsgeber[82] dem Vorkaufsberechtigten das Gestal-

---

75 Zu weiteren, inzwischen überholten Theorien siehe BRUNNER, S. 165 ff., und NOELPP, S. 61 ff.

76 CR OR I-FOËX, N 23 zu Art. 216; MEIER-HAYOZ, BK, N 46 zu Art. 681 ZGB; VISCHER, S. 83.

77 Vgl. bereits oben Nr. 9 in fine.

78 MEIER-HAYOZ, BK, N 46 zu Art. 681 ZGB.

79 MEIER-HAYOZ, BK, N 47 zu Art. 681 ZGB.

80 STEINAUER, droits réels, Nr. 1719a Fn. 1.

81 FOËX, SemJud 1994, S. 387.

82 Zum Begriff des Vorkaufsrechtsgebers siehe unten Nr. 88.

tungsrecht einräumt, im Vorkaufsfall durch einseitige Willenserklärung gegenüber dem Vorkaufsbelasteten einen Kaufvertrag über das Vorkaufsobjekt zustande zu bringen.[83] Mit dem Abschluss des Vorkaufsvertrags wird also vorerst nur – aber immerhin – ein Vorkaufsrecht, ein Gestaltungsrecht nach dem Gesagten,[84] begründet. Erst mit der Ausübung dieses Gestaltungsrechts kommt ein Kaufvertrag über das Vorkaufsobjekt – ein zweiter, neuer Vertrag – zustande.

Auch für die Begründungstheorie werden in der Lehre verschiedene **Argumente** ins Feld geführt. So trage diese Theorie namentlich dem Parteiwillen besser Rechnung.[85] Auch liessen sich nur mit der Begründungstheorie die rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Vorkaufsrechte dogmatisch einheitlich erfassen.[86] 68

c) Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich nie auf die Bedingungs- oder die Begründungstheorie festgelegt. Seine Rechtsprechung ist **schwankend.**[87] Zuletzt ist es seiner Wortwahl nach der Bedingungstheorie gefolgt, als es ausgeführt hat: «L'exercice du droit de préemption constitue la réalisation d'une condition (potestative) et met un terme à un état suspensif […]».[88] 69

---

83 Vgl. HAAB, ZK, N 2 zu Art. 681/82 ZGB.

84 Vgl. oben Nr. 9.

85 NOELPP, S. 72.

86 NOELPP, S. 57.

87 Als Beispiel für die Bedingungstheorie siehe BGE 97 II 53 ff. (56), E. 3: «Zu berücksichtigen ist ferner, dass dem Vorkaufsrecht ein durch die Gestaltungserklärung des Berechtigten bedingter Kaufvertrag zugrunde liegt […]». Als Beispiel für die Begründungstheorie siehe BGE 90 II 393 ff. (398), E. 2b: «Mit dem Empfang der Ausübungserklärung durch Wäger wurde die Kaufsobligation zwischen ihm und Halter begründet».

88 BGE 134 III 597 ff. (604), E. 3.4.1. Siehe auch BGer 5A_651/2010 vom 17. Januar 2011, E. 5.1.1, betreffend ein Kaufsrecht: «Le droit d'emption est un droit d'acquisition conditionnel subordonné à une condition potestative, la déclaration d'exercice du droit. Lorsque l'empteur a déclaré exercer son droit au propriétaire de la chose, la condition à laquelle la vente était subordonnée est avenue. La vente conditionnelle que constitue le pacte d'emption, devenue parfaite à la suite de l'exercice du droit par son titulaire, produit alors ses effets: l'acheteur a droit au transfert de la propriété de la chose et le vendeur au paiement du prix». Anders noch BGer 4A_24/2008 vom 12. Juni 2008, E. 3.1: «Das Kaufsrecht ist ein Gestaltungsrecht, dessen rechtswirksame Ausübung Rechte und Pflichten wie aus einem gewöhnlichen Kaufvertrag begründet».

d) Eigene Stellungnahme

70 Entgegen der Auffassung von BRÜCKNER[89] hat dieser Theorienstreit mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachenrecht) und des OR (Grundstückkauf) im Jahr 1994 seine **praktische Bedeutung** nicht verloren. Auswirkungen zeitigt der Streit auch unter der Geltung des heutigen Rechts namentlich auf die Frage, ob beim Vorkaufsvertrag auf Seiten des Vorkaufsrechtsnehmers volle Handlungsfähigkeit vorausgesetzt wird oder ob beschränkte Handlungsunfähigkeit genügt.[90] Auch spielt er eine Rolle bei der Beurteilung, ob die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen beider Parteien des Vorkaufsvertrags oder nur die Willenserklärung des Vorkaufsrechtsgebers das Formerfordernis beachten muss.[91] Ferner beeinflusst er auch die Zulässigkeit der Begründung eines Vorkaufsrechts durch einen Vertrag zugunsten Dritter.[92]

71 Allerdings muss man sich **davor hüten,** durch das Befürworten der einen oder anderen Theorie **in Begriffsjurisprudenz zu verfallen.** Die sich stellenden Rechtsfragen dürfen nicht in dem einen oder anderen Sinn entschieden werden, *weil* man sich auf die eine oder andere Theorie festgelegt hat. Das argumentative Vorgehen muss gerade umgekehrt sein: Weil die Antworten auf die sich stellenden Rechtsfragen in dem einen oder anderen Sinn als sachgerecht erscheinen, *entscheidet man sich* für eine der beiden Theorien. Wie die Arbeit noch an verschiedenen Stellen verdeutlichen wird, führt die Begründungstheorie zu sachgerechteren Ergebnissen als die Bedingungstheorie. Im Wissen darum, dass sich auch die Begründungstheorie nicht puristisch verwirklichen lässt, muss gleichwohl stets eine gewisse Offenheit gegenüber sachgerechten Ideen der Vertreter der Bedingungstheorie an den Tag gelegt werden.

72 Bereits an dieser Stelle sollen grundsätzliche Argumente für die Begründungstheorie zur Sprache kommen (aa) sowie Einwände gegen diese Theorie widerlegt werden (bb).

aa) Grundsätzliche Argumente für die Begründungstheorie

73 Wie BRUNNER zu Recht betont, beurteilt sich die «Richtigkeit» einer dieser Theorien angesichts der im Privatrecht geltenden Parteiautonomie und Vertragstypenfreiheit nach dem Grad, in dem sie **dem Parteiwillen Rechnung trägt.**[93] Nach der Konzeption der Bedingungstheorie, die den Vorkaufsvertrag als dop-

---

89 BRÜCKNER, Nr. 20 in fine.

90 Vgl. dazu unten Nr. 90. Widersprüchlich daher die Ausführungen der Berner Justizdirektion an die Amtsschreiberei Seftigen vom 29. März 1920, in: MBVR 1920, S. 203 ff. (208).

91 Vgl. unten Nr. 115 ff.

92 Vgl. unten Nr. 96.

93 BRUNNER, S. 165.

pelt suspensiv bedingten Kaufvertrag begreift, müsste der Vorkaufsrechtsgeber beim Abschluss des Vorkaufsvertrages gegenüber dem Vorkaufsrechtsnehmer dem Sinn nach Folgendes erklären: «Ich verkaufe dir (heute) den Kaufgegenstand für den Fall, dass ich an einen Dritten verkaufe und mit diesem einen Kaufvertrag abschliesse und dass du dann (noch) willst; ich verpflichte mich, dir aufgrund dieses (heutigen) bedingten Vertrages das Eigentum an dem Kaufsobjekt beim Eintritt der Bedingungen zu übertragen».[94] Dies entspricht indes kaum dem Willen der Parteien.[95] Schon gar nicht dem Parteiwillen entspricht die Konzeption der Bedingungstheorie, wenn mit der Einräumung eines Vorkaufsrechts ein Zweck verfolgt wird, der – wie insbesondere beim Abwehrzweck[96] – primär gar nicht auf den späteren Erwerb des Grundstücks durch den Vorkaufsberechtigten abzielt. Aber selbst in denjenigen Fällen, in denen der Vorkaufsberechtigte mit dem Vorkaufsrecht auf den künftigen Erwerb des Grundstücks abzielt wie beim Erwerbszweck,[97] wird dem Vorkaufsberechtigten mittels Vorkaufsrechts nur eine Vorrangstellung in Bezug auf die Rechtsnachfolge an diesem Grundstück für einen allfälligen späteren Verkauf desselben eingeräumt. Der Verkauf des Grundstücks als solcher ist jedoch gerade noch ungewiss und vom Vorkaufsbelasteten im Moment des Vertragsschlusses auch nicht gewollt. Deshalb kann nur schwerlich die Rede davon sein, dass bereits zu diesem Zeitpunkt das Vorkaufsobjekt verkauft werde, und sei es auch nur unter zwei Suspensivbedingungen. Der Vorkaufsvertrag als doppelt suspensiv bedingter Kaufvertrag entpuppt sich als realitätsfremdes Konstrukt, das dem offensichtlichen Bemühen entspringt, eine Rechtsfigur eigener Art in bestehende Strukturen zu zwängen. Der eigentliche Inhalt der Willenserklärungen der Parteien eines Vorkaufsvertrags ist eben nicht der Kauf als solcher – auch nicht der Kauf unter zwei Suspensivbedingungen –, sondern vorerst nur die Einräumung der Möglichkeit an den Vorkaufsberechtigten, später im Vorkaufsfall einseitig kaufen zu können.[98] Der Vorkaufsrechtsgeber erklärt daher dem Sinn nach eher: «Für den Fall, dass ich an einen Dritten verkaufe und mit diesem einen Kaufvertrag abschliesse, kannst du dich, Berechtigter, frei entscheiden, den gleichen Kaufvertrag (mit gleichem Inhalt oder den unter folgenden Bestimmungen vereinbarten Vertrag) mit mir abzuschliessen, und ich verpflichte mich, dir dann aufgrund dieses Kaufvertrags das Eigentum an dem Kaufsobjekt zu übertragen».[99] Und damit befindet man sich auf dem Boden der Begründungstheorie.

---

94 Pointiert NOELPP, S. 45.

95 Vgl. auch SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 23, wonach die Auffassung des doppelt bedingten Kaufvertrags «dem vermutlichen Parteiwillen Gewalt antut».

96 Vgl. oben Nr. 41 f.

97 Vgl. oben Nr. 38 ff.

98 NOELPP, S. 45; vgl. auch GIGER, BK, N 86 zu Art. 216 OR; OTT, S. 267.

99 NOELPP, S. 45.

74 Die Bedingungstheorie krankt ausserdem daran, dass sie nicht vereinbar ist mit den gesetzlichen Vorkaufsrechten.[100] In diesen Fällen versagt die Konstruktion eines (doppelt suspensiv bedingten) Kaufvertrags, weil es an einer vorbestehenden vertraglichen Beziehung zwischen Vorkaufsbelastetem und Vorkaufsberechtigtem fehlt. Die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts zeitigt aber grundsätzlich dieselben Wirkungen wie die Ausübung eines vertraglichen Vorkaufsrechts, nämlich dass der Vorkaufsberechtigte vom Vorkaufsbelasteten die Übertragung des Eigentums am Vorkaufsobjekt gegen Bezahlung des Kaufpreises verlangen darf. Mit Fug erachtet es BRUNNER als «unbefriedigend, zwei verschiedene Konstruktionen für ein Recht anzuwenden, dessen Wirkung […] beide Male die gleiche ist».[101] Ein solches Ergebnis widerspricht auch dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Einzig die Begründungstheorie **vermag die rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Vorkaufsrechte dogmatisch einheitlich zu erfassen:**[102] In beiden Fällen stellt das Vorkaufsrecht ein Gestaltungsrecht dar – sei es nun vertraglich eingeräumt oder beruhe es auf Gesetz –, und erst die Ausübung dieses Gestaltungsrechts lässt die kaufvertraglichen Rechte und Pflichten entstehen.

75 Schliesslich verträgt sich die Begründungstheorie auch besser mit dem deutschen **Wortlaut von Art. 216 Abs. 2 OR.** Dort ist von Verträgen die Rede, die ein *Vorkaufsrecht* an einem Grundstück *begründen.*

bb) Widerlegung von Einwänden gegen die Begründungstheorie

76 Gegen die Begründungstheorie spricht auch nicht die **systematische Einordnung** des Vorkaufsvertrags in Art. 216 OR, wie etwa FOËX annimmt.[103] So ist in Art. 216 OR unter anderem auch der Vorvertrag über einen Grundstückkauf geregelt. Der Vorvertrag selbst stellt jedoch – jedenfalls nach jenem Teil der Lehre, der einen Unterschied zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag anerkennt[104] – noch keinen Grundstückkaufvertrag dar. Nichts spricht mit anderen Worten gegen die Auffassung, wonach in Art. 216 Abs. 2 OR Verträge geregelt sind, die zwar einen Bezug zu einem Grundstückkauf aufweisen, ohne jedoch selbst einen Grundstückkaufvertrag darzustellen.

77 Auch erlaubt es die Begründungstheorie – entgegen der Befürchtung von STEINAUER[105] – sehr wohl, dem Berechtigten bereits **vor der Ausübung des Vorkaufsrechts einen gewissen Schutz** zuzugestehen. Denn der Vorkaufsvertrag begründet – wie jeder andere Vertrag auch – gewisse Nebenpflichten für

---

100 HAAB, ZK, N 2 zu Art. 681/82 ZGB.
101 BRUNNER, S. 168.
102 Vgl. auch EMERY, Nr. 29; NOELPP, S. 57; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 30.
103 Siehe FOËX, SemJud 1994, S. 387. Vgl. bereits oben Nr. 66.
104 Vgl. oben Nr. 50.
105 STEINAUER, droits réels, Nr. 1719a Fn. 1. Vgl. bereits oben Nr. 66.

den Vorkaufsrechtsgeber und zieht damit Schutzwirkungen für den Vorkaufsberechtigten nach sich.[106]

e) Konsequenzen für die Rechtsnatur

Im Zusammenhang mit der Rechtsnatur des Vorkaufsvertrags stellt sich einerseits die Frage nach der Vertragsqualifikation (aa) und andererseits die Frage nach der Einordnung in die klassische schuldrechtliche Zweiteilung der Verträge in Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte (bb). 78

aa) Vertragsqualifikation

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt der Vorkaufsvertrag also keinen doppelt suspensiv bedingten Kaufvertrag dar. Vielmehr wird mit diesem Vertrag vorerst bloss – aber immerhin – ein Gestaltungsrecht zugunsten des Vorkaufsberechtigten begründet, welches diesen berechtigt, im Vorkaufsfall durch einseitige Willenserklärung gegenüber dem Vorkaufsbelasteten einen Veräusserungsvertrag, regelmässig einen Kaufvertrag, über das Vorkaufsobjekt zustande zu bringen. Der Vorkaufsvertrag ist damit ein eigenständiger Vertragstypus, ein **Vertrag sui generis.**[107] Dieser Umstand rechtfertigt es auch, dass ihm das Gesetz in Art. 216 Abs. 3 OR einen eigenen Namen verliehen hat. Als Innominatvertrag kann man den Vorkaufsvertrag wohl nicht mehr bezeichnen, seit er mit dem Inkrafttreten der Teilrevision des ZGB und des OR im Jahr 1994 in den Art. 216 ff. OR eine Regelung von einer gewissen Ausführlichkeit erfahren hat.[108] 79

Das Schrifttum ordnet den Vorkaufsvertrag zutreffenderweise beim **Optionsvertrag** ein.[109] Damit gehört er zur Gruppe der Vorfeldverträge, die einerseits die Vorstufe zu einem weiteren Vertrag, dem Hauptvertrag,[110] bilden können, andererseits aber bereits selber vollwertige Verträge darstellen.[111] 80

bb) Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft?

Die Frage, ob der Vorkaufsvertrag ein Verfügungs- oder ein Verpflichtungsgeschäft darstellt, hat eine wahre **Fülle an verschiedenen Lehrmeinungen** hervorgebracht. Es werden fast alle denkbaren Auffassungen vertreten: BRUNNER hält den (unentgeltlichen) Vorkaufsvertrag für einen den Vorkaufsrechtsgeber 81

---

106 Siehe dazu unten Nr. 157 ff.

107 Siehe auch VIONNET, S. 40.

108 Siehe FOËX, SemJud 1994, S. 387.

109 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 487; KRAUSKOPF, Nr. 1741; für das deutsche Recht siehe GEORGIADES, S. 421 Fn. 41; relativierend CASPER, S. 84 f.

110 Siehe CASPER, S. 8.

111 Siehe CASPER, S. 66.

einseitig verpflichtenden Vertrag, da er im Vorkaufsfall die Rechtsausübung durch den Vorkaufsberechtigten zu dulden habe.[112] VON TUHR/PETER dagegen erblicken in der Einräumung eines Vorkaufsrechts eine Verfügung des Eigentümers.[113] GEORGIADES wiederum geht davon aus, dass beim Vorkaufsvertrag die Übernahme der Verpflichtung zur Begründung des Vorkaufsrechts und deren Erfüllung zugleich bei dessen Abschluss stattfinden, dass also gleich wie bei den Handgeschäften (Barkauf oder Handschenkung) «das Verpflichtungs- und das Erfüllungsgeschäft zeitlich zusammenfallen, begrifflich aber auseinander gehalten werden».[114] NOELPP schliesslich erachtet die schuldrechtliche Zweiteilung in Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft für den Vorkaufsvertrag als unpassend, «da im Zeitpunkt der Einräumung [des Vorkaufsrechts] weder von einer Verfügung über den Kaufgegenstand (Verminderung der Aktiven) noch von einer Verpflichtung (Vergrösserung der Passiven) gesprochen werden kann».[115] Ich teile die Auffassung von NOELPP aus folgenden Überlegungen:

82 Mit dem Vorkaufsvertrag wird zugunsten des Vorkaufsberechtigten ein Vorkaufsrecht, ein relatives Recht nach dem Gesagten,[116] begründet. Damit weist der Vorkaufsvertrag zwar insofern eine Ähnlichkeit mit einem Verpflichtungsgeschäft auf, als hier wie dort ein relatives Recht begründet wird: Bei einem Verpflichtungsgeschäft wird ein Forderungsrecht und beim Vorkaufsvertrag ein Gestaltungsrecht begründet. Anders als bei einem Verpflichtungsgeschäft geht der Vorkaufsrechtsgeber beim Vorkaufsvertrag jedoch **keine Verpflichtung** ein: Bei einem Verpflichtungsgeschäft verpflichtet sich der Schuldner gegenüber dem Gläubiger zu einer Leistung, die dem Verpflichtungsgeschäft nachfolgen muss. Beim Vorkaufsvertrag hingegen verpflichtet sich der Vorkaufsrechtsgeber zu keiner Leistung, die er danach erbringen muss. Allenfalls sind mit dem Vorkaufsvertrag gewisse Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten verbunden.[117] Doch diese sind von untergeordneter Natur und machen den Vorkaufsvertrag nicht zu einem Verpflichtungsgeschäft. Meines Erachtens kann man auch nicht im Sinne BRUNNERS davon sprechen, der Vorkaufsrechtsgeber verpflichte sich für die Dauer der Vorkaufsrechtsbelastung, im Vorkaufsfall die Rechtsausübung durch den Vorkaufsberechtigten zu dulden. Denn eine Duldungspflicht setzt begriffsnotwendigerweise die Möglichkeit voraus, dass der Verpflichtete – in

---

112 BRUNNER, S. 115 ff.

113 VON TUHR/PETER, S. 239 Fn. 37.

114 GEORGIADES, S. 426 Fn. 52. Seine Ausführungen zum Optionsvertrag gelten auch für den Vorkaufsvertrag, den er der Kategorie der Optionsverträge zuordnet: DERSELBE, S. 421 Fn. 41.

115 NOELPP, S. 56 f.; ähnlich auch SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 52, der jedoch eine Verwandtschaft des Vorkaufsvertrags sowohl mit einem Verpflichtungs- wie auch mit einem Verfügungsvertrag annimmt.

116 Vgl. oben Nr. 13.

117 Vgl. unten Nr. 154 ff. und 157 ff.

Verletzung seiner Vertragspflicht – gegen die Gläubigerhandlung Widerstand leisten könnte.[118] An dieser Voraussetzung fehlt es jedoch beim Vorkaufsvertrag, da sich der Vorkaufsbelastete im Vorkaufsfall der Rechtsausübung durch den Vorkaufsberechtigten nicht widersetzen kann. Da der Vorkaufsrechtsgeber beim Vorkaufsvertrag nach dem Gesagten keine (Haupt-)Verpflichtung eingeht, darf man von ihm höchstens in einem untechnischen Sinn von einem «Verpflichteten» sprechen.[119] Den Vorzug verdient der Ausdruck «Belasteter», weshalb in dieser Arbeit auch vom «Vorkaufsbelasteten» und nicht vom «Vorkaufsverpflichteten» die Rede ist.

Von einem Verfügungsgeschäft spricht man, wenn der Verfügende unmittelbar und endgültig zugunsten eines anderen den Bestand oder den Inhalt eines Rechts ändert, das ihm zusteht. Namentlich wird zugunsten des anderen ein Recht begründet, übertragen oder aufgehoben.[120] Das Verfügungsgeschäft führt auf Seiten des Verfügenden zu einer Verminderung der Aktiven.[121] Mit einem Vorkaufsvertrag begründet der Vorkaufsrechtsgeber nach dem Gesagten zwar zugunsten des Vorkaufsberechtigten ein Gestaltungsrecht. Doch die Begründung eines relativen Rechts genügt nicht zur Annahme eines Verfügungsgeschäfts, sonst wäre ja auch das Verpflichtungsgeschäft, bei dem ein relatives Forderungsrecht begründet wird, ein Verfügungsgeschäft. In diesen Fällen fehlt es nämlich an der Voraussetzung, dass sich die Aktiven des Verfügenden vermindern. Auch wenn auf Seiten des Vorkaufsberechtigten ein Recht begründet wird, nimmt der Vorkaufsrechtsgeber beim Vorkaufsvertrag mit anderen Worten **keine Verfügung** über ein ihm zustehendes Recht vor. 83

Der Vorkaufsvertrag kann also weder als Verpflichtungs- noch als Verfügungsgeschäft qualifiziert werden und stellt auch insofern ein Rechtsgeschäft sui generis dar. Meines Erachtens handelt es sich um einen **Vertrag über eine gegenwärtige Leistung.** Unter einer Leistung versteht man die Zuwendung eines Wertes von einer Person an eine andere Person.[122] Mit dem Abschluss des Vorkaufsvertrags wird dem Vorkaufsberechtigten uno actu das Vorkaufsrecht, ein Gestaltungsrecht nach dem Gesagten,[123] eingeräumt. Ein Gestaltungsrecht stellt einen Vermögenswert dar.[124] Im Gegensatz zum Forderungsrecht weist das Ge- 84

---

118 Siehe WEBER, BK, N 38 der Einleitung und Vorbemerkungen zu Art. 68–96 OR; DERSELBE, BK, N 98 zu Art. 98 OR.

119 Vgl. SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 26 f.

120 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 137; VAN DE SANDT, Nr. 230 ff.

121 BUCHER, OR AT, S. 43 Fn. 48; VAN DE SANDT, Nr. 67, Nr. 70 Fn. 73 und Nr. 242.

122 SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, N 28 der Vorbemerkungen vor Art. 1 OR.

123 Vgl. oben Nr. 9.

124 VAN DE SANDT, Nr. 63. Siehe auch SCHENKER, S. 247 ff., wonach selbst das unlimitierte Vorkaufsrecht einen – wenn auch bloss geringen – ökonomischen Wert hat. Teilweise a.M. MERKER, S. 205 ff., für den das unlimitierte Vorkaufsrecht objektiv

staltungsrecht insofern einen Selbstzweck auf, als der Rechtsbegründung keine Leistungserbringung nachfolgen muss. Folglich erbringt der Vorkaufsrechtsgeber bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses seine Vertragsleistung.[125] Als Rechtsgrund für diese Vertragsleistung kommt insbesondere ein Rechtskauf oder eine Rechtsschenkung in Betracht, was die ergänzende Anwendbarkeit kauf- bzw. schenkungsrechtlicher Bestimmungen rechtfertigt.[126] Leistung und Rechtsgrundabrede fallen indes zeitlich zusammen. Der Vorkaufsvertrag weist damit in der Tat – wie von GEORGIADES bemerkt – Ähnlichkeiten zu einem Handgeschäft auf. Anders als bei einem Handgeschäft hat der Vorkaufsvertrag aber keine bewegliche Sache zum Leistungsgegenstand, weshalb der Vorkaufsvertrag selbst kein Handgeschäft darstellt.

85 Der Vorkaufsrechtsgeber erbringt nach dem soeben Gesagten also eine **einmalige Leistung:** Er begründet zugunsten des Vorkaufsberechtigten ein (bedingtes) Gestaltungsrecht, das Vorkaufsrecht. Nicht in Abrede gestellt werden kann ein gewisses Dauerelement des Vorkaufsvertrags.[127] Denn der Vorkaufsberechtigte erhält das Vorkaufsrecht für eine gewisse Zeitdauer eingeräumt. Dieses Dauerelement zeigt sich insbesondere auch darin, dass den Vorkaufsbelasteten für die Dauer der Vorkaufsbelastung gewisse Nebenpflichten treffen.[128] Es macht den Vorkaufsvertrag aber noch nicht zu einem Dauervertrag. Denn ein Dauervertrag würde eine Dauerschuld voraussetzen, also ein fortdauerndes oder wiederholtes Leistungsverhalten.[129] Beim Vorkaufsvertrag besteht die Leistung jedoch in der *Begründung* des Vorkaufsrechts und diese erfolgt einmalig.

B) Vertragsentstehung

86 Der Vorkaufsvertrag ist ein Konsensualvertrag, der durch den **Austausch übereinstimmender Willenserklärungen** zustande kommt (Art. 1 OR).[130] Als Vertrag ist er ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Die Parteien müssen sich mindestens über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte einigen.[131] Für das gültige Zustandekommen des Vertrags ist zusätzlich eine Formvorschrift zu beachten, die für das unlimitierte und das limitierte Vorkaufsrecht verschieden ist.[132]

---

wertlos ist und nur dann einen subjektiven Wert aufweist, wenn der Vorkaufsbelastete verkaufswillig ist.

125 BRUNNER, S. 143; vgl. auch GEORGIADES, S. 430.

126 Siehe unten Nr. 172 f.

127 Siehe auch BGE 97 II 53 ff. (56), E. 3.

128 Vgl. unten Nr. 157 ff.

129 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 263 und 94 f.

130 ALLGÄUER, S. 37 f.; BRÜCKNER, Nr. 47; vgl. auch VIONNET, S. 40 ff., für die vertragliche Begründung von Gestaltungsrechten ganz allgemein.

131 Zu den objektiv wesentlichen Vertragspunkten siehe unten Nr. 92 ff.

132 Vgl. dazu unten Nr. 100 ff.

C) Parteien

Am Vorkaufsvertrag beteiligt sind in der Regel **zwei Parteien:** der Vorkaufsrechtsgeber einerseits und der Vorkaufsrechtsnehmer andererseits. Denkbar ist selbstverständlich auch, dass auf der einen oder auf beiden Seiten eine Personenmehrheit besteht. 87

Als **Vorkaufsrechtsgeber** wird diejenige Partei bezeichnet, die vertraglich zugunsten einer anderen Person ein Vorkaufsrecht begründet. Da ein Vertrag zulasten eines Dritten nicht zulässig ist, sind Vorkaufsrechtsgeber und Vorkaufsbelasteter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses notwendigerweise personell identisch. Zu einem späteren Zeitpunkt können Vorkaufsrechtsgeber und Vorkaufsbelasteter hingegen durchaus personell auseinanderfallen. So ist namentlich bei einem grundbuchlich vorgemerkten Vorkaufsrecht der *jeweilige* Eigentümer des Grundstücks Vorkaufsbelasteter.[133] 88

Als **Vorkaufsrechtsnehmer** wird diejenige Partei bezeichnet, die für sich oder zugunsten eines Dritten (vgl. Art. 112 OR) vertraglich ein Vorkaufsrecht einräumen lässt. Vorkaufsrechtsnehmer und Vorkaufsberechtigter sind regelmässig identisch, aber nicht notwendigerweise. Als Vorkaufsberechtigter – der nicht zugleich Vorkaufsrechtsnehmer ist – in Betracht fallen auch der aus einem Vorkaufsvertrag zugunsten eines Dritten Begünstigte, der Erwerber eines abtretbar ausgestalteten Vorkaufsrechts und der Erwerber eines Grundstücks, zu dessen Gunsten ein Realvorkaufsrecht besteht.[134] 89

Partei sein können natürliche und juristische Personen. Beim *unentgeltlichen Vorkaufsvertrag* ist die **Handlungsfähigkeit** nur auf Seiten des Vorkaufsrechtsgebers vorausgesetzt, weil in diesem Fall nur der Vorkaufsrechtsgeber eine vertragliche Leistung erbringt.[135] Auf Seiten des Vorkaufsrechtsnehmers genügt eine beschränkte Handlungsunfähigkeit im Sinn von Art. 19 Abs. 1 ZGB – also die Urteilsfähigkeit eines Handlungsunfähigen.[136] Denn eine solche Person kann – auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters – gemäss Art. 19 Abs. 2 ZGB unentgeltliche Vorteile erlangen. Die unentgeltliche Begründung eines Vorkaufsrechts stellt einen solchen unentgeltlichen Vorteil dar. Volle Handlungsfähigkeit oder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters auf Seiten des Vorkaufsberechtigten ist erst vorausgesetzt, wenn dieser das Vorkaufsrecht ausüben will.[137] Denn mit der Ausübung des Vorkaufsrechts[138] werden kaufvertrag- 90

---

133 BRUNNER, S. 41 Fn. 22. Siehe dazu unten Nr. 422 ff.

134 Vgl. auch BRUNNER, S. 41 Fn. 20. Zum Realvorkaufsrecht siehe unten Nr. 97.

135 Zum entgeltlichen Vorkaufsvertrag siehe unten Nr. 195.

136 SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 53.

137 Vgl. unten Nr. 801.

138 Genau genommen mit dem Zugang der Ausübungserklärung beim Vorkaufsbelasteten: siehe unten Nr. 862.

liche Rechte *und* Pflichten begründet, erlangt der Vorkaufsberechtigte mit anderen Worten Vorteile, die nicht mehr unentgeltlich sind. Dieses sachgerechte Ergebnis lässt sich mit der Begründungstheorie erklären. Vertreter der Bedingungstheorie hingegen, die davon ausgehen, dass der Vorkaufsrechtsnehmer mit dem Vorkaufsvertrag einen doppelt suspensiv bedingten Kaufvertrag eingeht,[139] müssten konsequenterweise – wenn sie dieses Problem thematisieren würden – auf Seiten des Vorkaufsrechtsnehmers volle Handlungsfähigkeit oder die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags voraussetzen.

D) Inhalt

91 Im Vorkaufsvertrag auf alle Fälle geregelt werden müssen die objektiv wesentlichen Vertragspunkte (a). Daneben kann der Vertrag auch weitere Vertragspunkte (b) enthalten.

a) Objektiv wesentliche Vertragspunkte

92 Was unter objektiv wesentlichen Vertragspunkten ganz allgemein zu verstehen ist, darüber besteht in Lehre und Rechtsprechung keine Einigkeit. In Anlehnung an die Lehrmeinung von GAUCH/SCHLUEP/SCHMID fallen nach der hier vertretenen Auffassung jene Teile des Vertragsinhalts darunter, die **notwendigerweise einer Regelung** durch die Parteien selbst **bedürfen,** «weil sonst eine Lücke offenbliebe, die weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht oder Richterrecht geschlossen werden könnte».[140] So verstanden, sind beim Vorkaufsvertrag – nebst der Bezeichnung der Parteien und ihrer allfälligen Stellvertreter – die folgenden Vertragspunkte objektiv wesentlich:

- der Wille zur Begründung eines Vorkaufsrechts;
- die Person des Vorkaufsbelasteten und die Person des Vorkaufsberechtigten;
- das Vorkaufsobjekt.

93 Für all diese objektiv wesentlichen Vertragspunkte gilt, dass sie im Vorkaufsvertrag entweder **bestimmt** sein **oder bestimmbar** gemacht werden müssen.[141]

94 Die Parteien müssen sich in ihrem Vertrag also zunächst darüber aussprechen, welche Art von Recht nach ihrem Willen dem Berechtigten eingeräumt werden

---

139 Vgl. oben Nr. 65.

140 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 335. Nach einer anderen Auffassung bestehen die objektiv wesentlichen Vertragspunkte in den begriffsnotwendigen Bestandteilen eines bestimmten Vertragstypus, den essentialia negotii: BGE 97 II 53 ff. (55), E. 2; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 7 zu Art. 2 OR.

141 Ganz allgemein GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 344 ff.

soll. Namentlich gilt es, ihren **Willen zur Begründung eines Vorkaufsrechts** von ihrem Willen zur Begründung eines suspensiv bedingten Kaufsrechts zu unterscheiden.[142] Für die Qualifizierung des Vertrags als Vorkaufsvertrag ist dabei nicht die unrichtige Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien, sondern der übereinstimmende wirkliche Wille massgebend (Art. 18 Abs. 1 OR).

95 Weiter muss im Vorkaufsvertrag die **Person des Vorkaufsbelasteten** bezeichnet werden. Wie bereits ausgeführt wurde, ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Vorkaufsrechtsgeber immer auch Vorkaufsbelasteter.[143] Der Vorkaufsrechtsgeber wird in der Regel Eigentümer des Vorkaufsobjekts sein, doch ist dessen *Eigentümerschaft nicht zwingend.* Ein Vorkaufsrecht kann beispielsweise auch an einem vom Vorkaufsrechtsgeber erst noch zu erwerbenden Grundstück begründet werden.[144] Vorausgesetzt ist aber in jedem Fall, dass das Vorkaufsobjekt tatsächlich existiert. Denn ein Vorkaufsrecht ohne zugehöriges Vorkaufsobjekt ist nicht möglich (Art. 20 Abs. 1 OR).

96 Ebenso muss der Vorkaufsvertrag die **Person des Vorkaufsberechtigten** bezeichnen. Lautet das Vorkaufsrecht zugunsten einer bestimmten Person, spricht man von einem *Personalvorkaufsrecht.* Der Vorkaufsrechtsnehmer ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in aller Regel identisch mit dem Vorkaufsberechtigten. Allgemein anerkannt ist aber auch, dass das Vorkaufsrecht durch einen Vertrag zugunsten eines Dritten errichtet werden kann (Art. 112 OR).[145] Diesfalls muss im Vertrag der Drittbegünstigte bezeichnet werden. Dass diese Auffassung selbst von Vertretern der Bedingungstheorie geteilt wird, überrascht, da nach ihrer Theorie der Vorkaufsberechtigte bereits mit Abschluss des Vorkaufsvertrags eine doppelt suspensiv bedingte Kaufverpflichtung eingeht.[146] Verträge, die einen Dritten rechtlich belasten, sind jedoch nicht zulässig.[147] Die Zulässigkeit der Begründung eines Vorkaufsrechts zugunsten eines Dritten lässt sich daher nur auf Basis der Begründungstheorie erklären.

97 Das Vorkaufsrecht kann aber auch als *Realvorkaufsrecht* ausgestaltet werden. Dann wird im Vertrag als Vorkaufsberechtigter der jeweilige Eigentümer eines Drittgrundstücks bezeichnet. Dadurch wird die Vorkaufsberechtigung subjektiv-dinglich mit dem Eigentum an diesem Drittgrundstück verknüpft und

---

142 Zu dieser Abgrenzung siehe auch unten Nr. 749.

143 Vgl. oben Nr. 88.

144 BRUNNER, S. 45; LEEMANN, BK, N 11 zu Art. 681 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 87 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1723c.

145 FOËX, ZBGR 2007, S. 6; HAAB, ZK, N 26 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 91 zu Art. 681 ZGB. Siehe auch die Ausführungen der Berner Justizdirektion an die Amtsschreiberei Seftigen vom 29. März 1920, in: MBVR 1920, S. 203 ff. (208), betreffend ein Kaufsrecht.

146 Vgl. oben Nr. 65.

147 Siehe BGE 124 II 8 ff. (11), E. 2b.

sie wechselt jeweils mit dem Eigentümer dieses Drittgrundstücks.[148] Art. 123 Abs. 2 lit. b und Abs. 5 GBV sehen die Möglichkeit dieser subjektiv-dinglichen Verknüpfung eines vormerkbaren persönlichen Rechts mit einem berechtigten Grundstück ausdrücklich vor. Die grundbuchliche Vormerkung des Vorkaufsrechts ist beim Realvorkaufsrecht jedoch nicht unerlässliche Voraussetzung. Denn die Vorkaufsberechtigung geht beim Realvorkaufsrecht mit dem Eigentümerwechsel am begünstigten Grundstück auch dann auf den neuen Eigentümer über, wenn dieses Vorkaufsrecht nicht im Grundbuch vorgemerkt ist.[149] Diese Ansicht gründet in der Überlegung, dass Verträge zwar nicht zulasten, aber sehr wohl zugunsten von Dritten ausgestaltet werden können.[150]

98 Schliesslich müssen die Parteien im Vorkaufsvertrag auch das **Vorkaufsobjekt** bezeichnen. Unter dem Vorkaufsobjekt versteht man denjenigen Gegenstand, den der Vorkaufsberechtigte im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts erwerben können soll. Beim Vorkaufsrecht an Grundstücken bildet Vorkaufsobjekt ein Grundstück im Sinn von Art. 655 Abs. 2 ZGB oder ein realer oder ideeller Teil eines solchen.[151]

b) Weitere Vertragspunkte

99 Die weiteren Vertragspunkte betreffen diejenigen Bestandteile eines Vorkaufsvertrags, für welche die Vertragsparteien nicht notwendigerweise eine Regelung treffen müssen, damit der Vertrag als sinnvolles Ganzes erscheint. Es ist aber Ausfluss der Privatautonomie, dass die Parteien solche weiteren Vertragspunkte regeln dürfen. Innerhalb der Grenzen von Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR können sie die weiteren Vertragspunkte **beliebig** ausgestalten. Auf die praktisch relevantesten weiteren Vertragspunkte werde ich im 4. Kapitel noch im Detail eingehen.[152]

---

148 BGE 71 II 158 ff. (164), E. 2, betreffend ein Kaufsrecht; ALLGÄUER, S. 58 ff.; HAAB, ZK, N 28 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 93 zu Art. 681 ZGB; REY, Eigentum, Nr. 1243; STEINAUER, droits réels, Nr. 1723a; siehe auch JÄGGI, S. 69 f., und JOST, S. 124; kritisch zur Zulässigkeit des vertraglichen Realvorkaufsrechts FOËX, ZBGR 2007, S. 8 f. Siehe nun CR OR I-FOËX, N 8 zu Art. 216b, wo dieser Autor die Übertragung der Vorkaufsberechtigung beim Realvorkaufsrecht nur nach Massgabe von Art. 216b OR zulässt.

149 Siehe auch das Urteil des BGer vom 12. November 1986, in: BN 1987, Nr. 27, S. 137, betreffend ein Real-Rückkaufsrecht.

150 Siehe dazu ganz allgemein GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3874 f.

151 Siehe zum Vorkaufsobjekt ausführlich unten Nr. 501 ff.

152 Vgl. unten Nr. 267 ff.

E) Form

Der Vorkaufsvertrag ist gemäss Art. 216 Abs. 2 und 3 OR ein formbedürftiger Vertrag. Mit dem Formerfordernis wird der Grundsatz der Formfreiheit von Art. 11 Abs. 1 OR durchbrochen. Die Formvorschriften des Vorkaufsvertrags sind **Gültigkeitsvorschriften** (Art. 11 Abs. 2 OR). Leidet der Vorkaufsvertrag an einem Formmangel, ist er grundsätzlich nichtig.[153] 100

Das Gesetz stellt je nach Art des Vorkaufsvertrags zwei verschiedene Formvorschriften auf: entweder ist die einfache Schriftlichkeit (a) oder die öffentliche Beurkundung (b) erforderlich. Einen Spezialfall stellt der Erbteilungsvertrag (c) dar. Für alle Fälle stellt sich die Frage nach dem personellen (d) und dem materiellen Umfang des Formzwangs (e). 101

a) Einfache Schriftlichkeit

Gemäss Art. 216 Abs. 3 OR sind Vorkaufsverträge, die den Kaufpreis nicht zum Voraus bestimmen, in schriftlicher Form gültig. Damit sind die sogenannten **unlimitierten Vorkaufsverträge** angesprochen, bei denen – im Gegenteil zu den limitierten Vorkaufsverträgen – der Kaufpreis für das Grundstück, den der Vorkaufsberechtigte im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts zu entrichten hat, nicht bereits im Vorkaufsvertrag bestimmt wird.[154] 102

Mit **«schriftlicher Form»** meint das Gesetz die einfache Schriftlichkeit im Sinn von Art. 12 ff. OR. Einfache Schriftlichkeit bedeutet, dass der Erklärungsinhalt in Schriftform verurkundet und das Schriftstück unterzeichnet werden muss.[155] 103

Die Formvorschrift der einfachen Schriftlichkeit überrascht auf den ersten Blick, wenn man bedenkt, dass das Vorkaufsrecht dem Berechtigten die Befugnis einräumt, im Vorkaufsfall durch einseitige Willenserklärung ein Grundstück zu erwerben.[156] Im schweizerischen Recht gilt nämlich der Grundsatz, dass eine Verpflichtung zur Veräusserung von Grundeigentum öffentlich beurkundet werden muss (vgl. Art. 657 Abs. 1 ZGB).[157] Der Gesetzgeber begründet das **Formprivileg** der einfachen Schriftlichkeit insbesondere damit, dass Vorkaufsrechte 104

---

153 BGE 81 II 502 ff. (507), E. 4; CR OR I-FOËX, N 31 zu Art. 216; siehe zur Formungültigkeit eines Vertrags im Allgemeinen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 546b ff.

154 Zum unlimitierten Vorkaufsvertrag bzw. unlimitierten Vorkaufsrecht siehe unten Nr. 269 ff. Nach Art. 216 Abs. 3 aOR genügte die einfache Schriftlichkeit noch für alle Arten von Vorkaufsverträgen, also auch für den limitierten Vorkaufsvertrag. Siehe dazu insbesondere auch die Kritik von MEIER-HAYOZ, BK, N 67 ff. zu Art. 681 ZGB.

155 Zum Ganzen KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 3 ff. der allgemeinen Erläuterungen zu Art. 12–15 OR.

156 Vgl. oben Nr. 10.

157 Vgl. MEIER-HAYOZ, BK, N 69 zu Art. 681 ZGB.

häufig im Zusammenhang mit anderen Verträgen wie etwa Miet- oder Pachtverträgen vereinbart werden, die regelmässig in einfacher Schriftform verfasst sind.[158] Es wäre umständlich, wenn extra des Vorkaufsrechts wegen eine öffentliche Urkunde abgefasst werden müsste.[159] Der Vorkaufsbelastete bedürfe ausserdem keines weitergehenden Schutzes in Form einer öffentlichen Beurkundung, weil er vom Vorkaufsberechtigten, der sein Vorkaufsrecht ausübt, denselben Preis erhalte, den er mit dem Drittkäufer aushandeln konnte.[160]

105 Nach der *hier vertretenen Auffassung* stellt der Vorkaufsvertrag ohnehin keinen Kaufvertrag über ein Grundstück dar.[161] Aus diesem Grund ist die öffentliche Beurkundung für Vorkaufsverträge auch nicht dringend geboten, die Formvorschrift der einfachen Schriftlichkeit für den unlimitierten Vorkaufsvertrag somit vertretbar. Problematisch ist denn auch nicht das Formprivileg von Art. 216 Abs. 3 OR, sondern vielmehr der Umstand, dass der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall sein Vorkaufsrecht formfrei ausüben und so einen Veräusserungsvertrag über ein Grundstück zustande bringen kann.[162] Damit wird der in Art. 657 Abs. 1 ZGB aufgestellte Grundsatz, wonach ein Vertrag auf Eigentumsübertragung an einem Grundstück zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf, durchbrochen. Dadurch kann der Vorkaufsberechtigte rechtsgeschäftlich Grundeigentum erwerben, ohne jemals an einem Beurkundungsverfahren teilgenommen und die Hilfe des «notariellen Schutzes vor Unbedacht»[163] erfahren zu haben. Diesbezüglich kann aber nur der Gesetzgeber Abhilfe schaffen.[164]

b) Öffentliche Beurkundung

106 Verträge, die ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück begründen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit gemäss Art. 216 Abs. 2 OR der öffentlichen Beurkundung. Aus Art. 216 Abs. 3 OR e contrario ist zu schliessen, dass von dieser Formvorschrift nur Vorkaufsverträge erfasst sind, die den Kaufpreis im Voraus bestimmen. Damit sind die sogenannten **limitierten Vorkaufsverträge** angesprochen, bei denen – im Gegenteil zu den unlimitierten Vorkaufsverträgen – der Kaufpreis für das Grundstück, den der Berechtigte im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts zu entrichten hat, bereits im Vorkaufsvertrag bestimmt wird.[165]

---

158 BBl 1988 III 1076.
159 Vgl. bereits BBl 1905 II 25.
160 BBl 1988 III 1076.
161 Vgl. dazu oben Nr. 79.
162 Vgl. dazu unten Nr. 832.
163 BRÜCKNER, Nr. 48.
164 Vgl. dazu unten Nr. 834.
165 Siehe BGer 4A_578/2013 vom 22. April 2014, E. 3.2; zum limitierten Vorkaufsvertrag bzw. limitierten Vorkaufsrecht siehe unten Nr. 272 ff.

Bei der **öffentlichen Beurkundung** wird das formbedürftige Rechtsgeschäft «durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren» in einem Schriftstück festgehalten.[166] Die Kantone bestimmen auf ihrem Gebiet selber, in welchem Verfahren die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB). Der Begriff der öffentlichen Beurkundung selbst gehört dagegen dem Bundeszivilrecht an.[167] 107

Mit der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung werden verschiedene **Zwecke** verfolgt: Im Vordergrund steht der Schutz der Vertragsparteien, insbesondere der Schutz vor übereiltem Vertragsschluss. Daneben werden mit der öffentlichen Urkunde aber auch ein Beweismittel sowie eine zuverlässige Grundlage für den Grundbucheintrag geschaffen.[168] 108

Als **Begründung für das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung** beim limitierten Vorkaufsvertrag im Gegensatz zur einfachen Schriftlichkeit beim unlimitierten Vorkaufsvertrag führt der Gesetzgeber an, es gehe darum, den Vorkaufsbelasteten davon abzuhalten, den wirtschaftlichen Wert seines Grundstückes zu verschleudern.[169] Die Lehre erachtet das limitierte Vorkaufsrecht zudem eher als «Abart» des Kaufsrechts denn als Erscheinungsform des unlimitierten Vorkaufsrechts. Denn das limitierte Vorkaufsrecht habe mit dem Kaufsrecht gemeinsam, dass der wesentliche Inhalt des durch die Ausübung des Gestaltungsrechts zustande kommenden Kaufvertrags, insbesondere der Kaufpreis, bereits bei Abschluss des Vorkaufsvertrags bestimmt werde.[170] Dieser Gemeinsamkeiten wegen seien letztlich auch dieselben Formvorschriften einzuhalten. 109

Nach der *hier vertretenen Auffassung* stellt der Abschluss eines Vorkaufsvertrags – selbst wenn dieser limitiert ist – keinen Kaufvertrag über ein Grundstück dar.[171] Der im schweizerischen Recht geltende Grundsatz, wonach eine Verpflichtung zur Veräusserung von Grundeigentum öffentlich beurkundet werden muss,[172] setzt von daher auch für den limitierten Vorkaufsvertrag nicht unbedingt das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung voraus. Es ist aber der Wertung des Gesetzgebers überlassen, die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung auch auf andere Verträge als Grundstückkaufverträge auszudehnen, beispielsweise auf solche, die zumindest einen gewissen Bezug zu einem 110

166 BGE 99 II 159 ff. (161), E. 2a.
167 BGE 124 I 297 ff. (299), E. 4a.
168 BGE 118 II 32 ff. (34), E. 3d; MEIER-HAYOZ, BK, N 2 ff. zu Art. 657 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 844.
169 BBl 1988 III 1076.
170 BRUNNER, S. 148 f.
171 Vgl. dazu oben Nr. 79.
172 Vgl. MEIER-HAYOZ, BK, N 69 zu Art. 681 ZGB.

Grundstückkauf aufweisen. Dies hat der Gesetzgeber in Art. 216 Abs. 2 OR nicht nur für den Vorvertrag über einen Grundstückkauf, sondern auch für Verträge, die ein Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen, getan. Ebenso schreibt der Gesetzgeber in dieser Bestimmung die öffentliche Beurkundung für den limitierten Vorkaufsvertrag vor. Das limitierte Vorkaufsrecht unterscheidet sich meines Erachtens zwar wesentlich vom Kaufsrecht, da der Vorkaufsberechtigte im Gegensatz zum Kaufsberechtigten nicht unabhängig von einem Vorkaufsfall, dessen Eintritt weitestgehend vom Willen des Vorkaufsbelasteten abhängt, einen Kaufvertrag zustande bringen kann.[173] Der Vorkaufsbelastete riskiert daher selbst bei der Einräumung eines limitierten Vorkaufsrechts im Normalfall nicht, den wirtschaftlichen Wert seines Grundstücks zu verschleudern, weil er es grundsätzlich selbst in der Hand hat, den Vorkaufsfall eintreten bzw. eben nicht eintreten zu lassen. Vorbehalten bleibt immerhin die nicht undenkbare Situation, in welcher der Vorkaufsbelastete aus faktischen Gründen, beispielsweise aus wirtschaftlicher Not, zum Verkauf des Grundstücks gezwungen ist. Unabhängig davon zieht der limitierte Vorkaufsvertrag auf alle Fälle Folgen von einer gewissen Tragweite für den Vorkaufsbelasteten nach sich – Folgen, die in der Regel einschneidender sind als beim unlimitierten Vorkaufsrecht. So kann der Abschluss eines unvorteilhaften limitierten Vorkaufsvertrags für den Vorkaufsbelasteten zur Folge haben, dass er für die Dauer des Vorkaufsrechts faktisch am Verkauf seines Grundstücks gehindert ist, will er nicht wirtschaftliche Einbussen hinnehmen. Diese mitunter durchaus weitreichenden Konsequenzen rechtfertigen es meines Erachtens, den limitierten Vorkaufsvertrag dem Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung zu unterstellen.[174] Damit gelangt der Vorkaufsrechtsgeber in den Genuss des mit dieser Formvorschrift insbesondere verfolgten Zwecks des Schutzes vor übereiltem Vertragsschluss.

c) Spezialfall des Erbteilungsvertrags

111 Fraglich ist, ob wegen Art. 634 Abs. 2 ZGB bei der Erbteilung eine Sonderregelung gilt. Gemäss dieser Bestimmung bedarf der **Teilungsvertrag** zu seiner Gültigkeit der **schriftlichen Form.** Die Frage, ob der Erbteilungsvertrag vom Formerfordernis her für die Begründung eines Vorkaufsrechts ausreicht, stellt sich nur beim limitierten Vorkaufsrecht. Denn für die Begründung eines unlimitierten Vorkaufsrechts verlangt Art. 216 Abs. 3 OR ohnehin bloss einfache Schriftlichkeit – dasselbe Formerfordernis, welches Art. 634 Abs. 2 ZGB auch für den Teilungsvertrag aufstellt.

112 Nach der **bundesgerichtlichen Rechtsprechung** genügt die einfache Schriftlichkeit des Teilungsvertrags, um die Übertragung von Grundeigentum an einem

---

173 Vgl. auch BRUNNER, S. 149; GIGER, BK, N 103 f. zu Art. 216 OR.

174 Siehe auch STEINAUER, ZBGR 1992, S. 5.

Nachlassgrundstück gültig zu vereinbaren[175] oder um daran beschränkte dingliche Rechte zugunsten einzelner Miterben zu begründen, die sonst ausserhalb der Erbteilung der öffentlichen Beurkundung bedürften.[176] Auch erachtet das Bundesgericht die einfache Schriftform des Teilungsvertrags als genügend, um ein Kaufsrecht an einem Nachlassgrundstück zu vereinbaren. Dies begründet die höchstrichterliche Instanz mit den Worten, «dass im Rahmen eines Erbteilungsvertrages die einfache Schriftlichkeit auch genügt, wenn es um dingliche Rechte an Grundstücken geht und das entsprechende Recht ausserhalb einer Erbteilung nur mit öffentlicher Beurkundung eingeräumt werden könnte».[177]

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts bezieht sich zwar auf ein Kaufsrecht, lässt sich in ihrer Konsequenz aber auch **auf ein limitiertes Vorkaufsrecht ausweiten.** Zwar handelt es sich weder beim Kaufs- noch beim Vorkaufsrecht um ein «dingliches Recht an einem Grundstück». Die Worte des Bundesgerichts sind daher unglücklich gewählt. Von der Sache her verdient die bundesgerichtliche Rechtsprechung aber Zustimmung. Bei der Erbteilung handelt es sich nach heutiger Auffassung um eine wechselseitige Aufgabe von Gesamtrechten grundsätzlich[178] zugunsten der Rechtskonsolidation eines Alleinberechtigten.[179] Gegenstand der Erbteilung kann nur Erbschaftssubstrat bilden – im vorliegenden Zusammenhang von Interesse also Nachlassgrundstücke. Die Art und Weise aber, wie das Gesamteigentum an einem Nachlassgrundstück aufgehoben werden soll, können die Erben im Teilungsvertrag weitestgehend nach Belieben regeln. So steht ihnen der Entscheid frei, ob sie das Gesamteigentum am Nachlassgrundstück in reines, von jeglicher Belastung unberührtes Alleineigentum überführen wollen, ob sie Miteigentum oder Stockwerkeigentum[180] begründen oder auch Eigentum eines Erben mit beschränkter dinglicher Berechtigung zugunsten eines andern Erben vereinbaren wollen.[181] Nach einer Formulierung von HAUSER «stellt die Vereinbarung der Erben über die Neubegründung des beschränkten dinglichen Rechts nichts anderes […] als eine besondere Erscheinungsform der von den Miterben nach ihrem Belieben zu gestaltenden Erbteilung» dar.[182] Auch das Bundesgericht argumentiert damit, dass nicht einzusehen

113

175 BGE 86 II 347 ff. (351), E. 3a, mit Hinweisen.

176 BGE 100 Ib 121 ff. (123 f.), E. 1, mit Hinweisen auf die herrschende Lehre.

177 BGE 118 II 395 ff. (397), E. 2, mit Hinweisen. Allerdings handelte es sich dabei um ein obiter dictum, da das Bundesgericht in der Folge (399), E. 4a, verneinte, dass das Kaufsrecht *im Rahmen eines Erbteilungsvertrags* vereinbart wurde.

178 HAUSER, S. 85 Fn. 45: Eine Erbteilung wäre auch in der Art denkbar, dass an einem Nachlassobjekt Miteigentum begründet oder die Erbengemeinschaft in ein anderes Gesamthandverhältnis überführt würde.

179 HAUSER, S. 23; WOLF, S. 330 f.

180 Vgl. Art. 712d Abs. 3 ZGB.

181 Eingehend HAUSER, S. 85.

182 HAUSER, S. 86.

wäre, warum im Teilungsvertrag die Begründung beschränkter dinglicher Rechte an Nachlassgrundstücken zugunsten einzelner Miterben in einfacher Schriftform «nicht zulässig sein sollte, wenn doch die Übertragung des vollen Eigentumsrechtes an der Liegenschaft in dieser Form möglich ist».[183] Mit anderen Worten wird in der Überführung eines Nachlassgrundstücks ins Alleineigentum eines Erben bei gleichzeitiger Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechts zugunsten eines anderen Erben das mildere Mittel[184] erblickt, als wenn das Nachlassgrundstück gleich in reines, von jeglicher Belastung unberührtes Alleineigentum überführt würde. Bei einem Vorkaufsrecht handelt es sich zwar nicht um ein beschränktes dingliches Recht. Die Argumentation lässt sich aber in gleicher Weise auch für das (limitierte) Vorkaufsrecht fruchtbar machen. Ob die Miterben in ihrem Teilungsvertrag in Bezug auf ein Nachlassgrundstück, das ins Alleineigentum eines Erben überführt werden soll, zugunsten eines oder mehrerer anderer Erben ein limitiertes Vorkaufsrecht begründen wollen, steht im Belieben ihrer individuellen Ausgestaltung der Erbteilung. Es stellt aus Sicht der Erben das mildere Mittel dar, wenn am Nachlassgrundstück, das ins Alleineigentum eines Erben überführt werden soll, ein (limitiertes) Vorkaufsrecht zugunsten eines oder mehrerer anderer Erben begründet wird, als wenn keines begründet würde.

114 Klar dürfte aber sein, dass im schriftlichen Erbteilungsvertrag ein limitiertes Vorkaufsrecht nur **zugunsten eines oder mehrerer Miterben,** nicht aber zugunsten eines beliebigen Dritten begründet werden darf. Denn andernfalls würde man den Rahmen der Erbteilung verlassen, wofür der schriftliche Teilungsvertrag nicht mehr ausreichen kann. Die einfache Schriftlichkeit des Erbteilungsvertrags genügt somit, um gültig ein (limitiertes) Vorkaufsrecht an einem Nachlassgrundstück zugunsten eines oder mehrerer anderer Erben zu begründen.[185]

d) Personeller Umfang des Formzwangs

115 Beim personellen Umfang des Formzwangs geht es um die Frage, **wessen Willenserklärungen formbedürftig sind.**[186] Im Zusammenhang mit dem Vorkaufsvertrag ist streitig, ob die Willenserklärungen beider Parteien oder nur diejenige des Vorkaufsrechtsgebers in der gesetzlich vorgeschriebenen Form zu erfolgen hat. Diese Frage ist im Folgenden je einzeln für den unlimitierten Vorkaufsvertrag (aa), den limitierten Vorkaufsvertrag (bb) und den Erbteilungsvertrag (cc) zu untersuchen.

---

183 BGE 100 Ib 121 ff. (123), E. 1.

184 Argumentum a maiore ad minus: KRAMER, Methodenlehre, S. 211 f.

185 Vgl. auch BRÜCKNER, Nr. 45 Fn. 40; CR OR I-FOËX, N 24 in fine zu Art. 216; SIMONIUS/SUTTER, N 12 Fn. 30 zu § 11.

186 Vgl. SCHMID/STÖCKLI, Nr. 569.

aa) Beim unlimitierten Vorkaufsvertrag

Im Zusammenhang mit dem Formerfordernis der einfachen Schriftlichkeit bestimmt **Art. 13 Abs. 1 OR,** dass der Vertrag die Unterschriften aller Personen tragen muss, die durch ihn verpflichtet werden sollen. Der Umfang des Formzwangs in personeller Hinsicht ist nach dem Gesetzeswortlaut somit auf die *Erklärung des Verpflichteten* beschränkt. Damit ist diese Bestimmung zugeschnitten auf Schuldverträge, also auf Verträge, durch deren Abschluss mindestens eine Obligation begründet wird.[187] Beim zwei- oder mehrseitigen Schuldvertrag sind die Willenserklärungen aller Parteien formbedürftig, und alle Parteien haben den Vertrag zu unterschreiben. Beim einseitigen Schuldvertrag beschränkt sich hingegen der Formzwang auf die Verpflichtungserklärung, und nur der sich Verpflichtende hat zu unterzeichnen.[188] Art. 13 Abs. 1 OR findet nun aber nicht nur auf Schuldverträge Anwendung, sondern steht auch der analogen Anwendung auf andere Arten von Verträgen offen, beispielsweise auf Verfügungsverträge.[189] 116

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre wenden Art. 13 Abs. 1 OR auch **analog auf den Vorkaufsvertrag** an. Demzufolge wird beim unentgeltlichen Vorkaufsvertrag dem Formerfordernis Genüge getan, wenn ausschliesslich der Vorkaufsrechtsgeber den Vertrag unterzeichnet.[190] Die abweichende Lehrmeinung hält dieser Auffassung entgegen, nur durch eine beidseitige Vertragsunterzeichnung könne sichergestellt werden, dass der Vorkaufsberechtigte – der im Vorkaufsfall sein Vorkaufsrecht ja formfrei ausüben kann[191] – wenigstens einmal ein Formerfordernis, wenn auch nur die einfache Schriftlichkeit, beachtet haben muss, um rechtsgültig Grundeigentum zu erwerben.[192] 117

Die abweichende Lehrmeinung argumentiert gewissermassen mit einer zeitlichen Vorverlegung des Formschutzes auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags hin. Bis zum Eintritt des Vorkaufsfalls – der, sofern er 118

---

187 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 246 und 505.

188 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 506.

189 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 506; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 17 zu Art. 13 OR.

190 BGE 48 II 227 ff. (233), E. 4; 85 II 565 ff. (568); BRÜCKNER, Nr. 46; HAAB, ZK, N 11 zu Art. 681/82 ZGB; JÄGGI, S. 66; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 48 f.; SIMONIUS/SUTTER, N 14 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1721b; STREBEL, Nr. 1497; a.M. LGVE 2006 I Nr. 23, S. 40 ff. (43), E. 4.2.2 (Luzerner Obergericht), obiter dictum; BRUNNER, S. 154; MEIER-HAYOZ, BK, N 72 zu Art. 681 ZGB; WISSMANN, Nr. 1426. GIGER, BK, N 107 zu Art. 216 OR, verzichtet gar auf das Unterschriftserfordernis *beider* Parteien.

191 Vgl. dazu unten Nr. 832.

192 Vgl. MEIER-HAYOZ, BK, N 72 zu Art. 681 ZGB, der allerdings auf dem Boden der Bedingungstheorie argumentiert; siehe auch OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, N 22 zu Art. 216 OR.

denn überhaupt jemals eintritt, mitunter bis zu 25 Jahre auf sich warten lassen kann – können sich jedoch sowohl der rechtliche und tatsächliche Zustand des Vorkaufsobjekts als auch die finanzielle Situation des Vorkaufsberechtigten dermassen verändern, dass die zeitliche Vorverlegung des Formschutzes wenig bringt. Es sprechen *meines Erachtens* die besseren Gründe dafür, den Formzwang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre auf die Willenserklärung des Vorkaufsrechtsgebers zu beschränken. Denn der Vorkaufsrechtsnehmer geht beim unentgeltlichen Vorkaufsvertrag weder eine Verpflichtung ein noch nimmt er sonstige Nachteile auf sich. Er ist blosser Profiteur dieses Vertrages. Der Vorkaufsrechtsgeber erbringt beim unentgeltlichen Vorkaufsvertrag zugunsten des Vorkaufsrechtsnehmers einseitig eine Leistung, nämlich die Begründung des Vorkaufsrechts.[193] Damit besteht genau diejenige Interessenlage, auf die Art. 13 Abs. 1 OR zugeschnitten ist. Daneben gilt es auch zu berücksichtigen, dass der Vorkaufsberechtigte beim gesetzlichen oder bei einem durch Vertrag zugunsten eines Dritten erworbenen Vorkaufsrecht dieses ebenfalls formfrei ausüben und damit rechtsgültig Grundeigentum erwerben kann, ohne jemals eine Formvorschrift beachtet haben zu müssen. Es wäre inkonsequent, wenn man nun beim vertraglichen Vorkaufsrecht gerade mit dem Argument, dies verhindern zu wollen, die Ausdehnung des Formzwangs in personeller Hinsicht auf den Vorkaufsrechtsnehmer postulieren würde. Problematisch ist eben nicht, dass der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht eingeräumt erhält, ohne dass seine Willenserklärung ein Formerfordernis beachten muss. Das Problem liegt vielmehr in der formfrei zulässigen Ausübung des Vorkaufsrechts begründet.[194]

119 Beim unentgeltlichen Vorkaufsvertrag hat die hier vertretene Auffassung zur Folge, dass **nur die Willenserklärung des Vorkaufsrechtsgebers formbedürftig** ist und somit nur dieser den Vorkaufsvertrag zu unterzeichnen hat.[195]

bb) Beim limitierten Vorkaufsvertrag

120 Es stellt sich die Frage, ob **Art. 13 Abs. 1 OR** auch auf den limitierten Vorkaufsvertrag analog zur Anwendung gelangt. Diese Bestimmung betrifft eigentlich das Formerfordernis der einfachen Schriftlichkeit. Ihre **analoge Anwendung auf die öffentliche Beurkundung** ist **umstritten.** Die herrschende Lehre befürwortet dies,[196] namentlich für das Schenkungsversprechen über ein Grundstück.[197] SCHMID dagegen nimmt einen abweichenden Standpunkt ein: Für ihn

---

193 Vgl. oben Nr. 84.

194 Vgl. zu dieser Kritik unten Nr. 834.

195 Zum entgeltlichen Vorkaufsvertrag siehe unten Nr. 196.

196 BRÜCKNER, Nr. 46; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 2 zu Art. 13 OR; BSK OR I-SCHWENZER, N 2 zu Art. 13.

197 OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, N 7 zu Art. 243 OR.

erstreckt sich der Formzwang bei beurkundungsbedürftigen Verträgen in personeller Hinsicht grundsätzlich auf die Willenserklärungen beider Vertragsparteien und zwar auch bei einem einseitig verpflichtenden Schuldvertrag wie dem Schenkungsversprechen.[198] Der Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 OR beschränke sich dem Wortlaut dieser Bestimmung entsprechend auf die einfache Schriftform.[199] Für die öffentliche Beurkundung verlange das Gesetz hingegen regelmässig die Beurkundung des Vertrags schlechthin, also die Willenserklärungen beider Parteien. Nur ausnahmsweise genüge die Beurkundung der Willenserklärung einer einzigen Vertragspartei, nämlich dann, wenn das Gesetz dies ausdrücklich so anordne, wie beispielsweise bei der Bürgschaftserklärung gemäss Art. 493 Abs. 2 OR.[200] Die Tragweite des Beurkundungszwanges in personeller Hinsicht könne nur durch Auslegung der einschlägigen Formvorschriften des Besonderen Teils des OR ermittelt werden.[201]

SCHMID ist nach der **hier vertretenen Auffassung** sicherlich darin beizupflichten, dass die einschlägige Formvorschrift des Besonderen Teils des OR den Beurkundungszwang in personeller Hinsicht selber regeln kann, wobei der Umfang des Beurkundungszwangs durch Auslegung der einschlägigen Formvorschrift zu ermitteln ist. Dies ist nichts anderes als Ausfluss des Grundsatzes «lex specialis derogat legi generali». Hingegen darf das Argument, dass der Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 OR entsprechend dem Wortlaut der Bestimmung auf die schriftliche Form beschränkt sei, nicht ausschlaggebend sein. Dies rechtfertigt sich vor allem deshalb nicht, weil die öffentliche Beurkundung – im Gegensatz zur einfachen Schriftlichkeit – im Allgemeinen Teil des OR keine Regelung erfahren hat. Daher müssen die vom Gesetzgeber aufgestellten allgemeinen Grundsätze für die einfache Schriftlichkeit der analogen Anwendung auf die öffentliche Beurkundung zugänglich sein, soweit sie sich als passend erweisen, um damit letztlich eine gewisse Wertungskonsequenz der Rechtsordnung herzustellen.[202] Es ist deshalb primär stets danach zu fragen, ob der Zweck der einschlägigen Formvorschrift des Besonderen Teils des OR es erheischt, dass die Willenserklärungen beider Parteien zu beurkunden sind, obwohl sich nur eine Partei verpflichtet. Falls dies zu verneinen ist, so muss es sekundär genügen, wenn allein diejenige Willenserklärung derjenigen Partei, die sich verpflichtet, öffentlich beurkundet wird. Insofern ist Art. 13 Abs. 1 OR eben doch von allgemeiner Tragweite und kann auch analog auf die öffentliche Beurkundung angewendet werden. 121

198 SCHMID, öffentliche Beurkundung, Nr. 460 ff.; vgl. auch MAISSEN, Nr. 312 ff.
199 SCHMID, öffentliche Beurkundung, Nr. 541.
200 SCHMID, öffentliche Beurkundung, Nr. 539.
201 SCHMID, öffentliche Beurkundung, Nr. 541.
202 Siehe zum Analogieschluss ganz allgemein KRAMER, Methodenlehre, S. 203 ff.; vgl. auch HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 155.

122 Nach dem Gesagten muss also die **Formvorschrift von Art. 216 Abs. 2 OR** nach ihrem Wortlaut und ihrem Sinn und Zweck dahingehend **ausgelegt** werden, ob bei der öffentlichen Beurkundung eines limitierten Vorkaufsvertrags die Willenserklärungen beider Parteien oder bloss des Vorkaufsrechtsgebers öffentlich zu beurkunden sind:

123 – Aus dem Umstand, dass gemäss dem Wortlaut von Art. 216 Abs. 2 OR der (Vorkaufs-)*«Vertrag»* – verstanden als Austausch übereinstimmender gegenseitiger Willenserklärungen (Art. 1 Abs. 1 OR) – zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf, kann nicht abgeleitet werden, es seien beide Willenserklärungen öffentlich zu beurkunden. Dies wäre eine nicht sachgerechte Verkürzung der Auslegung auf den Wortlaut der Gesetzesbestimmung. Art. 13 Abs. 1 OR spricht ebenfalls vom «Vertrag», für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, und sieht dennoch vor, dass nur die Willenserklärung des Verpflichtenden die Schriftform zu beachten hat.

124 – Für eine öffentliche Beurkundung beider Willenserklärungen könnte allenfalls der Umstand sprechen, dass beim limitierten Vorkaufsvertrag – im Gegensatz zum unlimitierten – der zu entrichtende Kaufpreis bei einer allfälligen Ausübung des Vorkaufsrechts bereits im Voraus bestimmt wird. Dadurch wird der wesentliche Inhalt – neben dem Kaufobjekt auch der Kaufpreis – des durch Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommenden Kaufvertrags bereits bei Abschluss des Vorkaufsvertrags bestimmt.[203] Weil die späteren kaufvertraglichen Rechte und Pflichten bereits beidseits bestimmt sind, könnte man versucht sein zu argumentieren, der limitierte Vorkaufsvertrag rücke stärker in die *Nähe zu einem Kaufvertrag* als der unlimitierte Vorkaufsvertrag. Allerdings kann auch der limitierte Vorkaufsvertrag – wie noch zu zeigen sein wird[204] – so ausgestaltet werden, dass sich der Kaufpreis und damit die kaufvertraglichen Rechte und Pflichten erst im Vorkaufsfall konkretisieren.

125 – Auch ist das Argument mit der *zeitlichen Vorverlegung des Formschutzes* auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags hin nicht überzeugend – ebenso wenig wie beim limitierten Vorkaufsvertrag.[205]

126 – Sodann gilt es auch beim (unentgeltlichen) limitierten Vorkaufsvertrag zu beachten, dass der *Vorkaufsberechtigte* beim Abschluss des Vorkaufsvertrags *weder eine Leistung erbringt noch eine Verpflichtung eingeht* und dass es ihm insbesondere frei steht, im Vorkaufsfall das Vorkaufsrecht auszuüben. Auch hier ist er blosser Profiteur dieses Vertrages.

127 – Auch gilt es zu bedenken, dass das limitierte Vorkaufsrecht für den Vorkaufsberechtigten, je nachdem ob der festgelegte Kaufpreis im Vorkaufsfall unter oder über dem mit dem Dritten vereinbarten Preis zu liegen kommt,

---

203 BRUNNER, S. 148 f.

204 Vgl. unten Nr. 277.

205 Vgl. oben Nr. 117 f.

vorteilhafter oder nachteiliger gegenüber dem unlimitierten Vorkaufsrecht ist. Es lässt sich also keineswegs argumentieren, mit dem limitierten Vorkaufsrecht gehe der Vorkaufsberechtigte mittelbar – das heisst, durch die Ausübung des Vorkaufsrechts im Vorkaufsfall – weitergehende Verpflichtungen ein als beim unlimitierten, weshalb seine Willenserklärung zum Abschluss des Vorkaufsvertrags zwingend vom Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung erfasst werden müsste. Es wäre daher auch *wertungsinkonsequent,* wollte man beim unlimitierten Vorkaufsvertrag den personellen Umfang des Formzwangs auf die Willenserklärung des Vorkaufsrechtsgebers beschränken, beim limitierten Vorkaufsrecht dagegen nicht.

– Zudem gilt es auch hier zu beachten, dass ein *limitiertes Vorkaufsrecht* durchaus *von Gesetzes wegen* bestehen kann.[206] In diesem Fall erlangt der Vorkaufsberechtigte seine Berechtigung, ohne dass er dazu eine Formvorschrift hätte beachten müssen. Auch hier wäre es wiederum wertungsinkonsequent, wollte man dagegen für das vertragliche Vorkaufsrecht den Umfang des Formzwangs in personeller Hinsicht auf die Willenserklärungen beider Parteien ausweiten. 128

– Das einzige, was befremdet, wenn lediglich die Willenserklärung des Vorkaufsrechtsgebers der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung unterliegt, ist wiederum, dass der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall *durch formfreie Willenserklärung Grundeigentum erwerben kann,* ohne jemals den notariellen Schutz vor übereiltem Vertragsschluss erfahren zu haben. Das Problem liegt aber auch hier – wie bereits beim unlimitierten Vorkaufsrecht[207] – nicht darin begründet, dass die Willenserklärung des Vorkaufsberechtigten beim Abschluss des Vorkaufsvertrags keine Formvorschrift zu beachten hat, sondern darin, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts im Vorkaufsfall formfrei erfolgen kann. 129

Aufgrund dieser Überlegungen gelange ich zum Ergebnis, dass die besseren Gründe dafür sprechen, Art. 13 Abs. 1 OR auch analog auf den limitierten Vorkaufsvertrag anzuwenden. Demzufolge muss beim unentgeltlichen limitierten Vorkaufsvertrag ebenfalls nur die **Willenserklärung des Vorkaufsrechtsgebers öffentlich beurkundet** werden.[208] 130

cc) Beim Erbteilungsvertrag

Den Teilungsvertrag nach Art. 634 ZGB haben auf alle Fälle **sämtliche Miterben zu unterzeichnen,** mit anderen Worten auch der oder die vorkaufsberech- 131

206 Siehe z.B. Art. 44 BGBB; dazu EMERY, Nr. 519 ff.

207 Vgl. dazu oben Nr. 118.

208 Gl.M. BRÜCKNER, Nr. 46; a.M. HAAB, ZK, N 11 zu Art. 681/82 ZGB; VIONNET, S. 194 Fn. 2014; anders auch LGVE 2006 I Nr. 23, S. 40 ff. (42 f.), E. 4.1–4.2.2 (Luzerner Obergericht), das sich allerdings von der in der vorliegenden Arbeit abgelehnten Bedingungstheorie leiten liess. Zum entgeltlichen Vorkaufsvertrag siehe unten Nr. 196.

tigten Erben.[209] Dies ergibt sich aus der Natur der Erbengemeinschaft als Gesamthandschaft, die nur gemeinschaftlich über die Nachlassgegenstände verfügen kann. Insoweit stellt der Erbteilungsvertrag an die Begründung eines unlimitierten Vorkaufsrechts sogar höhere formelle Anforderungen als der (unentgeltliche) unlimitierte Vorkaufsvertrag.

e) Materieller Umfang des Formzwangs

132 Beim materiellen Umfang des Formzwangs geht es um die Frage, welche **Vertragspunkte vom gesetzlichen Formerfordernis erfasst** werden. Diese Frage ist in Lehre und Rechtsprechung (aa) umstritten. Nach einer eigenen Stellungnahme (bb) zu diesem Meinungsstreit ziehe ich die Konsequenzen daraus für den Vorkaufsvertrag (cc).

aa) Lehre und Rechtsprechung

133 In Lehre und Rechtsprechung besteht grundsätzliche Einigkeit darüber, dass sich der materielle Umfang des Formzwangs zumindest auf die **objektiv wesentlichen Vertragspunkte** erstreckt.[210] Keine Einigkeit besteht hingegen darüber, was genau unter den objektiv wesentlichen Vertragspunkten zu verstehen ist. Nach dem dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffsverständnis handelt es sich um «jene Teile des Vertragsinhalts, die einer Regelung durch die Parteien selbst bedürfen, weil sonst eine Lücke offenbliebe, die weder durch Gesetz noch durch Gewohnheitsrecht oder Richterrecht geschlossen werden könnte».[211]

134 Umstritten ist, welche weiteren Vertragspunkte vom Formerfordernis erfasst sind. Nach einem Teil der Lehre und der Rechtsprechung sind zusätzlich die **subjektiv wesentlichen Vertragspunkte** formbedürftig,[212] allerdings mit der Einschränkung, dass davon nur diejenigen subjektiv wesentlichen Vertragspunkte erfasst sind, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstypus bilden.[213] Nach einer abweichenden Lehrmeinung bestimmt sich dagegen der

---

209 HAUSER, S. 78; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, N 15 zu Art. 634.

210 BGE 123 III 97 ff. (100); HAAB, ZK, N 15 zu Art. 657 ZGB; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 92 zu Art. 11 OR; MERZ, Vertrag, Nr. 336; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, N 28 zu Art. 11 OR. SCHMID, öffentliche Beurkundung, Nr. 580 ff., postuliert zwar, auf den Begriff der «objektiv wesentlichen» Punkte zu verzichten, unterstellt aber die «vertragstypischen Leistungspflichten» ebenfalls dem Beurkundungszwang.

211 Vgl. oben Nr. 92.

212 BGE 123 III 97 ff. (100); SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, N 28 zu Art. 11 OR; MERZ, Vertrag, Nr. 336.

213 BGer 5A_651/2010 vom 17. Januar 2011, E. 5.2.1, betreffend einen Kaufsrechtsvertrag; ferner BGE 135 III 295 ff. (299), E. 3.2; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 538.

Umfang des materiellen Formzwangs ausschliesslich nach objektiven Kriterien.[214] Der materielle Umfang des Formzwangs sei dabei stets durch Auslegung der anwendbaren Einzelvorschrift zu bestimmen, insbesondere anhand des mit der Formvorschrift verfolgten Zwecks.[215] Beurkundungsbedürftig seien insbesondere all jene Bestimmungen, die Leistung und Gegenleistung präzisieren oder die Leistungspflicht bekräftigen.[216]

bb) Eigene Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der **Ansatz der abweichenden Lehrmeinung,** wonach der Umfang des materiellen Formzwangs stets durch Auslegung der anwendbaren Einzelvorschrift zu bestimmen ist, insbesondere anhand des mit der Formvorschrift verfolgten Zwecks, **zu begrüssen.** Abzulehnen ist insbesondere die Auffassung des Bundesgerichts, wonach – unbeachtet des Zwecks der Formvorschrift – sämtliche subjektiv wesentlichen Vertragspunkte, soweit sie ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstypus bilden, formbedürftig sind, und zwar aus folgenden Überlegungen: 135

– Subjektiv wesentlich sind diejenigen Vertragspunkte, deren einvernehmliche Regelung eine «conditio sind qua non» für den Abschlusswillen beider Parteien oder – für die Gegenpartei erkennbar – mindestens einer Partei ist.[217] Wollte man den Formzwang mit der herrschenden Lehre und Rechtsprechung auf subjektiv wesentliche Vertragspunkte ausdehnen, so würde der Formzwang der *Willkür der Parteien* unterliegen. Denn derselbe objektiv unwesentliche Vertragspunkt kann in einem Fall subjektiv wesentlich, im anderen dagegen subjektiv unwesentlich sein mit der Folge, dass sich der Umfang des materiellen Formzwangs (und damit verbunden die Nichtigkeitsfolge bei Nichtbeachtung der Formvorschrift für diesen Vertragspunkt) von Fall zu Fall unterscheiden würde. 136

– Das Bundesgericht begründet die Ausdehnung des Formzwangs auf subjektiv wesentliche Vertragspunkte insbesondere mit dem Bedürfnis der Parteien nach der Beweissicherung und Rechtssicherheit.[218] Die abweichende Lehrmeinung entgegnet dieser Rechtsprechung zu Recht, dass diesfalls nicht nachvollziehbar ist, warum dann doch nur diejenigen subjektiv wesentlichen Vertragspunkte dem Formzwang unterliegen, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstypus bilden.[219] Ebenfalls berechtigt ist die Kritik, wonach unklar ist, welche subjektiv wesentlichen 137

---

214 HAAB, ZK, N 17 zu Art. 657 ZGB; SCHMID, öffentliche Beurkundung, Nr. 586 ff.

215 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 541; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 90 zu Art. 11 OR.

216 HAAB, ZK, N 17 zu Art. 657 ZGB; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 96 zu Art. 11 OR; SCHMID, öffentliche Beurkundung, Nr. 583.

217 BGE 54 II 300 ff. (305), E. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 341.

218 BGE 68 II 229 ff. (235), E. 1.

219 SCHMID, öffentliche Beurkundung, Nr. 568.

Vertragspunkte zum natürlichen Inhalt des formbedürftigen Vertrags gehören und somit dem Formzwang unterliegen, was letzten Endes dem Bestreben nach *Rechtssicherheit gerade zuwiderläuft.*[220]

138 – Ob die Bundesgerichtspraxis auch *den Interessen der Parteien gerecht wird,* muss meines Erachtens ebenfalls bezweifelt werden. Steht nämlich von einem objektiv unwesentlichen Punkt einmal fest, dass er subjektiv wesentlich ist,[221] so kommt kein Vertrag zustande, solange keine Partei eine Einigung in diesem Vertragspunkt beweisen kann.[222] Kann aber eine Partei eine Einigung in diesem subjektiv wesentlichen Punkt nachweisen, so wäre der Vertrag konsensmässig zustande gekommen. Das (gültige) Zustandekommen des Vertrags könnte nun nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre daran scheitern, dass die Einigung in diesem subjektiv wesentlichen Punkt nicht formgültig erfolgt ist. Mit der Ausdehnung des Formzwangs auf subjektiv wesentliche Punkte wird die Frage, ob ein für den Vertragsschluss erforderlicher Konsens zustande gekommen ist, in unsachgemässer Weise mit der Frage der Formbedürftigkeit eines Vertragspunktes vermischt.

139 – Auch widerspricht die Ausdehnung des Formzwangs auf subjektiv wesentliche Vertragspunkte dem *Grundsatz «in favorem negotii»,* wonach gesetzliche Formvorschriften im Zweifel eng auszulegen sind.[223]

140 Welche Vertragspunkte vom Formzwang erfasst werden, muss sich deshalb unabhängig von der Bedeutung, welche die Parteien diesem Punkt beimessen, und ausschliesslich anhand des Zwecks der jeweiligen Formvorschrift ergeben. Es ist der abweichenden Lehrmeinung zu folgen, wonach der **materielle Umfang des Formzwangs ausschliesslich objektiv zu bestimmen** ist. Wie diese Lehrmeinung ausführt, erstreckt sich der Formzwang über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte hinaus insbesondere auf diejenigen «Bestimmungen, welche Leistung und Gegenleistung präzisieren oder die Leistungspflicht bekräftigen (Zahlungsbedingungen, Konventionalstrafen, Reugeld, Übernahme von Hypotheken)».[224] Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, wobei stets Abweichungen vorbehalten bleiben, welche sich anhand der Auslegung der einschlägigen Formvorschrift ergeben. Wollen die Parteien das Formerfordernis auf weitere Vertragspunkte ausdehnen, können sie dafür immer noch vertraglich eine besondere Form vorbehalten (vgl. Art. 16 Abs. 1 OR).

---

220 SCHMID, öffentliche Beurkundung, Nr. 571.

221 Die subjektive *Un*wesentlichkeit von objektiv unwesentlichen Vertragspunkten wird aufgrund von Art. 2 Abs. 1 OR vermutet: BGE 118 II 32 ff. (34), E. 3d.

222 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 342.

223 Siehe zu diesem Grundsatz BGE 113 II 402 ff. (405), E. 2c.

224 HAAB, ZK, N 17 zu Art. 657 ZGB; SCHMID, öffentliche Beurkundung, Nr. 584.

cc) Konsequenzen für den Vorkaufsvertrag

Nach dem Gesagten werden zunächst einmal die **objektiv wesentlichen Vertragspunkte** vom Formzwang erfasst. Beim Vorkaufsvertrag handelt es sich dabei um die Angabe der Parteien und ihrer allfälligen Stellvertreter,[225] um den Willen, ein Vorkaufsrecht zu begründen, um die Person des Vorkaufsbelasteten und des Vorkaufsberechtigten sowie um das Vorkaufsobjekt.[226] 141

Ob allfällige **weitere Vertragspunkte** die gesetzlich vorgeschriebene Form beachten müssen, hängt nach dem Gesagten insbesondere davon ab, ob sie die Leistung und Gegenleistung präzisieren oder die Leistungspflicht bekräftigen. Beim Vorkaufsvertrag besteht die Leistung des Vorkaufsrechtsgebers nach dem Gesagten in der Einräumung des Vorkaufsrechts.[227] Die Gegenleistung des Vorkaufsrechtsnehmers kann in einem Entgelt bestehen.[228] Beim Vorkaufsvertrag sind namentlich die folgenden Abreden formbedürftig, wobei die Formbedürftigkeit für den unlimitierten und den limitierten Vorkaufsvertrag grundsätzlich[229] gleich ausfällt: 142

– Abreden über die *zeitliche Befristung* des Vorkaufsrechts.[230] Ohne anderslautende Vereinbarung hat das Vorkaufsrecht während 25 Jahren Bestand (vgl. Art. 216a OR).[231] Treffen die Parteien eine Abrede über die Dauer des Vorkaufsrechts, so präzisieren sie damit die Leistung des Vorkaufsrechtsgebers, indem sie festlegen, wie lange die Gestaltungsberechtigung des Vorkaufsberechtigten dauert. Entsprechend ist diese Abrede formbedürftig; 143

– Abreden über die *Vormerkbarkeit* des Vorkaufsrechts.[232] Durch die Vormerkungsabrede wird das Vorkaufsrecht als ein im Grundbuch vorzumerkendes und damit gegenüber Dritten rechtsbeständiges Vorkaufsrecht ausgestaltet.[233] Mit dieser Abrede wird die Leistung des Vorkaufsrechtsebers bestärkt, weshalb sie formbedürftig ist; 144

---

225 BGer 5A_651/2010 vom 17. Januar 2011, E. 5.2.1, betreffend einen Kaufsrechtsvertrag.

226 Vgl. zum Ganzen bereits oben Nr. 92.

227 Vgl. oben Nr. 84.

228 Vgl. unten Nr. 173 ff.

229 Siehe aber sogleich unten Nr. 148 betreffend den Kaufpreis beim limitierten Vorkaufsvertrag.

230 Vgl. auch BRUNNER, S. 161; CR OR I-FOËX, N 26 zu Art. 216; vgl. auch BGE 97 II 53 ff. (56), E. 3.

231 Siehe unten Nr. 335.

232 BRÜCKNER, Nr. 45; BRUNNER, S. 162; CR OR I-FOËX, N 9 zu Art. 216a; STEINAUER, droits réels, Nr. 1724.

233 Siehe unten Nr. 367 ff.

145 – Abreden über die *Abtretbarkeit* des Vorkaufsrechts.[234] Die Ausgestaltung des Vorkaufsrechts als ein abtretbares präzisiert die Leistung des Vorkaufsrechtsgebers und ist somit formbedürftig;

146 – Abreden über die *Vererblichkeit* des Vorkaufsrechts. Von Gesetzes wegen ist das Vorkaufsrecht vererblich (Art. 216b Abs. 1 OR). Schliessen die Parteien die Vererblichkeit des Vorkaufsrechts vertraglich aus, so liegt wiederum eine Präzisierung der Leistung des Vorkaufsrechtsgebers vor. Eine solche Abrede ist formbedürftig;

147 – Abreden über die *Umschreibung des Vorkaufsfalls*. Das Gesetz umschreibt den Vorkaufsfall in Art. 216c OR. In einem Vorkaufsvertrag darf – wie noch darzustellen sein wird[235] – die Umschreibung des Vorkaufsfalls gegenüber der gesetzlichen Definition nicht ausgeweitet werden. Zulässig ist hingegen eine Einschränkung des Vorkaufsfalls. Eine solche Abrede muss wiederum das Formerfordernis beachten, weil auch sie die Leistung des Vorkaufsrechtsgebers präzisiert;

148 – Abreden über den *Kaufpreis* oder die Modalitäten zur Bestimmung des Kaufpreises, den der Vorkaufsberechtigte im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts im Vorkaufsfall für den Erwerb des Vorkaufsobjekts zu entrichten hat. Eine solche Abrede, die nur beim limitierten Vorkaufsvertrag vorkommt,[236] ist formbedürftig;

149 – Abreden über das *Entgelt* für die Einräumung des Vorkaufsrechts.[237]

F) Rechtswirkungen des Vertragsabschlusses

150 Der formgültige Abschluss des Vorkaufsvertrags zieht für die Parteien die Gestaltungs- und Bindungswirkung des Vertrags nach sich.[238] Im Folgenden soll untersucht werden, worin diese Wirkungen für den Vorkaufsrechtsgeber (a) und den Vorkaufsrechtsnehmer (b) bestehen.

---

234 BRUNNER, S. 162; CR OR I-FOËX, N 6 zu Art. 216b.

235 Vgl. weiter unten Nr. 748 f.

236 Siehe unten Nr. 274 ff.

237 BRUNNER, S. 162 ff. Die Auffassung des Bundesgerichts in BGE 86 II 33 ff. (37), E. a, wonach Verpflichtungen des Kaufsrechtsnehmers nur insoweit öffentlich beurkundet werden müssen, «als sie die Gegenleistung für das Grundstück betreffen», ist massgeblich von der in der vorliegenden Arbeit abgelehnten Bedingungstheorie beeinflusst. Sie verkennt, dass die Einräumung eines Kaufs- oder Vorkaufsrechts eine eigenständige Leistung ist: vgl. oben Nr. 84. Anerkennt man mit der hier vertretenen Auffassung die Eigenständigkeit des Vorkaufsvertrags als Vertrag sui generis, so versteht man auch, dass der Kaufs- oder Vorkaufsrechtsnehmer eine Gegenleistung für die Begründung eines Kaufs- oder Vorkaufsrechts als solches erbringen kann, welche keine Gegenleistung für das Grundstück ist und dennoch dem Formzwang untersteht.

238 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 231 f.

a) Für den Vorkaufsrechtsgeber

Die Hauptwirkung des Abschlusses eines Vorkaufsvertrags für den Vorkaufsrechtsgeber besteht in seiner bedingten Gestaltungsbelastung (aa). Hinzu treten gewisse Nebenleistungspflichten (bb) und Nebenpflichten (cc). 151

aa) Bedingte Gestaltungsbelastung

Wie bereits ausgeführt wurde, hat der Vorkaufsrechtsgeber uno actu mit dem Vertragsabschluss – also sobald die Parteien ihre übereinstimmenden Willenserklärungen formgültig ausgetauscht haben – seine vertragliche Leistung erbracht, indem zugunsten des Vorkaufsberechtigten ein Vorkaufsrecht begründet wird.[239] Darüber hinaus ist mit dem Abschluss des Vorkaufsvertrags **keine vertragliche (Haupt-)Pflicht** verbunden, die der Vorkaufsrechtsgeber erfüllen muss. Insbesondere ist er nicht verpflichtet, den Vorkaufsfall eintreten zu lassen und damit dem Vorkaufsberechtigten überhaupt erst die Möglichkeit einzuräumen, von dessen Vorkaufsrecht Gebrauch zu machen. Auch resultiert aus dem Vorkaufsvertrag für den Fall, dass der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall sein Vorkaufsrecht ausübt, keine Verpflichtung zur Vornahme der Grundbuchanmeldung, welche für die Übertragung des Eigentums am Grundstück erforderlich ist (vgl. Art. 656 Abs. 1 ZGB). Diese Pflicht leitet sich vielmehr erst aus dem durch die allfällige Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Veräusserungsvertrag ab.[240] 152

Da mit dem Vorkaufsvertrag dem Vorkaufsberechtigten ein Vorkaufsrecht, ein bedingtes Gestaltungsrecht nach dem Gesagten,[241] eingeräumt wird, ist der Vorkaufsbelastete für die Dauer des Vorkaufsrechts vertraglich **an die Gestaltungsberechtigung des Vorkaufsberechtigten gebunden.** Aus der Perspektive des Vorkaufsrechtsbelasteten handelt es sich dabei um eine Gestaltungsbelastung. Diese Gestaltungsbelastung ist freilich vorerst eine bedingte und wird erst durch den Eintritt des Vorkaufsfalls zu einer unbedingten. 153

bb) Nebenleistungspflichten

Unter einer Nebenleistungspflicht wird nach der hier übernommenen **Terminologie** eine Verbindlichkeit verstanden, die im Gegensatz zur Hauptleistungspflicht keine vertragstypische, essentielle Leistungspflicht darstellt, sondern eine nicht vertragstypusbestimmende, akzidentielle Leistungspflicht.[242] Gemeinsam mit der Hauptleistungspflicht hat die Nebenleistungspflicht, dass sie mit Hilfe 154

---

239 Vgl. oben Nr. 84.

240 Vgl. unten Nr. 922 f.

241 Vgl. oben Nr. 9 ff.

242 KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 93 der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR.

eines Erfüllungsanspruches selbständig verfolgt, das heisst nötigenfalls eingeklagt werden kann – dies im Unterschied zu den blossen Nebenpflichten, deren Beachtung der Gläubiger nicht eigenständig erzwingen, deren Nichtbeachtung aber immerhin Schadenersatzfolgen des Schuldners nach sich ziehen kann.[243]

155 Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung handelt es sich bei der **Informationspflicht** des Vorkaufsbelasteten **nach Art. 216d Abs. 1 OR,** im Vorkaufsfall «den Vorkaufsberechtigten über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags in Kenntnis zu setzen», um eine vertragliche Nebenleistungspflicht, die sich mittels Erfüllungsklage gerichtlich durchsetzen lässt.[244]

156 Eine weitere Nebenleistungspflicht trifft den Vorkaufsrechtsgeber in jenen Fällen, in denen die Parteien des Vorkaufsvertrags ein im Grundbuch vorzumerkendes Vorkaufsrecht vereinbaren. Die Vormerkung im Grundbuch erfolgt grundsätzlich auf entsprechende Grundbuchanmeldung des Vorkaufsrechtsgebers hin.[245] Diese **Pflicht zur Vornahme der Anmeldung der Vormerkung beim Grundbuchamt** ist einklagbar für den Fall, dass der Vorkaufsrechtsgeber der Grundbuchanmeldung nicht nachkommen sollte.[246] Weil diese Leistungspflicht jedoch nicht vertragstypusbestimmend, sondern akzidentiell ist – der Vorkaufsvertrag bleibt ein Vorkaufsvertrag, ob die Parteien im Einzelfall eine Vormerkungsabrede treffen oder nicht –, handelt es sich hierbei um eine Nebenleistungspflicht.

cc) Nebenpflichten

157 Nebenpflichten sind nach der in dieser Arbeit verwendeten **Terminologie** im Gegensatz zu vertraglichen Hauptpflichten und Nebenleistungspflichten grundsätzlich nicht selbständig einklagbar. Ihre Verletzung kann aber Schadenersatzfolgen nach Art. 97 Abs. 1 OR nach sich ziehen.[247] Nebenpflichten können ihre Grundlage im Gesetz, in einer ausdrücklichen Parteivereinbarung[248] oder – was auf die Mehrzahl der Nebenpflichten zutrifft – im Verhaltensgebot von Treu und Glauben haben.[249]

---

243 KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 91 f. der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2638 ff.

244 Siehe dazu unten Nr. 780.

245 Zum vormerkbaren Vorkaufsrecht generell siehe unten Nr. 364 ff.

246 HOMBERGER, ZK, N 11 zu Art. 959 ZGB.

247 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2638 f.; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 96 der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR.

248 Vgl. NOELPP, S. 55 f.

249 Weitere dogmatische Erklärungsansätze für Nebenpflichten, die nicht auf Gesetz oder Parteivereinbarung beruhen, bilden das rechtsgeschäftliche Vertrauensprinzip und das einheitliche gesetzliche Schuldverhältnis: vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMEN-

Nebenpflichten kommen in den verschiedensten Ausprägungen vor, namentlich in Form von Obhuts- und Schutzpflichten, Informations- und Aufklärungspflichten, Verschaffungspflichten sowie Mitwirkungspflichten.[250] Nebenpflichten können auch über die eigentliche Leistungserbringung hinaus Bestand haben. So schliesst beispielsweise jedes vertragliche Leistungsprogramm «die inhärente Nebenpflicht ein, **alles zu unterlassen,** was das Vertragsziel vereiteln oder gefährden könnte»[251] bzw. **«was den eingetretenen Leistungserfolg ganz oder teilweise wieder zunichte macht».**[252] 158

Der Vorkaufsvertrag begründet – wie jeder andere Vertrag auch[253] – diverse Nebenpflichten. Beim Vorkaufsvertrag hat der Vorkaufsrechtsgeber nach dem Gesagten bereits uno actu mit dem Vertragsabschluss seine Leistung erbracht.[254] Doch besteht für den Vorkaufsbelasteten für die Dauer des Vorkaufsrechts eine (bedingte) Gestaltungsbelastung.[255] Der Leistungserfolg des Vorkaufsvertrags bleibt nur dann gewahrt, wenn die Ausübung des Vorkaufsrechts während dieser Zeitdauer nicht faktisch verunmöglicht wird und damit **mittelbar der Erwerb des Grundstücks gesichert** bleibt. Deswegen muss sich der Vorkaufsrechtsgeber über den Vertragsabschluss hinaus für die Dauer des Vorkaufsrechts an gewisse Verhaltensregeln halten. Was dies im Einzelnen bedeutet, ist im Folgenden zu untersuchen. 159

Im Zusammenhang mit **Nebenpflichten des Vorkaufsvertrags** wird insbesondere die Frage diskutiert, inwieweit es dem Vorkaufsrechtsgeber als Vorkaufsbelastetem untersagt ist, während der Dauer des Vorkaufsrechts *rechtlich oder tatsächlich über das Vorkaufsobjekt zu verfügen.* Das Gesetz sieht diesbezüglich keine Nebenpflicht vor. Den Parteien ist es freigestellt, ja sie sind eigentlich sogar gut beraten, durch vertragliche Abrede ausdrücklich zu regeln, inwieweit der Vorkaufsbelastete während der Dauer des Vorkaufsrechts über das Vorkaufsobjekt verfügen darf. Mangels einer solchen Abrede müssen die entsprechenden Nebenpflichten des Vorkaufsbelasteten aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet werden. Wie weit diese Nebenpflichten gehen, ist freilich umstritten. Im Folgenden soll untersucht werden, ob es dem Vorkaufsbelas- 160

EGGER, Nr. 2641, mit Hinweisen. Auf die dogmatische Einordnung solcher Nebenpflichten soll an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.

250 Siehe diese geläufige Kategorisierung bei GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2642 ff., sowie bei WEBER, BK, N 68 ff. zu Art. 97 OR; ferner KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 96 der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR.

251 Im Original ohne Hervorhebungen: WEBER, BK, N 95 zu Art. 97 OR; vgl. auch LARENZ, S. 9 f.

252 MIDDENDORF, Nr. 179.

253 Vgl. BSK ZGB I-HONSELL, N 16 zu Art. 2.

254 Vgl. oben Nr. 84.

255 Vgl. oben Nr. 153.

teten untersagt ist, das Vorkaufsobjekt zu veräussern (aaa) oder zu zerstören bzw. zu beschädigen (bbb). Daneben sind weitere Nebenpflichten (ccc) denkbar.

aaa) Verbot der Veräusserung des Vorkaufsobjekts?

161 Nach der **Auffassung des Bundesgerichts** zieht die Vorkaufsbelastung grundsätzlich keine Beschränkung der Befugnis zur Verfügung über das Grundstück nach sich; Schranken bildeten einzig der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB sowie der Umstand, dass spätere, dem Vorkaufsrecht widersprechende rechtliche Verfügungen gegenüber dem früher vorgemerkten Vorkaufsrecht nicht den Vorrang beanspruchen können.[256] In der **Lehre** steht namentlich MEIER-HAYOZ auf der Linie des Bundesgerichts, der jegliche Beschränkung der rechtlichen oder tatsächlichen Verfügungsbefugnis des Vorkaufsbelasteten über das Vorkaufsobjekt ablehnt.[257] Auf der anderen Seite steht namentlich BRUNNER, der die Ansicht vertritt, der Vorkaufsbelastete dürfe während der Dauer des Vorkaufsrechts das Vorkaufsobjekt nicht veräussern.[258]

162 Nach der **hier vertretenen Auffassung** gebietet sich zunächst eine dahingehende Präzisierung, dass nach der Meinung von BRUNNER mit «Veräusserung» wohl nur die Übertragung des Eigentums gemeint sein kann, also das *Verfügungsgeschäft*, und nicht bereits der der Übertragung des Eigentums vorangehende Abschluss des Kaufvertrags, also das *Verpflichtungsgeschäft*. Denn erst der Abschluss eines Kaufvertrags – oder eines diesem wirtschaftlich gleichkommenden Rechtsgeschäfts – mit einem Dritten löst den Vorkaufsfall aus, lässt mit anderen Worten die Bedingung für die Ausübung des Vorkaufsrechts eintreten,[259] was durchaus im Interesse des Vorkaufsberechtigten liegen kann, wenn er das Grundstück erwerben will.[260] Im Weiteren ist danach zu fragen, ob es einen Unterschied macht, ob die Veräusserung im Vorkaufsfall oder ausserhalb eines Vorkaufsfalls erfolgt:

163 – Macht der Vorkaufsberechtigte *im Vorkaufsfall* von seinem Recht Gebrauch und überträgt der Vorkaufsbelastete das Eigentum gleichwohl an den Dritten, so verletzt der Vorkaufsbelastete seine vertragliche Hauptpflicht zur Übertragung des Eigentums am Vorkaufsobjekt auf den Vorkaufsberechtigten aus dem mit diesem durch dessen Gestaltungserklärung

256 BGE 92 II 147 ff. (159), E. 6.

257 MEIER-HAYOZ, BK, N 76 zu Art. 681 ZGB.

258 BRUNNER, S. 119. Soweit BRUNNER in diesem Zusammenhang von «Kaufsrecht» spricht, ist darauf hinzuweisen, dass er diese Terminologie als Oberbegriff für das Kaufsrecht im engeren Sinn, das Rückkaufsrecht und das Vorkaufsrecht verwendet: vgl. DENSELBEN, S. 41 f. Siehe auch SIMONIUS/SUTTER, N 24 zu § 11, die dieselbe Auffassung für das Kaufs- und Rückkaufsrecht vertreten.

259 Vgl. unten Nr. 532.

260 Vgl. zum Erwerbszweck oben Nr. 38 ff.

zustande gekommenen Kaufvertrag,[261] *nicht* aber *eine Nebenpflicht des Vorkaufsvertrags*. Macht der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall hingegen keinen Gebrauch von seinem Vorkaufsrecht, so darf es dem Vorkaufsbelasteten nicht verwehrt sein, das Eigentum am Vorkaufsobjekt auf den Dritterwerber zu übertragen.

– Es gibt aber auch Veräusserungsgeschäfte, die *keinen Vorkaufsfall* darstellen, so beispielsweise die Schenkung.[262] In solchen Fällen hat der Vorkaufsberechtigte keine Möglichkeit, sein Vorkaufsrecht auszuüben. Bei grundbuchlich vorgemerkten Vorkaufsrechten ist dies nicht weiter ein Problem, weil die Vorkaufsbelastung aufgrund der Vormerkung auf den Rechtsnachfolger des Grundstücks übergeht.[263] Bei grundbuchlich nicht vorgemerkten Vorkaufsrechten droht der Vorkaufsberechtigte jedoch durch eine derartige Veräusserung des Vorkaufsobjekts seines Vorkaufsrechts verlustig zu gehen. Herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass der Vorkaufsbelastete solche Veräusserungsgeschäfte vornehmen darf[264] und dass das grundbuchlich nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht diesfalls ohne Weiteres untergeht.[265] Diese Auffassung verdient Zustimmung. Sie lässt sich damit begründen, dass die Parteien des Vorkaufsvertrags, die das Vorkaufsrecht nicht grundbuchlich vormerken lassen, implizit den Untergang dieses Vorkaufsrechts vorsehen für den Fall einer Veräusserung, die keinen Vorkaufsfall darstellt. Denn die Parteien hätten die Möglichkeit gehabt, das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorzumerken. Verzichten sie darauf, so geben sie stillschweigend kund, dass das Vorkaufsrecht vor Veräusserungsgeschäften, die keinen Vorkaufsfall darstellen, nicht geschützt sein und in diesen Fällen untergehen soll.[266] Der Vorkaufsberechtigte trägt diesbezüglich das Risiko. Dementsprechend besteht *keine Nebenpflicht des Vorkaufsbelasteten, solche Veräusserungsgeschäfte zu unterlasen.* Selbstverständlich können die Parteien auch Gegenteiliges in ihrem Vorkaufsvertrag vereinbaren, zum Beispiel, dass es dem Vorkaufsbelasteten untersagt sein soll, ein Veräusserungsgeschäft vorzunehmen, das keinen Vorkaufsfall auslöst. Oder die Parteien können für solche Arten von Veräusserungsgeschäften eine obligatorische Pflicht des Vorkaufsbelasteten zur Übertragung der Vorkaufsbelastung auf den Rechtsnachfolger vorsehen. 164

Als **Ergebnis** kann festgehalten werden, dass es dem Vorkaufsbelasteten nicht verwehrt ist, das Vorkaufsobjekt zu veräussern. Stellt die Veräusserung einen Vorkaufsfall dar, so ist der Vorkaufsbelastete gehalten, den Vorkaufsberechtigten darüber zu informieren (vgl. Art. 216d Abs. 1 OR).[267] Dieser hat dann die 165

---

261 Vgl. unten Nr. 1019 ff.

262 Dazu unten Nr. 663.

263 Dazu unten Nr. 424.

264 BGE 70 II 149 ff. (151); MEIER-HAYOZ, BK, N 78 zu Art. 681 ZGB.

265 BRÜCKNER, Nr. 77; MEIER-HAYOZ, BK, N 307 zu Art. 681 ZGB.

266 Siehe auch unten Nr. 884 f.

267 Vgl. dazu unten Nr. 751 ff.

Möglichkeit, sein Vorkaufsrecht auszuüben. Verzichtet er darauf, so darf der Vorkaufsbelastete das Vorkaufsobjekt auf den Dritterwerber übertragen. Aber auch Veräusserungsgeschäfte, die keinen Vorkaufsfall darstellen, darf der Vorkaufsbelastete vornehmen, es sei denn, die Parteien hätten Gegenteiliges im Vorkaufsvertrag vereinbart.

bbb) Verbot der Zerstörung oder Beschädigung des Vorkaufsobjekts?

166 Die Frage, ob es dem Vorkaufsbelasteten während der Dauer der Vorkaufsbelastung verwehrt ist, das Vorkaufsobjekt zu zerstören oder zu beschädigen, ist **in der Lehre umstritten.** Auf der einen Seite verneint MEIER-HAYOZ eine Pflicht des Vorkaufsbelasteten, Wertverminderungen zu unterlassen. Eine solche Verpflichtung sei insbesondere deshalb abzulehnen, weil es ja vollständig im Belieben des Vorkaufsbelasteten stehe, den Vorkaufsfall eintreten zu lassen oder nicht.[268] Auf der anderen Seite vertritt BRUNNER die Auffassung, dass der Vorkaufsbelastete während der Dauer des Vorkaufsrechts das Vorkaufsobjekt – sei es böswillig, sei es aus Fahrlässigkeit – weder zerstören oder beschädigen noch sonst wie in seinem Wert reduzieren dürfe.[269]

167 **Nach der hier vertretenen Auffassung** muss es dem Vorkaufsbelasteten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben untersagt sein, während der Dauer seiner Vorkaufsbelastung das Vorkaufsobjekt zu zerstören oder zu beschädigen. Beim absolut limitierten Vorkaufsrecht, bei dem der Kaufpreis für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts bereits im Voraus bestimmt ist,[270] ist das Interesse des Vorkaufsberechtigten augenfällig, dass der Vorkaufsbelastete den Wert des Vorkaufsobjekts nicht vermindert. Denn eine solche Wertverminderung wirkt sich direkt negativ auf die Werthaltigkeit seiner Vorkaufsberechtigung aus. Beim unlimitierten Vorkaufsrecht erscheint ein solcher Nachteil für den Vorkaufsberechtigten auf den ersten Blick dagegen fraglich. Denn vermindert der Vorkaufsbelastete den Wert des Vorkaufsobjekts, so löst er im Fall des Verkaufs an einen Dritten weniger Geld für dieses Objekt, wovon indirekt wiederum der Vorkaufsberechtigte profitiert, der das Objekt zu eben diesem tieferen Preis erwerben kann.[271] Allerdings stellt das Vorkaufsrecht – auch das unlimitierte – einen Vermögenswert dar und weist nach der hier vertretenen Auffassung einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert auf.[272] Dieser wirtschaftliche Wert des Vorkaufsrechts vermindert sich, wenn das Vorkaufsobjekt zerstört oder beschädigt wird. Es ist zwar MEIER-HAYOZ darin beizupflichten, dass es – von fakti-

---

268 MEIER-HAYOZ, BK, N 76 zu Art. 681 ZGB.

269 BRUNNER, S. 119; siehe auch ZR 61/1962, S. 147 ff. (148), E. 2a (Zürcher Obergericht), obiter dictum.

270 Siehe dazu unten Nr. 276.

271 Vgl. unten Nr. 983.

272 Vgl. oben Nr. 84.

schen Zwängen zum Verkauf abgesehen – im Belieben des Vorkaufsbelasteten steht, den Vorkaufsfall eintreten zu lassen oder nicht. Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass der Vorkaufsrechtsgeber mit dem Abschluss des Vorkaufsvertrags dem Vorkaufsberechtigten ein Vorkaufsrecht eingeräumt hat und für die Dauer des Vorkaufsrechts an dessen (bedingte) Gestaltungsberechtigung vertraglich gebunden ist. Diese *vertragliche Bindung* gibt dem Vorkaufsberechtigten zwar keine Gewissheit, dass er sein Vorkaufsrecht jemals wird ausüben können. Doch sie verleiht ihm das *schutzwürdige Interesse,* dass die Ausübung des Vorkaufsrechts im Vorkaufsfall nicht illusorisch wird, weil er sich mit einem zerstörten oder beschädigten Vorkaufsobjekt begnügen müsste. Auch gilt es zu bedenken, dass der Vorkaufsberechtigte allenfalls sogar ein Entgelt für die Einräumung des Vorkaufsrechts entrichtet hat. Den Vorkaufsbelasteten trifft deshalb nach der hier vertretenen Auffassung die **aus dem Vorkaufsvertrag abzuleitende Nebenpflicht,** das Vorkaufsobjekt für die Dauer der Vorkaufsbelastung weder zu zerstören noch zu beschädigen. Verletzt er diese Nebenpflicht schuldhaft (Art. 97 OR), macht er sich gegenüber dem Vorkaufsberechtigten schadenersatzpflichtig.

168 Von der Zerstörung oder Beschädigung des Vorkaufsobjekts abzugrenzen ist die **Umgestaltung des Vorkaufsobjekts** durch einen Umbau oder eine Renovation. Ob der Vorkaufsbelastete während der Dauer des Vorkaufsrechts berechtigt ist, das Vorkaufsobjekt umzugestalten, beurteilt sich wiederum primär nach einer allfälligen Parteivereinbarung und sekundär nach dem Grundsatz von Treu und Glauben. Bei einem absolut limitierten Vorkaufsrecht entspricht es dem mutmasslichen Parteiwillen, dass der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall das Grundstück in jenem tatsächlichen und rechtlichen Zustand soll erwerben können, den es im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags aufgewiesen hat.[273] Dementsprechend ist es dem Vorkaufsbelasteten durch stillschweigende Vereinbarung untersagt, eine Änderung am Grundstück, die über eine werterhaltende Renovation hinausgeht, vorzunehmen, namentlich ein Gebäude umzubauen. Bei einem unlimitierten oder einem relativ limitierten Vorkaufsrecht dagegen entspricht es dem mutmasslichen Parteiwillen, dass der Vorkaufsberechtigte das Grundstück in jenem Zustand soll erwerben können, den es im Vorkaufsfall aufweist.[274] Eine Parteiabrede steht somit der Umgestaltung des Vorkaufsobjekts nicht entgegen. Und auch nach Treu und Glauben muss es dem unlimitiert oder relativ limitiert Vorkaufsbelasteten gestattet sein, Veränderungen am Vorkaufsobjekt vorzunehmen. Denn im Gegensatz zu einer Beschädigung oder Zerstörung des Vorkaufsobjekts macht eine Umgestaltung des Vorkaufsobjekts die Ausübung des Vorkaufsrechts im Vorkaufsfall nicht illusorisch.[275] So ist es dem Vorkaufsbelasteten beispielsweise erlaubt, die unbebaute Parzelle zu über-

273 Vgl. unten Nr. 276.

274 Vgl. unten Nr. 270 und 277.

275 Siehe aber GVR-SG 1988 Nr. 44, S. 94 f. (Kantonsgericht St. Gallen).

bauen, die Liegenschaft zu renovieren oder Altlasten zu sanieren.[276] Die Abgrenzung zur Zerstörung oder Beschädigung des Vorkaufsobjekts mag im Einzelfall heikel sein, wie das Beispiel des Abbruchs eines alten Gebäudeteils zeigt. Massstab, an dem sich das Verhalten des Vorkaufsbelasteten zu orientieren hat, bildet dabei stets das Verhaltensgebot von Treu und Glauben.

ccc) Weitere Nebenpflichten

169 Auch weitere Nebenpflichten des Vorkaufsbelasteten sind denkbar, die sich hauptsächlich im Vorkaufsfall aktualisieren und letztlich alle **auf das Verhaltensgebot von Treu und Glauben zurückzuführen** sind.[277] So gehört es nach der hier vertretenen Auffassung beispielsweise zur Nebenpflicht des Vorkaufsbelasteten, mit der Grundbuchanmeldung des Dritterwerbers zuzuwarten, bis die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts unbenutzt verstrichen ist.[278] Auch können sich im Vorkaufsfall gewisse Aufklärungspflichten ergeben.[279]

b) Für den Vorkaufsrechtsnehmer

170 Die Hauptwirkung des Abschlusses eines Vorkaufsvertrags für den Vorkaufsrechtsnehmer besteht in der bedingten Gestaltungsberechtigung des Vorkaufsrechtsgebers (aa). Hinzu treten kann beim entgeltlichen Vorkaufsvertrag die vertragliche Verpflichtung zur Leistung eines Entgelts (bb).

aa) Bedingte Gestaltungsberechtigung des Vorkaufsberechtigten

171 Mit dem Vorkaufsvertrag wird dem Vorkaufsberechtigten ein Vorkaufsrecht, ein bedingtes Gestaltungsrecht nach dem Gesagten,[280] an einem Grundstück eingeräumt. Vorkaufsberechtigter ist in der Regel der Vorkaufsrechtsnehmer, beim Vertrag zugunsten eines Dritten ausnahmsweise aber auch ein Dritter.[281] Für die Dauer des Vorkaufsrechts besteht zugunsten des Vorkaufsberechtigten eine vertragliche **Gestaltungsberechtigung gegenüber dem Vorkaufsbelasteten.** Diese Gestaltungsberechtigung ist freilich vorerst eine bedingte und wird erst durch den Eintritt des Vorkaufsfalls zu einer unbedingten.

172 In der Regel wird das Vorkaufsrecht dem Vorkaufsberechtigten **unentgeltlich** eingeräumt,[282] was die ergänzende Anwendung schenkungsrechtlicher Bestim-

276 Vgl. auch ZR 24/1925 Nr. 177, S. 325 f. (Zürcher Obergericht).
277 Vgl. oben Nr. 157.
278 Vgl. dazu unten Nr. 818.
279 Vgl. dazu unten Nr. 776 und 919.
280 Vgl. oben Nr. 9 ff.
281 Vgl. oben Nr. 89.
282 BRUNNER, S. 131.

mungen auf den Vorkaufsvertrag rechtfertigt.[283] Diesfalls ist der Vorkaufsvertrag für den Vorkaufsrechtsnehmer mit **keinen Pflichten** verbunden.

bb) Pflicht zur Leistung eines Entgelts beim entgeltlichen Vorkaufsvertrag

173 Es ist Ausfluss der Privatautonomie, dass die Parteien des Vorkaufsvertrags für die Begründung des Vorkaufsrechts ein Entgelt vereinbaren können. Diesfalls steht der erbrachten Leistung des Vorkaufsrechtsgebers eine Leistung bzw. eine **Leistungsverpflichtung des Vorkaufsrechtsnehmers** gegenüber. Die Höhe des Entgelts können die Parteien privatautonom festlegen.[284] Denkbar ist sowohl die Vereinbarung einer Einmalentschädigung als auch eine periodische, beispielsweise eine jährliche Abgeltung. Der entgeltliche Vorkaufsvertrag wird so zum Rechtskauf,[285] was die ergänzende Anwendung kaufrechtlicher Bestimmungen rechtfertigt. Auf den entgeltlichen Vorkaufsvertrag ist im Folgenden näher einzugehen.

2. Der entgeltliche Vorkaufsvertrag im Besonderen

174 Vereinbaren die Parteien im Vorkaufsvertrag ein Entgelt, so stellt sich die Frage, welche Funktion dieses Entgelt wahrnimmt (A). Zudem eröffnet sich die Diskussion, inwieweit der entgeltliche Vorkaufsvertrag als synallagmatischer Vertrag (B) aufgefasst werden kann. Schliesslich sind Besonderheiten des entgeltlichen Vorkaufsvertrags (C) darzustellen.

A) Funktion des Entgelts

175 Im Einzelfall kann fraglich sein, welche *Funktion* einem solchermassen vereinbarten Entgelt zukommt. **Drei mögliche Funktionen** fallen vordergründig in Betracht:

176 Das Entgelt kann einmal die Bedeutung einer Entschädigung des Vorkaufsrechtsgebers für die Einräumung des Vorkaufsrechts als solches haben. Der Vorkaufsrechtsgeber verpflichtet sich mit der Begründung eines Vorkaufsrechts zwar nicht zum Verkauf des Grundstücks. Doch die Einräumung des Vorkaufsrechts hat gleichwohl zur Folge, dass er für die Dauer der Vorkaufsbelastung faktisch einseitig in der Partnerwahl fixiert ist, falls er das Grundstück verkaufen möchte. Dass diese Partnerwahlfixierung für den Vorkaufsbelasteten einschneidend sein kann, ist beim limitierten Vorkaufsrecht besonders augenfällig, wenn der vereinbarte Kaufpreis unter dem Verkehrswert liegt oder über die Jahre un-

283 Vgl. auch MAISSEN, Nr. 83; BSK OR I-VOGT, N 15 zu Art. 239.
284 BRUNNER, S. 143.
285 Siehe SCHÖNLE, ZK, N 60 zu Art. 184 OR.

ter den Verkehrswert fällt.[286] BRÜCKNER weist aber zu Recht darauf hin, dass selbst die Einräumung eines unlimitierten Vorkaufsrechts wirtschaftliche Nachteile für den Vorkaufsbelasteten nach sich zieht.[287] Zwar kann dieser nach wie vor den Kaufpreis für sein Grundstück mit einem kaufinteressierten Dritten beliebig aushandeln. Doch solange ein Vorkaufsrecht existiert, ist es für Dritte unattraktiv, sich überhaupt auf langwierige und kostspielige Vertragsverhandlungen einzulassen. Denn sie müssen stets damit rechnen, dass im Fall des Vertragsschlusses der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausübt. Das geringere Kaufinteresse von dritter Seite drückt den Wert des Grundstücks und damit den Preis, den der Vorkaufsbelastete für sein Grundstück aushandeln kann.[288] Davon profitiert wiederum indirekt der Vorkaufsberechtigte, der im Vorkaufsfall die Möglichkeit erhält, das Grundstück zu eben diesem tieferen Preis zu erwerben. Die Einräumung eines Vorkaufsrechts als solche stellt eine selbstständige wirtschaftliche Leistung des Vorkaufsrechtsgebers dar.[289] Es ist aus wirtschaftlicher Sicht legitim, dass die Parteien dafür ein Entgelt vereinbaren. Das Entgelt hat diesfalls **Abgeltungsfunktion.**[290] Es verbleibt in jedem Fall dem Vorkaufsrechtsgeber, auch wenn im Einzelfall die Dauer des Vorkaufsrechts verstreichen sollte, ohne dass ein Vorkaufsfall eingetreten ist, und der Vorkaufsberechtigte mit anderen Worten gar nie die Gelegenheit erhalten hat, von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch zu machen. Kommt es hingegen zum Vorkaufsfall und übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, so wird das Entgelt nicht an den vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtenden Kaufpreis angerechnet. Denn das Entgelt hat den Vorkaufsrechtsgeber für seine Vorkaufsbelastung abgegolten und stellt eben gerade keine (vorweggenommene) Gegenleistung für den Verkauf des Grundstücks dar.

177 Möglich ist aber nach dem Parteiwillen auch das Gegenteil, dass nämlich das bei Abschluss des Vorkaufsvertrags versprochene oder geleistete Entgelt an die Kaufpreisschuld angerechnet werden soll, wenn der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt und so einen Kaufvertrag über das Grundstück zustande bringt. Das Entgelt hat damit **Anrechnungsfunktion.**[291] Tritt der Vorkaufsfall nicht ein oder macht der Vorkaufsberechtigte von seinem Recht keinen Ge-

---

286 Zum limitierten Vorkaufsrecht siehe unten Nr. 272 ff.

287 BRÜCKNER, Nr. 10; siehe auch SCHENKER, S. 249 f.; ferner ISLER, S. 6, anders allerdings auf S. 178; a.M. auch MERKER, S. 208.

288 Durch die Abnahme der Nachfrage erleidet das Grundstück eine Werteinbusse, die im (deutschen) Bankenverkehr mit einer Minderung des Verkehrswertes von 2–3% bewertet wird: <http://www.kredit-beamten.de/vorkaufrecht/> (letztmals besucht am 19. Juli 2014).

289 Siehe bereits oben Nr. 84.

290 Siehe auch BRUNNER, S. 136 f., der von der «Entschädigungsfunktion» spricht.

291 Vgl. BRUNNER, S. 138 ff., der jedoch nur die Kombination aus Abgeltungs- und Anrechnungsfunktion thematisiert.

brauch, so ist das geleistete Entgelt dem Vorkaufsberechtigten aus «einem nicht verwirklichten […] Grund» (Art. 62 Abs. 2 OR) zurückzuerstatten[292] bzw. ist das im Vorkaufsvertrag versprochene Entgelt nicht geschuldet.

178 Denkbar ist schliesslich auch, dass das bei Abschluss des Vorkaufsvertrags vereinbarte Entgelt eine **Kombination aus Abgeltungs- und Anrechnungsfunktion** wahrnehmen soll.[293] Primär soll das Entgelt den Vorkaufsrechtsgeber für seine Vorkaufsbelastung entschädigen. Tritt der Vorkaufsfall nicht ein oder macht der Vorkaufsberechtigte von seinem Recht keinen Gebrauch, hat es damit sein Bewenden. Das Entgelt verbleibt dem Vorkaufsrechtsgeber. Das Entgelt hat in diesem Sinn Abgeltungsfunktion. Übt der Vorkaufsberechtigte hingegen sein Vorkaufsrecht aus und bringt damit einen Kaufvertrag über das Grundstück zustande, so soll das Entgelt jedoch an die Kaufpreisschuld angerechnet werden. Das Entgelt hat in diesem Sinn Anrechnungsfunktion. Mit anderen Worten hat das Entgelt, je nachdem ob der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht oder nicht, entweder Anrechnungs- oder Abgeltungsfunktion. In jedem Fall aber verbleibt das im Vorkaufsvertrag vereinbarte Entgelt dem Vorkaufsrechtsgeber.

179 Welche Funktion dem vereinbarten Entgelt im Einzelfall zukommt, entscheidet sich nach dem übereinstimmenden wirklichen **Parteiwillen**. Ist ein solcher nicht feststellbar, dann bestimmt sich die Funktion nach dem Vertrauensprinzip.[294] Da die Einräumung eines Vorkaufsrechts nach dem Gesagten eine selbstständige wirtschaftliche Leistung des Vorkaufsrechtsgebers darstellt, ist meines Erachtens im Zweifelsfall das Entgelt als Entschädigung für die Vorkaufsbelastung aufzufassen und damit von einer Abgeltungsfunktion des Entgelts auszugehen.[295]

---

292 Das Geld ist im Hinblick auf die Erfüllung der Kaufpreisschuld aus dem – mangels Ausübung des Vorkaufsrechts – nicht zustande gekommenen Grundstückkaufvertrag geleistet worden. Kommt der künftige Vertrag nicht zustande, so kann der Leistungserbringer das Geld gestützt auf Art. 62 Abs. 2 OR zurückverlangen: BGE 119 II 20 ff. (22), E. 2a. Denkbar ist aber auch, dass die Parteien des Vorkaufsvertrags für den Fall, dass das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt wird – allenfalls stillschweigend – eine vertragliche (Neben-)Pflicht zur Rückzahlung des geleisteten Entgelts vereinbart haben. Diesfalls kann der Leistungserbringer das Geld gestützt auf eine *vertragliche* Grundlage zurückfordern: vgl. BGE 126 III 119 ff. (122), E. 3d.

293 BRUNNER, S. 138 ff.; GEORGIADES, S. 432 f.

294 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 309 ff.

295 Vgl. auch BRUNNER, S. 143.

B) Synallagmatischer Vertrag

180 Das Entgelt kann – wie soeben ausgeführt wurde – im Einzelfall eine unterschiedliche Funktion wahrnehmen. Nimmt das Entgelt ausschliesslich eine Abgeltungsfunktion oder eine Kombination aus Entschädigungs- und Anrechnungsfunktion wahr, so stellt das Entgelt eine **Austauschleistung für die Begründung des Vorkaufsrechts** dar. Denn der Vorkaufsrechtsnehmer leistet das Entgelt, *weil* ihm (oder einem Dritten) ein Vorkaufsrecht eingeräumt wird. Der entgeltliche Vorkaufsvertrag ist somit ein synallagmatischer Vertrag.[296]

181 Eine Besonderheit liegt aber darin begründet, dass der Vorkaufsrechtsgeber – wie bereits ausgeführt[297] – seine Leistung bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erbracht hat. Es stellt sich deshalb die Frage, inwieweit die Gesetzesbestimmungen über synallagmatische Verträge überhaupt auf den Vorkaufsvertrag zur Anwendung gelangen können. BRUNNER befürwortet die «ergänzende Anwendbarkeit» der gesetzlichen Bestimmungen über zweiseitige Verträge, insbesondere der Art. 82 und 83 OR (a), Art. 107 ff. OR (b) und Art. 119 OR (c) auf den entgeltlichen Vorkaufsvertrag.[298] Was dies im Einzelnen bedeutet, ist im Folgenden näher zu untersuchen.

a) Anwendung der Art. 82 und 83 OR

182 Eine erste Gesetzesbestimmung, die auf synallagmatische Verträge zugeschnitten ist, stellt **Art. 82 OR** dar. Danach muss derjenige, der bei einem zweiseitigen Vertrag den andern zur Erfüllung anhalten will, entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalt oder der Natur des Vertrags erst später zu erfüllen hat. Diese Gesetzesbestimmung enthält die Regel «Zug um Zug» und verleiht dem Schuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, wenn der Gläubiger die Gegenleistung weder erbracht noch real angeboten hat.[299]

183 Gleichzeitig mit Art. 82 OR muss auch **Art. 83 OR** angesprochen werden. Art. 83 Abs. 1 OR räumt der einen Partei eines zweiseitigen Vertrags das Recht ein, ihre Leistung so lange zurückzuhalten, bis ihr die Gegenleistung sichergestellt wird, wenn die andere Vertragspartei zahlungsunfähig geworden ist. Wird die Partei innerhalb einer angemessenen Frist auf ihr Begehren nicht sichergestellt, so kann sie vom Vertrag zurücktreten (Art. 83 Abs. 2 OR). Unter den Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 83 OR hat somit die eine Vertragspartei ein Zurückbehaltungs- und Rücktrittsrecht.[300]

---

296 Zum Begriff des synallagmatischen Vertrags siehe STÖCKLI, Nr. 42 ff.

297 Vgl. oben Nr. 84.

298 BRUNNER, S. 137.

299 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2205 ff.; STÖCKLI, Nr. 234 ff.

300 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2229 ff.; STÖCKLI, Nr. 254 ff.

Die **Anwendbarkeit** der Art. 82 und 83 OR auf den entgeltlichen Vorkaufsvertrag ist meines Erachtens **begrenzt.** Es muss dabei hinsichtlich der verschiedenen Pflichten differenziert werden: 184

Beim Vorkaufsvertrag stellt sich im Zusammenhang mit Art. 82 und 83 OR insbesondere die Frage, ob der Vorkaufsbelastete sich **im Vorkaufsfall** mit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten widersetzen darf, wenn dieser das gemäss Vorkaufsvertrag geschuldete Entgelt nicht oder nur teilweise entrichtet hat. Diese Frage ist zu verneinen. Denn die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erlaubt es dem Schuldner bloss, dass er trotz Fälligkeit seiner Leistung nicht zu leisten braucht, bevor der Gläubiger seinerseits geleistet hat oder wenigstens die Gegenleistung anbietet. Mit dem Abschluss des Vorkaufsvertrags hat aber der Vorkaufsrechtsgeber nach dem Gesagten seine Leistung uno actu bereits erbracht, indem er dem Vorkaufsberechtigten das Vorkaufsrecht eingeräumt hat. Leistet der Vorkaufsrechtsnehmer in der Folge nicht das geschuldete Entgelt, so hat der Vorkaufsrechtsgeber gar keine Möglichkeit mehr, seine Leistung zurückzubehalten und nach Art. 82 OR die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu erheben.[301] Aus den gleichen Überlegungen hat er für seine Leistung ebenso wenig ein Zurückbehaltungs- und Rücktrittsrecht nach Art. 83 OR. 185

Anders verhält es sich jedoch mit der Nebenleistungspflicht des Vorkaufsrechtsgebers, die **Anmeldung der Vormerkung des Vorkaufsrechts beim Grundbuchamt** vorzunehmen, wenn die Parteien ein vormerkbares Vorkaufsrecht vereinbart haben.[302] Art. 82 OR wird zwar in der Literatur bei Nebenleistungspflichten verschiedentlich für nicht anwendbar erachtet.[303] Entscheidender Gesichtspunkt für die Anwendbarkeit von Art. 82 OR muss nach zutreffender Auffassung aber auch bei einer Nebenleistungspflicht letztendlich sein, ob sie in einer Austauschbeziehung zur anderen Hauptleistung steht.[304] Beim entgeltlichen Vorkaufsvertrag leistet der Vorkaufsrechtsnehmer das Entgelt primär wegen der Einräumung des Vorkaufsrechts. Doch wird er in der Regel – zu seiner Absicherung, damit das Gestaltungsrecht auch gegenüber Dritterwerbern durchgesetzt werden kann[305] – darauf bestehen, dass das Vorkaufsrecht im Grundbuch 186

301 Ähnlich GEORGIADES, S. 433; vgl. auch CASPER, S. 68, der es mit der Konstruktion des Optionsrechts als Gestaltungsrecht nicht vereinbar erachtet, dass der Optionsgeber der Optionsausübung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhält. Eine Einrede könne nur gegen Ansprüche erhoben werden, nicht gegen Gestaltungsrechte. Es sei gerade Sinn und Zweck der Vertypung eines Anspruchs zu einem Gestaltungsrecht, ihn von möglichen Gegenrechten freizuhalten.

302 Vgl. dazu oben Nr. 156.

303 Vgl. GUHL/KOLLER, N 17 zu § 4; SCHRANER, ZK, N 65 zu Art. 82 OR; WEBER, BK, N 91 zu Art. 82 OR.

304 BSK OR I-LEU, N 6 zu Art. 82; STÖCKLI, Nr. 235.

305 Vgl. unten Nr. 367 ff.

vorzumerken ist. Damit wird auch die Austauschbeziehung zwischen der Nebenleistungspflicht zur Vornahme der Anmeldung der Vormerkung beim Grundbuchamt und dem geschuldeten Entgelt ersichtlich. Deswegen kann der Vorkaufsrechtsgeber die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben und die Grundbuchanmeldung der Vormerkung verweigern (solange er sie noch nicht vorgenommen hat), wenn der Vorkaufsrechtsnehmer das geschuldete Entgelt nicht rechtzeitig leistet. Diese Einrede gibt dem Vorkaufsrechtsgeber ein Druckmittel, um zu seinem Entgelt zu gelangen. Die Einrede ändert aber nichts daran, dass das Vorkaufsrecht dem Vorkaufsberechtigten uno actu mit Vertragsabschluss eingeräumt worden ist und dass der Vorkaufsbelastete sich an diese (durch den Vorkaufsfall bedingte) Gestaltungsberechtigung des Vorkaufsberechtigten halten muss, andernfalls er eine Schadenersatzpflicht riskiert.[306] Andererseits kann sich auch der Vorkaufsrechtsnehmer auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrags berufen und sein Entgelt zurückbehalten, wenn der Vorkaufsrechtsgeber die Anmeldung der Vormerkung beim Grundbuchamt nicht rechtzeitig vornimmt. Die angestellten Überlegungen führen schliesslich zum Schluss, dass der Vorkaufsrechtsgeber unter den Voraussetzungen von Art. 83 OR die Anmeldung der Vormerkung beim Grundbuchamt verweigern und – wenn er innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren nicht sichergestellt wird – vom Vertrag zurücktreten kann.[307]

187 Den Vorkaufsbelasteten trifft – wie schon ausgeführt worden ist[308] – für die Dauer seiner Vorkaufsbelastung die **Nebenpflicht**, das Vorkaufsobjekt weder zu zerstören noch zu beschädigen. Die herrschende Lehre spricht sich auch für die Anwendbarkeit von Art. 82 OR bei Nebenpflichten aus, wenn ohne sie bzw. bei deren Verletzung die Hauptleistung erheblich weniger wert ist.[309] Weil eine Zerstörung oder eine Beschädigung (von einem gewissen Ausmass) des Vorkaufsobjekts das Vorkaufsrecht für den Vorkaufsberechtigten – je nachdem gänzlich oder nahezu – wertlos macht, muss es meines Erachtens dem Vorkaufsrechtsnehmer, der beispielsweise ein periodisches Entgelt für das Vorkaufsrecht zu entrichten hat, gestattet sein, gestützt auf Art. 82 OR die weiteren Zahlungen zurückzubehalten, solange der Vorkaufsbelastete das Vorkaufsobjekt nicht wieder in seinen alten Zustand zurückgeführt hat.

---

306 Zur Schadenersatzpflicht des Vorkaufsbelasteten für den Fall der Eigentumsübertragung am Grundstück auf den Dritten in Missachtung der Ausübung des Vorkaufsrechts siehe unten Nr. 1021 und 1030.

307 Zu den Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen von Art. 83 OR siehe STÖCKLI, Nr. 254 ff.

308 Vgl. oben Nr. 166 ff.

309 GUHL/KOLLER, N 17 zu § 4; BSK OR I-LEU, N 6 zu Art. 82; SCHRANER, ZK, N 65 zu Art. 82 OR; WEBER, BK, N 91 zu Art. 82 OR; a.M. STÖCKLI, Nr. 57.

b) Anwendung der Art. 107 ff. OR

188 Weitere Gesetzesbestimmungen, die auf synallagmatische Verträge zugeschnitten sind, sind die **Art. 107 ff. OR.** Diese Bestimmungen enthalten für vollkommen zweiseitige Verträge besondere Verzugsfolgen, die zu den allgemeinen gemäss Art. 103 ff. OR hinzutreten. Gestützt auf Art. 107 Abs. 1 OR kann der Gläubiger dem Verzugsschuldner eine angemessene Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen. Nach deren unbenutztem Ablauf stehen dem Gläubiger verschiedene Wahlrechte zur Verfügung. In einem ersten Wahlrecht kann er sich darüber aussprechen, ob er weiterhin an der nachträglichen Leistung des Schuldners festhält oder ob er darauf verzichtet (Art. 107 Abs. 2 OR). Verzichtet er auf die nachträgliche Leistung des Schuldners, so steht ihm das zweite Wahlrecht zur Verfügung. Danach kann er entweder vom Verzugsschuldner Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags verlangen oder vom Vertrag zurücktreten (Art. 107 Abs. 2 OR in fine).[310] Was die Anwendbarkeit der Art. 107 ff. OR auf den entgeltlichen Vorkaufsvertrag anbelangt, so ist auch hier wiederum eine differenzierte Betrachtungsweise angebracht:

189 Im Zusammenhang mit dem entgeltlichen Vorkaufsvertrag stellt sich insbesondere die Frage, ob der Vorkaufsrechtsgeber dem in Verzug befindlichen Vorkaufsrechtsnehmer eine angemessene Nachfrist zur nachträglichen Leistung des Entgelts ansetzen und – nach deren unbenutztem Ablauf – den Rücktritt vom Vertrag erklären kann mit der Folge, dass das Vorkaufsrecht erlischt. Für das Kaufvertragsrecht enthält Art. 214 OR indes besondere Regeln beim Verzug des Käufers. Wie oben ausgeführt wurde, können auf den entgeltlichen Vorkaufsvertrag die kaufrechtlichen Bestimmungen – soweit sie sich von der Sache her als passend erweisen – ergänzend zur Anwendung gelangen.[311] Ebenfalls bereits ausgeführt wurde, dass der Vorkaufsrechtsgeber mit dem Abschluss des Vorkaufsvertrags uno actu seine Leistung erbracht hat.[312] Auf diesen Fall ist **Art. 214 Abs. 3 OR** zugeschnitten. Nach dieser Bestimmung kann der Verkäufer, der dem Käufer den Besitz am Kaufgegenstand schon vor der Zahlung eingeräumt hat, wegen Verzugs des Käufers nur dann vom Vertrag zurücktreten, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat. Art. 214 Abs. 3 OR will das Vertrauen des Käufers schützen, dass er über die erhaltene Sache verfügen, sie insbesondere weiterveräussern darf, und er die Sache mangels eines entsprechenden ausdrücklichen Vorbehalts nicht wieder nachträglich an den Verkäufer herausgeben muss.[313] Die Bestimmung von Art. 214 Abs. 3 OR ist primär auf den Mobiliarkauf zugeschnitten, doch kann sich bei anderen Arten von Verträ-

---

310 Vgl. zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2729 ff.

311 Vgl. oben Nr. 173.

312 Vgl. oben Nr. 84.

313 GIGER, BK, N 21 zu Art. 214 OR; BSK OR I-KOLLER, N 20 zu Art. 214.

gen die Frage der analogen Anwendbarkeit stellen.[314] In Bezug auf den Vorkaufsvertrag ist Folgendes zu bedenken: Das Vorkaufsrecht ist grundsätzlich nicht abtretbar (Art. 216b Abs. 1 OR). Dementsprechend kann der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht auch nicht weiterveräussern, also darüber verfügen. Weil somit kein Vertrauen des Vorkaufsberechtigten über seine Verfügungsbefugnis zu schützen ist, findet Art. 214 Abs. 3 OR grundsätzlich keine Anwendung. Das heisst, der Vorkaufsrechtsgeber kann bei Verzug des Vorkaufsrechtsnehmers nach Massgabe der Art. 107 ff. OR vom Vertrag zurücktreten. Vereinbaren die Parteien hingegen ein **abtretbares Vorkaufsrecht,** so ist die Interessenlage von Art. 214 Abs. 3 OR auf diese Konstellation zugeschnitten. Diese Bestimmung kann deshalb ergänzend zur Anwendung gelangen. Der Vorkaufsrechtsgeber darf diesfalls bei Verzug des Vorkaufsrechtsnehmers nur vom Vertrag zurücktreten, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat. Ein Rücktritt vom Vertrag ist aber in jedem Fall nur solange möglich, als der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nicht rechtswirksam ausgeübt hat.

190 Weil der Vorkaufsrechtsgeber bis zum Rücktritt vom Vertrag durch das Vorkaufsrecht belastet war – was nach dem Gesagten eine wirtschaftliche Leistung seinerseits darstellt[315] – muss der Vorkaufsrechtsnehmer dem Vorkaufsrechtsgeber für diesen Nutzen **pro rata temporis ein Entgelt** leisten.[316] Überdies hat der Vorkaufsrechtsgeber gemäss Art. 109 Abs. 2 OR Anspruch auf Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern der Vorkaufsrechtsnehmer nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last fällt.

191 Es ist aber auch denkbar, dass die Parteien ein im Grundbuch vorzumerkendes Vorkaufsrecht vereinbart haben und der Vorkaufsrechtsgeber seiner Nebenleistungspflicht zur **Grundbuchanmeldung der Vormerkung** nicht rechtzeitig nachkommt. Wie bereits andernorts ausgeführt wurde, ist der Vorkaufsrechtsnehmer in der Regel nur bereit, ein Entgelt für das Vorkaufsrecht zu bezahlen, wenn das Vorkaufsrecht zu seiner Absicherung im Grundbuch vorgemerkt wird.[317] Kommt der Vorkaufsrechtsgeber seiner Pflicht zur Vornahme der Grundbuchanmeldung nicht nach, so rechtfertigt es sich – auch wenn es sich dabei nicht um die vertragstypische Hauptpflicht handelt –, dass der Vorkaufsrechtsnehmer nach Massgabe von Art. 107 ff. OR den Rücktritt vom Vertrag erklären kann.[318]

---

314 Vgl. GIGER, BK, N 26 zu Art. 214 OR.

315 Vgl. oben Nr. 84.

316 Vgl. WEBER, BK, N 68 zu Art. 109 OR.

317 Vgl. oben Nr. 186.

318 Siehe STÖCKLI, Nr. 55, wonach unter Umständen auch die Verletzung einer Nebenleistungspflicht zur Aufhebung des Vertrags berechtigen kann.

c) Anwendung von Art. 119 OR

Schliesslich stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit von **Art. 119 OR.** 192
Gemäss dessen Abs. 1 gilt die Forderung als erloschen, soweit die Leistung des Schuldners durch Umstände, die er nicht zu verantworten hat, unmöglich geworden ist. Bei synallagmatischen Verträgen «haftet der hienach freigewordene Schuldner für die bereits empfangene Gegenleistung aus ungerechtfertigter Bereicherung und verliert die noch nicht erfüllte Gegenforderung» (Abs. 2). Vereinfacht ausgedrückt: Wenn die eine Forderung wegen nicht zu verantwortender Unmöglichkeit der Leistungserbringung erlischt, geht auch die Gegenforderung auf die Gegenleistung unter. Bereits empfangene Leistungen sind in diesem Fall zurückzuerstatten.[319] Bezüglich der Anwendbarkeit von Art. 119 OR auf den entgeltlichen Vorkaufsvertrag ist Folgendes festzuhalten:

Im Zusammenhang mit dem entgeltlichen Vorkaufsvertrag stellt sich insbeson- 193
dere die Frage, ob der Vorkaufsrechtsnehmer von der Verpflichtung zur Entrichtung eines Entgelts entbunden wird, wenn durch Umstände, die der Vorkaufsbelastete nicht zu verantworten hat, das **Vorkaufsobjekt untergeht** oder sonst wie – für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts im Vorkaufsfall – die **Eigentumsverschaffung am Vorkaufsobjekt verunmöglicht** wird. Auch diese Frage ist zu bejahen. Zwar hat der Vorkaufsrechtsgeber seine Leistung bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erbracht, womit seine Leistung im eigentlichen Sinn von Art. 119 Abs. 1 OR nicht mehr unmöglich werden kann. Doch entfällt der Leistungserfolg des Vorkaufsvertrags wieder nachträglich, wenn die Ausübung des Vorkaufsrechts während der Dauer der Vorkaufsberechtigung faktisch verunmöglicht wird, weil das Vorkaufsobjekt untergeht.[320] Es ist sachgerecht, auf diesen Fall *Art. 119 Abs. 2 OR analog anzuwenden* und den Vorkaufsrechtsnehmer von seiner Verpflichtung zur Entrichtung eines Entgelts zu entbinden.[321]

Weil aber auch hier der Vorkaufsrechtsgeber durch seine Vorkaufsbelastung bis 194
zum Zeitpunkt des Untergangs des Vorkaufsobjekts eine wirtschaftliche Leistung erbracht bzw. der Vorkaufsrechtsnehmer einen Nutzen bezogen hat, steht dem Vorkaufsrechtsgeber wiederum **pro rata temporis ein Entgelt** zu.[322]

---

319 Vgl. zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 2531 ff.

320 Vgl. oben Nr. 158 f. Siehe VIONNET, S. 83: Das Vorkaufsrecht erlischt, wenn die Erfüllung des künftigen Kaufvertrags unmöglich wird.

321 Vgl. auch BRUNNER, S. 137. Für das deutsche Recht betreffend den Optionsvertrag siehe auch GEORGIADES, S. 434; a.M. CASPER, S. 166 f.

322 Vgl. bereits oben Nr. 190.

C) Besonderheiten des entgeltlichen Vorkaufsvertrags

195 Beim entgeltlichen Vorkaufsvertrag steht der Leistung des Vorkaufsrechtsgebers eine Gegenleistung des Vorkaufsrechtsnehmers gegenüber. Der Vorkaufsrechtsnehmer erlangt also – anders als beim unentgeltlichen Vorkaufsvertrag[323] – keine «unentgeltlichen Vorteile» im Sinn von Art. 19 Abs. 2 ZGB. Diesfalls ist bereits für den Abschluss des Vorkaufsvertrags auf Seiten beider Parteien die volle **Handlungsfähigkeit** oder – bei beschränkter Handlungsunfähigkeit – die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich.[324]

196 Da beim entgeltlichen Vorkaufsvertrag der Leistung des Vorkaufsrechtsgebers eine Gegenleistung bzw. eine Leistungsverpflichtung des Vorkaufsrechtsnehmers gegenübersteht, sind – anders als beim unentgeltlichen Vorkaufsvertrag[325] – die **Willenserklärungen beider Parteien formbedürftig.**[326] Dies gilt sowohl für den limitierten wie auch für den unlimitierten Vorkaufsvertrag.

II. Im Stockwerkeigentumsverhältnis

197 Gemäss **Art. 712c Abs. 1 ZGB** hat der Stockwerkeigentümer von Gesetzes wegen kein Vorkaufsrecht gegenüber einem Dritten, der einen Stockwerkanteil erwirbt. Doch kann das Vorkaufsrecht «im Begründungsakt oder durch nachherige Vereinbarung errichtet», also rechtsgeschäftlich begründet werden. Im Folgenden behandle ich zunächst die Begründungsarten (1.). Anschliessend stelle ich Überlegungen zu den vorkaufsberechtigten und vorkaufsbelasteten Personen (2.) an.

1. Begründungsarten

198 Das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis kann sowohl anlässlich der Begründung des Stockwerkeigentums (A) als auch nachträglich (B) vereinbart werden.

A) Anlässlich der Begründung des Stockwerkeigentums

199 Art. 712c Abs. 1 ZGB sieht zunächst einmal vor, dass das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis «im Begründungsakt […] errichtet», also **gleichzeitig mit der Begründung von Stockwerkeigentum eingeführt** werden kann.

---

323 Vgl. oben Nr. 90.

324 SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 53; vgl. auch BGE 54 II 429 ff. (436 f.), E. 2, betreffend ein Kaufsrecht

325 Vgl. oben Nr. 119 und 130.

326 SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 49; a.M. NOELPP, S. 82 f.

Damit verweist diese Bestimmung auf Art. 712d ZGB, der vom «Begründungsakt»[327] handelt. Die Eintragung des Stockwerkeigentums im Grundbuch – die gemäss Art. 712d Abs. 1 ZGB konstitutiv für die Begründung von Stockwerkeigentum wirkt[328] – kann gemäss Art. 712d Abs. 2 ZGB verlangt werden aufgrund eines Vertrages der Miteigentümer über die Ausgestaltung ihrer Anteile zu Stockwerkeigentum, auch Begründungsvertrag genannt (Ziff. 1), oder aufgrund einer (einseitigen) Erklärung des Eigentümers des Grundstücks über die Bildung von Miteigentumsanteilen und deren Ausgestaltung zu Stockwerkeigentum (Ziff. 2). Im Folgenden gehe ich einerseits auf den Begründungsvertrag (a) und andererseits auf die einseitige Erklärung des Eigentümers (b) und die damit verbundene Möglichkeit der Begründung eines Vorkaufsrechts näher ein.

a) Im Begründungsvertrag

Der Begründungsvertrag besteht in einer zwei- oder mehrseitigen **übereinstimmenden gegenseitigen Willensäusserung** (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR) der Vertragsparteien, wonach an einem Grundstück Stockwerkeigentum begründet werden soll.[329] Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sind diese Vertragsparteien – die Gründungsmitglieder – bereits vor Abschluss dieses Begründungsvertrags durch Miteigentum am Grundstück miteinander verbunden.[330] Doch stellt dies keineswegs eine unerlässliche Voraussetzung dar: Die Vertragsparteien können auch in einer und derselben Vertragsurkunde – namentlich im Kaufvertrag, mit dem das Grundstück erworben wird – Miteigentum begründen und seine Ausgestaltung zu Stockwerkeigentum beschliessen.[331] 200

Nebst den objektiv wesentlichen Vertragspunkten, zu denen nicht nur der Wille, Stockwerkeigentum am Grundstück zu begründen, sondern auch die räumliche Ausscheidung der Stockwerkeinheiten sowie die Festsetzung der Wertquoten gehören,[332] können im Begründungsvertrag noch weitere, nebensächliche Vertragspunkte geregelt werden. Namentlich können die Gründungsmitglieder ein **Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis** einführen.[333] 201

---

327 So die Marginalie zu Art. 712d ZGB.

328 Siehe WERMELINGER, ZK, N 37 zu Art. 712d ZGB.

329 WERMELINGER, ZK, N 61 zu Art. 712d ZGB.

330 Vgl. Art. 712d Abs. 2 Ziff. 1 ZGB (Hervorhebungen durch den Verfasser): «aufgrund eines Vertrages *der Miteigentümer über die Ausgestaltung ihrer Anteile* zu Stockwerkeigentum».

331 BBl 1962 II 1514 f.; MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 86 f. zu Art. 712d ZGB; WERMELINGER, ZK, N 63 f. zu Art. 712d ZGB.

332 Siehe MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 71 zu Art. 712d ZGB; WERMELINGER, ZK, N 61 zu Art. 712d ZGB.

333 Siehe MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 74 zu Art. 712d ZGB.

202 Sämtliche Gründungsmitglieder müssen ihre Willensäusserung formgültig erklären.[334] Grundsätzlich bedarf der Gründungsvertrag zu seiner Gültigkeit der **öffentlichen Beurkundung** (Art. 712d Abs. 3 ZGB).[335] Da die Einführung eines Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis indes nicht zu den objektiv wesentlichen Vertragspunkten des Begründungsvertrags zählt,[336] erstreckt sich das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung nicht auf diese Vereinbarung. Nach der hier vertretenen Auffassung spielt es keine Rolle für die Formbedürftigkeit dieser Vertragsabrede, ob die Begründung des Vorkaufsrechts allenfalls einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt darstellt.[337] Daher können die Gründungsmitglieder auch in einer **separaten schriftlichen Vereinbarung** das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis einführen.[338] Dies gilt jedoch nur für das unlimitierte Vorkaufsrecht. Wollen die Stockwerkeigentümer ein limitiertes Vorkaufsrecht vereinbaren, bedarf diese Vereinbarung ebenfalls der öffentlichen Beurkundung.[339] Die Formvorschriften von Art. 216 Abs. 2 und 3 OR sind insoweit analog anwendbar.[340] Diesbezüglich unterscheidet sich diese separate Vereinbarung nicht von der «nachherige[n] Vereinbarung»[341] des Vorkaufsrechts, von der weiter unten noch die Rede sein wird.[342]

203 Diese separate Vereinbarung haben nach der hier vertretenen Auffassung nur **diejenigen Stockwerkeigentümer zu unterzeichnen, die mit dem Vorkaufsrecht belastet werden,**[343] was nicht notwendigerweise auf sämtliche Stockwerkeigentümer zutreffen muss. Die herrschende Lehre stellt sich zwar auf den Standpunkt, dass es sich nicht mehr um ein Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis, sondern um ein rein vertragliches Vorkaufsrecht handelt, das den Regeln von Art. 216 ff. OR untersteht, wenn nicht alle, sondern nur einzelne

334 Vgl. WERMELINGER, ZK, N 61 zu Art. 712d ZGB.

335 Wenn es um die Begründung von Stockwerkeigentum an einem Nachlassgrundstück geht, genügt ausnahmsweise auch ein schriftlicher Erbteilungsvertrag (Art. 634 Abs. 2 ZGB; Art. 712d Abs. 3 ZGB).

336 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 74 zu Art. 712d ZGB; WERMELINGER, ZK, N 54 zu Art. 712d ZGB.

337 Vgl. oben Nr. 135 ff.

338 WERMELINGER, ZK, N 19 in fine zu Art. 712c ZGB und N 84 zu Art. 712d ZGB; vgl. auch MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 110 zu Art. 712d ZGB.

339 Siehe zum limitierten Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis unten Nr. 476 ff.

340 WERMELINGER, ZK, N 19 f. Art. 712c ZGB.

341 Vgl. Art. 712c Abs. 1 ZGB.

342 Vgl. unten Nr. 209 f.

343 Vgl. bereits zum vertraglichen Vorkaufsrecht mit einlässlicher Begründung oben Nr. 115 ff.

Stockwerkeigentümer eine entsprechende Vereinbarung unterzeichnen.[344] Wenn es aber – was auch die herrschende Lehre anerkennt[345] – zulässig ist, die Vorkaufsberechtigung und -belastung auf einzelne Stockwerkeigentümer zu beschränken, dann ist nicht einzusehen, warum die betreffenden Stockwerkeigentümer nicht gleich selbst unter sich, ohne Mitwirkung der übrigen, nicht betroffenen Stockwerkeigentümer, eine Vereinbarung über ein gegenseitiges Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis treffen sollen dürfen.

b) In einer einseitigen Erklärung des Alleineigentümers

Die einseitige Erklärung des Grundeigentümers, an seinem Grundstück Stock- 204
werkeigentum zu begründen, stellt eine **einseitige Willenserklärung,** also ein einseitiges Rechtsgeschäft dar.[346] Diese Begründungsart steht nur dem Alleineigentümer des fraglichen Grundstücks zu.[347] Nach der Begründung des Stockwerkeigentums steht es dem Eigentümer frei, einzelne Stockwerkanteile zu veräussern.

Wie beim Begründungsvertrag kann die einseitige Erklärung des Grundeigen- 205
tümers nebst dem objektiv wesentlichen Inhalt auch Nebenpunkte regeln. So hat der Grundeigentümer namentlich die Möglichkeit, ein **Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis** einzuführen.[348] Das Vorkaufsrecht verstanden als (suspensiv bedingtes) Gestaltungsrecht kann zwar grundsätzlich nur in einer Beziehung aus (mindestens) zwei Parteien bestehen: Eine Partei ist gestaltungsberechtigt, die andere gestaltungsbelastet. Beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis, das durch einseitiges Rechtsgeschäft eingeführt wird, fallen aber gestaltungsberechtigte und –belastete Partei in einer Person zusammen. Dieser scheinbare Widerspruch lässt sich beheben, wenn man davon ausgeht, dass das Vorkaufsrecht mit dem einseitigen Rechtsgeschäft formell entsteht,

---

344 WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft, S. 526; WERMELINGER, ZK, N 21 zu Art. 712c ZGB; gl.M. wie hier aber MOOSER, S. 122: «La convention doit être passée par tous les propriétaires d'étages *concernés*» (im Original ohne Kursivdruck).

345 Siehe dazu unten Nr. 215.

346 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 89 zu Art. 712d ZGB; WERMELINGER, ZK, N 68 zu Art. 712d ZGB.

347 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 95 f. zu Art. 712d ZGB; WERMELINGER, ZK, N 68 zu Art. 712d ZGB. Rechtsgemeinschaften ohne Rechtspersönlichkeit, insbesondere Gesamthandschaften, können keine einseitige Begründungserklärung abgeben, sondern müssen sich eines Vertrags im Sinn von Art. 712d Abs. 2 Ziff. 1 ZGB bedienen. Im Ergebnis, insbesondere hinsichtlich des Formerfordernisses, bleibt diese Feststellung aber ohne praktische Konsequenz.

348 MEIER-HAYOZ, BK, N 60 zu Art. 681 ZGB; WERMELINGER, ZK, N 19 zu Art. 712c ZGB.

aber materiell erst im Zeitpunkt der Übertragung eines Stockwerkanteils an einen Dritten wirksam wird.[349]

206 In Bezug auf das Formerfordernis sieht Art. 712d Abs. 3 ZGB auch hier grundsätzlich vor, dass die einseitige Erklärung des Grundeigentümers der **öffentlichen Beurkundung** bedarf. Da sich dieses Formerfordernis ebenfalls nur auf den objektiv wesentlichen Inhalt der einseitigen Erklärung bezieht, fällt die Begründung des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis nicht darunter. Daher muss es dem Grundeigentümer offen stehen, in einer **separaten schriftlichen Erklärung** ein unlimitiertes Vorkaufsrecht einzuführen.[350] Für das limitierte Vorkaufsrecht bleibt es jedoch beim Erfordernis der öffentlichen Beurkundung.[351] Diesbezüglich unterscheidet sich diese separate Erklärung nicht von der nachträglichen einseitigen Erklärung des Alleineigentümers, von der weiter unten noch die Rede sein wird.[352]

207 Neben der öffentlichen Beurkundung lässt Art. 712d Abs. 3 ZGB für die einseitige Anordnung von Stockwerkeigentum auch die im Erbrecht vorgeschriebenen Formen für eine **Verfügung von Todes wegen** genügen, also den Erbvertrag (Art. 512 ZGB), das öffentliche (Art. 499 ff. ZGB), eigenhändige (Art. 505 ZGB) oder das mündliche Testament (Art. 506 ff. ZGB). In dieser letztwilligen Verfügung oder im Erbvertrag kann der Erblasser nicht nur die Begründung von Stockwerkeigentum an einem Nachlassgrundstück, sondern gleichzeitig auch die Einführung eines Vorkaufsrechts in diesem Stockwerkeigentumsverhältnis vorsehen. Allerdings entsteht das Stockwerkeigentum nach einhelliger Auffassung trotz einer entsprechenden Anordnung in einer Verfügung von Todes wegen nicht automatisch mit dem Ableben des Erblassers. Vielmehr erwerben die Erben zunächst das Gesamteigentum am Grundstück, und das Stockwerkeigentum (mitsamt dem allenfalls vorgesehenen Vorkaufsrecht) entsteht erst, wenn die Erben – entsprechend der konstitutiven Wirkung des Grundbucheintrags (vgl. Art. 712d Abs. 1 ZGB) – das Stockwerkeigentum gestützt auf einen **Erbteilungsvertrag** beim Grundbuchamt anmelden.[353] Ohne Erbteilungsvertrag (und die darauf gestützte Grundbuchanmeldung) entsteht also kein Stockwerkeigentum und damit auch kein allfälliges Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis. Im Gegenteil haben die Erben die Möglichkeit, sich einstimmig über die erblasserischen Teilungsvorschriften hinwegzusetzen und im Erbteilungsvertrag etwas anderes als die Begründung von Stockwerkeigentum am Nachlassgrund-

---

349 MEIER-HAYOZ, BK, N 82c zu Art. 681 ZGB; MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 22 zu Art. 712c ZGB.

350 WERMELINGER, ZK, N 19 in fine zu Art. 712c ZGB und N 84 zu Art. 712d ZGB; vgl. auch MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 110 zu Art. 712d ZGB.

351 WERMELINGER, ZK, N 19 f. zu Art. 712c ZGB.

352 Vgl. unten Nr. 211 f.

353 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 100 zu Art. 712d ZGB; REY, Eigentum, Nr. 946; SCHMID, Stockwerkeigentum, S. 144; WERMELINGER, ZK, N 76 zu Art. 712d ZGB.

stück zu vereinbaren.[354] Ebenso können sie beispielsweise vorsehen, dass zwar Stockwerkeigentum am Nachlassgrundstück begründet werden soll, dass aber an den Stockwerkanteilen entgegen der erblasserischen Anordnung kein Vorkaufsrecht bestehen soll.

B) Nachträgliche Einführung des Vorkaufsrechts

Das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis kann auch noch eingeführt werden, **nachdem das Stockwerkeigentum selbst bereits begründet worden ist.** Art. 712c Abs. 1 ZGB sieht nämlich vor, dass das Vorkaufsrecht auch «durch nachherige Vereinbarung errichtet» werden kann. Man kann diesbezüglich wiederum danach unterschieden, ob das Vorkaufsrecht durch einen Vertrag unter den Stockwerkeigentümern (a) oder durch einseitige Erklärung des Alleineigentümers (b) eingeführt wird. 208

a) Im Vertrag unter Stockwerkeigentümern

Der Vertrag unter den Stockwerkeigentümern, mit dem nachträglich das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis eingeführt wird, stellt ein zwei- oder mehrseitiges Rechtsgeschäft dar, das durch **gegenseitige übereinstimmende Willensäusserungen** zustande kommt (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR). Vorausgesetzt wird also grundsätzlich, dass sämtliche Stockwerkeigentümer der nachträglichen Errichtung des Vorkaufsrechts zustimmen.[355] Nicht ausreichend ist daher insbesondere ein Mehrheitsbeschluss der Stockwerkeigentümerversammlung.[356] Allerdings ist es zulässig, dass sich nur einzelne Stockwerkeigentümer, die mit der Begründung des Vorkaufsrechts einverstanden sind, untereinander ein Vorkaufsrecht einräumen.[357] In diesem Fall reicht es aus, wenn einzig die betroffenen Stockwerkeigentümer ihre Zustimmung zur nachträglichen Einführung des Vorkaufsrechts (formgültig) erklären. 209

Weder Art. 712c Abs. 1 ZGB noch eine andere Bestimmung im Abschnitt über das Stockwerkeigentum stellen irgendwelche besonderen Anforderungen an die Form dieser «nachherigen Vereinbarung». Die Frage nach dem Formerfordernis lässt sich nur durch die analoge Anwendung der Formvorschriften von Art. 216 Abs. 2 und 3 OR für die vertraglichen Vorkaufsrechte einer befriedigenden Lösung zuführen. Ein Analogieschluss, der durchaus Bedenken erweckt angesichts der Regelung von Art. 11 Abs. 1 OR, wonach Verträge zu ihrer Gültigkeit nur 210

---

354 WERMELINGER, ZK, N 76 zu Art. 712d ZGB; zur Verbindlichkeit von erblasserischen Teilungsvorschriften generell siehe ESCHER, ZK, N 3 f. zu Art. 608 ZGB.

355 MOOSER, S. 122; WERMELINGER, ZK, N 21 zu Art. 712c ZGB.

356 Urteil des BGer vom 16. April 1996, in: ZBGR 79/1998, S. 335 ff. (337 in fine); MOOSER, S. 122; WERMELINGER, ZK, N 18 und 20 zu Art. 712c ZGB.

357 Siehe dazu unten Nr. 215.

dann einer besonderen Form bedürfen, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Dennoch erfordert es meines Erachtens die Wertungskonsequenz, auch diese nachherige Vereinbarung eines Vorkaufsrechts den Formvorschriften von Art. 216 Abs. 2 und 3 OR zu unterwerfen. Dies bedeutet also, dass die nachherige Vereinbarung in **schriftlicher Form** getroffen werden muss, wenn es sich um ein unlimitiertes Vorkaufsrecht handelt, und dass sie die **Form der öffentlichen Beurkundung** zu beachten hat, wenn es sich um ein limitiertes Vorkaufsrecht handelt.[358]

b) In einer einseitigen Erklärung des Alleineigentümers

211 Denkbar ist auch, dass der Alleineigentümer, der durch die Anmeldung seiner formgültigen einseitigen Erklärung beim Grundbuchamt Stockwerkeigentum an seinem Grundstück begründet hat (vgl. Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB), vorerst weiterhin alleiniger Eigentümer seiner Stockwerkanteile verbleibt und nun nachträglich ein Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis einführen will (beispielsweise im Hinblick auf einen anstehenden Verkauf einzelner Stockwerkeinheiten an Dritte). Solange er alleiniger Eigentümer sämtlicher Stockwerkeinheiten verbleibt, kann er durch einseitige nachträgliche Erklärung, also durch **einseitige Willenserklärung,** das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis (mit Wirkung für sämtliche oder nur für einzelne Stockwerkanteile) einführen.

