

# **Der Grundstückskauf: Vorkaufsvertrag, Kaufsvertrag, Begründung von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten**

*Erschienen in: Alfred Koller, Der Grundstückskauf, 2. Auflage, Bern 2001,  
§ 10 Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag,  
Vertrag auf Begründung eines Kaufsrechts bzw. Rückkaufsrechts)*

Christian Brückner  
Dr. iur., LL.M., Advokat und Notar,  
ausserordentlicher Professor an der Universität Basel

## **INHALTSVERZEICHNIS**

### **Literatur**

#### **I. Einleitung und Überblick**

1. Änderung der Gesetzeslage seit dem Erscheinen der 1. Auflage
2. Intertemporales Recht
3. Praktischer Anwendungsbereich
  - a) Vorvertrag
  - b) Vorkaufsvertrag
  - c) Kaufsvertrag
  - d) Rückkaufsvertrag
  - e) Verkaufsvertrag
3. Rechtsnatur von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht
4. Eingrenzung des Themas: Beschränkung auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden

#### **II. Vorvertrag (Art. 22 und Art. 216 Abs. 2 OR)**

1. Begriffliches
2. Rechtfertigung der Figur des Vorvertrags
3. Einstufentheorie und Zweistufentheorie
4. Beurkundung des Vorvertrags zu einem Grundstückskauf

#### **III. Vorkaufsvertrag**

1. Vertragliche und gesetzliche Vorkaufsrechte
2. Limitierte und nicht limitierte Vorkaufsrechte
3. Form des Vorkaufsvertrags
4. Gegenstand des Vorkaufsvertrags
5. Preisbestimmung beim limitierten Vorkaufsrecht
6. Vormerkung
7. Übertragung
8. Untergang
  - a) Durch Ausübung

- b) Durch Nichtausübung im Vorkaufsfall
- c) Durch Verzicht
- d) Durch Umstände in der Person des Berechtigten
- e) Durch Umstände in der Person des Belasteten
- f) Durch Fristablauf
- 9. Der Vorkaufsfall
  - a) Begriff
  - b) Nichtiger oder ungültiger Vertrag
  - c) Bedingter Vertrag
  - d) Ausübung eines gesetzlichen (vorrangigen) Vorkaufsrechts
  - e) Bewilligungspflichtiger Vertrag
- 10. Das Verfahren im Vorkaufsfall
  - a) Mitteilung des Vorkaufsfalles an den Berechtigten
    - aa) Zeitpunkt
    - bb) Mitteilungspflichtige Personen
    - cc) Mitteilungsempfänger
    - dd) Form und Inhalt
    - ee) Wirkung
    - ff) Folgen der Unterlassung
  - b) Ausübung des Vorkaufsrechts
    - aa) Ausübungsfrist
    - bb) Fristbeginn
    - cc) Fristwahrung
    - dd) Ausübungserklärung
    - ee) Ausübungsverzichtserklärung
  - c) Wirkung der rechtsgültigen Ausübungserklärung
    - aa) Rechtsverhältnis zwischen Vorkaufsberechtigtem und belastetem (bisherigem) Eigentümer
    - bb) Rechtsverhältnis zum Drittkäufer
    - cc) Auswirkungen auf beschränkte dingliche und andere Rechte am Vorkaufsobjekt

#### **IV. Kaufsrecht**

- 1. Rechtsnatur und Form
- 2. Inhalt
- 3. Vormerkung
- 4. Übertragung
- 5. Parteien
- 6. Ausübung des Kaufsrechts
  - a) Ausübungserklärung
  - b) Wirkung der rechtsgültigen Ausübung
- 7. Untergang des Kaufsrechts

#### **V. Rückkaufsrecht**

## Literatur

(Die nachstehenden Arbeiten werden nur mit dem Verfassernamen, eventuell zusätzlich mit dem hervorgehobenen Stichwort zitiert).

- ALLGÄUER OSKAR, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Zürich 1918
- BINZ-GEHRING DORIS, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1975
- BOTSCHAFT des Bundesrates zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) sowie zum Bundesgesetz über die Teilrevision des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf) vom 19. Oktober 1988, BBl 140 (1988) III 953 ff.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993
- BUCHER EUGEN, Die verschiedenen Bedeutungsformen des Vorvertrages, Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern/Stuttgart 1979, S. 169 ff.
- BUCHER EUGEN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil*, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 166
- DEILLON-SCHEGG BETTINA, Grundbuchanmeldung und Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters im Eintragungsverfahren, Zürich 1997
- DESCHENAUX HENRI, Das Grundbuch, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. V, Sachenrecht, 3. Teilband, 1. Abteilung, Basel/Frankfurt a.M. 1988
- ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel 1973, S. 178
- FRIEDRICH HANS-PETER, Der Rang der Grundstücksrechte, ZBGR 58 (1977), S. 321 ff.
- GASS ROLAND, Die Wirkungsart der Kaufs-, Miet- und Pachtrechtsvormerkung nach Art. 681, 683 ZGB und 260, 282 OR, Diss. Basel 1980
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/REY HEINZ, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Zürich 1998
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./TERCIER PIERRE, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Zürich 1982
- GIGER HANS, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband, Kauf und Tausch, 3. Abschnitt, Der Grundstückkauf, Bern 1997 (Kommentar zu Art. 216-221 OR) (zitiert: BK-GIGER)
- GLAUSER MAX, Das öffentliche Vorkaufsrecht, Diss. Zürich 1969
- GUHL THEO, Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung, Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des schweizerischen Bundesgerichts, Bern 1924, S. 93 ff.
- GULDIMANN WERNER, Die Form des limitierten Vorkaufsrechts im Grundstücksverkehr (OR 216), SJZ 1950, S. 353 ff.
- HESS URS, Kommentar zu Art. 216 ff. OR, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1996 (zitiert: HESS, Basler Kommentar)
- ISLER LEANA MARIA, Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte (Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht, Miete und Pacht) und ihre steuerliche Behandlung, Zürich 1989
- JÄGGI PETER, Über das vertragliche Vorkaufsrecht, ZBGR 39 (1958), S. 65 ff.
- KOLLER ALFRED, Das intertemporale Recht zu Art. 216a OR - Altrechtliche Kaufs- und Vorkaufsrechte unter neuem Recht, ZBGR 81 (2000), S. 290 ff.

- LIVER PETER, Die Realobligation, ZBGR 1962, S. 257 ff.
- MEIER ROBERT, Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht - vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen, AJP 1994, S. 139 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband, Das Grundeigentum II, Bern 1975 (Kommentar zu Art. 680-701 ZGB) (zitiert: BK-MEIER-HAYOZ)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 3. Teilband, Das Grundeigentum II, 3. Aufl., Bern 1974 (Kommentar zu Art. 680-701 ZGB) (zitiert: BK-MEIER-HAYOZ)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Der *Vorkausfsfall*, ZBGR 45 (1964), S. 257 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Vom *Vorkausfsrecht*, ZBJV 1956, S. 297 ff.
- MERZ HANS, Zur zeitlichen Begrenzung der Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte, in: *aequitas und bona fides*, Festgabe August Simonius, Basel 1955, S. 235 ff.
- NOELPP CHRISTOPH, Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrechts, Diss. Basel, 1987, S. 126
- NUSSBAUMER HEINRICH, Rechtliche Bedeutung und grundbuchliche Behandlung des Vorkaufsrechts, ZBGR 2 (1921), S. 165 ff.
- OSER HUGO/SCHÖNENBERGER WILHELM, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5, Das Obligationenrecht, 2. Halbbd., 2. Aufl., Zürich 1936 (Kommentar zu Art. 184-481 OR) (zitiert: ZK-OSER/SCHÖNENBERGER)
- OTT WALTER, Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme, ZBGR 59 (1978), S. 257 ff.
- PFÄFFLI ROLAND, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht und beim Grundstückskauf, in: *Der Bernische Notar 1992*, S. 450 ff.
- REY HEINZ, Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen, ZSR Band 113, I. Halbband (1994), S. 39ff.
- SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Fribourg 1988, S. 151
- SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 1. Abt., Allg. Bestimmungen, 1. Teilbd., Lieferung 3, Kommentar zu Art. 11-17 OR, Bern 1986 (zitiert: BK-SCHMIDLIN)
- SCHÖBI FELIX, Die Bedeutung der Revision der Bestimmungen über vertragliche Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte für die Sachenrechtsdogmatik, *recht* 1993, S. 177 ff.
- SCHÖBI FELIX, Die Revision des Kaufs-, des Vorkaufs- und des Rückkaufsrechts, *AJP* 1992, S. 657 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 2., überarbeitete Auflage, Bern 2000
- SCHWENZER INGEBORG, Kommentar zu Art. 11ff., in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.) *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1996 (zitiert: SCHWENZER, Basler Kommentar)
- SIMONIUS PASCAL / SUTTER THOMAS, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum*, Basel/Frankfurt 1995