212 Diese nachträgliche einseitige Erklärung des Alleineigentümers muss – wie die «nachherige Vereinbarung» unter Stockwerkeigentümern[359] – in analoger Anwendung von Art. 216 Abs. 2 und 3 OR in **schriftlicher Form** für ein unlimitiertes Vorkaufsrecht oder in **Form der öffentlichen Beurkundung** für ein limitiertes Vorkaufsrecht erfolgen.

2. Vorkaufsberechtigte und vorkaufsbelastete Personen

213 Beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis fallen als Vorkaufsberechtigte und -belastete **einzig Stockwerkeigentümer** des betreffenden Stockwerkeigentumsverhältnisses in Betracht. Nicht-Stockwerkeigentümern kann ein Vorkaufsrecht an den Stockwerkeinheiten nur aufgrund eines vertraglichen Vorkaufsrechts nach Massgabe der Art. 216 ff. OR eingeräumt werden, welches zum Teil andere Wirkungen zeitigt und insbesondere der Befristung von Art. 216a OR untersteht.[360] Denn die ratio legis, die der Möglichkeit der Einführung

358 WERMELINGER, ZK, N 20 zu Art. 712c ZGB.

359 Siehe dazu oben Nr. 210.

360 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 27 zu Art. 712c ZGB; WERMELINGER, ZK, N 24 in fine zu Art. 712c ZGB; siehe auch WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft, S. 527.

eines Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis zugrunde liegt, nämlich der Abwehrzweck,[361] steht der Annahme entgegen, das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis könne auf beliebige Dritte ausgeweitet werden.

214 Vorkaufsberechtigt und -belastet sind die jeweiligen Stockwerkeigentümer im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls bzw. – genauer – im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts.[362] Das Vorkaufsrecht ist als subjektiv-dingliches Recht mit dem Eigentum an einem Stockwerkanteil verknüpft. Es handelt sich mit anderen Worten um ein **Realvorkaufsrecht.**[363]

215 Ohne anders lautende Vereinbarung werden **sämtliche Stockwerkeigentümer** des betreffenden Stockwerkeigentumsverhältnisses durch die Einführung des Vorkaufsrechts aus diesem **zugleich individuell belastet und berechtigt.**[364] Doch aus der Parteiautonomie leitet sich die Zulässigkeit ab, durch eine entsprechende Abrede die Vorkaufsberechtigung und/oder -belastung **in beliebiger Hinsicht einzuschränken:** So kann beispielsweise die Vorkaufsbelastung auf einzelne Stockwerkeinheiten beschränkt werden, wie auch die Vorkaufsberechtigung den Eigentümern gewisser Stockwerkanteile vorbehalten werden darf.[365] Da bei mehreren Stockwerkeigentümern mitunter zahlreiche Personen gleichzeitig vorkaufsberechtigt sein können, ist es ratsam, anlässlich der Begründung des Vorkaufsrechts zugleich auch eine Rangordnung aufzustellen, nach welcher die Vorkaufsberechtigten ihr Vorkaufsrecht geltend machen können.[366]

Siehe zu den Wirkungen des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis unten Nr. 468 ff.

361 Siehe dazu unten Nr. 470 f.

362 WERMELINGER, ZK, N 16 zu Art. 712c ZGB.

363 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 17 und 27 zu Art. 712c ZGB; WERMELINGER, ZK, N 16 zu Art. 712c ZGB; ferner auch FOËX, ZBGR 2007, S. 8. Zum Realvorkaufsrecht siehe auch oben Nr. 97.

364 FOËX, ZBGR 2007, S. 6; MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 27 zu Art. 712c ZGB; WERMELINGER, ZK, N 23 zu Art. 712c ZGB.

365 PKG 1990, S. 20 ff. (24 ff.), E. 4 (Kantonsgericht Graubünden). Ausführlich zu den verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten der Vorkaufsberechtigung und -belastung im Stockwerkeigentumsverhältnis WERMELINGER, ZK, N 24 zu Art. 712c ZGB; siehe auch FRIEDRICH, Stockwerkeigentum, N 10 zu § 48; MEIER-HAYOZ, BK, N 29 zu Art. 712c ZGB; RUEDIN, S. 332 in fine.

366 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 28 zu Art. 712c ZGB; siehe auch FOËX, ZBGR 2007, S. 6 f.; WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft, S. 527 f.; WERMELINGER, ZK, N 49 f. zu Art. 712c ZGB. Für den Fall, dass mehrere gleichberechtigte Stockwerkeigentümer ihr Vorkaufsrecht ausüben, siehe unten Nr. 876 in fine.

216 Umstritten ist in der Lehre die Frage, ob **auch die Stockwerkeigentümergemeinschaft als Vorkaufsberechtigte und -belastete in Betracht fällt.**[367] Die Antwort auf diese Frage muss davon abhängen, ob die Stockwerkeigentümergemeinschaft selber auch Eigentümerin eines Stockwerkanteils sein kann.[368] Die Stockwerkeigentümergemeinschaft besitzt zwar keine eigene Rechtspersönlichkeit.[369] Art. 712l ZGB weist ihr jedoch eine beschränkte Rechts- und Handlungsfähigkeit zu, soweit es um die gemeinschaftliche Verwaltung des Stockwerkeigentums geht.[370] Aus diesem Grund anerkennt die herrschende Lehre denn auch in engen Grenzen, dass die Stockwerkeigentümergemeinschaft Eigentümerin eines Stockwerkanteils sein kann, nämlich dann, wenn dies durch die Verwaltungstätigkeit der Stockwerkeigentümergemeinschaft als geboten erscheint, beispielsweise bei einer Hauswartswohnung.[371] In ihrer Eigenschaft als Eigentümerin eines Stockwerkanteils fällt die Stockwerkeigentümergemeinschaft somit auch als Berechtigte und Belastete des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis in Betracht. Ihrer beschränkten Rechtsfähigkeit wegen ist sie aber nur dann vorkaufsberechtigt, soweit ein Stockwerkanteil zum Erwerb steht, der ihrer Verwaltungstätigkeit dient.[372] Hat die Stockwerkeigentümergemeinschaft kein Eigentum an einem Stockwerkanteil, ist sie nicht Stockwerkeigentümerin im Sinn von Art. 712c Abs. 1 ZGB, weshalb ihr ein Vorkaufsrecht an einem Stockwerkanteil (welcher der gemeinschaftlichen Verwaltung dient) nur nach Massgabe der Art. 216 ff. OR (mit der entsprechenden Wirkung eines vertraglichen Vorkaufsrechts, insbesondere der zeitlichen Limitierung nach Art. 216a OR) eingeräumt werden kann.[373]

---

367 Siehe FOËX, ZBGR 2007, S. 7 f.; FRIEDRICH, Stockwerkeigentum, N 11 zu § 48; MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 31 zu Art. 712c ZGB; SCHMID, Stockwerkeigentum, S. 103.

368 FOËX, ZBGR 2007, S. 8.

369 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 4 zu Art. 712l ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1053; WERMELINGER, ZK, N 8 f. zu Art. 712l ZGB.

370 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 5 f. zu Art. 712l ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1054 ff.; WERMELINGER, ZK, N 8 f. zu Art. 712l ZGB.

371 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 35 f. zu Art. 712l ZGB; REY/MAETZKE, Nr. 251; WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft, S. 528; a.M. FRIEDRICH, Stockwerkeigentum, N 11 zu § 48; SCHMID, Stockwerkeigentum, S. 103; ebenfalls zurückhaltend WERMELINGER, ZK, N 54 ff. zu Art. 712l ZGB.

372 Siehe auch MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 31 in fine zu Art. 712c ZGB.

373 FOËX, ZBGR 2007, S. 8; a.M. WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft, S. 528.

III. Durch Verfügung von Todes wegen?

Ein Vorkaufsrecht kann nach herkömmlicher Auffassung auch durch Verfügung von Todes wegen begründet werden.[374] Nach einer Vorbemerkung (1.) drängt es sich zunächst einmal auf, die Verfügung von Todes wegen vom Rechtsgeschäft unter Lebenden abzugrenzen (2.). Anschliessend gehe ich der Frage nach, ob ein Vorkaufsrecht tatsächlich durch Verfügung von Todes wegen begründet werden kann (3.). 217

1. Vorbemerkung

Im Folgenden geht es um die **Begründung eines Vorkaufsrechts** an einem Grundstück – in der Regel an einem Nachlassgrundstück – durch Verfügung von Todes wegen. Das bedeutet, dass dieses Vorkaufsrecht zu Lebzeiten des Erblassers noch nicht existiert hat, sondern erst im Nachgang zu dessen Tod begründet werden soll. Davon abzugrenzen ist der Fall, in dem der Erblasser ein ihm zu Lebzeiten zustehendes Vorkaufsrecht an einem Drittgrundstück, das vererbbar und übertragbar ausgestaltet worden ist,[375] durch Verfügung von Todes wegen einem Dritten vermacht.[376] Dieser zweite Fall wird im Folgenden ausser Acht gelassen. 218

2. Abgrenzung der Verfügung von Todes wegen vom Rechtsgeschäft unter Lebenden

Die Abgrenzung der Verfügung von Todes wegen vom Rechtsgeschäft unter Lebenden ist in vielerlei Hinsicht von **Bedeutung**, weil je nach Qualifikation des Rechtsgeschäfts andere Rechtsfolgen daran geknüpft sind.[377] Im vorliegenden Zusammenhang ist die Abgrenzung insbesondere deswegen relevant, weil für beide Arten von Rechtsgeschäften **unterschiedliche Formvorschriften** bestehen. 219

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Lehre erfolgt die Abgrenzung zwischen einer Verfügung von Todes wegen und einem 220

---

374 BINZ-GEHRING, S. 26 f.; BRUNNER, S. 43; EMERY, Nr. 9; GHANDCHI, S. 95 Fn. 295; HAAB, ZK, N 9 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 60 zu Art. 681 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, N 12 zu § 11.

375 Vgl. dazu unten Nr. 288 und 303.

376 Vgl. BURCKHARDT, S. 80. Vererbbarkeit des Vorkaufsrechts allein reicht nicht aus. Damit es Gegenstand eines Vermächtnisses sein kann, muss es auch übertragbar sein.

377 Siehe insbesondere BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 32 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536.

Rechtsgeschäft unter Lebenden anhand der Frage, ob das Rechtsgeschäft nach dem Willen der Vertragsparteien unter Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls seine **Wirkungen erst beim Tod oder bereits zu Lebzeiten** des rechtsgeschäftlich Handelnden entfalten soll.[378] Bei Verfügungen von Todes wegen tritt die beabsichtigte rechtliche Wirkung erst nach dem Tod des Erblassers ein. Als Rechtsgeschäft unter Lebenden ist dagegen alles zu qualifizieren, was seine Wirkungen nicht erst im Nachlass einer Person entfaltet; das gilt selbst dann, wenn nur gewisse Rechtswirkungen bereits zu Lebzeiten eintreten.[379] Die Abgrenzung bereitet bisweilen Probleme, zumal es anerkanntermassen auch Rechtsgeschäfte unter Lebenden gibt, deren Leistungen erst nach dem Tod des Verpflichteten fällig werden oder gar durch das Überleben des Begünstigten bedingt sind.[380] Dabei ist im Zweifelsfall nach dem Grundsatz des «favor negotii» eher von einem gültigen Rechtsgeschäft unter Lebenden als von einem ungültigen von Todes wegen auszugehen, sofern beide Arten von Rechtsgeschäften in Betracht fallen.[381]

221 Im vorliegenden Zusammenhang geht es insbesondere um die Frage, ob das Rechtsgeschäft, mit dem ein **Vorkaufsrecht** begründet werden soll, **das erst nach dem Ableben des Vorkaufsrechtsgebers ausgeübt werden kann,** als Verfügung von Todes wegen oder als Rechtsgeschäft unter Lebenden zu qualifizieren ist. Grundsätzlich stellt eine solche Vereinbarung eine Verfügung von Todes wegen dar, da das Vorkaufsrecht seine Wirkungen erst im Nachlass des Erblassers zeitigt. Doch wie bereits ausgeführt worden ist, sind stets die Umstände des Einzelfalls zu würdigen, weshalb diese Aussage keine allgemeine Geltung für sich beanspruchen darf. So ist es beispielsweise zulässig, ein solches Vorkaufsrecht bereits zu Lebzeiten des Vorkaufsrechtsgebers im Grundbuch vorzumerken. Dadurch zeitigt das Rechtsgeschäft bereits Wirkungen zu Lebzeiten des Vorkaufsrechtsgebers und stellt somit ein Rechtsgeschäft unter Lebenden dar.[382] Der Tod des Vorkaufsrechtsgebers erweist sich in diesem Fall als Termin,[383] auf den hin das Vorkaufsrecht seine Wirksamkeit erlangt.

222 Zu weit geht meines Erachtens das Bundesgericht in *BGE 84 II 247 ff.* In diesem Fall hatte die Erblasserin ihrem Neffen zu Lebzeiten ein limitiertes Vor-

---

378 BGE 99 II 268 ff. (272), E. 2b; 93 II 223 ff. (226), E. 1; BGer 4A_575/2009 vom 11. Februar 2010, E. 2.2; BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 29 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536; WEIMAR, BK, N 99 der Einleitung zum 14. Titel: Die Verfügungen von Todes wegen.

379 VAN DE SANDT, Nr. 402 Fn. 695; vgl. auch BGE 84 II 247 ff. (250 ff.), E. 6.

380 HAUSHEER, S. 260; PIOTET, JdT 1968, S. 355.

381 BGE 99 II 268 ff. (274), E. 3f.

382 Vgl. BGE 99 II 268 ff. (273), E. 3e, betreffend ein nach dem Ableben des Kaufsrechtsbelasteten ausübbares Kaufsrecht. Siehe auch BGer 4A_575/2009 vom 11. Februar 2010, E. 2.3.

383 Zum Termin im Allgemeinen siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 4034 ff.

kaufsrecht an ihrem Grundeigentum eingeräumt. Dieses Vorkaufsrecht wurde ergänzt durch ein Kaufsrecht am Grundstück, das erst nach dem Ableben der Erblasserin ausgeübt werden konnte. Die Begründung des Vorkaufsrechts stellte zweifelsohne ein Rechtsgeschäft unter Lebenden dar. Das Bundesgericht ist aber auch in Bezug auf die Bestellung des Kaufsrechts von einem Rechtsgeschäft unter Lebenden ausgegangen, weil dieses Kaufsrecht innerlich eng mit einem bereits zu Lebzeiten wirksamen Vorkaufsrecht zusammenhing und es seinem Zweck nach dessen Ergänzung bildete: Das Vorkaufsrecht sollte den Neffen – so die Ausführung des Bundesgerichts – in den Stand setzen, die Liegenschaft der Erblasserin zu einem limitierten Kaufpreis an sich zu ziehen, falls die Erblasserin sie noch zu ihren Lebzeiten veräusserte, und das Kaufsrecht sollte ihm erlauben, sie zum gleichen Preis zu erwerben, wenn die Erblasserin sie bis zu ihrem Tod behielt.[384] Allein die Kombination von zwei Rechtsgeschäften, von denen eines zweifelsohne ein Rechtsgeschäft unter Lebenden darstellt, darf meines Erachtens nicht dazu führen, dass auch das andere Rechtsgeschäft automatisch als ein solches unter Lebenden qualifiziert wird, selbst wenn die beiden Rechtsgeschäfte innerlich eng zusammenhängen und das eine Rechtsgeschäft als Ergänzung des anderen erscheint. Diese Auffassung würde ansonsten Tür und Tor öffnen, um die Vorschriften des Erbrechts zu umgehen. Sie ist auch nicht kongruent mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die ehevertragliche Totalvorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten (vgl. Art. 216 Abs. 1 ZGB) eine Schenkung von Todes wegen darstellt (vgl. Art. 245 Abs. 2 OR),[385] unabhängig davon, ob im Rahmen der ehevertraglichen Güterstandsmodifikation noch andere Vereinbarungen getroffen werden, die auch in einem inneren Zusammenhang mit der ehevertraglichen Totalvorschlagszuweisung stehen und die in der Regel den Charakter eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden aufweisen. Entscheidendes Kriterium muss deshalb stets sein, ob dem zur Beurteilung stehenden Rechtsgeschäft bereits Wirkungen zu Lebzeiten zukommen oder nicht.[386]

---

384 BGE 84 II 247 ff. (251), E. 6.

385 BGE 137 III 113 ff. (115), E. 4.2.1; 102 II 313 ff. (321 ff.), E. 4. Bei der Schenkung von Todes wegen fällt dem Beschenkten das Vermögen nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern durch Verfügung von Todes wegen zu: BGE 89 II 87 ff. (92), E. 5.

386 Eine andere Frage hingegen ist, ob das Urteil BGE 84 II 247 ff. nicht zumindest in seinem Ergebnis korrekt gewesen war. Denn gemäss zutreffender Auslegung des konkreten Vertrags sowohl durch das Bundesgericht wie auch durch die Vorinstanz hätte nach dem Willen der Parteien bereits das Kaufsrecht zu Lebzeiten der Kaufsrechtsgeberin im Grundbuch vorgemerkt werden sollen (vgl. BGE 84 II 247 ff. [251], E. 6). Dadurch hätte dem Kaufsrecht nach dem Willen der Parteien bereits Wirkung zu Lebzeiten der Kaufsrechtsgeberin zukommen sollen, was nach dem Gesagten zur Qualifikation des Rechtsgeschäfts als ein solches unter Lebenden

3. Begründung des Vorkaufsrechts

223 Im Zusammenhang mit der Begründung des Vorkaufsrechts durch Verfügung von Todes wegen verdienen drei Aspekte eine nähere Betrachtung: Erstens stellt sich die Frage, mit welcher Verfügungsart (A) ein Vorkaufsrecht begründet werden kann. Als Zweites geht es um die erforderliche Verfügungsform (B). Und drittens interessiert schliesslich der Zeitpunkt der Begründung (C) des Vorkaufsrechts.

A) Die Verfügungsart

224 Im Schweizerischen Erbrecht existiert ein **Numerus clausus von Anordnungen,** die in einer Verfügung von Todes wegen enthalten sein können.[387] Diese Anordnungen übertitelt das ZGB mit «Verfügungsarten».[388] Soweit der Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen einem Bedachten ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück einräumen möchte, stellt sich die Frage, in welcher Verfügungsart dies zu erfolgen hat. Im Vordergrund der Auswahl stehen die Erbeinsetzung gemäss Art. 483 ZGB und das Vermächtnis gemäss Art. 484 ZGB.[389]

225 Bei einer **Erbeinsetzung** setzt der Erblasser einen Bedachten als Erben für die ganze Erbschaft oder einen Bruchteil davon ein (Art. 483 Abs. 1 und 2 ZGB). Mit einem **Vermächtnis** dagegen wendet der Erblasser dem Bedachten einen Vermögensvorteil zu, ohne ihn als Erben einzusetzen (Art. 484 Abs. 1 ZGB). Er kann ihm eine einzelne Erbschaftssache oder die Nutzniessung an der Erbschaft im Ganzen oder zu einem Teil vermachen. Ebenso kann der Erblasser Erben oder Vermächtnisnehmer beauftragen, dem Bedachten Leistungen aus dem Wert der Erbschaft zu machen oder ihn von Verbindlichkeiten zu befreien (Art. 484 Abs. 2 ZGB). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre fällt als Gegenstand eines Vermächtnisses jede Leistung in Betracht, die dem Bedachten einen Vorteil gewährt und auch Gegenstand einer Schuldverpflichtung sein kann.[390]

---

führt. Dass die Vormerkung im konkreten Fall unterblieben ist, ändert nichts daran. Denn der Wille der Parteien ist ausschlaggebend.

387 TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, N 1 zu § 71.

388 Vgl. die Überschrift des dritten Abschnitts des vierzehnten Titels des ZGB (Art. 481–497).

389 Denkbar wäre auch, dass der Erblasser eine Erbeinsetzung mit einer Bedingung oder Auflage nach Art. 482 ZGB verknüpft, dass der eingesetzte Erbe einem Dritten ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück einräumt: vgl. VIONNET, S. 47.

390 BGE 103 II 225 ff. (227), E. 2; ESCHER, ZK, N 8 zu Art. 484 ZGB; BSK ZGB II-HUWILER, N 14 ff. zu Art. 484; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 58; TUOR, BK, N 13 zu Art. 484 ZGB.

Wenn nun der Erblasser in einer Verfügung von Todes wegen jemandem mit einem Vorkaufsrecht an einem Grundstück bedenkt, so wendet er dem Bedachten keinen Bruchteil der Erbschaft zu, sondern nur – aber immerhin – einen Vermögenswert.[391] Bei einem vertraglichen Vorkaufsrecht (unter Lebenden) wird zwar nach der hier vertretenen Auffassung das Vorkaufsrecht uno actu mit dem Abschluss des Vorkaufsvertrags begründet, ohne dass es Gegenstand einer vorgängigen Schuldverpflichtung war.[392] Doch wäre es zumindest denkbar – wenn auch überflüssig – die Begründung eines Vorkaufsrechts zum Gegenstand einer vorgängigen Schuldverpflichtung zu machen. Daher muss es nach der hier vertretenen Auffassung zulässig sein, ein **Vorkaufsrecht durch Vermächtnis** im Sinn von Art. 484 ZGB **zuzuwenden.**[393] 226

B) Die Verfügungsform

Unter dem Titel «Verfügungsformen»[394] handelt das ZGB von den **Errichtungsformen der** beiden zulässigen Arten von **Verfügungen von Todes wegen:**[395] der letztwilligen Verfügung und des Erbvertrags.[396] Die letztwillige Verfügung, bisweilen auch Testament genannt,[397] kommt in verschiedenen Ausprägungen vor. Es existiert entweder in Gestalt einer öffentlichen, einer eigenhändigen oder einer mündlichen Verfügung. Die öffentliche Verfügung wird in einem besonderen Verfahren in Form der öffentlichen Beurkundung errichtet (vgl. Art. 499 ff. ZGB). Die eigenhändige Verfügung bedarf zu ihrer Gültigkeit einer qualifizierten Schriftlichkeit (vgl. Art. 505 ZGB). Die mündliche Verfügung ist auf ausserordentliche Umstände zugeschnitten und bedarf zu ihrer Gültigkeit einer qualifizierten mündlichen Erklärung (vgl. Art. 506 ff. ZGB). Der Erbvertrag schliesslich unterliegt gemäss Art. 512 Abs. 1 ZGB grundsätzlich derselben Formvorschrift wie die öffentliche letztwillige Verfügung, also der öffentlichen Beurkundung, wobei das besondere Beurkundungsverfahren dem 227

391 BSK ZGB II-HUWILER, N 18 zu Art. 484; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 58.

392 Vgl. oben Nr. 84.

393 Siehe auch ALLGÄUER, S. 44 f.; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 58; vgl. auch VIONNET, S. 47.

394 Vgl. die Überschrift des vierten Abschnitts des vierzehnten Titels des ZGB (Art. 498–518).

395 Der hier verwendete Begriff der «Arten von Verfügungen von Todes wegen» als Oberbegriff für das letztwillige Testament und den Erbvertrag zusammen darf nicht verwechselt werden mit dem vom Gesetz verwendeten Begriff «Verfügungsarten», von dem zuvor (vgl. oben Nr. 224 ff.) die Rede war und mit dem primär die verschiedenen Anordnungen, die Inhalt einer Verfügung von Todes wegen bilden können, bezeichnet werden: vgl. TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, N 4 Fn. 13 zu § 66.

396 ESCHER, ZK, N 1 der Einleitung zu den Verfügungsformen (vor Art. 498 ff. ZGB); TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, N 4 zu § 66.

397 TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, N 4 zu § 66.

Umstand angepasst ist, dass beim Erbvertrag zwei Vertragspartner vorhanden sind (vgl. Art. 512 Abs. 2 ZGB). Auf diese Errichtungsformen soll hier nicht weiter eingegangen werden. Für die Einzelheiten sei stattdessen auf das Schrifttum zum Erbrecht verwiesen.[398]

228 Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang die Feststellung, dass die soeben erwähnten Errichtungsformen der letztwilligen Verfügungen ausreichen, um durch eine Verfügung von Todes wegen **formgültig ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück zuzuwenden.** Während bei einem Rechtsgeschäft unter Lebenden für die vertragliche Begründung eines Vorkaufsrechts an einem Grundstück die öffentliche Beurkundung (bei einem limitierten Vorkaufsrecht; Art. 216 Abs. 2 OR) bzw. die einfache Schriftlichkeit (bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht; Art. 216 Abs. 3 OR) erforderlich ist,[399] gelten für die Zuwendung eines solchen Vorkaufsrechts durch Verfügung von Todes wegen die Formvorschriften des Erbrechts.[400] So genügt für die testamentarische Einräumung selbst eines limitierten Vorkaufsrechts beispielsweise die qualifizierte Schriftlichkeit (so bei einem eigenhändigen Testament; vgl. Art. 505 ZGB) oder gar die qualifizierte Mündlichkeit (so bei einem mündlichen Testament; vgl. Art. 506 ff. ZGB).[401] Diese Aussage wird durch die nachfolgenden Ausführungen jedoch sogleich wieder erheblich relativiert.

C) Zeitpunkt der Begründung

229 Das Vorkaufsrecht an einem Grundstück wird im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen nach dem Gesagten durch Vermächtnis zugewendet. Gemäss **Art. 562 Abs. 1 ZGB** hat der Vermächtnisnehmer gegen den Beschwerten oder, wenn ein solcher nicht besonders genannt ist, gegen die gesetzlichen oder eingesetzten Erben einen persönlichen, sprich obligatorischen Anspruch auf Ausrichtung des Vermächtnisses (sogenanntes Damnationslegat).[402] Dies bedeutet, dass der Vermächtnisnehmer vorerst nur eine **Forderung auf Begründung des Vorkaufsrechts** am Grundstück erwirbt und dass der Beschwerte bzw. die gesetzlichen oder eingesetzten Erben erst noch mit dem Bedachten – in Vollziehung des Vermächtnisses – einen Vorkaufsvertrag abschliessen müssen.[403]

230 Nach einem **abweichenden Teil der Lehr**e entsteht das vermachte Vorkaufsrecht am Grundstück indes bereits unmittelbar, ipso iure, mit dem Tod des Erb-

398 Vgl. statt vieler TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, N 5 ff. zu § 69.
399 Vgl. bereits oben Nr. 100 ff.
400 MEIER-HAYOZ, BK, N 60 zu Art. 681 ZGB.
401 Vgl. ALLGÄUER, S. 46.
402 DRUEY, N 16 zu § 11.
403 NOELPP, S. 35 f.; STEINAUER, successions, Nr. 539f; VIONNET, S. 47.

lassers im Vermögen des Bedachten.[404] Der Beschwerte braucht also das Vorkaufsrecht diesem gegenüber nicht erst noch mittels eines Vorkaufsvertrags zu begründen.

231 Diese Auffassung verdient jedoch keine Zustimmung. Erstens steht sie **im Widerspruch zur Regelung von Art. 562 Abs. 1 ZGB,** wonach die Vermächtnisnehmer gegen den Beschwerten einen persönlichen, das heisst obligatorischen Anspruch auf Ausrichtung des Vermächtnisses haben, und zwar unabhängig vom Gegenstand der Leistung.[405] Dieser Widerspruch zeigt sich jedenfalls dann, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung in der Begründung eines Vorkaufsrechts eine eigenständige Leistungserbringung erblickt.[406]

232 Und zweitens muss dem Beschwerten die Möglichkeit offen stehen, das Vermächtnis, mit welchem dem Bedachten ein Vorkaufsrecht zugewendet wird, herabzusetzen, wenn es seinen Pflichtteil tangiert oder den Betrag der Erbschaft bzw. die von ihm erhaltene Zuwendung übersteigt (Art. 486 Abs. 1 und Art. 522 Abs. 1 ZGB). Ob eine Pflichtteilsverletzung vorliegt, beurteilt sich nach dem Wert des Gesamtnachlasses und des vermachten Vorkaufsrechts zum Zeitpunkt der Eröffnung des Erbganges (Art. 474 Abs. 1 und Art. 485 Abs. 1 ZGB), sprich des Todes des Erblassers (Art. 537 Abs. 1 ZGB). Konjunkturelle Wertveränderungen des Grundstücks im Nachgang zum Tod des Erblassers, welche sich zugunsten oder zuungunsten der Werthaltigkeit des Vorkaufsrechts auswirken, bleiben unbeachtlich.[407] In diesem Zusammenhang gilt es auch zu berücksichtigen, dass selbst das Vermächtnis eines unlimitierten Vorkaufsrechts den Pflichtteil eines Erben verletzen kann.[408] Von seiner **Herabsetzungsmöglichkeit** muss der Beschwerte Gebrauch machen können, **bevor das Vermächtnis ausgerichtet worden ist.** Eine nachträgliche Herabsetzung des Vermächtnisses erlaubt Art. 565 ZGB nur unter eingeschränkten Voraussetzungen. Es ist deshalb geboten, dass sich der Beschwerte, bevor er zugunsten des Bedachten das Vorkaufs-

---

404 BSK ZGB II-HUWILER, N 12 zu Art. 484; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 58 f.; BSK ZGB II-SCHWANDER, N 1 zu Art. 562; vgl. auch das Urteil des Obergerichts von Appenzell-Ausserhoden vom 30. Januar 1961, in: SJZ 59/1963, S. 305 ff. (306), E. 2.

405 Siehe BURCKHARDT, S. 65.

406 Vgl. oben Nr. 84.

407 BGE 80 II 200 ff. (204 f.), E. a; BSK ZGB II-STAEHELIN, N 16 zu Art. 474.

408 Denn die Begründung eines unlimitierten Vorkaufsrechts an einem Grundstück hat zur Folge, dass das Interesse potenzieller Drittkäufer am Grundstück abnimmt, weil sie damit rechnen müssen, dass ihnen der Vorkaufsberechtigte mit dem Grundstückserwerb zuvorkommen wird: vgl. bereits oben Nr. 176. Selbst das unlimitierte Vorkaufsrecht zieht also – entgegen DRUEY, N 53 zu § 6 – eine bezifferbare Werteinbusse nach sich. Wenn der Pflichtteilserbe aufgrund dieser Werteinbusse wertmässig nicht seinen Pflichtteil erhält, kann er das Vermächtnis des Vorkaufsrechts herabsetzen.

recht begründet, vergegenwärtigen kann, ob dieses Vermächtnis seinen Pflichtteil tangiert bzw. die von ihm erhaltene Zuwendung überschreitet oder nicht und ob er somit das Vermächtnis herabsetzen oder ungeschmälert ausrichten will.

233 Folgt man der hier vertretenen Auffassung, wonach das vermachte Vorkaufsrecht nicht ipso iure mit dem Tod des Erblassers entsteht, sondern dass der Bedachte vielmehr vorerst nur – aber immerhin – einen obligatorischen Anspruch auf Begründung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Beschwerten erwirbt, müssen diese beiden Parteien erst noch einen Vorkaufsvertrag miteinander abschliessen. Dieser Vorkaufsvertrag untersteht der Formvorschrift von Art. 216 Abs. 2 oder 3 OR. Die **Verfügung von Todes wegen** stellt mit anderen Worten bloss den **Rechtsgrund für die Begründung des Vorkaufsrechts** dar.

234 Im Gegensatz zum rein vertraglichen (unter Lebenden begründeten) Vorkaufsrecht, bei dem der Vorkaufsvertrag nach der hier vertretenen Auffassung Rechtsgrund und Leistungserbringung in einem darstellt,[409] besteht beim durch Verfügung von Todes wegen zugewendeten Vorkaufsrecht eine Besonderheit darin, dass der Rechtsgrund (das Vermächtnis des Erblassers) und die Leistungserbringung (die vertragliche Begründung des Vorkaufsrechts durch den Beschwerten) zeitlich auseinanderfallen. Das Vorkaufsrecht wird also erst in dem Zeitpunkt begründet, in dem **der Beschwerte mit dem Bedachten** – in Vollziehung des Vermächtnisses – **einen Vorkaufsvertrag abschliesst.** Insofern ist es unpräzis, von einer *Begründung* des Vorkaufsrechts durch Verfügung von Todes wegen zu sprechen.

409 Vgl. oben Nr. 84.

3. Kapitel: Aufhebung und Abänderung des Vorkaufsrechts

Nachdem im vorangehenden Kapitel die rechtsgeschäftliche Begründung des Vorkaufsrechts behandelt wurde, interessiert in diesem Kapitel nun die Aufhebung und die Abänderung eines rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechts. Es wird wieder unterschieden zwischen dem vertraglichen Vorkaufsrecht (I.), dem Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis (II.) und dem durch Verfügung von Todes zugewendeten Vorkaufsrecht (III.). 235

I. Vertragliches Vorkaufsrecht

Im Folgenden sollen einerseits die Aufhebung (1.) und andererseits die Abänderung (2.) des vertraglichen Vorkaufsrechts behandelt werden. 236

1. Aufhebung des Vorkaufsrechts

Das Vorkaufsrecht kann durch Übereinkunft der Parteien (A), einseitig durch den Vorkaufsberechtigten (B) oder ausnahmsweise einseitig durch den Vorkaufsbelasteten aufgehoben werden (C). 237

A) Durch Übereinkunft der Parteien

Der Vorkaufsberechtigte und der Vorkaufsbelastete können durch gegenseitige Übereinkunft den Vorkaufsvertrag und damit auch das **Vorkaufsrecht aufheben.** In analoger Anwendung von Art. 115 OR kann diese Übereinkunft formfrei erfolgen.[410] 238

B) Durch den Vorkaufsberechtigten

Das Vorkaufsrecht stellt nach dem Gesagten ein (suspensiv bedingtes) Gestaltungsrecht dar.[411] Will der Berechtigte dieses Gestaltungsrecht aufheben, so muss dies nicht zwingend durch einen Aufhebungsvertrag nach Art. 115 OR erfolgen. Denn dieser ist ohnehin auf Forderungen zugeschnitten. Auf ein Ge- 239

410 BRÜCKNER, Nr. 73; MEIER-HAYOZ, BK, N 324 f. zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 21.

411 Vgl. oben Nr. 9 ff.

staltungsrecht kann der Berechtigte vielmehr auch durch eine **Verzichtserklärung** verzichten. Der Verzicht auf ein Gestaltungsrecht stellt ein Verfügungsgeschäft dar.[412]

240 Der Verzicht auf ein Recht erfordert je nach dem aufzugebenden Recht ein einseitiges oder ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Bei einem Gestaltungsrecht – wie dem Vorkaufsrecht – steht das Recht in der alleinigen Verfügungsmacht des Verzichtenden; der Verzicht erfolgt in diesem Fall in Gestalt eines einseitigen Rechtsgeschäfts.[413] Den Verzicht auf das Vorkaufsrecht kann demnach der Vorkaufsberechtigte in einer **einseitigen** (empfangsbedürftigen)[414] **Willenserklärung** erklären.[415]

241 Art. 115 OR wird auf diese Verzichtserklärung immerhin insofern analog angewandt, als die Verzichtserklärung **keiner besonderen Form** bedarf, obwohl die Begründung des Vorkaufsrechts ihrerseits formbedürftig war.[416] Daran ändert nichts, dass die Löschung des vorgemerkten Vorkaufsrechts aus dem Grundbuch gemäss Art. 964 Abs. 1 ZGB nur aufgrund einer schriftlichen Erklärung des Vorkaufsberechtigten gegenüber dem Grundbuchverwalter erfolgen darf.[417]

242 Entrichtet der Vorkaufsrechtsnehmer für die Einräumung des Vorkaufsrechts ausnahmsweise ein Entgelt, liegt nach der hier vertretenen Auffassung ein *synallagmatischer Vertrag* vor.[418] In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob bei einem synallagmatischen Vertrag eine Partei tatsächlich nach Art. 115 OR formfrei auf ihre Forderung verzichten kann oder ob ein solcher Verzicht nicht vielmehr eine formbedürftige Änderung des Vertrags nach Art. 12 OR darstellt: Ein erster Standpunkt geht dahin, dass bei formbedürftigen synallagmatischen Verträgen ein formfreier Verzicht auf eine Forderung nach Art. 115

412 PETER, AcP 2000, S. 183; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 21.

413 PETER, AcP 2000, S. 184; VIONNET, S. 96 f.; a.M. STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 21.

414 VIONNET, S. 98 f.

415 ALLGÄUER, S. 47 f.; BRÜCKNER, Nr. 73; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 120; VON TUHR/ESCHER, S. 174 Fn. 12; VIONNET, S. 96 f.; VISCHER, S. 88; a.M. ISLER, S. 92; MEIER-HAYOZ, BK, N 324 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 21. Die letztgenannten Autoren folgen allerdings der hier abgelehnten Bedingungstheorie und erachten daher den Verzicht auf ein Vorkaufsrecht als einen Forderungserlassvertrag im Sinn von Art. 115 OR. Gleicher Auffassung wie hier ist auch die deutsche Lehre: siehe KLEINSCHMIDT, S. 193 f.; VON TUHR, S. 271 Fn. 219; anders aber die deutsche Rechtsprechung in BGHZ 110, S. 230 ff. (232), E. 1a.

416 BGE 48 II 465 ff. (473), E. 5; ALLGÄUER, S. 47 Fn. 43; FOËX, Not@lex 2010, S. 80; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 120; VIONNET, S. 101 f.; siehe auch ISLER, S. 92; MEIER-HAYOZ, BK, N 325 zu Art. 681 ZGB; PETER, AcP 2000, S. 189; SCHÖBI, AJP 1992, S. 568; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 21.

417 FOËX, Not@lex 2010, S. 80; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 22; VIONNET, S. 101.

418 Siehe oben Nr. 180 ff.

OR ausscheidet, weil dadurch das synallagmatische Austauschverhältnis gestört wird, sodass ein entsprechender Verzicht nur durch eine formbedürftige Abänderung des Vertrags nach Art. 12 OR zulässig ist.[419] Nach einer zweiten Auffassung soll der Verzicht auf die Forderung aus einem synallagmatischen Vertrag in jenen Fällen formfrei nach Art. 115 OR zulässig sein, in denen die Forderung noch den einzigen Inhalt des Vertragsverhältnisses bildet; in den anderen Fällen unterliegt ein solcher Verzicht der Formvorschrift nach Massgabe von Art. 12 OR.[420] Meines Erachtens verdient jedoch die dritte Ansicht Zustimmung, welche Art. 115 OR den Vorrang gegenüber Art. 12 OR einräumt und daher den formfreien Verzicht auf die Forderung und deren Herabsetzung für zulässig erachtet; der Anwendungsbereich von Art. 12 OR reduziert sich damit auf Vertragsänderungen, bei denen die Schuldverpflichtung erhöht wird.[421] Diese Auffassung rechtfertigt sich deshalb, weil Formvorschriften einschränkend anzuwenden sind. Zudem setzt sie die Art. 12 und 115 OR in ein logisches Verhältnis von lex generalis und lex specialis zueinander. Daher ändert ein allfälliges vom Vorkaufsrechtsnehmer für die Einräumung des Vorkaufsrechts entrichtetes oder zu entrichtendes Entgelt nichts daran, dass der Vorkaufsberechtigte in analoger Anwendung von Art. 115 OR formfrei auf sein Vorkaufsrecht verzichten kann.

Der hier thematisierte **Verzicht auf das Stammrecht** lässt das Vorkaufsrecht ein für alle Mal untergehen.[422] Er darf nicht verwechselt werden mit dem Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts in einem konkreten Vorkaufsfall.[423] Im Einzelfall muss durch Auslegung bestimmt werden, was der Verzichtende wirklich gewollt hat. Dabei darf insbesondere bei juristischen Laien nicht leichthin ein Verzicht auf das Stammrecht angenommen werden.[424] 243

C) Durch den Vorkaufsbelasteten

Obwohl der Vorkaufsvertrag nach dem Gesagten keinen Dauervertrag darstellt, weist er aufgrund der andauernden Gestaltungsbelastung des Vorkaufsbelasteten ein Dauerelement auf.[425] Auch das Bundesgericht hat eine gewisse Ähnlichkeit zu einem Dauerschuldverhältnis festgestellt.[426] Es entspricht nun Lehre und 244

419 BGer 5A_251/2010 vom 19. November 2010, E. 6.1.2; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 10 ff. zu Art. 12 OR; BSK OR I-SCHWENZER, N 6 zu Art. 12.

420 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 580; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, N 19 ff. zu Art. 12 OR.

421 LGVE 2010 I Nr. 25, S. 46 ff. (48), E. 6.3 (Luzerner Obergericht); GUHL/MERZ/KOLLER, N 2 zu § 14; BSK OR I-GONZENBACH/GABRIEL-TANNER, N 9 zu Art. 115; VON TUHR/PETER, S. 242 f.

422 STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 19.

423 Siehe dazu unten Nr. 886 ff.

424 Siehe BRÜCKNER, Nr. 73.

425 Vgl. oben Nr. 85.

426 BGE 97 II 53 ff. (56), E. 3.

Rechtsprechung, dass nicht nur Dauerverträge, sondern auch andere Verträge mit einer dauerhaften Wirkung aus wichtigen Gründen gekündigt werden können.[427] Ein wichtiger Grund liegt nach der Bundesgerichtspraxis vor, «wenn die Bindung an den Vertrag für die Partei wegen veränderter Umstände ganz allgemein unzumutbar geworden ist, also nicht nur unter wirtschaftlichen, sondern auch unter anderen die Persönlichkeit berührenden Gesichtspunkten».[428] Da der Vorkaufsvertrag nach dem Gesagten eine gewisse Dauerwirkung zeitigt, rechtfertigt es sich meines Erachtens, dem Vorkaufsbelasteten eine **Kündigungsmöglichkeit** einzuräumen, wenn ihm seine **Vorkaufsbelastung unzumutbar** geworden ist. Mit Blick auf den Grundsatz «pacta sunt servanda» sind allerdings wichtige Gründe, die den Vorkaufsbelasteten zu einer Kündigung ermächtigen, nur mit Zurückhaltung anzunehmen. Liegt ein wichtiger Grund vor, so erlischt das Vorkaufsrecht mit dem Zugang der Kündigungserklärung beim Vorkaufsberechtigten. Mangels einer gesetzlichen Formvorschrift kann die Kündigungserklärung formfrei erfolgen (Art. 11 Abs. 1 OR analog).

2. Abänderung des Vorkaufsrechts

245 Bei einer nachträglichen Abänderung des rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechts muss danach unterschieden werden, ob die Parteien die Vorkaufsbelastung ausdehnen (A) oder einschränken (B).

A) Ausdehnung der Vorkaufsbelastung

246 Um eine **Ausdehnung der Vorkaufsbelastung** handelt es sich, wenn die Rechtsstellung des Vorkaufsbelasteten im Vergleich zu bisher erschwert wird. Dies trifft namentlich zu, wenn nachträglich die Dauer des Vorkaufsrechts erhöht oder dessen Abtretbarkeit oder Vormerkbarkeit vorgesehen wird. Gleich zu behandeln ist meines Erachtens der Fall, in dem die Parteien nachträglich den Kaufpreis limitieren oder eine Kaufpreislimitierung aufheben. Dies gebietet sich deswegen, weil nicht zum Zeitpunkt der Abänderung des Vorkaufsrechts, sondern erst im Vorkaufsfall beurteilt werden könnte, ob die Kaufpreislimitierung bzw. deren Aufhebung eine Erschwerung oder eine Erleichterung der Rechtsstellung des Vorkaufsbelasteten zur Folge gehabt hat.[429]

247 Eine nachträgliche Ausdehnung der Vorkaufsbelastung setzt eine Einigung der betroffenen Parteien, sprich des Vorkaufsberechtigten und des Vorkaufsbelaste-

---

427 BGE 138 III 304 ff. (318 f.), E. 6 in fine; CHERPILLOD, Nr. 239.

428 BGE 138 III 304 ff. (319), E. 7; 128 III 428 ff. (432), E. 3c.

429 Vgl. oben Nr. 127. Nach der Auffassung von BINZ-GEHRING, S. 188, handelt es sich bei der Kaufpreislimitierung um eine Einschränkung des (gesetzlichen) Vorkaufsrechts.

ten, voraus. Erforderlich ist mit anderen Worten der **Austausch übereinstimmender Willenserklärungen.**

248 Gemäss Art. 12 OR gilt das Formerfordernis der einfachen Schriftlichkeit bei jeder Abänderung des Vertrags mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruch stehen. Art. 12 OR findet nach allgemeiner Auffassung über seinen Wortlaut hinaus nicht nur auf die einfache Schriftlichkeit, sondern auch auf die öffentliche Beurkundung Anwendung.[430] Dies bedeutet, dass eine solche Änderungsvereinbarung, mit der die Vorkaufsbelastung ausgedehnt wird, bei einem limitierten Vorkaufsrecht der **öffentlichen Beurkundung** und bei einem nicht limitierten Vorkaufsrecht der **einfachen Schriftlichkeit** bedarf.[431] Eine nachträgliche Kaufpreislimitierung setzt auf alle Fälle eine öffentliche Beurkundung voraus (Art. 216 Abs. 2 OR). Formbedürftig bei der Abänderung eines unentgeltlichen Vorkaufsvertrags ist nach der hier vertretenen Auffassung jedoch stets nur die Willenserklärung des Vorkaufsbelasteten.[432]

249 Soll dieser neue Inhalt des Vorkaufsrechts auch gegenüber Dritterwerbern von Grundstücksrechten durchsetzbar sein, erfordert dies eine – beim bereits vorgemerkten Vorkaufsrecht: **neue** – **Vormerkung im Grundbuch.** Das bereits bisher vorgemerkte Vorkaufsrecht erhält mit der neuen Grundbuchanmeldung einen neuen Rang.

B) Einschränkung der Vorkaufsbelastung

250 Um eine **Einschränkung der Vorkaufsbelastung** handelt es sich, wenn die Rechtsstellung des Vorkaufsbelasteten im Vergleich zu bisher erleichtert wird. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn nachträglich die Dauer des Vorkaufsrechts verkürzt oder dessen Abtretbarkeit oder Vormerkbarkeit aufgehoben wird.

251 Die nachträgliche Einschränkung der Vorkaufsbelastung setzt nicht notwendigerweise einen Austausch übereinstimmender Willenserklärungen von Vorkaufsbelastetem und Vorkaufsberechtigtem voraus.[433] Es genügt meines Erachtens auch eine **einseitige** (empfangsbedürftige) **Willenserklärung** des Vorkaufsberechtigten. Denn die Einschränkung der Vorkaufsbelastung ergibt sich diesfalls durch einen teilweisen Verzicht des Vorkaufsberechtigten auf seine Vorkaufsberechtigung. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Vorkaufsberechtigte – wenn er bereits den gänzlichen Verzicht auf sein Vorkaufsrecht

---

430 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 579; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 1 zu Art. 12 OR; BSK OR I-SCHWENZER, N 2 zu Art. 12.

431 SCHÖBI, AJP 1992, S. 568.

432 Vgl. bereits oben Nr. 119 und 130.

433 A.M. wohl SCHÖBI, AJP 1992, S. 568, der auch in diesem Zusammenhang von einer «Vereinbarung» spricht.

durch einseitige Willenserklärung erklären kann[434] – nicht auch die weniger weit reichende Einschränkung seiner Vorkaufsberechtigung einseitig erklären können soll.[435] Dies ergibt sich aus dem «argumentum a maiore ad minus». Die praktische Relevanz des teilweisen Verzichts auf ein Vorkaufsrecht dürfte meines Erachtens indes gering sein.

252 Es ist bereits ausgeführt worden, dass Art. 115 OR den Anwendungsbereich von Art. 12 OR insofern einschränkt, als die Reduktion einer Forderung formfrei möglich ist, sodass nur die Erhöhung einer Schuldpflicht nach Massgabe von Art. 12 OR formbedürftig ist.[436] Wendet man diese Grundsätze analog auf das vorliegende Problem an, so muss der Vorkaufsberechtigte seinen teilweisen Verzicht auf seine Vorkaufsberechtigung, die eine Einschränkung der Gestaltungsbelastung des Vorkaufsbelasteten zur Folge hat, ebenfalls **formfrei** erklären können.[437]

253 Eine **neue Vormerkung im Grundbuch** dieses abgeänderten Vorkaufsrechts ist **nicht erforderlich,** wenn es bereits zuvor im Grundbuch vorgemerkt war. Denn der eingeschränkte Inhalt des abgeänderten Vorkaufsrechts ist durch die Vormerkung des bisherigen Vorkaufsrechts mit dem weitergehenden Inhalt nach wie vor gedeckt. Selbstverständlich besteht die Vormerkungswirkung fortan nur noch in dem entsprechend eingeschränkten Umfang des Vorkaufsrechts, und Dritterwerber von Grundstücksrechten können sich insbesondere zu ihren Gunsten auf diesen eingeschränkten Umfang berufen, selbst wenn diese Einschränkung im Grundbucheintrag nicht nachvollzogen worden ist.[438]

II. Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis

254 Das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis wird durch Rechtsgeschäft begründet (vgl. Art. 712c ZGB).[439] Obwohl dieses Vorkaufsrecht – wie noch zu zeigen sein wird[440] – von seinem Inhalt und von seinen Wirkungen her dem gesetzlichen Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis nachgebildet ist, führt dieser Umstand nicht dazu, dass es gleich wie ein gesetzliches Vorkaufsrecht gemäss Art. 681b Abs. 1 ZGB nur durch öffentliche Beurkundung ausgeschlossen (bzw. wieder aufgehoben) oder abgeändert werden kann. Vielmehr **folgt**

434 Vgl. oben Nr. 240.
435 Vgl. auch PETER, AcP 2000, S. 183, der den teilweisen Verzicht auf ein Recht nicht anders behandelt als den vollständigen.
436 Vgl. oben Nr. 242.
437 Gl.M. SCHÖBI, AJP 1992, S. 568.
438 Vgl. unten Nr. 434.
439 Vgl. oben Nr. 197 ff.
440 Vgl. unten Nr. 471 f.

beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentum nicht nur die Begründung, sondern auch die Aufhebung oder Abänderung **rechtsgeschäftlichen Grundsätzen**.[441] Das heisst, die Aufhebung oder Abänderung dieses Vorkaufsrechts erfolgt grundsätzlich gleich wie beim vertraglichen Vorkaufsrecht. Es wäre inkonsequent, wenn man für die erstmalige Begründung eines unlimitierten Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis die Schriftform genügen lassen wollte, hingegen für die nachträgliche Abänderung dieses Vorkaufsrechts die öffentliche Beurkundung fordern würde.

Auch hier soll im Folgenden unterschieden werden zwischen der Aufhebung (1.) und der Abänderung (2.) des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis. 255

1. Aufhebung des Vorkaufsrechts

Das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis kann durch Übereinkunft der Stockwerkeigentümer (A), einseitig durch den Vorkaufsberechtigten (B) oder ausnahmsweise einseitig durch den Vorkaufsbelasteten (C) aufgehoben werden. 256

A) Durch Übereinkunft der Stockwerkeigentümer

Soll das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis für alle Stockwerkeigentümer nachträglich wieder aufgehoben werden, können die Stockwerkeigentümer dies in einer gemeinsamen Vereinbarung, einer **mehrseitigen Willenserklärung,** beschliessen.[442] Die Übereinkunft ist in analoger Anwendung von Art. 115 OR an keine besondere Form gebunden.[443] 257

B) Durch den Vorkaufsberechtigten

Nach der hier vertretenen Auffassung muss es auch zulässig sein, dass nur ein einzelner Stockwerkeigentümer seinen Verzicht auf das Vorkaufsrecht durch **einseitige** (empfangsbedürftige) **Willenserklärung** erklärt. Diese Verzichtserklärung kann in analoger Anwendung von Art. 115 OR formfrei erfolgen. Es gelten hier die gleichen Überlegungen wie beim vertraglichen Vorkaufsrecht.[444] 258

Der Vorkaufsberechtigte **verliert** durch eine solche Verzichtserklärung seine Vorkaufsberechtigung, **nicht** aber **seine Vorkaufsbelastung** gegenüber anderen 259

---

441 Vgl. MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 79 zu Art. 712c ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1220a.

442 FRIEDRICH, Stockwerkeigentum, N 3 zu § 48; WERMELINGER, ZK, N 32 zu Art. 712c ZGB.

443 FRIEDRICH, Stockwerkeigentum, N 3 zu § 48; a.M. WERMELINGER, ZK, N 32 zu Art. 712c ZGB.

444 Siehe oben Nr. 239 ff.

Stockwerkeigentümern. Denkbar ist auch, dass sämtliche Stockwerkeigentümer durch einseitige Willenserklärung je einzeln auf ihr Vorkaufsrecht verzichten – dies läuft im Ergebnis auf dasselbe hinaus, wie wenn sämtliche Stockwerkeigentümer in einer gemeinsamen Vereinbarung das Vorkaufsrecht aufheben.

C) Durch den Vorkaufsbelasteten

260 Im Zusammenhang mit dem vertraglichen Vorkaufsrecht habe ich die Auffassung vertreten, dass der Vorkaufsbelastete **seine Vorkaufsbelastung aus wichtigen Gründen aufkündigen** kann.[445] Diese Auffassung darf grundsätzlich auch für das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis Geltung beanspruchen. Ihre Tragweite wird aber sowohl aus praktischen wie aus rechtlichen Gründen zusätzlich eingeschränkt.

261 In praktischer Hinsicht gilt es zu bedenken, dass sich in einer Stockwerkeigentümergemeinschaft oftmals mehr als nur zwei Personen gegenüberstehen. Damit dem Vorkaufsbelasteten eine Kündigungsmöglichkeit zusteht, muss ihm die Vorkaufsbelastung **gegenüber sämtlichen Stockwerkeigentümern unzumutbar** geworden sein.

262 In rechtlicher Hinsicht steht dem Vorkaufsbelasteten zudem regelmässig ein **alternatives Abwehrmittel** zur Verfügung, das womöglich seinen Vorzug erhält: Ist ihm seine Vorkaufsbelastung unzumutbar geworden, dürften regelmässig auch die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 649b ZGB erfüllt sein, die ihm den **Ausschluss** des oder der unzumutbaren Stockwerkeigentümer **aus der Stockwerkeigentümergemeinschaft** erlauben.

2. Abänderung des Vorkaufsrechts

263 Was die Abänderung des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis anbelangt, so kann auf die Ausführungen zum vertraglichen Vorkaufsrecht verwiesen werden, die hier analoge Geltung beanspruchen dürfen.[446]

III. Vorkaufsrecht durch Verfügung von Todes wegen

264 Es ist bereits ausgeführt worden, dass bei einer Verfügung von Todes wegen, mit welcher der Erblasser jemandem ein Vorkaufsrecht an einem (Nachlass-)Grundstück zuwendet, das Vorkaufsrecht nicht ipso iure mit dem Tod des Erblassers entsteht, sondern erst, wenn die Erben – in Erfüllung dieses Ver-

445 Vgl. oben Nr. 244.
446 Siehe oben Nr. 245 ff.

mächtnisses – mit dem Bedachten einen Vorkaufsvertrag abschliessen.[447] Dann aber **folgt** dieses Vorkaufsrecht **den Regeln eines vertraglichen Vorkaufsrechts,** weshalb in Bezug auf die Aufhebung und Abänderung dieses Vorkaufsrechts grundsätzlich auf das zum vertraglichen Vorkaufsrecht Ausgeführte verwiesen werden kann.[448]

265 Immerhin ergibt sich beim Vorkaufsrecht, dessen Rechtsgrund in einer Verfügung von Todes wegen liegt, eine Besonderheit aus dem Umstand, dass die Erben unter gewissen Voraussetzungen eine **nachträgliche Herabsetzung des Vermächtnisses** beantragen können. Dieser Fall kann dann eintreten, wenn die Erben nach der Ausrichtung des Vermächtnisses (im vorliegenden Zusammenhang: nach der Begründung des Vorkaufsrechts) Erbschaftsschulden bezahlen müssen, von denen sie vorher keine Kenntnis hatten. Diesfalls sind die Erben nach Art. 565 Abs. 1 ZGB befugt, den Vermächtnisnehmer insoweit zu einer verhältnismässigen Herabsetzung anzuhalten, als sie die Herabsetzung der Vermächtnisse hätten beanspruchen können. Stellt sich auf diese Weise eine Pflichtteilsverletzung heraus,[449] können die Erben nachträglich das in Erfüllung des Vermächtnisses begründete Vorkaufsrecht herabsetzen, wobei sie diesen Herabsetzungsanspruch nicht privatautonom durchsetzen dürfen, sondern auf die Herabsetzungsklage – eine Gestaltungsklage – verwiesen sind.[450] Diese Herabsetzungsklage stellt für die (vorkaufsbelasteten) Erben – im Vergleich zum (rein) vertraglichen Vorkaufsrecht – eine zusätzliche Möglichkeit dar, eine Aufhebung oder Abänderung des Vorkaufsrechts zu erwirken.

---

447 Vgl. oben Nr. 229 ff.

448 Siehe oben Nr. 236 ff.

449 Zur Möglichkeit einer Pflichtteilsverletzung durch die erblasserische Zuwendung eines Vorkaufsrechts siehe oben Nr. 232.

450 Vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 5 zu Art. 565; ESCHER, ZK, N 11 und 14 der Einleitung zu Art. 522–533 ZGB; BSK ZGB II-HUWILER, N 7 ff. zu Art. 486.

4. Kapitel: Inhalt und Wirkungen des Vorkaufsrechts

Im Vordergrund der nachfolgenden Ausführungen stehen der Inhalt und die Wirkungen des vertraglichen Vorkaufsrechts (I.). Zur Sprache kommen aber auch der Inhalt und die Wirkungen des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis (II.) sowie des durch Verfügung von Todes wegen zugewendeten Vorkaufsrechts (III.). 266

I. Vertragliches Vorkaufsrecht

In einem Vorkaufsvertrag können – über die objektiv wesentlichen Vertragspunkte hinaus[451] – die unterschiedlichsten Vertragspunkte geregelt werden, die den Inhalt und die Wirkungen des Vorkaufsrechts näher bestimmen. Im Folgenden werde ich auf die praktisch relevantesten Vertragspunkte näher eingehen, die zudem eine gesetzliche Regelung erfahren haben. Es geht um die Ausgestaltung des Vorkaufsrechts als ein limitiertes oder ein unlimitiertes (1.), um die Frage der Vererblichkeit und Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts (2.), um die Befristung des Vorkaufsrechts (3.) und schliesslich um die Vormerkung des Vorkaufsrechts (4.). 267

1. Limitiertes oder unlimitiertes Vorkaufsrecht

Die Parteien des Vorkaufsvertrags können das Vorkaufsrecht entweder als limitiertes oder als unlimitiertes ausgestalten. Wie bereits ausgeführt worden ist, hat diese Unterscheidung Auswirkungen auf das Formerfordernis des Vorkaufsvertrags.[452] Damit erlangt die Abgrenzung des limitierten vom unlimitierten Vorkaufsrecht grosse praktische Relevanz. Im Folgenden behandle ich zuerst das unlimitierte (A) und dann das limitierte Vorkaufsrecht (B). Abschliessend gehe ich auf einen intertemporalrechtlichen Aspekt (C) ein. 268

451 Vgl. dazu oben Nr. 92 ff.
452 Vgl. oben Nr. 100 ff.

A) Unlimitiertes Vorkaufsrecht

269 Das Formprivileg der einfachen Schriftlichkeit gemäss Art. 216 Abs. 3 OR besteht für Vorkaufsverträge, «die den Kaufpreis nicht zum voraus bestimmen». Damit ist der sogenannte unlimitierte Vorkaufsvertrag angesprochen, der auch als «nicht limitierter», «illimitierter» oder «gewöhnlicher» Vorkaufsvertrag bezeichnet wird.[453] Die gleiche **Terminologie** ist auch für das Vorkaufsrecht gebräuchlich, das durch einen solchen unlimitierten Vorkaufsvertrag begründet wird. Die vorliegende Arbeit verwendet die Begriffe unlimitierter Vorkaufsvertrag bzw. unlimitiertes Vorkaufsrecht.

270 Entscheidendes Kriterium für die Annahme eines unlimitierten Vorkaufsrechts ist also, dass der Vorkaufsvertrag «den Kaufpreis nicht zum voraus bestimm[t]». Angesprochen ist damit der Kaufpreis, den der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall für den Erwerb des Grundstücks zu entrichten hat, falls er sein Vorkaufsrecht ausübt. Der unlimitierte Vorkaufsvertrag enthält also **keine Abrede über den Kaufpreis,** den der Vorkaufsberechtigte zu entrichten hat, sodass dieser gemäss Art. 216d Abs. 3 OR «das Grundstück zu den Bedingungen erwerben [kann], die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat».[454] Beim unlimitierten Vorkaufsrecht entspricht es dem mutmasslichen Willen der Vorkaufsvertragsparteien, dass der Vorkaufsberechtigte das Grundstück im Vorkaufsfall so soll erwerben können, wie es sich zu diesem Zeitpunkt präsentiert – also im gleichen Zustand, wie es auch der Dritte erworben hätte.[455]

271 Limitiertes Vorkaufsrecht und limitierter Vorkaufsvertrag einerseits sowie unlimitiertes Vorkaufsrecht und unlimitierter Vorkaufsvertrag andererseits sind **komplementäre Begriffspaare** – sie stehen in einem gegenseitigen Ausschlussverhältnis zueinander. Es kann also gesagt werden, dass jeder Vorkaufsvertrag, der nicht unlimitiert ist, ein limitierter ist – und umgekehrt. Dasselbe gilt auch in Bezug auf das Vorkaufsrecht: Jedes Vorkaufsrecht, das nicht unlimitiert ist, ist limitiert – und umgekehrt. Damit stellt sich die Frage, wann ein Vorkaufsvertrag bzw. ein Vorkaufsrecht limitiert ist.

B) Limitiertes Vorkaufsrecht

272 Aus Art. 216 Abs. 2 OR und einem Umkehrschluss aus Art. 216 Abs. 3 OR ergibt sich, dass das Formprivileg der einfachen Schriftlichkeit für Verträge, die den Kaufpreis zum Voraus bestimmen, nicht gilt. Damit ist der sogenannte limitierte Vorkaufsvertrag angesprochen, der auch als «qualifizierter» Vorkaufsvertrag bezeichnet wird.[456] Die gleiche **Terminologie** ist auch für das Vorkaufs-

---

453 Vgl. SCHMID/STÖCKLI, Nr. 515.
454 Siehe dazu unten Nr. 982 ff.
455 PIOTET, JdT 1967, S. 167.
456 Vgl. SCHMID/STÖCKLI, Nr. 513.

recht gebräuchlich, welches mit einem solchen limitierten Vorkaufsvertrag begründet wird. Die vorliegende Arbeit verwendet die Begriffe limitierter Vorkaufsvertrag bzw. limitiertes Vorkaufsrecht.

Ein limitiertes Vorkaufsrecht liegt also vor, wenn der Vorkaufsvertrag bereits eine **Abrede über den Kaufpreis** enthält, den der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall für den Erwerb des Grundstücks zu entrichten hat, falls er sein Vorkaufsrecht ausübt. Unter Kaufpreis versteht sich die Gesamtheit der Leistungen, die der Käufer für die Übertragung des Grundstücks zu erbringen hat. Im Zusammenhang mit dem limitierten Vorkaufsrecht stellen sich vordergründig zwei Fragen: erstens, ob auch die Bestimmbarkeit des Kaufpreises (a) für die Annahme eines limitierten Vorkaufsrechts genügt, und zweitens, ob auch Abreden über andere Vertragspunkte (b) als den Kaufpreis das Vorkaufsrecht zu einem limitierten machen. 273

a) Bestimmbarkeit des Kaufpreises

Von der Gesetzessystematik her besitzt Art. 216 Abs. 3 OR und damit der unlimitierte Vorkaufsvertrag Ausnahmecharakter. Den Normalfall scheint der limitierte Vorkaufsvertrag und damit das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung gemäss Art. 216 Abs. 2 OR darzustellen.[457] FASEL postuliert deswegen einen engen Anwendungsbereich der Formvorschrift von Art. 216 Abs. 3 OR.[458] Dieser Ansicht ist sicherlich insoweit beizupflichten, als ohnehin einhellig von der Lehre und Rechtsprechung anerkannt ist, dass nicht nur dann ein limitierter Vorkaufsvertrag vorliegt, wenn der Vorkaufsvertrag den Kaufpreis im Voraus bestimmt, sondern bereits auch dann, wenn im Vorkaufsvertrag eine **Abrede über die Art der Ermittlung des Kaufpreises** getroffen, ohne dass der Kaufpreis bereits betragsmässig festgelegt wird.[459] 274

Die Umschreibung in der Botschaft, wonach ein limitiertes Vorkaufsrecht vorliegt, wenn der Preis «im voraus feststeht», erweist sich damit als zu eng. Denn unter dem Gesichtspunkt des Schutzbedürfnisses des Vorkaufsrechtsgebers ist die Situation, in der bereits im Vorkaufsvertrag die Art der Ermittlung des Kaufpreises verbindlich geregelt wird, mit derjenigen vergleichbar, in der bereits im Vorkaufsvertrag der Kaufpreis betragsmässig festgelegt wird.[460] Für die Annahme eines limitierten Vorkaufsvertrags genügt es somit, dass eine Verein- 275

---

457 BSK OR I-FASEL, N 26 zu Art. 216; CR OR I-FOËX, N 29 zu Art. 216. Dieses Verhältnis von Ausnahme und Regelfall gemäss der Gesetzessystematik muss nicht mit dem Verhältnis von Ausnahme und Regelfall in der Rechtswirklichkeit übereinstimmen, in der wohl die unlimitierten Vorkaufsrechte überwiegen dürften.

458 BSK OR I-FASEL, N 26 zu Art. 216 und N 11 zu Art. 216d.

459 BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 3.3 und 3.4; MEIER-HAYOZ, BK, N 22 zu Art. 681 ZGB; REY, ZSR 1994, S. 44.

460 Zutreffend REY, ZSR 1994, S. 44 Fn. 27.

barung über die **Bestimmbarkeit des Preises** im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts getroffen wird. So darf der Kaufpreis auch gemäss einer Formel und in Abhängigkeit von vertragsexternen Faktoren wie publizierten Indizes bestimmt werden.[461] Ein limitierter Vorkaufsvertrag liegt auch vor, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Kaufpreis aufgrund einer Schätzung des Verkehrs- oder Ertragswerts im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts ermittelt werden soll.[462] Um einen limitierten Vorkaufsvertrag handelt es sich aber auch dann, wenn der Kaufpreis *betragsmässig limitiert* wird, so beispielsweise bei einer Abrede, wonach der Vorkaufsberechtigte «das Grundstück zu dem mit dem Dritten vereinbarten Preis, höchstens aber zum Preis von X Franken» erwerben kann.[463] Von daher rührt letztlich die Terminologie «limitierter» Vorkaufsvertrag bzw. «limitiertes» Vorkaufsrecht.

276 Bei einem **absolut limitierten Vorkaufsrecht** legen die Parteien den Kaufpreis bereits im Voraus ziffernmässig derart fest, dass er losgelöst von der konjunkturellen Wertentwicklung des Grundstücks ist.[464] Die Parteien legen so ihrem Vorkaufsvertrag ein eigenes Wertgefüge zugrunde, das für den durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommenden Veräusserungsvertrag gelten soll. Hierbei lassen sie sich vom Wert des Grundstücks aufgrund seines tatsächlichen und rechtlichen Zustands im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags leiten.[465] Folglich entspricht es ihrem mutmasslichen Parteiwillen, dass der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall das Grundstück in jenem tatsächlichen und rechtlichen Zustand soll erwerben können, den es im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags aufgewiesen hat.[466]

277 Dagegen bestimmt sich beim **relativ limitierten Vorkaufsrecht** der Kaufpreis erst im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls, allerdings anhand von Faktoren, die bereits im Vorkaufsvertrag festgelegt wurden, beispielsweise durch eine Verkehrswertschätzung eines Sachverständigen oder in Abhängigkeit vom Kaufpreis gemäss dem Drittvertrag.[467] Auch beim relativ limitierten Vorkaufspreis legen die Parteien ihrem Vorkaufsvertrag grundsätzlich ein eigenes Wertgefüge zugrunde, ausser sie machen den Preis abhängig vom Kaufpreis gemäss dem Drittvertrag. Da sich hier der Kaufpreis jedoch erst im Vorkaufsfall bestimmt, und zwar in Abhängigkeit vom tatsächlichen und rechtlichen Zustand des Grundstücks in diesem Zeitpunkt, soll der Vorkaufsberechtigte nach dem mutmasslichen Par-

461 BRÜCKNER, Nr. 43.
462 BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 3.3, mit Hinweisen.
463 BRÜCKNER, Nr. 41.
464 BINZ-GEHRING, S. 28.
465 Vgl. auch MEIER-HAYOZ, BK, N 76 zu Art. 681 ZGB.
466 PIOTET, JdT 1967, S. 166.
467 BINZ-GEHRING, S. 28.

teiwillen das Grundstück in diesem Zustand erwerben können. Damit gleicht sich das relativ limitierte Vorkaufsrecht dem unlimitierten an.[468]

b) Abreden über andere Vertragspunkte

278 Ob auch **Abreden über andere Vertragspunkte** (als den Kaufpreis) des künftigen, durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommenden Veräusserungsvertrags – zum Beispiel Abreden über den Zeitpunkt des Besitzesantritts oder über die Zahlungsmodalitäten – den Anwendungsbereich des limitierten Vorkaufsvertrags und damit der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung eröffnen, ist umstritten.

279 In der **Literatur** werden verschiedene Ansichten vertreten. Gemäss ENGEL handelt es sich um einen limitierten Vorkaufsvertrag, sobald die Parteien des Vorkaufsvertrags irgendwelche «modalités de la préemption» regeln,[469] also Vertragspunkte des – nach der hier vertretenen Auffassung – erst durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommenden Veräusserungsvertrags, die Art. 216d Abs. 3 OR als «Bedingungen» bezeichnet. BRÜCKNER plädiert dafür, «dass jede vorkaufsvertragliche Absprache, die die Rechtsstellung des Belasteten gegenüber dem Vorkaufsberechtigten im Vergleich zu derjenigen gegenüber dem Dritterwerber in irgendeiner Weise erschwert, den Vorkaufsvertrag insgesamt beurkundungsbedürftig macht».[470] FOËX hingegen lehnt eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des limitierten Vorkaufsvertrags sowohl im Sinne ENGELS als auch im Sinne BRÜCKNERS ab, weil diese Auffassungen unnötigerweise den Wortlaut von Art. 216 Abs. 3 OR überdehnen und eine erhebliche Rechtsunsicherheit schaffen würden.[471] FASEL schliesslich bejaht immer dann die Beurkundungspflicht, wenn die «im Voraus vereinbarten Bedingungen wirtschaftlich die Bedeutung einer direkten oder indirekten Bestimmung des Entgeltes für die Eigentumsübertragung» aufweisen.[472]

280 Die eingangs aufgeworfene Frage muss nach der **hier vertretenen Auffassung** anhand einer Auslegung von Art. 216 Abs. 3 OR entschieden werden. Art. 216 Abs. 3 OR spricht von einem Vorkaufsvertrag, der «den Kaufpreis nicht zum voraus bestimm[t]». Wie zuvor ausgeführt worden ist, handelt es sich – über den Wortlaut von Art. 216 Abs. 3 OR hinaus – auch dann um einen limitierten Vorkaufsvertrag, wenn der Kaufpreis im Vertrag bestimmbar gemacht wird. Eine weitere Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 216 Abs. 3 OR auch bei Abreden über andere Vertragspunkte als den Kaufpreis postuliert aber selbst FASEL nicht – obwohl er diese Bestimmung nur eng angewandt wissen möchte.

---

468 Vgl. oben Nr. 270.

469 ENGEL, S. 102; vgl. auch VISCHER, S. 84.

470 BRÜCKNER, Nr. 42, im Original teilweise kursiv.

471 CR OR I-FOËX, N 29 zu Art. 216.

472 BSK OR I-FASEL, N 9 zu Art. 216d.

Wie FOËX zu Recht einwendet, verträgt es sich mit dem *Wortlaut von Art. 216 Abs. 3 OR* und – meines Erachtens – auch mit dem Grundsatz *«in favorem negotii»* nur schlecht, wenn der Anwendungsbereich des unlimitierten Vorkaufsvertrags noch weiter zurückgedrängt wird und auch Abreden über andere Vertragspunkte des künftigen Veräusserungsvertrags als den Kaufpreis für die Annahme eines limitierten Vorkaufsvertrags genügen sollten. Die Auffassungen von ENGEL und BRÜCKNER sind daher abzulehnen. Es ist vielmehr mit FASEL so zu halten, dass nur dann ein limitierter Vorkaufsvertrag vorliegt, wenn er Abreden enthält, die direkt oder indirekt das Entgelt für die künftige Übertragung des Grundeigentums bestimmen.

C) Intertemporalrechtlicher Aspekt

281 Gemäss Art. 216 Abs. 3 aOR (in Kraft gewesen bis am 31. Dezember 1993) waren Vorkaufsverträge in **schriftlicher Form** gültig. Obwohl dieser Bestimmung seitens der Rechtsprechung und der Lehre Kritik widerfuhr,[473] war die Rechtslage de lege lata insoweit klar, als diese Bestimmung **für sämtliche Vorkaufsverträge** galt, also auch für den limitierten Vorkaufsvertrag.

282 Nach der neuen Fassung von Art. 216 Abs. 2 und 3 OR (in Kraft seit dem 1. Januar 1994) bedürfen limitierte Vorkaufsverträge zu ihrer Gültigkeit neuerdings der öffentlichen Beurkundung. **Altrechtliche limitierte Vorkaufsverträge,** die in Übereinstimmung mit der früheren Rechtlage bloss **in einfacher Schriftform verfasst** wurden, bleiben in analoger Anwendung von Art. 50 SchlT ZGB unter dem neuen Recht weiterhin **gültig.**[474]

2. Vererblichkeit und Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts

283 Am 1. Januar 1994 ist mit dem Bundesgesetz über die Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachenrecht) und des OR (Grundstückkauf) **Art. 216b OR** in Kraft getreten.[475] Gemäss Art. 216b Abs. 1 OR ist das vertragliche Vorkaufsrecht vererblich, aber nicht abtretbar. Doch das Gesetz sieht explizit vor, dass die Parteien des Vorkaufsvertrags Abweichendes vereinbaren können. Mit dieser Gesetzesbestimmung wurde die bisherige herrschende Lehre und Rechtspre-

---

473 BGE 48 II 227 ff. (231 ff.), E. 3; MEIER-HAYOZ, BK, N 67 ff. zu Art. 681 ZGB; die damalige gesetzliche Regelung begrüssend dagegen GIGER, BK, N 99 ff. zu Art. 216 OR.

474 BSK OR I-FASEL, N 27 zu Art. 216; CR OR I-FOËX, N 27 zu Art. 216; SCHÖBI, AJP 1992, S. 570. Vgl. auch PIOTET, ZSR 1994, S. 142.

475 AS 1993 II 1404 ff.

chung kodifiziert.[476] Demnach ist das vertragliche Vorkaufsrecht von Gesetzes wegen vererblich. Doch kann die Vererblichkeit vertraglich ausgeschlossen werden. Gerade gegenteilig ist die Rechtslage in Bezug auf die Abtretbarkeit: Von Gesetzes wegen ist die Abtretung eines vertraglichen Vorkaufsrechts ausgeschlossen. Vertraglich kann aber die Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts vereinbart werden. Dies bedarf sowohl bezüglich der Vererblichkeit (A) als auch der Abtretbarkeit (B) der weiteren Ausführung.

A) Vererblichkeit

Die Vererblichkeit des Vorkaufsrechts ist von Gesetzes wegen vorgesehen (a). Doch können die Parteien des Vorkaufsvertrags die Vererblichkeit vertraglich ausschliessen (b). 284

a) Von Gesetzes wegen

Gemäss Art. 216b Abs. 1 OR sind vertragliche Vorkaufsrechte **grundsätzlich vererblich.** Das Vorkaufsrecht ist von Gesetzes wegen somit nicht höchstpersönlich ausgestaltet.[477] Über den Wortlaut der Gesetzesbestimmung hinaus gilt dies ganz allgemein für sämtliche Formen der Universalsukzession, also nicht nur für den Erbfall, sondern beispielsweise auch für die Fusion von Gesellschaften.[478] 285

Mit Abschluss des Vorkaufsvertrags wird dem Vorkaufsberechtigten ein Vorkaufsrecht eingeräumt. Ab dann gehört das Vorkaufsrecht zu seinen Vermögenswerten. Stirbt der Vorkaufsberechtigte, treten seine gesetzlichen und/oder eingesetzten Erben als Universalsukzessoren in all seine vererbbaren Rechte und Pflichten ein. Die Aufzählung der vererbbaren Rechte und Pflichten gemäss Art. 560 Abs. 2 ZGB ist dabei nicht abschliessend.[479] Vererblich ist gemäss Art. 216b Abs. 1 OR grundsätzlich auch das Vorkaufsrecht. Beim Tod des Vorkaufsberechtigten **fällt das Vorkaufsrecht** mit anderen Worten **in dessen Nachlass** und geht – vorbehaltlich der Ausschlagung der Erbschaft (Art. 566 ff. ZGB) – auf seine Erben über (Art. 560 Abs. 2 ZGB). Die Erben bilden untereinander eine *Erbengemeinschaft* und verfügen über das geerbte Vorkaufsrecht zu gesamter Hand.[480] Sie können durch schriftlichen Erbteilungsvertrag (Art. 634 Abs. 2 ZGB) das Vorkaufsrecht einem oder mehreren Erben zuweisen, ohne 286

476 Siehe dazu BGE 48 II 465 ff. (469 ff.), E. 4a und b; ALLGÄUER, S. 64 f.; HAAB, ZK, N 28 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 97 ff. und 105 f. zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 66 ff. und 70 f.

477 Vgl. bereits unter dem alten Recht MEIER-HAYOZ, BK, N 105 zu Art. 681 ZGB.

478 CR OR I-FOËX, N 3 zu Art. 216b.

479 BGE 112 II 300 ff. (305), E. 4b.

480 Zur Ausübung des Vorkaufsrechts durch eine Gesamthandschaft siehe unten Nr. 810 ff.

dass das Vorkaufsrecht selber als abtretbar ausgestaltet sein muss und dementsprechend auch ohne dass das Formerfordernis der Abtretung nach Art. 216b Abs. 2 OR zu beachten wäre.[481]

287 In der Regel ist die Person des Vorkaufsberechtigten identisch mit der Person des Vorkaufsrechtsnehmers.[482] Weil die Erben als Universalsukzessoren in alle vererbbaren Rechte und Pflichten des Erblassers eintreten, fällt beim Tod des Vorkaufsberechtigten grundsätzlich nicht nur sein Vorkaufsrecht in den Nachlass, sondern **das ganze Rechte- und Pflichtenprogramm aus dem Vorkaufsvertrag.** Diese Rechte und Pflichten gehen auf die Erben über.[483] Denkbar ist beispielsweise, dass eine Verpflichtung zur Leistung eines periodischen Entgelts vererbt wird.[484]

288 **Grundsätzlich nicht zulässig** ist hingegen die Zuwendung des Vorkaufsrechts an einen Nichterben durch **Vermächtnis.** Der Vermächtnisnehmer tritt im Gegensatz zu den Erben nicht als Universalsukzessor in die Rechtsstellung des Erblassers ein, sondern erlangt einen obligatorischen Anspruch auf Ausrichtung des Vermächtnisses gegenüber den beschwerten Erben (Art. 562 Abs. 1 OR).[485] Das heisst, die beschwerten Erben müssen dem Vermächtnisnehmer den ihm vom Erblasser zugedachten Vorteil erst noch verschaffen.[486] Hat der Erblasser ein (ihm zustehendes) Vorkaufsrecht an einen Nichterben vermacht, so müssen die Erben, welche als Universalsukzessoren das Vorkaufsrecht geerbt haben, das Vorkaufsrecht zur Erfüllung des Vermächtnisanspruchs auf den Vermächtnisnehmer übertragen. Dies ist aber nur dann möglich, wenn das Vorkaufsrecht übertragbar ausgestaltet worden ist, was es aufgrund der gesetzlichen Anordnung von Art. 216b Abs. 1 OR mangels anderslautender Vereinbarung gerade nicht ist. Ist das Vorkaufsrecht nicht übertragbar, können die Erben das Vermächtnis auch nicht ausrichten, weshalb ein entsprechendes Vermächtnis einen unmöglichen Inhalt hat und damit nichtig ist (Art. 20 Abs. 1 OR analog).[487] Von der hier behandelten Vermachung eines (bereits existierenden) Vorkaufsrechts an einen Nichterben zu unterschieden ist der Fall, in dem der Erblasser einem Nichterben ein (erst im Nachgang zu seinem Tod zu begründendes) Vorkaufsrecht an einem Nachlassgrundstück vermacht. Eine solche Verfügung von Todes wegen ist nach dem Gesagten grundsätzlich zulässig.[488]

---

481 HESS, BSK, N 5 zu Art. 216b OR.
482 Vgl. oben Nr. 89.
483 GIGER, BK, N 8 zu Art. 216b OR.
484 Vgl. oben Nr. 173.
485 TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, N 16 zu § 76.
486 Vgl. BSK ZGB II-HUWILER, N 16 ff. zu Art. 562.
487 Zur Nichtigkeit einer Verfügung von Todes wegen siehe BSK ZGB II-FORNI/PIATTI, N 4 zu Art. 519/520.
488 Vgl. oben Nr. 223 ff.

b) Vertraglicher Ausschluss

289 Gemäss Art. 216b Abs. 1 OR ist es statthaft, dass die Parteien im Vorkaufsvertrag die Vererblichkeit des Vorkaufsrechts vertraglich ausschliessen. Dadurch gestalten sie das Vorkaufsrecht höchstpersönlich aus. In diesem Fall stellt das **Vorkaufsrecht keinen vererbbaren Vermögenswert** des Erblassers dar, weshalb es auch nicht in dessen Nachlass fällt.

290 Sachlich geboten ist in einem solchen Fall aber auch, dass allfällige **Pflichten** des Vorkaufsberechtigten **aus dem Vorkaufsvertrag,** wie beispielsweise eine Verpflichtung zur Leistung eines periodischen Entgelts,[489] mit dem Tod des Vorkaufsberechtigten **entfallen** und nicht auf seine Erben übergehen.

291 Beim **Tod des Vorkaufsbelasteten** fällt dessen vorkaufsbelastetes Grundstück in den Nachlass und geht mitsamt der (bedingten) Gestaltungsbelastung und den weiteren Rechten und Pflichten aus dem Vorkaufsvertrag auf seine Erben über. Daran ändert sich nichts, wenn im Vorkaufsvertrag die Vererblichkeit des Vorkaufsrechts ausgeschlossen worden ist. Denn ein solcher Ausschluss der Vererblichkeit betrifft nur die Vorkaufsberechtigung, mangels anderer vertraglicher Anordnung aber nicht auch die Vorkaufsbelastung.

B) Abtretbarkeit

292 Die Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen (a). Doch können die Parteien des Vorkaufsvertrags die Abtretbarkeit vertraglich vereinbaren (b).

a) Von Gesetzes wegen

293 Gemäss Art. 216b Abs. 1 OR ist das vertragliche Vorkaufsrecht **grundsätzlich nicht abtretbar.** Das Vorkaufsrecht ist zwar regelmässig nicht höchstpersönlich,[490] hat aber doch überwiegend persönlichen Charakter.[491] Dem Vorkaufsrechtsgeber ist es grundsätzlich nicht gleichgültig, welche Partei im Vorkaufsfall das Grundstück erwerben darf. Dementsprechend soll das Vorkaufsrecht auch nicht beliebig an Dritte übertragen werden können. Das Gesetz ordnet mit dem Ausschluss der Abtretbarkeit an, was dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.

294 Die Unzulässigkeit der Abtretung bedeutet, dass der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht nicht an einen Dritten veräussern, ja nicht einmal durch Verfügung von Todes wegen an einen Nichterben vermachen kann.[492] Eine allfällige

---

489 Vgl. oben Nr. 173.
490 Vgl. oben Nr. 285.
491 Vgl. bereits unter dem alten Recht MEIER-HAYOZ, BK, N 97 zu Art. 681 ZGB.
492 Vgl. oben Nr. 288.

Verfügung des Vorkaufsberechtigten **über das Vorkaufsrecht** ist grundsätzlich **ungültig,**[493] es sei denn, der Vorkaufsbelastete habe in der für die Begründung des abzutretenden Vorkaufsrechts erforderlichen Form[494] vorgängig seine Zustimmung zur Verfügung des Vorkaufsberechtigten erteilt.[495]

b) Vertragliche Vereinbarung

295 Art. 216b Abs. 1 OR stellt dispositives Recht dar. Die Gesetzesbestimmung sieht ausdrücklich vor, dass die Parteien des Vorkaufsvertrags die Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts vereinbaren können.[496] Durch eine solche Vereinbarung verliert das Vorkaufsrecht seinen vorwiegend persönlichen Charakter und wird zu einem **handelbaren Recht.** Denkbar ist auch, dass die Parteien des Vorkaufsvertrags die Abtretung des Vorkaufsrechts nur mit Einschränkungen erlauben,[497] beispielsweise indem sie den Kreis der möglichen Zessionare auf Familienmitglieder beschränken. Eine Abtretung in Missachtung des zulässigen Zessionarkreises wäre ungültig.

296 Die Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts hat auch Auswirkungen auf dessen **Pfändbarkeit** gemäss Art. 89 ff. SchKG.[498] Denn pfändbar ist nur, was verkehrsfähig und gegen Entgelt veräusserbar ist.[499] Dies hängt beim Vorkaufsrecht eben davon ab, ob es abtretbar ist oder nicht.[500] Der Pfändbarkeit eines abtretbaren Vorkaufsrechts kann im Einzelfall jedoch immer noch ein geringer zu erwartender Reinerlös entgegenstehen.[501]

297 Ist ein Vorkaufsrecht im Vorkaufsvertrag als abtretbar ausgestaltet worden, so stellen sich als weitere Fragen, wie eine Abtretung zu vollziehen ist (aa) und wie sich die Rechtslage nach erfolgter Abtretung gestaltet (bb).

---

493 VIONNET, S. 110; vgl. auch CR OR I-PROBST, N 34 zu Art. 164, und SPIRIG, ZK, N 185 zu Art. 164 OR, für die analoge Situation bei der Forderungszession.

494 Zum Formerfordernis für die Begründung eines Vorkaufsrechts siehe oben Nr. 100 ff.

495 Vgl. VIONNET, S. 146.

496 Zur Formbedürftigkeit dieser Abrede vgl. oben Nr. 145.

497 Vgl. MEIER-HAYOZ, BK, N 98 zu Art. 681 ZGB.

498 Siehe auch HAAB, ZK, N 28 zu Art. 681/82 ZGB.

499 AMONN/WALTHER, N 5 zu § 23.

500 Siehe auch BRÜCKNER, Nr. 76; a.M. BSK SCHKG-VONDER MÜHLL, N 2 zu Art. 92, der die Pfändbarkeit eines Kaufsrechts – und damit implizit auch eines Vorkaufsrechts – generell ausschliesst, weil es eine blosse Anwartschaft ist. Damit verkennt er aber den eigenständigen wirtschaftlichen Wert eines Kaufs- bzw. Vorkaufsrechts, der sich insbesondere dann offenbart, wenn der zu bezahlende Kaufpreis unter dem Verkehrswert des Grundstücks liegt: vgl. auch oben Nr. 167.

501 Vgl. AMONN/WALTHER, N 6 zu § 23.

aa) Vollzug der Abtretung

298 Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Abtretung des Vorkaufsrechts in Form einer Vertragsübertragung vonstattengehe.[502] Diese Auffassung ist massgeblich von der hier abgelehnten Bedingungstheorie beeinflusst,[503] die auf der Prämisse fusst, dass mit dem Abschluss des Vorkaufsvertrags bereits ein bedingter Kaufvertrag zustande gekommen ist und dass daher die Abtretung des Vorkaufsrechts durch die Übertragung dieses Vertrags zu erfolgen hat. Sie verkennt damit die Eigenständigkeit des Vorkaufsrechts als eines (bedingten) Gestaltungsrechts. Selbstverständlich ist es möglich, dass sich alle drei Parteien in einem – die Formvorschriften von Art. 216 Abs. 2 bzw. 3 OR beachtenden – Dreierkonsens darauf einigen, dass der Dritte anstelle des bisherigen Vorkaufsberechtigten in den Vorkaufsvertrag eintreten soll. Aber dann hat man es eben mit einer – aufgrund der Privatautonomie zulässigen – Vertragsübertragung zu tun, nicht aber mit dem, was in Art. 216b OR angesprochen ist: Art. 216b OR spricht von der **Abtretung des Vorkaufsrechts,** nicht von einer Übertragung des Vorkaufsvertrags. Für das vertragliche Vorkaufsrecht hat der Gesetzgeber in Art. 216b OR mit anderen Worten positivrechtlich die Streitfrage entschieden, ob und unter welchen Voraussetzungen das Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht abtretbar ist.[504] Die hier vertretene Auffassung gleicht sich aber im Ergebnis der herrschenden Lehre an, wenn man berücksichtigt, dass in analoger Anwendung von Art. 170 Abs. 1 OR mit der Abtretung des Vorkaufsrechts auch die Nebenrechte auf den Dritten übergehen.[505]

299 Haben sich die Parteien des Vorkaufsvertrags auf ein abtretbares Vorkaufsrecht geeinigt, so **bedarf** die Abtretung des Vorkaufsrechts an den Dritten als solche **keiner weiteren Zustimmung des Vorkaufsrechtsgebers** mehr,[506] ausser dieser habe sich im Vorkaufsvertrag ein entsprechendes Zustimmungserfordernis

---

502 BRÜCKNER, Nr. 61; CR OR I-FOËX, N 5 zu Art. 216b; FAVRE, Nr. 251 ff.; REY, ZSR 1994, S. 41 f.; teilweise a.M. BRUNNER, S. 314 f.; für das alte Recht siehe OTT, S. 272. Eine differenzierte Sichtweise vertritt GIGER, BK, N 10 ff., insbesondere N 17 f. zu Art. 216b OR, der grundsätzlich auch von einer Vertragsübertragung ausgeht, der es aber – bei entsprechender Willenskundgebung der Parteien – auch für möglich hält, dass nur ein Teilaspekt des Vertragsganzen, beispielsweise eben das Vorkaufsrecht isoliert, auf einen Dritten übertragen wird.

503 Zur Bedingungstheorie vgl. oben Nr. 65. FAVRE, Nr. 256, erachtet aber selbst für die Begründungstheorie nur die Konzeption der Vertragsübertragung als vertretbar.

504 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3424 ff., insbesondere Nr. 3426.

505 Siehe dazu sogleich unten Nr. 309.

506 BRÜCKNER, Nr. 61; FAVRE, Nr. 678; HAAB, ZK, N 4 zu Art. 683 ZGB; a.M. MEIER-HAYOZ, BK, N 99 zu Art. 681 ZGB; REY, ZSR 1994, S. 45; differenzierend BRUNNER, S. 332 ff.

ausbedungen.[507] Andernfalls käme der Abrede, wonach das Vorkaufsrecht abtretbar sein soll, kein eigenständiger Sinn zu.

300 Die Abtretung des Vorkaufsrechts an einen Dritten erfolgt durch **Vertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten.** Dieser Vertrag stellt ein Verfügungsgeschäft dar.[508] In der Regel dürfte der Vertrag mit dem Dritten zugleich auch die Rechtsgrundabrede beinhalten. Als Rechtsgründe für die Abtretung fallen namentlich in Betracht:[509]

301 – Bezahlt der Dritte für die Übertragung des Vorkaufsrechts ein Entgelt, so erfolgt die Abtretung *kaufeshalber*. Ein Kaufvertrag kann gemäss der Legaldefinition von Art. 187 OR nämlich auch in einem Rechtskauf bestehen.[510] Als Kaufgegenstand in Betracht fallen namentlich auch obligationenrechtliche Gestaltungsrechte wie beispielsweise ein Vorkaufsrecht.[511]

302 – Tritt der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht unentgeltlich an den Dritten ab, erfolgt die Abtretung *schenkungshalber*. Gegenstand einer Schenkung kann – wie beim Kauf – auch ein Recht, somit auch ein Vorkaufsrecht, sein.[512]

303 – Als Rechtsgrund in Betracht fällt aber auch eine *Verfügung von Todes wegen*. Wenn das Vorkaufsrecht vererblich und abtretbar ausgestaltet worden ist, kann der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht namentlich durch *Vermächtnis* an einen Nichterben vermachen. Bei einer Verfügung von Todes wegen fallen allerdings Rechtsgrund und Verfügungsgeschäft zeitlich auseinander: Denn mit dem Tod des Erblassers geht das Vorkaufsrecht ipso iure auf seine Erben über (Art. 560 Abs. 2 ZGB). Der Vermächtnisnehmer erwirbt gegenüber den beschwerten Erben nur – aber immerhin – einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung des Vorkaufsrechts (Art. 562 Abs. 1 OR). Diesen Anspruch erfüllen die Erben, indem sie das Vorkaufsrecht vertraglich an den Vermächtnisnehmer abtreten.[513]

---

507 Vgl. BRÜCKNER, Nr. 61 Fn. 56.

508 BRUNNER, S. 315.

509 Siehe auch BRUNNER, S. 341 f.

510 GIGER, BK, N 23 f. zu Art. 187 OR; SCHÖNLE, ZK, N 60 zu Art. 184 OR. Ob es sich beim Kauf eines Rechts nun um einen «Fahrnis»kauf handelt, wie Art. 187 OR annehmen lässt, oder nicht (vgl. dazu SCHÖNLE, ZK, N 8 zu Art. 187 OR), ist mehr ein Streit um die richtige Terminologie und braucht für die vorliegende Arbeit nicht entschieden zu werden. Entscheidend ist, dass der Kauf von Rechten einen Kaufvertrag darstellt, auf den die Bestimmungen über den Fahrniskauf zumindest analog angewandt werden, «soweit sie nicht die Körperlichkeit des Kaufgegenstandes voraussetzen»: SCHÖNLE, ZK, N 9 zu Art. 187 OR.

511 SCHÖNLE, ZK, N 60 zu Art. 184 OR; vgl. auch CR OR I-VENTURI/ZEN-RUFFINEN, N 8 zu Art. 184.

512 BSK OR I-VOGT, N 6 und 15 zu Art. 239; vgl. auch MAISSEN, Nr. 83.

513 Siehe oben Nr. 288.

Ist die Abtretung des Vorkaufsrechts gemäss Vorkaufsvertrag zulässig, so bedarf sie gemäss Art. 216b Abs. 2 OR der gleichen **Form** wie die Begründung des Vorkaufsrechts. Das Formerfordernis bezieht sich auf den Verfügungsvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten, nicht auf das allenfalls diesem vorangehende Verpflichtungsgeschäft.[514] Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 216b Abs. 2 OR, wonach «*sie [die Abtretung]* der gleichen Form wie die Begründung» bedarf. In analoger Anwendung von Art. 13 Abs. 1 OR ist nur die Willenserklärung des verfügenden Zedenten formbedürftig.[515] Art. 216b Abs. 2 OR nimmt Bezug auf die Formvorschriften von Art. 216 Abs. 2 und 3 OR: Der Vertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten zur Abtretung eines unlimitierten Vorkaufsrechts bedarf demnach zu seiner Gültigkeit der einfachen Schriftform. Der Vertrag zur Abtretung eines limitierten Vorkaufsrechts bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.[516] Dies gilt auch dann, wenn das limitierte Vorkaufsrecht im Rahmen eines schriftlichen Teilungsvertrags begründet worden ist.[517] Denn massgebend ist nicht die Form, mit welcher das abzutretende Vorkaufsrecht begründet worden ist, sondern diejenige, die beachtet werden müsste, wenn zugunsten des Zessionars das Vorkaufsrecht erst neu begründet würde. Dem entspricht, dass die öffentliche Beurkundung auch dann von Nöten ist, wenn unter dem alten Recht in Schriftform rechtsgültig ein abtretbares limitiertes Vorkaufsrecht begründet worden ist[518] und dieses unter dem neuen Recht abgetreten werden soll.[519] Die Abtretung als eine nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts eintretende Tatsache hat gemäss Art. 1 Abs. 3 SchlT ZGB den Anforderungen und damit den Formvorschriften des neuen Rechts zu genügen. 304

Die Wirksamkeit der Abtretung setzt voraus, dass dem Zedenten die **Verfügungsmacht über das Vorkaufsrecht** zukommt.[520] Das Vorkaufsrecht muss also tatsächlich bestehen und dem Abtretenden zustehen. Fehlt diesem die Verfügungsmacht über das Vorkaufsrecht, wird auch der gutgläubige Zessionar in seinem Erwerb nicht geschützt. Und zwar geniesst dieser selbst dann keinen Schutz, wenn das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt war. Denn der öffentliche Glaube im Sinn von Art. 973 ZGB erstreckt sich nicht auf persönliche Rechte, auch nicht auf vorgemerkte.[521] «Wer sich also in gutem Glauben auf die 305

514 A.M. KOLLER, OR AT, N 228 zu § 84.
515 A.M. BRUNNER, S. 347.
516 GIGER, BK, N 20 zu Art. 216b OR; BSK OR I-FASEL, N 5 zu Art. 216b.
517 Vgl. oben Nr. 111 ff. A.M. CR OR I-FOËX, N 7 zu Art. 216b.
518 Vgl. oben Nr. 281 f.
519 Siehe CR OR I-FOËX, N 9 zu Art. 216b; SCHÖBI, AJP 1992, S. 570.
520 Siehe auch BRUNNER, S. 344 f.
521 BGE 90 II 393 ff. (402), E. 4; BRUNNER, S. 225 f. und 240; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 702 und 803, HAAB, ZK, N 29 zu Art. 681/82 ZGB; HOMBERGER, ZK, N 18

Vormerkung verlässt und so ein in Wirklichkeit nicht oder nicht mehr bestehendes Vorkaufsrecht zu erwerben vermeint, hat nicht erworben».[522] Der Schutz nach Art. 973 ZGB bezieht sich aber immerhin – wie auch weiter unten noch darzulegen sein wird[523] – auf die Vormerkungswirkungen als solche. Vorausgesetzt also, dass das persönliche Recht besteht und dem Abtretenden zusteht, geht der Vormerkungsschutz auch dann auf den gutgläubigen Zessionar über, wenn die Vormerkung ungerechtfertigt, beispielsweise auf Grund einer ungültigen Vormerkungsabrede vorgenommen worden sein sollte.[524]

306 Für die Wirksamkeit der Abtretung des Vorkaufsrechts an den Dritten **nicht erforderlich** ist eine **Anzeige an den Vorkaufsbelasteten.** Eine Anzeige ist aber aus zwei Gründen geboten: Erstens kann der Vorkaufsbelastete im Vorkaufsfall seiner Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR gegenüber dem neuen Vorkaufsberechtigten nur nachkommen, wenn er von der Abtretung Kenntnis hat. Ist ihm die Abtretung nicht mitgeteilt worden, so kann ihm keine Verletzung seiner Informationspflicht vorgeworfen werden, wenn er nicht den aktuellen, sondern den ursprünglichen Vorkaufsberechtigten über den Vorkaufsfall in Kenntnis setzt.[525] Und zweitens darf der sich – mangels Anzeige und sonstiger Anhaltspunkte – im guten Glauben befindliche Vorkaufsbelastete den ursprünglichen Rechtsinhaber weiterhin als Vorkaufsberechtigten betrachten und ihm – wenn dieser im Vorkaufsfall «sein» Vorkaufsrecht ausübt, das er in Tat und Wahrheit weiterveräussert hat – das Grundstück zu Eigentum übertragen, ohne dass er sich gegenüber dem tatsächlich Vorkaufsberechtigten schadenersatzpflichtig machen würde (Art. 167 OR analog).[526]

bb) Rechtslage nach erfolgter Abtretung

307 Durch die Abtretung des Vorkaufsrechts an den Dritten erwirbt dieser die Vorkaufsberechtigung, ohne jedoch Partei des ursprünglichen Vorkaufsvertrags zu werden.[527] Doch steht ihm fortan die Befugnis zu, im Vorkaufsfall **im eigenen Namen die Gestaltungserklärung abzugeben.**[528] Das heisst, der Zessionar

---

zu Art. 959 ZGB und N 7 zu Art. 973 ZGB; JOST, S. 96; MEIER-HAYOZ, BK, N 126 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 930.

522 MEIER-HAYOZ, BK, N 126 zu Art. 681 ZGB; PIOTET, ZBGR 1969, S. 57 f.

523 Vgl. unten Nr. 450 f.

524 BRUNNER, S. 240; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 702 und 803; PIOTET, ZBGR 1969, S. 58; STEINAUER, droits réels, Nr. 931.

525 Siehe auch unten Nr. 762.

526 BRUNNER, S. 362; VIONNET, S. 157.

527 Vgl. oben Nr. 298.

528 Vgl. VIONNET, S. 146 ff., der in diesem Zusammenhang ganz allgemein von einer «cession élargie» spricht, bezüglich des Vorkaufsrechts aber die Konzeption der Vertragsübertragung der herrschenden Lehre übernimmt: VIONNET, S. 148 und 153; ähnlich auch BRUNNER, S. 301.

(und nicht der ehemalige Vorkaufsrechtsnehmer) wird bei fristgerechter Ausübung des Vorkaufsrechts als Erwerber Partei des durch seine Ausübungserklärung zustande gekommenen Veräusserungsvertrags mit dem Vorkaufsbelasteten.

308 Der Dritte erwirbt das **Vorkaufsrecht** vom Vorkaufsrechtsnehmer mit all seinen Stärken und Schwächen. Es gilt der **Grundsatz der Identität.**[529] So besteht beispielsweise das Vorkaufsrecht für die im ursprünglichen Vorkaufsvertrag vereinbarte Dauer, wobei sich der Dritte die beim Vorkaufsrechtsnehmer bereits verstrichene Zeit anrechnen lassen muss.[530] Auch muss es sich der Dritte entgegenhalten, wenn die ursprünglichen Parteien des Vorkaufsvertrags die Vorkaufsfälle eingeschränkt haben.[531] Ist das Vorkaufsrecht limitiert, gelten die Modalitäten zur Bestimmung des Kaufpreises auch für den Dritten.[532] Bei einem vorgemerkten Vorkaufsrecht geht der Vormerkungsschutz auf den Dritten über.[533] Diese Rechtslage beruht indes nach der hier vertretenen Auffassung nicht auf einer Übertragung des Vorkaufsvertrags auf den Dritten,[534] sondern darauf, dass die ursprünglichen Parteien des Vorkaufsvertrags das Vorkaufsrecht – das bedingte Gestaltungsrecht – mit diesem Inhalt ausgestattet haben. Bei der Abtretung des Vorkaufsrechts erwirbt der Dritte dieses Recht nun eben genau so, wie es von den Parteien des ursprünglichen Vorkaufsvertrags ausgestaltet worden ist.

309 Mit der Abtretung des Vorkaufsrechts gehen in analoger Anwendung von Art. 170 Abs. 1 OR auch die **Nebenrechte** auf den Dritten über. Nach der Definition von SCHÖBI sind unter Nebenrechten «besondere, von der Forderung als solcher zu unterscheidende Befugnisse», zu verstehen, «die mit dieser derart verbunden sind, dass ihre Wirksamkeit eine gültig zustande gekommene Forderung voraussetzt».[535] Diese auf Nebenrechte von Forderungen zugeschnittene Definition lässt sich auch analog auf Nebenrechte von Gestaltungsrechten übertragen, wenn – wie im vorliegenden Zusammenhang – deren Abtretung zur Diskussion steht. Wie ich bereits ausgeführt habe, entstehen mit dem Abschluss des Vorkaufsvertrags gewisse Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten des Vorkaufsrechts-

---

529 Vgl. auch BRUNNER, S. 312 ff.

530 Zur Befristung des Vorkaufsrechts siehe unten Nr. 311 ff.

531 Vgl. REY, ZSR 1994, S. 42. Zur Einschränkung der Vorkaufsfälle siehe unten Nr. 747.

532 Zum limitierten Vorkaufsrecht siehe oben Nr. 272 ff.

533 Vgl. BRUNNER, S. 354 f.; REY, ZSR 1994, S. 42 f.; BSK ZGB II-SCHMID, N 11 zu Art. 959. Der Erwerber des Vorkaufsrechts kann vom Vorkaufsbelasteten verlangen, dass die Bezeichnung der aus dem Vorkaufsrecht berechtigten Person im Grundbuch geändert wird (vgl. Art. 123 Abs. 2 lit. b GBV). Zum Vormerkungsschutz siehe unten Nr. 364 ff.

534 A.M. FAVRE, Nr. 256; REY, ZSR 1994, S. 41 ff.

535 SCHÖBI, Akzessorietät, S. 26, im Original in Kursivschrift.

gebers.[536] Diese Pflichten des Vorkaufsrechtsgebers und die damit korrespondierenden Rechte des Vorkaufsberechtigten setzen zu ihrer Wirksamkeit ein gültig zustande gekommenes Vorkaufsrecht voraus. Diese Pflichten bzw. die damit korrespondierenden Rechte sind mit anderen Worten derart mit dem Vorkaufsrecht verbunden, dass sie als dessen Nebenrechte erscheinen, sodass sie bei der Abtretung des Vorkaufsrechts mit diesem auf den Dritterwerber übergehen. Damit gleicht sich die hier vertretene Meinung im Ergebnis stark der herrschenden Lehrmeinung an, welche bei der Abtretung eines Vorkaufsrechts von einer Vertragsübernahme des Dritten mit allen Rechten und Pflichten des Vorkaufsvertrags ausgeht.

310 Ein Unterschied zur Konzeption der Vertragsübernahme zeigt sich hingegen in folgendem Punkt: Haben die ursprünglichen Parteien des Vorkaufsvertrags ein periodisches Entgelt für die Einräumung des Vorkaufsrechts vereinbart, so schuldet der Vorkaufsrechtsnehmer gegenüber dem Vorkaufsrechtsgeber weiterhin ein Entgelt, auch wenn er das Vorkaufsrecht an einen Dritten weiterveräussert hat.[537] Es ist Sache des ursprünglichen Vorkaufsrechtsnehmers, sich im Vertrag mit dem Dritten seinerseits ein **Entgelt** für die Veräusserung des Vorkaufsrechts auszubedingen.

3. Befristung des Vorkaufsrechts

311 Am 1. Januar 1994 ist mit dem Bundesgesetz über die Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachenrecht) und des OR (Grundstückkauf) **Art. 216a OR** in Kraft getreten.[538] Diese Bestimmung sieht vor, dass Vorkaufsrechte «für höchstens 25 Jahre […] vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden» dürfen. Auf die in diesem Gesetzesartikel vorgesehene Vormerkungsmöglichkeit wird grundsätzlich noch weiter unten zurückzukommen sein.[539] Im vorliegenden Kapitel interessiert vorerst nur die zeitliche Befristung. An dieser Stelle bereits behandelt wird aus diesem Grund auch die *Dauer* der Vormerkungsmöglichkeit. Das Gesetz ordnet in Art. 216a OR nämlich eine *Befristung in doppelter Hinsicht* an: Einerseits kann das Vorkaufsrecht für höchstens 25 Jahre vereinbart werden. Andererseits kann das Vorkaufsrecht für höchstens 25 Jahre im Grundbuch vorgemerkt werden.[540]

312 Diese Gesetzesbestimmung wirft **Fragen in verschiedener Hinsicht** auf: Es stellen sich Fragen nach dem Anwendungsbereich (A) und dem Regelungsgehalt von Art. 216a OR (B) sowie nach der Rechtsnatur der in Art. 216a OR vorgese-

536 Vgl. oben Nr. 154 ff.
537 A.M. BRUNNER, S. 352.
538 AS 1993 II 1404 ff.
539 Vgl. unten Nr. 364 ff.
540 BRUNNER, S. 184; CR OR I-FOËX, N 13 zu Art. 216a; REY, ZSR 1994, S. 43.

henen Fristen (C). Abschliessend sind intertemporalrechtliche Aspekte (D) zu behandeln.

A) Anwendungsbereich von Art. 216a OR

Der Anwendungsbereich von Art. 216a OR ist von vornherein auf rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte beschränkt (a). Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der Anwendungsbereich von Art. 216a OR noch weitere Einschränkungen erfährt (b). Schliesslich muss klargestellt werden, dass die Fristen von Art. 216a OR nicht nur für das vorgemerkte, sondern auch für das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht gelten (c). 313

a) Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte

Art. 216a OR spricht davon, dass Vorkaufsrechte für höchstens 25 Jahre «vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt» werden dürfen. Damit ist klar, dass diese Vorschrift von vornherein auf rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte zugeschnitten und **nicht auf gesetzliche Vorkaufsrechte anwendbar** ist.[541] Denn diese müssen weder vereinbart noch im Grundbuch vorgemerkt werden. Vielmehr bestehen sie von Gesetzes wegen, und eine Vormerkung im Grundbuch ist weder erforderlich noch zulässig.[542] 314

Wird allerdings ein gesetzliches Vorkaufsrecht durch öffentliche Beurkundung abgeändert (vgl. Art. 681b Abs. 1 ZGB) und erhält es dadurch einen Inhalt, der über denjenigen eines gesetzlichen Vorkaufsrechts hinausgeht, namentlich bei einer Kaufpreisfixierung, so unterliegt diese **rechtsgeschäftliche Modifikation eines gesetzlichen Vorkaufsrechts** nach der hier vertretenen Auffassung den Fristen von Art. 216a OR.[543] 315

b) Weitere Einschränkungen des Anwendungsbereichs?

Der Anwendungsbereich von Art. 216a OR ist also nach dem Gesagten von vornherein auf rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte beschränkt. Innerhalb der rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechte werden in der Literatur jedoch noch weitere Ausnahmen vom Anwendungsbereich von Art. 216a OR diskutiert, namentlich für das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis oder für Vorkaufsrechte, die Bestandteil eines Dauervertrags sind. Nach einer Darstellung von Lehre und Rechtsprechung (aa) befasse ich mich mit der ratio legis von Art. 216a OR (bb). Anschliessend gehe ich der Frage nach, ob das Vorkaufsrecht im Stock- 316

---

541 BGE 126 III 421 ff. (425), E. 3b/aa.

542 Siehe GHANDCHI, S. 97 f.

543 Siehe auch unten Nr. 474.

werkeigentumsverhältnis (cc) oder Vorkaufsrechte, die Bestandteil eines Dauervertrags sind (dd), vom Anwendungsbereich von Art. 216a OR erfasst sind.

aa) Lehre und Rechtsprechung

317 Die **bundesrätliche Botschaft** vom 19. Oktober 1988 zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) sowie zum Bundesgesetz über die Teilrevisionen des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf) führt aus: «Die Höchstdauer von 25 Jahren [nach Art. 216a OR] gilt nicht, wenn Vorkaufsrechte im Begründungsakt einer Stockwerkeigentumsgemeinschaft oder mittels nachmaliger Vereinbarung begründet werden (Art. 712c ZGB)».[544] Eine Begründung für diese Ausnahme liefert der Bundesrat freilich nicht.

318 In der **Lehre** hat sich REY der Auffassung der bundesrätlichen Botschaft angeschlossen und eine Begründung nachgeliefert: Aufgrund der systematischen Stellung von Art. 216a OR innerhalb der Bestimmungen über den Grundstückkaufvertrag seien diese Fristen nur auf vertraglich vereinbarte Vorkaufsrechte anwendbar, nicht aber auf das durch einseitiges Rechtsgeschäft (die Begründungserklärung) oder durch einen Beschluss begründete Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer.[545] Auch MEIER teilt die Auffassung des Bundesrates, begründet diese Ausnahme aber damit, dass das Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer eine dem gesetzlichen Vorkaufsrecht angenäherte Rechtsnatur aufweise.[546] Es entspricht denn auch heute einhelliger Lehre, dass das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis nicht an die Fristen gemäss Art. 216a OR gebunden ist.[547] Darüber hinaus wurde die bundesrätliche Botschaft von jenem Teil der Lehre, welcher die Regelung von Art. 216a OR generell als zu starr und als unverhältnismässige Einschränkung der Vertragsfreiheit kritisiert,[548] dankbar aufgenommen und als Grundlage für weitere Ausnahmen herangezogen. SCHÖBI verneint beispielsweise die Anwendbarkeit der Fristen von Art. 216a OR auf Sachverhalte mit gesellschaftsrechtlichem Einschlag. In solchen Fällen seien legitime Bedürfnisse nach längeren Fristen nicht auszuschliessen.[549] Und SIMONIUS/SUTTER halten die Fristen von Art. 216a OR dort nicht für anwendbar, wo das «Vorkaufsrecht integraler Bestandteil eines primär auf andere Ziele gerichteten Vertrages ist, welcher Dauerschuldverhältnisse geschaffen hat, wie

544 BBl 1988 III 1078; kritisch FOËX, SemJud 1994, S. 403 f.

545 REY, ZSR 1994, S. 43.

546 MEIER, S. 145.

547 Siehe auch CR OR I-FOËX, N 3 zu Art. 216a; SIMONIUS/SUTTER, N 37 Fn. 75 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1220; WERMELINGER, ZK, N 27 zu Art. 712c ZGB.

548 Vgl. die Kritik von GIGER, BK, N 2 zu Art. 216a OR; BSK OR I-FASEL, N 6 zu Art. 216a.

549 SCHÖBI, AJP 1992, S. 569.

das etwa bei Mietverträgen, Gesellschaftsverträgen, Gemeinderschaftsverträgen usw. der Fall sein kann». In diesen Fällen dauere das Vorkaufsrecht solange, als das Dauerschuldverhältnis bestehe.[550] Andere Autoren wiederum lehnen eine derartige Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 216a OR mit Verweis auf den absolut gefassten Wortlaut und die gesetzgeberischen Motive ab.[551]

319 Das **Bundesgericht** hat in einem obiter dictum das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis mit Verweis auf den gesetzgeberischen Willen ebenfalls vom Anwendungsbereich von Art. 216a OR ausgeschlossen.[552] Sodann hat es die Frage andiskutiert, ob die Fristen von Art. 216a OR auch dann zu gelten haben, wenn die Parteien eines Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrechts zugleich durch ein Rechtsverhältnis miteinander verbunden seien, das auf einer körperschaftlichen Struktur basiere. Letztlich hat es diese Frage aber offen gelassen.[553]

bb) Ratio legis von Art. 216a OR

320 Zwar ist der Regelung von Art. 216a OR in der Literatur teilweise Kritik widerfahren, weil sie generell als zu starr und als unverhältnismässige Einschränkung der Vertragsfreiheit angeschaut wird. Trotz dieser ansatzweise berechtigten Kritik gilt es an dieser Stelle zu betonen, dass der Gesetzgeber mit der Legiferierung von Art. 216a OR durchaus einem legitimen **Bedürfnis nach Rechtssicherheit und dem Schutz vor übermässiger Bindung** nachgekommen ist. Denn das Vorkaufsrecht ist nach dem Gesagten ein suspensiv bedingtes Gestaltungsrecht. Im Vorkaufsfall erlangt der Vorkaufsberechtigte die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung gegenüber dem Vorkaufsbelasteten einen Veräusserungsvertrag über das Vorkaufsobjekt herbeizuführen.[554] Mit dieser Gestaltungsberechtigung auf der einen Seite ist auf der anderen Seite eine Gestaltungsbelastung verbunden: Der Vorkaufsbelastete muss es sich im Vorkaufsfall gefallen lassen, dass der Vorkaufsberechtigte durch einseitige Willenserklärung einen Veräusserungsvertrag über das Vorkaufsobjekt zustande bringen kann. Diese Belastung zeitigt ihre Wirkungen bereits vor dem Eintritt des Vorkaufsfalls, weil der Vorkaufsbelastete für die Dauer des Vorkaufsrechts faktisch in der Partnerwahl fixiert ist, falls er sein Grundstück verkaufen möchte.[555] Die Rechtssicherheit und letztlich auch der Schutz vor übermässiger Bindung gebieten es generell und für den Fall des Vorkaufsrechts im Besonderen, dass der mit einem Gestaltungsrecht verbundenen Belastung zeitliche Schranken gesetzt sind.

---

550 SIMONIUS/SUTTER, N 37 zu § 11.
551 CR OR I-FOËX, N 4 zu Art. 216a; DERSELBE, SemJud 1994, S. 404; MEIER, S. 145.
552 BGE 126 III 421 ff. (425 f.), E. 3b/aa.
553 BGE 126 III 421 ff. (426), E. 3b/bb.
554 Vgl. oben Nr. 9 ff.
555 Vgl. oben Nr. 39.

Diese zeitlichen Schranken können sich aus dem Gesetz, aus einer Parteivereinbarung oder aus der Natur der Sache ergeben.[556] Indem der Gesetzgeber in Art. 216a OR das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht auf maximal 25 Jahre begrenzt, kommt er einem legitimen Bedürfnis nach einer zeitlichen Befristung eines Gestaltungsrechts nach.[557] Da sich diese gesetzliche Regelung im Einzelfall dennoch als zu starr erweisen kann, mag die Frage trotzdem erlaubt sein, ob die vom Gesetzgeber getroffene Regel für alle Fälle sachgerecht ist oder ob in gewissen Fällen nicht gewisse Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Fristen nach Art. 216a OR zuzulassen sind. Diese Frage ist im Folgenden näher zu untersuchen.

cc) Anwendung auf das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis?

321 Was das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis anbelangt, so entspricht es sowohl dem klaren gesetzgeberischen Willen wie auch einhelliger Lehre und Rechtsprechung, dass dieses **nicht an die Fristen von Art. 216a OR gebunden** ist.[558] Es stellt sich aber die Frage, wie diese Auffassung zu begründen ist.

322 MEIER liefert meines Erachtens den richtigen Begründungsansatz dafür, wenn er darauf hinweist, dass das Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer **von seiner Rechtsnatur her dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer angenähert** ist.[559] Denn das Stockwerkeigentum ist gemäss der Legaldefinition von Art. 712a Abs. 1 ZGB nichts anderes als eine besondere Form des Miteigentums an Grundstücken.[560] Für das Miteigentum an Grundstücken sieht Art. 682 Abs. 1 ZGB ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Miteigentümer gegenüber Dritten vor. Für das Stockwerkeigentum ordnet Art. 712c Abs. 1 ZGB zwar gerade Gegenteiliges an, nämlich dass die Stockwerkeigentümer von Gesetzes wegen kein Vorkaufsrecht haben gegenüber einem Dritten, der einen Stockwerkeigentumsanteil erwirbt. Doch können die Stockwerkeigentümer ein solches Vorkaufsrecht vereinbaren und im Grundbuch vormerken lassen. Durch eine solche Vereinbarung führen die Stockwerkeigentümer gewissermassen jenes Vorkaufsrecht ein, welches im normalen Miteigentumsverhältnis bereits von Gesetzes wegen besteht. Man kann also argumentieren, dass im Stockwerkeigentumsrecht ein gesetzliches Vorkaufsrecht mit umgekehrtem Vorzeichen besteht: Von Gesetzes wegen steht den Stockwerkeigentümern kein Vorkaufsrecht zu. Doch der Gesetzgeber gibt ihnen die Möglichkeit, im Begründungsakt oder durch nachhe-

---

556 Vgl. VIONNET, S. 272, in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 164 Abs. 1 OR.

557 A.M. jedoch BUCHER, BK, N 242 zu Art. 27 ZGB.

558 Vgl. oben Nr. 317 ff.

559 MEIER, S. 145; siehe auch BGE 126 III 421 ff. (426), E. 3b/aa. Siehe dazu unten Nr. 471 f.

560 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 7 zu Art. 712a ZGB.

rige Vereinbarung jenes Vorkaufsrecht einzuführen, welches im normalen Miteigentumsverhältnis von Gesetzes wegen besteht – und damit auch keiner zeitlichen Befristung untersteht. Es ist jedoch einzugestehen, dass dem gesetzgeberischen Willen nur dank eines argumentatorischen Kunstgriffes Nachachtung verschafft werden kann. Es wäre zu begrüssen gewesen, wenn der Gesetzgeber direkt in Art. 712c ZGB angeordnet hätte, dass sich das vorgemerkte Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer nach den Regeln des gesetzlichen Vorkaufsrechts der Miteigentümer richtet.[561]

dd) Anwendung auf Vorkaufsrechte, die Bestandteil eines Dauervertrags sind?

323 Beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis kann man nach dem Gesagten so argumentieren, dass es sich um ein dem gesetzlichen Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis nachgebildetes Vorkaufsrecht handle und es deswegen nicht an die Fristen von Art. 216a OR gebunden sei. Eine solche Argumentation fällt ausser Betracht, soweit ein Vorkaufsrecht in Frage steht, welches Bestandteil eines primär auf andere Ziele gerichteten Dauervertrages bildet, wie beispielsweise eines Miet-, Pacht- oder Gesellschaftsvertrags. In solchen Fällen kann nicht behelfsmässig auf ein gesetzliches Vorkaufsrecht rekurriert werden. Es trifft allerdings zu, dass auch bei solchen Verträgen im Einzelfall durchaus ein «legitimes Bedürfnis» nach einem Vorkaufsrecht mit einer längeren Frist als 25 Jahren bestehen kann. Insofern kann sich die Gesetzesbestimmung von Art. 216a OR im Einzelfall tatsächlich als zu starr erweisen. Gerade in Fällen, in denen die Parteien nicht nur durch ein Vorkaufsrecht, sondern zusätzlich durch ein dem Vorkaufsrecht zugrunde liegendes Grundverhältnis rechtlich miteinander verbunden sind, hätte man dem Bedürfnis nach einer zeitlichen Befristung des Vorkaufsrechts auch genügen können, wenn man die Dauer des Vorkaufsrechts an die Dauer des zugrunde liegenden Grundverhältnisses geknüpft hätte. Denn diese Grundverhältnisse sind als Dauerschuldverhältnisse regelmässig (unter Einhaltung gewisser Fristen) kündbar. Doch der Gesetzgeber hat keine entsprechende Möglichkeit vorgesehen. Ein «legitimes Bedürfnis» nach längeren Fristen genügt nicht, um vom klaren Wortlaut von Art. 216a OR abzuweichen.[562] Die **25-Jahresfrist** von Art. 216a OR bleibt daher auf solche Vorkaufsrechte **anwendbar.** Diese Problematik wird jedoch insoweit gemildert, als es die Parteien des Grundverhältnisses selber in der Hand haben, jeweils gegen Ablauf der 25-Jahresfrist ein neues Vorkaufsrecht mit einer Laufzeit von wiederum 25 Jahren zu vereinbaren[563] oder ansonsten das Grundverhältnis aufzulösen.

---

561 Zu Recht kritisch daher FOËX, S. 404.

562 Siehe auch BSK OR I-FASEL, N 6 in fine zu Art. 216a; CR OR I-FOËX, N 4 zu Art. 216a.

563 Vgl. unten Nr. 329.

324 **De lege ferenda** wäre es trotzdem begrüssenswert, wenn der Gesetzgeber – anstelle einer starren zeitlichen Befristung des Vorkaufsrechts – dem Vorkaufsbelasteten nach Ablauf einer gewissen Zeitdauer beispielsweise zwingend eine Kündigungsmöglichkeit seiner Vorkaufsbelastung einräumen würde.[564]

c) Anwendung auch auf das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht

325 Abschliessend gilt es noch klar zu stellen, dass die Maximaldauer des Vorkaufsrechts von 25 Jahren gemäss **Art. 216a OR gleichermassen für das vorgemerkte wie für das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht gilt.**[565] Diese Klarstellung ist deshalb angezeigt, weil die Formulierung von Art. 216a OR – Vorkaufsrechte dürfen für höchstens 25 Jahre «vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden» – zur falschen Annahme verleiten könnte, dass ein Vorkaufsrecht nur dann auf maximal 25 Jahre zu befristen ist, wenn es auch im Grundbuch vorgemerkt wird, während ein nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht – wie unter dem alten Recht[566] – auf unbegrenzte Dauer vereinbart werden darf.[567]

326 Eine solche **Interpretation von Art. 216a OR** würde aber klar dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, der nicht mehr zwischen «einer obligatorischen und einer realobligatorischen Befristung» unterscheiden wollte.[568] Sie würde zudem zu einer unterschiedlichen Behandlung des vorgemerkten Vorkaufsrechts einerseits und des nicht vorgemerkten Vorkaufsrechts andererseits führen, welche sachlich nicht zu rechtfertigen wäre. Auch würde diese Auffassung bezüglich des nicht vorgemerkten Vorkaufsrechts das bereits unter dem alten Recht bekannte Problem perpetuieren, dass keine zeitliche Befristung des Vorkaufsrechts existiert, obwohl die Rechtssicherheit und der Schutz vor übermässiger Bindung eine solche gebieten.[569] Schliesslich ist diese Auffassung auch nicht die einzige, welche sich mit dem Wortlaut von Art. 216a OR – der bekanntlich oh-

---

564 Der Begriff «Kündigung» wird hier in einem untechnischen Sinn verwendet. Unter einer Kündigung versteht man regelmässig das Gestaltungsrecht, mit welchem ein Dauervertrag auf einen bestimmten Termin hin aufgelöst wird: SCHMID/STÖCKLI, Nr. 104 f. Nach dem bereits Gesagten handelt es sich beim Vorkaufsvertrag indes nicht um einen Dauervertrag. Immerhin weist er ein Dauerelement auf: vgl. oben Nr. 85. Unter Kündigung im hiesigen Kontext verstehe ich dagegen, dass der Gesetzgeber dem Vorkaufsbelasteten die Möglichkeit einräumen sollte, dem durch seine (bedingte) Gestaltungsbelastung verursachten Schwebezustand auf einen bestimmten Termin hin ein Ende zu bereiten.

565 BSK OR I-FASEL, N 5 zu Art. 216a; GIGER, BK, N 2 zu Art. 216a OR; REY, ZSR 1994, S. 40; STREBEL, Nr. 1514.

566 Vgl. dazu unten Nr. 345.

567 Vgl. HESS, BSK, N 3 zu Art. 216a OR.

568 BBl 1988 III 1079 f.

569 Vgl. oben Nr. 320.

nehin nur eines von mehreren Auslegungselementen ist[570] – verträgt. Denn der Wortlaut von Art. 216a OR lässt sich ohne Weiteres auch so verstehen, dass sich die Maximaldauer von 25 Jahren je einzeln sowohl auf die Dauer des Vorkaufsrechts an sich wie auch auf die Dauer einer – fakultativen – Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch bezieht. Vereinbaren die Parteien ein nicht vormerkbares Vorkaufsrecht oder lassen die Parteien das Vorkaufsrecht trotz Vormerkungsabrede nicht im Grundbuch vormerken, untersteht es trotzdem der Maximaldauer von 25 Jahren. Einzig eine solche Interpretation von Art. 216a OR ist mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar.

B) Regelungsgehalt von Art. 216a OR

Gemäss Art. 216a OR dürfen Vorkaufsrechte für höchstens 25 Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden. Demnach besteht für Vorkaufsrechte und ihre Vormerkbarkeit eine Höchstdauer von 25 Jahren (a). Zulässig ist hingegen die Vereinbarung einer kürzeren Dauer (b). Art. 216a OR kann aber auch als vertragsergänzende Norm (c) zur Anwendung gelangen. Schliesslich interessieren der Beginn der Dauer (d) und die Folgen des Ablaufs der Dauer (e). 327

a) Höchstdauer von 25 Jahren

Wie bereits gesagt worden ist, sieht Art. 216a OR eine Befristung in doppelter Hinsicht vor: Einerseits kann das Vorkaufsrecht für höchstens 25 Jahre vereinbart werden. Andererseits kann das Vorkaufsrecht für höchstens 25 Jahre im Grundbuch vorgemerkt werden. Die gesetzliche Höchstdauer weist in beiden Fällen **zwingenden Charakter** auf.[571] Die Vorkaufsvertragsparteien dürfen also weder ein unbefristetes Vorkaufsrecht noch ein solches auf eine längere Dauer als 25 Jahre vereinbaren. Ebenso wenig dürfen sie einen unbefristeten Vormerkungsschutz oder einen solchen auf eine längere Dauer als 25 Jahre vorsehen. 328

Die **vorgängige Verpflichtung zur Erneuerung** des Vorkaufsrechts und/oder des Vormerkungsschutzes nach Ablauf der gesetzlichen Maximaldauer von 25 Jahren stellt einen Verstoss gegen den zwingenden Charakter von Art. 216a OR dar und ist deswegen **nichtig.**[572] Zulässig ist hingegen, dass die Parteien nach Ablauf der Dauer ein neues Vorkaufsrecht (mit oder ohne Vormerkungsschutz) vereinbaren. Denkbar ist auch, dass sich die Parteien bereits während der Geltungsdauer des ersten Vorkaufsrechts auf ein neues Vorkaufsrecht (mit oder ohne Vormerkungsschutz) einigen, welches wieder auf die volle gesetzlich zu- 329

---

570 Siehe statt vieler BGE 124 III 229 ff. (235 ff.), E. 3c.

571 CR OR I-FOËX, N 6 zu Art. 216a.

572 GIGER, BK, N 6 zu Art. 216a OR; BSK OR I-FASEL, N 7 zu Art. 216a; siehe auch STEINAUER, droits réels, Nr. 1700a, betreffend das Kaufs- und das Rückkaufsrecht.

lässige Höchstdauer von 25 Jahren bestellt wird.[573] In beiden Fällen handelt es sich aber nicht um eine Verlängerung des bisherigen Vorkaufsrechts, sondern um die rechtliche Begründung eines neuen Vorkaufsrechts. Dies ist insbesondere bezüglich des Vormerkungsschutzes relevant, weil das Vorkaufsrecht diesfalls unter einem neuen Datum im Grundbuch vorgemerkt wird und somit einen neuen Rang gemäss Art. 972 ZGB einnimmt.[574]

330 Wenn die Parteien ein Vorkaufsrecht auf eine **längere Dauer als 25 Jahre** vereinbaren und/oder die Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch für eine längere Dauer als 25 Jahre vorsehen, so ist die entsprechende Parteiabrede wegen eines Verstosses gegen den zwingenden Art. 216a OR **teilnichtig** im Sinn von Art. 20 Abs. 2 OR: Die über das gesetzlich zulässige Mass hinausgehende Dauer wird auf die gesetzlich gerade noch zulässigen 25 Jahre reduziert, sofern nicht anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag bei einer Reduktion der Dauer auf 25 Jahre nicht abgeschlossen hätten.[575] Denkbar ist dabei auch, dass im Sinn einer modifizierten Teilnichtigkeit mit der Reduktion der Dauer des Vorkaufsrechts auf 25 Jahre ein vom Vorkaufsrechtsnehmer geleistetes oder zu leistendes Entgelt ebenfalls entsprechend reduziert wird.[576]

331 Unter dem alten Recht unterstand das Vorkaufsrecht keiner zeitlichen Befristung. Das Vorkaufsrecht durfte grundsätzlich auf beliebig lange Zeit vereinbart werden, doch konnte sich der Vorkaufsbelastete im Einzelfall auf eine übermässige Bindung im Sinn von Art. 27 Abs. 2 ZGB oder auf die clausula rebus sic stantibus gemäss Art. 2 ZGB zu berufen.[577] Nachdem der Gesetzgeber in Art. 216a OR eine Maximaldauer von 25 Jahren für das Vorkaufsrecht festgelegt hat, stellt sich die Frage, ob daneben noch Raum dafür besteht, dass sich der Vorkaufsbelastete im Einzelfall auf eine **übermässige Bindung** oder auf die **clausula rebus sic stantibus** berufen kann. Diese Frage ist zu bejahen, auch wenn dabei äusserste Zurückhaltung geboten ist. Denn die clausula rebus sic stantibus und der Schutz vor übermässiger Bindung dürfen in der ganzen Rechtsordnung Geltung beanspruchen.[578] Äusserste Zurückhaltung bei der Annahme einer übermässigen Bindung oder bei der Berufung auf die clausula rebus sic stantibus

---

573 BRÜCKNER, Nr. 80; CR OR I-FOËX, N 8 zu Art. 216a.

574 BRÜCKNER, Nr. 80; CR OR I-FOËX, N 14 zu Art. 216a; DERSELBE, SemJud 1994, S. 405; siehe auch STEINAUER, droits réels, Nr. 1700a, betreffend das Kaufs- und Rückkaufsrecht. Zur Teilnahme des vorgemerkten Vorkaufsrechts an der Rangordnung der im Grundbuch eingetragenen dinglichen Rechte vgl. unten Nr. 372.

575 SIMONIUS/SUTTER, N 35 Fn. 68 zu § 11; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 706.

576 Vgl. zur modifizierten Teilnichtigkeit GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 703 ff.

577 Siehe auch unten Nr. 345.

578 Der Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung gemäss Art. 27 ZGB gehört sogar zum schweizerischen Ordre public: HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 815.

ist aber deswegen angezeigt, weil der Gesetzgeber mit seiner Befristung des Vorkaufsrechts auf maximal 25 Jahre festgelegt hat, was er grundsätzlich als zulässiges Mass an Bindung betrachtet. Gleichwohl bleibt immer der Einzelfall zu würdigen. Beim unlimitierten Vorkaufsrecht ist wohl kaum ein Fall denkbar, in dem die 25-Jahresfrist zu einer übermässigen Bindung führt oder eine Berufung auf die clausula rebus sic stantibus erfolgversprechend wäre. Hingegen ist dies bei einem limitierten Vorkaufsrecht nicht a priori auszuschliessen, insbesondere in Fällen nicht vorhersehbarer Entwicklungen der Immobilienpreise.[579]

b) Zulässigkeit einer kürzeren Dauer

Art. 216a OR statuiert nur eine gesetzliche Maximaldauer des Vorkaufsrechts an sich und dessen Vormerkungsmöglichkeit im Grundbuch. Die Gesetzesbestimmung ist deshalb **nur einseitig zwingend.** Die Parteien des Vorkaufsvertrags sind frei, ein Vorkaufsrecht auf eine kürzere Dauer als 25 Jahre zu vereinbaren. Ebenso können sie vorsehen, dass das Vorkaufsrecht für eine kürzere Zeit als 25 Jahre im Grundbuch vorzumerken ist. 332

Die **Dauer des Vorkaufsrechts und** dessen **Vormerkungsdauer** im Grundbuch **dürfen** durchaus **auseinanderfallen,** wenn auch kaum ein praktisches Interesse der Parteien an einer solchen Regelung erkennbar ist. So wäre es zumindest denkbar, dass die Parteien eine kürzere Vormerkungsdauer vereinbaren als die Dauer des Vorkaufsrechts selbst. Grundsätzlich nicht zulässig ist hingegen eine Vereinbarung, wonach die Dauer der Vormerkung im Grundbuch die Dauer des Vorkaufsrechts an sich übersteigt. Da mit dem Zeitablauf des persönlichen Rechts auch der Rechtsgrund für die Vormerkung entfällt, kann das Vorkaufsrecht nicht über die Dauer seines rechtlichen Bestands hinaus im Grundbuch vorgemerkt werden.[580] Ausnahmsweise kann die Vormerkungsdauer die Dauer des vorzumerkenden Rechts gleichwohl übersteigen, dann nämlich, wenn 333

---

579 Vgl. auch SIMONIUS/SUTTER, N 36 zu § 11, für ein Kaufsrecht. Siehe auch unten Nr. 996.

580 CR OR I-FOËX, N 13 in fine zu Art. 216a; HOMBERGER, ZK, N 12 zu Art. 959 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 129 zu Art. 681 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 477; a.M. HAAB, ZK, N 14 zu Art. 681/82 ZGB; PFÄFFLI, BN 1990, S. 52. HAAB begründet seine abweichende Auffassung und damit die Möglichkeit einer Vormerkungsdauer über das Erlöschen des Vorkaufsrechts hinaus damit, dass dadurch dem Vorkaufsberechtigten auch dann ein Vormerkungsschutz zu Teil werde, wenn kurz vor Ablauf der Vormerkungsdauer der Vorkaufsfall eintrete und der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht zwar innerhalb der dreimonatigen Ausübungsfrist ausübe, aber eben nach Ablauf der Dauer des Vorkaufsrechts. Nach richtiger Auffassung stellt jedoch die Dauer des Vorkaufsrechts eine absolute Verwirkungsfrist dar, nach deren Ablauf das Vorkaufsrecht gar nicht mehr ausgeübt werden kann: siehe dazu unten Nr. 850 f.

das Vorkaufsrecht vorgemerkt wird, bevor es seine Wirkung entfaltet.[581] So können die Parteien beispielsweise vereinbaren, dass das Vorkaufsrecht mit Wirkung ab dem 1. Januar 2015 für 25 Jahre vorzumerken ist, obwohl das Vorkaufsrecht nach dem Willen der Parteien nur in der Zeit vom 1. Januar 2020 bis zum 1. Januar 2040 Bestand haben soll.[582] Nicht zulässig ist es hingegen, ein Vorkaufsrecht im Grundbuch vorzumerken, das zu keiner Zeit während der ganzen Vormerkungsdauer ausgeübt werden könnte, selbst wenn in dieser Zeitspanne ein Vorkaufsfall eintreten würde.[583] Denn «[z]ur Aufnahme wirkungsloser Eintragungen […] ist das Grundbuch nicht gegeben».[584]

c) Art. 216a OR als vertragsergänzende Norm

334 Die Abrede über die Dauer des Vorkaufsrechts stellt **keinen objektiv wesentlichen Punkt des Vorkaufsvertrags** dar.[585] Es wäre nicht sachgemäss, das Zustandekommen des Vorkaufsvertrags zu verneinen, bloss weil die Parteien keine Vereinbarung über die Dauer des Vorkaufsrechts getroffen haben, was insbesondere bei den schriftlich vereinbarten unlimitierten Vorkaufsrechten oft vorkommen dürfte. An der hier vertretenen Auffassung ändert auch Art. 77 Abs. 1 GBV nichts, der vorsieht, dass «[d]er Rechtsgrundausweis für eine Vormerkung […] allfällige Beschränkungen seiner Dauer enthalten» muss. Für die Frage der objektiven Wesentlichkeit der Abrede über die Dauer des Vorkaufsrechts kann es keine Rolle spielen, ob das Vorkaufsrecht gemäss Parteivereinbarung vormerkbar ist oder nicht. Die Grundbuchverordnung darf zudem keine Anforderungen an den Vorkaufsvertrag stellen, die dem übergeordneten materiellen Gesetzesrecht nicht zu entnehmen sind.[586] Denn als Ausführungsverordnung muss sich die Grundbuchverordnung «an den durch das Gesetz vorgegebenen Rahmen halten und darf der Regelung des Gesetzes, die sie näher ausführen soll, nicht zuwiderlaufen».[587]

335 Vereinbaren die Vertragsparteien, dass ein Vorkaufsrecht begründet wird, ohne eine bestimmte Dauer des Vorkaufsrechts festzulegen, stellt sich die Frage, wie lange dieses Vorkaufsrecht rechtlich Bestand haben soll. Natürlich stellt sich diese Frage erst, wenn alle Mittel der Vertragsauslegung zum Ergebnis führen,

---

581 Vgl. das Urteil des Luzerner Obergerichts vom 2. Mai 2002, in: ZBGR 87/2006, S. 264 ff. (266 f.), E. 6.2, betreffend die Vormerkung eines Pachtvertrags.

582 Siehe PFÄFFLI, BN 1990, S. 52.

583 MEIER-HAYOZ, BK, N 121 zu Art. 681 ZGB.

584 So die Worte des Bundesgerichts in BGE 89 I 503 ff. (506 f.), E. 3, betreffend ein Kaufsrecht.

585 A.M. BRUNNER, S. 161.

586 Dasselbe gilt für die Vorgängerbestimmung von Art. 71 Abs. 2 aGBV.

587 BGE 121 III 97 ff. (99), E. 2c.

dass die Parteien keine bestimmte Dauer vereinbart haben.[588] Dann aber ist es eine Frage der Vertragsergänzung. Dabei stellt das dispositive Recht das erste Mittel zur Vertragsergänzung dar.[589] Art. 216a OR ist – nach dem Gesagten[590] – einseitig zwingend und damit anderweitig dispositiv. Die Parteien haben zwar die Möglichkeit, das Vorkaufsrecht für eine kürzere Dauer als 25 Jahre zu vereinbaren. Doch wenn die Parteien sich über die bestimmte Dauer ausschweigen, so rechtfertigt es sich meines Erachtens, Art. 216a OR als vertragsergänzende Norm in der Weise heranzuziehen, dass die **Dauer des Vorkaufsrechts 25 Jahre** beträgt.[591]

336 Analoges gilt, wenn die Parteien des Vorkaufsvertrags vereinbaren, dass das Vorkaufsrecht vorzumerken sei, ohne eine bestimmte Vormerkungsdauer vorzusehen. Auch hier muss die Vormerkungsdauer primär durch Vertragsauslegung bestimmt werden. Haben die Parteien eine bestimmte Dauer für das Vorkaufsrecht vereinbart, so dürfte die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip regelmässig zum Ergebnis führen, dass die Vormerkungsdauer mit der Dauer des Vorkaufsrechts übereinstimmen soll. Haben die Parteien weder für das Vorkaufsrecht noch für dessen Vormerkung eine bestimmte Dauer vereinbart, so rechtfertigt es sich wiederum, Art. 216a OR als vertragsergänzende Norm anzuwenden und nicht nur für das Vorkaufsrecht, sondern auch für dessen **Vormerkung von einer Dauer von 25 Jahren** auszugehen.

d) Beginn der Dauer

337 Steht im konkreten Fall die **Dauer des Vorkaufsrechts** einmal fest, so stellt sich die Anschlussfrage, wann sie zu laufen beginnt. Da uno actu mit Abschluss des Vorkaufsvertrags dem Vorkaufsberechtigten das Vorkaufsrecht eingeräumt wird,[592] beginnt die Dauer des Vorkaufsrechts **grundsätzlich** – also ohne gegenteilige Anordnung der Parteien – **im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** zu laufen.[593]

338 Aufgrund der Privatautonomie muss es den Parteien aber gestattet sein, den **Beginn der Dauer** selber und **abweichend** vom Zeitpunkt des Vertragsabschlusses **festzulegen.** Denn das Gesetz ordnet in Art. 216a OR nur an, dass ein

---

588 Vgl. CR OR I-FOËX, N 6 zu Art. 216a. Es gilt aber zu beachten, dass die Vereinbarung einer bestimmten Dauer des Vorkaufsrechts vom Formerfordernis gedeckt sein muss: vgl. oben Nr. 143.

589 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1254, mit Hinweisen.

590 Vgl. oben Nr. 332.

591 Siehe auch SIMONIUS/SUTTER, N 35 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1723d; STREBEL, Nr. 1513; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, Nr. 1130.

592 Vgl. oben Nr. 84.

593 Urteil des Luzerner Obergerichts vom 2. Juni 2005, in: ZBGR 88/2007, S. 189 ff. (193), E. 5, obiter dictum; CR OR I-FOËX, N 6a zu Art. 216a.

Vorkaufsrecht für höchstens 25 Jahre vereinbart werden darf. Ab wann aber ein Vorkaufsrecht rechtlichen Bestand erlangen und damit diese 25-Jahresfrist zu laufen beginnen soll, können die Parteien selbst bestimmen. Verschieben die Parteien den Beginn der Dauer zeitlich nach hinten, beispielsweise auf den Zeitpunkt der Anmeldung der Vormerkung des Vorkaufsrechts beim Grundbuchamt oder einen anderen Termin,[594] so hat dies einfach zur Folge, dass bis zu diesem Zeitpunkt das Vorkaufsrecht, verstanden als suspensiv bedingtes Gestaltungsrecht, noch keinen rechtlichen Bestand hat und dass deshalb ein bis zu diesem Zeitpunkt eingetretener Vorkaufsfall unbeachtlich bleibt. In solchen Fällen beginnt die Dauer des Vorkaufsrechts nicht im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern erst später zu laufen.[595]

339 Die **Vormerkungsdauer** läuft auf alle Fälle **ab der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch**, wobei der Fristbeginn rückwirkend auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch festgesetzt wird (Art. 972 Abs. 2 ZGB).[596]

e) Folgen des Ablaufs der Dauer

340 Läuft die gesetzliche Maximaldauer von 25 Jahren oder eine von den Parteien vereinbarte kürzere *Dauer des Vorkaufsrechts* ab, ohne dass innert dieser Frist ein Vorkaufsfall eingetreten wäre, so **erlischt das Vorkaufsrecht.**[597] Der Ablauf der Dauer des Vorkaufsrechts berechnet sich nach Massgabe der Art. 132 i.V.m. 77 f. OR analog. Ein Vorkaufsfall, welcher nach Ablauf der Dauer des Vorkaufsrechts eintritt, ist nicht mehr beachtlich. Wurde für die Einräumung des Vorkaufsrechts ein periodisches Entgelt vereinbart, so entfällt – nach dem mutmasslichen Parteiwillen – mit dem Ablauf der Dauer des Vorkaufsrechts auch die Pflicht des Vorkaufsrechtsnehmers zur weiteren Leistung des Entgelts.

341 Läuft die gesetzliche Maximaldauer von 25 Jahren oder eine von den Parteien vereinbarte kürzere *Vormerkungsdauer* des Vorkaufsrechts ab, so bedeutet dies, dass die **Vormerkungswirkungen entfallen,** selbst wenn die Vormerkung nicht aus dem Grundbuch gelöscht werden sollte.[598] Weil im Grundbuch ein persönliches Recht höchstens für die Dauer seines Bestandes vorgemerkt werden kann,[599] entfällt der Vormerkungsschutz ohnehin spätestens im Zeitpunkt, in dem die Dauer des Vorkaufsrechts abläuft.[600] Umgekehrt ist es aber denkbar,

---

594 Zum Termin im Allgemeinen siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 4034 ff.

595 A.M. Urteil des Luzerner Obergerichts vom 2. Juni 2005, in: ZBGR 88/2007, S. 189 ff. (193), E. 5, obiter dictum.

596 MEIER-HAYOZ, BK, N 124 zu Art. 681 ZGB.

597 BRÜCKNER, Nr. 79.

598 BGE 105 III 4 ff. (7), E. 3. Zu den Vormerkungswirkungen des vorgemerkten Vorkaufsrechts siehe unten Nr. 364 ff.

599 Vgl. oben Nr. 333.

600 Siehe auch MEIER-HAYOZ, BK, N 129 zu Art. 681 ZGB.

dass die Parteien die Vormerkungsdauer kürzer ausgestalten als die Dauer des Vorkaufsrechts selbst. In diesem Fall entfallen zwar mit Ablauf der Vormerkungsdauer die Vormerkungswirkungen. Doch das Vorkaufsrecht, verstanden als suspensiv bedingtes Gestaltungsrecht, behält für den Rest seiner Dauer seinen rechtlichen Bestand. Im Zeitpunkt des Ablaufs der Vormerkungsdauer verliert das ursprünglich vorgemerkte Vorkaufsrecht seine durch die Grundbuchvormerkung verstärkte dingliche Wirkung wie auch seinen realobligatorischen Charakter und wandelt sich zu einem nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht.[601]

C) Rechtsnatur der Fristen von Art. 216a OR

342 Wie bereits ausgeführt worden ist,[602] gebieten es die Rechtssicherheit und der Schutz vor übermässiger Bindung, dass Gestaltungsrechte zeitlich beschränkt sind. Solche Rechte unterliegen zwar nicht der Verjährung, aber der Verwirkung.[603] Dementsprechend stellt auch die **Befristung des Vorkaufsrechts** in Art. 216a OR auf maximal 25 Jahre eine **Verwirkungsfrist** dar.[604] Nach Ablauf der 25 Jahre oder einer kürzeren, von den Parteien vereinbarten Dauer erlischt das Vorkaufsrecht.[605] Ein nachträglich eingetretener Vorkaufsfall ist nicht mehr beachtlich. Der (einstig) Vorkaufsberechtigte hat ab dann keine Befugnis mehr, um durch einseitige Willenserklärung einen Grundstückkauf herbeizuführen.

343 VIONNET vertritt allerdings die Auffassung, dass ein Gestaltungsrecht nicht verwirken könne, bevor es überhaupt entstanden sei.[606] In Bezug auf das Vorkaufsrecht hätte diese Auffassung zur Folge, dass das Gestaltungsrecht nicht verwirken könnte, bevor der Vorkaufsfall eingetreten wäre. Denn beim Vorkaufsrecht steht das Gestaltungsrecht nach dem Gesagten unter der Suspensivbedingung des Vorkaufsfalls:[607] Solange der Vorkaufsfall nicht eingetreten ist, erlangt das Gestaltungsrecht nicht seine volle Wirksamkeit. Damit wäre der hier vertretenen Meinung von der Verwirkungsfrist die Grundlage entzogen. Die Auffassung von VIONNET verdient jedoch keine Zustimmung. Ein Blick ins Gesetz zeigt, dass es durchaus Fälle gibt, in denen *Rechte verwirken können, bevor sie überhaupt entstanden sind.* So sieht beispielsweise Art. 210 Abs. 1 OR vor, dass Sachgewährleistungsansprüche des Käufers wegen Mängel der Sache grundsätzlich mit Ablauf von zwei Jahren nach deren Ablieferung an den Käufer verjähren. Gemäss Art. 210 Abs. 5 OR bleiben jedoch die Einreden des Käufers

---

601 Zur Abgrenzung des vorgemerkten vom nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht vgl. unten Nr. 464 ff.

602 Vgl. oben Nr. 320.

603 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 159.

604 Siehe auch VIONNET, S. 273 f.

605 Vgl. oben Nr. 340.

606 VIONNET, S. 272 f.

607 Vgl. oben Nr. 12.

wegen vorhandener Mängel bestehen, wenn innerhalb der Verjährungsfrist die Mängel gegenüber dem Verkäufer angezeigt worden sind. Damit die Einreden bestehen bleiben, ist also grundsätzlich vorausgesetzt, dass die Mängelrüge gegenüber dem Verkäufer innerhalb von zwei Jahren nach Ablieferung der Kaufsache erfolgt ist. Diese Zweijahresfrist stellt somit die äusserste Frist dar, innerhalb welcher Mängel noch wirksam gerügt werden können.[608] Sie hat zur Folge, dass Mängelrechte aus versteckten Mängeln, die erst nach Ablauf dieser Frist auftreten und damit nicht vor deren Ablauf gerügt werden konnten, bereits in diesem Zeitpunkt verwirkt sind.[609] Das Gesetz kennt mit anderen Worten durchaus die Verwirkung von Gestaltungsrechten, die noch gar nicht entstanden sind. Deswegen spricht nichts gegen die hier vertretene Auffassung, wonach die 25-Jahresfrist von Art. 216a OR eine Verwirkungsfrist darstellt. Anders zu entscheiden würde nur eine schwer zu begründende Unterscheidung zur Befristung beim Kaufs- oder Rückkaufsrecht nach sich ziehen. Denn diese Gestaltungsrechte unterstehen von Gesetzes wegen keiner Suspensivbedingung. Bei diesen Rechten stellt die in Art. 216a OR vorgesehene Zehn- bzw. 25-Jahresfrist zweifellos eine Verwirkungsfrist dar. Unter diesen Umständen ist nicht einzusehen, weshalb es beim Vorkaufsrecht anders sein sollte. Beim Vorkaufsrecht ergibt sich jedoch aufgrund der Bedingung des Gestaltungsrechts eine zusätzliche Besonderheit: im Vorkaufsfall ist das – nunmehr unbedingte – Gestaltungsrecht in Art. 216e OR einer zusätzlichen, relativen Verwirkungsfrist unterworfen. Darauf ist noch zurückzukommen.[610]

344 Auch die **Befristung der Vormerkungsdauer,** welche gemäss Art. 216a OR höchstens 25 Jahre beträgt, stellt eine **Verwirkungsfrist** dar.[611] Nach Ablauf dieser oder einer anderen, von den Parteien vereinbarten kürzeren Vormerkungsdauer entfallen die Vormerkungswirkungen. Bei einer von den Parteien vereinbarten kürzeren Dauer ist es denkbar, dass das Vorkaufsrecht nach Wegfall der Vormerkungswirkungen ohne seine durch die Grundbuchvormerkung verstärkte Wirkung als nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht weiterexistiert, sofern das Vorkaufsrecht auf eine längere Dauer als die Vormerkungsdauer vereinbart worden ist.[612]

---

608 GAUCH, Nr. 2295, zum analogen Problem im Werkvertragsrecht.

609 BGE 130 III 362 ff. (367), E. 4.3; 104 II 357 f. (357 f.), E. 4a; GAUCH, Nr. 2295; GIGER, BK, N 67 zu Art. 210 OR; SCHMID/STÖCKLI, Nr. 369.

610 Vgl. unten Nr. 846 f.

611 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 367; MEIER-HAYOZ, BK, N 320 zu Art. 681 ZGB; ZOBL, Nr. 303.

612 Vgl. oben Nr. 341.

D) Intertemporalrechtliche Aspekte

Unter dem **alten Recht** – in Kraft gewesen bis am 31. Dezember 1993 – galt folgende Regelung bezüglich der Dauer des Vorkaufsrechts an sich und bezüglich der Vormerkungsdauer: Gemäss Art. 681 Abs. 3 aZGB erlosch das Vorkaufsrecht «in jedem Falle mit Ablauf von zehn Jahren seit der Vormerkung». Die herrschende Lehre und Rechtsprechung gingen davon aus, dass diese Bestimmung nur die Dauer des Vormerkungsschutzes auf zehn Jahre beschränkte, sich aber nicht auf das der Vormerkung zugrunde liegende Vorkaufsrecht erstreckte.[613] Das Vorkaufsrecht selber konnte über den Ablauf des Vormerkungsschutzes hinaus und in den Schranken von Art. 2 und 27 Abs. 2 ZGB auf beliebig lange Zeit begründet werden. Das galt erst recht für das Vorkaufsrecht, das nie im Grundbuch vorgemerkt worden war.[614] 345

Unter dem **neuen Recht** – in Kraft getreten am 1. Januar 1994 – ist die maximale Dauer des Vormerkungsschutzes auf 25 Jahre verlängert worden. Hingegen gibt es keine zeitlich unbegrenzten Vorkaufsrechte mehr. Vielmehr sind die Vorkaufsrechte neu ebenfalls auf maximal 25 Jahre befristet. 346

In intertemporalrechtlicher Hinsicht ergeben sich daraus zwei Fragestellungen: Was geschieht unter dem neuen Recht mit einem unter der Geltung des alten Rechts begründeten, zeitlich unbegrenzten Vorkaufsrecht (a)? Und wie lange dauert der Vormerkungsschutz eines unter altem Recht im Grundbuch vorgemerkten Vorkaufsrechts unter neuem Recht an (b)? 347

a) Zeitlich unbegrenztes, altrechtliches Vorkaufsrecht

Es kann sein, dass unter dem alten Recht ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück auf eine zeitlich unbegrenzte oder auf eine längere Dauer als 25 Jahre begründet worden ist. In diesem Fall stellt sich die **Frage, ob** mit dem Inkrafttreten von **Art. 216a OR** die in dieser Gesetzesbestimmung enthaltene 25-Jahresfrist auf ein solches altrechtliches Vorkaufsrecht **anwendbar** ist und – gegebenenfalls – wann diese Frist zu laufen begonnen hat. Theoretisch sind drei Möglichkeiten denkbar: Entweder finden die Fristen von Art. 216a OR auf altrechtliche Vorkaufsrechte gar keine Anwendung, sondern nur auf solche, welche nach dem 1. Januar 1994 begründet worden sind. Oder Art. 216a OR findet auf altrechtliche Vorkaufsrechte rückwirkend Anwendung, sodass die 25-Jahresfrist bereits im Zeitpunkt der Begründung des altrechtlichen Vorkaufsrechts zu laufen begonnen hat. Und schliesslich ist in dem Sinn ein Mittelweg denkbar, als die 25-Jahresfrist von Art. 216a OR zwar auf altrechtliche Vorkaufsrechte Anwendung findet, die Frist jedoch erst mit dem Inkrafttreten dieser Gesetzesbe- 348

613 BGE 102 II 243 ff. (247 ff.), E. 3; 87 II 355 ff. (361); HAAB, ZK, N 24 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 316 ff. zu Art. 681 ZGB.

614 BGE 102 II 243 ff. (247 ff.), E. 3; MEIER-HAYOZ, BK, N 311 zu Art. 681 ZGB.

stimmung am 1. Januar 1994 zu laufen begonnen hat. Zunächst gebe ich den Stand von Lehre und Rechtsprechung (aa) zu dieser Frage wieder. Anschliessend stelle ich meine eigene Auffassung (bb) dar.

aa) Lehre und Rechtsprechung

349 In der **Lehre** werden alle drei Möglichkeiten vertreten. Gemäss BUCHER finden die mit Art. 216a OR eingeführten zeitlichen Geltungsschranken nur auf nach dem 1. Januar 1994 abgeschlossene Verträge Anwendung. Es handle sich bei Art. 216a OR um eine Anordnung fragwürdigen gesetzgeberischen Gutdünkens, die die berechtigten Erwartungen Privater nicht durchkreuzen dürfe.[615] Auch KOLLER und PIOTET teilen diese Auffassung. Sie verneinen einerseits den Ordre-public-Charakter von Art. 216a OR. Und andererseits schliessen sie eine Rückwirkung gestützt auf Art. 3 SchlT ZGB aus, weil diese Bestimmung nicht auf vertragliche Rechtsverhältnisse zugeschnitten sei.[616] Schliesslich lehnt auch FOËX eine Rückwirkung von Art. 216a OR auf altrechtliche Vorkaufsrechte ab. Seiner Ansicht nach regelt diese Bestimmung einen Aspekt der Existenz des Vorkaufsrechts und nicht des Inhalts, weshalb eine Rückwirkung gestützt auf Art. 3 SchlT ZGB ausser Betracht falle.[617] Anderer Meinung sind GIGER, ROBERTO und SCHÖBI. Für sie ist die Dauer des Vorkaufsrechts eine Frage des Inhalts und nicht des Bestands. Deshalb befürworten sie gestützt auf Art. 3 SchlT ZGB die rückwirkende Anwendung von Art. 216a OR auf altrechtliche Vorkaufsrechte. Die 25-Jahresfrist beginne rückwirkend bereits in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem das Vorkaufsrecht vereinbart worden sei. Deshalb könne nach dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision ein Vorkaufsrecht nicht mehr erfolgreich ausgeübt werden, wenn seit dessen Begründung bereits 25 Jahre vergangen seien.[618] HESS vertritt schliesslich eine vermittelnde Position: Er tritt für eine beschränkte Rückwirkung ein in dem Sinn, als auf altrechtliche Vorkaufsrechte die 25-Jahresfrist von Art. 216a OR erst im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung zu laufen beginne.[619]

350 Das **Luzerner Verwaltungsgericht** hat in einem Fall aus dem Jahr 2010 entschieden, dass die Zehnjahresfrist von Art. 216a OR für ein Kaufsrecht auch auf altrechtliche Rechte zur Anwendung gelange, wobei die Frist erst mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes zu laufen beginne. Seine Auffassung stützte es dabei auf Art. 3 SchlT ZGB und die Überlegung, «dass ein Rechtsverhältnis in

615 BUCHER, BK, N 243 zu Art. 27 ZGB.

616 KOLLER, ZBGR 2000, S. 302 und 308; PIOTET, ZSR 1994, S. 143 f. Siehe auch BRÜCKNER, Nr. 5.

617 FOËX, SemJud 1994, S. 415 f.

618 GIGER, BK, N 461 zu Art. 216 OR; ROBERTO, S. 174 f.; SCHÖBI, AJP 1992, S. 570. Siehe auch PFÄFFLI, BN 1992, S. 455.

619 HESS, BSK, N 8 zu Art. 216a OR.

Frage steht, dessen Inhalt u.a. mit Bezug auf die Befristung vom Willen der Beteiligten unabhängig ist und allein durch das neue Gesetz umschrieben wird».[620]

Das **Bundesgericht** hatte zunächst in BGE 126 III 421 ff. im Zusammenhang mit einem Rückkaufsrecht eine Rückwirkung der Fristen von Art. 216a OR auf den Zeitpunkt der Begründung des altrechtlichen Rückkaufsrechts zurück ausgeschlossen. Nachdem es festgestellt hatte, dass im Rahmen der Gesetzesrevision keine Übergangsbestimmungen eingeführt worden seien, löste es das intertemporalrechtliche Problem nach den allgemeinen Bestimmungen des Schlusstitels des ZGB. Es verneinte zunächst den Ordre-public-Charakter von Art. 216a OR.[621] Schliesslich liess es die Frage offen, ob es sich bei den Fristen von Art. 216a OR um den Inhalt eines Rechtsverhältnisses handle, der im Sinn von Art. 3 SchlT ZGB unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben werde. Denn selbst wenn man dies bejahen würde, so gebiete es der Vertrauensschutz, dass der Beginn der 25-Jahresfrist nicht vor dem Datum des Inkrafttretens von Art. 216a OR am 1. Januar 1994 festgelegt werde.[622] So betrachtet war die Dauer des zur Beurteilung stehenden Rückkaufsrechts noch nicht verstrichen. 351

In einem neueren Urteil aus dem Jahr 2012 hat das Bundesgericht nun jedoch entschieden, dass die in Art. 216a OR vorgesehene zeitliche Befristung auf ein altrechtliches Kaufsrecht nicht anwendbar sei. Zunächst führte es aus, dass Art. 1 SchlT ZGB vom Grundsatz der Nichtrückwirkung einer Gesetzesänderung ausgehe.[623] Anschliessend verneinte es erneut den Ordre-public-Charakter von Art. 216a OR im Sinn von Art. 2 SchlT ZGB. Schliesslich prüfte es dieses Mal die Anwendbarkeit von Art. 3 SchlT ZGB. Es führte dazu aus, «dass die Dauer des Rechts bei einem Kaufsrecht eine der wesentlichen Fragen ist, welche die Parteien bei der Begründung zu klären haben». Daher könne man nicht behaupten, dass dieser Punkt nicht unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben werde. Somit falle die Frage der Befristung nicht in den Anwendungsbereich von Art. 3 SchlT ZGB.[624] Die *Nichtanwendung des neuen Rechts* auf das früher begründete Kaufsrecht begründete das Bundesgericht denn auch damit, dass die Parteien «bewusst ein mehr als zehn Jahre dauerndes Kaufsrecht […] einräumen» wollten.[625] 352

620 Luzerner Verwaltungsgericht, 24. November 2010, V 09 56, E. 3c (Internetpublikation).

621 BGE 126 III 421 ff. (428), E. 3c/cc.

622 BGE 126 III 421 ff. (429 f.), E. 3c/dd; siehe auch BGer 4C.345/2000 vom 1. Mai 2001, E. 3b, betreffend ein Kaufsrecht.

623 BGE 138 III 659 ff. (662), E. 3.3.

624 BGE 138 III 659 ff. (663 f.), E. 3.4.

625 BGE 138 III 659 ff. (664 f.), E. 3.5.

bb) Eigene Auffassung

353 Es ist allgemein anerkannt, dass die Bestimmungen des Schlusstitels des ZGB nicht nur bei intertemporalrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 zur Anwendung gelangen, sondern auch bei jeder späteren Gesetzesrevision, bei der der Gesetzgeber keine übergangsrechtlichen Sonderbestimmungen erlassen hat.[626] Im Rahmen der Diskussion um die intertemporale Anwendung von Art. 216a OR findet meines Erachtens **Art. 49 SchlT ZGB** zu wenig Beachtung. Diese Bestimmung enthält gemäss ihrer Marginalie intertemporalrechtliche Regeln für die «Verjährung». Wie sich aus ihrem Abs. 2 ergibt, regelt sie aber auch intertemporale Aspekte von Verwirkungsfristen. Wenngleich die Verwirkungsfrist nur in Abs. 2 explizit erwähnt ist, so findet die Bestimmung von Art. 49 SchlT ZGB dennoch in ihrer Gesamtheit auf Verwirkungsfristen Anwendung.[627] Als lex specialis geht Art. 49 SchlT ZGB den allgemeinen Bestimmungen von Art. 1–4 SchlT ZGB vor.[628]

354 Das *Bundesgericht* hat im zuvor erörterten BGE 126 III 421 ff. immerhin eine «Parallele» zwischen dem zeitlichen Geltungsbereich von Art. 216a OR und dem einer neuen Verjährungsvorschrift festgestellt[629] – ohne jedoch explizit auf Art. 49 SchlT ZGB Bezug zu nehmen. In der Literatur hat sich einzig *KOLLER* mit der Frage auseinandergesetzt, ob Art. 49 SchlT ZGB auf die Fristen von Art. 216a OR anwendbar sei. Seiner Ansicht nach kann jedoch keine Analogie zwischen den Fristen von Art. 216a OR und einer Verjährungs- oder Verwirkungsfrist hergestellt werden. Denn die Fristen nach Art. 216a OR könnten im Gegensatz zu den Verjährungsfristen nicht unterbrochen werden. Und bei den Verwirkungsfristen gemäss Art. 49 Abs. 2 SchlT ZGB habe der Gesetzgeber an Verwirkungsfristen für gesetzliche Rechte gedacht, während Art. 216a OR die Wirkung eines vertraglichen Rechts begrenze.[630]

355 Wie bereits ausgeführt worden ist, handelt es sich bei der Befristung des Vorkaufsrechts in Art. 216a OR um eine Verwirkungsfrist.[631] Nun ist *meines Erachtens* nicht einzusehen, weshalb Art. 49 SchlT ZGB nur bei Verwirkungsfristen für gesetzliche Rechte, nicht aber **auch bei Verwirkungsfristen von vertraglichen (Gestaltungs-)Rechten anwendbar** sein soll. Der Gesetzeswortlaut enthält keine entsprechende Einschränkung. Auch aus den Materialien lässt sich nichts Entsprechendes herleiten. Und von der Sache her drängt sich eine solche Einschränkung auch nicht auf. KOLLER begründet seine Ansicht damit, dass die

---

626 Statt vieler HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 506; spezifisch für Art. 49 SchlT ZGB siehe BSK ZGB II-BERTI, N 4 f. zu Art. 49 SchlT.

627 BSK ZGB II-BERTI, N 3 zu Art. 49 SchlT.

628 Vgl. GUHL, S. 530.

629 BGE 126 III 421 ff. (430).

630 KOLLER, ZBGR 2000, S. 306 ff.

631 Vgl. oben Nr. 342.

Anwendung von Art. 49 SchlT ZGB zur Folge hätte, dass ein unter dem alten Recht für eine bestimmte Dauer rechtswirksam begründetes Recht nicht während der ganzen Dauer ausgeübt werden könnte. Es würde dadurch eine teilweise Enteignung stattfinden. Dieses Argument hat etwas für sich. Es trifft aber nur dort zu, wo die Parteien unter der Geltung des alten Rechts auch tatsächlich eine Regelung über die zeitliche Befristung des Vorkaufsrechts getroffen haben. In diesen Fällen erscheint ihr Vertrauen in ihre vertragliche Vereinbarung auch unter dem neuen Recht als schutzwürdig. In den übrigen, wohl überwiegenden Fällen, in denen das Vorkaufsrecht unter der Geltung des alten Rechts auf unbestimmte und dadurch unbegrenzte Dauer vereinbart wurde, fehlt es an einem schützenswerten Vertrauen der Parteien in ihre Vereinbarung.[632] Das Interesse, dass einem ein Gestaltungsrecht auf unbegrenzte Zeit zusteht, verdient ohnehin keinen Schutz, weil dem eine übermässige Bindung des Gestaltungsgegners entgegenstehen würde. Demnach muss nach der hier vertretenen Auffassung wie folgt unterschieden werden:

356 Haben die Parteien unter der Geltung des alten Rechts eine feste Dauer des Vorkaufsrechts vereinbart, die über 25 Jahre hinausgeht, so sind die Parteien in ihrem Vertrauen in diese Vereinbarung zu schützen, weshalb die **vereinbarte Dauer auch unter der Geltung des neuen Rechts Bestand** hat. Eine unter dem alten Recht ausdrücklich getroffene Vereinbarung über die Dauer des Vorkaufsrechts geht nach der hier getroffenen Wertung mit anderen Worten der Bestimmung von Art. 49 SchlT ZGB vor.

357 Haben die Parteien hingegen unter dem alten Recht ein **Vorkaufsrecht auf unbestimmte Dauer** vereinbart, **gelangt** die intertemporale Regel von **Art. 49 SchlT ZGB zur Anwendung:** Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB sieht vor, dass der abgelaufene Zeitraum einer vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begonnenen Verjährung (oder Verwirkung) angerechnet wird, wo das Gesetz eine Verjährung (oder Verwirkung) von fünf oder mehr Jahren neu einführt, wobei jedoch zur Vollendung der Verjährung (oder Verwirkung) noch mindestens zwei Jahre seit diesem Zeitpunkt ablaufen müssen. Auf den ersten Blick fraglich scheint, was nun gilt, wenn das neue Recht für einen Anspruch eine Verjährungs- oder Verwirkungsfrist von mindestens fünf Jahren neu einführt, die unter dem alten Recht noch gar nicht (also auch nicht mit einer anderen kürzeren oder längeren Dauer) existiert hatte. Die in Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB enthaltene Formulierung «neu eingeführt» liesse prima vista darauf schliessen, dass in einem solchen Fall der vor dem Inkrafttreten der neuen Bestimmung abgelaufene Zeitraum angerechnet wird, wobei in jedem Fall bis zum Ablauf der Frist noch zwei Jahre nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts verbleiben. Allerdings verlangt der Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB ebenso, dass vor dem Inkrafttreten der neuen

632 Siehe auch BENEDICK/VISCHER, Nr. 17 und 52, zur analogen Problemstellung bei der intertemporalen Anwendung von Art. 210 Abs. 4 OR.

Bestimmung die Verjährung (oder Verwirkung) bereits «begonnen» hatte. Dies setzt also voraus, dass der fragliche Anspruch bereits unter dem alten Recht einer Verjährungs- oder Verwirkungsfrist unterstanden hatte und dass mit dem neuen Recht bloss die Dauer der Frist geändert hat. Ist hingegen mit dem neuen Recht eine neue Frist eingeführt worden, die unter dem alten Recht noch gar nicht existiert hatte, so beginnt die neue Frist erst vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts an zu laufen.[633] In Bezug auf die Fristen von Art. 216a OR, welche im Rahmen der Gesetzesrevision von 1991 neu eingeführt worden sind und unter dem alten Recht noch nicht bestanden hatten, bedeutet dies, dass diese Fristen für altrechtliche Vorkaufsrechte erst – aber immerhin – im Zeitpunkt des Inkrafttretens von Art. 216a OR am 1. Januar 1994 zu laufen begonnen haben. Altrechtliche rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte, die unter dem alten Recht auf unbestimmte Dauer vereinbart wurden, dauern nach der hier vertretenen Auffassung demnach noch längstens bis am 1. Januar 2019 bzw. dem darauffolgenden Werktag (Art. 132 i.V.m. 77 f. OR analog).

358 Da solche Vorkaufsrechte mitunter schon seit mehreren Jahrzehnten Bestand haben können, drängt sich hier im Einzelfall die Prüfung besonders auf, ob sich der Vorkaufsbelastete gestützt auf die *Geltendmachung einer übermässigen Bindung* im Sinn von Art. 27 Abs. 2 ZGB oder unter Berufung auf die clausula rebus sic stantibus gemäss Art. 2 ZGB nicht schon früher von seiner Vorkaufsbelastung lossagen oder zumindest eine Abänderung der Vorkaufsbedingungen verlangen darf.[634]

b) Vormerkungsdauer eines altrechtlichen Vorkaufsrechts

359 Unter dem alten Recht konnte ein Vorkaufsrecht gemäss Art. 681 Abs. 3 aZGB für höchstens zehn Jahre im Grundbuch vorgemerkt werden. Gemäss dem heute geltenden Art. 216a OR kann ein Vorkaufsrecht neuerdings für bis zu 25 Jahre im Grundbuch vorgemerkt werden. Es stellt sich damit die Frage, ob altrechtliche Vorkaufsrechte, die im Grundbuch vorgemerkt worden sind, von dieser Verlängerung der Dauer des Vormerkungsschutzes profitieren oder nicht. Diese Frage stellt sich sowohl dann, wenn die Vormerkungsdauer vor dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision abgelaufen ist (aa), als auch dann, wenn die Vormerkungsdauer erst nach dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision abläuft (bb).

aa) Ablauf der Vormerkungsdauer vor Inkrafttreten der Gesetzesrevision

360 Es ist dankbar, dass das altrechtliche Vorkaufsrecht **unter dem alten Recht volle zehn Jahre lang im Grundbuch vorgemerkt war** und nach Ablauf dieser

633 BSK ZGB II-BERTI, N 10 zu Art. 49 SchlT; CARLIN, S. 69 und 73; MUTZNER, BK, N 7 zu Art. 49 SchlT ZGB; a.M. REICHEL, ZK, N 1 zu Art. 49 SchlT ZGB.

634 Vgl. dazu bereits oben Nr. 331.

Dauer als nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht weiter existierte und auch unter dem neuen Recht noch weiter existiert. SCHÖBI vertritt die Auffassung, dass der Vorkaufsberechtigte in einem solchen Fall nach Inkrafttreten des neuen Rechts die erneute Vormerkung des Vorkaufsrechts verlangen – und nötigenfalls gerichtlich durchsetzen – könne.[635]

361 Diese Auffassung verdient keine Zustimmung. Ist die Vormerkungsdauer von zehn Jahren unter dem alten Recht vollständig abgelaufen, so handelt es sich um einen unter dem alten Recht abgeschlossenen Tatbestand und eine **Rückwirkung des neuen Rechts ist nicht zulässig.** Dies ergibt sich aus Art. 1 SchlT ZGB und unabhängig von Art. 49 SchlT ZGB. Denn die Wirkungen von unter dem alten Recht abgelaufenen Fristen werden in jedem Fall nach altem Recht beurteilt.[636] Selbstverständlich steht es den Parteien des Vorkaufsvertrags frei, unter der Geltung des neuen Rechts eine neue Vormerkung des Vorkaufsrechts von maximal 25 Jahren zu vereinbaren. Aber diese Vormerkung kann nicht gegen den Willen des Vorkaufsbelasteten durchgesetzt werden. Zudem kann das Vorkaufsrecht nur unter einem neuen Datum im Grundbuch vorgemerkt werden, welches dann einen neuen Rang gemäss Art. 972 ZGB einnimmt.[637]

bb) Ablauf der Vormerkungsdauer nach Inkrafttreten der Gesetzesrevision

362 Sodann ist denkbar, dass das altrechtliche Vorkaufsrecht noch unter dem alten Recht im Grundbuch vorgemerkt worden, jedoch **die Vormerkungsdauer bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts noch nicht verstrichen ist.** Unter dem neuen Recht wäre nun eine Vormerkungsdauer von 25 Jahren zulässig. Für diesen Fall vertritt SCHÖBI die Meinung, dass der Vorkaufsberechtigte mit Inkrafttreten des neuen Rechts die Verlängerung der Dauer des Vormerkungsschutzes auf 25 Jahre verlangen – und nötigenfalls gerichtlich durchsetzen – könne.[638]

363 Auch diese Auffassung verdient keine Zustimmung. Haben die Parteien in ihrem altrechtlichen Vorkaufsvertrag in den Schranken von Art. 681 Abs. 3 aZGB eine feste Vormerkungsdauer von maximal zehn Jahren vereinbart, haben sie eine **vertragliche Abrede** getroffen, die mit dem neuen Recht vereinbar ist und daher **von der Gesetzesrevision unberührt** bleibt.[639] Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien die Vormerkungsdauer nicht ausdrücklich geregelt haben sollten. Denn in diesem Fall ist Art. 681 Abs. 3 aZGB als *vertragsergänzende* Norm herbeizuziehen, womit die Vormerkungsdauer zehn Jahre beträgt.[640] Diese Ver-

635 SCHÖBI, AJP 1992, S. 570 f.

636 BSK ZGB II-BERTI, N 4 zu Art. 49 SchlT; CARLIN, S. 66; MUTZNER, BK, N 3 zu Art. 49 SchlT ZGB.

637 Vgl. PIOTET, ZSR 1994, S. 144.

638 SCHÖBI, AJP 1992, S. 570 f.

639 ROBERTO, S. 175; ebenso PIOTET, ZSR 1994, S. 144.

640 Vgl. auch oben Nr. 336.

tragsergänzung fällt mit dem Inkrafttreten von Art. 216a OR nicht anders aus. Denn für die Vertragsergänzung eines unter dem alten Recht abgeschlossenen Vertrags ist auch unter der Geltung des neuen Rechts das alte Recht heranzuziehen.[641] Der Vorkaufsberechtigte hat folglich auch in diesem Fall keine Möglichkeit, gegen den Willen des Vorkaufsbelasteten die Vormerkungsdauer auf 25 Jahre zu verlängern. Falls die Parteien übereinstimmend eine Verlängerung der Vormerkungsdauer beschliessen, dann wird das Vorkaufsrecht wiederum nur unter einem neuen Datum und einem neuen Rang gemäss Art. 972 ZGB im Grundbuch vorgemerkt.

4. Vormerkung des Vorkaufsrechts

364 Das Vorkaufsrecht als (suspensiv bedingtes) Gestaltungsrecht stellt nach dem bereits Gesagten ein relatives und damit ein persönliches Recht dar.[642] Gemäss Art. 959 Abs. 1 ZGB können persönliche Rechte im Grundbuch vorgemerkt werden, «wenn deren Vormerkung durch das Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, wie bei Vor-[…]kauf». Es besteht mithin ein Numerus clausus der vormerkbaren Rechte.[643] **Art. 216a OR** stellt die einschlägige gesetzliche Grundlage dar und sieht die Möglichkeit der Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch explizit vor.[644]

365 Unter dem Tatbestand der Vormerkung ist grundsätzlich der formelle Akt der Eintragung eines vormerkbaren Gegenstandes im Grundbuch zu verstehen. Bisweilen werden aber mit dem Ausdruck «Vormerkung» gleichzeitig auch die Wirkungen angesprochen, welche die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch nach sich zieht.[645] Um in **terminologischer Hinsicht** keine Verwirrung zu stiften, wird in dieser Arbeit von der «Vormerkung» gesprochen, soweit der formelle Akt der Grundbucheintragung gemeint ist, und von «Vormerkungswirkungen», soweit es um die an die Grundbucheintragung anknüpfenden Wirkungen geht. Im Vordergrund der Ausführungen stehen dabei die Vormerkungswirkungen. Im Folgenden gehe ich zunächst auf die Vormerkungswirkungen des Vorkaufsrechts (A) ein. Anschliessend behandle ich die Entstehung (B) sowie die Erlöschung der Vormerkungswirkungen (C). Abschliessend grenze ich das vorgemerkte vom nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht ab (D).

---

641 Siehe MUTZNER, BK, N 64 zu Art. 1 SchlT ZGB.

642 Vgl. oben Nr. 13.

643 BRUNNER, S. 180; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 336 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 475.

644 Art. 216a OR beschränkt zugleich die Vormerkungsdauer auf maximal 25 Jahre. Vgl. dazu oben Nr. 328.

645 BRUNNER, S. 175.

A) Vormerkungswirkungen des Vorkaufsrechts

366 Betrachtet man das Gesetz, so zieht die Vormerkung eines Vorkaufsrechts zwei **verschiedene Wirkungen** nach sich. Gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB erhält das Vorkaufsrecht durch seine Vormerkung «Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte». Und gemäss Art. 216e OR muss der Vorkaufsberechtigte sein vorgemerktes Vorkaufsrecht «gegenüber dem [jeweiligen] Eigentümer geltend machen». Die erste Wirkung wird als dingliche Wirkung der Vormerkung (a) bezeichnet, während im zweiten Fall von der realobligatorischen Wirkung der Vormerkung (b) die Rede ist. Darüber hinaus führt die Vormerkung des Vorkaufsrechts aber auch zu einer Verobjektivierung der Rechtsbeziehung im Verhältnis zu Dritten (c). Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Vormerkung dem Vorkaufsberechtigten auch einen rechtlichen Schutz gegen tatsächliche Einwirkungen auf das Vorkaufsobjekt verleiht (d).

a) Dingliche Wirkung der Vormerkung

367 In Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, dass die grundbuchliche Vormerkung eines Vorkaufsrechts nichts an dessen persönlicher Rechtsnatur ändert.[646] Das Vorkaufsrecht wandelt sich durch die Vormerkung nicht zu einem dinglichen Recht. Doch nach geläufiger Umschreibung tritt mit der Vormerkung neben das persönliche Recht ein **dingliches Nebenrecht,** welches mit dem persönlichen Recht steht und fällt.[647] Dieses dingliche Nebenrecht leitet sich aus Art. 959 Abs. 2 ZGB ab; denn gemäss dieser Bestimmung erlangt das Vorkaufsrecht durch seine Vormerkung im Grundbuch «Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte». Dies bedeutet, dass auch Dritte, welche nicht am ursprünglichen Vorkaufsvertrag beteiligt waren, durch die Vormerkung des Vorkaufsrechts dieses in gewisser Weise zu respektieren haben.[648] Darin zeigt sich der dingliche Charakter dieses Nebenrechts und damit die dingliche Wirkung der Vormerkung des Vorkaufsrechts.

368 Dieses dingliche Nebenrecht des vorgemerkten Vorkaufsrechts bewirkt eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorkaufsbelasteten (aa). Daneben zeichnet sich das dingliche Nebenrecht des vorgemerkten Vorkaufsrechts auch durch seine Beständigkeit gegenüber Beschlagsrechten der Gläubiger nach SchKG (bb) aus.

---

646 BGE 44 II 362 ff. (366); BRUNNER, S. 196; CR OR I-FOËX, N 12 zu Art. 216a; HOMBERGER, ZK, N 3 und 17 zu Art. 959 ZGB; JÄGGI, S. 73; OSTERTAG, BK, N 3 zu Art. 959 ZGB; PIOTET, ZBGR 1969, S. 43.

647 BGE 104 II 170 ff. (176 f.), E. 5; PIOTET, ZBGR 1969, S. 46 ff.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 478.

648 BRUNNER, S. 196; HOMBERGER, ZK, N 1 zu Art. 959 ZGB.

aa) Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorkaufsbelasteten

369 Die Beschränkung der Verfügungsmacht zeitigt vor der Ausübung des Vorkaufsrechts bloss eine latente Wirkung (aaa). Sie aktualisiert sich indessen mit der Ausübung des Vorkaufsrechts (bbb). Die Folge davon ist die Befugnis des Vorkaufsberechtigten zur Löschung von rangschlechteren Grundstücksrechten[649] (ccc). Im Einzelnen muss unterschieden werden zwischen der Löschungsbefugnis beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht einerseits (ddd) und der Löschungsbefugnis beim absolut limitierten Vorkaufsrecht andererseits (eee).

aaa) Latente Wirkung vor der Ausübung des Vorkaufsrechts

370 Weil das Vorkaufsrecht durch die Vormerkung «Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte» erlangt (Art. 959 Abs. 2 ZGB), hat dies für den vorkaufsbelasteten Grundeigentümer eine Beschränkung seiner Verfügungsmacht zur Folge.[650] Diese Beschränkung der Verfügungsmacht ist vorerst – solange der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nicht rechtswirksam ausgeübt hat – bloss latent vorhanden: Trotz der Vormerkung des Vorkaufsrechts steht es nämlich weiterhin im Belieben des Vorkaufsbelasteten, mit einem Dritten einen Kaufvertrag über das Vorkaufsobjekt abzuschliessen. Dieser Vertragsschluss mit dem Dritten stellt ja gerade das Paradebeispiel eines Vorkaufsfalls dar.[651] Der Vorkaufsbelastete ist auch weiterhin in der Lage, in Erfüllung dieses obligatorischen Verpflichtungsgeschäfts die Grundbuchanmeldung als die erforderliche Verfügungshandlung vorzunehmen.[652] Dasselbe gilt auch für die Begründung von beschränkten dinglichen Rechten und die Vormerkung persönlicher Rechte am vorkaufsbelasteten Grundstück. Der Vorkaufsbelastete verliert mit anderen Worten weder die Fähigkeit zur **Eingehung von obligatorischen Verpflichtungen** über sein Grundstück noch seine Verfügungsberechtigung zur **Vornahme von Grundbuchanmeldungen** zwecks Begründung von neuen Grundstücksrechten. Auch die Befugnis des Grundbuchverwalters zur Eintragung von neuen Rechten im Grundbuch wird durch die Vormerkung des Vorkaufsrechts nicht eingeschränkt.[653] Der am 1. Januar 1994 in Kraft getretene Art. 961a ZGB bringt diese Rechtslage treffend wie folgt zum Ausdruck: «Eine Vormerkung

---

649 In Anlehnung an die Terminologie von FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 323, verstehe ich unter «Grundstücksrechten» dingliche Rechte und vorgemerkte persönliche Rechte an Grundstücken.

650 BRUNNER, S. 255 ff.; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 333 und 635 f.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 470; STEINAUER, droits réels, Nr. 799 ff.

651 Vgl. unten Nr. 588.

652 Eine andere Frage ist, ob er sich durch dieses Vorgehen allenfalls schadenersatzpflichtig macht. Vgl. dazu unten Nr. 1031 ff.

653 BRUNNER, S. 255 ff.; BSK ZGB II-SCHMID, N 2 zu Art. 961a.

hindert die Eintragung eines im Rang nachgehenden Rechts nicht». Eigenständige Bedeutung kommt dieser Bestimmung indes nicht zu, da sich diese Rechtslage bereits aus Art. 959 Abs. 2 ZGB ergibt.[654]

371 Die mit der Vormerkung des Vorkaufsrechts verbundene Beschränkung der Verfügungsmacht des vorkaufsbelasteten Grundeigentümers begrenzt sich vorerst darauf, dass der Vorkaufsbelastete dem Dritterwerber die **Beständigkeit dessen im Rang nachgehenden Grundstücksrechts nicht garantieren kann.**[655] Dies rührt daher, dass das Vorkaufsrecht durch seine Vormerkung im Grundbuch Wirkung gegenüber diesem später erworbenen Recht des Dritten erlangt (vgl. Art. 959 Abs. 2 ZGB), welches im Rang nachgeht (vgl. Art. 961a ZGB).

bbb) Aktualisierung mit der Ausübung des Vorkaufsrechts

372 Nach dem soeben Gesagten hindert die Vormerkung eines Vorkaufsrechts gemäss Art. 961a ZGB die Eintragung eines im Rang nachgehenden Rechts also nicht. Die Formulierung dieses im Jahr 1994 in Kraft getretenen Gesetzesartikels bringt damit implizit zum Ausdruck, was seit jeher in der Lehre anerkannt ist: Das vorgemerkte Vorkaufsrecht – genau genommen dessen dingliches Nebenrecht[656] – nimmt an der **Rangordnung der im Grundbuch eingetragenen dinglichen Rechte** teil.[657] Der Rang des eingetragenen Rechts bestimmt sich – unter dem Vorbehalt einer abweichenden Vereinbarung – nach dem Prinzip der Alterspriorität.[658] Gemäss Art. 972 Abs. 1 ZGB erhalten die dinglichen Rechte ihren Rang durch die Eintragung im Hauptbuch, wobei gemäss Abs. 2 die Wirkung und damit auch der Rang der Eintragung auf den Zeitpunkt der Tagebucheinschreibung zurückbezogen werden.[659] Diese Rangordnung gilt in analoger Weise auch für die vorgemerkten persönlichen Rechte.[660] Das vorgemerkte Vorkaufsrecht geht somit einerseits denjenigen Rechten im Rang vor, welche zeitlich später im Tagebuch eingeschrieben worden sind, und geht andererseits denjenigen nach, die zeitlich früher eingeschrieben worden sind. In analoger Anwendung von Art. 812 Abs. 2 ZGB kann indes von dieser Prioritätenordnung durch formfreie Parteivereinbarung zwischen dem Vorkaufs- und dem Drittberechtigten sowohl zugunsten als auch zulasten des Vorkaufsberechtigten abge-

654 BSK ZGB II-SCHMID, N 1 zu Art. 961a.

655 BRUNNER, S. 259. Siehe dazu unten Nr. 377 ff.

656 PIOTET, ZBGR 1969, S. 49.

657 BSK ZGB II-SCHMID, N 5 zu Art. 972; BRUNNER, S. 229; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 705 f.; FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 336 ff.

658 BRUNNER, S. 228; BSK ZGB II-SCHMID, N 4 zu Art. 972.

659 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 705; HOMBERGER, ZK, N 8 zu Art. 972 ZGB; BSK ZGB II-SCHMID, N 30 zu Art. 972.

660 BRUNNER, S. 229; HOMBERGER, ZK, N 3 zu Art. 972 ZGB; BSK ZGB II-SCHMID, N 5 zu Art. 972.

wichen werden; denkbar ist auch eine einseitige Rangrücktrittserklärung des prioritär Berechtigten.[661]

373 Die Wirkung, welche das Vorkaufsrecht durch seine Vormerkung gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB erlangt, besteht nun darin, dass **rangschlechtere Grundstücksrechte ungerechtfertigt im Sinn von Art. 975 ZGB werden,** wenn der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt hat, und daher aus dem Grundbuch gelöscht werden dürfen.

374 Der Vorkaufsberechtigte erlangt seine Löschungsbefugnis also erst dann, **wenn er sein Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt hat.**[662] In diesem Moment werden die rangschlechteren Grundstückseintragungen ungerechtfertigt. Erst in diesem Moment aktualisiert sich die Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorkaufsbelasteten. Nicht erforderlich ist, dass bereits das Eigentum auf den Vorkaufsberechtigten übertragen worden ist.[663] Andernfalls hätte der Vorkaufsberechtigte keine Möglichkeit, das Eigentum des bereits im Grundbuch eingetragenen Dritterwerbers zu bestreiten.[664]

375 Vor der Ausübung des Vorkaufsrechts ist diese mit der Vormerkung verknüpfte «Wirkung» – wie gesagt[665] – zwar latent vorhanden, doch äussert sie sich nicht in konkreter Weise. Der Vorkaufsberechtigte hat vorerst keine Handhabe, um die nachträglich erworbenen Rechte Dritter zu löschen.[666] Läuft die Vormerkungsdauer ab, ohne dass in dieser Zeit ein Vorkaufsfall eingetreten ist respektive *ohne dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat,* geht damit die latente «Wirkung» gegenüber den rangschlechteren Rechten unter. Diese später eingetragenen Rechte müssen das einstmals vorgemerkte Vorkaufsrecht nicht mehr weiter respektieren und wurden durch die ehemalige Vormerkung zu keiner Zeit konkret tangiert.

376 Die rangschlechteren Grundstückseintragungen werden zudem nur dann ungerechtfertigt, wenn der Vorkaufsberechtigte ***infolge* der Ausübung seines Vorkaufsrechts** einen obligatorischen Anspruch auf die Eigentumsübertragung erwirbt, nicht aber, wenn der Vorkaufsbelastete mit dem Vorkaufsberechtigten unabhängig von einem Vorkaufsfall einen Grundstückkaufvertrag abschliesst.[667]

---

661 BGE 90 II 393 ff. (402 f.), E. 5; 119 III 32 ff. (35), E. 1c; HOMBERGER, ZK, N 20 zu Art. 959 ZGB; BSK ZGB II-SCHMID, N 9 zu Art. 972. Dritten gegenüber wird die Rangänderung erst mit der Eintragung eines entsprechenden Vermerks auf dem Hauptbuchblatt (vgl. Art. 92 Abs. 3 GBV) wirksam: BSK ZGB II-SCHMID, N 9 zu Art. 972.

662 BRUNNER, S. 263 und 274; MEIER-HAYOZ, BK, N 287 zu Art. 681 ZGB.

663 Die Formulierung in BGE 85 II 572 ff. (574), E. 2, ist daher ungenau.

664 Siehe dazu unten Nr. 384 und 401.

665 Vgl. oben Nr. 370 f.

666 BGE 85 II 572 ff. (573 f.), E. 2.

667 BGE 85 II 572 ff. (573 f.), E. 2.

Nicht hinderlich ist aber, wenn der Vorkaufsbelastete und der Vorkaufsberechtigte, wie es in der Praxis oft vorkommt, im Nachgang zur Ausübung des Vorkaufsrechts einen zusätzlichen – an sich nicht erforderlichen[668] – Kaufvertrag abschliessen.[669] Denn es ist ja die wirksame Ausübung des Vorkaufsrechts, welche die rangschlechteren Grundstückseintragungen ungerechtfertigt macht.

ccc) Befugnis des Vorkaufsberechtigten zur Löschung von rangschlechteren Grundstücksrechten

377 Hat der Vorkaufsberechtigte einmal seine Löschungsbefugnis erlangt, kann er von den Inhabern der rangschlechteren Grundstücksrechte die **Löschung aus dem Grundbuch** verlangen und diese im Weigerungsfall mit der Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB durchsetzen.[670] Eben aus diesem Grund kann der Vorkaufsbelastete, der einem Dritten ein im Rang nachgehendes Grundstücksrecht einräumt, die Beständigkeit dieses Rechts nicht garantieren:[671] Für die ganze Vormerkungsdauer des Vorkaufsrechts besteht die Möglichkeit, dass das rangschlechtere Grundstücksrecht durch die wirksame Ausübung des prioritären Vorkaufsrechts ungerechtfertigt wird und daher aus dem Grundbuch gelöscht werden muss. Die Löschung des rangschlechteren Grundstücksrechts auf Begehren des Vorkaufsberechtigten hin nach Art. 976a ZGB fällt jedoch ausser Betracht.[672] Weil die rangschlechteren Grundstücksrechte nur gelöscht werden können, wenn sie die Rechtsstellung des ausübenden Vorkaufsberechtigten beeinträchtigen[673] – was im Einzelfall streitig sein kann –, fehlt es an der Löschungsvoraussetzung von Art. 976a ZGB, wonach ein Eintrag «höchstwahrscheinlich keine rechtliche Bedeutung» hat.

378 Die Löschungsbefugnis des Vorkaufsberechtigten, der von seinem Vorkaufsrecht wirksamen Gebrauch gemacht hat, besteht nicht unbesehen gegenüber jedem später eingetragenen und daher rangschlechteren Grundstücksrecht, sondern unterliegt einer weiteren Einschränkung. Dies mag zwar mit Blick auf Art. 959 Abs. 2 ZGB überraschen, denn gemäss dieser Bestimmung erlangt das Vor-

668 Siehe dazu unten Nr. 905.

669 BGE 90 II 393 ff. (398), E. 2b; zustimmend auch LIVER, ZBJV 1965, S. 397.

670 BGE 90 II 393 ff. (399 f.), E. 3; HOMBERGER, ZK, N 30 zu Art. 959 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, N 72 zu § 11. Die Konstruktion von PIOTET, ZBGR 1969, S. 58 ff., wonach der Drittberechtigte aufgrund einer Realobligation verpflichtet sei, dieser Löschung zuzustimmen, braucht es nach der hier vertretenen Meinung nicht. Art. 975 ZGB bietet dem Vorkaufsberechtigten ausreichende Handhabe, um das Recht des Dritten zu löschen, wenn man davon ausgeht, dass dieses Recht mit der wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts ungerechtfertigt wird.

671 Vgl. oben Nr. 371.

672 Anders noch unter dem alten Recht LIVER, ZBJV 1965, S. 398, und MEIER-HAYOZ, BK, N 288 zu Art. 681 ZGB.

673 Siehe sogleich unten Nr. 378.

kaufsrecht durch die Vormerkung Wirkung gegenüber *jedem* später erworbenen Recht. Diese zusätzliche Einschränkung ergibt sich jedoch aus der konsequenten Anwendung des Grundsatzes der Alterspriorität: Nach diesem Grundsatz kann das rangbessere Recht zuerst durchgesetzt werden. Rangschlechtere Rechte können nur – aber immerhin – insoweit Geltung beanspruchen, als dadurch die Ausübung der vorangehenden Rechte nicht beeinträchtigt oder gar verhindert wird.[674] Dieser Gedanke hat in Art. 812 Abs. 2 ZGB seinen Niederschlag gefunden, wonach Grundpfandrechte rangschlechteren Belastungen vorgehen und diese gelöscht werden, jedoch nur dann, wenn (bei der Pfandverwertung) ihr Bestand den vorgehenden Pfandgläubiger schädigt. In konsequenter Anwendung des Grundsatzes der Alterspriorität sowie in analoger Anwendung der Regelung von Art. 812 Abs. 2 ZGB wird daher auch die Wirkung des vorgemerkten Vorkaufsrechts nach Art. 959 Abs. 2 ZGB gegenüber rangschlechteren Grundstücksrechten eingeschränkt: Die Löschungsbefugnis besteht nur gegenüber denjenigen rangschlechteren **Rechten, welche die Rechtsstellung des vorgehenden Vorkaufsberechtigten beeinträchtigen.** Soweit herrscht in Literatur und Rechtsprechung in Bezug auf die vorgemerkten persönlichen Rechte im Allgemeinen und das vorgemerkte Vorkaufsrecht im Besonderen weitestgehend Einigkeit.[675] Umstritten ist hingegen, wann die Rechtsstellung des Berechtigten eines vorgemerkten persönlichen Rechts durch ein im Rang nachgehendes Recht beeinträchtigt wird und damit die Löschungsbefugnis besteht.

379 Die **herrschende Lehrmeinung** nimmt bezüglich der Löschungsbefugnis des Vorkaufsberechtigten grundsätzlich **keine Differenzierung zwischen dem limitierten und dem unlimitiertem Vorkaufsrecht** vor. Sie billigt dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis zur Löschung weitestgehend sämtlicher nach der Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch eingetragener Grundstücksrechte zu. Eine Differenzierung zwischen den beiden Arten von Vorkaufsrechten nimmt diese Lehrmeinung einzig insofern vor, als sie den unlimitiert Vorkaufsberechtigten – im Gegensatz zum limitiert Vorkaufsberechtigten – in der Regel dazu anhalten will, dem Vorkaufsbelasteten eine zusätzliche Entschädigung für den Wert der wegfallenden Lasten zu entrichten.[676]

380 Diese Auffassung verkennt **meines Erachtens,** dass der Vorkaufsberechtigte beim unlimitierten Vorkaufsrecht das Grundstück gemäss Art. 216d Abs. 3 OR zu den Bedingungen erwirbt, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat.

---

674 FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 325.

675 BGE 85 II 572 ff. (573 f.), E. 2; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 647 f.; FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 337; MEIER-HAYOZ, BK, N 285 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 804; kritisch aber CR OR I-FOËX, N 10 zu Art. 216a, der diese Auffassung als nur schwerlich mit dem Wortlaut von Art. 959 Abs. 2 ZGB vereinbar erachtet und stattdessen dem prioritär Berechtigten einzig die Schranke des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB entgegenhalten will.

676 Siehe dazu auch unten Nr. 396 f.

Dies bedeutet namentlich, dass der Vorkaufsberechtigte das Grundstück grundsätzlich mit denselben dinglichen Belastungen erwirbt, wie es der Vorkaufsbelastete mit dem Dritten vereinbart hat.[677] Mit der Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch bezwecken die Parteien, die Realdurchsetzung des in Ausübung des Vorkaufsrechts begründeten Forderungsrechts auf Eigentumsübertragung zu sichern.[678] Die Vormerkung eines Vorkaufsrechts im Grundbuch schützt somit mittelbar den Erwerb des Grundeigentums, auf den der Vorkaufsberechtigte im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts einen obligatorischen Anspruch erlangt.[679] Das Grundeigentum – genauer gesagt: der tatsächliche und rechtliche Zustand des Grundstücks –, auf dessen Erwerb der Vorkaufsberechtigte bei der Ausübung seines Vorkaufsrechts einen obligatorischen Anspruch erlangt, ist nun aber **bei einem unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht und einem absolut limitierten Vorkaufsrecht verschieden:** Beim unlimitierten Vorkaufsrecht entspricht es der Meinung der Vorkaufsvertragsparteien, dass der Vorkaufsberechtigte das Grundstück im Vorkaufsfall so soll erwerben können, wie es sich in diesem Zeitpunkt präsentiert.[680] Dies trifft auch auf das relativ limitierte Vorkaufsrecht zu.[681] Beim absolut limitierten Vorkaufsrecht dagegen soll der Vorkaufsberechtigte nach dem mutmasslichen Parteiwillen das Grundstück im Vorkaufsfall so erwerben können, wie es sich im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags präsentiert hat.[682] Daraus erhellt, dass je nach Art des zur Diskussion stehenden Vorkaufsrechts die rangschlechteren Grundstücksrechte, welche die Rechtsstellung des Vorkaufsberechtigten beeinträchtigen, variieren. Es ist denn auch anerkannt, dass die durch Art. 959 Abs. 2 ZGB erlangte Löschungsbefugnis je nach Art des vorgemerkten persönlichen Rechts verschieden sein kann.[683]

677 WISSMANN, Nr. 1501.

678 BRUNNER, S. 177.

679 Siehe dazu unten Nr. 898.

680 Vgl. oben Nr. 270.

681 Vgl. oben Nr. 277.

682 Vgl. oben Nr. 276.

683 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 648. Dies bedeutet aber nicht, dass die typischen Wirkungen der Vormerkungen unterschiedlich sind: PIOTET, ZBGR 1969, S. 41. Denn die typische Wirkung, die darin besteht, dem vorgemerkten Recht die Realvollstreckung auf Kosten rangschlechterer Grundstücksrechte zu gewährleisten (DERSELBE, a.a.O., S. 40), bleibt stets dieselbe. Nur hat sie nicht stets dieselben Auswirkungen, weil die Realvollstreckung von vorgemerktem zu vorgemerktem Recht verschieden zu erfolgen hat: DERSELBE, a.a.O., S. 46 ff. Der Inhalt dieser Wirkungen ist abhängig vom zugrunde liegenden vorgemerkten Recht.

ddd) Löschungsbefugnis beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht

381 Beim unlimitierten Vorkaufsrecht entspricht es nach dem Gesagten der Meinung der Vorkaufsvertragsparteien, dass der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall das Grundstück so soll erwerben können, wie es sich in diesem Zeitpunkt präsentiert.[684] Dasselbe gilt auch für das relativ limitierte Vorkaufsrecht.[685] Nach der hier vertretenen Auffassung gehen daher – in Anlehnung an eine Minderheitsmeinung[686] – sämtliche dinglichen Rechte und Lasten am Grundstück, die der Dritterwerber gemäss Drittvertrag übernehmen müsste, grundsätzlich auch auf den Vorkaufsberechtigten über, auch wenn diese Grundstücksrechte erst nachträglich zur Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch eingetragen worden sein sollten. Die grundbuchliche Vormerkung eines unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrechts schützt somit einzig – aber immerhin – mittelbar den Erwerb desjenigen Grundeigentums, auf welches der Vorkaufsberechtigte im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts einen obligatorischen Anspruch erlangt, nämlich den **Erwerb des Grundeigentums im rechtlichen Zustand zum Zeitpunkt des Vorkaufsfalls.** Der Vorkaufsberechtigte erlangt die Löschungsbefugnis nur gegenüber solchen Grundstücksrechten, die seinem Erwerb des Grundeigentums entgegenstehen oder ihn gefährden, sowie gegenüber denjenigen Grundstücksrechten, die seit dem Eintritt des Vorkaufsfalls begründet worden sind.

382 Ausgehend von dieser Erkenntnis sind im Folgenden die zu löschenden (aaaa) und die nicht zu löschenden Grundstücksrechte (bbbb) darzustellen. Abschliessend gilt es klarzustellen, dass den Vorkaufsberechtigten keine Entschädigungspflicht (cccc) für die gelöschten Grundstücksrechte trifft.

aaaa) Zu löschende Grundstücksrechte

383 Wie gesagt, entspricht es beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht der Meinung der Vorkaufsvertragsparteien, dass der Vorkaufsberechtigte das Grundstück in jenem rechtlichen Zustand soll erwerben dürfen, den es im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls aufweist.[687] Werden also **nach Eintritt des Vorkaufsfalls** am Grundstück neue **dingliche Lasten begründet,** eingeschlossen diejenige Dienstbarkeit, deren Vereinbarung als ein dem Kaufvertrag wirtschaftlich gleichkommendes Rechtsgeschäft den Vorkaufsfall ausgelöst hat,[688] so muss sich der Vorkaufsberechtigte, der von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch

---

684 Vgl. oben Nr. 270.

685 Vgl. oben Nr. 277.

686 BRÜCKNER, Nr. 129; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 648 Fn. 27; SIMONIUS/SUTTER, N 31 und 72 zu § 11; PIOTET, JdT 1967, S. 167; WISSMANN, Nr. 1501.

687 Vgl. oben Nr. 270 und 277.

688 Siehe dazu unten Nr. 703 ff.

macht, dies nicht gefallen lassen. Der Vorkaufsberechtigte kann auf Löschung dieser neuen Lasten klagen (Art. 975 ZGB).[689] Die Löschungsbefugnis erlangt er zwar erst in dem Zeitpunkt, in welchem er sein Vorkaufsrecht ausübt, doch reicht diese zeitlich auf den Zeitpunkt des Vorkaufsfalls zurück – weil er eben das Grundstück so soll erwerben können, wie es sich in diesem Zeitpunkt präsentiert hat. Analoges gilt, wenn nach Eintritt des Vorkaufsfalls **dingliche Rechte gelöscht** werden, die zugunsten des vorkaufsbelasteten Grundstücks Bestand hatten. Der Vorkaufsberechtigte kann mit einer Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB gegen den Eigentümer des dienenden Grundstücks auf Wiedereintragung des dinglichen Rechts im Grundbuch klagen.[690] Die Rechtslage nach dem Eintritt des Vorkaufsfalls lässt sich mit anderen Worten mit derjenigen vergleichen, in welcher der Käufer zur Sicherung seines obligatorischen Anspruchs auf Eigentumsübertragung eine Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erwirkt hat.

384 Das soeben Gesagte gilt grundsätzlich auch für das **Eigentumsrecht eines Dritten.** Auch hier kann der Vorkaufsberechtigte grundsätzlich erfolgreich gegen den Dritten auf Berichtigung des Grundbuchs klagen (Art. 975 ZGB).[691] Allerdings besteht eine Besonderheit, wenn das Eigentum auf den Dritten übergeht, bevor der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat. Falls der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nachträglich ausübt, so muss er sich der realobligatorischen Ausgestaltung des vorgemerkten Vorkaufsrechts wegen mit seinem obligatorischen Anspruch auf Eigentumsverschaffung direkt an den neuen Dritteigentümer halten.[692] Dann führt also nicht die Grundbuchberichtigungsklage zum Ziel, sondern alleine die Realvollstreckung des mit dem Dritten durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Veräusserungsvertrags.

385 Wird dem Vorkaufsberechtigten das Eigentum am Grundstück in Erfüllung des durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts zustande gekommenen Veräusserungsvertrags übertragen, so wäre dieser Eigentumserwerb gefährdet, wenn an diesem Grundstück ein vorgemerktes Kaufs- oder Rückkaufsrecht eines Dritten bestehen würde. Denn der Dritte hätte die Möglichkeit, durch Ausübung des Kaufs- oder Rückkaufsrechts das neue Eigentum vom ehemals Vorkaufsberechtigten sogleich wieder abzuverlangen. Aus diesem Grund muss der Vorkaufsberechtigte, der von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht hat, dazu berechtigt sein, die im Rang nachgehenden vorgemerkten **Kaufs- und Rückkaufsrechte**

689 PIOTET, JdT 1967, S. 170; DERSELBE, effets typiques, S. 47. Zum Sonderfall des Bauhandwerkerpfandrechts siehe unten Nr. 395.

690 Vgl. DESCHENAUX, SPR V/3, S. 648 Fn. 25a.

691 Vgl. auch BRUNNER, S. 264 und 266, anders allerdings auf S. 288.

692 Siehe dazu unten Nr. 423 und 1031 ff.

Dritter löschen zu lassen – unter dem Vorbehalt einer anderslautenden Parteiabrede zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten.[693]

386 Der Löschungsbefugnis des Vorkaufsberechtigten unterliegen auch diejenigen **dinglichen Lasten,** mit denen das Grundstück **in rechtsmissbräuchlicher Absicht** belastet worden ist, um die Ausübung des Vorkaufsrechts zu vereiteln. Dieser aus Art. 2 Abs. 2 ZGB abgeleitete Auffangtatbestand ist meines Erachtens dann erfüllt, wenn der Vorkaufsbelastete sein Grundstück aus dem einzigen Grund mit einem Recht belastet, um den Vorkaufsberechtigten davon abzuhalten, sein Vorkaufsrecht auszuüben, weil der Erwerb des Grundstücks mit dieser Belastung unattraktiv wird.[694] Sobald der Vorkaufsbelastete aber einen sachlichen Beweggrund für die Belastung seines Grundstücks mit diesem zusätzlichen Grundstücksrecht vortragen kann, liegt kein Rechtsmissbrauch vor, mag auch die Belastung des Grundstücks zur Folge haben, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts für den Vorkaufsberechtigten unattraktiv erscheint.

387 Ferner darf der Vorkaufsberechtigte auch **vorgemerkte Verfügungsbeschränkungen** nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB **und vorläufige Eintragungen** nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 oder 2 ZGB aus dem Grundbuch löschen lassen, soweit sie Rechte oder obligatorische Ansprüche auf den Erwerb von Rechten zum Gegenstand haben, die nach dem bisher Ausgeführten vom Vorkaufsberechtigten gelöscht werden dürfen:

388 – Bei einem *streitigen oder vollziehbaren obligatorischen Anspruch auf Erwerb eines Grundstückrechts,* der gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB mittels Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung gesichert wird, entsteht das durch die Vormerkung gesicherte Recht erst mit der definitiven Eintragung im Grundbuch bzw. mit der Rechtskraft des Gestaltungsurteils.[695] Doch ist es aufgrund von Art. 960 Abs. 2 ZGB so zu halten, wie wenn die definitive Eintragung im Zeitpunkt der Vormerkung stattgefunden hätte.[696] Wenn also der prioritär Vorkaufsberechtigte das spätere Grundstücksrecht

693 BGE 90 II 393 ff. (399 ff.), E. 3; 92 II 147 ff. (159), E. 6; LIVER, ZBJV 1965, S. 398; PIOTET, JdT 1967, S. 170 ff.; STEINAUER, droits réels, Nr. 1727.

694 Vgl. namentlich das von LIVER, ZBJV 1965, S. 401, angeführte Beispiel, wo die Verkäuferin vor dem Verkauf an die Gemeinde, die ein Schulhaus errichten möchte, ihr Grundstück zugunsten des Nachbargrundstücks mit einer Grunddienstbarkeit belastet, wonach die Überbauung mit gewerblichen Gebäuden und Wohnhäusern verboten ist, um den vorkaufsberechtigten Baumeister von der Ausübung seines Vorkaufsrechts abzuhalten. Dieses Beispiel lässt sich auch mit dem Rechtsmissbrauchsverbot einer vernünftigen Lösung zuführen. Unter der heutigen Rechtslage stellt der Erwerb eines Grundstücks zwecks Erstellung eines Schulhauses aber ohnehin keinen Vorkaufsfall mehr dar: vgl. unten Nr. 632 ff.

695 BSK ZGB II-SCHMID, N 9a zu Art. 960.

696 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 671 Fn. 79; HOMBERGER, ZK, N 23 zu Art. 960 ZGB; FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 340.

löschen lassen könnte, muss ihm auch die Löschung der vorgemerkten Verfügungsbeschränkung, mit welchem der obligatorische Anspruch auf dieses Grundstücksrecht gesichert werden soll, gestattet sein, sofern diese Verfügungsbeschränkung im Vergleich zum Vorkaufsrecht in einem schlechteren Rang steht. Dasselbe gilt auch für die Vormerkung einer vorläufigen Eintragung nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.[697]

– Komplizierter liegen die Dinge bei einer *vorläufigen Eintragung zur Sicherung eines behaupteten dinglichen Rechts* nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Denn hier geht es vor allem um Grundstücksrechte, die entweder ausserbuchlich entstanden oder die zu Unrecht aus dem Grundbuch gelöscht worden sind.[698] Weil dieses Grundstücksrecht also bereits vorher Bestand hatte, bestimmt sich grundsätzlich auch dessen Rang nach dem Zeitpunkt der Entstehung und nicht nach dem Zeitpunkt der Vormerkung der vorläufigen Eintragung.[699] Doch kann dieser Rang für die Zeit vor der Vormerkung durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches beeinträchtigt werden.[700] Ein Beispiel möge dies illustrieren: Im Jahr 2010 merkt der Grundeigentümer A. ein Kaufsrecht zu Gunsten von B. im Grundbuch vor. 2011 wird diese Vormerkung zu Unrecht aus dem Grundbuch gelöscht. Im Jahr 2012 räumt A. dem C. ein Vorkaufsrecht am Grundstück ein und lässt dieses im Grundbuch vormerken. Im Jahr 2013 klagt B. auf Wiedereintragung der Vormerkung seines Kaufsrechts und lässt diese gestützt auf Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB im Grundbuch vorläufig eintragen.[701] Kurze Zeit später tritt der Vorkaufsfall ein, und C. übt sein Vorkaufsrecht aus. Nun kann dieser die Vormerkung der vorläufigen Eintragung von B. löschen lassen mit der Konsequenz, dass das Kaufsrecht nicht mehr definitiv eingetragen werden kann, sofern C. im Zeitpunkt der Vormerkung seines Vorkaufsrechts im Grundbuch im guten Glauben war, dass an diesem Grundstück kein Kaufsrecht zugunsten des B. besteht. War er hingegen diesbezüglich nicht in gutem Glauben, geht das Kaufsrecht von B. seinem Vorkaufsrecht vor und dementsprechend muss dieser auch die vorläufige Eintragung nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und später die definitive Eintragung des prioritären Kaufsrechts dulden. 389

bbbb) Nicht zu löschende Grundstücksrechte

Weiter als zuvor ausgeführt geht die Beschränkung der Verfügungsmacht des mit einem unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht belasteten Grund- 390

697 Vgl. auch DESCHENAUX, SPR V/3, S. 652.

698 HOMBERGER, ZK, N 4 ff. zu Art. 961 ZGB; BSK ZGB II-SCHMID, N 7 ff. zu Art. 961.

699 HOMBERGER, ZK, N 23 zu Art. 961 ZGB sowie N 23 und 25 zu Art. 972 ZGB.

700 HOMBERGER, ZK, N 23 zu Art. 961 ZGB.

701 Der Behelf der vorläufigen Eintragung nach Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB steht auch bei einer ungerechtfertigten Löschung einer Vormerkung nach Art. 959 ZGB zur Verfügung: HOMBERGER, ZK, N 8 zu Art. 961 ZGB.

eigentümers nicht. Bei **anderen Grundstücksrechten** kann der Vorkaufsbelastete mit anderen Worten – trotz des vorgemerkten Vorkaufsrechts – die **Beständigkeit** auch für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts **gewährleisten,** namentlich bei den Folgenden:

391 Der unlimitiert oder relativ limitiert Vorkaufsberechtigte erwirbt das Grundstück – unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs[702] – mit allen **beschränkten dinglichen Rechten,** die im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls auf dem Grundstück lasten, seien es Dienstbarkeiten, Grundlasten oder Grundpfandrechte.[703] So hat namentlich das Bundesgericht dem Berechtigten eines prioritär vorgemerkten unlimitierten Vorkaufsrechts die Löschung eines nachträglich bestellten Wohnrechts verweigert.[704] Denn der unlimitiert Vorkaufsberechtigte profitiert ja davon, dass der Dritte aufgrund dieser Lasten weniger Geld für das Grundstück bietet, was sich direkt auf den vom ihm zu entrichtenden Kaufpreis auswirkt, da er gemäss Art. 216d Abs. 3 OR das Grundstück zu den mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen erwerben kann.[705] Diese Überlegung trifft auch auf den relativ limitiert Vorkaufsberechtigten zu, da sich der von diesem zu entrichtende Kaufpreis erst im Vorkaufsfall in Abhängigkeit vom tatsächlichen und rechtlichen Zustand des Grundstücks zu diesem Zeitpunkt bestimmt.[706]

392 Anders als die vorgemerkten Kaufs- und Rückkaufsrechte beeinträchtigen die **übrigen vorgemerkten persönlichen Rechte** den Erwerb des Eigentums durch den Vorkaufsberechtigten nicht. Dies gilt namentlich auch für ein vorgemerktes Vorkaufsrecht eines Dritten. Die Ausübungserklärung des rangschlechteren Vorkaufsberechtigten muss im Vorkaufsfall der Ausübungserklärung des rangbesseren Vorkaufsberechtigten weichen.[707] Der (Dritt-)Vorkaufsberechtigte erlangt folglich keinen obligatorischen Eigentumsverschaffungsanspruch, welcher mit dem Eigentumserwerb des prioritär Vorkaufsberechtigten in Konflikt geraten würde. Deshalb darf das vorgemerkte Vorkaufsrecht des Dritten auch unter dem neuen Eigentümer weiterbestehen.[708]

393 **Obligatorische Rechte an Grundstücken,** die nicht im Grundbuch vorgemerkt worden sind, wirken aufgrund der Relativität der Vertragsbeziehung grundsätzlich ohnehin nur zwischen dem Vorkaufsbelasteten als ehemaligem Eigentümer und dem obligatorischen Drittberechtigten. Solche obligatorische Rechte sind mit anderen Worten für den ehemals Vorkaufsberechtigten als neuen Eigentü-

---

702 Vgl. oben Nr. 386.

703 Vgl. auch BRÜCKNER, Nr. 129; SIMONIUS/SUTTER, N 31 und 72 zu § 11; WISSMANN, Nr. 1501.

704 BGE 92 II 147 ff. (158 ff.), E. 6.

705 STEINAUER, droits réels, Nr. 1727. Vgl. unten Nr. 983.

706 Vgl. oben Nr. 277.

707 Vgl. unten Nr. 877 und 879.

708 PIOTET, JdT 1967, S. 172 f.

mer in der Regel unbeachtlich.[709] Das Gesetz sieht aber für die zwei wohl wichtigsten Arten von rein obligatorischen Berechtigungen an Grundstücken eine Ausnahme vor, nämlich für die Miete und die Pacht. Gemäss Art. 261 Abs. 1 OR geht das Mietverhältnis bei Veräusserung der Mietsache mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber über. Der neue Eigentümer ist also grundsätzlich an den bestehenden Mietvertrag gebunden. Nur unter den Voraussetzungen und nach Massgabe der Art. 261 Abs. 2 lit. a und b OR kann er dieses allfällig länger dauernde Mietverhältnis vorzeitig aufkündigen. Diese Bestimmungen gelten gemäss Art. 290 lit. a OR auch sinngemäss bei der Veräusserung des Pachtgegenstandes. Das Obligationenrecht sieht damit einen **gesetzlichen Vertragsübergang** vor.[710] Gegen diesen kann sich der Vorkaufsberechtigte, selbst wenn sein Vorkaufsrecht vorgemerkt ist, nicht bzw. nur nach Massgabe von Art. 261 Abs. 2 lit. a und b OR zur Wehr setzen. Auch letztere Möglichkeit fällt indes ausser Betracht, wenn das Miet- oder Pachtverhältnis im Grundbuch vorgemerkt worden ist (Art. 261b und 290 lit. c OR).[711] In diesem Fall haben wir es ohnehin mit einem vorgemerkten persönlichen Recht zu tun, das vom Vorkaufsberechtigten nicht gelöscht werden kann.[712]

Ihres bloss informativen Charakters wegen fallen die **Anmerkungen** für eine Löschung nicht in Betracht.[713] 394

Soweit ein Bauhandwerkerpfandrecht vor Eintritt des Vorkaufsfalls zumindest vorläufig im Grundbuch eingetragen worden ist, ergibt sich dessen Vorrang gegenüber dem unlimitierten Vorkaufsrecht bereits aus dem vorstehend Gesagten. Das **Bauhandwerkerpfandrecht** darf aber selbst dann seinen Vorrang gegenüber dem vorgemerkten Vorkaufsrecht beanspruchen, wenn es erst nach dem Eintritt des Vorkaufsfalls vorläufig (und später definitiv) im Grundbuch eingetragen worden ist. Die grundbuchliche Vormerkung eines unlimitierten Vorkaufsrechts schafft nach dem Gesagten für die Zeitdauer nach Eintritt des Vorkaufsfalls grundsätzlich dieselbe Rechtslage, wie wenn ein Grundstückkäufer zur Sicherung seines obligatorischen Eigentumsverschaffungsanspruchs eine Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erwirkt hat.[714] Es entspricht nun dem Willen des Gesetzgebers, die Bauhandwerker zu privilegieren. Daher erhält das Bauhandwerkerpfandrecht nach richtiger Auffassung den Vorrang gegenüber solchen Massnahmen des vorsorglichen Rechtsschutzes.[715] 395

709 Siehe auch PIOTET, ZBGR 1969, S. 52.
710 HIGI, ZK, N 22 zu Art. 261–261a OR; BSK OR I-WEBER, N 4 zu Art. 261.
711 HIGI, ZK, N 14 zu Art. 261b OR.
712 Vgl. zuvor Nr. 392.
713 FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 340; BSK ZGB II-SCHMID, N 5 zu Art. 972.
714 Vgl. oben Nr. 383 in fine.
715 Siehe eingehend SCHUMACHER, Nr. 156 ff.

cccc) Keine Entschädigungspflicht des Vorkaufsberechtigten

396 Die **herrschende Lehre** vertritt die Auffassung, dass der **Vorkaufsberechtigte** dem Vorkaufsbelasteten **für die gelöschten Lasten eine Entschädigung zahlen** muss.[716] Denn der unlimitiert Vorkaufsberechtigte habe von dem aufgrund der – nun zu löschenden – Lasten reduzierten Kaufpreis profitiert. Da nach der hier vertretenen Auffassung dem unlimitiert oder relativ limitiert Vorkaufsberechtigten eine weniger weit reichende Löschungsbefugnis zukommt, als es die herrschende Lehre vertritt,[717] relativiert sich die Frage nach der Entschädigungspflicht etwas. Dennoch verliert sie nicht gänzlich ihre Bedeutung, wie ein vom Bundesgericht bereits beurteilter Fall eines rangschlechteren Kaufsrechts zeigt, welches auch nach der hier vertretenen Auffassung vom unlimitiert oder relativ limitiert Vorkaufsberechtigten aus dem Grundbuch gelöscht werden darf.[718] Das Bundesgericht führte in diesem Entscheid als obiter dictum aus, dass der Vorkaufsberechtigte vom vorkaufsbelasteten Verkäufer hätte verpflichtet werden können, «entweder die nach der Vormerkung seines Vorkaufsrechts neu auf die Grundstücke gelegten Lasten zu übernehmen oder ihm einen um den Wert der gelöschten Lasten erhöhten Kaufpreis zu bezahlen».[719]

397 Dass eine solche Lösung angebracht ist, muss nach der **hier vertretenen Auffassung** bezweifelt werden. Denn sowohl der vorkaufsbelastete Grundeigentümer als auch der Drittberechtigte des rangschlechteren Grundstücksrechts müssen aufgrund des vorgemerkten Vorkaufsrechts damit rechnen, dass dieses Grundstücksrecht im Vorkaufsfall mit der Ausübung des Vorkaufsrechts – im oben eng umschriebenen Rahmen[720] – ungerechtfertigt wird und daher aus dem Grundbuch gelöscht werden kann. Es bleibt ihnen unbenommen, dieses Risiko einzugehen. Doch ist es nicht sachgerecht, dass der Vorkaufsbelastete vom Vorkaufsberechtigten eine Entschädigung verlangen kann, wenn sich dieses Risiko dann verwirklicht, zumal keine Anspruchsgrundlage ersichtlich ist, gestützt auf welche er eine solche Entschädigung sollte fordern können.[721] Vielmehr ist es

---

716 BRUNNER, S. 267; FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 337; GIGER, BK, N 164 zu Art. 216 OR; HAAB, ZK, N 42 und 46 zu Art. 681/82 ZGB; HOMBERGER, ZK, N 42 zu Art. 959 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 285 ff. zu Art. 681 ZGB.

717 Die herrschende Lehre differenziert bezüglich des Umfangs der Löschungsbefugnis nicht zwischen limitiertem und unlimitiertem Vorkaufsrecht (vgl. oben Nr. 379) und gesteht dem Vorkaufsberechtigten in jedem Fall die weitergehende Löschungsbefugnis zu, wie sie in der vorliegenden Arbeit grundsätzlich nur für das absolut limitierte Vorkaufsrecht anerkannt wird. Siehe dazu unten Nr. 398 ff.

718 Vgl. oben Nr. 385.

719 BGE 90 II 393 ff. (400), E. 3, mit Hinweis auf HOMBERGER, ZK, N 42 zu Art. 959 ZGB.

720 Vgl. oben Nr. 383 ff.

721 Siehe auch die Kritik bei LIVER, ZBJV 1965, S. 400; ähnlich PIOTET, JdT 1967, S. 168 ff.

Sache des Vorkaufsbelasteten und des Drittberechtigten des rangschlechteren Grundstücksrechts in ihrem Vertrag die Rechtsfolgen zu regeln für den Fall, dass sich dieses Risiko verwirklichen sollte. Darf der Vorkaufsberechtigte ein rangschlechteres Grundstücksrecht löschen lassen, so braucht er nach der hier vertretenen Auffassung für die Löschung **keine Entschädigung zu bezahlen.**

eee) Löschungsbefugnis beim absolut limitierten Vorkaufsrecht

398 Nach dem bereits Gesagten soll der Vorkaufsberechtigte beim **absolut limitierten Vorkaufsrecht** nach dem mutmasslichen Willen der Vorkaufsvertragsparteien das Grundstück im Vorkaufsfall in jenem tatsächlichen und rechtlichen Zustand erwerben können, den es im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags aufgewiesen hat.[722] Aus diesem Grund sind die zeitlich später begründeten Grundstücksrechte, welche die Rechtsstellung des Vorkaufsberechtigten beeinträchtigen, beim absolut limitierten Vorkaufsrecht zahlreicher als beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht.

399 Im Folgenden sind für das vorgemerkte absolut limitierte Vorkaufsrecht wiederum die zu löschenden (aaaa) und die nicht zu löschenden Grundstücksrechte (bbbb) darzustellen. Abschliessend gilt es klarzustellen, dass dem Vorkaufsberechtigten kein Wahlrecht zusteht, um anstelle der Löschung der Grundstücksrechte eine Reduktion des Kaufpreises zu verlangen (cccc).

aaaa) Zu löschende Grundstücksrechte

400 Beim absolut limitierten Vorkaufsrecht kann der Vorkaufsberechtigte sämtliche rangschlechteren Grundstücksrechte löschen lassen, welche seinem Anspruch entgegenstehen, das Grundstück **in jenem rechtlichen Zustand zu erwerben, den es im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags aufgewiesen hat.** Dies bedeutet, dass die Löschungsbefugnis des absolut limitiert Vorkaufsberechtigten über diejenige des unlimitiert oder relativ limitiert Vorkaufsberechtigten hinaus insbesondere auch die rangschlechteren beschränkten dinglichen Rechte und sämtliche rangschlechteren Vormerkungen erfasst.[723] Damit ist beim absolut limitierten Vorkaufsrecht die durch die Vormerkung geschaffene Rechtslage *für die ganze Vormerkungsdauer* grundsätzlich vergleichbar mit derjenigen, in welcher ein Grundstückkäufer zur Sicherung seines obligatorischen Anspruchs auf Eigentumsübertragung eine Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erwirkt hat.

401 Wie beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht besteht auch beim absolut limitierten Vorkaufsrecht eine Besonderheit beim **Eigentumsrecht.**[724]

---

722 Vgl. oben Nr. 276.

723 STEINAUER, droits réels, Nr. 805 f. und 1727.

724 Vgl. oben Nr. 384.

Grundsätzlich kann auch hier der Vorkaufsberechtigte erfolgreich gegen den Dritten auf Berichtigung des Grundbuches klagen, wenn der Vorkaufsbelastete diesen in Missachtung der Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer angemeldet hat. Übt hingegen der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht erst aus, nachdem der Vorkaufsbelastete den Dritten beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer angemeldet hat, so muss sich der Vorkaufsberechtigte der realobligatorischen Ausgestaltung des vorgemerkten Vorkaufsrechts wegen mit seinem obligatorischen Anspruch auf Eigentumsverschaffung direkt an den neuen Dritteigentümer halten.[725] Dann führt also nicht die Grundbuchberichtigungsklage zum Ziel, sondern alleine die Realvollstreckung des mit dem Dritten durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Veräusserungsvertrags.

bbbb) Nicht zu löschende Grundstücksrechte

402 Rangschlechtere **Grundpfandrechte** brauchen nur dann gelöscht zu werden, wenn sie die Stellung des Vorkaufsberechtigten beeinträchtigen.[726] Keine Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung liegt vor, wenn der Vorkaufsberechtigte die durch Pfandrechte gesicherte Schuld in Anrechnung an den von ihm zu entrichtenden Kaufpreis übernehmen kann.[727]

403 Das zu den **obligatorischen Rechten an Grundstücken, Anmerkungen und Bauhandwerkerpfandrechten** im Zusammenhang mit dem unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht Ausgeführte gilt in analoger Weise auch für das absolut limitierte Vorkaufsrecht.[728]

cccc) Kein Wahlrecht zur Reduktion des Kaufpreises

404 In der Lehre vertreten gewisse Autoren die Auffassung, der Berechtigte eines vorgemerkten limitierten Vorkaufsrechts habe die **Wahl,** entweder die nachrangigen Grundstücksrechte löschen zu lassen oder stattdessen eine **Reduktion des Kaufpreises um den Wert dieser Lasten** zu fordern.[729]

---

725 Siehe dazu unten Nr. 423 und 1031 ff.

726 A.M. PIOTET, ZBGR 1969, S. 48 Fn. 40, der die Löschung sämtlicher rangschlechterer Rechte befürwortet.

727 BRUNNER, S. 267; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 648; FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 337; HOMBERGER, ZK, N 42 zu Art. 959 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 292 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 805; siehe auch LGVE 1992 I Nr. 12, S. 22 ff. (Luzerner Obergericht). Zur Übernahme von Grundpfandschulden in Anrechnung an den Kaufpreis siehe unten Nr. 1004 ff.

728 Siehe oben Nr. 393 ff.

729 BRUNNER, S. 267; FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 337; MEIER-HAYOZ, BK, N 291 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1727.

Dieser Auffassung kann **nicht beigepflichtet** werden. Der Kaufpreis, den der absolut limitiert Vorkaufsberechtigte nach der Ausübung des Vorkaufsrechts für den Erwerb des Grundeigentums zu entrichten hat, ist durch die Abrede im Vorkaufsvertrag bestimmt. Es gibt keinen Anlass, warum der Vorkaufsberechtigte durch seinen alleinigen Entschluss, ob er ein nachrangiges Grundstücksrecht löschen lässt oder nicht, einseitig in dieses Wertgefüge von Leistung und Gegenleistung sollte eingreifen können. Dies rechtfertigt sich insbesondere auch deswegen nicht, weil eine Reduktion des Kaufpreises zu Lasten des Vorkaufsbelasteten ginge, derweil der Drittberechtigte des nachrangigen Grundstücksrechts vom Entscheid des Vorkaufsberechtigten, das nachrangige Grundstücksrecht nicht löschen zu lassen, profitieren würde. 405

bb) Beständigkeit gegenüber Beschlagsrechten nach SchKG

Es entspricht einer gängigen Formulierung in der Lehre und Rechtsprechung, dass die mit der Vormerkung eines persönlichen Rechts verbundene dingliche Wirkung im Sinn von Art. 959 Abs. 2 ZGB auch gegenüber einem späteren Beschlagsrecht des Gläubigers aus Pfändung, Arrest oder Konkurs besteht.[730] Für die Einzelheiten ist zwischen der Rechtslage vor der Ausübung (aaa) und nach der Ausübung des Vorkaufsrechts (bbb) zu unterscheiden. 406

aaa) Vor der Ausübung des Vorkaufsrechts

Klar ist die Rechtslage, solange das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt worden ist: Im Fall einer **Zwangsverwertung** darf dem Ersteigerer das **Grundstück nur mit** dem **vorgemerkten Vorkaufsrecht zugeschlagen** werden, es sei denn, die Vormerkung des Vorkaufsrechts sei in analoger Anwendung von Art. 812 Abs. 2 ZGB und Art. 142 SchKG im Rahmen eines Doppelaufrufs wegen Schädigung eines rangbesseren Grundpfandrechts zu löschen.[731] 407

bbb) Nach der Ausübung des Vorkaufsrechts

Eine andere Frage ist hingegen, welche Wirkung die Vormerkung des Vorkaufsrechts gegenüber einem zeitlich später erfolgten Beschlagsrecht des Gläubigers aus Pfändung, Arrest oder Konkurs zeitigt, wenn der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht. Das Bundesgericht hat für ein vorgemerktes Kaufsrecht entschieden, dass der Kaufsberechtigte das zeitlich später erfolgte **Beschlagsrecht des Gläubigers löschen** kann, jedoch unter der Bedin- 408

730 BGE 44 II 362 ff. (371); BRUNNER, S. 187; HAAB, ZK, N 9 zu Art. 683 ZGB; HOMBERGER, ZK, N 20 zu Art. 959 ZGB; OSTERTAG, BK, N 7 zu Art. 959 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 808.

731 BGE 43 III 140 ff. (143 f.); BRUNNER, S. 187 und 265; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 652; HOMBERGER, ZK, N 23 zu Art. 959 ZGB.

gung, dass er beim Betreibungsamt denjenigen Teil des Kaufpreises hinterlegt, der nicht durch Übernahme von Grundpfandschulden getilgt worden ist.[732]

409 Dieselbe Lösung rechtfertigt sich meine Erachtens auch, wenn es sich um ein vorgemerktes (limitiertes oder unlimitiertes) Vorkaufsrecht handelt und der **Vorkaufsfall eingetreten ist, bevor** das Grundstück durch die Gläubiger unter **Beschlag** genommen worden ist, selbst wenn der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht erst im Nachgang zu dieser Beschlagnahme (aber immer noch innerhalb der Ausübungsfrist von Art. 216e OR) ausüben sollte.[733] Denn im Vorkaufsfall unterscheidet sich das Vorkaufsrecht nicht länger vom Kaufsrecht,[734] sodass die vom Bundesgericht getroffene Lösung in diesem Fall auch auf das Vorkaufsrecht übertragen werden kann. Allfälligen Gläubiger schädigenden Handlungen kurz vor der Pfändung, dem Arrest oder dem Konkurs kann mit Hilfe der Anfechtungsklagen nach den Art. 285 ff. SchKG begegnet werden.

410 Anders gestaltet sich die Rechtslage meines Erachtens jedoch, wenn der **Vorkaufsfall** erst **eintritt, nachdem** das Grundstück durch die Gläubiger unter **Beschlag** genommen worden ist. Dies ergibt sich aus folgenden Gründen:

411 – Fällt der Grundeigentümer in Konkurs, so hat dies eine Einschränkung seiner Verfügungsmacht über sein Grundstück zur Folge, sofern dieses zur Konkursmasse gehört. Denn gemäss Art. 204 Abs. 1 SchKG sind Rechtshandlungen, welche der Schuldner nach der Konkurseröffnung über zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke vornimmt, gegenüber den Konkursgläubigern ungültig. Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre handelt es sich dabei um eine «relative Ungültigkeit» bzw. eine «relative Nichtigkeit» solcher Verfügungen. Denn nur die Konkursgläubiger und die Konkursverwaltung können sich darauf berufen, nicht aber der Konkursit selber oder der Dritterwerber.[735] Die Verfügung erlangt also im Verhältnis des Konkursiten zum Dritterwerber zivilrechtliche Gültigkeit. Beispielsweise kann dieser zivilrechtlich gültig das Eigentum an einer Konkurssache erwerben, doch bleibt dieses Eigentum gegenüber den Konkursgläubigern und der Konkursverwaltung mit dem Beschlagsrecht belastet.[736] Ebenso kann der Konkursschuldner über seine Vermögensobjekte *zivilrechtlich gültige Verpflichtungsgeschäfte abschliessen.*[737] Damit kann der Konkursit auch noch nach der Konkurseröffnung über ein zur Konkursmasse gehöriges Grundstück den Vorkaufsfall eintreten lassen. Praktisch identisch ist

732 BGE 128 III 124 ff. (128), E. 3.

733 Gl.M. BRUNNER, Nr. 121.

734 Vgl. oben Nr. 55.

735 BGE 130 III 248 ff. (254), E. 4.1; AMONN/WALTHER, N 9 zu § 41; GILLIÉRON, Nr. 1667 f.; CR SCHKG-ROMY, N 14 zu Art. 204; STAEHELIN, S. 58; BSK SCHKG-WOHLFART/MEYER, N 21 zu Art. 204; a.M. VON TUHR/PETER, S. 220 f.

736 STAEHELIN, S. 58 ff.

737 CR SCHKG-ROMY, N 12 zu Art. 204; BSK SCHKG-WOHLFART/MEYER, N 12 zu Art. 204.

die Rechtslage im Fall der Pfändung. Auch hier darf der Schuldner gemäss Art. 96 Abs. 1 SchKG bei Straffolge nicht über die gepfändeten Vermögenswerte verfügen. Verfügungen des Schuldners sind gemäss Art. 96 Abs. 2 SchKG ungültig, soweit dadurch die aus der Pfändung den Gläubigern erwachsenen Rechte verletzt werden, unter dem Vorbehalt der hier nicht weiter interessierenden Wirkungen des Besitzeserwerbs durch gutgläubige Dritte. Auch nach der Pfändung bleiben Rechtshandlungen des Schuldners über das gepfändete Grundstück, seien es nun Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäfte, zivilrechtlich gültig.[738] Doch sind solche Rechtshandlungen betreibungsrechtlich ungültig, soweit dadurch die Rechte der Gläubiger aus der Pfändung beeinträchtigt werden.[739] Dieselbe Rechtslage besteht schliesslich aufgrund von Art. 275 SchKG auch beim Arrest. Gemeinsamer Zweck dieser Bestimmungen ist es, dass der mit Beschlag belegte Vermögenswert für die Zwangsverwertung und damit für die Gläubigerbefriedigung erhalten bleibt.[740]

– Der SchKG-Schuldner (und Vorkaufsbelastete) kann also nach dem Gesagten selbst nach der Konkurseröffnung oder dem Pfändungs- bzw. Arrestbeschlag über sein Grundstück zivilrechtlich gültig verfügen und somit auch einen Vorkaufsfall eintreten lassen. Ein Vorkaufsfall wäre aber unter Umständen geeignet, die Gläubigerinteressen zu schädigen. Zu denken ist etwa an den Fall eines unlimitierten Vorkaufsrechts, bei dem der Schuldner den Kaufpreis mit dem Dritten unter dem Verkehrswert des Grundstücks festsetzt und der Vorkaufsberechtigte somit ebenfalls unter dem Verkehrswert kaufen kann. Die gleiche Problematik ergibt sich bei einem limitierten Vorkaufsrecht, bei dem der vereinbarte Kaufpreis unter dem Verkehrswert liegt. In beiden Fällen würde das Vermögenssubstrat zu Lasten der Gläubiger verringert, wenn man es dem Vorkaufsberechtigten – dessen Vorkaufsrecht prioritär vorgemerkt wurde – analog zum Kaufsberechtigten erlauben würde, das Beschlagsrecht der Gläubiger aus Pfändung, Arrest oder Konkurs zu löschen, wenn er beim Betreibungs- oder Konkursamt denjenigen Teil des Kaufpreises hinterlegt, der nicht durch Übernahme von Grundpfandschulden getilgt worden ist. Die Anfechtungsklagen nach Art. 285 ff. SchKG schützen die Gläubiger nicht, weil damit nur Rechtshandlungen angefochten werden können, die der Schuldner *vor* der Pfändung oder Konkurseröffnung vorgenommen hat.[741] Allerdings ist der Kaufvertrag des Schuldners mit dem Dritten und damit auch der *Vorkaufsfall* nach dem Gesagten – obwohl zivilrechtlich gültig – *gegenüber den Konkurs-, Pfändungs- bzw. Arrestgläubigern ungültig*. 412

– Dieser betreibungsrechtlichen Ungültigkeit gegenüber den Konkurs-, Pfändungs- bzw. Arrestgläubigern kann einzig dadurch Nachachtung verschafft 413

738 AMONN/WALTHER, N 68 und 70 zu § 22; BSK SCHKG-LEBRECHT, N 7 zu Art. 101; STAEHELIN, S. 58 f.; a.M. BSK SCHKG-FOËX, N 30 zu Art. 96.

739 AMONN/WALTHER, N 68 zu § 22.

740 Vgl. STAEHELIN, S. 56.

741 Vgl. Art. 286, 287 und 288 SchKG.

werden, dass es dem Vorkaufsberechtigten *nicht gestattet* ist, *das Beschlagsrecht der Gläubiger zu löschen,* selbst wenn er den Kaufpreis beim Betreibungs- oder Konkursamt hinterlegt. Ein solches Vorgehen steht dem Vorkaufsberechtigten vielmehr nur dann offen, wenn die Konkursverwaltung bzw. das Betreibungsamt den Kaufvertrag mit dem Dritten und damit auch den Vorkaufsfall genehmigt.[742] Bleibt diese Genehmigung aus, so sind der Vorkaufsfall und damit auch die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten gegenüber den Gläubigern unbeachtlich. Kommt es in der Folge zur Zwangsverwertung des Grundstücks, so wird das Grundstück dem Ersteigerer so zugeschlagen, wie wenn das Vorkaufsrecht nie ausgeübt worden wäre. Das heisst, das vorgemerkte Vorkaufsrecht wird grundsätzlich dem Ersteigerer überbunden, es sei denn, die Vormerkung des Vorkaufsrechts sei im Rahmen eines Doppelaufrufs wegen Schädigung eines rangbesseren Grundpfandrechts gelöscht worden.[743]

b) Realobligatorische Wirkung der Vormerkung

414 Was die realobligatorische Wirkung der Vormerkung anbelangt, so kläre ich zunächst die Terminologie (aa). Anschliessend zeige ich auf, dass die realobligatorische Wirkung von der zuvor behandelten dinglichen Wirkung der Vormerkung unterschieden werden muss (bb). Sodann setze ich mich mit der gesetzlichen Grundlage der realobligatorischen Wirkung (cc) auseinander. Schliesslich untersuche ich den Umfang dieser Wirkung (dd).

aa) Terminologie

415 Unter einer **Realobligation** versteht man eine Obligation, bei der mindestens eine Partei – also der Schuldner und/oder der Gläubiger – durch ihre dingliche Berechtigung an einer Sache bestimmt wird.[744] Mit der Realobligation verwandt ist die sogenannte **Realbelastung.** Hier richtet sich nicht eine Forderung, sondern ein Gestaltungsrecht gegen den jeweiligen Eigentümer einer Sache.[745] Man spricht in beiden Fällen auch von subjektiv-dinglichen Rechten und Pflichten, weil mindestens ein Subjekt dadurch bestimmt ist, dass ihm ein dingliches Recht an einer Sache zusteht.[746]

416 Aus Gründen der **terminologischen Vereinfachung** verwende ich im Folgenden den Begriff der Realobligation grundsätzlich in einem weiteren Sinn, also sowohl für die Realobligation im engeren Sinn als auch für die Realbelastung.

---

742 Vgl. BSK SCHKG-FOËX, N 10 zu Art. 96; BSK SCHKG-WOHLFART/MEYER, N 22 zu Art. 204.

743 Vgl. oben Nr. 407.

744 LIVER, ZK, N 148 der Einleitung vor Art. 730 ff. ZGB; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 86; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 21 ff.

745 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 87.

746 Vgl. LIVER, ZBGR 1962, S. 279.

Wo die Unterscheidung hingegen relevant wird, spreche ich spezifisch entweder von einer Realobligation im engeren Sinn oder von einer Realbelastung.

bb) Unterscheidung von der dinglichen Wirkung der Vormerkung

Die realobligatorische Wirkung der Vormerkung muss von der zuvor umschriebenen **dinglichen Wirkung** unterschieden werden.[747] Denn die dingliche Wirkung der Vormerkung zeigt sich darin, dass rangschlechtere Grundstücksrechte durch die wirksame Ausübung des Vorkaufsrechts ungerechtfertigt werden und aus dem Grundbuch gelöscht werden können, sofern sie die Rechtsstellung des Vorkaufsberechtigten beeinträchtigen.[748] 417

Im Zusammenhang mit der **realobligatorischen Wirkung** des Vorkaufsrechts, das nach dem Gesagten ein Gestaltungsrecht darstellt,[749] geht es hingegen um die Frage, ob das Vorkaufsrecht durch seine Vormerkung im Grundbuch zu einer Realbelastung in dem Sinn wird, als der *jeweilige* Eigentümer des vorkaufsbelasteten Grundstücks von der Gestaltungsbelastung betroffen ist. Man kann sich aber auch fragen, ob die Vormerkung des Vorkaufsrechts sogar zur Folge hat, dass der *jeweilige* Eigentümer des Grundstücks im engeren Sinn einer Realobligation zur Partei des Vorkaufsvertrags oder zur Partei des durch Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Veräusserungsvertrags wird. 418

cc) Gesetzliche Grundlage

Fasst man das vorgemerkte Vorkaufsrecht als Realobligation auf, bringt dies – wie MEIER-HAYOZ zu Recht unterstreicht[750] – praktische Vorteile mit sich: So kann sich der Vorkaufsberechtigte mit seinem Gestaltungsrecht an den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks halten, also mitunter auch an den Dritterwerber, und von diesem direkt die Übertragung des Grundeigentums verlangen. Andernfalls wäre der Vorkaufsberechtigte auf die Grundbuchberichtigungsklage gegen den Dritteigentümer einerseits und auf die Klage auf Zusprechung des Eigentums gegen den Vorkaufsrechtsgeber andererseits verwiesen. Zudem erfährt der Dritterwerber bei der Konzeption des vorgemerkten Vorkaufsrechts als Realobligation den Vorteil, dass er das Grundstück in der Regel nur gegen Entrichtung des Kaufpreises herausgeben muss und so nicht Gefahr läuft, dass er 419

---

747 DESCHENAUX, ZBGR 1962, S. 284; DERSELBE, SPR V/3, S. 643 Fn. 11 und S. 656; siehe auch VIONNET, S. 176. Diese Unterscheidung wird in der Literatur freilich nicht konsequent vorgenommen: vgl. EMERY, Nr. 73; REY, Eigentum, Nr. 1251; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 23.

748 Siehe oben Nr. 372 ff.

749 Vgl. oben Nr. 9.

750 MEIER-HAYOZ, BK, N 256 zu Art. 681 ZGB.

am Ende «mit leeren Händen» dasteht.[751] Allerdings existiert auch für **Realobligationen** ein **Numerus clausus.** Sie können nur durch gesetzliche Vorschrift oder in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen durch Rechtsgeschäft entstehen.[752] Trotz der erwähnten praktischen Vorteile lässt sich die Konzeption des vorgemerkten Vorkaufsrechts als Realobligation also nur dann vertreten, wenn sie sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen lässt.

420 Es ist bereits ausgeführt worden, dass die realobligatorische Wirkung von der dinglichen Wirkung gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB unterschieden werden muss. Eine andere Frage allerdings ist, ob Art. 959 Abs. 2 ZGB nicht zugleich auch als ausreichende gesetzliche Grundlage angeschaut werden kann, um daraus die realobligatorische Wirkung abzuleiten. Dies entscheidet sich letzten Endes danach, wie weit man den Gesetzeswortlaut dehnen will. Diese Frage war bereits unter dem alten Recht umstritten.[753] Für das vorgemerkte Vorkaufsrecht hatten die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die herrschende Lehre die realobligatorische Wirkung jedoch aus Art. 681 Abs. 1 aZGB abgeleitet.[754] Gemäss dieser Gesetzesbestimmung bestand das vorgemerkte Vorkaufsrecht «gegenüber jedem Eigentümer». Auch unter der Geltung des neuen Rechts lässt sich für die realobligatorische Wirkung des vorgemerkten Vorkaufsrechts eine Spezialbestimmung ausmachen. Gemäss dem am 1. Januar 1994 in Kraft getretenen **Art. 216e OR** kann das im Grundbuch vorgemerkte Vorkaufsrecht «gegenüber dem [jeweiligen] Eigentümer» geltend gemacht werden.[755] Die Konzeption des Vorkaufsrechts als Realobligation entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, ist doch in der bundesrätlichen Botschaft im Zusammenhang mit der Vormerkungsdauer an verschiedenen Stellen von einer «realobligatorischen Dauer» die Rede.[756]

dd) Umfang der realobligatorischen Wirkung der Vormerkung

421 Im Zusammenhang mit dem vorgemerkten Vorkaufsrecht stellt sich die Frage, ob das Vorkaufsrecht verstanden als Gestaltungsrecht (aaa), die Forderungen aus dem durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Hauptvertrags (bbb), die Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten des Vorkaufs-

751 MEIER-HAYOZ, BK, N 257 zu Art. 681 ZGB; siehe auch LIVER, ZBGR 1962, S. 265 f.

752 JOST, S. 65.

753 Vgl. DESCHENAUX, ZBGR 1962, S. 287 ff.; LIVER, ZBGR 1962, S. 266 f.

754 BGE 92 II 147 ff. (155 ff.), E. 4; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 656; LIVER, ZBGR 1962, S. 267; MEIER-HAYOZ, BK, N 270 ff. zu Art. 681 ZGB; a.M. noch DESCHENAUX, ZBGR 1962, S. 287 ff.

755 Für das Kaufs- und Rückkaufsrecht existiert hingegen keine solche Sondervorschrift, weshalb die Frage ihrer realobligatorischen Natur umstritten bleiben dürfte: siehe BRUNNER, S. 279 f.

756 Siehe BBl 1988 III 1077.

rechtsgebers (ccc) und/oder die Gegenleistung des Vorkaufsrechtsnehmers gemäss Vorkaufsvertrag (ddd) realobligatorisch ausgestaltet sind. Die hier gewonnenen Erkenntnisse sind abschliessend zusammenzufassen (eee).

aaa) Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht

422 Der Wortlaut von Art. 216e OR spricht vorerst nur für die Konzeption des vorgemerkten Vorkaufsrechts *im Sinn einer Realbelastung.* Denn gemäss dieser Bestimmung kann der Vorkaufsberechtigte sein **Vorkaufsrecht gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks geltend machen.** Auch wenn der Gesetzeswortlaut von der Geltendmachung spricht, ist damit nichts anderes gemeint als die Ausübung des Vorkaufsrechts, also des Gestaltungsrechts, durch welches nach dem bereits Gesagten die Rechte und Pflichten eines Veräusserungsvertrags begründet werden,[757] und nicht etwa die Klage auf Zusprechung des Eigentums nach Art. 665 Abs. 1 ZGB. Dies ergibt sich daraus, dass die Geltendmachung des Vorkaufsrechts nach dem Gesetzeswortlaut innert dreier Monate erfolgen muss – und diese Frist bezieht sich unbestrittenermassen auf die Ausübung des Vorkaufsrechts.[758]

423 Das vorgemerkte Vorkaufsrecht – verstanden als Gestaltungsrecht – richtet sich also gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks.[759] Und zwar geht es um den jeweiligen Eigentümer im Zeitpunkt des Zugangs der Ausübungserklärung.[760] Dieser **jeweilige Eigentümer** des Grundstücks **wird Vertragspartner des Veräusserungsvertrags,** den der Vorkaufsberechtigte durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts zustande bringt.

424 Da das vorgemerkte **Vorkaufsrecht** gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks geltend gemacht werden kann, bedeutet dies aber auch, dass es – mangels anderslautender Vereinbarung im Vorkaufsvertrag – bei Eigentumsänderungen am Grundstück (mit oder ohne Vorkaufsfallcharakter) nicht untergeht, wenn der Vorkaufsberechtigte von seinem Recht keinen Gebrauch macht oder machen kann, sondern **während der ganzen Vormerkungsdauer in jedem Vorkaufsfall ausgeübt werden kann.**[761] Die Gestaltungsbelastung geht folglich

---

757 Vgl. bereits oben Nr. 10.

758 Vgl. unten Nr. 846 f.

759 CR OR I-FOËX, N 11 zu Art. 216a; EMERY, Nr. 75; SIMONIUS/SUTTER, N 41 f. zu § 2; STEINAUER, droits réels, Nr. 1725 f. i.V.m. 1706; so auch bereits unter der Geltung des alten Rechts DESCHENAUX, SPR V/3, S. 654 f.; siehe auch NOELPP, S. 105 ff.; a.M. BRÜCKNER, Nr. 123 f.; GIGER, BK, N 92 zu Art. 216 OR, in Widerspruch zu N 163 zu Art. 216 OR.

760 Vgl. unten Nr. 820.

761 BRÜCKNER, Nr. 125; BRUNNER, S. 184; MEIER-HAYOZ, BK, N 113 zu Art. 681 ZGB; a.M. JÄGGI, S. 72 ff. Siehe auch unten Nr. 883.

während der ganzen Vormerkungsdauer jeweils auf den neuen Eigentümer über.[762] Anzufügen bleiben zwei Punkte:

425 – Der *Auffassung von VIONNET,*[763] wonach es dem Vorkaufsberechtigten aufgrund von Art. 216e OR bloss erlaubt sein soll, sein Vorkaufsrecht gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks – gewissermassen einem passiven Stellvertreter gleich[764] – auszuüben, derweil der Veräusserungsvertrag mit dem ursprünglichen Vorkaufsrechtsgeber zustande kommt, kann nicht gefolgt werden. Die *Anordnung einer passiven Stellvertretung* im Gesetz würde dem Vorkaufsberechtigten wenig bringen, könnte er in diesem Fall doch sein Vorkaufsrecht gerade so gut gegenüber dem ursprünglichen Vorkaufsrechtsgeber ausüben. Eine solche gesetzliche Anordnung wäre nahezu nutzlos. Diese Auffassung entspricht auch nicht dem gesetzgeberischen Willen. In der bundesrätlichen Botschaft steht nämlich geschrieben: «Ist zwischenzeitlich schon ein neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden, so hat sich die Ausübungserklärung an diesen zu richten, weil nur der im Grundbuch eingetragene Eigentümer in der Lage ist, dem Vorkaufsberechtigten das Eigentum am Grundstück zu verschaffen».[765] Mit «verschaffen» kann vernünftigerweise nur die Erfüllung der kaufvertraglichen Besitzes- und Eigentumsverschaffungspflicht gemeint sein.

426 – Zugegebenermassen besteht bei der hier vertretenen Auffassung die Gefahr, dass der Dritterwerber *wider Willen* zum *Vertragspartner* des Vorkaufsberechtigten wird, wenn der bisherige Eigentümer die Grundbuchanmeldung zugunsten des Dritterwerbers vornimmt und der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht danach gegenüber dem Dritten ausübt. Dies kann insbesondere dann zu Problemen führen, wenn ein limitiertes Vorkaufsrecht zur Diskussion steht, bei dem der im Vorkaufsvertrag vereinbarte Kaufpreis unter demjenigen liegt, den der Dritte gemäss Drittvertrag dem Vorkaufsbelasteten als Verkäufer zu bezahlen hat.[766] Diese Folge wird jedoch gelindert, wenn man dem Dritten ein Regressrecht gegenüber dem Vorkaufsbelasteten zubilligt.[767] Ausserdem kann der Dritterwerber einer solchen Gefahr *vorbeugen*, indem er mit dem bisherigen Eigentümer im Kaufvertrag vereinbart, dass dieser erst dann die Grundbuchanmeldung vornehmen darf, wenn die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts verstrichen ist oder der Vorkaufsberechtigte seinen Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt hat. Eine vorzeitig vorgenommene Grundbuchanmeldung muss dann der Grundbuchverwalter meines Erachtens abwei-

762 BRUNNER, S. 276.
763 VIONNET, S. 176 f.
764 Zur passiven Stellvertretung siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1359.
765 BBl 1988 III 1081 f.
766 Siehe VIONNET, S. 177.
767 Siehe unten Nr. 1054 ff.

sen, weil der Rechtsgrundausweis eine solche vorzeitige Anmeldung nicht gestattet.

bbb) Forderungen aus dem Hauptvertrag

427 Parteien des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Hauptvertrags,[768] regelmässig ein Grundstückkaufvertrag,[769] bilden also der Vorkaufsberechtigte einerseits und der Eigentümer des vorkaufsbelasteten Grundstücks zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts andererseits. War zu diesem Zeitpunkt der bisherige Vorkaufsbelastete noch Eigentümer des Grundstücks, dann stehen mit dem Zugang der Ausübungserklärung die Parteien des Hauptvertrags ein für alle Mal fest. Eine spätere Grundbuchanmeldung des Dritterwerbers durch den Vorkaufsbelasteten in Missachtung seiner vertraglichen Verpflichtung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten ändert nichts daran.[770] Es ist nämlich keine gesetzliche Grundlage ersichtlich, welche auch die Forderungen aus dem Hauptvertrag realobligatorisch ausgestalten würde. Die **Rechte und Pflichten aus dem Hauptvertrag** stellen mit anderen Worten – und entgegen einer abweichenden Auffassung[771] – **keine Realobligationen** dar.[772] Der Vorkaufsberechtigte ist in diesem Fall auf die Grundbuchberichtigungsklage gegen den Dritten sowie auf die Erfüllungsklage oder die Klage auf Zusprechung des Eigentums gegen den Verkäufer verwiesen. Prozessual lassen sich diese beiden Klagen auch miteinander verknüpfen.[773]

428 Die hier vertretene Auffassung hat für den Dritterwerber den Nachteil, dass er das **Insolvenzrisiko des Verkäufers** trägt, wenn er diesem bereits den Kaufpreis für das Grundstück bezahlt hat. Denn der Dritterwerber wird aufgrund der Grundbuchberichtigungsklage des Vorkaufsberechtigten aus dem Grundbuch gelöscht, ohne dass er von diesem den Kaufpreis erstattet erhält. Vielmehr muss der Vorkaufsberechtigte den Kaufpreis für das Grundstück an den Verkäufer, den Vorkaufsbelasteten, bezahlen. Der Dritterwerber seinerseits kann gegenüber dem Vorkaufsbelasteten Schadenersatz geltend machen.[774] Falls jedoch der Verkäufer mittlerweile in Konkurs geraten ist, muss sich der Dritterwerber mit einer Konkursdividende begnügen. Dieses Risiko kann sich aber auch bei anderen Fällen von Doppelverkäufen aktualisieren, weshalb es nicht als Argument gegen die hier vertretene Auffassung dienen kann. Zudem kann dem Insolvenzrisiko

768 Vgl. oben Nr. 80.
769 Siehe unten Nr. 901.
770 Gl.M. DESCHENAUX, ZBGR 1962, S. 288.
771 Siehe JOST, S. 163 und – besonders deutlich für das Kaufs- und Rückkaufsrecht – 159; MEIER-HAYOZ, BK, N 255 zu Art. 681 ZGB.
772 SIMONIUS/SUTTER, N 41 f. zu § 2; unklar DESCHENAUX, SPR V/3, S. 646 f. und 654 f.
773 Siehe dazu im Einzelnen unten Nr. 1022 ff.
774 Siehe dazu unten Nr. 1051 f.

des Verkäufers durch entsprechende Ausgestaltung des notariell beurkundeten Kaufvertrags begegnet werden: Die Fälligkeit der vom Dritterwerber zu entrichtenden Kaufpreisschuld sollte bis zu dem Zeitpunkt aufgeschoben werden, in dem Klarheit besteht, ob der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht hat oder nicht.

ccc) Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten des Vorkaufsrechtsgebers

429 Eine andere Frage ist, ob die aus dem Vorkaufsvertrag herrührenden **Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten** des Vorkaufsrechtsgebers[775] durch die Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch subjektiv-dinglich mit dem Eigentum am Grundstück verknüpft werden. Wie ich bereits im Zusammenhang mit der Abtretung des Vorkaufsrechts ausgeführt habe, sind diese Pflichten des Vorkaufsrechtsgebers und die damit korrespondierenden Rechte des Vorkaufsberechtigten derart eng mit dem Vorkaufsrecht verbunden, dass sie als dessen Nebenpflichten bzw. -rechte erscheinen. Sie gehen daher bei der Abtretung des Vorkaufsrechts mit diesem auf den Dritterwerber über.[776] Daher erscheint es auch als sachgerecht, dass diese Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten bei einem vorgemerkten Vorkaufsrecht als **realobligatorisch ausgestaltet** und somit subjektiv-dinglich mit dem Eigentum am Grundstück verknüpft betrachtet werden, sodass sie bei einem Eigentümerwechsel – zusammen mit der Gestaltungsbelastung durch das Vorkaufsrecht[777] – auf den neuen Eigentümer übergehen.

430 Dies lässt sich meines Erachtens **insbesondere** anhand der **Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR** illustrieren: Tritt ein Vorkaufsfall ein, so muss der Eigentümer als Vorkaufsbelasteter den Vorkaufsberechtigten gemäss Art. 216d Abs. 1 OR über den Abschluss und Inhalt des Kaufvertrags in Kenntnis setzen. Obwohl diese Pflicht gesetzlich statuiert ist, stellt sie nach richtiger Auffassung eine vertragliche Nebenleistungspflicht dar.[778] Verletzt der Vorkaufsrechtsgeber als Vorkaufsbelasteter diese Informationspflicht, so zieht dies eine vertragliche Schadenersatzpflicht nach sich. Wenn nun ein Dritterwerber des vorkaufsbelasteten Grundstücks, auf den die Gestaltungsbelastung durch das Vorkaufsrecht mit dem Eigentumserwerb übergegangen ist, das Grundstück weiterverkauft und dadurch einen Vorkaufsfall auslöst, trifft ihn ebenfalls eine Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR. Sollte er diese verletzen, dann kann man ihn nur vertraglich haftbar machen, wenn man diese vertragliche Nebenleistungspflicht als Realobligation auffasst. Andernfalls könnte er höchstens ausservertraglich aus unerlaubter Handlung haften, was nicht nur bezüglich der kurzen Verjäh-

775 Siehe oben Nr. 154 ff.
776 Siehe oben Nr. 309.
777 Siehe oben Nr. 422 ff.
778 Siehe unten Nr. 777 ff.

rungsfrist von Art. 60 OR problematisch wäre, sondern insbesondere auch angesichts der fraglichen Widerrechtlichkeit des eingetretenen Vermögensschadens.[779]

ddd) Gegenleistung des Vorkaufsrechtsnehmers

Schliesslich stellt sich noch die Frage, was bezüglich allfälliger **Pflichten des Vorkaufsrechtsnehmers** aus dem Vorkaufsvertrag, also insbesondere bezüglich einer allfälligen Pflicht zur Entrichtung eines (periodischen) Entgelts,[780] gilt. Diese Frage wird in der Literatur nirgendwo behandelt. Meines Erachtens stellen diese Pflichten des Vorkaufsrechtsnehmers **keine Realobligationen** dar. Dem Art. 216e OR lässt sich nur entnehmen, dass das vorgemerkte Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht subjektiv-dinglich mit dem Eigentum am Grundstück verknüpft ist. Über die Pflicht zur Leistung eines Entgelts als Gegenleistung für die Einräumung des Vorkaufsrechts lässt sich daraus nichts ableiten. Meines Erachtens verhält es sich hierbei gleich wie bei einer Gegenleistung für die Einräumung einer Dienstbarkeit, beispielsweise dem Baurechtszins für ein Baurechtsgrundstück, welcher ebenfalls – sofern er nicht im Grundbuch vorgemerkt wird – vom Baurechtsnehmer nur obligatorisch gegenüber dem ursprünglichen Baurechtsgeber, nicht aber gegenüber dessen Singularsukzessor geschuldet ist.[781] 431

eee) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das vorgemerkte Vorkaufsrecht als Realbelastung ausgestaltet ist in dem Sinne, als dieses Vorkaufsrecht – verstanden als Gestaltungsrecht – im Vorkaufsfall gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks ausgeübt werden kann. Ebenso sind die vertraglichen Nebenpflichten und Nebenleistungspflichten des Vorkaufsvertrags realobligatorisch ausgestaltet. Die Rechte und Pflichten des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Hauptvertrags, regelmässig ein Grundstückkaufvertrag, hingegen stellen keine Realobligationen dar. 432

c) Verobjektivierung der Rechtsbeziehung im Verhältnis zu Dritten

Die Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch führt zu einer Verobjektivierung der Rechtsbeziehung durch den Grundbucheintrag im Verhältnis zu Dritten. Während im Verhältnis der ursprünglichen Vorkaufsvertragsparteien 433

---

779 Das Problem der Widerrechtlichkeit löst sich jedoch, wenn man in Art. 216d Abs. 1 OR eine besondere Verhaltensnorm erblicken will, deren Missachtung die Widerrechtlichkeit begründet: siehe dazu REY, ZSR 1994, S. 57 f., insbesondere Fn. 94.

780 Vgl. oben Nr. 173.

781 Siehe dazu BGE 127 III 300 ff. (303), E. 5a/bb; BALLIF, Nr. 138 und 562; BSK ZGB II-ISLER/COSTANTINI, N 32 und 34a zu Art. 779a.

sämtliche (formgültigen) Parteiabreden Geltung beanspruchen, kann einem Dritten – sei er Erwerber des Grundeigentums oder nur eines rangschlechteren Grundstücksrechts – nur derjenige Rechtsinhalt entgegengehalten werden, der sich bei objektivierter Betrachtungsweise aus dem Grundbuch, das heisst aus dem Eintrag im Hauptbuchblatt und den zugehörigen Grundbuchbelegen, ergibt. **Art. 971 Abs. 2 ZGB** ist insoweit **analog anwendbar.**[782] Keine Verobjektivierung der Rechtsbeziehung findet jedoch gegenüber dem Zessionar des Vorkaufsrechts statt. Dieser erwirbt das Vorkaufsrecht genau so, wie es von den Parteien des ursprünglichen Vorkaufsvertrags ausgestaltet worden ist.[783]

434 Allerdings handelt es sich um eine **einseitige Verobjektivierung der Rechtsbeziehung,** weil sie nur **zu Gunsten des Dritten** wirkt. Sie schützt den Dritten insoweit, als er sich nur denjenigen Inhalt des Vorkaufsrechts entgegenhalten lassen muss, der sich aus dem Grundbuch ergibt. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich der Dritte beim Erwerb seines Grundstückrechts im guten Glauben befindet. Denn die Vormerkungswirkungen entstehen wie die dinglichen Rechte im herkömmlichen Sinn nur dann und soweit, wie sie im Grundbuch eingetragen sind. Dies ergibt sich aus dem analog anwendbaren Art. 971 Abs. 1 ZGB.[784] Dagegen ändert die Vormerkung des Vorkaufsrechts nichts an dessen persönlicher Rechtsnatur.[785] Insbesondere wirkt die Vormerkung nicht konstitutiv für das persönliche Vorkaufsrecht. Daher kann durch die Vormerkung nichts an Wirksamkeit erlangen – weder gegenüber dem Vorkaufsrechtsgeber noch gegenüber einem Dritten –, das über das vertraglich Vereinbarte hinausgeht.[786] Deshalb kann namentlich der Dritterwerber des Grundstücks gegen den ausübenden Vorkaufsberechtigten alle Einreden aus dem persönlichen Verhältnis erheben, die dem ursprünglichen Vorkaufsrechtsgeber aus dem Vorkaufsvertrag zustehen,[787] selbst wenn sich diese Einreden nicht aus der Vormerkung im Grundbuch ergeben.

d) Schutz gegen tatsächliche Einwirkungen auf das Vorkaufsobjekt?

435 BRUNNER vertritt in Anlehnung an CANARIS die Auffassung, dass die Anerkennung eines rechtlichen Schutzes des Vormerkungsberechtigten vor tatsächlichen Einwirkungen auf das Vorkaufsobjekt nichts anderes als die folgerichtige Ergänzung des von Art. 959 Abs. 2 ZGB gewährten Schutzes gegenüber später

---

782 BRUNNER, S. 231 f.; HOMBERGER, ZK, N 19 zu Art. 959 ZGB.

783 Vgl. oben Nr. 308.

784 Vgl. BSK ZGB II-SCHMID, N 7 zu Art. 971.

785 Vgl. oben Nr. 367.

786 BRUNNER, S. 231; HOMBERGER, ZK, N 19 zu Art. 959 ZGB.

787 BGE 54 II 429 ff. (435 f.), E. 1, betreffend ein Kaufsrecht; BRUNNER, S. 231; siehe auch HOMBERGER, ZK, N 19 zu Art. 959 ZGB. Siehe auch unten Nr. 1035.

erworbenen Grundstücksrechten sei.[788] Denn die Stellung des Vormerkungsberechtigten wäre gefährdet, wenn er bloss vor rechtlichen Belastungen, nicht aber vor tatsächlichen Beeinträchtigungen der Sache geschützt wäre.[789] Daher gewährt diese Lehrmeinung dem Berechtigten eines vorgemerkten Vorkaufsrechts einen **Unterlassungs-** sowie einen **Beseitigungsanspruch** analog zu Art. 641 Abs. 2 ZGB **gegen tatsächliche Einwirkungen auf das Vorkaufsobjekt** und einen **Deliktsanspruch** nach Art. 41 OR bei erfolgter Schädigung durch eine solche Einwirkung. Da das vorgemerkte Vorkaufsrecht nach Art. 959 Abs. 2 ZGB nicht im Verhältnis zu jedermann, sondern nur im Verhältnis zu späteren Erwerbern von Grundstücksrechten «zugeordnet» sei, wird auch der Deliktsschutz sowie der Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch des Vorkaufsberechtigten nicht gegenüber beliebigen Dritten, sondern nur gegenüber späteren Erwerbern von Grundstücksrechten zuerkannt.[790]

436 Diese Auffassung ist **meines Erachtens abzulehnen.** Auch wenn im Zusammenhang mit vorgemerkten Rechten von einem dinglichen Nebenrecht die Rede ist, das neben das persönliche Recht tritt,[791] geht die Dinglichkeit dieses Nebenrechts nicht weiter, als sie in Art. 959 Abs. 2 ZGB umschrieben ist. Art. 959 Abs. 2 ZGB würde nicht zuletzt von seinem Wortlaut her überdehnt, wollte man daraus auch einen Schutz vor tatsächlichen Beeinträchtigungen des Vorkaufsobjekts ableiten – und sei es auch nur im Verhältnis gegenüber späteren Erwerbern von Grundstücksrechten. Im Gegensatz zum Eigentumsrecht und zu den beschränkten dinglichen Rechten ist mit der Vormerkung eines persönlichen Rechts auch keine umfassende Ausschlussbefugnis Dritter verbunden, weshalb dem Vormerkungsberechtigten nach allgemeiner Auffassung keine der actio negatoria oder der actio confessoria nachgebildete Klagemöglichkeit zusteht.[792] Nach der hier vertretenen Auffassung schützt daher nur – aber immerhin – die vertragliche Nebenpflicht des Vorkaufsrechtsgebers, das Vorkaufsobjekt weder zu zerstören noch zu beschädigen, im vertraglichen (relativen) Verhältnis den Vorkaufsberechtigten vor tatsächlichen Beeinträchtigungen des Vorkaufsobjekts. Deren Verletzung zieht eine Schadenersatzpflicht des Vorkaufsrechtsgebers nach sich.[793]

---

788 BRUNNER, S. 199 f., in Anlehnung an CANARIS, S. 383 ff.
789 CANARIS, S. 385.
790 BRUNNER, S. 200 Fn. 158; CANARIS, S. 384 und 386 f.
791 Vgl. oben Nr. 367.
792 Vgl. REY, Eigentum, Nr. 2057; BSK ZGB II-WIEGAND, N 59 ff. zu Art. 641.
793 Vgl. oben Nr. 166 ff.

B) Entstehung der Vormerkungswirkungen

437 Nach Ausführungen zur Entstehung der Vormerkungswirkungen im Allgemeinen (a) interessiert der gutgläubige Erwerb der Vormerkungswirkungen im Besonderen (b).

a) Im Allgemeinen

438 Die Entstehung der Vormerkungswirkungen folgt dem Eintragungsprinzip (aa). Vorausgesetzt werden also eine Grundbuchanmeldung (bb) und die Eintragung im Grundbuch (cc).

aa) Eintragungsprinzip

439 Die Entstehung der Vormerkungswirkungen eines Vorkaufsrechts richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen für Grundbucheintragungen. Auch hier gilt grundsätzlich das **absolute Eintragungsprinzip** von Art. 971 Abs. 1 ZGB. Dieses besagt, dass für die Entstehung eines dinglichen Rechts die entsprechende Eintragung im Grundbuch grundsätzlich konstitutiv wirkt.[794] Das Prinzip ist vom Gesetzestext her auf dingliche Rechte zugeschnitten, lässt sich aber auch auf die Vormerkung persönlicher Rechte übertragen.[795] Zwar entsteht das Vorkaufsrecht als persönliches Recht unabhängig von einer Grundbucheintragung, doch wirkt die Grundbucheintragung immerhin für die Entstehung der Vormerkungswirkungen konstitutiv.[796]

440 Das **relative Eintragungsprinzip,** welches besagt, dass dingliche Rechte an Grundstücken in gewissen Fällen auch ohne Eintragung in das Grundbuch entstehen, spielt auch im Zusammenhang mit der Vormerkung persönlicher Rechte eine gewisse, wenn auch untergeordnete Rolle.[797] So hat beispielsweise der Vorkaufsrechtsnehmer die Möglichkeit, erfolgreich gegen den Vorkaufsrechtsgeber auf Eintragung der Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch zu klagen, wenn dieser entgegen der vertraglichen Abrede die Grundbuchanmeldung ungerechtfertigt verweigert. In sinngemässer Anwendung von Art. 665 ZGB treten mit dem rechtskräftigen Gestaltungsurteil unmittelbar die Vormerkungswirkungen ein. Die nachträgliche Eintragung der Vormerkung im Grundbuch hat nur noch deklaratorische Wirkung. Gleichwohl ist sie aber empfehlenswert, damit das vorgemerkte persönliche Recht auch gutgläubigen Dritten, die nachträglich ein dingliches Recht oder die Vormerkung eines persönlichen

---

794 Siehe HOMBERGER, ZK, N 1 zu Art. 971 ZGB.

795 HOMBERGER, ZK, N 5 zu Art. 971 ZGB.

796 BRUNNER, S. 213 f.; BSK ZGB II-SCHMID, N 7 zu Art. 971.

797 A.M. BRUNNER, S. 214, und BSK ZGB II-SCHMID, N 12 zu Art. 961, die dem relativen Eintragungsprinzip im Zusammenhang mit der Vormerkung persönlicher Rechte jegliche Bedeutung absprechen.

Rechts am fraglichen Grundstück erwerben, entgegengehalten werden kann.[798] Des Weiteren kommt das relative Eintragungsprinzip insbesondere auch beim Erbgang zum Tragen, wenn ein Erbe vom Erblasser ein vorgemerktes Vorkaufsrecht erbt (Art. 656 Abs. 2 und Art. 665 Abs. 2 ZGB analog).

bb) Grundbuchanmeldung

441 Die Vormerkungswirkungen entstehen nach dem Gesagten grundsätzlich erst mit der Eintragung der Vormerkung im Grundbuch. Diese Eintragung setzt eine entsprechende **Grundbuchanmeldung** voraus (Art. 963 Abs. 1 ZGB). Die Anmeldung hat schriftlich, unbedingt und vorbehaltlos zu erfolgen (Art. 963 Abs. 1 ZGB, Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 GBV). In der Anmeldung ist der Vorkaufsberechtigte zu bezeichnen, sei es namentlich beim Personalvorkaufsrecht, sei es indirekt durch die Angabe des berechtigten Grundstückes beim Realvorkaufsrecht (vgl. Art. 51 Abs. 1 und Art. 123 Abs. 2 lit. b GBV).[799] Der Verfügungsberechtigte, das heisst, der aus dem Grundbuch ersichtliche Eigentümer oder dessen Vertreter, muss die Grundbuchanmeldung vornehmen (Art. 965 Abs. 2 ZGB) und ihr den Ausweis über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund beilegen (Art. 965 Abs. 1 ZGB).

442 Der **Ausweis über den Rechtsgrund** besteht gemäss Art. 965 Abs. 3 ZGB im Nachweis, dass die für dessen Gültigkeit erforderliche Form erfüllt ist. Für die Vormerkung eines Vorkaufsrechts ist folglich als erstes vorausgesetzt, dass die Parteien des Vorkaufsvertrags eine formgültige Vormerkungsabrede treffen.[800] Dies können sie entweder im Vorkaufsvertrag selber oder in einer separaten nachträglichen Vereinbarung tun.[801] Beim limitierten Vorkaufsrecht ist eine öffentliche Beurkundung erforderlich, beim unlimitierten Vorkaufsrecht genügt die einfache Schriftlichkeit (Art. 216 Abs. 2 und 3 OR, Art. 78 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 GBV).

443 Der **Ausweis über das Verfügungsrecht** besteht gemäss Art. 965 Abs. 2 ZGB im Nachweis, dass der Gesuchsteller die nach Massgabe des Grundbuches verfügungsberechtigte Person ist oder von dieser eine Vollmacht erhalten hat. Dieser Nachweis wird erbracht durch einen Identitätsausweis des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers (Art. 84 Abs. 1 GBV) oder durch eine von diesem ausgestellte Vollmacht, lautend auf den Namen des Anmeldenden (Art. 49 Abs. 1 GBV). Im Rahmen der Vormerkungsabrede können die Parteien also insbesondere den Vorkaufsrechtsnehmer bevollmächtigen, die Anmeldung der

---

798 Zum Ganzen siehe DESCHENAUX, SPR V/3, S. 682; vgl. auch PIOTET, ZBGR 1969, S. 54.

799 MEIER-HAYOZ, BK, N 119 zu Art. 681 ZGB. Zum Personal- und Realvorkaufsrecht siehe auch oben Nr. 96 f.

800 Zur Formbedürftigkeit der Vormerkungsabrede siehe oben Nr. 144.

801 MEIER-HAYOZ, BK, N 115 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1724.

Vormerkung beim Grundbuchamt selbst vorzunehmen. Aus der Vormerkungsabrede alleine ist aber noch nicht auf eine entsprechende Vollmacht zu schliessen. Weigert sich der Vorkaufsrechtsgeber, die Vormerkung beim Grundbuchamt anzumelden, kann der Vorkaufsrechtsnehmer – oder bei einem (echten) Vertrag zugunsten Dritter der begünstigte Dritte[802] – die Eintragung gestützt auf die formgültige Vormerkungsabrede gerichtlich erwirken (Art. 665 Abs. 1 ZGB analog).[803]

cc) Grundbucheintragung

444 Der **Grundbuchverwalter** trägt die Anmeldung umgehend in das Tagebuch ein (Art. 948 Abs. 1 ZGB). In der Folge überprüft er, ob das zur Vormerkung angemeldete persönliche Recht überhaupt vormerkungsfähig ist.[804] Ebenso prüft er, ob die Anmeldung den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht und ob ein doppelter Ausweis im Sinn von Art. 965 ZGB vorliegt (vgl. auch Art. 83 Abs. 1 und 2 GBV).[805] Sind diese Voraussetzungen erfüllt, trägt der Grundbuchverwalter die Vormerkung im Hauptbuch ein.[806]

445 Art. 123 Abs. 2 GBV konkretisiert die Anforderungen an den **Grundbucheintrag** der Vormerkung auf dem Hauptbuchblatt. Danach enthält die Vormerkung insbesondere «den wesentlichen Inhalt des vorgemerkten Rechts» (lit. a), «die Bezeichnung der berechtigten Person oder des berechtigten Grundstücks» (lit. b) sowie «den Hinweis auf den Beleg» (lit. d). In der Grundbuchpraxis werden aus technischen Gründen meist nur mit einem Stichwort die Art des vorgemerkten Rechtes, also beispielsweise «limitiertes Vorkaufsrecht» oder «unlimitiertes Vorkaufsrecht»,[807] der Berechtigte und die Vormerkungsdauer eingeschrieben. Für das Weitere wird auf den Eintragsbeleg verwiesen. Dies bedeutet, dass Interessenten Einsicht in den Errichtungsbeleg gewährt werden muss, soweit sich der genaue Inhalt des Rechtes nicht eindeutig aus dem Hauptbucheintrag ergibt.[808] Die Angabe der Vormerkungsdauer auf dem Hauptbuchblatt mag zwar praxisgemäss üblich sein, ist allerdings nach der gesetzlichen Ordnung nicht erforderlich.

446 Den Grundbuchverwalter trifft **grundsätzlich keine Anzeigepflicht im Sinn von Art. 969 ZGB** gegenüber den Beteiligten, weil sowohl der Vorkaufsbelaste-

802 Zum echten Vertrag zugunsten Dritter siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3887 ff.

803 PIOTET, ZBGR 1969, S. 54.

804 BRUNNER, S. 181.

805 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 533.

806 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 541.

807 Vgl. FASEL, N 11 zu Art. 123 GBV.

808 Vernehmlassung des Bundesamtes für Justiz vom 17. März 1980 an das Schweizerische Bundesgericht, in: ZBGR 63/1982, S. 281 ff. (288 f.), E. 9.

te als auch der Vorkaufsberechtigte als am Grundgeschäft Beteiligte Kenntnis davon haben, dass eine Eintragung erfolgen wird.[809] Eine Anzeige gegenüber dem Vorkaufsberechtigten muss meines Erachtens jedoch dann erfolgen, wenn dieser nicht am Grundgeschäft beteiligt war, was dann der Fall ist, wenn das Vorkaufsrecht zugunsten eines Dritten begründet wird.[810]

447 Die Bestimmung von Art. 972 ZGB, welche für die dinglichen Rechte aufgestellt worden ist, gilt für die Vormerkung persönlicher Rechte analog.[811] Die Vormerkung des Vorkaufsrechts und damit die **Vormerkungswirkungen** entstehen mit der Eintragung in das Hauptbuch des Grundbuchs (Art. 972 Abs. 1 ZGB analog), wobei die Wirkungen auf den Zeitpunkt der **Einschreibung in das Tagebuch** zurückbezogen werden (Art. 972 Abs. 2 ZGB analog).

b) Gutgläubiger Erwerb der Vormerkungswirkungen im Besonderen

448 Nach dem bereits Gesagten muss die Anmeldung der Vormerkung des Vorkaufsrechts beim Grundbuchamt durch den Verfügungsberechtigten oder dessen Stellvertreter erfolgen.[812] Verfügungsberechtigter ist der aus dem Grundbuch ersichtliche Eigentümer. Nun kann es vorkommen, dass der Grundbucheintrag materiell falsch ist, dass also der aus dem Grundbuch ersichtliche Eigentümer nicht mit dem materiellen Eigentümer übereinstimmt. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob der Vorkaufsberechtigte in seinem guten Glauben geschützt wird, wenn ihm der **zu Unrecht im Grundbuch eingetragene Eigentümer** ein Vorkaufsrecht am Grundstück einräumt, das im Grundbuch vorgemerkt wird.[813]

449 Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage bildet Art. 973 Abs. 1 ZGB. Nach dieser Bestimmung wird derjenige geschützt, der sich in gutem Glauben auf einen Eintrag im Grundbuch verlassen und daraufhin Eigentum oder andere dingliche Rechte erworben hat. Der Gesetzestext spricht ausdrücklich von «Eigentum oder andere[n] dingliche[n] Rechten». Davon nicht erfasst ist der Fall, in dem eine Person sich in gutem Glauben auf einen falschen Grundbucheintrag verlassen und gestützt darauf ein persönliches Recht am Grundstück erworben hat. In Lehre und Rechtsprechung ist unbestritten, dass der in Art. 973 ZGB verankerte Grundsatz des öffentlichen Glaubens nicht auf persönliche Rechte

---

809 Vgl. HOMBERGER, ZK, N 2 zu Art. 969 ZGB; siehe auch BSK ZGB II-SCHMID, N 19 zu Art. 969.

810 Zum Vorkaufsrecht zugunsten eines Dritten siehe auch oben Nr. 96.

811 HOMBERGER, ZK, N 3 zu Art. 972 ZGB; BSK ZGB II-SCHMID, N 5 zu Art. 972.

812 Vgl. oben Nr. 441 und 443.

813 Zum fehlenden Gutglaubensschutz des Zessionars bei der Abtretung eines vorgemerkten, aber nicht bestehenden Vorkaufsrechts vgl. oben Nr. 305.

Anwendung findet.[814] Der **gutgläubige Erwerb eines persönlichen Rechts** an einem Grundstück wird nicht geschützt.[815] Aufgrund der im schweizerischen Recht geltenden Privatautonomie kann zwar auch der Nichteigentümer – sei er gar nicht oder ungerechtfertigterweise im Grundbuch eingetragen – mit einem Dritten einen gültigen Vertrag über ein persönliches Recht an einem Grundstück abschliessen. So ist bereits ausgeführt worden, dass es die Gültigkeit eines Vorkaufsvertrags nicht erfordert, dass das Vorkaufsobjekt im Eigentum des Vorkaufsrechtsgebers steht.[816] Räumt der formell, aber materiell zu Unrecht im Grundbuch eingetragene Eigentümer eines Grundstücks einem Dritten ein – bloss relatives – Vorkaufsrecht an diesem Grundstück ein, so hat das Vorkaufsrecht im Verhältnis dieser beiden Parteien Bestand. Aufgrund der Relativität dieser vertraglichen Rechtsbeziehung kann der Vorkaufsberechtigte jedoch sein Vorkaufsrecht nicht gegenüber dem materiellen Eigentümer geltend machen, wenn dieser in der Zwischenzeit – beispielsweise mittels einer Grundbuchberichtigungsklage – wieder formell Eigentümer geworden ist. Dem Vorkaufsberechtigten verbleibt in diesem Fall einzig ein Schadenersatzanspruch gegenüber dem materiellen Nichteigentümer.

450 Eine andere Frage ist hingegen, ob sich der öffentliche Glaube gemäss Art. 973 ZGB – wenn nicht auf das persönliche Recht selbst, so wenigstens – auf die Erlangung der Vormerkungswirkungen bezieht. Da die Vormerkungswirkungen eines Vorkaufsrechts – wie gezeigt worden ist[817] – dinglichen Charakter aufweisen, befürwortet die herrschende Lehre zu Recht die analoge Anwendung von Art. 973 ZGB auf den **gutgläubigen Erwerb der Vormerkungswirkungen** eines Vorkaufsrechts.[818] Dies bedeutet Folgendes: Zwar geniesst der gutgläubige Erwerber eines bloss relativen Vorkaufsrechts nach dem zuvor Gesagten keinen Gutglaubensschutz. Doch hat der materiell zu Unrecht im Grundbuch eingetragene Eigentümer nicht nur die Möglichkeit, einem Dritten ein Vorkaufsrecht am Grundstück einzuräumen. Er kann darüber hinaus auch – weil er als im Grund-

---

814 BGE 90 II 393 ff. (402), E. 4; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 762; HOMBERGER, ZK, N 7 zu Art. 973 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 590; STEINAUER, droits réels, Nr. 930; ZOBL, Nr. 127.

815 Dadurch besteht eine mit Art. 933 ZGB vergleichbare Rechtslage, wo ebenfalls nur der gutgläubige Erwerb von dinglichen Rechten an einer beweglichen Sache, nicht aber der gutgläubige Erwerb eines persönlichen Rechts geschützt wird: HOMBERGER, ZK, N 11 zu Art. 933 ZGB.

816 Vgl. oben Nr. 95.

817 Siehe oben Nr. 367 ff.

818 Siehe BRUNNER, S. 225; DESCHENAUX, SPR V/3, S. 762 und 801; HOMBERGER, ZK, N 18 zu Art. 959 ZGB und N 7 zu Art. 973 ZGB; JOST, S. 155; MEIER-HAYOZ, BK, N 118 und 128 zu Art. 681 ZGB; OSTERTAG, BK, N 8 in fine zu Art. 959 ZGB; PIOTET, ZBGR 1969, S. 57; a.M. HAAB, ZK, N 29 zu Art. 681/82 ZGB; JENNY, S. 160 f.

buch eingetragener Eigentümer als Verfügungsberechtigter erscheint – dieses Vorkaufsrecht gestützt auf eine Vormerkungsabrede im Grundbuch vormerken lassen. In diesem Fall greift der Gutglaubensschutz von Art. 973 Abs. 1 ZGB. Hat sich der Vorkaufsrechtsnehmer in gutem Glauben auf den Eintrag im Grundbuch verlassen, so erwirbt er rechtsgültig die Vormerkung seines Vorkaufsrechts. Damit gelangt er in den Genuss der Vormerkungswirkungen. Aufgrund der realobligatorischen Natur des *vorgemerkten Vorkaufsrechts*[819] besteht dieses auch dann noch *gegenüber dem im Grundbuch eingetragenen Eigentümer* des Grundstücks und kann – im Vorkaufsfall – diesem gegenüber *geltend gemacht werden,* wenn in der Zwischenzeit der materielle Eigentümer – beispielsweise mittels einer Grundbuchberichtigungsklage – wieder formell Eigentümer geworden ist.

C) Erlöschen der Vormerkungswirkungen

Die Vormerkungswirkungen können entweder durch die Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch (a) oder von Gesetzes wegen (b) entfallen. Den wichtigsten Grund, der von Gesetzes wegen zum Erlöschen der Vormerkungswirkungen führt, stellt der Ablauf der Vormerkungsdauer (c) dar. 451

a) Durch die Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch

Der aus einem vorgemerkten Vorkaufsrecht **Berechtigte kann** durch einseitige Erklärung oder durch einen Aufhebungsvertrag mit dem Vorkaufsbelasteten **auf den Vormerkungsschutz verzichten.** Das entsprechende Rechtsgeschäft, das Verpflichtungsgeschäft, unterliegt keiner besonderen Form.[820] Im Einzelfall muss aber geklärt werden, ob der Vorkaufsberechtigte nur auf den Vormerkungsschutz oder auf das Vorkaufsrecht selber, das Stammrecht, verzichtet hat.[821] Im ersten Fall besteht das Vorkaufsrecht weiter, und einzig die Vormerkungswirkungen entfallen als Folge der Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch.[822] Im zweiten Fall dagegen erlischt zusammen mit dem Vorkaufsrecht auch der Vormerkungsschutz. Die Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch erfolgt dann nur noch nachträglich als Berichtigung.[823] 452

Der soeben umschriebenen Verpflichtung des Vorkaufsberechtigten, auf die Vormerkungswirkungen zu verzichten, muss der entsprechende Löschungsakt 453

819 Vgl. oben Nr. 414 ff.

820 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 360; VIONNET, S. 101; zur analogen Situation bei der Löschung einer Dienstbarkeit vgl. LIVER, ZK, N 16 zu Art. 734 ZGB.

821 HOMBERGER, ZK, N 26 zu Art. 959 ZGB. Zum Verzicht auf das Vorkaufsrecht siehe oben Nr. 239 ff.

822 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 360.

823 Vgl. unten Nr. 458.

nachfolgen, das Verfügungsgeschäft. Dies geschieht, indem der Vorkaufsberechtigte gegenüber dem Grundbuchamt eine schriftliche **Löschungsanmeldung** abgibt.[824]

454 Erst mit der Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch entfallen die Vormerkungswirkungen. Man spricht daher auch von einer **rechtsändernden Löschung.**[825] Sollte die Löschung ungerechtfertigt erfolgt sein, so bestehen die Vormerkungswirkungen ausserbuchlich weiter, allerdings unter dem Vorbehalt des Schutzes eines gutgläubigen Dritten gestützt auf Art. 973 ZGB.[826]

b) Von Gesetzes wegen

455 Die **Gründe,** die von Gesetzes wegen zum Erlöschen der Vormerkungswirkungen führen, sind mannigfaltig.[827] Auf eine erschöpfende Aufzählung wird in dieser Arbeit verzichtet. Erinnert sei an dieser Stelle daran, dass die Vormerkungswirkungen namentlich dann ipso iure erlöschen, wenn das Vorkaufsrecht infolge Zeitablaufs endet,[828] das Vorkaufsrecht infolge eines Verzichts seitens des Vorkaufsberechtigten untergeht[829] oder wenn die Vormerkungsdauer des Vorkaufsrechts abläuft.[830]

456 **Keinen Grund,** der zum Erlöschen der Vormerkungswirkungen führt, stellt die **rechtswirksame Ausübung des Vorkaufsrechts** dar. Dies gilt es zu betonen, weil nach herrschender Auffassung das Vorkaufsrecht mit seiner wirksamen Ausübung untergeht.[831] Da die Vormerkungswirkungen nicht länger dauern können als das der Vormerkung zugrunde liegende Vorkaufsrecht selber,[832] könnte man zum Schluss gelangen, dass mit der Ausübung des Vorkaufsrechts auch der Vormerkungsschutz untergeht. Der Vorkaufsberechtigte, der sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat, müsste demnach – einem gewöhnlichen Grundstückkäufer gleich – zur Sicherung seines obligatorischen Anspruchs auf Übertragung

824 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 361 ff.; HOMBERGER, ZK, N 26 zu Art. 959 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 134 zu Art. 681 ZGB.

825 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 358 f.

826 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 362 Fn. 62a; a.M. aber MEIER-HAYOZ, BK, N 135 zu Art. 681 ZGB; OSTERTAG, BK, N 25 zu Art. 959 ZGB.

827 Siehe zum Ganzen DESCHENAUX, SPR V/3, S. 365 ff.

828 Vgl. oben Nr. 340 f.

829 Vgl. oben Nr. 452.

830 Vgl. oben Nr. 341; siehe auch DESCHENAUX, SPR V/3, S. 366 f.

831 BRUNNER, S. 134, 277 und 287; MEIER-HAYOZ, BK, N 295 zu Art. 681 ZGB; siehe auch das Urteil des BGer vom 12. Oktober 1978, in: ZBGR 60/1979, S. 381 ff. (382), E. 2, betreffend ein Kaufsrecht. Siehe dazu auch unten Nr. 873.

832 Vgl. oben Nr. 333.

des Grundeigentums eine Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB im Grundbuch vormerken lassen.[833]

457 Das Bundesgericht hat in einem nicht amtlich publizierten Entscheid aus dem Jahr 1978 betreffend ein Kaufsrecht jedoch entschieden, dass – soweit es um den Vormerkungsschutz gehe – ein Kaufsrecht erst dann als ausgeübt betrachtet werden könne, wenn der Berechtigte, der das Recht geltend gemacht habe, im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sei.[834] Dieser Entscheid ist in der Literatur unterschiedlich aufgenommen worden.[835] Meines Erachtens verdient er – trotz dogmatischer Bedenken – Zustimmung und lässt sich auch auf das Vorkaufsrecht übertragen. Wie ich bereits ausgeführt habe, soll mit der grundbuchlichen Vormerkung des Vorkaufsrechts mittelbar der Erwerb des Grundeigentums, auf den der Vorkaufsberechtigte im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts einen obligatorischen Anspruch erlangt, geschützt werden.[836] Es wäre nun schwer nachvollziehbar, dass der Vorkaufsberechtigte diesen Vormerkungsschutz ausgerechnet dann verlieren sollte, wenn er ihn am dringendsten benötigt, nämlich dann, wenn der Vorkaufsbelastete das Grundeigentum in Missachtung des ausgeübten Vorkaufsrechts auf den Drittkäufer überträgt. Aus diesem Grund ist das «Vorkaufsrecht», welches gemäss Art. 959 Abs. 1 ZGB und Art. 216a OR im Grundbuch vorgemerkt werden kann, in einem weiteren Sinn zu verstehen, insoweit als darunter nicht nur das Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht verstanden wird, sondern auch die aus der Ausübung dieses Gestaltungsrechts entstandene Obligation auf Übertragung des Grundeigentums.[837] Dadurch *bleibt* der *Vormerkungsschutz für das vorgemerkte Vorkaufsrecht* auch *nach dessen wirksamer Ausübung* durch den Vorkaufsberechtigten *erhalten,* sodass dessen Realerfüllungsanspruch bis zum Ablauf der Vormerkungsdauer hinreichend gesichert ist. Dementsprechend besteht für diesen Zeitraum kein Bedarf nach einer Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Erst wenn der Vorkaufsberechtigte auch kurz vor Ablauf der Vormer-

833 Siehe HUBER, S. 385 f.

834 Urteil des BGer vom 12. Oktober 1978, in: ZBGR 60/1979, S. 381 ff. (383), E. 3.

835 Befürwortend DESCHENAUX, SPR V/3, S. 368 Fn. 79 und S. 647 Fn. 21; ablehnend HUBER, S. 385 f.; BSK ZGB II-SCHMID, N 18 zu Art. 959.

836 Vgl. oben Nr. 380.

837 Für die Vertreter der Bedingungstheorie stellt sich dieses dogmatische Problem nicht. Denn nach dieser Theorie begründet bereits das Vorkaufsrecht eine Obligation auf Übertragung des Grundeigentums, auch wenn diese noch unter der doppelten Bedingung steht, dass erstens ein Vorkaufsfall eintritt und dass zweitens der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht rechtzeitig ausübt. Nach der Ausübung des Vorkaufsrechts bleibt diese Obligation auf Übertragung des Grundeigentums weiterhin bestehen, wenn sie nun auch keine bedingte mehr ist. Vgl. zur Bedingungstheorie oben Nr. 65.

kungsdauer noch nicht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, kann er zum Schutz seiner Interessen eine Verfügungsbeschränkung beantragen.[838]

458 Sofern die Vormerkungswirkungen nach dem Gesagten von Gesetzes wegen erlöschen, geschieht dies unabhängig davon, ob eine Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch erfolgt.[839] Dennoch muss das Grundbuch – sei es aus reinen Ordnungsgründen oder sei es, um einem gutgläubigen Erwerb der Vormerkungswirkungen durch den Zessionar des Vorkaufsrechts vorzubeugen[840] – nachträglich richtig gestellt werden. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer **berichtigenden Löschung.**[841]

459 Diese **Löschung der Vormerkung** setzt grundsätzlich die Zustimmung des vormaligen Vormerkungsberechtigten voraus (Art. 964 Abs. 1 ZGB, Art. 131 Abs. 2 GBV) oder erfolgt aufgrund einer Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB durch den Eigentümer des Grundstücks.[842] Falls die Vormerkung höchstwahrscheinlich keine rechtliche Bedeutung mehr hat, steht dem Eigentümer auch das erleichterte Löschungsverfahren nach Art. 976a f. ZGB zur Verfügung.

460 **Von Amtes wegen** nimmt das Grundbuchamt gemäss Art. 976 ZGB dann die Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch vor, wenn der Eintrag «befristet ist und infolge Ablaufs der Frist seine rechtliche Bedeutung verloren hat» (Ziff. 1) oder wenn der Eintrag «ein unübertragbares oder unvererbliches Recht einer verstorbenen Person betrifft» (Ziff. 2). Die Löschung der Vormerkung infolge Zeitablaufs der Vormerkungsdauer gemäss Art. 976 Ziff. 1 ZGB dürfte den praktisch wichtigsten Löschungsgrund darstellen. Darauf wird sogleich noch näher einzugehen sein.[843] Was den Löschungsgrund gemäss Art. 976 Ziff. 2 ZGB anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass der deutsche Wortlaut die fehlende Übertragbarkeit und die fehlende Vererblichkeit unzutreffenderweise als alternative Tatbestandsvoraussetzungen formuliert. Korrekt sind hingegen die romanischen Gesetzestexte, die diese Tatbestandselemente kumulativ voraussetzen:[844] Erforderlich ist, dass das vorgemerkte Vorkaufsrecht weder ab-

838 LGVE 1992 I Nr. 12, S. 22 ff. (23 f.) (Luzerner Obergericht), betreffend ein Rückkaufsrecht. Anders noch LGVE 1985 I Nr. 5, S. 9 ff. (Luzerner Obergericht), betreffend ein Vorkaufsrecht. Siehe auch unten Nr. 926.

839 Vgl. BGE 105 III 4 ff. (7), E. 3.

840 Vgl. oben Nr. 305 in fine.

841 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 358 f.

842 Siehe zum Ganzen DESCHENAUX, SPR V/3, S. 370 ff.

843 Vgl. unten Nr. 461 ff.

844 Der französische Gesetzestext lautet: «… elle concerne un droit qui ne peut ni être cédé, ni passer aux héritiers d'un titulaire décédé». Der italienische Gesetzestext lautet: «…concerne un diritto che non si può cedere e non si trasmette per successione di cui è titolare una persona defunta».

tretbar noch vererblich ist.[845] Dann kann der Grundbuchbeamte nach dem Tod der berechtigten Person von Amtes wegen zur Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch schreiten.[846] Im Gegensatz zum alten Recht berechtigt der Umstand, dass der Vorkaufsberechtigte Eigentümer des Grundstücks geworden ist (vgl. Art. 72 Abs. 2 aGBV),[847] den Grundbuchbeamten nicht mehr von Amtes wegen zur Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch. Dieser Löschungsgrund ist im neuen Art. 976 ZGB, der am 1. Januar 2012 in Kraft getreten ist, nicht mehr aufgeführt. Dieser Artikel enthält eine abschliessende Liste von Gründen, die von Amtes wegen zur Löschung eines Grundbucheintrags berechtigten.[848] In diesem Fall kann die Löschung der Vormerkung nur auf Begehren des ehemaligen Vorkaufsberechtigten, der nun neuer Eigentümer ist, erfolgen.[849]

c) Wegen Ablaufs der Vormerkungsdauer insbesondere

461 Nach dem Gesagten erlöschen die Vormerkungswirkungen ipso iure mit dem Ablauf der Vormerkungsdauer.[850] Dann hat die **Vormerkung** des Vorkaufsrechts ihre rechtliche Bedeutung verloren und kann gemäss Art. 976 Ziff. 1 ZGB **von Amtes wegen aus dem Grundbuch gelöscht** werden. Die Vormerkungswirkungen entfallen jedoch unabhängig von einer Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch. Die Löschung erfolgt bloss berichtigend.[851] Im Grundbuch wird das Datum der Löschung vermerkt (Art. 132 Abs. 3 GBV). Damit der Grundbuchbeamte von Amtes wegen zur Löschung schreiten kann, ist allerdings vorausgesetzt, dass für ihn der Fristablauf zweifellos feststeht.[852] Der Fristablauf kann sich aus dem Grundbucheintrag, den Belegen oder aus dem Umstand ergeben, dass seit der Anmeldung der Vormerkung beim Grundbuchamt die maximale Vormerkungsdauer von 25 Jahren gemäss Art. 216a OR verstrichen ist.[853]

462 Die Vormerkungswirkungen entfallen infolge Zeitablaufs selbst dann, wenn der Vorkaufsberechtigte noch vor Ende der Vormerkungsdauer sein Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt hat, aber bis zum Ende der Vormerkungsdauer noch nicht als

---

845 So noch zutreffend die deutsche Fassung der bundesrätlichen Botschaft in BBl 2007, S. 5336.

846 BSK ZGB II-SCHMID, N 10 zu Art. 976.

847 Vgl. dazu DESCHENAUX, SPR V/3, S. 366 Fn. 70 und S. 372.

848 BBl 2007, S. 5336; BSK ZGB II-SCHMID, N 5 zu Art. 976; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 627; STEINAUER, droits réels, Nr. 959.

849 A.M. STEINAUER, droits réels, Nr. 959a, der in diesem Fall eine Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch von Amtes wegen gestützt auf Art. 976 Ziff. 1 ZGB zulässt.

850 Vgl. oben Nr. 341 und 455.

851 Siehe oben Nr. 458.

852 Siehe BBl 2007, S. 5336; BSK ZGB II-SCHMID, N 5 zu Art. 976; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 627.

853 Siehe auch oben Nr. 336 und 339.

neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist. Allerdings **erlöschen die Vormerkungswirkungen nur für die Zukunft.** Dies bedeutet, dass der Vorkaufsberechtigte selbst nach Ablauf der Vormerkungsdauer noch immer die rangschlechteren Grundstücksrechte aus dem Grundbuch löschen kann, die mit der Ausübung seines Vorkaufsrechts – zu einem Zeitpunkt, als die Vormerkungswirkungen noch bestanden – ungerechtfertigt geworden sind.[854] Er verliert jedoch den Vormerkungsschutz gegenüber Grundstücksrechten, die erst nach dem Ablauf der Vormerkungsdauer begründet werden, was insbesondere auch für den Eigentumserwerb des Dritten gilt. Der Vorkaufsberechtigte verliert mit Ablauf der Vormerkungsdauer seinen Vormerkungsschutz, obwohl er sein Vorkaufsrecht rechtzeitig ausgeübt hat. Dieses Problem akzentuiert sich zusätzlich, falls der Vorkaufsberechtigte zur Durchsetzung seines Rechts auf Eigentumsübertragung einen Prozess mit all seinen zeitlichen Verzögerungen gegen den Vorkaufsbelasteten anstrengen muss. Dem Vorkaufsberechtigten steht jedoch ein anderer Sicherungsbehelf zur Verfügung: Er kann zur Sicherung seines Anspruchs auf Eigentumsübertragung eine *Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB* im Grundbuch vormerken lassen.[855]

463 Ein zusätzliches Problem ergibt sich, wenn der Vorkaufsfall erst kurz vor Ablauf der Vormerkungsdauer eintritt und die **Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts länger** ist **als die verbleibende Vormerkungsdauer.** Dieses Problem büsst freilich an praktischer Relevanz ein, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass die relative Ausübungsfrist gemäss Art. 216e OR zusätzlich durch die absolute Dauer des Vorkaufsrechts gemäss Art. 216a OR begrenzt ist.[856] Gleichwohl kann das Dilemma eintreten, nämlich dann, wenn die Parteien eine kürzere Vormerkungsdauer als die Dauer des Vorkaufsrechts selbst vereinbart haben.[857] Solange der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nicht ausgeübt hat, verfügt er noch nicht über einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung des Grundeigentums.[858] Dementsprechend besteht auch noch nicht im eigentlichen Sinn ein «streitiger Anspruch» auf ein Grundstücksrecht, welcher mittels einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960

---

854 Siehe auch oben Nr. 374.

855 BRUNNER, S. 270 f.; HUBER, S. 386, betreffend ein Kaufsrecht; MEIER-HAYOZ, BK, N 129 zu Art. 681 ZGB; LGVE 1992 I Nr. 12, S. 22 ff. (23) (Luzerner Obergericht), betreffend ein Rückkaufsrecht.

856 Vgl. dazu unten Nr. 850 f.

857 Siehe oben Nr. 333.

858 Anders gestaltet sich die Rechtslage nach der Bedingungstheorie, gemäss welcher bereits das Vorkaufsrecht eine Obligation auf die Übertragung des Grundeigentums begründet, wenn auch eine vorerst bloss doppelt bedingte. Vgl. dazu oben Nr. 65.

Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gesichert werden könnte.[859] Will der Vorkaufsberechtigte seine Ausübungsfrist voll ausschöpfen, beispielsweise weil er noch eine entsprechende Bedenkzeit benötigt, so läuft er Gefahr, dass er nach Ablauf der Vormerkungsdauer seinen Vormerkungsschutz gegenüber Verfügungen des Vorkaufsbelasteten über das Grundstück verliert. Da der Vorkaufsberechtigte auch in diesem Fall schutzwürdig erscheint, kommt man nicht umhin, ihm ihn extensiver Auslegung des Begriffes «streitiger Anspruch» und in Anwendung von Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die Möglichkeit der Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung zuzugestehen, sobald der Vormerkungsschutz abgelaufen ist.[860] Dieses Vorgehen erscheint deswegen unbedenklich, weil die Ungewissheit, ob der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht, längstens drei Monate ab Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Kaufvertrags dauert (vgl. Art. 216e OR). Übt der Vorkaufsberechtigte innert dieser Frist sein Vorkaufsrecht aus, erwirbt er im eigentlichen Sinn einen «streitigen Anspruch» auf ein Grundstücksrecht. Andernfalls kann die Verfügungsbeschränkung ohne Weiteres entfallen.

D) Abgrenzung des vorgemerkten vom nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht

Die **Unterschiede** zwischen dem vorgemerkten und dem nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht ergeben sich aus den zuvor umschriebenen Vormerkungswirkungen,[861] welche nur dem vorgemerkten, nicht aber dem nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht zukommen. Das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht erschöpft sich in einer rein persönlichen Rechtsbeziehung mit Wirkung inter partes zwischen dem Vorkaufsrechtsgeber als Vorkaufsbelastetem und dem Vorkaufsberechtigten.[862] Derweil zeitigt das vorgemerkte Vorkaufsrecht die oben umschrieben dinglichen und realobligatorischen Wirkungen. Im Einzelnen äussern sich die Unterschiede wie folgt: 464

---

859 Als Vertreter der Bedingungstheorie fällt es MEIER-HAYOZ, BK, N 129 zu Art. 681 ZGB, leicht, den Vorkaufsberechtigten für diese Fälle auf die Möglichkeit einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu verweisen.

860 Auch HOMBERGER, ZK, N 12 in fine zu Art. 959 ZGB, der sich der Begründungstheorie anschliesst (siehe DERSELBE, ZK, N 34 zu Art. 959 ZGB), billigt dem Vorkaufsberechtigten in der vorliegend umschriebenen Problemlage die Möglichkeit einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu, allerdings ohne dass er sich dabei des Problems des fehlenden «streitigen Anspruchs» vergegenwärtigt.

861 Vgl. oben Nr. 366 ff.

862 Vorkaufsberechtigter ist in der Regel der Vorkaufsrechtsnehmer, ausnahmsweise aber auch ein Dritter, wenn das Vorkaufsrecht zu dessen Gunsten begründet worden ist: vgl. oben Nr. 96.

465 Weil dem nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht **keine dinglichen Wirkungen** zukommen, kann der Vorkaufsberechtigte bei der Ausübung seines Vorkaufsrechts keine Grundstücksrechte Dritter löschen lassen, auch wenn diese zeitlich nach der Begründung seines Vorkaufsrechts errichtet worden sind. Das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht nimmt nicht an der Rangordnung der im Grundbuch eingetragenen dinglichen Rechte teil. Der Vorkaufsberechtigte muss sich daher sämtliche auf dem Grundstück lastenden dinglichen und vorgemerkten persönlichen Rechte entgegenhalten lassen. Ausgenommen sind einzig diejenigen Lasten, welche vom Vorkaufsbelasteten in einer für den Drittberechtigten erkennbaren[863] Weise rechtsmissbräuchlich begründet worden sind, um die Ausübung des Vorkaufsrechts zu vereiteln.[864] Denn der offenbare Rechtsmissbrauch verdient in der ganzen Rechtsordnung keinen Rechtsschutz.[865] Zusätzlich kann sich der Vorkaufsberechtigte mit einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB behelfen für den Zeitraum nach der Ausübung seines Vorkaufsrechts bzw. ab Eintritt des Vorkaufsfalls.[866] Für den davor liegenden Zeitraum fehlt ihm hingegen ein Sicherungsbehelf. Falls der Vorkaufsberechtigte also durch dingliche Belastungen des Grundstücks in seiner rechtlichen Position beeinträchtigt wird, bleibt er auf Schadenersatzansprüche gegen den Vorkaufsbelasteten verwiesen.[867]

466 Das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht zeitigt auch **keine Wirkungen gegenüber den Beschlagsrechten der Gläubiger nach SchKG.** Im Fall der Zwangsverwertung wird dem Ersteigerer das Grundstück ohne das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht zugeschlagen. Der Berechtigte eines nicht vorgemerkten Vorkaufsrechts hat nicht die Möglichkeit, das Beschlagsrecht nach SchKG zu löschen, wenn er den Kaufpreis für das Grundstück beim Betreibungs- oder Konkursamt hinterlegt, selbst dann nicht, wenn der Vorkaufsfall noch vor der Beschlagnahme durch die Gläubiger eingetreten sein sollte. Ein solches Vorgehen ist dem

---

863 Da der Vorkaufsberechtigte die Löschung des Grundstücksrechts vom Drittberechtigten verlangt, muss er auch diesem Rechtsmissbrauch vorwerfen können. Andernfalls wird der gutgläubige Dritte nach Art. 973 Abs. 1 ZGB in seinem Erwerb des dinglichen oder vorgemerkten persönlichen Rechts geschützt. Allerdings genügt für die Annahme des Rechtsmissbrauchs, dass der Dritte Kenntnis des Sachverhalts hat, der den Rechtsmissbrauchsvorwurf begründet – böse Absicht hingegen ist nicht erforderlich: vgl. BGE 89 II 256 ff. (262 ff.), E. 4; BSK ZGB I-HONSELL, N 79 zu Art. 2; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 290.

864 Vgl. bereits oben beim vorgemerkten Vorkaufsrecht Nr. 386.

865 Siehe BSK ZGB I-HONSELL, N 35 zu Art. 2; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 267.

866 Die zum vorgemerkten Vorkaufsrecht angestellten Überlegungen betreffend die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB für den Zeitraum nach Ablauf der Vormerkungsdauer (vgl. Nr. 463) gelten analog auch für das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht.

867 Siehe im Einzelnen unten Nr. 949 ff.

Vorkaufsberechtigten nur gestattet, wenn das Betreibungsamt oder die Konkursverwaltung ihm die entsprechende Bewilligung erteilt.

Dem nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht kommt schliesslich auch **keine realobligatorische Wirkung** zu. Daher kann es nur gegenüber dem Vorkaufsrechtsgeber und dessen Universalsukzessoren ausgeübt werden. Überträgt der Vorkaufsrechtsgeber das Grundstück auf einen Dritten, so hat der Vorkaufsberechtigte keine Möglichkeit, von diesem das Grundstück herauszuverlangen. Erfolgt die Übertragung auf den Dritten in Missachtung der Ausübung des Vorkaufsrechts, verbleibt der Vorkaufsberechtigte auf Schadenersatzansprüche gegen den Vorkaufsbelasteten verwiesen.[868] Wird das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht in einem Vorkaufsfall nicht ausgeübt, so geht es grundsätzlich unter – es sei denn, die Parteien hätten im Drittvertrag die Übertragung des Vorkaufsrechts auf den neuen Eigentümer vereinbart. Erfolgt eine Handänderung ohne Vorkaufsfallcharakter, kann das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht mit anderen Worten untergehen, ohne dass der Vorkaufsberechtigte eine Möglichkeit zur Ausübung seines Vorkaufsrechts gehabt hätte.[869] 467

II. Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis

Nach einleitenden Ausführungen zur Rechtsnatur des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis (1.) interessieren wiederum die gleichen Punkte, die den Inhalt und die Wirkungen des Vorkaufsrechts näher bestimmen, wie zuvor beim vertraglichen Vorkaufsrecht: Es geht um die Ausgestaltung des Vorkaufsrechts als limitiertes oder als unlimitiertes (2.), um die Frage der Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Vorkaufsrechts (3.), um die Befristung des Vorkaufsrechts (4.) und schliesslich um die Vormerkung des Vorkaufsrechts (5.). Auf weitere Besonderheiten des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis, wie beispielsweise im Zusammenhang mit dem Vorkaufsfall[870] oder der Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts,[871] werde ich im jeweiligen Sachzusammenhang zu sprechen kommen. 468

1. Rechtsnatur des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis

Die Rechtsnatur des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis gibt zu Diskussionen Anlass. Der erste Satzteil von Art. 712c Abs. 1 ZGB hält fest, dass 469

868 Siehe dazu unten Nr. 1020 f. und 1029 f.
869 Siehe dazu unten Nr. 884 f.
870 Vgl. unten Nr. 621 ff.
871 Vgl. unten Nr. 852.

dem Stockwerkeigentümer von Gesetzes wegen kein Vorkaufsrecht gegenüber einem Dritten zusteht, der einen Stockwerkanteil erwirbt. Die Annahme eines gesetzlichen Vorkaufsrechts fällt damit eigentlich ausser Betracht. Vielmehr muss ein allfälliges Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentum – wie sich aus dem zweiten Satzteil von Art. 712c Abs. 1 ZGB ergibt und wie bereits ausgeführt worden ist[872] – «im Begründungsakt oder durch nachherige Vereinbarung errichtet» werden. Es handelt sich somit um ein **rechtsgeschäftlich begründetes Vorkaufsrecht.**[873]

470 **Stockwerkeigentum** ist jedoch nichts anderes als eine **besonders ausgestaltete Form des Miteigentums** an einem Grundstück (vgl. Art. 712a Abs. 1 ZGB).[874] Eine Besonderheit im Vergleich zum Miteigentum besteht nun eben namentlich darin, dass von Gesetzes wegen – anders als beim Miteigentum (vgl. Art. 682 Abs. 1 ZGB) – kein Vorkaufsrecht unter Stockwerkeigentümern besteht (Art. 712c Abs. 1 ZGB). Der Gesetzgeber begründete diese Regelung damit, dass er die Verkehrsfähigkeit der Stockwerkeinheiten nicht ohne zwingende Gründe einschränken wollte. Gleichwohl hielt er es für angebracht, den Stockwerkeigentümern ein Abwehrmittel gegen den Eintritt missliebiger Dritter in die Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen, und sah zu diesem Abwehrzweck[875] die Möglichkeit der Vereinbarung eines Vorkaufsrechts ausdrücklich vor.[876] Je kleiner die Stockwerkeigentümergemeinschaft ist und je stärker die persönlichen Beziehungen der Eigentümer untereinander sind, umso mehr gewinnt die Einführung eines Vorkaufsrechts an Aktualität[877] – am stärksten dürfte sich die Begründung des Vorkaufsrechts dann aufdrängen, wenn die Gemeinschaft nur aus zwei Stockwerkeigentümern besteht. Vereinbaren die Stockwerkeigentümer im

872 Vgl. oben Nr. 197 ff.

873 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 10 zu Art. 712c ZGB; WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft, S. 525.

874 Siehe BGer 5A_222/2007 vom 4. Februar 2008, E. 1.1; MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 31 ff. der Vorbemerkungen zu den Art. 712a–712t ZGB; WERMELINGER, ZK, N 72 der Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB. Obwohl Art. 712a Abs. 1 ZGB von Stockwerkeigentum «an einem Grundstück» spricht, fallen nicht sämtliche Grundstücksarten im Sinn von Art. 655 Abs. 2 ZGB für die Begründung von Stockwerkeigentumsanteilen in Betracht. Vielmehr kann Stockwerkeigentum nur an Liegenschaften (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) und an in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechten (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) begründet werden, was in Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB zu eng nur für den Fall der einseitigen Begründungserklärung des Alleineigentümers zum Ausdruck kommt: vgl. WERMELINGER, ZK, N 85 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 712a–712t ZGB. Im Folgenden wird aber der Einfachheit halber weiterhin nur vom Stockwerkeigentum «an einem Grundstück» die Rede sein.

875 Zum Abwehrzweck vgl. oben Nr. 41 f.

876 BBl 1962 II 1514.

877 WERMELINGER, ZK, N 13 zu Art. 712c ZGB.

Stockwerkeigentumsverhältnis ein Vorkaufsrecht, so gleicht sich diese Eigentumsform noch stärker dem Miteigentum an.

471 Die ratio legis von Art. 712c Abs. 1 ZGB, welcher den Stockwerkeigentümern die Möglichkeit einräumt, ein Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis einzuführen, um den Eintritt missliebiger Dritter in die Gemeinschaft zu verhindern, liegt ebenso dem gesetzlichen Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis zugrunde.[878] Das (gesetzliche) Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis verfolgt zugegebenermassen nebst dem Abwehrzweck noch einen weiteren Zweck, der dem (rechtsgeschäftlich eingeführten) Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis nicht eigen ist: Es dient auch der Überführung des Miteigentums in Alleineigentum und damit der Aufhebung des instabilen und nicht auf Dauer angelegten Miteigentums.[879] Doch scheint mir auch beim Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis der Abwehrzweck im Vordergrund zu stehen, sodass die Gemeinsamkeit hinsichtlich der ratio legis der beiden Vorkaufsrechte gegenüber dem Unterschied überwiegt. Die Verwandtschaft dieser beiden Eigentumsformen sowie die grundsätzlich gleichgerichtete ratio legis der beiden Vorkaufsrechte lassen meines Erachtens den Schluss zu, dass **das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis** von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her **dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer nachgebildet** ist.[880] Dieser Schluss wird bestärkt durch den Umstand, dass der zweite Satzteil von Art. 712c Abs. 1 ZGB, wonach die Stockwerkeigentümer im Stockwerkeigentumsverhältnis einvernehmlich ein Vorkaufsrecht einführen können, überflüssig wäre, wenn dieses Vorkaufsrecht materiell den Regeln über das vertragliche Vorkaufsrecht im Sinn von Art. 216 ff. OR unterstehen würde. Denn die Möglichkeit der Stockwerkeigentümer, untereinander ein vertragliches Vorkaufsrecht zu vereinbaren, ergibt sich bereits aufgrund von Art. 216 Abs. 2 und 3 OR. Der zweite Satzteil von Art. 712c Abs. 1 ZGB erlangt nur dann eigenständige Bedeutung, wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt, wonach das im Stockwerkeigentumsverhältnis eingeführte Vorkaufsrecht von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer nachgebildet ist.

472 Allerdings liegt keine vollständige Übereinstimmung mit dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer vor. Denn beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis ergeben sich Besonderheiten aus dem Umstand, dass es

878 MEIER-HAYOZ, BK, N 11 zu Art. 682 ZGB; BSK ZGB II-REY/STREBEL, N 1 zu Art. 682.

879 MEIER-HAYOZ, BK, N 11 zu Art. 682 ZGB; BSK ZGB II-REY/STREBEL, N 1 zu Art. 682.

880 Siehe auch PKG 1990, S. 20 ff. (25 f.), E. 4 (Kantonsgericht Graubünden); FRIEDRICH, ZBGR 1966, S. 346; MOOSER, S. 122; PFÄFFLI, BN 1992, S. 456; RUEDIN, S. 331; SCHMID, Stockwerkeigentum, S. 103; a.M. FOËX, ZBGR 2007, S. 6; WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft, S. 525.

rechtsgeschäftlich vereinbart und – um Dritten gegenüber wirksam zu sein – im Grundbuch vorgemerkt werden muss. Darin zeigt sich der **«Mischtypus» zwischen gesetzlichem und rechtsgeschäftlichem Vorkaufsrecht,** von dem in der Lehre verschiedentlich die Rede ist.[881] Die Diskussion, ob es sich beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis nun um ein *rechtsgeschäftliches* Vorkaufsrecht mit dem Inhalt und den Wirkungen eines gesetzlichen Vorkaufsrechts oder um ein rechtsgeschäftlich wiedereingeführtes *gesetzliches* Vorkaufsrecht[882] handelt, läuft auf die Frage hinaus, ob das Glas halb voll oder halb leer ist. Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis um ein rechtsgeschäftliches Vorkaufsrecht, doch muss bei der Bestimmung seines Inhalts und seiner Wirkungen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es dem gesetzlichen Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis nachgebildet ist.

473 Aufgrund der Parteiautonomie haben die Stockwerkeigentümer auch die **Möglichkeit, ein** vom Inhalt und den materiellen Wirkungen her **weniger weit reichendes Vorkaufsrecht zu vereinbaren,** beispielsweise ein Vorkaufsrecht, bei dem die Vorkaufsfälle eingeschränkt sind, oder ein solches, bei dem der Kreis der vorkaufsberechtigten Personen eingeschränkt ist, beispielsweise auf jene Personen, die auf derselben Etage wohnen.[883] Ebenso ist anerkannt, dass beim Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis die Möglichkeit besteht, (durch öffentliche Beurkundung: Art. 681b Abs. 1 ZGB) das gesetzliche Vorkaufsrecht abzuändern, namentlich die Vorkaufsfälle einzuschränken.[884]

474 Die Miteigentümer im Miteigentumsverhältnis haben aber auch die Möglichkeit, (durch öffentliche Beurkundung: Art. 681b Abs. 1 ZGB) ihr gesetzliches **Vorkaufsrecht von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her auszudehnen.** Namentlich können sie für die Ausübung ihres Vorkaufsrechts eine Preislimitierung vereinbaren (limitiertes Vorkaufsrecht).[885] Nach der hier vertretenen Auf-

881 WERMELINGER, ZK, N 16 zu Art. 712c ZGB.

882 So MOOSER, S. 121.

883 Vgl. oben Nr. 215.

884 BINZ-GEHRING, S. 188; MEIER-HAYOZ, BK, N 38 zu Art. 682 ZGB; BSK ZGB II-REY/STREBEL, N 3 zu Art. 681b; REY, ZSR 1994, S. 62.

885 HAAB, ZK, N 52 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 38 zu Art. 682 ZGB; BSK ZGB II-REY/STREBEL, N 3 zu Art. 681b; REY, ZSR 1994, S. 62; SIMONIUS/SUTTER, N 16 Fn. 44 zu § 11; WIEDERKEHR, S. 105, mit Kritik auf S. 197 f. BINZ-GEHRING, S. 188, erachtet die Preislimitierung als eine Einschränkung des gesetzlichen Vorkaufsrechts. Dem kann nach der hier vertretenen Auffassung nicht beigepflichtet werden. Ob es sich um eine Ausdehnung oder um eine Einschränkung des gesetzlichen Vorkaufsrechts handelt, hat sich danach zu entscheiden, ob die Belastung für den Vorkaufsbelasteten zu- oder abnimmt: siehe auch HAAB, ZK, N 5 zu Art. 680 ZGB, zu den Änderungen von Eigentumsbeschränkungen generell. Da die Kaufpreislimitierung eine zusätzliche Belastung für den Vorkaufsbelasteten dar-

fassung führt jedoch eine solche *vertragliche* Vereinbarung, mit welcher das gesetzliche Vorkaufsrecht von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her ausgedehnt wird, namentlich bei der Vereinbarung eines limitierten Vorkaufsrechts, zu einer **Denaturierung des gesetzlichen Vorkaufsrechts,** sodass es seinen Charakter als gesetzliches Vorkaufsrecht einbüsst und stattdessen als vertragliches Vorkaufsrecht weiter existiert unter anderem mit der Konsequenz, dass es der zeitlichen Beschränkung von Art. 216a OR unterliegt.[886] Dies muss konsequenterweise auch für das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis gelten, sodass ein von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her gegenüber dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer ausgedehntes Vorkaufsrecht nur nach Massgabe der Art. 216 ff. OR begründet werden kann und damit insbesondere der zeitlichen Beschränkung von Art. 216a OR unterliegt.

2. Limitiertes oder unlimitiertes Vorkaufsrecht

Das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis stellt – gleich wie das Vorkaufsrecht der Miteigentümer[887] – ein **unlimitiertes Vorkaufsrecht** dar.[888] 475

Den Stockwerkeigentümern steht zwar die Möglichkeit offen, ihr Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis als **limitiertes Vorkaufsrecht** auszugestalten.[889] Nach der hier vertretenen Auffassung kann jedoch ein von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her gegenüber dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer ausgedehntes Vorkaufsrecht nur nach Massgabe der Art. 216 ff. OR begründet werden.[890] Dies hat namentlich zur Folge, dass es der zeitlichen Beschränkung von Art. 216a OR unterliegt.[891] 476

3. Vererblichkeit und Abtretbarkeit

Gesetzliche Vorkaufsrechte können gemäss Art. 681 Abs. 3 ZGB **weder vererbt noch abgetreten** werden. Diese Gesetzesbestimmung ist zwingend; daher 477

stellt (vgl. oben Nr. 110), handelt es sich nach richtigem Verständnis um eine Ausdehnung des gesetzlichen Vorkaufsrechts.

886 A.M. für die Preislimitierung PKG 1990, S. 20 ff. (26), E. 4 (Kantonsgericht Graubünden), obiter dictum.

887 Siehe dazu BINZ-GEHRING, S. 27; SIMONIUS/SUTTER, N 16 in fine zu § 11.

888 Zum unlimitierten Vorkaufsrecht siehe oben Nr. 269 ff.

889 Vgl. MEIER-HAYOZ, BK, N 19 zu Art. 712c ZGB; MOOSER, S. 122; SIMONIUS/SUTTER, N 46 Fn. 79 zu § 15; STEINAUER, droits réels, Nr. 1219; WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft, S. 526; WERMELINGER, ZK, N 20 und 22 zu Art. 712c ZGB; siehe auch RUEDIN, S. 333. Zum limitierten Vorkaufsrecht siehe oben Nr. 272 ff.