- STADLIN MARKUS W., Vom Umgang mit "altrechtlichen" vertraglichen Kaufsrechten an Grundstücken im Lichte der auf den 1. Januar 1994 revidierten gesetzlichen Bestimmungen, AJP 2000, S. 1303 ff.
- STEINAUER PAUL-HENRI, *Les droits réels*, Tome II, 2. Auflage, Bern 1994
- STEINAUER PAUL-HENRI, *La nouvelle réglementation du droit de préemption*, ZBGR 73 (1992), S. 1 ff.
- SUTTER THOMAS, Einige Überlegungen zum Vorkaufsrecht, SJZ 1985, S. 277 ff.
- ROBERTO VITO, Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts, recht 1993, S. 172 ff.
- VISCHER MARKUS, Kommentar zu Art. 1 ff. SchlT ZGB; in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, Basel/Frankfurt a.M. 1998 (zitiert: MARKUS VISCHER, Basler Kommentar)
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. II, 3. A., Zürich 1974
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. I, 3. A., Zürich 1974 und 1979, S. 239.
- WISSMANN KURT, Verwandte Verträge (= Erstauflage der vorliegenden Arbeit), in: ALFRED KOLLER (Hrsg.), *Der Grundstückkauf* (1989), S. 469 ff.

## I. Einleitung und Überblick

### 1. Änderung der Gesetzeslage seit dem Erscheinen der 1. Auflage

- 1 Seit dem Erscheinen der 1. Auflage ist die Teilrevision des ZGB und des OR vom 4.10.1991 ergangen und am 1.01.1994 in Kraft getreten. Die Revision hat offene Fragen geklärt und herrschende Praxis kodifiziert. Ehemals waren drei der vier<sup>1</sup> kaufrechtlichen Optionen, nämlich Vorkaufsrecht, Kaufsrecht und Rückkaufsrecht, in ihrer Eigenschaft als *Belastungen des Grundeigentums* in Art. 681 ZGB fragmentarisch geregelt gewesen. Das aZGB regelte die Vormerkung bezüglich Drittwirkung und zehnjähriger Höchstdauer, ferner die Benachrichtigungspflicht des Grundeigentümers gegenüber dem Vorkaufsberechtigten und die einmonatige Ausübungsfrist des Vorkaufsberechtigten beim Verkauf eines Grundstücks mit vorgemerkttem Vorkaufsrecht. Art. 216 aOR regelte die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit (Kaufs- und Rückkaufsrecht ja, Vorkaufsrecht nein). Nach altem Konzept galten also für die *vertragsrechtlichen* Aspekte einschliesslich der zulässigen Höchstdauer, auf welche solche Rechte zwischen den Vertragsparteien bestellt werden konnten, die Regeln des OR, für die Vormerkungswirkungen und Vormerkungshöchstdauer das ZGB.
- 2 Das revidierte Recht hat die gesetzlichen Regeln erweitert und systematisch neu gegliedert. Seit 1994 regelt das ZGB die *gesetzlichen Vorkaufsrechte*. Das OR regelt die *vertraglichen Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte* einschliesslich der Befristung der betreffenden Verträge und ihrer grundbuchlichen Vormerkbarkeit.
- 3 Statt der bisher einheitlichen zehnjährigen Vormerkungs-Höchstdauer für alle drei geregelten Optionen und der fehlenden zeitlichen Begrenzung der obligatorischen Vertragswirkungen sieht der neue Art. 216a OR eine 25jährige Höchstdauer für Vor- und Rückkaufsrechte sowie eine zehnjährige Höchstdauer für Kaufsrechte vor und ordnet diese Höchstdauer auch für die Vertragswirkungen zwischen den Vertragsparteien an, dergestalt dass das altrechtliche Auseinanderklaffen von kürzerer Vormerkungsdauer und längerer Vertragsdauer nun aufhören sollte. Auch das neue Recht verbietet jedoch nicht, dass die Parteien das Vorkaufsrecht auf eine kürzere Dauer als diejenige der obligatorischen Vertragsgeltung vormerken<sup>2</sup>.
- 4 Bezüglich der Beurkundungsbedürftigkeit hat die Revision als einzige Neuerung den Beurkundungszwang für limitierte Vorkaufsrechte eingeführt (Art. 216 Abs. 3 OR, *e contrario*), während unlimitierte Vorkaufsrechte weiterhin in einfacher Schriftform vereinbart werden können.

---

<sup>1</sup> Die vierte Option, nämlich das *Verkaufsrecht* (im englischen Börsenjargon auch *put option* genannt), ist keine Belastung des Grundeigentums und also nicht vormerkbar und ohne sachenrechtliches Interesse. Vielmehr handelt es sich um eine vertragliche Abnahmepflicht des Optionsschuldners und damit um eine rein obligationenrechtliche Angelegenheit, für welche die allgemeinen Regeln des OR gelten.

<sup>2</sup> So STEINAUER II (1994), Ziff. 1703; a.A. HESS, BASLER KOMMENTAR (1996), N 2 zu Art. 216a OR, der es unter neuem Recht für grundsätzlich ausgeschlossen hält, eine über die vereinbarte Vormerkungsdauer hinausreichende obligatorische Vertragsdauer zu vereinbaren.

## 2. Intertemporales Recht

- 5 Die vorliegende Arbeit folgt den überzeugend begründeten Ausführungen von KOLLER<sup>3</sup>, wonach die vor 1994 vereinbarten Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte mit ihrem ursprünglichen Inhalt während der ursprünglich vereinbarten Dauer gültig bleiben, desgleichen die vor 1994 erfolgten Vormerkungen solcher Rechte im Grundbuch. Rechte, die unter altem Recht als vererblich oder als übertragbar ausgestaltet waren, verlieren ihren altrechtlichen Bestand und ihre altrechtliche Dauer auch nicht durch gläubigerseitige Universal- oder Singularsukzession.
- 6 Aus dieser Betrachtungsweise folgt, dass auch die dreimonatige Verwirkungsfrist gemäss Art. 216e OR ausdrücklich vereinbarte Ausübungsfristen in altrechtlichen Vorkaufsverträgen nicht ersetzt. Denn die dreimonatige Ausübungsfrist des neuen Rechts kann nicht als eine Norm gelten, die "um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt" wurde (Art. 2 SchlT ZGB) und aus diesem Grunde auf altrechtliche Verträge zwingend angewendet werden müsste<sup>4</sup>.
- 7 Hingegen bleiben solche altrechtlichen Rechte insofern in ihrem bisherigen Bestand eingefroren, als keine inhaltlichen Änderungen mehr nach altem Recht vereinbart werden können. Soll also beispielsweise ein im Jahre 1992 auf 30 Jahre als unübertragbar bestelltes und auf die damals erlaubte Höchstdauer von 10 Jahren<sup>5</sup> vorgemerkt Vorkaufsrecht im Jahre 2000 durch eine Nachtragsvereinbarung zu einem übertragbaren Vorkaufsrecht gemacht werden, so ist dies nur dadurch möglich, dass das Vorkaufsrecht fortab insgesamt als neurechtliches Recht vereinbart wird. Auch können die spätestens im Jahre 2004 auslaufenden Vormerkungen altrechtlicher Rechte im Grundbuch nicht erneuert werden. Ist aus dem Grundbuch eine Vormerkung mit Eintragungsdatum nach dem 1.01.1994 ersichtlich, so muss sich der Rechtsverkehr darauf verlassen können, dass es sich um ein Recht mit neurechtlichem Inhalt handelt<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> KOLLER (2000), S. 290 ff., mit Hinweisen auf die intertemporalrechtliche Literatur. Der seither in der AJP erschienene Aufsatz von STADLIN vertritt einen diametral entgegengesetzten Standpunkt, wonach Kaufsrechte, die vor 1994 obligatorisch für mehr als 25 Jahre vereinbart worden waren, mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts über Nacht insgesamt nichtig geworden sein sollen. HESS, BASLER KOMMENTAR (1996), N 6 zu Art. 216a OR, sowie SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 343, Ziff. 2, sind im Gegensatz zu KOLLER (S. 308) der Meinung, die neuen Höchstdauern seien auch auf altrechtliche Optionsrechte anwendbar, wobei die zweitgenannten Autoren für ihre Auffassung eine Begründung geben, nämlich bei den neuen gesetzlichen Höchstdauern sei "*ein Element der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit im Spiele*" (S. 358, Ziff. 35), was diese Autoren zur Auffassung führt, die neuen gesetzlichen Befristungen seien eine "*authentische Interpretation der Schranken von Treu und Glauben*"; demgemäss müssten altrechtliche Vor- und Rückkaufsrechte nach mehr als 25 Jahren, Kaufsrechte nach mehr als zehn Jahren seit ihrer Bestellung auch zwischen den ursprünglichen Parteien wirkungslos werden. - Richtigerweise wird die zulässige Höchstdauer der obligatorischen Wirkung altrechtlicher Optionsrechte an Grundstücken jedoch weiterhin nach Art. 27 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 2 ZGB bestimmt, ohne dass den neuen gesetzlichen Befristungen dabei eine zwingende Bedeutung zugemessen wird. So kann sich im Einzelfall namentlich ergeben, dass eine altrechtliche Belastung schon vor Ablauf der neurechtlichen gesetzlichen Frist zur übermässigen Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB geworden ist. Das Gleiche sollte richtigerweise übrigens auch für neurechtliche Optionsrechte gelten.

<sup>4</sup> So auch SCHÖBLI, AJP (1992), S. 571; a.A. MEIER (1994), S. 174.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 681 Abs. 3 aZGB.

<sup>6</sup> A.A. MARKUS VISCHER, Basler Kommentar (1998), N 10 zu Art. 1 SchlT ZGB.

### 3. Praktischer Anwendungsbereich

#### a) Vorvertrag

- 8 Vorverträge zu Grundstückkäufen werden in der Regel dann abgeschlossen, wenn der Grundeigentümer einem Interessenten diskret und steuerlich folgenlos *eine befristete Anwartschaft auf ein Grundstück reservieren möchte*. Zuweilen werden Vorverträge auch abgeschlossen, weil die zur Beurkundung des Hauptvertrags allein zuständige Amtsstelle die Parteien übermässig lange auf einen Beurkundungstermin warten lässt oder weil das Grundbuch mit den Eintragungen früherer Vorgänge im Rückstand ist, so dass der Hauptvertrag trotz des vorhandenen Parteikonsenses noch nicht in grundbuchlich eintragungsfähiger Form beurkundet werden kann. Vorverträge werden meist kurz befristet, d.h. maximal auf etwa ein Jahr.

#### b) Vorkaufsvertrag

- 9 Vorkaufsverträge begegnen in der Notariatspraxis vor allem in Zusammenhängen, in denen der berechtigten Person ein *langfristiges Erwerbs-Privileg* eingeräumt werden soll, was mit einer entsprechend langfristigen Belastung des Verpflichteten einhergeht. Motiv für den Abschluss des Vorkaufsvertrags ist meist eine langfristige Grundbeziehung zwischen den Parteien, d.h. ein familiäres, vertragliches oder nachbarschaftliches Nahestehen, was die Privilegierung des Berechtigten für die Dauer der Grundbeziehung rechtfertigt: Jemand bestellt seinem Freund ein Vorkaufsrecht an der Jagdhütte, in der man gemeinsame Stunden verbracht hat, dem Mieter ein Vorkaufsrecht am gemieteten Grundstück, um ihm den dauerhaften Verbleib in der Wohnung zu sichern, dem Nachbarn ein Vorkaufsrecht, um ihm die künftige Arrondierung seines Grundbesitzes zu ermöglichen etc. - Die Grundbeziehung führt dazu, dass Vorkaufsrechte häufig aus Gefälligkeit und *unentgeltlich* eingeräumt werden, zwischen Nachbarn oft auch als wechselseitige Begünstigung bezüglich der beiderseitigen Grundstücke.
- 10 Mit der Bestimmung von Art. 216 Abs. 3 OR, wonach nicht limitierte Vorkaufsrechte in einfacher Schriftform abgeschlossen werden können, geht der Gesetzgeber von der Meinung aus, die auch bei immobilarsachenrechtlichen Laien verbreitet ist, wonach nämlich ein nicht limitiertes Vorkaufsrecht den Grundeigentümer nur unwesentlich belaste. So ist es nicht. Auch ein nicht limitiertes Vorkaufsrecht macht es für Dritte unattraktiv, sich im Hinblick auf gute Kaufangebote anzustrengen, im Vorfeld der Offertstellung Überbauungs- oder Umbaukonzepte auszuarbeiten etc. Da der Verkäufer kein verbindliches Angebot machen kann, sondern immer den Rückenschuss des Vorkaufsberechtigten befürchten muss, kann er nicht verschiedene Interessenten effizient gegeneinander ausspielen und den Preis in die Höhe treiben. Davon profitiert der Vorkaufsberechtigte: Er erhält das Objekt zu jenem gedrückten Preis, der in den vorkaufs-überschatteten Verhandlungen mit einem Drittinteressenten zustande gekommen ist.
- 11 Das wird dann nicht als schlimm empfunden, wenn die Grundbeziehung zwischen den Parteien, die das Motiv für die Einräumung des Vorkaufsrechts gebildet hat, im Zeitpunkt der Ausübung noch immer besteht. Andernfalls kann sich ein Vorkaufsrecht nach Jahr und Tag als Härte auswirken. Bei der Vertragsredaktion sollte deshalb nie versäumt werden, auf den Zeitpunkt des Dahinfallens der Grundbeziehung auch das Dahinfallen des Vorkaufsrechts zu vereinbaren.



### c) Kaufsvertragsvertrag

- 12 Kaufsvertragsverträge begegnen in der Beurkundungspraxis in Zusammenhängen, in denen es den Vertragsparteien um ihre *mittelfristige* Planung auf einige Monate bis zu wenigen Jahren geht. Meist fehlt es an jener dauerhaften Grundbeziehung zwischen den Parteien, die für Vorkaufsrechte typisch ist. Stattdessen hat das Kaufsrecht den Charakter eines selbständig negoziablen *Handels- und Spekulationsobjektes*.
- 13 Bei Kaufverträgen, die erst nach einer längeren Wartezeit erfüllbar gestellt werden, kann die *zwischenzeitliche Vormerkung eines Kaufsrechts* im Sinne einer grundbuchlichen Verfügungssperre zulasten des Verkäufers den Käufer davor schützen, dass der Vertragspartner das Objekt in der Wartezeit zu einem höheren Preis an einen Dritten veräußert<sup>7</sup>.
- 14 Werden Kaufsrechte auf mehrere Jahre abgeschlossen und nicht durch ein *Verkaufsrecht* der Gegenpartei ergänzt, so kann sich die Belastung des Verkäufers zu einer unzumutbaren Härte auswachsen. Entwickelt sich der Liegenschaftsmarkt nämlich ungünstig, so bleibt der Eigentümer auf dem Objekt bis zum Ablauf der Kaufsrechtsdauer sitzen und muss nachher gegebenenfalls zu gefallenem Preis verkaufen. Entwickelt sich der Markt aufwärts, so wird der Kaufsrechtsinhaber sein Recht ausüben und den Gewinn einheimsen. Hinzu kommt, dass das Kaufsrecht die Liegenschaft während der Kaufsrechtsdauer faktisch unverkäuflich macht<sup>8</sup>. Die Liegenschaft hängt dem Eigentümer also auch dann am Hals, wenn er ins Altersheim eingetreten oder ins Ausland ausgewandert ist. Ungenutzter oder schlecht genutzter Grundbesitz ist aber angesichts der Vermögenssteuer und der mannigfaltigen öffentlichrechtlichen Belastungen des jeweiligen Grundeigentümers ein fressender Schaden, namentlich bei Liegenschaften innerhalb der Bauzone; Grund- und Werkeigentümerhaftpflicht bringen Risiken mit sich, die der Grundeigentümer nicht tatenlos ignorieren darf.
- 15 Angesichts dieser Sachlage ist die gesetzlich erlaubte zehnjährige Höchstdauer für Kaufsrechte (ehemals Art. 683 Abs. 2 aZGB, heute Art. 216a OR) zwar kaum zu kritisieren. Jedoch sollte die Urkundsperson dem Grundeigentümer die Risiken veranschaulichen, die sich aus einer langfristigen Kaufsrechtsbestellung ergeben, und ihm eine möglichst kurze Befristung des Kaufsrechts empfehlen. Als Alternative ist die Kombination mit einem *Verkaufsrecht* in Betracht zu ziehen, das dem belasteten Eigentümer erlaubt, die für ihn zur Last werdende Liegenschaft abzustossen und sie nicht weiterhin versteuern, unterhalten und finanzieren zu müssen.