890 Siehe oben Nr. 474.

891 Siehe unten Nr. 481.

lässt sich die Abtretbarkeit oder Vererblichkeit auch nicht durch eine öffentlich beurkundete Modifikation des gesetzlichen Vorkaufsrechts (vgl. Art. 681b Abs. 1 ZGB) vereinbaren.[892] Dasselbe gilt auch für das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis, das grundsätzlich denselben Inhalt aufweist wie das Vorkaufsrecht der Miteigentümer. Ein Vorkaufsrecht unter Stockwerkeigentümern, das vererblich und/oder abtretbar sein soll, kann nur in Form eines vertraglichen Vorkaufsrechts nach Massgabe der Art. 216 ff. OR vereinbart werden, das insbesondere der zeitlichen Limitierung von Art. 216a OR unterliegt.[893]

478 Da Berechtigung und Belastung beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis untrennbar mit der Stockwerkeinheit verknüpft sind, gehen diese bei der **Veräusserung einer Stockwerkeinheit** grundsätzlich automatisch auf den neuen Erwerber über.[894] Nach der Auffassung von WERMELINGER gilt dies jedoch bloss für das vorgemerkte Vorkaufsrecht. Das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht könne dem Erwerber der Stockwerkeinheit nicht entgegengehalten werden, sodass er bei einem späteren Verkauf seiner Einheit nicht daran gebunden sei.[895] Dementsprechend sei er an den anderen Stockwerkanteilen auch nicht vorkaufsberechtigt.[896] Meines Erachtens verdient diese Auffassung nur hinsichtlich der fehlenden Vorkaufsbelastung des Dritterwerbers Zustimmung, nicht aber auch hinsichtlich dessen fehlender Vorkaufsberechtigung. Die hier vertretene Ansicht basiert auf der Überlegung, dass Verträge nicht zulasten, aber sehr wohl zugunsten von Dritten ausgestaltet werden können.[897] Die Vorkaufsbelastung an einem Grundstück kann daher – was grundsätzlich unbestritten ist[898] – einem Dritterwerber nur entgegengehalten werden, wenn das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt worden ist. Hingegen ist bereits ausgeführt worden, dass bei einem vertraglichen Realvorkaufsrecht, bei dem der Vorkaufsberechtigte der jeweilige Eigentümer eines bestimmten Grundstücks ist, die Vorkaufsberechtigung mit dem Eigentümerwechsel am begünstigten Grundstück auf den neuen Eigentümer übergeht, auch wenn dieses Vorkaufsrecht nicht im Grundbuch vorgemerkt ist.[899] Das Gleiche muss dann aber auch beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis gelten, bei dem es sich nach dem Gesagten ebenfalls um ein Realvorkaufsrecht handelt.[900]

---

892 FOËX, ZBGR 2007, S. 9 f.

893 WERMELINGER, ZK, N 33 zu Art. 712c ZGB.

894 WERMELINGER, ZK, N 33 zu Art. 712c ZGB.

895 Siehe auch MOOSER, S. 124.

896 WERMELINGER, ZK, N 30 f. zu Art. 712c ZGB.

897 Siehe dazu GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3874 f.

898 Zur Frage, ob statt der Vormerkung im Grundbuch auch die Aufnahme des Vorkaufsrechts ins Stockwerkeigentümerreglement genügt, siehe unten Nr. 497.

899 Vgl. oben Nr. 97.

900 Vgl. oben Nr. 214.

Bei der **Vererbung einer Stockwerkeinheit** treten die Erben als Gesamtrechtsnachfolger an die Stelle des Erblassers (Art. 560 ZGB). Sie treten damit ipso iure in die mit der Stockwerkeinheit verbundene Vorkaufsberechtigung und -belastung ein. 479

4. Befristung des Vorkaufsrechts

Es ist bereits ausgeführt worden, dass die Befristung des Vorkaufsrechts auf 25 Jahre gemäss Art. 216a OR auf das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis nicht anwendbar ist.[901] Dasselbe gilt auch für die Dauer der Vormerkung des Vorkaufsrechts.[902] Weil das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis nach der hier vertretenen Auffassung grundsätzlich denselben Inhalt aufweist wie das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer, **unterliegt** es mangels anders lautender Vereinbarung **keiner zeitlichen Befristung.** Vielmehr besteht das Vorkaufsrecht solange wie das Stockwerkeigentum oder bis es durch die Parteien aufgehoben wird.[903] 480

Dies gilt jedoch nur für das unlimitierte Vorkaufsrecht. Eine Kaufpreislimitierung hat nach der hier vertretenen Auffassung zur Folge, dass das Vorkaufsrecht auch im Stockwerkeigentumsverhältnis nur als vertragliches Vorkaufsrecht im Sinn von Art. 216 ff. OR vereinbart werden kann.[904] Damit **untersteht das limitierte Vorkaufsrecht der zeitlichen Limitierung von Art. 216a OR.** 481

Selbstverständlich **dürfen** die Stockwerkeigentümer **eine zeitliche Befristung** ihres Vorkaufsrechts **vereinbaren.**[905] Sie können die Dauer frei wählen und – für das unlimitierte Vorkaufsrecht – namentlich auch eine längere als 25 Jahre vorsehen. 482

5. Vormerkung des Vorkaufsrechts

Art. 712c Abs. 1 ZGB sieht die **Möglichkeit** vor, das **Vorkaufsrecht** im Stockwerkeigentumsverhältnis **im Grundbuch vormerken zu lassen.** Die Vormerkung ist freiwillig, die Stockwerkeigentümer können also auch darauf verzichten.[906] Doch sind mit der Vormerkung gewisse Wirkungen verbunden, die für den Vorkaufsberechtigten vorteilhaft sind, weshalb den Parteien in der Regel zu 483

---

901 Siehe oben Nr. 321 f.

902 Dazu unten Nr. 485.

903 BGE 126 III 421 ff. (425 f.), E. 3b/aa; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1038; WERMELINGER, ZK, N 27 zu Art. 712c ZGB. Zur Aufhebung des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis siehe oben Nr. 256 ff.

904 Vgl. oben Nr. 474 und Nr. 476.

905 MOOSER, S. 123; WERMELINGER, ZK, N 27 zu Art. 712c ZGB.

906 WERMELINGER, ZK, N 30 zu Art. 712c ZGB.

einer Vormerkungsabrede und zur Anmeldung der Vormerkung des Vorkaufsrechts beim Grundbuchamt zu raten ist. Im Folgenden stelle ich die Unterschiede zwischen dem vorgemerkten (A) und dem nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht (B) im Stockwerkeigentumsverhältnis dar.

A) Vorgemerktes Vorkaufsrecht

484 Wie bereits ausgeführt worden ist, ist das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer nachgebildet.[907] Allerdings liegt keine vollständige materielle Übereinstimmung der beiden Vorkaufsrechte vor. Denn das Vorkaufsrecht der Miteigentümer besteht von Gesetzes wegen und als solches wirkt es auch gegenüber Dritten. Dagegen muss das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis rechtsgeschäftlich vereinbart werden. Als solches wirkt es zunächst nur inter partes zwischen den Vertragsparteien, nicht aber auch Dritten gegenüber. Dieser Unterschied ist auf die unterschiedliche Begründungsart der beiden Vorkaufsrechte zurückzuführen. Doch die Stockwerkeigentümer haben die Möglichkeit, im Rahmen ihrer Vereinbarung des Vorkaufsrechts eine Vormerkungsabrede zu treffen. Durch die Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch lassen sie dem Vorkaufsrecht auch **Wirkungen gegenüber Dritten** zukommen.

485 Das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis kann – anders als das vertragliche Vorkaufsrecht nach Art. 216a OR[908] – **zeitlich unbegrenzt im Grundbuch vorgemerkt werden.**[909] Die Vormerkungsdauer ist also nicht auf maximal 25 Jahre beschränkt. Selbstverständlich dürfen die Stockwerkeigentümer eine Vormerkung von begrenzter Dauer vereinbaren. Auf keinen Fall kann jedoch die Vormerkung im Grundbuch das ihr zugrunde liegende Vorkaufsrecht überdauern.[910]

486 Wird das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis im Grundbuch vorgemerkt, zeitigt es insbesondere die bereits beim vertraglichen Vorkaufsrecht umschriebene dingliche (a) und realobligatorische Wirkung (b).[911] Darauf ist im Folgenden im Zusammenhang mit dem Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis nochmals in der gebotenen Kürze einzugehen. Abschliessend beschäftige ich mich mit der grundbuchlichen Behandlung (c) der Vormerkung des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis.

---

907 Vgl. oben Nr. 471.

908 Vgl. oben Nr. 328.

909 FRIEDRICH, Stockwerkeigentum, N 4 zu § 48; MEIER-HAYOZ, BK, N 33 zu Art. 712c ZGB; MOOSER, S. 124; SCHMID, Stockwerkeigentum, S. 103; STEINAUER, droits réels, Nr. 1220.

910 WERMELINGER, ZK, N 29 zu Art. 712c ZGB. Vgl. bereits oben Nr. 333.

911 Siehe dazu oben Nr. 367 ff. und 414 ff.

a) Dingliche Wirkung

Die dingliche Wirkung des vorgemerkten Vorkaufsrechts besteht nach dem Gesagten in einer Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorkaufsbelasteten (aa) und einer Beständigkeit des Vorkaufsrechts gegenüber Beschlagsrechten der Gläubiger nach SchKG (bb). 487

aa) Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorkaufsbelasteten

Die Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorkaufsbelasteten zeigt sich beim vorgemerkten Vorkaufsrecht nach dem Gesagten darin, dass **rangschlechtere Grundstücksrechte** vom Vorkaufsberechtigten aus dem Grundbuch **gelöscht werden** können, wenn er das Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt hat und die rangschlechteren Grundstücksrechte ihn in seiner Rechtsstellung beeinträchtigen.[912] Je nachdem ob ein unlimitiertes oder ein limitiertes Vorkaufsrecht vereinbart wurde, divergiert nach der hier vertretenen Auffassung der Umfang der Löschungsbefugnis. Für die Einzelheiten ist auf das bereits zum vertraglichen Vorkaufsrecht Ausgeführte zu verweisen.[913] 488

Nach der hier vertretenen Auffassung zeitigt das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis grundsätzlich dieselben Wirkungen wie das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer.[914] Gewisse Besonderheiten ergeben sich immerhin aus dem Umstand, dass das Vorkaufsrecht rechtsgeschäftlich vereinbart und, um auch Dritten gegenüber wirksam zu sein, erst noch im Grundbuch vorgemerkt werden muss. Es stellt sich nun die Frage, ob die soeben angesprochene Löschungsbefugnis beim vorgemerkten Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis einen solchen, durch die Vormerkung bedingten **Unterschied zum gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer** darstellt. Diese Frage ist meines Erachtens aus folgenden Überlegungen **zu verneinen:** 489

– Wie bereits ausgeführt worden ist, kann auch das gesetzliche Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis durch öffentliche Beurkundung abgeändert und namentlich eine absolute Kaufpreislimitierung vereinbart werden. Wenn diese Änderung im Grundbuch vorgemerkt wird (vgl. Art. 681b Abs. 1 ZGB), hat man es wiederum mit einem *vorgemerkten limitierten Vorkaufsrecht* zu tun, wobei sich das Vorkaufsrecht nach der hier vertretenen Auffassung durch die Kaufpreislimitierung ohnehin zu einem vertraglichen 490

---

912 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 74 zu Art. 712c ZGB; WERMELINGER, ZK, N 39 und 53 zu Art. 712c ZGB. Vgl. bereits ausführlich zum vertraglichen Vorkaufsrecht oben Nr. 377 ff.

913 Zur Löschungsbefugnis beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht siehe oben Nr. 381 ff. Zur Löschungsbefugnis beim absolut limitierten Vorkaufsrecht siehe oben Nr. 398 ff.

914 Vgl. oben Nr. 471.

Vorkaufsrecht denaturiert hat.[915] Für diesen Fall dürfte kaum in Abrede gestellt werden, dass die Löschungsbefugnis gegenüber rangschlechteren Grundstücksrechten im selben Umfang besteht wie bei einem vorgemerkten absolut limitierten vertraglichen Vorkaufsrecht.[916]

491 – Weniger klar hingegen ist die Rechtslage in Bezug auf die Löschungsbefugnis beim gewöhnlichen, nicht abgeänderten und damit *unlimitierten Vorkaufsrecht* der Miteigentümer. Die herrschende Lehre spricht dem gesetzlich unlimitiert Vorkaufsberechtigten jegliche Löschungsbefugnis bezüglich nachträglich auf dem Grundstück bestellter Lasten ab.[917] Diese Lehre ist aber massgeblich von der hier abgelehnten Auffassung geprägt, wonach das vorgemerkte unlimitierte Vorkaufsrecht zur Löschung sämtlicher nach der Vormerkung auf das Grundstück gelegten Lasten berechtige.[918] Eine solch weitgehende Löschungsbefugnis erachtet diese Lehrmeinung beim gesetzlichen Vorkaufsrecht nicht als sachgerecht, weil sie zu einer zu starken Verfügungsbeschränkung des Vorkaufsbelasteten führen würde. Kaum Beachtung findet in der Lehre hingegen das Problem von nach dem Eintritt des Vorkaufsfalls begründeten Grundstücksrechten am Vorkaufsobjekt – also jenen Rechten, die nach der hier vertretenen Auffassung im Vordergrund der Löschungsbefugnis des unlimitiert Vorkaufsberechtigten stehen.[919] Immerhin billigt WIEDERKEHR dem vorkaufsberechtigten Miteigentümer die Befugnis zur Löschung der seit dem Eintritt des Vorkaufsfalls am veräusserten Miteigentumsanteil begründeten beschränkten dinglichen und vorgemerkten persönlichen Rechte zu, allerdings ohne seine Auffassung zu begründen.[920] Vertiefter befasst mit dieser Problematik hat sich bisher einzig PIOTET: Unter Hinweis auf die Marginalie «Veräusserungsbeschränkung» von Art. 681 ff. ZGB sowie unter Bezugnahme auf die Materialien zum ZGB gelangt er zum Ergebnis, dass das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer eine Verfügungsbeschränkung im selben Umfang nach sich zieht wie das vertragliche vorgemerkte unlimitierte Vorkaufsrecht mit der Konsequenz, dass der vorkaufsberechtigte Miteigentümer, der von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht, die im Nachgang zum Vorkaufsfall auf dem veräusserten Miteigentumsanteil bestellten Grundstücksrechte löschen lassen darf.[921] BALLIF hat zwar nachgewiesen, dass

---

915 Vgl. oben Nr. 474.

916 Siehe ALLGÄUER, S. 105.

917 ALLGÄUER, S. 105; BINZ-GEHRING, S. 37; FOËX, ZBGR 2007, S. 18; MEIER-HAYOZ, BK, N 10 zu Art. 682 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1215; SIMONIUS/SUTTER, N 32 zu § 11; WIEDERKEHR, S. 180.

918 Vgl. oben Nr. 379 f.

919 Siehe oben Nr. 383.

920 WIEDERKEHR, S. 194, in Widerspruch zu S. 180.

921 PIOTET, ZBGR 1969, S. 40, 48, insbesondere Fn. 42 und S. 66; ihm folgend BESSON, S. 6.

der Verweis PIOTETS auf die Materialien des ZGB fehlschlägt.[922] Zudem kann die Marginalie «Veräusserungsbeschränkung» von Art. 681 ff. ZGB ohne Weiteres auch in einem einschränkenderen Sinn verstanden werden, nämlich dahingehend, dass bloss die rechtliche Verfügungsbefugnis, also das rechtliche Dürfen des Eigentümers eingeschränkt ist.[923] Gleichwohl erscheint mir die Auffassung PIOTETS als sachgerecht. Denn es wäre schwer verständlich, wenn das vorgemerkte unlimitierte Vorkaufsrecht dem Berechtigten weitergehende Befugnisse einräumen würde als das gesetzliche unlimitierte Vorkaufsrecht, wo doch in der Literatur darauf hingewiesen wird, dass sich bei einem gesetzlichen Vorkaufsrecht die Situation analog zu derjenigen bei einem vorgemerkten vertraglichen Vorkaufsrecht gestaltet.[924] Aus diesem Grund ist auch dem gesetzlich unlimitiert Vorkaufsberechtigten die Befugnis zur Löschung rangschlechterer Grundstücksrechte zuzugestehen.

bb) Beständigkeit gegenüber Beschlagsrechten nach SchKG

492 Das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis erlangt durch seine Vormerkung im Grundbuch auch **Wirkung gegenüber den Beschlagsrechten der Gläubiger nach SchKG** – im selben Ausmass wie das vorgemerkte vertragliche Vorkaufsrecht. Auch diesbezüglich kann auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden.[925] Damit untersteht das vorgemerkte Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis namentlich auch dem Doppelaufruf nach Art. 142 SchKG (vgl. Art. 73g Abs. 3 i.V.m. Art. 51 Abs. 2 VZG).

493 Hierin zeigt sich nun eine durch die Vormerkung bedingte **Besonderheit** des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis **gegenüber dem Vorkaufsrecht der Miteigentümer.** Letzteres untersteht im Zwangsvollstreckungsverfahren als rein gesetzliches Vorkaufsrecht keinem Doppelaufruf.

b) Realobligatorische Wirkung

494 Die realobligatorische Wirkung des vorgemerkten Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis äussert sich auch hier – wie beim vertraglichen Vorkaufsrecht[926] – hauptsächlich darin, dass sich das **Vorkaufsrecht**, verstanden als Gestaltungsrecht, **gegen den jeweiligen Eigentümer des Stockwerkanteils** richtet. Art. 216e OR ist insoweit auch auf das vorgemerkte Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer anwendbar. Veräussert also der Vorkaufsbelastete seine

---

922 BALLIF, Nr. 603. Im Ergebnis distanziert sich BALLIF, Nr. 605, aber nicht von PIOTETS Auffassung.

923 Vgl. BRUNNER, S. 254.

924 EMERY, Nr. 504; vgl. auch ALLGÄUER, S. 105: «schon mehrfach betonten Übereinstimmung zwischen den beiden Arten von Vorkaufsrechten […]».

925 Vgl. oben Nr. 406 ff.

926 Vgl. oben Nr. 422 ff.

Stockwerkeinheit an einen Dritten und will ein Vorkaufsberechtigter einer anderen Stockwerkeinheit sein Vorkaufsrecht ausüben, nachdem der Dritte bereits im Grundbuch als neuer Eigentümer eingetragen worden ist, so muss der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht gegenüber dem neuen Eigentümer geltend machen und dieser wird Vertragspartei des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Veräusserungsvertrags.[927] Die realobligatorische Wirkung hat auch zur Folge, dass bei jeder Handänderung an einem Stockwerkanteil die Vorkaufsbelastung auf den neuen Eigentümer übergeht, unabhängig davon, ob es eine Handänderung mit oder ohne Vorkaufsfallcharakter war.[928]

c) Grundbuchliche Behandlung

495 Jeder Stockwerkeigentumsanteil erhält im Grundbuch ein eigenes Hauptbuchblatt (Art. 23 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 lit. b GBV). Die Vormerkung des Vorkaufsrechts müsste nun eigentlich auf jedem Hauptbuchblatt der belasteten und der berechtigten Stockwerkseinheiten eingetragen werden (vgl. Art. 123 Abs. 1 und 5 GBV). Bei vielen Stockwerkeinheiten kann dies zu einer unübersichtlichen Situation im Grundbuch führen. Aus diesem Grund bedient sich die Praxis der Grundbuchämter in gewissen Kantonen einer Vereinfachung: Soweit sämtliche Stockwerkanteile belastet und berechtigt sind, wird das Vorkaufsrecht lediglich als **«Vorkaufsrecht zugunsten der Stockwerkeigentümer»** im jeweiligen Grundbuchblatt vorgemerkt, ohne sämtliche beteiligten Stockwerkeinheiten aufzuzählen.[929]

B) Nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht

496 Ohne Vormerkung im Grundbuch erlangt das Vorkaufsrecht **keine** der oben umschriebenen **Vormerkungswirkungen.** Das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis kann also keinem Dritterwerber eines dinglichen Rechts an einem Stockwerkanteil entgegengehalten werden. Keine Rolle spielt dessen guter oder böser Glaube. Erwirbt beispielsweise ein Dritter das Eigentum an einem Stockwerkanteil und wird er als neuer Eigentümer des betreffenden Anteils im Grundbuch eingetragen, muss er sich die Ausübung des nicht vorgemerkten Vorkaufsrechts durch einen anderen Stockwerkeigentümer nicht entgegenhalten lassen. Ebenso wenig muss der Dritte das Vorkaufsrecht beachten, wenn er seinen Stockwerkanteil dereinst weiterveräussern möchte. Hingegen ist der Dritte sehr wohl vorkaufsberechtigt, wenn andere Stockwer-

927 Siehe auch WERMELINGER, ZK, N 48 zu Art. 712c ZGB.

928 MEIER-HAYOZ, BK, N 82 zu Art. 712c ZGB; WERMELINGER, ZK, N 29 zu Art. 712c ZGB.

929 WERMELINGER, ZK, N 28 zu Art. 712c ZGB.

keigentümer ihre Anteile veräussern. Dies ergibt sich aus der Natur des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis als Realvorkaufsrecht.[930]

497 Nun stellt sich noch die Frage, wie es sich verhält, wenn das Vorkaufsrecht zwar nicht im Grundbuch vorgemerkt, stattdessen aber **ins Stockwerkeigentümerreglement aufgenommen** worden ist. Denn gemäss Art. 712g Abs. 3 i.V.m. Art. 649a ZGB ist das Stockwerkeigentümerreglement auch für den Rechtsnachfolger eines Stockwerkeigentümers und für den Erwerber eines dinglichen Rechts an einem Stockwerkanteil verbindlich.[931] Die herrschende Lehre vertritt diesbezüglich zu Recht die Auffassung, dass Art. 959 Abs. 2 ZGB gegenüber Art. 649a ZGB als lex specialis zu gelten hat, sodass das ins Stockwerkeigentümerreglement aufgenommene, aber im Grundbuch nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht **Dritten gegenüber nicht entgegengehalten** werden kann.[932] Das gilt nicht nur für den Fall des Erwerbs eines Stockwerkanteils durch den Dritten, sondern auch dann, wenn der Dritte seinen Stockwerkanteil wieder veräussern möchte:[933] Weder das eine noch das andere Mal ist er an das ins Stockwerkeigentümerreglement aufgenommene Vorkaufsrecht gebunden. Die Rechtsgenossen müssen sich auf das Grundbuch verlassen können und brauchen nicht damit zu rechnen, dass vormerkbare Rechte durch die Hintertür eines Stockwerkeigentümerreglements mit Wirkung gegenüber Dritten eingeführt werden. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Aufnahme des Vorkaufsrechts ins Stockwerkeigentümerreglement rechtlich ohne Wirkung ist.

III. Vorkaufsrecht durch Verfügung von Todes wegen

498 Wie bereits ausgeführt worden ist, entsteht das vermachte Vorkaufsrecht nicht ipso iure mit dem Ableben des Erblassers. Vielmehr muss es erst noch durch einen Vorkaufsvertrag unter Lebenden zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten begründet werden.[934] Dieser Vorkaufsvertrag und damit auch der Inhalt und die Wirkungen des begründeten Vorkaufsrechts **unterstehen direkt**

930 Vgl. bereits oben Nr. 478.

931 Siehe SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1044; STEINAUER, droits réels, Nr. 1272; WERMELINGER, ZK, N 25 und 221 ff. zu Art. 712g ZGB.

932 FRIEDRICH, Stockwerkeigentum, N 19 zu § 48; MOOSER, S. 124; WERMELINGER, ZK, N 30 zu Art. 712c ZGB, der das Vorkaufsrecht auch nicht zu den Nutzungs- und Verwaltungshandlungen im Sinn von Art. 649a ZGB zählt; a.M. MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 83 zu Art. 712c ZGB.

933 MOOSER, S. 124; WERMELINGER, ZK, N 31 zu Art. 712c ZGB; a.M. MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 83 zu Art. 712c ZGB.

934 Vgl. oben Nr. 233 f.

den Bestimmungen von Art. 216 ff. OR.[935] Es kann daher grundsätzlich auf das bereits zum vertraglichen Vorkaufsrecht Ausgeführte verwiesen werden.[936]

499 Der Inhalt des vermachten Vorkaufsrechts richtet sich grundsätzlich **nach der Vorgabe des Erblassers** in seiner erblasserischen Anordnung. Dieser bestimmt, zu welchem Kaufpreis der Vermächtnisnehmer das Vorkaufsrecht ausüben kann (limitiertes Vorkaufsrecht) oder ob ihm nur ein unlimitiertes Vorkaufsrecht eingeräumt werden soll. Er ordnet an, ob das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorzumerken ist und ob es vererb- und/oder abtretbar sein soll. Er bestimmt auch – in den Schranken von Art. 216a OR – die Dauer des Vorkaufsrechts.

500 Nach dem Gesagten muss der Beschwerte zur Begründung des Vorkaufsrechts erst noch einen Vorkaufsvertrag mit dem Bedachten abschliessen. **In** diesem **Vorkaufsvertrag** hat er grundsätzlich die erblasserische Anordnung **umzusetzen** und dem Bedachten das Vorkaufsrecht mit dem vom Erblasser bestimmten Inhalt einzuräumen. Vorbehalten bleibt aber sein Recht auf Herabsetzung des Vermächtnisses, wenn dieses seinen Pflichtteil tangiert oder den Betrag der Erbschaft bzw. die von ihm erhaltene Zuwendung übersteigt (Art. 486 Abs. 1 und Art. 522 Abs. 1 ZGB).[937]

935 REY, ZSR 1994, S. 39 f., spricht dagegen bloss von einer analogen Anwendung.
936 Vgl. dazu oben Nr. 267 ff.
937 Vgl. bereits oben Nr. 232.

5. Kapitel: Vorkaufsobjekt

Unter dem Vorkaufsobjekt versteht man das Objekt, auf dessen Erwerb der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts einen Anspruch erlangen soll.[938] Als Vorkaufsobjekt in Betracht fällt grundsätzlich alles, was auch Kaufobjekt eines Kaufvertrags sein kann: bewegliche und unbewegliche Sachen, übertragbare Rechte, aber auch andere rechtliche oder bloss faktische wirtschaftliche Vermögensvorteile.[939] Aufgrund des umgrenzten Arbeitsthemas[940] interessieren im Folgenden nur die unbeweglichen Sachen sowie die Rechte, die vom Gesetz in Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2–4 ZGB als **Grundstücke** bezeichnet und damit funktionell als unbewegliche Sachen behandelt werden.[941] Im Vordergrund der nachfolgenden Ausführungen steht also das Grundstück (I.) als Vorkaufsobjekt. Möglich ist aber auch, dass ein realer oder ideeller Teil eines Grundstücks (II.) das Vorkaufsobjekt darstellt. 501

I. Grundstück

Nach allgemeinen Ausführungen (1.) komme ich auf die verschiedenen Arten von Grundstücken (2.), die als Vorkaufsobjekte in Betracht fallen, zu sprechen. 502

1. Im Allgemeinen

Art. 216 Abs. 2 OR spricht von einem Vorkaufsrecht «an einem Grundstück». Mit dem Ausdruck «Grundstück» wird auf die **Legaldefinition von Art. 655 Abs. 2 ZGB** Bezug genommen. Danach sind Grundstücke im Sinn des Gesetzes die Liegenschaften, die in das Grundbuch aufgenommenen, selbständigen und dauernden Rechte, die Bergwerke sowie die Miteigentumsanteile an Grundstü- 503

---

938 Vgl. oben Nr. 10 und 98. Nicht immer entspricht das Vorkaufsobjekt dann letztlich auch dem Kaufobjekt des Hauptvertrags, so beim sogenannten Teilverkauf: siehe unten Nr. 944 ff.

939 ALLGÄUER, S. 67 f.; BRUNNER, S. 44; HAAB, ZK, N 31 zu Art. 681/82 ZGB; LEEMANN, BK, N 11 zu Art. 681 ZGB; ISLER, S. 42; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 63; VIONNET, S. 40. Zu den möglichen Kaufobjekten eines Kaufvertrags vgl. SCHÖNLE, ZK, N 42 ff. zu Art. 184 OR.

940 Vgl. oben Nr. 31.

941 Vgl. BSK ZGB II-WIEGAND, N 15 der Vorbemerkungen vor Art. 641 ff.

cken. Vorkaufsobjekt kann auch ein vom Vorkaufsrechtsgeber erst noch zu erwerbendes Grundstück bilden.[942]

504 Die Willenserklärung, mit der das Grundstück als Vorkaufsobjekt bezeichnet wird, muss von der gesetzlich vorgeschriebenen Form zur Begründung eines Vorkaufsrechts (vgl. Art. 216 Abs. 2 und 3 OR) gedeckt sein.[943] Erforderlich ist, dass das Vorkaufsobjekt – als objektiv wesentlicher Vertragspunkt – im Vorkaufsvertrag **hinreichend bestimmt oder bestimmbar** umschrieben wird. Das Vorkaufsobjekt muss so bezeichnet sein, dass es keinen Irrtum über die Identität des Grundstücks aufkommen lässt.[944] Dies setzt grundsätzlich voraus, dass im Vertrag Angaben über Form und Lage des Grundstücks erfolgen.[945] Zulässig ist aber auch, dass der Vertrag einer Partei vorerst nur ein Wahlrecht gewährt, um das Grundstück als Vorkaufsobjekt nachträglich zu bestimmen, namentlich eine Auswahl aus mehreren Grundstücken zu treffen.[946] Bestimmt der Vertrag nichts anderes, steht das Wahlrecht dem Vorkaufsberechtigten zu (Art. 72 OR analog).[947] Nach den allgemeinen Regeln hat die nachträgliche einseitige Bestimmung des Vorkaufsobjekts nach billigem Ermessen zu erfolgen.[948]

505 Gemäss Art. 644 Abs. 1 ZGB bezieht sich die Verfügung über eine Sache, wenn keine Ausnahme gemacht wird, auch auf ihre Zugehör.[949] Deshalb bezieht sich das Vorkaufsrecht mangels anderer Abrede im Vorkaufsvertrag grundsätzlich ebenfalls auf die **Zugehör** des Grundstücks.[950] Im Einzelnen ist dennoch zu

---

942 Vgl. oben Nr. 95.

943 BGE 106 II 146 ff. (148), E. 1, betreffend einen Kaufsrechtsvertrag. Vgl. bereits oben Nr. 141.

944 BGE 90 II 21 ff. (24), E. 1, betreffend einen Grundstückkaufvertrag. Siehe auch BRUNNER, S. 103.

945 BGE 127 III 248 ff. (254 f.), E. 3d, betreffend einen Grundstückkaufvertrag; SCHMID/STÖCKLI, Nr. 578.

946 BGE 95 II 309 ff. (310), E. 2, betreffend einen Grundstücktausch; vgl. auch BGE 95 II 42 f. (43); a.M. Entscheid der Justizdirektion des Kantons Bern vom 11. Februar 1987, in: BN 1987, Nr. 26, S. 137, betreffend ein Kaufsrecht; BRUNNER, S. 104.

947 BGE 95 II 309 ff. (311), E. 3, betreffend einen Grundstücktausch.

948 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 345.

949 Obwohl Art. 644 Abs. 1 ZGB von «Sache» spricht, sind damit nicht nur die beweglichen und unbeweglichen Sachen gemeint, sondern auch die vom Gesetz in Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2–4 ZGB als Grundstücke behandelten Rechte: BSK ZGB II-WIEGAND, N 6 zu Art. 644/645.

950 BRÜCKNER, Nr. 50; HAAB, ZK, N 31 zu Art. 681/82 ZGB; ISLER, S. 43; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 66; WISSMANN, Nr. 1431. So auch die Regelung im deutschen Recht in § 1096 BGB für das dingliche Vorkaufsrecht. Vgl. dagegen Art. 51 Abs. 1 BGBB für das gesetzliche Vorkaufsrecht im bäuerlichen Bodenrecht, der dem Veräusserer die Möglichkeit einräumt, zu erklären, dass das mitverkaufte Betriebsinventar – das nach meiner Auffassung Zugehör im Sinn von Art. 644 ZGB darstellt

differenzieren zwischen dem unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht einerseits und dem absolut limitierten Vorkaufsrecht andererseits:

– Bei einem *unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht* schliesst die Vorkaufsberechtigung grundsätzlich diejenige Zugehör mit ein, die im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls vorhanden ist.[951] Wird dem Dritten das Grundstück jedoch ohne Zugehör veräussert, so hat der unlimitiert Vorkaufsberechtigte keinen Anspruch auf die Zugehör, da dieser gemäss Art. 216d Abs. 3 OR das Grundstück nur zu den Bedingungen erwerben kann, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat.[952] 506

– Anders gestalten sich die Dinge bei einem *absolut limitierten Vorkaufsrecht.* Hier entspricht es dem mutmasslichen Willen der Vorkaufsvertragsparteien, dass der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall das Grundstück in jenem rechtlichen und tatsächlichen Zustand soll erwerben können, den es im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags aufgewiesen hat.[953] Dies umfasst auch die zu diesem Zeitpunkt vorhandene Zugehör.[954] Der absolut limitiert Vorkaufsberechtigte erwirbt bei der Ausübung seines Vorkaufsrechts in jedem Fall einen Anspruch auf die Zugehör, wenn dieser Anspruch im Vorkaufsvertrag nicht ausgeschlossen worden ist. Unbeachtlich ist, ob dem Drittkäufer das Grundstück mit oder ohne Zugehör verkauft wird.[955] 507

(a.M. aber BGE 67 II 149 ff. [161], E. 4) – vom Verkauf ganz oder teilweise ausgenommen werde, falls das Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Siehe auch die berechtigte Kritik von STREBEL, Nr. 1059 f., an dieser gesetzlichen Regelung.

951 Vgl. auch oben Nr. 270 und 277.

952 ALLGÄUER, S. 68.

953 Vgl. oben Nr. 276.

954 ALLGÄUER, S. 68, und SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 66, weisen zwar darauf hin, dass für die Erfüllung des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Veräusserungsvertrags nur diejenige Zugehör in Betracht fällt, die in diesem Zeitpunkt noch vorhanden ist (vgl. auch LEEMANN, BK, N 12 zu Art. 681 ZGB). Dies schliesst aber nicht aus, dass gemäss vertraglicher Abmachung bei einem absolut limitierten Vorkaufsrecht eine andere Zugehör geschuldet ist als die im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls noch vorhandene und dass sich der Vorkaufsbelastete dem Risiko einer Kaufpreisminderung aussetzt – was diese Autoren übrigens auch anerkennen – , wenn im Zeitpunkt der Erfüllung nicht mehr sämtliche Zugehör vorhanden ist.

955 A.M. FOËX, ZBGR 2007, S. 11; HAAB, ZK, N 31 zu Art. 681/82 ZGB; ISLER, S. 43; MEIER-HAYOZ, BK, N 88 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1723c. Diese Autoren vertreten ohne Differenzierung zwischen dem limitierten und dem unlimitierten Vorkaufsrecht die Auffassung, dass der Vorkaufsberechtigte die Herausgabe der Zugehör zusammen mit der verkauften Hauptsache nur dann verlangen kann, wenn die Zugehör ihrerseits dem Dritten verkauft worden ist.

2. Arten von Grundstücken

508 Praktisch im Vordergrund steht das Vorkaufsrecht an einer überbauten oder unüberbauten **Liegenschaft.** Kaum eine Relevanz weist dagegen das Vorkaufsrecht an einem Bergwerk auf.

509 Eine rechtliche Besonderheit kann sich im Zusammenhang mit einem rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht an einem **in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Recht** ergeben. Bei diesen Rechten steht das Baurecht praktisch im Vordergrund (Art. 779 Abs. 3 ZGB).[956] Die Besonderheit liegt nun darin, dass dem Eigentümer eines mit einem selbständigen und dauernden Baurecht belasteten Grundstücks gemäss Art. 682 Abs. 2 ZGB von Gesetzes wegen ein Vorkaufsrecht gegenüber jedem Erwerber dieses Baurechts zusteht. Der Baurechtsinhaber kann zwar einem Dritten an seinem Baurecht ein rechtsgeschäftliches Vorkaufsrecht einräumen. Doch gilt es zu beachten, dass das gesetzliche Vorkaufsrecht des Baurechtgebers gemäss Art. 681 Abs. 3 Satz 2 ZGB dem rechtsgeschäftlich bestellten Vorkaufsrecht des Dritten an diesem Baurecht vorgeht, selbst wenn dieses vorgemerkt sein sollte.[957]

510 Dieselbe Besonderheit ergibt sich grundsätzlich auch im Zusammenhang mit einem rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht an einem **Miteigentumsanteil an einem Grundstück.** Allerdings gilt es zu differenzieren, da Miteigentum an Grundstücken in zwei Erscheinungsformen auftritt: dem gewöhnlichen Miteigentum und dem Stockwerkeigentum.[958]

511 – Beim *gewöhnlichen Miteigentum* hat gemäss Art. 682 Abs. 1 ZGB jeder Miteigentümer von Gesetzes wegen ein Vorkaufsrecht gegenüber jedem Nichtmiteigentümer, der einen Anteil erwirbt. Auch hier steht es einem Miteigentümer zwar frei, einem Dritten (Nichtmiteigentümer) ein rechtsgeschäftliches Vorkaufsrecht an seinem Miteigentumsanteil einzuräumen. Doch gilt es wiederum zu beachten, dass das gesetzliche Vorkaufsrecht der übrigen Miteigentümer gemäss Art. 681 Abs. 3 Satz 2 ZGB dem rechtsgeschäftlich bestellten Vorkaufsrecht des Dritten vorgeht, selbst wenn dieses vorgemerkt sein sollte.[959] Wird der Miteigentumsanteil einem anderen Miteigentümer verkauft, so löst dies gemäss Art. 681 Abs. 2 ZGB keinen Vorkaufsfall aus, auch nicht für den rechtsgeschäftlich Vorkaufsberechtigten.[960]

---

956 Zu weiteren ins Grundbuch aufnehmbaren selbständigen und dauernden Rechten siehe BSK ZGB II-LAIM, N 17 ff. zu Art. 655.

957 ISLER, S. 44; MEIER-HAYOZ, BK, N 81 zu Art. 681 ZGB. Siehe auch unten Nr. 875.

958 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 724 ff.

959 ISLER, S. 44; MEIER-HAYOZ, BK, N 81 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 65. Siehe wiederum auch unten Nr. 875.

960 Vgl. unten Nr. 604.

– Beim *Stockwerkeigentum* steht den Stockwerkeigentümern von Gesetzes wegen kein Vorkaufsrecht gegenüber einem Dritten zu, der einen Stockwerkanteil erwirbt (Art. 712c Abs. 1 ZGB). Doch haben die Stockwerkeigentümer die Möglichkeit, rechtsgeschäftlich ein Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis einzuführen. Einmal eingeführt, entspricht es von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her grundsätzlich dem gesetzlichen Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis, allerdings nur soweit, als dies mit dem Umstand vereinbar ist, dass das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis rechtsgeschäftlich vereinbart und – um Dritten gegenüber wirksam zu sein – im Grundbuch vorgemerkt werden muss.[961] Nach der hier vertretenen Auffassung geht das vorgemerkte Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer den vertraglichen Vorkaufsrechten vor.[962] Die Veräusserung eines Stockwerkanteils an einen anderen Stockwerkeigentümer stellt grundsätzlich weder für die übrigen Stockwerkeigentümer noch für einen allfällig vertraglich Vorkaufsberechtigten einen Vorkaufsfall dar.[963] 512

II. Realer oder ideeller Teil eines Grundstücks

Ein Grundstück kann in der Regel räumlich unterteilt, das heisst, real geteilt werden. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob und inwieweit ein Realteil eines Grundstücks (1.) ein Vorkaufsobjekt darstellen kann. Ein Grundstück kann aber auch ideell aufgeteilt, das heisst, zu Miteigentum ausgestaltet werden. Dann stellt sich die Frage, ob und inwieweit ein ideeller Teil eines Grundstücks (2.) Vorkaufsobjekt sein kann. 513

1. Realteil eines Grundstücks

Damit ein Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks überhaupt in Betracht fällt, muss ein real teilbares Grundstück (A) vorliegen. Das Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks weist sodann Besonderheiten (B) auf. 514

A) Real teilbares Grundstück

Es entspricht bundesgerichtlicher Rechtsprechung und allgemeiner Lehre, dass als Vorkaufsobjekt auch ein Realteil eines Grundstücks in Betracht fällt.[964] Dies 515

961 Vgl. oben Nr. 471 f.

962 Vgl. unten Nr. 876.

963 Vgl. unten Nr. 605.

964 BGE 81 II 502 ff. (506 f.), E. 3; BRÜCKNER, Nr. 51; FOËX, ZBGR 2007, S. 10; HAAB, ZK, N 31 zu Art. 681/82 ZGB; ISLER, S. 42 f.; LEEMANN, BK, N 11 zu Art. 681 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 85 zu Art. 681 ZGB; REY, Eigentum, Nr. 1240; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 65; WISSMANN, Nr. 1432.

ist Ausfluss der Privatautonomie. Eine vorgängige Zerstückelung des Grundstücks und die grundbuchliche Ausscheidung des vom Vorkaufsrecht betroffenen Realteils als eigenes Grundstück sind für die Begründung des Vorkaufsrechts nicht erforderlich.[965] Ein Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks setzt aber logischerweise voraus, dass das betreffende **Grundstück** überhaupt real teilbar ist, also **über eine reale Substanz verfügt.** Dies trifft nicht auf alle Grundstücke im Sinn von Art. 655 Abs. 2 ZGB zu. Vielmehr ist zu differenzieren:

516 Real teilbar ist grundsätzlich die **Liegenschaft** (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB) als Bodenfläche mit genügend bestimmten Grenzen (vgl. Art. 2 lit. a GBV). Vorbehalten bleiben stets die gesetzlichen Schranken wie beispielsweise das Realteilungs- und Zerstückelungsverbot landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke gemäss Art. 58 BGBB.[966]

517 Real teilbar sind aber auch die als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommenen **selbständigen und dauernden Rechte** (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB), sofern die entsprechenden Rechte eine flächenmässige Ausdehnung aufweisen (vgl. Art. 25 Abs. 1 VAV). So kann beispielsweise ein als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenes selbständiges und dauerndes Baurecht geteilt und in mehrere selbständige Teilrechte zerstückelt werden, über die der Bauberechtigte verfügen kann.[967] Diese Zerstückelung des Baurechts in mehrere Teilrechte ist nicht zu verwechseln mit der – ebenfalls zulässigen[968] – Bestellung eines Unterbaurechts.

518 Ein als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenes **Bergwerk** (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB), worunter man «das Recht zur bergbautechnischen Ausbeutung von im Erdinnern befindlichen Rohstoffen» versteht,[969] ist ebenfalls real teilbar, sofern es eine flächenmässige Ausdehnung aufweist. Dass Art. 25 Abs. 1 VAV, der von der Nachführung der amtlichen Vermessung im Grundbuch bei der Teilung oder Vereinigung von Grundstücken handelt, im Gegensatz zu

---

965 Die Zerstückelung des Grundstücks und die amtliche Vermessung des Realteils des Grundstücks sind zwar Voraussetzungen für die Übertragung des Eigentums an diesem Realteil (vgl. Art. 25 Abs. 1 VAV; siehe unten Nr. 937 ff.), nicht aber für die Begründung eines Vorkaufsrechts daran. Vgl. auch KOLLER, ZBGR 1997, S. 4 und 13, und LEUENBERGER, Nr. 81, betreffend den Verkauf eines erst noch zu vermessenden Grundstückteils.

966 Vgl. BGer 2C_915/2013 vom 14. Oktober 2013, E. 2.2.2.

967 LEEMANN, BK, N 78 zu Art. 779 ZGB; OSTERTAG, BK, N 19 zu Art. 943 ZGB; einschränkend aber HOMBERGER, ZK, N 21 zu Art. 943 ZGB.

968 BGE 92 I 539 ff. (543 ff.), E. 2; BSK ZGB II-ISLER/COSTANTINI, N 36 f. zu Art. 779.

969 MEIER-HAYOZ, BK, N 54 zu Art. 655 ZGB; vgl. auch BSK ZGB II-LAIM, N 21 zu Art. 655.

Art. 6 Abs. 3 und Art. 7 Abs. 1 VAV das flächenmässig ausgeschiedene Bergwerk nicht erwähnt, ist wohl darauf zurückzuführen, dass Bergwerke, soweit sie nicht im Tagbaubetrieb betrieben werden, sich im Erdinnern befinden und wegen ihrer physischen Beschaffenheit der Vermarkung und Vermessung nicht zugänglich sind.[970] Das ändert aber nichts daran, dass ein Bergwerk mit einer flächenmässigen Ausdehnung real teilbar ist.

519 **Miteigentumsanteile an Grundstücken** (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB) hingegen sind **nicht** real teilbar, und zwar weder gewöhnliche Miteigentumsanteile noch Stockwerkeigentumsanteile. Miteigentumsanteile stellen nichts anderes als einen rechnerischen Anteil (Bruchteil) an einer Sache dar, die äusserlich nicht geteilt ist (Art. 646 Abs. 1 ZGB).[971] Real teilbar ist nur die Sache selber,[972] nicht aber der einzelne Miteigentumsanteil. Dementsprechend fällt ein Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Miteigentumsanteils ausser Betracht.

B) Besonderheiten des Vorkaufsrechts an einem Realteil eines Grundstücks

520 Ein Realteil eines Grundstücks kann also nach dem Gesagten ebenfalls ein Vorkaufsobjekt darstellen. Die Begrenzung dieses Realteils – als Umschreibung des Vorkaufsobjekts – stellt einen objektiv wesentlichen Vertragspunkt dar und setzt diesbezüglich eine in der für den Vorkaufsvertrag vorgeschriebenen Form (vgl. Art. 216 Abs. 2 und 3 OR) zum Ausdruck gebrachte Willenserklärung voraus.[973] Erforderlich ist auch hier, dass dieser Realteil des Grundstücks als Vorkaufsobjekt im Vorkaufsvertrag **hinreichend bestimmt oder bestimmbar** umschrieben wird.[974] Da die Bestimmbarkeit des Vorkaufsobjekts ausreicht, ist es auch zulässig, dass im Vorkaufsvertrag einer Partei ein Wahlrecht eingeräumt wird, um den Realteil des Grundstücks als Vorkaufsobjekt nachträglich zu bestimmen.[975]

521 Umstritten ist, ob ein Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks auch **im Grundbuch vormerkbar** ist. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung und

970 Siehe HUSER, S. 117.

971 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 731.

972 Dies setzt aber gemäss Art. 648 Abs. 2 ZGB grundsätzlich die Zustimmung sämtlicher Miteigentümer voraus.

973 BGE 81 II 502 ff. (507), E. 4; ISLER, S. 42 f. Vgl. bereits oben Nr. 504.

974 BGE 106 II 146 ff. (148), E. 1; 81 II 502 ff (507), E. 4; BRÜCKNER, Nr. 51; FOËX, ZBGR 2007, S. 10; ISLER, S. 42 f.; REY, Eigentum, Nr. 1240; WISSMANN, Nr. 1432; anders AGVE 1995, S. 542 ff. (545), E. 3c (Departement des Innern des Kantons Aargau), wonach der mit einem Kaufsrecht belastete Grundstückteil «unzweideutig bezeichnet» werden muss. Vgl. bereits oben Nr. 93.

975 Vgl. bereits oben Nr. 504.

die herrschende Lehre halten dafür.[976] HAAB hingegen setzt für die Vormerkbarkeit eines Vorkaufsrechts an einem Realteil eines Grundstücks voraus, dass der Realteil vorgängig zu einem eigenen Grundstück abparzelliert und für die Teilfläche ein neues Hauptbuchblatt im Grundbuch eröffnet werden.[977] Die herrschende Auffassung verdient meines Erachtens den Vorzug. Sie weist zu Recht darauf hin, dass selbst gewisse dingliche Rechte, nämlich Dienstbarkeiten, die nur auf einem Teil des Grundstücks ruhen, ohne grundbuchliche Verselbständigung dieses Teils des Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden können – umso mehr muss dies für ein vormerkbares persönliches Recht wie das Vorkaufsrecht gelten.[978] Mit der Vormerkung belastet wird zwar das ganze Grundstück, doch ist das Vorkaufsrecht auf eine Teilfläche beschränkt.[979] Allerdings darf im Zeitpunkt der Vormerkung dieses Vorkaufsrechts im Grundbuch kein Zweifel mehr über dessen Umfang bestehen, andernfalls dies dem Grundsatz der Klarheit der Grundbuchführung widersprechen würde.[980] Daher ist für die Vormerkbarkeit dieses Vorkaufsrechts zu fordern, dass im Zeitpunkt der Vormerkung der Realteil des Grundstücks bereits hinreichend bestimmt ist.[981] Bestimmbarkeit allein genügt nicht mehr. Ein allfälliges Wahlrecht einer Partei muss bis zu diesem Zeitpunkt ausgeübt worden sein. Die Zerstückelung des Grundstücks und die grundbuchliche Ausscheidung des vom Vorkaufsrecht betroffenen Realteils als eigenes Grundstück hingegen erfolgen erst, wenn das Vorkaufsrecht ausgeübt worden ist und das Eigentum am betroffenen Realteil übertragen werden soll.[982]

522 Im Zusammenhang mit dem Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks stellen sich **weitere Einzelfragen**, insbesondere im Zusammenhang mit dem Eintritt des Vorkaufsfalls[983] oder der Bestimmung des Kaufpreises im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts.[984] Diese Einzelfragen werden im jeweiligen Sachzusammenhang zu behandeln sein.

---

976 BGE 81 II 502 ff (506), E. 3; ISLER, S. 42 f.; MEIER-HAYOZ, BK, N 85 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 65.

977 HAAB, ZK, N 31 zu Art. 681/82 ZGB.

978 BGE 81 II 502 ff. (506), E. 3.

979 ISLER, S. 42; MEIER-HAYOZ, BK, N 85 zu Art. 681 ZGB.

980 MEIER-HAYOZ, BK, N 85 zu Art. 681 ZGB.

981 Im Ergebnis richtig daher AGVE 1995, S. 542 ff. (545), E. 3c (Departement des Innern des Kantons Aargau).

982 Vgl. unten Nr. 937 ff.

983 Vgl. unten Nr. 594.

984 Vgl. unten Nr. 987 ff.

2. Ideeller Teil eines Grundstücks

Jedes **Grundstück** im Sinn von Art. 655 Abs. 2 ZGB ist ideell teilbar, das heisst, es kann **zu Miteigentum aufgeteilt** werden. Selbst ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB seinerseits wiederum ein eigenes Grundstück bildet und der nach dem Gesagten nicht real teilbar ist,[985] kann immerhin ideell in (Unter-)Miteigentum aufgeteilt werden, wenn auch nur zu gewöhnlichem (Unter-)Miteigentum.[986] Miteigentum entsteht durch Rechtsgeschäft, in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen oder durch richterliches Urteil.[987] Die rechtsgeschäftliche Aufteilung des Alleineigentums an einem Grundstück zu Miteigentum bedarf zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.[988] 523

An einem *bestehenden* ideellen Teil (Miteigentumsanteil) eines Grundstücks kann zweifelsohne ein rechtsgeschäftliches Vorkaufsrecht bestellt werden. Es handelt sich dabei um nichts anderes als um ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück, da dieser Miteigentumsanteil an einem Grundstück gemäss Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB seinerseits ein eigenes Grundstück darstellt. Davon war bereits die Rede.[989] Im vorliegenden Zusammenhang interessiert hingegen die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Vorkaufsrechts an einem ideellen Teil eines Grundstücks, das zur Zeit der Vereinbarung des Vorkaufsrechts noch im Alleineigentum des Vorkaufsrechtsgebers steht, also gewissermassen die Zulässigkeit der Vereinbarung eines Vorkaufsrechts an einem *künftigen* Miteigentumsanteil (A). Für die weiteren Einzelheiten muss sodann danach unterschieden werden, ob das Vorkaufsrecht an einem künftigen gewöhnlichen Miteigentumsanteil (B) oder an einem künftigen Stockwerkeigentumsanteil (C) bestehen soll. 524

A) Zur Zulässigkeit des Vorkaufsrechts an einem künftigen Miteigentumsanteil im Allgemeinen

In der **Lehre** ist die Zulässigkeit eines Vorkaufsrechts an einem künftigen Miteigentumsanteil **umstritten.** Die überwiegende Auffassung bejaht die Zulässigkeit.[990] SCHMID hingegen verneint die Zulässigkeit der Begründung eines Vor- 525

985 Vgl. oben Nr. 519.

986 BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, N 15 zu Art. 646; BSK ZGB II-SCHMID, N 22 zu Art. 943; STEINAUER, ZBGR 1998, S. 217 ff.; a.M. PIOTET, ZBGR 1999, S. 142 f.; differenzierend REY, Eigentum, Nr. 1054a ff.

987 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 727 ff.

988 BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, N 17 zu Art. 646.

989 Vgl. oben Nr. 510 ff.

990 ALLGÄUER, S. 68; ISLER, S. 44 f.; MEIER-HAYOZ, BK, N 82 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1723c.

kaufsrechts an einem (künftigen) ideellen Teil eines Grundstücks.[991] Abgesehen davon, dass kaum ein praktisches Bedürfnis für eine solche Vereinbarung bestehe, führt er insbesondere die Bestrebung des Gesetzgebers, «Miteigentum an Grundstücken seiner Unwirtschaftlichkeit wegen zu beseitigen», als Argument gegen die Zulässigkeit eines solchen Vorkaufsrechts ins Feld.

526 Was die praktische Relevanz eines solchen Vorkaufsrechts anbelangt, so ist darauf hinzuweisen, dass seit der Dissertation von SCHMID immerhin ein amtlich publiziertes Bundesgerichtsurteil ergangen ist, in welchem ein Vorkaufsrecht an einem zukünftig zu begründenden Stockwerkeigentumsanteil zur Diskussion stand.[992] Auch die Tendenz des Gesetzgebers, Miteigentum an Grundstücken zurückzudrängen, spricht **meines Erachtens** nicht gegen die Zulässigkeit der Begründung eines Vorkaufsrechts an einem (künftigen) ideellen Teil eines Grundstücks. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung muss stets der **Grundsatz der Privatautonomie** sein. Und da es zulässig ist, ein Grundstück im Alleineigentum rechtsgeschäftlich zu Miteigentum aufzuteilen, namentlich einem Dritten einen (erst noch zu begründenden) Miteigentumsanteil zu verkaufen, spricht grundsätzlich auch nichts dagegen, einem Dritten ein Vorkaufsrecht an einem (erst noch zu begründenden) Miteigentumsanteil einzuräumen. Auch das Bundesgericht hat sich im angesprochenen Urteil nicht gegen die Zulässigkeit der Begründung eines Vorkaufsrechts an einem künftigen Miteigentumsanteil an einem Grundstück an sich ausgesprochen, sondern bloss die Vormerkbarkeit des Vorkaufsrechts im konkreten Fall verneint.[993] Es ist daher im Folgenden vielmehr nach den Voraussetzungen zu fragen, die erfüllt sein müssen, damit ein Vorkaufsrecht an einem künftigen Miteigentumsanteil rechtsgültig begründet und im Grundbuch vorgemerkt werden kann, wobei zwischen dem Vorkaufsrecht an einem künftigen gewöhnlichen Miteigentumsanteil und an einem künftigen Stockwerkeigentumsanteil unterschieden werden muss. Auf weitere Einzelfragen im Zusammenhang mit einem Vorkaufsrecht an einem künftigen ideellen Teil eines Grundstücks, insbesondere im Zusammenhang mit dem Eintritt des Vorkaufsfalls[994] oder der Bestimmung des Kaufpreises im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts,[995] wird noch im jeweiligen Sachzusammenhang zurückzukommen sein.

---

991 SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 65 f. Siehe auch WERMELINGER, ZK, N 15 zu Art. 712c ZGB, der sich gegen die Zulässigkeit eines Vorkaufsrechts an einem künftigen Stockwerkanteil ausspricht. Dazu vgl. unten Nr. 529 ff.

992 Vgl. BGE 114 II 127 ff.

993 BGE 114 II 127 ff. (129 ff.), E. 2.

994 Vgl. unten Nr. 594.

995 Vgl. unten Nr. 987 f.

B) Vorkaufsrecht an einem künftigen gewöhnlichen Miteigentumsanteil

Soweit ein (künftiger) gewöhnlicher Miteigentumsanteil an einem Grundstück als Vorkaufsobjekt zur Diskussion steht, ist – wie generell[996] – erforderlich, dass dieses Vorkaufsobjekt im Vorkaufsvertrag **hinreichend bestimmt oder bestimmbar** umschrieben wird.[997] Der Vorkaufsvertrag muss also die Miteigentumsquote am Grundstück bestimmen oder bestimmbar machen, die dem Vorkaufsberechtigten bei der Ausübung seines Vorkaufsrechts zukommen soll. 527

Die **Vormerkung** im Grundbuch eines solchen Vorkaufsrechts soll nach einer Lehrmeinung nur dann statthaft sein, wenn der betreffende Miteigentumsanteil im Grundbuch bereits verselbstständigt worden ist. Begründet wird diese Auffassung damit, dass «[d]ie Vormerkung eines Vorkaufsrechts an einem Objekt, dessen Existenz noch nicht sichergestellt ist, […] sich mit dem Interesse an der Klarheit und Sicherheit des Grundbuches nicht vertragen» würde.[998] Da aber nach herrschender Auffassung ein Alleineigentümer – anders als beim Stockwerkeigentum (vgl. Art. 712d Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) – kein gewöhnliches Miteigentum «auf Vorrat», das heisst, ohne gleichzeitige ganze oder teilweise Übertragung des Grundstücks auf neue Eigentümer, begründen kann,[999] hätte dies zur Folge, dass ein Vorkaufsrecht an einem (künftigen) gewöhnlichen Miteigentumsanteil gar nicht im Grundbuch vorgemerkt werden könnte. Bereits dieser Umstand spricht gegen das Erfordernis einer grundbuchlichen Verselbstständigung des Miteigentumsanteils, um ein Vorkaufsrecht daran im Grundbuch vormerken zu können. Zudem lässt sich meines Erachtens hinsichtlich der Vormerkungsmöglichkeit eine unterschiedliche Behandlung zwischen dem Vorkaufsrecht an einem ideellen Teil eines Grundstücks und dem Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks sachlich nicht rechtfertigen. Auch bei einem Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks ist es ungewiss, ob es jemals zur grundbuchlichen Verselbstständigung dieses Realteils als eigenes Grundstück kommt. Wenn es bei einem Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks nach dem Gesagten gleichwohl zulässig ist, dieses im Grundbuch vorzumerken, soweit der Realteil hinreichend bestimmt ist,[1000] dann darf auch bei einem Vorkaufsrecht an einem hinreichend bestimmten (künftigen) gewöhnlichen Miteigentumsanteil an einem Grundstück «das Interesse an der Klarheit und Sicher- 528

---

996 Vgl. oben Nr. 93.

997 Vgl. ISLER, S. 44 f.

998 MEIER-HAYOZ, BK, N 82b zu Art. 681 ZGB. Siehe auch ISLER, S. 44 f.; BGE 114 II 127 ff. (130 f.), E. 2d.

999 BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, N 15 zu Art. 646; MEIER-HAYOZ, BK, N 29 zu Art. 646 ZGB; REY, Eigentum, Nr. 713; a.M. SIMONIUS/SUTTER, N 20 ff. zu § 14.

1000 Vgl. oben Nr. 521.

heit des Grundbuches» einer solchen Vormerkungsmöglichkeit nicht entgegenstehen. In beiden Fällen wird das ganze Grundstück durch die Vormerkung belastet, doch ist der Umfang des Vorkaufsrechts in gewisser – entweder in realer oder in ideeller– Hinsicht eingeschränkt.

C) Vorkaufsrecht an einem künftigen Stockwerkeigentumsanteil

529 Das Bundesgericht und die überwiegende Lehre betrachten zu Recht einen (künftigen) Stockwerkeigentumsanteil ebenso als ein mögliches Vorkaufsobjekt.[1001] Dies ist Ausfluss der Privatautonomie. Wie generell[1002] ist bei einem solchen Vorkaufsobjekt erforderlich, dass es im Vorkaufsvertrag **hinreichend bestimmt oder bestimmbar** umschrieben wird.[1003] Dies bedeutet, dass der Vorkaufsvertrag nebst dem künftig zu begründenden Sonderrecht auch die Wertquote dieses Sonderrechts festlegen oder zumindest bestimmbar machen muss, daneben aber auch die räumliche Ausscheidung der übrigen Stockwerkanteile und deren Wertquoten.[1004]

530 Da der Vorkaufsvertrag zusammen mit der Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten im vorliegenden Fall nicht nur als Rechtsgrund für die Übertragung von Grundeigentum, sondern zugleich als Rechtsgrund für die Begründung von Stockwerkeigentum dient, muss er die Formvorschriften von Art. 712d Abs. 3 ZGB beachten. Das heisst, ein Vorkaufsvertrag, mit dem ein Vorkaufsrecht an einem künftigen Stockwerkeigentumsanteil begründet wird, muss **öffentlich beurkundet** werden. Dies gilt selbst dann, wenn bloss ein unlimitiertes Vorkaufsrecht zur Diskussion steht.

531 Obwohl die überwiegende Lehre und Rechtsprechung die Begründung eines Vorkaufsrechts an einem künftigen Stockwerkeigentumsanteil für zulässig erachten, sprechen sie sich gegen die Zulässigkeit der **Vormerkung** eines solchen Vorkaufsrechts im Grundbuch aus bzw. machen die Vormerkungsmöglichkeit davon abhängig, dass der betreffende Stockwerkeigentumsanteil – und damit das ganze Stockwerkeigentum – bereits im Grundbuch verselbständigt worden ist.[1005] Ist der betreffende Stockwerkeigentumsanteil bereits grundbuchlich verselbständigt, das heisst begründet, dann hat man es aber nicht mehr mit einem

---

1001 BGE 114 II 127 ff. (129 ff.), E. 2; MEIER-HAYOZ, BK, N 82 ff. zu Art. 681 ZGB; siehe auch REY, Eigentum, Nr. 1241; a.M. WERMELINGER, ZK, N 15 zu Art. 712c ZGB.

1002 Vgl. oben Nr. 93.

1003 Vgl. ISLER, S. 44 f.

1004 Vgl. BGE 114 II 127 ff. (129 f.), E. 2a und b; siehe auch die Besprechung dieses Berichtsentscheids durch REY, ZBJV 1990, S. 188 ff., insbesondere S. 189.

1005 Vgl. BGE 114 II 127 ff. (130 f.), E. 2d; MEIER-HAYOZ, BK, N 82b zu Art. 681 ZGB; REY, Eigentum, Nr. 1241.

Vorkaufsrecht an einem *künftigen* Stockwerkeigentumsanteil zu tun, sondern an einem *gegenwärtigen.* Begründet wird auch diese Auffassung mit dem Interesse an der Klarheit und Sicherheit des Grundbuches, das der Vormerkung eines Vorkaufsrechts an einem Objekt, dessen Existenz nicht sichergestellt sei, entgegenstehe.[1006] Es ist aber bereits ausgeführt worden, dass bei einem Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks ebenfalls ungewiss ist, ob es jemals zur grundbuchlichen Verselbstständigung dieses Realteils als eigenes Grundstück kommt, und dass es gleichwohl zulässig ist, dieses Vorkaufsrecht im Grundbuch vorzumerken, soweit der Realteil hinreichend bestimmt ist.[1007] Wenn es aber bei einem Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks nicht gegen die Vormerkungsmöglichkeit spricht, dass der Realteil grundbuchlich noch nicht verselbständigt ist, darf diese fehlende grundbuchliche Verselbständigung des künftigen Stockwerkeigentumsanteils meines Erachtens auch nicht gegen die Vormerkungsmöglichkeit eines Vorkaufsrechts an diesem künftigen Stockwerkeigentumsanteil sprechen.

1006 MEIER-HAYOZ, BK, N 82b zu Art. 681 ZGB.
1007 Vgl. oben Nr. 521.

6. Kapitel: Vorkaufsfall

Unter dem Vorkaufsfall versteht man die **Bedingung,** die eintreten muss, damit der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben kann.[1008] Der Vorkaufsfall besteht im Abschluss eines Rechtsgeschäfts über das Vorkaufsobjekt zwischen dem Vorkaufsbelasteten und einem Dritten. Dieses Rechtsgeschäft wird im Folgenden auch Drittvertrag genannt. Der Vorkaufsfall tritt unabhängig vom Vorkaufsberechtigten und damit auch unabhängig von dessen Kenntnis ein.[1009] Doch sind gewisse Wirkungen, namentlich der Beginn des Fristenlaufs zur Ausübung des Vorkaufsrechts, an die Kenntnisnahme des Vorkaufsberechtigten vom Vorkaufsfall geknüpft.[1010] 532

Mit dem Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachenrecht) und des OR (Grundstückkauf), in Kraft getreten am 1. Januar 1994, ist **Art. 216c OR** eingeführt worden. Dieser Artikel steht unter der Marginalie «Vorkaufsfall» und enthält dessen Legaldefinition. Gemäss Abs. 1 kann «[d]as Vorkaufsrecht […] geltend gemacht werden, wenn das Grundstück verkauft wird, sowie bei jedem andern Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt (Vorkaufsfall)». Nicht als Vorkaufsfall gelten gemäss Abs. 2 «namentlich die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung, die Zwangsversteigerung und der Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben». 533

Art. 216c OR hat weitestgehend die bisherige Lehre und Rechtsprechung zum Vorkaufsfall kodifiziert.[1011] Soweit die Rechtslage mit dem neuen Artikel gegenüber früher dennoch eine Änderung erfahren hat, was namentlich für die Ausnahme des Erwerbs zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe vom Vorkaufsfall gemäss Art. 216c Abs. 2 OR anerkannt ist,[1012] folgt daraus die Frage nach der **intertemporalen Anwendbarkeit von Art. 216c OR.** Haben die Parteien in ihrem altrechtlichen Vorkaufsvertrag den Vorkaufsfall nicht ausdrücklich definiert, stellt die Umschreibung des Vorkaufsfalls nach der hier vertretenen Auffassung einen Inhalt dar, der «unabhängig vom Willen der Parteien durch das Gesetz umschrieben wird». Deshalb ist Art. 216c OR gestützt auf Art. 3 SchlT ZGB auch auf altrechtliche Vorkaufsrechte anwendbar.[1013] 534

1008 GHANDCHI, S. 102; REY, Eigentum, Nr. 1254.
1009 Anders aber GIGER, BK, N 134 zu Art. 216 OR.
1010 Siehe dazu im Einzelnen unten Nr. 856 ff.
1011 BBl 1988 II 1070; BRÜCKNER, Nr. 83; MEIER, S. 144; PIOTET, ZSR 1994, S. 145.
1012 Vgl. dazu unten Nr. 632.
1013 Siehe auch CR OR I-FOËX, N 20 zu Art. 216c; a.M. PIOTET, ZSR 1994, S. 145.

535 Der Vorkaufsfall wird in Art. 216c OR von zwei Seiten her definiert: In Abs. 1 erwähnt das Gesetz den Verkauf eines Grundstücks (II.) gewissermassen als Paradebeispiel eines Vorkaufsfalls. In Abs. 2 ist eine nicht abschliessende Aufzählung von Tatbeständen enthalten, die keinen Vorkaufsfall darstellen (III.). Damit verbleibt für alle übrigen Fälle, die sich weder unter den Verkauf eines Grundstücks noch unter einen Tatbestand von Abs. 2 subsumieren lassen, die Frage, ob es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt (IV.). Daneben besteht die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Definition des Vorkaufsfalls (V.). Zunächst setze ich mich allerdings mit allgemeinen Anforderungen auseinander, die an den Drittvertrag gestellt werden (I.), damit dieser den Vorkaufsfall auslöst.

I. Allgemeine Anforderungen an den Drittvertrag

536 Gemäss Art. 216c Abs. 1 OR liegt ein Vorkaufsfall vor, wenn das Grundstück verkauft wird, sowie bei jedem andern Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. In jedem Fall vorausgesetzt ist also ein Rechtsgeschäft bzw. eben ein Drittvertrag.[1014] Im Folgenden geht es um die allgemeinen Anforderungen, die an diesen Drittvertrag gestellt werden, unabhängig davon, ob es sich dabei um einen Grundstückkaufvertrag oder um ein Rechtsgeschäft handelt, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Auszugehen ist von einem Grundsatz (1.). Daneben gibt es verschiedene Spezialfälle (2.) zu beachten.

1. Grundsatz

537 Der den Vorkaufsfall auslösende Drittvertrag muss grundsätzlich das Stadium des rechtsgültigen Abschlusses erreicht haben (A). Zu prüfen bleibt, ob bereits der Abschluss eines Vorvertrags (B) oder der Abschluss eines Kaufsrechtsvertrags (C) einen Vorkaufsfall bilden.

A) Rechtsgültiger Abschluss des Drittvertrags

538 Der Vorkaufsfall tritt ein, sobald der Drittvertrag **abgeschlossen** worden ist. Durch dieses Kriterium grenzt sich der Eintritt des Vorkaufsfalls zeitlich in zweierlei Hinsicht ab: Auf der einen Seite genügen blosse Vertragsverhandlungen nicht, um den Vorkaufsfall auszulösen. Ja nicht einmal die klar geäusserte Veräusserungsabsicht des Vorkaufsbelasteten führt zu einem Vorkaufsfall.[1015]

[1014] Vgl. oben Nr. 532.

[1015] ALLGÄUER, S. 115; GIGER, BK, N 128 zu Art. 216 OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 140 und 177 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 273; STEINAUER, droits réels,

Der Grund liegt darin, dass die Vertragskonditionen, die beim unlimitierten Vorkaufsrecht auch für den Vorkaufsberechtigten gelten sollen,[1016] klar sein müssen. Auf der andern Seite reicht aber der Abschluss des Drittvertrags für den Eintritt des Vorkaufsfalls aus – die Erfüllung des Vertrags ist nicht erforderlich.[1017] Daher fällt auch die gerichtliche Zusprechung des Grundeigentums nach Art. 665 Abs. 1 ZGB als Zeitpunkt des Vorkaufsfalls ausser Betracht.[1018]

Der Drittvertrag muss grundsätzlich **rechtsgültig zustande gekommen** sein, um den Vorkaufsfall auszulösen.[1019] Fehlt es an einem gültigen Vertragsschluss, sei es wegen eines Formmangels, wegen fehlender Handlungsfähigkeit einer Partei oder wegen eines Verstosses gegen Art. 27 ZGB oder Art. 20 OR, so liegt kein Vorkaufsfall vor.[1020] Übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht dennoch aus, so ist seine Ausübungserklärung wirkungslos. Zwei Präzisierungen sind allerdings angebracht: 539

– Ein rechtsgültiger Grundstückkaufvertrag setzt auch die Formgültigkeit voraus. Der Grundstückkaufvertrag bedarf gemäss Art. 216 Abs. 1 OR zu seiner Gültigkeit grundsätzlich der öffentlichen Beurkundung.[1021] Beurkundungsbedürftig sind nach der Rechtsprechung grundsätzlich sämtliche objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte.[1022] Ein Grundstückkaufvertrag, der einen Formmangel aufweist, ist nach bundesgerichtlicher Praxis nichtig.[1023] Dementsprechend kann ein formungültiger Grundstückkaufvertrag grundsätzlich auch keinen Vorkaufsfall darstellen.[1024] Das Bundesgericht relativiert in seiner Rechtsprechung die *Formnichtigkeit* jedoch erheblich, indem es die Berufung auf die Formnichtigkeit als rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) taxiert, wenn die Berücksichtigung der Formnichtigkeit aufgrund der konkreten Umstände gegen Treu und Glau- 540

Nr. 1731; STREBEL, Nr. 295; WIEDERKEHR, S. 125. Zur Frage, ob der Abschluss eines Vorvertrags einen Vorkaufsfall darstellt, siehe sogleich unten Nr. 545 f.

1016 Vgl. dazu unten Nr. 983.

1017 BGE 42 II 28 ff. (34), E. 4; ALLGÄUER, S. 115 f.; CR OR I-FOËX, N 4 zu Art. 216c; MEIER-HAYOZ, BK, N 192 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 273 Fn. 49; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731; STREBEL, Nr. 218; WIEDERKEHR, S. 127.

1018 MEIER-HAYOZ, BK, N 166 zu Art. 681 ZGB.

1019 CR OR I-FOËX, N 5 zu Art. 216c; GIGER, BK, N 127 zu Art. 216 OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 184 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 272; REY, ZSR 1994, S. 47 Fn. 40; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731d.

1020 BGE 82 II 576 ff. (583), E. 3; ALLGÄUER, S. 119; BRÜCKNER, Nr. 87; GIGER, BK, N 129 zu Art. 216 OR; STREBEL, Nr. 280; SUTTER, S. 280; WIEDERKEHR, S. 127.

1021 Zur Ausnahme bei der freiwilligen öffentlichen Versteigerung vgl. unten Nr. 589.

1022 Statt vieler BGE 135 III 295 ff. (299), E. 3.2. Zur Kritik an der grundsätzlichen Beurkundungsbedürftigkeit subjektiv wesentlicher Vertragspunkte vgl. oben Nr. 135 ff.

1023 Statt vieler BGE 135 III 295 ff. (299), E. 3.2.

1024 KOLLER, Formmangel, Nr. 145.

ben verstösst: In einem solchen Fall wird der Vertrag so behandelt, «wie wenn er gültig wäre».[1025] Sobald im Einzelfall eine allfällige Berufung auf die Formnichtigkeit als rechtsmissbräuchlich im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erscheinen müsste, gilt für den Vorkaufsberechtigten der Vorkaufsfall gleichwohl als eingetreten.[1026]

541 – Zu den beurkundungsbedürftigen Vertragspunkten gehört namentlich der Kaufpreis. Darunter versteht man die gesamte Gegenleistung, die für das Kaufobjekt erbracht werden muss.[1027] Der Kaufpreis muss dabei richtig beurkundet werden. Ein zu hoch oder zu tief verurkundeter Kaufpreis zieht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Formnichtigkeit nach sich.[1028] Die *Kaufpreissimulation* steht praktisch im Vordergrund formungültiger Grundstückkaufverträge und erlangt gerade bei vorkaufsbelasteten Grundstücken zusätzliche Bedeutung. Der Vorkaufsbelastete und der Dritte können versucht sein, entweder einen zu hohen Kaufpreis zu verurkunden, um dem unlimitiert Vorkaufsberechtigten die Ausübung seines Vorkaufsrechts unattraktiv zu machen.[1029] Oder sie können eine gemischte Schenkung vortäuschen, um den Vorkaufsfall nach aussen hin zu vertuschen.[1030] Solche simulierten Geschäfte entfalten nach Art. 18 Abs. 1 OR keine Wirkung, weil der beurkundete Kaufpreis nicht dem übereinstimmenden Willen der Parteien entspricht. Und das dissimulierte Geschäft (ein Grundstückkaufvertrag mit einem tieferen Kaufpreis im ersten Fall bzw. ein Grundstückkaufvertrag ohne Schenkungselement im zweiten Fall), welches die Parteien tatsächlich gewollt haben, ist nicht richtig beurkundet, weshalb dieses Geschäft aufgrund eines Formmangels nichtig ist.[1031] Ein in dieser Weise nichtiger Grundstückkaufvertrag stellt nach dem Gesagten keinen Vorkaufsfall dar, jedenfalls solange keine Umstände vorliegen, welche eine allfällige Berufung einer Vertragspartei auf die Formnichtigkeit als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Ein solches Verhalten von Vorkaufsbelastetem und Drittem stellt allerdings einen Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) gegenüber dem Vorkaufsberechtigten dar. Hätten der Vorkaufsbelastete und der Dritte redlich gehandelt, so hätten sie den richtigen Kaufpreis verurkunden lassen und damit den Vorkaufsfall ausgelöst. Nur

---

1025 BGE 98 II 313 ff. (316), E. 2; siehe zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 550 ff.

1026 LIVER, SPR V/1, S. 207; KOLLER, Formmangel, Nr. 145 Fn. 154. Siehe auch das Schiedsgerichtsurteil vom 11. November 1955, in: ZBGR 38/1957, S. 23 ff. (34), E. 3.

1027 Statt vieler BGE 135 III 295 ff. (299), E. 3.2.

1028 BGE 104 II 99 ff. (101), E. 2a; 98 II 313 ff. (315 f.), E. 2.

1029 Denn der unlimitiert Vorkaufsberechtigte kann das Grundstück gemäss Art. 216d Abs. 3 OR zu denjenigen Bedingungen erwerben, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat: vgl. dazu unten Nr. 983.

1030 Die gemischte Schenkung bildet keinen Vorkaufsfall: vgl. unten Nr. 673.

1031 BGE 84 II 369 ff. (375), E. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1036; SCHMID/STÖCKLI, Nr. 584.

durch das treuwidrige Verhalten des Vorkaufsbelasteten und des Dritten ist der Eintritt des Vorkaufsfalls verhindert worden. In einem solchen Fall fingiert Art. 156 OR den Eintritt der Bedingung. Obwohl kein gültiger Grundstückkaufvertrag vorliegt, gilt der Vorkaufsfall damit als eingetreten.[1032] Der Vorkaufsberechtigte kann von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen und – bei einer unlimitierten Vorkaufsberechtigung – das Vorkaufsobjekt «zu den wirklichen Bedingungen des Kaufgeschäfts»,[1033] also zu den Bedingungen des dissimulierten Kaufgeschäfts erwerben. Nötigenfalls hat der Richter diesen Kaufpreis festzusetzen.[1034] Obwohl der Vorkaufsfall bereits mit Abschluss des rechtsmissbräuchlichen, simulierten Kaufvertrags eintritt, beginnt die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts erst in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem der Vorkaufsberechtigte vom dissimulierten Geschäftsinhalt Kenntnis erlangt (vgl. Art. 216e Satz 2 OR).[1035]

542 Im Normalfall ist die im Drittvertrag veräussernde Partei formelle und materielle Grundeigentümerin des vorkaufsbelasteten Grundstücks. Hingegen tritt der Vorkaufsfall meines Erachtens auch dann ein, wenn der **Veräusserer** entweder nur **materieller oder** nur **formeller Grundeigentümer** ist:

543 – *Der materielle Grundeigentümer,* der nicht formell im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, kann zwar nicht grundbuchlich über das Grundstück verfügen (vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB), doch kann er in Bezug auf das Grundstück obligatorische Verpflichtungen eingehen, namentlich mit einem Dritten einen Grundstückkaufvertrag abschliessen.[1036] Der materielle Grundeigentümer kann gemäss Art. 665 Abs. 2 ZGB jederzeit die formelle Eintragung im Grundbuch eigenmächtig erwirken und danach auch grund-

---

1032 Siehe ZWR 45/2011, S. 249 ff. (256), E. 7f (Walliser Kantonsgericht); KOLLER, Formmangel, Nr. 145 f., mit Hinweis auf LGVE 1985 I Nr. 5, S. 9 ff. (11), E. 5b (Luzerner Obergericht); SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 85; WERREN, Nr. 13; WIEDERKEHR, S. 128. Vgl. auch BSK OR I-FASEL, N 9 zu Art. 216d; GIGER, BK, N 129 zu Art. 216 OR. Siehe ferner MEIER-HAYOZ, BK, N 185 zu Art. 681 ZGB, und DERSELBE, ZBGR 1964, S. 272 Fn. 49. Entgegen der Auffassung des letzten Autors ist es für die Annahme eines Vorkaufsfalls allerdings nicht erforderlich, dass das dissimulierte Rechtsgeschäft gültig ist. Beim formbedürftigen Grundstückkaufvertrag ist es geradewegs ausgeschlossen, dass ein dissimuliertes Rechtsgeschäft jemals (form-)gültig ist, wenn die Simulationsabrede einen formbedürftigen Vertragspunkt betrifft. Dennoch ist der Eintritt eines Vorkaufsfalls zu bejahen, wenn das Verhalten des Vorkaufsbelasteten gegenüber dem Vorkaufsberechtigten als rechtsmissbräuchlich erscheint. Vgl. auch unten Nr. 586.

1033 Vgl. BGE 82 II 576 ff. (582), E. 2; siehe auch LGVE 1985 I Nr. 5, S. 9 ff. (11), E. 5a (Luzerner Obergericht); VISCHER, S. 87; WIEDERKEHR, S. 129 oben.

1034 ZWR 45/2011, S. 249 ff. (256), E. 7g (Walliser Kantonsgericht); KOLLER, Formmangel, Nr. 147; WERREN, Nr. 15.

1035 Vgl. auch unten Nr. 859.

1036 Siehe MEIER-HAYOZ, BK, N 69 zu Art. 656 ZGB.

buchlich über das Grundstück verfügen. Schliesst er mit einem Dritten einen Grundstückkaufvertrag ab, löst dies den Vorkaufsfall aus.

544 – *Der formelle Grundeigentümer,* der aber nicht materiell Grundeigentümer ist, kann sich in Bezug auf das Grundstück ebenfalls rechtsgeschäftlich verpflichten, namentlich mit einem Dritten einen Grundstückkaufvertrag eingehen. Der Dritte, der sich in gutem Glauben auf den formellen Eintrag im Grundbuch verlässt und daraufhin Grundeigentum erwirbt, wird gemäss Art. 973 Abs. 1 ZGB in diesem Erwerb geschützt. Der bloss formelle Grundeigentümer kann mit anderen Worten gegenüber gutgläubigen Dritten grundbuchlich über das Grundstück verfügen.[1037] Damit der Vorkaufsberechtigte nicht schlechter gestellt ist als der Dritterwerber, muss in diesem Fall ebenfalls ein Vorkaufsfall angenommen werden. Doch wird der Vorkaufsberechtigte, der sein Vorkaufsrecht ausübt und anschliessend vom formellen Grundeigentümer beim Grundbuchamt als neuer Eigentümer angemeldet wird, in seinem Eigentumserwerb ebenfalls nur dann geschützt, wenn er gutgläubig ist.

B) Abschluss eines Vorvertrags als Vorkaufsfall?

545 Die Frage, ob bereits der Abschluss eines Vorvertrags zu einem Grundstückkaufvertrag (oder zu einem anderen Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt) für den Eintritt des Vorkaufsfalls ausreicht, ist umstritten. Ein Teil der Lehre bejaht den Vorkaufsfall bereits mit Abschluss des Vorvertrags, da die Parteien damit nicht mehr einseitig widerrufbare Verpflichtungen eingegangen seien.[1038] Der andere Teil der Lehre lehnt diese Auffassung ab mit dem Hinweis, dass bei einem Vorvertrag eben keine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums, sondern lediglich eine Verpflichtung zur Eingehung einer solchen Verpflichtung eingegangen werde.[1039] Meines Erachtens ist bereits im Abschluss des Vorvertrags ein **Vorkaufsfall** zu erblicken. Dies allerdings unter den Voraussetzungen, dass der Vorvertrag erstens beide Parteien verpflichtet[1040] und dass zweitens am Vorvertrag der Vorkaufsbelastete als Partei beteiligt ist.[1041] Die hier vertretene Auffassung beruht auf folgenden Überlegungen:

1037 Siehe HOMBERGER, ZK, N 1 zu Art. 973 ZGB.

1038 GIGER, BK, N 128 zu Art. 216 OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 179 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 274 ff. und 281; REY, Eigentum, Nr. 1257; STREBEL, Nr. 296.

1039 BRÜCKNER, Nr. 85; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b; SUTTER, S. 279; WIEDERKEHR, S. 125; siehe auch BGE 85 II 572 ff. (578), E. 4, obiter dictum.

1040 Siehe auch das Schiedsgerichtsurteil vom 11. November 1955, in: ZBGR 38/1957, S. 23 ff. (28), E. 2b.

1041 Im Normalfall verpflichten sich die Parteien des Vorvertrags zum Abschluss des Hauptvertrags. Denkbar ist aber auch, dass sich eine Partei im Vorvertrag gegen-

Nach einem Teil der Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der zusätzliche Abschluss des Hauptvertrags entbehrlich und es kann aus dem Vorvertrag direkt auf Erfüllung der Sach- oder Geldleistung geklagt werden. Weil damit im Ergebnis die Unterscheidung zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag entfällt, sind diese beiden Verträge auch hinsichtlich des Eintritts des Vorkaufsfalls gleich zu behandeln. Nach einem anderen Teil der Lehre verpflichtet der Vorvertrag die Parteien zwar nur – aber immerhin – zur Erfüllung ihres Abschlussversprechens. Demgemäss richtet sich die Erfüllungsklage bloss auf Abgabe der Willenserklärung zum Vertragsschluss.[1042] Dennoch befürwortet auch dieser Teil der Lehre, dass der Kläger diese Erfüllungsklage aus prozessökonomischen Überlegungen zugleich mit dem Begehren verknüpfen darf, den vorvertraglich Verpflichteten zur Erfüllung des durch gerichtliches Urteil herbeigeführten Hauptvertrags zu verurteilen.[1043] Wenn auch nicht dogmatisch, so bedeutet dies zumindest faktisch, dass die **Übertragung des Grundeigentums direkt gestützt auf den Vorvertrag erfolgen kann,** ohne dass die Parteien noch einen Hauptvertrag abschliessen müssen. Würde man den Vorkaufsfallcharakter des Vorvertrags verneinen, so hätte der Vorkaufsberechtigte unter Umständen gar nie die Möglichkeit, sein Vorkaufsrecht auszuüben. Als Möglichkeit in Betracht fiele zwar, den Zeitpunkt der Rechtskraft des gerichtlichen Urteils, in welchem das Gericht den Hauptvertrag zustande bringt, als Vorkaufsfall zu betrachten. Wenn dann aber zugleich mit diesem Urteil das Grundeigentum auf den Kläger übertragen wird, so hat zumindest der nicht vorgemerkte Vorkaufsberechtigte nie die Möglichkeit gehabt, sein Vorkaufsrecht auszuüben und durchzusetzen. Diese Gründe sprechen dafür, bereits im Abschluss eines Vorvertrags einen Vorkaufsfall zu erblicken. Schliessen die Parteien in der Folge doch noch einen Hauptvertrag ab, so stellt dies nach der hier vertretenen Auffassung einen zweiten Vorkaufsfall dar. Beide Vorkaufsfälle lösen einen separaten Fristenlauf zur Ausübung des Vorkaufsrechts aus. 546

C) Abschluss eines Kaufsrechtsvertrags als Vorkaufsfall?

Ob der Abschluss eines Kaufsrechtsvertrags (oder eines anderen Optionsvertrags, der dem Dritten ein Gestaltungsrecht einräumt, mit dem er durch einseitige Willenserklärung ein Rechtsgeschäft zustande bringen kann, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt) den Vorkaufsfall auslöst, ist ebenfalls umstrit- 547

über der anderen verpflichtet, mit einem Dritten einen Hauptvertrag einzugehen: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1078. Es handelt sich diesfalls um einen Vertrag zugunsten eines Dritten im Sinn von Art. 112 OR. Es ist selbstredend, dass ein Vorvertrag zugunsten eines Dritten nur dann den Vorkaufsfall auslösen kann, wenn der Vorkaufsbelastete als Promittent an diesem Vorvertrag beteiligt ist.

1042 Vgl. zum Ganzen bereits oben Nr. 50.

1043 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1088a; siehe auch KRAMER, BK, N 121 in fine zu Art. 22 OR.

ten. Die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung betrachten den Abschluss des Kaufsrechtsvertrags nicht als Vorkaufsfall, hingegen die Ausübung des Kaufsrechts.[1044] Denn beim Kaufsrechtsvertrag gehe nur der Kaufsrechtsgeber eine Bindung ein. Die abweichende Lehre bejaht hingegen nicht nur bei der Ausübung eines Kaufsrechts einen Vorkaufsfall, sondern bereits beim Abschluss des Kaufsrechtsvertrags. Dies wird insbesondere damit begründet, dass der Vorkaufsbelastete auch in diesem Vertrag seinen endgültigen und unwiderruflichen Willen zum Verkauf äussere.[1045] Meines Erachtens verdienen die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Vorzug, wonach der Abschluss eines Kaufsrechtsvertrags **keinen Vorkaufsfall** auslöst:

548 Ausschlaggebend ist meines Erachtens der Umstand, dass der Kaufsberechtigte mit dem Abschluss des Kaufsrechtsvertrags eben gerade **keine Verpflichtung** eingegangen ist, **das Grundstück zu erwerben,** sondern dass dieser Entscheid vielmehr noch in seinem Belieben steht. Die klar geäusserte Veräusserungsabsicht des Vorkaufsbelasteten reicht nach dem Gesagten nicht aus für die Annahme eines Vorkaufsfalls.[1046] Ebenso wenig genügt die verbindliche Äusserung des Verkaufswillens für sich allein, um den Vorkaufsfall auszulösen. Vielmehr muss auch noch der verbindliche Erwerbswille des Dritten hinzutreten.

2. Spezialfälle

549 Nach dem Gesagten setzt der Vorkaufsfall grundsätzlich voraus, dass der Drittvertrag rechtsgültig abgeschlossen worden ist.[1047] Dieser Grundsatz erfährt jedoch für verschiedene Spezialfälle Modifikationen. Angesprochen sind der einseitig unverbindliche Drittvertrag (A), der anfechtbare Drittvertrag (B), der bedingte Drittvertrag (C), der bewilligungs- bzw. zustimmungsbedürftige Drittvertrag (D), die nachträgliche Aufhebung (E) oder Abänderung des Drittvertrags (F) sowie die Verhinderung des Eintritts des Vorkaufsfalls wider Treu und Glauben (G).

A) Einseitig unverbindlicher Drittvertrag

550 Denkbar ist, dass der Drittvertrag einseitig unverbindlich ist, weil eine Partei im Sinn von Art. 21 OR übervorteilt worden oder einem erheblichen Willensman-

---

1044 BGE 85 II 572 ff. (575 ff.), E. 4; BRÜCKNER, Nr. 83, 85 und 91 f.; REY, ZSR 1994, S. 50 Fn. 58; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731a f.; STREBEL, Nr. 289 f., mit einem Vorbehalt für das in Umgehungsabsicht bestellte Kaufsrecht.

1045 BÄR, S. 91 ff.; GIGER, BK, N 126 zu Art. 216 OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 180 ff. zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 276 ff. und 281.

1046 Vgl. oben Nr. 538.

1047 Vgl. oben Nr. 538 ff.

gel gemäss den Art. 23 ff. OR unterlegen ist. Lehre und Rechtsprechung vertreten einhellig die Auffassung, dass diesfalls der Vorkaufsfall bereits mit dem Vertragsabschluss eintritt. Wenn allerdings die betroffene Partei innert der Jahresfrist von Art. 21 Abs. 2 bzw. Art. 31 OR erkläre, dass sie den Vertrag nicht halte, so falle auch der «Vorkauf»[1048] dahin.[1049] Diese Auffassung verdient Zustimmung. Obwohl der einseitig unverbindliche Vertrag Ähnlichkeiten mit dem potestativ bedingten Vertrag aufweist, weil es der betroffenen Person anheimgestellt ist, ob sie die Unverbindlichkeit des Vertrags geltend machen will oder nicht,[1050] erachte ich es als sachgerecht, den **Vorkaufsfall** bereits **im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** eintreten zu lassen und nicht – analog zum potestativ bedingten Vertrag[1051] – erst im Zeitpunkt, in dem der Vertrag genehmigt wird. Denn während sich die Parteien bei einem potestativ bedingten Vertrag von Anfang an bewusst sind, dass die Wirksamkeit des Vertrags von einer Bedingung abhängt, ist dies beim einseitig unverbindlichen Vertrag gerade nicht der Fall. Hier kann es unter Umständen Jahre dauern, bis sich die betroffene Partei des Mangels, der den Vertrag einseitig unverbindlich macht, bewusst wird. Daher besteht schon aus praktischen Gründen gar keine andere Wahl, als den Vorkaufsfall mit dem Vertragsabschluss eintreten zu lassen.

Der Vorkaufsberechtigte, der von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht, muss es sich allerdings entgegenhalten lassen, wenn sich der **Vorkaufsbelastete rechtzeitig auf die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags beruft.** Dann entfällt nachträglich der Vorkaufsfall. Sollte der Vorkaufsberechtigte bereits von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht haben, so ist seine Ausübungserklärung ungültig. 551

1048 Mit «Vorkauf» ist der durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommene Veräusserungsvertrag zwischen Vorkaufsbelastetem und Vorkaufsberechtigtem gemeint.

1049 BGE 82 II 576 ff. (583), E. 3; ALLGÄUER, S. 120; BRÜCKNER, Nr. 87; EMERY, Nr. 366; GIGER, BK, N 130 zu Art. 216 OR; HAAB, ZK, N 34 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 186 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 272 Fn. 49; RUBIDO, Nr. 500; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 80; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731d; STREBEL, Nr. 275; SUTTER, S. 280; WIEDERKEHR, S. 127.

1050 Je nachdem ob man der Ungültigkeitstheorie oder der Anfechtungstheorie folgt, bestehen Parallelen zu einem suspensiv oder zu einem resolutiv bedingten Vertrag: vgl. GUHL/KOLLER, N 21 zu § 16; BSK OR I-SCHWENZER, N 8 zu Art. 23. Siehe auch ALLGÄUER, S. 120; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 80; WIEDERKEHR, S. 127. Ein Unterschied zwischen dem einseitig unverbindlichen und dem potestativ bedingten Vertrag besteht allerdings darin, dass der Bedingungseintritt aufgrund von Art. 151 Abs. 2 OR grundsätzlich ex nunc wirkt, derweil der Genehmigung oder Nichtgenehmigung des einseitig unverbindlichen Vertrags Wirkung ex tunc zukommt: siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 896 und 902.

1051 Vgl. dazu unten Nr. 563.

552 Die herrschende Lehre vertritt dieselbe Lösung auch für den Fall, dass der **Dritterwerber die einseitige Unverbindlichkeit des Vertrags geltend macht.**[1052] Ich erachte dies jedoch nicht als sachgerecht. Liegt die Betroffenheit, welche den Drittvertrag einseitig unverbindlich macht, auf Seiten des Drittkäufers, so sollte dies nicht ohne Weiteres zum Dahinfallen des Vorkaufsfalls führen. Meines Erachtens lässt sich vielmehr der Regelungsgedanke von Art. 216d Abs. 2 OR auf diesen Fall ausweiten, sodass auch Willensmängel, «die in der Person des Käufers liegen, […] gegenüber dem Vorkaufsberechtigten ohne Wirkung» bleiben. Dadurch werden die Interessen aller involvierter Parteien gewahrt: Der Vorkaufsbelastete, der seinen Veräusserungswillen im Drittvertrag verbindlich geäussert hatte, musste ohnehin mit der Ausübung des Vorkaufsrechts rechnen. Der einem Willensmangel unterlegene Drittkäufer kann sich vom Vertrag lossagen. Und der kaufwillige Vorkaufsberechtigte kann durch die Ausübung des Vorkaufsrechts das Grundstück an sich ziehen.[1053] Vorbehalten bleibt, dass der Vorkaufsberechtigte seinerseits einem Willensmangel unterliegt und sich auf die Unverbindlichkeit seiner Ausübungserklärung beruft.[1054]

B) Anfechtbarer Drittvertrag

553 Der Drittvertrag, namentlich der Grundstückkaufvertrag, kann auch anfechtbar sein wegen der Verletzung der Steigerungsbedingungen nach Art. 230 OR oder wegen Gläubigerbegünstigung nach den Art. 285 ff. SchKG.[1055] In der Lehre werden verschiedene Standpunkte vertreten bezüglich der Frage, wie sich solche Anfechtungsgründe auf den Vorkaufsfall auswirken. Nach älteren Lehrmeinungen sind solche Anfechtungsgründe ohne Einfluss auf den Vorkaufsfall.[1056] Mit dem Vertragsabschluss sei der Vorkaufsfall eingetreten und der Vorkaufsberechtigte könne von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen. Selbst wenn der Drittvertrag erfolgreich angefochten werde, hindere dies den Erwerb durch den Vorkaufsberechtigten nicht. Die neuere Lehre hält es hingegen gleich wie beim einseitig unverbindlichen Vertrag: Werde der Drittvertrag erfolgreich angefochten, so falle der Drittvertrag und damit auch der Vorkaufsfall dahin.[1057] Meines

---

1052 MEIER-HAYOZ, BK, N 186 zu Art. 681 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, N 57 zu § 11; SUTTER, S. 280; STREBEL, Nr. 275.

1053 Ähnlich RUBIDO, Nr. 504 ff.

1054 Vgl. unten Nr. 842 in fine.

1055 Der «anfechtbare» Vertrag im hier umschriebenen Sinn ist nicht zu verwechseln mit dem einseitig unverbindlichen Vertrag im Sinn der Anfechtungstheorie.

1056 ALLGÄUER, S. 120 f.; HAAB, ZK, N 36 zu Art. 681/82 ZGB, bezüglich der paulianischen Anfechtung; MEIER-HAYOZ, ZBGR 1964, S. 272 Fn. 49; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, N 28 zu Art. 216 OR; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 80 f.; WIEDERKEHR, S. 127 f.

1057 BRÜCKNER, Nr. 87; MEIER-HAYOZ, BK, N 187 zu Art. 681 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, N 57 zu § 11; STREBEL, Nr. 277; SUTTER, S. 280.

Erachtens muss **unterschieden** werden **nach der Art des Anfechtungsgrundes:**

Bei einer **freiwilligen öffentlichen Versteigerung** ist der Kaufvertrag gemäss Art. 230 Abs. 1 OR anfechtbar, wenn in rechtswidriger oder gegen die guten Sitten verstossender Weise auf den Erfolg der Versteigerung eingewirkt worden ist. Zur Anfechtung legitimiert ist jedermann, der ein Interesse daran geltend machen kann. Eine sittenwidrige Einwirkung auf eine Versteigerung liegt namentlich vor bei einem Versprechen unter Mitbietenden, gegen Leistung einer Entschädigung vom Bieten Abstand zu nehmen (pactum de non licitando), sowie bei einer Abrede des Versteigerers mit einem Bietenden, dass ein allfälliger Zuschlag ihn nicht verpflichte, den Kaufpreis und das Aufgeld zu zahlen (pactum de licitando).[1058] Im ersten Fall hat namentlich der Veräusserer, im zweiten Fall der Erwerber ein Interesse an der Anfechtung des Kaufvertrags. Falls die Anfechtung – die klageweise geltend zu machen ist[1059] – gutgeheissen wird, hebt das Gestaltungsurteil den Steigerungskaufvertrag ex tunc auf.[1060] Meines Erachtens muss sich die Rechtslage diesfalls gleich gestalten wie beim einseitig unverbindlichen Drittvertrag:[1061] Hat der Vorkaufsbelastete erfolgreich angefochten, muss auch der Vorkaufsfall entfallen. Hat hingegen der Dritterwerber erfolgreich angefochten, so bleibt dies gegenüber dem Vorkaufsberechtigten grundsätzlich ohne Wirkung. Vorbehalten bleibt der Fall, dass der Vorkaufsberechtigte sich auf einen Willensmangel und damit auf die Unverbindlichkeit seiner Ausübungserklärung beruft. 554

Anders liegen die Dinge bei der **paulianischen Anfechtung.** Sie bewirkt, dass die angefochtene Rechtshandlung in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht unbeachtlich ist, namentlich das veräusserte Grundstück gepfändet werden kann bzw. in die Konkursmasse fällt. An der zivilrechtlichen Wirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung ändert sie aber nichts.[1062] Der Drittvertrag, namentlich der Grundstückkaufvertrag, bleibt gültig. Deshalb kann die erfolgreiche paulianische Anfechtung auch keine zivilrechtliche Auswirkung auf den Vorkaufsfall zeitigen: Dieser ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eingetreten und entfällt auch nicht nachträglich mit der Anfechtung. Der Vorkaufsberechtigte, der von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht und gestützt darauf das Eigentum am Grundstück erworben hat, muss sich vollstreckungsrechtlich den Eingriff in sein 555

1058 BGE 109 II 123 ff. (126), E. 2b; REY, Haftpflichtrecht, Nr. 801 f.; BSK OR I-RUOSS/GOLA, N 5 zu Art. 230; SCHMID, Grundstücksversteigerung, Nr. 138 und 140 f.

1059 BSK OR I-RUOSS/GOLA, N 9 zu Art. 230; SCHMID, Grundstücksversteigerung, Nr. 147.

1060 BSK OR I-RUOSS/GOLA, N 13 zu Art. 230.

1061 Vgl. oben Nr. 550 ff.

1062 BGE 134 III 52 ff. (57), E. 1.3.3; AMONN/WALTHER, N 39 ff. zu § 52; BSK SCHKG-STAEHELIN, N 10 zu Art. 291.

Grundeigentum zwar gefallen lassen, bleibt aber zivilrechtlich – bis zu einer allfälligen Zwangsverwertung – Eigentümer.

C) Bedingter Drittvertrag

556 Nach einer Darstellung von Lehre und Rechtsprechung (a) zum Vorkaufsfall bei einem bedingten Drittvertrag gebe ich eine eigene Stellungnahme ab (b).

a) Lehre und Rechtsprechung

557 Was den Eintritt des Vorkaufsfalls bei einem bedingten Drittvertrag anbelangt, so treffen die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung eine **Unterscheidung danach, ob es sich um eine kasuelle oder um eine potestative Bedingung handelt.** Von einer kasuellen Bedingung spricht man, wenn der Bedingungseintritt weder vom Willen der Parteien noch eines Dritten abhängt.[1063] Ist dagegen der Eintritt der Bedingung vom Willen einer Vertragspartei oder eines Dritten abhängig, handelt es sich um eine Potestativbedingung.[1064] Wird die Wirksamkeit des Vertrags von einer kasuellen Bedingung abhängig gemacht, tritt der Vorkaufsfall gemäss der angesprochenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Lehre bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein.[1065] Der Vorkaufsberechtigte kann im Nachgang zum Vertragsabschluss sein Vorkaufsrecht ausüben, doch gilt die kasuelle Bedingung auch für seinen Vertrag mit dem Vorkaufsbelasteten.[1066] Bei einem Drittvertrag, der unter einer Potestativbedingung steht, tritt der Vorkaufsfall dagegen erst ein, wenn die vorbehaltene Willensbedingung eintritt.[1067] Diese Ausnahme wird damit begründet, dass dadurch denjenigen Machenschaften ein Riegel geschoben wird, bei denen der Vorkaufsbelastete unvorteilhafte, nicht ernst gemeinte

---

1063 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3967 f.

1064 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3965 f.

1065 BGE 85 II 572 ff. (576), E. 4; BRÜCKNER, Nr. 90; GIGER, BK, N 132 zu Art. 216 OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 190 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 273 Fn. 49; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 81; STREBEL, Nr. 429; WISSMANN, Nr. 1465; a.M. Urteil des Zürcher Obergerichts vom 12. Juni 1959, in: ZBGR 45/1964, S. 298 ff. (304), E. 3; kritisch auch BÄR, S. 97, und SUTTER, S. 282.

1066 BGE 73 II 162 ff. (166), E. 4a; BRÜCKNER, Nr. 90; GIGER, BK, N 132 zu Art. 216 OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 190 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 273 Fn. 49; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 81; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731a; STREBEL, Nr. 228 ff.

1067 BRÜCKNER, Nr. 91; STREBEL, Nr. 430; BÄR, S. 95, befürwortet diese Auffassung nur für den Fall, dass die Bedingung vom Willen des Vorkaufsbelasteten abhängt, nicht aber dann, wenn die Bedingung vom Willen des Drittkäufers abhängt.

Vertragsbedingungen vorgibt, um zu testen, ob der Vorkaufsberechtigte zur Ausübung seines Vorkaufsrechts bewegt werden kann.[1068]

b) Eigene Stellungnahme

Meines Erachtens ist es sehr zweifelhaft, ob man beim suspensiv bedingten Drittvertrag den Vorkaufsfall tatsächlich bereits mit Abschluss des Vertrags oder nicht besser erst mit Eintritt der Bedingung eintreten lassen will.[1069] **Gegen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und herrschende Lehre spricht,** dass erst im Zeitpunkt des Bedingungseintritts die Wirkungen des Drittvertrags eintreten (vgl. Art. 151 Abs. 2 OR), also die Forderungen und Schulden aus dem Kaufvertrag (bzw. aus dem Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt) begründet werden.[1070] Erst in diesem Zeitpunkt entsteht die für den Grundstückkaufvertrag charakteristische synallagmatische Verpflichtung zum Austausch von Grundstück gegen Geld,[1071] die sich auch gerichtlich durchsetzen lässt. Namentlich im deutschen Recht will eine neuere Lehrmeinung denn auch erst im Bedingungseintritt den Vorkaufsfall erblicken.[1072] Begründet wird dies unter anderem damit, dass andernfalls der Vorkaufsberechtigte, der sein Vorkaufsrecht im Nachgang zum Abschluss eines suspensiv bedingten Drittvertrags ausübe, Gefahr laufe, dass der Vorkaufsbelastete während des Schwebezustands bis zur Erfüllung oder zum Ausfall der Bedingung das Grundstück erneut – an einen Vierten und diesmal ohne Bedingung – verkaufe und der Vorkaufsberechtigte, der sein Gestaltungsrecht durch Ausübung verbraucht habe, sich diesen Verbrauch beim zweiten Veräusserungsgeschäft entgegenhalten müsse.[1073] Dem ist allerdings zu entgegnen, dass das Vorkaufsrecht nach richtiger Auffassung infolge Ausübung erst dann untergeht, wenn der Vorkaufsberechtigte Eigentümer des vorkaufsbelasteten Grundstücks geworden ist, sodass er sein Vorkaufsrecht ohne Weiteres auch im zweiten Vorkaufsfall ausüben kann.[1074] Andernfalls würde das analoge Problem auch beim Abschluss eines resolutiv bedingten Vertrags bestehen. Hier nimmt aber auch die angesprochene neuere deutsche Lehre den Eintritt des Vorkaufsfalls mit Abschluss des Vertrags an.[1075] 558

1068 Vgl. BGE 85 II 572 ff. (578), E. 4; GIGER, BK, N 133 zu Art. 216 OR.

1069 Siehe auch BÄR, S. 97; SUTTER, S. 282.

1070 Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3992.

1071 Vgl. unten Nr. 588.

1072 BURBULLA, S. 80 f.; WESTERMANN, MünchK, N 16 zu § 463 BGB; VON STAUDINGER/MADER, N 29 zu § 463 BGB; anders aber die Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs in BGHZ 139, S. 29 ff. (33); siehe auch SOERGEL/WERTENBRUCH, N 59 zu § 463 BGB.

1073 BURBULLA, S. 80 f.

1074 Vgl. unten Nr. 873.

1075 BURBULLA, S. 78; WESTERMANN, MünchK, N 16 zu § 463 BGB; VON STAUDINGER/MADER, N 29 zu § 463 BGB.

559 **Für die bundesgerichtliche Rechtsprechung und herrschende Lehre spricht** allerdings, dass Art. 216d Abs. 1 OR die Informationspflicht des Verkäufers und Art. 216e Satz 2 OR den Beginn des Fristenlaufs zur Ausübung des Vorkaufsrechts vom *Abschluss* des Drittvertrags bzw. von der Kenntnisnahme davon abhängig machen.[1076] Zudem vermag diese Auffassung der Interessenlage sämtlicher beteiligter Parteien gerecht zu werden: Der Vorkaufsberechtigte hat – wie beim unbedingten Vertrag – Gewissheit über den Vertragsinhalt und die Ernsthaftigkeit des Verkaufswillens des Vorkaufsbelasteten.[1077] Und der Vorkaufsbelastete und der Dritterwerber erfahren zeitlich früher, ob der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht oder nicht. Schliesslich kann man Art. 216d Abs. 3 OR auch so verstehen, dass mit den dort erwähnten «Bedingungen» nicht nur die eigentlichen Kaufbedingungen gemeint sind, sondern eben auch die Bedingungen, von denen die Wirksamkeit des Vertrags abhängt.[1078] Da weder für die eine noch für die andere Auffassung zwingende Gründe sprechen, ist dem Postulat der Rechtssicherheit entsprechend der Auffassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und herrschenden Lehre den Vorzug zu erteilen und demnach zwischen dem kasuell (aa) und dem potestativ bedingten Drittvertrag (bb) zu unterscheiden:

aa) Rechtslage beim kasuell bedingten Drittvertrag

560 Bei einem Drittvertrag, der unter einer **kasuellen Suspensivbedingung** abgeschlossen worden ist, tritt der Vorkaufsfall sogleich mit Vertragsabschluss ein. Der Vorkaufsberechtigte kann von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen und bringt damit gegenüber dem Vorkaufsbelasteten den Hauptvertrag, grundsätzlich einen Grundstückkaufvertrag zustande, doch muss auch er sich die Suspensivbedingung des Drittvertrags entgegenhalten lassen. Erst wenn die Suspensivbedingung eintritt, erlangt der Grundstückkaufvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und Vorkaufsbelasteten volle Wirksamkeit: In diesem Zeitpunkt entstehen die kaufvertraglichen Verpflichtungen zur Besitzes- und Eigentumsübertragung einerseits und zur Kaufpreiszahlung andererseits. Dann kann gemäss Art. 217 Abs. 1 OR die Grundbuchanmeldung und -eintragung des neuen Eigentümers erfolgen. Bleibt hingegen der Eintritt der Bedingung definitiv aus, erlangt der Grundstückkaufvertrag zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Vorkaufsberechtigten keine Verbindlichkeit (vgl. Art. 151 Abs. 1 OR). Den Vorkaufsbelasteten trifft keine Verpflichtung zur Übertragung des Grundeigen-

---

1076 Dieses Argument büsst freilich an Überzeugungskraft ein, wenn man bei einer potestativen Bedingung für den Eintritt des Vorkaufsfalls gleichwohl auf den Bedingungseintritt und nicht auf den Vertragsabschluss abstellen will: vgl. unten Nr. 563.

1077 GIGER, BK, N 133 in fine zu Art. 216 OR.

1078 MEIER, S. 143. Allerdings besteht auch bei diesem Argument wiederum das Problem, dass bei potestativen Bedingungen eine Ausnahme gemacht werden muss.

tums. Da auch der Drittvertrag mit dem definitiven Ausbleiben der Suspensivbedingung keine Wirksamkeit erlangt, fällt auch der Vorkaufsfall nachträglich dahin. Durch den Bedingungsausfall ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ins Leere gelaufen.[1079]

561 Auch wenn die Bestimmung von Art. 217 Abs. 1 OR verhindert, dass beim Grundstückkauf der (dingliche) Eigentumsübergang resolutiv bedingt ausgestaltet werden kann,[1080] schliesst dies die obligatorische Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Resolutivbedingung in Bezug auf den Grundstückkaufvertrag selber nicht aus.[1081] Steht der Drittvertrag, namentlich der Grundstückkaufvertrag, unter einer **kasuellen Resolutivbedingung,** so erlangt er bereits mit seinem Abschluss volle Wirksamkeit.[1082] Auch hier stellt der Vertragsabschluss den Vorkaufsfall dar und berechtigt den Vorkaufsberechtigten zur Ausübung seines Vorkaufsrechts.[1083] Der Vorkaufsberechtigte bringt damit gegenüber dem Vorkaufsbelasteten den Hauptvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag zustande, muss sich aber die Resolutivbedingung des Drittvertrags entgegenhalten lassen. Bleibt die Resolutivbedingung definitiv aus, werden der Vertrag und die daraus entspringenden Verpflichtungen zu unbedingten.[1084] Erst in diesem Moment ist gestützt auf den analog anwendbaren Art. 217 Abs. 1 OR die Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch zulässig.[1085] Tritt die Resolutivbedingung dagegen ein, verliert der Grundstückkaufvertrag in diesem Zeitpunkt (ex nunc) seine Wirksamkeit (Art. 154 Abs. 1 OR). Die auflösend bedingten Forderungen des Grundstückkaufvertrags erlöschen.[1086] Der Vorkaufsberechtigte verliert seine Forderung auf Besitzes- und Eigentumsübertragung am Grundstück. Da mit dem Eintritt der Resolutivbedingung auch der Drittvertrag seine Wirksamkeit verliert, entfällt nachträglich auch der Vorkaufsfall. Die Ausübung des Vorkaufsrechts des Vorkaufsberechtigten ist auch hier ins Leere gelaufen.

562 Ein Vorbehalt ist anzubringen für jene Fälle, in denen die **kasuelle Bedingung** – gleichgültig, ob suspensive oder resolutive – **ausschliesslich im Interesse des Dritten** vereinbart, beispielsweise die Wirksamkeit des Drittvertrags von der Erteilung einer Baubewilligung abhängig gemacht worden ist. In einem solchen Fall billigt die Lehre der «begünstigten» Partei das Recht zu, selbst dann die Erfüllung des Geschäfts zu verlangen, wenn der Eintritt der (Suspensiv-)Be-

1079 SALZGEBER-DÜRIG, S. 42 und 64; vgl. auch VIONNET, S. 86.
1080 GIGER, BK, N 14 zu Art. 217 OR.
1081 GIGER, BK, N 15 zu Art. 217 OR; SUTTER, S. 280.
1082 Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 4005.
1083 EMERY, Nr. 367; SUTTER, S. 280.
1084 Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 4007.
1085 Siehe EMERY, Nr. 367; SUTTER, S. 280.
1086 Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 4005.

dingung ausgeblieben ist, sofern sie dies wünscht.[1087] Weitet man diesen Gedanken konsequenterweise aus, darf die «begünstigte» Partei auch bereits im Voraus auf den Bedingungseintritt verzichten.[1088] Dasselbe muss meines Erachtens auch zugunsten des Vorkaufsberechtigten gelten: Übt er das Vorkaufsrecht gestützt auf einen den Vorkaufsfall auslösenden Drittvertrag aus, der eine Suspensivbedingung zugunsten des Dritten enthält, und wird dadurch diese Suspensivbedingung Bestandteil des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Veräusserungsvertrags zwischen ihm und dem Vorkaufsbelasteten, so muss es dem Vorkaufsberechtigten gestattet sein, auf den Bedingungseintritt zu verzichten und die Wirksamkeit seines Vertrags unabhängig davon zur Entfaltung zu bringen.[1089] Es würde in der Tat wenig Sinn machen, wenn man – um beim zuvor angeführten Beispiel zu bleiben – die Erteilung der Baubewilligung für den Drittkäufer als Bedingung, von der die Wirksamkeit des Veräusserungsvertrags zwischen Vorkaufsbelastetem und Vorkaufsberechtigtem abhängt, aufrecht erhalten wollte, zumal der Drittkäufer kaum ein Interesse daran haben wird, das Baubewilligungsverfahren zu durchlaufen, wenn er damit rechnen muss, dass das Grundstück schlussendlich dem Vorkaufsberechtigten zuteil wird. Der Vorkaufsberechtigte ist aber nicht gehalten, auf diesen Bedingungseintritt zu verzichten. Diesen Weg wird er namentlich dann wählen, wenn es ihm weniger um den Erwerb des Grundstücks als solchen geht, sondern vielmehr um die Verhinderung des Verkaufs des Grundstücks an den Dritten.[1090]

bb) Rechtslage beim potestativ bedingten Drittvertrag

563 Bei einer suspensiven **Potestativbedingung** tritt der Vorkaufsfall nach dem Gesagten erst mit dem Bedingungseintritt ein.[1091] Analoges hat bei einer resolutiven Potestativbedingung zu gelten: Ein Vorkaufsfall liegt hier erst vor, wenn der Ausfall der Bedingung feststeht. Sofern die Vertragsparteien keinen Zeitraum vereinbaren, innert dessen sich die zum Entscheid berufene Partei über den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung entscheiden muss, droht die Gefahr eines unzumutbar langen Schwebezustands. Lehre und Rechtsprechung schaffen hier Abhilfe, indem sie der betroffenen Partei das Recht zur Ansetzung einer angemessenen Frist einräumen, innert derer sich die zum Entscheid berufene Partei über den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung aussprechen muss.[1092]

1087 GUHL/KOLLER, N 17 zu § 9; BSK OR I-EHRAT, N 8 der Vorbemerkungen zu Art. 151–157.

1088 Vgl. auch BGer 4A_259/2011 vom 3. August 2011, E. 1.3.

1089 Ähnlich auch BÄR, S. 97; siehe auch SCHENKER, S. 257.

1090 Zu diesem sogenannten Abwehrzweck vgl. oben Nr. 41 f.

1091 Vgl. oben Nr. 557.

1092 Urteil des BGer vom 20. September 1989, in: SemJud 1990, S. 91 ff. (94), E. 4a; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 4004; PETER, Geschäft, S. 251.

Meines Erachtens ist dieses Recht auch dem Vorkaufsberechtigten zuzugestehen, da der lange Schwebezustand ihn ebenso betrifft.

564 Einen Spezialfall stellt die **Bedingung** dar, wonach die Wirksamkeit des Drittvertrags davon abhängt, **dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nicht ausübt.** Auch hierbei handelt es sich um eine Potestativbedingung – und zwar je nach gewählter Formulierung um eine Resolutiv- oder um eine Suspensivbedingung. Denn der Eintritt der Bedingung wird vom Willen des Vorkaufsberechtigten, eines Dritten aus Sicht der Parteien des Drittvertrags, abhängig gemacht. Die Vereinbarung einer solchen Bedingung ist zulässig und sogar ratsam, um den Vorkaufsbelasteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts vor allfälligen Schadenersatzansprüchen des Dritten zu bewahren.[1093] Im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten bleibt sie aber ohne Wirkung.[1094] Denn andernfalls könnte das Vorkaufsrecht beliebig umgangen werden. Daher darf es auch – entgegen der Auffassung des Bundesgerichts und eines Teils der Lehre[1095] – keine Rolle spielen, ob der Vorkaufsberechtigte vor der Ausübung seines Vorkaufsrechts auf diese Bedingung aufmerksam gemacht worden ist oder nicht.[1096] Im deutschen § 465 BGB ist dieser Fall explizit geregelt: Danach ist eine Vereinbarung des Vorkaufsbelasteten mit dem Dritten, «durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht […] wird, […] dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam». Entsprechendes hat auch für das schweizerische Recht zu gelten. Im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten ist die Rechtslage so zu halten, wie wenn diese Bedingung nicht vereinbart worden wäre: Der Vorkaufsfall tritt bereits mit dem Vertragsabschluss ein. Und der Veräusserungsvertrag, den der Vorkaufsberechtigte durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts gegenüber dem Vorkaufsbelasteten zustande bringt, ist nicht an diese Bedingung gebunden.

565 Bei einer **gemischten Bedingung** schliesslich, also bei einer Bedingung, die sowohl aus einem kasuellen als auch aus einem potestativen Element besteht,[1097] tritt der Vorkaufsfall ein, sobald Gewissheit über den Eintritt oder Nichteintritt des potestativen Bedingungselements besteht.

1093 Vgl. unten Nr. 1040.

1094 BGE 49 II 203 ff. (205 f.), E. 2; BRÜCKNER, Nr. 93; EMERY, Nr. 370; HAAB, ZK, N 35 zu Art. 681/82 ZGB; KOLLER, Vorkaufsberechtigung, S. 755; MEIER-HAYOZ, BK, N 197 ff. zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 273 Fn. 49; SCHENKER, S. 257; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 85 f.; SUTTER, S. 281; STREBEL, Nr. 226 f.; WIEDERKEHR, S. 129; a.M. SIMONIUS/SUTTER, N 60 zu § 11, die eine solche Klausel für zulässig halten, wenn sie dem Vorkaufsberechtigten zugleich mit dem Abschluss des Vertrags zur Kenntnis gebracht wird.

1095 BGE 49 II 203 ff. (205 f.), E. 2; SIMONIUS/SUTTER, N 60 zu § 11.

1096 Zutreffend HAAB, ZK, N 35 zu Art. 681/82 ZGB; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 86.

1097 Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3969 f.

D) Bewilligungs- bzw. zustimmungsbedürftiger Drittvertrag

566 In gewissen Fällen bedarf der Drittvertrag zu seiner Gültigkeit einer **behördlichen Bewilligung** oder der **Zustimmung eines Vierten.** Zu denken ist beispielsweise an eine behördliche Bewilligung nach Art. 2 Abs. 1 BewG oder nach Art. 61 BGBB sowie an das Zustimmungserfordernis der Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB oder des Ehegatten nach Art. 169 ZGB.[1098] Bei der behördlichen Bewilligung handelt es sich um eine privatrechtsgestaltende Verwaltungsverfügung.[1099] Bis zum Entscheid über die Bewilligung bleibt der Vertrag schwebend unwirksam.[1100] Wird die Bewilligung erteilt, so erlangt das Rechtsgeschäft rückwirkend volle Gültigkeit. Wird sie verweigert, bewirkt dies die Nichtigkeit des privatrechtlichen Vertrags.[1101] Gleich gestaltet sich die Rechtslage beim gesetzlichen Zustimmungserfordernis eines Vierten.[1102]

567 Ein Drittvertrag löst nach den allgemeinen Grundsätzen nur dann einen Vorkaufsfall aus, wenn er rechtsgültig zustande gekommen ist.[1103] Als Ausnahme davon statuiert **Art. 216d Abs. 2 OR** nun aber, dass es «gegenüber dem Vorkaufsberechtigten ohne Wirkung» bleibt, wenn «eine erforderliche Bewilligung aus Gründen, die in der Person des Käufers liegen, verweigert» wird. Diese Bestimmung ist erst im Lauf der parlamentarischen Beratungen eingefügt worden.[1104] Gesetzlich wurde damit bloss verankert, was bereits der bisherigen Rechtsprechung und herrschenden Auffassung entsprach.[1105] Im Einzelnen ist zu unterscheiden, ob das Bewilligungs- bzw. Zustimmungserfordernis den Dritterwerber (a) oder den Vorkaufsbelasteten (b) betrifft.

1098 Siehe auch Art. 14 PartG betreffend das Zustimmungserfordernis des eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partners.

1099 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1019 und 1023.

1100 BGE 105 II 308 ff. (312 f.), E. 3; 99 Ib 244 ff. (249), E. 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 724.

1101 KRAMER, BK, N 268 zu Art. 19/20 OR. Mit beachtenswerten Argumenten legt BGBB-STALDER, N 8 zu Art. 70, dar, dass anstelle einer Nichtigkeit des Vertrags mit Wirkung ex tunc eine Ungültigkeit mit Wirkung ex nunc vorzuziehen wäre.

1102 Vgl. BGE 118 II 489 ff. (491), E. 2; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, N 50 und 59 zu Art. 169 ZGB; BSK ZGB I-SCHWANDER, N 18 und 22 zu Art. 169.

1103 Vgl. oben Nr. 538 ff.

1104 AmtlBull. NR 1991, S. 155.

1105 Siehe BGE 73 II 162 ff. (165 f.), E. 4a; MEIER-HAYOZ, BK, N 188 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 272 f. Fn. 49; GIGER, BK, N 131 zu Art. 216 OR; WISSMANN, Nr. 1466; kritisch aber SUTTER, S. 281.

a) Bewilligungs- bzw. Zustimmungserfordernis auf Seiten des Dritterwerbers

568 Benötigt der Dritte eine behördliche Bewilligung oder die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde zum Erwerb des Grundstücks, so tritt der Vorkaufsfall gemäss **herrschender Lehre und Rechtsprechung** bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein, obwohl der Vertrag zu diesem Zeitpunkt noch schwebend unwirksam ist.[1106] Das Bundesgericht zieht diesbezüglich eine Parallele zum Vertrag, dessen Wirksamkeit rechtsgeschäftlich vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht wird: «Die Bedingtheit eines Kaufvertrags hindert die Ausübung des Vorkaufsrechts an sich nicht, sondern hat für den Berechtigten einfach zur Folge, dass er die mit dem Drittkäufer vereinbarte Bedingung gegen sich gelten lassen muss». Entsprechend könne der Vorkaufsberechtigte bei einem bewilligungsbedürftigen Kaufvertrag sein Vorkaufsrecht ausüben, auch wenn dieser Vertrag noch nicht bewilligt worden sei. Dass der Vertrag mit dem Dritten bewilligt werden könne, sei nicht Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts. «Vom Gesichtspunkte des Privatrechts aus genügt hierfür, dass der Veräusserer seinen Verkaufswillen gegenüber dem Dritten in unwiderruflicher Weise ausgedrückt hat». Allerdings sei zu prüfen, ob nun seinerseits der Erwerb durch den Vorkaufsberechtigten der Bewilligungspflicht unterworfen sei und ob diese erteilt werden könne.[1107]

569 Diese Rechtsprechung ist in Art. 216d Abs. 2 OR kodifiziert worden. Auch wenn diese Bestimmung systematisch in Art. 216c OR besser aufgehoben wäre, weil sie einen Aspekt des Vorkaufsfalls regelt, so ist es als Wille des Gesetzgebers aufzufassen, dass bei einem bewilligungsbedürftigen Drittvertrag der **Vorkaufsfall unabhängig von der Erteilung der Bewilligung** und insoweit unabhängig von der Gültigkeit des Drittvertrags bereits **im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** eintreten soll. Dies hat zur Folge, dass der Vorkaufsberechtigte bereits im Nachgang zum Abschluss dieses Drittvertrags sein Vorkaufsrecht ausüben kann. Gleich zu entscheiden ist, wenn der Dritte für den Vertragsabschluss einer Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB bedarf. Bleibt die behördliche Bewilligung oder die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde aus, so ändert dies nichts daran, dass der Vorkaufsfall mit dem Abschluss des Drittvertrags eingetreten ist und der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen durfte. Zustimmung verdient schliesslich die Auffassung des Bundesgerichts, dass diesfalls geprüft werden muss, ob der Erwerb des Grundstücks durch den Vorkaufsberechtigten

---

1106 BGE 73 II 162 ff. (166), E. 4a; BÄR, S. 98; BRÜCKNER, Nr. 96; EMERY, Nr. 373 f.; SIMONIUS/SUTTER, N 61 zu § 11; STREBEL, Nr. 220 und 431; a.M. STEINAUER, droits réels, Nr. 1731a.

1107 BGE 73 II 162 ff. (166 f.), E. 4a.

seinerseits der Bewilligungspflicht unterworfen ist und ob diese erteilt werden kann.[1108]

570 Art. 216d Abs. 2 OR hat aber auch zur Folge, dass der Vorkaufsberechtigte, der über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags informiert worden ist, **mit der Ausübung seines Vorkaufsrechts nicht** bis zum Entscheid über die Erwerbsbewilligung **zuwarten** darf, weil die Frist zur Ausübung seines Vorkaufsrechts unabhängig von der behördlichen Bewilligung oder der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde zu laufen begonnen hat.[1109] Dies kann für den Vorkaufsberechtigten unangenehm sein, wenn er von seinem Vorkaufsrecht einzig aus Gründen des Abwehrzwecks Gebrauch machen möchte:[1110] In diesem Fall ist der Vorkaufsberechtigte gezwungen, sein Vorkaufsrecht sicherheitshalber auszuüben, bevor er Gewissheit darüber erlangt, ob der Verkauf an den Dritten überhaupt gültig erfolgt ist. Meines Erachtens muss man es dem Vorkaufsberechtigen daher gestatten, dass er sein Vorkaufsrecht unter der Bedingung ausüben kann, dass dem Dritten die behördliche Erwerbsbewilligung erteilt wird. Zwar ist das Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht dem Grundsatz nach bedingungsfeindlich.[1111] Doch gilt dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt. Ein Gestaltungsrecht darf nämlich dann unter einer Bedingung ausgeübt werden, wenn die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit dem Erklärungsgegner zumutbar ist.[1112] So verhält es sich im vorliegenden Zusammenhang: Der Vorkaufsbelastete als Erklärungsgegner hat mit einem Dritten einen Vertrag abgeschlossen, von dem er wusste oder zumindest wissen musste, dass dieser nur Gültigkeit beanspruchen darf, wenn dem Dritten eine behördliche Erwerbsbewilligung oder die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde erteilt wird. Er hat sich also damit abgefunden, dass eine Behörde über das rechtliche Schicksal des Vertrags entscheidet. Aus diesem Grund ist es ihm auch zuzumuten, wenn das rechtliche Schicksal der Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten von diesem behördlichen Entscheid abhängig gemacht wird.

b) Bewilligungs- bzw. Zustimmungserfordernis auf Seiten des Vorkaufsbelasteten

571 Anders gestaltet sich die Rechtslage nach der **herrschenden Lehre,** wenn das Bewilligungs- bzw. Zustimmungserfordernis den Vorkaufsbelasteten betrifft**,** namentlich weil er verbeiständet ist (vgl. Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) oder weil

---

1108 Zum Bewilligungserfordernis auf Seiten des Vorkaufsberechtigten siehe unten Nr. 865 f.

1109 Vgl. BGE 83 II 517 ff. (518), Sachverhalt lit. C (Entscheidungen der Vorinstanzen). A.M. EMERY, Nr. 459, und STEINAUER, droits réels, Nr. 1790a.

1110 Zum Abwehrzweck vgl. oben Nr. 41 f.

1111 Vgl. oben Nr. 11.

1112 Siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 155, mit Hinweisen. Siehe auch unten Nr. 840.

er die Familienwohnung veräussern will (vgl. Art. 169 Abs. 1 ZGB). In diesem Fall trete der Vorkaufsfall erst und nur dann ein, wenn die behördliche Bewilligung bzw. die Zustimmung zum Verkauf (rechtskräftig) erteilt werde.[1113]

572 Die Konstellation, dass der Vorkaufsbelastete eine behördliche Bewilligung oder eine Zustimmung eines Vierten zur Veräusserung des vorkaufsbelasteten Grundstücks benötigt, regelt Art. 216d Abs. 2 OR nicht. Zustimmung verdient die Auffassung der herrschenden Lehre insofern, als der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nicht soll ausüben dürfen, wenn dem Vorkaufsbelasteten die **behördliche Bewilligung bzw. die Zustimmung zum Verkauf verweigert** wird. Diesfalls **fehlt es an einem Vorkaufsfall.**

573 Fragen kann man sich hingegen, ob es sachgerecht ist, im Fall der **behördlichen Genehmigung bzw. Zustimmung zum Verkauf** den Vorkaufsfall mit der erwähnten Lehre erst im Zeitpunkt des rechtskräftigen Genehmigungs- bzw. Zustimmungsentscheids anzunehmen. Die Rechtsprechung hat diese Frage bislang noch nicht entschieden. Die in der Literatur angeführte Judikatur[1114] behandelt diese Frage gerade nicht. Das Bundesgericht hat nach dem Gesagten eine Parallele zwischen dem genehmigungsbedürftigen Kaufvertrag und dem unter einer (Suspensiv-)Bedingung abgeschlossenen Kaufvertrag erblickt.[1115] Bei einer behördlichen Bewilligungspflicht spricht man denn auch von einer «Rechtsbedingung», auch wenn es sich um keine Bedingung im technischen Sinn handelt.[1116] Soweit es um eine *behördliche* Genehmigung oder Zustimmung zum Verkauf geht, besteht eine Parallele zum kasuell-suspensiv bedingten Vertrag. Bei einem kasuell-suspensiv bedingten Grundstückkaufvertrag tritt nach dem Gesagten der Vorkaufsfall bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht erst bei Bedingungseintritt ein.[1117] Wenn man eine Parallele zwischen dem kasuell-suspensiv bedingten und dem bewilligungsbedürftigen Drittvertrag herstellt, so muss bei diesem der **Vorkaufsfall** ebenfalls bereits **mit Abschluss des Drittvertrags** eintreten. Dies gilt umso mehr, als der Eintritt einer sogenannten Rechtsbedingung zurück auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirkt, während der Eintritt von Bedingungen im technischen Sinn aufgrund von Art. 151 Abs. 2 OR in der Regel ex nunc wirkt.[1118] Der Vorkaufsberechtigte kann folg-

---

1113 BÄR, S. 98; CR OR I-FOËX, N 5 zu Art. 216c und N 15 zu Art. 216d; EMERY, Nr. 372; MEIER-HAYOZ, ZBGR 1964, S. 272 f. Fn. 49; SIMONIUS/SUTTER, N 61 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731a; STREBEL, Nr. 219, 221, 239 ff. und 431.

1114 Vgl. BGE 80 II 369 ff. (371), E. 2; ZR 54/1955 Nr. 81, S. 140 ff. (141 f.), E. 2 (Zürcher Obergericht).

1115 Vgl. oben Nr. 568.

1116 BSK OR I-EHRAT, N 12 der Vorbemerkungen zu Art. 151–157; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 4027; VON TUHR/ESCHER, S. 259 f.

1117 Vgl. oben Nr. 560.

1118 Vgl. BSK OR I-EHRAT, N 12 der Vorbemerkungen zu Art. 151–157; VON TUHR/ESCHER, S. 260.

lich sein Vorkaufsrecht im Nachgang zum Vertragsabschluss ausüben. Bleibt die behördliche Bewilligung oder Zustimmung nachträglich aus, so entfällt auch der Vorkaufsfall wieder. Die Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten ist diesfalls ins Leere gelaufen.

574 Im Fall der **Zustimmung eines privaten Vierten,** wie beispielsweise der Zustimmung des Ehegatten zum Verkauf der ehelichen Wohnung, besteht hingegen eine Parallele zum potestativ-suspensiv bedingten Drittvertrag.[1119] Wie bei diesem Vertrag tritt der **Vorkaufsfall** erst **im Zeitpunkt der Zustimmung** des privaten Vierten ein, und der Vorkaufsberechtigte kann erst ab diesem Zeitpunkt sein Vorkaufsrecht ausüben.

E) Nachträgliche Aufhebung des Drittvertrags

575 Gemäss Art. 216d Abs. 2 OR (erste Tatbestandsvariante) bleibt die Aufhebung des Drittvertrags ohne Wirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, wenn dieser das Vorkaufsrecht bereits ausgeübt hat. Das heisst, **durch die Aufhebung des Drittvertrags entfällt der Vorkaufsfall grundsätzlich nicht.** Diese Regelung entspricht der bereits unter dem alten Recht ergangenen Rechtsprechung.[1120] Im Zusammenhang mit dieser Bestimmung sind zwei Fragen umstritten. Einerseits geht es um die Frage, welche Vertragsaufhebungstatbestände von Art. 216d Abs. 2 OR erfasst sind (a). Und andererseits stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt eine Vertragsaufhebung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten unbeachtlich bleibt (b).

a) Von Art. 216d Abs. 2 OR erfasste Vertragsaufhebungstatbestände

576 Die Botschaft spricht im Zusammenhang mit Art. 216d Abs. 2 OR von der **«Aufhebung des Kaufvertrags»** und verweist dabei auf Art. 115 OR. Sie begründet jene Regelung damit, dass «[j]ede andere Lösung […] dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor öffnen» würde.[1121] Während ein Teil der Lehre Art. 216d Abs. 2 OR nur auf den einvernehmlichen Aufhebungsvertrag nach Art. 115 OR anwenden möchte,[1122] befürwortet der andere Teil der Lehre die Anwendung dieser Bestimmung auch beim Rücktritt einer Partei nach Art. 109 OR sowie bei der Wandlung nach Art. 205 OR.[1123]

577 Was diesen Streitpunkt betrifft, so gilt es meines Erachtens zunächst einmal in terminologischer Hinsicht für Klarheit zu sorgen: Der Aufhebungsvertrag nach

---

1119 Vgl. dazu oben Nr. 563.

1120 BGE 82 II 576 ff. (583), E. 3; 73 II 162 ff. (170 f.), E. 6; 42 II 28 ff. (35 f.), E. 5.

1121 BBl 1988 III 1081.

1122 CR OR I-FOËX, N 11 zu Art. 216d; MEIER, S. 143; STREBEL, Nr. 264.

1123 BRÜCKNER, Nr. 86. Siehe auch GIGER, BK, N 29 zu Art. 216d OR, und KOLLER, Vorkaufsberechtigung, S. 756.

Art. 115 OR, verstanden als Vertrag über die vollständige oder teilweise Aufhebung einer Forderung, ist nicht zu verwechseln mit dem «contrarius actus», mit dem das ganze Vertragsverhältnis aufgehoben wird und auf den Art. 115 OR nur – aber immerhin – analog zur Anwendung gelangt.[1124] Auch wenn die verschiedenen Lehrmeinungen und insbesondere auch die bundesrätliche Botschaft in der Terminologie nicht immer exakt sind, so dürfte doch zumindest unbestritten sein, dass in Anwendung von Art. 216d Abs. 2 OR **sowohl der Aufhebungsvertrag nach Art. 115 OR als auch der «contrarius actus»** gegenüber dem Vorkaufsberechtigten ohne Wirkung bleiben, jedenfalls dann, wenn dieser sein Vorkaufsrecht bereits ausgeübt hat.[1125] In beiden Fällen wirken die Parteien nachträglich einvernehmlich auf den Drittvertrag ein, was sie auch dürfen, was aber aufgrund der Anordnung von Art. 216d Abs. 2 OR gegenüber dem Vorkaufsberechtigten ohne Wirkung bleiben muss.

578 Gleiches muss nach der hier vertretenen Auffassung auch für ein **vertraglich vorbehaltenes Rücktrittsrecht** gelten, welches beispielsweise für den Fall ausgeübt werden kann, dass der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht.[1126] Hier haben die Parteien des Drittvertrags zwar nicht nachträglich den Vertrag einvernehmlich aufgehoben, doch haben sie immerhin einvernehmlich ein vertragliches Rücktrittsrecht vereinbart, welches es einer Partei gestattet, nachträglich den Vertrag einseitig aufzuheben.

579 Meines Erachtens verdient darüber hinaus aber auch jene Lehrmeinung Zustimmung, wonach Art. 216d Abs. 2 OR nicht nur einvernehmliche Aufhebungstatbestände im soeben erwähnten Sinn erfasst, sondern auch den **Rücktritt einer Partei bei Schuldnerverzug** nach Art. 109 OR sowie die **Rückabwicklung des Vertrags bei der Wandelung** nach Art. 205 OR. Dass der Schuldnerverzug nach Art. 109 OR auch von Art. 216d Abs. 2 OR erfasst sein muss, leuchtet ein, wenn man sich das Motiv, welches gemäss der bundesrätlichen Botschaft dieser Norm zugrunde liegt, nämlich die Vorbeugung von Rechtsmissbrauch,[1127] vor Augen führt: Würde der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 109 OR dazu führen, dass dadurch der Vorkaufsfall nachträglich entfiele, so wäre es für die Parteien des Drittvertrags ein Leichtes, durch Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen einen Schuldnerverzug herbeizuführen, der dann zum Rücktritt nach Art. 109 OR berechtigen würde. Auch die Interessenlage der involvierten Parteien erfordert keine andere Betrachtungsweise. Wenn der Drittkäufer mit seiner Zahlungsverpflichtung im Verzug ist und dem Vorkaufsbelasteten als Verkäufer

---

1124 Siehe GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3104 und 3133.

1125 Insofern terminologisch korrekt CR OR I-FOËX, N 11 zu Art. 216d; DERSELBE, SemJud 1994, S. 409 Fn. 189.

1126 Gl.M. MEIER, S. 143; MEIER-HAYOZ, BK, N 197 zu Art. 681 ZGB. Frage offen gelassen in BGE 78 II 354 ff. (359), E. 2.

1127 Siehe oben Nr. 576.

daher das Vorgehen über den Schuldnerverzug (bis hin zum Rücktritt vom Vertrag) offen steht, rechtfertigt es sich nicht, dass der Rücktritt vom Vertrag gegenüber dem Drittkäufer auch das Dahinfallen des Vorkaufsfalls und damit das Dahinfallen des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Veräusserungsvertrags mit dem Vorkaufsberechtigten zur Folge hat. Denn wenn der Vorkaufsberechtigte erfüllungs- und zahlungswillig ist, kommt der Vorkaufsbelastete zu seinem Geld, und seine Interessen sind gewahrt. Andernfalls steht ihm auch gegenüber dem Vorkaufsberechtigten aus diesem Vertragsverhältnis der Weg über den Rücktritt vom Vertrag offen.[1128] Falls umgekehrt der Verkäufer mit seiner Vertragserfüllung in Verzug gerät und der Drittkäufer daher den Weg über den Rücktritt vom Vertrag wählt, so erfordert dies ebenso wenig das Dahinfallen des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Veräusserungsvertrags zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten. Denn es soll dem Vorkaufsberechtigten die Entscheidung anheimgestellt sein, ob er ebenfalls den Weg über den Rücktritt vom Vertrag wählt (wenn der Vorkaufsbelastete ihm gegenüber nicht erfüllt) oder ob er den Weg der Erfüllungsklage bevorzugt. Dieselben Überlegungen sprechen dafür, dass auch die Wandelung nach Art. 205 OR von Art. 216d Abs. 2 OR erfasst wird: Falls der Drittkäufer wegen eines mangelhaften Grundstücks die Wandelung des Kaufvertrags nach Art. 205 OR wählt, so soll dies nicht automatisch dazu führen, dass der Vorkaufsfall und damit auch der Veräusserungsvertrag zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsbelastetem dahinfällt. Denn auch in diesem Fall soll der Vorkaufsberechtigte selber entscheiden können, ob er seinerseits – angesichts des mangelhaften Grundstücks – ebenfalls die Wandelung des Vertrags wählt oder ob er beispielsweise die Minderung des Kaufpreises bevorzugt.

b) Zeitpunkt, ab dem eine Vertragsaufhebung unbeachtlich bleibt

580 Gemäss Art. 216d Abs. 2 OR bleibt die Aufhebung des Drittvertrags gegenüber dem Vorkaufsberechtigten dann ohne Wirkung, wenn sie erfolgt, **«nachdem das Vorkaufsrecht ausgeübt worden ist».** Noch unter dem alten Recht wurde in der Lehre die Auffassung vertreten, dass die Aufhebung des Drittvertrags selbst dann keine Wirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten zu zeitigen vermöge, wenn dieser bereits vom Abschluss des Drittvertrags Kenntnis erlangt habe, auch wenn er sein Vorkaufsrecht noch nicht ausgeübt habe. Nur wenn der Vorkaufsberechtigte noch keine Kenntnis vom Vertrag habe, könnten die Parteien des Drittvertrags diesen rückgängig machen und damit auch den Vorkaufsfall entfallen lassen.[1129] Diese Auffassung wird von einem Teil der Lehre auch unter

---

[1128] Vgl. unten Nr. 1010.

[1129] ALLGÄUER, S. 117 f.; MEIER-HAYOZ, BK, N 193 ff. zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 86 f.; WIEDERKEHR, S. 129 f.

der Geltung des neuen Rechts befürwortet.[1130] Ein anderer Teil der Lehre stellt hingegen strikt auf den Wortlaut ab und lässt eine Vertragsauflösung durch die Parteien des Drittvertrags mit Wirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten solange zu, bis dieser von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht hat.[1131] Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen:

581 Der Wortlaut von Art. 216d Abs. 2 OR ist eigentlich klar und spricht für die Auffassung, wonach eine Aufhebung des Drittvertrags gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nur dann unbeachtlich bleibt, wenn dieser «das Vorkaufsrecht ausgeübt» hat. Eine Vertragsaufhebung, die in einem zeitlich früheren Stadium erfolgt, müsste somit dem Vorkaufsberechtigten entgegengehalten werden können mit der Konsequenz, dass dieser sein Vorkaufsrecht nicht mehr ausüben dürfte. Allerdings hat die Expertenkommission in ihrem Schlussbericht zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht ausgeführt, dass mit Art. 216a Abs. 3 E-OR (= Art. 216d Abs. 2 OR, erste Tatbestandsvariante) einzig geregelt werde, was bereits der damals herrschenden Lehre und Rechtsprechung entspreche.[1132] Die Rechtsprechung hatte unter dem alten Recht die Frage zwar explizit offen gelassen, ob die Aufhebung des Drittvertrags gegenüber dem Vorkaufsberechtigten auch dann unbeachtlich zu bleiben hat, wenn sie bereits vor der Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt.[1133] Die bereits erwähnte herrschende Lehre bejahte indessen diese Frage, allerdings unter der Voraussetzung, dass der Vorkaufsberechtigte zumindest Kenntnis vom Vertrag zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Dritten erlangt hat.[1134] Begründet wurde diese Auffassung, in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung,[1135] insbesondere damit, dass der Vorkaufsberechtigte, der vom Abschluss des Drittvertrags Kenntnis erhalte, im Hinblick auf die Ausübung des Vorkaufsrechts und den Erwerb des Grundstücks Anstalten treffe, um seine Liquidität sicherzustellen. In diesem Zusammenhang würden ihm Kosten erwachsen und Umtriebe entstehen – Kosten, die ihm niemand ersetze, und Umstände, für die ihn niemand entschädige, falls der Vorkaufsfall nachträglich wieder dahinfallen sollte. Geschützt wird mit anderen Worten das Vertrauen des Vorkaufsberechtigten in

---

1130 EMERY, Nr. 375; STEINAUER, droits réels, Nr. 1732.

1131 CR OR I-FOËX, N 12 zu Art. 216d; kritisch aber DERSELBE, SemJud 1994, S. 409; SIMONIUS/SUTTER, N 68 zu § 11; STREBEL, Nr. 265 f., mit Kritik in Nr. 267 ff. Siehe auch BSK OR I-FASEL, N 7 zu Art. 216d, und GIGER, BK, N 29 zu Art. 216d OR.

1132 Schlussbericht der Expertenkommission, S. 140.

1133 Siehe BGE 42 II 28 ff. (36), E. 5.

1134 Vgl. oben Nr. 580.

1135 Vgl. BGE 42 II 28 ff. (36), E. 5, allerdings mit Ausführungen zur Frage, warum eine Vertragsaufhebung zwischen Vorkaufsbelastetem und Drittem *nach* der Ausübung des Vorkaufsrechts gegenüber dem Vorkaufsberechtigten unbeachtlich sein muss.

den eingetretenen Vorkaufsfall. Solange der Vorkaufsberechtigte keine Kenntnis vom Vorkaufsfall erlangt hat, erscheint er noch nicht als schützenswert. Bis zu diesem Zeitpunkt führt deshalb die Aufhebung des Drittvertrags zum Dahinfallen des Vorkaufsfalls.[1136] Die Entstehungsgeschichte von Art. 216d Abs. 2 OR mit dem Verweis der Expertenkommission auf die bisherige, überzeugende (Rechtsprechung und) herrschende Lehre spricht meines Erachtens dafür, den Wortlaut dieser Bestimmung im Sinn der soeben erwähnten früheren herrschenden Lehre teleologisch zu reduzieren. Massgebend muss demnach der **Zeitpunkt** sein, **in dem der Vorkaufsberechtigte Kenntnis davon erlangt, dass ein Vorkaufsfall eingetreten ist**. Keine Rolle spielt hingegen, ob der Vorkaufsberechtigte auch Kenntnis vom Inhalt des Drittvertrags hat. Denn der Vorkaufsberechtigte beginnt unter Umständen bereits dann mit den ersten Vorbereitungen im Hinblick auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts, wenn er weiss, dass es zum Vorkaufsfall gekommen ist, auch wenn er die Details des Drittvertrags noch nicht kennt.

582 **De lege ferenda** darf man meines Erachtens sogar noch einen Schritt weiter gehen und die **Aufhebung des Drittvertrags gegenüber dem Vorkaufsberechtigten in jedem Fall** für **unbeachtlich** erklären, also selbst dann, wenn der Vorkaufsberechtigte noch keine Kenntnis vom Vorkaufsfall erlangt hat. Denn mit dem Abschluss des Drittvertrags ist der Vorkaufsfall eingetreten und damit die Grundlage für die Ausübung des Vorkaufsrechts gelegt. Die Aufhebung des Drittvertrags vermag der Vorkaufsbelastete als Verkäufer grundsätzlich nicht mehr alleine durchzusetzen, sondern nur im Einvernehmen mit dem Dritterwerber, wofür er diesem allenfalls ein Entgelt leisten muss. In einem solchen Fall wäre es dem Vorkaufsbelasteten aber auch zuzumuten, mit dem Vorkaufsberechtigten zu verhandeln, um diesen zum Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts zu bewegen.[1137] Dies würde im Übrigen auch der Rechtslage in Deutschland entsprechen: Ist dort der Vorkaufsfall einmal eingetreten, bleibt das rechtliche Schicksal des Drittvertrags ohne Auswirkungen auf die Befugnis des Vorkaufsberechtigten, sein Recht auszuüben.[1138]

F) Nachträgliche Abänderung des Drittvertrags

583 Eine Ähnlichkeit mit der vorhin erörterten nachträglichen Aufhebung des Drittvertrags weist die nachträgliche Vertragsänderung auf, namentlich die nachträg-

---

[1136] So die ausführliche Begründung von SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 86 f., und WIEDERKEHR, S. 130.

[1137] Siehe die entsprechend berechtigte Kritik von STREBEL, Nr. 271 ff., insbesondere 273.

[1138] Urteil des BGH vom 1. Oktober 2010, in: NJW 2010, S. 3774 f. (3775), E. 3b/aa; BURBULLA, S. 117; WESTERMANN, MünchK, N 15 zu § 463 BGB; SOERGEL/WERTENBRUCH, N 78 zu § 463 BGB; VON STAUDINGER/MADER, N 28 zu § 463 BGB.

liche Erhöhung oder Reduktion des vom Dritten zu leistenden Kaufpreises. Die **Auswirkung** einer nachträglichen Abänderung des Drittvertrags **auf den Vorkaufsfall ist in der Lehre umstritten.** Nach einem Teil der Lehre und der Rechtsprechung führt dies zu einem neuen Vorkaufsfall mit der Konsequenz, dass der Vorkaufsberechtigte nicht nur beim ersten Vorkaufsfall (beim ursprünglichen Vertragsschluss), sondern auch beim zweiten Vorkaufsfall (bei der nachträglichen Vertragsänderung) sein Vorkaufsrecht ausüben kann.[1139] Nach einem anderen Teil der Lehre ist eine nachträgliche Vertragsänderung – unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – gegenüber dem Vorkaufsberechtigten verbindlich, sofern dieser noch vor der Ausübung seines Vorkaufsrechts über die Änderung informiert worden ist.[1140]

584 Die Parallelen zwischen der nachträglichen Aufhebung des Drittvertrags einerseits und der nachträglichen Abänderung des Drittvertrags andererseits sprechen meines Erachtens dafür, diese beiden Tatbestände in Bezug auf den Vorkaufsfall analog zu behandeln. Die Parteien des Drittvertrags hätten nämlich die Möglichkeit, anstatt eine nachträgliche Vertragsabänderung zu beschliessen, den ursprünglichen Vertrag aufzuheben und an dessen Stelle einen neuen abzuschliessen. Wenn die Parteien des Drittvertrags diesen nachträglich wieder aufheben können mit der Wirkung, dass der Vorkaufsfall entfällt, solange der **Vorkaufsberechtigte** noch **keine Kenntnis vom Vorkaufsfall** erlangt hat,[1141] muss es ihnen auch gestattet sein, den Drittvertrag nachträglich noch abzuändern mit der Wirkung, dass dann **einzig dieser abgeänderte Drittvertrag den Vorkaufsfall bildet.** Der abgeänderte Drittvertrag ersetzt in diesem Fall gewissermassen den ursprünglichen Drittvertrag.

585 Hat aber der **Vorkaufsberechtigte** einmal **Kenntnis vom Vorkaufsfall** erlangt, so haben die Parteien des Drittvertrags nicht mehr die Möglichkeit, diesen Vertrag mit Wirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten abzuändern. Vielmehr bildet dann der ursprüngliche Drittvertrag den Vorkaufsfall. Ändern die Vertragsparteien den Drittvertrag gleichwohl nachträglich, so muss dies meines Erachtens dieselbe Wirkung haben, wie wenn nachträglich ein neuer zweiter Vertrag abgeschlossen würde. Demnach löst auch die **nachträgliche Vertragsänderung einen (zweiten) Vorkaufsfall** aus. Beide Vorkaufsfälle ziehen separate Fristen für die Ausübung des Vorkaufsrechts nach sich. Dem Vorkaufsberechtigten steht (innert der jeweiligen Ausübungsfrist) die Wahl zu, gestützt auf

---

1139 Urteil des Appellationshofs des Kantons Bern vom 2. November 1988, in: BN 1990, S. 94 ff. (99 f.), E. 4b/dd und ee; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731a.

1140 SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 85; WIEDERKEHR, S. 131. So auch die Rechtsprechung in Deutschland: RGZ 118, S. 5 ff., (7 f.); anders aber die neuere deutsche Lehre: SOERGEL/WERTENBRUCH, N 79 f. zu § 463 BGB; VON STAUDINGER/MADER, N 18 zu § 464 BGB; WESTERMANN, MünchK, N 29 zu § 463 BGB.

1141 Vgl. oben Nr. 581.

welchen Vorkaufsfall er sein Vorkaufsrecht ausüben will.[1142] Und je nachdem für welchen Vorkaufsfall er sich entscheidet, übernimmt er – jedenfalls beim unlimitierten Vorkaufsrecht – die Vertragsbestimmungen des ursprünglichen oder des abgeänderten Drittvertrags.[1143]

G) Verhinderung des Vorkaufsfalls wider Treu und Glauben

586 Abschliessend gilt es noch ganz allgemein zu erwähnen, dass der **Eintritt des Vorkaufsfalls** dann **fingiert** wird, wenn er wider Treu und Glauben verhindert wird.[1144] Dies ergibt sich aus Art. 156 OR. Zwar ist einzuräumen, dass die in Art. 216c OR statuierte «ökonomische Betrachtungsweise» einen Umweg über das treuwidrige Handeln für die Annahme eines Vorkaufsfalls oft entbehrlich macht.[1145] Insbesondere darf nach der hier vertretenen Auffassung noch nicht auf Rechtsmissbrauch geschlossen werden, wenn der Vorkaufsbelastete einzig deswegen ein Rechtsgeschäft abschliesst, das einem Verkauf wirtschaftlich nicht gleichkommt, namentlich eine gemischte Schenkung vereinbart, um dem Vorkaufsberechtigten keine Möglichkeit zur Ausübung des Vorkaufsrechts zu gewähren.[1146] Schliesst er hingegen ein Rechtsgeschäft ab, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, so ist dieser Tatbestand direkt von Art. 216c Abs. 1 OR erfasst. Ganz ohne Bedeutung bleibt das rechtsmissbräuchliche bzw. das treuwidrige Handeln für die Annahme eines Vorkaufsfalls dennoch nicht, wie das bereits erwähnte Beispiel des wegen einer Kaufpreissimulation nichtigen Drittvertrags zeigt.[1147]

II. Verkauf eines Grundstücks

587 Auszugehen ist gemäss dem Gesetzeswortlaut von Art. 216c Abs. 1 OR davon, dass ein Grundstückkaufvertrag (1.) den Vorkaufsfall auslöst. Davon erfasst sind auch besondere Erscheinungsformen des Grundstückkaufs (2.). Den Vorkaufsfall lösen ausserdem der sogenannte Mengenkauf und damit verwandte Tatbestände (3.) sowie der Teilverkauf (4.) aus. Ebenso stellt die Vereinbarung eines Kaufvertrags mit einer ergänzenden Nebenleistungspflicht (5.) einen Vorkaufsfall dar. Aber nicht jeder Grundstückkaufvertrag führt zu einem Vorkaufsfall, sondern es gibt auch Ausnahmen (6.).

1142 Ähnlich für das deutsche Recht entgegen der dort vorherrschenden Lehre BURBULLA, S. 123, und SCHURIG, S. 171.

1143 Vgl. auch MEIER-HAYOZ, BK, N 223 zu Art. 681 ZGB.

1144 MEIER-HAYOZ, BK, N 196 zu Art. 681 ZGB. Vgl. auch STREBEL, Nr. 224 f.

1145 Vgl. unten Nr. 650.

1146 A.M. STREBEL, Nr. 307, wie hier dagegen in Nr. 308 in fine. Vgl. unten Nr. 673 in fine.

1147 Vgl. oben Nr. 541.

1. Grundstückkaufvertrag

Nach der Konzeption des Gesetzgebers liegt der klassische Vorkaufsfall vor, wenn das Grundstück, welches das Vorkaufsobjekt bildet, verkauft wird. Gemeint ist der Verkauf an einen *Dritten* und nicht an den Vorkaufsberechtigten. Erforderlich ist der Abschluss eines öffentlich beurkundeten **Grundstückkaufvertrags im Sinn von Art. 184 und 216 Abs. 1 OR** zwischen dem Vorkaufsbelasteten als Grundeigentümer und dem Dritten.[1148] Qualifikationsmerkmal des Grundstückkaufvertrags ist die synallagmatische Verpflichtung zum Austausch von Grundstück gegen Geld.[1149] Der Verkäufer verpflichtet sich, Besitz und Eigentum am Grundstück zu übertragen, derweil der Käufer die Verpflichtung eingeht, den Kaufpreis zu bezahlen.[1150] 588

2. Besondere Erscheinungsformen des Grundstückkaufs

Ein Verkauf und somit ein Vorkaufsfall liegt ebenfalls vor im Fall einer **freiwilligen** privaten oder öffentlichen **Versteigerung** eines Grundstücks.[1151] Die freiwillige private Versteigerung gehorcht ohnehin den gewöhnlichen Bestimmungen über den Kaufvertrag und bildet insofern keinen Sondertatbestand; insbesondere ist zur privaten Versteigerung eines Grundstücks ein öffentlich beurkundeter Kaufvertrag erforderlich.[1152] Spezielle Regeln enthält das OR hingegen für die freiwillige öffentliche Versteigerung im Sinn von Art. 229 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung kommt der Kaufvertrag zustande, indem der Veräusserer dem Meistbietenden anlässlich der Steigerung (vgl. Art. 232 Abs. 1 OR) den Zuschlag erklärt. Der Zuschlag des Veräusserers ist die Annahmeerklärung auf das Angebot des Meistbietenden.[1153] Eine öffentliche Beurkundung ist für den Vertragsabschluss nicht erforderlich, selbst wenn ein Grundstück Gegenstand der Versteigerung bildet.[1154] 589

1148 BRÜCKNER, Nr. 82; REY, Eigentum, Nr. 1254.

1149 GIGER, BK, N 3 zu Art. 216c OR.

1150 SCHMID/STÖCKLI, Nr. 495.

1151 ALLGÄUER, S. 121; BRÜCKNER, Nr. 82 f.; GIGER, BK, N 120 und 123 zu Art. 216 OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 158 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 270; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731a; SUTTER, S. 278 Fn. 13.

1152 BGE 63 I 30 ff. (33 f.), E. 2b; MEIER-HAYOZ, BK, N 158 zu Art. 681 ZGB; SCHMID/STÖCKLI, Nr. 694.

1153 BSK OR I-RUOSS/GOLA, N 3 zu Art. 229.

1154 BGE 63 I 30 ff. (33), E. 2b; GUHL/KOLLER, N 109 zu § 41; SCHMID, Grundstücksversteigerung, Nr. 104.

590 Der Grundstückkaufvertrag kann auch in der Form eines **Vertrags zugunsten eines Dritten** nach Art. 112 OR abgeschlossen werden. Auch dies löst den Vorkaufsfall nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze aus.[1155]

591 Auch die **Hingabe** des Grundstücks **an Zahlungs statt** steht einem Verkauf gleich und löst den Vorkaufsfall nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze aus.[1156]

3. Mengenkauf und damit verwandte Tatbestände

592 Von einem **Mengenkauf** spricht man, wenn in einem einzigen Vertrag nebst dem Vorkaufsobjekt noch ein oder mehrere weitere Gegenstände – seien es andere Grundstücke, Fahrnis oder andere Kaufobjekte – zu einem Gesamtpreis verkauft werden. Auch der Mengenkauf löst nach zutreffender Auffassung den Vorkaufsfall aus.[1157] Denn hier wird das Vorkaufsobjekt – wenn auch zusammen mit weiteren Gegenständen – ebenso verkauft wie beim gewöhnlichen Grundstückkauf. Wollte man anders entscheiden, hätte der Vorkaufsbelastete leichtes Spiel, um ein ihm unliebsames Vorkaufsrecht zu umgehen, indem er das Vorkaufsobjekt zusammen mit irgendeinem anderen Gegenstand verkauft. Keine Rolle für die Annahme eines Vorkaufsfalls spielt, ob im Kaufvertrag der Einzelpreis für das Vorkaufsobjekt ausgewiesen ist oder ob zu einem Pauschalpreis verkauft wird.[1158] Beim Mengenkauf ergeben sich gewisse Besonderheiten als Folge der Ausübung des Vorkaufsrechts. Darauf wird zurückzukommen sein.[1159]

593 Aufgrund derselben Überlegungen gleich zu behandeln wie der Mengenkauf sind meines Erachtens **gemischte Vertragsverhältnisse**, bei denen der Vorkaufsbelastete nebst der Veräusserung des Grundstücks noch eine andere Leis-

---

1155 Siehe auch STREBEL, Nr. 336.

1156 BRÜCKNER, Nr. 83; GIGER, BK, N 120 und 123 zu Art. 216 OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 157 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 270; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731a.

1157 MEIER-HAYOZ, BK, N 148 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 281; RUBIDO, Nr. 322; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 83; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731c. Teilweise a.M. WYSS/KÖCHLI, Nr. 10 ff., die eine Ausnahme machen wollen beim Verkauf eines Betriebs mit einem vorkaufsbelasteten Grundstück, sofern es sich dabei um ein betriebsnotwendiges Grundstück handelt.

1158 A.M. WYSS/KÖCHLI, Nr. 8, welche die Angabe von Einzelpreisen für mehrere verkaufte Grundstücke voraussetzen und in Fn. 9 darauf hinweisen, dass dies aus steuerlichen Gründen ohnehin in der Regel erforderlich sei.

1159 Vgl. unten Nr. 932 ff., 987 ff. und 1047.

tung erbringt, namentlich die Überbauung des Grundstücks (sogenannter Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht).[1160]

Mit dem eingangs erörterten Mengenkauf verwandt ist meines Erachtens sodann jene Konstellation, in der das **Vorkaufsrecht** nur **an einem Realteil oder an einem (künftigen) ideellen Anteil** des Grundstücks begründet worden ist,[1161] der Grundeigentümer das Grundstück aber in seiner Gesamtheit verkauft. Auch hier geht das Kaufobjekt des Drittvertrags über das Vorkaufsobjekt hinaus, doch es umfasst dieses mit. Zu Recht hat das Bundesgericht daher entschieden, dass der Verkauf des gesamten Grundstücks einen Vorkaufsfall für das Vorkaufsrecht an einem Realteil des Grundstücks darstellt.[1162] Ebenso löst der Verkauf des gesamten Grundstücks einen Vorkaufsfall für das Vorkaufsrecht an einem (künftigen) ideellen Anteil des Grundstücks aus.[1163] Auch hier ergeben sich Besonderheiten als Folge der Ausübung des Vorkaufsrechts. Darauf wird zurückzukommen sein.[1164] 594

Gleich zu entscheiden ist meines Erachtens, wenn das **Vorkaufsrecht an einem bereits bestehenden ideellen Anteil des Grundstücks** begründet worden ist und das gesamte Grundstück verkauft wird.[1165] Auf einen anderen Standpunkt stellt sich MEIER-HAYOZ.[1166] Er macht geltend, dass dadurch die Liquidation des Miteigentums am Grundstück für die übrigen Miteigentümer ungebührlich erschwert würde, und lehnt deshalb den Vorkaufsfall ab. Dem ist nicht zu folgen, weil die übrigen Miteigentümer, die an ihrem Miteigentumsanteil kein rechtsgeschäftliches Vorkaufsrecht bestellt haben, eine Handhabe gegen den Vorkaufsberechtigten haben: Denn durch die Ausübung des Vorkaufsrechts an einem Miteigentumsanteil entsteht ein Veräusserungsvertrag, regelmässig ein Kaufvertrag, über diesen Miteigentumsanteil. Damit löst der Vorkaufsberechtigte einen zweiten Vorkaufsfall aus – und dieses Mal sind die übrigen Miteigentümer gemäss Art. 682 Abs. 1 ZGB am verkauften Miteigentumsanteil vorkaufsberechtigt. Sie können dem Erwerb des rechtsgeschäftlich Vorkaufsberechtigten durch die Ausübung ihres eigenen Vorkaufsrechts zuvorkommen und anschliessend das Grundstück gänzlich auf den Drittkäufer übertragen. Machen die übrigen Miteigentümer hingegen von ihrem gesetzlichen Vorkaufsrecht keinen Gebrauch, so erlangt der rechtsgeschäftlich Vorkaufsberechtigte zwar (zusammen mit dem Drittkäufer) Miteigentum am gesamten Grundstück. Doch in diesem 595

1160 Vgl. dazu GAUCH, Nr. 347 ff.

1161 Zu diesen Vorkaufsobjekten siehe oben Nr. 513 ff.

1162 BGE 81 II 502 ff. (508), E. 5; ebenso BGE 111 II 487 ff. (497 f.), E. 3g, betreffend das altrechtliche gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters. Siehe auch WISSMANN, Nr. 1432.

1163 MEIER-HAYOZ, BK, N 82 und 150 zu Art. 681 ZGB.

1164 Vgl. unten Nr. 935 ff. und 987 ff.

1165 Ebenso RUBIDO, S. 87 Fn. 395.

1166 MEIER-HAYOZ, BK, N 154 zu Art. 681 ZGB.

Fall kann der Drittkäufer – falls er dies wünscht – noch immer die Aufhebung des Miteigentums nach Art. 650 f. ZGB verlangen.