---

<sup>7</sup> Diese Verwendung der Kaufsrechtsvormerkung wurde in der Lehre abgelehnt, da die Verwendung eines Kaufsrechts zur blossen Sicherung einer hauptvertraglichen (als solche nicht vormerkbaren) Leistungspflicht dem *numerus clausus* der vormerkbaren persönlichen Rechte widerspreche; vgl. WISSMANN (1989), S. 509, Ziff. 1527, mit Verweisen. Das Eidgenössische Grundbuchamt hat in einer Vernehmlassung vom 13.04.1931 an der besagten Verwendung der Kaufsrechtsvormerkung jedoch nichts auszusetzen gefunden, und das Bundesgericht ist in BGE 103 III 97 dieser liberalen Auffassung gefolgt, nach Meinung des Verfassers zu Recht.

<sup>8</sup> Auf den faktischen Zwang zur Nichtveräußerung, der sich als Folge der Kaufsrechtsbelastung für den Eigentümer ergibt, weist auch KOLLER (2000), S. 304, zur Recht hin. Ähnlich auch SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 354, Ziff. 24: "*Der Verkaufsverpflichtete ist dem Berechtigten gegenüber gehalten, auf Verfügungen über das Verkaufsobjekt zu verzichten, welche das Kaufsrecht durchkreuzen.*"

#### d) Rückkaufsrechtsvertrag

- 16 Rückkaufsrechte sind selten. Typischerweise werden sie auf einen mittelfristigen Zeithorizont vereinbart, entweder um dem Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers die Rückabwicklung des Geschäfts zu ermöglichen<sup>9</sup> oder um ihm während begrenzter Zeit die Kontrolle über die Verwendung der verkauften Liegenschaft zu geben. So kann ein Interesse bestehen, die Liegenschaft zu einem ermässigten Preis zu verkaufen, wenn der Käufer zusichert, die Liegenschaft in einer vom Verkäufer gewünschten Weise herzurichten und zu nutzen (z.B. ein Altersheim zu errichten und zu betreiben oder ein Biotop zu erstellen oder eine Messehalle zu errichten und an den Veräusserer zurückzuvermieten etc.), und es kann für den Fall der Untätigkeit des Käufers der Rückkauf zu den ursprünglichen Konditionen vereinbart werden.
- 17 Da sich das Rückkaufsrecht für den Verpflichteten auf lange Sicht ebenso belastend auswirken kann wie ein Kaufsrecht, erscheint die starre gesetzliche Höchstdauer von 25 Jahren für Vertragswirkungen und Vormerkung (Art. 216a OR) als unangemessen<sup>10</sup>. Die in der BOTSCHAFT<sup>11</sup> gegebene Begründung, Kaufsrechte dienen typischerweise der Sicherung von Ansprüchen, die mit der Grundstücksnutzung nichts zu tun haben, wogegen das Rückkaufsrecht in der Regel der Durchsetzung grundstücksbezogener Bedingungen dient, berechtigt nicht zur Folgerung, Rückkaufsrechte könnten zweieinhalb mal so lange dauern wie Kaufsrechte. Zieht man in Betracht, dass das ZGB es ablehnt, persönliche Leistungs- und Verhaltenspflichten als Grundlasten oder Grunddienstbarkeiten auszugestalten (vgl. Art. 782 Abs. 3 und 730 Abs. 2 ZGB) und dass für Grundlasten, die Geldforderungen sicherstellen, eine 30jährige zeitliche Begrenzung vorgesehen ist (Art. 788 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB), so erscheint es als Ungereimtheit, mit dem auf 25 Jahre gültigen<sup>12</sup> und vormerkbaren Rückkaufsrecht ein Instrument bereit zu stellen, das dem Berechtigten faktisch ermöglicht, *beliebige* Leistungs- und Verhaltenspflichten eines Grundeigentümers (oder seiner Rechtsnachfolger) während voller 25 Jahre durchzusetzen. Richtiger wäre gewesen, die zeitliche Begrenzung der obligatorischen Verpflichtungen der Parteien der Praxis zu überlassen und die zu Art. 27 Abs. 2 ZGB entwickelten Regeln<sup>13</sup> einzelfallweise anzuwenden, je nach den konkreten Lasten und Pflichten, die sich aus dem Rückkaufsrecht für die belastete Partei auf lange Sicht faktisch ergeben. Bei Grundstücken ausserhalb der Bauzone, die weder steuerlich noch in anderer Weise eine Belastung für den Eigentümer darstellen, kann die Rückkaufsbelastung ähnlich leicht wiegen wie eine Grunddienstbarkeit oder ein Pfandrecht, so dass die langfristige Geltungsdauer des Rückkaufsrechts keine Härte bedeutet. Bei Bauland, insbesondere bei Liegenschaften, auf denen ein Betrieb geführt und in welche

---

<sup>9</sup> Die Verwendung des Rückkaufsrechts für die Sicherstellung eines Kredits ist gemäss BGE 65 II 444 ff. weder eine unzulässige Umgehung des Verbots der Verfallklausel gemäss Art. 816 Abs. 2 ZGB noch ein Verstoß gegen den Grundsatz des *numerus clausus* vormerkbarer persönlicher Rechte. Vgl. auch SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 345, Ziff. 6.

<sup>10</sup> BK-GIGER (1997), S. 280, N 4 zu Art. 216a OR, qualifiziert die Ungleichbehandlung von Kaufs- und Rückkaufsrecht bezüglich der zulässigen Höchstdauer als "*nicht nachvollziehbar*".

<sup>11</sup> BOTSCHAFT (1988), S. 1077.

<sup>12</sup> Die gesetzlich ausdrücklich erlaubte Höchstdauer dürfte es dem Belasteten in Zukunft schwer machen, eine *frühere* Vertragsbeendigung gestützt auf die Praxis zu Art. 27 Abs. 2 ZGB erfolgreich durchzusetzen; in diesem Sinne versteht REY (1994), S. 41, die 25jährige gesetzliche Befristung als Schutz der Parteien vor sich selber, d.h. als Konkretisierung des Rechtsgedankens von Art. 27 Abs. 2 ZGB.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu CHRISTIAN BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, Ziff. 846 ff., zur Vertragsdauer von Optionsrechten an Grundstücken gemäss Art. 216a OR insbesondere Ziff. 863.

baulich laufend investiert wird, kann sich ein auf 25 Jahre kontrahiertes Rückkaufsrecht zur unbilligen Härte<sup>14</sup> entwickeln. - Allemal sollte deshalb die Urkundsperson bei der Beurkundung eines Rückkaufsrechts eine Befristung empfehlen, die über die Dauer der Grundbeziehung zwischen den Parteien zeitlich nicht hinausreicht.

### e) Verkaufsrechtsvertrag

- 18 Während *Put Optionen* bei börsenkotierten Aktien und Obligationen häufig vereinbart werden und in Kombination mit Kaufsrechten (*Call Optionen*) zuweilen auch bei Unternehmensveräusserungen anzutreffen sind, sind sie bezüglich Grundstücken kaum von praktischer Bedeutung - auch hier am ehesten in Kombination mit einem Kaufsrecht zwischen den gleichen Parteien. So wird etwa vereinbart, dass der Grundeigentümer A binnen eines bestimmten Zeitraums zum Preis 100 an B verkaufen, B binnen des gleichen Zeitraums zum Preis 150 kaufen kann. Da der Formzwang nicht nur zum Schutze des Grundstückveräusserers besteht, müssen Verkaufsrechte, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, öffentlich beurkundet werden. Sie sind im Grundbuch nicht vormerkbar<sup>15</sup>.
- 19 Auf Verträge, die ein Verkaufsrecht an einem Grundstück begründen, wird in der vorliegenden Arbeit im Übrigen nicht weiter eingegangen<sup>16</sup>.

## 3. Rechtsnatur von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht

- 20 Der ehemalige Streit über die Rechtsnatur von Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechten entsprang der Unsicherheit über die Form, die bei der Übertragung solcher Rechte einzuhalten ist. Die *Bedingungstheorie* deutete die betreffenden Optionsrechte als Elemente bedingter Kaufverträge<sup>17</sup> und erblickte in der Rechtsübertragung demgemäss eine bei Kaufs- und Rückkaufsrechten beurkundungsbedürftige Vertragsänderung<sup>18</sup>. Die *Begründungstheorie* erblickte in den Optionsrechten einseitig ausübbarer Gestaltungsrechte<sup>19</sup>, die nach den Regeln über die Forderungsabtretung (Art. 164 OR) ohne öffentliche Beurkundung übertragen werden konnten. Während WISSMANN<sup>20</sup> zutreffend darauf hingewiesen hatte, dass keine der beiden Theorien alle Rechtsfragen befriedigend beantwortete, sprachen sich seither

---

<sup>14</sup> So zutreffend auch SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 348, Ziff. 36.

<sup>15</sup> So STEINAUER II (1994), Ziff. 1695c; BGE 103 III 97.

<sup>16</sup> Zu den intertemporalrechtlichen Aspekten bei Verkaufsrechten vgl. KOLLER (2000), S. 308 f.

<sup>17</sup> Vgl. die von der Bedingungstheorie ausgehende Definition des Vorkaufsrechts bei SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 345, Ziff. 6: "Das Vorkaufsrecht ist ein Kaufsrecht, das vom Vorkaufsberechtigten nur unter der Bedingung ausgeübt werden kann, dass der Verpflichtete seinerseits mit einem Dritten einen Kaufvertrag über das betreffende Objekt abgeschlossen hat".

<sup>18</sup> So BK-MEIER-HAYOZ (1975), ZGB 683 N 53.

<sup>19</sup> Vgl. die von der Begründungstheorie ausgehende Definition des Vorkaufsrechts bei DEILLON-SCHEGG (1997), S. 216 f.: "Das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht ist die vom Vorkaufsverpflichteten dem Vorkaufsberechtigten durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, die Übertragung einer Sache zu verlangen, sobald der Vorkaufsverpflichtete diese an einen Dritten verkauft [...]. Es verleiht dem Vorkaufsberechtigten die Befugnis, bei Eintritt des Vorkaufsfalles durch einseitige Willenserklärung zuhanden des Vorkaufsverpflichteten die Obligation auf Übertragung des Eigentums am Vorkaufsobjekt im Zeitpunkt des Zugangs der Ausübungserklärung wirksam werden zu lassen."

<sup>20</sup> WISSMANN (1989), S. 478, Ziff. 1408

nacheinander STEINAUER<sup>21</sup>, REY<sup>22</sup>, SIMONIUS/SUTTER<sup>23</sup>, HESS<sup>24</sup> und BK-GIGER<sup>25</sup> mehr oder weniger deutlich für die Bedingungstheorie aus. Durch die ausdrückliche gesetzliche Regelung der Übertragungsform in Art. 216b Abs. 2 OR ist diese Frage seit 1994 geklärt, so dass der Theorienstreit seine praktische Bedeutung verloren hat.

#### 4. Eingrenzung des Themas: Beschränkung auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden

- 21 Wie schon in der Erstauflage beschränkt sich die vorliegende Darstellung auf "verwandte Verträge" im Rahmen einer Darstellung des rechtsgeschäftlichen Grundstückkaufs, behandelt also nicht die letztwillige und erbvertragliche Bestellung von Optionsrechten, ebenso wenig die Entstehung, den Inhalt und die Abänderung bzw. Aufhebung gesetzlicher Vorkaufsrechte gemäss Art. 681 f. ZGB.

## II. Vorvertrag (Art. 22 und Art. 216 Abs. 2 OR)

### 1. Begriffliches

- 22 *Vorvertrag* heisst ein Vertrag, durch den sich die Parteien zum künftigen Abschluss eines Vertrags verpflichten. Die Parteien erfüllen ihre vorvertraglichen gegenseitigen Verpflichtungen dadurch, dass sie zu einem späteren Zeitpunkt den Hauptvertrag miteinander abschliessen.
- 23 Als Vorverträge werden auch Verträge bezeichnet, durch die die Parteien den späteren Abschluss eines Grundstückkaufs zwischen einer Vorvertragspartei und einem Dritten oder zwischen einem Dritten und einem Vierten anstreben. Solche Konstellationen kommen namentlich bei Unternehmensverkäufen vor, wenn die Dachgesellschaften beider Seiten im Rahmenvertrag vereinbaren, dass einzelne Konzerngesellschaften bestimmte Grundstücke an andere Konzerngesellschaften der eigenen oder der Gegenseite zu bestimmten Preisen übertragen müssen. Da die Parteien des Vorvertrags jedoch nur vertragliche *Rechte zugunsten Dritter*, nicht auch vertragliche Pflichten zulasten Dritter begründen können, haben solche Verträge keine bindende Wirkung für jene Rechtsträger, die nicht bereits Partei des Vorvertrags waren. Solche Vorverträge sind demgemäss etwas wesentlich anderes als der in der vorherigen Ziffer beschriebene Vertragstyp. In der Regel begründet die Grundstückseigentümerin bei Vorverträgen zugunsten Dritter faktisch ein Kaufsrecht zugunsten des Dritten, wogegen sich die andere Partei verpflichtet, ihre besten Bemühungen einzusetzen, um den Dritten zur Ausübung dieses Kaufsrechts zu motivieren.

---

<sup>21</sup> STEINAUER II (1994), Ziff. 1696a (Kaufsrecht) und S. 107, Ziff. 1718 (Rückkaufsrecht).

<sup>22</sup> REY (1994), S. 42.

<sup>23</sup> SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 346, Ziff. 7.

<sup>24</sup> HESS, BASLER KOMMENTAR (1996), N 4 zu Art. 216 OR.

<sup>25</sup> BK-GIGER (1997), S. 40, N 44 zu Art. 216 aOR.