4. Teilverkauf

596 Eine gerade umgekehrte Sachlage zum vorhin erörterten Mengenkauf besteht dann, wenn sich das Vorkaufsrecht zwar auf das ganze **Grundstück** erstreckt, der Verkäufer aber **nur einen Teil davon verkauft.** Dieser sogenannte Teilverkauf kann in zwei Erscheinungsformen auftreten: Entweder wird ein Realteil oder ein ideeller Teil des Grundstücks verkauft. Auch der Teilverkauf stellt nach zutreffender Auffassung einen Vorkaufsfall dar.[1167] Ansonsten hätte der Vorkaufsbelastete die Möglichkeit, durch mehrere Teilverkäufe seines vorkaufsbelasteten Grundstücks das Vorkaufsrecht zu umgehen. Allerdings kann der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nur in Bezug auf den verkauften Grundstücksteil geltend machen. Bezüglich des nicht verkauften Teils bleibt das Vorkaufsrecht bestehen und kann bei einer späteren Veräusserung ausgeübt werden.[1168] Auf weitere Besonderheiten als Folge der Ausübung des Vorkaufsrechts bei einem Teilverkauf wird zurückzukommen sein.[1169]

5. Kaufvertrag mit ergänzender Nebenleistungspflicht

597 An der rechtlichen Qualifikation des Kaufvertrags ändert sich nichts, wenn zur Pflicht des Käufers zur Bezahlung des Kaufpreises eine **ergänzende Nebenleistungspflicht** nicht monetärer Natur hinzutritt.[1170] Fragen kann man sich indes, ob und – gegebenenfalls – inwiefern die Vereinbarung einer solchen Nebenleistungspflicht Auswirkungen auf den Eintritt des Vorkaufsfalls zeitigt. Lehre und Rechtsprechung unterscheiden danach, ob die Nebenleistung vom Vorkaufsberechtigten erbringbar oder zumindest in Geld schätzbar (A) ist oder nicht (B).

A) Nebenleistung erbringbar oder in Geld schätzbar

598 Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass die Vereinbarung einer Nebenleistungspflicht in einem Kaufvertrag grundsätzlich nichts am Eintritt des Vorkaufs-

---

1167 ALLGÄUER, S. 69; CR OR I-FOËX, N 6 zu Art. 216c; MEIER-HAYOZ, BK, N 149 zu Art. 681 ZGB; RUBIDO, Nr. 318; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 84; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731c. Für den Verkauf eines ideellen Anteils am Grundstück nun jedoch einschränkend FOËX, Not@lex 2010, S. 86 f., der grundsätzlich nur dann einen Vorkaufsfall annimmt, wenn der verkaufte Bruchteil mehr als die Hälfte des Miteigentums ausmacht.

1168 SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 84.

1169 Vgl. unten Nr. 944 ff. und 997 ff.

1170 Vgl. GIGER, BK, N 156 in fine zu Art. 184 OR; HONSELL, S. 50 f.

falls ändert.[1171] Diese Ansicht verdient Zustimmung. Sie leuchtet besonders bei einem limitierten Vorkaufsrecht ein, bei dem der Vorkaufsberechtigte das Grundstück zu den im Vorkaufsvertrag vorgesehenen Bedingungen – und damit unabhängig von den Bedingungen des Drittvertrags – erwerben kann.[1172] Nicht anders zu entscheiden ist aber bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht, zumal die preisliche Limitierung oder Nichtlimitierung eines Vorkaufsrechts keinen Einfluss auf die Frage des Eintritts des Vorkaufsfalls haben sollte.[1173] Übt der unlimitiert **Vorkaufsberechtigte** sein Recht aus, **schuldet** er nebst dem Kaufpreis grundsätzlich auch **die Nebenleistung,** da er gemäss Art. 216d Abs. 3 OR «das Grundstück zu den Bedingungen erwerben [kann], die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat».[1174]

599 Ist der unlimitiert Vorkaufsberechtigte hingegen nicht imstande, die Nebenleistung zu erbringen, so muss diese **in eine Geldschuld** von entsprechendem Wert **umgewandelt** werden, die der Vorkaufsberechtigte nebst dem ordentlich vereinbarten Kaufpreis zu entrichten hat. Dies entspricht der Regelung von Art. 1271 Abs. 3 des OR-Revisionsentwurfs von 1905, die zwar keinen Eingang ins positive Gesetzesrecht gefunden hat, deren Anwendung sich gleichwohl rechtfertigt.[1175] Dass der Vorkaufsberechtigte die Nebenleistung nicht in natura erbringen kann, ändert somit grundsätzlich nichts am Umstand, dass mit dem Abschluss des Drittvertrags der Vorkaufsfall eingetreten ist.

B) Nebenleistung weder erbringbar noch in Geld schätzbar

600 Was gilt jedoch, wenn sich der Wert der Nebenleistung, die der Vorkaufsberechtigte – im Gegensatz zum Drittkäufer – nicht erbringen kann, nicht in Geld schätzen lässt? Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bekannt ist beispielsweise der Fall, in dem der Drittkäufer nebst der Zahlung des Kaufpreises zusätzlich die Verpflichtung übernimmt, in der erworbenen Liegenschaft das Bäckereigewerbe persönlich zu führen.[1176] **Lehre und Rechtsprechung** befürworten in einem solchen Fall die **analoge Anwendung des deutschen § 466 BGB:**[1177] Danach ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen, wenn

---

1171 BGE 89 II 444 ff. (447 f.), E. 2; GHANDCHI, S. 227; MEIER-HAYOZ, BK, N 155 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 279; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 82; SIMONIUS/SUTTER, N 58 zu § 11; STREBEL, Nr. 233 f.

1172 Vgl. unten Nr. 995.

1173 A.M. SCHENKER, S. 254.

1174 Vgl. auch unten Nr. 984.

1175 Vgl. dazu unten Nr. 985.

1176 So der Sachverhalt in BGE 89 II 444 ff.

1177 BGE 89 II 444 ff. (447 f.), E. 2; GHANDCHI, S. 227; MEIER-HAYOZ, BK, N 155 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 279; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 82; SIMONIUS/SUTTER, N 58 zu § 11; STREBEL, Nr. 233 f. Das Bundesgericht und die

sich die Nebenleistung, die zu erbringen der Vorkaufsberechtigte nicht imstande ist, nicht in Geld schätzen lässt. Wäre der Vertrag mit dem Dritten hingegen auch ohne Nebenleistung abgeschlossen worden, so hindert dies die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht – es wird dem Vorkaufsberechtigten gegenüber einfach so gehalten, als wäre diese Nebenleistung nicht vereinbart worden. Mit anderen Worten liegt gemäss der erwähnten Lehre und Rechtsprechung im ersten Fall kein Vorkaufsfall vor, derweil im zweiten Fall ein Vorkaufsfall gegeben ist.

601 **Meines Erachtens** ist die Regelung von § 466 BGB nicht sachgerecht und deren Übernahme ins schweizerische Recht **abzulehnen.** Sie ist erstens verfehlt bei einem limitierten Vorkaufsrecht, wo es ohnehin keine Rolle spielt, ob der Vorkaufsberechtigte die im Drittvertrag vereinbarte Nebenleistung erbringen kann oder nicht. Für die Frage, ob ein Vorkaufsfall eingetreten ist, sollte meines Erachtens aber kein Unterschied zwischen einem limitierten und einem unlimitierten Vorkaufsrecht bestehen.[1178] Und zweitens behandelt § 466 BGB in Geld schätzbare Nebenleistungen ohne erkennbaren sachlichen Grund vorkaufsfallfreundlicher als Nebenleistungen, die nicht in Geld schätzbar sind. Es erstaunt daher auch nicht, dass eine solche Regelung zu nicht sachgerechten Ergebnissen führt. So hat beispielsweise die deutsche Lehre und Rechtsprechung die Pflege durch Angehörige als nicht in Geld schätzbar eingestuft, um mit dieser Argumentation im Einzelfall den Vorkaufsfall verneinen zu können.[1179] Eine Ansicht, die sich – jedenfalls für das schweizerische Recht – schwer mit dem Umstand vereinbaren lässt, dass der Pflege- und Betreuungsaufwand durch Angehörige im Haftpflichtrecht als normativer Schaden entschädigt wird, wobei sich die Schadensschätzung am Lohn einer Krankenschwester orientiert.[1180]

602 Für die Beurteilung, ob ein Vorkaufsfall eingetreten ist oder nicht, kann meines Erachtens nur die Frage **entscheidend** sein, **ob man es – wirtschaftlich betrachtet – noch immer mit einem Verkauf zu tun hat.** Dies kann man mit guten Gründen in denjenigen Fällen verneinen, bei denen es dem Veräusserer massgeblich auf die Gegenleistung des Erwerbers ankommt, die nicht oder nicht ausschliesslich in Geld besteht.[1181] Da allerdings in einem Kaufvertrag nur eine die Kaufpreisschuld *ergänzende* Nebenleistungspflicht vereinbart werden kann, ansonsten die rechtliche Qualifikation als (reiner) Kaufvertrag entfällt,[1182] er-

---

ältere Literatur nehmen freilich noch Bezug auf die damals in Kraft gewesene Vorgängerbestimmung von § 466 BGB, nämlich § 507 aBGB.

1178 Vgl. bereits zuvor Nr. 598.

1179 RGZ 121, 137 ff. (140); WESTERMANN, MünchK, N 2 zu § 466 BGB; SOERGEL/WERTENBRUCH, N 3 zu § 466 BGB; VON STAUDINGER/MADER, N 2b zu § 466 BGB.

1180 Siehe dazu BGer 4C.276/2001 vom 26. März 2002, E. 6b/aa; REY, Haftpflichtrecht, Nr. 263.

1181 Vgl. unten Nr. 677.

1182 Vgl. GIGER, BK, N 156 in fine zu Art. 184 OR.

scheint diese Nebenleistung als von vornherein von derart untergeordneter Bedeutung, dass meines Erachtens die Annahme ausser Betracht fällt, der Veräusserer habe sein Grundstück massgeblich wegen dieser Nebenleistung veräussert.[1183] Deswegen hindert es nach der hier vertretenen Ansicht den Eintritt des Vorkaufsfalls nicht, wenn die Nebenleistung nicht in Geld schätzbar ist und vom Vorkaufsberechtigten nicht in natura erbracht werden kann. Vielmehr entfällt die Nebenleistungspflicht ersatzlos, wenn der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht. So ist denn auch dem Bundesgericht im Ergebnis beizupflichten, dass die im Kaufvertrag enthaltene Verpflichtung zur persönlichen Führung des Bäckereigewerbes, welcher der Vorkaufsberechtigte nicht nachleben kann, dem Eintritt des Vorkaufsfalls nicht entgegensteht.[1184]

6. Ausnahmen

603 Bisweilen wird in der Lehre und Rechtsprechung betont, dass nicht immer dann, wenn der Form nach ein Kaufvertrag abgeschlossen wird, auch tatsächlich ein Vorkaufsfall vorliegt.[1185] Mit anderen Worten löst ein **Grundstückkaufvertrag ausnahmsweise keinen Vorkaufsfall** aus. Unter diesem Gesichtspunkt sind meines Erachtens folgende Fälle zu diskutieren: Zunächst einmal geht es um die Sperrwirkung von Art. 681 Abs. 2 ZGB (A), um die Sperrwirkung von Art. 216c Abs. 2 OR (B) und um die Sperrwirkung durch die «ökonomische Betrachtungsweise» (C). Dann stellt sich die Frage nach der Ausnahme vom Vorkaufsfall beim sogenannten Verwandten- bzw. Kindskauf (D). Und schliesslich wird gemeinhin eine Ausnahme vom Vorkaufsfall befürwortet, wenn bei der Veräusserung die Person des Erwerbers im Vordergrund steht (E).

A) Sperrwirkung von Art. 681 Abs. 2 ZGB

604 Gemäss Art. 681 Abs. 2 ZGB entfällt das Vorkaufsrecht, wenn das Grundstück an eine Person veräussert wird, der ein Vorkaufsrecht im gleichen oder in einem vorderen Rang zusteht. Gemäss Art. 681 Abs. 3 Satz 2 ZGB gehen die gesetzlichen Vorkaufsrechte den vertraglichen vor. Zwischen zwei vertraglichen, vorgemerkten Vorkaufsrechten bestimmt sich das Rangverhältnis nach dem Prinzip der Alterspriorität.[1186] Die **Veräusserung des Grundstücks an einen im glei-**

1183 Siehe auch SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 82 Fn. 21, der von einer «Umkehrung der Vermutung gegenüber BGB § 507 [heute: § 466 BGB]» spricht und damit grundsätzlich ebenso davon ausgeht, dass der Drittvertrag auch ohne Nebenleistung abgeschlossen worden wäre. Vgl. ferner VISCHER, S. 85 f.

1184 BGE 89 II 444 ff. (448 f.), E. 3.

1185 BGE 120 V 10 ff. (13), E. 3; 89 II 444 ff. (446), E. 1; MEIER-HAYOZ, ZBGR 1964, S. 267.

1186 Vgl. unten Nr. 877.

chen oder in einem vorderen Rang Vorkaufsberechtigten stellt somit keinen Vorkaufsfall dar.[1187] So löst namentlich die Veräusserung eines Miteigentumsanteils an einen anderen Miteigentümer keinen Vorkaufsfall aus. Dies ergibt sich auch aus Art. 682 Abs. 1 Satz 1 ZGB, wonach das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer nur gegenüber jedem «Nichtmiteigentümer» geltend gemacht werden kann.

605 Dies gilt auch **beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis.** Die Veräusserung eines Stockwerkanteils an einen anderen Stockwerkeigentümer stellt für die im gleichen Rang berechtigten übrigen Stockwerkeigentümer keinen Vorkaufsfall dar.[1188] Dies kommt auch in Art. 712c Abs. 1 ZGB zum Ausdruck, wo vom «Vorkaufsrecht gegenüber jedem Dritten, der einen Anteil erwirbt», die Rede ist. Indem das Gesetz von «Stockwerkeigentümer» einerseits und «Drittem» andererseits spricht, bringt es bereits sprachlich zum Ausdruck, dass mit dem «Dritten» nur ein Nichtstockwerkeigentümer gemeint sein kann. Allerdings bleibt stets eine im Zusammenhang mit der Begründung des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis allfällig eingeführte Rangordnung zu beachten.[1189] Nur bei einer Veräusserung an einen im gleichen oder in einem vorderen Rang berechtigten Stockwerkeigentümer entfällt der Vorkaufsfall für die übrigen Stockwerkeigentümer.

B) Sperrwirkung von Art. 216c Abs. 2 OR

606 Art. 216c Abs. 2 OR enthält eine Aufzählung von Tatbeständen, die keinen Vorkaufsfall auslösen.[1190] Diese Aufzählung führt meines Erachtens zu einer Sperrwirkung für den Eintritt des Vorkaufsfalls. Kann ein Veräusserungsgeschäft – auch wenn es in der Form eines Kaufvertrags daherkommt – unter eine der **Tatbestandsvarianten von Art. 216c Abs. 2 OR** subsumiert werden, liegt kein Vorkaufsfall vor, so beispielsweise wenn das Gemeinwesen mit dem Grundeigentümer einen Kaufvertrag abschliesst, um das Grundstück zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu erwerben.[1191]

C) Sperrwirkung der «ökonomischen Betrachtungsweise»

607 Wie noch darzulegen sein wird, ist nach der hier vertretenen Auffassung mit Art. 216c Abs. 1 OR eine «ökonomische Betrachtungsweise» eingeführt worden mit der Konsequenz, dass für jedes Rechtsgeschäft aus wirtschaftlicher Sicht beurteilt werden muss, ob es einem Verkauf gleichkommt und somit einen Vorkaufs-

---

1187 Vgl. BSK ZGB II-REY/STREBEL, N 9 zu Art. 681.
1188 WERMELINGER, ZK, N 26 zu Art. 712c ZGB.
1189 Vgl. oben Nr. 215 in fine.
1190 Vgl. unten Nr. 613 ff.
1191 Vgl. unten Nr. 634.

fall darstellt.[1192] Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass ein Vorkaufsfall ausscheidet, wenn zwar formal ein Kaufvertrag abgeschlossen wird, dieser aber **wirtschaftlich betrachtet nicht einem Kaufvertrag entspricht.** Dies ist namentlich der Fall beim Abschluss eines Kaufvertrags zwischen wirtschaftlich identischen Parteien.[1193] Insofern führt auch die «ökonomische Betrachtungsweise» zu einer Sperrwirkung für den Eintritt des Vorkaufsfalls.

D) Zum sogenannten Verwandten- bzw. Kindskauf im Besonderen

608 Von einem **Verwandten- bzw. Kindskauf** spricht man, wenn das Grundstück an einen präsumtiven gesetzlichen Erben veräussert wird. Gemäss der *herrschenden Lehre und Rechtsprechung* liegt diesfalls kein Vorkaufsfall vor, da mit einem solchen Verkauf bloss die Erbfolge vorweggenommen wird.[1194] Das Bundesgericht spricht denn auch von einer «Antizipation der Erbfolge».[1195] Auch die Botschaft erwähnt, dass ein Vorkaufsfall bei einer erbrechtlich motivierten Veräusserung ausgeschlossen sei.[1196]

609 Da weder der Erbgang noch die Erbteilung einen Vorkaufsfall auslösen,[1197] erscheint diese Auffassung prima vista naheliegend. Man könnte insofern auch eine Sperrwirkung für den Verwandten- bzw. Kindskauf annehmen. Allerdings bestehen durchaus strukturelle Unterscheide zwischen dem Erbgang und der Erbteilung einerseits und der antizipierten Erbfolge andererseits: Während bei einer antizipierten Erbfolge eine Veräusserung des Grundstücks stattfindet, da das Grundstück zu Lebzeiten vom präsumtiven Erblasser auf den präsumtiven Erben übertragen wird, liegen im Fall des Erbgangs und der Erbteilung gar keine Veräusserungstatbestände vor, weil es sich um eine Universalsukzession (beim Erbgang) bzw. um eine wechselseitige Aufgabe von Gesamtrechten zugunsten der Rechtskonsolidation eines Alleinberechtigten handelt (bei der Erbtei-

---

1192 Vgl. unten Nr. 647 ff.

1193 Vgl. unten Nr. 666 ff.

1194 BGE 120 V 10 ff. (13), E. 3; 87 II 263 ff. (268 f.), E. 3; 70 II 149 ff. (151 ff.); BÄR, S. 89; KOLLER, Vorkaufsberechtigung, S. 753 f.; GIGER, BK, N 122 zu Art. 216 OR; HAAB, ZK, N 32 zu Art. 681/82 ZGB; HESS, BSK, N 3 und 11 zu Art. 216c OR; JÄGGI, S. 67; MEIER-HAYOZ, BK, N 145 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 269; MÜLLER, S. 225; REY, Eigentum, Nr. 1262; SCHMID, Neuerungen, S. 79; SIMONIUS/SUTTER, N 62 zu § 11; SUTTER, S. 279; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b; STREBEL, Nr. 409 ff. und 417; WISSMANN, Nr. 1454; kritisch aber CR OR I-FOËX, N 3 zu Art. 216c.

1195 BGE 44 II 380 ff. (388), E. 2.

1196 BBl 1988 III 1079.

1197 Vgl. unten Nr. 614 ff. und 730.

lung).[1198] Dennoch darf die **Frage** gestellt werden, ob der Tatbestand der Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung, der in Art. 216c Abs. 2 OR vom Vorkaufsfall ausgenommen wird, nicht in einem ausgedehnteren Sinn zu verstehen ist, sodass auch die antizipierte Erbfolge darunter zu subsumieren ist und insoweit von **der Sperrwirkung von Art. 216c Abs. 2 OR** profitiert.

610 Problematisch ist allerdings, dass der **Begriff der «antizipierten Erbfolge»** in der erbrechtlichen Literatur alles andere als einheitlich gebraucht wird. HAGEMANN verwendet beispielsweise den Begriff der «antizipierten Erbfolge» im Zusammenhang mit Art. 534 ZGB, also für jene Fälle, in denen ein in einem Erbvertrag eingesetzter Erbe bereits zu Lebzeiten vom Erblasser dessen Vermögen ganz oder teilweise übertragen erhält.[1199] Nach der Auffassung von EITEL dagegen kann bei einem engen Begriffsverständnis nur dann von «antizipierter Erbfolge» gesprochen werden, wenn zusammen mit der lebzeitigen Zuwendung «eine *definitive* Regelung der Erbfolge einhergeht», das heisst, wenn der präsumtive Erblasser mit dem Zuwendungsempfänger zugleich einen Erbverzicht vereinbart.[1200] In einem weiteren Begriffsverständnis verwendet EITEL dagegen den Begriff der «antizipierten Erbfolge» als Synonym für den Begriff der ausgleichungspflichtigen Zuwendung.[1201] Charakteristisches Merkmal einer ausgleichungspflichtigen Zuwendung sei die (zumindest teilweise) Unentgeltlichkeit.[1202] Von diesem letzteren Verständnis schien meines Erachtens zunächst auch das Bundesgericht auszugehen, als es im Zusammenhang mit dem Verwandten- bzw. Kindskauf von einer «Antizipation der Erbfolge» sprach.[1203] Denn in diesem Entscheid hatte das Bundesgericht gefordert, dass der Wille des Veräusserers darauf abzielen müsse, den Käufer wegen seiner Eigenschaft als Erben «zu begünstigen», und differenzierte deshalb danach, ob die Veräusserung «mit Rücksicht auf das künftige Erbrecht erfolgte» oder ob «ein gewöhnlicher Verkauf vorliege, bei dem nur zufällig ein Erbe als Käufer auftritt». In einem späteren Urteil vertrat das Bundesgericht hingegen die Auffassung, dass ein Verwandten- bzw. Kindskauf selbst dann keinen Vorkaufsfall auslöse, wenn mit der Veräusserung zu Lebzeiten keine geldmässige Begünstigung verbunden sei, sofern dennoch erbrechtliche Motive vorliegen, namentlich wenn der Veräusserer bezwecke, «dass die Kaufsache gerade diesem Erben zukomme und nicht bei der dereinstigen Teilung einem andern zugeteilt oder aber versilbert

1198 Vgl. unten Nr. 614 und 730.
1199 HAGEMANN, S. 213 ff.
1200 EITEL, N 39 zu § 5.
1201 EITEL, N 46 zu § 5.
1202 EITEL, N 4 zu § 11.
1203 Siehe BGE 44 II 380 ff. (388), E. 2.

werde», sodass «eine Vorwegnahme einer partiellen Regelung der Erbfolge, nämlich der Ausführung einer Teilungsvorschrift (Art. 608 ZGB)» bestehe.[1204]

611 Auch wenn zugegebenermassen nicht jede Erbfolge mit einem vermögensmässigen Vorteil verbunden sein muss – an einem vermögensmässigen Vorteil mangelt es namentlich dann, wenn die Erbschaft überschuldet ist (und sie vom Erben nicht ausgeschlagen wird) oder die Aktiven und Passiven der Erbschaft sich die Waage halten –, scheint mir die letzte Praxis des Bundesgerichts doch zu weit zu gehen. Denn in einem solchen Fall kann man selbst bei einem weiten Begriffsverständnis im Sinne EITELS nicht mehr von einer antizipierten Erbfolge sprechen, da es am **Merkmal der (zumindest teilweisen) Unentgeltlichkeit** fehlt. Es erscheint mir auch nicht sachgerecht, den Vorkaufsberechtigten zurücktreten zu lassen, wenn der Grundeigentümer sein Grundstück zum Verkehrswert an einen präsumtiven Erben verkauft. Denn durch den Verkauf zum Verkehrswert gibt der Veräusserer geradezu zu erkennen, dass er den Käufer nicht bevorzugt behandeln will, sodass – im Sinn der ursprünglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung[1205] – «ein gewöhnlicher Verkauf vorlieg[t], bei dem nur zufällig ein Erbe als Käufer auftritt». *Meines Erachtens* darf man bei einem Verwandten- bzw. Kindskauf nur dann den Eintritt des Vorkaufsfalls verneinen, wenn mit der Veräusserung eine geldmässige Begünstigung des Käufers verbunden ist.[1206] Damit gelangt man zu einem Ergebnis, das sich bereits aus dem Umstand ergibt, dass eine gemischte Schenkung keinen Vorkaufsfall darstellt,[1207] sodass es dieses Umwegs über den Ausnahmetatbestand des Verwanden- bzw. Kindskaufs gar nicht bedarf.

E) Massgeblichkeit der Person des Erwerbers?

612 Lehre und Rechtsprechung stellen sich sodann auf den Standpunkt, dass ein Vorkaufsfall ausser Betracht fällt, wenn bei einem Verkauf die Person des Erwerbers im Vordergrund steht.[1208] Diese Auffassung ist in dieser Absolutheit **abzulehnen.**[1209] Wollte man dies tatsächlich so handhaben, so müsste eine Ausnahme vom Vorkaufsfall nicht nur bei verwandtschaftlichen, sondern auch bei freundschaftlichen Beziehungen angenommen werden.[1210] Damit aber würden

---

1204 Siehe BGE 70 II 149 ff. (153); vgl. auch STREBEL, Nr. 411.

1205 Siehe BGE 44 II 380 ff. (388), E. 2.

1206 In diese Richtung geht auch BSK OR I-FASEL, N 4 zu Art. 216c.

1207 Vgl. unten Nr. 673.

1208 BGE 70 II 149 ff. (151); BGer 4A_22/2010 vom 15. April 2010, E. 3; BÄR, S. 89 f.; KOLLER, Vorkaufsberechtigung, S. 754; HESS, BSK, N 9 zu Art. 216c OR; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731; siehe auch BBl 1988 III 1079.

1209 Zu Recht kritisch CR OR I-FOËX, N 8 zu Art. 216c; DERSELBE, Not@lex 2010, S. 85 f.

1210 So in der Tat GHANDCHI, S. 193 Fn. 551.

der Umgehung des Vorkaufsrechts Tür und Tor geöffnet. Mit Ausnahme der rein wirtschaftlich denkenden Handelsgesellschaften dürfte zudem für jeden Eigentümer eines Grundstücks bei dessen Veräusserung die Person des Erwerbers in einem mehr oder weniger starken Ausmass eine Rolle spielen. Scharfe Abgrenzungskriterien aber, um zu bestimmen, wann im Einzelfall nun die Person des Erwerbers *im Vordergrund* steht, fehlen. Deshalb muss sich im Ergebnis diese Ausnahme auf diejenigen Fälle reduzieren, in denen der Veräusserer das Grundstück dem Erwerber (zumindest teilweise) unentgeltlich überträgt.[1211] Diesfalls liegt aber kein Vorkaufsfall vor, weil es sich bei der (gemischten) Schenkung aus wirtschaftlicher Sicht nicht um ein dem Verkauf gleichkommendes Rechtsgeschäft handelt.[1212] Dass es dem Veräusserer auf die Person des Erwerbers nicht ankommen darf, verliert als Kriterium für die Annahme eines Vorkaufsfalls an eigenständiger Bedeutung.

III. Negative Umschreibung von Art. 216c Abs. 2 OR

613 Art. 216c Abs. 2 OR enthält eine Aufzählung von Tatbeständen, die **nicht als Vorkaufsfall gelten.** Erwähnt werden die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung (1.), die Zwangsversteigerung (2.) und der Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (3.). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend.[1213] Dafür spricht nicht nur der Wortlaut des Gesetzestextes («namentlich»), sondern auch der Umkehrschluss aus Art. 216c Abs. 1 OR: Letztlich fällt jedes Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf nicht gleich kommt, als Vorkaufsfall ausser Betracht.[1214]

1. Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung

614 Als Erstes erwähnt das Gesetz in Art. 216c Abs. 2 OR, dass die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung keinen Vorkaufsfall darstellt. Die **Erbteilung** erfolgt entweder durch Teilungsklage (Art. 604 ZGB) oder durch Teilungsvertrag (Art. 634 ZGB).[1215] Wie bereits andernorts ausgeführt wurde, handelt es sich bei der Erbteilung um eine wechselseitige Aufgabe von Gesamtrechten zugunsten der Rechtskonsolidation eines Alleinberechtigten.[1216] Die Erbteilung als Rechtsaufgabe stellt daher keine Veräusserung dar. Entsprechend ist sie auch

---

1211 In diesem Sinn nun auch BSK OR I-FASEL, N 4 zu Art. 216c.
1212 Vgl. unten Nr. 673.
1213 BGer 4A_22/2010 vom 15. April 2010, E. 3; BSK OR I-FASEL, N 8 zu Art. 216c.
1214 Vgl. unten Nr. 635.
1215 Vgl. im Einzelnen WOLF, S. 129 ff.
1216 Vgl. oben Nr. 113.

nicht als Vorkaufsfall zu qualifizieren.[1217] Dies hat der Gesetzgeber mit der Anordnung in Art. 216c Abs. 2 OR klargestellt.

615 Ein Vorkaufsfall ist aufgrund dieser Gesetzesvorschrift jedoch nur ausgeschlossen, sofern in der Erbteilung die **Zuweisung an einen Erben** erfolgt. Dagegen liegt ein Vorkaufsfall vor bzw. ist anhand der allgemeinen Grundsätze zu prüfen, ob ein Vorkaufsfall gegeben ist, wenn die Erbengemeinschaft das vorkaufsbelastete Grundstück an einen Dritten veräussert.[1218] Dasselbe gilt, wenn ein Erbe seinen Erbanteil im Sinn von Art. 635 Abs. 2 ZGB an einen Dritten veräussert. Hier besteht allerdings insofern eine Besonderheit, als der Vorkaufsfall erst im Zeitpunkt der Erbteilung und nur dann eintreten kann, wenn in dem auf den veräussernden Erben entfallenden Teilungsergebnis ein vorkaufsbelastetes Grundstück enthalten ist.[1219]

616 Art. 216c Abs. 2 OR erwähnt den **Erbgang** nicht. Dieser stellt als ausserrechtsgeschäftliches Ereignis aber ebenfalls keinen Vorkaufsfall dar. Darauf ist indes noch zurückzukommen.[1220]

2. Zwangsversteigerung

617 Was die Zwangsversteigerung anbelangt, so muss zwischen dem vertraglichen Vorkaufsrecht (A) und dem Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis (B) unterschieden werden.

A) Beim vertraglichen Vorkaufsrecht

618 Für das vertragliche Vorkaufsrecht nimmt Art. 216c Abs. 2 OR als Zweites die Zwangsversteigerung vom Vorkaufsfall aus.[1221] Der deutsche Gesetzeswortlaut spricht zwar von «Zwangsversteigerung»,[1222] doch ist dieser Begriff im Sinn des französischsprachigen Gesetzestextes («réalisation forcée») in einem allgemeineren Sinn als **Zwangsverwertung** aufzufassen. Vom Vorkaufsfall ausgeschlossen ist somit nicht nur die vollstreckungsrechtliche Versteigerung, sondern auch

---

1217 STREBEL, Nr. 315; WOLF, S. 333. So bereits unter dem alten Recht BGE 115 II 175 ff. (179), E. 4a; MEIER-HAYOZ, BK, N 168 zu Art. 681 ZGB.

1218 BBl 1988 III 1079; BSK OR I-FASEL, N 8 zu Art. 216d; STREBEL, Nr. 317 f.; vgl. bereits MEIER-HAYOZ, BK, N 168 zu Art. 681 ZGB.

1219 Vgl. auch unten Nr. 653.

1220 Vgl. unten Nr. 730.

1221 Vgl. bereits für das alte Recht BGE 44 II 362 ff. (369 ff.).

1222 Vgl. auch den italienischen Gesetzeswortlaut: «incanto forzato».

die freihändige Veräusserung des Grundstücks im Rahmen eines Zwangsverwertungsverfahrens.[1223]

619 Dies **gilt** freilich nur **für das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht.** Denn für die gesetzlichen Vorkaufsrechte statuiert die Spezialbestimmung von Art. 681 Abs. 1 Teilsatz 1 ZGB gerade gegenteilig, dass die Zwangsversteigerung einen Vorkaufsfall darstellt.

620 Mit Art. 216c Abs. 2 OR erhält Art. 51 Abs. 1 VZG, wonach vertragliche Vorkaufsrechte bei der Zwangsversteigerung nicht ausgeübt werden können, eine formell-gesetzliche Grundlage.[1224] Diese Rechtslage ist de lege lata so hinzunehmen. Es bleibt einzig festzuhalten, dass für die Ungleichbehandlung von gesetzlichem und vorgemerktem vertraglichem Vorkaufsrecht keine sachliche Rechtfertigung besteht.[1225] Aus diesem Grund ist **de lege ferenda** zu fordern, dass auch das vorgemerkte vertragliche Vorkaufsrecht anlässlich der Zwangsverwertung ausgeübt werden kann – wenn auch nur an der Steigerung selbst und zu den Bedingungen, zu welchen das Grundstück dem Ersteigerer zugeschlagen wird (vgl. Art. 681 Abs. 1 Teilsatz 1 ZGB).[1226]

B) Beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis

621 Das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis nimmt nach dem Gesagten insofern eine Sonderstellung ein, als es zwar rechtsgeschäftlich begründet wird, aber von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her dem gesetzlichen Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis nachgebildet ist. Diese Nachbildung reicht soweit, als ihr nicht der Umstand entgegensteht, dass das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis eben rechtsgeschäftlich vereinbart und – um Dritten gegenüber wirksam zu sein – im Grundbuch vorgemerkt werden muss.[1227] Es stellt sich nun die Frage, ob diese Angleichung an das Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis auch für den Vorkaufsfall gilt. Denn beim gesetzlichen **Vorkaufsrecht der Miteigentümer** löst die **Zwangsversteigerung** eines Miteigentumsanteils gemäss Art. 681 Abs. 1 Teilsatz 1 ZGB **einen Vorkaufsfall** aus. Es kann diesfalls «aber nur an der Steigerung selbst und zu den Bedingungen, zu welchen das Grundstück dem Ersteigerer zugeschlagen wird», ausgeübt werden.

1223 Siehe BGE 126 III 93 ff. (94), E. 2a; BRÜCKNER, Nr. 85 Fn. 85; CR OR I-FOËX, N 13 zu Art. 216c; REY, ZSR 1994, S. 49 f. Fn. 54. Vgl. bereits unter dem alten Recht MEIER-HAYOZ, BK, N 163 f. zu Art. 681 ZGB.

1224 BBl 1988 III 1080.

1225 Siehe die berechtigte Kritik von SIMONIUS/SUTTER, N 63 zu § 11.

1226 So bereits der Vorschlag gemäss dem Bericht der Expertenkommission, S. 139.

1227 Vgl. dazu oben Nr. 471 f.

Diese Frage hat das **Bundesgericht als Verordnungsgeber** in Art. 73g Abs. 3 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 VZG negativ entschieden. Danach wird das nach Art. 712c Abs. 1 ZGB errichtete Vorkaufsrecht wie das vertraglich begründete und im Grundbuch vorgemerkte Vorkaufsrecht behandelt. Dies bedeutet, dass es insbesondere bei der Zwangsversteigerung nicht ausgeübt werden kann. Die Legiferierungskompetenz des Bundesgerichts stützt sich auf Art. 15 Abs. 2 SchKG. In Anbetracht des gesetzgeberischen Entscheids des Bundesgerichts verneint die herrschende Lehre für das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis einen Vorkaufsfall bei der Zwangsverwertung.[1228] De lege ferenda fordern aber vereinzelte Stimmen, dass die Ungleichbehandlung in der Zwangsvollstreckung zwischen dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer und dem rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer aufgegeben wird.[1229] 622

Die Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG) muss sich als unselbständige Verordnung im Rahmen des höherrangigen Gesetzesrechts bewegen. Dabei hat sie nicht nur das SchKG, um dessen Ausführung es im Eigentlichen geht, sondern auch das ZGB zu beachten. Verstösst eine Bestimmung des VZG gegen höherrangiges Gesetzesrecht, so ist ihr im konkreten Fall die Anwendung zu versagen.[1230] Und meines Erachtens muss man Art. 73g Abs. 3 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 VZG die **Gesetzeskonformität absprechen,** da diese Regelung der ratio legis von Art. 712c Abs. 1 ZGB und der Rechtsnatur des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis widerspricht. Der Grund, warum die Miteigentümer ihr gesetzliches Vorkaufsrecht auch anlässlich der Zwangsversteigerung ausüben können, liegt darin, dass der Gesetzgeber den übrigen Miteigentümern eine Handhabe einräumen wollte, um den Eintritt missliebiger Dritter in das Gemeinschaftsverhältnis zu verhindern. Dieselbe Interessenlage besteht auch beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis, wenn sich die Stockwerkeigentümer dazu entscheiden, ein solches einzuführen.[1231] Da das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis nach dem Gesagten von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her möglichst dem gesetzlichen Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis nachgebildet ist, muss es meines Erachtens auch anlässlich einer Zwangsversteigerung ausgeübt werden können. Zu fordern ist immerhin, dass es sich um ein im Grundbuch vorgemerktes Vorkaufsrecht handelt, weil es ansonsten an der Publizität fehlt, auf die der Steigerungsleiter angewiesen ist. 623

1228 MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 12 ff. zu Art. 712c ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1220a; WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft, S. 525; WERMELINGER, ZK, N 16 und 39 zu Art. 712c ZGB; a.M. BSK ZGB II-BÖSCH, N 6 zu Art. 712c; MOOSER, S. 125 f.

1229 ISLER, S. 45 Fn. 31; MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 53 zu Art. 712c ZGB.

1230 Vgl. BGE 121 III 97 ff. (99), E. 2c und 4c, betreffend Art. 20 Abs. 2 aGBV; siehe auch HÄFELIN/HALLER/KELLER, Nr. 2076.

1231 Vgl. oben Nr. 470 f. Siehe auch MOOSER, S. 126.

3. Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben

624 Als dritte Tatbestandsvariante nimmt Art. 216c Abs. 2 OR den Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vom Vorkaufsfall aus. Diese Tatbestandsvariante ist in einem weiten Sinn zu verstehen und kann unterteilt werden in die Enteignung (A), den enteignungsähnlichen Verkauf (B) sowie den sonstigen Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (C).

A) Enteignung

625 Was bereits unter dem bisherigen Recht anerkannt war, gilt nach dem Inkrafttreten von Art. 216c Abs. 2 OR weiterhin: Die **formelle Enteignung** stellt keinen Vorkaufsfall dar.[1232] Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der formellen Enteignung: Zweck der Enteignung ist es, dem Enteigner die zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe notwendigen Rechte, namentlich das Grundeigentum, zu verschaffen.[1233] Sie darf nur erfolgen, wenn das öffentliche Interesse das Interesse des Grundeigentümers überwiegt.[1234] Bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der Enteignung muss folgerichtig auch das Interesse des Vorkaufsberechtigten hintanstehen.

626 Auch der **Verkauf des Grundstücks,** der vorgenommen wird, **um einer formellen Enteignung zuvorzukommen,** stellt keinen Vorkaufsfall dar.[1235] Dies ergibt sich aus der Sperrwirkung von Art. 216c Abs. 2 OR.[1236] Vorausgesetzt ist allerdings, dass der Verkauf an eine Person erfolgt, die über ein Enteignungsrecht verfügt und für das veräusserte Grundstück von diesem Enteignungsrecht Gebrauch machen könnte.

627 Der Enteignete oder der Enteigner kann unter bestimmten Voraussetzungen die **Ausdehnung der formellen Enteignung** beantragen mit der Konsequenz, dass statt einer Teilfläche eine Gesamtfläche enteignet wird. Dem *Enteigneten* steht dieses Begehren zu, wenn durch die beabsichtigte Teilenteignung eines oder mehrerer Grundstücke die bestimmungsgemässe Verwendung des verbleibenden Teils verunmöglicht oder unverhältnismässig erschwert wird (Art. 12 Abs. 1 EntG; § 12 Abs. 1 EntG/LU). Der *Enteigner* kann dieses Begehren stellen, wenn bei einer Teilenteignung die Entschädigung für die Wertverminderung des Restes mehr als ein Drittel seines Wertes beträgt (Art. 13 Abs. 1 EntG; vgl. auch § 13 Abs. 1 EntG/LU mit leicht anderen Tatbestandsvoraussetzungen). Meines Erachtens löst dies den Vorkaufsfall in Bezug auf den ausgedehnten Teil der

---

1232 BBl 1988 III 1079; BSK OR I-FASEL, N 8 zu Art. 216c; STREBEL, Nr. 436 ff. Vgl. bereits unter dem alten Recht MEIER-HAYOZ, BK, N 162 zu Art. 681 ZGB.

1233 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2070.

1234 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2104.

1235 BBl 1988 III 1079; BSK OR I-FASEL, N 8 zu Art. 216c; STREBEL, Nr. 466 ff.

1236 Vgl. bereits oben Nr. 606.

enteigneten Grundstücksfläche aus.[1237] Für diesen Teil der Grundstücksfläche besteht kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Enteignung. Vielmehr werden die vermögenswerten Interessen entweder des Enteigneten oder des Enteigners geschützt. Diese vermögenswerten Interessen bleiben aber auch gewahrt, wenn man den Vorkaufsberechtigten – der beispielsweise als unmittelbarer Nachbar des enteigneten Grundstücks durchaus ein Verwendungsinteresse für den ausgedehnten Teil der enteigneten Grundstücksfläche haben kann – sein Vorkaufsrecht ausüben und für den Erwerb des Grundeigentums bezahlen lässt.

628 Die **materielle Enteignung** stellt keinen Vorkaufsfall dar. Dass es hier an einer Übertragung des formellen Grundeigentums fehlt,[1238] darf in Anwendung der «ökonomischen Betrachtungsweise» für den Ausschluss des Vorkaufsfalls zwar keine Rolle spielen.[1239] Gleich wie die formelle Enteignung darf die materielle Enteignung aber nur dann erfolgen, wenn das öffentliche Interesse das Interesse des Grundeigentümers überwiegt.[1240] Bei einem überwiegenden öffentlichen Interesse an der materiellen Enteignung muss folgerichtig auch das Interesse des Vorkaufsberechtigten hintanstehen.

629 Gewisse kantonale Enteignungsgesetze gestatten allerdings dem materiell Enteigneten, die **Ergänzung der materiellen Enteignung** durch eine formelle Enteignung zu verlangen, wenn ihm durch die materielle Enteignung die bestimmungsgemässe Verwendung des Grundstückes verunmöglicht oder unverhältnismässig erschwert wird (vgl. § 81 Abs. 1 EntG/LU). Eine solche Ergänzung der materiellen Enteignung durch eine formelle Enteignung löst einen Vorkaufsfall aus.[1241] Hier besteht dieselbe Interessenlage wie bei der zuvor umschriebenen Ausdehnung der formellen Enteignung.[1242] Von alleine versteht sich, dass der Vorkaufsberechtigte das Grundeigentum nur mit der – die materielle Enteignung auslösenden – öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung erwerben kann.

B) Enteignungsähnlicher Verkauf

630 Unter einem **enteignungsähnlichen Verkauf** versteht die bundesrätliche Botschaft insbesondere die Veräusserung zum Zweck der Bodenverbesserung nach Art. 703 ZGB,[1243] auch Landumlegung genannt.[1244] Die verschiedenen Landumlegungsverfahren haben gemeinsam, dass sie einerseits im öffentlichen Interesse

1237 A.M. STREBEL, Nr. 440 ff.
1238 Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2161.
1239 Vgl. unten Nr. 647.
1240 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 2173 ff.
1241 Diesbezüglich gl.M. STREBEL, Nr. 445 ff.
1242 Vgl. oben Nr. 627.
1243 BBl 1988 III 1079.
1244 Vgl. dazu HÄNNI, S. 255 ff.

liegen und andererseits durchaus gegen den Willen des betroffenen Grundeigentümers durchgesetzt werden können.[1245] Damit weisen sie Gemeinsamkeiten zur formellen Enteignung auf. Das rechtfertigt es, auch hier den Vorkaufsfall auszuschliessen.[1246]

631 Aus der Sperrwirkung von Art. 216c Abs. 2 OR ergibt sich sodann,[1247] dass der freiwillige **Verkauf zum Zweck der Grenzverbesserung und Grenzbereinigung** keinen Vorkaufsfall darstellt.[1248] Dies gilt meines Erachtens aber nur, sofern im Einzelfall auch die Voraussetzungen für die Durchführung des öffentlich-rechtlichen Verfahrens zur Landumlegung bzw. Grenzregulierung erfüllt wären.

C) Sonstiger Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben

632 Das Gesetz nimmt in Art. 216c Abs. 2 OR ausdrücklich den «Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben» vom Vorkaufsfall aus. Die Botschaft erwähnt, dass dieses Kriterium «bewusst über den Tatbestand der Enteignung und des enteignungsähnlichen Geschäfts hinaus[geht]».[1249] Es ist also nicht erforderlich, dass die Veräusserung des Grundstücks zwecks Vermeidung einer drohenden Enteignung erfolgt.[1250] Damit hat der Gesetzgeber den Kreis der Tatbestände, die vom Vorkaufsfall ausgenommen sind, **gegenüber der bisherigen Rechtslage erweitert.**[1251]

633 Für die «Beantwortung der Frage, was als öffentliche Aufgabe gilt», verweist die Botschaft auf Art. 63 Abs. 1 lit. g des damaligen Entwurfs zum BGBB.[1252] Diese Gesetzesbestimmung ist indessen als Art. 65 Abs. 1 BGBB in stark veränderter Form in Kraft getreten. Zudem regelt dieser Artikel nicht, was als öffentliche Aufgabe zu gelten hat, sondern vielmehr, wann der Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes oder Grundstücks durch das Gemeinwesen oder dessen Anstalten zu bewilligen ist. Die Materialien geben im vorliegenden Zusammenhang somit keinen klaren Aufschluss darüber, was unter dem Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu verstehen ist, weshalb sie bei der Auslegung dieser Tatbestandsvariante von Art. 216c Abs. 2 OR nicht berücksichtigt werden

---

1245 Vgl. dazu HÄNNI, S. 256 f.

1246 BBl 1988 III 1079; BSK OR I-FASEL, N 8 zu Art. 216c; STREBEL, Nr. 464 f. Vgl. bereits unter dem alten Recht MEIER-HAYOZ, BK, N 162 zu Art. 681 ZGB.

1247 Vgl. dazu oben Nr. 606.

1248 STREBEL, Nr. 472.

1249 BBl 1988 III 1079.

1250 STREBEL, Nr. 469.

1251 REY, ZSR 1994, S. 47 f.; STREBEL, Nr. 433.

1252 BBl 1988 III 1080. Vgl. den Wortlaut von Art. 63 Abs. 1 lit. g E-BGBB auf S. 1127 und die Erläuterungen dazu auf S. 1036 f.

können.[1253] Meines Erachtens darf daher bei der Auslegung, was als **«Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben»** zu gelten hat, weder auf die in Kraft getretene Bestimmung von Art. 65 Abs. 1 BGBB noch auf Art. 63 Abs. 1 lit. g E-BGBB abgestellt werden.[1254] Der Rekurs auf eine Bestimmung im BGBB rechtfertigt sich umso weniger, als Art. 216c Abs. 2 OR einen allgemeinen Anwendungsbereich hat und nicht auf den Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe oder Grundstücke beschränkt ist. Abzustellen ist vielmehr auf den Wortlaut von Art. 216c Abs. 2 OR, der vom Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben spricht. Als öffentliche Aufgabe gilt alles, was dem Gemeinwesen, dessen Anstalten oder auch Privaten[1255] durch Gesetz zur Besorgung übertragen wird.[1256] Grundsätzlich fällt der Erwerb zur Erfüllung irgendeiner öffentlichen Aufgabe unter den Tatbestand von Art. 216c Abs. 2 OR.[1257] Zu fordern ist immerhin, dass das Grundstück als Verwaltungsvermögen und nicht als Finanzvermögen (Kapitalanlage) erworben wird.[1258] Dies gilt es deswegen zu betonen, weil ein Erwerb von Finanzvermögen und nicht von Verwaltungsvermögen vorliegt, wenn das Grundstück bloss vorsorglich im Hinblick auf eine spätere Verwendung für öffentliche Aufgaben erworben wird.[1259] Ein solcher Erwerb löst nach den allgemeinen Grundsätzen einen Vorkaufsfall aus. Dieses Erfordernis ist deswegen gerechtfertigt, weil nur so sichergestellt wird, dass das erworbene Grundstück auch tatsächlich für die öffentliche Aufgabe verwendet wird.

634 Soweit ein Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben vorliegt, tritt kein Vorkaufsfall ein. Auch insofern besteht eine Sperrwirkung von Art. 216c Abs. 2 OR.[1260] Der **Vorkaufsberechtigte** kann von seinem Vorkaufsrecht keinen Gebrauch machen. Ihm steht auch **kein Schadenersatzanspruch** zu, weil es dem Vorkaufsbelasteten freigestellt ist, sein Grundstück dem Gemeinwesen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu verkaufen. Dies gilt es zu betonen gegenüber der in der Botschaft geäusserten Auffassung, wonach der Vorkaufsberechtigte sich an den Vorkaufsbelasteten halten kann, «wenn er sich auf den Standpunkt

---

1253 Vgl. BGE 136 III 23 ff. (37), E. 6.6.2.1, und HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Nr. 150, zur Tragweite der Vorarbeiten eines Gesetzes bei der Auslegung.

1254 Siehe auch CR OR I-FÖEX, N 13 Fn. 45 in fine zu Art. 216c. A.M. BGer 5C.29/2003 vom 9. Mai 2005, E. 3.1, und BGBB-BÜSSER/HOTZ, N 12 in fine zu Art. 43, die auf Art. 65 BGBB abstellen, und REY, ZSR 1994, S. 47 f., sowie STREBEL, Nr. 470, die auf Art. 63 Abs. 1 lit. g E-BGBB abstellen.

1255 Siehe dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 1509 ff.

1256 Vgl. GYGI, S. 21. Siehe nun auch RÜTSCHE, S. 157 ff.

1257 STREBEL, Nr. 433.

1258 STREBEL, Nr. 471. Zu weit geht daher meines Erachtens BGer 5A_121/2013 vom 2. Juli 2013, E. 3.4, wo der Erwerb eines verpachteten Grundstücks als öffentliche Aufgabe angeschaut wird, weil der «Ertrag von Gesetzes wegen für gemeinnützige Zwecke zu verwenden ist».

1259 SCHMITZ, S. 48.

1260 Vgl. bereits oben Nr. 606.

stellt, dass ihm für den – zumindest faktischen – Verlust des Vorkaufsrechts eine Entschädigung zusteht».[1261]

IV. Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt

635 In den bisherigen Ausführungen habe ich mich dem Vorkaufsfall von zwei Seiten her angenähert: Es ist in positiver Hinsicht erläutert worden, dass der Verkauf eines Grundstücks gemäss Art. 216c Abs. 1 OR grundsätzlich einen Vorkaufsfall darstellt,[1262] und es ist in negativer Hinsicht abgegrenzt worden, dass die Tatbestände von Art. 216c Abs. 2 OR keinen Vorkaufsfall auslösen.[1263] **Art. 216c Abs. 1 OR** ordnet nun als **zweite Tatbestandsvariante** an, dass jedes Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, einen Vorkaufsfall darstellt. Für die nachfolgenden Ausführungen verbleibt damit noch die Frage zu klären, wann ein Rechtsgeschäft wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Der Umkehrschluss aus dieser Formulierung ergibt aber auch, dass bei jedem Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf *nicht* gleichkommt, ein Vorkaufsfall ausscheidet.[1264]

636 Zunächst geht es mir darum, die Entstehungsgeschichte (1.) dieser zweiten Tatbestandsvariante aufzuzeigen. Anschliessend erörtere ich deren Interpretation in Lehre und Rechtsprechung (2.). Schliesslich komme ich auf das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommende Rechtsgeschäft (3.) im Einzelnen zu sprechen.

1. Entstehungsgeschichte

637 Um die Entstehungsgeschichte der zweiten Tatbestandsvariante von Art. 216c Abs. 1 OR zu verstehen, ist es dienlich, zunächst die frühere Lehre und Rechtsprechung zum Vorkaufsfall unter der Geltung des alten Rechts (A) darzustellen und anschliessend die Teilrevision des ZGB und des OR von 1991 (B) zu erörtern, welche diese Tatbestandsvariante geschaffen hat.

A) Frühere Lehre und Rechtsprechung zum Vorkaufsfall

638 Bereits unter der Geltung des alten Rechts hatte die von MEIER-HAYOZ massgeblich geprägte **Lehre** die Auffassung vertreten, dass für die Annahme eines Vorkaufsfalls nicht streng formal auf das Erfordernis eines Kaufvertrags abge-

---

1261 BBl 1988 III 1080.
1262 Vgl. oben Nr. 587 ff.
1263 Vgl. oben Nr. 613 ff.
1264 HESS, BSK, N 9 zu Art. 216c OR.

stellt werden müsse. Vielmehr könne auch dann ein Vorkaufsfall gegeben sein, wenn in einer «andern Rechtsform ein dem Kauf entsprechender wirtschaftlicher Erfolg erzielt» werde. Doch müsse auf alle Fälle ein **auf Eigentumsübertragung gerichteter entgeltlicher Vertrag** vorliegen.[1265] Die Gegenleistung könne dagegen in Form von Geld oder anderen vertretbaren Sachen erbracht werden.[1266] Mit anderen Worten wurde bei der Leistungspflicht des Dritten eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angestellt, sodass als Leistung nicht nur Geld (was für die rechtliche Qualifikation als Kaufvertrag unerlässliche Voraussetzung wäre[1267]), sondern auch andere vertretbare Sachen akzeptiert wurden. Was die Leistungspflicht des Vorkaufsbelasteten hingegen anbelangt, so wurde strikt am formalen Kriterium festgehalten, dass der Vertrag auf Übertragung des Eigentums gerichtet sein muss.

639 In BGE 92 II 160 ff. hatte das **Bundesgericht** auf diese Lehrmeinung von MEIER-HAYOZ Bezug genommen. Es führte aus, dass – auch wenn er das Erfordernis des Verkaufs nicht in einem technisch-juristischen Sinn verstanden haben wolle – nach der Auffassung dieses Autors für die Annahme eines Vorkaufsfalls der **Veräusserungsvertrag** auf alle Fälle **vom Vorkaufsbelasteten selbst abgeschlossen** worden sein **und sich auf das Vorkaufsobjekt beziehen** müsse. Daher verneinte es im zu beurteilenden Fall einen Vorkaufsfall.[1268] Dem Urteil lag der Sachverhalt zugrunde, in welchem der eine Aktiengesellschaft beherrschende Aktionär nahezu all seine Aktien an einen Dritten veräusserte. Die Aktiengesellschaft war Eigentümerin eines Grundstücks, das mit einem Vorkaufsrecht belastet war. Da nicht die Aktiengesellschaft ihr Grundeigentum, sondern der sie beherrschende Aktionär seine Aktien verkauft habe, sei das Eigentum am Grundstück, das mit dem Vorkaufsrecht belastet sei, von dieser Veräusserung nicht betroffen. An der rechtlichen Beurteilung des Bundesgerichts änderte auch die wirtschaftliche Identität zwischen der Gesellschaft und dem sie beherrschenden Aktionär nichts.[1269]

B) Teilrevision des ZGB und des OR von 1991

640 Mit dem Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachenrecht) und des OR (Grundstückkauf), in Kraft getreten am 1. Januar 1994, hat der Gesetzgeber mit Art. 216c OR erstmals eine Legaldefiniti-

---

1265 MEIER-HAYOZ, BK, N 173 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 267; siehe auch GIGER, BK, N 122 zu Art. 216 OR.

1266 MEIER-HAYOZ, BK, N 175 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 271; siehe auch BÄR, S. 89; HAAB, ZK, N 32 zu Art. 681/82 ZGB.

1267 Vgl. GIGER, BK, N 156 f. zu Art. 184 OR; SCHÖNLE/HIGI, ZK, N 84 f. zu Art. 184 OR.

1268 BGE 92 II 160 ff. (164 ff.), E. 2.

1269 BGE 92 II 160 ff. (166), E. 2.

on des Vorkaufsfalls eingeführt. Die Legaldefinition wurde von der **Expertenkommission** für die Revision des bäuerlichen Bodenrechts geschaffen. Diese führte in ihrem **Schlussbericht aus dem Jahr 1985** aus, dass die Formulierung in Art. 216a Abs. 1 E-OR (= Art. 216c Abs. 1 OR), wonach auch das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommende Rechtsgeschäft einen Vorkaufsfall bilde, neu sei und über die bisherige Praxis hinausgehe.[1270]

641 Die **bundesrätliche Botschaft aus dem Jahr 1988** führte bezüglich des neuen Art. 216c Abs. 1 OR aus, der Entwurf halte ausdrücklich fest, dass auch jedes andere Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkomme, als Vorkaufsfall gelte. Es könne aber nur im Einzelfall entschieden werden, ob bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine Gleichstellung mit einem Verkauf gerechtfertigt sei.[1271] Für Verwirrung sorgte die Botschaft allerdings, indem sie in diesem Zusammenhang auf den zuvor erwähnten BGE 92 II 160 ff. verwies,[1272] ohne diesen Verweis näher zu erläutern. Es blieb unklar, ob die Botschaft diese Rechtsprechung explizit bestätigen und damit gegenüber der Auffassung der Expertenkommission, wonach die Legaldefinition des Vorkaufsfalls zu einer Ausweitung gegenüber der bisherigen Praxis führe, zurückbuchstabieren wollte.

642 Schliesslich war noch während der laufenden Gesetzesrevision im Jahr **1989** ein **neues Bundesgerichtsurteil** ergangen, in dem sich das Bundesgericht mit dem Vorkaufsfall auseinandersetzte. Es führte aus: «Ob dieser Tatbestand erfüllt ist, beurteilt sich nicht nach formellen, sondern nach materiellen, wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Deshalb kann ein Vorkaufsfall durchaus bejaht werden, obgleich der Form nach kein Kauf abgeschlossen worden ist, nämlich dann, wenn mit einer anderen Rechtsform ein dem Kauf entsprechender wirtschaftlicher Zweck erzielt werden soll […]. Vorausgesetzt wird demnach ein Rechtsgeschäft, welches auf dem freien Willen des Veräusserers beruht und auf die Veräusserung einer Sache gegen Geld gerichtet ist […]. Diese Umschreibung des Vorkaufsfalles vermag all jene rechtsgeschäftlichen Vorgänge zu erfassen, die – bezogen auf den wirtschaftlichen Erfolg – einem Kauf gleichkommen. Das ist auch für die Frage des Umgehungsgeschäftes zu beachten. Durch die generell an Sinn und Zweck, insbesondere am wirtschaftlichen Gehalt des Geschäftes anknüpfende Betrachtungsweise kann sich daher ein selbständiger Tatbestand der Umgehung gar als entbehrlich erweisen.»[1273] Auch dieses Urteil sorgte nicht ohne Weiteres für Klarheit. Auf meine Interpretation dieses Urteils ist weiter unten zurückzukommen.[1274]

1270 Schlussbericht der Expertenkommission, S. 138 oben.
1271 BBl 1988 III 1079.
1272 Vgl. oben Nr. 639.
1273 BGE 115 II 175 ff. (178 f.), E. 4a und b.
1274 Vgl. unten Nr. 650.

2. Interpretation in Lehre und Rechtsprechung

Die zweite Tatbestandsvariante von Art. 216c Abs. 1 OR wird unterschiedlich interpretiert. Nach einer Darstellung der heutigen Lehre und Rechtsprechung (A) gebe ich meine eigene Stellungnahme (B) dazu ab. 643

A) Heutige Lehre und Rechtsprechung

Angesichts der verwirrenden Entstehungsgeschichte erstaunt es wenig, dass in der neueren Literatur umstritten ist, wie die zweite Tatbestandsvariante des Vorkaufsfalls in Art. 216c Abs. 1 OR zu verstehen ist. REY liefert **zwei Interpretationsvarianten** dafür, was man unter einem wirtschaftlich dem Verkauf gleichkommenden Rechtsgeschäft verstehen kann: Die eine Interpretationsvariante nennt er «finale Betrachtungsweise», die andere «ökonomische Betrachtungsweise».[1275] 644

Als **«finale Betrachtungsweise»** bezeichnet REY die der früheren Lehre und Rechtsprechung entsprechende Auffassung, wonach immer dann von einem dem Kaufvertrag wirtschaftlich gleichkommenden Rechtsgeschäft auszugehen sei, wenn dieses demselben Zweck diene wie ein Grundstückkaufvertrag, nämlich der entgeltlichen Eigentumsübertragung.[1276] Für die Annahme eines Vorkaufsfalls sei danach ein Veräusserungsvertrag erforderlich, der auf die Übertragung des sachenrechtlichen Grundeigentums abziele. Diesen Standpunkt nimmt denn auch derjenige Teil der Lehre ein, der die Auffassung vertritt, dass mit Art. 216c OR bloss die bereits vor 1994 entwickelte Lehre und Praxis zum Vorkaufsfall kodifiziert worden sei.[1277] Namentlich STEINAUER verlangt für die Annahme eines Vorkaufsfalls explizit ein Veräusserungsgeschäft, das auf die Übertragung des Grundeigentums gerichtet sei.[1278] Auch das Bundesgericht hat in einem neueren Urteil als Voraussetzung für einen Vorkaufsfall gefordert, dass ein Veräusserungsvertrag vorliegen müsse, der auf die Übertragung des Grundeigentums abziele.[1279] 645

Von einer **«ökonomischen Betrachtungsweise»** hingegen spricht REY dann, wenn für die Qualifizierung eines Rechtsgeschäfts als Vorkaufsfall auf ein spezifisch wirtschaftlich geprägtes Kriterium abgestellt werde. Ein wirtschaftlich einem Kauf gleichkommendes Rechtsgeschäft liege danach immer dann vor, wenn das fragliche Rechtsgeschäft den Parteien wirtschaftlich denselben Nutzen 646

1275 REY, Eigentum, Nr. 1254 ff.; DERSELBE, ZSR 1994, S. 48 ff.

1276 REY, Eigentum, Nr. 1255; DERSELBE, ZSR 1994, S. 51.

1277 BRÜCKNER, Nr. 83 f.; EMERY, Nr. 354; MEIER, S. 144; SIMONIUS/SUTTER, N 56 zu § 11; ähnlich auch PFÄFFLI, BN 1992, S. 457, und ROBERTO, S. 173.

1278 STEINAUER, droits réels, Nr. 1731; DERSELBE, ZBGR 1992, S. 6 f.

1279 BGE 134 I 263 ff. (267), E. 3.3. Vgl. dazu auch unten Nr. 653.

bringe wie ein Kaufvertrag.[1280] Damit sei für die Annahme eines Vorkaufsfalls nicht mehr eine Verpflichtung zur Übertragung des formellen Grundeigentums erforderlich, sondern es genüge eine Verpflichtung zur Übertragung des «wirtschaftlichen Grundeigentums».[1281] REY lässt letztlich offen, welcher Interpretationsvariante er den Vorzug erteilen will. Verschiedene Autoren treten aber für eine «ökonomische Betrachtungsweise» ein:[1282] Wie namentlich GIGER betont, würden mit einer «formellen Betrachtungsweise» der Umgehung des Vorkaufsrechts Tür und Tor geöffnet.[1283]

B) Eigene Auffassung

647 Nach der hier vertretenen Auffassung ist davon auszugehen, dass mit der zweiten Tatbestandsvariante von Art. 216c Abs. 1 OR, wonach als Vorkaufsfall jedes Rechtsgeschäft gilt, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, eine «wirtschaftliche Betrachtungsweise» bzw. eben eine **«ökonomische Betrachtungsweise»** im Sinn von REY eingeführt worden ist. Das bedeutet insbesondere, dass für einen Vorkaufsfall nicht strikt formal ein Veräusserungsvertrag, der die Verpflichtung zur Übertragung des Grundeigentums beinhaltet, vorausgesetzt wird, sondern dass auch eine Verpflichtung zur Übertragung des wirtschaftlichen Grundeigentums den Vorkaufsfall auslösen kann. Für die «ökonomische Betrachtungsweise» sprechen meines Erachtens mehrere Argumente (a). Daran ändert auch ein neueres Bundesgerichtsurteil nichts (b). Schliesslich gilt es klarzustellen, dass die «ökonomische Betrachtungsweise» im Zivilrecht und im Steuerrecht nicht übereinstimmen muss (c).

a) Argumente für die «ökonomische Betrachtungsweise»

648 Erstens spricht der **Wortlaut von Art. 216c Abs. 1 OR** explizit von jedem anderen Rechtsgeschäft, das *wirtschaftlich* einem Verkauf gleichkommt. Die Frage, wann ein Rechtsgeschäft wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, kann nur nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten beantwortet werden.

649 Die hier vertretene Auffassung wird zweitens durch die im **Schlussbericht der Expertenkommission** geäusserte Ansicht gestützt, wonach mit dem neuen Gesetzesartikel eine Ausweitung der bisherigen Praxis einhergeht.[1284]

1280 REY, Eigentum, Nr. 1268 f.; DERSELBE, ZSR 1994, S. 53 f.

1281 Vgl. REY, ZSR 1994, S. 56.

1282 BSK OR I-FASEL, N 5 ff. zu Art. 216c; CR OR I-FOËX, N 7 zu Art. 216c; GHANDCHI, S. 198 ff.; KOBIERSKI, S. 68; LANZ, S. 34 ff.; SCHENKER, S. 252 und 258; WERREN, Nr. 24.

1283 GIGER, BK, N 12 f. zu Art. 216c OR

1284 Vgl. oben Nr. 640. Siehe auch REY, ZSR 1994, S. 56 Fn. 89.

Diese Ausweitung der Praxis hat meines Erachtens drittens das **Bundesgericht** bereits mit dem während der Revisionsarbeiten ergangenen BGE 115 II 175 ff. vorgespurt.[1285] In seinen Erwägungen stützte sich das Bundesgericht zwar einerseits auf die Lehre von MEIER-HAYOZ. Für die Annahme eines Vorkaufsfalls forderte es denn auch, dass ein Rechtsgeschäft vorliegen müsse, das auf die Veräusserung einer Sache gegen Geld gerichtet sei. Andererseits betonte aber das Bundesgericht massgeblich die wirtschaftliche Betrachtungsweise und liess für einen Vorkaufsfall alle rechtsgeschäftlichen Vorgänge genügen, die von ihrem wirtschaftlichen Erfolg her einem Kauf gleichkommen. Dies veranlasste das Bundesgericht sogar zur Aussage, dass sich der Tatbestand der Umgehung des Vorkaufsfalls als entbehrlich erweisen könne. Diese Aussage ist deswegen bemerkenswert, weil das Bundesgericht in einem früheren Urteil bei einem Abschluss eines Baurechtsvertrags – aufgrund der konkreten Umstände – von einer Umgehung eines Vorkaufsfalls ausging und deswegen den Eintritt des Vorkaufsfalls bejahte.[1286] Nach der Rechtsprechung von BGE 115 II 175 ff. ist demnach ein solches Vorgehen – aufgrund einer angewandten «ökonomischen Betrachtungsweise» – direkt vom Tatbestand des Vorkaufsfalls erfasst. Die Verpflichtung zur Übertragung des formellen Grundeigentums ist somit für die Annahme eines Vorkaufsfalls nicht mehr unerlässliche Voraussetzung.[1287] Eine Umgehung des Vorkaufsfalls ist vielfach gar nicht mehr möglich, sondern diese Fälle werden bei richtiger Gesetzesauslegung regelmässig direkt vom Tatbestand von Art. 216c Abs. 1 OR erfasst.[1288] Auch wenn das Bundesgericht forderte, dass ein Rechtsgeschäft vorliegen müsse, das auf die Veräusserung einer Sache gegen Geld gerichtet sei, so muss man unter «Veräusserung» nicht zwingend die Veräusserung des formellen Grundeigentums verstehen, sondern kann darunter ebenso gut die Veräusserung des wirtschaftlichen Grundeigentums subsumieren. Meines Erachtens hatte das Bundesgericht in BGE 115 II 175 ff. daher bereits eine «ökonomische Betrachtungsweise» des Vorkaufsfalls eingeführt und damit die von der Expertenkommission mit der Einführung der zweiten Tatbestandsvariante des neuen Art. 216c OR angekündigte Ausdehnung der bisherigen Praxis vorweggenommen. 650

Sodann ist viertens nicht einzusehen, warum nur – mit der früheren Lehre und Rechtsprechung, welche auf Seiten des Dritterwerbers nicht strikt eine Geldleistung forderten, sondern auch andere vertretbare Sachen zuliessen[1289] – bei der Leistungspflicht des Dritten eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angestellt werden soll, nicht aber auch bei der Leistungspflicht des Vorkaufsbelasteten. Es 651

[1285] Vgl. oben Nr. 642.
[1286] BGE 85 II 474 ff. (484 f.), E. 4c.
[1287] Siehe auch LANZ, S. 23.
[1288] LANZ, S. 212 ff.; siehe auch SCHENKER, S. 256.
[1289] Vgl. oben Nr. 638 f.

ist nichts als konsequent, wenn man **bei den Leistungspflichten beider Parteien eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anstellt.**

652 Und fünftens dient die hier vertretene Auffassung dazu, **Umgehungsmöglichkeiten** der Parteien **entgegenzuwirken.** Denn das Recht räumt dem Vorkaufsbelasteten mannigfaltige Gestaltungsmöglichkeiten ein, um einem Dritten eine eigentümerähnliche Stellung am Grundstück einzuräumen, ohne ihm formal das Eigentum daran zu übertragen. Bei einer «finalen Betrachtungsweise» stünden dem Vorkaufsbelasteten zahlreiche Möglichkeiten offen, um das Vorkaufsrecht zu umgehen. Auch wenn die «finale Betrachtungsweise» einen Ausweg zulässt und ein nicht auf die Übertragung des formellen Grundeigentums abzielendes Rechtsgeschäft dann als Vorkaufsfall qualifiziert, wenn es in rechtsmissbräuchlicher Absicht einzig deswegen gewählt worden ist, um den Vorkaufsfall zu umgehen,[1290] steht der Vorkaufsberechtigte bei dieser Betrachtungsweise schlecht da, da er letzten Endes die Beweislast für die rechtsmissbräuchliche Absicht trägt – ein in der Praxis schwer zu erbringender Nachweis.[1291]

b) Keine andere Beurteilung durch ein neueres Bundesgerichtsurteil

653 An der hier vertretenen Auffassung ändert auch ein neueres Bundesgerichtsurteil nichts, das den Vorkaufsfall als Abschluss eines Vertrags umschrieben hat, der auf die Übertragung des Grundeigentums gegen eine Geldleistung abzielt.[1292] Denn die höchste richterliche Instanz hatte sich in diesem Urteil nicht näher damit auseinandergesetzt, was unter einem Rechtsgeschäft zu verstehen ist, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Daher darf dieser Erwägung meines Erachtens kein entscheidendes Gewicht beigemessen werden, und sie kann insbesondere nicht gegen die hier vertretene «ökonomische Betrachtungsweise» ins Feld geführt werden. Denn **in der Sache** wäre auch **gleich zu entscheiden** gewesen, wenn man auf die hier vertretene **«ökonomische Betrachtungsweise»** abgestellt hätte. Dem Urteil lag ein Sachverhalt zugrunde, wonach ein Erbe seinen Gesamteigentumsanteil von 1/5 an einem Nachlassgrundstück an ein Architektenkonsortium veräusserte.[1293] Das Bundesgericht qualifizierte diesen

---

1290 Vgl. EMERY, Nr. 354.

1291 Zutreffend WERREN, Nr. 24.

1292 BGE 134 I 263 ff. (267), E. 3.3. Vgl. oben Nr. 645 in fine.

1293 Genau genommen schloss der Erbe mit dem Architektenkonsortium erst ein Verkaufsversprechen («promesse de vente») zur Veräusserung seines Gesamteigentumsanteils am Nachlassgrundstück ab. In diesem Verkaufsversprechen erblickte das Bundesgericht die Vereinbarung eines Kaufsrechts. Aufgrund der expliziten Anordnung des anwendbaren Art. 4 LGL/GE konnte die vorkaufsberechtigte Gemeinde ihr gesetzliches Vorkaufsrecht auch bei der Einräumung eines Kaufsrechts ausüben: vgl. BGE 134 I 263 ff. (266 f.), E. 3.2 und 3.4. Im Anwendungsbereich von Art. 216c OR würde die Begründung eines Kaufsrechts nach der hier vertretenen Auffassung keinen Vorkaufsfall darstellen: vgl. oben Nr. 547 f.

Vertrag zu Recht als Vertrag über die Abtretung eines angefallenen Erbanteils an einen Dritten im Sinn von Art. 635 Abs. 2 ZGB.[1294] Ein solcher Vertrag verleiht dem Dritterwerber noch keinen Anspruch auf das – formelle oder materielle – Eigentum am Nachlassgrundstück. Vielmehr erlangt er nur – aber immerhin – einen obligatorischen Anspruch auf das dem veräussernden Erben anlässlich der definitiven Teilung entfallende Teilungsergebnis.[1295] Was Gegenstand dieses obligatorischen Anspruchs ist, konkretisiert sich also erst im Zeitpunkt der Erbteilung.[1296] Der veräussernde Erbe kann zwar dem Dritterwerber die Zusicherung abgeben, dass in dem auf ihn entfallenden Teilungsergebnis ein Grundstück enthalten ist. Eine solche Zusicherung gibt er aber auf eigenes Risiko ab, weil bis zur Erbteilung ungewiss ist, welche Gegenstände auf seinen Erbanteil entfallen.[1297] Da sich also erst bei der Erbteilung konkretisiert, was Gegenstand des obligatorischen Anspruchs des Dritterwerbers bildet, kann erst in diesem Zeitpunkt – und nicht bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über einen angefallenen Erbanteil – ein Vorkaufsfall angenommen werden, wenn sich herausstellt, dass das Teilungsergebnis des veräussernden Erben auch tatsächlich ein vorkaufsbelastetes Grundstück umfasst.

c) Keine notwendige Übereinstimmung der «ökonomischen Betrachtungsweise» im Zivil- und Steuerrecht

654 Die «ökonomische Betrachtungsweise» ist auch dem Steuerrecht bekannt, namentlich im Zusammenhang mit der Erhebung von Grundstückgewinnsteuern. So bestimmt Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG, dass den Veräusserungen diejenigen Rechtsgeschäfte gleichgestellt sind, «die in Bezug auf die Verfügungsgewalt über ein Grundstück wirtschaftlich wie eine Veräusserung wirken». Es stellt sich die Frage, ob die «ökonomische Betrachtungsweise» **im Steuerrecht und im Zivilrecht** dieselbe ist.

655 Dafür spricht zum einen die Idee der Einheit der Rechtsordnung.[1298] Zum andern spricht dafür, dass sowohl im Steuer- als auch im Zivilrecht Mittel und Wege gefunden werden müssen, um nicht nur die legitimen Interessen der beiden am Rechtsgeschäft Beteiligten, sondern auch diejenigen des diesen gegenüberstehenden Dritten zu schützen und gegeneinander abzuwägen. Im Steuerrecht ist der zu schützende Dritte die Steuerbehörde, im Zivilrecht der Vorkaufsberechtigte.[1299] Dagegen spricht allerdings der Umstand, dass das Steuerrecht eigene,

---

1294 BGE 134 I 263 ff. (267), E. 3.4.

1295 BGE 134 I 263 ff. (267 f.), E. 3.5; KOHLER, S. 139; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, N 14 zu Art. 635.

1296 KOHLER, S. 140.

1297 Vgl. KOHLER, S. 181.

1298 Siehe LANZ, S. 46.

1299 LANZ, S. 45.

vom Zivilrecht abweichende Ziele verfolgt.[1300] Bei der Grundstückgewinnsteuer geht es um die Besteuerung eines aus einer Grundstücksveräusserung erzielten Gewinns. Daher knüpft auch der Gesetzeswortlaut bereits an den Tatbestand der «Veräusserung» und nicht an den des «Verkaufs» an. Dagegen spielt es beim Vorkaufsfall im Zivilrecht keine Rolle, ob der Vorkaufsbelastete bei seiner Veräusserung einen Gewinn erzielt. Entscheidend ist allein, ob es sich um einen Verkauf oder um ein wirtschaftlich dem Verkauf gleichkommendes Rechtsgeschäft handelt. Die «ökonomische Betrachtungsweise» **kann** zwar im Steuerrecht und im Zivilrecht **zu übereinstimmenden Ergebnissen führen, muss aber nicht.**

3. Das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommende Rechtsgeschäft

656 Den Prototyp eines Vorkaufsfalls stellt nach dem Gesagten ein Grundstückkaufvertrag dar.[1301] Der Grundstückkaufvertrag charakterisiert sich durch das Austauschverhältnis von Grundstück gegen Geld. Der Verkäufer verpflichtet sich, Besitz und Eigentum am Grundstück zu übertragen, derweil der Käufer verpflichtet ist, den Kaufpreis zu bezahlen.[1302] Ausgehend von diesem Prototyp muss nun bestimmt werden, wann ein Rechtsgeschäft wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Entscheidend ist, ob das Rechtsgeschäft einen vergleichbaren Zweck verfolgt wie ein Kaufvertrag,[1303] wobei anders als bei der «finalen Betrachtungsweise» keine entgeltliche Eigentumsübertragung vorausgesetzt wird.[1304] Ausschlaggebend ist vielmehr, ob die Leistungspflichten der am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien **wirtschaftlich den Leistungspflichten der Parteien eines Grundstückkaufvertrags gleichkommen.** Somit lässt sich der Vorkaufsfall verallgemeinern als ein Rechtsgeschäft, bei dem Geld oder ein wirtschaftliches Äquivalent gegen das formelle Grundeigentum oder ein wirtschaftliches Äquivalent, dem wirtschaftlichen Grundeigentum,[1305] ausgetauscht wird. Wann dies der Fall ist, muss für jedes Rechtsgeschäft in «wertender Betrachtungsweise» einzeln beurteilt werden.[1306]

657 Nach dem Gesagten ist also für die Annahme eines Vorkaufsfalls ausschlaggebend, ob die Leistungspflichten der am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien wirtschaftlich den Leistungspflichten der Parteien eines Grundstückkaufvertrags

---

1300 REY, ZSR 1994, S. 54.
1301 Vgl. oben Nr. 535.
1302 Vgl. oben Nr. 588.
1303 LANZ, S. 34.
1304 Vgl. auch oben Nr. 645.
1305 Vgl. auch oben Nr. 646.
1306 LANZ, S. 36, mit Hinweis auf BGE 115 II 175 ff. (179), E. 4b.

gleichkommen. Für die Annahme eines Vorkaufsfalls grundsätzlich erforderlich ist daher ein zweiseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft (A). Zwischen den Parteien darf aber keine wirtschaftliche Identität bestehen (B). Die Leistung des Erwerbers muss sodann entweder in Geld oder in einem wirtschaftlichen Äquivalent erfolgen (C). Und die Leistung des Veräusserers muss in der Übertragung des formellen oder wirtschaftlichen Grundeigentums bestehen (D). Die Verfügungen von Todes wegen (E) werden wegen ihres thematischen Sachzusammenhangs separat behandelt. Die Ausführungen sind abschliessend zusammenzufassen (F).

A) Zweiseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft

Als Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, fällt grundsätzlich nur ein zweiseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft in Betracht. Erforderlich ist folglich ein Doppeltes: ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (a) und eine zweiseitige Verpflichtung (b). 658

a) Zweiseitiges Rechtsgeschäft

Ein zweiseitiges Rechtsgeschäft besteht im Austausch übereinstimmender Willenserklärungen, also dem Abschluss eines Vertrages (Art. 1 Abs. 1 OR). Die Bedeutung dieses Erfordernisses für die Annahme eines Vorkaufsfalls ergibt sich aus dem Umkehrschluss: **Kein Vorkaufsfall** tritt ein, wenn entweder gar **kein oder nur ein einseitiges Rechtsgeschäft** vorliegt.[1307] 659

So stellt beispielsweise das **Stiftungsgeschäft** ein einseitiges Rechtsgeschäft dar.[1308] Daher führt es nicht zu einem Vorkaufsfall, wenn der Eigentümer eines vorkaufsbelasteten Grundstücks eine Stiftung errichtet und sein Grundstück dem Stiftungszweck widmet (vgl. Art. 80 ZGB).[1309] 660

b) Zweiseitige Leistungsverpflichtung

Ein Grundstückkaufvertrag charakterisiert sich dadurch, dass beide Parteien sich zu Leistungen verpflichten, die zueinander in einem Austauschverhältnis stehen. Ein Rechtsgeschäft, welches wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommen soll, setzt somit grundsätzlich ebenfalls eine **zweiseitige Leistungsverpflichtung** voraus. Allerdings gebietet es die «ökonomische Betrachtungsweise», dass weder am synallagmatischen Austauschverhältnis noch am Charakter eines Verpflichtungsgeschäfts strikt formal festgehalten wird. 661

1307 Siehe auch LANZ, S. 36. Zum Spezialfall des entgeltlichen Vermächtnisses vgl. unten Nr. 733.

1308 BSK ZGB I-GRÜNINGER, N 4 zu Art. 80.

1309 MEIER-HAYOZ, BK, N 167 zu Art. 681 ZGB; SUTTER, S. 279; STREBEL, Nr. 395.

662 Auch hier ergibt sich die Tragweite dieser Erkenntnis wiederum aus einem Umkehrschluss: **Keinen Vorkaufsfall** stellt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft dar, bei dem sich **nur eine Partei zu einer Leistung verpflichtet.**

663 Unter diesem Gesichtspunkt als Vorkaufsfall ausser Betracht fällt daher die **Schenkung** (Art. 239 ff. OR).[1310] Hier erbringt einzig der Schenker eine Leistung. Will der Grundeigentümer jemandem ein Vorzugsrecht auch für diese Art von Handänderung einräumen, kommt er nicht umhin, mit ihm einen (bedingten) Kaufsrechtsvertrag abzuschliessen.[1311] Auf die gemischte Schenkung komme ich noch weiter unten zu sprechen.[1312]

664 Auch eine Eigentumsübertragung an einem Grundstück im Rahmen einer **güterrechtlichen Auseinandersetzung** löst keinen Vorkaufsfall aus.[1313] Diese erfolgt – im Normalfall des ordentlichen Güterstands der Errungenschaftsbeteiligung – grundsätzlich ohne (direkt zurechenbare) Gegenleistung des begünstigten Ehegatten zwecks Begleichung der Beteiligungsforderung, die dieser kraft Eherechts nach den Art. 215 ff. ZGB erworben hat. Auch die Zuweisung an den überlebenden Ehegatten gestützt auf Art. 219 Abs. 3 ZGB erfolgt auf Anrechnung an die Beteiligungsforderung (vgl. Art. 219 Abs. 1 ZGB). Leitet der begünstigte Ehegatte seine Berechtigung auf Eigentumsübertragung aus Art. 205 Abs. 2 ZGB ab und leistet er ausnahmsweise – nämlich dann, wenn er nicht mit einer Beteiligungsforderung verrechnen kann – eine Entschädigung, so setzt der Tatbestand von Art. 205 Abs. 2 ZGB immerhin voraus, dass das Grundstück im Miteigentum beider Ehegatten gestanden hat. Die Übertragung eines Miteigentumsanteils an den anderen Miteigentümer löst aber wegen Art. 681 Abs. 2 ZGB keinen Vorkaufsfall aus.[1314]

B) Keine wirtschaftliche Identität der Parteien

665 Folgt man der hier vertretenen «ökonomischen Betrachtungsweise», hat dies zur Folge, dass ein Vorkaufsfall ausscheidet, wenn zwischen den Parteien des Rechtsgeschäfts eine wirtschaftliche Identität besteht (a). Daneben zeitigt die wirtschaftliche Identität der Beteiligten noch weitere Auswirkungen (b).

1310 BRÜCKNER, Nr. 85; BSK OR I-FASEL, N 4 zu Art. 216c; HESS, BSK, N 9 zu Art. 216c OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 167 zu Art. 681 ZGB; SUTTER, S. 279; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b; STREBEL, Nr. 378 f.; a.M. ALLGÄUER, S. 134 f.

1311 Vgl. auch unten Nr. 749.

1312 Vgl. unten Nr. 673.

1313 BBl 1988 III 1079; BSK OR I-FASEL, N 6 zu Art. 216c; STREBEL, Nr. 337.

1314 Vgl. oben Nr. 604.

a) Kein Vorkaufsfall bei wirtschaftlicher Identität der Parteien

Von einer **wirtschaftlichen Identität** spricht man dann, wenn zwar formell zwei verschiedene Rechtssubjekte bestehen, die beiden Subjekte aber letztlich «vom gleichen Willen beherrscht werden»[1315] bzw. das eine Subjekt über das andere «im eigenen Interesse verfügen kann».[1316] Wirtschaftliche Identität beinhaltet also ein Abhängigkeitsverhältnis zweier Rechtssubjekte:[1317] Sie besteht namentlich zwischen einem Allein- bzw. Mehrheitsaktionär und der von ihm beherrschten Aktiengesellschaft, aber auch im Konzernverhältnis zwischen der Mutter- und ihren Tochtergesellschaften, und damit auch zwischen Schwestergesellschaften. Um einen Konzern handelt es sich, wenn eine Gesellschaft durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise eine oder mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammenfasst (Art. 663e Abs. 1 OR). 666

Ein Kaufvertrag zeichnet sich unter anderem durch sein Austauschverhältnis und den damit inhärenten **Interessengegensatz von Käufer und Verkäufer** aus: Der Käufer liefert nur, weil auch der Verkäufer liefert.[1318] Dieser Interessengegensatz ist solange vorhanden, als Käufer und Verkäufer wirtschaftlich unterschiedliche Parteien sind. Formell verschiedene, jedoch wirtschaftlich identische Rechtssubjekte bedienen sich ebenfalls der allgemeinen Formen des Rechtsverkehrs, um miteinander zu interagieren. Sie schliessen unter anderem Verträge miteinander ab, namentlich Kaufverträge. Obwohl formell in die Gestalt eines Kaufvertrages gekleidet, liegt nun aber materiell betrachtet kein Kaufvertrag vor, da es am Interessengegensatz zwischen Erwerber und Veräusserer **fehlt.** Bei einem solchen Geschäft geht es nicht um die wirtschaftliche Umsetzung des im Grundstück verkörperten Werts, sondern um eine Vermögensumstrukturierung.[1319] 667

Ein **Kaufvertrag zwischen wirtschaftlich identischen Parteien** löst nach der hier vertretenen Auffassung **keinen Vorkaufsfall** aus: Es fehlt beispielsweise an einem Vorkaufsfall, wenn eine Aktiengesellschaft das vorkaufsbelastete Grundstück an ihren Alleinaktionär verkauft. Wirtschaftliche Identität besteht auch innerhalb von Konzernverhältnissen. Konzerninterne Reorganisationen, also beispielsweise die Übertragung eines Grundstücks von einer Tochtergesellschaft auf eine andere Tochtergesellschaft innerhalb des gleichen Konzerns, lösen 668

1315 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, N 47 zu § 62.

1316 BGer 5C.23/2000 vom 13. März 2000, E. 3b; siehe auch BGE 107 II 151 ff. (156), E. 4c.

1317 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, N 54 f. zu § 62; BGer 5A_498/2007 vom 28. Februar 2008, E. 2.2.

1318 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 256 f.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZK, N 118 zu Art. 1 OR; SCHÖNLE, ZK, N 36 zu Art. 184 OR; STÖCKLI, Nr. 45.

1319 Vgl. BGer 5A_121/2013 vom 2. Juli 2013, E. 3.2; BGer 4A_22/2010 vom 15. April 2010, E. 3; BSK OR I-FASEL, N 9 zu Art. 216c.

keinen Vorkaufsfall aus.[1320] Insoweit führt die «ökonomischen Betrachtungsweise» zu einer Sperrwirkung für die Annahme eines Vorkaufsfalls.[1321] Die wirtschaftliche Betrachtungsweise überlagert die formelle Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts. Insoweit besteht ein Vorrang der «ökonomischen Betrachtungsweise». Daran ändert nichts, dass Art. 216c Abs. 1 OR von «sowie» spricht, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommende Rechtsgeschäft also kumulativ zum Kaufvertrag als Vorkaufsfall aufzählt. Es ist nämlich bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt worden, dass nicht jeder formelle Kaufvertrag einen Vorkaufsfall auszulösen vermag.[1322]

669 Ausgehend von diesem Standpunkt ist der neueren **bundesgerichtlichen Rechtsprechung** – jedenfalls im Ergebnis – beizupflichten: Zustimmung verdient namentlich der Entscheid, wonach der Verkauf einer vorkaufsbelasteten Gesellschaftsliegenschaft an ihren Alleinaktionär keinen Vorkaufsfall auslöst. Denn «[w]irtschaftlich gesehen handelte es sich beim Grundstückkauf […] nicht um einen Verkauf an einen Dritten».[1323] Ebenso trifft zu, dass die Übertragung eines Grundstücks im Rahmen der Liquidation einer Aktiengesellschaft gestützt auf Art. 745 OR an ihren Alleinaktionär keinen Vorkaufsfall bildet.[1324] Soweit aus diesem Urteil jedoch der Schluss gezogen werden sollte, dass bei Gesellschaftsliquidationen generell – das heisst unabhängig von einer Mehrheitsbeteiligung des Aktionärs – ein Vorkaufsfall ausgeschlossen sei, muss dieser Ansicht entgegengetreten werden.[1325]

b) Weitere Auswirkungen bei wirtschaftlicher Identität der Beteiligten

670 Unter der Geltung des alten Rechts hatte das Bundesgericht die Frage zu entscheiden, ob der Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung an einer Gesellschaft, die Eigentümerin eines vorkaufsbelasteten Grundstücks ist, durch den Mehrheitsaktionär den Vorkaufsfall auslösen kann. Es verneinte diese Frage mit dem Argument, dass das Veräusserungsgeschäft durch die formell vorkaufsbelastete Partei abgeschlossen werden müsse.[1326] Diese Auffassung lässt sich mit der hier vertretenen «ökonomischen Betrachtungsweise» nicht mehr vereinbaren und ist daher für das geltende Recht abzulehnen. Die konsequente Kehrseite der vorhin erör-

---

1320 WYSS/KÖCHLI, Nr. 19; siehe auch SCHENKER, S. 253; a.M. STREBEL, Nr. 498.

1321 Vgl. bereits oben Nr. 607.

1322 Vgl. bereits oben Nr. 603 ff.

1323 BGer 4A_22/2010 vom 15. April 2010, E. 3.3. Siehe nun auch BGer 5A_121/2013 vom 2. Juli 2013, E. 3.2: Veräusserung eines Grundstücks der Gemeinde Freiburg an die «Régie des copropriétés bourgeoisiales, Fribourg», einem öffentlich-rechtlich verselbstständigten Teil der Gemeinde Freiburg.

1324 BGE 126 III 187 ff. (189), E. 2b.

1325 Vgl. unten Nr. 691 f.

1326 BGE 92 II 160 ff. (165 f.), E. 2. Vgl. bereits oben Nr. 639.

terten Rechtslage besteht darin, dass bei einer **wirtschaftlichen Identität von Vorkaufsbelastetem und Veräusserer** über deren formelle Selbständigkeit hinweggesehen wird. Deswegen kann der Vorkaufsfall über ein Grundstück durchaus durch den Abschluss eines Rechtsgeschäfts durch eine Partei ausgelöst werden, auch wenn formell nicht diese, sondern eine andere Partei Eigentümerin des Grundstücks und damit vorkaufsbelastet ist.[1327] Vorausgesetzt ist, dass zwischen diesen Parteien wirtschaftliche Identität besteht. Ein Rechtsmissbrauch, wie er ansonsten für einen Durchgriff durch die formelle Selbständigkeit zweier wirtschaftlich identischer Parteien verlangt wird, ist gerade nicht erforderlich, da Art. 216c Abs. 1 OR für die Annahme eines Vorkaufsfalls – unabhängig von einem Rechtsmissbrauch – ein wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommendes Rechtsgeschäft genügen lässt.[1328]

C) Geldleistung oder ein wirtschaftliches Äquivalent

671 Als Vorkaufsfall in Betracht kommt nur ein Rechtsgeschäft, bei dem sich der **Dritterwerber** zu einer Geldleistung (a) oder zur Erbringung eines wirtschaftlichen Äquivalents (b) verpflichtet.

a) Verpflichtung zu einer Geldleistung

672 Der Dritterwerber kann seine Gegenleistung für das formelle oder wirtschaftliche Eigentum am Grundstück in Geldform erbringen. Das ist der Normalfall und deckt sich mit dem klassischen Vorkaufsfall, dem Grundstückkaufvertrag.[1329] Die Geldleistung muss dabei nach dem übereinstimmenden Parteiwillen ein **volles Entgelt** für die Gegenleistung des Vorkaufsbelasteten darstellen.

673 Kein volles Entgelt erbringt der Erwerber im Fall einer **gemischten Schenkung.** Bei diesem gemischten Vertragsverhältnis werden kaufvertrags- und schenkungsrechtliche Elemente miteinander kombiniert: Die Veräusserung erfolgt zum einen Teil entgeltlich und zum andern unentgeltlich.[1330] Erforderlich für die Annahme einer gemischten Schenkung ist ein Doppeltes: Einerseits setzt sie ein objektives Missverhältnis zwischen dem Wert der beiden Leistungen voraus. Andererseits muss der übereinstimmende Parteiwille darauf abzielen, eine teilweise unentgeltliche Zuwendung zu machen.[1331] Dabei muss der Schenkungswille wenigstens sinngemäss aus der – für die (gemischte) Schenkung von Grundstücken erforderlichen (vgl. Art. 243 Abs. 2 OR) – öffentlichen Urkunde

---

1327 Vgl. unten Nr. 724 ff.

1328 KOBIERSKI, S. 134 f.

1329 Vgl. oben Nr. 588.

1330 SCHMID/STÖCKLI, Nr. 855; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, Nr. 1788.

1331 BGE 82 II 430 ff. (433 f.), E. 5; MAISSEN, Nr. 126; TERCIER/FAVRE/ZEN-RUFFINEN, Nr. 1789 ff.

hervorgehen.[1332] Die gemischte Schenkung löst nach herrschender Lehre und Rechtsprechung keinen Vorkaufsfall aus.[1333] Diese Auffassung verdient Zustimmung. Wegen der Schenkungskomponente hat man es nicht mehr mit einem Rechtsgeschäft zu tun, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Eine gemischte Schenkung stellt – mit dem nachfolgend anzubringenden Vorbehalt des genügenden Preisnachlasses – niemals einen Vorkaufsfall dar. Selbst wenn der Veräusserer dem Erwerber den Preisnachlass einzig deswegen gewährt, um dem Vorkaufsberechtigten keine Möglichkeit zur Ausübung des Vorkaufsrechts einzuräumen, liegt kein Vorkaufsfall vor.[1334] Denn entscheidend für die Annahme eines Vorkaufsfalls ist die objektive Ausgestaltung des Drittvertrags und nicht die subjektive Willensrichtung des Vorkaufsbelasteten.[1335]

674 Allerdings muss die gemischte Schenkung **vom bloss vorteilhaften Kaufpreis abgegrenzt** werden: Bei einer gemischten Schenkung besteht ein Zuwendungswille des Veräusserers, beim bloss vorteilhaften Kaufpreis dagegen nicht. Doch führen im zweiten Fall andere besondere Umstände zu einem Kaufpreis unter dem Verkehrswert. Der Verkauf zu einem vorteilhaften Preis zieht nach Massgabe der allgemeinen Grundsätze einen Vorkaufsfall nach sich.[1336] Daraus ergibt sich die praktische Relevanz der Abgrenzung gegenüber der gemischten Schenkung. Um einer Aushöhlung des Vorkaufsrechts vorzubeugen, muss man meines Erachtens einen namhaften Preisnachlass fordern, um eine gemischte Schenkung anzunehmen und damit einen Vorkaufsfall auszuschliessen. Mit STREBEL ist ein Preisnachlass von 20 % oder mehr gegenüber dem Verkehrswert zu fordern.[1337] Denn nur bei einem substanziellen Preisnachlass liegt kein Rechtsgeschäft mehr vor, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Liegt der Preisnachlass darunter, ist nicht von einer gemischten Schenkung auszugehen, sondern bloss von einem Verkauf zu einem vorteilhaften Preis.

1332 MAISSEN, Nr. 317.

1333 BGE 101 II 59 ff. (61 ff.), E. 2–4; BRÜCKNER, Nr. 85; BSK OR I-FASEL, N 4 zu Art. 216c; HESS, BSK, N 9 zu Art. 216c OR; KOLLER, Vorkaufsberechtigung, S. 754 f.; MEIER-HAYOZ, BK, N 167 und 171 zu Art. 681 ZGB; SUTTER, S. 279; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b; STREBEL, Nr. 380; teilweise a.M. ISLER, S. 59, welche die gemischte Schenkung bei einem limitierten Vorkaufsrecht als Vorkaufsfall auffasst.

1334 A.M. MEIER-HAYOZ, BK, N 171 zu Art. 681 ZGB; STREBEL, Nr. 381.

1335 MADER, S. 315.

1336 BGE 102 II 243 ff. (250 f.), E. 4; FOËX, Not@lex 2010, S. 84; KOLLER, Vorkaufsberechtigung, S. 755; STREBEL, Nr. 384; WERREN, Nr. 12; vgl. auch BRÜCKNER, Nr. 85 Fn. 82.

1337 STREBEL, Nr. 393 f.; FOËX, Not@lex 2010, S. 84, verlangt sogar, dass das Schenkungselement überwiegen müsse: «doit être prédominant dans l'opération».

b) Verpflichtung zur Erbringung eines wirtschaftlichen Äquivalents

675 Anstatt zu einer Geldleistung kann sich der Dritterwerber im den Vorkaufsfall auslösenden Rechtsgeschäft auch zur Erbringung eines wirtschaftlichen Äquivalents verpflichten. Nach allgemeinen Ausführungen (aa) komme ich auf den Tauschvertrag (bb), den Verpfründungs- und Leibrentenvertrag (cc) sowie auf besondere gesellschaftsrechtliche Vorgänge (dd) zu sprechen.

aa) Im Allgemeinen

676 Für die Annahme eines Vorkaufsfalls muss die Leistungspflicht des Erwerbers – entgegen der Ausführung in der bundesrätlichen Botschaft[1338] – nicht zwingend in einer Geldleistung bestehen. Bereits unter der Geltung des alten Rechts wurden auch andere vertretbare Sachen als zulässige Gegenleistungen anerkannt.[1339] Diese Auffassung verdient dem Grundsatz nach Zustimmung. Denn unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten spielt es keine Rolle, ob die Leistung in Geld oder in Form einer anderen vertretbaren Sache erbracht wird.[1340] Zu den vertretbaren Sachen zählen diejenigen beweglichen Sachen, die «im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen» (vgl. § 91 BGB).[1341] Diese Auffassung ist allerdings dahingehend auszuweiten, dass nicht nur andere vertretbare Sachen, sondern **andere vertretbare Leistungen** schlechthin als zulässige Gegenleistungen – die ganz oder teilweise anstelle von Geld geleistet werden – in Betracht fallen. Vertretbar sind alle Leistungen, bei denen es nicht auf die Persönlichkeit des Schuldners ankommt (vgl. Art. 68 OR). Schliesslich muss auch hier gefordert werden, dass die vertretbare Leistung nach dem übereinstimmenden Parteiwillen als volle Gegenleistung für die Leistung des Vorkaufsbelasteten gedacht ist und dass nicht etwa eine gemischte Schenkung vorliegt.[1342]

677 Nach der hier vertretenen Auffassung darf man sogar noch einen Schritt weiter gehen: Selbst wenn es sich um eine nicht vertretbare Gegenleistung handelt, ist ein Vorkaufsfall nicht a priori ausgeschlossen.[1343] In einem solchen Fall besteht immer noch die Möglichkeit der Umwandlung dieser Gegenleistung in eine Geldleistung, sofern sie sich in Geld schätzen lässt.[1344] Eine solche Umwandlung der Gegenleistung in eine Geldleistung ist indes dann nicht mehr gerechtfertigt und ein Vorkaufsfall scheidet aus, wenn es dem Veräusserer **massgeblich auf diese nicht vertretbare Gegenleistung ankommt**, es ihm somit nicht einfach um die wirtschaftliche Umsetzung des im Grundstück verkörperten

---

1338 BBl 1988 III 1079.
1339 Vgl. oben Nr. 638.
1340 FOËX, Not@lex 2010, S. 84.
1341 WEBER, BK, N 26 zu Art. 71 OR.
1342 Vgl. oben Nr. 672 ff.
1343 A.M. BGer 4A_22/2010 vom 15.04.2010, E. 3; BSK OR I-FASEL, N 6 zu Art. 216c.
1344 Vgl. unten Nr. 993.

Wertes geht. Bei einer nicht vertretbaren Gegenleistung spricht meines Erachtens eine natürliche Vermutung dafür, dass diese Gegenleistung für den Veräusserer massgeblich ist, und es obliegt dem Vorkaufsberechtigten, das Gegenteil zu beweisen, was sich aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls ergeben kann.

678 Auf alle Fälle muss die Gegenleistung einen **Geldwert aufweisen**, also in Geld schätzbar sein. Andernfalls geht es dem Vorkaufsbelasteten nicht um die wirtschaftliche Umsetzung seines Grundeigentums, womit ein Vorkaufsfall ausscheidet.

bb) Beim Tauschvertrag

679 Die Frage, ob eine vertretbare Gegenleistung vorliegt, kann insbesondere beim Tauschvertrag aktuell werden. Ein Teil der Lehre und die bundesrätliche Botschaft schliessen den Tauschvertrag als Vorkaufsfall kategorisch aus.[1345] Ein anderer Teil der Lehre hält einen **Vorkaufsfall** bei einem Tauschvertrag zu Recht für **möglich.**[1346]

680 Für die Annahme eines Vorkaufsfalls entscheidend ist, dass die **Gegenleistung vertretbar** ist oder dass es dem Veräusserer zumindest nicht massgeblich auf die konkrete, nicht vertretbare Gegenleistung ankommt.[1347] Ein Vorkaufsfall liegt daher vor, wenn das Vorkaufsobjekt gegen vertretbare Sachen wie Gold oder Aktien ausgetauscht wird. Dagegen scheidet ein Vorkaufsfall grundsätzlich aus, wenn das Vorkaufsobjekt gegen ein anderes Grundstück getauscht wird.[1348] Kommt es dem Veräusserer des Vorkaufsobjekts indes nicht entscheidend auf das eingetauschte Grundstück an, sondern geht es ihm vielmehr darum, dass er für sein veräussertes Grundstück einen materiellen Gegenwert erhält, so liegt wieder ein Vorkaufsfall vor.[1349]

cc) Beim Verpfründungs- und Leibrentenvertrag

681 Bei einem **Verpfründungsvertrag** verpflichtet sich der Pfründer, dem Pfrundgeber ein Vermögen oder einzelne Vermögenswerte zu übertragen, und dieser, dem Pfründer Unterhalt und Pflege auf Lebenszeit zu gewähren (Art. 521 Abs. 1

1345 BBl 1988 III 1079; BRÜCKNER, Nr. 85; BSK OR I-FASEL, N 6 zu Art. 216c, unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs; SUTTER, S. 279; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b.

1346 BECKER, BK, N 11 zu Art. 216 OR; CR OR I-FOËX, N 10 zu Art. 216c; HESS, BSK, N 10 zu Art. 216c OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 172 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 270 f.; REY, ZSR 1994, S. 50 Fn. 55; SCHENKER, S. 259 f.; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 76 f.; STREBEL, Nr. 307; WIEDERKEHR, S. 120.

1347 Vgl. oben Nr. 676 ff.

1348 HESS, BSK, N 10 zu Art. 216c OR; STREBEL, Nr. 304 f.

1349 Ähnlich STREBEL, Nr. 309, für den Tausch mit Aufgeld.

OR). Als zu übertragender Vermögenswert in Betracht fällt beispielsweise auch ein vorkaufsbelastetes Grundstück. Lehre und Rechtsprechung verneinen einen Vorkaufsfall bei einer Veräusserung des Grundstücks im Rahmen eines Verpfründungsvertrags.[1350] Diese Auffassung verdient Zustimmung:

682 Der Verpfründungsvertrag ist ein personenbezogenes Rechtsverhältnis.[1351] Die Gegenleistung kann grundsätzlich nur vom Pfrundgeber erbracht werden und ist somit nicht vertretbar. Und es ist davon auszugehen, dass es **dem Pfründer massgeblich auf die konkrete Gegenleistung des Pfrundgebers ankommt.** Insofern scheidet ein Vorkaufsfall aus. Dem Vorkaufsberechtigten steht allerdings der Beweis des Gegenteils offen, nämlich dass er im konkreten Fall die Gegenleistung selber ohne Nachteil für den Vorkaufsbelasteten erbringen kann bzw. dass es dem Pfründer nicht massgeblich auf die Unterhalts- und Pflegeleistung des Pfrundgebers ankommt. In diesem Fall tritt ausnahmsweise ein Vorkaufsfall ein.[1352]

683 Anders liegen meines Erachtens die Dinge beim **entgeltlichen Leibrentenvertrag.** Bei diesem Vertrag erbringt der Rentengläubiger eine Leistung, um im Gegenzug vom Rentenschuldner eine Rente zu erwerben. Die Rente ist auf die Lebenszeit einer Person gestellt, in der Regel auf die Lebenszeit des Rentengläubigers (vgl. Art. 516 Abs. 1 und 2 OR). Als Leistung des Rentengläubigers in Betracht fällt beispielsweise die Übertragung eines vorkaufsbelasteten Grundstücks. Die herrschende Lehre verneint auch in diesem Fall einen Vorkaufsfall.[1353] Soweit sie ihre Auffassung überhaupt begründet, tut sie dies damit, dass die Eigentumsübertragung am Vorkaufsobjekt im Rahmen eines Leibrentenvertrags einerseits zu einem wesentlichen Teil von der Person des Rentenschuldners abhängen dürfte und dass andererseits der Rentengläubiger – sofern er auf eine Sicherstellung der Rente verzichte – dem Rentenschuldner ein erhebliches Vertrauen entgegenbringe; ein Vertrauen, das dem Vorkaufsberechtigten gegenüber nicht bestehe.[1354] Diese Ansicht verdient keine Zustimmung:

1350 BGE 118 II 401 ff. (402 f.), E. 3; BRÜCKNER, Nr. 85; BSK OR I-FASEL, N 6 zu Art. 216c, unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs; FOËX, Not@lex 2010, S. 85; KOLLER, Vorkaufsberechtigung, S. 754; HAAB, ZK, N 32 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 159 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 269 f.; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 76; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b; SUTTER, S. 279; STREBEL, Nr. 330 f.; vgl. auch BBl 1988 III 1079.

1351 BGE 118 II 401 ff. (403), E. 3.

1352 Vgl. auch WIEDERKEHR, S. 121.

1353 BRÜCKNER, Nr. 85; FOËX, Not@lex 2010, S. 85, unter dem Vorbehalt besonderer Umstände; KOLLER, Vorkaufsberechtigung, S. 754; MEIER-HAYOZ, BK, N 159 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 269 f.; REY, Eigentum, Nr. 1263; SUTTER, S. 279; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b; STREBEL, Nr. 327 f.; a.M. WIEDERKEHR, S. 121.

1354 STREBEL, Nr. 327 f.

684 Dass nach der hier vertretenen Auffassung eine nahe persönliche Beziehung zwischen dem Veräusserer und dem Dritterwerber nicht zum Ausschluss des Vorkaufsfalls führt, wurde bereits ausgeführt.[1355] Anders zu entscheiden ist freilich, wenn der Veräusserer dem Erwerber mit Rücksicht auf die nahe persönliche Beziehung das Grundstück teilweise unentgeltlich veräussert – dann aber scheidet der Vorkaufsfall wegen der Schenkungskomponente aus.[1356] Einem Rentengläubiger, der um die Vorkaufsbelastung seines Grundstücks weiss, ist es meines Erachtens sodann zuzumuten, im Leibrentenvertrag eine Sicherstellung der Rente auszubedingen, um für den Fall, dass der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht, gegen diesen eine Sicherheit in der Hand zu haben.[1357] Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass der Leistungsinhalt des Rentenschuldners grundsätzlich in Geld, nur ausnahmsweise in anderen vertretbaren Sachen besteht.[1358] Damit weist der entgeltliche Leibrentenvertrag eine **grosse Ähnlichkeit zum Kaufvertrag** auf und unterscheidet sich einzig darin, dass bei jenem als Gegenleistung Geld in Rentenform, bei diesem hingegen Geld in Kapitalform entrichtet wird. Aus wirtschaftlicher Sicht steht daher der Leibrentenvertrag dem Kaufvertrag gleich. Im Einzelfall muss aber stets abgeklärt werden, ob auch wirklich eine Wertäquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, was sich anhand der Barwerttafeln ermitteln lässt.[1359] Nur bei einer Wertäquivalenz liegt ein Vorkaufsfall vor, wobei in Analogie zur gemischten Schenkung eine Abweichung von bis zu 20 % zu tolerieren ist.[1360]

dd) Bei besonderen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen

685 Grundstücke können auch im Rahmen von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen von einem Rechtsträger auf einen anderen übertragen werden. Auch hierbei stellt sich die Frage nach dem Vorkaufsfall. Aus Gründen der Vereinfachung konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen hauptsächlich auf die wichtigste Gesellschaftsform, die Aktiengesellschaft. Zu untersuchen ist, ob und inwieweit der Sacheinlagevertrag (aaa), die Liquidation einer Aktiengesellschaft (bbb) sowie Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz (ccc) einen Vorkaufsfall darstellen.

1355 Vgl. oben Nr. 612.

1356 Vgl. oben Nr. 672 ff.

1357 Vgl. Art. 216d Abs. 3 OR, der zur Folge hat, dass eine mit dem Dritterwerber vereinbarte Sicherheitsleistung grundsätzlich auch gegenüber dem unlimitiert Vorkaufsberechtigten Bestand hat. Siehe dazu unten Nr. 908 ff.

1358 BSK OR I-BAUER, N 3 zu Art. 516; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, N 2 der Vorbemerkungen vor Art. 516–520 OR.

1359 BSK OR I-BAUER, N 5 zu Art. 516, mit Hinweis auf SCHAETZLE/WEBER, Nr. 2.784.

1360 Vgl. oben Nr. 674. Siehe auch BSK OR I-BAUER, N 5 zu Art. 516.

aaa) Sacheinlagevertrag

686 Bei einem **Sacheinlagevertrag** nach Art. 634 Ziff. 1 OR verpflichtet sich der Zeichner von Aktien gegenüber der zu gründenden Gesellschaft zur Einlage eines Vermögenswertes, der nicht in Geld besteht, zwecks Liberierung des Aktienkapitals. Als Gegenleistung erhält er Aktien der gegründeten Gesellschaft.[1361] Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Sacheinlage eines vorkaufsbelasteten Grundstücks einen Vorkaufsfall auszulösen vermag. Die Mehrheit der Lehre erblickt in der Sacheinlage keinen Vorkaufsfall.[1362] Begründet wird dies – sofern überhaupt – entweder damit, dass der Veräusserer als Gegenleistung kein Geld erhält,[1363] oder damit, dass der Vorkaufsberechtigte nicht imstande ist, die im Vertrag vereinbarte Gegenleistung zu erbringen.[1364] Eine Minderheitsmeinung bejaht hingegen den Vorkaufsfall.[1365]

687 Nach der hier vertretenen Auffassung müssen folgende Gesichtspunkte den Ausschlag geben: Erwirbt der Zeichner der Aktien eine **Aktienmehrheit** an der gegründeten Gesellschaft, so besteht zwischen diesen Personen eine **wirtschaftliche Identität.**[1366] Ich habe bereits ausgeführt, dass die Übertragung des Grundstücks zwischen wirtschaftlich identischen Personen keinen Vorkaufsfall darstellen kann[1367] – dasselbe gilt konsequenterweise auch bei der Sacheinlage.[1368]

688 Erwirbt der Zeichner der Aktien hingegen **keine Aktienmehrheit** an der gegründeten Gesellschaft – weil es neben ihm noch andere Zeichner gibt, die mindestens 50 % des Aktienkapitals zeichnen –, so stellt die Sacheinlage ein **Rechtsgeschäft** dar, **das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt:** Als Gegenleistung für die Übertragung des Grundeigentums erhält der Einleger zwar kein Geld, stattdessen aber Aktien der gegründeten Gesellschaft. Ich habe bereits ausgeführt, dass für die Annahme eines Vorkaufsfalls die Gegenleistung nicht notwendigerweise in Geld erfolgen muss, sondern auch in anderen vertretbaren Sachen bestehen kann.[1369] Die ausgegebenen Aktien stellen eine andere vertretbare Sache mit Vermögenswert dar und können vom Aktionär weiter veräussert werden. Daran ändert selbst eine allfällige Vinkulierung der Aktien nichts (vgl. Art. 685a ff. OR), denn diese schränkt die Veräusserbarkeit der Ak-

---

1361 KÜNG, S. 13; WIDMER, Liberierung, S. 293 f.

1362 BRÜCKNER, Nr. 85; HAAB, ZK, N 32 zu Art. 681 ZGB; SUTTER, S. 279; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b; STREBEL, Nr. 475.

1363 So die Botschaft in BBl 1988 III 1079.

1364 So MEIER-HAYOZ, BK, N 159 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 269 f.; SCHENKER, S. 254.

1365 CR OR I-FOËX, N 10 zu Art. 216c.

1366 Vgl. oben Nr. 666.

1367 Vgl. oben Nr. 668.

1368 So auch BSK OR I-FASEL, N 9 zu Art. 216c; siehe auch SCHENKER, S. 253.

1369 Vgl. oben Nr. 676.

tien nur ein, ohne sie aber auszuschliessen. Dass der Vorkaufsberechtigte nicht in der Lage ist, anstelle der gegründeten Aktiengesellschaft diese Gegenleistung zu erbringen, ist ebenfalls nicht hinderlich. Die Gegenleistung kann in Geld umgerechnet werden.[1370] Dass der Sacheinlagevertrag Ähnlichkeiten zum Kaufvertrag aufweist, wird denn auch durch den Umstand gestützt, dass auf die Gewährleistungspflichten des Zeichners die kaufrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung gelangen.[1371]

689 Bejaht man mit der hier vertretenen Auffassung einen Vorkaufsfall beim Sacheinlagevertrag, wenn zwischen dem Zeichner und der zu gründenden Gesellschaft keine wirtschaftliche Identität besteht, so hat dies zur Folge, dass die **Sacheinlagegründung** mittels eines Grundstücks, dessen Vorkaufsbelastung im Grundbuch vorgemerkt ist, gar **nicht zulässig** ist. Denn die Liberierung mittels Einlage eines Grundstücks setzt nach Art. 634 Ziff. 2 OR voraus, dass die Gesellschaft nach ihrer Eintragung in das Handelsregister einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält.[1372] Diese Voraussetzung ist nun **bei einem vorgemerkten Vorkaufsrecht** gerade nicht erfüllt, denn die Gesellschaft muss damit rechnen, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt und in der Folge seinen Eigentumsverschaffungsanspruch aufgrund der Vormerkung gegenüber Dritten, also auch gegenüber der Gesellschaft, durchsetzen kann.[1373] Die Sacheinlage eines mit einem vorgemerkten Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks gilt – wenn sie nach dem Gesagten einen Vorkaufsfall darstellt – nicht als Deckung, und der Handelsregisterführer darf eine solche Sacheinlagegründung nicht ins Handelsregister eintragen. Ein nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht schadet dagegen nichts. Obligatorische Beschränkungen, die den Sacheinleger binden, tangieren die gesellschaftsrechtlich verlangte freie Verfügbarkeit nicht.[1374]

690 Die bisherigen Ausführungen haben sich auf die Aktiengesellschaft beschränkt. Der **Sonderfall der einfachen Gesellschaft** rechtfertigt in gebotener Kürze eine gesonderte Betrachtung: Der einfachen Gesellschaft mangelt es an der eigenen Rechtspersönlichkeit. Stattdessen bildet sie eine Gesamthandschaft (vgl. Art. 544 Abs. 1 OR). Ein Gesellschafter, der ein Grundstück in die einfache Gesellschaft einbringt, verbleibt somit (Gesamt-)Eigentümer des Grundstücks. Allerdings erwerben auch die anderen Gesellschafter Gesamteigentum am Grundstück. Insofern findet gleichwohl eine Veräusserung statt.[1375] Diese Veräusserung erfolgt nicht schenkungsweise, sondern im Bestreben, mit der Einlage des

---

1370 Vgl. unten Nr. 993.
1371 WIDMER, Liberierung, S. 334.
1372 Siehe dazu BÖCKLI, N 376 zu § 1.
1373 Vgl. unten Nr. 1022 ff. und 1031 ff.
1374 Siehe BÖCKLI, N 376 zu § 1.
1375 Siehe FELLMANN/MÜLLER, BK, N 139 zu Art. 531 OR.

Grundstücks einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen (vgl. Art. 530 Abs. 1 OR). Gegenwert für die Einlage bildet der Vermögensanteil des Gesellschafters an der Gesellschaft.[1376] Meines Erachtens – und entgegen der herrschenden Auffassung[1377] – löst daher auch die Einbringung eines Grundstücks in eine einfache Gesellschaft den Vorkaufsfall aus.

bbb) Liquidation einer Aktiengesellschaft

691 Spiegelbildlich zum Sacheinlagevertrag verhält es sich bei der **Liquidation** einer Aktiengesellschaft nach Art. 745 OR, bei der das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft unter die Aktionäre verteilt wird. Im Rahmen einer solchen Liquidation kann namentlich auch ein vorkaufsbelastetes Grundstück der Gesellschaft auf einen Aktionär übertragen werden. Es stellt sich damit die Frage, ob ein solcher Vorgang einen Vorkaufsfall darstellt. Das Bundesgericht hat diese Frage bereits verneint.[1378]

692 Dem Bundesgerichtsentscheid ist nach der hier vertretenen Auffassung im Ergebnis zuzustimmen, da dem Sachverhalt eine Einmannaktiengesellschaft zugrunde lag. Ich habe bereits ausgeführt, dass die Übertragung des Grundstücks zwischen zwei wirtschaftlich identischen Personen keinen Vorkaufsfall auslöst.[1379] Dies hat selbstverständlich auch dann zu gelten, wenn das Grundstück im Rahmen einer Gesellschaftsliquidation auf den Alleinaktionär übertragen wird.[1380] Soweit allerdings die Meinung vertreten wird, die Übertragung eines Grundstücks auf den Aktionär im Rahmen einer Liquidation einer Aktiengesellschaft könne generell – also auch ausserhalb von wirtschaftlich identischen Personen – keinen Vorkaufsfall darstellen,[1381] so ist dieser Auffassung aufgrund folgender Überlegungen entgegenzutreten: Mit dem Eintritt einer Aktiengesellschaft in die Liquidation erwerben die Aktionäre eine Forderung auf einen Anteil am Liquidationsergebnis, der sich nach Massgabe des einbezahlten Betrags bestimmt (Art. 745 Abs. 1 OR; vgl. auch Art. 660 Abs. 2 OR). Die Forderung richtet sich grundsätzlich auf eine Geldleistung. Anstelle von Geld können die Liquidatoren aber auch – mit dem Einverständnis des betroffenen Aktionärs und der Zustimmung der Generalversammlung – gegenüber einem Aktionär eine Realleistung erbringen,[1382] namentlich ein vorkaufsbelastetes Grundstück über-

---

1376 Vgl. FELLMANN/MÜLLER, BK, N 62 zu Art. 544 OR.

1377 FELLMANN/MÜLLER, BK, N 157 zu Art. 531 OR; STREBEL, Nr. 473.

1378 BGE 126 III 187 ff. (189), E. 2b.

1379 Vgl. oben Nr. 668.

1380 Siehe auch SCHENKER, S. 253, betreffend vorkaufsbelastete Aktien.

1381 In diese Richtung geht die Begründung von BGE 126 III 187 ff. (189), E. 2b; ebenso STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b, und STREBEL, Nr. 478 und 491.

1382 BÖCKLI, N 69 zu § 17; BÜRGI/NORDMANN-ZIMMERMANN, ZK, N 14 zu Art. 745 OR.

tragen. Dann aber **erfolgt die Übertragung des Grundeigentums** in Abgeltung des Liquidationsanteils, also **an Zahlungs statt.** Nach dem Gesagten löst auch dies einen Vorkaufsfall aus.[1383]

ccc) Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz

693 Gesellschaften können sich mit anderen Gesellschaften zusammenschliessen. Sie bedienen sich diesbezüglich der Transaktionsformen des Fusionsgesetzes. Die Übertragung von Vermögenswerten erfolgt dabei grundsätzlich in der Form der Universalsukzession. Nach herrschender Auffassung lösen **Universalsukzessionen** keinen Vorkaufsfall aus.[1384] Diese Auffassung ist meines Erachtens als begriffsjuristisch abzulehnen. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann es für die Frage des Vorkaufsfalls nicht darauf ankommen, ob die Übertragung des Grundstücks in Singular- oder Universalsukzession erfolgt. Der Austausch des sachenrechtlichen oder wirtschaftlichen Grundeigentums gegen Geld oder ein wirtschaftliches Äquivalent kann sowohl in Gestalt der Singular- wie auch der Universalsukzession erfolgen. Die neuere Lehre anerkennt dies immerhin für die Vermögensübertragung nach Art. 69 ff. FusG, obwohl es sich dabei um eine partielle Universalsukzession handelt.[1385] Diese Auffassung ist zu begrüssen, weil sie vom begriffsjuristischen Argument der Universalsukzession abkehrt. Meines Erachtens ist sie aber konsequenterweise auch auf die anderen Umstrukturierungstatbestände nach dem FusG auszudehnen, sodass für jede Form der Universalsukzession gesondert geprüft werden muss, ob das Rechtsgeschäft im Einzelfall wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt.

694 Als Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz in Betracht fallen die Fusion, die Spaltung, die Umwandlung und die Vermögensübertragung (Art. 1 Abs. 1 FusG). Aus Gründen der Vereinfachung konzentrieren sich die nachfolgenden Ausführungen hauptsächlich auf die Fusion.[1386] Bei einer Fusion wird gestützt auf einen Fusionsvertrag Vermögen vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen. Als Gegenleistung erhalten die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers Anteils- und Mitgliedschaftsrechte am übernehmenden Rechtsträger (Art. 7 FusG).[1387] Im Fall einer Fusion nach Art. 8 Abs. 2 FusG können sie sogar vollumfänglich mit Geld abgefunden werden. In der Praxis im Vordergrund stehen dürften die Fusionen von Mutter- und Tochtergesellschaften

---

1383 Vgl. oben Nr. 591.

1384 BSK OR I-FASEL, N 8 in fine zu Art. 216c; MEIER-HAYOZ, BK, N 167 zu Art. 681 ZGB; REY, Eigentum, Nr. 1260; SUTTER, S. 279; STREBEL, Nr. 493 f.; WYSS/KÖCHLI, Nr. 5.

1385 STREBEL, Nr. 495 ff.; WYSS/KÖCHLI, Nr. 9.

1386 Zur Umwandlung siehe aber unten Nr. 695.

1387 VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, Nr. 1362.

bzw. von Schwestergesellschaften.[1388] Da in diesen Fällen wirtschaftliche Identität zwischen den fusionierenden Gesellschaften besteht, ist dieser Vorgang nicht geeignet, einen Vorkaufsfall auszulösen.[1389] Anders liegen die Dinge unter Umständen bei **Fusionen von wirtschaftlich nicht identischen Gesellschaften.** Hier weist das Rechtsgeschäft wirtschaftlich betrachtet die **Züge eines Kaufvertrags** auf – in der Regel in der Gestalt eines Mengenkaufs[1390] –, sofern zwischen dem übertragenden Rechtsträger und dessen Gesellschafter wirtschaftliche Identität besteht. Das Grundeigentum geht (in der Regel zusammen mit anderen Vermögenswerten) gestützt auf einen Vertrag vom übertragenden auf den übernehmenden Rechtsträger über, und der mit dem übertragenden Rechtsträger wirtschaftlich identische Gesellschafter wird mit Geld oder Aktien entschädigt. Dieser Vorgang kommt wirtschaftlich einem Verkauf gleich und löst einen Vorkaufsfall aus.[1391] Vorbehalten bleibt der Fall, dass der entschädigte Gesellschafter, der den übertragenden Rechtsträger wirtschaftlich beherrschte, im Rahmen der Fusion derart viele Anteils- und Mitgliedschaftsrechte am übernehmenden Rechtsträger erhält, dass er in der Folge auch diesen beherrscht, sodass weiterhin ein Fall von wirtschaftlicher Identität besteht.

Abschliessend gilt es noch festzuhalten, dass nach der hier vertretenen Auffassung die **Umwandlung von Gesellschaften** nach den Art. 53 ff. FusG keinen Vorkaufsfall darstellt.[1392] Denn in diesem Fall ändert sich nur die Rechtsform – der Rechtsträger bleibt unverändert und behält seine rechtliche und wirtschaftliche Identität.[1393] Es fehlt folglich an einem Veräusserungstatbestand. 695

D) Übertragung des formellen oder wirtschaftlichen Grundeigentums

Betrachtet man die Leistungspflicht des **Veräusserers,** so fällt als Vorkaufsfall nur ein Rechtsgeschäft in Betracht, bei dem sich der Vorkaufsbelastete entweder zur Übertragung des formellen (a) oder des wirtschaftlichen Grundeigentums (b) verpflichtet. 696

a) Verpflichtung zur Übertragung des formellen Grundeigentums

Im Normalfall verpflichtet sich der Vorkaufsbelastete im Drittvertrag zu einer Leistung in Form der Übertragung des sachenrechtlichen Grundeigentums. Dies 697

1388 Siehe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, N 59 zu § 25.

1389 Vgl. oben Nr. 668.

1390 Vgl. dazu oben Nr. 592.

1391 Siehe auch SCHENKER, S. 260, der allerdings weiter voraussetzt, dass sich die Fusion hauptsächlich oder sogar allein auf das vorkaufsbelastete Aktivum bezieht.

1392 Gl.M. STREBEL, Nr. 494.

1393 BSK FUSG-ROMERIO, N 1 und 13 zu Art. 53.

deckt sich mit dem klassischen Vorkaufsfall, dem Grundstückkaufvertrag.[1394] In diesem Fall geht der Vorkaufsbelastete eine **doppelte Verpflichtung** ein: Einerseits muss er dem Käufer den Besitz an der Sache verschaffen. Andererseits hat er ihm das Eigentum am Grundstück zu übertragen (Art. 184 Abs. 1 OR).[1395]

698 Besitzer ist gemäss Art. 919 Abs. 1 ZGB, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt. Die **Besitzverschaffung** erfolgt gemäss Art. 922 Abs. 1 ZGB grundsätzlich durch die Übergabe der Sache selbst oder der Mittel, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen. Bei überbauten Grundstücken bedarf es namentlich der Übergabe der Schlüssel.[1396]

699 Das Eigentum an einer Sache beinhaltet gemäss Art. 641 Abs. 1 ZGB die Befugnis, in den Schranken der Rechtsordnung über die Sache nach Belieben zu verfügen. Der Eigentümer geniesst die Sachherrschaft in jeder Hinsicht:[1397] Seine Verfügungsmacht umfasst sowohl die Möglichkeit des tatsächlichen wie auch des rechtlichen Verfügens über die Sache. Die tatsächliche Verfügungsmacht beinhaltet insbesondere die Möglichkeit zum Gebrauch, Verbrauch und Zerstörung der Sache. Die rechtliche Verfügungsmacht erlaubt es dem Eigentümer, obligatorische Verpflichtungen und dingliche Belastungen über die Sache einzugehen.[1398] Die **Eigentumsverschaffung** bei Grundstücken bedarf gemäss Art. 656 Abs. 1 ZGB der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch. Der Verkäufer muss also die entsprechende Grundbuchanmeldung vornehmen.[1399]

b) Verpflichtung zur Übertragung des wirtschaftlichen Grundeigentums

700 Der Grundstückkaufvertrag charakterisiert sich nach dem Gesagten durch die doppelte Verpflichtung des Veräusserers, nämlich die Besitzes- und Eigentumsverschaffungspflicht.[1400] Bei der Beurteilung, wann ein Rechtsgeschäft wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, muss die Leistungspflicht des Veräusserers einer wirtschaftlichen Betrachtung unterzogen werden. Die im Folgenden zu untersuchenden Fälle haben gemeinsam, dass die Besitzesverschaffungspflicht unproblematisch ist. Im Vordergrund der Untersuchung steht daher die Frage, ob sich der Vorkaufsbelastete im jeweiligen Rechtsgeschäft verpflichtet, ein wirtschaftliches Äquivalent zum formellen Grundeigentum, also das wirtschaftliche Grundeigentum,[1401] auf den Dritten zu übertragen. Das wirtschaftliche Grundei-

---

1394 Vgl. oben Nr. 588.
1395 Siehe SCHMID/STÖCKLI, Nr. 626 ff.
1396 SCHMID/STÖCKLI, Nr. 627.
1397 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 655.
1398 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 658.
1399 SCHMID/STÖCKLI, Nr. 628.
1400 Vgl. oben Nr. 697.
1401 Vgl. oben Nr. 656.

gentum besteht in der **tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Grundstück.**[1402]

701 Die Verfügungsmacht des Eigentümers umfasst – wie gesehen[1403] – die **Möglichkeit des tatsächlichen und rechtlichen Verfügens über die Sache.** Zur Beurteilung, ob dem Dritterwerber die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein Grundstück eingeräumt wird, muss daher geprüft werden, ob ihm – obwohl er formell das Grundeigentum nicht übertragen erhält – zumindest die wesentlichsten Befugnisse eines Eigentümers, also die Befugnis des tatsächlichen und rechtlichen Verfügens über die Sache, eingeräumt werden, sodass ihm eine dem sachenrechtlichen Eigentümer vergleichbare Stellung zukommt. Wann dies der Fall ist, muss für jedes Rechtsgeschäft in «wertender Betrachtungsweise» einzeln beurteilt werden.[1404]

702 Im Folgenden sind einige geläufige Parteivereinbarungen auf ihren Vorkaufsfallcharakter hin zu untersuchen. Zur Beurteilung stehen die Einräumung einer Dienstbarkeit (aa), die Einräumung eines obligatorischen Gebrauchsrechts (bb) sowie die Übertragung von Beteiligungsrechten einer juristischen Person (cc). Insbesondere im Zusammenhang mit der Einräumung einer Dienstbarkeit wird dabei jeweils eine typische, sich am Gesetzesrecht anlehnende Parteivereinbarung auf ihren Vorkaufsfallcharakter hin untersucht. Der Rechtsanwender hat aber stets den Einzelfall zu beurteilen, womit er auch die von den Parteien individuell getroffenen Vereinbarungen in die Beurteilung miteinbeziehen muss. Aufgrund der Privatautonomie können in der Rechtswirklichkeit auch weitere Parteivereinbarungen vorkommen, die einen Vorkaufsfall darstellen. Die folgende Aufzählung ist deshalb keineswegs abschliessend zu verstehen. Zudem ist für die Annahme eines Vorkaufsfalls stets Voraussetzung, dass der Erwerber der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Grundstück ein volles Entgelt leistet.[1405] Bei der Beurteilung, ob ein volles Entgelt vorliegt, darf man im Rahmen der «wertenden Betrachtungsweise» dem Umstand Rechnung tragen, dass der Veräusserer des Rechts formell Eigentümer des Grundstücks verbleibt.[1406]

aa) Einräumung einer Dienstbarkeit

703 Die Dienstbarkeiten nach den Art. 730 ff. ZGB gehören zu den beschränkten dinglichen Rechten. Im Gegensatz zum Eigentum verleiht das beschränkte dingliche Recht seinem Inhaber die Sachherrschaft nur in beschränkter Hinsicht.[1407]

1402 LANZ, S. 35.
1403 Vgl. oben Nr. 699.
1404 Vgl. oben Nr. 656 in fine.
1405 Vgl. oben Nr. 672.
1406 Vgl. auch REY, ZSR 1994, S. 55.
1407 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1155.

Innerhalb der beschränkten dinglichen Rechte gehören die Dienstbarkeiten zu den Nutzungs- und Gebrauchsrechten: Sie vermitteln dem Berechtigten die Befugnis, die Sache zu gebrauchen und zu nutzen.[1408] Da Dienstbarkeiten wie gesagt eine Sachherrschaft nur in beschränkter Hinsicht vermitteln, erhält der Dienstbarkeitsberechtigte in der Regel nicht die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Grundstück eingeräumt. Als **Grundsatz** ist folglich festzuhalten, dass der **Dienstbarkeitsvertrag keinen Vorkaufsfall** auslöst.

704 Ein Teil der Lehre will freilich in der Einräumung einer Dienstbarkeit kategorisch keinen Vorkaufsfall erblicken.[1409] Diese Auffassung verdient in dieser Absolutheit keine Zustimmung. Denn Dienstbarkeiten können im Einzelfall dem Berechtigten eine derart **weitgehende Nutzungs- und Gebrauchsbefugnis einräumen**, dass dem Eigentümer nur noch das nackte Eigentum verbleibt. In diesen und ähnlichen Fällen stellt sich die Frage, ob dem Inhaber einer solchen Dienstbarkeit nicht doch etwa die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Grundstück eingeräumt worden ist. Massgebend für die Beurteilung dieser Frage ist, ob der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts weitgehend denselben Nutzen erwirtschaften kann, wie er als Eigentümer erwirtschaften könnte, wenn statt des Dienstbarkeitsvertrags ein Kaufvertrag abgeschlossen worden wäre.[1410] Wenn dies bejaht werden kann, dann löst der Abschluss des Dienstbarkeitsvertrags den Vorkaufsfall aus.

705 Im Folgenden sind folgende Dienstbarkeiten auf ihren Vorkaufsfallcharakter hin zu untersuchen: das Überbaurecht (aaa), das Bauverbot (bbb), das Wohnrecht (ccc), die Nutzniessung (ddd) sowie das Baurecht (eee).

aaa) Überbaurecht

706 Eine Überbaurechtsdienstbarkeit im Sinn von Art. 674 ZGB verleiht dem Berechtigten das Recht, **auf dem Nachbarsgrundstück eine Baute oder Vorrichtung zu erstellen,** die alsdann kraft dieser Dienstbarkeit in seinem **(Sonder-)Eigentum** steht.[1411] Der dienstbarkeitsbelastete Boden hingegen verbleibt im Eigentum des Dienstbarkeitsbelasteten – doch behält dieser nur das nackte Eigentum daran. Als Grunddienstbarkeit kann das Überbaurecht zwar weder für sich allein übertragen noch mit beschränkten dinglichen Rechten belastet werden. Zulässig ist jedoch die Übertragung der Grunddienstbarkeit zusammen mit dem berechtigten Grundstück.[1412]

1408 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1162.

1409 SUTTER, S. 279; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b, unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs; a.M. namentlich CR OR I-FOËX, N 10 zu Art. 216c.

1410 Vgl. REY, ZSR 1994, S. 55.

1411 BSK ZGB II-REY/STREBEL, N 4 zu Art. 674.

1412 Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1257.

Der Dienstbarkeitsberechtigte erhält mit der Überbaurechtsdienstbarkeit das Recht zur tatsächlichen Verfügung über das belastete Grundstück in umfassender Weise eingeräumt. Das Recht zum Bauen ist meines Erachtens die wesentlichste Eigentümerbefugnis in tatsächlicher Hinsicht. Zudem kann der Dienstbarkeitsberechtigte – wenn auch in etwas beschränkter Weise – über das belastete Grundstück verfügen, indem er die Möglichkeit hat, die Grunddienstbarkeit zusammen mit seinem Grundstück zu veräussern. Daher wird meines Erachtens mit der Einräumung einer Überbaurechtsdienstbarkeit die **tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über das belastete Grundstück** auf den Dritterwerber übertragen. Die (entgeltliche) Einräumung einer Überbaurechtsdienstbarkeit kann also nach der hier vertretenen Auffassung einen Vorkaufsfall darstellen. In Analogie zur Situation beim Baurechtsvertrag ist ein Vorkaufsfall anzunehmen, wenn die Überbaurechtsdienstbarkeit für eine Zeitdauer von mindestens 30 Jahren begründet wird.[1413] Wird das vorkaufsbelastete Grundstück nur zu einem Teil mit einem Überbaurecht belastet, ist dieser Fall gleich zu behandeln wie die Veräusserung eines Realteils eines Grundstücks.[1414] 707

bbb) Bauverbot

Mittels einer Bauverbotsdienstbarkeit wird dem Dienstbarkeitsbelasteten die Pflicht auferlegt, sein **Grundstück nicht zu überbauen.** Nach STREBEL muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Begründung einer solchen Dienstbarkeit den Vorkaufsfall auslöse.[1415] 708

Nach der hier vertretenen Auffassung löst die Vereinbarung einer solchen Servitut jedoch **keinen Vorkaufsfall** aus: Dem Dienstbarkeitsbelasteten wird durch das Bauverbot zwar eine wesentliche Eigentümerbefugnis entzogen. Doch wird diese Befugnis nicht auf den Dienstbarkeitsberechtigten übertragen, sodass diesem nicht die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über das dienstbarkeitsbelastete Grundstück zukommt. 709

ccc) Wohnrecht

Bei einem Wohnrecht wird dem Dienstbarkeitsberechtigten die Befugnis eingeräumt, in einem Gebäude oder in einem Teil davon Wohnung zu nehmen (Art. 776 Abs. 1 ZGB). Es vermittelt dem Berechtigten eine lediglich **auf das Wohnen beschränkte Nutzungsbefugnis.**[1416] Das Wohnrecht ist zudem unübertragbar und unvererblich (Art. 776 Abs. 2 ZGB). Es geht mit dem Tod des Berechtigten unter (Art. 776 Abs. 3 i.V.m. Art. 749 Abs. 1 ZGB). Das Wohnrecht erstreckt sich zwar grundsätzlich auch auf die Familienangehörigen und Hausge- 710

1413 Vgl. unten Nr. 717.
1414 Vgl. dazu oben Nr. 596.
1415 STREBEL, Nr. 502.
1416 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1357.

nossen des Wohnberechtigten (vgl. Art. 777 Abs. 2 ZGB). Darüber hinaus ist es diesem aber nicht gestattet, die Ausübung des Wohnrechts auf einen Dritten zu übertragen.[1417]

711 Da die **Sachherrschaft des Wohnberechtigten** sowohl bezüglich des tatsächlichen wie auch des rechtlichen Verfügens über die Sache im Vergleich zum Eigentümer **stark eingeschränkt** ist, kann meines Erachtens nicht von einer Übertragung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Grundstück gesprochen werden. Dementsprechend stellt die Vereinbarung eines Wohnrechts keinen Vorkaufsfall dar.[1418]

ddd) Nutzniessung

712 Die Nutzniessung kann gemäss Art. 745 Abs. 1 ZGB unter anderem auch an Grundstücken bestellt werden. Sie verleiht dem Berechtigten mangels anderer Abrede den **vollen Genuss am Grundstück** (Art. 745 Abs. 2 ZGB). Der Nutzniesser hat gemäss Art. 755 Abs. 1 ZGB das Recht auf den Besitz, den Gebrauch und die Nutzung des Grundstücks. Allerdings ist er gemäss Art. 764 Abs. 1 ZGB zur Erhaltung des Gegenstands verpflichtet. Zudem darf er das Grundstück **weder umgestalten noch wesentlich verändern** (Art. 769 Abs. 2 ZGB), selbst dann nicht, wenn dadurch das Grundstück objektiv an Wert gewinnen würde.[1419] E contrario erlaubt sind ihm lediglich unwesentliche Veränderungen der Sache. Die Nutzniessung als reguläre Personaldienstbarkeit ist als solche nicht übertragbar.[1420] Hingegen kann die Ausübung der Nutzniessung nach Art. 758 Abs. 1 ZGB übertragen werden. Dies bedeutet, dass der Nutzniesser das Grundstück beispielsweise an einen Dritten vermieten darf.[1421] Die Nutzniessung ist ferner unvererblich. Sie endet gemäss Art. 749 Abs. 1 ZGB mit dem Tod des Berechtigten bzw. bei einer juristischen Person mit deren Auflösung, spätestens aber nach 100 Jahren (Art. 749 Abs. 2 ZGB).

713 Die herrschende Lehre verneint den Vorkaufsfallcharakter einer Nutzniessungsbestellung.[1422] Nach der vorliegend getroffenen Wertung ist dieser Auffassung beizupflichten, auch wenn es sich meines Erachtens um einen Grenzfall handelt: Obwohl dem Dienstbarkeitsberechtigten bei der Nutzniessung weitgehende

---

1417 BGE 116 II 281 ff. (289), E. 4c; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1358.

1418 Ebenso BRÜCKNER, Nr. 85; STREBEL, Nr. 399.

1419 BAUMANN, ZK, N 19 zu Art. 768–769 ZGB; BSK ZGB II-MÜLLER, N 5 zu Art. 769.

1420 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1343.

1421 BGE 113 II 121 ff. (125), E. 2b/aa; BSK ZGB II-MÜLLER, N 3 zu Art. 758; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1340.

1422 BRÜCKNER, Nr. 85; MEIER-HAYOZ, BK, N 173 zu Art. 681 ZGB; grundsätzlich gl.M. STREBEL, Nr. 399; a.M. SCHENKER, S. 262, bei einer langfristigen Nutzniessung an vorkaufsbelasteten Aktien.

Befugnisse eines Eigentümers eingeräumt werden, ist es ihm nach dem Gesagten nicht erlaubt, das Grundstück wesentlich zu verändern. Er darf die Liegenschaft also insbesondere nicht umbauen. Diese Befugnis des Eigentümers erscheint mir als derart zentral, dass bei der Bestellung einer Nutzniessung **nicht** davon gesprochen werden kann, dem Dienstbarkeitsberechtigten werde die **tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht am Grundstück** eingeräumt.

eee) Baurecht

714 Bei einem Baurecht erhält der Dienstbarkeitsberechtigte das Recht, auf oder unter der Bodenfläche **ein Bauwerk zu errichten oder beizubehalten** (Art. 779 Abs. 1 ZGB). Es bewirkt nach Art. 675 Abs. 1 ZGB, dass das Bauwerk im **(Sonder-)Eigentum des Bauberechtigten** steht. Das Baurecht ist mangels anderer Abrede übertragbar und vererblich (Art. 779 Abs. 2 ZGB), folglich also selbständig (vgl. Art. 655 Abs. 3 Ziff. 1 ZGB). Als selbständiges Recht kann es auf höchstens 100 Jahre vereinbart werden (Art. 779l Abs. 1 ZGB). Bei einer Mindestdauer von 30 Jahren gilt es als dauerndes Baurecht (vgl. Art. 655 Abs. 3 Ziff. 2 ZGB). Als selbständiges und dauerndes Baurecht kann es als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen werden (Art. 779 Abs. 3 ZGB). Einmal als Grundstück im Grundbuch eingetragen, kann das Baurecht insbesondere durch öffentlich beurkundeten Vertrag verkauft oder mit Grundpfandrechten sowie Dienstbarkeiten belastet werden.[1423]

715 Das Baurecht verleiht dem Dienstbarkeitsberechtigten am baurechtsbelasteten Grundstück mit anderen Worten **weitgehend dieselben Befugnisse wie einem Eigentümer.** In Bezug auf das Bauwerk ist der Dienstbarkeitsberechtigte nach dem Gesagten sogar Eigentümer und ihm «steht namentlich die Befugnis zu, das Bauwerk zu erneuern, d.h. gänzlich abzutragen und neu aufzubauen».[1424] Ein selbständiges Baurecht ist nach dem Gesagten zudem übertragbar. Ist das selbständige und dauernde Baurecht als Grundstück im Grundbuch aufgenommen, kann es sogar mit Grundpfandrechten und Dienstbarkeiten belastet werden. Damit kommen dem Inhaber eines selbständigen und dauernden Baurechts im Wesentlichen die tatsächliche und rechtliche Verfügungsbefugnis eines Eigentümers zu.

716 Während unter dem alten Recht in der Bestellung eines Baurechts kein Vorkaufsfall erblickt wurde bzw. einzig dann, wenn das Baurecht in Absicht der Umgehung des Vorkaufsrechts begründet worden ist,[1425] nimmt unter dem neuen Recht die überwiegende Lehre bei der **Bestellung eines selbständigen und**

1423 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1333.

1424 Vgl. BGE 111 II 134 ff. (139), E. 3.

1425 BGE 85 II 474 ff. (482 ff.), E. 3 und 4; vgl. aber BGE 85 I 276 ff. (280 f.), E. 2, betreffend eine kantonale Handänderungsabgabe. Siehe ferner BÄR, S. 98 ff.; MEIER-HAYOZ, BK, N 173 zu Art. 681 ZGB; SUTTER, S. 279.

dauernden Baurechts zu Recht einen **Vorkaufsfall** an.[1426] Keine Rolle spielt, ob das Baurecht auch tatsächlich als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen wird.[1427]

717 Man kann sich zwar fragen, ob die Mindestdauer eines (selbständigen und) dauernden Baurechts von 30 Jahren bereits für die Annahme eines Vorkaufsfalls ausreichen soll. Denn im Gegensatz zum Baurecht ist das Eigentum zeitlich nicht begrenzt. Dem Baurechtsgeber steht das Grundstück nach Ablauf der Baurechtsdauer wieder unbelastet zur Verfügung. Aus wirtschaftlicher Sicht nimmt allerdings der Wert der in der Zukunft liegenden Nutzungsmöglichkeiten des Grundstücks wegen der Diskontierung des Nutzens mit fortschreitender Zeitdauer exponentiell ab,[1428] sodass dieser Restwert des Grundstücks bei einer langen Vertragsdauer faktisch vernachlässigt werden kann. Dies gilt insbesondere für das auf 100 Jahre vereinbarte Baurecht.[1429] Bei einem auf 30 Jahre vereinbarten Baurecht ist der Restwert des Grundstücks zwar nicht faktisch vernachlässigbar, gegenüber dem heutigen Verkehrswert aber zumindest stark reduziert. Es ist eine Wertungsfrage, ob man bei einem 30-jährigen Baurecht den in der Zukunft liegenden Nutzungsmöglichkeiten so viel Gewicht beimessen will, um den Vorkaufsfall zu verneinen. Verneint man einen Vorkaufsfall, stellt sich die schwierige Frage, ab welcher Baurechtsdauer der Vorkaufsfall zu bejahen ist. Die Grenze könnte wohl nur willkürlich gezogen werden, was der Rechtssicherheit nicht dienlich ist. Aus diesem Grund erachte ich es als gerechtfertigt, **bereits bei einem auf 30 Jahre vereinbarten selbständigen Baurecht** den Vorkaufsfall zu bejahen. Bei dieser «wertenden Betrachtungsweise»[1430] gilt es auch zu berücksichtigen, dass mit der Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts nach Art. 682 Abs. 2 ZGB ein gesetzliches Vorkaufsrecht zugunsten des Baurechtsnehmers entsteht, welches gemäss Art. 681 Abs. 3 Satz 2 ZGB den vertraglichen Vorkaufsrechten vorgeht.[1431] Bei einer nachmaligen Veräusserung des baurechtsbelasteten Grundstücks würde also der Baurechtsnehmer mit seinem Vorkaufsrecht gegenüber dem rechtsgeschäftlich Vorkaufsberechtigten durchdringen, was den Parteien eine Möglichkeit zur Umgehung des rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechts bieten würde. Auch aus diesem Grund ist es ge-

---

1426 CR OR I-FOËX, N 10 zu Art. 216c; LANZ, S. 37; REY, ZSR 1994, S. 55; STREBEL, Nr. 401; a.M. BRÜCKNER, Nr. 85; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731a, der nur dann einen Vorkaufsfall bejaht, wenn das Baurecht in Umgehungsabsicht bestellt worden ist; siehe ferner SIMONIUS/SUTTER, N 65 zu § 11.

1427 STREBEL, Nr. 401.

1428 Vgl. HANUSCH, S. 101 f.

1429 Vgl. BGE 112 Ib 514 ff. (521), E. 4a; GROSSENBACHER, S. 46 f.

1430 Vgl. oben Nr. 701.

1431 Siehe dazu auch unten Nr. 875.

rechtfertigt, bei der Einräumung eines selbständigen und dauernden Baurechts einen Vorkaufsfall anzunehmen.[1432]

bb) Einräumung eines obligatorischen Gebrauchsrechts

718 Die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein Grundstück kann nicht nur mittels Dienstbarkeitsvertrags übertragen werden, sondern auch mittels eines obligatorischen Gebrauchsüberlassungsvertrags. Dies ergibt sich bereits als logische Folge daraus, dass jeder Inhalt einer Dienstbarkeit auch Inhalt eines obligatorischen Rechtsverhältnisses sein kann.[1433] Gleich wie Dienstbarkeitsverträge stellen aber auch **obligatorische Gebrauchsüberlassungsverträge im Grundsatz keinen Vorkaufsfall** dar.

719 Dennoch können obligatorische Gebrauchsüberlassungsverträge im Einzelfall dem Berechtigten eine weitgehende Nutzungs- und Gebrauchsbefugnis einräumen. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob dem aus der Gebrauchsüberlassung Berechtigten nicht doch etwa die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Grundstück eingeräumt worden und somit ein Vorkaufsfall anzunehmen ist.[1434] Diese Frage ist im Folgenden für die langfristige Miete (aaa) und das Immobilienleasing (bbb) zu untersuchen.

aaa) Langfristige Miete

720 Auch wenn **dem Mieter** die Sache für eine lange Mietdauer gemäss Art. 253 OR zum Gebrauch überlassen wird, **gehen** ihm **wesentliche Verfügungsbefugnisse ab,** die dem Eigentümer zukommen. So darf der Mieter die Mietsache grundsätzlich nicht bzw. nur mit schriftlicher Einwilligung des Vermieters erneuern oder verändern (Art. 260a Abs. 1 OR). Auch darf der Mieter nur in den Schranken von Art. 262 OR über die Mietsache rechtsgeschäftlich verfügen und die Sache untervermieten. Daher vermag ein Mietvertrag, selbst ein auf lange Dauer abgeschlossener, keinen Vorkaufsfall auszulösen.[1435]

1432 Zum Ganzen siehe LANZ, S. 37 f.; ferner WERREN, Nr. 32.

1433 Vgl. LIVER, ZK, N 129 in fine der Einleitung zu den Dienstbarkeiten (vor Art. 730 ZGB); SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1203 in fine.

1434 Unter dem alten Recht wurde ein Vorkaufsfall bei der Bestellung eines obligatorischen Gebrauchsrechts kategorisch ausgeschlossen: MEIER-HAYOZ, BK, N 173 zu Art. 681 ZGB.

1435 Die Frage, ob eine langfristige Miete einen Vorkaufsfall auslösen kann, wirft STREBEL, Nr. 499 f., auf und lässt sie offen.

bbb) Immobilienleasing

721 Der Immobilienleasingvertrag stellt einen Innominatkontrakt dar, dessen rechtliche Einordnung in Lehre und Rechtsprechung umstritten,[1436] für die vorliegende Problematik aber ohne weitere Relevanz ist. Der typische Inhalt eines Immobilienleasingvertrags charakterisiert sich wie folgt: Die Leasinggesellschaft kauft nach den Wünschen und Bedürfnissen des Leasingnehmers ein **Grundstück** und überlässt es diesem langfristig zu **Nutzung und Gebrauch gegen Bezahlung eines Leasingzinses.** Am Ende der ordentlichen Leasingdauer hat der Leasingnehmer in der Regel die Wahl, ob er das Leasingobjekt zum Preis der nicht amortisierten Investitionskosten kaufen, auf dieser Basis weiterleasen oder zurückgeben will, wobei der Leasingnehmer im letzten Fall das Verwertungsrisiko des Leasingobjekts trägt.[1437] In der Regel kauft zuerst die Leasinggesellschaft das den Bedürfnissen des Leasingnehmers entsprechende Grundstück bei einem Dritten und verleast es anschliessend dem Leasingnehmer.[1438] In diesem Fall tritt der Vorkaufsfall freilich bereits mit dem Abschluss des Kaufvertrags zwischen der Leasinggesellschaft und dem Dritten ein.[1439] Nicht auszuschliessen ist allerdings, dass das Grundstück bereits im Eigentum der Leasinggesellschaft steht, sodass sich die Frage stellt, ob der Abschluss des Immobilienleasingvertrags geeignet ist, den Vorkaufsfall auszulösen. Dabei gilt es Folgendes zu berücksichtigen:

722 Der Leasingnehmer erhält das Leasingobjekt zum freien Gebrauch und Nutzen übertragen.[1440] Allerdings darf er Umbauten nicht ohne Zustimmung der Leasinggesellschaft vornehmen, wobei diese ihre Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigern kann.[1441] Faktisch bedeutet dies, dass der Leasingnehmer zumindest wertsteigernde Umbauten vornehmen darf. Er übernimmt das volle Erhaltungsrisiko des Grundstücks.[1442] Ebenso trägt er die Chancen und Risiken einer Wertsteigerung bzw. –minderung des Leasingobjekts. Was die tatsächliche Verfügungsbefugnis über das Grundstück anbelangt, so kommt dem Leasing-

---

1436 BGer 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008, E. 4.1.2; BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 69 der Einleitung vor Art. 184 ff.

1437 BGE 132 III 549 ff. (552), E. 1; HESS, Immobilien-Leasing, S. 83.

1438 HESS, Immobilien-Leasing, S. 221 f., erachtet die Pflicht der Leasinggesellschaft zum Erwerb des Leasingobjekts bei einem Dritten sogar als typwesentliches Element des Immobilienleasingvertrags.

1439 Vgl. oben Nr. 588.

1440 BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 72 der Einleitung vor Art. 184 ff.; HESS, Immobilien-Leasing, S. 134, restriktiver jedoch auf S. 110; HIGI, ZK, N 182 der Vorbemerkungen zum 8. Titel^{bis} (Art. 275–304 OR).

1441 HESS, Immobilien-Leasing, S. 110 und Fn. 166.

1442 BSK OR I-AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, N 59 der Einleitung vor Art. 184 ff.; HESS, Immobilien-Leasing, S. 110; HIGI, ZK, N 182 der Vorbemerkungen zum 8. Titel^{bis} (Art. 275–304 OR).

nehmer weitgehend die Stellung eines Eigentümers zu.[1443] Hingegen sind seine **Möglichkeiten zur rechtlichen Verfügung über das Leasingobjekt in erheblichem Mass eingeschränkt:** Er darf das Leasingobjekt nicht an Dritte veräussern oder mit beschränkten dinglichen Rechten belasten. An Dritte vermieten darf er nur mit Zustimmung der Leasinggesellschaft,[1444] wobei meines Erachtens auch hier die Zustimmung nur aus wichtigen Gründen verweigert werden darf.

723 Nach der Auffassung von REY löst der Immobilienleasingvertrag dann einen Vorkaufsfall aus, wenn der finanzielle Nutzen, welcher dem Leasinggeber und dem Leasingnehmer durch den Immobilienleasingvertrag anfällt, weitgehend demjenigen entspricht, den Veräusserer und Erwerber im Fall eines Grundstückkaufs erzielen könnten.[1445] Dagegen hat das Bundesgericht – im Zusammenhang mit Art. 4 des dringlichen Bundesbeschlusses über eine Sperrfrist für die Veräusserung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke und die Veröffentlichung von Eigentumsübertragungen von Grundstücken vom 6. Oktober 1989, in Kraft gewesen bis am 31. Dezember 1994[1446] – mit Blick auf die eingeschränkte rechtliche Verfügungsbefugnis des Leasingnehmers entschieden, dass das Immobilienleasing wirtschaftlich nicht einer Veräusserung gleichkommt.[1447] Der Auffassung des Bundesgerichts kann meines Erachtens beigepflichtet werden, auch wenn es sich um einen Grenzfall handelt. Demnach löst der Abschluss eines Immobilienleasingvertrags **grundsätzlich keinen Vorkaufsfall** aus. Vorbehalten bleibt aber stets eine andere Beurteilung des Einzelfalls aufgrund der konkret getroffenen Parteivereinbarung.

cc) Übertragung von Beteiligungsrechten an einer juristischen Person

724 Noch unter der Geltung des alten Rechts hatte das Bundesgericht entschieden, dass der Verkauf einer Quasi-Gesamtheit der Aktien einer Gesellschaft, die Eigentümerin eines vorkaufsbelasteten Grundstücks ist, den Vorkaufsfall – unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – nicht auszulösen vermöge.[1448] Ob sich diese Rechtslage mit Inkrafttreten des neuen Art. 216c Abs. 1 OR geändert hat, wird **in der Lehre kontrovers** diskutiert. Es zeichnet sich aber vermehrt die Tendenz ab, den Vorkaufsfall zu bejahen.[1449] Aber auch innerhalb der befürwortenden Lehrmeinungen bleiben Einzelheiten umstritten.

1443 BGer 4C.47/2000 vom 29. Mai 2000, E. 3b.

1444 HESS, Immobilien-Leasing, S. 110.

1445 REY, ZSR 1994, S. 55 f.; siehe auch CR OR I-FOËX, N 10 zu Art. 216c.

1446 Siehe AS 1989 II 1974 ff.

1447 BGer 4C.47/2000 vom 29. Mai 2000, E. 3b.

1448 Vgl. dazu oben Nr. 639.

1449 Befürwortend BSK OR I-FASEL, N 7 zu Art. 216c; KOBIERSKI, S. 132 ff.; LANZ, S. 38; SCHENKER, S. 261; STREBEL, Nr. 487; WYSS/KÖCHLI, Nr. 13; siehe auch das Urteil des BGH vom 27. Januar 2012, in: NJW 2012, S. 1354 ff. (1354 f.), E. 1a–b;

725 Nach der hier vertretenen «ökonomischen Betrachtungsweise» löst der Verkauf einer solchen Mehrheitsbeteiligung den Vorkaufsfall aus. Denn der Allein- oder Mehrheitsaktionär einer Aktiengesellschaft vermag durch seine Mehrheitsbeteiligung die Willensbildung der Gesellschaft zu prägen und damit auch über das Schicksal ihrer Aktiven zu bestimmen. Bildet ein vorkaufsbelastetes Grundstück ein Aktivum der Gesellschaft, so steht dem Allein- oder Mehrheitsaktionär die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über dieses Grundstück zu. Zwischen ihm und der von ihm beherrschten Gesellschaft besteht wirtschaftliche Identität.[1450] Veräussert er seine Mehrheitsbeteiligung an einen Dritten, so **überträgt er die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht** über die Aktiven der Gesellschaft und damit auch **über das vorkaufsbelastete Grundstück** an den Dritten, auch wenn formell das Grundeigentum nicht übergeht.

726 Die Veräusserung der Mehrheit der Aktien genügt dabei bereits für die Annahme eines Vorkaufsfalls.[1451] Ausschlaggebender Gesichtspunkt ist, dass durch die Veräusserung der Aktien die **Beherrschung der Gesellschaft** von einer Person auf eine andere **übergeht.** Die hier vertretene Auffassung ist letztlich nichts anderes als das Korrelat zur Rechtslage, wonach die Sacheinlage eines Grundstücks keinen Vorkaufsfall auslöst, wenn wirtschaftliche Identität zwischen dem Einleger und der Gesellschaft besteht.[1452] Würde man anders entscheiden, wäre der Umgehung des Vorkaufsrechts durch ein zweistufiges Vorgehen – zunächst Begründung einer Gesellschaft durch (Sach-)Einlage eines Grundstücks und anschliessende Veräusserung der Beteiligungsrechte – Tür und Tor geöffnet.[1453]

727 Nach der hier vertretenen Meinung spielt es keine Rolle, ob es sich bei der Gesellschaft um eine **Immobilien- oder** eine **operative Gesellschaft** handelt.[1454] Auch die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung an einer operativen Gesellschaft, die ein vorkaufsbelastetes Grundstück zu Eigentum hat, löst den Vor-

---

ablehnend hingegen BRÜCKNER, Nr. 84; CR OR I-FOËX, N 11 zu Art. 216c; siehe aber immerhin DENSELBEN, Not@lex 2010, S. 87; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b; PETER, cas de préemption, S. 374 ff.

1450 Vgl. oben Nr. 666.

1451 Ähnlich WYSS/KÖCHLI, Nr. 13; a.M. STREBEL, Nr. 481 ff., der für die Annahme eines Vorkaufsfalls grundsätzlich die Übertragung sämtlicher Beteiligungsrechte fordert.

1452 Vgl. oben Nr. 687.

1453 Allerdings könnte in einem solchen Fall auch das Rechtsmissbrauchsverbot weitestgehend Abhilfe schaffen, doch trägt der Vorkaufsberechtigte die Beweislast für die rechtsmissbräuchliche Absicht: vgl. oben Nr. 652.

1454 Um eine Immobiliengesellschaft handelt es sich, wenn der Zweck der Gesellschaft gerade in der Haltung und Verwaltung von und dem Handel mit Grundstücken liegt: WYSS/KÖCHLI, Nr. 13.

kaufsfall aus.[1455] Ebenso wenig ändert sich, wenn die Aktien einer **Holdinggesellschaft** verkauft werden, deren Tochtergesellschaft ein vorkaufsbelastetes Grundstück hält.[1456] In beiden Fällen findet eine Übertragung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das vorkaufsbelastete Grundstück von einem Rechtsträger auf einen anderen statt.

728 Eine besondere Form des Beteiligungskaufs bzw. eher des Beteiligungstausches liegt meines Erachtens bei der sogenannten **Quasifusion** vor. Davon spricht man, wenn die übernehmende Gesellschaft die Anteile der zu akquirierenden Gesellschaft erwirbt und die verkaufenden Gesellschafter durch Hingabe eigener Anteile und allenfalls einer Geldzahlung abfindet, ohne dass es zur Auflösung der übernommenen Gesellschaft kommt.[1457] Befindet sich in dieser Gesellschaft ein vorkaufsbelastetes Grundstück, so löst dieser Vorgang nach der hier vertretenen Auffassung ebenso einen Vorkaufsfall aus[1458] – es sei denn, der abgefundene Gesellschafter, der die übernommene Gesellschaft wirtschaftlich beherrschte, erhält im Rahmen der Abfindung derart viele Anteile der übernehmenden Gesellschaft, dass er in der Folge auch diese beherrscht, sodass weiterhin ein Fall von wirtschaftlicher Identität besteht.[1459] Die Besonderheit des Falls liegt darin, dass die Gegenleistung nicht in Form von Geld, sondern in Form von Anteilsrechten, somit ebenfalls in Form eines wirtschaftlichen Äquivalents erbracht wird.[1460]

729 Auf die Frage nach dem Inhalt des Vertrags, der durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten zustande kommt, wenn der Vorkaufsfall durch die Veräusserung von Beteiligungsrechten an einer juristischen Person ausgelöst wird, ist weiter unten zurückzukommen.[1461] Bereits an dieser Stelle soll aber klargestellt werden, dass sich die **Vorkaufsberechtigung** einzig und allein **auf das vorkaufsbelastete Grundstück bezieht,** nicht aber auf die Aktien, die veräussert werden.[1462]

E) Verfügungen von Todes wegen

730 Bis anhin wurden ausschliesslich Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf ihren Vorkaufsfallcharakter hin untersucht. Es stellt sich nun die Frage, ob auch eine

---

1455 Siehe auch BGer 2C_212/2013 vom 18. März 2014, E. 5.6.1, betreffend Art. 61 Abs. 3 BGBB; a.M. KOBIERSKI, S. 132; SCHENKER, S. 261; WYSS/KÖCHLI, Nr. 15.

1456 A.M. WYSS/KÖCHLI, Nr. 17.

1457 BSK FUSG-TSCHÄNI/PAPA, N 12 zu Art. 3.

1458 A.M. WYSS/KÖCHLI, Nr. 21.

1459 Vgl. bereits oben zur (echten) Fusion Nr. 694.

1460 Vgl. oben Nr. 676.

1461 Vgl. unten Nr. 902 und 994.

1462 Dies gilt es zu betonen gegenüber einer anderslautenden Annahme von CR OR I-FOËX, N 11 zu Art. 216c.

Verfügung von Todes wegen einen Vorkaufsfall darstellen kann. Ich habe bereits ausgeführt, dass die Zuweisung eines Grundstücks in der Erbteilung kraft gesetzlicher Anordnung in Art. 216c Abs. 2 OR keinen Vorkaufsfall auslöst.[1463] Die Lehre vertritt sodann einhellig die Auffassung, dass dies auch auf den **Erbgang** zutrifft.[1464] Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da der Erbgang kein Rechtsgeschäft darstellt. Der Erbgang wird gemäss Art. 537 Abs. 1 ZGB mit dem Tod des Erblassers eröffnet. Dieser führt zur Universalsukzession der Erben nach Art. 560 ZGB. Als ausserrechtsgeschäftliches Ereignis kann der Erbgang keinen Vorkaufsfall auslösen.