## 2. Rechtfertigung der Figur des Vorvertrags

- 24 Die Rechtslehre, welche die Dinge in der Regel aus der Optik der Gerichte, d.h. der prozessual streitig gewordenen Geschäfte betrachtet<sup>26</sup> und den breiten Strom jener Rechtsgeschäfte ignoriert, bei denen das Recht seine Ordnungsfunktion konfliktfrei erfüllt, hat immer wieder ihr Unverständnis gegenüber dem Phänomen des Vorvertrags manifestiert. Zugegebenermassen erscheint die Funktion des Vorvertrags bei der ex-post-Betrachtung des Zivilprozesses als fragwürdig: Entweder war der streitig gewordene Vorvertrag inhaltlich bereits so weitgehend *bestimmt oder bestimmbar*, dass der Vorvertrag unmittelbar erzwingbar war. Oder es fehlte an der Bestimmtheit und Bestimmbarkeit, so dass der Vorvertrag noch gar nicht als ein gültiger Vertrag qualifiziert werden konnte (fehlender Konsens über Hauptpunkte)<sup>27</sup>.
- 25 Diese ex-post-Betrachtung verkennt die praktische Bedeutung des Vorvertrags. Der Vorvertrag bewährt sich in jener Mehrzahl der Fälle, in denen redliche Verhandlungspartner von der Basis des Vorvertrags zum Ziel des Hauptvertrags fortschreiten oder zu einem späteren Zeitpunkt die Verhandlungen abbrechen und auf das Geschäft verzichten.
- 26 Die vorvertraglichen Verpflichtungen zum Abschluss des Hauptvertrags können vorzeitig dahinfallen, entweder wegen des Eintritts einer im Vorvertrag vorgesehenen Resolutivbedingung oder weil sich die Parteien zwischenzeitlich einig geworden sind, von der Erfüllung des Vorvertrags abzusehen, oder aus anderen Gründen. In der Praxis dürften die *nicht zur Erfüllung gelangenden Vorverträge* im Sinne einer steuerlich folgenlosen *Reservierung einer befristeten Anwartschaft auf ein Grundstück* mindestens ebenso häufig sein wie die zur Erfüllung gelangenden Vorverträge.
- 27 In beiden Konstellationen, bei Erfüllung und bei Verzicht darauf, bleibt der Vorvertrag meist ein diskretes Dokument, das weder dem Grundbuchamt noch dem Fiskus zur Kenntnis kommt. Folgt auf den Vorvertrag ein Hauptvertrag, so ist es unüblich, im zweitgenannten Vertrag die Existenz des Vorvertrags zu erwähnen. Auch die Urkundsperson erfährt vom Vorhandensein des Vorvertrags nur in jenen Ausnahmefällen, in denen sie selber Vor- und Hauptvertrag beurkundet<sup>28</sup>. Andernfalls treten die Parteien zur Beurkundung des Hauptvertrags an, als ob dies spontan geschähe, und sie betrachten den erfüllten Vorvertrag im Nachhinein als ein Dokument, über das zu sprechen kein Anlass mehr besteht.
- 28 Anlass für den Abschluss eines Vorvertrags (statt des Hauptvertrags) können verschiedene Umstände sein. Zuweilen haben die Verhandlungspartner das Bedürfnis, eine in den Grundsätzen, aber noch nicht in allen Einzelheiten erzielte Einigung in verbindlicher Form festzuhalten und sich zur weiteren Konsensfindung gegenseitig zu verpflichten. Der Vorvertrag hat seinen Sinn gerade dann, wenn er einen geringeren Bestimmtheitsgrad als der anvisierte spätere Hauptvertrag hat.

---

<sup>26</sup> Vgl. SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (2000), S. 409, Ziff. 73.01: *"Im Normalfall, der freilich die Juristin kaum interessiert, wird eine Leistung von der Schuldnerin so erbracht, wie sie geschuldet ist."* - Das Desinteresse an der richtigen Erfüllung ist typisch für Judikatur und Doktrin, nicht aber für Juristen in rechtsberatenden und -gestaltenden Funktionen, deren Aufgabe darin besteht, die Verträge so realitätsgerecht und klar zu formulieren, dass sie konfliktfrei erfüllt werden.

<sup>27</sup> Zum Vorvertrag und seiner Sinnhaftigkeit aus der Sicht der Lehre vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (1998), N 1077-1093.

<sup>28</sup> In diesen Fällen sollte entweder der Vor- oder der Hauptvertrag zu einer reduzierten Notariatstaxe beurkundet werden, auch wenn der kantonale Tarif dies nicht ausdrücklich anordnet.

- 29 Das Gesetz selber erwähnt in Art. 2 Abs. 2 OR die Möglichkeit "*vorbehaltener Nebenpunkte*". Für die Verhandlungsparteien ist die juristische Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenpunkten oft nicht evident, ja belanglos. Die Parteien mögen sich im Zuge der Verhandlungen bewusst sein, dass noch nicht alle Bereiche des privatautonom zu regelnden Ablaufs vollständig durchbesprochen und einem Konsens zugeführt sind, empfinden aber beidseitig, dass sich die Positionen schon weitgehend angenähert haben. In einer solchen Situation möchten die Parteien das bisherige Verhandlungsergebnis bereits beiderseits bindend "festnageln".
- 30 Im Grundstückverkehr können die hochgeschraubten Anforderungen einzelner Grundbuchämter an die Eintragungsfähigkeit des Hauptvertrags dazu führen, dass die Parteien den Konsens im Sinne von Art. 1 ff. OR bereits vollständig gefunden haben, wegen fehlender Parzellierung, Vermessung, im Gange befindlicher Überbauung oder wegen Arbeitsrückständen des Grundbuchamtes jedoch den Hauptvertrag, insbesondere den amtlich verlangten Liegenschaftsbescrieb, nicht in jener Vollständigkeit und Präzision ausformulieren können, die für die Eintragungsfähigkeit gemäss lokaler Grundbuchpraxis gefordert wird.
- 31 Da der Vorvertrag bei planmässiger Entwicklung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien weder dem Grundbuchamt noch einer anderen Behörde zur Kenntnis kommt, ist hier die Aufnahme von Klauseln möglich, auf deren Beurkundung die Parteien im Hauptvertrag wegen dessen Amtsöffentlichkeit verzichten.
- 32 Zuweilen wollen die Parteien die vertragliche Bindung im Jahr 1, die mit dem Abschluss des Hauptvertrags verbundenen Steuerfolgen erst im Jahr 2 auslösen.
- 33 Liegt das Grundstück in einem Kanton mit Amtsnotariat und sind die Wartefristen für die Beurkundung des Hauptvertrags dort erheblich, so mag den Parteien bei Abschlussreife des Geschäftes an dessen sofortiger Fixierung mindestens in vorvertraglicher Form gelegen sein; dies geschieht dann in der Regel in einem anderen Kanton bei einer freiberuflich tätigen Urkundsperson, wo es wegen des freien Wettbewerbs und des damit verbundenen Leistungsdrucks naturgemäss kaum Wartefristen gibt.
- 34 Ein Vorvertrag kann, wie oben erwähnt, auch die Verpflichtung einer Partei zum Abschluss des Hauptvertrags mit einem Dritten begründen. Für diese Konstellation wird die Sinnhaftigkeit des Vorvertrags von niemandem bestritten<sup>29</sup>.

### 3. Einstufentheorie und Zweistufentheorie

- 35 Im seltenen Ausnahmefall, in dem ein Vorvertrag aus seinem diskreten Dasein ans Licht der Amtsöffentlichkeit emporsteigt, indem er zu gerichtlicher Auseinandersetzung Anlass gibt, stellt sich die Frage, ob die Klägerin gemäss der *Zweistufentheorie* ihr Rechtsbegehren auf die *Verurteilung des Beklagten zum Abschluss des Hauptvertrags* richten muss<sup>30</sup> oder ob sie gemäss der *Einstufentheorie* auf die *Verurteilung zur Sach- oder Geldleistung, Zug um Zug gegen Erbringung der klägerisch geschuldeten Gegenleistung*, klagen kann. Mit KRAMER<sup>31</sup> und einem jüngeren Bundesgerichtsurteil<sup>32</sup> ist der prozessökonomischen

---

<sup>29</sup> Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (1998), N 1078.

<sup>30</sup> So BGE 97 II 48 und SJZ 1978 172 II und III.

<sup>31</sup> BK-KRAMER (1991), N 119 zu Art. 22 OR.

<sup>32</sup> BGE 118 II 32.

Einstufentheorie immer dann zu folgen, wenn der Vorvertrag inhaltlich hinlänglich bestimmt ist.