731 Die Wirkungen des Erbgangs beeinflussen kann allerdings ein **Rechtsgeschäft von Todes wegen.** Der Erblasser hat – in den Schranken seiner Verfügungsfreiheit – die Möglichkeit, auf den Tod hin über sein Vermögen zu verfügen (Art. 481 Abs. 1 ZGB), namentlich einen Erben einzusetzen (Art. 483 ZGB) oder ein Vermächtnis auszurichten (Art. 484 ZGB). Als Verfügungsformen stellt ihm das Gesetz die letztwillige Verfügung nach den Art. 498 ff. ZGB (a) sowie den Erbvertrag nach den Art. 512 ff. ZGB (b) zur Verfügung.

a) Letztwillige Verfügung

732 Die letztwillige Verfügung stellt ein **einseitiges Rechtsgeschäft** dar[1465] und fällt damit grundsätzlich für einen Vorkaufsfall ausser Betracht.[1466] Demnach löst weder die Erbeinsetzung noch die Zuwendung eines Vermächtnisses einen Vorkaufsfall aus.[1467]

733 Einen Vorbehalt anzubringen gilt es für den Sonderfall des **entgeltlichen Vermächtnisses.** Um ein solches handelt es sich, wenn der Vermächtnisnehmer für den Erwerb des Vermächtniswertes eine Gegenleistung an den Beschwerten aus seinem eigenen Vermögen zu erbringen hat.[1468] Der Erblasser kann dabei volle objektive Wertäquivalenz zwischen Vermächtniswert und Gegenleistung anordnen.[1469] Beispielsweise kann der Erblasser sein Grundstück einem Nichterben vermachen und gleichzeitig anordnen, dass dieser den beschwerten Erben eine dem Marktwert des Grundstücks entsprechende Gegenleistung zu erbringen hat. Diesfalls erwirbt der Vermächtnisnehmer mit dem Tod des Erblassers eine Forderung auf Übertragung des Grundeigentums gegenüber den beschwerten Erben,

---

1463 Vgl. oben Nr. 614 ff.

1464 MEIER-HAYOZ, BK, N 167 zu Art. 681 ZGB; SUTTER, S. 279; STEINAUER, droits réels, Nr. 1731b.

1465 BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 20 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536; GRUNDLER, S. 12.

1466 Vgl. oben Nr. 659.

1467 Vgl. auch STREBEL, Nr. 420.

1468 BSK ZGB II-HUWILER, N 24 zu Art. 484.

1469 BSK ZGB II-HUWILER, N 27 zu Art. 484.

und die beschwerten Erben erwerben im Gegenzug eine Forderung gegenüber dem Vermächtnisnehmer auf Entrichtung eines (marktgerechten) Entgelts.[1470] Damit liegt ein Schuldverhältnis vor wie bei einem Kaufvertrag, weshalb nach der hier vertretenen Auffassung auch in dieser Konstellation der Vorkaufsfall eintritt.[1471] Fällig und damit durchsetzbar werden die Forderungen aus diesem Schuldverhältnis jedoch erst, wenn einerseits die beschwerten Erben ihre Erbschaft angenommen haben oder sie nicht mehr ausschlagen können (vgl. Art. 562 Abs. 2 ZGB) und andererseits auch der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis nicht ausgeschlagen hat (vgl. Art. 577 ZGB). Bis zu diesem Zeitpunkt haben also beide Parteien die Möglichkeit, durch Ausschlagung der Erbschaft bzw. des Vermächtnisses dieses Schuldverhältnis einseitig zu Fall zu bringen. Diese Konstellation ähnelt dem potestativ bedingten Kaufvertrag.[1472] Aus diesem Grund tritt nach der hier vertretenen Meinung der Vorkaufsfall erst in dem Zeitpunkt ein, in dem die Frist zur Ausschlagung sowohl der Erbschaft wie auch des Vermächtnisses unbenutzt verstrichen ist.[1473] Bei einem *teilweise unentgeltlichen Vermächtnis* fällt der Vorkaufsfall jedoch – analog zur gemischten Schenkung – ausser Betracht.[1474]

b) Erbvertrag

Der Erbvertrag stellt ein **zweiseitiges Rechtsgeschäft** dar.[1475] Ein Erbvertrag kann unentgeltlich (aa) oder entgeltlich (bb) abgeschlossen werden. 734

aa) Unentgeltlicher Erbvertrag

Soweit der Erbvertrag unentgeltlich abgeschlossen wird, **erbringt nur der Erblasser eine Leistung.** Damit fällt der unentgeltliche Erbvertrag – gleich wie die letztwillige Verfügung – als Vorkaufsfall ausser Betracht. 735

Ein Vorbehalt anzubringen ist erneut für den Fall, dass die Parteien eines (unentgeltlichen) Erbvertrags ein **entgeltliches Vermächtnis** vereinbaren. Diese Konstellation entspricht dem zuvor behandelten Fall, in dem durch letztwillige Verfügung ein entgeltliches Vermächtnis zugewendet wird. Ist Gegenstand des 736

1470 Vgl. BSK ZGB II-HUWILER, N 2 und 24 zu Art. 484.

1471 Ebenso BRÜCKNER, Nr. 82; STREBEL, Nr. 426 ff.

1472 Vgl. oben Nr. 563.

1473 Gl.M. STREBEL, Nr. 425 und 428. Da Art. 577 ZGB keine Frist zur Ausschlagung des Vermächtnisses vorsieht, muss man es meines Erachtens dem Vorkaufsberechtigten gestatten, dem Vermächtnisnehmer eine angemessene Frist anzusetzen, innert derer dieser eine allfällige Ausschlagung des Vermächtnisses auszusprechen hat: vgl. bereits oben Nr. 563.

1474 STREBEL, Nr. 421 ff. Zur gemischten Schenkung vgl. oben Nr. 673 f.

1475 BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 3 der Vorbemerkungen vor Art. 494–497; GRUNDLER, S. 12; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, N 5 zu § 66.

entgeltlichen Vermächtnisses ein vorkaufsbelastetes Grundstück, löst dies nach dem bereits Gesagten einen Vorkaufsfall aus, wenn weder die Erben die Erbschaft noch der Vermächtnisnehmer sein Vermächtnis ausschlagen.[1476]

bb) Entgeltlicher Erbvertrag

737 Der Erbvertrag kann aber auch entgeltlich abgeschlossen werden. Diesfalls erhält der Erblasser von seinem Vertragspartner eine **Gegenleistung** für den Abschluss des Erbvertrags.[1477] Im vorliegenden Zusammenhang interessiert nur der entgeltliche positive Erbvertrag nach Art. 494 Abs. 1 ZGB, auch Erbzuwendungsvertrag genannt.[1478] Bei diesem Vertrag räumt der Erblasser seinem Vertragspartner eine erbrechtliche Anwartschaft auf seinen Nachlass ein und handelt sich dafür eine Gegenleistung aus.[1479] Der positive Erbvertrag kommt in zwei Ausprägungen vor: entweder als Vermächtnisvertrag (aaa) oder als Erbeinsetzungsvertrag (bbb).

aaa) Entgeltlicher Vermächtnisvertrag

738 Bei einem Vermächtnisvertrag setzt der Erblasser seinen Vertragspartner als **Vermächtnisnehmer eines oder mehrerer Vermögenswerte aus seinem Nachlass** ein (Art. 494 Abs. 1 i.V.m. Art. 484 Abs. 1 ZGB).[1480] Gegenstand eines Vermächtnisvertrags kann namentlich auch ein vorkaufsbelastetes Grundstück sein. Die Forderung auf Ausrichtung des Vermächtnisses erwirbt der Vertragspartner allerdings erst mit dem Tod des Erblassers (vgl. Art. 562 Abs. 2 ZGB).[1481] Die Bindungswirkung des Erbvertrags tritt aber bereits mit dem Vertragsabschluss ein.[1482]

739 Dem Erblasser steht es frei, sich im Erbvertrag mit dem Vermächtnisnehmer für das Vermächtnis eine Gegenleistung auszubedingen. Diese Gegenleistung kann durchaus in einer zu Lebzeiten des Erblassers zu erbringenden Leistung bestehen,[1483] namentlich in einer Geldleistung oder einem wirtschaftlichen Äquiva-

---

1476 Vgl. oben Nr. 733.

1477 BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 9 in fine der Vorbemerkungen vor Art. 494–497; GRUNDLER, S. 6.

1478 Davon zu unterscheiden ist der negative Erbvertrag, also der Erbverzichtsvertrag nach Art. 495 ZGB: vgl. BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 9 der Vorbemerkungen vor Art. 494–497.

1479 GRUNDLER, S. 4 f.

1480 GRUNDLER, S. 5.

1481 BSK ZGB II-SCHWANDER, N 1 zu Art. 562.

1482 BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 3 der Vorbemerkungen vor Art. 494–497; DRUEY, N 7 zu § 10; GRUNDLER, S. 17. Zur Tragweite dieser Bindungswirkung siehe sogleich unten Nr. 740.

1483 GRUNDLER, S. 22.

lent. Die Parteien des Erbvertrags können ohne Weiteres objektive Wertäquivalenz zwischen dem Vermächtnis und der Gegenleistung vorsehen. Es handelt sich diesfalls um einen **rein entgeltlichen Vermächtnisvertrag.** Dieser ist vom gemischt entgeltlichen Vermächtnisvertrag zu unterscheiden, bei dem eine Gegenleistung mit tieferem Wert als demjenigen der Erbzuwendung vereinbart wird.[1484] Mit dem entgeltlichen Vermächtnisvertrag lassen sich somit ähnliche Ziele verfolgen wie mit einem reinen Austauschvertrag unter Lebenden,[1485] namentlich einem Grundstückkaufvertrag. Aus diesem Grund stellt der rein entgeltliche Vermächtnisvertrag, bei dem ein vorkaufsbelastetes Grundstück den Vermächtnisgegenstand bildet, nach der hier vertretenen Auffassung einen **Vorkaufsfall** dar. Hingegen scheidet ein Vorkaufsfall – analog zur Rechtslage bei der gemischten Schenkung[1486] – beim gemischt entgeltlichen Vermächtnisvertrag aus.

740 Gegen die Annahme eines Vorkaufsfalls beim rein entgeltlichen Vermächtnisvertrag könnte man den *Einwand* erheben, dass der *Erblasser* gemäss Art. 494 Abs. 2 ZGB – trotz Abschluss des Erbvertrags – *weiterhin frei über sein Vermögen verfügen* könne. Einzig Verfügungen von Todes wegen und Schenkungen, die mit den Verpflichtungen aus dem Erbvertrag nicht vereinbar sind, können gemäss Art. 494 Abs. 3 ZGB (nach dem Tod des Erblassers) angefochten werden.[1487] Der Erblasser ist namentlich nicht daran gehindert, sein vermachtes Grundstück noch zu Lebzeiten an einen Dritten zu verkaufen. Dies stellt aber keine Besonderheit gegenüber dem Grundstückkaufvertrag unter Lebenden dar und kann daher nicht gegen die hier vertretene Auffassung ins Feld geführt werden: Auch beim Grundstückkaufvertrag unter Lebenden kann der Verkäufer nach Abschluss des Vertrags bis zur Erfüllung weiterhin frei über das Grundstück verfügen – er riskiert jedoch eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Käufer, wenn er das Grundstück an einen Dritten veräussert. Nach zutreffender Auffassung von PIOTET haben auch der Erblasser bzw. die mit dem Vermächtnis beschwerten Erben Schadenersatz zu leisten, wenn sich der erbvertraglich vermachte Gegenstand nicht im Nachlass befindet.[1488] Der entgeltliche Vermächtnisvertrag gleicht sich sodann weiter dem (Grundstückkauf-)Vertrag

1484 Siehe GRUNDLER, S. 24 ff.

1485 Siehe GRUNDLER, S. 48.

1486 Vgl. oben Nr. 673 f.

1487 In der erbrechtlichen Literatur hat sich zu Recht die Auffassung durchgesetzt, dass die Schenkung des Vermächtnisgegenstands an einen Dritten zumindest bei einem Speziesvermächtnis mit den Verpflichtungen des Erblassers aus dem Erbvertrag nicht vereinbar ist: BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 11 zu Art. 494; ESCHER, ZK, N 11a zu Art. 494 ZGB; PIOTET, SPR IV/1, S. 181; TUOR, BK, N 18 zu Art. 494 ZGB.

1488 PIOTET, SPR IV/1, S. 182. Andere Autoren nehmen an, dass nach dem hypothetischen Parteiwillen der Verkaufserlös an die Stelle des Vermächtnisgegenstands tritt: DRUEY, N 38 zu § 10; ESCHER, ZK, N 12 zu Art. 494 ZGB.

unter Lebenden an, wenn man dem Vermächtnisnehmer bereits zu Lebzeiten des Erblassers einen Schutz vor dessen Verfügungen über den Vermächtnisgegenstand zugestehen will. BREITSCHMID geht nämlich bei einem entgeltlichen Vermächtnisvertrag auf dem Weg der Vertragsauslegung von einem solchen lebzeitigen Schutzanspruch des Vermächtnisnehmers aus.[1489] Folgt man dieser Auffassung, kann der Vermächtnisnehmer seinen Vermächtnisanspruch bereits zu Lebzeiten des Erblassers mit der Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch sichern.[1490]

741 Fraglich ist schliesslich der **Zeitpunkt,** in dem der Vorkaufsfall eintritt. In Betracht fallen der Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags, der Todeszeitpunkt des Erblassers und der Zeitpunkt der Annahme des Vermächtnisses. Beim Erbvertrag handelt es sich um eine Verfügung von Todes wegen. Verfügungen von Todes wegen sind Anordnungen, deren Wirksamkeit auf den Tod des Erblassers gestellt ist.[1491] Der Tod des Erblassers ist somit ein aufschiebender Termin des Rechtsgeschäfts. Der Termin weist Ähnlichkeiten mit der Bedingung auf, unterscheidet sich von dieser aber darin, dass er mit Sicherheit eintreten wird, auch wenn – wie beim Tod – ungewiss sein mag, wann («dies incertus quando»). Auf den Termin können die Bestimmungen der Art. 151 ff. OR über die Bedingungen analog angewendet werden.[1492] Was den Zeitpunkt des Vorkaufsfalls anbelangt, so ist der Termin daher meines Erachtens gleich zu handhaben wie die Bedingung: Da es sich beim Todeszeitpunkt um einen kasuellen Termin handelt, tritt der Vorkaufsfall bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, also des **Abschlusses des Vermächtnisvertrags,** ein.[1493] Der Vorkaufsberechtigte, der von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht, muss sich diesen Termin aber ebenfalls entgegenhalten lassen, erwirbt also die Forderung auf Übertragung des Grundeigentums erst im Todeszeitpunkt des Erblassers.

bbb) Entgeltlicher Erbeinsetzungsvertrag

742 Der Erbeinsetzungsvertrag unterscheidet sich vom Vermächtnisvertrag insofern, als der Erblasser seinem Vertragspartner nicht einen einzelnen oder einzelne Vermögenswerte zuwendet, sondern ihn **als Erben für die ganze Erbschaft oder einen Bruchteil davon einsetzt** (Art. 494 Abs. 1 i.V.m. Art. 483 ZGB).[1494] Als eingesetzter Erbe wird der Vertragspartner beim Tod des Erblassers zu dessen Universalsukzessor (vgl. Art. 560 ZGB). Beim entgeltlichen Erbeinset-

---

1489 BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 6 f. zu Art. 494; ablehnend GRUNDLER, S. 18 f.

1490 Siehe PIOTET, S. 180 f.

1491 BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 20 der Vorbemerkungen vor Art. 467–536; TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, N 1 zu § 66.

1492 Siehe zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 4034 ff.

1493 Vgl. oben Nr. 560.

1494 GRUNDLER, S. 5.

zungsvertrag «erkauft» sich der Vertragspartner mit seiner Gegenleistung gewissermassen seine Erbenstellung. Befindet sich im Nachlass des Erblassers ein vorkaufsbelastetes Grundstück, stellt sich damit die Frage nach dem Vorkaufsfall. Dass der Vorkaufsfall nicht mit dem Hinweis auf die Universalsukzession ausgeschlossen werden kann, wurde bereits im Zusammenhang mit den Umstrukturierungen nach dem Fusionsgesetz ausgeführt:[1495] Es darf keine Rolle spielen, ob das Grundstück durch Singular- oder Universalsukzession auf den Erwerber übertragen wird. Entscheidender Gesichtspunkt ist allein, ob man es wirtschaftlich betrachtet mit einem Kauf des Grundstücks zu tun hat.

743 Nach der hier vertretenen Auffassung kann man einen **Vorkaufsfall** bejahen, wenn ein **rein entgeltlicher Erbeinsetzungsvertrag** vorliegt, also objektive Wertäquivalenz zwischen der Erbeinsetzung und der Gegenleistung besteht, und sich im Vermögen des Erblassers ein vorkaufsbelastetes Grundstück befindet. Hingegen scheidet ein Vorkaufsfall – analog zur Rechtslage bei der gemischten Schenkung[1496] – beim gemischt entgeltlichen Erbeinsetzungsvertrag aus. Die *Unterscheidung zwischen rein und gemischt entgeltlichem Erbvertrag* mag im Einzelfall gerade bei einem Erbeinsetzungsvertrag Schwierigkeiten bereiten. Dies ist aber kein Grund, um den Vorkaufsfall kategorisch auszuschliessen. Während sich der Wert insbesondere einer inter vivos zu erbringenden Gegenleistung in der Regel einfach bestimmen lässt, gestaltet sich die Bestimmung des Werts der Erbzuwendung als schwierig, wenn auch nicht als unmöglich. Ob objektive Wertäquivalenz besteht, bemisst sich nach dem Wert der Erbanwartschaft im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die Wertbemessung erfolgt auf der Grundlage des Vermögens des Erblassers im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses unter Mitberücksichtigung mutmasslicher künftiger Vermögensänderungen.[1497]

744 Allerdings hat der Vertragspartner beim entgeltlichen Erbeinsetzungsvertrag grundsätzlich keine Gewissheit, welche Gegenstände sich im Todeszeitpunkt des Erblassers in dessen Nachlass befinden. Der Erblasser kann beim entgeltlichen Erbeinsetzungsvertrag nach wie vor frei über sein Vermögen verfügen (Art. 494 Abs. 2 ZGB). Der Anfechtung unterliegen gemäss Art. 494 Abs. 3 ZGB nur die mit dem Erbvertrag nicht zu vereinbarenden Verfügungen von Todes wegen und Schenkungen.[1498] Dies bedeutet mit anderen Worten, dass sich

---

1495 Vgl. oben Nr. 693.

1496 Vgl. oben Nr. 673 f.

1497 GRUNDLER, S. 68.

1498 Wie weit diese Schenkungsanfechtung gehen soll, ist freilich umstritten. Das Bundesgericht hatte in BGE 70 II 255 ff. (263), E. 2b, entschieden, dass die Anfechtbarkeit von Schenkungen nach Art. 494 Abs. 3 ZGB eine besondere obligatorische Verpflichtung des Erblassers voraussetze, solche Schenkungen zu unterlassen. Diese Praxis wird von der neueren Lehre in Frage gestellt, welche Schenkungen nunmehr generell der Anfechtung nach Art. 494 Abs. 3 ZGB unterwerfen will: siehe

die Zusammensetzung der Vermögensmasse des Erblassers zwischen dem Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags und dem Todeszeitpunkt noch beliebig verändern kann. Befindet sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein vorkaufsbelastetes Grundstück im Vermögen des Erblassers, so besteht keine Gewissheit, dass dies auch im Todeszeitpunkt noch der Fall ist. Im Gegensatz zum Vermächtnisvertrag hat der Erblasser seinem Vertragspartner keinen konkreten Vermögenswert vermacht, und dieser erlangt daher auch keinen Schadenersatzanspruch, wenn sich ein gewisser Vermögenswert, namentlich ein vorkaufsbelastetes Grundstück, beim Tod des Erblassers nicht mehr in dessen Nachlass befindet. Diese Situation ähnelt der Rechtslage bei einem Vertrag über die Abtretung eines angefallenen Erbanteils an einen Dritten im Sinn von Art. 635 Abs. 2 ZGB, wo sich erst bei der Erbteilung konkretisiert, was Gegenstand des obligatorischen Anspruchs des Dritterwerbers bildet und daher erst in diesem Zeitpunkt ein Vorkaufsfall angenommen werden kann, wenn sich herausstellt, dass das Teilungsergebnis des veräussernden Erben auch tatsächlich ein vorkaufsbelastetes Grundstück umfasst.[1499] Was Gegenstand des Erbes ist, konkretisiert sich beim Erbeinsetzungsvertrag im **Zeitpunkt des Todes des Erblassers.** Da sich also erst in diesem Zeitpunkt herausstellt, ob der Vertragspartner ein Grundstück erwirbt, kann auch erst in diesem Zeitpunkt – und nicht bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags – der Vorkaufsfall bejaht werden.

F) Zusammenfassung

745 Die Frage, wann ein Rechtsgeschäft wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt und damit gemäss Art. 216c Abs. 1 OR einen Vorkaufsfall darstellt, muss nach der **hier vertretenen Auffassung** anhand einer **«ökonomischen Betrachtungsweise»** beantwortet werden. Danach setzt ein Vorkaufsfall voraus, dass ein zweiseitiges Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, in dem sich beide Parteien zur Erbringung einer Leistung verpflichten.[1500] Zwischen den Parteien darf keine wirtschaftliche Identität bestehen.[1501] Die Leistung des Dritterwerbers muss in einer Geldleistung oder einem wirtschaftlichen Äquivalent bestehen.[1502] Die Leistung muss dabei nach dem übereinstimmenden Parteiwillen ein volles Entgelt für die Gegenleistung des Vorkaufsbelasteten darstellen. Bei einer gemischten Schenkung scheidet der Vorkaufsfall daher aus.[1503] Das wirtschaftliche Äquivalent kann in irgendeiner vertretbaren Gegenleistung bestehen. Ist die Gegenleistung nicht vertretbar und kommt es dem Vorkaufsbelasteten massge-

---

EITEL/ELMIGER, S. 257 ff.; HRUBESCH-MILLAUER, S. 213 ff.; restriktiver aber BSK ZGB II-BREITSCHMID, N 11 zu Art. 494.

1499 Vgl. dazu oben Nr. 653.

1500 Vgl. oben Nr. 658 ff.

1501 Vgl. oben Nr. 665 ff.

1502 Vgl. oben Nr. 671 ff.

1503 Vgl. oben Nr. 672 ff.

blich auf diese nicht vertretbare Gegenleistung an, so scheidet der Vorkaufsfall aus.[1504] Die Leistung des Vorkaufsbelasteten muss in der Übertragung des formellen oder wirtschaftlichen Grundeigentums bestehen.[1505] Die Übertragung des wirtschaftlichen Grundeigentums erfolgt durch die Übertragung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Grundstück.[1506] So betrachtet, kann namentlich auch die Begründung einer dauernden und selbständigen Baurechtsdienstbarkeit oder die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person, die ein Grundstück zu Eigentum hat, einen Vorkaufsfall auslösen.[1507] Ein Vorkaufsfall ist selbst bei einer Verfügung von Todes wegen nicht ausgeschlossen.[1508]

V. Rechtsgeschäftliche Definition

Es entspricht der Privatautonomie, dass die Parteien des Vorkaufsvertrags von der gesetzlichen Umschreibung des Vorkaufsfalls abweichen und den Vorkaufsfall stattdessen selber definieren können. Dieser Privatautonomie sind indes gewisse Schranken gesetzt. Es ist zu unterscheiden, ob die rechtsgeschäftliche Umschreibung des Vorkaufsfalls im Vergleich zur gesetzlichen Regelung einschränkend (1.) oder ausdehnend (2.) ausfällt. 746

1. Einschränkung des Vorkaufsfalls

In der Lehre ist **unbestritten,** dass die Parteien des Vorkaufsvertrags eine Einschränkung der Vorkaufsfälle vorsehen können.[1509] Diese Auffassung verdient mit Verweis auf die Privatautonomie Zustimmung. So ist es beispielsweise **zulässig,** den Vorkaufsfall auszuschliessen, falls das Grundstück an eine Person aus der eigenen Familie des Vorkaufsbelasteten verkauft wird. Eine solche rechtsgeschäftliche Einschränkung des Vorkaufsfalls ändert nichts an der Rechtsnatur des Vorkaufsrechts und steht der Vereinbarung in einfacher Schriftform (beim unlimitierten Vorkaufsrecht) ebenso wenig im Weg wie einer grundbuchlichen Vormerkung.[1510] 747

1504 Vgl. oben Nr. 676 ff.

1505 Vgl. oben Nr. 696 ff.

1506 Vgl. oben Nr. 700 f.

1507 Vgl. oben Nr. 714 ff. und 724 ff.

1508 Vgl. oben Nr. 730 ff.

1509 CR OR I-FOËX, N 2 und 17 zu Art. 216c; DERSELBE, ZBGR 2007, S. 13; GHANDCHI, S. 208 f.; JÄGGI, S. 69; PETER, cas de préemption, S. 368; SUTTER, S. 279.

1510 Vgl. hingegen die Diskussion bei einer rechtsgeschäftlichen Ausdehnung des Vorkaufsfalls sogleich unten Nr. 748 f.

2. Ausdehnung des Vorkaufsfalls

748 Die **Zulässigkeit** einer rechtsgeschäftlichen Ausdehnung des Vorkaufsfalls hingegen ist in Lehre und Rechtsprechung **umstritten**. Ein Teil der Lehre und die Rechtsprechung bejahen diese Möglichkeit.[1511] Innerhalb dieser Auffassung lehnen allerdings gewisse Stimmen die Vormerkbarkeit eines derart modifizierten Vorkaufsrechts mit dem Verweis auf den Numerus clausus der vormerkbaren Rechte ab.[1512] FOËX bringt zudem eine Einschränkung für die in Art. 216c Abs. 2 OR aufgezählten Tatbestände an, die zwingend keinen Vorkaufsfall darstellen würden.[1513] Der andere Teil der Lehre hingegen verneint die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Ausdehnung des Vorkaufsfalls schlechthin:[1514] Ein solches Recht sei nur als (bedingtes) Kaufsrecht rechtsgültig vereinbar. Als solches bedürfe es zu seiner Gültigkeit insbesondere der öffentlichen Beurkundung.

749 **Meines Erachtens** verdient die letztgenannte Lehrmeinung den Vorzug, wonach die **rechtsgeschäftliche Ausdehnung des Vorkaufsfalls unzulässig** ist. Vorkaufsrecht und Kaufsrecht unterscheiden sich in materieller Hinsicht hauptsächlich dadurch, dass Ersteres durch den Eintritt des Vorkaufsfalls bedingt ist.[1515] Und sie unterscheiden sich in formeller Hinsicht darin, dass das (unlimitierte) Vorkaufsrecht in einfacher Schriftform begründet werden kann, derweil es für die Begründung eines Kaufsrechts der öffentlichen Beurkundung bedarf (Art. 216 Abs. 2 und 3 OR). Damit kommt der Bedingung des Vorkaufsfalls entscheidende Bedeutung für die Abgrenzung zwischen Vorkaufsrecht und Kaufsrecht zu. Wollte man es den Parteien erlauben, die Umschreibung des Vorkaufsfalls privatautonom auszudehnen, so führte dies zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen diesen beiden Arten von Rechten. Damit verknüpft wäre eine ganze Reihe von Fragen: Wenn die Parteien beispielsweise vereinbaren, das «Vorkaufsrecht» könne auch bei einer Schenkung ausgeübt werden, handelt es sich dann noch um ein eigentliches Vorkaufsrecht oder bereits um ein Kaufsrecht? Oder anders gefragt: Kann ein solches Recht rechtsgültig noch in der Form der einfachen Schriftlichkeit begründet werden oder benötigt es einer

---

1511 BGE 78 II 354 ff. (357 ff.), E. 1; BÄR, S. 90 f.; BSK OR I-FASEL, N 3 zu Art. 216c, der den Parteien die Regelung der «Grenzfälle» erlaubt; CR OR I-FOËX, N 2 und 16 zu Art. 216c; DERSELBE, ZBGR 2007, S. 13; GHANDCHI, S. 208 f.; GIGER, BK, N 119 zu Art. 216 OR; HAAB, ZK, N 32 in fine zu Art. 681/82 ZGB; PETER, cas de préemption, S. 368.

1512 LGVE 1997 I Nr. 6, S. 12 ff. (Justizkommission des Kantons Luzern); HAAB, ZK, N 32 in fine zu Art. 681/82 ZGB; WERREN, Nr. 9; grosszügiger dagegen BÄR, S. 93; kritisch nun auch CR OR I-FOËX, N 18 zu Art. 216c; DERSELBE, ZBGR 2007, S. 13.

1513 CR OR I-FOËX, N 14 und 16 zu Art. 216c; DERSELBE, S. 405.

1514 BRÜCKNER, Nr. 44 Fn. 38; JÄGGI, S. 70; SUTTER, S. 279.

1515 Vgl. bereits oben Nr. 55.

öffentlichen Beurkundung? Falls es sich immer noch um ein (in einfacher Schriftform zu vereinbarendes) Vorkaufsrecht handeln sollte: Wo will man dann die Grenze zum Kaufsrecht ziehen? Da jeder Grenzziehung etwas Willkürliches anhaftet, halte ich es für am sinnvollsten, die Grenze bei der gesetzlichen Umschreibung des Vorkaufsfalls anzusetzen. Wollen die Parteien ihr «Vorkaufsrecht» auch in anderen Fällen ausüben können, so ist ihnen dies nur – aber immerhin – gestattet, wenn sie ein (bedingtes) Kaufsrecht vereinbaren. Dieses (bedingte) Kaufsrecht bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Es kann dann aber auch als (bedingtes) Kaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt werden.[1516]

[1516] Siehe auch BRÜCKNER, Nr. 44 Fn. 38.

7. Kapitel: Wirkungen des Vorkaufsfalls

Der Eintritt des Vorkaufsfalls zieht zwei Wirkungen nach sich. Zum einen löst er eine Informationspflicht (I.) aus. Zum andern verleiht er dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis zur Ausübung des Vorkaufsrechts (II.) 750

I. Informationspflicht

Gemäss **Art. 216d Abs. 1 OR** muss der Verkäufer «den Vorkaufsberechtigten über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags in Kenntnis setzen». Damit ist die sogenannte Informationspflicht angesprochen, die bisweilen auch Mitteilungspflicht genannt wird. Im Folgenden behandle ich den Zeitpunkt der Entstehung (1.), die Person des Schuldners und des Gläubigers (2.), die Form und den Inhalt (3.) sowie die Rechtsnatur (4.) dieser Informationspflicht. Weiter gehe ich auf die Folgen der Erfüllung und der Nichterfüllung (5.) dieser Pflicht ein. Abschliessend grenze ich die Informationspflicht von der Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters nach Art. 969 Abs. 1 ZGB ab (6.). 751

1. Zeitpunkt der Entstehung

Art. 216d Abs. 1 OR spricht davon, dass der Verkäufer den Vorkaufsberechtigten über den Abschluss und den Inhalt «des Kaufvertrags» in Kenntnis setzen muss. Wie es bereits der Wortlaut von Art. 216c Abs. 1 OR zum Ausdruck bringt und auch die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, löst jedoch nicht einzig ein Kaufvertrag einen Vorkaufsfall aus, sondern jedes Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt.[1517] Die Informationspflicht von Art. 216d Abs. 1 OR knüpft nun – anders als es der Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung vermuten liesse – nicht an den Abschluss des Kaufvertrags, sondern an den **Eintritt des Vorkaufsfalls** an. Darauf weist nicht zuletzt die Marginalie von Art. 216d OR hin, die unter dem Titel «II. Wirkungen des Vorkaufsfalls […]» steht. Es spielt also keine Rolle, ob der Vorkaufsfall durch einen Kaufvertrag oder durch ein anderes Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, ausgelöst wird.[1518] Wenn ich im Folgenden gleichwohl der Einfachheit halber von der Information über den Abschluss und Inhalt des Kaufver- 752

[1517] Vgl. oben Nr. 635 ff.

[1518] BRUNNER, S. 391; CR OR I-FOËX, N 3 zu Art. 216d; EMERY, Nr. 444; BSK OR I-FASEL, N 6 zu Art. 216d; FOËX, SemJud 1994, S. 406 f.; REY, ZSR 1994, S. 57.

trags schreibe, so verstehe ich dies in einem weiteren Sinn als Information über den Abschluss und Inhalt des den Vorkaufsfall auslösenden Rechtsgeschäfts.

753 Da nach dem Gesagten der Eintritt des Vorkaufsfalls massgebend ist, zieht – entgegen einer geläufigen Formulierung[1519] – **nicht der Vertragsabschluss** die Mitteilungspflicht nach sich.[1520] Der Abschluss eines Kaufvertrags oder eines diesem wirtschaftlich gleichkommenden Rechtsgeschäfts bedeutet zwar regelmässig zugleich den Eintritt des Vorkaufsfalls.[1521] Indes gibt es auch Ausnahmen, bei denen sich der Eintritt des Vorkaufsfalls zeitlich nach hinten verlegt, so beim potestativ bedingten Drittvertrag oder beim Drittvertrag, der einer Zustimmung eines privaten Vierten bedarf.[1522]

754 Die Information über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags hat ***nach* dem Eintritt des Vorkaufsfalls** zu erfolgen. Eine vorgängige Anzeige der an den Dritten gerichteten Offerte zum Vertragsschluss lässt die Informationspflicht von Art. 216d Abs. 1 OR nicht entfallen.[1523] Der Vorkaufsberechtigte hat – gerade mit Blick auf den Abwehrzweck[1524] – ein berechtigtes Interesse daran, zu erfahren, ob der Vorkaufsfall auch tatsächlich eingetreten ist oder nicht.

755 Nach dem Eintritt des Vorkaufsfalls hat die Mitteilung über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags **unverzüglich** zu erfolgen. Eine schuldhafte Verzögerung kann eine Schadenersatzpflicht nach sich ziehen.[1525] Meines Erachtens darf man vom Vorkaufsbelasteten erwarten, dass er dem Vorkaufsberechtigten innert einer kurz bemessenen Reaktionsfrist nach Eintritt des Vorkaufsfalls die erforderlichen Informationen übermittelt. Der Vorkaufsbelastete hat seine Informationspflicht erst dann erfüllt, wenn dem Vorkaufsberechtigten die Informationen zugegangen sind.[1526] Die Information reist mit anderen Worten auf Gefahr des Vorkaufsbelasteten.

1519 BRÜCKNER, Nr. 97; STREBEL, Nr. 1308.

1520 Siehe auch BRUNNER, S. 391, und EMERY, Nr. 455.

1521 Vgl. oben Nr. 538.

1522 Vgl. oben Nr. 563 und 574.

1523 REY, ZSR 1994, S. 57; vgl. auch MEIER-HAYOZ, BK, N 202 zu Art. 681 ZGB.

1524 Vgl. oben Nr. 41 f.

1525 BRÜCKNER, Nr. 99; GIGER, BK, N 12 zu Art. 216d OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 203 zu Art. 681 ZGB. Zur Schadenersatzpflicht bei Verletzung der Informationspflicht vgl. unten Nr. 784 f.

1526 Siehe auch unten Nr. 781.

2. Schuldner und Gläubiger

A) Schuldner

Das Gesetz spricht in Art. 216d Abs. 1 OR vom «Verkäufer», der dieser Informationspflicht nachkommen muss. Gemeint ist damit der **Vorkaufsbelastete.**[1527] Das ist beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht zwingend der Vorkaufsrechtsgeber oder dessen Universalsukzessor. Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht trifft die Informationspflicht den Eigentümer des Grundstücks im Zeitpunkt des Eintritts des Vorkaufsfalls.[1528] Die Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR ist beim vorgemerkten Vorkaufsrecht mit anderen Worten realobligatorisch mit dem Eigentum am vorkaufsbelasteten Grundstück verknüpft.[1529] 756

Bei **mehreren vorkaufsbelasteten Personen** muss unterschieden werden, ob sie anteilsmässig (quotenmässig) oder gesamthänderisch als Eigentümer am vorkaufsbelasteten Grundstück berechtigt sind: 757

– In einer *Miteigentümergemeinschaft,* also bei einer anteilsmässigen Berechtigung am Grundstück, haften die Miteigentümer für vertragliche Verpflichtungen gegenüber Dritten grundsätzlich anteilsmässig.[1530] Da es sich bei der Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR jedoch um eine Pflicht zur Erbringung einer unteilbaren Leistung handelt, gelangt Art. 70 Abs. 2 OR zur Anwendung. Danach ist *jeder einzelne Miteigentümer* zur ganzen Leistung verpflichtet. Kommt ein Miteigentümer der Informationspflicht nach, befreit er damit die anderen.[1531] 758

– Soweit eine *Gesamthandschaft* zur Beurteilung steht, fällt die Anwendung von Art. 70 Abs. 2 OR ausser Betracht. Denn die Bestimmungen über die Gesamthandschaften gehen als leges speciales Art. 70 OR vor.[1532] Die Art. 603 Abs. 1 ZGB und Art. 544 Abs. 3 OR sehen für die praktisch wichtigsten Fälle von Gesamthandschaften – der Erbengemeinschaft und der einfachen Gesellschaft – eine Solidarhaftung der einzelnen Gesamthänder vor. 759

1527 BRÜCKNER, Nr. 98; BSK OR I-FASEL, N 6 zu Art. 216d.

1528 BRUNNER, S. 392; GIGER, BK, N 7 zu Art. 216d OR; REY, Eigentum, Nr. 1271a; DERSELBE, ZSR 1994, S. 57.

1529 Vgl. bereits oben Nr. 429 f.

1530 BSK ZGB II-BRUNNER/WICHTERMANN, N 42 zu Art. 646.

1531 Vgl. BSK OR I-LEU, N 4 zu Art. 70.

1532 Siehe WEBER, BK, N 26 f. zu Art. 70 OR. WEBERS Ausführungen beziehen sich zwar auf Art. 70 Abs. 1 OR, müssen aber gleichermassen auch für Art. 70 Abs. 2 OR gelten. Eigentlich würden auch die Bestimmungen über die Miteigentümergemeinschaft als lex specialis Art. 70 Abs. 2 OR vorgehen. Doch enthalten die Bestimmungen über die Miteigentümergemeinschaft – im Gegensatz zu den Bestimmungen über die Gesamthandschaften – für das vorliegende Problem keine Spezialbestimmung.

Die Gesamthänder schulden die Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR solidarisch.[1533] Kommt ein Gesamthänder der Informationspflicht nach, befreit er damit die anderen (Art. 147 Abs. 1 OR). Weil die Verpflichtung nach Art. 70 Abs. 2 OR in ihrer Ausgestaltung auf eine Solidarschuldnerschaft hinausläuft,[1534] besteht für das vorliegende Problem nur in dogmatischer, nicht aber in praktischer Hinsicht ein Unterschied zwischen einer Miteigentümergemeinschaft und einer Gesamthandschaft.

760 **Keine Informationspflicht** trifft den **Dritterwerber,** selbst wenn das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt ist und er umgehend als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt angemeldet wird.[1535] Hingegen kann der Dritterwerber bei einem vorgemerkten Vorkaufsrecht der realobligatorischen Ausgestaltung der Informationspflicht wegen in einem späteren Vorkaufsfall informationspflichtig werden.[1536]

761 Ebenfalls **keine Informationspflicht** nach Art. 216d Abs. 1 OR besteht für den **Grundbuchverwalter.** Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht trifft ihn indessen unter gewissen Umständen eine Anzeigepflicht nach Art. 969 Abs. 1 ZGB. Darauf ist zurückzukommen.[1537]

B) Gläubiger

762 Gläubiger der Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR ist der **Vorkaufsberechtigte,** also grundsätzlich der Vorkaufsrechtsnehmer oder dessen Universalsukzessor.[1538] Keine Rolle spielt, ob das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt worden ist oder nicht. Beim abtretbaren Vorkaufsrecht fällt als Vorkaufsberechtigter auch der Zessionar des Vorkaufsrechts in Betracht. Damit der Vorkaufsbelastete seiner Informationspflicht gegenüber dem Zessionar nachkommen kann, muss ihm die Abtretung angezeigt worden sein.[1539]

763 Existieren **mehrere vorkaufsberechtigte Personen,** so müssen grundsätzlich alle einzeln informiert werden.[1540] Dies gilt nicht nur, wenn mehrere voneinan-

---

1533 RUBIDO, Nr. 352.

1534 BGer 4C.103/2006 vom 3. Juli 2006, E. 4; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3698; BSK OR I-LEU, N 47 zu Art. 70; SCHWENZER, Nr. 88.08.

1535 BRUNNER, S. 392; EMERY, Nr. 448; MEIER-HAYOZ, BK, N 209 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1734a; STREBEL, Nr. 1288.

1536 Siehe bereits oben Nr. 756.

1537 Vgl. unten Nr. 786 ff.

1538 BRUNNER, S. 393; GIGER, BK, N 7 zu Art. 216d OR. Bei einem Vorkaufsrecht zugunsten eines Dritten fällt als Vorkaufsberechtigter auch der Drittbegünstigte in Betracht: vgl. oben Nr. 89.

1539 Vgl. dazu oben Nr. 306.

1540 BGE 92 II 147 ff. (152), E. 2; CR OR I-FOËX, N 5 zu Art. 216d; SIMONIUS/SUTTER, N 69 zu § 11; STREBEL, Nr. 1289 Fn. 1543.

der unabhängige Vorkaufsberechtigte existieren, sondern auch dann, wenn ein und dasselbe Vorkaufsrecht mehreren Personen gemeinschaftlich (sei es zur gesamten Hand oder anteilsmässig) zusteht.[1541] Ist allerdings eine einzelne Person kraft Gesetzes oder Vertrags zur Entgegennahme der Mitteilung mit Wirkung für alle Berechtigten ermächtigt, genügt die Benachrichtigung dieser Person.[1542]

3. Form und Inhalt

A) Form

764 Art. 216d Abs. 1 OR sieht **kein Formerfordernis** für die Mitteilung dieser Information vor. Dem Grundsatz der Formfreiheit entsprechend (vgl. Art. 11 Abs. 1 OR) kann der Vorkaufsbelastete seiner Informationspflicht formfrei nachkommen.[1543]

765 Der Vorkaufsbelastete trägt indes die **Beweislast** dafür, dass er seiner Informationspflicht nachgekommen ist. Er hat einerseits ein Interesse an diesem Beweis, um einer allfälligen Schadenersatzpflicht vorzubeugen, und andererseits, um über den Beginn und damit auch über das Ende der Ausübungsfrist nach Art. 216e OR Gewissheit zu haben.[1544] Aus diesem Grund ist dem Vorkaufsbelasteten zu raten, den Vorkaufsberechtigten per eingeschriebenen Brief über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags zu orientieren.[1545]

B) Inhalt

766 Der Wortlaut von Art. 216d Abs. 1 OR spricht davon, dass der Verkäufer den Vorkaufsberechtigten «über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags» in Kenntnis setzen muss. Es ist aber bereits ausgeführt worden, dass nicht nur ein Kaufvertrag, sondern letztlich jedes Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, einen Vorkaufsfall darstellt und damit die Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR nach sich zieht.[1546] Dementsprechend ist der Gesetzeswortlaut zunächst dahingehend zu verallgemeinern, dass der Vorkaufs-

---

1541 Zur Ausübung des Vorkaufsrechts durch mehrere Berechtigte siehe unten Nr. 802 ff.

1542 BGE 92 II 147 ff. (152 f.), E. 2; BRÜCKNER, Nr. 101; EMERY, Nr. 453 f.

1543 BBl 1988 III 1080; BRÜCKNER, Nr. 102; REY, ZSR 1994, S. 57; STEINAUER, droits réels, Nr. 1734c; so bereits unter der Geltung des alten Rechts MEIER-HAYOZ, BK, N 208 zu Art. 681 ZGB.

1544 Vgl. dazu auch unten Nr. 856.

1545 BRÜCKNER, Nr. 102; EMERY, Nr. 451; STEINAUER, droits réels, Nr. 1734c; STREBEL, Nr. 1302.

1546 Vgl. oben Nr. 752.

belastete den Vorkaufsberechtigten über den Abschluss und den Inhalt **des Rechtsgeschäfts, das den Vorkaufsfall ausgelöst hat,** orientieren muss.

767 Um den Inhalt dieser Informationspflicht im Einzelnen näher bestimmen zu können, muss man sich von deren Zweck leiten lassen: Der Zweck der Informationspflicht besteht darin, dem Vorkaufsberechtigten all jene **Informationen** zu liefern, die er braucht, **um sich über die Ausübung oder Nichtausübung seines Vorkaufsrechts entscheiden zu können.**[1547] Ausgehend von diesem Zweck kann der Inhalt der Informationspflicht variieren, je nachdem ob ein unlimitiertes (a) oder ein limitiertes Vorkaufsrecht (b) zur Diskussion steht. Daneben wird in der Lehre die Frage diskutiert, ob noch weitere Informationen (c) als nur die Orientierung über den Abschluss und Inhalt des Drittvertrags geschuldet sind.

a) Beim unlimitierten Vorkaufsrecht

768 Bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht kann der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall das Grundstück zu denjenigen Bedingungen erwerben, die im Drittvertrag vereinbart sind (Art. 216d Abs. 3 OR). Massgebend sind nicht nur die objektiv wesentlichen Vertragspunkte, sondern grundsätzlich auch sämtliche Nebenabreden des Drittvertrags.[1548] Dementsprechend hat der Vorkaufsberechtigte ein Interesse daran und einen Anspruch darauf, dass er über den **gesamten Inhalt des Drittvertrags,** inklusive der Person des Dritterwerbers, in Kenntnis gesetzt wird.[1549] Mit Vorteil wird ihm eine Kopie des Vertrags zugestellt.[1550] Dies gilt auch dann, wenn der Vorkaufsfall nicht durch einen Kaufvertrag ausgelöst wird, sondern durch ein Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, beispielsweise durch die Veräusserung von Beteiligungsrechten an einer juristischen Person.[1551] Auch hier hat der Vorkaufsberechtigte einen Anspruch darauf, über den Inhalt des ganzen Vertrags in Kenntnis gesetzt zu werden. Denn letztlich muss auch hier anhand des gesamten Drittvertrags bestimmt werden, zu welchen Bedingungen der Vorkaufsberechtigte das Grundstück erwerben kann.[1552]

1547 BBl 1988 III 1080; BGer 5A_668/2012 vom 7. März 2013, E. 3.2; EMERY, Nr. 449; GIGER, BK, N 5 und 8 zu Art. 216d OR; GHANDCHI, S. 210; REY, Eigentum, Nr. 1271a; DERSELBE, ZSR 1994, S. 57; SCHMID, Neuerungen, S. 80.

1548 Vgl. dazu unten Nr. 911.

1549 Gl.M. BSK OR I-FASEL, N 1 zu Art. 216d; ähnlich auch BGE 83 II 517 ff. (520), E. 2; BRÜCKNER, Nr. 103; BRUNNER, S. 393; EMERY, Nr. 449; GIGER, BK, N 8 zu Art. 216d OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 205 f. zu Art. 681 ZGB; REY, ZSR 1994, S. 57; STEINAUER, droits réels, Nr. 1734c; STREBEL, Nr. 1297.

1550 BRÜCKNER, Nr. 103; MEIER-HAYOZ, BK, N 206 zu Art. 681 ZGB; REY, ZSR 1994, S. 57; STREBEL, Nr. 1299; WYSS/KÖCHLI, Nr. 25.

1551 Vgl. dazu oben Nr. 724 ff.

1552 Vgl. dazu unten Nr. 994.

b) Beim limitierten Vorkaufsrecht

769 Bei einem limitierten Vorkaufsrecht wird der Kaufpreis im Voraus, das heisst bereits im Vorkaufsvertrag, bestimmt. Regelt der Vorkaufsvertrag die Vertragsbedingungen, die zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts gelten sollen, abschliessend,[1553] braucht es keinen Rückgriff auf den Drittvertrag. In diesem Fall genügt der Vorkaufsbelastete den Anforderungen von Art. 216d Abs. 1 OR, wenn er dem Vorkaufsberechtigten **mitteilt, dass ein Vorkaufsfall eingetreten ist.**[1554] Falls der limitierte Vorkaufsvertrag ausnahmsweise nicht als abschliessende Regelung zu verstehen ist,[1555] sind die Bestimmungen des Drittvertrags gleichwohl offen zu legen.

770 Der Abwehrzweck[1556] des Vorkaufsrechts gebietet es zudem auch hier, dass der Vorkaufsberechtigte auf alle Fälle über die **Person des Dritterwerbers** in Kenntnis gesetzt wird.[1557]

c) Weitere Informationen?

771 In der Lehre wird im Zusammenhang mit der Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR teilweise die Auffassung vertreten, dass der Vorkaufsbelastete dem Vorkaufsberechtigten zum einen eine Möglichkeit zur Besichtigung des Grundstücks (aa) gewähren und zum andern weitere für die Entscheidfindung relevante Informationen (bb) liefern muss.

aa) Möglichkeit zur Besichtigung des Grundstücks

772 Verschiedene Autoren gewähren dem Vorkaufsberechtigten gestützt auf Art. 216d Abs. 1 OR einen Anspruch, das Grundstück untersuchen zu können, sofern er dies wünscht.[1558] Nach der hier vertretenen Auffassung trifft es zwar zu, dass der Vorkaufsberechtigte ein legitimes **Interesse** daran hat, **das Grundstück** –

1553 Siehe dazu unten Nr. 915.

1554 BRÜCKNER, Nr. 104; BRUNNER, S. 393; EMERY, Nr. 450; GHANDCHI, S. 211; GIGER, BK, N 8 zu Art. 216d OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 205 zu Art. 681 ZGB; REY, ZSR 1994, S. 57; a.M. CR OR I-FOËX, N 6 zu Art. 216d; DERSELBE, SemJud 1994, S. 407, der auch bei einem limitierten Vorkaufsrecht die Orientierung des Vorkaufsberechtigten über den Inhalt des Drittvertrags fordert mit dem Argument, dass Art. 216d Abs. 1 OR nicht zwischen einem limitierten und einem unlimitierten Vorkaufsrecht unterscheide.

1555 Vgl. unten Nr. 916.

1556 Vgl. oben Nr. 41 f.

1557 BRUNNER, S. 393; EMERY, Nr. 449; MEIER-HAYOZ, BK, N 205 zu Art. 681 ZGB.

1558 EMERY, Nr. 449; STEINAUER, droits réels, Nr. 1734b. Vgl. bereits unter der Geltung des alten Rechts MEIER-HAYOZ, BK, N 207 zu Art. 681 ZGB, und SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 88 in fine.

wenn nicht zu untersuchen, so – zumindest **zu besichtigen,** bevor er sich zum Kauf entschliesst. Kein vernünftiger Käufer erwirbt ein Grundstück, ohne es vorhin besichtigt zu haben. Das Bundesgericht geht denn auch – in seiner Rechtsprechung zur natürlichen Publizität von Grunddienstbarkeiten – davon aus, dass ein Käufer das Grundstück vorgängig zum Kauf besichtigt hat.[1559]

773 Dennoch erachte ich es als **verfehlt,** die Möglichkeit zur Besichtigung des Grundstücks **unter die Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR zu subsumieren.** Denn erstens würde damit der Wortlaut dieser Bestimmung, der von der Orientierung über den «Abschluss und Inhalt des Kaufvertrags» spricht, übermässig strapaziert. Und zweitens erachte ich insbesondere die Rechtsfolge, welche die Nichterfüllung der Informationspflicht nach sich zieht, für diesen Sachverhalt als unpassend: Solange der Vorkaufsberechtigte die ihm nach Art. 216d Abs. 1 OR geschuldeten Informationen nicht erhält, beginnt nämlich die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts gemäss Art. 216e OR nicht zu laufen.[1560] Würde man mit der angeführten Lehrmeinung die Möglichkeit zur Besichtigung des Grundstücks unter die Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR subsumieren, müsste dies zu einer Hemmung des Fristenlaufs führen, sobald der Vorkaufsberechtigte die Besichtigung des Grundstücks verlangt, und zwar solange, bis sie ihm gewährt worden ist. Die Hemmung dieser Ausübungsfrist läuft aber der Rechtsnatur als Verwirkungsfrist – und um eine solche handelt es sich bei der Dreimonatsfrist nach Art. 216e OR[1561] – zuwider.[1562] Auch könnten im Einzelfall heikle Abgrenzungsfragen entstehen bei der Beurteilung, wie weit diese Besichtigungsmöglichkeit reichen soll. Wie wäre beispielsweise zu entscheiden, wenn sich der Vorkaufsberechtigte nachträglich auf den Standpunkt stellen sollte, die Ausübungsfrist sei noch nicht abgelaufen, weil ihm zwar der Wohnbereich der Liegenschaft gezeigt worden sei, nicht aber die Garage? Dadurch könnten Unsicherheiten entstehen mit Blick auf das Ende der Ausübungsfrist – eine Rechtsunsicherheit, die insbesondere beim vorgemerkten Vorkaufsrecht dem Dritterwerber nicht zuzumuten ist.

774 Ich erachte es daher als **sachgerechter,** wenn man den Vorkaufsberechtigten, dem eine Besichtigung des Grundstücks nicht oder nur unvollständig gewährt worden ist und der nach dem Erwerb des Grundstücks unliebsame Überraschungen erfährt, auf die allgemeinen Rechtsbehelfe wie die Art. 197 ff. OR über die **Sachgewährleistung** oder die Art. 23 ff. OR über die **Willensmängel** verweist.[1563]

1559 BGE 137 III 153 ff. (157), E. 4.2.3; 137 III 145 ff. (149), E. 3.3.3.

1560 Vgl. unten Nr. 856.

1561 Vgl. unten Nr. 843.

1562 Vgl. ALLIMANN, Nr. 953; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3390; VIONNET, S. 297 ff.

1563 Vgl. dazu auch unten Nr. 842 und 968.

bb) Weitere für die Entscheidfindung relevante Informationen

Nach der Auffassung von STREBEL umfasst die Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR auch Angaben über «allfällige, nicht im Vertragstext enthaltene, für die Entscheidfindung aber relevante Informationen […], **die den Vertragsparteien bekannt waren** und ihnen für ihre eigene Entscheidung als Grundlage dienten», beispielsweise die Orientierung darüber, dass die Gemeinde eine Zonenplanänderung in Betracht zieht.[1564] Dazu dürfte auch der Mieterspiegel einer Wohnliegenschaft zählen, sofern er nicht bereits Eingang in die öffentliche Urkunde gefunden hat. 775

Ich teile aber die Auffassung STREBELS zum einen deswegen nicht, weil auch die Frage, welche Informationen für die Entscheidfindung der Parteien relevant gewesen sind, im Einzelfall zu heiklen Abgrenzungsfragen führen würde, die der Rechtssicherheit nicht dienlich sind. Zum andern ist meines Erachtens grundsätzlich ohnehin jede Partei selbst dafür verantwortlich, ihre Interessen zu wahren. Deshalb darf namentlich dem Vorkaufsberechtigten zugemutet werden, Nachforschungen über das Vorkaufsobjekt anzustellen und beispielsweise eigenständig abzuklären, ob das Grundstück von einer geplanten Zonenplanrevision betroffen ist, oder vom Vorkaufsbelasteten den Mieterspiegel einzuverlangen. Auszunehmen bleibt der Fall, dass der Vorkaufsbelastete im Vergleich zum Vorkaufsberechtigten über einen ihm erkennbaren Informationsvorsprung verfügt, sodass er nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben zur Aufklärung verpflichtet ist.[1565] Unterlässt er diese Aufklärung, so verstösst er aber **nicht** gegen die **Informationspflicht von Art. 216d Abs. 1 OR** mit der Folge, dass die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts nach Art. 216e OR nicht zu laufen beginnt,[1566] sondern begeht eine positive Verletzung des Vorkaufsvertrags,[1567] die eine Schadenersatzpflicht nach sich zieht. Auch schützen hier den Vorkaufsberechtigten wiederum die allgemeinen Rechtsbehelfe wie die Art. 197 ff. OR über die Sachgewährleistung oder die Art. 23 ff. OR über die Willensmängel.[1568] 776

4. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR ist **in der Lehre umstritten.** Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung nehmen eine 777

1564 STREBEL, Nr. 1298, im Original ohne Fettdruck.

1565 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 863, mit Hinweisen; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2645.

1566 Vgl. unten Nr. 856.

1567 Vgl. oben Nr. 169.

1568 Vgl. dazu auch unten Nr. 842 und 968.

vertragliche Pflicht an,[1569] während eine abweichende Lehrmeinung von einer gesetzlich statuierten Pflicht ausgeht.[1570] Der Lehrstreit hat Auswirkungen auf die Haftungsgrundlage und damit auf die anwendbaren Verjährungsfristen bei einer Verletzung der Informationspflicht.

778 Fest steht, dass die Pflicht des Vorkaufsbelasteten, den Vorkaufsberechtigten «über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags» zu orientieren, in Art. 216d Abs. 1 OR eine gesetzliche Grundlage erfahren hat. Dieser Befund schliesst die vertragliche Rechtsgrundlage der Informationspflicht indes nicht aus. Das Gesetz statuiert an verschiedenen Orten (Nebenleistungs-)Pflichten von Vertragsparteien, ohne dass deren vertragliche Rechtsgrundlage in Frage gestellt würde. So weisen beispielsweise die (Nebenleistungs-)Pflicht des Verkäufers, die Kosten der Übergabe zu tragen, und die (Nebenleistungs-)Pflicht des Käufers, für die Kosten der Beurkundung und der Abnahme aufzukommen, einen vertraglichen Charakter auf, obwohl sie in Art. 188 OR eine gesetzliche Grundlage erfahren haben.[1571] Der Gesetzgeber ordnet mit der gesetzlichen Verankerung solcher Nebenleistungspflichten an, was dem hypothetischen Parteiwillen entspricht und damit nach dem Grundsatz von Treu und Glauben Teil der vertraglichen Abrede ist. Nicht anders verhält es sich nach der hier vertretenen Auffassung mit der Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR. Der Gesetzgeber ordnet bloss an, was nach dem Grundsatz von Treu und Glauben bereits Teil der **vertraglichen Abrede des Vorkaufsvertrags** ist.[1572]

779 Da die Informationspflicht gemäss Art. 216d Abs. 1 OR nach dem Gesagten dem hypothetischen Parteiwillen entspricht, haben die Parteien des Vorkaufsvertrags auch die Möglichkeit, einen anderen Willen kundzugeben und etwas Abweichendes zu vereinbaren. Es steht ihnen frei, die Informationspflicht zu modifizieren, namentlich ihren Umfang zu konkretisieren. Art. 216d Abs. 1 OR stellt mit anderen Worten **dispositives Recht** dar.

780 Schliesslich muss noch geklärt werden, ob es sich bei der Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR um eine Neben*leistungs*pflicht oder um eine Nebenpflicht handelt. Im hier verstandenen Sinn erfolgt diese Unterscheidung anhand der Frage, ob die Pflicht selbständig einklagbar ist oder nicht. Im letzteren Fall löst ihre Verletzung nur – aber immerhin – eine Schadenersatzpflicht des Schuldners aus.[1573] Ob eine Pflicht selbständig einklagbar ist oder nicht, beur-

---

1569 Vgl. BGer 4C.194/2003 vom 6. November 2003, E. 3.1; BRÜCKNER, Nr. 106; BSK OR I-FASEL, N 5 zu Art. 216d; CR OR I-FOËX, N 8 zu Art. 216d; GIGER, BK, N 4 und 14 ff. zu Art. 216d OR. Siehe auch STEINAUER, droits réels, Nr. 1734 i.V.m. 1742.

1570 REY, ZSR 1994, S. 57 f.

1571 Siehe namentlich SCHÖNLE, ZK, N 3 ff. zu Art. 188 OR.

1572 Ähnlich GIGER, BK, N 4 zu Art. 216d OR.

1573 Vgl. bereits oben Nr. 154 und 157.

teilt sich anhand einer Analyse der auf dem Spiel stehenden Interessen.[1574] Diesbezüglich hat man sich meines Erachtens von Rechtsfolgeüberlegungen leiten zu lassen. Ausschlaggebend muss die Antwort auf die Frage sein, ob der Gläubiger seinen Anspruch soll gerichtlich durchsetzen können oder ob er sich mit einem Schadenersatzanspruch im Fall der Pflichtverletzung soll begnügen müssen. Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt es die Interessenlage des Vorkaufsberechtigten, ihm einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf die Information nach Art. 216d Abs. 1 OR zu verleihen.[1575] Erfährt er beispielsweise vom Eintritt eines Vorkaufsfalls, weigert sich der Vorkaufsbelastete jedoch, ihn über den Inhalt des Kaufvertrags zu orientieren, so soll sich der Vorkaufsberechtigte nicht mit einem Schadenersatzanspruch abfinden müssen. Vielmehr soll er die Möglichkeit haben, seinen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Vorkaufsobjekt durch Ausübung des Vorkaufsrechts weiterzuverfolgen, wozu er Einblick in den Kaufvertrag erhalten muss. Bei der Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR handelt es sich folglich um eine **vertragliche Neben*leistungs*pflicht,** die sich mittels Erfüllungsklage gerichtlich durchsetzen lässt.[1576]

5. Folgen der Erfüllung und der Nichterfüllung

A) Erfüllung

Hat der Vorkaufsbelastete seine Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR erfüllt, so **beginnt** spätestens in diesem Zeitpunkt **der Fristenlauf von Art. 216e OR** für die Ausübung des Vorkaufsrechts.[1577] Die Frist läuft gemäss Art. 216e Satz 2 OR, sobald der Vorkaufsberechtigte Kenntnis «von Abschluss und Inhalt des Vertrags» erlangt hat. Es gilt somit das Zugangsprinzip. Der Fristenlauf kann indes auch anders als durch die Erfüllung der Informationspflicht durch den Vorkaufsbelasteten ausgelöst werden, nämlich dann, wenn der Vorkaufsberechtigte die Informationen auf einem anderen Weg erhält.[1578] Die Erfüllung der Informationspflicht stellt mit anderen Worten eine hinreichende, aber nicht eine notwendige Voraussetzung für den Beginn des Fristenlaufs nach Art. 216e OR dar. 781

1574 Vgl. KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 93 der Allgemeinen Einleitung in das schweizerische OR, für den Fall der Abnahmepflicht des Käufers nach Art. 211 OR, mit Hinweis auf GIGER, BK, N 36 zu Art. 211 OR.

1575 Gl.M. STREBEL, Nr. 1314, für die Informationspflicht nach Art. 681a Abs. 1 ZGB.

1576 A.M. GIGER, BK, N 4 zu Art. 216d OR, der von einer vertraglichen Nebenpflicht ausgeht.

1577 GIGER, BK, N 13 zu Art. 216d OR.

1578 Vgl. auch unten Nr. 856.

B) Nichterfüllung

782 Kommt der Vorkaufsbelastete seiner Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR nicht nach, verletzt er eine vertragliche Nebenleistungspflicht. Solange die Leistungserfüllung noch möglich ist, kann der Vorkaufsberechtigte **auf Erfüllung klagen.**[1579] Die Leistungserfüllung ist meines Erachtens solange möglich, als der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht noch ausüben und seinen dadurch erlangten Eigentumsverschaffungsanspruch real durchsetzen kann. Ist ihm dies nicht mehr möglich, so wird die Erfüllung der Informationspflicht wegen Zweckfortfalls objektiv unmöglich.[1580]

783 Kommt der Vorkaufsbelastete nach dem Eintritt des Vorkaufsfalls seiner Informationspflicht nicht unverzüglich nach, gerät er nach der hier vertretenen Auffassung in **Schuldnerverzug.**[1581] Einer Mahnung bedarf es dazu nicht. Da der Vorkaufsberechtigte in der Regel nicht unabhängig vom Vorkaufsbelasteten vom Eintritt des Vorkaufsfalls erfährt, weiss einzig der Vorkaufsbelastete, wann er seiner Informationspflicht nachkommen muss. Unter diesen Umständen kann vom Vorkaufsberechtigten keine Mahnung erwartet werden. Es ist Ausfluss des Grundsatzes von Treu und Glauben, dass in einem solchen Fall der Verzug ohne Mahnung eintritt.[1582]

784 Als Verzugsschuldner hat der Vorkaufsbelastete gemäss Art. 103 Abs. 1 OR **Schadenersatz** wegen verspäteter Erfüllung seiner Informationspflicht zu leisten. Wird die Informationspflicht infolge Zweckfortfalls objektiv unmöglich, schuldet der Vorkaufsbelastete Schadenersatz wegen Nichterfüllung aus Art. 97 OR.[1583] Der Schaden berechnet sich in beiden Fällen nach dem positiven Interesse des Vorkaufsberechtigten an der richtigen Erfüllung der Informationspflicht. Als solcher entspricht er der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand und dem hypothetischen Vermögensstand, den der Vorkaufsberechtigte vorfinden würde, wenn die Informationspflicht richtig erfüllt worden wäre.[1584]

785 Ein Teil der Lehre stellt sich auf den Standpunkt, dass eine Schadenersatzpflicht des Vorkaufsbelasteten wegen der Verletzung seiner Informationspflicht nach

---

1579 Vgl. bereits oben Nr. 780.

1580 Siehe dazu GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2561.

1581 Vgl. bereits oben Nr. 755.

1582 VON TUHR/ESCHER, S. 140; WEBER, BK, N 143 ff. zu Art. 102 OR; BSK OR I-WIEGAND, N 11 zu Art. 102.

1583 Vgl. BGer 4C.194/2003 vom 6. November 2003, E. 3.1; BRÜCKNER, Nr. 107; BSK OR I-FASEL, N 5 zu Art. 216d; GIGER, BK, N 14 ff. zu Art. 216d OR. Siehe auch STEINAUER, droits réels, Nr. 1734 i.V.m. 1742.

1584 BGer 4C.194/2003 vom 6. November 2003, E. 4.1, mit Hinweis auf das Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 22. Januar 1960, in: ZBGR 42/1961, S. 356 ff. (360).

Art. 216d Abs. 1 OR hauptsächlich bei einem nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht aktuell werde. Bei einem vorgemerkten Vorkaufsrecht hingegen könne der Vorkaufsbelastete durch die Verletzung seiner Informationspflicht kaum einen Schaden verursachen, sofern der Grundbuchverwalter seiner Anzeigepflicht nach Art. 969 Abs. 1 ZGB nachkomme.[1585] Zu Recht tritt GIGER dieser Auffassung entgegen und hält eine Schadenersatzpflicht des Vorkaufsbelasteten **sowohl beim nicht vorgemerkten als auch beim vorgemerkten Vorkaufsrecht** für möglich.[1586] Er weist darauf hin, dass die Anzeige des Grundbuchverwalters erst nach dem Erwerb des vorkaufsbelasteten Grundstücks durch den Dritten erfolgt und nicht bereits beim Eintritt des Vorkaufsfalls.[1587] Wenn der Vorkaufsberechtigte danach seinen Eigentumsverschaffungsanspruch gegenüber dem Dritterwerber durchsetzen müsse, könne dies sehr wohl zu einer erheblichen Schädigung führen. Diese Auffassung verdient Zustimmung. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass ein Schaden bereits durch die *verspätete* Information des Vorkaufsberechtigten eingetreten sein kann. Schliesslich ist auch daran zu denken, dass Rechtsgeschäfte einen Vorkaufsfall darstellen können, die nicht auf einen formellen Eigentumsübergang gerichtet sind.[1588] Werden solche Vorkaufsfälle aussergrundbuchlich abgewickelt, erfährt der Grundbuchverwalter davon gar nicht erst, sodass er eine Anzeige an den Vorkaufsberechtigten weder machen kann noch muss.[1589]

6. Abgrenzung gegenüber der Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters nach Art. 969 Abs. 1 ZGB

786 Gemäss **Art. 969 Abs. 1 ZGB** hat der Grundbuchverwalter «den Beteiligten von den grundbuchlichen Verfügungen, die ohne ihr Wissen erfolgen, Anzeige zu machen; insbesondere teilt er den Berechtigten, deren Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt ist […], den Erwerb des Eigentums durch einen Dritten mit». Mit anderen Worten kommt auch dem Grundbuchverwalter eine Informationspflicht gegenüber dem Vorkaufsberechtigten zu, die ich hier der geläufigen Terminologie entsprechend und zwecks Abgrenzung gegenüber der Informationspflicht des Vorkaufsbelasteten nach Art. 216d Abs. 1 OR als **«Anzeigepflicht»** bezeichne.

787 Die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters weist gegenüber der Informationspflicht des Vorkaufsbelasteten in mehrerer Hinsicht Unterschiede auf: Sie unterscheidet sich sowohl hinsichtlich ihres sachlichen Anwendungsbereichs (A) wie

1585 REY, ZSR 1994, S. 57 Fn. 93; siehe auch BRUNNER, S. 391.
1586 GIGER, BK, N 14 ff. zu Art. 216d OR.
1587 Vgl. dazu auch unten Nr. 792 f.
1588 Vgl. oben Nr. 700 ff.
1589 Vgl. dazu unten Nr. 790.

auch hinsichtlich des Zeitpunkts ihrer Entstehung (B). Ferner bestehen Unterschiede, was den Inhalt der geschuldeten Mitteilung (C) sowie die Haftungsfolge bei der Verletzung der Anzeigepflicht (D) anbelangt.

A) Sachlicher Anwendungsbereich der Anzeigepflicht

788 Der sachliche Anwendungsbereich der Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters ist gegenüber dem sachlichen Anwendungsbereich der Informationspflicht des Vorkaufsbelasteten **in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt:**

789 Zunächst einmal muss der Grundbuchverwalter – von den hier nicht weiter interessierenden gesetzlich Vorkaufsberechtigten abgesehen – nur jenem Berechtigten Anzeige erstatten, dessen **«Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt»** ist.[1590] Dagegen muss der Vorkaufsbelastete gestützt auf Art. 216d Abs. 1 OR den Vorkaufsberechtigten informieren, unabhängig davon, ob das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt ist oder nicht.[1591] Diese Einschränkung bei der Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters beruht auf praktischen Überlegungen, da der Grundbuchverwalter nur von den im Grundbuch vorgemerkten Vorkaufsrechten Kenntnis haben kann. Nach der Botschaft muss der Grundbuchbeamte nicht nur die im Hauptbuch, sondern bereits auch die im Tagebuch eingetragenen Vormerkungen von Vorkaufsrechten beachten.[1592] Diese Auffassung verdient Zustimmung, wirkt doch die Eintragung einer Vormerkung in das Hauptbuch zurück auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch (Art. 972 Abs. 2 ZGB analog).

790 Während die Informationspflicht des Vorkaufsbelasteten an den Eintritt des Vorkaufsfalls anknüpft,[1593] stellt die Anzeige des Grundbuchverwalters auf die «grundbuchlichen Verfügungen» und insbesondere auf den **«Erwerb des Eigentums durch einen Dritten»** ab. Die Informationspflicht des Vorkaufsbelasteten aktualisiert sich unabhängig davon, ob das den Vorkaufsfall auslösende Rechtsgeschäft dem Dritten einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums oder auf Einräumung eines anderen Rechts, zu dessen Begründung es einer Grundbuchanmeldung bedarf, verschafft. So stellt beispielsweise die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung an einer Aktiengesellschaft, die Eigentümerin eines vorkaufsbelasteten Grundstücks ist, einen Vorkaufsfall dar[1594] und löst somit die Informationspflicht des Vorkaufsbelasteten aus. Da die Erfüllung dieses Vertrags aussergrundbuchlich vonstattengeht, wird der Grundbuchverwalter nie von

---

1590 BRUNNER, S. 392; EMERY, Nr. 447; GHANDCHI, S. 212; MEIER-HAYOZ, BK, N 209 zu Art. 681 ZGB.

1591 Vgl. oben Nr. 762.

1592 BBl 1988 III 1075; vgl. auch STREBEL, Nr. 1293; a.M. wohl HÜRLIMANN-KAUP, S. 6 f.

1593 Vgl. oben Nr. 752.

1594 Vgl. oben Nr. 724 ff.

diesem Vorkaufsfall erfahren. Entsprechend trifft ihn diesbezüglich keine Anzeigepflicht.[1595] Vielmehr ist der Anwendungsbereich seiner Anzeigepflicht auf «grundbuchliche Verfügungen» beschränkt, im Zusammenhang mit dem vorgemerkten Vorkaufsrecht insbesondere auf den «Erwerb des Eigentums durch einen Dritten». Sinn und Zweck dieser Anzeigepflicht ist es, diejenigen Personen, die von einer grundbuchlichen Änderung betroffen sind, welche ohne ihr Wissen erfolgt ist, darüber in Kenntnis zu setzen.[1596] Lässt man sich von diesem Zweckgedanken leiten, so ist die Pflicht des Grundbuchverwalters zur Anzeige des «Erwerbs des Eigentums durch einen Dritten» an den Vorkaufsberechtigten allerdings nicht strikt formal zu verstehen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Grundbuchverwalter dem Vorkaufsberechtigten nur – aber immerhin – diejenigen grundbuchlichen Verfügungen anzeigen muss, die gestützt auf ein den Vorkaufsfall auslösendes Rechtsgeschäft vorgenommen werden.[1597] Gegenstand der Anzeige durch den Grundbuchverwalter kann insbesondere der Erwerb des Eigentums durch einen Dritten sein. Aber der Grundbuchverwalter muss dem Vorkaufsberechtigten nicht jeden Erwerb des Eigentums durch einen Dritten anzeigen, namentlich insbesondere denjenigen nicht, der sich auf einen Schenkungsvertrag stützt. Denn die Schenkung stellt nach dem Gesagten keinen Vorkaufsfall dar.[1598] Dagegen fallen als Gegenstand der Anzeigepflicht auch andere grundbuchliche Verfügungen in Betracht. Zu denken ist beispielsweise an die Begründung eines dauernden und selbständigen Baurechts, da der dieser Begründung zugrunde liegende Dienstbarkeitsvertrag nach dem Gesagten ebenfalls einen Vorkaufsfall darstellen kann.[1599]

791 Die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters besteht nur, soweit die grundbuchlichen Verfügungen **«ohne [das] Wissen [des Vorkaufsberechtigten] erfolgen».**[1600] Entscheidend für die Anzeigepflicht ist, dass die grundbuchliche Verfügung «ohne Vorwissen» des Beteiligten erfolgt.[1601] Grundsätzlich hat jemand das erforderliche Vorwissen, wenn er die Grundbuchanmeldung selber abgegeben hat oder als Gegenpartei am Grundgeschäft beteiligt ist.[1602] Beides trifft auf den Vorkaufsberechtigten nicht zu. Die Lehre lässt jedoch die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters entfallen, wenn der Vorkaufsbelastete seiner Grundbuchanmeldung eine Verzichtserklärung des Vorkaufsberechtigten auf die Aus-

1595 Vgl. auch WYSS/KÖCHLI, Nr. 43.
1596 Vgl. DESCHENAUX, SPR V/3, S. 542; BSK ZGB II-SCHMID, N 3 zu Art. 969.
1597 Vgl. auch REY, Eigentum, Nr. 1271b.
1598 Vgl. oben Nr. 663.
1599 Vgl. oben Nr. 714 ff.
1600 Vgl. den Wortlaut von Art. 969 Abs. 1 ZGB; siehe auch BRÜCKNER, Nr. 98; BRUNNER, S. 392; EMERY, Nr. 447.
1601 HÜRLIMANN-KAUP, S. 7 f.
1602 Vgl. DESCHENAUX, SPR V/3, S. 543; HOMBERGER, ZK, N 2 in fine zu Art. 969 ZGB; BSK ZGB II-SCHMID, N 3 zu Art. 969.

übung des Vorkaufsrechts beilegt.[1603] Diese Auffassung verdient Zustimmung. Doch entfällt meines Erachtens darüber hinaus die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters auch dann, wenn der Vorkaufsbelastete gegenüber dem Grundbuchamt nachweist – z.B. durch eine entsprechend unterzeichnete Empfangsbestätigung durch den Vorkaufsberechtigten oder durch einen anderen Zustellnachweis –, dass er seiner Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nachgekommen ist.[1604] Denn in diesem Fall hat der Vorkaufsberechtigte das erforderliche Vorwissen, dass eine grundbuchliche Verfügung erfolgen wird. Es verhält sich hier ähnlich wie bei der Gegenpartei des Grundgeschäfts, die nicht selber die Grundbuchanmeldung abgibt, aber als Beteiligte des Grundgeschäfts mit einer grundbuchlichen Verfügung rechnen muss.

B) Zeitpunkt der Entstehung der Anzeigepflicht

792 Die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters knüpft an den «grundbuchlichen Verfügungen» und insbesondere am «Erwerb des Eigentums durch einen Dritten» an. Damit ergibt sich im Vergleich zur Informationspflicht des Vorkaufsbelasteten auch in zeitlicher Hinsicht ein Unterschied. Die Informationspflicht des Vorkaufsbelasteten aktualisiert sich im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls, also in der Regel im Zeitpunkt des Abschlusses des Drittvertrags.[1605] Dagegen muss die Anzeige des Grundbuchverwalters erfolgen, **wenn der Dritte das Grundeigentum** (oder ein anderes dingliches Recht) **erwirbt.**

793 In der Lehre ist umstritten, ob die Anzeige des Grundbuchverwalters bereits nach der Grundbuchanmeldung durch den Veräusserer oder erst nach der Eintragung des Dritten als neuen Eigentümer (oder als Inhaber eines anderen dinglichen Rechts) im Grundbuch – verstanden als Hauptbuch – zu erfolgen hat.[1606] Für die zweite Auffassung würde der Wortlaut von Art. 969 Abs. 1 ZGB sprechen, der von «grundbuchlichen Verfügungen» spricht und damit auf Art. 965 Abs. 1 ZGB Bezug zu nehmen scheint, also scheinbar die Verfügungen des Grundbuchverwalters meint, die zu einer Eintragung im Hauptbuch führen.[1607]

1603 BSK ZGB II-SCHMID, N 9 zu Art. 969; STREBEL, Nr. 1292.

1604 Vgl. auch BBl 1988 III 1075; a.M. BSK ZGB II-SCHMID, N 9 zu Art. 969; STREBEL, Nr. 1292.

1605 Vgl. oben Nr. 753.

1606 Im ersten Sinn BRÜCKNER, Nr. 98; BRUNNER, S. 392; GIGER, BK, N 7 in fine zu Art. 216d OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 209 zu Art. 681 ZGB; REY, Eigentum, Nr. 1271b; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 89; SIMONIUS/SUTTER, N 69 zu § 11. Im zweiten Sinn DESCHENAUX, SPR V/3, S. 542; EMERY, Nr. 447; GHANDCHI, S. 213; HÜRLIMANN-KAUP, S. 5; JÄGGI, S. 78 f.; REY, ZSR 1994, S. 58 und 66; STREBEL, Nr. 1311; TRAUFFER, S. 27.

1607 In diesem Sinn STEINAUER, droits réels, Nr. 853.

In Anbetracht der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die für den rechtsgeschäftlichen Eigentumswechsel massgeblich auf das Datum des Tagebucheintrags abstellt,[1608] ist jedoch der erstgenannten Auffassung der Vorzug zu erteilen: Der Grundbuchverwalter hat dem Vorkaufsberechtigten Anzeige zu erstatten, sobald der Vorkaufsbelastete das Rechtsgeschäft beim Grundbuchamt anmeldet und er diese **Anmeldung** ohne Aufschub **in das Tagebuch einschreibt** (Art. 948 Abs. 1 ZGB). Der Ausdruck «grundbuchliche Verfügungen» ist in Art. 969 Abs. 1 ZGB also in einem weiteren Sinn zu verstehen als in Art. 965 Abs. 1 ZGB. Diese Auffassung rechtfertigt sich auch deshalb, weil für die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts gemäss Art. 681a Abs. 2 ZGB eine absolute Verwirkungsfrist von zwei Jahren gilt, die mit der Eintragung des neuen Eigentümers in das Grundbuch zu laufen beginnt. Da der Eigentumserwerb des Dritten auf die Einschreibung im Tagebuch zurückbezogen wird (vgl. auch Art. 972 Abs. 2 ZGB) und die Zweijahresfrist somit bereits mit der Tagebucheinschreibung zu laufen beginnt, hat der Vorkaufsberechtigte ein berechtigtes Interesse daran, bereits über die Tagebucheinschreibung in Kenntnis gesetzt zu werden. Und wenn der Grundbuchverwalter den gesetzlich Vorkaufsberechtigten bereits über die Tagebucheinschreibung in Kenntnis setzen muss, so hat dies auch für den vorgemerkten Vorkaufsberechtigten zu gelten.

C) Inhalt der Anzeigepflicht

Auch im Inhalt der Mitteilung unterscheidet sich die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters von der Informationspflicht des Vorkaufsbelasteten. Wie bereits ausgeführt worden ist, muss der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten grundsätzlich über den Abschluss und den Inhalt des Drittvertrags in Kenntnis setzen.[1609] Dagegen muss der Grundbuchverwalter dem Vorkaufsberechtigten Anzeige von den «grundbuchlichen Verfügungen» machen. Unter der grundbuchlichen Verfügung ist nach dem Gesagten die Tagebucheinschreibung zu verstehen.[1610] Der Grundbuchverwalter orientiert den Vorkaufsberechtigten mit anderen Worten in der Regel über **die Tagebucheinschreibung** einer Anmeldung zur Eigentumsübertragung, ausnahmsweise über die Tagebucheinschreibung einer Anmeldung zur Eintragung einer Dienstbarkeit. 794

Über **das der Anmeldung zugrunde liegende Rechtsgeschäft** setzt der Grundbuchverwalter den Vorkaufsberechtigten **nicht** in Kenntnis.[1611] Daher reicht die Anzeige durch den Grundbuchverwalter für sich allein – jedenfalls beim unlimi- 795

[1608] BGE 138 III 512 ff. (514 ff.), E. 3, insbesondere E. 3.5.2.

[1609] Vgl. oben Nr. 766 ff.

[1610] Vgl. oben Nr. 793.

[1611] BRÜCKNER, Nr. 98 Fn. 96; EMERY, Nr. 447; HÜRLIMANN-KAUP, S. 15; MÜLLER, S. 228; STREBEL, Nr. 1303.

tierten Vorkaufsrecht[1612] – nicht aus, um den Fristenlauf zur Ausübung des Vorkaufsrechts nach Art. 216e OR auszulösen.[1613] Der Vorkaufsberechtigte hat allerdings die Möglichkeit – grundsätzlich aber nicht die Obliegenheit[1614] – gestützt auf Art. 970 ZGB Einsicht ins Grundbuch und damit Kenntnis von den Grundbuchbelegen zu nehmen.[1615] Dadurch erlangt er ausreichende Kenntnis «über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags» und löst den Fristenlauf nach Art. 216e OR aus.[1616]

D) Haftungsfolge bei Verletzung der Anzeigepflicht

796 Bei einer Verletzung der Informationspflicht haftet der Vorkaufsbelastete nach dem Gesagten wegen Nichterfüllung oder nicht rechtzeitiger Erfüllung einer vertraglichen Nebenleistungspflicht.[1617] Verletzt der Grundbuchverwalter seine Anzeigepflicht, so hat dies die **Haftung des Kantons** für den dadurch adäquat kausal verursachten Schaden **nach Art. 955 ZGB** zur Folge.[1618] Mit Blick auf das Risiko dieser Staatshaftung wird der Grundbuchverwalter dem Vorkaufsberechtigten mit Vorteil eher grosszügig Anzeige erstatten.[1619]

II. Befugnis zur Ausübung des Vorkaufsrechts

797 Mit dem Vorkaufsfall ist die Bedingung eingetreten, damit der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben kann.[1620] Dass der Vorkaufsberechtigte im Sinn von Art. 216d Abs. 1 OR über den Abschluss und Inhalt des Kaufvertrags in Kenntnis gesetzt worden ist, stellt keine formelle Voraussetzung für die Ausübungsmöglichkeit des Vorkaufsrechts dar.[1621] Im Folgenden befasse ich mich

---

1612 Bei einem limitierten Vorkaufsrecht kann die Anzeige durch den Grundbuchverwalter hingegen den Fristenlauf nach Art. 216e OR auslösen, da der Vorkaufsberechtigte dadurch Kenntnis vom Vorkaufsfall und der Person des Dritterwerbers erhält: vgl. oben Nr. 769 f. und unten Nr. 856.

1613 Zu absolut daher BSK ZGB II-SCHMID, N 31 zu Art. 969.

1614 Vgl. unten Nr. 860.

1615 Vgl. STREBEL, Nr. 1304.

1616 Vgl. unten Nr. 856.

1617 Vgl. oben Nr. 784.

1618 DESCHENAUX, SPR V/3, S. 542; EMERY, Nr. 447; GHANDCHI, S. 213 f.; HÜRLIMANN-KAUP, S. 16; STEINAUER, droits réels, Nr. 853a in fine; STREBEL, Nr. 1317.

1619 Siehe auch HÜRLIMANN-KAUP, S. 17.

1620 Vgl. oben Nr. 532.

1621 BGE 44 II 380 ff. (386 f.), E. 1; BRUNNER, S. 391; MEIER-HAYOZ, BK, N 203 zu Art. 681 ZGB.

mit der Ausübungserklärung (1.), der Ausübungsfrist (2.) sowie den Wirkungen der Ausübung und der Nichtausübung des Vorkaufsrechts (3.).

1. Ausübungserklärung

Im Zusammenhang mit der Ausübungserklärung stellt sich die Frage nach der Person des Erklärenden (A) und des Adressaten (B) sowie nach der Form (C) und dem Inhalt (D) der Ausübungserklärung. 798

A) Erklärender

Nach allgemeinen Ausführungen (a) interessiert insbesondere die Frage nach der Person des Erklärenden bei einer Mehrheit von Vorkaufsberechtigten (b). 799

a) Im Allgemeinen

Das Vorkaufsrecht ausüben darf **«der Vorkaufsberechtigte»** (Art. 216e OR). Dies ist in der Regel der Vorkaufsrechtsnehmer.[1622] Bei einem vererblichen Vorkaufsrecht fallen auch dessen Universalsukzessor und bei einem abtretbaren Vorkaufsrecht dessen Singularsukzessor in Betracht.[1623] Entscheidend ist die Vorkaufsberechtigung im Zeitpunkt der Ausübungserklärung. Dies bedeutet, dass der bisherige Vorkaufsberechtigte ein abtretbares Vorkaufsrecht nach Eintritt des Vorkaufsfalls an einen Dritten zedieren kann, sodass dieser (innert der Ausübungsfrist) das Vorkaufsrecht ausüben darf. 800

Mit der rechtswirksamen Ausübungserklärung bringt der Vorkaufsberechtigte einen Veräusserungsvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag, zustande.[1624] Durch seine Willenserklärung begründet er mit anderen Worten Rechte und Pflichten. Daher muss er im Zeitpunkt der Ausübungserklärung voll **handlungsfähig** sein.[1625] Stellvertretung ist zulässig.[1626] 801

b) Bei mehreren Vorkaufsberechtigten im Besonderen

Einerseits ist es denkbar, dass es mehrere Vorkaufsberechtigte gibt, die **voneinander unabhängige Vorkaufsrechte** haben, denen jedoch gemeinsam ist, dass sie sich auf ein und dasselbe Vorkaufsobjekt beziehen. Beispielsweise kann es vorkommen, dass neben einem vertraglich Vorkaufsberechtigten auch ein ge- 802

1622 Vgl. oben Nr. 89.

1623 BRUNNER, S. 395.

1624 Vgl. oben Nr. 10 und unten Nr. 901.

1625 ALLGÄUER, S. 140; MEIER-HAYOZ, BK, N 228 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 94.

1626 MEIER-HAYOZ, BK, N 228 zu Art. 681 ZGB; STREBEL, Nr. 1320.

setzlich Vorkaufsberechtigter existiert. Ebenso denkbar sind zwei vertraglich Vorkaufsberechtigte aus zwei verschiedenen, voneinander unabhängigen Vorkaufsverträgen. Im Vorkaufsfall kann jeder Vorkaufsberechtigte selber entscheiden, ob er sein Vorkaufsrecht ausüben will. Für jeden beginnt eine eigene Ausübungsfrist zu laufen, sobald er Kenntnis vom Abschluss und Inhalt des Drittvertrags erlangt hat.[1627] Machen mehrere Vorkaufsberechtigte ihr Vorkaufsrecht geltend, so ist es abhängig vom Rangverhältnis ihrer Vorkaufsrechte zueinander, welcher Vorkaufsberechtigte letztlich mit seiner Forderung auf Übertragung des Grundstücks durchdringt.[1628]

803 Andererseits ist es denkbar, dass mehrere Personen **gemeinschaftlich an ein und demselben Vorkaufsrecht berechtigt** sind. Hier muss weiter unterschieden werden, ob die Personen gemeinschaftlich zur gesamten Hand oder anteilsmässig (quotenmässig) berechtigt sind. Soweit zwischen den mehreren Vorkaufsberechtigten keine gesamthänderische Rechtsbeziehung besteht, ist eine quotenmässige Vorkaufsberechtigung anzunehmen.[1629] Die quotenmässige Vorkaufsberechtigung stellt bei einer gemeinschaftlichen Vorkaufsberechtigung mit anderen Worten den Grundsatz dar. Das schweizerische Recht kennt keine Regelung, wie das Vorkaufsrecht von gemeinschaftlich berechtigten Personen auszuüben ist. Rechtsprechung und herrschende Lehre nehmen eine Gesetzeslücke an und behelfen sich mit der analogen Anwendung des deutschen § 472 BGB (= § 513 aBGB).[1630] Dieser lautet: «Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im Ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im Ganzen auszuüben».

804 Ob diese Regelung auch sachgerecht für das schweizerische Recht ist, muss meines Erachtens unterschiedlich beantwortet werden, je nachdem ob eine anteilsmässige (quotenmässige) Vorkaufsberechtigung (aa) oder eine gemeinschaftliche Vorkaufsberechtigung zur gesamten Hand (bb) zur Diskussion steht:

aa) Bei einer anteilsmässigen Vorkaufsberechtigung

805 Nach dem Gesagten stellt bei einer Mehrheit von Vorkaufsberechtigten die **anteilsmässige Vorkaufsberechtigung** den Grundsatz dar. Zu denken ist beispielsweise an den Fall, in dem eine Tante ihren zwei Neffen vertraglich ein Vorkaufsrecht einräumt.[1631] Ebenso liegt eine anteilsmässige Vorkaufsberechtigung vor, wenn ein Stockwerkeigentumsanteil im Miteigentum steht und zu

---

1627 BINZ-GEHRING, S. 204 f.; WIEDERKEHR, S. 113 f.

1628 Vgl. unten Nr. 874 ff.

1629 Vgl. SOERGEL/WERTENBRUCH, N 1 zu § 472 BGB.

1630 BGE 92 II 147 ff. (154 f.), E. 3; HAAB, ZK, N 38 zu Art. 681/82 ZGB; LEEMANN, BK, N 61 zu Art. 681 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 230 zu Art. 681 ZGB.

1631 Vgl. den Sachverhalt von BGE 92 II 147 ff.

Gunsten dieser Stockwerkeigentümer das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis eingeführt worden ist. In diesen Fällen gilt meines Erachtens Folgendes:

806 Primär ist es eine Frage der Vertragsauslegung, wie die Berechtigten ein solches Vorkaufsrecht auszuüben haben. Mangels einer diesbezüglichen Abrede dürfte es dem hypothetischen Parteiwillen am ehesten entsprechen, eine der Mitgläubigerschaft vorgelagerte Mitvorkaufsberechtigung anzunehmen.[1632] Dies bedeutet, dass **jeder Vorkaufsberechtigte** sein **Vorkaufsrecht selbständig ausüben** kann.[1633] Dies entspricht im Übrigen auch der Rechtslage bei mehreren Miteigentümern eines Grundstücks, die von ihrem gesetzlichen Vorkaufsrecht nach Art. 682 Abs. 1 ZGB Gebrauch machen wollen.[1634] Machen mehrere bzw. sämtliche Vorkaufsberechtigte ihr Vorkaufsrecht geltend, so können sie vom Vorkaufsbelasteten nur die Leistung an alle Ausübenden verlangen.[1635] Dies hat meines Erachtens zur Folge, dass das Grundeigentum anteilsmässig zu Miteigentum auf die Vorkaufsberechtigten übertragen werden muss. Dies gilt auch im Fall von Miteigentümern eines Stockwerkeigentumsanteils, die ein Vorkaufsrecht an den übrigen Stockwerkeinheiten haben.[1636]

807 Verzichtet ein anteilsmässig Vorkaufsberechtigter auf die Ausübung des Vorkaufsrechts, sei es ausdrücklich durch eine entsprechende Verzichtserklärung oder stillschweigend durch Nichtausübung innert der Ausübungsfrist, so ist es dem anderen anteilsmässig Vorkaufsberechtigten unabhängig davon gestattet, das Vorkaufsrecht auszuüben. In diesem Fall erwirbt er einen Anspruch auf das ungeteilte Grundeigentum und nicht bloss einen Anspruch auf das hälftige Miteigentum.[1637] Der **Verzicht des einen Vorkaufsberechtigten führt** mit anderen Worten **zu einer entsprechenden Anwachsung des Rechts des anderen.** Diese Regelung, die im deutschen Recht in § 472 BGB verankert worden ist, will verhindern, dass durch die Ausübung des Vorkaufsrechts eines bloss anteilsmässig Berechtigten eine (Zwangs-)Rechtsgemeinschaft zwischen diesem und dem

---

1632 Zur Mitgläubigerschaft vgl. KOLLER, OR AT, N 3 zu § 76. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3678 ff., sprechen von «Gläubigergemeinschaft».

1633 A.M. SOERGEL/WERTENBRUCH, N 5 zu § 472 BGB.

1634 Siehe namentlich BINZ-GEHRING, S. 176.

1635 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 3682.

1636 Vgl. auch GHANDCHI, S. 224 ff., wonach das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis von Miteigentümern selbständig ausgeübt werden kann. A.M. WERMELINGER, ZK, N 51 zu Art. 712c ZGB, der in einem solchen Fall die Ausübung des Vorkaufsrechts als wichtigere Verwaltungshandlung im Sinn von Art. 647b ZGB betrachtet und demnach die Ausübung des Vorkaufsrechts nur zulässt, wenn dem die «Mehrheit aller Miteigentümer, die zugleich den grösseren Teil der Sache vertritt», zustimmt.

1637 BGE 92 II 147 ff. (153 ff.), E. 3.

Vorkaufsbelasteten oder dem erwerbenden Dritten entsteht.[1638] Diese Lösung erachte ich auch für das schweizerische Recht als sachgerecht, weshalb § 472 BGB auf die anteilsmässige Vorkaufsberechtigung analog anzuwenden ist.[1639]

808 In diesem Punkt *anderer Meinung* ist *GHANDCHI*. Sie lehnt die Übernahme von § 513 aBGB (= § 472 BGB) ins schweizerische Recht hauptsächlich mit folgenden Argumenten ab: Zum einen sei § 513 aBGB auf Gesamthandverhältnisse zugeschnitten, nicht jedoch auf eine anteilsmässige Vorkaufsberechtigung.[1640] Zum anderen überzeuge das Argument nicht, dass dem Veräusserer oder dem Dritterwerber ein Zwangsbeitritt in ein Miteigentumsverhältnis mit dem ausübenden Vorkaufsberechtigten nicht zuzumuten sei. Denn der Vorkaufsbelastete habe sich nicht unfreiwillig in dieses Vorkaufsverhältnis begeben und der Dritterwerber habe in Kenntnis der Vorkaufssituation aufgrund seines freien Entschlusses erworben.[1641] Dem ist Folgendes entgegenzuhalten: Das erste Argument trifft inhaltlich nicht zu, da nach der deutschen Lehre § 472 BGB (= § 513 aBGB) sowohl auf die Vorkaufsberechtigung zur gesamten Hand wie auch auf die anteilsmässige Vorkaufsberechtigung zugeschnitten ist.[1642] Das zweite Argument hat hingegen etwas für sich. Doch dürfte eine solche Lösung einer Zwangsgemeinschaft in den seltensten Fällen im Interesse auch nur eines Beteiligten, sei es des Vorkaufsbelasteten, des Dritterwerbers oder des anteilsmässig Vorkaufsberechtigten, liegen. Auch würde sie die Verkehrsfähigkeit des vorkaufsbelasteten Grundstücks erheblich beeinträchtigen, zumal weder der Vorkaufsbelastete noch der Dritterwerber im Voraus wissen, ob sämtliche, nur vereinzelte oder gar keine anteilsmässig Vorkaufsberechtigten ihr Vorkaufsrecht ausüben werden. Es erscheint mir daher als sachgerechteste Lösung, wenn die Rechte der verzichtenden Vorkaufsberechtigten den ausübenden anwachsen. An dieser Stelle gilt es auch zu berücksichtigen, dass eine solche Regelung für den Spezialfall des gesetzlichen Vorkaufsrechts der Miteigentümer in Art. 682 Abs. 1 Satz 2 ZGB eine gesetzliche Verankerung im schweizerischen Recht erfahren hat. Nach dieser Bestimmung wird mehreren Miteigentümern, die ihr Vorkaufsrecht geltend machen, der verkaufte Miteigentumsanteil im Verhältnis ihrer bisherigen Miteigentumsanteile zugewiesen. Machen nicht sämtliche Miteigentümer von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch, so wachsen ihre Rechte den ausübenden Miteigentümern anteilsmässig an. Diese Regelung gilt namentlich auch für das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis: Üben mehrere Stockwerkeigentümer (verschiedener Stockwerkeinheiten) ihr Vorkaufsrecht aus, so erwerben sie den veräusserten Stockwerkanteil zu gewöhnlichem Mitei-

---

1638 WESTERMANN, MünchK, N 1 zu § 472 BGB; VON STAUDINGER/MADER, N 2 zu § 472 BGB. Siehe auch MEIER-HAYOZ, BK, N 220 zu Art. 681 ZGB.

1639 Gl.M. BINZ-GEHRING, S. 176.

1640 GHANDCHI, S. 223 ff. und 238.

1641 GHANDCHI, S. 240 f.

1642 Vgl. SOERGEL/WERTENBRUCH, N 1 zu § 472 BGB.

gentum, wobei der Miteigentumsanteil dem Verhältnis der Wertquoten am Stockwerkeigentum der erwerbenden Stockwerkeigentümer entspricht.[1643] Was für mehrere vorkaufsberechtigte Mit- oder Stockwerkeigentümer gut ist, soll aber auch für mehrere aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung anteilsmässig Vorkaufsberechtigte recht sein.

809 Die dem deutschen Recht entnommene Regelung von § 472 BGB stellt **dispositives Gesetzesrecht** dar: Im Vorkaufsvertrag kann namentlich geregelt werden, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts nur gemeinschaftlich erfolgen kann und dass bei einem Verzicht eines Berechtigten der andere nicht ausüben darf.[1644]

bb) Bei einer gesamthandschaftlichen Vorkaufsberechtigung

810 Die **gesamthandschaftliche Vorkaufsberechtigung** stellt nach dem Gesagten die Ausnahme dar.[1645] Eine Gesamthandschaft entsteht entweder von Gesetzes wegen oder – in bestimmten vom Gesetz vorgesehenen Formen – durch Vertrag (vgl. Art. 652 ZGB).[1646] So steht beispielsweise einer Erbengemeinschaft, die ein Vorkaufsrecht geerbt hat,[1647] das Vorkaufsrecht gemeinschaftlich zur gesamten Hand zu (vgl. Art. 602 Abs. 2 ZGB). Gesamthänder können grundsätzlich nur gemeinsam, das heisst einstimmig, über ihre Rechte verfügen – vorbehalten bleibt eine abweichende gesetzliche Vorschrift, die das in Frage stehende Gesamthandverhältnis regelt (vgl. Art. 653 Abs. 2 ZGB). Bei den nachfolgenden Ausführungen steht die Erbengemeinschaft im Vordergrund.

811 Wo das Erfordernis der Einstimmigkeit gilt, hat dies zur Folge, dass das Vorkaufsrecht nur ausgeübt werden kann, wenn alle Gesamthänder die **Ausübung gemeinsam** oder durch einen von ihnen bestellten Vertreter **erklären.**[1648] Besteht kein Vertreter der Gesamthandschaft und üben vereinzelte, aber nicht sämtliche Gesamthänder das Vorkaufsrecht aus, stellt sich die Frage, ob diese Ausübung des Vorkaufsrechts rechtswirksam erfolgt ist und der Verzicht gewisser Gesamthänder auf die Ausübung des Vorkaufsrechts zu einer entsprechenden Anwachsung der Rechte bei den anderen, ausübenden Gesamthänder geführt hat. Diese Frage ist zu verneinen. Denn die gesetzlich geregelten Gesamthandverhältnisse regeln das Entscheidverfahren im Gemeinschaftsverhältnis abschliessend, bzw. subsidiär gilt das Prinzip der Einstimmigkeit gemäss Art.

1643 FRIEDRICH, Stockwerkeigentum, N 9 zu § 48; MEIER-HAYOZ/REY, BK, N 28 zu Art. 712c ZGB; WERMELINGER, ZK, N 50 zu Art. 712c ZGB; a.M. WEBER, Stockwerkeigentümergemeinschaft, S. 528.

1644 SOERGEL/WERTENBRUCH, N 8 zu § 472 BGB.

1645 Vgl. oben Nr. 803.

1646 Siehe BGE 116 II 49 ff. (51), E. 3; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 792 f.

1647 Zur Vererblichkeit eines Vorkaufsrechts siehe oben Nr. 284 ff.

1648 CR OR I-FOËX, N 4 zu Art. 216e; EMERY, Nr. 493; SIMONIUS/SUTTER, N 40 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1736c; STREBEL, Nr. 1320.

653 Abs. 2 ZGB. Gilt für das betreffende Gesamthandverhältnis, wie bei der Erbengemeinschaft, das Einstimmigkeitsprinzip, so kann beim Verzicht auch nur eines Gesamthänders – sei es ein ausdrücklicher oder ein stillschweigender Verzicht, indem er die Ausübungsfrist unbenützt verstreichen lässt – das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden.[1649] Die Anwendung des deutschen § 472 BGB rechtfertigt sich in diesem Fall nicht. Die abweichende Auffassung, die bei einem Verzicht eines Gesamthänders auf die Ausübung des Vorkaufsrechts die Anwachsung (Akkreszenz) des Vorkaufsrechts bei den übrigen Gesamthändern annimmt,[1650] ist abzulehnen. Akkreszenz tritt nur ein, wenn ein Gesamthänder aus dem Gesamthandverhältnis austritt.[1651] Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Gesamthänder auf die Ausübung eines der Gemeinschaft zustehenden Rechtes verzichtet.

812 Vom Erfordernis der gemeinsamen Ausübungserklärung gibt es jedoch verschiedene **Ausnahmen.** Am Beispiel der Erbengemeinschaft dargestellt, sind es die Folgenden: Die ausübungswilligen Erben können versuchen, innert der Ausübungsfrist einen *Erbenvertreter* nach Art. 602 Abs. 3 ZGB zu bestellen und von diesem das Vorkaufsrecht mit Wirkung für sämtliche Erben ausüben zu lassen.[1652] Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass über das Vorkaufsrecht eine *Teilliquidation der Erbschaft* durchgeführt wird, indem die nicht ausübungswilligen Erben zugunsten der ausübungswilligen auf ihre Vorkaufsberechtigung verzichten.[1653] Eine Ausnahme vom Grundsatz des gemeinsamen Handelns besteht schliesslich dann, wenn *ein Miterbe zugleich Vorkaufsbelasteter* ist. In einem solchen Fall können die übrigen Miterben das Vorkaufsrecht

---

1649 BGE 115 II 331 ff. (336 f.), E. 3b; BINZ-GEHRING, S. 173 f.; GHANDCHI, S. 235 ff.; WERMELINGER, ZK, N 51 zu Art. 712c ZGB, betreffend das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis.

1650 BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 4.1; wohl ebenso BGE 92 II 147 ff. (153 ff.), E. 3; MEIER-HAYOZ, BK, N 230 zu Art. 681 ZGB. Ferner im deutschen Schrifttum SOERGEL/WERTENBRUCH, N 6 zu § 472 BGB; mit Ausnahmen für gewisse Gesamthandschaften immerhin VON STAUDINGER/MADER, N 4 zu § 472 BGB.

1651 MEIER-HAYOZ, BK, N 11 f. und 69 ff. zu Art. 652 ZGB; REY, Eigentum, Nr. 982; BSK ZGB II-WICHTERMANN, N 32 zu Art. 652.

1652 Ablehnend indes BINZ-GEHRING, S. 174, mit Hinweis auf LIVER, ZBJV 1968, S. 16.

1653 BGE 115 II 331 ff. (336 f.), E. 3b, mit Hinweis auf BGE 51 II 267 ff. (270), E. 2, betreffend die Teilliquidation einer Erbschaftsforderung; BINZ-GEHRING, S. 174. Siehe auch BGE 116 II 49 ff. (52 ff.), E. 4, wonach die Ausscheidung eines einfachen Gesellschafters und die – konkludente – Weiterführung der übrigen Gesellschafter eine entsprechende Anwachsung der Rechte des ausscheidenden Gesellschafters bei den verbleibenden Gesellschaftern zur Folge hat, sodass diese berechtigt waren, das Vorkaufsrecht auszuüben. Siehe ferner SIMONIUS/SUTTER, N 40 Fn. 81 zu § 11, und STREBEL, Nr. 1321.

zugunsten der Erbengemeinschaft gegen den vorkaufsbelasteten Miterben ohne dessen Zustimmung geltend machen.[1654]

B) Adressat

Als empfangsbedürftige Willenserklärung[1655] zeitigt die Ausübungserklärung nur Rechtswirkungen, wenn sie **gegenüber dem richtigen Adressaten** abgegeben wird.[1656] Aus diesem Grund ist es für den Vorkaufsberechtigten zentral, zu wissen, an wen er seine Ausübungserklärung richten muss. 813

Das Vorkaufsrecht muss gemäss Art. 216e OR «gegenüber dem Verkäufer oder, wenn es im Grundbuch vorgemerkt ist, gegenüber dem Eigentümer geltend» gemacht werden. Was den Adressaten der Ausübungserklärung anbelangt, ist demnach zwischen dem nicht vorgemerkten (a) und dem vorgemerkten Vorkaufsrecht (b) zu unterscheiden.[1657] Sodann sind verschiedene Einzelfragen (c) zu klären. 814

a) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht

Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht muss die Ausübungserklärung an den «Verkäufer» adressiert sein. Gemeint ist damit der Vorkaufsbelastete. Wegen der rein persönlichen Rechtsbeziehung beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht[1658] fallen als Vorkaufsbelasteter nur der **Vorkaufsrechtsgeber bzw. dessen Universalsukzessor** in Betracht.[1659] Das Gesetz spricht in Art. 216e OR indes zu eng vom «Verkäufer». Adressat der Ausübungserklärung ist der Vorkaufsbelastete, der ein Rechtsgeschäft abschliesst, das einen Vorkaufsfall darstellt.[1660] Dieses Rechtsgeschäft muss nicht zwingend in einem «Verkauf» bestehen, sondern es genügt, wenn es wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt.[1661] 815

1654 Vgl. BGE 102 Ia 430 ff. (432), E. 3, mit Hinweis auf PIOTET, SPR IV/2, S. 594 ff.; ESCHER, ZK, N 61 zu Art. 602 ZGB; BSK ZGB II-SCHAUFELBERGER/KELLER LÜSCHER, N 19 zu Art. 602; WIDMER, Erbengemeinschaft, S. 47 f. Im Ergebnis richtig daher auch BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 4.1–4.4.

1655 Vgl. unten Nr. 862.

1656 SIMONIUS/SUTTER, N 41 zu § 11.

1657 Siehe auch BRÜCKNER, Nr. 117; EMERY, Nr. 476; BSK OR I-FASEL, N 3 zu Art. 216e; GIGER, BK, N 1 zu Art. 216e OR; SIMONIUS/SUTTER, N 41 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1735.

1658 Vgl. dazu oben Nr. 464.

1659 BRUNNER, S. 399. Zum Vorkaufsrechtsgeber vgl. oben Nr. 88.

1660 Vgl. auch EMERY, Nr. 475, die von «tout aliénateur» spricht.

1661 Vgl. oben Nr. 635 ff.

816 Hat der Vorkaufsbelastete das Grundstück auf den Dritterwerber übertragen, ohne eine allfällige Ausübung des Vorkaufsrechts innert der Ausübungsfrist abzuwarten, kann der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nicht gegenüber dem Dritten geltend machen und durchsetzen. Mangels realobligatorischer Verknüpfung des nicht vorgemerkten Vorkaufsrechts mit dem Grundeigentum ist der **Dritterwerber nicht daran gebunden.**[1662] Zwei Punkte sind noch anzumerken:

817 – Der Vorkaufsberechtigte kann in einem solchen Fall bis zum Ablauf der Ausübungsfrist zwar noch immer sein Vorkaufsrecht gegenüber dem Vorkaufsbelasteten, also dem bisherigen Eigentümer, ausüben und so einen Veräusserungsvertrag mit diesem zustande bringen, doch wird er in der Folge grundsätzlich nur noch *Schadenersatz wegen Nichterfüllung* dieses Veräusserungsvertrags vom Vorkaufsbelasteten fordern können. Immerhin ist es denkbar, dass der Drittvertrag aus irgendeinem Grund rückabgewickelt wird, sodass der Vorkaufsberechtigte seinen Realerfüllungsanspruch nachträglich doch noch durchsetzen kann.

818 – Unterlässt es hingegen der Vorkaufsberechtigte – angesichts des Umstands, dass das Grundstück bereits auf den Dritten übertragen worden ist –, sein Vorkaufsrecht auszuüben, so wird ihm der Vorkaufsbelastete nach der hier vertretenen Auffassung gleichwohl schadenersatzpflichtig. Denn der Vorkaufsbelastete, der in einem Vorkaufsfall das Grundeigentum auf den Dritten überträgt, bevor die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts abgelaufen ist, verletzt eine Nebenpflicht des Vorkaufsvertrags, weil er dadurch den Leistungserfolg des Vorkaufsvertrags wieder zunichtemacht.[1663] Sein Verhalten zieht eine *Schadenersatzpflicht wegen positiver Vertragsverletzung* nach sich. Der Schaden kann beispielsweise in einem entgangenen Gewinn bestehen, so bei einem limitierten Vorkaufsrecht, wenn der Vorkaufspreis unter dem Verkehrswert des Grundstücks liegt. Für den Schaden und damit für den entgangenen Gewinn wie auch für den Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden trägt der Geschädigte, im vorliegenden Zusammenhang also der Vorkaufsberechtigte, die Beweislast.[1664] Der entgangene Gewinn wird dabei mittels einer Hypothese bestimmt, wobei der Richter vom gewöhnlichen Lauf der Dinge ausgehen und den «üblichen oder nach den besonderen Umständen des Falles wahrscheinlichen Gewinn» ersetzen darf.[1665] Im Rahmen dieser Hypothese darf der Richter in der Regel davon ausgehen, dass der Vorkaufsberechtigte, der das Grundstück zu einem tieferen Preis als dem Verkehrswert hätte erwerben können, von dieser Möglichkeit auch tatsächlich Gebrauch gemacht

---

1662 SIMONIUS/SUTTER, N 74 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1735. Vgl. auch oben Nr. 467 und unten Nr. 1029 f.

1663 Vgl. oben Nr. 158 f. und 169.

1664 Vgl. ganz allgemein zur Beweislastverteilung im vertraglichen Schadenersatzrecht WEBER, BK, N 315 ff. zu Art. 97 OR.

1665 LÜCHINGER, Nr. 153, im Original in Kursivschrift.

und diesen Gewinn realisiert hätte. Es obliegt alsdann dem Vorkaufsbelasteten als Schädiger, den Gegenbeweis anzutreten. Er kann beispielsweise einwenden, der Schaden wäre auch dann eingetreten, wenn er sich rechtmässig verhalten, also die volle Ausübungsfrist abgewartet hätte, bis er das Grundstück an den Dritten übertragen hätte, weil der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ohnehin nicht ausgeübt hätte (sogenanntes rechtmässiges Alternativverhalten).[1666] Der Vorkaufsbelastete kann sich nicht mit dem blossen Hinweis auf die Nichtausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten innert der Ausübungsfrist entlasten. Denn vom Vorkaufsberechtigten darf nicht verlangt werden, dass er – nachdem das Grundstück bereits auf den Dritten übertragen worden ist – eine grundsätzlich unnütze Ausübungserklärung abgibt, nur um seine Schadenersatzansprüche zu wahren. Der Vorkaufsbelastete, der in Missachtung der Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts das Grundeigentum auf einen Dritten überträgt, erscheint nicht als schutzwürdig. Damit ihm der Gegenbeweis des rechtmässigen Alternativverhaltens gelingt, muss er vielmehr substantiiert behaupten und beweisen, dass der Vorkaufsberechtigte – beispielsweise mangels finanzieller Mittel – ohnehin keinen Gebrauch vom Vorkaufsrecht gemacht hätte.

b) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht

819 Das vorgemerkte Vorkaufsrecht ist gegenüber dem «Eigentümer» geltend zu machen. Adressat kann – wie beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht[1667] – der Vorkaufsrechtsgeber bzw. dessen Universalsukzessor sein, wenn seit der Begründung des Vorkaufsrechts keine Eigentumsänderung am Grundstück erfolgt ist oder nur eine solche auf dem Weg der Universalsukzession. Eine Besserstellung des Vorkaufsberechtigten ergibt sich nun beim vorgemerkten Vorkaufsrecht daraus, dass er sein Vorkaufsrecht **gegenüber dem jeweiligen Eigentümer** geltend machen kann.[1668] Man spricht in diesem Zusammenhang auch davon, dass das Vorkaufsrecht durch seine Vormerkung im Grundbuch realobligatorisch mit dem Grundeigentum verknüpft wird.[1669] Hat also seit der Vorkaufsrechtsbegründung das Eigentum am Grundstück in Singularsukzession gewechselt, unabhängig davon, ob diese Eigentumsübertragung einen Vorkaufsfall ausgelöst hat oder nicht, so kann das Vorkaufsrecht auch gegenüber dem Rechtsnachfolger ausgeübt werden, wenn unter ihm ein Vorkaufsfall eintritt. Auch kann der Vorkaufsberechtigte, wenn der Vorkaufsbelastete im Vorkaufs-

---

1666 Zum sogenannten rechtmässigen Alternativverhalten siehe BREHM, BK, N 149h zu Art. 41 OR; REY, Haftpflichtrecht, Nr. 644 ff.; WEBER, BK, N 236 zu Art. 97 OR.

1667 Vgl. oben Nr. 815.

1668 BRUNNER, S. 399; CR OR I-FOËX, N 6 zu Art. 216e; siehe auch SIMONIUS/SUTTER, N 43 zu § 11; ferner BGer 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 3, betreffend ein gesetzliches Vorkaufsrecht.

1669 Vgl. dazu oben Nr. 422 ff.

fall das Grundeigentum auf den Dritterwerber übertragen hat, ohne die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts abzuwarten, diesem Dritten gegenüber die Ausübung des Vorkaufsrechts erklären.[1670] Handkehrum muss der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aber auch gegenüber dem aktuellen Eigentümer geltend machen, sofern er davon Gebrauch machen will. Eine Ausübungserklärung gegenüber dem früheren Eigentümer erfolgt nicht rechtswirksam.[1671]

820 Adressat der Ausübungserklärung ist grundsätzlich der **im Zeitpunkt ihres Empfangs im Grundbuch eingetragene Eigentümer.** Angesichts der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb massgeblich auf das Datum der Tagebucheinschreibung abstellt,[1672] muss die **Tagebucheinschreibung** zur Bestimmung des Adressaten der Ausübungserklärung massgebend sein. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass der Vorkaufsberechtigte seine Ausübungserklärung rechtsgültig an den bisherigen Eigentümer und Vorkaufsbelasteten abgeben könne, wenn dieser das Grundeigentum ohne Kenntnis des Vorkaufsberechtigten bereits auf den Dritten übertragen hat. Andernfalls hätte es der Veräusserer in der Hand, eine fristgerechte Ausübung zu verhindern, indem er die Weiterleitung an den Dritterwerber unterlasse.[1673] Diese Auffassung ist abzulehnen. Sie ist nicht vereinbar mit Art. 970 Abs. 4 ZGB, wonach eine Grundbucheintragung, auch die Tagebucheinschreibung,[1674] als bekannt fingiert wird. Zwar besteht für den Vorkaufsberechtigten das Risiko, dass zwischen der Absendung seiner Ausübungserklärung und deren Empfang durch den bisherigen Grundeigentümer und Vorkaufsbelasteten die Tagebucheinschreibung des neuen Eigentümers erfolgt. Dieses Risiko ist aber Ausfluss des Zugangsprinzips, welches auch für diese Ausübungserklärung gilt.[1675] Sofern die Ausübungsfrist noch nicht abgelaufen ist, kann der Vorkaufsberechtigte immer noch eine zweite Ausübungserklärung, dieses Mal an den neuen Grundeigentümer gerichtet, abgeben. Die Folgen dieses Risikos für den Vorkaufsberechtigten werden zudem abgeschwächt, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung eine positive Vertragsverletzung annimmt, für den Fall dass der bisherige Grundeigentümer und Vorkaufsbelastete das Grundeigentum auf den Dritten überträgt, bevor die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts abgelaufen ist.[1676]

1670 Vgl. unten Nr. 1031.

1671 BGer 5A_668/2012 vom 7. März 2013, E. 4.1, betreffend ein gesetzliches Vorkaufsrecht.

1672 Vgl. BGE 138 III 512 ff. (514 ff.), E. 3, insbesondere E. 3.5.2.

1673 BRUNNER, S. 399; EMERY, Nr. 477; MEIER-HAYOZ, BK, N 234 zu Art. 681 ZGB; OSTERTAG, BK, N 34 zu Art. 959 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, N 43 zu § 11.

1674 Siehe BGer 5A_227/2007 vom 11. Januar 2008, E. 2.5; BSK ZGB II-SCHMID, N 32a zu Art. 970.

1675 Vgl. unten Nr. 862.

1676 Vgl. oben Nr. 818.

Denkbar ist schliesslich, dass nach Eintritt des Vorkaufsfalls ein ausserbuchlicher Grundeigentumserwerb stattfindet, namentlich durch Erbgang oder gerichtliches Urteil (vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB), sodass **formeller und materieller Grundeigentümer nachträglich auseinanderfallen.**[1677] In diesem Fall geht die materielle Rechtslage der formellen vor: Der Vorkaufsberechtigte muss das Vorkaufsrecht gegenüber dem materiellen Grundeigentümer ausüben.[1678] Dies ist nichts anderes als Ausfluss davon, dass ein Gestaltungsrecht gegenüber derjenigen Person ausgeübt werden muss, auf deren Rechtsstellung durch die Ausübung dieses Rechts eingewirkt wird.[1679] Vorbehalten bleibt der Fall, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht in gutem Glauben gegenüber dem formellen Grundeigentümer ausübt und in der Folge von diesem als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt angemeldet wird. In diesem Fall wird der Vorkaufsberechtigte nach Art. 973 Abs. 1 ZGB in seinem gutgläubigen Eigentumserwerb geschützt.[1680] 821

c) Einzelfragen

Im Zusammenhang mit dem Adressaten der Ausübungserklärung stellen sich verschiedene Einzelfragen, wovon im Folgenden drei aufgegriffen werden. Es geht erstens um die Frage des Adressaten bei einer wirtschaftlichen Identität zwischen dem formellen Grundeigentümer und dem materiellen Veräusserer (aa). Zweitens interessiert die Frage, ob auch eine Drittperson als Adressatin (bb) in Betracht fällt. Und drittens geht es um die Frage des Adressaten bei einer Mehrheit von vorkaufsbelasteten Personen (cc). 822

aa) Adressat bei wirtschaftlicher Identität zwischen formellem Grundeigentümer und materiellem Veräusserer

Es ist bereits ausgeführt worden, dass ein Vorkaufsfall auch eintreten kann, wenn eine Partei ein wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommendes Rechtsgeschäft abschliesst, obwohl formell nicht sie, sondern eine andere Partei Eigentümerin des Grundstücks und damit Vorkaufsbelastete ist. Vorausgesetzt wird dabei, dass zwischen diesen formell unterschiedlichen Parteien **wirtschaftliche Identität** besteht.[1681] Zu denken ist namentlich an die Veräusserung der Aktien eines Mehrheitsaktionärs einer Gesellschaft, die Eigentümerin eines vorkaufsbe- 823

1677 Zur Problemlage, wenn formelles und materielles Grundeigentum bereits im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls auseinanderfallen, vgl. oben Nr. 542 ff.

1678 Zur Ausnahme, wenn der Vorkaufsberechtigte nicht sämtliche Erben kennt, siehe unten Nr. 831.

1679 Siehe VIONNET, S. 174, mit Hinweisen.

1680 Vgl. auch oben Nr. 544 in fine.

1681 Vgl. oben Nr. 670.

lasteten Grundstücks ist.[1682] In einem solchen Fall stellt sich die Frage, an wen der Vorkaufsberechtigte seine Ausübungserklärung zu richten hat.

824 Meines Erachtens **hat der Vorkaufsberechtigte** in diesem Fall **die Wahl,** ob er seine Ausübungserklärung an den Mehrheitsaktionär oder an die Gesellschaft richten will. Naheliegender ist die Ausübung gegenüber der Gesellschaft, da der Vorkaufsberechtigte letztlich von dieser die Übertragung des Grundeigentums fordern wird. Nicht schaden kann ihm aber auch eine Erklärung gegenüber dem Mehrheitsaktionär. Wenn bei der Frage, ob ein Rechtsgeschäft einen Vorkaufsfall darstellt, nach dem Gesagten eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angestellt wird,[1683] hat dies auch bei der Frage nach dem Adressaten der Ausübungserklärung zu gelten. Da zwischen dem Mehrheitsaktionär und der von ihm beherrschten Gesellschaft wirtschaftliche Identität besteht, gilt eine gegenüber der einen Person abgegebene Ausübungserklärung auch gegenüber der anderen, wirtschaftlich identischen Person, als abgegeben.

825 Für das **nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht** ergibt sich aufgrund dieser Wahlmöglichkeit eine **Besonderheit:** Hat der Mehrheitsaktionär die Aktien bereits auf den erwerbenden Dritten übertragen, kann der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht gleichwohl ausüben und seinen Realerfüllungsanspruch durchsetzen,[1684] und zwar gegenüber der vorkaufsbelasteten Gesellschaft, die nach wie vor Eigentümerin des Grundstücks ist.

bb) Drittperson als Adressatin

826 Nach dem Gesagten zeitigt eine Ausübungserklärung nur dann Rechtswirkungen, wenn sie gegenüber der richtigen Person abgegeben worden ist.[1685] Von Gesetzes wegen der richtige Adressat ist beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht der «Verkäufer»[1686] und beim vorgemerkten Vorkaufsrecht der «Eigentümer».[1687] Den Parteien des Vorkaufsvertrags steht es indessen aufgrund der Parteiautonomie frei, **im Vertrag** eine Drittperson als Adressatin der Ausübungserklärung **zu bezeichnen.** Ebenso kann der Vorkaufsbelastete nachträglich eine Drittperson als seine passive Stellvertreterin bestellen. Die Praxis nimmt namentlich eine Befugnis des Notars zur passiven Stellvertretung an, wenn dieser gegenüber dem Vorkaufsberechtigten bereits als aktiver Vertreter zur Vornahme der Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR aufgetreten

---

1682 Vgl. oben Nr. 724 ff.
1683 Vgl. oben Nr. 647 ff.
1684 Siehe dagegen oben zum Normalfall beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht Nr. 816.
1685 Vgl. oben Nr. 813.
1686 Vgl. oben Nr. 815.
1687 Vgl. oben Nr. 819.

ist.[1688] Dies entspricht dem Grundsatz, wonach die Vollmacht zur aktiven Stellvertretung gewöhnlich auch diejenige zur passiven Stellvertretung umfasst.[1689]

827 Ohne anderslautende Vereinbarung zeitigt namentlich die **Ausübungserklärung gegenüber dem Grundbuchamt** oder einer anderen Amtsstelle keine Rechtswirkungen.[1690] Leitet allerdings die unzuständige Amtsstelle die Ausübungserklärung innert der Ausübungsfrist an den richtigen Adressaten weiter, so gilt die Ausübungserklärung als durch einen Boten an den richtigen Adressaten überbracht.[1691] Dem Vorkaufsberechtigten, der seine Ausübungserklärung an einen falschen Adressaten gerichtet hat, verbleibt daneben auch die Möglichkeit, innert der Ausübungsfrist erneut eine Ausübungserklärung, dieses Mal an die richtige Person gerichtet, abzugeben.[1692]

cc) Adressat bei einer Mehrheit von vorkaufsbelasteten Personen

828 Die Frage, an wen die Ausübungserklärung zu richten ist, stellt sich auch bei einer **Mehrheit von vorkaufsbelasteten Personen.** Gleich wie bei einer Mehrheit von vorkaufsberechtigten Personen[1693] kann auch hier danach unterschieden werden, ob die Personen am vorkaufsbelasteten Grundstück gemeinschaftlich anteilsmässig (quotenmässig) oder zur gesamten Hand berechtigt sind:

829 Sind die vorkaufsbelasteten Personen **anteilsmässig** am Grundstück **berechtigt,** steht das Grundstück mit anderen Worten in ihrem Miteigentum, so muss die Ausübungserklärung *jedem einzelnen Miteigentümer* zugehen.[1694] Denn die Entgegennahme der Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten gehört nicht zu den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen im Sinn von Art. 647a ZGB, für welche von Gesetzes wegen eine Stellvertretung unter den Miteigentümern bestünde.

830 Das Gleiche gilt grundsätzlich auch bei Personen, die gemeinschaftlich **zur gesamten Hand** am vorkaufsbelasteten Grundstück **berechtigt** sind: Hier muss die Ausübungserklärung grundsätzlich ebenfalls an *jeden einzelnen Gesamteigentümer* gerichtet werden.[1695] Dies ergibt sich aus dem Prinzip der Gesamtverfügung, das bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand nicht nur hinsichtlich

---

1688 Urteil des Walliser Kantonsgerichts vom 20. März 1985, in: ZBGR 71/1990, S. 80 ff. (83), E. 2b; PFÄFFLI/BYLAND, Revue 2013, S. 291.

1689 Vgl. ZÄCH, BK, N 3 der Vorbemerkungen zu Art. 32–40 OR.

1690 BGer 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 3; GIGER, BK, N 2 zu Art. 216e OR.

1691 Urteil des Walliser Kantonsgerichts vom 20. März 1985, in: ZBGR 71/1990, S. 80 ff. (84), E. 2c, mit Hinweis auf BGE 73 II 162 ff. (168 f.). Frage offen gelassen in BGer 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 3.

1692 GIGER, BK, N 2 zu Art. 216e OR.

1693 Vgl. dazu oben Nr. 803 ff.

1694 BINZ-GEHRING, S. 177; EMERY, Nr. 489.

1695 A.M. SIMONIUS/SUTTER, N 41 zu § 11.

der aktiven, sondern auch hinsichtlich der passiven Verfügungsfähigkeit zu gelten hat.[1696]

831 Von diesem Grundsatz gibt es allerdings *Ausnahmen:* Vorbehalten bleiben zunächst einmal anderslautende Vorschriften für das in Frage stehende Gesamthandverhältnis (vgl. Art. 653 Abs. 2 ZGB) und der Fall, in dem die Personen gemeinschaftlich einen Vertreter bestellt haben.[1697] Das Bundesgericht hat sodann für die Erbengemeinschaft eine weitere Ausnahme vom Prinzip der Gesamtverfügung angenommen und festgehalten, dass die Ausübungserklärung mit Wirkung für alle gegenüber einem einzelnen Miterben abgegeben werden kann, solange dem Erklärer nicht bekannt ist, dass eine bestimmte Person mit der Vertretung der Erben betraut ist. Diese Ausnahme vom Prinzip der Gesamtverfügung rechtfertige sich für «Erklärungen, die der Regel nach nicht ohne Gefahr aufgeschoben werden können, bis die Namen und Adressen aller Erben bekannt sind».[1698] Meines Erachtens trifft diese Sachlage auf die Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten allerdings in der Regel – und wohl auch in dem vom Bundesgericht konkret beurteilten Fall – gerade nicht zu. Denn der Vorkaufsberechtigte erfährt durch die Information «über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags» im Sinn von Art. 216d Abs. 1 OR die Namen und Adressen der Erben, da diese für gewöhnlich im Vertragsdokument angegeben werden.[1699] Die Argumentation des Bundesgerichts ist nur auf besonders gelagerte Ausnahmefälle zugeschnitten, namentlich wenn der Vorkaufsfall noch zu Lebzeiten des Erblassers eingetreten ist, der Vorkaufsberechtigte seine Ausübungserklärung jedoch erst nach dessen Tod abgibt und noch nicht von sämtlichen Erben, insbesondere von den eingesetzten, Kenntnis erlangt hat. Nur in solchen Ausnahmefällen rechtfertigt sich eine Abkehr vom Prinzip der Gesamtverfügung.

C) Form

832 Das Gesetz enthält **keine Formvorschrift** für die Ausübungserklärung. Der Vorkaufsberechtigte kann sein Vorkaufsrecht folglich in beliebiger Form ausüben, namentlich schriftlich oder auch mündlich[1700] – es sei denn, der Vorkaufs-

---

1696 Siehe WIDMER, Erbengemeinschaft, S. 48.

1697 EMERY, Nr. 479 ff.; STREBEL, Nr. 1323.

1698 BGE 73 II 162 ff. (170), E. 5; siehe auch BINZ-GEHRING, S. 177; MEIER-HAYOZ, BK, N 235 zu Art. 681 ZGB.

1699 Kritisch auch EMERY, Nr. 488, und PIOTET, SPR IV/2, S. 665 f. Siehe ferner WIDMER, Erbengemeinschaft, S. 46.

1700 BGE 73 II 162 ff. (168), E. 5; BGer 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 4; BRÜCKNER, Nr. 116; BRUNNER, S. 398; EMERY, Nr. 494 f.; MEIER-HAYOZ, BK, N 227 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Neuerungen, S. 81; SCHÖBI, AJP 1992, S. 568; SIMONIUS/SUTTER, N 44 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1736b; STREBEL, Nr. 1319. A.M. OTT, S. 266, RUBIDO, Nr. 427 ff. und VIONNET, S. 195 f., welche – jedenfalls für das unlimitierte Vorkaufsrecht – eine Ausübungserklärung in öffentlich

vertrag behalte für die Ausübungserklärung eine besondere Form vor (vgl. Art. 16 OR).

Auch ohne vertraglich vorbehaltene Form ist dem Vorkaufsberechtigten zur schriftlichen Ausübungserklärung per eingeschriebenen Brief zu raten, da er die **Beweislast** dafür trägt, dass er sein Vorkaufsrecht rechtzeitig ausgeübt hat.[1701] Die in der Literatur häufig vertretene Meinung, wonach eine schriftliche Ausübungserklärung auch deshalb geboten sei, weil die Eintragung des Vorkaufsberechtigten als neuer Eigentümer im Grundbuch eine schriftliche Ausübungserklärung als Rechtsgrundausweis voraussetze,[1702] ist meines Erachtens nicht begründet. Denn das Gesetz verlangt eine schriftliche Grundbuchanmeldung nur des bisherigen Eigentümers (Art. 963 Abs. 1 ZGB), also des Vorkaufsbelasteten. Und der Ausweis über den Rechtsgrund hat durch den Nachweis zu erfolgen, dass die für dessen Gültigkeit erforderliche Form erfüllt ist (Art. 965 Abs. 3 ZGB). Zur gültigen Ausübung eines Vorkaufsrechts genügt nach dem Gesagten irgendeine Form, beispielsweise auch die Mündlichkeit. Nicht zwingend vorausgesetzt ist eine schriftliche Ausübungserklärung. Daher muss der Nachweis über den Rechtsgrund bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts auch dadurch erbracht werden können, dass der Vorkaufsbelastete im Rahmen seiner schriftlichen Grundbuchanmeldung erklärt, der Vorkaufsberechtigte habe sein Vorkaufsrecht fristgerecht mündlich ausgeübt. Die Grundbuchverordnung darf für die Ausübungserklärung in Art. 64 Abs. 1 lit. d GBV keine Formvorschrift aufstellen, die das materielle Gesetzesrecht nicht kennt.[1703] 833

De lege ferenda ist die formfreie Ausübung des Vorkaufsrechts aufzugeben und stattdessen eine **öffentlich beurkundete Ausübungserklärung** vorzuschreiben. Denn die aktuelle Rechtslage ermöglicht dem Vorkaufsberechtigten den Erwerb von Grundeigentum, ohne je die qualifizierte Form der öffentlichen Beurkundung beachtet zu haben, die ihn namentlich vor übereiltem Vertragsschluss bewahren sollte.[1704] Man darf sich zwar fragen, ob die Ausübungserklärung nicht bereits de lege lata der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung unterstellt werden kann. Denn Art. 657 ZGB setzt für die Verbindlichkeit des Vertrags auf Eigentumsübertragung an einem Grundstück eine öffentliche Beurkundung voraus. Und durch die Ausübung des Vorkaufsrechts kommt ein auf die Eigentumsübertragung gerichteter Veräusserungsvertrag, regelmässig ein Grund- 834

---

beurkundeter Form verlangen mit der Begründung, dass mindestens einmal eine Willenserklärung dieses Formerfordernis beachtet haben müsse.

1701 BRÜCKNER, Nr. 116; EMERY, Nr. 495.

1702 BRÜCKNER, Nr. 116; EMERY, Nr. 495; MEIER-HAYOZ, BK, N 227 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1736b.

1703 Zutreffend SCHÖBI, AJP 1992, S. 568 Fn. 8.

1704 JÄGGI, S. 66 f.; SIMONIUS/SUTTER, N 45 zu § 11. Vgl. bereits die Kritik oben Nr. 117 f. und 129.

stückkaufvertrag, zustande.[1705] Die hier aufgeworfene Frage ist indes zu verneinen. Denn erstens ist anerkannt, dass es verschiedene Ausnahmen vom Grundsatz der öffentlichen Beurkundung gemäss Art. 657 ZGB gibt.[1706] Und zweitens stehen insbesondere Überlegungen der Rechtssicherheit einer solchen Uminterpretation der bestehenden Rechtslage entgegen. Deswegen kommt man nicht umhin, eine Anpassung durch den Gesetzgeber zu fordern.

D) Inhalt

835 Nach allgemeinen Ausführungen (a) ist insbesondere auf die Bedingungsfeindlichkeit, Vorbehaltlosigkeit und Unwiderruflichkeit (b) der Ausübungserklärung einzugehen.

a) Im Allgemeinen

836 Mit der Ausübungserklärung bringt der Vorkaufsberechtigte seinen **Willen zum Ausdruck, sein Vorkaufsrecht auszuüben.**[1707] Die Ausübungserklärung ist eine einseitige Willenserklärung, eine Gestaltungserklärung.[1708] Rechtswirksam ausgeübt, bringt sie den Hauptvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag, zustande.[1709] Funktionell weist sie damit Gemeinsamkeiten auf mit der Annahmeerklärung einer vertragsschliessenden Partei. Doch unterscheidet sie sich insofern davon, als die Gestaltungsbefugnis des Vorkaufsberechtigten nicht auf einer korrespondierenden Angebotserklärung des Vorkaufsbelasteten beruht, sondern auf einer rechtsgeschäftlichen Einräumung im Vorkaufsvertrag.[1710]

837 In Lehre und Rechtsprechung ist oftmals die Rede davon, die Ausübungserklärung müsse «bestimmt und eindeutig» erfolgen.[1711] Meines Erachtens rechtfertigt es sich indes nicht, strengere Anforderungen an die Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten zu stellen als an andere Willenserklärungen, beispielsweise an die Annahmeerklärung einer vertragsschliessenden Partei. Wie jede andere Willenserklärung auch ist die Ausübungserklärung primär gemäss dem **tatsäch-**

1705 Vgl. oben Nr. 10 und unten Nr. 900 f.

1706 Vgl. statt vieler BSK ZGB II-LAIM, N 37 ff. zu Art. 657.

1707 GHANDCHI, S. 218; vgl. auch SIMONIUS/SUTTER, N 39 zu § 11, und STREBEL, Nr. 1325.

1708 BRUNNER, S. 397; CR OR I-FOËX, N 4 zu Art. 216e; EMERY, Nr. 490; MEIER-HAYOZ, BK, N 224 zu Art. 681 ZGB; REY, ZSR 1994, S. 59; SCHMID, Neuerungen, S. 81; STEINAUER, droits réels, Nr. 1736. Vgl. bereits oben Nr. 10.

1709 Vgl. oben Nr. 10 und unten Nr. 901.

1710 Vgl. oben Nr. 60 ff.

1711 BGE 117 II 30 ff. (32), E. 2a; 109 II 245 ff. (253), E. 7b; 101 II 235 ff. (242), E. 2b; 81 II 239 ff. (245), E. 1; EMERY, Nr. 490; GIGER, BK, N 5 zu Art. 216e OR; SCHMID, Neuerungen, S. 81; STEINAUER, droits réels, Nr. 1736.

lich übereinstimmenden Verständnis der Parteien zu verstehen und erst subsidiär nach dem **Vertrauensprinzip** auszulegen.[1712]

838 Als Gestaltungserklärung, die nach dem Gesagten einen Hauptvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag, zustande bringt, kann die Ausübungserklärung grundsätzlich nur **im Ganzen**, nicht aber teilweise **ausgeübt** werden.[1713] Der Vorkaufsberechtigte darf also beispielsweise nicht erklären, er übe sein Vorkaufsrecht nur in Bezug auf die halbe Grundstücksfläche aus. Vorbehalten bleiben zwei Sonderfälle: Beim sogenannten Teilverkauf kann der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nur in Bezug auf den verkauften Real- oder ideellen Teil des Grundstücks geltend machen.[1714] Gleiches gilt, wenn der Vorkaufsberechtigte von vornherein nur ein auf einen reellen oder ideellen Teil des Grundstücks beschränktes Vorkaufsrecht hat, selbst wenn das ganze Grundstück veräussert wird.[1715]

b) Bedingungsfeindlichkeit, Vorbehaltlosigkeit und Unwiderruflichkeit

839 Lehre und Rechtsprechung betonen, dass die Ausübungserklärung als Gestaltungserklärung bedingungsfeindlich ist, vorbehaltlos abgegeben werden muss und nicht widerrufen werden kann.[1716] Dem ist dem **Grundsatz** nach beizupflichten, doch ist dieser sogleich in mehrfacher Hinsicht **zu relativieren:**

840 Die Ausübungserklärung darf mit **Bedingungen** versehen werden, soweit sie den Vorkaufsbelasteten als Gestaltungsgegner nicht in eine unzumutbare Rechtslage versetzen oder soweit sie die Wirksamkeit der Erklärung von einem Verhalten abhängig machen, das dem Vorkaufsbelasteten nach Treu und Glauben zuzumuten ist.[1717] So ist beispielsweise bereits ausgeführt worden, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht unter der Bedingung ausüben kann, dass dem Dritten die behördliche Erwerbsbewilligung erteilt wird, wenn der den

---

1712 BGer 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 5.1; BGer 4A_627/2012 und 4A_629/2012 vom 9. April 2013, E. 8.6, betreffend die Ausübung eines Kaufsrechts; BRUNNER, S. 397; SIMONIUS/SUTTER, N 39 zu § 11.

1713 MEIER-HAYOZ, BK, N 231 zu Art. 681 ZGB; siehe auch VIONNET, S. 311.

1714 Vgl. unten Nr. 944. Zum Teilverkauf als Vorkaufsfall siehe bereits oben Nr. 596.

1715 Vgl. unten Nr. 935. Zum Vorkaufsrecht an einem reellen oder ideellen Teil eines Grundstücks siehe bereits oben Nr. 513 ff.

1716 BGE 117 II 30 ff. (32), E. 2a; 109 II 245 ff. (253), E. 7b; 101 II 235 ff. (242), E. 2b; 81 II 239 ff. (245), E. 1; BGer 5A_659/2012 vom 25. Januar 2013, E. 5.2; BRÜCKNER, Nr. 115; BRUNNER, S. 397; GHANDCHI, S. 219; GIGER, BK, N 5 zu Art. 216e OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 224 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Neuerungen, S. 81; SIMONIUS/SUTTER, N 44 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1736; STREBEL, Nr. 1319.

1717 HAAB, ZK, N 38 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 226 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 93.

Vorkaufsfall auslösende Drittvertrag zu seiner Gültigkeit einer behördlichen Bewilligung bedarf.[1718]

841 Was die angesprochene Lehre und Rechtsprechung unter einem **Vorbehalt** verstehen, erläutern sie nicht. Der «Vorbehalt» ist kein Terminus technicus. Seine rechtliche Bedeutung variiert je nach Verwendungsart. Erklärt der Vorkaufsberechtigte beispielsweise, sein Vorkaufsrecht ausüben zu wollen unter dem «Vorbehalt», dass seine Bank ihm einen Kredit gewährt, stellt dies eine Bedingung dar. Vorbehalte, die sich als Bedingungen entpuppen, sind nach dem zuvor Gesagten nur in engen Schranken zulässig. Der Vorkaufsberechtigte kann aber beispielsweise auch erklären, dass er sich nach seiner Ausübungserklärung weitere rechtliche Schritte «vorbehält». Gegen die Zulässigkeit eines solchen Vorbehalts ist nichts einzuwenden. So anerkennen denn auch Lehre und Rechtsprechung, dass ein in der Ausübungserklärung erklärter Vorbehalt des Vorkaufsberechtigten, behauptete Rechte gegen den Vorkaufsbelasteten oder einen Dritten geltend zu machen, der Wirksamkeit der Ausübungserklärung nicht schadet, selbst wenn sich diese behaupteten Rechte nachträglich als unbegründet erweisen sollten.[1719] Das Gleiche gilt für den Vorbehalt, gewisse Klauseln des Drittvertrags als ungültig anzufechten.[1720] Ein Sonderfall liegt vor, wenn die Auslegung des Kaufpreises im Drittvertrag, der auch für den unlimitiert Vorkaufsberechtigten massgebend ist (vgl. Art. 216d Abs. 3 OR),[1721] umstritten ist und der Vorkaufsberechtigte erklärt, das Vorkaufsrecht *einzig* zu dem Kaufpreis ausüben zu wollen, den er seiner Auslegung des Drittvertrags zugrunde legt. Auch ein solches Vorgehen ist zulässig.[1722] Doch läuft der Vorkaufsberechtigte meines Erachtens Gefahr, dass dann, wenn dem Kaufpreis des Drittvertrags nach dem Vertrauensprinzip ein anderer als der vom Vorkaufsberechtigten zugedachte Sinn beigemessen wird, er sein Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt hat.[1723] Denn mit dem Vorkaufsrecht wird ein Gestaltungsrecht ausgeübt, das einen Hauptvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag, zustande bringt.[1724] Legt der Vorkaufsberechtigte seiner Willenserklärung einen Kaufpreis zugrun-

---

1718 Vgl. oben Nr. 570.

1719 BGE 117 II 30 ff. (34), E. 2c; 92 II 147 ff. (158), E. 5; BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 5.2, betreffend eine Erklärung des Vorkaufsberechtigten, seine Kaufpreisschuld mit Forderungen gegen den Vorkaufsbelasteten zu verrechnen. Siehe ferner EMERY, Nr. 490; REY, Eigentum, Nr. 1277; STEINAUER, droits réels, Nr. 1736b; VISCHER, S. 88.

1720 STREBEL, Nr. 1319. Zu ungültigen Klauseln des Drittvertrags vgl. unten Nr. 911.

1721 Vgl. unten Nr. 983.

1722 Siehe auch das Schiedsgerichtsurteil vom 11. November 1955, in: ZBGR 38/1957, S. 23 ff. (31 f.), E. 3.

1723 Frage offen gelassen im Schiedsgerichtsurteil vom 11. November 1955, in: ZBGR 38/1957, S. 23 ff. (32), E. 3.

1724 Vgl. oben Nr. 10 und unten Nr. 901.

de, der nicht mit der objektiven Auslegung des Drittvertrags übereinstimmt, so fehlt es an einer für das Zustandekommen des Vertrages erforderlichen Übereinstimmung in den objektiv wesentlichen Vertragspunkten (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR).

Die fehlende **Widerrufbarkeit** der Ausübungserklärung steht unter dem Vorbehalt des analog anwendbaren Art. 9 OR: Trifft der Widerruf vor oder mit der Ausübungserklärung beim Vorkaufsbelasteten ein, oder erlangt der Vorkaufsbelastete trotz späteren Eintreffens früher Kenntnis vom Widerruf als von der Ausübungserklärung, so ist die Ausübungserklärung als nicht geschehen zu betrachten.[1725] Um gar keinen Fall des Widerrufs der Ausübungserklärung handelt es sich, wenn der Vorkaufsberechtigte nachträglich einen Willensmangel geltend macht. Dies ist unter den Voraussetzungen von Art. 23 ff. OR zulässig.[1726] 842

2. Ausübungsfrist

Will der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben, so kann er dies gemäss Art. 216e OR innert dreier Monate ab Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Drittvertrags tun. Die herrschende Lehre qualifiziert diese Ausübungsfrist richtigerweise als **Verwirkungsfrist.**[1727] Dafür spricht nicht nur die Marginalie von Art. 216e OR, die mit «III. Ausübung, Verwirkung» betitelt ist. Diese Auffassung harmoniert auch mit der Qualifikation des Vorkaufsrechts als Gestaltungsrecht – denn Gestaltungsrechte unterliegen bekanntlich keiner Verjährung, stattdessen aber der Verwirkung.[1728] Die abweichende Auffassung von GIGER, wonach es sich bei der dreimonatigen Ausübungsfrist um eine Verjährungsfrist handle,[1729] ist abzulehnen. Denn dies würde namentlich bedeuten, dass der Vorkaufsberechtigte die Ausübung seines Vorkaufsrechts durch verjährungsunterbrechende Handlungen beliebig hinauszögern könnte, was aber mit dem Bedürfnis der übrigen involvierten Parteien – des Vorkaufsbelasteten und des Dritterwerbers – nach Rechtssicherheit nicht vereinbar ist. 843

1725 BRUNNER, S. 398; EMERY, Nr. 492; HAAB, ZK, N 38 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 224 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 93. Siehe auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 474 lit. f.

1726 EMERY, Nr. 490; MEIER-HAYOZ, BK, N 225 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1736.

1727 BBl 1988 III 1081; BRÜCKNER, Nr. 108; REY, ZSR 1994, S. 59; SCHMID, Neuerungen, S. 81; STREBEL, Nr. 1569. Siehe auch BGer 5A_668/2012 vom 7. März 2013, E. 3.1, betreffend die Ausübungsfrist bei einem gesetzlichen Vorkaufsrecht nach Art. 681a Abs. 2 ZGB.

1728 Vgl. bereits oben Nr. 11 und 342.

1729 GIGER, BK, N 6 ff. zu Art. 216e OR.

844 Nachfolgend werden Ausführungen zur Dauer der Ausübungsfrist (A), zum Fristbeginn (B) sowie zur Fristwahrung (C) gemacht.

A) Dauer der Ausübungsfrist

845 Das Gesetz sieht in **Art. 216e Satz 1 OR** vor, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht «innert dreier Monate» ausüben kann. In diesem Zusammenhang ist die Rede von einer relativen Verwirkungsfrist (a). Es stellt sich die Frage, ob daneben auch eine absolute Verwirkungsfrist besteht (b). Schliesslich muss die Frage erörtert werden, ob die Parteien des Vorkaufsvertrags die Dauer der Ausübungsfrist privatautonom abändern können (c).

a) Relative Verwirkungsfrist

846 Die relative Verwirkungsfrist gemäss Art. 216e Satz 1 OR beträgt **drei Monate.** Dieser Zeitraum steht dem Vorkaufsberechtigten zur Verfügung, um sein Vorkaufsrecht auszuüben. Diese Frist gilt gleichermassen für das vorgemerkte wie für das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht.[1730] Relativ ist diese Ausübungsfrist deshalb, weil Art. 216e Satz 2 OR den Beginn des Fristenlaufs davon abhängig macht, dass der Vorkaufsberechtigte Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Drittvertrags erlangt hat.[1731]

847 **In intertemporaler Hinsicht** fällt auf, dass der Gesetzgeber mit dem Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachenrecht) und des OR (Grundstückkauf) die relative Verwirkungsfrist von einem auf drei Monate verlängert hat. Begründet wurde diese Fristverlängerung damit, dass der Vorkaufsberechtigte unter Umständen vom Eintritt des Vorkaufsfalls überrascht werde und sich erst noch um die Finanzierung des Grundstückerwerbs kümmern müsse. Auch könne die Ausübung des Vorkaufsrechts von der Zustimmung einer Behörde oder gar eines Parlaments abhängig sein, was zusätzliche Zeit beanspruche.[1732] Nun stellt sich die Frage, *innert welcher Frist ein unter dem alten Recht begründetes Vorkaufsrecht auszuüben ist,* bei dem der Vorkaufsfall bzw. die Kenntnisnahme von Abschluss und Inhalt des Drittvertrags unter der Geltung des neuen Rechts erfolgt ist. Nach SCHÖBI kommt diesfalls die altrechtliche Einmonatsfrist zur Anwendung.[1733] Er begründet seine Auffassung mit dem Hinweis auf die nicht zwingende Natur der Dreimonatsfrist

---

1730 BRUNNER, S. 396; BSK OR I-FASEL, N 1 zu Art. 216e; SIMONIUS/SUTTER, N 48 zu § 11. Dies dürfte unter dem neuen Recht nicht mehr in Frage gestellt werden, war aber unter dem alten Recht aufgrund des Wortlauts von Art. 681 Abs. 3 aZGB noch umstritten: vgl. dazu MEIER-HAYOZ, BK, N 216 zu Art. 681 ZGB.

1731 Zum Beginn des Fristenlaufs im Einzelnen siehe unten Nr. 855 ff.

1732 BBl 1988 III 1073. Siehe auch GIGER, BK, N 4 zu Art. 216e OR, und REY, ZSR 1994, S. 58 f.

1733 SCHÖBI, AJP 1992, S. 571.

von Art. 216e OR und damit, dass nicht einzusehen sei, weshalb ein Vorkaufsberechtigter von der Dreimonatsfrist profitieren können soll, obwohl beim Vertragsschluss weder er noch sein Vertragspartner von einer solchen Frist etwas wussten. Die herrschende Lehre stellt sich hingegen auf den Standpunkt, dass eine unter dem neuen Recht erfolgte Kenntnisnahme von Abschluss und Inhalt des Drittvertrags auch für altrechtliche Vorkaufsrechte die neurechtliche Ausübungsfrist von drei Monaten auslöse – es sei denn, die Parteien hätten im Vorkaufsvertrag selber eine Ausübungsfrist vereinbart.[1734] Diese Auffassung verdient meines Erachtens Zustimmung. Denn erst die Kenntnisnahme von Abschluss und Inhalt des Drittvertrags löst den Fristenlauf aus. Wenn nun diese Tatsache unter dem neuen Recht eintritt, so bestimmt sich auch die Dauer der Verwirkungsfrist nach neuem Recht (vgl. Art. 49 Abs. 3 SchlT ZGB).[1735]

b) Absolute Verwirkungsfrist

848 Art. 681a Abs. 2 Satz 2 ZGB sieht für **gesetzliche Vorkaufsrechte** vor, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nach Ablauf von zwei Jahren seit der Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch nicht mehr geltend machen kann. Für das gesetzliche Vorkaufsrecht statuiert das Gesetz mit anderen Worten eine **absolute Verwirkungsfrist von zwei Jahren,** die kumulativ zur relativen Verwirkungsfrist hinzutritt, welche bei den gesetzlichen Vorkaufsrechten ebenfalls drei Monate ab Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Drittvertrags beträgt (Art. 681a Abs. 2 Satz 1 ZGB). Die absolute Verwirkungsfrist kommt dann ins Spiel, wenn der Vorkaufsberechtigte – aus welchen Gründen auch immer – keine oder erst sehr spät Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Drittvertrags erlangt. Nach Auffassung der bundesrätlichen Botschaft drängte sich eine absolute Verwirkungsfrist auf, weil gesetzliche Vorkaufsrechte auch gegenüber gutgläubigen Erwerbern geltend gemacht werden können.[1736]

849 Dies leitet unweigerlich zur **Frage** über, **ob bei rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechten ebenfalls eine absolute Verwirkungsfrist existiert.** Das Gesetz sieht nichts Entsprechendes vor. Nach Auffassung der bundesrätlichen Botschaft gilt daher subsidiär die Frist von zehn Jahren gemäss Art. 127 OR.[1737] Diese Auffassung ist namentlich von REY zu Recht kritisiert worden:[1738] Die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 127 OR gelange zwar auf die Forderung des Vorkaufsberechtigten auf Eigentumsübertragung am Grundstück nach Ausübung des Vorkaufsrechts zur Anwendung, nicht aber auf die Ausübung des Vorkaufs-

---

1734 EMERY, Nr. 472; MÜLLER, S. 227; PIOTET, ZSR 1994, S. 144; ROBERTO, S. 174.

1735 Vgl. BSK ZGB II-BERTI, N 2 und 10 zu Art. 49 SchlT; CARLIN, S. 66.

1736 BBl 1988 III 1074.

1737 BBl 1988 III 1082. Siehe auch EMERY, Nr. 466 Fn. 758; ROBERTO, S. 173 Fn. 20; SCHÖBI, AJP 1992, S. 569; SIMONIUS/SUTTER, N 48 Fn. 100 zu § 11.

1738 REY, ZSR 1994, S. 59. Kritisch auch BRÜCKNER, Nr. 109.

rechts an sich. Die Ausübungserklärung als Gestaltungsrecht unterliege nicht der Verjährung, sondern der Verwirkung. REY wirft daher die Frage auf, ob nicht stattdessen die für die gesetzlichen Vorkaufsrechte in Art. 681a Abs. 2 Satz 2 ZGB statuierte absolute Verwirkungsfrist von zwei Jahren analog auf die Ausübung der rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechte anwendbar sei. Dieser Vorschlag wird namentlich von STREBEL begrüsst, der sich unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit insbesondere für den Dritterwerber baldmöglichst Klarheit über den definitiven Eigentumserwerb wünscht.[1739] BRÜCKNER schliesst dagegen eine solche absolute Verwirkungsfrist mangels gesetzlicher Grundlage aus und hält dafür, aufgrund der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen, ob ein Vorkaufsrecht nach Jahr und Tag noch ausübt werden könne.[1740]

850 **Meines Erachtens** ist die analoge Anwendung der absoluten Verwirkungsfrist von Art. 681a Abs. 2 Satz 2 ZGB auf die vertraglichen Vorkaufsrechte abzulehnen. Es muss nämlich von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgegangen werden: Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft ausgeführt, dass der (Gesetz gewordene) Entwurf darauf verzichte, neben der relativen eine absolute Verwirkungsfrist vorzusehen.[1741] Dass stattdessen subsidiär auf Art. 127 OR abgestellt werden könne, wie die Botschaft ausführt, hat REY wiederum zutreffenderweise widerlegt. Als absolute Verwirkungsfrist fällt daher einzig die in **Art. 216a OR** statuierte **Höchstdauer von 25 Jahren** bzw. eine von den Parteien vereinbarte kürzere Dauer des Vorkaufsrechts in Betracht[1742] – eine Frist, die allerdings nicht mit dem Eintritt des Vorkaufsfalls zu laufen beginnt, sondern grundsätzlich mit Abschluss des Vorkaufsvertrags.[1743] Die hier vertretene Auffassung erklärt auch, warum der Gesetzgeber für die Ausübung der gesetzlichen Vorkaufsrechte eine absolute Verwirkungsfrist statuieren musste, nicht aber für die vertraglichen: Die gesetzlichen Vorkaufsrechte unterliegen im Gegensatz zu den vertraglichen grundsätzlich keiner Maximaldauer.

851 Damit ist sogleich auch die umstrittene Rechtsfrage positiv entschieden, ob die relative Ausübungsfrist von drei Monaten nach Art. 216e OR eine Einschränkung erleidet, **wenn der Vorkaufsfall kurz vor Ablauf der Dauer des Vorkaufsrechts eintritt,** sodass die Restdauer des Vorkaufsrechts kürzer ist, als die Ausübungsfrist nach Art. 216e OR. Die Ausübungserklärung muss in jedem Fall vor Ablauf der Dauer des Vorkaufsrechts beim Vorkaufsbelasteten eingegangen sein, ansonsten sie verspätet ist.[1744]

1739 STREBEL, Nr. 1575.

1740 BRÜCKNER, Nr. 110.

1741 BBl 1988 III 1082.

1742 Vgl. auch CR OR I-FOËX, N 7 zu Art. 216e; VIONNET, S. 274.

1743 Vgl. oben Nr. 337 f.

1744 Gl.M. BRUNNER, S. 396 f.; MEIER-HAYOZ, BK, N 222 zu Art. 681 ZGB; ebenso wohl auch CR OR I-FOËX, N 7 zu Art. 216e; a.M. ALLGÄUER, S. 139; HAAB, ZK, N

Das **Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis** ist dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer nachgebildet.[1745] Es untersteht namentlich auch nicht der Maximaldauer von Art. 216a OR.[1746] Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, die absolute Verwirkungsfrist von Art. 681a Abs. 2 Satz 2 ZGB auch auf das Vorkaufsrecht der Stockwerkeigentümer anzuwenden.[1747] 852

c) Abweichende Parteivereinbarung

In der Lehre ist **umstritten,** ob die Ausübungsfrist von drei Monaten gemäss Art. 216e OR durch Parteivereinbarung abgeändert werden kann. Während die herrschende Lehre sowohl eine Verlängerung als auch eine Verkürzung der Ausübungsfrist für zulässig erachtet,[1748] lässt eine Minderheitsmeinung mit Hinweis auf den Verwirkungscharakter dieser Frist zwar eine Verkürzung, nicht aber eine Verlängerung zu.[1749] 853

Meines Erachtens verdient die herrschende Lehrmeinung den Vorzug. Denn auch im Bereich der Verwirkungsfristen gilt der Grundsatz der Privatautonomie, und eine Abänderung dieser Fristen ist nur ausgeschlossen, wenn es sich um eine zwingende Frist handelt.[1750] Für den zwingenden Charakter der Ausübungsfrist gemäss Art. 216e OR gibt es keine überzeugenden Gründe. Daher dürfen die Parteien des Vorkaufsvertrags die Ausübungsfrist grundsätzlich **beliebig verkürzen oder verlängern.** Weil das Vorkaufsrecht nach Eintritt des Vorkaufsfalls einem Kaufsrecht gleichkommt,[1751] liegt meines Erachtens mit Blick auf Art. 216a OR die maximal zulässige Ausübungsfrist bei zehn Jahren. Eine derartige Verlängerung der Ausübungsfrist liegt allerdings ohnehin nicht im Interesse der Parteien. Eher ist ihnen im Streben nach rascher Rechtssicherheit zu einer Verkürzung der Ausübungsfrist zu raten. 854

B) Fristbeginn

Die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts beginnt grundsätzlich mit Zugang der Informationen über den Abschluss und den Inhalt des Drittvertrags (a) zu 855

24 in fine zu Art. 681/82 ZGB; LEEMANN, BK, N 66 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 119.

1745 Vgl. oben Nr. 471 f.

1746 Vgl. oben Nr. 321 f. und 480.

1747 Siehe auch WERMELINGER, ZK, N 43 zu Art. 712c ZGB.

1748 BRUNNER, S. 396; CR OR I-FOËX, N 3 zu Art. 216e; EMERY, Nr. 462; BSK OR I-FASEL, N 2 zu Art. 216e; FOËX, ZBGR 2007, S. 13; GIGER, BK, N 22 zu Art. 216e OR.

1749 BBl 1988 III 1081; BRÜCKNER, Nr. 108. Auch REY, ZSR 1994, S. 59, erwähnt bloss die Möglichkeit einer Verkürzung der Ausübungsfrist.

1750 ALLIMANN, Nr. 966 ff. und 1148 ff.

1751 Vgl. oben Nr. 55 und 749.

laufen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage nach der Rechtslage, wenn die Informationen falsch oder unvollständig sind (b).

a) Zugang der Informationen über den Abschluss und den Inhalt des Drittvertrags

856 Art. 216e Satz 2 OR erwähnt, dass die Ausübungsfrist zu laufen beginnt **«mit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Vertrags».** Diese Bestimmung knüpft an Art. 216d Abs. 1 OR an, wonach der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten «über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags in Kenntnis setzen» muss. Die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts beginnt also zu laufen, sobald der Vorkaufsfall eingetreten ist[1752] und der Vorkaufsberechtigte Kenntnis von den Informationen hat, die ihm gestützt auf Art. 216d Abs. 1 OR zustehen.[1753] Von welcher Seite er diese Informationen erhält, ist allerdings irrelevant: Wenn der Vorkaufsbelastete seiner Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR nicht nachkommt, der Vorkaufsberechtigte indessen die Informationen auf anderem Weg erhält, beginnt die Frist mit der Kenntnisnahme gleichwohl zu laufen.[1754] Die Beweislast für die Kenntnisnahme durch den Vorkaufsberechtigten trägt dem Grundsatz von Art. 8 ZGB entsprechend derjenige, der aus dieser Behauptung Rechte ableitet – dies ist in der Regel der Vorkaufsbelastete oder der Dritterwerber, die sich auf den Standpunkt stellen, die Ausübungserklärung sei verspätet erfolgt.[1755]

857 In Rechtsprechung und Literatur gibt es Stimmen, die für die Fristauslösung eine *«sichere Kenntnis»* von Abschluss und Inhalt des Vertrags verlangen.[1756] Namentlich wird erwähnt, dass ein Kennenmüssen für den Beginn des Fristenlaufs

---

1752 Vgl. oben Nr. 753.

1753 Vgl. dazu oben Nr. 766 ff.

1754 BGE 83 II 517 ff. (519), E. 2; 44 II 380 ff. (385 ff.), E. 1; Urteil des BGer vom 13. Februar 1992, in: ZBGR 74/1993, S. 358 ff. (359), E. 2a; BRÜCKNER, Nr. 112; BRUNNER, S. 396; CR OR I-FOËX, N 2 zu Art. 216e; EMERY, Nr. 458; MEIER-HAYOZ, BK, N 203 und 217 zu Art. 681 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, N 49 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1735a. Ungenau GIGER, BK, N 17 zu Art. 216e OR; BSK OR I-FASEL, N 3 zu Art. 216d.

1755 BGE 73 II 162 ff. (168), E. 5; 44 II 380 ff. (387), E. 1; BGer 5A_668/2012 vom 7. März 2013, E. 3.1, wo zwar unzutreffenderweise ausgeführt wird, der Vorkaufsberechtigte trage die Beweislast für den Zeitpunkt des Beginns der Ausübungsfrist, diese Aussage aber insoweit wieder relativiert wird, als das Bundesgericht dem Vorkaufsbelasteten die Beweislast für die Behauptung auferlegt, dass er den Vorkaufsberechtigten früher als zu dem von diesem zugegebenen Zeitpunkt über den Inhalt und den Abschluss des Kaufvertrags in Kenntnis gesetzt habe. Siehe auch MEIER-HAYOZ, BK, N 204 zu Art. 681 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, N 50 zu § 11.

1756 BGE 83 II 517 ff. (519), E. 2; BRÜCKNER, Nr. 111; EMERY, Nr. 458; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 91 f.

nicht ausreiche.[1757] Dieser Auffassung ist mit Blick auf die Beweislast des Vorkaufsbelasteten, was den Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch den Vorkaufsberechtigten anbelangt, nicht zuzustimmen: Für den Beginn des Fristenlaufs muss genügen, dass die **Informationen** dem Vorkaufsberechtigten **zugegangen** sind, unabhängig davon, ob dieser auch davon Kenntnis genommen hat.[1758] Denn der Vorkaufsberechtigte wird im Normalfall – nämlich dann, wenn er die Informationen per eingeschriebenen Brief übermittelt – nur den Zugang der Informationen, nicht aber auch deren Kenntnisnahme durch den Vorkaufsberechtigten beweisen können. In analoger Anwendung von Art. 132 Abs. 1 OR beginnt die Ausübungsfrist am Tag nach dem Zugang der Informationen zu laufen.[1759]

858 Art. 216e Satz 2 OR stellt dispositives Recht dar. Die Parteien des Vorkaufsvertrags können eine **abweichende Regelung** vorsehen.[1760] Nicht zulässig ist hingegen eine Vereinbarung, wonach die Ausübungserklärung – auf entsprechende Anzeige des verkaufswilligen Grundeigentümers hin – bereits vor dem Abschluss des Drittvertrags und damit vor Eintritt des Vorkaufsfalls erklärt werden muss. Denn das Vorkaufsrecht setzt für seine Ausübungsmöglichkeit per definitionem den Eintritt eines Vorkaufsfalls voraus.[1761] Wollen es die Parteien anders handhaben, kommen sie nicht umhin, anstatt eines Vorkaufsrechts ein entsprechend bedingtes Kaufsrecht zu vereinbaren.[1762]

b) Rechtslage bei falschen oder unvollständigen Informationen

859 Hat der Vorkaufsberechtigte falsche oder unvollständige Informationen erhalten, so **beginnt die Ausübungsfrist** von Art. 216e OR **grundsätzlich nicht zu laufen.** Die Frist läuft vielmehr erst ab dem Moment, in dem der Vorkaufsberechtigte die richtigen und vollständigen Informationen erhalten hat.[1763] Weil der Grundbuchverwalter dem Vorkaufsberechtigten im Rahmen seiner Anzeigepflicht nach Art. 969 Abs. 1 ZGB den Inhalt des Drittvertrags nicht mitteilt,

---

1757 GIGER, BK, N 25 zu Art. 216e OR. Siehe auch ALLIMANN, Nr. 1125 (missverständlich) und 1523.

1758 MEIER-HAYOZ, BK, N 217 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1735a.

1759 Vgl. ALLIMANN, Nr. 1162, mit Hinweis auf BGE 42 II 331 ff. (332 ff.), E. 2.

1760 BSK OR I-FASEL, N 2 zu Art. 216e; CR OR I-FOËX, N 3 zu Art. 216e.

1761 Diesbezüglich a.M. BSK OR I-FASEL, N 3 zu Art. 216d.

1762 Vgl. auch oben Nr. 58 f. und 749.

1763 BBl 1988 III 1081; BRUNNER, S. 396; EMERY, Nr. 460; BSK OR I-FASEL, N 4 zu Art. 216d und N 1 zu Art. 216e; GIGER, BK, N 18 zu Art. 216e OR; REY, ZSR 1994, S. 59. FASEL und GIGER sprechen missverständlich davon, dass die nachträgliche korrekte Information eine «Nachfrist» auslöse. Nach richtiger Interpretation löst überhaupt erst die korrekte und vollständige Information die Ausübungsfrist von Art. 216e OR aus. Damit ist klargestellt, dass dem Vorkaufsberechtigten ab diesem Zeitpunkt die *volle* Dreimonatsfrist für die Ausübungserklärung zusteht.

reicht diese Anzeige – jedenfalls beim unlimitierten Vorkaufsrecht – nicht aus, um den Fristenlauf für die Ausübung des Vorkaufsrechts auszulösen.[1764]

860 In engen Grenzen kann man bei einer unvollständigen Information durch den Vorkaufsbelasteten indes vom Vorkaufsberechtigten erwarten, dass er sich selber um die fehlenden Informationen kümmert.[1765] Eine solche **Erkundigungsobliegenheit des Vorkaufsberechtigten** lässt sich in gewissen Fällen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ableiten. Denn letztlich basiert auch das Institut der relativen Verwirkungsfrist auf diesem Grundsatz.[1766] Eine Erkundigungsobliegenheit des Vorkaufsberechtigten lässt sich meines Erachtens – in Anbetracht dessen, dass die Informationen eigentlich vom Vorkaufsbelasteten geschuldet sind[1767] – aber nur dann vertreten, wenn dem Vorkaufsberechtigten die Unvollständigkeit der Informationen erkennbar war und der Vorkaufsbelastete die fehlenden Informationen nicht böswillig unterschlagen hat. Unterlässt der Vorkaufsberechtigte in diesem Fall die nötigen Nachforschungen, so wird man nach Ablauf einer angemessenen Reaktionsfrist gleichwohl den Beginn des Fristenlaufs annehmen müssen.

C) Fristwahrung

861 Nach allgemeinen Ausführungen (a) ist einerseits auf die Fristwahrung bei einer erforderlichen Erwerbsbewilligung (b) und andererseits auf die vorsorgliche Ausübung des Vorkaufsrechts (c) einzugehen.

a) Im Allgemeinen

862 Die Ausübungserklärung stellt nach dem Gesagten eine einseitige Willenserklärung, eine Gestaltungserklärung, dar.[1768] Da ihre rechtswirksame Erklärung einen Hauptvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag, zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten zustande bringt,[1769] ist sie – wie die meisten Willenserklärungen[1770] – empfangsbedürftig.[1771] Dies bedeutet, dass die Ausübungsfrist nur dann gewahrt ist, wenn die Ausübungserklärung bis spätestens am letzten Tag der Frist **beim richtigen Adressaten zugegangen** ist.

1764 A.M. BRÜCKNER, Nr. 113. Vgl. bereits oben Nr. 795.

1765 BBl 1988 III 1081; zurückhaltend das Schiedsgerichtsurteil vom 11. November 1955, in: ZBGR 38/1957, S. 23 ff. (27), E. 2a.

1766 Vgl. ALLIMANN, Nr. 944.

1767 Vgl. oben Nr. 756 ff.

1768 Vgl. oben Nr. 836.

1769 Vgl. oben Nr. 10 und unten Nr. 901.

1770 Siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 194 ff.

1771 EMERY, Nr. 490; MEIER-HAYOZ, BK, N 224 zu Art. 681 ZGB; STEINAUER, droits réels, Nr. 1736; STREBEL, Nr. 1570.

Die blosse Absendung innert dieser Frist genügt nicht.[1772] Der letzte Tag der Frist berechnet sich dabei nach Massgabe der Art. 132 i.V.m. 77 f. OR analog.[1773]

863 Die **Beweislast** für den rechtzeitigen Zugang der Ausübungserklärung **trägt der Vorkaufsberechtigte.**[1774] Aus Beweisgründen wird er seine Willenserklärung in der Regel per eingeschriebenen Brief versenden. Kann der Vorkaufsbelastete den eingeschriebenen Brief nicht entgegennehmen und hinterlässt der Postbote eine Abholungseinladung, so tritt Zugang der Willenserklärung erst – aber immerhin – dann ein, wenn die Sendung auf dem Postbüro zur Abholung bereit liegt[1775] – was in der Regel erst am Folgetag des erfolglosen Zustellungsversuchs der Fall ist. Der Vorkaufsberechtigte tut daher gut daran, ausreichend Zeit für die Übermittlung seiner Ausübungserklärung einzukalkulieren.

864 Schliesslich gilt auch hier, dass die Parteien eine **abweichende Vereinbarung** bezüglich der Fristwahrung treffen, namentlich bereits die Absendung der Ausübungserklärung als fristwahrend bezeichnen können.[1776] Dies entspricht der dispositiven Natur der Verwirkungsfrist von Art. 216e OR.[1777]

b) Bei einer erforderlichen Erwerbsbewilligung

865 Der Erwerb von Grundeigentum hängt oftmals von einer behördlichen Bewilligung oder Zustimmung ab. Zu denken ist beispielsweise an eine behördliche Bewilligung nach Art. 2 Abs. 1 BewG oder nach Art. 61 BGBB sowie an die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB. **Benötigt der Vorkaufsberechtigte eine** solche **Erwerbsbewilligung,** stellt sich die Frage, ob er diese Bewilligung innert der Ausübungsfrist einholen muss. Noch unter der Geltung des alten Rechts hatte das Bundesgericht entschieden, dass es für die Fristwahrung jedenfalls ausreichen müsse, wenn der bevormundete Vorkaufsberechtigte durch seinen Vormund innert der Ausübungsfrist sein Vorkaufsrecht ausübe und «alles in seiner Macht Stehende» unternommen habe,

---

1772 BBl 1988 III 1081 f.; BRÜCKNER, Nr. 114; BRUNNER, S. 396; EMERY, Nr. 458 Fn. 747 und Nr. 478; MEIER-HAYOZ, BK, N 221 zu Art. 681 ZGB; REY, ZSR 1994, S. 59; SCHMID, Neuerungen, S. 81; SIMONIUS/SUTTER, N 51 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1735a; STREBEL, Nr. 1570. Vgl. auch BGE 73 II 162 ff. (168), E. 5.

1773 Vgl. BRÜCKNER, Nr. 114.

1774 BGer 5A_668/2012 vom 7. März 2013, E. 3.1.

1775 BGE 137 III 208 ff. (214), E. 3.1.2; 107 II 189 ff. (191 f.), E. 2; KOLLER, OR AT, N 142 zu § 3. Anders WERMELINGER, ZK, N 44 zu Art. 712c OR, der mit der Zustellungsfiktion argumentiert, die aber erst sieben Tage nach versuchter Zustellung eintritt.

1776 A.M. STREBEL, Nr. 1570 Fn. 1888.

1777 Vgl. oben Nr. 854.

um die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zu erhalten.[1778] Für die Erwerbsbewilligung eines Vorkaufsberechtigten mit Wohnsitz im Ausland hatte das Bundesgericht eine ähnliche Lösungsmöglichkeit diskutiert, die Frage dann aber letztlich offen gelassen.[1779] Nun hat der Revisionsgesetzgeber die Ausdehnung der Ausübungsfrist von ursprünglich einem Monat auf neu drei Monate unter anderem damit begründet, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts von der Zustimmung einer Behörde abhängig sein könne, was zusätzliche Zeit beanspruche.[1780] Es stellt sich damit die Frage, ob die unter dem alten Recht ergangene Rechtsprechung nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts immer noch Geltung beanspruchen darf oder ob sie durch die Ausdehnung der Ausübungsfrist auf drei Monate überholt ist.

866 Meines Erachtens sprechen bereits praktische Gründe gegen die Auffassung, der Vorkaufsberechtigte müsse innert der dreimonatigen Ausübungsfrist eine allfällig erforderliche Erwerbsbewilligung eingeholt haben. Denn drei Monate reichen bei Weitem nicht in allen Fällen dazu aus. Zu denken sei hier nur daran, dass der Vorkaufsberechtigte nach einem abschlägigen Behördenentscheid noch das Rechtsmittelverfahren durchschreiten kann. Unter dogmatischen Gesichtspunkten muss vielmehr die Auffassung des Bundesgerichts in Frage gestellt werden, wonach der Vorkaufsberechtigte innert der Ausübungsfrist «alles in seiner Macht Stehende» unternehmen müsse, um die Erwerbsbewilligung zu erhalten, also insbesondere das Bewilligungsverfahren einleiten. Denn die Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten stellt eine einseitige Willenserklärung dar, die einen Hauptvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag, mit dem Vorkaufsbelasteten zustande bringt und damit Ähnlichkeiten zur Annahmeerklärung einer vertragsschliessenden Partei aufweist.[1781] Bedarf die Annahmeerklärung einer vertragsschliessenden Partei zu ihrer Gültigkeit einer behördlichen Bewilligung, so bleibt das Rechtsgeschäft in der Schwebe, solange die Bewilligung noch nicht erteilt worden ist, doch hat dies keine Auswirkung auf die Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Annahmeerklärung. Um die behördliche Bewilligung muss der Akzeptant regelmässig erst nach dem Vertragsschluss ersuchen.[1782] Der Vertragspartner bleibt bis zur Erteilung oder Verweigerung der Bewilligung an den Vertrag gebunden.[1783] Dasselbe hat auch für die Aus-

---

1778 BGE 102 II 376 ff. (382 ff.), E. 4a–d.

1779 BGE 101 II 235 ff. (242 ff.), E. 3a.

1780 Vgl. bereits oben Nr. 847.

1781 Vgl. bereits oben Nr. 836.

1782 BGBB-HERRENSCHWAND/STALDER, N 7 zu Art. 83, betreffend die Erwerbsbewilligung nach Art. 61 BGBB; BSK ERWACHSENENSCHUTZ-VOGEL, N 44 f. zu Art. 416/417 ZGB, betreffend das Zustimmungserfordernis der Erwachsenenschutzbehörde.

1783 Vgl. BSK ERWACHSENENSCHUTZ-VOGEL, N 3 zu Art. 418 ZGB, betreffend das Zustimmungserfordernis der Erwachsenenschutzbehörde.

übungserklärung des Vorkaufsberechtigten zu gelten, mit der ja letztlich ebenfalls ein Vertrag zustande kommt. Genauso wenig wie für den Dritterwerber besteht für den Vorkaufsberechtigten eine gesetzliche Pflicht, bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. im Zeitpunkt der Ausübungserklärung bei der zuständigen Behörde ein **Gesuch um die Erwerbsbewilligung** gestellt zu haben. Vielmehr genügt es, wenn der Vorkaufsberechtigte dieses Gesuch nach der Ausübungserklärung und damit unter Umständen **auch noch nach Ablauf der Ausübungsfrist** einreicht.[1784] Damit der Vorkaufsbelastete nicht ungebührlich lange einem Schwebezustand ausgesetzt ist, kann er dem Vorkaufsberechtigten eine angemessene Frist ansetzen, innert der die Erwerbsbewilligung vorliegen muss, ansonsten er ihm gegenüber wieder frei wird.[1785]

c) Vorsorgliche Ausübung des Vorkaufsrechts im Besonderen

867 Fraglich ist, ob der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht auch vorsorglich rechtswirksam ausüben kann, also **bevor** überhaupt **die Ausübungsfrist nach Art. 216e OR zu laufen begonnen hat.** Eine vorsorgliche Ausübungserklärung fällt insbesondere in folgenden zwei Fällen in Betracht:

868 Einmal ist der Fall denkbar, dass der Vorkaufsberechtigte vom Eintritt des Vorkaufsfalls vernommen hat, **der Vorkaufsbelastete** aber **seiner Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR nicht nachkommt** und der Vorkaufsberechtigte auch nicht auf anderem Weg zu den entsprechenden Informationen gelangt. STREBEL verneint in diesem Fall die Möglichkeit zur rechtswirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts, denn mangels Kenntnis des Vertragsinhalts des Drittvertrags könne der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht nicht gültig ausüben.[1786] Diese Auffassung verdient meines Erachtens keine Zustimmung. Zwar muss die Ausübungserklärung als vertragsbegründende Gestaltungserklärung alle wesentlichen Vertragspunkte abdecken, worunter namentlich auch der Kaufpreis zu verstehen ist. Doch genügt die Bestimmbarkeit dieser wesentlichen Vertragspunkte.[1787] Es ist dem (unlimitiert) Vorkaufsberechtigten daher unbenommen, zu erklären, er kaufe das Grundstück zu den im Drittvertrag geregelten Bedingungen, auch wenn er davon keine Kenntnis hat. Dass der Vorkaufsberechtigte damit ein Risiko eingeht, das Grundstück zu unvorteilhaften Bedin-

---

1784 Zutreffend MÜLLER, BlAgR 2007, S. 57 ff.; ferner BSK ERWACHSENENSCHUTZ-VOGEL, N 5 zu Art. 418 ZGB; anders aber das Urteil des Berner Obergerichts vom 8. März 2006, in: BN 2006, Nr. 44, S. 324 f.; SIMONIUS/SUTTER, N 52 zu § 11; STREBEL, Nr. 1570.

1785 Vgl. BSK ERWACHSENENSCHUTZ-VOGEL, N 3 zu Art. 418 ZGB, betreffend das Zustimmungserfordernis der Erwachsenenschutzbehörde mit Hinweis auf Art. 19a Abs. 2 ZGB.

1786 STREBEL, Nr. 1338 f.; vgl. auch BGE 44 II 380 ff. (386), E. 1.

1787 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 344 f.

gungen zu erwerben, liegt auf der Hand. Er kann diesem Risiko aber entgegenwirken, indem er erklärt, er übe das Vorkaufsrecht zu den im Drittvertrag geregelten Bedingungen, maximal aber zu einem bestimmten Kaufpreis aus. Die Ausübung des Vorkaufsrechts unter einer solchen Bedingung ist dem Vorkaufsbelasteten, der seiner Informationspflicht nicht nachgekommen ist, nach Treu und Glauben zuzumuten.[1788] Die abweichende Auffassung von STREBEL hätte die unbillige Konsequenz, dass der Vorkaufsbelastete, der seiner Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR nicht nachkommt, den Vorkaufsberechtigten um dessen Ausübungsbefugnis bringen könnte und zwar unter Umständen endgültig, wenn er seine Informationen so lange zurückbehält, bis die Dauer des Vorkaufsrechts abgelaufen ist.

869 Sodann ist der Fall denkbar, dass der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten **über einen bevorstehenden Verkauf des Grundstücks an einen Dritten in Kenntnis setzt** und ihm sogleich auch die Verkaufskonditionen mitteilt. Hier nimmt die Lehre an, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht bereits in diesem Zeitpunkt ausüben könne, doch stehe die Ausübungserklärung unter der aufschiebenden Bedingung, dass das Geschäft mit dem Dritten zu den ihm bekanntgegebenen Konditionen zustande komme.[1789] Dieser Auffassung ist beizupflichten. Nicht zuzustimmen ist der Auffassung von SIMONIUS/SUTTER, wonach der Vorkaufsbelastete dem Vorkaufsberechtigten, wenn dieser die vorsorgliche Ausübungserklärung abgegeben hat, anbieten könne, den Kaufvertrag anstelle des Dritten zu unterzeichnen, und, wenn dieser sich weigere, dies als Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts deuten dürfe.[1790] Wie STREBEL dieser Auffassung zu Recht entgegenhält, setzt die Ausübung des Vorkaufsrechts voraus, dass ein Vorkaufsfall auch tatsächlich eintritt – daher ist der Vertragsschluss mit dem Dritten unabdingbare Voraussetzung.[1791] Dies ist nicht zuletzt auch mit Blick auf die Löschungsbefugnis des vorgemerkten Vorkaufsberechtigten gegenüber mit dem Vorkaufsrecht nicht vereinbaren rangschlechteren Grundstücksrechten Dritter wesentlich, die eine Ausübung des Vorkaufsrechts *im Vorkaufsfall* voraussetzt.[1792]

3. Wirkungen der Ausübung und der Nichtausübung

870 Als Inhaber eines Gestaltungsrechts ist dem Vorkaufsberechtigten der Entscheid anheimgestellt, ob er im Vorkaufsfall von der Ausübung seines Vorkaufsrechts Gebrauch machen will oder nicht. Je nachdem ob er sein Vorkaufsrecht innert der Ausübungsfrist (rechtswirksam) ausübt (A) oder nicht (B), treten andere

1788 Vgl. oben Nr. 840.
1789 FOËX, ZBGR 2007, S. 17; SIMONIUS/SUTTER, N 53 zu § 11; STREBEL, Nr. 1340.
1790 SIMONIUS/SUTTER, N 53 zu § 11.
1791 STREBEL, Nr. 1341 ff.
1792 Vgl. oben Nr. 376.

Rechtswirkungen ein. Einen Sonderfall der Nichtausübung stellt der ausdrückliche Verzicht des Vorkaufsberechtigten auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts (C) dar.

A) Wirkungen der Ausübung

Nach allgemeinen Ausführungen (a) komme ich auf den Sonderfall zu sprechen, in dem mehrere Personen voneinander unabhängige Vorkaufsrechte ausüben (b). 871

a) Im Allgemeinen

Als Folge der wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts **kommt der Hauptvertrag,** regelmässig ein Grundstückkaufvertrag, zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten **zustande.** Auf diese Rechtslage wird im folgenden Kapitel noch vertieft einzugehen sein.[1793] Bereits an dieser Stelle sei erwähnt, dass die Ausübungserklärung grundsätzlich unerlässlich ist, um Rechte und Pflichten aus dem Hauptvertrag zu begründen, selbst dann, wenn der Vorkaufsbelastete bereits vorgängig zu erkennen gegeben hat, dass er nicht erfüllen wird.[1794] Doch gefährdet der Vorkaufsbelastete mit einem solchen erfüllungsverweigernden Verhalten den Leistungserfolg des Vorkaufsvertrags, weshalb er nach der hier vertretenen Auffassung bereits eine Nebenpflicht des Vorkaufsvertrags verletzt und sich gegenüber dem Vorkaufsberechtigten aus positiver Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig macht,[1795] selbst wenn dieser sein Vorkaufsrecht nicht ausübt. 872

Die Lehre betont, dass das Vorkaufsrecht als Gestaltungsrecht mit der Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten seinen Zweck erreicht hat und infolgedessen untergeht.[1796] Unter einem rein dogmatischen Gesichtspunkt hätte diese Auffassung Zustimmung verdient. Allerdings habe ich bereits im Zusammenhang mit dem Vormerkungsschutz – mit Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts – ausgeführt, dass das Vorkaufsrecht zum Schutz des Vorkaufsberechtigten erst dann als ausgeübt betrachtet werden kann, wenn der Vorkaufsberechtigte als neuer Grundeigentümer im Grundbuch eingetragen worden ist.[1797] Dasselbe muss auch im vorliegenden Zusammenhang gelten, sodass das **Vorkaufsrecht infolge Ausübung** erst dann **untergeht,** wenn der Vorkaufsberechtigte Eigentümer des vorkaufsbelasteten Grundstücks geworden ist.[1798] Zum 873

1793 Vgl. unten Nr. 896 ff.

1794 Siehe auch MEIER-HAYOZ, BK, N 230 zu Art. 681 ZGB.

1795 Vgl. oben Nr. 158 f.

1796 BRUNNER, S. 396; GIGER, BK, N 156 zu Art. 216 OR und N 5 zu Art. 216e OR; JÄGGI, S. 67 f.; MEIER-HAYOZ, BK, N 295 zu Art. 681 ZGB.

1797 Vgl. oben Nr. 457.

1798 Gl.M. STEINAUER, droits réels, Nr. 1744e i.V.m. 1716b.

Schutz des Vorkaufsberechtigten muss man es ihm nämlich erlauben, das Vorkaufsrecht nach seiner erstmaligen Ausübung in einem ersten Vorkaufsfall auch noch in weiteren Vorkaufsfällen auszuüben, solange er noch nicht das Eigentum am vorkaufsbelasteten Grundstück erworben hat. Es sei an dieser Stelle namentlich an die Fallkonstellation erinnert, in welcher ein erster Vorkaufsfall durch einen kasuell bedingten Drittvertrag ausgelöst wird und der Vorkaufsbelastete in der Schwebezeit bis zum Eintritt oder Ausfall der Bedingung einen zweiten, dieses Mal unbedingten Vorkaufsfall eintreten lässt. In einem solchen Fall muss es dem Vorkaufsberechtigten gestattet sein, sein Vorkaufsrecht auch im zweiten Vorkaufsfall nochmals auszuüben.[1799]

b) Ausübung mehrerer voneinander unabhängiger Vorkaufsrechte

874 Ein Sonderfall liegt vor, wenn im selben Vorkaufsfall mehrere Personen voneinander unabhängige Vorkaufsrechte ausüben.[1800] Dann treten diese Personen zueinander in Konkurrenz, und es stellt sich die Frage, welche Person mit ihrem Vorkaufsrecht letztlich durchdringt. Dies ist die Frage nach der Rangordnung bei mehreren Vorkaufsrechten (aa). Sie ist unterschiedlich zu beantworten, je nachdem ob ein vertragliches Vorkaufsrecht in Konkurrenz zu einem gesetzlichen oder zu einem anderen vertraglichen Vorkaufsrecht steht. Anschliessend interessiert die Rechtsfolge, wenn ein rangschlechteres Vorkaufsrecht ausgeübt wird (bb).

aa) Rangordnung bei mehreren Vorkaufsrechten

875 Steht ein vertragliches Vorkaufsrecht in Konkurrenz zu einem gesetzlichen Vorkaufsrecht, so bestimmt Art. 681 Abs. 3 Satz 2 ZGB, dass **gesetzliche Vorkaufsrechte den vertraglichen vorgehen.**[1801] Dies gilt nach dem gesetzgeberischen Willen selbst dann, wenn das vertragliche Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt worden ist, bevor das gesetzliche Vorkaufsrecht entstanden oder durch den Gesetzgeber überhaupt erst eingeführt worden ist.[1802] Diese Regelung ist meines Erachtens de lege ferenda zu überdenken, weil sie dem Vertrauensschutz zuwiderläuft,[1803] gilt es aber de lege lata so hinzunehmen.

1799 Vgl. bereits oben Nr. 558.

1800 Vgl. oben Nr. 802.

1801 Siehe auch BRÜCKNER, Nr. 95; REY, ZSR 1994, S. 46.

1802 BBl 1988 III 1068, in Abweichung zu dem unter dem alten Recht ergangenen BGE 90 II 135 ff. (138 ff.), E. 3–4.

1803 De lege ferenda müsste meines Erachtens jenes Vorkaufsrecht den Vorrang erhalten, das zeitliche Priorität geniesst. Beim gesetzlichen Vorkaufsrecht müsste zur Bestimmung der zeitlichen Priorität der Zeitpunkt entscheidend sein, in dem die Tatbestandsvoraussetzungen des Vorkaufsrechts erfüllt sind. Beim vertraglichen

876 Das rechtsgeschäftlich begründete Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis ist nach der hier vertretenen Auffassung dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer nachgebildet. Es weist daher grundsätzlich denselben Inhalt auf und zeitigt dieselben Wirkungen wie ein gesetzliches Vorkaufsrecht, jedenfalls soweit dies mit dem Umstand vereinbar ist, dass es rechtsgeschäftlich vereinbart und – um Dritten gegenüber wirksam zu sein – im Grundbuch vorgemerkt werden muss.[1804] Daher geniesst das **Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis** nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls den **Vorrang gegenüber einem vertraglichen Vorkaufsrecht** nach Art. 681 Abs. 3 Satz 2 ZGB.[1805] Weil durch diesen Vorrang aber Drittrechte tangiert werden, ist aus Publizitätsgründen eine Vormerkung des Stockwerkeigentümervorkaufsrechts im Grundbuch erforderlich, damit es in den Genuss dieses Privilegs kommt. Machen mehrere vorkaufsberechtigte Stockwerkeigentümer ihr Vorkaufsrecht an einem Stockwerkanteil geltend und besteht unter ihnen keine Rangordnung,[1806] so wird ihnen der Stockwerkanteil im Verhältnis ihrer Wertquoten zu Miteigentum zugewiesen (Art. 682 Abs. 1 Satz 2 ZGB analog).[1807]

877 Besteht Konkurrenz zwischen zwei vertraglichen Vorkaufsrechten, so ist zu unterscheiden, ob es sich um vorgemerkte oder nicht vorgemerkte Vorkaufsrechte handelt. Bei vorgemerkten Vorkaufsrechten richtet sich die Rangordnung nach dem Prinzip der Alterspriorität: **das früher vorgemerkte Vorkaufsrecht geht mangels anderer Vereinbarung dem später vorgemerkten vor.**[1808] Ist ein Vorkaufsrecht vorgemerkt, das andere nicht, so dringt der vorgemerkte Vorkaufsberechtigte mit seinem Realerfüllungsanspruch durch, selbst wenn das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht älteren Datums sein sollte. Dies ist Ausfluss des mit der Vormerkung verbundenen dinglichen Nebenrechts des Vorkaufsrechts.[1809]

878 Stehen zwei nicht vorgemerkte Vorkaufsrechte zueinander in Konkurrenz, so ist es Aufgabe der beiden **Vorkaufsverträge,** diese **Konkurrenzsituation zu regeln.** Der Vorkaufsbelastete ist gut beraten, in einem der Vorkaufsverträge zu vereinbaren, dass das eingeräumte Vorkaufsrecht dem andern vertraglichen Vorkaufsrecht nachgeht. Unterlässt er eine solche Regelung, so haben beide Vorkaufsberechtigten, wenn sie ihr Vorkaufsrecht im Vorkaufsfall ausüben,

---

Vorkaufsrecht wäre auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem es im Grundbuch vorgemerkt wird.

1804 Vgl. oben Nr. 471 f.

1805 A.M. FOËX, ZBGR 2007, S. 5 f.; GHANDCHI, S. 253 ff.; WERMELINGER, ZK, N 54 zu Art. 712c ZGB.

1806 Vgl. oben Nr. 215 in fine.

1807 Vgl. oben Nr. 808 in fine.

1808 FRIEDRICH, ZBGR 1977, S. 337; PIOTET, JdT 1967, S. 172. Vgl. bereits oben Nr. 392.

1809 Vgl. oben Nr. 367.

einen gleichberechtigten Anspruch auf die Übertragung des Grundeigentums. Der Vorkaufsbelastete kann aber nur gegenüber einem Vorkaufsberechtigten real erfüllen und wird gegenüber dem anderen schadenersatzpflichtig wegen Nichterfüllung des Hauptvertrags.

bb) Rechtsfolge bei Ausübung eines rangschlechteren Vorkaufsrechts

879 Aus der Gesetzesbestimmung von Art. 681 Abs. 3 Satz 2 ZGB, wonach die gesetzlichen Vorkaufsrechte den vertraglichen vorgehen, lässt sich meines Erachtens ableiten, dass die Gestaltungsmacht bei sämtlichen Vorkaufsrechten unter dem Vorbehalt steht, dass kein rangbesseres Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Wird neben dem rangschlechteren auch ein rangbesseres Vorkaufsrecht ausgeübt, so muss die **Ausübungserklärung des rangschlechteren Vorkaufsberechtigten** als **«ins Leere gezielt»** betrachtet werden. Der Vorkaufsberechtigte hat sich diesfalls für eine nicht existierende Gestaltungsmöglichkeit entschieden und somit gegenüber dem Vorkaufsbelasteten keinen Hauptvertrag zustande gebracht.[1810]

880 Wenn allerdings ein nicht vorgemerkter Vorkaufsberechtigter mit seiner Ausübungserklärung deswegen nicht durchdringt, weil ein Berechtigter eines jüngeren, aber vorgemerkten Vorkaufsrechts von seiner Ausübungsbefugnis Gebrauch gemacht hat,[1811] so zieht dies nach der hier vertretenen Auffassung eine **Schadenersatzpflicht des Vorkaufsbelasteten gegenüber dem unterlegenen Vorkaufsberechtigten** wegen positiver Verletzung des Vorkaufsvertrags nach sich. Denn der Vorkaufsbelastete gefährdet bzw. vereitelt den Leistungserfolg des Vorkaufsvertrags, wenn er nachträglich einem Dritten ein rangbesseres Vorkaufsrecht einräumt.[1812]

B) Wirkungen der Nichtausübung

881 Wird das Vorkaufsrecht innert der Ausübungsfrist überhaupt nicht oder zumindest nicht rechtswirksam ausgeübt, so **kommt kein Hauptvertrag** zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten **zustande.**

882 Die Nichtausübung des Vorkaufsrechts hat unterschiedliche Konsequenzen für das Vorkaufsrecht an sich, je nachdem ob ein vorgemerktes (a) oder ein nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht (b) zur Diskussion steht.

1810 Ähnlich BINZ-GEHRING, S. 205; WIEDERKEHR, S. 114.

1811 Zu dieser Konkurrenzsituation siehe oben Nr. 877.

1812 Vgl. oben Nr. 158 f.

a) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht

Es entspricht herkömmlicher Auffassung, dass das nicht ausgeübte vorgemerkte Vorkaufsrecht nur relativ, das heisst **nur für den konkreten Vorkaufsfall verwirkt.**[1813] Es ist Ausfluss der realobligatorischen Ausgestaltung des vorgemerkten Vorkaufsrechts, dass die Vorkaufsbelastung bei einer Eigentumsänderung am Grundstück nicht untergeht, sondern auf den Dritterwerber übergeht, wenn der Vorkaufsberechtigte von seinem Recht keinen Gebrauch machen will oder kann.[1814] Mangels anders lautender Abrede im Vorkaufsvertrag besteht daher das vorgemerkte Vorkaufsrecht für die restliche Vormerkungsdauer weiter und kann in einem späteren Vorkaufsfall noch ausgeübt werden. 883

b) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht

Für das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht geht die Lehre davon aus, dass es durch die Nichtausübung im Vorkaufsfall endgültig dahinfällt.[1815] Dieser Auffassung kann ich im Grundsatz, nicht aber in dieser Absolutheit zustimmen. Diese in der Lehre vertretene Auffassung lässt sich mit dem hypothetischen Willen der Parteien des Vorkaufsvertrags erklären, wonach der Vorkaufsbelastete nach der Übertragung des Grundeigentums auf den Dritterwerber nicht mehr verpflichtet sein soll, für die weitere Einhaltung des Vorkaufsrechts durch den Dritten zu sorgen und einzustehen, sondern nur solange, wie er es selber einhalten kann.[1816] Diesem hypothetischen Parteiwillen entsprechend **erlischt das** nicht vorgemerkte **Vorkaufsrecht** grundsätzlich, wenn es **im Fall eines Eigentumswechsels** am Grundstück nicht ausgeübt wird, sei dieser Eigentumswechsel nun vorkaufsfallauslösend oder nicht. 884

Führt der Vorkaufsfall hingegen zu **keinem Eigentumswechsel** am Grundstück, beispielsweise weil die Vertragsparteien den Drittvertrag durch contrarius actus wieder aufheben – was nach dem Gesagten den Vorkaufsfall grundsätzlich nicht entfallen lässt (vgl. Art. 216d Abs. 2 OR)[1817] –, so kann der Vorkaufsbelastete weiterhin für die Einhaltung des Vorkaufsrechts sorgen. Deshalb **entfällt das Vorkaufsrecht nicht,** wenn der Vorkaufsberechtigte keinen Gebrauch davon 885

1813 BRUNNER, S. 396; EMERY, Nr. 465; FOËX, ZBGR 2007, S. 19; MEIER-HAYOZ, BK, N 219 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Neuerungen, S. 83; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 47; STREBEL, Nr. 1570. So auch BBl 1988 III 1080, wo allerdings nicht zwischen dem vorgemerkten und dem nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht differenziert wird.

1814 Vgl. oben Nr. 424.

1815 BRUNNER, S. 396; EMERY, Nr. 465; FOËX, ZBGR 2007, S. 19; MEIER-HAYOZ, BK, N 219 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Neuerungen, S. 83; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 46; STREBEL, Nr. 1570.

1816 Siehe auch BÄR, S. 96.

1817 Vgl. oben Nr. 575 ff.

macht. Auch ist es denkbar, dass der Vorkaufsbelastete durch einen Doppelverkauf zwei Vorkaufsfälle auslöst. In diesem Fall ist es dem Vorkaufsberechtigten sehr wohl gestattet, in einem Verkauf sein Vorkaufsrecht auszuüben, im andern dagegen nicht.[1818] Aus diesem Grund führt die Nichtausübung des nicht vorgemerkten Vorkaufsrechts nur – aber immerhin – dann zu dessen Untergang, wenn das Vorkaufsobjekt auf den Dritterwerber übertragen wird und dieses auch in einem späteren Zeitpunkt – beispielsweise durch eine Rückabwicklung des Vertrags – nicht wieder an den Vorkaufsbelasteten zurückfällt.[1819]

C) Ausdrücklicher Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts im Besonderen

886 Ein Sonderfall der soeben erörterten Nichtausübung des Vorkaufsrechts liegt vor, wenn der Vorkaufsberechtigte **ausdrücklich** seinen **Verzicht** auf die Ausübung des Vorkaufsrechts **erklärt.** Den Verzicht kann er entgeltlich oder unentgeltlich aussprechen.[1820] Der hier thematisierte Verzicht auf die Ausübung gilt nur mit Bezug auf einen konkreten Vorkaufsfall und ist namentlich vom Verzicht auf das Stammrecht zu unterscheiden.[1821] Der Verzicht kann nach Eintritt des Vorkaufsfalls (a), aber auch bereits davor (b) erklärt werden.

a) Nach Eintritt des Vorkaufsfalls

887 Das Vorkaufsrecht verleiht dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis, im Vorkaufsfall durch einseitige Willenserklärung einen Hauptvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag, mit dem Vorkaufsbelasteten zustande zu bringen.[1822] Der Vorkaufsberechtigte ist frei, im Vorkaufsfall von dieser Befugnis Gebrauch zu machen. Er kann sich selbstverständlich auch für die Nichtausübung entscheiden. Diese **Nichtausübung** kann er dem Vorkaufsbelasteten durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung **ausdrücklich mitteilen.** Damit verzichtet er im konkreten Vorkaufsfall grundsätzlich unwiderruflich auf die Ausübung seines Vorkaufsrechts.[1823] Der Verzicht wird wirksam im Zeitpunkt des Zugangs beim Vorkaufsbelasteten und damit in der Regel vor Ablauf der Ausübungsfrist nach Art. 216e OR.

1818 Vgl. auch MEIER-HAYOZ, BK, N 223 zu Art. 681 ZGB.

1819 Ähnlich auch JÄGGI, S. 68, der nur dann einen Untergang des nicht vorgemerkten und nicht ausgeübten Vorkaufsrechts annimmt, wenn ein Dritter infolge Singularsukzession Eigentümer geworden ist.

1820 BGE 82 II 72 ff. (74 f.), E. 3; EMERY, Nr. 514; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 38.

1821 Vgl. dazu oben Nr. 243.

1822 Vgl. oben Nr. 10 und unten Nr. 901.

1823 Siehe auch SIMONIUS/SUTTER, N 54 zu § 11; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 36; VIONNET, S. 91 f.

888 Während Art. 681b Abs. 2 ZGB bei gesetzlichen Vorkaufsrechten die Schriftform für eine Ausübungsverzichtserklärung nach dem Vorkaufsfall vorschreibt, sieht das Gesetz für die Verzichtserklärung bei einem rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht keine Formvorschrift vor. Dem Grundsatz der Formfreiheit entsprechend kann der Verzicht demnach **formfrei** erklärt werden (Art. 11 Abs. 1 OR analog).[1824] Dies gilt auch für das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis, welches nach der hier vertretenen Auffassung von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her zwar dem gesetzlichen Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis nachgebildet ist, doch bei der Begründung, Aufhebung oder Abänderung rechtsgeschäftlichen Grundsätzen folgt.[1825] Meines Erachtens bildet der Ausübungsverzicht im Vorkaufsfall eher einen formellen denn einen materiellen Aspekt des Vorkaufsrechts im Stockwerkeigentumsverhältnis, weshalb es sich rechtfertigt, in Anwendung der rechtsgeschäftlichen Grundsätze die Verzichtserklärung formfrei zuzulassen.

889 Die **Motivation zum Verzicht** auf die Ausübung des Vorkaufsrechts kann beim Vorkaufsberechtigten **vom Inhalt des Drittvertrags abhängen**, beispielsweise von der Person des Dritterwerbers oder von den Konditionen des Drittvertrags, welche bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht für den Vorkaufsberechtigten ebenfalls massgeblich wären (vgl. Art. 216d Abs. 3 OR).[1826] Erhält der Vorkaufsberechtigte diesbezüglich falsche Informationen, so leidet seine Verzichtserklärung an einem Willensmangel (Grundlagenirrtum oder gar absichtliche Täuschung; Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 und Art. 28 OR analog). Erfährt der Vorkaufsberechtigte nachträglich vom korrekten Vertragsinhalt, kann er auf seine Verzichtserklärung zurückkommen und innerhalb der dreimonatigen Ausübungsfrist von Art. 216e OR das Vorkaufsrecht ausüben.[1827]

890 Der Vorkaufsberechtigte kann aber auch von vornherein kein Interesse an der Ausübung des Vorkaufsrechts haben, beispielsweise weil ihm das Geld zum Erwerb des Grundeigentums fehlt. In einem solchen Fall kann er den Verzicht auch **unabhängig von den Informationen über den Drittvertrag** erklären.[1828] Eine nachträgliche Berufung auf die Unverbindlichkeit dieser Verzichtserklärung wegen Willensmängel scheidet somit aus, jedenfalls soweit die Unverbindlichkeit mit der Unkenntnis des Inhalts des Drittvertrags begründet wird. Ob der Vorkaufsberechtigte seinen Entschluss von den Informationen über den Drittvertrag abhängig gemacht hat oder nicht, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Ist er vom Vorkaufsbelasteten über den Abschluss und den Inhalt des Drittvertrags unterrichtet worden (vgl. Art. 216d Abs. 1 OR) oder hat er auf

---

1824 STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 37.
1825 Vgl. oben Nr. 254.
1826 Vgl. unten Nr. 913 f.
1827 Vgl. auch STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 43 i.V.m. 41.
1828 Vgl. auch STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 43 i.V.m. 40.

einem anderen Weg davon erfahren, so spricht meines Erachtens eine natürliche Vermutung dafür, dass der Vorkaufsberechtigte seinen Verzicht gestützt auf die erhaltenen Informationen ausgesprochen hat.

b) Vor Eintritt des Vorkaufsfalls

891 Aufgrund der Privatautonomie ebenfalls zulässig ist es, dass der Vorkaufsberechtigte die **Nichtausübung** des Vorkaufsrechts bereits **vorgängig** zum Eintritt des Vorkaufsfalls **ausdrücklich erklärt.**[1829] Auch hier erfolgt die Verzichtserklärung durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung an den Vorkaufsbelasteten.

892 Im Bereich der gesetzlichen Vorkaufsrechte ist ein solcher antizipierter Ausübungsverzicht nicht bzw. nur unter Beachtung der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung zulässig (vgl. Art. 681b Abs. 1 ZGB). Für die rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechte sieht das Gesetz indes keine solche Einschränkung vor. Dementsprechend kann der antizipierte Ausübungsverzicht **formfrei** erklärt werden.[1830] Dies gilt auch für das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis.[1831]

893 Wie bei einem Ausübungsverzicht nach Eintritt des Vorkaufsfalls kann der Vorkaufsberechtigte auch bei einem antizipierten Ausübungsverzicht seine **Motivation** zur Verzichtserklärung **abhängig** machen **vom Inhalt des Drittvertrags.**[1832] In der Regel liegt es im Interesse des Vorkaufsbelasteten und des Dritterwerbers, dass der Vorkaufsberechtigte seinen Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt. Also verfügt dieser regelmässig über die Verhandlungsmacht, um die Informationen über den beabsichtigten Drittvertrag einzuverlangen. In einem solchen Fall ist seine Verzichtserklärung nur dann verbindlich, wenn der Drittvertrag anschliessend auch tatsächlich zu den ihm bekanntgegebenen Bedingungen abgeschlossen wird. Weicht der letztendlich abgeschlossene Drittvertrag in einem Punkt ab, der für den Ausübungsverzicht des Vorkaufsberechtigten relevant gewesen ist, so leidet diese Erklärung an einem Willensmangel und der Vorkaufsberechtigte ist nicht daran gebunden.[1833] Weil der Vor-

---

1829 BRÜCKNER, Nr. 118; FOËX, ZBGR 2007, S. 16; MÜLLER, S. 235; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 18 und 39 ff.; SIMONIUS/SUTTER, N 55 in fine zu § 11; WYSS/KÖCHLI, Nr. 35.

1830 FOËX, ZBGR 2007, S. 16; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 37. Siehe auch BRÜCKNER, Nr. 118.

1831 Vgl. bereits oben Nr. 888 in fine für den Ausübungsverzicht nach Eintritt des Vorkaufsfalls.

1832 Vgl. oben Nr. 889.

1833 FOËX, Not@lex 2010, S. 80 f.; DERSELBE, ZBGR 2007, S. 16. Siehe auch STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 41, der aus diesem Grund im Interesse aller Parteien

kaufsberechtigte in einem solchen Fall ein berechtigtes Interesse daran hat, zu erfahren, zu welchen Bedingungen der Drittvertrag tatsächlich abgeschlossen worden ist, schuldet der Vorkaufsbelastete ihm gegenüber trotz des Ausübungsverzichts die Informationen gemäss Art. 216d Abs. 1 OR.[1834]

894 Der Vorkaufsberechtigte kann stattdessen auch seinen Verzicht erklären, **ohne Informationen über den künftigen Vorkaufsfall** einverlangt zu haben. Dann spielt es für die Wirksamkeit der Verzichtserklärung keine Rolle, zu welchen Konditionen der Drittvertrag zustande kommt. In einem solchen Fall hat aber der Vorkaufsberechtigte in seinem eigenen Interesse eine Frist anzugeben, wie lange sein Ausübungsverzicht zu gelten hat. Andernfalls kann man unter Umständen zur Auffassung gelangen, dass ein Verzicht auf das Stammrecht und nicht bloss auf die Ausübung des Vorkaufsrechts in einem konkreten Vorkaufsfall vorliegt.[1835] Doch kann sich meines Erachtens eine solche Befristung auch aus den Umständen ergeben, beispielsweise dann, wenn der Verzicht im Rahmen von Vertragsverhandlungen zwischen dem Vorkaufsbelasteten und einem Drittinteressenten ausgesprochen wird. In einem solchen Fall darf man nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Verzicht nur für den Fall des Vertragsschlusses mit diesem Drittinteressenten gelten soll und auch nur dann, wenn dieser Vertragsschluss innert einer «üblichen Verhandlungsfrist» zustande kommt. Diese Auffassung rechtfertigt sich nicht zuletzt auch deswegen, weil ein Verzicht auf das Stammrecht nicht vorschnell angenommen werden darf.[1836]

empfiehlt, in der Verzichtserklärung anzugeben, für welche Dauer und unter welchen Umständen sie abgegeben wird.

1834 A.M. BRÜCKNER, Nr. 105; abweichend ebenfalls STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 41, der vom Vorkaufsberechtigten verlangt, in seiner Verzichtserklärung vorzusehen, dass ihm der effektiv abgeschlossene Drittvertrag mitgeteilt werde.

1835 BRÜCKNER, Nr. 118; STEINAUER, Jusletter 2007, Nr. 40.

1836 Vgl. bereits oben Nr. 243.

8. Kapitel: Rechtslage nach Ausübung des Vorkaufsrechts

Im Folgenden wird die Rechtslage nach der Ausübung des Vorkaufsrechts untersucht. Den Ausführungen zugrunde gelegt wird grundsätzlich eine *rechtswirksame* Ausübung des Vorkaufsrechts. Zunächst erläutere ich die Rechtslage zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsbelastetem (I.). Anschliessend behandle ich die Rechtslage zwischen Vorkaufsberechtigtem und Drittem (II.) einerseits und Vorkaufsbelastetem und Drittem (III.) andererseits. Die Auswirkungen der Ausübung des Vorkaufsrechts auf die Inhaber von weiteren Grundstücksrechten am vorkaufsbelasteten Grundstück habe ich bereits im Zusammenhang mit den Vormerkungswirkungen behandelt.[1837] 895

I. Zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsbelastetem

Was die Rechtslage zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten nach der Ausübung des Vorkaufsrechts anbelangt, so führe ich zunächst aus, dass die Ausübungserklärung ein neues Vertragsverhältnis (1.) zwischen diesen Parteien zustande bringt. Anschliessend gehe ich der Frage nach der Rechtsgrundlage des neu zustande gekommenen Rechte- und Pflichtenprogramms (2.) nach. Schliesslich behandle ich die Pflicht des Vorkaufsbelasteten zur Eigentumsverschaffung am Grundstück (3.) sowie die Pflicht des Vorkaufsberechtigten zur Bezahlung des Kaufpreises (4.). 896

1. Neues Vertragsverhältnis

Nach allgemeinen Ausführungen (A) über das durch die Ausübungserklärung neu zustande gekommene Vertragsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten interessiert einerseits die rechtliche Qualifikation dieses neuen Vertragsverhältnisses (B) und andererseits die Frage der Formbedürftigkeit (C). 897

[1837] Vgl. oben Nr. 372 ff.

A) Im Allgemeinen

898 Das Vorkaufsrecht beinhaltet die Befugnis des Vorkaufsberechtigten, im Vorkaufsfall durch einseitige Willenserklärung[1838] «das Grundstück zu […] erwerben» (vgl. Art. 216d Abs. 3 OR). Die Ausübungserklärung verschafft dem Vorkaufsberechtigten noch keine dingliche Berechtigung am Grundstück, sondern verleiht ihm nur – aber immerhin – einen **obligatorischen Anspruch** auf Übertragung des Grundstücks.[1839] Im Gegenzug schuldet der Vorkaufsberechtigte dem Vorkaufsbelasteten eine Gegenleistung, die sich beim limitierten Vorkaufsrecht anhand des Vorkaufsvertrags selber und beim unlimitierten Vorkaufsrecht anhand des Drittvertrags bestimmt.[1840] Durch seine einseitige Willenserklärung bringt der Vorkaufsberechtigte mit anderen Worten ein neues Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Vorkaufsbelasteten zustande. Es handelt sich um einen Veräusserungsvertrag, welcher das Austauschverhältnis von Grundstück gegen eine – wie auch immer geartete[1841] – Gegenleistung zum Inhalt hat.[1842]

899 Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts tritt der Vorkaufsberechtigte nicht etwa in den Drittvertrag ein, welcher den Vorkaufsfall ausgelöst hat, sondern begründet ein **eigenständiges Vertragsverhältnis** zum Vorkaufsbelasteten, das neben das Vertragsverhältnis zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Dritten hinzutritt.[1843] Dies zeigt sich insbesondere beim limitierten Vorkaufsrecht darin, dass der Vorkaufsberechtigte das Grundstück zu anderen Bedingungen als der Dritte erwerben kann.[1844] Das neu begründete Vertragsverhältnis stellt nach der hier verwendeten Terminologie den *Hauptvertrag* dar,[1845] der dem Optionsvertrag – dem Vorkaufsvertrag – nachgelagert ist,[1846] durch diesen aber in einem mehr oder weniger starken Ausmass bereits inhaltlich geprägt wird.

1838 Vgl. oben Nr. 836.

1839 BGE 83 II 12 ff. (17), E. 3; EMERY, Nr. 502; CR OR I-FOËX, N 9 zu Art. 216e; DERSELBE, ZBGR 2007, S. 18; MEIER-HAYOZ, BK, N 242 und 262 zu Art. 681 ZGB; RUBIDO, Nr. 556 und 593; SIMONIUS/SUTTER, N 71 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1739; STREBEL, Nr. 1653.

1840 Vgl. unten Nr. 981 ff.

1841 Vgl. unten Nr. 901.

1842 Ein Veräusserungsvertrag zielt darauf ab, das Eigentum an einer Sache dauernd an eine andere Person zu übertragen: SCHMID/STÖCKLI, Nr. 178.

1843 BGE 137 III 293 ff. (296), E. 2.2; MEIER-HAYOZ, BK, N 236 zu Art. 681 ZGB.

1844 Vgl. unten Nr. 995.

1845 Der Hauptvertrag, der durch die rechtswirksame Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommt, ist nicht zu verwechseln mit dem Hauptvertrag, zu dessen Abschluss sich die Parteien in einem Vorvertrag verpflichten (vgl. dazu oben Nr. 50), auch wenn für beides dieselbe Terminologie verwendet wird.

1846 Vgl. bereits oben Nr. 80.

B) Rechtliche Qualifikation des Vertragsverhältnisses

Der Vorkaufsberechtigte, der sein Vorkaufsrecht rechtswirksam ausgeübt hat, erlangt nach dem Gesagten einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung des Grundstücks.[1847] Gemeint ist ein **Anspruch auf Übertragung des Grundeigentums.** Dies ergibt sich daraus, dass der Vorkaufsvertrag – der Optionsvertrag – in den Art. 216 ff. OR geregelt und damit systematisch beim Grundstückkauf angesiedelt ist. Denn auch der Grundstückkaufvertrag verleiht dem Käufer einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung des Grundeigentums. Im Vorkaufsfall wird das Vorkaufsrecht damit zum Kaufsrecht.[1848] 900

Im Normalfall muss der Vorkaufsberechtigte seine Gegenleistung in Geld erbringen, sodass das neue Vertragsverhältnis zwischen ihm und dem Vorkaufsbelasteten, der Hauptvertrag,[1849] als **Grundstückkaufvertrag** im Sinn von Art. 184 ff. und 216 ff. OR zu qualifizieren ist.[1850] Von diesem Normalfall wird im Rahmen der folgenden Ausführungen grundsätzlich auch ausgegangen. Aufgrund der Regelung von Art. 216d Abs. 3 OR ist es allerdings auch denkbar, dass der Vorkaufsberechtigte eine andere vertretbare Gegenleistung erbringen muss, sodass das Rechtsverhältnis beispielsweise als Tausch- oder als Leibrentenvertrag zu qualifizieren ist.[1851] 901

Während die vom (unlimitiert) Vorkaufsberechtigten zu entrichtende Gegenleistung wegen Art. 216d Abs. 3 OR grundsätzlich davon abhängt, zu welcher Leis- 902

1847 Vgl. oben Nr. 898.

1848 Vgl. oben Nr. 55 und 749.

1849 Vgl. oben Nr. 80 und 899.

1850 Siehe auch BRÜCKNER, Nr. 119; SCHMID, Neuerungen, S. 82; SIMONIUS/SUTTER, N 70 zu § 11; STREBEL, Nr. 1577. Gemäss den Vertretern der Bedingungstheorie wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts der bisher in der Schwebe stehende Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten wirksam: MEIER-HAYOZ, BK, N 236 zu Art. 681 ZGB. Zur Kritik an der Bedingungstheorie vgl. bereits oben Nr. 73 ff. Nach einer von GIGER vertretenen dritten Auffassung lässt die Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten eine durchsetzbare Vertragsabschlussobligation entstehen. Zum Abschluss eines verbindlichen Kaufvertrags bedürfe es noch eines beurkundungspflichtigen Konsenses zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Vorkaufsberechtigten: GIGER, BK, N 158 zu Art. 216 OR und N 19 in fine zu Art. 216d OR. Diese Auffassung ist abzulehnen. Es gibt keinen Grund, warum man die Parteien noch zu diesem weiteren Schritt, dem Beurkunden des aufgrund der Ausübungserklärung bereits Verbindlichen, anhalten will. Auch das rechtspolitische Postulat nach Schutz des Vorkaufsberechtigten vor einer unbedarften Ausübungserklärung setzt diese Auffassung nicht um: Zwar wird eine öffentliche Beurkundung des Kaufvertrags verlangt. Doch zieht die keiner Form bedürftige Ausübungserklärung bereits eine – im Streitfall gerichtlich durchsetzbare – Vertragsabschlussobligation nach sich.

1851 Vgl. dazu oben Nr. 680 und 684 und unten Nr. 992.

tung sich der Dritterwerber im Drittvertrag verpflichtet hat, besteht die Leistungspflicht des Vorkaufsbelasteten auf alle Fälle in der Übertragung des Grundeigentums. Zur Übertragung des Grundeigentums ist der Vorkaufsbelastete **selbst dann** verpflichtet, **wenn** der Vorkaufsfall durch ein **Rechtsgeschäft** ausgelöst wird, das **wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt.** Dies gilt es zu betonen gegenüber einer abweichenden Lehrmeinung, die in einem solchen Fall als Hauptvertrag einzig ein von seiner rechtlichen Qualifikation her mit dem Drittvertrag identisches Vertragsverhältnis annimmt.[1852] Begründet wird diese abweichende Lehrmeinung damit, dass der Vorkaufsberechtigte das Grundstück gemäss Art. 216d Abs. 3 OR zu denselben Bedingungen erwerben kann bzw. muss wie der Dritte. Dem ist aber erstens entgegenzuhalten, dass grundsätzlich nur der unlimitiert Vorkaufsberechtigte zu den Bedingungen des Drittvertrags erwirbt, nicht aber der limitiert Vorkaufsberechtigte.[1853] Zweitens bezieht sich diese Regelung nur auf die vom Vorkaufsberechtigten zu erbringende Gegenleistung, nicht aber auf die vom Vorkaufsbelasteten geschuldete Leistung. Und drittens stösst die abweichende Lehrmeinung dort an ihre Grenzen, wo der Vorkaufsfall in der Einräumung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Dritten besteht, namentlich in der Begründung einer Überbaurechtsdienstbarkeit.[1854] Eine solche Grunddienstbarkeit kann zugunsten des Vorkaufsberechtigten mangels eines eigenen Nachbargrundstücks gar nicht begründet werden.

903 Für die Vertreter der **Bedingungstheorie** dürfte es ohnehin eine Selbstverständlichkeit darstellen, dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten nach der Ausübung des Vorkaufsrechts als Grundstückkaufvertrag zu qualifizieren ist: Denn nach dieser Auffassung wird bereits mit dem Vorkaufsvertrag ein Grundstückkaufvertrag abgeschlossen, der vorerst allerdings noch unter einer doppelten Suspensivbedingung steht, dass nämlich erstens ein Vorkaufsfall eintritt und dass zweitens der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht rechtzeitig ausübt.[1855] Der Eintritt des Vorkaufsfalls – beruhe dieser nun auf einem Kaufvertrag oder auf einem Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, – und die Ausübung des Vorkaufsrechts können nicht zu einer nachträglichen Abänderung der rechtlichen Qualifikation dieses Vertragsverhältnisses zwischen dem Vorkaufsberechtigten und

---

1852 SPIRO, S. 1224 Fn. 27; STREBEL, Nr. 296, betreffend einen Vorvertrag, und Nr. 404, betreffend einen Baurechtsvertrag; WYSS/KÖCHLI, Nr. 42, betreffend den Verkauf von Aktien einer Immobiliengesellschaft. Gleich wie hier dagegen BÄR, S. 99, der allerdings beim Abschluss eines selbständigen und dauernden Baurechtsvertrags den Vorkaufsfall ausschliesst. Der vorliegend vertretene Standpunkt wird von STREBEL, Nr. 403, zwar für den Baurechtsvertrag angedacht, in der Folge jedoch verworfen.

1853 Vgl. unten Nr. 908 ff.

1854 Vgl. oben Nr. 706 f.

1855 Vgl. oben Nr. 65.

dem Vorkaufsbelasteten führen. An ihre Grenzen stösst die Bedingungstheorie allerdings dort, wo die Gegenleistung des Dritterwerbers in einer anderen vertretbaren Leistung als Geld besteht, die nach Art. 216d Abs. 3 OR grundsätzlich ebenso für den (unlimitiert) Vorkaufsberechtigten massgebend ist. Denn für die rechtliche Qualifikation eines Vertrags als Kaufvertrag ist es unerlässliche Voraussetzung, dass die Leistung des Käufers in Geld erfolgt.[1856]

Die hier vertretene Auffassung lässt sich noch besser mit der **Begründungstheorie** in Einklang bringen. Nach dieser Theorie wird dem Vorkaufsberechtigten mit dem Vorkaufsvertrag das Gestaltungsrecht eingeräumt, im Vorkaufsfall durch einseitige Willenserklärung gegenüber dem Vorkaufsbelasteten einen Vertrag zu begründen, der ihm einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung des Grundeigentums verleiht.[1857] Ob der Vorkaufsfall nun auf einem Kaufvertrag oder auf einem Rechtsgeschäft beruht, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, spielt für den Vorkaufsberechtigten keine Rolle: Hier wie dort erlangt er durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts ein und denselben obligatorischen Anspruch auf Übertragung des Grundeigentums. Was hingegen die vom ihm zu erbringende Gegenleistung anbelangt, so bestimmt sich diese – jedenfalls beim unlimitierten Vorkaufsrecht – grundsätzlich nach der vom Dritterwerber gemäss dem Drittvertrag geschuldeten Gegenleistung. 904

C) Zur Frage der Formbedürftigkeit

Den Hauptvertrag, in der Regel eben ein Grundstückkaufvertrag,[1858] bringt der Vorkaufsberechtigte durch seine Ausübungserklärung, also durch eine einseitige Willenserklärung gegenüber dem Vorkaufsbelasteten zustande. Die Ausübungserklärung kann nach dem Gesagten formfrei erfolgen.[1859] Eine nachträgliche **öffentliche Beurkundung** des neuen Vertragsverhältnisses kommt in der Praxis häufig vor. Sie ist indes grundsätzlich **nicht erforderlich.**[1860] Allerdings schadet sie auch nichts.[1861] 905

Das Bundesgericht verlangt jedoch eine öffentliche Beurkundung, soweit die Parteien nach der Ausübungserklärung **wesentliche ergänzende Vertragsbestimmungen** vereinbaren.[1862] Dies ist namentlich der Fall, wenn die Parteien nachträglich die Übernahme von Grundpfandschulden regeln.[1863] Dogmatisch 906

1856 Vgl. bereits oben Nr. 638.
1857 Vgl. oben Nr. 67 und 900 f.
1858 Vgl. oben Nr. 901.
1859 Vgl. oben Nr. 832.
1860 BGE 90 II 393 ff. (398), E. 2b; zustimmend auch LIVER, ZBJV 1965, S. 397.
1861 Vgl. oben Nr. 376.
1862 BGE 90 II 393 ff. (398), E. 2b; MEIER-HAYOZ, BK, N 244 zu Art. 681 ZGB; RUBIDO, Nr. 427 Fn. 521.
1863 Vgl. unten Nr. 1006.

hat man es meines Erachtens mit einer Vertragsänderung im Sinn von Art. 12 OR zu tun. Daher ist die Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung gerechtfertigt, soweit der Hauptvertrag auf einem limitierten Vorkaufsrecht beruht (vgl. Art. 216 Abs. 2 OR). Ist dagegen der Hauptvertrag gestützt auf ein unlimitiertes Vorkaufsrecht zustande gekommen, muss die einfache Schriftlichkeit für nachträgliche Vertragsergänzungen genügen (vgl. Art. 216 Abs. 3 OR).

2. Rechtsgrundlage des neuen Rechte- und Pflichtenprogramms

907 Ganz allgemein ergibt sich das Rechte- und Pflichtenprogramm von Vertragsparteien primär aus dem Vertrag selber und subsidiär – soweit der Vertrag nichts anordnet – aus dem dispositiven Gesetzesrecht. Im Zusammenhang mit dem durch die Ausübungserklärung zustande gekommenen neuen Vertragsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten stellen sich zwei Fragen: Welches ist die massgebliche Vertragsgrundlage zur primären Bestimmung des neuen Rechte- und Pflichtenprogramms (A)? Und wie ist diese massgebliche Vertragsgrundlage auszulegen (B)?

A) Massgebliche Vertragsgrundlage

908 Nach allgemeinen Ausführungen (a) gilt es meines Erachtens zu differenzieren zwischen dem unlimitierten (b) und dem limitierten Vorkaufsrecht (c).

a) Im Allgemeinen

909 Sieht der Vorkaufsvertrag nichts anderes vor, so kann der Vorkaufsberechtigte nach **Art. 216d Abs. 3 OR** «das Grundstück zu den Bedingungen erwerben, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat». Diese Bestimmung sieht folgende Stufenordnung zur Bestimmung des neuen Rechte- und Pflichtenprogramms zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten vor: Primär erwirbt der Vorkaufsberechtigte das Grundstück nach den Bestimmungen des Vorkaufsvertrags. Sieht dieser Vertrag nichts anderes vor, kann der Vorkaufsberechtigte das Grundstück sekundär zu den Bedingungen erwerben, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat.[1864] An dritter Stelle bestimmt sich das Rechte- und Pflichtenprogramm nach dem dispositiven Gesetzesrecht.

[1864] BRÜCKNER, Nr. 119; CR OR I-FOËX, N 16 zu Art. 216d, der allerdings mit Blick auf die ratio legis von Art. 216d Abs. 3 OR Gerichtsstands- und Schiedsklauseln des Drittvertrags ausnehmen will; EMERY, Nr. 497; REY, ZSR 1994, S. 60; SIMONIUS/SUTTER, N 70 zu § 11; STREBEL, Nr. 1577; so bereits auch unter der Geltung des alten Rechts MEIER-HAYOZ, BK, N 239 zu Art. 681 ZGB.

Vom Gesetzeswortlaut von Art. 216d Abs. 3 OR nicht erfasst ist der Fall, in dem der Vorkaufsvertrag gewisse, aber nicht alle Punkte des Hauptvertrags regelt. In einem solchen Fall ist gemäss einer Zustimmung verdienenden Auffassung der Rekurs auf den Drittvertrag ausgeschlossen, wenn die **Regelung im Vorkaufsvertrag abschliessend** zu verstehen ist. Ein Rückgriff auf den möglicherweise ganz anders konzipierten Drittvertrag rechtfertigt sich diesfalls nicht.[1865] Regelt der abschliessende Vorkaufsvertrag eine Frage nicht, gelangt bereits an zweiter Stelle das dispositive Gesetzesrecht zur Anwendung. 910

Nur wenn der **Vorkaufsvertrag keine abschliessende Regelung** darstellt, gelangen die Bestimmungen des Drittvertrags subsidiär zur Anwendung. Massgebend sind dann grundsätzlich sämtliche Abreden des Drittvertrags. Vorbehalten bleibt jedoch der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB): Klauseln des Drittvertrags, die nur dann Geltung haben sollen, falls das Vorkaufsrecht ausgeübt wird, oder die sonst in rechtsmissbräuchlicher Absicht einzig deswegen formuliert worden sind, um den Vorkaufsberechtigten von der Ausübung des Vorkaufsrechts abzuhalten, dürfen keine Geltung für sich beanspruchen.[1866] 911

Besteht der **Drittvertrag** nicht in einem öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrag, sondern in einem **Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt** (vgl. Art. 216c Abs. 1 OR in fine), so darf der Rückgriff auf diesen Vertrag – soweit er nach dem Gesagten überhaupt in Betracht fällt – nicht unbesehen erfolgen. Art. 216d Abs. 3 OR ist auf solche Fälle nicht zugeschnitten und kann nur analog zur Anwendung gelangen. In einem solchen Fall muss im Rahmen einer richterlichen Lückenfüllung mittels einer wertenden Betrachtungsweise entschieden werden, welche Bestimmungen des Drittvertrags – allenfalls auch in modifizierter Weise – in den Hauptvertrag übernommen werden können.[1867] 912

b) Beim unlimitierten Vorkaufsrecht

Kommt der Hauptvertrag gestützt auf ein unlimitiertes Vorkaufsrecht zustande, sind für das Rechte- und Pflichtenprogramm nach dem Gesagten primär die Bestimmungen des Vorkaufsvertrags massgebend.[1868] Der vorgelagerte Optionsvertrag, der Vorkaufsvertrag, kann mit anderen Worten bereits die Rechte 913

1865 BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 6.1; BRÜCKNER, Nr. 120; CR OR I-FOËX, N 16 zu Art. 216d. Andere Autoren hingegen wollen die Bestimmungen des Drittvertrags heranziehen unbesehen der Frage, ob der Vorkaufsvertrag eine abschliessende Regelung enthält: MEIER-HAYOZ, BK, N 239 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 116.

1866 Siehe auch FOËX, Not@lex 2010, S. 89; STREBEL, Nr. 235 ff.; VISCHER, S. 87.

1867 Siehe CR OR I-FOËX, N 18 zu Art. 216d; WYSS/KÖCHLI, Nr. 37 ff.; vgl. auch VISCHER, S. 86 f.

1868 Vgl. oben Nr. 909.

und Pflichten der Parteien aus dem nachgelagerten Hauptvertrag festlegen. Da der unlimitierte Vorkaufsvertrag den Kaufpreis, den der Vorkaufsberechtigte für den Erwerb des Grundstücks zu entrichten hat, nicht im Voraus bestimmt,[1869] ist auf alle Fälle ein Rekurs auf den Drittvertrag notwendig. Deswegen kann der unlimitierte Vorkaufsvertrag **nicht** als **abschliessende vertragliche Regelung** gelten.

914 Soweit die Parteien im Vorkaufsvertrag die Vertragsmodalitäten des Hauptvertrags nicht geregelt haben, richtet sich das neue Rechte- und Pflichtenprogramm des Vorkaufsberechtigten und des Vorkaufsbelasteten **sekundär** nach den im **Drittvertrag** vereinbarten Bedingungen.[1870] Diesfalls gilt beispielsweise eine im Drittvertrag vereinbarte interne Schuldübernahme nach Art. 175 Abs. 1 OR auch für den Vorkaufsberechtigten.[1871] Soweit weder dem Vorkaufsvertrag noch dem Drittvertrag eine Regelung entnommen werden kann, gelangt subsidiär das dispositive Gesetzesrecht zur Anwendung.[1872]

c) Beim limitierten Vorkaufsrecht

915 Kommt der Hauptvertrag gestützt auf ein limitiertes Vorkaufsrecht zustande, so richtet sich das neue Rechte- und Pflichtenprogramm des Vorkaufsberechtigten und des Vorkaufsbelasteten wiederum primär nach den Bestimmungen des Vorkaufsvertrags.[1873] Nach der hier vertretenen Auffassung ist der limitierte Vorkaufsvertrag jedoch **vermutungsweise** als **abschliessende vertragliche Regelung** zu verstehen.[1874] Indem die Parteien im Vorkaufsvertrag einen Preis für

---

1869 Vgl. oben Nr. 270.

1870 EMERY, Nr. 498; CR OR I-FOËX, N 16 zu Art. 216d; MEIER-HAYOZ, BK, N 248 zu Art. 681 ZGB; VISCHER, S. 84; ferner GIGER, BK, N 23 zu Art. 216d OR, der den «personengebundene[n] Vertragsinhalt» des Drittvertrags ausnimmt. Vgl. oben Nr. 909.

1871 Dies verkennt das Bundesgericht in BGE 134 III 597 ff. (605 ff.), E. 3.4.3, wo die ausübenden Vorkaufsberechtigten zugleich Gläubiger der vom Dritten im Drittvertrag intern übernommenen Schuld waren. Das Bundesgericht hält lediglich fest, dass die Gläubiger das Angebot zur externen Schuldübernahme im Sinn von Art. 176 Abs. 3 OR nicht angenommen haben. Es übersieht jedoch, dass die Gläubiger durch die Ausübung ihres unlimitierten Vorkaufsrechts gestützt auf Art. 216d Abs. 3 OR ihrerseits gegenüber dem Vorkaufsbelasteten die Verpflichtung zur internen Schuldübernahme eingegangen sind. Im Ergebnis hätte die Forderung der Gläubiger durch Vereinigung im Sinn von Art. 118 Abs. 1 OR erlöschen müssen.

1872 STREBEL, Nr. 1578. Vgl. oben Nr. 909.

1873 Vgl. oben Nr. 909.

1874 So wohl auch GIGER, BK, N 88 zu Art. 216 OR. Teilweise abweichend BRÜCKNER, Nr. 120, und BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 6.1, die nur dann von einer abschliessenden vertraglichen Regelung ausgehen, wenn im Vorkaufsvertrag der «wesentliche Inhalt des Grundstückkaufs mit ortsüblicher Vollständigkeit aus-

den Grundstückserwerb im Vorkaufsfall vereinbaren, legen sie ihrem Vertrag grundsätzlich ein eigenes Wertgefügte zugrunde, das für den Hauptvertrag gelten soll.[1875] Es geht nun nicht an, dass dieses Wertgefüge durch Bedingungen, die der Vorkaufsbelastete mit dem Dritten im Drittvertrag – ohne Beteiligung des Vorkaufsberechtigten – vereinbart hat, durcheinander gebracht wird, beispielsweise durch eine Wegbedingung der Sachgewährleistung.[1876] Der Vorkaufsberechtigte muss sich solche nachteiligen Vertragsmodalitäten des Drittvertrags nicht entgegenhalten lassen, ebenso wenig wie er von vorteilhaften Vertragsbedingungen des Drittvertrags profitieren kann. Soweit der Vorkaufsvertrag einen Punkt des Hauptvertrags nicht regelt, gelangt mit anderen Worten nicht die Regelung des Drittvertrags zur Anwendung, sondern das dispositive Gesetzesrecht.[1877] Dieser Umstand verlangt vom umsichtigen Notar, dass er den Parteien dazu rät, gewisse Modalitäten des Hauptvertrags, wie die Sachgewährleistung, die Zahlungsmodalitäten oder den Besitzesantritt, bereits im limitierten Vorkaufsvertrag zu regeln.

916 Allerdings besteht nach der hier vertretenen Auffassung nur eine Vermutung dafür, dass der limitierte Vorkaufsvertrag als abschliessende Regelung zu verstehen ist. Diese **Vermutung** ist namentlich dann **widerlegt,** wenn der limitierte Vorkaufsvertrag den Kaufpreis in Abhängigkeit des Drittvertrags festlegt.[1878] Dadurch wird erkennbar auf das Wertgefüge des Drittvertrags Bezug genommen, weshalb sich die subsidiäre Anwendung der dort enthaltenen Vertragsmodalitäten rechtfertigt.

B) Auslegung der massgeblichen Vertragsgrundlage

917 Die soeben umschriebene Rechtslage, wonach sich das Rechte- und Pflichtenprogramm des Hauptvertrags primär aus den Bestimmungen des Vorkaufsvertrags und – gegebenenfalls – subsidiär aus den Bestimmungen des Drittvertrags ergibt, zeitigt **Besonderheiten bei der Auslegung** der massgeblichen Vertragsgrundlage.

918 Geht es um die Auslegung von **Bestimmungen des Vorkaufsvertrags,** gilt es, primär den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien des Vorkaufsver-

formuliert» wurde. In der zitierten Erwägung erachtet das Bundesgericht allerdings den konkreten Vorkaufsvertrag, der das Vorkaufsobjekt und die Parteien bezeichnet, den Kaufpreis bestimmt, die Dauer des Vorkaufsrechts festlegt und eine Vormerkungsklausel enthält, bereits als «umfassende Regelung», wobei aus dieser und den folgenden Erwägungen nicht erhellt, ob das Gericht dies mit einer «abschliessenden vertraglichen Regelung» gleichsetzt.

1875 Vgl. oben Nr. 276 f.

1876 Vgl. auch unten Nr. 978.

1877 Vgl. oben Nr. 910.

1878 Vgl. oben Nr. 277.

trags festzustellen (subjektive Auslegung). Soweit ein solcher übereinstimmender Wille nicht feststellbar ist, müssen die Bestimmungen nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden. Massgebend ist danach, «was vernünftig und redlich (korrekt) handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden» (objektive Auslegung).[1879] Dies gilt nicht nur dann, wenn sich noch immer die ursprünglichen Parteien des Vorkaufsvertrags bzw. deren Universalsukzessoren gegenüberstehen, sondern auch dann, wenn das Vorkaufsrecht an einen Dritten abgetreten worden ist. Denn der Zessionar erwirbt das Recht genau so, wie es von den Parteien des Vorkaufsvertrags ausgestaltet worden ist.[1880] Daran ändert auch eine allfällige Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch nichts.[1881]

919 Geht es um die Auslegung von **Bestimmungen des Drittvertrags**, die in den Hauptvertrag übernommen werden sollen, so ergibt sich die Besonderheit, dass es um die Auslegung von Vertragsbestimmungen geht, die nicht von den sie betreffenden Parteien vereinbart wurden: Partei des Drittvertrags ist zwar der Vorkaufsbelastete, nicht aber auch der Vorkaufsberechtigte. Der Vorkaufsberechtigte muss sich mit anderen Worten im Hauptvertrag Vertragsbestimmungen entgegenhalten lassen, die er nicht vereinbart hat. Dies führt meines Erachtens dazu, dass die subjektive Auslegung grundsätzlich ausscheidet, es sei denn, der Vorkaufsberechtigte habe den wirklichen Willen der Parteien des Drittvertrags gekannt. Es geht nicht an, dass sich der Vorkaufsberechtigte einen Willen der Parteien des Drittvertrags entgegenhalten muss, von dem er keine Kenntnis hat.[1882] Massgebend ist stattdessen die objektive Auslegung. Im Rahmen dieser Auslegung nach dem Vertrauensprinzip muss meines Erachtens darauf abgestellt werden, wie *der Vorkaufsbelastete und der Vorkaufsberechtigte* (und nicht etwa der Dritte) als vernünftig und redlich (korrekt) handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen die im Drittvertrag verwendeten Worte zu verstehen hatten.[1883] Dies kann dazu führen, dass die objektive Auslegung der Bestimmungen des Drittvertrags, die in den Hauptvertrag übernommen werden, zu einem anderen Ergebnis führt, als wenn eine objektive Auslegung dieser Bestimmungen im Rahmen des Drittvertrags (zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Dritten) selbst vorgenommen würde. Nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden des Drittvertrags, von denen der Vorkaufsberechtigte keine

---

1879 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1200 f.; ähnlich BGE 129 III 118 ff. (122), E. 2.5.

1880 Vgl. oben Nr. 308.

1881 Vgl. oben Nr. 433 in fine.

1882 A.M. BGE 82 II 576 ff. (585), E. 6.

1883 Ähnlich GIGER, BK, N 160 zu Art. 216 OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 240 zu Art. 681 ZGB; VISCHER, S. 85.

Kenntnis hat, können für den Hauptvertrag keine Rolle spielen.[1884] Dies kann sich nicht nur zum Vorteil, sondern auch zum Nachteil des Vorkaufsberechtigten auswirken, insbesondere wenn man sich vergegenwärtigt, dass gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung namentlich Zusicherungen von Eigenschaften des verkauften Grundstücks nicht öffentlich beurkundet werden müssen.[1885] Hat der Vorkaufsbelastete dem Drittkäufer allerdings Zusicherungen über das Grundstück abgegeben, so ist er – soweit der Vorkaufsvertrag nicht als abschliessende Regelung zu betrachten ist – nach der hier vertretenen Auffassung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten zur diesbezüglichen Aufklärung verpflichtet, sodass dieser davon Kenntnis erlangt, damit die Zusicherung auch für den Hauptvertrag gilt. Unterlässt der Vorkaufsbelastete diese Aufklärung, begeht er eine positive Verletzung des Vorkaufsvertrags.[1886]

3. Pflicht des Vorkaufsbelasteten zur Eigentumsverschaffung am Grundstück

Der Hauptvertrag ist nach dem Gesagten regelmässig als Grundstückkaufvertrag zu qualifizieren.[1887] Von diesem Normalfall wird im Folgenden ausgegangen. Somit ist der **Vorkaufsbelastete als Verkäufer** gemäss Art. 216 Abs. 1 i.V.m. Art. 184 Abs. 1 OR verpflichtet, dem Vorkaufsberechtigten als Käufer das Eigentum am Grundstück zu verschaffen. Auch trifft ihn eine Besitzesverschaffungspflicht. Die Besitzesübertragung erfolgt durch die Einräumung der tatsächlichen Gewalt über das Grundstück (Art. 919 Abs. 1 ZGB), was bei überbauten Grundstücken regelmässig durch Übergabe der Schlüssel geschieht (Art. 922 Abs. 1 ZGB).[1888] Weil die Besitzesübertragung bei Grundstückkäufen eine untergeordnete Rolle spielt,[1889] wird sie im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen ausser Acht gelassen. 920

Nach Ausführungen zur Eigentumsverschaffungspflicht des Vorkaufsbelasteten (A) bedarf die Frage, welches Grundstück den Kaufgegenstand bildet (B), einer näheren Betrachtung. Schliesslich interessiert die Rechts- und Sachgewährleistungspflicht des Vorkaufsbelasteten (C). 921

1884 Zutreffend CR OR I-FOËX, N 17 zu Art. 216d; a.M. BGE 82 II 576 ff. (582), E. 2; STEINAUER, droits réels, Nr. 1739a.

1885 Vgl. dazu BGE 73 II 218 ff. (220), E. 1; 63 II 77 ff. (79), E. 3.

1886 Vgl. bereits oben Nr. 776.

1887 Vgl. oben Nr. 901.

1888 SCHMID/STÖCKLI, Nr. 627.

1889 SCHNYDER, Nr. 2.

A) Die Eigentumsverschaffungspflicht

a) Im Allgemeinen

922 Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts fällt dem Vorkaufsberechtigten das Eigentum am Grundstück nicht ipso iure zu.[1890] Vielmehr erlangt er nach dem Gesagten vorerst bloss – aber immerhin – einen **obligatorischen Anspruch** gegen den Vorkaufsbelasteten auf Übertragung des Grundeigentums.[1891] Dieser Anspruch verjährt nach Art. 127 i.V.m. 130 Abs. 1 OR in zehn Jahren ab Fälligkeit.[1892]

923 Der Vorkaufsbelastete kommt seiner Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung nach, indem er den Vorkaufsberechtigten als neuen Eigentümer des Grundstücks **beim Grundbuchamt schriftlich anmeldet** (Art. 963 Abs. 1 ZGB).[1893] Als Ausweise über den Rechtsgrund dienen dem Vorkaufsbelasteten gemäss Art. 64 Abs. 1 lit. d GBV der Drittvertrag, die Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten und – bei einem nicht vorgemerkten rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht – der Vorkaufsvertrag.[1894] Nach der hier vertretenen Auffassung ist allerdings der Nachweis einer *schriftlichen* Ausübungserklärung nicht erforderlich. Liegt keine schriftliche Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten vor, so genügt es auch, wenn der Vorkaufsbelastete gegenüber dem Grundbuchamt im Rahmen seiner schriftlichen Anmeldung erklärt, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht fristgerecht ausgeübt hat.[1895]

b) Vollstreckung der Eigentumsverschaffungspflicht

924 Weigert sich der Vorkaufsbelastete, den Vorkaufsberechtigten als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt anzumelden, so kann dieser gestützt auf **Art. 665 Abs. 1 ZGB** auf **gerichtliche Zusprechung des Eigentums** klagen.[1896] Dieser Gestaltungsklage ist indes nur dann Erfolg beschieden, wenn der Vorkaufsbelastete seine Weigerung, die Grundbuchanmeldung vorzunehmen, nicht rechtfertigen kann. Gerechtfertigt ist seine Weigerung namentlich dann, wenn ihm die

---

1890 Missverständlich GIGER, BK, N 84 zu Art. 216 OR.

1891 Vgl. oben Nr. 898.

1892 ZWR 25/1991, S. 360 ff (362), E. 3d (Walliser Kantonsgericht).

1893 BGE 90 II 135 ff. (137 f.), E. 2; MEIER-HAYOZ, BK, N 243 zu Art. 681 ZGB; PFÄFFLI/BYLAND, Jusletter 2010, Nr. 26 ff.; vgl. auch EMERY, Nr. 502; MÜLLER, S. 228 f.; SIMONIUS/SUTTER, N 71 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1740; STREBEL, Nr. 1353 f. und 1653 f.

1894 Vgl. auch BGE 90 II 393 ff. (398), E. 2b.

1895 Vgl. oben Nr. 833.

1896 BGE 85 II 474 ff. (487), E. 5; EMERY, Nr. 502; CR OR I-FOËX, N 9 zu Art. 216e; MEIER-HAYOZ, BK, N 246 zu Art. 681 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, N 71 zu § 11; STEINAUER, droits réels, Nr. 1740; STREBEL, Nr. 1356.

Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR zusteht.[1897] Sofern der Vorkaufsbelastete nicht zur Vorleistung verpflichtet ist, muss der Vorkaufsberechtigte für ein erfolgreiches Vorgehen nach Art. 665 Abs. 1 ZGB mit anderen Worten den Kaufpreis bezahlt oder dessen Bezahlung zumindest angeboten haben.[1898]

925 Hat er die Bezahlung nicht zumindest angeboten, steht dem Vorkaufsberechtigten immerhin die **Erfüllungsklage nach Art. 97 OR** zur Verfügung. Es handelt sich dabei um eine Leistungsklage auf Abgabe einer Willenserklärung durch den Vorkaufsbelasteten, also auf Abgabe der Grundbuchanmeldung, Zug um Zug gegen Bezahlung des Kaufpreises durch den Vorkaufsberechtigten.[1899] Gemäss Art. 344 Abs. 2 ZPO wird der Richter – im Fall der Gutheissung dieser Erfüllungsklage – das zuständige Grundbuchamt anweisen, den Vorkaufsberechtigten als neuen Eigentümer im Grundbuch einzutragen, sobald dieser den Nachweis der Zahlung erbracht hat.[1900]

926 Der nicht vorgemerkte Vorkaufsberechtigte kann vorgängig zur Einleitung des Hauptprozesses – sei es nun eine Gestaltungsklage nach Art. 665 Abs. 1 ZGB oder eine Erfüllungsklage nach Art. 97 OR – zur Sicherung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs eine **Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB** für das Grundstück erwirken.[1901] Ohne diese Verfügungsbeschränkung kann er seinen Anspruch gegenüber dem Vorkaufsbelasteten nicht mehr real durchsetzen, wenn dieser bereits den Dritten als neuen Grundeigentümer beim Grundbuchamt angemeldet hat.[1902] Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht fehlt es hingegen grundsätzlich an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse für den Erlass einer Verfügungsbeschränkung nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, da der Vorkaufsberechtigte durch die Vormerkung des Vorkaufsrechts ausreichenden Schutz erfährt.[1903] Hat der Vorkaufsbelastete den Dritten bereits als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt angemeldet, so muss der Vorkaufsberechtigte auch diesen ins Recht fassen.[1904]

1897 BSK ZGB II-REY/STREBEL, N 6 zu Art. 665.

1898 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2210.

1899 Vgl. BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 7.4. Zum Ganzen STREBEL, Nr. 1358 f. und 1363 f.; siehe auch BSK ZGB II-REY/STREBEL, N 13 in fine zu Art. 665; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 849c; STEINAUER, droits réels, Nr. 1555a.

1900 STAEHELIN, ZPO Komm., N 12 zu Art. 344, mit Hinweis auf BGE 85 II 474 ff. (487), E. 5.

1901 RUBIDO, Nr. 595 in fine; SCHMID, Neuerungen, S. 82. Vgl. bereits oben Nr. 465.

1902 Siehe dazu unten Nr. 1020 f.

1903 Vgl. bereits oben Nr. 457 in fine.

1904 Siehe dazu unten Nr. 1022 ff.

B) Das Grundstück als Kaufgegenstand

927 Im Folgenden setze ich mich mit der Frage auseinander, welches Grundstück den Kaufgegenstand des Hauptvertrags bildet. Auszugehen ist vom Normalfall (a). Anschliessend behandle ich die Sonderfälle des Mengenkaufs (b), des Vorkaufs an einem Realteil oder ideellen Teil eines Grundstücks (c) und des Teilverkaufs (d).

a) Im Normalfall

928 Im Normalfall ist das Grundstück, welches der Vorkaufsbelastete im Drittvertrag veräussert, identisch mit dem **Vorkaufsobjekt.**[1905] In diesem Fall zielt der Anspruch des Vorkaufsberechtigten, der von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht hat, auf die Übertragung des Eigentums an diesem Grundstück ab. Der Kaufgegenstand des Drittvertrags ist mit anderen Worten identisch mit dem Kaufgegenstand des Hauptvertrags. Unterschiede können allerdings bezüglich der geschuldeten Spezieseigenschaften des Grundstücks bestehen:

929 Ein Grundstückkauf stellt grundsätzlich einen Spezieskauf dar. Das heisst, das geschuldete Grundstück wird von den Parteien individuell und konkret bestimmt durch besondere Kennzeichnung, insbesondere durch seine Lage und den Grenzverlauf.[1906] Die Parteien können das geschuldete Grundstück aber auch durch weitere **Spezieseigenschaften** individualisieren, namentlich durch die bauliche Ausgestaltung oder den obligatorischen und dinglichen Rechtsbestand daran.[1907] Die Vereinbarung solcher Spezieseigenschaften kann den allgemeinen vertraglichen Grundsätzen folgend ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR). Im Zusammenhang mit einem Vorkaufsrecht stellt sich nun die Frage, welche bauliche Ausgestaltung und welchen obligatorischen und dinglichen Rechtsbestand das Grundstück aufweisen soll bzw. darf, auf dessen Erwerb der Vorkaufsberechtigte durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts einen obligatorischen Anspruch erlangt. Diese Frage ist nach der hier vertretenen Auffassung unterschiedlich zu beantworten, je nachdem welches Vorkaufsrecht zur Diskussion steht:

930 – Beim *unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht* entspricht es dem mutmasslichen Willen der Vorkaufsvertragsparteien, dass der Vorkaufsberechtigte das Grundstück im Vorkaufsfall so soll erwerben können, wie es sich dannzumal präsentiert, also in jener baulichen Ausgestaltung und mit

---

1905 Zum Vorkaufsobjekt siehe oben Nr. 501 ff.

1906 KOLLER, OR AT, N 120 zu § 2; DERSELBE, ZBGR 1997, S. 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 97; WEBER, BK, N 12 zu Art. 71 OR.

1907 Vgl. WEBER, BK, N 12 zu Art. 71 OR: Kennzeichnung durch «Rechte am Leistungsobjekt».

jenem obligatorischen und dinglichen Rechtsbestand, die es im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls aufweist.[1908]

– Beim *absolut limitierten Vorkaufsrecht* legen die Parteien des Vorkaufsvertrags den Kaufpreis für den Erwerb des Grundstücks bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags fest. Dies erfolgt vor dem Hintergrund der baulichen Ausgestaltung und des obligatorischen und dinglichen Rechtsbestands des Grundstücks im damaligen Zeitpunkt. Daher entspricht es ihrem mutmasslichen Parteiwillen, dass der Vorkaufsberechtigte das Grundstück im Vorkaufsfall in jener baulichen Ausgestaltung und mit jenem obligatorischen und dinglichen Rechtsbestand soll erwerben können, die es bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags aufgewiesen hat.[1909] Vorbehalten bleiben die zeitlich befristeten Rechte und Lasten, bei denen der Vorkaufsberechtigte damit rechnen musste, dass sie im Zeitpunkt seiner Ausübungserklärung allenfalls nicht mehr existieren. 931

b) Zum Sonderfall des Mengenkaufs

Aufgrund der Privatautonomie steht es dem Vorkaufsbelasteten frei, im Drittvertrag nicht nur das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück zu veräussern, sondern noch weitere Gegenstände – seien dies zusätzliche Grundstücke, Fahrnis oder andere Kaufobjekte. In diesem Fall hat man es mit einem sogenannten Mengenkauf zu tun.[1910] Übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, so bildet auch beim Mengenkauf **einzig das Vorkaufsobjekt** den Kaufgegenstand des zustande gekommenen Grundstückkaufvertrags zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten.[1911] An den weiteren Gegenständen erlangt der Vorkaufsberechtigte keinen Anspruch auf Eigentumsübertragung. 932

Für den Vorkaufsbelasteten resultiert daraus unter Umständen das Problem, dass er die weiteren Gegenstände nicht oder nur noch zu schlechteren Bedingungen veräussern kann. Der Dritte wird sich regelmässig vom Vertrag lossagen können, wenn der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt und die Eigentumsübertragung am Vorkaufsobjekt durchsetzt.[1912] Und Vierte sind womöglich nicht interessiert am Erwerb dieser weiteren Gegenstände alleine ohne das Vorkaufsobjekt. Namhafte Autoren postulieren für diesen Fall die **analoge Anwen-** 933

1908 Vgl. bereits oben Nr. 270 und 277. Siehe auch SIMONIUS/SUTTER, N 73 in fine zu § 11.

1909 Vgl. bereits oben Nr. 276. Siehe auch MEIER-HAYOZ, BK, N 279 zu Art. 681 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, N 73 zu § 11; STREBEL, Nr. 1412 und 1584.

1910 Zum Mengenkauf vgl. bereits oben Nr. 592.

1911 Zur Kaufpreisbestimmung in diesem Fall bei der Ausübung eines unlimitierten Vorkaufsrechts siehe unten Nr. 987 ff.

1912 Siehe dazu auch unten Nr. 1047.

dung des deutschen § 467 BGB, der § 508 aBGB entspricht.[1913] Nach Satz 2 dieses Paragraphen kann der Vorkaufsbelastete beim Mengenkauf verlangen, «dass der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können». Macht der Vorkaufsbelastete von diesem Recht Gebrauch, steht der Vorkaufsberechtigte vor der Wahl, entweder sämtliche Kaufgegenstände oder gar keinen zu erwerben.[1914]

934 Meines Erachtens ist diese Lösung – jedenfalls für das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht – nicht sachgerecht und ihre Übernahme ins schweizerische Recht **abzulehnen:**[1915] Im Vorkaufsvertrag können der Vorkaufsberechtigte und der Vorkaufsbelastete den Umfang der Vorkaufsberechtigung parteiautonom festlegen. Will der Vorkaufsbelastete beispielsweise eine Zerstückelung zweier formell eigenständiger, aber materiell zusammengehöriger Grundstücke verhindern, muss er darauf achten, dass er dem Vorkaufsberechtigten nur ein Vorkaufsrecht einräumt, welches beide Grundstücke zusammen umfasst. Unterlässt er dies, so hat er die Folgen davon selber zu tragen. Es widerspricht dem Grundsatz «pacta sunt servanda», wenn der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten mittels eines Mengenverkaufs dazu anhalten kann, für den Fall der Ausübung seines Vorkaufsrechts mehr erwerben zu müssen, als im Vorkaufsvertrag vereinbart wurde. Diese Problematik zeigt sich insbesondere bei einem Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks, wo sich die Sachlage analog zum Mengenkauf gestaltet.[1916] Hier haben die Parteien des Vorkaufsvertrags das Vorkaufsrecht ja explizit auf einen Teil der Grundstücksfläche beschränkt. Dies wird in der Regel sachliche Gründe gehabt haben, beispielsweise den Grund, dass der Vorkaufsberechtigte nur am Erwerb einer bestimmten Fläche interessiert ist. Wenn nun der Vorkaufsbelastete das ganze Grundstück veräussert, soll er vom Vorkaufsberechtigten, der sein auf einen Realteil des Grundstücks beschränktes Vorkaufsrecht ausübt, nicht verlangen können, entweder das ganze Grundstück oder gar nichts zu erwerben mit dem Hinweis darauf, dass beim Erwerb nur des vorkaufsbelasteten Realteils des Grundstücks die restliche Grundstücksfläche nur noch zu ungünstigeren Bedingungen veräussert werden könne. Dies würde ja gerade der Intention des Vorkaufsvertrags zuwiderlaufen, wo das Vorkaufsrecht bewusst nur auf eine Teilfläche des Grundstücks festgelegt worden ist.

1913 MEIER-HAYOZ, BK, N 148 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 281 f.; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 83 f.; STREBEL, Nr. 1388; ähnlich auch RUBIDO, Nr. 322 f. und 456 ff.

1914 Siehe WESTERMANN, MünchK, N 1 zu § 467 BGB; SOERGEL/WERTENBRUCH, N 8 zu § 467 BGB.

1915 Kritisch auch FOËX, Not@lex 2010, S. 90.

1916 Vgl. bereits oben Nr. 594 und sogleich unten Nr. 935.

c) Zum Sonderfall des Vorkaufsrechts an einem Realteil oder ideellen Teil eines Grundstücks

Es ist bereits ausgeführt worden, dass das Vorkaufsrecht auch an einem Realteil oder an einem (künftigen) ideellen Teil eines Grundstücks begründet werden kann.[1917] Verkauft der Vorkaufsbelastete in der Folge das ganze Grundstück an einen Dritten, ist diese Sachlage vergleichbar mit dem zuvor behandelten Mengenkauf.[1918] Der Vorkaufsberechtigte erlangt durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts nur einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am **vorkaufsbelasteten Realteil bzw. ideellen Teil des Grundstücks** gemäss Vorkaufsvertrag. Einzig dieser Realteil bzw. ideelle Teil des Grundstücks bildet den Kaufgegenstand des zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten zustande gekommenen Grundstückkaufvertrags. Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt sich in einem solchen Fall die analoge Anwendung des § 467 BGB nicht.[1919] 935

Die Ausübung des Vorkaufsrechts an einem Realteil oder ideellen Teil eines Grundstücks weist gegenüber dem Mengenkauf jedoch insofern eine Besonderheit auf, als der betroffene Realteil von der bisherigen Stammparzelle parzelliert (a) bzw. der betroffene ideelle Teil des Grundstücks begründet (b) werden muss. 936

aa) Parzellierung des Realteils

Die Fläche des vom Vorkaufsrecht betroffenen Realteils muss im Vorkaufsvertrag bestimmt oder wenigstens bestimmbar umschrieben sein.[1920] Übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, lässt sich daher die zu parzellierende **Grundstücksfläche** zumindest **bestimmen.** 937

Die Übertragung des Grundeigentums an dieser Grundstücksfläche setzt voraus, dass der Vorkaufsbelastete sein Grundstück zerstückelt (parzelliert). Die vom Vorkaufsrecht erfasste Grundstücksfläche muss **als neues Grundstück beim Grundbuchamt angemeldet** werden (vgl. Art. 153 GBV). Dies setzt voraus, dass dem Grundbuchverwalter eine Mutationsurkunde vorgelegt wird, die vom zuständigen im Register eingetragenen Ingenieur-Geometer unterzeichnet ist (Art. 25 Abs. 1 VAV).[1921] 938

Nötigenfalls kann der Vorkaufsberechtigte die Übertragung des Grundeigentums an dieser Grundstücksfläche gestützt auf eine Klage nach Art. 665 Abs. 1 ZGB 939

1917 Vgl. oben Nr. 513 ff.

1918 Vgl. oben Nr. 932 ff.

1919 Vgl. oben mit ausführlicher Begründung Nr. 934. A.M. MEIER-HAYOZ, BK, N 152 zu Art. 681 ZGB; DERSELBE, ZBGR 1964, S. 282; SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 84.

1920 Vgl. oben Nr. 520.

1921 Siehe auch STREBEL, Nr. 1395; ferner SCHMID, Vorkaufsrecht, S. 65.

oder Art. 97 OR **gerichtlich durchsetzen.**[1922] In diesem Fall muss das Gericht unter Mithilfe des zuständigen im Register eingetragenen Ingenieur-Geometers den Grenzverlauf des neuen Grundstücks festlegen. Anschliessend hat es das zuständige Grundbuchamt anzuweisen, die Grundstücksteilung gemäss der vom Ingenieur-Geometer erstellten Mutationsurkunde vorzunehmen und den Vorkaufsberechtigten als neuen Eigentümer dieses Grundstücks einzutragen.[1923] Alternativ zu diesem Vorgehen kann das Gericht den Vorkaufsberechtigten auch ermächtigen, an Stelle des Vorkaufsbelasteten die Grundstücksteilung und die Übertragung des Eigentums am parzellierten Grundstück beim Grundbuchamt anzumelden.[1924]

940 Gemäss Art. 221 i.V.m. 188 OR trägt der Verkäufer die Kosten der Übergabe, insbesondere des Messens und Wägens, der Käufer dagegen die Kosten der Beurkundung und der Abnahme. Auf den Grundstückkauf umgemünzt bedeutet diese Bestimmung insbesondere, dass die **Kosten der Vermessung** zu Lasten des Verkäufers und die Grundbuchgebühren zu Lasten des Käufers gehen.[1925] Mangels anderslautender Abrede im Vorkaufsvertrag gilt dies auch bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts an einem Realteil des Grundstücks. Die Kosten der Vermessung sind also vom Vorkaufsbelasteten als Verkäufer zu tragen.[1926]

bb) Begründung des ideellen Teils am Grundstück

941 Wird ein Vorkaufsrecht an einem (künftigen) ideellen Anteil eines Grundstücks ausgeübt, hat dies zur Folge, dass dieser **ideelle Anteil** vom Vorkaufsbelasteten erst noch **begründet werden muss.** Es kann danach unterschieden werden, ob ein Miteigentumsanteil oder ein Stockwerkeigentumsanteil begründet wird:

942 Zielt die Ausübung des Vorkaufsrechts auf den Erwerb eines **Miteigentumsanteils** am Grundstück ab, muss der Vorkaufsbelastete das bisher im Alleineigentum stehende Grundstück zu Miteigentum aufteilen. Dazu genügt eine schriftliche Grundbuchanmeldung des Vorkaufsbelasteten, wonach an seinem Grundstück Miteigentum begründet werde und der Vorkaufsberechtigte als neuer Miteigentümer im Grundbuch einzutragen sei. Nötigenfalls kann der Vorkaufsberechtigte dies gestützt auf Art. 665 Abs. 1 ZGB gerichtlich durchsetzen bzw. nach Art. 97 OR auf Erfüllung klagen.[1927]

1922 Vgl. bereits oben Nr. 924 f.

1923 A.M. allerdings BGE 81 II 502 ff. (511), E. 9.

1924 Siehe zum Ganzen STREBEL, Nr. 1392 ff.; ferner MÜLLER, BlAgR 2007, S. 63.

1925 GIGER, BK, N 17 zu Art. 221 OR; SCHÖNLE, ZK, N 9 und 16 zu Art. 188 OR.

1926 Siehe auch STREBEL, Nr. 1396, mit teilweise anderer Auffassung für den Fall, dass die Ausübung eines *gesetzlichen* Vorkaufsrechts zur Parzellierung des Hauptgrundstücks führt.

1927 Vgl. auch bereits oben Nr. 924 f.

Besteht ein Vorkaufsrecht an einem künftig zu begründenden **Stockwerkeigentumsanteil**, so muss der Vorkaufsvertrag für die gültige Begründung dieses Vorkaufsrechts nebst dem künftig zu begründenden Sonderrecht und der Wertquote dieses Sonderrechts auch die räumliche Ausscheidung der übrigen Stockwerkanteile und deren Wertquoten festlegen oder zumindest bestimmbar machen. Der Vorkaufsvertrag, der wegen der Formvorschrift von Art. 712d Abs. 3 ZGB selbst dann der öffentlichen Beurkundung bedarf, wenn nur ein unlimitiertes Vorkaufsrecht an einem künftigen Stockwerkeigentumsanteil begründet werden soll, muss bereits die für die Eintragung von Stockwerkeigentum im Grundbuch erforderliche Klarheit in der Formulierung aufweisen.[1928] Übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, so genügen der Drittvertrag, der Vorkaufsvertrag und die Ausübungserklärung als Rechtsgrundausweise für die Begründung von Stockwerkeigentum und die Übertragung des Grundeigentums am vorkaufsbelasteten Stockwerkeigentumsanteil. Auch hier muss der Vorkaufsbelastete also nur die schriftliche Anmeldung ans Grundbuchamt vornehmen und die erforderlichen Rechtsgrundausweise beilegen. Nötigenfalls kann der Vorkaufsberechtigte die Begründung von Stockwerkeigentum und die Übertragung des vorkaufsbelasteten Stockwerkeigentumsanteils zu Eigentum gestützt auf Art. 665 Abs. 1 ZGB gerichtlich durchsetzen bzw. er kann nach Art. 97 OR auf Erfüllung klagen.[1929] 943

d) Zum Sonderfall des Teilverkaufs

Denkbar ist schliesslich auch der Fall, dass das Vorkaufsrecht das ganze Grundstück umfasst, der Vorkaufsbelastete allerdings nur einen Realteil oder einen ideellen Teil des Grundstücks an einen Dritten veräussert.[1930] Bei diesem sogenannten Teilverkauf kann der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nur in Bezug auf den **verkauften Grundstücksteil** geltend machen.[1931] 944

Handelt es sich um die Veräusserung eines noch nicht vermessenen Realteils des Grundstücks, muss die **Vermessung des Grundstücks** noch vorgenommen werden, bevor der Grundstücksteil parzelliert und der Vorkaufsberechtigte als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden kann. Es ist diesbezüglich 945

1928 Vgl. zum Ganzen bereits oben Nr. 529 f.

1929 Vgl. auch oben Nr. 924 f.

1930 Vgl. bereits oben Nr. 596.

1931 MEIER-HAYOZ, BK, N 231 zu Art. 681 ZGB, mit Hinweis auf BGE 86 II 427 ff. (432), E. 1; teilweise a.M. RUBIDO, Nr. 318 ff. und 454, der dem Vorkaufsberechtigten die Möglichkeit einräumt, das Vorkaufsrecht bezüglich des ganzen Grundstücks auszuüben, wenn der Teilverkauf dazu führt, dass der Verkäufer die Restparzelle nicht mehr gebrauchen kann.

auf das bereits zum Vorkaufsrecht an einem Realteil des Grundstücks Ausgeführte zu verweisen.[1932]

946 Handelt es sich um die Veräusserung eines neuen **ideellen Anteils** am Grundstück, muss dieser im Grundbuch erst noch **begründet** werden. Es kann diesbezüglich auf das zum Vorkaufsrecht an einem (künftigen) ideellen Teil des Grundstücks Ausgeführte verwiesen werden.[1933]

C) Die Rechts- und Sachgewährleistungspflicht

947 Als Verkäufer eines Grundstücks trifft den Vorkaufsbelasteten grundsätzlich eine Rechts- und Sachgewährleistungspflicht nach Massgabe der **Art. 219 und 221 i.V.m. 192 ff. und 197 ff. OR** gegenüber dem Vorkaufsberechtigten als Käufer.[1934] Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestehen die allgemeinen vertraglichen Haftungsansprüche nach den Art. 97 ff. OR alternativ neben den speziellen kaufrechtlichen Rechts- und Sachgewährleistungsansprüchen, allerdings mit der Einschränkung, dass – soweit ein Sachmangel zur Diskussion steht – die Prüfungs- und Rügeobliegenheit nach Art. 201 OR beachtet werden muss und der Anspruch nach Art. 219 Abs. 1 OR verjährt.[1935]

948 Im Folgenden behandle ich die Rechts- (a) und die Sachgewährleistungspflicht (b) des Vorkaufsbelasteten. Abschliessend stelle ich Überlegungen zur Freizeichnung von der Rechts- und Sachgewährleistungspflicht (c) an.

a) Rechtsgewährleistungspflicht

949 Der Vorkaufsbelastete hat als Verkäufer gemäss Art. 221 i.V.m. 192 Abs. 1 OR dafür **Gewähr** zu leisten, dass nicht ein Dritter **aus Rechtsgründen**, die schon

---

1932 Vgl. oben Nr. 937 ff.

1933 Vgl. oben Nr. 941 ff.

1934 MEIER-HAYOZ, BK, N 245 zu Art. 681 ZGB. Nach Auffassung von RUBIDO, Nr. 587, gelangen im Fall einer Schlechterfüllung ausschliesslich die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts, namentlich die Art. 103 und 119 OR zur Anwendung, weil das Gesetz im Zusammenhang mit dem Vorkaufsvertrag keine besonderen Regeln enthält. Diese Ansicht ist mit der hier vertretenen Auffassung, gemäss welcher mit der rechtswirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts ein Veräusserungsvertrag, regelmässig ein Grundstückkaufvertrag nach den Art. 216 ff. OR, zustande kommt (vgl. oben Nr. 901), nicht vereinbar. Sie ist auch nicht sachgerecht. Der Gesetzgeber hat in den Art. 219 und 221 i.V.m. 192 ff. und 197 ff. OR spezielle Bestimmungen für die Schlechterfüllung der Grundstücksveräusserung gegen Entgelt aufgestellt. Diese Bestimmungen eignen sich durchaus, um auf die Eigentumsverschaffungspflicht des Vorkaufsbelasteten zur Anwendung zu gelangen.

1935 BGE 133 III 335 ff. (339), E. 2.4.1; 110 II 239 ff. (243); kritisch dazu GUHL/KOLLER, N 62 zu § 42.

zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Vorkaufsberechtigten als Käufer ganz oder teilweise entziehe. Kannte der Käufer zur Zeit des Vertragsabschlusses die Gefahr der Entwehrung, so hat der Vorkaufsbelastete gemäss Art. 221 i.V.m. 192 Abs. 2 OR nur insofern Gewähr zu leisten, als er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat. Die Rechtsgewährleistung greift ferner nur dann, wenn der Dritte ein besseres Recht als der Vorkaufsberechtigte geltend machen kann, ihm also den Kaufgegenstand ganz oder teilweise entwehrt.[1936] Umstritten ist in der Lehre schliesslich die Frage, ob die Rechtsgewährleistung auch in Betracht fällt, wenn ein Dritter einen Anspruch aus einem rein obligatorischen (nicht vorgemerkten) Recht geltend machen kann. Diese Frage ist für den Miet- und den Pachtvertrag zu bejahen.[1937] Denn das Mietverhältnis geht gemäss Art. 261 Abs. 1 OR mit dem Eigentum an der Sache auf den Erwerber des Grundstücks über. Das Gleiche gilt gemäss Art. 290 lit. a OR für den Pachtvertrag, der im Folgenden aus Gründen der Vereinfachung ausser Acht gelassen wird. Der Vorkaufsberechtigte ist folglich an den Mietvertrag gebunden und muss die Nutzung durch den Mieter dulden.[1938] Ihm steht nur nach Massgabe von Art. 261 Abs. 2 OR eine Kündigungsmöglichkeit unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist auf den nächsten gesetzlichen Termin zur Verfügung. Dadurch wird dem Käufer der Kaufgegenstand teilweise – wenn auch bloss für eine beschränkte Zeitdauer, nämlich bis zum Ablauf der Mietdauer – entzogen.

Im Folgenden sind verschiedene denkbare pathologische Konstellationen zu untersuchen, bei denen der Vorkaufsbelastete Änderungen am obligatorischen oder dinglichen Rechtsbestand am Grundstück vornimmt, wobei nicht alle Fälle von der Rechtsgewährleistung erfasst werden. Unterschieden werden muss, ob der Vorkaufsbelastete, nachdem der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat (aa), in der Zeitspanne zwischen dem Eintritt des Vorkaufsfalls und der Ausübung des Vorkaufsrechts (bb) oder vor dem Eintritt des Vorkaufsfalls (cc) den Rechtsbestand am Grundstück abändert. Abschliessend zu behandeln ist der Sonderfall, in dem der Vorkaufsbelastete eine Änderung des Rechtsbestands am Grundstück zugunsten des Vorkaufsberechtigten vornimmt (dd). 950

1936 SCHMID/STÖCKLI, Nr. 270; SCHUMACHER/RÜEGG, Nr. 95.

1937 Gl.M. KOLLER, Wohnliegenschaft, Nr. 59; SCHMID, ZBGR 2000, S. 356 f.; SCHÖNLE/HIGI, ZK, N 37 zu Art. 192 OR; a.M. BSK OR I-HONSELL, N 2 zu Art. 192.

1938 Die herrschende Lehre setzt für den Übergang des Mietverhältnisses über den Wortlaut von Art. 261 OR hinaus, der von «nach Abschluss des Mietvertrags» spricht, voraus, dass noch vor dem Eigentumswechsel dem Mieter die Mietsache übergeben worden ist: GUHL/KOLLER, N 72 zu § 44; HIGI, ZK, N 12 ff. zu Art. 261–261a OR; BSK OR I-WEBER, N 2 zu Art. 261.

aa) Änderung des Rechtsbestands am Grundstück nach Ausübung des Vorkaufsrechts

951 Als Erstes ist es denkbar, dass der Vorkaufsbelastete den obligatorischen oder dinglichen Rechtsbestand am Grundstück abändert, nachdem der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat, aber bevor dieser beim Grundbuchamt als neuer Grundeigentümer angemeldet worden ist. Der Vorkaufsbelastete bestellt beispielsweise nachträglich ein Pfandrecht, begründet eine belastende Dienstbarkeit, löscht eine berechtigende Grunddienstbarkeit oder schliesst einen Mietvertrag über das Grundstück ab.[1939] Da diese Änderung des Rechtsbestands erst nach dem Vertragsabschluss bzw. nach dem Zustandekommen des Hauptvertrags eingetreten ist, gelangt die Rechtsgewährleistung nicht zur Anwendung. Stattdessen haftet der Vorkaufsbelastete als Verkäufer wegen **nicht gehöriger Erfüllung des Grundstückkaufvertrags** nach Art. 97 OR.[1940] Das gilt gleichermassen für das unlimitierte wie das limitierte Vorkaufsrecht.

952 In Bezug auf das **vorgemerkte Vorkaufsrecht** ist daran zu erinnern, dass der Vorkaufsberechtigte, der von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch gemacht hat, die seit dem Eintritt des Vorkaufsfalls am Grundstück begründeten dinglichen – nicht aber obligatorischen – Rechte nach Massgabe des Art. 975 ZGB aus dem Grundbuch löschen kann.[1941] Entstehen dem Vorkaufsberechtigten aus diesem Löschungsverfahren ungedeckte Kosten, kann er den Vorkaufsbelasteten dafür wegen nicht gehöriger Erfüllung des Grundstückkaufvertrags nach Art. 97 OR haftbar machen.[1942]

953 Beim **nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht** hat der Vorkaufsberechtigte keine Handhabe, um gegen die nach dem Eintritt des Vorkaufsfalls aber vor der Eigentumsübertragung begründeten Rechte vorzugehen. Für den daraus resultie-

---

1939 Entgegen der Auffassung von SCHUMACHER/RÜEGG, Nr. 68, steht die nachträgliche Belastung des Grundstücks mit dinglichen Lasten einer Eintragung des Vorkaufsberechtigten als neuer Eigentümer im Grundbuch nicht entgegen. Der Grundbuchverwalter nimmt die Eintragung des Vorkaufsberechtigten als neuer Eigentümer gemäss Art. 965 Abs. 1 ZGB gestützt auf einen Ausweis über das Verfügungsrecht und einen Ausweis über den Rechtsgrund vor. Die nachträgliche Belastung des Grundstücks mit dinglichen Lasten lässt den Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung nicht entfallen.

1940 Vgl. FURRER, S. 23; GIGER, BK, N 43 zu Art. 192 OR; KELLER/SIEHR, S. 52; KOLLER, Wohnliegenschaft, Nr. 60; OSER/SCHÖNENBERGER, ZK, N 12 zu Art. 192 OR; SCHÖNLE/HIGI, ZK, N 13 und 45 in fine zu Art. 192 OR, die allerdings einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR befürworten.

1941 Vgl. oben Nr. 372 ff. und 383 und 400.

1942 Siehe auch BGer 5A_714/2008 vom 22. Dezember 2008, E. 3.1, betreffend ein vorgemerktes Kaufsrecht.

renden Schaden kann er den Vorkaufsbelasteten wegen nicht gehöriger Erfüllung des Grundstückkaufvertrags nach Art. 97 OR belangen.

bb) Änderung des Rechtsbestands am Grundstück zwischen Eintritt des Vorkaufsfalls und Ausübung des Vorkaufsrechts

954 Als Zweites ist der Fall denkbar, dass der Vorkaufsbelastete den obligatorischen oder dinglichen Rechtsbestand am Grundstück zwischen dem Eintritt des Vorkaufsfalls und der Ausübung des Vorkaufsrechts ändert. Art. 970 Abs. 4 ZGB fingiert, dass jedermann die Grundbucheintragungen kennt. Diese Fiktion schliesst zwar aus, dass der Erwerber eines Grundstücks sich gegenüber demjenigen, der ein beschränktes dingliches Recht am Grundstück geltend macht, darauf berufen kann, dessen im Grundbuch eingetragenes Recht nicht gekannt und deshalb das Grundstück ohne diese Belastung gutgläubig erworben zu haben. Doch hat die Öffentlichkeit des Grundbuchs nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht zur Folge, dass auch unter den Parteien des Grundstückkaufvertrags die Kenntnis der eingetragenen Rechte fingiert wird.[1943] Zwar spricht meines Erachtens eine natürliche Vermutung dafür, dass der Käufer Kenntnis von den im Grundbuch eingetragenen Rechten hat, doch dürfte diese Vermutung dann nicht mehr spielen, wenn der Verkäufer kurzfristig – wie im vorliegenden Zusammenhang zwischen dem Eintritt des Vorkaufsfalls und der Ausübung des Vorkaufsrechts – Änderungen am Rechtsbestand am Grundstück vornimmt. Nichtsdestotrotz ist es möglich, dass der Vorkaufsberechtigte bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts – also bis zum Zustandekommen des Hauptvertrags – Kenntnis vom geänderten Rechtsbestand erlangt, sei es, weil er Einsicht ins Grundbuch genommen hat, sei es, weil ihm der Vorkaufsbelastete davon Anzeige gemacht hat. Je nachdem kannte der Vorkaufsberechtigte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. des Zustandekommens des Hauptvertrags die Gefahr der Entwehrung im Sinn von Art. 192 Abs. 2 OR oder er kannte sie nicht. Hatte der Vorkaufsberechtigte **keine Kenntnis von der Gefahr der Entwehrung,** so wird der Vorkaufsbelastete ihm gegenüber für den nachträglich geänderten Rechtsbestand **rechtsgewährleistungspflichtig nach Art. 196 OR.**

955 **Kannte der Vorkaufsberechtigte** hingegen **die Gefahr der Entwehrung,** so besteht eine Rechtsmängelhaftung des Vorkaufsbelasteten als Verkäufer gemäss Art. 221 i.V.m. 192 Abs. 2 OR nur, wenn er sich ausdrücklich dazu verpflichtet hat. Zwar ist der Vorkaufsbelastete gegenüber dem Vorkaufsberechtigten verpflichtet, ihm das Grundstück mit jenem obligatorischen und dinglichen Rechts-

[1943] BGer vom 20. Februar 1997, in: BN 1997, S. 137 ff. (144), E. 3 (obiter dictum); SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 460; siehe auch GIGER, BK, N 55 zu Art. 192 OR; SCHUMACHER/RÜEGG, Nr. 97; a.M. dagegen FURRER, S. 94, BSK OR I-HONSELL, N 5 zu Art. 192, und SCHÖNLE/HIGI, ZK, N 55 f. zu Art. 192 OR, die diese Fiktion auch für das Verhältnis zwischen den Kaufvertragsparteien gelten lassen.

bestand zu übertragen, den es bereits im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls (beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht) bzw. im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags (beim absolut limitierten Vorkaufsrecht) aufwies[1944] – doch fehlt es in der Regel an einer Ausdrücklichkeit der diesbezüglichen Verpflichtung, sodass die Rechtsgewährleistung ausser Betracht fällt. Nach dem Gesagten bestehen die Ansprüche nach den Art. 97 ff. OR indes alternativ neben den Ansprüchen aus Rechtsgewährleistung.[1945] Zwar nimmt die Lehre an, dass der Käufer, der um die Gefahr der Entwehrung weiss, ebenso auf die Ansprüche aus Art. 97 ff. OR hinsichtlich des bekannten Rechtsmangels verzichtet. Doch stehe dem Käufer der Gegenbeweis offen.[1946] Meines Erachtens darf für das vorliegende Problem nun eben gerade nicht ein Verzicht des Vorkaufsberechtigten auf die Ansprüche aus Art. 97 ff. OR angenommen werden, sondern ist vielmehr vom Gegenteil auszugehen: Ändert der Vorkaufsbelastete den Rechtsbestand am Grundstück nach Eintritt des Vorkaufsfalls zulasten des Vorkaufsberechtigten ab, so handelt er diesem gegenüber vertragswidrig. Der Vorkaufsberechtigte mag durchaus noch immer ein Interesse am Erwerb dieses Grundstücks haben, nachdem Änderungen an dessen Rechtsbestand vorgenommen worden sind. Doch darf aus der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht der Schluss gezogen werden, der Vorkaufsberechtigte verzichte darauf, den Vorkaufsbelasteten für die nachtägliche Abänderung des Rechtsbestands am Grundstück haftbar zu machen. Es geht nicht an, dass die Folgen davon der Vorkaufsberechtigte zu tragen hat. Scheidet die Rechtsgewährleistung wegen Art. 192 Abs. 2 OR aus, so muss dem Vorkaufsberechtigten gegenüber dem Vorkaufsbelasteten zumindest ein **Schadenersatzanspruch wegen nicht gehöriger Erfüllung des Grundstückkaufvertrags** nach Art. 97 OR zustehen.

956 Das hier Ausgeführte gilt wiederum gleichermassen für das unlimitierte wie das limitierte Vorkaufsrecht. Für die **Besonderheiten des vorgemerkten Vorkaufsrechts** kann darauf verwiesen werden, was bereits im Zusammenhang mit der Änderung des Rechtsbestands am Grundstück nach der Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeführt worden ist.[1947]

cc) Änderung des Rechtsbestands am Grundstück vor Eintritt des Vorkaufsfalls

957 Als Drittes ist schliesslich denkbar, dass der Vorkaufsbelastete den obligatorischen oder dinglichen Rechtsbestand am Grundstück vor dem Eintritt des Vorkaufsfalls abändert. Was die rechtlichen Folgen anbelangt, so ist zwischen dem

---

1944 Vgl. oben Nr. 270, 276 f. und 930 f.
1945 Vgl. oben Nr. 947.
1946 GIGER, BK, N 57 ff. zu Art. 192 OR.
1947 Vgl. oben Nr. 952.

unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht einerseits (aaa) und dem absolut limitierten Vorkaufsrecht andererseits (bbb) zu unterscheiden.

aaa) Beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht

958 Beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht erlangt der Vorkaufsberechtigte mit der Ausübung des Vorkaufsrechts einen Anspruch darauf, das Grundstück mit jenem obligatorischen und dinglichen Rechtsbestand zu erwerben, den es im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls aufweist.[1948] Daher muss er sich die vor dem Eintritt des Vorkaufsfalls vorgenommenen Änderungen des Rechtsbestands am Grundstück grundsätzlich entgegenhalten lassen. Der Vorkaufsbelastete begeht **grundsätzlich keine Vertragsverletzung** gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, wenn er sein Grundstück vor Eintritt des Vorkaufsfalls mit Rechten belastet. Immerhin muss der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten über den Rechtsbestand am Grundstück in Kenntnis setzen, andernfalls er ihm gegenüber nach Massgabe von Art. 221 i.V.m. 192 Abs. 1 OR dafür Rechtsgewähr zu leisten hat. Bei den aus dem Grundbuch ersichtlichen Rechten besteht nach dem Gesagten immerhin eine natürliche Vermutung dafür, dass der Käufer davon Kenntnis hat.[1949] Auf die auf dem Grundstück lastenden Mietverträge muss der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten jedoch hinweisen.

959 Es ist bereits ausgeführt worden, dass der Vorkaufsbelastete den Eigentumserwerb des Vorkaufsberechtigten gefährden kann, wenn er am vorkaufsbelasteten Grundstück zugunsten eines Dritten ein **Kaufs- oder Rückkaufsrecht begründet** und dieses im Grundbuch vormerken lässt. Erwirbt der Vorkaufsberechtigte nämlich das Grundeigentum, hat der Dritte die Möglichkeit, durch Ausübung des vorgemerkten (Rück-)Kaufsrechts vom Vorkaufsberechtigten das Eigentum sogleich wieder herauszuverlangen. Soweit der Vorkaufsberechtigte über ein vorgemerktes Vorkaufsrecht verfügt, kann er zwar das rangschlechtere vorgemerkte (Rück-)Kaufsrecht des Dritten gestützt auf Art. 975 ZGB löschen lassen.[1950] Doch können ihm aus diesem Löschungsverfahren immerhin ungedeckte Kosten erwachsen. Der nicht vorgemerkte Vorkaufsberechtigte hat hingegen keine Handhabe, um gegen das vorgemerkte (Rück-)Kaufsrecht des Dritten vorzugehen. Der Vorkaufsbelastete, der im Nachgang zur Begründung eines Vorkaufsrechts zugunsten eines Dritten ein vormerkbares (Rück-)Kaufsrecht am Grundstück begründet, begeht gegenüber dem Vorkaufsberechtigten eine **positive Vertragsverletzung,** weil er dadurch das Ziel des Vorkaufsvertrags vereitelt oder zumindest gefährdet, und haftet deshalb aus Art. 97 OR.[1951] Problematisch ist allerdings, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Schadener-

[1948] Vgl. oben Nr. 270, 277 und 930.
[1949] Vgl. oben Nr. 954.
[1950] Vgl. oben Nr. 385.
[1951] Vgl. oben Nr. 158 f.

satzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung in zehn Jahren, gerechnet ab der Vertragsverletzung, verjährt.[1952] Wenn mehr als zehn Jahre zwischen der Verletzung des Vorkaufsvertrags und dem Eintritt des Vorkaufsfalls bzw. der Ausübung des Vorkaufsrechts vergehen und der Vorkaufsberechtigte in der Zwischenzeit keine verjährungsunterbrechenden Schritte unternommen hat, ist sein Schadenersatzanspruch mittlerweile verjährt. Aber dieses Ergebnis ist eine Folge der Rechtsprechung des Bundesgerichts und als solche hinzunehmen, bis der Gesetzgeber Abhilfe schafft.

bbb) Beim absolut limitierten Vorkaufsrecht

960 Beim absolut limitierten Vorkaufsrecht erlangt der ausübende Vorkaufsberechtigte einen Anspruch darauf, das Grundstück mit jenem obligatorischen und dinglichen Rechtsbestand zu erwerben, den es im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags aufgewiesen hat.[1953] Änderungen des Rechtsbestands am Grundstück, die der Vorkaufsbelastete im Nachgang zur Begründung des absolut limitierten Vorkaufsrechts vornimmt, können sich zulasten des Vorkaufsberechtigten auf das Wertgefüge des Vorkaufsvertrags auswirken. Soweit es um die nachträgliche Bestellung von **dinglichen Rechten** geht, besteht nach dem Gesagten eine natürliche Vermutung dafür, dass der Vorkaufsberechtigte von diesen im Zeitpunkt der Ausübungserklärung Kenntnis hat.[1954] Daher scheidet eine Rechtsgewährleistung nach Art. 221 i.V.m. 192 Abs. 2 OR aus. Doch muss man hier wiederum eine **nicht gehörige Erfüllung** des Grundstückkaufvertrags durch den Vorkaufsbelasteten annehmen, weshalb dieser dem Vorkaufsberechtigten für die nachträgliche Änderung des Rechtsbestands am Grundstück nach Art. 97 OR haftet.[1955] Soweit der Vorkaufsberechtigte über ein vorgemerktes Vorkaufsrecht verfügt, kann er immerhin die rangschlechteren dinglichen Rechte Dritter gestützt auf Art. 975 ZGB löschen lassen.[1956] Entstehen ihm aus diesem Löschungsverfahren ungedeckte Kosten, kann er den Vorkaufsbelasteten dafür wegen nicht gehöriger Erfüllung des Grundstückkaufvertrags nach Art. 97 OR haftbar machen. Der nicht vorgemerkte Vorkaufsberechtigte muss sich hingegen die nachträglich bestellten Grundstücksrechte Dritter entgegenhalten lassen. Für den daraus resultierenden Schaden kann er den Vorkaufsbelasteten aber gestützt auf Art. 97 OR wegen nicht gehöriger Erfüllung des Grundstückkaufvertrags belangen.[1957]

1952 BGE 137 III 16 ff. (21), E. 2.4.1.
1953 Vgl. oben Nr. 276 und 931.
1954 Vgl. oben Nr. 954.
1955 Vgl. bereits oben Nr. 955 mit ausführlicher Begründung.
1956 Vgl. oben Nr. 400.
1957 Siehe auch STREBEL, Nr. 1580.

961 Soweit es um nach Abschluss des Vorkaufsvertrags eingegangene **Mietverträge** geht, kommt es darauf an, ob der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten vor der Ausübung des Vorkaufsrechts darüber in Kenntnis gesetzt hat oder nicht. Im ersten Fall haftet der Vorkaufsberechtigte wie bei den nachträglich bestellten dinglichen Rechten wegen **nicht gehöriger Erfüllung** des Grundstückkaufvertrags nach Art. 97 OR. Im zweiten Fall muss er dem Vorkaufsberechtigten nach Massgabe von Art. 221 i.V.m. 192 Abs. 1 OR **Rechtsgewähr** leisten.

dd) Sonderfall: Änderung des Rechtsbestands am Grundstück zugunsten des Vorkaufsberechtigten

962 Eine Änderung des obligatorischen oder dinglichen Rechtsbestands am Grundstück muss nicht in jedem Fall zulasten, sondern kann durchaus **zugunsten des Vorkaufsberechtigten** ausfallen. So kann der Vorkaufsbelastete ein Pfandrecht oder eine belastende Dienstbarkeit löschen oder eine berechtigende Grunddienstbarkeit begründen. Bei einem unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht ist ein solches Vorgehen relevant, sofern es nach dem Eintritt des Vorkaufsfalls erfolgt,[1958] und bei einem absolut limitierten Vorkaufsrecht, sofern es nach dem Abschluss des Vorkaufsvertrags geschieht.[1959] So betrachtet, dürfte die vorliegende Problematik beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht eher theoretischer Natur sein, während sie beim absolut limitierten Vorkaufsrecht durchaus praktische Relevanz aufweisen dürfte.

963 Der Vorkaufsberechtigte erhält durch eine nachträgliche Änderung des obligatorischen oder dinglichen Rechtsbestands am Grundstück zu seinen Gunsten ein umfassenderes Eigentumsrecht am Grundstück eingeräumt, als er gemäss Vertrag beanspruchen darf. Er ist in diesem Umfang mit anderen Worten **ungerechtfertigt bereichert.**[1960] Diese Bereicherung hat er – als Wertersatz[1961] – gemäss Art. 62 Abs. 1 OR zurückzuerstatten. Da es sich für den Vorkaufsberechtigten allerdings um eine sogenannte aufgedrängte Bereicherung handelt, schuldet er in analoger Anwendung des Wertungsgedankens von Art. 672 Abs. 3 und Art. 940 Abs. 2 ZGB nur Ersatz in jenem Betrag, den die Bereicherung für ihn mindestens Wert ist.[1962] Allerdings ist bei einer Auflösung eines obligatorischen Mietverhältnisses im Einzelfall zu beurteilen, ob diese Änderung des obligatorischen Rechtsbestands am Grundstück auch tatsächlich zugunsten des Vorkaufsberechtigten erfolgte. Denn mit dem Mietvertrag sind für den Eigentümer durchaus willkommene Mietzinseinnahmen verbunden, sodass die Auflö-

---

1958 Vgl. oben Nr. 270, 277 und 930.
1959 Vgl. oben Nr. 276 und 931.
1960 Vgl. BGE 133 III 356 ff. (359), E. 3.2.1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1482.
1961 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1512.
1962 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1517b.

sung des Mietvertrags auch zum Nachteil des Vorkaufsberechtigten ausfallen kann.

b) Sachgewährleistungspflicht

964 Der Vorkaufsbelastete haftet als Verkäufer gemäss Art. 221 i.V.m. 197 Abs. 1 OR dem Vorkaufsberechtigten als Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, dass die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel hat, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern. Ein **Sachmangel** liegt auch dann vor, wenn dem Grundstück eine Spezieseigenschaft fehlt, die gemäss vertraglicher Vereinbarung geschuldet ist.[1963]

965 Der Vorkaufsbelastete hat als Verkäufer für Sachmängel am Grundstück einzustehen, wenn dieses im Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr nicht die zugesicherten oder erwarteten Eigenschaften aufweist. Regelmässig bestimmen die Parteien des Grundstückkaufvertrags selber den Übergang von Nutzen und Gefahr.[1964] Mangels einer diesbezüglichen Regelung enthält Art. 220 OR für den Grundstückkauf eine besondere Vermutung, was den Übergang von Nutzen und Gefahr anbelangt: Wird im Grundstückkaufvertrag ein bestimmter Zeitpunkt für die Übernahme des Grundstücks durch den Käufer – sprich: für die Besitzesübernahme[1965] – vertraglich festgelegt, so wird vermutet, dass Nutzen und Gefahr erst in diesem Zeitpunkt auf den Käufer übergehen. Es muss also im Einzelfall untersucht werden, ob der Vorkaufsvertrag oder – sofern dieser nicht abschliessend zu verstehen ist[1966] – subsidiär der Drittvertrag den Übergang von Nutzen und Gefahr selber regelt oder zumindest einen Zeitpunkt für die Besitzesübertragung vorsieht. Ist weder der Übergang von Nutzen und Gefahr noch ein Zeitpunkt für die Besitzesübertragung vertraglich vereinbart, so bleibt es bei der Regelung von Art. 185 OR: Danach gehen Nutzen und Gefahr der Sache grundsätzlich sogleich mit Vertragsabschluss bzw. mit dem Zustandekommen des Hauptvertrags, also mit dem Zugang der Ausübungserklärung beim Vorkaufsbelasteten, auf den Vorkaufsberechtigten über. Für die Sachgewährleistungspflicht des Vorkaufsbelasteten ist nun entscheidend, ob das Grundstück **im Zeitpunkt des** so bestimmten **Gefahrenübergangs mangelhaft** war.[1967]

966 Der Vorkaufsberechtigte muss gemäss Art. 221 i.V.m. 201 OR das Grundstück nach der Übernahme auf Mängel hin untersuchen und, falls er solche vorfindet, diese dem Vorkaufsbelasteten sofort anzeigen. Ihm stehen alsdann die Mängelrechte nach den Art. 221 i.V.m. 205 ff. OR zur Verfügung. Es handelt sich um

---

1963 BSK OR I-HONSELL, N 2 zu Art. 197; SCHÖNLE/HIGI, ZK, N 66 zu Art. 197 OR.
1964 BSK OR I-KOLLER, N 1 zu Art. 220.
1965 SCHMID/STÖCKLI, Nr. 659 f.
1966 Vgl. oben Nr. 911, 913 f. und 916.
1967 Vgl. SCHMID/STÖCKLI, Nr. 338.

eigene Mängelrechte des Vorkaufsberechtigten, die er aus dem Hauptvertrag ableiten kann. Diese Mängelrechte dürften zwar oftmals identisch sein mit denjenigen, die dem Dritten aus dem Drittvertrag zustehen würden, wenn dieser das Grundstück übertragen erhielte, müssen aber nicht. Dies gilt es zu betonen gegenüber einer Lehrmeinung, nach welcher der Vorkaufsberechtigte in die Mängelrechte des Drittkäufers eintrete.[1968] Dass dem Vorkaufsberechtigten eigenständige Mängelrechte zustehen, zeigt sich einmal darin, dass die Parteien des Vorkaufsvertrags eigene Abreden über die Sachgewährleistung treffen können.[1969] Aber auch Zusicherungen des Vorkaufsbelasteten können gegenüber dem Vorkaufsberechtigten anders ausfallen als gegenüber dem Dritterwerber.[1970] Und sodann ist es denkbar, dass ein mündlicher Ausschluss der Sachgewährleistung im Drittvertrag, der dem Vorkaufsberechtigten nicht mitgeteilt wird, zwar gegenüber dem Dritterwerber gilt, nicht aber gegenüber dem Vorkaufsberechtigten.[1971] Die Mängelrechte des Vorkaufsberechtigten verjähren gemäss Art. 219 Abs. 3 OR mit Auflauf von fünf Jahren vom Erwerb des Eigentums, also vom Zeitpunkt der Tagebuchanmeldung an gerechnet.[1972]

Nach allgemeinen Ausführungen (aa) ist insbesondere auf die Sachgewährleistung für bauliche Veränderungen (bb) näher einzugehen. 967

aa) Im Allgemeinen

Der Vorkaufsbelastete hat als Verkäufer nach den Regeln der Sachgewährleistung einzustehen, wenn das Grundstück mangelhaft ist, weil ihm **im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs zugesicherte oder zum Gebrauch vorausgesetzte Eigenschaften fehlen** (vgl. Art. 221 i.V.m. 197 Abs. 1 OR). Denkbar ist einerseits, dass das Grundstück bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags einen Sachmangel aufwies. Andererseits ist denkbar, dass das Grundstück im Lauf der Zeit – selbst ohne absichtliches oder fahrlässiges Zutun des Vorkaufsbelasteten – einen Sachmangel «entwickelt». Für solche Sachmängel hat der Vorkaufsbelastete gegenüber dem Vorkaufsberechtigten grundsätzlich 968

1968 Siehe SIMONIUS/SUTTER, N 73 zu § 11.

1969 Vgl. unten Nr. 978.

1970 Vgl. oben Nr. 919.

1971 Diese Konstellation ist indes nur denkbar, wenn der Ausschluss der Sachgewährleistung für keine der Parteien einen subjektiv wesentlichen Vertragspunkt darstellt. In der Regel dürfte es sich aber gerade umgekehrt verhalten. Dann hat ein mündlicher Ausschluss der Sachgewährleistung mangels öffentlicher Beurkundung eines subjektiv wesentlichen Vertragspunkts nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Nichtigkeit des Drittvertrags zur Folge: vgl. dazu SCHUMACHER/RÜEGG, Nr. 332, mit Hinweisen. Im Fall der Nichtigkeit des Drittvertrags würde auch der Vorkaufsfall entfallen: vgl. oben Nr. 539.

1972 A.M. STREBEL, Nr. 1411, der für den Beginn des Fristenlaufs auf den Eintritt des Vorkaufsfalls abstellen will.

nach Art. 221 i.V.m. 197 Abs. 1 OR einzustehen, da die Sachmängelhaftung mit Ausnahme des Ersatzes für weiteren Schaden nach Art. 208 Abs. 3 OR verschuldensunabhängig ist.[1973] Der Vorkaufsberechtigte muss zur Wahrung seiner Rechte den Mangel – selbst wenn er bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags Bestand hatte – nach Inbesitznahme des Grundstücks innert der Frist von Art. 201 OR rügen. Anders möchte es STREBEL dann handhaben, wenn der Vorkaufsberechtigte bereits vorgängig zum Vorkaufsfall die Verfügungsgewalt über das Vorkaufsobjekt erlangt hat, so insbesondere beim gesetzlichen oder vertraglichen Vorkaufsrecht des Pächters.[1974] Denn dieser könne nach der Besitzesübernahme das Vorkaufsobjekt bereits auf allfällige Mängel hin untersuchen und diese gegebenenfalls sofort rügen. Dasselbe müsste konsequenterweise auch bei einem vertraglichen Vorkaufsrecht eines Mieters gelten. Diese Auffassung ist indes abzulehnen. Das Miet- und Pachtrecht kennt im Gegensatz zum Kaufrecht keine Untersuchungs- und Rügeobliegenheit des Mieters bzw. Pächters analog zu Art. 201 OR. Soweit der Vorkaufsberechtigte bloss als Mieter oder Pächter im Besitz des Vorkaufsobjekts ist, darf von ihm demnach keine Untersuchung des Vorkaufsobjekts und insbesondere keine sofortige Anzeige von Mängeln erwartet werden. Erlangt der vorkaufsberechtigte Mieter oder Pächter dennoch während des Miet- oder Pachtverhältnisses Kenntnis vom Mangel am Vorkaufsobjekt, so stehen ihm die Mängelrechte nach Massgabe der Art. 259a ff. OR bzw. Art. 288 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 259a ff. OR zur Verfügung.

bb) Sachgewährleistung für bauliche Veränderungen im Besonderen

969 Ein Sachmangel liegt nach dem Gesagten auch dann vor, wenn dem Grundstück eine Spezieseigenschaft fehlt, die gemäss vertraglicher Vereinbarung geschuldet ist.[1975] Im Zusammenhang mit einem ausgeübten Vorkaufsrecht kann eine solche Sachmängelhaftung insbesondere dann aktuell werden, wenn am Grundstück bauliche Veränderungen vorgenommen worden sind. Im Einzelnen ist zu unterscheiden zwischen dem unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht einerseits (aaa) und dem absolut limitierten Vorkaufsrecht andererseits (bbb). Schliesslich ist der Sonderfall zu behandeln, in dem das Grundstück durch bauliche Veränderungen eine Wertsteigerung erfahren hat (ccc).

1973 MEIER-HAYOZ, BK, N 280 zu Art. 681 ZGB; SIMONIUS/SUTTER, N 73 zu § 11, die allerdings eine andere Auffassung vertreten, soweit ein limitiertes Vorkaufsrecht in Frage steht und es um Mängel geht, die ohne Verschulden des Vorkaufsbelasteten nach Abschluss des Vorkaufsvertrags entstanden sind.

1974 STREBEL, Nr. 1414 ff. und 1586 ff.

1975 Vgl. oben Nr. 964.

aaa) Beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht

970 Nach dem bereits Ausgeführten entspricht es beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht dem mutmasslichen Willen der Vorkaufsvertragsparteien, dass der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall das Grundstück in jener baulichen Ausgestaltung soll erwerben können, die es in diesem Zeitpunkt aufweist.[1976] Für bauliche Veränderungen am Grundstück, die vor dem Eintritt des Vorkaufsfalls erfolgen, kann der Vorkaufsbelastete somit nicht haftbar gemacht werden. Sollte der Vorkaufsbelastete hingegen **im Nachgang zum Vorkaufsfall** bauliche Veränderungen am Grundstück vornehmen, beispielsweise ein Gebäude abbrechen, so kann er den Grundstückkaufvertrag gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nicht gehörig erfüllen. Denn die bauliche Ausgestaltung des Grundstücks zum Zeitpunkt des Vorkaufsfalls gehört nach dem Gesagten zu den stillschweigend vereinbarten Spezieseigenschaften des geschuldeten Grundstücks.[1977] Für diesen **Sachmangel** hat der Vorkaufsbelastete gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nach Art. 221 i.V.m. 197 Abs. 1 OR einzustehen.

971 Nun ist es aber denkbar, dass **der Vorkaufsberechtigte** im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts von der – nach Eintritt des Vorkaufsfalls vorgenommenen – baulichen Veränderung **Kenntnis hat.** Diesfalls scheidet eine Sachgewährleistung des Vorkaufsbelasteten gestützt auf Art. 221 i.V.m. 200 Abs. 1 OR aus. Nach dem Gesagten bestehen die Ansprüche aus Art. 97 ff. OR indes alternativ neben den Ansprüchen aus Sachgewährleistung.[1978] Zwar nimmt die Lehre an, dass für den Käufer, der bereits vor dem Vertragsabschluss Kenntnis vom Sachmangel hat, grundsätzlich auch die Ansprüche aus Art. 97 ff. OR hinsichtlich des bekannten Sachmangels entfallen.[1979] Doch ist meines Erachtens für das vorliegende Problem – wie bei der analogen Sachlage bei der Rechtsgewährleistung[1980] – eine Ausnahme angebracht: Der Vorkaufsberechtigte hat einen Anspruch darauf, im Vorkaufsfall das Grundstück in jener baulichen Ausgestaltung zu erwerben, die es im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls aufweist. Nimmt der Vorkaufsbelastete nach Eintritt des Vorkaufsfalls bauliche Veränderungen am Grundstück vor, so handelt er vertragswidrig gegenüber dem Vorkaufsberechtigten. Es geht nicht an, dass die Folgen davon der Vorkaufsberechtigte zu tragen hat. Scheidet die Sachgewährleistung wegen Art. 200 Abs. 1 OR aus, so muss dem Vorkaufsberechtigten gegenüber dem Vorkaufsbelasteten zumindest ein Schadenersatzanspruch wegen *nicht gehöriger Erfüllung* des Grundstückkaufvertrags nach Art. 97 OR zustehen.

1976 Vgl. oben Nr. 270, 277 und 930.
1977 Vgl. oben Nr. 929 f.
1978 Vgl. oben Nr. 947.
1979 SCHÖNLE/HIGI, ZK, N 3 in fine zu Art. 200 OR.
1980 Vgl. oben Nr. 955.

bbb) Beim absolut limitierten Vorkaufsrecht

972 Wie bereits ausgeführt worden ist, entspricht es beim absolut limitierten Vorkaufsrecht dem mutmasslichen Parteiwillen, dass der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall das Grundstück in jener **baulichen Ausgestaltung** soll erwerben können, die es **zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags** aufgewiesen hat.[1981] Da zwischen der Begründung des Vorkaufsrechts und einem allfälligen Eintritt des Vorkaufsfalls und der anschliessenden Ausübung des Vorkaufsrechts Jahre vergehen können, liegt die Möglichkeit auf der Hand, dass sich der bauliche Zustand des Grundstücks in der Zwischenzeit verändert hat.

973 Zunächst einmal ist es denkbar, dass der Vorkaufsbelastete über all die Jahre zwar keine baulichen Veränderungen am Grundstück vorgenommen hat, die Liegenschaft aber der **ordentlichen Abnützung** ausgesetzt war, sich die bauliche Substanz des Grundstücks mit anderen Worten verändert hat, beispielsweise weil der Verputz abzubröckeln begann. Sofern der Vorkaufsbelastete den gewöhnlichen Unterhalt der Liegenschaft besorgt hat, reicht dies aus, und das Grundstück weist die vertraglich geschuldete bauliche Ausgestaltung auf.[1982] In einem solchen Fall fehlt dem Grundstück keine (stillschweigend) vereinbarte Spezieseigenschaft, und es liegt **kein Sachmangel** vor. Denkbar ist allerdings, dass dem Grundstück durch die ordentliche Abnützung nun eine andere zugesicherte oder zum Gebrauch vorausgesetzte Eigenschaft fehlt,[1983] beispielsweise weil das Dach undicht geworden ist, wofür der Vorkaufsbelastete einzustehen hat.

974 Daneben ist es aber auch denkbar, dass der Vorkaufsbelastete im Nachgang zum Abschluss des Vorkaufsvertrags **bauliche Veränderungen** am Grundstück vorgenommen, beispielsweise ein Gebäude abgebrochen hat. Kommt es in der Folge zum Eintritt des Vorkaufsfalls und übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, kann der Vorkaufsbelastete den zustande gekommenen Grundstückkaufvertrag gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nicht gehörig erfüllen. Denn die bauliche Ausgestaltung des Grundstücks zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags gehört nach dem Gesagten zu den stillschweigend vereinbarten Spezieseigenschaften des geschuldeten Grundstücks.[1984] Für diesen **Sachmangel** hat der Vorkaufsbelastete gegenüber dem Vorkaufsberechtigten einzustehen. In der Regel wird der Vorkaufsberechtigte im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts Kenntnis von diesen baulichen Veränderungen gehabt haben. In diesem Fall scheidet zwar eine Sachgewährleistung des Vorkaufsbelasteten gestützt auf Art. 221 i.V.m. 200 Abs. 1 OR aus.[1985] Stattdessen haftet

---

1981 Vgl. bereits oben Nr. 276 und 931.

1982 Vgl. auch SIMONIUS/SUTTER, N 73 zu § 11.

1983 Vgl. oben Nr. 968.

1984 Vgl. oben Nr. 929 und 931.

1985 A.M. MEIER-HAYOZ, BK, N 280 zu Art. 681 ZGB.

dieser aber gegenüber dem Vorkaufsberechtigten wegen nicht gehöriger Erfüllung des Grundstückkaufvertrags nach Art. 97 OR.[1986]

ccc) Sonderfall: Wertsteigerung des Grundstücks durch bauliche Veränderungen

975 Das Grundstück kann im Lauf der Zeit nicht nur eine Wertverminderung, sondern auch eine Wertsteigerung erfahren. Es stellt sich die Frage, welche Auswirkungen eine Wertzunahme des Grundstücks auf das Verhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten hat. Beim absolut limitierten Vorkaufsrecht kann eine solche Wertsteigerung rechtlich relevant sein, sofern sie in der Zeitspanne zwischen dem Abschluss des Vorkaufsvertrags und der Ausübung des Vorkaufsrechts geschieht,[1987] und beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht, sofern die Wertsteigerung in der Zeitspanne zwischen dem Eintritt des Vorkaufsfalls und der Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt.[1988] Im Folgenden geht es nur um die Frage des **Mehrwerts durch bauliche Veränderungen,** während auf die Frage des Mehrwerts durch konjunkturelle Veränderungen an anderer Stelle zurückzukommen sein wird.[1989]

976 Oftmals enthält der absolut limitierte Vorkaufsvertrag explizit eine Bestimmung, wonach sich der Kaufpreis zuzüglich wertvermehrender Investitionen verstehe.[1990] In diesem Fall muss der Vorkaufsberechtigte den Vorkaufsbelasteten für die wertvermehrenden Investitionen vollumfänglich entschädigen. Mangels einer solchen Vereinbarung rechtfertigt sich meines Erachtens die **analoge Anwendung von Art. 671 f. ZGB:**[1991] Soweit die Trennung des für den nachträglichen Bau verwendeten Materials ohne unverhältnismässige Schädigung des Grundstücks möglich ist, darf der Vorkaufsbelastete die Trennung des Materials vor der Grundstücksübertragung vornehmen, allerdings – im Gegensatz zur Regelung von Art. 671 Abs. 2 ZGB – auf eigene Kosten, da er diese bauliche Veränderung selber veranlasst hat. Auch der Vorkaufsberechtigte kann vor oder nach der Grundstücksübertragung geltend machen, dass das Material auf Kosten des Vorkaufsbelasten weggeschafft wird (Art. 671 Abs. 3 ZGB analog). Soweit keine Trennung des Materials vom Boden stattfindet – sei es, weil dies mit einer unverhältnismässigen Schädigung des Grundstücks verbunden wäre, sei es, weil

---

1986 Siehe die ausführliche Begründung beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht bereits oben Nr. 971.

1987 Vgl. oben Nr. 276 und 931.

1988 Vgl. oben Nr. 270, 277 und 930.

1989 Vgl. unten Nr. 996.

1990 Vgl. als Beispiel aus der Praxis BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, Sachverhalt lit. A.

1991 Ähnlich MEIER-HAYOZ, BK, N 282 f. zu Art. 681 ZGB, und RUBIDO, Nr. 606, die eine Analogie zu Art. 65 OR herstellen.

weder der Vorkaufsberechtigte noch der Vorkaufsbelastete auf einer solchen Trennung bestehen – hat der Vorkaufsberechtigte für das Material eine Entschädigung zu leisten (Art. 672 Abs. 1 ZGB analog), wobei die Entschädigung darauf beschränkt ist, was ihm die bauliche Veränderung allermindestens Wert ist (Art. 672 Abs. 3 ZGB analog; sogenannte aufgedrängte Bereicherung).

c) Zur Freizeichnung von der Rechts- und Sachgewährleistung

977 Die Bestimmungen über die Rechts- und Sachgewährleistung im Kaufrecht stellen **dispositives Recht** dar. So können die Vertragsparteien gemäss Art. 221 i.V.m. 192 Abs. 3 und Art. 199 OR die Gewährspflicht wegen Rechts- und Sachmängel wegbedingen – unzulässig ist eine solche Freizeichnung nach den genannten Bestimmungen einzig, soweit der Verkäufer den Rechts- oder Sachmangel absichtlich verschweigt.

978 Befindet sich im Drittvertrag eine Freizeichnung von der Rechts- und Sachgewährleistung, ist zu prüfen, ob diese auch gegenüber dem Vorkaufsberechtigten gilt. Ist der Vorkaufsvertrag als abschliessende Regelung zu betrachten, was regelmässig auf den limitierten Vorkaufsvertrag zutrifft, so muss die Freizeichnungsklausel direkt **im Vorkaufsvertrag** enthalten sein, ansonsten der Vorkaufsberechtigte nicht daran gebunden ist.[1992] Ist der Vorkaufsvertrag hingegen nicht als abschliessende Regelung zu betrachten und enthält er selber keine Abrede über die Rechts- und Sachgewährleistung, kommt die **im Drittvertrag** enthaltene Freizeichnung auch im Hauptvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten zur Anwendung.[1993]

979 In diesem Fall besteht regelmässig das Problem, dass dem Vorkaufsberechtigten – im Gegensatz zum Dritterwerber – die Hintergründe, die zu diesem vertraglichen Haftungsausschluss geführt haben, nicht bekannt sind. STREBEL postuliert für diesen Fall eine Aufklärungspflicht des Vorkaufsbelasteten: Dieser müsse den Vorkaufsberechtigten von sich aus über die Hintergründe informieren, die zu dieser Freizeichnung geführt haben. Unterlasse er dies, riskiere er, dass das Gericht im Streitfall eine Freizeichnungsklausel für ungültig erkläre.[1994] Eine **Aufklärungspflicht des Vorkaufsbelasteten** ist nach der hier vertretenen Auffassung allerdings nur restriktiv anzunehmen. Denn primär ist es die Aufgabe des Vorkaufsberechtigten, durch entsprechende Nachforschungen und entsprechendes Nachfragen sich selber die Informationen über die Hintergründe dieser Freizeichnungsklausel zu beschaffen.[1995] Nur wenn diese Bemühungen des Vorkaufsberechtigten nicht zum Ziel führen, ist eine Aufklärungspflicht des Vorkaufsbelasteten anzunehmen. Die Verletzung dieser Aufklärungspflicht kann

---

1992 Vgl. bereits oben Nr. 910 und 915.

1993 Vgl. bereits oben Nr. 911, 913 f. und 916.

1994 STREBEL, Nr. 1407 f.

1995 Siehe HARTMANN, Informationspflichten, Nr. 77. Vgl. bereits oben Nr. 776.

dann durchaus die Unverbindlichkeit der Freizeichnungsklausel zur Folge haben.[1996] Besteht allerdings der Informationsvorsprung des Vorkaufsbelasteten darin, dass er um den Rechts- oder Sachmangel des Grundstücks weiss, so ist die Freizeichnung schon deswegen ungültig, weil er den Mangel absichtlich verschwiegen hat.

4. Pflicht des Vorkaufsberechtigten zur Bezahlung des Kaufpreises

Was die Pflicht des Vorkaufsberechtigten zur Bezahlung des Kaufpreises anbelangt, interessiert zunächst die Höhe des Kaufpreises (A). Anschliessend kommen Einzelfragen bei der Erfüllung der Kaufpreisschuld (B) zur Sprache. 980

A) Höhe des Kaufpreises

Als Faustregel kann festgehalten werden, dass sich die Höhe des Kaufpreises beim unlimitierten Vorkaufsrecht aus dem Vertrag zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Dritten (vgl. Art. 216d Abs. 3 OR) und beim limitierten Vorkaufsrecht aus dem Vorkaufsvertrag selber ergibt.[1997] Demnach muss im Folgenden unterschieden werden zwischen dem unlimitierten (a) und dem limitierten Vorkaufsrecht (b). 981

a) Bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht

Zunächst behandle ich den Normalfall (aa), wie bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht der Kaufpreis zu bestimmen ist. Anschliessend erläutere ich die Besonderheiten bei einer im Drittvertrag vereinbarten Nebenleistung (bb), bei einem Vorkaufsrecht an einem Realteil oder ideellen Teil eines Grundstücks und beim Mengenkauf (cc) sowie bei einem Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt (dd). 982

aa) Im Normalfall

Bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht haben die Parteien im Vorkaufsvertrag den Kaufpreis nicht zum Voraus bestimmt (vgl. Art. 216 Abs. 3 OR).[1998] In diesem Fall kann der Vorkaufsberechtigte, der von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht, das Grundstück gemäss Art. 216d Abs. 3 OR zu den Bedingungen erwerben, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat. Der vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtende Kaufpreis stimmt demnach mit dem **im Dritt-** 983

1996 Vgl. HARTMANN, Informationspflichten, Nr. 214, zur Teilunverbindlichkeit des Vertrags wegen Grundlagenirrtums der nicht aufgeklärten Partei.

1997 Siehe auch RUBIDO, Nr. 495; SCHMID, Neuerungen, S. 83.

1998 Vgl. bereits oben Nr. 270.

vertrag vereinbarten Kaufpreis überein.[1999] Er umfasst auch den Mäklerlohn, sofern der Dritte diesen ebenfalls hätte bezahlen müssen.[2000] Der Verkäufer kann vom Vorkaufsberechtigten aber keinen höheren Preis verlangen, als mit dem Dritten vereinbart.[2001] Daran ändert sich nichts, wenn der Kaufpreis mit Rücksicht auf die Person des Dritterwerbers aus persönlichen Gründen etwas tiefer angesetzt worden ist.[2002] Im Einzelfall zu prüfen bleibt dann allerdings, ob überhaupt noch ein Vorkaufsfall vorliegt oder dieser nicht etwa wegen einer gemischten Schenkung ausscheidet.[2003]

bb) Bei einer im Drittvertrag vereinbarten Nebenleistung

984 Verpflichtet sich der Dritte im Drittvertrag über die Kaufpreiszahlung hinaus zu einer Nebenleistung,[2004] **schuldet der unlimitiert Vorkaufsberechtigte,** der sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat, nebst dem Kaufpreis grundsätzlich auch diese **Nebenleistung.** Denn gemäss Art. 216d Abs. 3 OR kann er «das Grundstück zu den Bedingungen erwerben, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat», schuldet also auch eine allfällig im Drittvertrag vereinbarte Nebenleistung. Davon erfasst sind auch die Beurkundungskosten, die der Käufer gemäss dem dispositiven Art. 188 OR zu tragen hat.[2005]

985 Ist der Vorkaufsberechtigte hingegen nicht imstande, die Nebenleistung in natura zu erbringen, so muss diese **in eine Geldschuld** von entsprechendem Wert **umgewandelt** werden, die der Vorkaufsberechtigte nebst dem vereinbarten Kaufpreis zu entrichten hat.[2006] Art. 1271 Abs. 3 des OR-Revisionsentwurfs von 1905 regelte diesen Sachverhalt zutreffend wie folgt: «Ist die Erfüllung von Leistungen, die der Dritte versprochen hat, dem Vorkäufer nicht möglich, so hat er dem Verkäufer deren Wert zu ersetzen».[2007] Auch wenn diese Regelung nicht Eingang ins positive Gesetzesrecht gefunden hat, ist ihre Anwendung gerecht-

---

1999 BGE 134 III 597 ff. (605), E. 3.4.1; EMERY, Nr. 498; CR OR I-FOËX, N 16 zu Art. 216d; MEIER-HAYOZ, BK, N 248 zu Art. 681 ZGB; RUBIDO, Nr. 495; SCHMID, Neuerungen, S. 83; STEINAUER, droits réels, Nr. 1739.

2000 BGE 78 II 354 ff. (359 f.), E. 3; STEINAUER, droits réels, Nr. 1739a.

2001 BGE 102 II 243 ff. (251), E. 4; STEINAUER, droits réels, Nr. 1739a.

2002 BGE 102 II 243 ff. (250), E. 4; a.M. MEIER-HAYOZ, BK, N 250 zu Art. 681 ZGB.

2003 Vgl. oben Nr. 612 in fine und 673 f.

2004 Vgl. dazu oben Nr. 597 ff., wonach die Vereinbarung einer Nebenleistungspflicht in einem Kaufvertrag den Eintritt des Vorkaufsfalls nicht hindert.

2005 WIEDERKEHR, S. 184 in fine.

2006 BBl 1988 III 1081; BGE 134 III 597 ff. (605), E. 3.4.1; CR OR I-FOËX, N 16 zu Art. 216d; SCHMID/STÖCKLI, Nr. 528; VISCHER, S. 85. Siehe bereits zum alten Recht MEIER-HAYOZ, BK, N 249 zu Art. 681 ZGB.

2007 BBl 1905 II 145.

fertigt:[2008] Dem Vorkaufsberechtigten soll kein materieller Vorteil daraus erwachsen, dass er die Nebenleistung nicht in natura erbringen kann. Können sich Vorkaufsbelasteter und Vorkaufsberechtigter über den Wert der Nebenleistung einigen, so ist dieser massgebend. Andernfalls ist er durch ein gerichtliches Gutachten zu bestimmen.

986 Ist der Wert der **Nebenleistung**, die der Vorkaufsberechtigte – im Gegensatz zum Drittkäufer – nicht in natura erbringen kann, **nicht in Geld schätzbar**, dann **entfällt** die Nebenleistungspflicht ersatzlos.[2009] Da die Nebenleistungspflicht keinen Geldwert aufweist, resultiert aus ihrem Wegfall auch kein materieller Vorteil für den Vorkaufsberechtigten.

cc) Bei einem Vorkaufsrecht an einem Realteil oder ideellen Teil eines Grundstücks und beim Mengenkauf

987 Veräussert der Vorkaufsbelastete im Drittvertrag sein ganzes Grundstück, besteht aber zugunsten des Vorkaufsberechtigten nur ein Vorkaufsrecht an einem Realteil oder (künftigen) ideellen Anteil davon, so löst dies nach dem Gesagten ebenfalls den Vorkaufsfall aus.[2010] Dasselbe gilt, wenn der Vorkaufsbelastete beim Mengenkauf das Vorkaufsobjekt zusammen mit weiteren Gegenständen zu einem Gesamtpreis an einen Dritten veräussert.[2011] In all diesen Fällen besteht das Problem, dass das mit dem Dritten im Drittvertrag vereinbarte Entgelt mehr Leistungen des Vorkaufsbelasteten abgilt, als der Vorkaufsberechtigte beanspruchen darf, wenn er von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht: Denn der Vorkaufsberechtigte erlangt einzig einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Vorkaufsobjekt.[2012] Diesfalls kann man nicht unbesehen die Bestimmung von Art. 216d Abs. 3 OR anwenden, also den unlimitiert Vorkaufsberechtigten das Vorkaufsobjekt zu denselben Bedingungen erwerben lassen, wie sie mit dem Dritten vereinbart worden sind. Dennoch rechtfertigt sich meines Erachtens immerhin insofern eine analoge Anwendung von Art. 216d Abs. 3 OR, als zur Bestimmung des vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtenden Preises **das Wertverhältnis von Leistung zu Gegenleistung gemäss Drittvertrag gewahrt** wird. Es läuft auf dieselbe Berechnungsmethode hinaus, wie sie im Zusammenhang mit der Minderung des Kaufpreises unter dem Titel der «relativen Methode» bekannt ist.[2013]

2008 REY, ZSR 1994, S. 60, spricht von einem «Weg über die richterliche Lückenfüllung».

2009 Vgl. zum Ganzen mit einlässlicher Begründung bereits oben Nr. 602.

2010 Vgl. dazu oben Nr. 594.

2011 Vgl. dazu oben Nr. 592.

2012 Vgl. dazu oben Nr. 932 ff. und 935.

2013 Vgl. zur «relativen Methode» BGE 111 II 162 ff. (163), E. 3a; SCHMID/STÖCKLI, Nr. 402.

988 Zur Bestimmung des Kaufpreises bei einem Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks stellte das Bundesgericht in einem amtlich publizierten Entscheid auf den **Durchschnittspreis pro Quadratmeter der gesamten verkauften Bodenfläche** ab und multiplizierte diesen mit der Fläche des vorkaufsbelasteten Realteils. Diese Berechnungsweise hielt das Gericht jedenfalls solange für angebracht, als keine Anhaltspunkte für eine andere Bewertung der Vorkaufsparzelle vorliegen würden.[2014] Diese Rechtsprechung verdient Zustimmung.[2015] Denn durch dieses Vorgehen bleibt das Wertverhältnis, welches dem Drittvertrag zugrunde liegt, gewahrt und wird auf den Hauptvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten übertragen. Eine analoge Lösung drängt sich auch bei einem Vorkaufsrecht an einem (künftigen) ideellen Anteil an einem Grundstück auf: Hier ergibt die ideelle (Wert-)Quote multipliziert mit dem im Drittvertrag vereinbarten Veräusserungspreis für das ganze Grundstück den vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtenden Kaufpreis.

989 Eine andere Lösung muss – beim Vorkaufsrecht an einem Realteil eines Grundstücks – hingegen gesucht werden, wenn der Quadratmeterpreis über die ganze Grundstücksfläche betrachtet divergiert, was insbesondere dann der Fall ist, wenn ein Teil des Grundstücks überbaut und der andere Teil nicht überbaut ist. In diesem Fall muss eine **Verkehrswertschatzung des vorkaufsbelasteten Realteils einerseits und der restlichen Grundstücksfläche andererseits** durchgeführt werden. Der im Drittvertrag vereinbarte Kaufpreis muss anschliessend ins Verhältnis gesetzt werden zum Verkehrswert beider Grundstücksteile zusammen. Unter Wahrung dieses Wertverhältnisses kann anschliessend, nun auf der Basis des Verkehrswerts des vorkaufsbelasteten Realteils, der vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtende Kaufpreis ermittelt werden.[2016] Das analoge Vorgehen halte ich auch beim Mengenkauf für angebracht.[2017]

990 Denkbar ist auch, dass die Parteien **im Drittvertrag den Kaufpreis** nach dem vorkaufsbelasteten Realteil einerseits und dem Rest des Grundstücks andererseits **aufschlüsseln.** Ebenso ist denkbar, dass bei einem Mengenkauf die Parteien im Drittvertrag die Preise für die einzelnen Kaufgegenstände einzeln auflisten. Es stellt sich die Frage, ob der Vorkaufsberechtigte, was den Preis für das Vorkaufsobjekt anbelangt, daran gebunden ist. Meines Erachtens spricht nichts dagegen, dass der Vorkaufsberechtigte sich mit dem im Drittvertrag für das Vorkaufsobjekt ausgewiesenen Kaufpreis abfinden und zu diesem Preis erwer-

---

2014 BGE 81 II 502 ff. (510), E. 8.

2015 Zustimmend auch MÜLLER, BlAgR, S. 63; STEINAUER, droits réels, Nr. 1739a; STREBEL, Nr. 1398.

2016 Siehe zum Ganzen auch STREBEL, Nr. 1399 f.

2017 Siehe auch ALLGÄUER, S. 83.

ben kann.[2018] Um ihn allerdings vor Bestrebungen der Drittvertragsparteien, den Preis für das Vorkaufsobjekt zu hoch auszuweisen, zu schützen, muss es ihm offen stehen, eine Kaufpreisberechnung nach der oben erwähnten Methode mittels Verkehrswertschatzung zu verlangen. Eine solche Berechnung kann er auch noch im Nachgang zur Ausübungserklärung verlangen, solange er sich nicht ausdrücklich oder stillschweigend mit dem im Drittvertrag ausgewiesenen Kaufpreis für das Vorkaufsobjekt einverstanden erklärt hat.

dd) Bei einem Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt

Art. 216d Abs. 3 OR ist auf den Verkauf von Grundstücken zugeschnitten. Wird der Vorkaufsfall durch ein Rechtsgeschäft ausgelöst, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, kann diese Bestimmung nur – aber immerhin – analog angewandt werden.[2019] Zwei Fälle seien in diesem Zusammenhang herausgegriffen: erstens der Fall, in dem die im Drittvertrag vereinbarte Gegenleistung nicht in Geld besteht (aaa), und zweitens der Fall, in dem im Drittvertrag die wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Grundstück veräussert wird (bbb). 991

aaa) Bei einer im Drittvertrag vereinbarten Gegenleistung, die nicht in Geld besteht

Verpflichtet sich der Dritte im Drittvertrag zu einer Gegenleistung, die ganz oder teilweise nicht in Geld besteht, muss im Einzelfall geprüft werden, ob überhaupt ein Vorkaufsfall vorliegt.[2020] Stellt das Rechtsgeschäft einen Vorkaufsfall dar und übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, so stellt sich die Frage nach der Gegenleistung, die der Vorkaufsberechtigte für das Grundstück erbringen muss. Meines Erachtens rechtfertigt sich für diesen Fall dieselbe Lösung wie bezüglich einer im Kaufvertrag vereinbarten Nebenleistung:[2021] Grundsätzlich muss der Vorkaufsberechtigte die Gegenleistung **in natura erbringen**. 992

Ist dies dem Vorkaufsberechtigten nicht möglich, so ist die Gegenleistung **in eine Geldschuld** von entsprechendem Wert **umzuwandeln.** Können sich Vorkaufsbelasteter und Vorkaufsberechtigter über den Wert der Gegenleistung einigen, so ist dieser massgebend, andernfalls muss im Streitfall ein gerichtliches 993

2018 STREBEL, Nr. 1365, erachtet den von den Parteien im Drittvertrag für das Vorkaufsobjekt festgesetzten Kaufpreis als generell für den Vorkaufsberechtigten massgebend. Siehe auch WYSS/KÖCHLI, Nr. 25 Fn. 16 und Nr. 42.