#### 4. Beurkundung des Vorvertrags zu einem Grundstückkauf

- 36 Gemäss Art. 22 Abs. 2 und 216 Abs. 2 OR bedarf der Vorvertrag zu einem Grundstückkauf der öffentlichen Beurkundung.
- 37 Örtlich und sachlich zuständig für diese Beurkundung ist in erster Linie jede Urkundsperson, die zur Beurkundung des Hauptvertrags zuständig ist.
- 38 Ob darüber hinaus auch solche Urkundspersonen den Vorvertrag wirksam beurkunden können, die für den Hauptvertrag örtlich unzuständig sind, hängt kumulativ vom kantonalen Recht im Beurkundungskanton und von demjenigen im Belegenheitskanton ab. Erlaubt der Kanton des Abschlussortes die Beurkundung von Geschäften über ausserkantonale Grundstücke (was in der Schweiz die Regel ist), und erlaubt der Belegenheitskanton die gerichtliche Durchsetzung ausserkantonaler beurkundeter Vorverträge (was die Ausnahme sein dürfte), so steht der Rechtswirksamkeit des ausserkantonaler beurkundeten Vorvertrags nichts im Wege. Andernfalls ist der Vorvertrag gerichtlich nicht durchsetzbar. Allemal ist er grundbuchlich nicht eintragungsfähig.
- 39 Da die Rechtslage bezüglich der gerichtlichen Durchsetzung ausserkantonaler beurkundeter Vorverträge in den meisten Kantonen mangels Präjudizien unklar ist, gehört es zu den Berufspflichten jeder Urkundsperson, die um die Beurkundung des Vorvertrags für ein ausserkantonales Grundstück angegangen wird, die Parteien auf die Unsicherheit der Rechtsdurchsetzung hinzuweisen.

### III. Vorkaufsvertrag

#### 1. Vertragliche und gesetzliche Vorkaufsrechte

- 40 Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes bilden die vertraglich begründeten Rechte. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte, die seit dem 1.01.1994 gesamthaft in Art. 681 ff. ZGB geregelt sind, werden nicht behandelt.

#### 2. Limitierte und nicht limitierte Vorkaufsrechte

- 41 Die Unterscheidung zwischen dem limitierten und dem nicht limitierten (oder unlimitierten) Vorkaufsrecht knüpft terminologisch an die Bestimmung des Kaufpreises bzw. an dessen Limitierung im Vorkaufsvertrag an (z.B. "*... der Vorkaufsberechtigte kann das Grundstück zu dem mit dem Dritten vereinbarten Preis, höchstens aber zum Preis von X Franken, kaufen*")<sup>33</sup>.
- 42 HESS<sup>34</sup> und SIMONIUS/SUTTER<sup>35</sup> schränken den Begriff des unlimitierten Vorkaufsrechts auf jenen Fall ein, in welchem der Berechtigte den mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrag

---

<sup>33</sup> So die herrschende Lehre; vgl. BK-GIGER (1997), S. 66, N 97 zu Art. 216 aOR; STEINAUER II (1994), Ziff. 1719.

<sup>34</sup> HESS, BASLER KOMMENTAR (1996), N 8 zu Art. 216d OR.

*insgesamt*, nicht nur bezüglich des Preises, zu akzeptieren hat, und sie betrachten Vorkaufsverträge dann als limitiert, wenn *irgendwelche Abweichungen* gegenüber dem Vertrag mit dem Dritten vereinbart werden, nicht nur bezüglich des Preises, sondern auch bezüglich Antrittszeit, Nebenpflichten etc. Als Konsequenz aus dieser Lehrmeinung, der beizupflichten ist, ergibt sich, 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.

- 43 Beim *limitierten Vorkaufsrecht* ist der Kaufpreis und sind möglicherweise weitere Vertragsinhalte vorkaufsvertraglich festgelegt, und zwar unabhängig vom künftigen Vertrag mit dem Dritten. Dabei braucht der Kaufpreis nicht mit einem festen Geldbetrag beziffert zu sein; Bestimmbarkeit des Preises gemäss einer Formel, evtl. in Abhängigkeit von vertragsexternen Faktoren wie publizierten Indizes, genügt, um die Option unter den Begriff des limitierten Vorkaufsrechts fallen zu lassen.
- 44 *Kein Vorkaufsrecht*, weder ein limitiertes noch ein unlimitiertes, liegt vor, wenn der Kreis der Vorkaufsfälle vertraglich über die in Art. 216c Abs. 1 OR vorgesehenen Fälle hinaus erweitert wird, wenn also Geschäfte als Vorkaufsfälle vereinbart werden, die ihrerseits nicht unter den Begriff des "*Kaufs oder des Rechtsgeschäftes fallen, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt*". Wird vereinbart, dass der Berechtigte das Grundstück auch bei einem Tausch, bei einer Schenkung oder einem Kindskauf kaufen kann, so ist das vereinbarte Optionsrecht kein Vorkaufsrecht im Wortsinn des Gesetzes. Zwar ist die vertragliche Ausdehnung der Vorkaufsfälle aufgrund der Vertragsfreiheit *zulässig*<sup>36</sup>, aber ein solcherart erweitertes "Vorhandrecht" kann nur in öffentlicher Urkunde gültig begründet<sup>37</sup> werden, und es kann, wegen des *numerus clausus* der Vormerkungsfälle, im Grundbuch nicht als Vorkaufsrecht vorgemerkt werden<sup>38</sup>. Im Gegensatz dazu ändert die vertragliche *Einschränkung der Vorkaufsfälle*, beispielsweise auf Verkäufe an Personen ausserhalb der eigenen Familie oder ausserhalb des Konzerns, nichts an der Rechtsnatur des Vorkaufsrechts und steht der Vereinbarung in einfacher Schriftform ebensowenig im Wege wie der grundbuchlichen Vormerkung<sup>39</sup>.

### 3. Form des Vorkaufsvertrags

- 45 Gemäss Art. 216a Abs. 2 OR bedarf der (limitierte) Vorkaufsvertrag der öffentlichen Beurkundung<sup>40</sup>. Beurkundungsbedürftig ist nicht nur die Einräumung des Vorkaufsrechts, sondern gegebenenfalls auch die Abrede, wonach das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorzumer-

---

<sup>35</sup> SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 345, Ziff. 6.

<sup>36</sup> Dies wurde in BGE 78 II 357 ausdrücklich bestätigt.

<sup>37</sup> So SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 349, § 1, Ziff. 13; WISSMANN (1989), S. 495, Ziff. 1470.

<sup>38</sup> Vgl. WISSMANN (1989), S. 495, Ziff. 1471. - SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 349, § 1, Ziff. 13, qualifizieren solche Vorhandrechte als bedingte Kaufsrechte. Dem kann beigespflichtet werden in jenen Fällen, in denen der Vorhandpreis von Anfang an fest vereinbart ist. In diesen Fällen sollte auch die grundbuchliche Vormerkung (als Kaufsrecht, nicht als Vorkaufsrecht) möglich sein.

<sup>39</sup> So WISSMANN (1989), S. 495 ff., Ziff. 1470 ff.

<sup>40</sup> In der *Erteilung* kann das limitierte Vorkaufsrecht (und dementsprechend auch ein Kaufs- oder ein Rückkaufsrecht) gemäss BGE 118 II 395 ff. in der für die Erteilung genügenden einfachen Schriftform vereinbart werden. So auch STEINAUER II (1994), Ziff. 1699a.



ken ist<sup>41</sup>. Demgegenüber kann der nicht limitierte Vorkaufsvertrag einschliesslich einer allfälligen Vormerkungsabrede gemäss Art. 216a Abs. 3 OR in einfacher Schriftform vereinbart werden<sup>42</sup>.

- 46 Ob nur der belastete Eigentümer oder zusätzlich auch der Vorkaufsberechtigte unterschreiben müssen, ist umstritten. Gemäss Art. 13 OR muss nur jene Vertragspartei unterzeichnen, die durch den Vertrag verpflichtet wird; das ist anlässlich der Optionsbestellung allein der Grundeigentümer, so dass im Lichte von Art. 13 OR auf die Unterschrift des Begünstigten verzichtet werden kann<sup>43</sup>. Diese Bestimmung bezieht sich gemäss ihrem Wortlaut zwar nur auf die einfache Schriftform, ist nach herrschender Lehre aber auch für die öffentliche Beurkundung massgebend<sup>44</sup>.
- 47 Allerdings ist zu bedenken, dass das Vorkaufsrecht unter Lebenden allemal aufgrund eines *zweiseitigen Vertrags*, nicht aufgrund eines einseitigen Rechtsgeschäfts entsteht, dass also der *Konsens von zwei Parteien vorliegen muss* und anlässlich der Vormerkung gegenüber dem Grundbuchamt richtigerweise *nachgewiesen werden sollte*. Der Verfasser hat demgemäss Verständnis für die Praxis jener Grundbuchämter, die Vorkaufsrechte nur eintragen, wenn die unterschriftliche Zustimmung des Berechtigten nachgewiesen ist<sup>45</sup>.
- 48 Aus beurkundungsrechtlicher Sicht ist auch unbefriedigend, dass der Vorkaufsberechtigte auf vertraglicher Basis ein Grundstück erwirbt, ohne jemals an einem Beurkundungsverfahren teilgenommen zu haben, ohne also jenes notariellen Schutzes vor Unbedacht teilhaftig geworden zu sein, den der Gesetzgeber gemäss Art. 657 ZGB für jeden Liegenschaftskäufer grundsätzlich als unabdingbar erachtet.