2019 Siehe bereits oben Nr. 912.

2020 Vgl. oben Nr. 676 ff.

2021 Vgl. oben Nr. 984 ff.

Gutachten den Wert bestimmen.[2022] Das Problem, dass sich die Gegenleistung nicht in Geld schätzen lässt, kann sich im vorliegenden Zusammenhang nicht stellen. Denn dann würde es bereits am Vorkaufsfall fehlen.[2023]

bbb) Bei einer Veräusserung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Grundstück im Drittvertrag

994 Es ist bereits ausgeführt worden, dass die Veräusserung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über ein Grundstück einen Vorkaufsfall darstellen kann.[2024] Übt der Vorkaufsberechtigte diesfalls sein Vorkaufsrecht aus, kann nicht ohne Weiteres auf das im Drittvertrag vereinbarte Entgelt abgestellt werden. Wird beispielsweise eine Mehrheitsbeteiligung von 51% der Aktien an einer Immobiliengesellschaft, die ein vorkaufsbelastetes Grundstück zu Eigentum hat, veräussert und übt der Vorkaufsberechtigte daraufhin sein Vorkaufsrecht aus, muss Folgendes berücksichtigt werden: Stellt das vorkaufsbelastete Grundstück das einzige Aktivum der Gesellschaft dar, so wird der Dritterwerber, der nicht 100%, sondern nur 51% der Aktien der Gesellschaft erwirbt, nicht den vollen Verkehrswert des Grundstücks bezahlen. Befinden sich in der Gesellschaft noch weitere Aktiven, so weist die Sachlage wiederum Parallelen zum Mengenkauf auf.[2025] Der Dritterwerber verpflichtet sich also im Drittvertrag wiederum zur Zahlung eines Kaufpreises für eine Leistung, die – je nachdem – grösser oder kleiner ausfällt als diejenige, die der Vorkaufsberechtigte für sich beanspruchen kann. An dieser Stelle sei nochmals daran erinnert, dass der Anspruch des Vorkaufsberechtigten in jedem Fall auf die Übertragung des Grundeigentums gerichtet ist, und nicht etwa auf die Übertragung der Mehrheitsbeteiligung.[2026] Man kommt also auch in diesen Fällen nicht umhin, den vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtenden Kaufpreis eigenständig zu ermitteln, wobei wiederum in analoger Anwendung von Art. 216d Abs. 3 OR **das Wertverhältnis von Leistung zu Gegenleistung gemäss dem Drittvertrag gewahrt** werden muss. Der vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtende Kaufpreis muss mit anderen Worten im gleichen Verhältnis zum Verkehrswert des Vorkaufsobjekts stehen, wie der

2022 A.M. RUBIDO, Nr. 529 f., der es den Parteien des Drittvertrags – im Speziellen: des Tauschvertrags – vorbehalten will, den Wert der ausgetauschten Güter festzulegen, unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. Diese Lösung würde meines Erachtens die Parteien des Drittvertrags geradezu dazu animieren, den Wert der Gegenleistung des Dritterwerbers zu hoch zu veranschlagen. Die Schranke des Rechtsmissbrauchs bildet kein ausreichendes Korrektiv.

2023 Vgl. oben Nr. 678.

2024 Vgl. oben Nr. 724 ff.

2025 Vgl. dazu oben Nr. 987.

2026 Vgl. oben Nr. 900 ff.

vom Dritterwerber geschuldete Kaufpreis zum Verkehrswert der gekauften Mehrheitsbeteiligung steht.[2027]

b) Bei einem limitierten Vorkaufsrecht

aa) Im Normalfall

995 Bei einem limitierten Vorkaufsrecht haben die Parteien bereits im Vorkaufsvertrag den Kaufpreis festgelegt oder zumindest bestimmbar gemacht.[2028] Übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, so ist für ihn der **Kaufpreis** oder die Kaufpreisberechnung **gemäss Vorkaufsvertrag** massgebend, selbst wenn der Kaufpreis gemäss Drittvertrag tiefer liegen sollte.[2029]

996 Auch **Konjunkturschwankungen**, welche den Verkehrswert des Vorkaufsobjekts steigen oder fallen lassen, haben grundsätzlich keinen Einfluss auf den vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtenden Kaufpreis. Bei einem limitierten Vorkaufsrecht müssen die Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags vielmehr damit rechnen, dass das Vorkaufsobjekt bis zu einer allfälligen Ausübung des Vorkaufsrechts Konjunkturschwankungen ausgesetzt sein wird. Das limitierte Vorkaufsrecht beinhaltet denn auch regelmässig ein spekulatives Element.[2030] Eine Kaufpreisanpassung fällt nur dann in Betracht, wenn die Konjunkturschwankung derart stark ausgefallen ist, dass sie ausserhalb dessen liegt, was die Parteien bei Vertragsabschluss ernsthaft in Betracht ziehen mussten.[2031] Dies stellt dann einen Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus dar.[2032]

bb) Beim Teilverkauf

997 Auch beim sogenannten Teilverkauf, bei dem sich das Vorkaufsrecht zwar auf das ganze Grundstück erstreckt, der Vorkaufsbelastete aber nur einen Teil davon – entweder einen Realteil oder einen ideellen Teil – verkauft, liegt ein Vorkaufsfall vor. Allerdings kann der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nur in

---

2027 Siehe auch STREBEL, Nr. 488.

2028 Vgl. oben Nr. 273 ff. Der relativ limitierte Kaufpreis kann auch in Abhängigkeit vom Kaufpreis gemäss Drittvertrag ausgestaltet sein: vgl. oben Nr. 277. Diesfalls gelten die Überlegungen, wie sie für das unlimitierte Vorkaufsrecht angestellt worden sind, analog: siehe oben Nr. 982 ff.

2029 Siehe PFÄFFLI/BYLAND, Jusletter 2010, Nr. 23.

2030 Vgl. auch oben zum Spekulationszweck Nr. 45 f.

2031 Siehe auch MEIER-HAYOZ, BK, N 278 zu Art. 681 ZGB, der für eine Kaufpreisanpassung voraussetzt, dass «eine Partei für ihre Leistung einen völlig ungenügenden Gegenwert erhalten würde».

2032 Siehe zur clausula rebus sic stantibus GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Nr. 1280 ff.

Bezug auf den verkauften Grundstücksteil geltend machen.[2033] Ist nun im limitierten Vorkaufsvertrag ein Kaufpreis vereinbart, so bezieht sich dieser auf das ganze Vorkaufsobjekt und ist somit zu hoch bemessen, wenn der Vorkaufsberechtigte nur einen Teil davon erwerben kann. Auch in diesem Fall ist der vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtende **Kaufpreis nach der relativen Methode zu berechnen,** wobei Referenzmassstab – im Gegensatz zum unlimitierten Vorkaufsrecht[2034] – nicht der Kaufpreis gemäss Drittvertrag, sondern der Kaufpreis gemäss Vorkaufsvertrag bildet. Dies bedeutet Folgendes:

998 Wird ein ideeller Teil des Grundstücks veräussert, so muss zur Bestimmung des vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtenden Kaufpreises die **Wertquote mit dem** im Vorkaufsvertrag vereinbarten **Kaufpreis multipliziert** werden.

999 Beim Verkauf eines reellen Grundstücksteils ist – wenn von einem gleichmässigen Quadratmeterpreis über die ganze Grundstücksfläche hinweg auszugehen ist – der im Vorkaufsvertrag vereinbarte Kaufpreis proportional zu kürzen. Bei einem Grundstück mit divergierenden Quadratmeterpreisen kommt man hingegen nicht umhin, den **Verkehrswert des verkauften Realteils einerseits und des restlichen Grundstücksteils andererseits schätzen zu lassen.** Der vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtende Kaufpreis für den zu erwerbenden Realteil steht zu dessen Verkehrswert alsdann im selben Verhältnis wie der im Vorkaufsvertrag vereinbarte Kaufpreis zum Verkehrswert des gesamten Grundstücks.

B) Einzelfragen bei der Erfüllung der Kaufpreisschuld

1000 Im Zusammenhang mit der Erfüllung der Kaufpreisschuld stellen sich verschiedene Einzelfragen. Davon seien die folgenden fünf herausgegriffen: Erstens geht es um die Fälligkeit der Kaufpreisschuld (a), zweitens um die Möglichkeit der Verrechnung (b), drittens um die Übernahme von Grundpfandschulden (c), viertens um die Vorlage eines Zahlungsversprechens (d) und fünftens um die Verzugsfolgen bei nicht rechtzeitiger Bezahlung (e).

a) Fälligkeit der Kaufpreisschuld

1001 Grundsätzlich wird die Kaufpreisschuld gemäss Art. 221 i.V.m. 213 OR mit dem Angebot der Besitzesübertragung am Grundstück fällig.[2035] Doch kann **vertraglich** ein anderer Fälligkeitstermin **vereinbart** sein. Ob der Vorkaufsberechtigte einen vertraglichen Fälligkeitstermin zu beachten hat, beurteilt sich

---

2033 Vgl. zum Ganzen oben Nr. 596 und 944.

2034 Vgl. oben Nr. 987.

2035 GIGER, BK, N 127 zu Art. 221 OR. Solange aber der Verkäufer nicht auch die Eigentumsübertragung angeboten hat, steht dem Käufer noch immer die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gestützt auf Art. 184 Abs. 2 OR zu: siehe ARNET, S. 430.

primär nach dem Vorkaufsvertrag selber und – soweit dieser nicht als abschliessende Regelung zu verstehen ist – subsidiär nach dem Drittvertrag.[2036]

1002 In der Lehre wird allerdings die Auffassung vertreten, dass dem Vorkaufsberechtigten eine dem Dritten gewährte **Kaufpreisstundung** nicht – oder nur gegen Sicherheitsleistung für den gestundeten Betrag – zugutekommen soll.[2037] Dies entspricht auch der Regelung von § 468 Abs. 1 BGB. MEIER-HAYOZ begründet diese Auffassung damit, dass «die Stundung ohne Sicherheit Sache des persönlichen Vertrauens ist».[2038] Meines Erachtens ist dies aber nicht sachgerecht. Soweit der Vorkaufsvertrag nicht als abschliessende Regelung zu verstehen ist und somit die Bestimmungen des Drittvertrags subsidiär auf den Hauptvertrag zur Anwendung gelangen, gilt dies gleichermassen für vorteilhafte wie für nachteilige Vertragsmodalitäten. Der Vorkaufsbelastete, der um das Vorkaufsrecht weiss, muss dem Dritten keine Stundung gewähren, wenn er nicht bereit ist, diese Stundung auch dem Vorkaufsberechtigten zu gewähren.

b) Verrechnung

1003 Dem Vorkaufsberechtigten steht aufgrund von Art. 120 Abs. 1 OR grundsätzlich die **Möglichkeit** offen, seine Kaufpreisschuld mit einer Gegenforderung, die ihm gegenüber dem Vorkaufsbelasteten zusteht, **zu verrechnen.**[2039] Die Verrechnung kann indes vertraglich ausgeschlossen werden (Art. 126 OR). Ob die Verrechnung ausgeschlossen ist oder nicht, ergibt sich aus dem Vorkaufsvertrag selber und – soweit dieser nicht als abschliessende Regelung zu verstehen ist – subsidiär aus dem Drittvertrag.[2040] Sieht die massgebliche Vertragsgrundlage die Tilgung des Kaufpreises (ganz oder teilweise) durch Übernahme von Grund-

---

2036 Vgl. oben Nr. 908 ff.

2037 BÄR, S. 90; HAAB, ZK, N 41 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ, BK, N 253 zu Art. 681 ZGB. Unter «Stundung» versteht man genau genommen die «*Hinausschiebung der* sich aus dem Gesetz, der Natur des Rechtsverhältnisses oder dem Vertrag ergebenden *Fälligkeit im Nachhinein* bzw. die Aufhebung einer bereits eingetretenen Fälligkeit für eine bestimmte Frist»: WEBER, BK, N 99 zu Art. 75 OR. Für die vorliegende Problematik spielt es aber keine Rolle, ob die Parteien des Drittvertrags erst im Nachhinein eine Stundung vereinbaren oder von allem Anfang in ihrem Vertrag einen späteren Fälligkeitstermin als die Besitzesübertragung vorsehen.

2038 MEIER-HAYOZ, BK, N 253 zu Art. 681 ZGB.

2039 BGE 117 II 30 ff. (33), E. 2b; BGer 4C.194/2003 vom 6. November 2003, E. 4.1; STEINAUER, droits réels, Nr. 1739.

2040 Vgl. oben Nr. 908 ff.

pfandschulden vor,[2041] ist in diesem Umfang ein konkludenter Verrechnungsausschluss zu erblicken.[2042]

c) Übernahme von Grundpfandschulden

1004 Regelmässig sehen Grundstückkaufverträge vor, dass die Kaufpreisschuld ganz oder teilweise durch die Übernahme der auf dem Grundstück lastenden Grundpfandschulden zu tilgen ist. Die **Abrede zur Übernahme von Grundpfandschulden** hat die Bedeutung einer internen Schuldübernahme im Sinn von Art. 175 OR. Sie dient dazu, einerseits den bar zu zahlenden Teil des Kaufpreises zu mindern und andererseits Drittpfandverhältnisse zu vermeiden.[2043] Der Grundbuchverwalter muss gemäss Art. 834 Abs. 1 ZGB der Grundpfandgläubigerin von der Schuldübernahme Kenntnis geben. Damit die Schuldübernahme auch im externen Verhältnis gegenüber der Grundpfandgläubigerin wirkt, muss diese der Schuldübernahme zustimmen. Eine Zustimmung wird fingiert, wenn die Grundpfandgläubigerin binnen eines Jahres seit der Mitteilung des Grundbuchamts nicht gegenüber dem bisherigen Schuldner schriftlich erklärt, ihn beibehalten zu wollen (Art. 832 Abs. 2 und Art. 834 Abs. 2 ZGB). Das gilt nicht nur für die Grundpfandverschreibung, sondern gemäss Art. 845 ZGB auch für den Schuldbrief.[2044]

1005 Als wesentlicher Vertragspunkt ist die Abrede zur Übernahme von Grundpfandschulden **formbedürftig,** bei einem Grundstückkaufvertrag bedarf sie also der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR),[2045] ebenso bei einem limitierten Vorkaufsvertrag (Art. 216 Abs. 2 OR). Ist die Abrede in einem unlimitierten Vorkaufsvertrag enthalten, genügt die einfache Schriftlichkeit (Art. 216 Abs. 3 OR).

1006 Ob der Vorkaufsberechtigte zur Übernahme von Grundpfandschulden verpflichtet ist, beurteilt sich wiederum nach dem Vorkaufsvertrag selber und – soweit dieser nicht als abschliessende Regelung zu verstehen ist – subsidiär nach dem Drittvertrag.[2046] Der unlimitierte Vorkaufsvertrag stellt keine abschliessende Regelung dar.[2047] Hingegen ist der limitierte Vorkaufsvertrag nach der hier vertretenen Auffassung vermutungsweise abschliessend zu verstehen, sodass für den limitiert Vorkaufsberechtigten grundsätzlich keine Verpflichtung zur Über-

---

2041 Vgl. sogleich unten Nr. 1004 ff.

2042 BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 6.3.

2043 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1619.

2044 Siehe zum Ganzen SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1618 ff.; STEINAUER, droits réels, Nr. 2819 ff.

2045 BGE 110 II 340 ff. (342 f.), E. 1b/bb (obiter dictum); SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 1621; STEINAUER, droits réels, Nr. 2822b.

2046 Vgl. oben Nr. 908 ff.

2047 Vgl. oben Nr. 913 f.

nahme von Grundpfandschulden besteht, es sei denn, der Vorkaufsvertrag sehe dies entsprechend vor.[2048] Weil die Übernahme von Grundpfandschulden aber regelmässig im Interesse beider Parteien ist, können sie eine solche **Abrede** auch noch **nachträglich**, also nach der Ausübung des Vorkaufsrechts, treffen. Als wesentliche ergänzende Vertragsbestimmung ist eine solche Abrede formbedürftig. Ist der Kaufvertrag gestützt auf ein limitiertes Vorkaufsrecht zustande gekommen, muss die Form der öffentlichen Beurkundung gewahrt werden. Ist der Kaufvertrag dagegen gestützt auf ein unlimitiertes Vorkaufsrecht zustande gekommen, genügt nach der hier vertretenen Auffassung die einfache Schriftlichkeit.[2049]

d) Vorlage eines Zahlungsversprechens

1007 Vielfach sehen Grundstückkaufverträge vor, dass der Erwerber ein unwiderrufliches **Zahlungsversprechen** einer Schweizer Bank vorzulegen hat. Das Zahlungsversprechen bezweckt die Absicherung der Kaufpreisforderung und dient der reibungslosen Abwicklung der Kaufpreiszahlung.[2050] Rechtlich ist das Zahlungsversprechen als Teil einer Anweisung nach Art. 466 ff. OR zu verstehen: Der Käufer weist die Bank zur Zahlung des Kaufpreises an den Verkäufer an. Zugleich ermächtigt er den Verkäufer zur direkten Einforderung der Kaufpreiszahlung bei der Bank. Mit der Ausstellung des Zahlungsversprechens an den Verkäufer akzeptiert die Bank gegenüber dem Anweisungsempfänger die Anweisung (Art. 468 Abs. 1 OR).[2051]

1008 Ob der Vorkaufsberechtigte zur Vorlage eines Zahlungsversprechens verpflichtet ist, beurteilt sich wiederum nach dem Vorkaufsvertrag selber und – soweit dieser nicht als abschliessende Regelung zu verstehen ist – subsidiär nach dem Drittvertrag.[2052] Wird auf den Drittvertrag abgestellt und sieht dieser vor, dass der Dritte dieses Zahlungsversprechen bei Vertragsunterzeichnung vorzuweisen hat, so muss diese Pflicht modifiziert auf den Hauptvertrag angewendet werden: Der Vorkaufsberechtigte muss alsdann sein Zahlungsversprechen **zusammen mit der Abgabe der Ausübungserklärung vorlegen.**[2053] Auch wie das Zahlungsversprechen gegebenenfalls zu lauten hat, kann sich aus dem Vorkaufsvertrag oder subsidiär aus dem Drittvertrag ergeben, wobei auch hier gewisse Modifikationen für den Hauptvertrag zuzulassen sind. Auf die Vorlage eines Zah-

---

2048 Vgl. oben Nr. 915 f.

2049 Vgl. oben Nr. 906.

2050 ARNET, S. 432 f.

2051 Siehe zum Ganzen ARNET, S. 436 ff.

2052 Vgl. oben Nr. 908 ff.

2053 STREBEL, Nr. 1327 f.; vgl. auch VISCHER, S. 86, betreffend andere mit der Unterzeichnung des Drittvertrags oder unmittelbar danach fällige Verpflichtungen des Dritten.

lungsversprechens kann der Vorkaufsberechtigte indes verzichten, wenn er den Kaufpreis bereits bezahlt oder (wirksam) die Verrechnung erklärt hat.[2054]

1009 Die rechtlichen Folgen der unberechtigten, **nicht fristgemässen Vorlage** des Zahlungsversprechens ergeben sich durch Auslegung der entsprechenden vertraglichen Abrede. Diese Auslegung wird regelmässig zum Ergebnis führen, dass die nicht fristgemässe Vorlage des Zahlungsversprechens den **Schuldnerverzug** des Käufers nach sich zieht.[2055]

e) Verzugsfolgen bei nicht rechtzeitiger Bezahlung

1010 Begleicht der Vorkaufsberechtigte seine Kaufpreisschuld nicht rechtzeitig, setzt er sich den Verzugsfolgen von Art. 102 ff. und Art. 221 i.V.m. 214 OR aus.[2056] Namentlich kann der Vorkaufsbelastete gemäss Art. 221 i.V.m. 214 Abs. 1 OR ohne Weiteres **vom Vertrag zurücktreten,** wenn der Kaufpreis vor oder gleichzeitig, also Zug um Zug mit der Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch[2057] zu leisten ist und der Vorkaufsberechtigte mit der Kaufpreiszahlung in Verzug gerät. Der Vorkaufsbelastete muss dem Vorkaufsberechtigten allerdings seinen Rücktritt vom Vertrag sofort anzeigen (Art. 221 i.V.m. 214 Abs. 2 OR).

1011 Welche **Auswirkungen** der Rücktritt des Vorkaufsbelasteten vom Hauptvertrag mit dem Vorkaufsberechtigten **auf den Drittvertrag** mit dem Dritterwerber hat, hängt davon ab, wie dieser formuliert ist. Da der Drittvertrag mangels einer entsprechenden Resolutivbedingung nicht dahinfällt, wenn der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt,[2058] kann der Dritte nach wie vor auf Realerfüllung des Drittvertrags pochen.[2059]

2054 BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 5.3 und 7.4; STREBEL, Nr. 1330.

2055 Siehe ARNET, S. 440 ff., unter Bezugnahme auf BGer 4C.322/2006 vom 6. Dezember 2006, E. 2.4, wo die Auslegung der strittigen Vertragsklausel nach dem Vertrauensprinzip ergeben hat, dass die Vorlage des Zahlungsversprechens nicht als Suspensivbedingung zu verstehen ist, von der gemäss Art. 151 Abs. 1 OR die Verbindlichkeit des Vertrags abhängt, sondern vielmehr die Vertragserfüllung betrifft.

2056 Siehe auch MEIER-HAYOZ, BK, N 254 zu Art. 681 ZGB; SCHMID, Neuerungen, S. 83.

2057 Siehe dazu BGE 86 II 221 ff. (234), E. 11c; GIGER, BK, N 129 zu Art. 221 OR.

2058 Vgl. unten Nr. 1040.

2059 Ungenau MEIER-HAYOZ, BK, N 254 zu Art. 681 ZGB, der davon spricht, dass im Fall eines Rücktritts des Vorkaufsbelasteten vom Hauptvertrag «der Vertrag mit dem Dritten wieder auf[lebt]».

II. Zwischen Vorkaufsberechtigtem und Drittem

Was die Rechtslage zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten anbelangt, so sollen hier drei Fallkonstellationen untersucht werden: Erstens ist es denkbar, dass der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten nach dessen Ausübung des Vorkaufsrechts beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer anmeldet (1.). Zweitens fällt der Fall in Betracht, dass der Vorkaufsbelastete den Dritten als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt anmeldet, obwohl der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat (2.). Und drittens besteht die Möglichkeit, dass der Vorkaufsbelastete den Dritten als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt anmeldet, bevor der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt (3.). 1012

1. Anmeldung des Vorkaufsberechtigten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt

Nach allgemeinen Ausführungen (A) interessiert insbesondere die Frage, ob der Dritte zur Feststellungsklage legitimiert ist, das Vorkaufsrecht sei nicht rechtswirksam ausgeübt worden (B). 1013

A) Im Allgemeinen

Hat der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht gegenüber dem Vorkaufsbelasteten ausgeübt, so kommt der Hauptvertrag, regelmässig ein Grundstückkaufvertrag, zwischen diesen Parteien zustande.[2060] Daneben bleibt der Drittvertrag zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Dritten grundsätzlich bestehen, es sei denn, dieser sei durch die Ausübung des Vorkaufsrechts resolutiv bedingt.[2061] Meldet der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten gestützt auf den Hauptvertrag beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer an, so erwirbt dieser mit der Eintragung im Grundbuch das Eigentum am Grundstück. Der **Dritte** muss sich damit abfinden. Ihm stehen **grundsätzlich keine Ansprüche gegenüber dem Vorkaufsberechtigten** zu. Allenfalls kann er gegenüber dem Vorkaufsbelasteten Schadenersatz geltend machen.[2062] 1014

B) Klage auf Feststellung der nicht rechtswirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts im Besonderen

Der Dritte kann ein **Interesse an der Feststellung** haben, der Vorkaufsberechtigte habe sein **Vorkaufsrecht nicht rechtswirksam ausgeübt,** beispielsweise 1015

2060 Vgl. oben Nr. 901.
2061 Vgl. dazu unten Nr. 1040.
2062 Vgl. dazu unten Nr. 1042 ff.

weil die Ausübungserklärung zu spät erfolgt oder gar kein Vorkaufsfall eingetreten sei, und daher – trotz Grundbuchanmeldung, aber mangels eines rechtsgültigen Rechtsgrundes – kein Eigentum erworben habe. Es stellt sich die Frage, ob der Dritte zu einer entsprechenden Feststellungsklage legitimiert ist und – gegebenenfalls – wen er dabei einzuklagen hat.

1016 Zur Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 Abs. 1 ZGB legitimiert ist jedermann, der aufgrund eines ungerechtfertigten Grundbucheintrags «in seinen dinglichen Rechten verletzt ist». Wie das Bundesgericht zutreffenderweise festgehalten hat, ist der Drittkäufer als bloss obligatorisch Berechtigter nicht zur Grundbuchberichtigungsklage legitimiert.[2063] Lehre und Rechtsprechung anerkennen allerdings eine der Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB nachgebildete Grundbuchberichtigungsklage sui generis, die nichts anderes als eine **allgemeine Feststellungsklage** ist und die auch dem nicht dinglich Berechtigten offen steht.[2064] Die allgemeine Feststellungsklage setzt ein Feststellungsinteresse des Klägers voraus und dieses ist, soweit die anbegehrte Feststellung ein Rechtsverhältnis zwischen einer Prozesspartei und einem Dritten zum Gegenstand hat, nur gegeben, wenn das Feststellungsurteil auch den Dritten zu binden vermag.[2065]

1017 Geht es im vorliegenden Zusammenhang um eine **Klage gegen den Vorkaufsberechtigten** auf Feststellung, dieser habe das Vorkaufsrecht nicht rechtswirksam ausgeübt und daher nicht rechtsgültig Eigentum am Grundstück erworben, so steht dem Drittkäufer als Kläger mit anderen Worten nur dann die Klagelegitimation zu, wenn das Feststellungsurteil **auch dem Vorkaufsbelasteten entgegengehalten werden kann.** Dies lässt sich meines Erachtens auf zwei Arten bewerkstelligen: Entweder fasst der Dritte gleichzeitig mit seiner Feststellungsklage gegen den Vorkaufsberechtigten auch den Vorkaufsbelasteten ins Recht, indem er gegen diesen auf Zusprechung des Eigentums nach Art. 665 Abs. 1 ZGB oder auf Erfüllung des Kaufvertrags nach Art. 97 OR klagt.[2066] Oder der Dritte lässt sich vom Vorkaufsbelasteten vorprozessual die Erklärung ausstellen, dass dieser das gegen den Vorkaufsberechtigten ergehende Feststellungsurteil auch gegen sich gelten lässt.[2067] Im letzteren Fall weist das gutheissende Feststellungsurteil – was voraussetzt, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nicht rechtswirksam ausgeübt hat – indes den bisherigen Vorkaufsbelasteten und nicht etwa den Drittkäufer als materiellen Grundeigentümer aus. Daher

---

2063 BGE 137 III 293 ff. (297), E. 3.1, mit Hinweisen.

2064 BGE 137 III 293 ff. (299), E. 4.1; KRENGER, S. 90 f. und 131 f.

2065 BGE 137 III 293 ff. (299 f.), E. 4.2; 93 II 11 ff. (16 f.), E. 2c.

2066 Siehe auch KRENGER, S. 134.

2067 Vgl. BGE 137 III 293 ff. (300), E. 4.3. Zur analogen Problemlage bei einem Streit über ein Rechtsverhältnis unter Erben vgl. BGE 75 II 196 ff. (198 f.), E. 1. Zur Zulässigkeit der Erweiterung der Rechtskraftgrenzen durch vertragliche Vereinbarung im Allgemeinen siehe ROTH-GROSSER, S. 59 ff.

muss der Drittkäufer in der Folge noch immer vom Vorkaufsbelasteten die Erfüllung des Kaufvertrags, also die Grundbuchanmeldung, verlangen, was er notfalls auch klageweise durchsetzen kann.[2068]

Hat der Dritte mit seinem Vorgehen Erfolg und ist ihm durch die Umstände ein Schaden erwachsen, kann er den **Vorkaufsbelasteten** nach Massgabe von Art. 103 Abs. 1 OR auf **Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung** belangen. Dieser haftet, wenn er nicht nachweisen kann, dass er ohne Verschulden davon ausgehen durfte, der Vorkaufsberechtigte habe sein Vorkaufsrecht rechtswirksam ausgeübt.[2069] 1018

2. Anmeldung des Dritten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt *nach* der Ausübung des Vorkaufsrechts

Die Ausübung des Vorkaufsrechts führt – ohne anders lautende Abrede – nicht zum Dahinfallen des Drittvertrags.[2070] Daher kann der Vorkaufsbelastete anstatt des Vorkaufsberechtigten durchaus den Dritten als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt anmelden. Im Folgenden interessiert vorerst nur die Rechtslage, die besteht, wenn der Vorkaufsbelastete den Dritten beim Grundbuchamt anmeldet, **nachdem der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat.** Dabei muss unterschieden werden, ob ein nicht vorgemerktes (A) oder ein vorgemerktes Vorkaufsrecht (B) zur Diskussion steht. 1019

A) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht

Das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht wirkt als rein relatives Recht nur inter partes zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Vorkaufsberechtigten. Auch kommt dem Vorkaufsrecht mangels Vormerkung im Grundbuch keine Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht im Sinn von Art. 959 Abs. 2 ZGB zu.[2071] Der Dritterwerber braucht daher das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht grundsätzlich nicht zu beachten.[2072] Meldet der Vorkaufsbelastete in Erfüllung des Drittvertrags den Dritten als neuen Grundeigentümer beim Grundbuchamt an, so erwirbt der Dritte mit der Eintragung im Grundbuch definitiv das Eigentum am Grundstück. Der **Vorkaufsberechtigte kann vom Dritten nicht die** 1020

2068 Siehe BGE 137 III 293 ff. (301), E. 5.2.

2069 BGE 137 III 293 ff. (296), E. 2.2. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang fälschlicherweise davon, dass der Drittkäufer durch die Ausübung des Vorkaufsrechts seinen Eigentumsverschaffungsanspruch verliere, was nach dem vorhin Ausgeführten aber gerade nicht der Fall ist. Ferner STREBEL, Nr. 1592 Fn. 1919.

2070 Vgl. unten Nr. 1040.

2071 Vgl. oben Nr. 464 f.

2072 BGE 85 II 565 ff. (570 f.), E. 2.

Herausgabe des Grundstücks fordern, selbst wenn der Dritte um das Vorkaufsrecht gewusst hat.[2073] Der Dritte ist nicht an das Vorkaufsrecht gebunden. Es liegt der klassische Fall eines Doppelverkaufs vor, bei dem der Verkäufer nur einen von zwei Eigentumsverschaffungsansprüchen erfüllen kann.[2074] Erfüllt der Vorkaufsbelastete den Eigentumsverschaffungsanspruch des Dritten, hat der Vorkaufsberechtigte das Nachsehen. Nur wenn der Dritte die vertragliche Bindung zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Vorkaufsberechtigten in einer Art und Weise verletzt, die gegen die guten Sitten im Sinn von Art. 41 Abs. 2 OR verstösst (z.B. durch Verleitung zum Vertragsbruch oder durch Ausbeutung einer Vertragsverletzung), billigen Lehre und Rechtsprechung dem Vorkaufsberechtigten ausnahmsweise einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung gegen den Dritten zu.[2075]

1021 Da der Vorkaufsbelastete das Vorkaufsobjekt bereits auf den Dritten übertragen hat, kann der **Vorkaufsberechtigte** von ihm ebenfalls keine Realerfüllung mehr verlangen. Er bleibt auf einen **Schadenersatzanspruch gegen den Vorkaufsbelasteten wegen Nichterfüllung des Grundstückkaufvertrags** nach Art. 97 ff. OR verwiesen.[2076]

B) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht

1022 Aufgrund der Vormerkung im Grundbuch erlangt das Vorkaufsrecht gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht. Dies hat nach dem Gesagten eine Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorkaufsbelasteten zur Folge, die zwar während der Dauer der Vorkaufsbelastung nur latent vorhanden ist, sich aber nach der rechtswirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts aktualisiert.[2077] Der Vorkaufsbelastete kann nach der Ausübung des Vorkaufsrechts insbesondere nicht mehr rechtswirksam das Grundeigentum auf

---

2073 EMERY, Nr. 506; STREBEL, Nr. 1596; siehe auch SCHENKER, S. 265. Die Auffassung von GIGER, BK, N 162 zu Art. 216 OR, wonach der Dritte beim Wissen um das Vorkaufsrecht solidarisch mit dem Vorkaufsbelasteten gegenüber dem Vorkaufsberechtigten haftet, ist abzulehnen. Denn der Dritte steht aufgrund der rein relativen Natur des nicht vorgemerkten Vorkaufsrechts in keinem vertraglichen Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten, woraus dieser Schadenersatzansprüche ableiten könnte. Ausservertragliche Schadenersatzansprüche sind ebenfalls nicht ersichtlich.

2074 Vgl. auch BGE 83 II 12 ff. (16 f.), E. 3.

2075 BGE 137 III 293 ff. (296), E. 2.1; BRÜCKNER, Nr. 122; EMERY, Nr. 503; GIGER, BK, N 162 zu Art. 216 OR und N 21 zu Art. 216d OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 247 zu Art. 681 ZGB; RUBIDO, Nr. 595.

2076 BBl 1988 III 1082; BRÜCKNER, Nr. 122; EMERY, Nr. 503; CR OR I-FOËX, N 9 zu Art. 216e; GIGER, BK, N 162 zu Art. 216 OR und N 21 zu Art. 216d OR; MEIER-HAYOZ, BK, N 247 zu Art. 681 ZGB; RUBIDO, Nr. 595; STEINAUER, droits réels, Nr. 1742; STREBEL, Nr. 1596.

2077 Vgl. oben Nr. 369 ff.

den Dritten übertragen. Die **Erfüllung des Drittvertrags** erweist sich für ihn als **subjektiv unmöglich.**

Zwar hat der Vorkaufsbelastete nach wie vor die Möglichkeit, den Dritten als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt anzumelden. Der Grundbuchbeamte, der im Rahmen seiner eingeschränkten Kognition die Verfügungsberechtigung des anmeldenden Vorkaufsbelasteten nur daraufhin überprüfen darf, ob die Anmeldung von dem im Grundbuch eingetragenen Eigentümer ausgeht (Art. 965 Abs. 2 ZGB und Art. 84 Abs. 1 GBV), muss den Dritten gestützt auf diese Anmeldung als neuen Eigentümer im Grundbuch eintragen. Da es dem Vorkaufsbelasteten aber an der Verfügungsmacht für die Übertragung des Eigentums an den Dritten fehlt, erweist sich der neue **Grundbucheintrag** als **ungerechtfertigt im Sinn von Art. 975 ZGB.**[2078] 1023

Gemäss Art. 975 Abs. 1 ZGB kann jedermann, der aufgrund eines ungerechtfertigten Grundbucheintrags «in seinen dinglichen Rechten verletzt ist, auf Löschung oder Abänderung des Eintrags klagen». Nach dem bereits Gesagten tritt mit der Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch ein dingliches Nebenrecht neben das persönliche (Vorkaufs-)Recht hinzu,[2079] und der Vormerkungsschutz besteht auch nach der Ausübung des Vorkaufsrechts weiter.[2080] Daher ist der Vorkaufsberechtigte nach der hier vertretenen Auffassung «in seinen dinglichen Rechten verletzt», wenn der Vorkaufsbelastete den Dritterwerber in Missachtung des ausgeübten Vorkaufsrechts beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer anmeldet. Folglich ist der Vorkaufsberechtigte zur **Grundbuchberichtigungsklage gegen den Dritterwerber** nach Art. 975 ZGB legitimiert.[2081] 1024

Allerdings kann der Vorkaufsberechtigte mit der Grundbuchberichtigungsklage nur den wirklichen Bestand der dinglichen Rechtslage, also namentlich die fehlende materielle Berechtigung des Dritten am Grundstück feststellen lassen, nicht aber die Übertragung des Grundeigentums auf sich beantragen.[2082] Dafür bedarf es vielmehr noch einer **Erfüllungsklage** nach Art. 97 OR **oder** einer **Klage auf Zusprechung des Grundeigentums** nach Art. 665 Abs. 1 ZGB **ge-** 1025

2078 Vgl. bereits oben Nr. 384 und 401.

2079 Vgl. oben Nr. 367.

2080 Vgl. oben Nr. 457.

2081 Siehe auch HOMBERGER, ZK, N 17 in fine zu Art. 975 ZGB i.V.m. N 38 zu Art. 959 ZGB (unklar betreffend das Vorkaufsrecht, wo nicht danach unterschieden wird, ob das Vorkaufsrecht vor oder nach der Übertragung des Grundstücks auf den Dritten ausgeübt worden ist) und N 31 zu Art. 959 ZGB (klarer betreffend das Kaufsrecht); a.M. BSK ZGB II-SCHMID, N 19 in fine zu Art. 975, für die Klage des Vor- oder Kaufsberechtigten gegen den Dritterwerber mit Hinweis auf das Urteil des BGer vom 11. Februar 1966, in: ZBGR 47/1966, S. 375 ff. (380), E. 2.

2082 Vgl. BSK ZGB II-SCHMID, N 34 zu Art. 975 ZGB.

gen den Vorkaufsbelasteten.[2083] Aus prozessökomischen Überlegungen ist dem Vorkaufsberechtigten zu raten, die Klage gegen den Dritterwerber und die Klage gegen den Vorkaufsbelasteten in einem Prozess zu vereinen. Nach der Rechtsprechung kann jedoch der Vorkaufsberechtigte direkt gegen den Dritten auf Zusprechung des Eigentums nach Art. 665 Abs. 1 ZGB oder auf Erfüllung des Grundstückkaufvertrags nach Art. 97 OR klagen, auch wenn der Dritte erst nach der Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten beim Grundbuchamt als neuer Eigentümer angemeldet worden ist.[2084] Diese Auffassung ist meines Erachtens abzulehnen, da die Forderungen aus dem Hauptvertrag nicht realobligatorisch ausgestaltet sind.[2085]

1026 Der **Vorkaufsbelastete,** der in Missachtung des ausgeübten Vorkaufsrechts den Dritterwerber als neuen Grundeigentümer beim Grundbuchamt anmeldet, **haftet** gegenüber dem Vorkaufsberechtigten ausserdem **wegen nicht gehöriger Erfüllung** des Grundstückkaufvertrags nach Art. 97 OR.[2086]

3. Anmeldung des Dritten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt *vor* der Ausübung des Vorkaufsrechts

1027 Der Vorkaufsbelastete hat auch die Möglichkeit, den Dritten als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt anzumelden, bevor der Vorkaufsbelastete sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat. Der **Grundbuchverwalter darf die Grundbuchanmeldung nicht abweisen** mit dem Hinweis, es sei noch nicht geklärt, ob das Vorkaufsrecht ausgeübt werde.[2087] Dies zeigt sich gerade beim vorgemerkten Vorkaufsrecht darin, dass der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht gegenüber *jedem* Eigentümer, also auch gegenüber dem neu als Eigentümer eingetragenen Dritterwerber ausüben kann.[2088]

1028 Die Rechtslage hängt im Weiteren wiederum davon ab, ob ein nicht vorgemerktes (A) oder ein vorgemerktes Vorkaufsrecht (B) zur Diskussion steht.

A) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht

1029 Wie bereits ausgeführt worden ist, wirkt das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht als rein relatives Recht nur inter partes zwischen dem Vorkaufsbelasteten und

---

2083 Siehe auch DESCHENAUX, SPR V/3, S. 646.

2084 BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 7.2; ZWR 45/2011, S. 249 ff. (250), E. 6 (Walliser Kantonsgericht).

2085 Vgl. oben Nr. 427.

2086 Vgl. oben Nr. 952.

2087 EMERY, Nr. 491; STEINAUER, droits réels, Nr. 1736a. Siehe aber oben Nr. 426.

2088 Vgl. oben Nr. 819.

dem Vorkaufsberechtigten. Der **Dritterwerber braucht** das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht grundsätzlich **nicht zu beachten.** Wird der Dritte im Grundbuch als neuer Eigentümer angemeldet, ist dessen Eigentumserwerb definitiv; vorbehalten bleibt der Fall von Art. 41 Abs. 2 OR.[2089] Der Vorkaufsberechtigte hat gegenüber dem Dritten auch keinen Schadenersatzanspruch, wenn dieser das Grundeigentum erwirbt.

Allerdings kann der Vorkaufsbelastete mit dem Dritten im Drittvertrag die Pflicht vereinbaren, dass dieser die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten zu beachten hat, dass **der Dritte** mit anderen Worten für die Zeit nach seiner Eintragung als neuer Eigentümer im Grundbuch **die Pflicht übernimmt, im Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts das Grundeigentum auf den Vorkaufsberechtigten zu übertragen.** Dogmatisch hat man es in diesem Fall mit einem echten Vertrag zugunsten eines Dritten im Sinn von Art. 112 Abs. 2 OR zu tun.[2090] In inhaltlicher Hinsicht wird nicht etwa ein Vorkaufsrecht durch einen Vertrag zugunsten eines Dritten begründet – denn dann könnte der Vorkaufsberechtigte dieses Vorkaufsrecht erst im nächsten Vorkaufsfall ausüben. Vielmehr wird dem Vorkaufsberechtigten im laufenden Vorkaufsfall für die Restdauer der Ausübungsfrist das Gestaltungsrecht – ein Kaufsrecht – eingeräumt, das Grundstück vom im Grundbuch als neuem Eigentümer eingetragenen Dritten zu erwerben.[2091] Mit einer solchen Abrede im Drittvertrag bezweckt der Vorkaufsbelastete in der Regel, einer Schadenersatzpflicht gegenüber dem Vorkaufsberechtigten wegen Nichterfüllung des Hauptvertrags bzw. positiver Verletzung des Vorkaufsvertrags vorzubeugen.[2092] Allerdings begeht der Vorkaufsbelastete nach der hier vertretenen Auffassung bereits dann eine positive Verletzung des Vorkaufsvertrags, wenn er den Dritterwerber im Grundbuch als neuen Eigentümer anmeldet, bevor die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts unbenutzt verstrichen ist.[2093] Die Überbindung der Pflicht zur Beachtung einer allfälligen Ausübung des Vorkaufsrechts auf den Dritten ändert für den Vorkaufsbelasteten nichts daran. Denn der Vorkaufsberechtigte braucht sich einen Wechsel der Verkäuferpartei ohne seine Zustimmung nicht gefallen zu lassen. Sollte dem Vorkaufsberechtigten aus diesem Vorgehen ein Schaden erwachsen, so kann er den Vorkaufsbelasteten dafür ins Recht fassen. Immerhin lässt sich mit der hier thematisierten Überbindung der Pflicht zur Beachtung einer allfälligen Ausübung des Vorkaufsrechts auf den Dritten den Umfang der Schadenersatzpflicht reduzieren, da der Vorkaufsberechtigte in der Regel den Realerfüllungsanspruch wird durchsetzen können. 1030

2089 Vgl. bereits oben Nr. 1020.
2090 STREBEL, Nr. 1595.
2091 Siehe STREBEL, Nr. 1594 Fn. 1924.
2092 Vgl. dazu oben Nr. 817 f.
2093 Vgl. dazu oben Nr. 818.

B) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht

1031 Durch die Vormerkung im Grundbuch wird das Vorkaufsrecht in dem Sinn **realobligatorisch ausgestaltet,** als der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht gegenüber dem jeweiligen Grundeigentümer ausüben kann (vgl. Art. 216e OR).[2094] Solange der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht noch keinen Gebrauch gemacht hat, kann der Vorkaufsbelastete den Dritterwerber beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer anmelden, und der Dritte erwirbt gestützt darauf rechtsgültig Eigentum am Grundstück.[2095] Will der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht doch noch ausüben, kann er es nur noch gegenüber dem Dritten geltend machen.[2096]

1032 Macht der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht gegenüber dem im Grundbuch neu als Eigentümer eingetragenen Dritten Gebrauch, so kommt nach der hier vertretenen Auffassung wegen der realobligatorischen Ausgestaltung des vorgemerkten Vorkaufsrechts der Hauptvertrag, regelmässig ein **Grundstückkaufvertrag,**[2097] **zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten** zustande: Der Dritte ist Verkäufer und der Vorkaufsberechtigte Käufer des Grundstücks.[2098] Der (ursprüngliche)[2099] Vorkaufsbelastete ist nicht Partei dieses Hauptvertrags. Der Inhalt des Hauptvertrags bestimmt sich meines Erachtens jedoch nach den gleichen Grundsätzen, wie wenn der Hauptvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten zustande gekommen wäre: Primär massgebend ist der Vorkaufsvertrag. Soweit dieser nicht als abschliessende Regelung zu verstehen ist, kommen die Bestimmungen des Drittvertrags zur Anwendung.[2100]

1033 Aus dem Grundstückkaufvertrag, dem Hauptvertrag, trifft den Dritten die Pflicht zur Eigentumsverschaffung am Grundstück (a), und der Vorkaufsberechtigte schuldet im Gegenzug den Kaufpreis (b).[2101]

2094 Vgl. oben Nr. 422 ff. und 819.

2095 Vgl. oben Nr. 384 und 401.

2096 Vgl. oben Nr. 819 in fine.

2097 Vgl. oben Nr. 901.

2098 ZWR 25/1991, S. 360 ff (361), E. 3c (Walliser Kantonsgericht). Vgl. bereits oben Nr. 423.

2099 Wegen der realobligatorischen Ausgestaltung des vorgemerkten Vorkaufsrechts geht die Vorkaufsbelastung eigentlich mit der Anmeldung des Dritten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt auf diesen über, sodass der Dritte ab diesem Zeitpunkt (neuer) Vorkaufsbelasteter ist: vgl. bereits oben Nr. 424. Soweit im Folgenden allerdings vom Vorkaufsbelasteten die Rede ist, meine ich stets den ursprünglichen Vorkaufsbelasteten.

2100 Vgl. oben Nr. 908 ff.

2101 ALLGÄUER, S. 144; MEIER-HAYOZ, BK, N 256 zu Art. 681 ZGB; OSTERTAG, BK, N 13 und 35 zu Art. 959 ZGB; STREBEL, Nr. 1631; WIEDERKEHR, S. 161. A.M.

a) Pflicht des Dritten zur Eigentumsverschaffung am Grundstück

Der Dritte muss den Vorkaufsberechtigten beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer anmelden. Den Eigentumsverschaffungsanspruch kann der Vorkaufsberechtigte auch **klageweise gegen den Dritten durchsetzen,** indem er entweder auf Zusprechung des Eigentums nach Art. 665 Abs. 1 ZGB oder auf Erfüllung des Grundstückkaufvertrags nach Art. 97 OR klagt.[2102] Dem Vorkaufsbelasteten kommt mangels Parteistellung im Hauptvertrag keine Passivlegitimation zu.[2103] Er kann jedoch als Nebenintervenient oder – auf Streitverkündung des Dritten hin – als Litisdenunziat am Prozess teilnehmen. Eine Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB gegen den Dritten ist ferner weder geboten noch zulässig.[2104] Denn der zwischenzeitliche Eigentumserwerb des Dritten erfolgte nach dem Gesagten rechtmässig; sein Eintrag als Grundeigentümer im Grundbuch erweist sich nicht als ungerechtfertigt im Sinn von Art. 975 ZGB.[2105] Daher besteht auch keine Verantwortlichkeit gegenüber dem Vorkaufsberechtigten aus unberechtigtem Besitz nach Art. 938 ff. ZGB.[2106] Erlangt der Vorkaufsberechtigte das Eigentum vom Dritterwerber, nachdem dieser das Eigentum vom Vorkaufsbelasteten erworben hat, so liegt ein zweifacher Eigentumsübergang 1034

BRÜCKNER, Nr. 123 f., RUBIDO, Nr. 597, und SIMONIUS/SUTTER, N 43 und 76 zu § 11, die davon ausgehen, dass der Vorkaufsberechtigte auch in diesem Fall das Eigentum vom Vorkaufsbelasteten erwirbt.

2102 BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 7.2; BGer 1P.639/2004 vom 19. Mai 2005, E. 3.3; EMERY, Nr. 503; RUBIDO, Nr. 596; STEINAUER, droits réels, Nr. 1743; a.M. konsequenterweise BRÜCKNER, Nr. 126, der verlangt, dass der Vorkaufsberechtigte gegen den Dritten auf Berichtigung des Grundbuchs und gegen den Vorkaufsbelasteten auf Zusprechung des Eigentums klagt. Siehe ferner SIMONIUS/SUTTER, N 76 zu § 11. Entgegen der Auffassung von RUBIDO, a.a.O., muss die Klage nicht innert der Dreimonatsfrist von Art. 216e OR eingeleitet werden. Innert dieser Frist muss einzig das Vorkaufsrecht ausgeübt worden sein. Die Klage auf Zusprechung des Eigentums kann auch noch später, innerhalb der zehnjährigen Verjährungsfrist von Art. 127 i.V.m. 130 Abs. 1 OR erfolgen: MEIER-HAYOZ, BK, N 220 zu Art. 681 ZGB, mit Hinweis auf BGE 88 II 185 ff. (187), E. 1. Siehe bereits oben Nr. 922.

2103 A.M. BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 7.3.

2104 Entgegen BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 7.2; BGer 1P.639/2004 vom 19. Mai 2005, E. 3.3; EMERY, Nr. 503; RUBIDO, Nr. 596; STEINAUER, droits réels, Nr. 1743.

2105 Vgl. oben Nr. 1031.

2106 Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Nr. 341. A.M. WIEDERKEHR, S. 187 ff., der allerdings zahlreiche Ausnahmen von der Verantwortlichkeit nach Art. 938 ff. ZGB zulässt.

vor, der nach Massgabe des kantonalen Rechts auch eine doppelte Handänderungssteuer zur Folge haben kann.[2107]

1035 Der Dritte kann gegen den Eigentumsverschaffungsanspruch des Vorkaufsberechtigten verschiedene **Einreden und Einwendungen** vortragen. Namentlich ist er zur Einrede des nicht erfüllten Vertrags nach Art. 82 OR berechtigt, sofern er nicht zur Vorleistung verpflichtet ist und soweit der Vorkaufsberechtigte nicht die Bezahlung des Kaufpreises angeboten hat. Als Einwendungen stehen ihm insbesondere auch sämtliche Einwendungen aus dem Vorkaufsvertrag zu, auch solche, die noch aus dem Verhältnis zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Vorkaufsberechtigten stammen. So kann der Dritte namentlich geltend machen, das Vorkaufsrecht sei infolge Zeitablaufs erloschen oder der Vorkaufsberechtigte habe es nicht fristgerecht ausgeübt.[2108]

1036 Im Übrigen haftet der Dritte als Verkäufer für die richtige Erfüllung des Hauptvertrags, das heisst er muss gegenüber dem Vorkaufsberechtigten insbesondere **für Rechts- und Sachmängel des Grundstücks einstehen.**[2109] Die Ausführungen über die Rechts- und Sachgewährleistungspflicht des Vorkaufsbelasteten gelten hier analog.[2110] Zu Problemen kann dies namentlich dann führen, wenn die Sachgewährleistung – sowohl im Drittvertrag zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Dritten als auch im Hauptvertrag zwischen dem Dritten und dem Vorkaufsberechtigten – vertraglich ausgeschlossen ist und der Vorkaufsbelastete gegenüber dem Dritten einen Mangel arglistig verschwiegen hat, von dem dieser nichts weiss. Mangels Arglist haftet der Dritte diesfalls gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nicht.[2111] Der Vorkaufsbelastete begeht jedoch nach hier vertretenen Auffassung eine positive Verletzung des Vorkaufsvertrags, wenn er den Dritterwerber beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer anmeldet, bevor die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts unbenutzt verstrichen ist: Denn der Vorkaufsberechtigte braucht sich einen Wechsel der Verkäuferpartei ohne seine

---

2107 PFÄFFLI/BYLAND, Jusletter 2010, Nr. 22; WIEDERKEHR, S. 185; siehe auch WYSS/KÖCHLI, Nr. 30; ablehnend BRÜCKNER, Nr. 124; SIMONIUS/SUTTER, N 76 zu § 11.

2108 BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 7.2; MEIER-HAYOZ, BK, N 257 zu Art. 681 ZGB; siehe auch SIMONIUS/SUTTER, N 77 zu § 11; ferner BGE 54 II 429 ff. (435 f.), E. 1, betreffend ein Kaufsrecht.

2109 MEIER-HAYOZ, BK, N 258 zu Art. 681 ZGB; STREBEL, Nr. 1623; a.M. BRÜCKNER, Nr. 124; SIMONIUS/SUTTER, N 76 zu § 11. RUBIDO, Nr. 603, wiederum möchte den Dritten nur für den während seiner Nutzung des Grundstücks eingetretenen Minderwert oder Untergang der Sache und auch nur bei einem Verschulden haften lassen, wobei er das Verschulden vermuten lässt. Zur Frage, ob dem Dritten ein Regressrecht gegen den Vorkaufsbelasteten zusteht, vgl. unten Nr. 1054 ff.

2110 Vgl. oben Nr. 947 ff.

2111 STREBEL, Nr. 1626.

Zustimmung nicht gefallen zu lassen.[2112] Daher kann er sich mit seinem Schadenersatzanspruch ohne Weiteres an den ursprünglichen Vorkaufsbelasteten halten.[2113]

b) Pflicht des Vorkaufsberechtigten zur Bezahlung des Kaufpreises

1037 Bei einem **unlimitierten Vorkaufsrecht** hat der Vorkaufsberechtigte grundsätzlich den im Drittvertrag vereinbarten Kaufpreis zu bezahlen.[2114] Der Dritte erhält mit anderen Worten vom Vorkaufsberechtigten den Kaufpreis erstattet, den er dem Vorkaufsbelasteten für das Grundstück zu entrichten hatte.

1038 Bei einem **limitierten Vorkaufsrecht** richtet sich die Höhe des Kaufpreises hingegen nach dem Vorkaufsvertrag.[2115] Dies kann unter Umständen zur Folge haben, dass der Dritte vom Vorkaufsberechtigten einen tieferen Kaufpreis erhält, als er dem Vorkaufsbelasteten für das Grundstück bezahlt hat.[2116]

III. Zwischen Vorkaufsbelastetem und Drittem

1039 Macht der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch, so sollen hier wiederum drei verschiedene Konstellationen auseinandergehalten werden. Zunächst ist es denkbar, dass der Drittvertrag durch die Ausübung des Vorkaufsrechts resolutiv bedingt ist (1.). Ohne diese Resolutivbedingung steht der Vorkaufsbelastete vor der Wahl, ob er den Vorkaufsberechtigten (2.) oder den Dritten als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt anmeldet (3.).

1. Resolutiv bedingter Drittvertrag

1040 Die Ausübung des Vorkaufsrechts zeitigt grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Verbindlichkeit des Drittvertrags. Die Rechte und Pflichten des Vorkaufsbelasteten und des Dritten gemäss diesem Vertrag bleiben bestehen. Allerdings

---

2112 Vgl. bereits oben Nr. 1030.

2113 Siehe auch MEIER-HAYOZ, BK, N 212 ff. und 259 zu Art. 681 ZGB. Entgegen der Auffassung von MEIER-HAYOZ handelt es sich meines Erachtens nicht um eine subsidiäre Haftung des ursprünglichen Vorkaufsbelasteten, sondern um eine solidarische Haftung. Siehe ferner STREBEL, Nr. 1626, der dem Vorkaufsberechtigten eine direkte Klagemöglichkeit im Sinn eines Durchgriffs gegen den Vorkaufsbelasteten zugesteht.

2114 Vgl. im Einzelnen oben Nr. 982 ff.

2115 Vgl. im Einzelnen oben Nr. 995 ff.

2116 Siehe auch BGer 5A_207/2007 vom 20. März 2008, E. 7.4. Zu dieser Problematik vgl. bereits oben Nr. 426. Zum Regressrecht des Dritten gegen den Vorkaufsbelasteten siehe unten Nr. 1054 ff.

können die Parteien den **Drittvertrag durch die Ausübung des Vorkaufsrechts resolutiv bedingen:** Übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, hat dies zur Folge, dass der Drittvertrag seine Wirksamkeit verliert (vgl. Art. 154 Abs. 1 OR).[2117] Mit Blick auf die möglichen Schadenersatzfolgen des Vorkaufsbelasteten[2118] ist ihm von Seiten des Notars denn auch zur Aufnahme einer entsprechenden Resolutivbedingung in den Drittvertrag zu raten. Dass der Drittvertrag mit der Ausübung des Vorkaufsrechts seine Wirksamkeit verliert, lässt den Vorkaufsfall nach dem Gesagten nicht entfallen.[2119]

1041 Die erwähnte Resolutivbedingung steht unter der expliziten oder impliziten Voraussetzung, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht *rechtswirksam* ausübt. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, kann im Einzelfall umstritten sein, beispielsweise wenn ungewiss ist, ob die Ausübung des Vorkaufsrechts rechtzeitig erfolgt oder überhaupt ein Vorkaufsfall eingetreten ist. Alsdann kann der Vorkaufsbelastete mit einem sogenannten **Prätendentenstreit** konfrontiert sein, bei dem sowohl der Vorkaufsberechtigte als auch der Dritte die Übertragung des Grundeigentums für sich beanspruchen. Ist für den Vorkaufsbelasteten ungewiss, wen er als Gläubiger seiner Eigentumsverschaffungspflicht zu betrachten hat, und hat er diese Ungewissheit nicht zu verantworten, so stellt sich die Frage nach einem Vorgehen nach Art. 96 OR: Geht es wie im vorliegenden Fall um eine unbewegliche Sache, steht dem Schuldner nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Rücktritt vom Vertrag nach Massgabe von Art. 95 OR offen.[2120] Mit Blick auf diese weitreichende Rechtsfolge sind jedoch hohe Anforderungen an die Sorgfalt des Vorkaufsbelasteten zu stellen, wenn es für ihn darum geht, den wahren Gläubiger ausfindig zu machen. Eine unverschuldete Ungewissheit über die Person des Gläubigers ist nur restriktiv anzunehmen.[2121]

2. Anmeldung des Vorkaufsberechtigten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt

1042 Meldet der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten, nachdem dieser sein Vorkaufsrecht rechtswirksam ausgeübt hat, beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer an, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen dies für den Vorkaufs-

---

2117 Siehe MEIER-HAYOZ, BK, N 236 zu Art. 681 ZGB. Vgl. auch BGE 83 II 12 ff. (16), E. 3.

2118 Vgl. unten Nr. 1042 ff. und 1050 ff.

2119 Vgl. oben Nr. 564.

2120 BGE 111 II 156 ff. (159), E. 2, obiter dictum; gl.M. BSK OR I-BERNET, N 1 in fine zu Art. 95. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2481 i.V.m. 2454 in fine, gestatten dem Schuldner hingegen ein Vorgehen nach Art. 93 OR; restriktiv WEBER, BK, N 18 zu Art. 93 OR. VON TUHR/ESCHER, S. 77, schliesslich verweigern dem Schuldner einer unbeweglichen Sache jegliche Befreiungsmöglichkeit.

2121 Siehe auch GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2479.

belasteten im Verhältnis zum Dritten nach sich zieht. Dabei ist meines Erachtens zu unterscheiden zwischen einem nicht vorgemerkten (A) und einem vorgemerkten Vorkaufsrecht (B). Schliesslich besteht eine Besonderheit beim Mengenkauf (C).

A) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht

Wird ein nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht ausgeübt, bestehen zwei gleichberechtigte Verträge, in der Regel zwei Grundstückkaufverträge, nebeneinander: Sowohl der Vorkaufsberechtigte als auch der Dritte haben einen gleichberechtigten Eigentumsverschaffungsanspruch am Grundstück. Es liegt der klassische Fall eines Doppelverkaufs vor, bei dem der Vorkaufsbelastete nur einer Partei das Grundeigentum übertragen kann.[2122] Entscheidet sich der Vorkaufsbelastete dazu, in Erfüllung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Vorkaufsberechtigten diesen als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt anzumelden, so wird seine Leistungspflicht gegenüber dem Dritten subjektiv unmöglich. Diese **subjektive Unmöglichkeit** hat der Vorkaufsbelastete **zu verantworten,**[2123] schliesslich hätte er den Doppelverkauf durch entsprechende vertragliche Vorkehren – namentlich durch eine Resolutivbedingung im Drittvertrag[2124] – verhindern können. Ihn trifft daher gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem Teil der Lehre gegenüber dem Dritten eine Schadenersatzpflicht aus Art. 97 OR wegen verschuldeter Leistungsunmöglichkeit.[2125] Nach einer anderen Lehrmeinung tritt bei subjektiver Leistungsunmöglichkeit vorerst bloss Schuldnerverzug ein,[2126] der aber mittelbar ebenfalls zu einer Schadenersatzpflicht des Vorkaufsbelasteten wegen Nichterfüllung des Vertrags führen kann und in der Regel auch führen wird (vgl. Art. 107 Abs. 2 OR). So oder anders hat also der Vorkaufsbelastete für seine von ihm zu verantwortende Leistungsunmöglichkeit gegenüber dem Dritten einzustehen. 1043

Es stellt sich die Frage, ob der Vorkaufsbelastete eine Möglichkeit hat, um seiner Schadenersatzpflicht gegenüber dem Dritten vorzubeugen. Ich habe bereits ausgeführt, dass eine Möglichkeit darin besteht, den Drittvertrag durch die Ausübung des Vorkaufsrechts resolutiv zu bedingen.[2127] In der Lehre wird sodann 1044

2122 Siehe auch BGE 83 II 12 ff. (16 f.), E. 3.

2123 A.M. STREBEL, Nr. 1592.

2124 Vgl. oben Nr. 1040.

2125 BGE 135 III 212 ff. (218 ff.), E. 3; 82 II 332 ff. (338 f.), E. 5; KOLLER, OR AT, N 11 f. zu § 53 i.V.m. N 3 zu § 54; SCHWENZER, Nr. 64.09 i.V.m. 64.19; VON TUHR/ESCHER, S. 94; WEBER, BK, N 121 ff. zu Art. 97 OR; BSK OR I-WIEGAND, N 13 zu Art. 97.

2126 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2575; SCHÖNLE, ZK, N 176 zu Art. 184 OR; CR OR I-THÉVENOZ, N 11 zu Art. 97.

2127 Vgl. oben Nr. 1040.

die Auffassung vertreten, dass der Vorkaufsbelastete seine Schadenersatzpflicht abwenden kann, wenn er im Drittvertrag auf das Vorkaufsrecht hinweist.[2128] Meines Erachtens stellt es eine Frage der Vertragsauslegung dar, wie ein **im Drittvertrag enthaltener Hinweis auf das Vorkaufsrecht** nach dem übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien oder subsidiär nach dem Vertrauensprinzip zu verstehen ist. Ist kein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Parteien erstellt, so zieht meines Erachtens der blosse Hinweis auf das Vorkaufsrecht nach dem Vertrauensprinzip grundsätzlich – massgebend sind stets die Umstände des Einzelfalls – keinen Haftungsausschluss nach sich. Die hier vertretene Auffassung deckt sich mit dem Grundsatz, wonach Freizeichnungsklauseln restriktiv auszulegen sind.[2129] Der Vorkaufsbelastete kommt grundsätzlich nicht umhin, im Drittvertrag den Haftungsausschluss für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts explizit anzuordnen. Doch ist meines Erachtens das Verhalten des Dritten, der den Drittvertrag in Kenntnis um das Vorkaufsrecht abschliesst, immerhin als Handeln in einer konkreten Schadensgefahr und damit als Mitverschulden zu qualifizieren, welches den Richter nach Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 OR zur Herabsetzung der Schadenersatzpflicht ermächtigt.[2130]

B) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht

1045 Auch nach der Ausübung eines vorgemerkten Vorkaufsrechts bleibt der Eigentumsverschaffungsanspruch des Dritten gemäss Drittvertrag bestehen.[2131] Doch kann der Vorkaufsbelastete im Nachgang zur Ausübung des Vorkaufsrechts (und erst recht nach der Anmeldung des Vorkaufsberechtigten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt) das Grundeigentum nicht mehr rechtswirksam auf den Dritten übertragen, sodass ihm seine Leistungspflicht gegenüber dem Dritten subjektiv unmöglich geworden ist.[2132] Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Vorkaufsbelastete diese **Leistungsunmöglichkeit zu verantworten** und schuldet dem Dritten deshalb Schadenersatz.[2133]

2128 WISSMANN, Nr. 1496; missverstanden von GIGER, BK, N 162 zu Art. 216 OR. Siehe auch STREBEL, Nr. 1593, der eine Haftung des Vorkaufsbelasteten aus culpa in contrahendo annimmt, wenn dieser den Dritten über die Existenz des Vorkaufsrechts *nicht* aufgeklärt hat.

2129 Siehe dazu BGE 126 III 59 ff. (67), E. 5a; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 1230a; KRAMER/SCHMIDLIN, BK, N 39 zu Art. 18 OR.

2130 Vgl. BREHM, BK, N 15a zu Art. 44 OR; REY, Haftpflichtrecht, Nr. 410 ff.

2131 A.M. STREBEL, Nr. 1597, der davon ausgeht, der Anspruch des Dritterwerbers auf Eigentumsverschaffung entfalle wegen unverschuldeter Leistungsunmöglichkeit des Vorkaufsbelasteten nach Art. 119 Abs. 2 OR; siehe auch EMERY, Nr. 507.

2132 Vgl. bereits oben Nr. 1022.

2133 Vgl. bereits oben Nr. 1043.

Ebenso wenig wie ein im Drittvertrag enthaltener Hinweis auf das nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht[2134] schützt beim vorgemerkten Vorkaufsrecht die aufgrund der Publizität des Grundbuchs grundsätzlich vorauszusetzende **Kenntnis um das Vorkaufsrecht**[2135] den Vorkaufsbelasteten vor einer Schadenersatzpflicht gegenüber dem Dritterwerber. Doch ist immerhin wiederum eine Herabsetzung der Schadenersatzpflicht wegen eines Mitverschuldens des Dritten denkbar.[2136] 1046

C) Besonderheit beim Mengenkauf

Beim Mengenkauf veräussert der Vorkaufsbelastete in einem einzigen Vertrag nebst dem Vorkaufsobjekt noch einen oder mehrere weitere Gegenstände – seien es andere Grundstücke, Fahrnis oder andere Kaufobjekte – zu einem Gesamtpreis. Übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht aus, so erlangt er einzig am Vorkaufsobjekt einen Eigentumsverschaffungsanspruch, nicht aber an den weiteren Gegenständen.[2137] Damit stellt sich die Frage nach dem rechtlichen Schicksal dieser weiteren Gegenstände. Mit Vorteil regeln die Parteien dieses Schicksal bereits im Drittvertrag.[2138] Andernfalls gilt meines Erachtens Folgendes: In Bezug auf das Vorkaufsobjekt besteht für den Vorkaufsbelasteten im Verhältnis zum Dritten nach dem Gesagten eine zu verantwortende subjektive Leistungsunmöglichkeit.[2139] Die Eigentumsverschaffung an den weiteren Gegenständen ist ihm hingegen weiterhin möglich. Es liegt ein Fall der **Teilunmöglichkeit** vor. Der Vorkaufsbelastete bleibt zur Erfüllung der ihm noch möglichen Restleistung verpflichtet.[2140] Doch stellt sich die Frage, ob der Dritte diese Restleistung annehmen muss. Nach zutreffender Auffassung beurteilt sich dies danach, ob ihm die Annahme zumutbar ist oder nicht.[2141] Nimmt er die Restleistung an, schuldet er eine auf die Restleistung reduzierte Vergütung, wobei das Wertverhältnis von Leistung zu Gegenleistung gemäss Drittvertrag in Anwendung der relativen Methode zu wahren ist.[2142] 1047

2134 Vgl. oben Nr. 1044.

2135 Nach der hier vertretenen Auffassung besteht eine natürliche Vermutung dafür, dass ein Käufer Kenntnis von den Grundbucheintragungen hat: vgl. oben Nr. 954.

2136 Vgl. bereits oben Nr. 1044 in fine.

2137 Vgl. oben Nr. 932 ff.

2138 Siehe WYSS/KÖCHLI, Nr. 33, 40 und 42.

2139 Vgl. oben Nr. 1043 und 1045.

2140 BGE 32 II 641 ff. (647), E. 5; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2605.

2141 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2609; SCHWENZER, Nr. 64.31.

2142 Zur relativen Methode vgl. bereits oben Nr. 987 in fine.

3. Anmeldung des Dritten als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt

1048 Meldet der Vorkaufsbelastete den Dritten beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer an, so muss wiederum danach unterschieden werden, ob es sich um ein nicht vorgemerktes (A) oder um ein vorgemerktes Vorkaufsrecht (B) handelt.

A) Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht

1049 Handelt es sich um ein nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht und meldet der Vorkaufsbelastete den Dritten – vor oder in Missachtung der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten – als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt an, so **erwirbt der Dritte das Eigentum an diesem Grundstück** definitiv mit seiner Eintragung in das Hauptbuch unter Rückwirkung auf das Datum der Tagebucheinschreibung (Art. 972 Abs. 1 und 2 ZGB). Unter dem Vorbehalt von Art. 41 Abs. 2 OR braucht der Dritte das Vorkaufsrecht des Vorkaufsberechtigten nicht zu beachten und er wird diesem gegenüber auch nicht schadenersatzpflichtig.[2143] Der Dritte **schuldet** dem Vorkaufsbelasteten **den** im Drittvertrag vereinbarten **Kaufpreis** für das Grundstück.

B) Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht

1050 Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht ist weiter danach zu differenzieren, ob der Vorkaufsbelastete den Dritten vor (b) oder nach der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten (a) beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer anmeldet.

a) Nach der Ausübung des Vorkaufsrechts

1051 Hat der Vorkaufsberechtigte ein vorgemerktes Vorkaufsrecht ausgeübt, so fehlt dem Vorkaufsbelasteten nach dem Gesagten die Verfügungsmacht, um das Eigentum auf den Dritten zu übertragen. Meldet der Vorkaufsbelastete den Dritten dennoch beim Grundbuchamt an und trägt ihn der Grundbuchbeamte als neuen Eigentümer im Grundbuch ein, so erweist sich dieser Eintrag als ungerechtfertigt im Sinn von Art. 975 ZGB. Der Vorkaufsberechtigte kann gegen den Dritten auf Berichtigung des Grundbuchs und gegen den Vorkaufsbelasteten auf Zusprechung des Eigentums klagen.[2144] Der Vorkaufsbelastete hat seine **subjektive Leistungsunmöglichkeit** gegenüber dem Dritten **zu verantworten** und schuldet diesem Schadenersatz.[2145]

2143 Vgl. zum Ganzen bereits oben Nr. 1020.
2144 Vgl. zum Ganzen bereits oben Nr. 1022 ff.
2145 Vgl. bereits oben Nr. 1045.

Der Vorkaufsbelastete kann seine Schadenersatzpflicht auch **nicht** mit dem Argument abwehren, der Dritterwerber habe zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses **Kenntnis von der Gefahr der Entwehrung** im Sinn von Art. 192 Abs. 2 OR gehabt, da das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt war.[2146] Denn der Rechtsgrund, der letztlich zur Entwehrung durch den Vorkaufsberechtigten führt, aktualisiert sich erst im Zeitpunkt der *Ausübung* des Vorkaufsrechts, also *nach* dem Abschluss des Drittvertrags. Solange der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht nicht ausgeübt hat, verfügt er über kein besseres Recht als der Dritte.[2147] Anders zu entscheiden würde bedeuten, den Dritten gegenüber dem Vorkaufsbelasteten auf seiner Kaufpreisschuld zu behaften, obwohl nicht er, sondern der Vorkaufsberechtigte das Grundstück erhält.[2148] Der Vorkaufsbelastete, der vom Vorkaufsberechtigten für die Übertragung des Grundstücks den Kaufpreis erhält, könnte den Kaufpreis so zwei Mal einfordern, was nicht zuletzt auch dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechen würde. Die Kenntnis des Dritten um das Vorkaufsrecht ist immerhin als Handeln in einer konkreten Schadensgefahr und damit als Mitverschulden zu qualifizieren, welches den Richter nach Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 44 OR zur Herabsetzung der Schadenersatzpflicht ermächtigt.[2149] 1052

b) Vor der Ausübung des Vorkaufsrechts

Meldet der Vorkaufsbelastete den Dritten als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt an und übt der Vorkaufsberechtigte erst danach, und zwar gegenüber dem Dritterwerber, sein Vorkaufsrecht aus, so kommt nach der hier vertretenen Auffassung der **Hauptvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritterwerber** zustande.[2150] Für das Verhältnis zwischen dem (ursprünglichen) Vorkaufsbelasteten und dem Dritterwerber bedeutet dies Folgendes: 1053

Ein Fall der Rechtsgewährleistung nach den Art. 192 ff. OR liegt nicht vor, weil der Rechtsgrund, der zur Entwehrung des Grundstücks durch den Vorkaufsberechtigten führt, nämlich die *Ausübung* des Vorkaufsrechts, erst nach dem Abschluss des Drittvertrags eingetreten ist.[2151] Für Eviktionsgründe, die nach dem Vertragsabschluss eintreten, muss der Verkäufer wegen nicht gehöriger Erfüllung des Vertrags nach Art. 97 ff. OR einstehen, sofern er sich nicht exkulpieren 1054

2146 A.M. STREBEL, Nr. 1620.

2147 Vgl. SCHÖNLE/HIGI, ZK, N 59 zu Art. 192 OR: Die «Gefahr der Entwehrung» setzt voraus, dass der Entwehrende ein besseres Recht am Kaufgegenstand hat, und zwar zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

2148 Denn entfällt die Gewährleistung des Verkäufers nach Art. 192 Abs. 2 OR, bleibt die Kaufpreisschuld des Käufers bestehen.

2149 Vgl. bereits oben Nr. 1044 in fine.

2150 Vgl. bereits oben Nr. 1032.

2151 Vgl. oben Nr. 1052.

kann.[2152] Man kann sich allerdings fragen, ob man es im vorliegenden Zusammenhang überhaupt noch mit einer Eviktion durch einen Dritten zu tun hat. Denn nach der Grundbuchanmeldung durch den Vorkaufsbelasteten war der Dritte rechtmässiger Grundeigentümer.[2153] Der Vorkaufsbelastete hat somit seine Eigentumsverschaffungspflicht gegenüber dem Dritten erfüllt. Erst nachträglich, nämlich mit der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten, entsteht ein Rechtsgrund, der diesem ein subjektives Recht verschafft, um das Grundstück vom Dritten herauszuverlangen. Rechtsfolgeerwägungen veranlassen mich aber dazu, auch diesen Fall als **nicht gehörige Erfüllung des Drittvertrags** durch den Vorkaufsbelasteten aufzufassen. Würde man anders entscheiden, so wäre der Vorkaufsbelastete besser gestellt, wenn er den Dritten sogleich nach dem Abschluss des Drittvertrags beim Grundbuchamt als neuen Grundeigentümer anmeldet, als wenn er mit der Anmeldung zuwartet, bis der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausübt und somit riskiert, gegenüber dem Dritten wegen verschuldeter subjektiver Leistungsunmöglichkeit schadenersatzpflichtig zu werden.[2154] Auch erachte ich es insbesondere als sachlich geboten, dem Dritterwerber ein Regressrecht gegen den Vorkaufsbelasteten zu gewähren, wenn er das Grundstück dem Vorkaufsberechtigten zu einem tieferen (Vor-)Kaufpreis herausgeben muss, als er dem Vorkaufsbelasteten für das Grundstück bezahlt hat.[2155]

1055 Dogmatisch lässt sich die hier vertretene Auffassung mit der **Verletzung einer** – stillschweigend vereinbarten – **nachwirkenden Vertragspflicht** erklären, die unter anderem darin besteht, dass der Schuldner «alles zu unterlassen [hat], was den eingetretenen Leistungserfolg ganz oder teilweise wieder zunichte macht».[2156] Zwar hat nicht der Vorkaufsbelastete als Schuldner, sondern der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht ausgeübt und durch das Herausverlangen des Grundstücks den Leistungserfolg des Drittvertrags zunichte gemacht. Doch gehört es zum Einflussbereich des Vorkaufsbelasteten als Vorkaufsrechtsgeber, dass das Vorkaufsrecht durch den Vorkaufsberechtigten ausgeübt werden konnte, weswegen er nach der hier vertretenen Auffassung für diesen Umstand einzustehen hat. Auch hier fällt jedoch wieder eine Herabsetzung der Schadenersatzpflicht wegen eines Mitverschuldens des Dritten, der vom vorgemerkten Vorkaufsrecht Kenntnis hatte, in Betracht.[2157]

1056 Wegen der Verletzung dieser nachwirkenden Vertragspflicht haftet der Vorkaufsbelastete grundsätzlich gegenüber dem Dritterwerber für den daraus resul-

---

2152 Vgl. bereits oben Nr. 951.
2153 Vgl. bereits oben Nr. 1031.
2154 Vgl. dazu oben Nr. 1045 f.
2155 Vgl. oben Nr. 1038.
2156 Vgl. MIDDENDORF, Nr. 179, im Original in Fettdruck.
2157 Vgl. bereits oben Nr. 1046.

tierenden Schaden. Als Verletzer einer nachwirkenden *Unterlassungspflicht* haftet er nach Art. 98 Abs. 2 OR.[2158] Da sich diese nachwirkende Unterlassungspflicht mit dem Integritätsinteresse des Gläubigers an der erhaltenen Sache rechtfertigt,[2159] ist meines Erachtens als Schadenersatz das **Integritätsinteresse** des Dritten am erhaltenen Grundstück zu ersetzen: Der Dritte ist vermögensmässig so zu stellen, wie wenn sein Interesse an der Erhaltung des Grundstücks nicht verletzt worden wäre.[2160] Ein Schadensposten besteht namentlich im Verkehrswert des Grundstücks, das dem Dritten durch den Vorkaufsberechtigten entzogen wird. Damit wird dem Dritten indirekt die Differenz zwischen einem allfällig tieferen Vorkaufspreis und dem von ihm bezahlten, in der Regel dem Verkehrswert entsprechenden Kaufpreis ersetzt. Schadenersatz kann der Dritte vom Vorkaufsbelasteten sodann auch fordern, soweit der Vorkaufsberechtigte ihn wegen Mängel am Grundstück sachgewährleistungspflichtig macht.[2161] Die Handänderungssteuern sind hingegen vom Dritten zu tragen, denn diese wären ihm auch bei korrekter Vertragserfüllung durch den Vorkaufsbelasteten angefallen.[2162]

2158 Siehe MIDDENDORF, Nr. 393.

2159 MIDDENDORF, Nr. 179 in fine.

2160 Siehe zum Integritätsinteresse GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Nr. 2904; SCHWENZER, Nr. 14.32.

2161 A.M. STREBEL, Nr. 1623.

2162 Im Ergebnis gleich STREBEL, Nr. 1624; a.M. WIEDERKEHR, S. 185.

Zusammenfassung in Thesen

I. Grundlagen

Das **Vorkaufsrecht** ist die Gestaltungsberechtigung des Vorkaufsberechtigten, im Vorkaufsfall durch einseitige Willenserklärung zuhanden des Vorkaufsbelasteten mit diesem einen Veräusserungsvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag, über das Vorkaufsobjekt zustande zu bringen.[2163] Das Vorkaufsrecht beruht entweder auf Gesetz oder auf Rechtsgeschäft.[2164] Gegenstand der vorliegenden Arbeit bilden die rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechte an Grundstücken.[2165] 1057

II. Begründung des Vorkaufsrechts

Rechtsgeschäftlich wird das Vorkaufsrecht für gewöhnlich durch den **Vorkaufsvertrag** begründet. Nach der sogenannten Bedingungstheorie stellt der Vorkaufsvertrag einen Kaufvertrag dar, der unter zwei Suspensivbedingungen steht, nämlich dass erstens ein Vorkaufsfall eintritt und dass zweitens der Berechtigte eine fristgerechte Ausübungserklärung abgibt.[2166] Nach der hier vertretenen Begründungstheorie stellt der Vorkaufsvertrag jedoch noch keinen Kaufvertrag dar, sondern einen Vertrag sui generis, mit welchem vorerst nur – aber immerhin – ein Vorkaufsrecht, verstanden als Gestaltungsrecht, zugunsten des Vorkaufsberechtigten begründet wird.[2167] 1058

Beim unentgeltlichen Vorkaufsvertrag ist **Handlungsfähigkeit** nur auf Seiten des Vorkaufsrechtsgebers vorausgesetzt. Auf Seiten des Vorkaufsrechtsnehmers genügt beschränkte Handlungsunfähigkeit, da dieser einen unentgeltlichen Vorteil erlangt.[2168] Beim entgeltlichen Vorkaufsvertrag ist jedoch Handlungsfähigkeit auf beiden Seiten vorausgesetzt.[2169] 1059

Zu den **objektiv wesentlichen Vertragspunkten** eines Vorkaufsvertrags gehören die Bezeichnung der Parteien und ihrer allfälligen Stellvertreter, der Wille 1060

2163 Vgl. oben Nr. 10.
2164 Vgl. oben Nr. 15 ff.
2165 Vgl. oben Nr. 31.
2166 Vgl. oben Nr. 65.
2167 Vgl. oben Nr. 67 und 79.
2168 Vgl. oben Nr. 90.
2169 Vgl. oben Nr. 195.

zur Begründung eines Vorkaufsrechts, die Person des Vorkaufsbelasteten und die Person des Vorkaufsberechtigten sowie das Vorkaufsobjekt.[2170]

1061 Der unlimitierte Vorkaufsvertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der **einfachen Schriftlichkeit** (Art. 216 Abs. 3 OR),[2171] der limitierte Vorkaufsvertrag der **öffentlichen Beurkundung** (Art. 216 Abs. 2 OR).[2172] Beim unentgeltlichen Vorkaufsvertrag muss nur die Willenserklärung des Vorkaufsrechtsgebers vom Formerfordernis gedeckt sein,[2173] beim entgeltlichen Vorkaufsvertrag die Willenserklärungen beider Parteien.[2174]

1062 Der Abschluss des Vorkaufsvertrags zieht für den Vorkaufsrechtsgeber verschiedene Nebenleistungspflichten und **Nebenpflichten** nach sich.[2175] Eine Nebenpflicht des Vorkaufsrechtsgebers besteht nach der hier vertretenen Auffassung namentlich darin, das Vorkaufsobjekt für die Dauer der Vorkaufsbelastung weder zu zerstören noch zu beschädigen.[2176]

1063 **Im Stockwerkeigentumsverhältnis** besteht von Gesetzes wegen kein **Vorkaufsrecht,** doch kann es **rechtsgeschäftlich begründet** werden.[2177] Begründet wird es entweder durch ein einseitiges Rechtsgeschäft des Alleineigentümers oder durch ein mehrseitiges Rechtsgeschäft der Stockwerkeigentümer, sei es anlässlich der Begründung des Stockwerkeigentums oder nachträglich.[2178]

1064 **Von Todes wegen** kann schliesslich ein **Vorkaufsrecht als Vermächtnis zugewendet** werden.[2179] Das Vorkaufsrecht entsteht jedoch erst in dem Zeitpunkt, in welchem die beschwerten Erben mit dem Bedachten – in Erfüllung des Vermächtnisses – einen Vorkaufsvertrag unter Lebenden abschliessen.[2180]

III. Aufhebung und Abänderung des Vorkaufsrechts

1065 Die **Aufhebung des Vorkaufsrechts** erfolgt durch Übereinkunft zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten, durch einseitige Verzichtserklärung des Vorkaufsberechtigten oder durch einseitige Kündigungserklärung

2170 Vgl. oben Nr. 92 ff.
2171 Vgl. oben Nr. 102 ff.
2172 Vgl. oben Nr. 106 ff.
2173 Vgl. oben Nr. 115 ff.
2174 Vgl. oben Nr. 196.
2175 Vgl. oben Nr. 154 ff.
2176 Vgl. oben Nr. 166 ff.
2177 Vgl. oben Nr. 197.
2178 Vgl. oben Nr. 198 ff.
2179 Vgl. oben Nr. 224 ff.
2180 Vgl. oben Nr. 229 ff.

des Vorkaufsbelasteten, falls diesem die Vorkaufsbelastung unzumutbar geworden ist.[2181]

Was die **Abänderung des Vorkaufsrechts** anbelangt, so muss zwischen einer Ausdehnung und einer Einschränkung der Vorkaufsbelastung unterschieden werden. Um eine Ausdehnung der Vorkaufsbelastung handelt es sich, wenn die Rechtsstellung des Vorkaufsbelasteten im Vergleich zu bisher erschwert wird. Eine Ausdehnung der Vorkaufsbelastung ist nur durch einen formbedürftigen Austausch übereinstimmender Willenserklärungen zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten möglich.[2182] Eine Einschränkung der Vorkaufsbelastung kann hingegen auch durch eine formfreie einseitige Willenserklärung des Vorkaufsberechtigten bewirkt werden.[2183] 1066

IV. Inhalt und Wirkungen des Vorkaufsrechts

Im Vorkaufsvertrag können mittels einer Parteiabrede der Inhalt und die Wirkungen des Vorkaufsrechts näher bestimmt werden. Die folgenden **vier praktisch relevantesten Vertragspunkte** haben eine gesetzliche Regelung erfahren: 1067

Das Vorkaufsrecht kann entweder **limitiert oder unlimitiert** ausgestaltet sein. Während beim limitierten Vorkaufsrecht der Vorkaufsvertrag den Kaufpreis zum Voraus bestimmt,[2184] ist dies beim unlimitierten Vorkaufsrecht nicht der Fall.[2185] Bei einem absolut limitierten Vorkaufsrecht legen die Parteien den Kaufpreis bereits im Voraus ziffernmässig fest.[2186] Dagegen bestimmt sich beim relativ limitierten Vorkaufsrecht der Kaufpreis erst im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls, allerdings anhand von Faktoren, die bereits im Vorkaufsvertrag festgelegt werden.[2187] 1068

Das vertragliche Vorkaufsrecht ist gemäss Art. 216b Abs. 1 OR von Gesetzes wegen vererblich, aber nicht abtretbar, doch kann die **Vererblichkeit** im Vorkaufsvertrag ausgeschlossen werden, genauso wie die **Abtretbarkeit** vertraglich vereinbart werden kann.[2188] Die Abtretung bedarf gemäss Art. 216b Abs. 2 OR der gleichen Form wie die Begründung des Vorkaufsrechts: Bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht genügt also die einfache Schriftlichkeit (Art. 216 Abs. 3 OR), bei einem limitierten Vorkaufsrecht bedarf es der öffentlichen Beurkun- 1069

2181 Vgl. oben Nr. 237 ff.
2182 Vgl. oben Nr. 246 ff.
2183 Vgl. oben Nr. 250 ff.
2184 Vgl. oben Nr. 272 ff.
2185 Vgl. oben Nr. 269 ff.
2186 Vgl. oben Nr. 276.
2187 Vgl. oben Nr. 277.
2188 Vgl. oben Nr. 282 ff.

dung (Art. 216 Abs. 2 OR).[2189] Nach erfolgter Abtretung steht dem Zessionar die Befugnis zu, im Vorkaufsfall im eigenen Namen das Vorkaufsrecht auszuüben. Er erwirbt das Vorkaufsrecht mit den gleichen Stärken und Schwächen und inklusive den Nebenrechten, wie es dem Zedenten zugestanden hat.[2190]

1070 Gemäss Art. 216a OR kann das Vorkaufsrecht für höchstens 25 Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden. Diese **Befristung** des Vorkaufsrechts ist auf das vertragliche, grundsätzlich aber nicht auf das gesetzliche Vorkaufsrecht oder das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis anwendbar.[2191] Die gesetzliche Maximaldauer von 25 Jahren weist einen einseitig zwingenden Charakter auf: Die Parteien des Vorkaufsvertrags dürfen eine kürzere, aber keine längere Dauer vereinbaren.[2192] Treffen die Parteien keine Abrede über die Dauer, ist nach der hier vertretenen Auffassung Art. 216a OR als vertragsergänzende Norm in der Weise heranzuziehen, als die Dauer des Vorkaufsrechts und eine allfällige Vormerkungsdauer je 25 Jahre betragen.[2193] Die Fristen von Art. 216a OR stellen Verwirkungsfristen dar.[2194] Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Maximaldauer von 25 Jahren auf altrechtliche Vorkaufsrechte nicht anwendbar. Nach der hier vertretenen Auffassung rechtfertigt sich dies jedoch nur, falls die Parteien für ihr altrechtliches Vorkaufsrecht eine feste Dauer vereinbart haben, sodass sie in ihrem Vertrauen in diese Vereinbarung zu schützen sind. Haben die Parteien jedoch ein Vorkaufsrecht auf unbestimmte Dauer vereinbart, beginnt für dieses Vorkaufsrecht in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB die 25-Jahresfrist von Art. 216a OR mit dem Inkrafttreten von Art. 216a OR am 1. Januar 1994 zu laufen.[2195]

1071 Gemäss Art. 216a OR kann das Vorkaufsrecht für höchstens 25 Jahre im Grundbuch vorgemerkt werden. Durch die **Vormerkung** erlangt das Vorkaufsrecht einerseits eine dingliche und andererseits eine realobligatorische Wirkung. Die dingliche Wirkung des vorgemerkten Vorkaufsrechts besteht darin, dass der Vorkaufsberechtigte, der im Vorkaufsfall sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat, die rangschlechteren Grundstücksrechte, welche seine Rechtsstellung beeinträchtigen, aus dem Grundbuch löschen kann.[2196] Beim unlimitierten oder beim relativ limitierten Vorkaufsrecht kann der Vorkaufsberechtigte all jene rangschlechteren Grundstücksrechte aus dem Grundbuch löschen lassen, die seinem Erwerb des Grundeigentums entgegenstehen oder diesen gefährden, sowie diejenigen,

---

2189 Vgl. oben Nr. 304.
2190 Vgl. oben Nr. 307 ff.
2191 Vgl. oben Nr. 313 ff.
2192 Vgl. oben Nr. 328 ff.
2193 Vgl. oben Nr. 334 ff.
2194 Vgl. oben Nr. 342 ff.
2195 Vgl. oben Nr. 348 ff.
2196 Vgl. oben Nr. 367 ff.

die seit dem Eintritt des Vorkaufsfalls begründet worden sind.[2197] Beim absolut limitierten Vorkaufsrecht kann der Vorkaufsberechtigte all jene rangschlechteren Grundstücksrechte aus dem Grundbuch löschen lassen, die seinem Anspruch entgegenstehen, das Grundstück in jenem rechtlichen Zustand zu erwerben, den es im Zeitpunkt des Abschlusses des Vorkaufsvertrags aufgewiesen hat.[2198] Die realobligatorische Wirkung des vorgemerkten Vorkaufsrechts besteht darin, dass der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht gegenüber dem – im Zeitpunkt des Zugangs der Ausübungserklärung – jeweiligen Eigentümer des Grundstücks geltend machen kann. Dieser jeweilige Eigentümer des Grundstücks wird Vertragspartner des Hauptvertrags, den der Vorkaufsberechtigte durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts zustande bringt.[2199] Die Rechte und Pflichten dieses Hauptvertrags ihrerseits sind nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht realobligatorisch ausgestaltet.[2200]

1072 Das **Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis** ist **dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer nachgebildet.** Einmal rechtsgeschäftlich begründet, gleicht sich das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis von seinem Inhalt und seinen Wirkungen her dem gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer an.[2201] Das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis unterliegt nicht der zeitlichen Befristung von Art. 216a OR.[2202] Es handelt sich um ein unlimitiertes Vorkaufsrecht.[2203] Ein limitiertes Vorkaufsrecht können die Stockwerkeigentümer nur nach Massgabe der Art. 216 ff. OR einführen, was insbesondere zur Folge hat, dass es der zeitlichen Befristung von Art. 216a OR unterliegt.[2204] Das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis kann weder vererbt noch abgetreten werden. Als Realvorkaufsrecht folgt es jedoch der Eigentumsberechtigung an der Stockwerkeigentumseinheit.[2205] Auch das Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis kann im Grundbuch vorgemerkt werden. Durch die Vormerkung erlangt es Wirkungen gegenüber Dritten.[2206]

2197 Vgl. oben Nr. 381 ff.
2198 Vgl. oben Nr. 398 ff.
2199 Vgl. oben Nr. 422 f.
2200 Vgl. oben Nr. 427.
2201 Vgl. oben Nr. 470 ff.
2202 Vgl. oben Nr. 480.
2203 Vgl. oben Nr. 475.
2204 Vgl. oben Nr. 476.
2205 Vgl. oben Nr. 477 ff.
2206 Vgl. oben Nr. 484 ff.

V. Vorkaufsobjekt

1073 Unter dem Vorkaufsobjekt versteht man das Objekt, auf dessen Erwerb der Vorkaufsberechtigte im Vorkaufsfall durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts einen Anspruch erlangen soll.[2207] Wie jeder objektiv wesentliche Vertragspunkt muss das Vorkaufsobjekt im Vorkaufsvertrag hinreichend bestimmt oder bestimmbar umschrieben sein.[2208] In der vorliegenden Arbeit geht es ausschliesslich um **Grundstücke** im Sinn von Art. 655 Abs. 2 ZGB als Vorkaufsobjekte.[2209]

1074 Zulässig ist auch ein Vorkaufsrecht an einem **Realteil oder** an einem künftigen **ideellen Teil eines Grundstücks.**[2210] Ein Vorkaufsvertrag, mit dem ein Vorkaufsrecht an einem künftigen Stockwerkeigentumsanteil begründet wird, muss die Formvorschriften von Art. 712d Abs. 3 ZGB beachten, also grundsätzlich öffentlich beurkundet werden, selbst wenn bloss ein unlimitiertes Vorkaufsrecht zur Diskussion steht.[2211] Vorkaufsrechte an einem Realteil oder an einem künftigen ideellen Teil eines Grundstücks dürfen im Grundbuch vorgemerkt werden, ohne dass dazu eine grundbuchliche Verselbständigung des Realteils bzw. des ideellen Teils des Grundstücks vonnöten wäre. Immerhin ist zu fordern, dass der Realteil bzw. ideelle Teil des Grundstücks im Zeitpunkt der Vormerkung bereits hinreichend bestimmt ist.[2212]

VI. Vorkaufsfall

1075 Unter dem Vorkaufsfall versteht man die Bedingung, die eintreten muss, damit der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben kann. Der Vorkaufsfall besteht im Abschluss eines Rechtsgeschäfts zwischen dem Vorkaufsbelasteten und einem Dritten, dem sogenannten Drittvertrag.[2213] Dieser **Drittvertrag** muss grundsätzlich **rechtsgültig** zustande gekommen sein, um den Vorkaufsfall auszulösen.[2214] Nach der hier vertretenen Auffassung löst bereits ein Vorvertrag den Vorkaufsfall aus, sofern der Vorkaufsbelastete daran als Partei beteiligt ist und der Vertrag beide Parteien verpflichtet,[2215] nicht aber ein Kaufsrechtsvertrag.[2216]

2207 Vgl. oben Nr. 501.
2208 Vgl. oben Nr. 504.
2209 Vgl. oben Nr. 502 ff.
2210 Vgl. oben Nr. 513 ff.
2211 Vgl. oben Nr. 530.
2212 Vgl. oben Nr. 521, 528 und 531.
2213 Vgl. oben Nr. 532.
2214 Vgl. oben Nr. 538 ff.
2215 Vgl. oben Nr. 545 f.
2216 Vgl. oben Nr. 547 f.

Beim einseitig unverbindlichen Drittvertrag tritt der Vorkaufsfall bereits mit dem Vertragsabschluss ein, doch entfällt er nachträglich wieder, wenn sich der Vorkaufsbelastete rechtzeitig auf die Unverbindlichkeit des Vertrags beruft.[2217] Gleich gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Drittvertrag gemäss Art. 230 Abs. 1 OR anfechtbar ist.[2218] Hingegen zeitigt eine paulianische Anfechtung keine zivilrechtliche Auswirkung auf den Vorkaufsfall.[2219] Bei einem kasuell bedingten Drittvertrag tritt der Vorkaufsfall ebenfalls mit Vertragsabschluss ein. Der Vorkaufsberechtigte, der von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht, muss sich allerdings die kasuelle Bedingung des Drittvertrags entgegenhalten lassen.[2220] Bei einem potestativ bedingten Drittvertrag tritt der Vorkaufsfall jedoch erst mit Eintritt der Bedingung ein.[2221] Bedarf der Drittvertrag zu seiner Gültigkeit einer behördlichen Bewilligung, so tritt der Vorkaufsfall ebenfalls bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein.[2222] Betrifft das Bewilligungserfordernis den Dritterwerber, so bleibt eine allfällige Verweigerung der Erwerbsbewilligung wegen Art. 216d Abs. 2 OR ohne Auswirkungen auf den Vorkaufsfall.[2223] Bleibt hingegen die behördliche Bewilligung zum Verkauf auf Seiten des Vorkaufsbelasteten aus, so entfällt der Vorkaufsfall nachträglich.[2224] Eine nachträgliche Aufhebung des Drittvertrags lässt den Vorkaufsfall grundsätzlich nicht entfallen, es sei denn, die Aufhebung erfolge, bevor der Vorkaufsberechtigte Kenntnis vom Vorkaufsfall erlangt hat.[2225] Bis zu diesem Zeitpunkt können die Parteien des Drittvertrags auch ihren Vertragsinhalt abändern mit der Konsequenz, dass nur der abgeänderte Vertrag den Vorkaufsfall bildet.[2226] Eine spätere Abänderung des Drittvertrags hat nach der hier vertretenen Auffassung zur Folge, dass ein zweiter Vorkaufsfall einritt.[2227]

Gemäss der ersten Tatbestandsvariante von Art. 216c Abs. 1 OR löst ein **Grundstückkaufvertrag** zwischen dem Vorkaufsbelasteten und einem Dritten über das Vorkaufsobjekt den Vorkaufsfall aus.[2228] Das gilt auch für den sogenannten Mengenkauf, wo in einem einzigen Vertrag nebst dem Vorkaufsobjekt noch ein oder mehrere weitere Gegenstände zu einem Gesamtpreis verkauft 1076

2217 Vgl. oben Nr. 550 ff.
2218 Vgl. oben Nr. 554.
2219 Vgl. oben Nr. 555.
2220 Vgl. oben Nr. 560 ff.
2221 Vgl. oben Nr. 563 ff.
2222 Vgl. oben Nr. 569 und 573.
2223 Vgl. oben Nr. 569.
2224 Vgl. oben Nr. 572.
2225 Vgl. oben Nr. 575 ff.
2226 Vgl. oben Nr. 584.
2227 Vgl. oben Nr. 585.
2228 Vgl. oben Nr. 588.

werden.[2229] Auch beim sogenannten Teilverkauf, bei dem der Vorkaufsbelastete nur einen Teil des Grundstücks verkauft, tritt der Vorkaufsfall ein, allerdings nur in Bezug auf den verkauften Grundstücksteil.[2230] Auch ein Kaufvertrag mit einer ergänzenden Nebenleistungspflicht nicht monetärer Natur stellt einen Vorkaufsfall dar, selbst wenn der Vorkaufsberechtigte nicht imstande ist, anstelle des Drittkäufers die Nebenleistung zu erbringen.[2231] Aber nicht jeder Grundstückkaufvertrag löst einen Vorkaufsfall aus. So stellt namentlich die Veräusserung des Grundstücks an einen Vorkaufsberechtigten im gleichen oder in einem vorderen Rang gemäss Art. 681 Abs. 2 ZGB keinen Vorkaufsfall dar.[2232] Gleich zu entscheiden ist bei einer Veräusserung des Grundstücks an eine wirtschaftlich identische Person.[2233] Anders als nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung scheidet nach der hier vertretenen Auffassung der Vorkaufsfall nicht aus, wenn beim Verkauf des Grundstücks für den Veräusserer die Person des Erwerbers im Vordergrund steht,[2234] so namentlich beim sogenannten Verwandten- oder Kindskauf.[2235]

1077 **Keinen Vorkaufsfall** stellt gemäss **Art. 216c Abs. 2 OR** die Zuweisung des Grundstücks an einen Erben in der Erbteilung dar.[2236] Das Gleiche gilt beim vertraglichen Vorkaufsrecht für die Zwangsversteigerung.[2237] Anders zu entscheiden ist nach der hier vertretenen Auffassung beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis, bei dem die Zwangsversteigerung in Anwendung von Art. 681 Abs. 1 ZGB einen Vorkaufsfall auslöst.[2238] Ein Vorkaufsfall scheidet schliesslich aus, wenn das Grundstück zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erworben wird.[2239] Davon erfasst sind auch die Enteignung[2240] sowie der enteignungsähnliche Verkauf.[2241]

1078 Gemäss der zweiten Tatbestandsvariante von Art. 216c Abs. 1 OR stellt letztlich jedes **Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt,** einen Vorkaufsfall dar. Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Gesetzgeber mit dieser Tatbestandsvariante eine sogenannte «ökonomische Betrachtungsweise» eingeführt. Dies bedeutet, dass nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten entschie-

---

2229 Vgl. oben Nr. 592.
2230 Vgl. oben Nr. 596.
2231 Vgl. oben Nr. 597 ff.
2232 Vgl. oben Nr. 604 f.
2233 Vgl. oben Nr. 607.
2234 Vgl. oben Nr. 612 ff.
2235 Vgl. oben Nr. 608 ff.
2236 Vgl. oben Nr. 614 ff.
2237 Vgl. oben Nr. 618 ff.
2238 Vgl. oben Nr. 621 ff.
2239 Vgl. oben Nr. 632 ff.
2240 Vgl. oben Nr. 625 ff.
2241 Vgl. oben Nr. 630 f.

den werden muss, ob ein Vorkaufsfall vorliegt oder nicht.[2242] Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten setzt ein Vorkaufsfall voraus, dass ein zweiseitiges Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, in dem sich beide Parteien zur Erbringung einer Leistung verpflichten.[2243] Zwischen den Parteien darf keine wirtschaftliche Identität bestehen.[2244] Die Leistung des Dritterwerbers muss in einem Entgelt oder in einem wirtschaftlichem Äquivalent bestehen.[2245] Die Geldleistung muss dabei nach dem übereinstimmenden Parteiwillen ein volles Entgelt für die Gegenleistung des Vorkaufsbelasteten darstellen. Bei einer gemischten Schenkung scheidet der Vorkaufsfall daher aus.[2246] Das wirtschaftliche Äquivalent kann in irgendeiner vertretbaren Gegenleistung bestehen. Ist die Gegenleistung nicht vertretbar und kommt es dem Vorkaufsbelasteten massgeblich auf diese nicht vertretbare Gegenleistung an, so scheidet der Vorkaufsfall aus.[2247] Die Leistung des Vorkaufsbelasteten muss in der Übertragung des formellen oder wirtschaftlichen Grundeigentums bestehen.[2248] Die Übertragung des wirtschaftlichen Grundeigentums erfolgt durch die Übertragung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Grundstück.[2249] So betrachtet, kann namentlich die Begründung einer dauernden und selbständigen Baurechtsdienstbarkeit[2250] oder die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person, die ein Grundstück zu Eigentum hat, einen Vorkaufsfall auslösen.[2251] Ein Vorkaufsfall ist selbst bei einer Verfügung von Todes wegen nicht ausgeschlossen.[2252]

Die Parteien des Vorkaufsvertrags können **rechtsgeschäftlich den Vorkaufsfall** im Vergleich zur gesetzlichen Legaldefinition von Art. 216c OR **einschränken.**[2253] Eine rechtsgeschäftliche Ausdehnung des Vorkaufsfalls ist nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht zulässig. Den Parteien ist es aber anheimgestellt, stattdessen ein (bedingtes) Kaufsrecht zu vereinbaren.[2254] 1079

[2242] Vgl. oben Nr. 647 ff.
[2243] Vgl. oben Nr. 658 ff.
[2244] Vgl. oben Nr. 665 ff.
[2245] Vgl. oben Nr. 671 ff.
[2246] Vgl. oben Nr. 672 ff.
[2247] Vgl. oben Nr. 676 ff.
[2248] Vgl. oben Nr. 696 ff.
[2249] Vgl. oben Nr. 700 f.
[2250] Vgl. oben Nr. 714 ff.
[2251] Vgl. oben Nr. 724 ff.
[2252] Vgl. oben Nr. 730 ff.
[2253] Vgl. oben Nr. 747.
[2254] Vgl. oben Nr. 748 f.

VII. Wirkungen des Vorkaufsfalls

1080 Der Vorkaufsfall zieht für den Vorkaufsbelasteten die **Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR** gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nach sich. Der Vorkaufsbelastete muss den Vorkaufsberechtigten über den Abschluss und den Inhalt des Rechtsgeschäfts, das den Vorkaufsfall ausgelöst hat, orientieren.[2255] Bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht muss der Vorkaufsberechtigte über den gesamten Inhalt des Drittvertrags, inklusive der Person des Dritterwerbers, in Kenntnis gesetzt werden.[2256] Sofern der limitierte Vorkaufsvertrag als abschliessende vertragliche Regelung aufzufassen ist, genügt es, wenn der Vorkaufsbelastete dem Vorkaufsberechtigten mitteilt, dass ein Vorkaufsfall eingetreten ist, und ihm die Person des Dritterwerbers nennt.[2257] Bei der Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR handelt es sich um eine vertragliche Nebenleistungspflicht.[2258] Mit ihrer Erfüllung beginnt spätestens der Fristenlauf von Art. 216e OR für die Ausübung des Vorkaufsrechts.[2259] Ihre schuldhafte Nichterfüllung oder verspätete Erfüllung zieht für den Vorkaufsbelasteten eine Schadenersatzpflicht gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nach sich.[2260] Die Informationspflicht nach Art. 216d Abs. 1 OR muss von der Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters nach Art. 969 Abs. 1 ZGB abgegrenzt werden, die sich in verschiedener Hinsicht unterscheiden.[2261]

1081 Mit dem Vorkaufsfall ist die Bedingung eingetreten, damit der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben kann. Er muss das Vorkaufsrecht gegenüber dem Vorkaufsbelasteten ausüben. Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht ist dies der Vorkaufsrechtsgeber oder dessen Universalsukzessor.[2262] Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht ist dies der im Zeitpunkt des Zugangs der **Ausübungserklärung** im Grundbuch eingetragene Grundeigentümer.[2263] Für die Ausübungserklärung besteht keine gesetzliche Formvorschrift.[2264] Inhaltlich erklärt der Vorkaufsberechtigte seinen Willen, sein Vorkaufsrecht auszuüben.[2265] Die Ausübungserklärung ist als Gestaltungserklärung grundsätzlich bedingungs-

2255 Vgl. oben Nr. 752 ff.
2256 Vgl. oben Nr. 768.
2257 Vgl. oben Nr. 769 f.
2258 Vgl. oben Nr. 777 ff.
2259 Vgl. oben Nr. 781.
2260 Vgl. oben Nr. 784 f.
2261 Vgl. oben Nr. 786 ff.
2262 Vgl. oben Nr. 815.
2263 Vgl. oben Nr. 819 ff.
2264 Vgl. oben Nr. 832 ff.
2265 Vgl. oben Nr. 836.

feindlich, muss vorbehaltlos abgegeben werden und kann nicht widerrufen werden.[2266]

Der Vorkaufsberechtigte kann sein Vorkaufsrecht gemäss Art. 216e OR innert dreier Monate ab Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Drittvertrags ausüben. Es handelt sich um eine relative Verwirkungsfrist.[2267] Die Parteien des Vorkaufsvertrags können eine längere oder eine kürzere **Ausübungsfrist** vereinbaren.[2268] Neben der relativen Verwirkungsfrist bildet die Dauer des Vorkaufsrechts, die gemäss Art. 216a OR maximal 25 Jahre beträgt, für das vertragliche Vorkaufsrecht eine absolute Verwirkungsfrist.[2269] Die Ausübungsfrist von Art. 216e OR beginnt zu laufen, sobald dem Vorkaufsberechtigten die Informationen zugegangen sind, die ihm gestützt auf Art. 216d Abs. 1 OR zustehen.[2270] Die Ausübungsfrist ist gewahrt, wenn die Ausübungserklärung bis spätestens am letzten Tag der Frist beim richtigen Adressaten zugegangen ist.[2271] Benötigt der Vorkaufsberechtigte für den Erwerb des Grundstücks eine Erwerbsbewilligung, so stellt es nach der hier vertretenen Auffassung für die Fristwahrung keine Voraussetzung dar, dass er innerhalb der Ausübungsfrist bei der zuständigen Behörde bereits ein Gesuch um Erteilung der Erwerbsbewilligung gestellt hat.[2272] 1082

Mit der **wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts** bringt der Vorkaufsberechtigte den Hauptvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag, mit dem Vorkaufsbelasteten zustande.[2273] Nach der hier vertretenen Auffassung geht das Vorkaufsrecht infolge Ausübung erst dann unter, wenn der Vorkaufsberechtigte auch tatsächlich Eigentümer des vorkaufsbelasteten Grundstücks geworden ist.[2274] Werden mehrere voneinander unabhängige Vorkaufsrechte ausgeübt, dringt der Vorkaufsberechtigte im vordersten Rang mit seiner Ausübungserklärung durch und müssen die Ausübungserklärungen der rangschlechteren Vorkaufsberechtigten als «ins Leere gezielt» betrachtet werden.[2275] 1083

Wird das vorgemerkte **Vorkaufsrecht** in einem Vorkaufsfall **nicht ausgeübt,** so verwirkt es nur für den konkreten Vorkaufsfall. Mangels anders lautender Abrede im Vorkaufsvertrag besteht das vorgemerkte Vorkaufsrecht für die restliche Vormerkungsdauer weiter und kann in einem späteren Vorkaufsfall noch ausge- 1084

2266 Vgl. oben Nr. 839 ff.
2267 Vgl. oben Nr. 843 und 846.
2268 Vgl. oben Nr. 853 f.
2269 Vgl. oben Nr. 850.
2270 Vgl. oben Nr. 855 ff.
2271 Vgl. oben Nr. 862 ff.
2272 Vgl. oben Nr. 865 f.
2273 Vgl. oben Nr. 872.
2274 Vgl. oben Nr. 873.
2275 Vgl. oben Nr. 874 ff.

übt werden.[2276] Dagegen erlischt das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht grundsätzlich endgültig, wenn es im Vorkaufsfall nicht ausgeübt wird. Führt der Vorkaufsfall jedoch ausnahmsweise nicht zu einem Eigentumswechsel am Grundstück, so bleibt das nicht vorgemerkte und nicht ausgeübte Vorkaufsrecht nach der hier vertretenen Auffassung bestehen.[2277] Der Vorkaufsberechtigte kann sowohl vor als auch nach Eintritt des Vorkaufsfalls durch formfreie Erklärung ausdrücklich auf die Ausübung des Vorkaufsrechts verzichten.[2278]

VIII. Rechtslage nach Ausübung des Vorkaufsrechts

1085 Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts begründet der Vorkaufsberechtigte ein **neues Vertragsverhältnis** zum Vorkaufsbelasteten, den sogenannten Hauptvertrag, der regelmässig als Grundstückkaufvertrag zu qualifizieren ist.[2279] Eine öffentliche Beurkundung dieses neuen Vertragsverhältnisses ist grundsätzlich nicht erforderlich.[2280]

1086 Der Vorkaufsbelastete ist als Verkäufer gemäss Art. 216 Abs. 1 i.V.m. Art. 184 Abs. 1 OR verpflichtet, dem Vorkaufsberechtigten als Käufer das **Eigentum am Grundstück zu verschaffen.**[2281] Kommt er dieser Pflicht nicht nach, kann der Vorkaufsberechtigte gestützt auf Art. 665 Abs. 1 ZGB auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums oder nach Art. 97 OR auf Vertragserfüllung klagen.[2282] Im Normalfall erlangt der Vorkaufsberechtigte einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Vorkaufsobjekt.[2283] Dies gilt auch für den Mengenkauf.[2284] Verfügt der Vorkaufsberechtigte jedoch über ein Vorkaufsrecht bloss an einem Realteil oder an einem (künftigen) ideellen Teil eines Grundstücks, erlangt er durch die Ausübung seines Vorkaufsrechts nur einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an diesem vorkaufsbelasteten Realteil bzw. ideellen Teil des Grundstücks.[2285] Bei einem Teilverkauf erlangt der Vorkaufsberechtigte einen Eigentumsverschaffungsanspruch nur am verkauften Grundstücksteil.[2286] Der Vorkaufsbelastete hat als Verkäufer gemäss Art. 221 i.V.m. 192 Abs. 1 OR dafür Rechtsgewähr zu leisten, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die

2276 Vgl. oben Nr. 883.
2277 Vgl. oben Nr. 884 f.
2278 Vgl. oben Nr. 886 ff.
2279 Vgl. oben Nr. 898 ff.
2280 Vgl. oben Nr. 905 f.
2281 Vgl. oben Nr. 922 f.
2282 Vgl. oben Nr. 924 ff.
2283 Vgl. oben Nr. 928 ff.
2284 Vgl. oben Nr. 932 ff.
2285 Vgl. oben Nr. 935.
2286 Vgl. oben Nr. 944.

schon zur Zeit des Vertragsabschlusses, sprich zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts, bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Vorkaufsberechtigten als Käufer ganz oder teilweise entziehe.[2287] Und er hat nach den Regeln der Sachgewährleistung einzustehen, wenn das Grundstück mangelhaft ist, weil diesem im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs zugesicherte oder zum Gebrauch vorausgesetzte Eigenschaften fehlen (vgl. Art. 221 i.V.m. 197 Abs. 1 OR).[2288]

1087 Bei einem unlimitierten Vorkaufsrecht kann der Vorkaufsberechtigte als Käufer das Grundstück aufgrund von Art. 216d Abs. 3 OR zu dem **Kaufpreis** erwerben, den der Verkäufer mit dem Dritten im Drittvertrag vereinbart hat.[2289] Ist im Drittvertrag zusätzlich zur Kaufpreiszahlung eine Nebenleistung vereinbart, schuldet der unlimitiert Vorkaufsberechtigte nebst dem Kaufpreis grundsätzlich auch diese Nebenleistung. Kann er die Nebenleistung nicht erbringen, so ist diese in eine Geldleistung von entsprechendem Wert umzuwandeln.[2290] Veräussert der Vorkaufsbelastete im Drittvertrag sein ganzes Grundstück, besteht aber zugunsten des Vorkaufsberechtigten nur ein Vorkaufsrecht an einem Realteil oder (künftigen) ideellen Anteil davon, so muss der Kaufpreis unter Wahrung des Wertverhältnisses des Drittvertrags gekürzt werden.[2291] Das gilt auch für den Mengenkauf sowie bei einem Drittvertrag, in dem die wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Grundstück veräussert wird.[2292] Bei einem limitierten Vorkaufsrecht erwirbt der Vorkaufsberechtigte das Grundstück zu jenem Kaufpreis, der im Vorkaufsvertrag vereinbart ist.[2293] Veräussert der Vorkaufsbelastete nur einen Teil seines Grundstücks, so ist der vom Vorkaufsberechtigten zu entrichtende Kaufpreis unter Wahrung des Wertverhältnisses des Vorkaufsvertrags zu reduzieren.[2294] Begleicht der Vorkaufsberechtigte seine Kaufpreisschuld nicht rechtzeitig, setzt er sich den Verzugsfolgen von Art. 102 ff. und Art. 221 i.V.m. 214 OR aus. Dann kann der Vorkaufsbelastete namentlich unter den Voraussetzungen von Art. 221 i.V.m. 214 Abs. 1 OR ohne Weiteres vom Vertrag zurücktreten.[2295]

1088 Meldet der Vorkaufsbelastete den Vorkaufsberechtigten gestützt auf den zustande gekommenen Hauptvertrag beim Grundbuchamt als neuen Eigentümer an, so erwirbt dieser das Eigentum am Grundstück. Dem **Dritten** stehen grundsätzlich keine Ansprüche gegen den Vorkaufsberechtigten zu.[2296] Er ist allerdings **zur**

2287 Vgl. oben Nr. 949 ff.
2288 Vgl. oben Nr. 964 ff.
2289 Vgl. oben Nr. 983.
2290 Vgl. oben Nr. 984 ff.
2291 Vgl. oben Nr. 987 ff.
2292 Vgl. oben Nr. 987 und 994.
2293 Vgl. oben Nr. 995 f.
2294 Vgl. oben Nr. 997 ff.
2295 Vgl. oben Nr. 1010 f.
2296 Vgl. oben Nr. 1014.

Feststellungsklage gegen den Vorkaufsberechtigten legitimiert, dieser habe das Vorkaufsrecht nicht rechtswirksam ausgeübt und daher nicht rechtsgültig das Eigentum am Grundstück erworben. Damit er dieses Feststellungsurteil auch dem Vorkaufsbelasteten entgegenhalten kann, muss er entweder gleichzeitig mit seiner Feststellungsklage gegen den Vorkaufsberechtigten auch den Vorkaufsbelasteten ins Recht fassen, indem er gegen diesen auf Zusprechung des Eigentums nach Art. 665 Abs. 1 ZGB oder auf Erfüllung des Kaufvertrags nach Art. 97 OR klagt, oder er lässt sich von diesem vorprozessual die Erklärung ausstellen, dass er das gegen den Vorkaufsberechtigten ergehende Feststellungsurteil auch gegen sich gelten lässt.[2297]

1089 **Meldet der Vorkaufsbelastete den Dritten als neuen Grundeigentümer beim Grundbuchamt an,** *nachdem* der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat, so erwirbt der Dritte mit der Eintragung im Grundbuch definitiv das Eigentum am Grundstück, wenn es sich um ein nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht handelt.[2298] Handelt es sich hingegen um ein vorgemerktes Vorkaufsrecht, so erweist sich der Grundbucheintrag des Dritten als ungerechtfertigt im Sinn von Art. 975 ZGB, und der Vorkaufsberechtigte ist zur Grundbuchberichtigungsklage gegen den Dritterwerber legitimiert.[2299] Meldet der Vorkaufsbelastete den Dritten als neuen Grundeigentümer beim Grundbuchamt an, *bevor* der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausgeübt hat, so braucht der Dritterwerber ein nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht wiederum grundsätzlich nicht zu beachten.[2300] Das vorgemerkte Vorkaufsrecht hingegen ist in dem Sinn realobligatorisch ausgestaltet, als es gegenüber dem jeweiligen Eigentümer ausgeübt werden kann. Hat der Vorkaufsbelastete den Dritten als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt angemeldet, kann der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht gegenüber dem Dritten ausüben. Damit bringt der Vorkaufsberechtigte nach der hier vertretenen Auffassung den Hauptvertrag, regelmässig einen Grundstückkaufvertrag, mit dem Dritten zustande.[2301]

1090 Die **Ausübung des Vorkaufsrechts** durch den Vorkaufsberechtigten zeitigt **grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Verbindlichkeit des Drittvertrags,** es sei denn, dieser Vertrag sei durch die Ausübung des Vorkaufsrechts resolutiv bedingt.[2302] Ohne eine solche Resolutivbedingung bleibt der Eigentumsverschaffungsanspruch des Dritten gegenüber dem Vorkaufsbelasteten bestehen, wenn der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht. Entscheidet sich der Vorkaufsbelastete dazu, in Erfüllung des Eigen-

2297 Vgl. oben Nr. 1015 ff.
2298 Vgl. oben Nr. 1020 f.
2299 Vgl. oben Nr. 1022 ff.
2300 Vgl. oben Nr. 1029 f.
2301 Vgl. oben Nr. 1031 ff.
2302 Vgl. oben Nr. 1040.

tumsverschaffungsanspruchs des Vorkaufsberechtigten diesen als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt anzumelden, so wird seine Leistungspflicht gegenüber dem Dritten subjektiv unmöglich. Er macht sich gegenüber dem Dritten schadenersatzpflichtig.[2303] Meldet der Vorkaufsbelastete hingegen den Dritten als neuen Eigentümer beim Grundbuchamt an und übt der Vorkaufsberechtigte sein vorgemerktes Vorkaufsrecht erst danach aus, und zwar gegenüber dem Dritterwerber, so kommt nach der hier vertretenen Auffassung der Hauptvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten zustande. Da der Dritte dem Vorkaufsberechtigten nach dessen Ausübung des Vorkaufsrechts das Grundstück herausgeben muss, stellt dies nach der hier vertretenen Auffassung eine nicht gehörige Erfüllung des Drittvertrags durch den Vorkaufsbelasteten dar, die ihn gegenüber dem Dritten schadenersatzpflichtig macht.[2304]

[2303] Vgl. oben Nr. 1042 ff.
[2304] Vgl. oben Nr. 1053 ff.

Sachregister

Die Zahlen verweisen auf die Randnummern.

A

Abänderung des Drittvertrags *583 ff.*

Abänderung des Vorkaufsrechts

- Ausdehnung der Vorkaufsbelastung *246 ff.*
- Einschränkung der Vorkaufsbelastung *250 ff.*

absolut limitiertes Vorkaufsrecht

- Begriff *276*
- und Kaufgegenstand des Hauptvertrags *siehe dort*
- und Löschung von rangschlechteren Grundstücksrechten *siehe dort*

Abtretung des Vorkaufsrechts

- Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts *145, 292 ff.*
- Anzeige der ~ an den Vorkaufsbelasteten *306, 762*
- Form *304*
- Rechtslage danach *307 ff.*
- Vollzug *298 ff.*

Abwehrzweck *siehe «Zwecke des Vorkaufsrechts»*

Akkreszenz *811*

Alleinaktionär *siehe «wirtschaftliche Identität der Parteien»*

altrechtliches Vorkaufsrecht

- Dauer *348 ff.*
- Frist zur Ausübung *847*
- limitiertes ~ *281 f., 304*
- Vorkaufsfall *534*
- Vormerkungsdauer *359 ff.*

Anfechtungsklage *409, 412, 555*

Antizipation der Erbfolge *siehe «Verwandtenkauf»*

Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters

- bei der Vormerkung des Vorkaufsrechts *446*
- beim Erwerb des Eigentums durch einen Dritten *788 ff.*
- Inhalt *794 f.*
- und Staatshaftung *796*
- Zeitpunkt der Entstehung *792 f.*

Arrest *siehe «Beschlagnahme»*

Aufhebung des Drittvertrags *575 ff., 885*

Aufhebung des Vorkaufsrechts *237 ff., 257 ff.*

Aufklärungspflicht *169, 776, 919, 979*

Auslegung

- der Ausübungserklärung *siehe dort*
- des Hauptvertrags *siehe dort*

Ausübung des Vorkaufsrechts

- Ausübungserklärung *siehe dort*
- bei mehreren Vorkaufsrechten *siehe «Rangordnung von Vorkaufsrechten»*

- Folgen der ~ *siehe «Rechtslage nach Ausübung des Vorkaufsrechts»*
- Frist zur ~ *siehe dort*
- ins Leere *560 f., 573, 879*
- Klage auf Feststellung der nicht wirksamen ~ *siehe dort*
- und Auswirkungen auf den Drittvertrag *1019, 1040 f.*
- und Erlöschen der Vormerkungswirkungen *456 f.*
- Verzicht auf die ~ *siehe dort*
- vorsorgliche ~ *867 ff.*

Ausübungserklärung
- Adressat *813 ff.*
- an den Notar *826*
- Auslegung *837*
- Ausübung im Ganzen *838*
- Erklärender *799 ff.*
- Form *832 ff.*
- gegenüber dem Grundbuchamt *827*
- Rechtsnatur *836*
- unter Bedingungen *570,* ***839 ff.,*** *868*
- unter Vorbehalt *841*
- Widerruf *842*

B

Bauhandwerkerpfandrecht *395, 403*

bauliche Veränderungen am Grundstück
- wertmindernde ~ *siehe «Sachgewährleistung»*
- wertsteigernde ~ *siehe «wertvermehrende Investitionen»*

Baurecht
- als Vorkaufsobjekt *509, 517*
- und Vorkaufsfall *siehe dort*

Bauverbot *siehe «Vorkaufsfall»*

bedingter Drittvertrag
- Bedingung im ausschliesslichen Interesse des Dritterwerbers *562*
- gemischte Bedingung *565*
- kasuelle Bedingung *557,* ***560 ff.,*** *573*
- Nichtausübung des Vorkaufsrechts als Bedingung ***564,*** *1040 f., 1043 f.*
- Potestativbedingung *557,* ***563 f.,*** *574, 753*

Bedingungstheorie *siehe «Theorienstreit»*

Befristung des Vorkaufsrechts *siehe «Dauer des Vorkaufsrechts»*

Beginn der Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts
- bei falschen oder unvollständigen Informationen *859 f.*
- mit Kenntnis von Abschluss und Inhalt des Drittvertrags *781, 855 ff.*

Begründungstheorie *siehe «Theorienstreit»*

Beschlagnahme ***406 ff.,*** *466, 492*

Beschluss der Stockwerkeigentümerversammlung *209*

Beurkundungskosten *984*

Bewilligungspflicht
- für den Dritterwerber *568 ff.*
- für den Vorkaufsbelasteten *571 ff.*
- für den Vorkaufsberechtigten *865 f.*

Bote *827*

C

clausula rebus sic stantibus ***331,*** *358, 996*

contrarius actus

- und Drittvertrag *siehe «Aufhebung des Drittvertrags»*
- und Vorkaufsvertrag *siehe «Aufhebung des Vorkaufsrechts»*

D

Dauer des Vorkaufsrechts

- Ablauf *340*
- befristete Vorkaufsrechte *313 ff.*
- Beginn *337 f.*
- Formbedürftigkeit der Abrede *143*
- Höchstdauer *328 ff.*
- kein objektiv wesentlicher Vertragspunkt *334*
- im Stockwerkeigentumsverhältnis *siehe «Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis»*
- Rechtsnatur *342 f.*
- und altrechtliches Vorkaufsrecht *siehe dort*
- und Dauervertrag *323 f.*
- und Vertragsergänzung *334 f.*

Dauerelement des Vorkaufsvertrags *85, 244*

Dienstbarkeit *siehe «Vorkaufsfall»*

dingliche Vormerkungswirkung

- Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorkaufsbelasteten *369 ff.*
- Beständigkeit gegenüber SchKG-Beschlagsrechten *siehe «Beschlagnahme»*
- Löschung von rangschlechteren Grundstücksrechten *siehe dort*

Doppelaufruf *407, 413, 492 f.*

Doppelverkauf *885, 1020, 1043*

Drittvertrag

- Abänderung des ~ *siehe dort*
- anfechtbarer ~ *553 ff.*
- Anwendung der Bestimmungen des ~ auf den Hauptvertrag *908 ff., 919*
- Aufhebung des ~ *siehe dort*
- bedingter ~ *siehe dort*
- Begriff *532*
- bewilligungspflichtiger ~ *siehe «Bewilligungspflicht»*
- einseitig unverbindlicher ~ *550 ff.*
- fehlende Handlungsfähigkeit *539*
- Formmangel *539 ff.*
- Haftungsausschluss *1044*
- Inhaltsmangel *539*
- rechtsgültiger Abschluss *538 ff.*
- Wandelung *579*
- zustimmungsbedürftiger ~ *siehe «Bewilligungspflicht»*

E

Eigentumsverschaffung am Grundstück

- durch Grundbuchanmeldung *923, 1014, 1034*
- Kaufgegenstand *siehe «Kaufgegenstand des Hauptvertrags»*

- Klage auf ~ ***924 ff.,*** *1025, 1034*
- Verjährung des Anspruchs auf ~ *922*

einfache Gesellschaft *690*

einseitige Unverbindlichkeit *siehe «Drittvertrag»*

Einsicht in das Grundbuch *445, 795, 954*

Einrede des nicht erfüllten Vertrags

- beim Hauptvertrag *924, 1035*
- beim Vorkaufsvertrag *182 ff.*

Eintritt in den Drittvertrag *899*

entgangener Gewinn *818*

entgeltlicher Vorkaufsvertrag

- als synallagmatischer Vertrag *180 ff.*
- Formbedürftigkeit der Abrede über das Entgelt *149*
- Funktion des Entgelts *175 ff.*
- und Abtretung des Vorkaufsrechts *310*
- und Handlungsfähigkeit *siehe dort*
- und personeller Umfang des Formzwangs *196*

Erbengemeinschaft *siehe «Personenmehrheit»*

Erbenvertreter *812*

Erbgang *609, 616, 730*

Erbteilung *siehe «Vorkaufsfall»*

Erbteilungsvertrag *111 ff.,* *131, 207, 304, 614*

Erbvertrag

- entgeltlicher Erbeinsetzungsvertrag *742 ff.*
- entgeltlicher Vermächtnisvertrag *738 ff.*
- unentgeltlicher ~ *735 f.*

Erlöschen des Vorkaufsrechts *189, 244, 340, 342, 452, 884*

Erwerbszweck *siehe «Zwecke des Vorkaufsrechts»*

F

finale Betrachtungsweise *645,* *652, 656*

Finanzvermögen *633*

Form des Vorkaufsvertrags *100 ff.*

- beim limitierten Vorkaufsvertrag *siehe dort*
- beim unlimitierten Vorkaufsvertrag *siehe dort*
- materieller Umfang des Formzwangs *132 ff.*
- personeller Umfang des Formzwangs *115 ff., 196*

formelle Enteignung *siehe «Vorkaufsfall»*

formeller Grundeigentümer *448 ff., 544, 821*

Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts

- absolute ~ *848 ff.*
- Beginn der ~ *siehe dort*
- Rechtsnatur *773, 843*
- relative ~ *846 f.*
- Vereinbarung der ~ *853 f.*
- Wahrung der ~ *861 ff.*
- und altrechtliches Vorkaufsrecht *siehe dort*
- und simulierter Vertrag *541*

Fusion *siehe «Vorkaufsfall»*

G

gemischte Schenkung
- Abgrenzung zum vorteilhaften Kaufpreis *674*
- kein Vorkaufsfall *541, 611 f.,* ***673,*** *676, 684, 733, 739, 743, 983*

gemischtes Vertragsverhältnis *siehe «Vorkaufsfall»*

gerichtliche Zusprechung des Grundeigentums *422, 427, 538, 546,* ***924,*** *1017, 1025, 1034, 1051*

Gesamthandschaft *siehe «Personenmehrheit»*

gesetzliches Vorkaufsrecht
- absolute Verwirkungsfrist zur Ausübung *848*
- keine Befristung *314*
- rechtsgeschäftliche Modifikation *315, 473 f.*
- und Zwangsversteigerung als Vorkaufsfall *619*
- Unterscheidung vom rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht *15 ff.*
- Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis *siehe dort*
- Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis *siehe dort*
- Vorrang des ~ *siehe «Rangordnung von Vorkaufsrechten»*

Gestaltungsbelastung des Vorkaufsbelsteten ***153,*** *159, 244, 320, 424*

Grundbuchanmeldung der Eigentumsübertragung an den Dritterwerber
- beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht *1020 f., 1049*
- beim vorgemerkten Vorkaufsrecht *1022 ff., 1051 f.*
- Schadenersatzansprüche des Dritterwerbers *1051 f.*
- Schadenersatzansprüche des Vorkaufsberechtigten *1021, 1026*
- vorzeitige ~ *siehe dort*

Grundbuchanmeldung der Eigentumsübertragung an den Vorkaufsberechtigten
- Eigentumsverschaffung am Grundstück *siehe dort*
- Klage auf Feststellung der nicht wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts *siehe dort*
- ohne schriftliche Ausübungserklärung *833, 923*
- Schadenersatzansprüche des Dritterwerbers *1014, 1018, 1042 ff.*

Grundbuchanmeldung der Vormerkung *siehe «Vormerkung des Vorkaufsrechts»*

Grundbuchberichtigungsklage
- auf Löschung der Vormerkung des Vorkaufsrechts *459*
- auf Löschung von rangschlechteren Grundstücksrechten *377, 383*
- gegen den Dritterwerber *384, 401, 427 f.,* ***1022 ff.,*** *1034*
- ~ sui generis *siehe «Klage auf Feststellung der nicht wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts»*

Grundbuchverwalter
- Anzeigepflicht des ~ *siehe dort*

- Behandlung einer vorzeitigen Grundbuchanmeldung der Eigentumsübertragung an den Dritterwerber *426, 1027*
- Eintragung der Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch *444 ff.*
- keine Informationspflicht *761*

Grundstückkaufvertrag
- als Hauptvertrag *901*
- als Vorkaufsfall *587 ff.*
- nicht als Vorkaufsfall *603 ff.*

guter Glaube
- des Dritterwerbers *434, 440, 454, 496, 544*
- des Vorkaufsbelasteten *306*
- des Vorkaufsberechtigten *389, 448 ff., 544, 821*
- des Zessionars eines Vorkaufsrechts *305, 458*

H

Handänderungssteuer *1034, 1056*

Handlungsfähigkeit
- bei der Ausübung des Vorkaufsrechts *801*
- beim entgeltlichen Vorkaufsvertrag *195*
- beim unentgeltlichen Vorkaufsvertrag *90*
- fehlende ~ beim Drittvertrag *siehe «Drittvertrag»*

Hauptvertrag
- Abänderung *906*
- als neues Vertragsverhältnis *897 ff.*
- Auslegung *917 ff.*
- Begriff *899*
- Eigentumsverschaffung am Grundstück *siehe dort*
- Form *905 f.*
- Gefahrenübergang *965*
- Kaufpreis *siehe dort*
- keine realobligatorischen Forderungen *427 f., 1025*
- nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden des Drittvertrags *919*
- rechtliche Qualifikation *900 ff.*
- und Rechtsgewährleistung *siehe dort*
- und Sachgewährleistung *siehe dort*
- Vertragsgrundlage für das Rechte- und Pflichtenprogramm *908 ff.*
- Zustandekommen *836, 872, 881*
- zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritterwerber *1032 ff., 1053*

Hingabe an Zahlungs statt *siehe «Vorkaufsfall»*

I

Immobiliengesellschaft *727, 994*

Immobilienleasing *siehe «Vorkaufsfall»*

Informationspflicht
- Abgrenzung gegenüber der Anzeigepflicht *siehe «Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters»*
- beim limitierten Vorkaufsrecht *769 f.*
- beim unlimitierten Vorkaufsrecht *768*

- Erfüllungsklage *780, 782*
- Folgen der Erfüllung *siehe «Beginn der Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts»*
- Form *764 f.*
- Gläubiger *762 f.*
- Nichterfüllung *782 ff.*
- realobligatorische Ausgestaltung *430, 756*
- Rechtsnatur *155, 777 ff.*
- Schuldner *756 ff.*
- und antizipierter Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts *893*
- und Besichtigung des Grundstücks *772 ff.*
- und Erkundigungsobliegenheit *795, 860*
- und weitere relevante Informationen *775 f.*
- Zeitpunkt der Entstehung *752 ff.*

Insolvenzrisiko des Verkäufers *428*

K

Kaufgegenstand des Hauptvertrags
- Änderung des Rechtsbestands am Grundstück zugunsten des Vorkaufsberechtigten *962 f.*
- beim absolut limitierten Vorkaufsrecht *931, 960, 972*
- beim Mengenkauf *siehe dort*
- beim Teilverkauf *siehe dort*
- beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht *930, 958, 970*
- und (künftiger) ideeller Teil eines Grundstücks *siehe dort*
- und Realteil eines Grundstücks *siehe dort*
- Vorkaufsobjekt als ~ *928 ff.*

Kaufpreis
- beim limitierten Vorkaufsrecht *995 ff., 1038*
- beim unlimitierten Vorkaufsrecht *982 ff., 1037*
- Fälligkeit *1001 f.*
- Schuldnerverzug *1009, 1010 f.*
- simulierter ~ *siehe «simulierter Vertrag»*
- Stundung *1002*
- Übernahme von Grundpfandschulden *402, 906, 1004 ff.*
- Verrechnung *1003, 1008*
- Zahlungsversprechen *1007 ff.*

Kaufsrecht
- als ein zu löschendes Grundstücksrecht *385, 396, 959*
- Begriff *54*
- und Vorkaufsfall *siehe dort*
- Unterschied zum Vorkaufsrecht *46,* **55,** *94, 110, 663, 749, 858*

Kindskauf *siehe «Verwandtenkauf»*

Klage auf Feststellung der nicht wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts *1015 ff.*

Konjunkturschwankung *276, 996*

Konkurs *siehe «Beschlagnahme»*

Konzern *siehe «wirtschaftliche Identität der Parteien»*

Kündigung der Vorkaufsbelastung *244, 260 ff., 324*

(künftiger) ideeller Teil eines Grundstücks
- als Kaufgegenstand des Hauptvertrags *935*
- als Vorkaufsobjekt *525 f., 527, 529 f.*
- und Ausübung des Vorkaufsrechts *838*
- und Begründung im Grundbuch *941 ff., 946*
- und Kaufpreisbestimmung *988, 998*
- und Vorkaufsfall *594*
- und Vormerkung des Vorkaufsrechts *siehe dort*

L

Landumlegung *siehe «Vorkaufsfall»*

Leibrentenvertrag
- als Hauptvertrag *901*
- als Vorkaufsfall *683 f.*

limitierter Vorkaufsvertrag
- Begriff *272*
- Form *106 ff., 148, 281 f.*
- personeller Umfang des Formzwangs *120 ff., 196*
- und abschliessende Regelung *915 f., 1006*

limitiertes Vorkaufsrecht *272 ff.*
- absolut ~ *siehe dort*
- altrechtliches ~ *siehe «altrechtliches Vorkaufsrecht»*
- Bestimmbarkeit des Kaufpreises *274 ff.*
- relativ ~ *siehe dort*
- und clausula rebus sic stantibus *siehe dort*
- und Höhe des Kaufpreises *siehe «Kaufpreis»*
- und Informationspflicht *siehe dort*

Liquidation einer Gesellschaft *siehe «Vorkaufsfall»*

Löschung von rangschlechteren Grundstücksrechten *373 ff., **377 ff.,** 462, 465, 488 ff., 869*
- beim absolut limitierten Vorkaufsrecht ***398 ff.,** 952, 956, 960*
- beim unlimitierten oder relativ limitierten Vorkaufsrecht ***381 ff.,** 952, 956, 959*
- keine Entschädigungspflicht *396 f.*
- keine Reduktion des Kaufpreises *404 f.*
- und Eigentumsrecht des Dritterwerbers *384, 401, 1022 ff., 1051*
- und Grundbuchberichtigungsklage *siehe dort*

M

Mäklerlohn *983*

materielle Enteignung *siehe «Vorkaufsfall»*

materieller Grundeigentümer *448 ff., 543, 821, 1017*

mehrere Vorkaufsbelastete
- und Ausübung des Vorkaufsrechts *828 ff.*
- und Informationspflicht *757 ff.*

mehrere Vorkaufsberechtigte
- und Ausübung des Vorkaufsrechts *802 ff.*
- und Informationspflicht *763*

Mehrheitsaktionär *siehe «wirtschaftliche Identität derParteien»*

Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person *siehe «Vorkaufsfall»*

Mengenkauf

- Begriff *592*
- und Kaufgegenstand des Hauptvertrags *932 ff.*
- und Kaufpreisbestimmung *987, 989 f.*
- und Schicksal der weiteren Veräusserungsgegenstände *1047*
- und Vorkaufsfall *592, 694*

Miete/Pacht

- langfristige ~ und Vorkaufsfall *720*
- nicht zu löschendes Grundstücksrecht *393, 403, 952*
- und Rechtsgewährleistung *949, 951 ff., 954 ff., 957 ff., 963*
- und Rügeobliegenheit *968*

Mieterspiegel *775 f.*

Mitteilungspflicht *siehe «Informationspflicht»*

N

Nebenintervention *1034*

Nebenleistungspflicht

- beim Vorkaufsvertrag *82, **154 ff.,** 186, 191, 309, 429 f., 780*
- Kaufvertrag mit ~ und Vorkaufsfall *siehe «Vorkaufsfall»*
- Umwandlung in eine Geldschuld *985*
- und Hauptvertrag *984 ff.*

Nebenpflichten des Vorkaufsvertrags *77, 82, 85, **157 ff.,** 169, 309, 429, 872*

- Aufklärungspflicht *siehe dort*
- kein Verbot der Veräusserung des Vorkaufsobjekts *161 ff.*
- und vorzeitige Grundbuchanmeldung der Eigentumsübertragung an den Dritterwerber *siehe dort*
- Verbot der Zerstörung oder Beschädigung des Vorkaufsobjekts ***166 ff.,** 187, 436*
- Verletzung der ~ *siehe «positive Vertragsverletzung des Vorkaufsvertrags»*

Nebenrechte des Vorkaufsrechts *309, 367*

nicht gehörige Erfüllung *siehe «positive Vertragsverletzung»*

nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht *464 ff., 496 f.*

- Adressat der Ausübungserklärung *815 ff., 825*
- und Befristung *325 f.*
- und fehlende Befugnis zur Löschung anderer Grundstücksrechte ***465,** 953, 959, 960, 1020, 1029*
- und Grundbuchanmeldung der Eigentumsübertragung an den Dritterwerber *siehe dort*
- und Rangordnung *877 f., 880*
- Untergang *siehe dort*

Nichtausübung des Vorkaufsrechts *881 ff.*

- als Bedingung *siehe «bedingter Drittvertrag»*

– und Untergang des Vorkaufsrechts *siehe «Untergang»*
– Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts *siehe dort*

Nichterfüllung
– der Informationspflicht *siehe dort*
– des Drittvertrags *1022, 1043 f., 1045 f., 1047, 1051 f.*
– des Hauptvertrags *817, 878, 1021, 1030*

Nutzniessung *siehe «Vorkaufsfall»*

O

öffentliche Aufgaben
– Erwerb zur Erfüllung ~ *siehe «Vorkaufsfall»*

öffentliche Beurkundung
– des Hauptvertrags *905 f.*
– des Vorkaufsvertrags *106 ff., 120 ff.*

ökonomische Betrachtungsweise *586, 628,* ***646,*** *824*
– Entstehungsgeschichte *637 ff.*
– Lehre und Rechtsprechung *643 ff.*
– Sperrwirkung der ~ *607*
– und Steuerrecht *654 f.*
– und wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommendes Rechtsgeschäft *siehe dort*
– Vorrang der ~ *668*

operative Gesellschaft *727*

Optionsvertrag ***80,*** *547, 899, 900, 913*

P

Parzellierung *siehe «Realteil eines Grundstücks»*

passive Stellvertretung *425, 826*

Personalvorkaufsrecht *96, 441*

Personenmehrheit
– mehrere Vorkaufsbelastete *siehe dort*
– mehrere Vorkaufsberechtigte *siehe dort*

Pfändbarkeit des Vorkaufsrechts *296*

Pfändung *siehe «Beschlagnahme»*

Pflichtteilsverletzung *232, 265, 500*

positive Vertragsverletzung
– des Drittvertrags *1054 ff.*
– des Hauptvertrags *951 ff., 955, 960 f., 970 f., 974, 1026*
– des Vorkaufsvertrags *167, 436, 776, 818, 820, 872, 880, 919, 959, 1030, 1036*

Prätendentenstreit *1041*

Q

Quasifusion *siehe «Vorkaufsfall»*

R

Rangordnung von Vorkaufsrechten
– Ausübung eines rangschlechteren Vorkaufsrechts *879 f.*
– im Stockwerkeigentumsverhältnis *215, 605, 876*
– und Vorkaufsfall *604 f.*
– Vorrang des gesetzlichen Vorkaufsrechts *21, 717, 875*

– zwischen vertraglichen Vorkaufsrechten *877 f.*

realobligatorische Vormerkungswirkung

– Terminologie *415 f.*
– und Entgelt *431*
– und Forderungen aus dem Hauptvertrag *siehe «Hauptvertrag»*
– und Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten *429 f., 756, 760*
– und Vorkaufsrecht *384, 401* ***422 ff.,*** *450, 494, 819, 883, 1031 f.*

Realteil eines Grundstücks

– als Kaufgegenstand des Hauptvertrags *935, 944*
– als Vorkaufsobjekt *514 ff., 934*
– Parzellierung des ~ *937 ff., 945*
– und Ausübung des Vorkaufsrechts *838*
– und Kaufpreisbestimmung *987 ff., 997, 999*
– und Vorkaufsfall *594, 596*
– Vormerkung des Vorkaufsrechts *siehe dort*

Realvorkaufsrecht *89,* ***97,*** *214, 441, 478, 496*

rechtmässiges Alternativverhalten *818*

Rechtsgemeinschaft *siehe «Personenmehrheit»*

rechtsgeschäftliche Definition des Vorkaufsfalls

– Ausdehnung des Vorkaufsfalls *748 f.*
– Einschränkung des Vorkaufsfalls *747*
– Formbedürftigkeit *147*

Rechtsgewährleistung

– gegenüber dem Dritterwerber? *1052, 1054*
– gegenüber dem Vorkaufsberechtigten *949, 951 ff., 954 ff., 958 f., 960 f., 1036*
– Wegbedingung der ~ *977 ff.*

Rechtslage nach Ausübung des Vorkaufsrechts

– bei Grundbuchanmeldung der Eigentumsübertragung an den Dritterwerber *siehe dort*
– bei Grundbuchanmeldung der Eigentumsübertragung an den Vorkaufsberechtigten *siehe dort*
– Löschung von rangschlechteren Grundstücksrechten *siehe dort*
– zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsbelastetem *siehe «Hauptvertrag»*

Rechtsmissbrauch

– und Formnichtigkeit des Drittvertrags *540 f.*
– und Klauseln im Drittvertrag *911*
– und Löschung dinglicher Lasten *386, 465*
– und Verhinderung des Vorkaufsfalls *541, 586, 652*
– und wirtschaftliche Identität der Parteien *670*

Reduktion auf das zulässige Mass *330*

relativ limitiertes Vorkaufsrecht *277*

– und Kaufgegenstand des Hauptvertrags *siehe dort*

– und Löschung von rangschlechteren Grundstücksrechten *siehe dort*

relative Methode *987, 997, 1047*

Rückkaufsrecht ***56 f.,*** *351, 385, 959*

Rücktritt vom Vertrag

– beim Drittvertrag *578 f., 1041*
– beim Hauptvertrag *1010 f., 1041*
– beim Vorkaufsvertrag *182 ff., 188 ff.*

S

Sacheinlagevertrag *siehe «Vorkaufsfall»*

Sachgewährleistung

– für bauliche Veränderungen am Grundstück *969 ff.*
– für Mängel am Grundstück *774, 776,* ***964 ff.,*** *968, 1036, 1056*
– Mängelrüge *966, 968*
– Wegbedingung der ~ *915, 966,* ***977 ff.,*** *1036*
– Zusicherung von Eigenschaften *919, 966*

Schuldnerverzug

– bei der Informationspflicht *755, 783 f.*
– beim Drittvertrag *579, 1018, 1043*
– beim Hauptvertrag *siehe «Kaufpreis»*

Schuldübernahme *914, 1004*

Schwebezustand *558, 563, 568, 866, 873*

simulierter Vertrag *541, 586*

Sperrwirkung *siehe «Vorkaufsfall»*

Spezieseigenschaft ***929 ff.,*** *964, 969, 970, 973 f.*

Streitverkündung *1034*

synallagmatischer Vertrag *siehe «entgeltlicher Vorkaufsvertrag»*

T

Tauschvertrag

– als Hauptvertrag *901*
– als Vorkaufsfall *679 f.*

Teilverkauf

– als Vorkaufsfall *596*
– und Ausübung des Vorkaufsrechts *838*
– und Kaufgegenstand des Hauptvertrags *944 ff.*
– und Kaufpreisbestimmung *997 ff.*

Theorienstreit

– Bedingungstheorie *65 f., 69*
– Begründungstheorie *67 f., 73 ff.*
– praktische Relevanz des ~ ***70 f.,*** *90, 96, 298, 457, 463, 903 f.*

Tod

– des Vorkaufsbelasteten *291, 831*
– des Vorkaufsberechtigten *286 ff., 289 f., 303, 460*

U

Überbaurecht *siehe «Vorkaufsfall»*

übermässige Bindung *320, 331, 342, 355, 358*

Übernahme von Grundpfandschulden *siehe «Kaufpreis»*

Umwandlung von Gesellschaften *695*

ungültige Klauseln des Drittvertrags *564, 841,* ***911,*** *979*

Universalsukzession *285 ff., 693, 730, 742*

unlimitierter Vorkaufsvertrag

- Begriff *269*
- Form *102 ff., 530, 943*
- keine abschliessende Regelung *913 f.*
- personeller Umfang des Formzwangs *116 ff., 196*

unlimitiertes Vorkaufsrecht *269 ff.*

- und Höhe des Kaufpreises *siehe «Kaufpreis»*
- und Informationspflicht *siehe dort*
- und Kaufgegenstand des Hauptvertrags *siehe dort*
- und Löschung von rangschlechteren Grundstücksrechten *siehe dort*

Untergang

- des nicht vorgemerkten Vorkaufsrechts *164, 467, 884 f.*
- des vorgemerkten Vorkaufsrechts *424, 883*
- des Vorkaufsobjekts *siehe dort*
- des Vorkaufsrechts infolge Ausübung *456, 558, 873*
- des Vorkaufsrechts infolge Verzichts *siehe «Verzicht auf das Vorkaufsrecht»*

V

Verantwortlichkeit aus unberechtigtem Besitz *1034*

Vererblichkeit des Vorkaufsrechts

- Ausschluss der ~ *146, 289 ff.*
- ~ von Gesetzes wegen *285 ff.*

Verfügung von Todes wegen

- Abtretung des Vorkaufsrechts durch ~ *siehe «Vermächtnis»*
- Begründung des Vorkaufsrechts durch ~ ? *207,* ***223 ff.,*** *264 f., 288, 498 ff.*
- in Abgrenzung zum Rechtsgeschäft unter Lebenden *219 ff.*
- und Vorkaufsfall *730 ff.*

Verfügungsbeschränkung *456 f., 462 f., 465, 926*

Verletzung der Steigerungsbedingungen *554*

Vermächtnis

- Abtretung des Vorkaufsrechts durch ~ *218,* ***288,*** *294, 303*
- entgeltlicher Vermächtnisvertrag *siehe «Erbvertrag»*
- entgeltliches ~ und Vorkaufsfall *siehe «Vorkaufsfall»*

Vermessungskosten *940*

Vermögensumstrukturierung *siehe «Vorkaufsfall»*

Verpfründungsvertrag *siehe «Vorkaufsfall»*

Verrechnung *siehe «Kaufpreis»*

Vertrag über angefallene Erbanteile *615, 653, 744*

Vertrag zugunsten eines Dritten

- Kaufsrechts~ *1030*
- und Vorkaufsfall *590*
- Vorkaufs~ *70, 89,* ***96,*** *118, 171, 443, 446*

Verwaltungsvermögen *633*

Verwandtenkauf *608 ff.*

Verzicht auf das Vorkaufsrecht ***239 ff.,*** *258 f., 452, 455, 894*

Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts
- nach dem Vorkaufsfall *243, 807 ff., 811 f.,* ***887 ff.***
- vor dem Vorkaufsfall *869,* ***891 ff.***

Vinkulierung der Aktien *688*

vorgemerktes Vorkaufsrecht
- Adressat der Ausübungserklärung *819 ff.*
- Rang des ~ *249, 329, 361, 363,* ***372***
- und Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters *789*
- und Grundbuchanmeldung der Eigentumsübertragung an den Dritterwerber *siehe dort*
- Untergang *siehe dort*
- Unterschied zum nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht *464 ff., 496 f.*
- Vormerkung des Vorkaufsrechts *siehe dort*
- Vormerkungsdauer *siehe dort*
- Vormerkungswirkungen *siehe dort*

Vorhandrecht *58 f.*

Vorkaufsbelasteter *82, 88,* ***95***
- im Stockwerkeigentumsverhältnis *213 ff.*
- Miterbe als ~ *812*
- Tod *siehe dort*
- und wirtschaftliche Identität des Veräusserers *670, 823 ff.*

Vorkaufsberechtigter *89,* ***96***
- im Stockwerkeigentumsverhältnis *213 ff.*
- Tod *siehe dort*

Vorkaufsfall
- altrechtliches Vorkaufsrecht *siehe dort*
- Baurecht *650,* ***714 ff.,*** *790*
- Bauverbot *708 f.*
- Dienstbarkeit *383,* ***703 ff.,*** *790, 902*
- Drittvertrag *siehe dort*
- enteignungsähnlicher Verkauf *630 f.*
- entgeltliches Vermächtnis *733, 736*
- Erbteilung *609,* ***614 ff.,*** *730*
- Erbvertrag *siehe dort*
- Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben *534, 606,* ***632 ff.***
- formelle Enteignung *625 ff.*
- freiwillige Versteigerung *554, 589*
- Fusion *693 f.*
- gemischte Schenkung *siehe dort*
- gemischtes Vertragsverhältnis *593*
- Grundstückkaufvertrag *siehe dort*
- güterrechtliche Auseinandersetzung *664*
- Hingabe an Zahlungs statt *591, 692*
- Immobilienleasing *721 ff.*
- Kaufsrecht *547 f.*
- Kaufvertrag mit Nebenleistungspflicht *597 ff.*
- keine Pflicht zum Eintreten Lassen des ~ *40, 46, 110,* ***152,*** *167*
- Landumlegung *630 f.*
- Leibrentenvertrag *siehe dort*

– letztwillige Verfügung *732 f.*
– Liquidation einer Gesellschaft *669,* ***691 f.***
– Massgeblichkeit der Person des Erwerbers *612*
– materielle Enteignung *628 f.*
– Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person *670,* ***724 ff.,*** *768, 790, 823 ff., 994*
– Mengenkauf *siehe dort*
– Miete/Pacht *siehe dort*
– Nutzniessung *712 f.*
– obligatorisches Gebrauchsrecht *718 ff.*
– ökonomische Betrachtungsweise *siehe dort*
– Quasifusion *728*
– rechtsgeschäftliche Definition des ~ *siehe dort*
– rechtsmissbräuchliche Verhinderung des ~ *siehe «Rechtsmissbrauch»*
– Rechtsnatur *532, 797*
– Sacheinlagevertrag *686 ff., 726*
– Schenkung *164,* ***663,*** *790*
– Sperrwirkung ***604 ff.,*** *626, 631, 634, 668*
– Stiftungsgeschäft *660*
– Tauschvertrag *siehe dort*
– Teilverkauf *siehe dort*
– Überbaurecht *706 f., 902*
– Umgehung des ~ *564, 592, 596, 612, 642, 646,* ***650,*** *652, 673, 716 f., 726*
– Veräusserungsabsicht *538, 548*
– Verfügung von Todes wegen *siehe dort*
– Vermögensumstrukturierung *667*
– Verpfründungsvertrag *681 f.*
– Vertragsverhandlungen *538*
– vertretbare Leistungen ***676 ff.,*** *901, 903*
– Verwandtenkauf *siehe dort*
– volles Entgelt ***672 ff.,*** *676, 702*
– Vorvertrag *545 f.*
– wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommendes Rechtsgeschäft *siehe dort*
– Wohnrecht *710 f.*
– Zwangsverwertung *siehe dort*
– zweiter ~ *546, 558, 583, 585, 595,* ***873,*** *885*

Vorkaufsobjekt

– als Kaufgegenstand des Hauptvertrags *siehe dort*
– als objektiv wesentlicher Vertragspunkt *98, 504*
– Baurecht *siehe dort*
– Begriff *501*
– Fahrnis *27 ff.*
– Grundstück *26, 502 ff.*
– (künftiger) ideeller Teil eines Grundstücks *siehe dort*
– Miteigentumsanteil *510 f., 524*
– Realteil eines Grundstücks *siehe dort*
– Stockwerkeigentumsanteil *512*
– Umgestaltung des ~ *168*
– Untergang des ~ *192 ff.*
– Zugehör *505 ff.*

Vorkaufsrecht

– als Vermögenswert ***84,*** *167, 176, 179, 232*

- Begriff *6 ff.*
- Dauer des ~ *siehe dort*
- gesetzliches ~ *siehe dort*
- limitiertes ~ *siehe dort*
- nicht vorgemerktes ~ *siehe dort*
- rechtsgeschäftliches ~ *17, 60 ff., 469 ff.*
- Rechtsnatur *9 ff.*
- unlimitiertes ~ *siehe dort*
- vertragliches ~ *17, 267 ff.*
- vorgemerktes ~ *siehe dort*

Vorkaufsrecht im Miteigentumsverhältnis *16,* ***470 ff.,*** *475 f., 477, 480, 484, 489 ff., 493, 511, 595, 604, 621 ff., 664, 806, 808*

Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis

- Abänderung *263*
- absolute Verwirkungsfrist zur Ausübung *852*
- Abtretbarkeit *477*
- als Realvorkaufsrecht *214, 478, 496*
- Aufhebung *256 ff.*
- Aufnahme ins Stockwerkeigentümerreglement *497*
- Ausübung durch mehrere Stockwerkeigentümer *808, 876*
- Begründung *198 ff.*
- Dauer *321 f., 480 ff.*
- limitiertes ~ *476, 481*
- nicht vorgemerktes ~ *478, 496 f.*
- Rangordnung *siehe «Rangordnung von Vorkaufsrechten»*
- Rechtsnatur *17, 24, 322,* ***469 ff.***
- und Veräusserung des Stockwerkanteils an einen anderen Stockwerkeigentümer *512, 605*
- und Zwangsverwertung *621 ff.*
- unlimitiertes ~ *475*
- Vererblichkeit *477, 479*
- Verzicht auf die Ausübung *888, 892*
- vorgemerktes ~ *478, 484 ff.*
- Vorkaufsbelasteter *siehe dort*
- Vorkaufsberechtigter *siehe dort*
- Vormerkung *495*

Vorkaufsrechtsgeber *88, 95*

Vorkaufsrechtsnehmer *89, 96*

Vorkaufsvertrag

- entgeltlicher ~ *siehe dort*
- Form des ~ *siehe dort*
- objektiv wesentliche Vertragspunkte ***92 ff.,*** *141, 334, 504*
- Parteien *87 ff.*
- Rechtsnatur *64 ff., 78 ff.*
- und abschliessende Regelung *910 f., 913 f., 915 f.*
- Vertragsentstehung *86*
- Vertragsübertragung *298*
- zugunsten eines Dritten *siehe «Vertrag zugunsten eines Dritten»*

Vormerkung des Vorkaufsrechts

- an einem (künftigen) ideellen Teil eines Grundstücks *528, 531*
- an einem Realteil eines Grundstücks *521*
- Eintragung der ~ im Grundbuch durch den Grundbuchverwalter *siehe «Grundbuchverwalter»*

– Formbedürftigkeit der Vormerkungsabrede *144, 442*
– Grundbuchanmeldung *156, 441 ff.*
– Klage auf Eintragung *440, 443*
– Löschung *452 ff., 458 ff.*
– und Nebenleistungspflicht *156, 186, 191*
– Vormerkungswirkungen *siehe dort*

Vormerkungsdauer
– Ablauf *341, 375, 461 ff.*
– Beginn *339*
– beim Vorkaufsrecht im Stockwerkeigentumsverhältnis *485*
– Höchstdauer *328 ff.*
– Rechtsnatur *344*
– und altrechtliches Vorkaufsrecht *siehe dort*
– und Angabe auf dem Hauptbuchblatt *445*
– und Vertragsergänzung *336*

Vormerkungswirkungen
– dingliche Vormerkungswirkung *siehe dort*
– Erlöschen der ~ *451 ff.*
– gutgläubiger Erwerb durch den Vorkaufsberechtigten *siehe «guter Glaube»*
– realobligatorische Vormerkungswirkung *siehe dort*
– Schutz gegen tatsächliche Einwirkungen auf das Vorkaufsobjekt? *435 f.*
– und Eintragungsprinzip *439 f.*
– Verobjektivierung der Rechtsbeziehung zu Dritten *433 f.*

Vorvertrag
– und Vorkaufsfall *siehe dort*
– Unterschied zum Vorkaufsrecht *50 ff.*

vorzeitige Grundbuchanmeldung der Eigentumsübertragung an den Dritterwerber
– als Verletzung einer Nebenpflicht des Vorkaufsvertrags *169, **818,** 820, 1030, 1036*
– beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht *1029 f., 1049*
– beim vorgemerkten Vorkaufsrecht *426, 1031 ff., 1053 ff.*
– und Behandlung durch den Grundbuchverwalter *siehe «Grundbuchverwalter»*
– und Regressrecht des Dritterwerbers gegen den Vorkaufsbelasteten *426, 1054 ff.*

W

wertvermehrende Investitionen *975 f.*

Willensmangel
– bei der Ausübung des Vorkaufsrechts *552, 554, 774, 776, **842***
– beim Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts *889 f., 893 f.*
– und einseitig unverbindlicher Drittvertrag *siehe «Drittvertrag»*

wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommendes Rechtsgeschäft
– Geldleistung oder wirtschaftliches Äquivalent *671 ff.*
– keine wirtschaftliche Identität der Parteien *665 ff.*
– ökonomische Betrachtungsweise *siehe dort*

- Übertragung des formellen oder wirtschaftlichen Grundeigentums *696 ff.*
- und Hauptvertrag *902 ff., 912*
- und Kaufpreisbestimmung *991 ff.*
- zweiseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft *658 ff.*

wirtschaftliche Betrachtungsweise *siehe «ökonomische Betrachtungsweise»*

wirtschaftliche Identität der Parteien

- Adressat der Ausübungserklärung *823 ff.*
- Auswirkungen auf den Vorkaufsfall *607, 639,* ***667 ff., 670,*** *687, 692, 694 f., 725 f., 728*
- Begriff *666*

wirtschaftliches Grundeigentum *700 f.*

Wohnrecht *siehe «Vorkaufsfall»*

Z

Zahlungsversprechen *siehe «Kaufpreis»*

Zugehör *siehe «Vorkaufsobjekt»*

Zustimmungserfordernis der Erwachsenenschutzbehörde *siehe «Bewilligungspflicht»*

Zwangsverwertung

- und nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht *466*
- und vorgemerktes Vorkaufsrecht *407, 413*
- und Vorkaufsfall *19, 617 ff.*

Zwecke des Vorkaufsrechts

- Abwehrzweck ***41 f.,*** *47 f., 73, 213, 470 f., 562, 570, 754, 770*
- Erwerbszweck ***38 ff.,*** *47 f., 73, 162*
- Sicherungszweck *43 f., 47 f.*
- Spekulationszweck *45 f., 47, 996*