#### 4. Gegenstand des Vorkaufsvertrags

- 49 Alle *Grundstücke im Sinne von Art. 655 ZGB* können Vorkaufsobjekte sein.
- 50 Mangels anderer Abrede erstreckt sich das Vorkaufsrecht auch auf die *Zugehör* (Art. 644 Abs. 1 ZGB). Somit kann bzw. muss der Vorkaufsberechtigte bei Ausübung seines Rechts auch die nach Ortsgebrauch übliche und die gewillkürte Zugehör (Art. 644 Abs. 2 ZGB) erwerben, sofern im Vertrag mit dem Dritten nicht ausdrücklich eine Ausnahme verabredet wurde. Veräussert der Belastete nur Zugehörstücke, so löst dies den Vorkaufsfall nicht aus.

---

<sup>41</sup> Vgl. STEINAUER II (1994), Ziff. 1724.

<sup>42</sup> Gemäss BOTSCHAFT (1988), S. 1076, liegt der Grund für die Ausnahme vom Beurkundungserfordernis im Bestreben, die sozial erwünschten Vorkaufsrechtsvereinbarungen in Miet- und Pachtverträgen zu erleichtern.

<sup>43</sup> So SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 349, Ziff. 14; STEINAUER II (1994), Ziff. 1721c; BK-GIGER (1997), S. 70, N 107 zu Art. 216 aOR (mit Hinweisen auf die Literatur vor 1994).

<sup>44</sup> Vgl. in diesem Sinne SCHWENZER, Basler Kommentar (1996), N 2 zu Art. 13; BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allg. Teil (1988), S. 166; BK-SCHMIDLIN (1986), N 2 zu Art. 13 OR; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (1982), Rz 386 ff.; ENGEL (1973), S. 178; a.A. SCHMID (1988), S. 151; VON TUHR/PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (Zürich 1974 und 1979), S. 239.

<sup>45</sup> So auch die Auffassung von WISSMANN (1989), S. 484, Ziff. 1426; in gleichem Sinne BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 72 ff.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER (2. Aufl. 1936), Art. 216, N 22.

- 51 Zulässig ist gemäss BGE 81 II 502 ff. auch die Bestellung des Vorkaufsrechts an einem *Grundstücksteil*<sup>46</sup>, d.h. an einem Realteil der Liegenschaft, sofern die betreffende Teilfläche im Vorkaufsvertrag klar bestimmt oder bestimmbar beschrieben ist. BGE 81 II 502 ff. (508) postuliert, dass in diesem Fall auch der Verkauf des ganzen Grundstücks einen Vorkaufsfall bildet. Bezüglich des Inhalts und der Durchsetzung des Vorkaufsrechts in einem solchen Falle fehlen in der Lehre aber überzeugende Vorschläge<sup>47</sup>. Klar ist lediglich, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts hier nicht in einer blossen Ausübungserklärung bestehen kann, sondern dass sich in der Folge ein umständliches Hin und Her zwischen den Vorkaufsparteien und dem Drittkäufer ergibt zwecks Konsensfindung darüber, wie die Beteiligten nun weitermachen wollen, wozu sie freiwillig Hand bieten und wozu sie möglicherweise gerichtlich gezwungen werden können<sup>48</sup>. Allemal ist das Vorkaufsrecht an einem Grundstücksteil nichtig, wenn die Abtrennung der Teilfläche gegen zwingende Normen des öffentlichen oder des Privatrechts verstossen würde (Art. 20 OR).

## 5. Preisbestimmung beim limitierten Vorkaufsrecht

- 52 Der Berechtigte schuldet bei Ausübung des limitierten Vorkaufsrechts den im Vorkaufsvertrag vereinbarten Preis, und zwar auch dann, wenn der mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag einen höheren oder einen niedrigeren Preis vorsieht.
- 53 STEINAUER<sup>49</sup> plädiert dafür, dass der Vorkaufsberechtigte bei wesentlichen, seit dem Abschluss des Vorkaufsvertrags erfolgten und vom Belasteten zu vertretenden Wertvermindierungen des Grundstücks eine entsprechende Minderung des limitierten Vorkaufspreises verlangen kann. WISSMANN<sup>50</sup> geht unter Berufung auf MEIER-HAYOZ<sup>51</sup> noch weiter, indem er dem Belasteten sogar einen Anspruch auf einen Aufpreis zuerkennt, falls der Belastete durch Hausrenovationen und dergleichen den Wert des Objektes nach Abschluss des limitierten Vorkaufsvertrags erhöht hat.
- 54 Richtigerweise sollte beim limitierten Vorkaufsrecht ein *Minderungsanspruch des Vorkaufsberechtigten* nur dann zugelassen werden, wenn der Berechtigte für den anfänglichen

---

<sup>46</sup> So auch Entscheid der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 1.05.2000, BN 2000, S. 241 ff.; SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 347, Ziff. 9; WISSMANN (1989), S. 486, Ziff. 1432; BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 85 f.

<sup>47</sup> SIMONIUS/SUTTER I (1995) und WISSMANN (1989) äussern sich nicht; BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 150 ff., macht ausführliche Vorschläge, die aber den Fall, dass der Drittkäufer nur das ganze Grundstück kaufen will und an der blossen Restfläche nicht interessiert ist, nicht befriedigend zu lösen vermögen (N 152a).

<sup>48</sup> Die Vorkaufsparteien sind gut beraten, ihren Vertragswillen dahingehend zu konkretisieren, dass der Verkauf der zuvor abgetrennten Vorkaufsfläche das Vorkaufsrecht auslöst, wogegen der Verkauf der abgetrennten Restfläche dies nicht tut, und dass der Vorkaufsberechtigte beim Verkauf der Gesamtparzelle oder von Grundstücksflächen, die die Vorkaufsfläche tangieren, aber auch weitere Flächen erfassen, vorkaufsberechtigt ist oder nicht, jedoch in diesen Fällen keinen Anspruch auf Abtrennung des belasteten Grundstücksteils hat. - Die Konsensfindung, was die Parteien bei künftigen Verkäufen wollen, die von der Grenzziehung der Vorkaufsfläche abweichen (bzw. ob der Verpflichtete solche Verkäufe überhaupt nicht mehr soll tätigen dürfen), sollte richtigerweise als ein *wesentlicher Vertragspunkt* des Vorkaufsvertrags betrachtet werden, so dass bei Vorkaufsverträgen, welche diese Eventualitäten nicht in der gebührenden Form regeln, kein formgerecht dokumentierter Konsens anzunehmen ist. Insofern ist die Abweisungsverfügung des Kreisgrundbuchamtes Frutigen-Niedersimmental nachvollziehbar, die im erwähnten bernischen Entscheid vom 1.05.2000 aufgehoben wurde (vgl. Fussnote 46).

<sup>49</sup> STEINAUER II (1994), Ziff. 1727.

<sup>50</sup> WISSMANN (1989), S. 487, Ziff. 1436.

<sup>51</sup> BK-MEIER-HAYOZ (3. Aufl., 1974), Art. 681 ZGB, N 291, mit weiteren Hinweisen.

Erwerb des Vorkaufsrechts eine Gegenleistung erbracht hat und wenn diese zusammen mit dem vereinbarten Vorkaufspreis zu einer Summe führt, die den Marktwert des Objektes im Zeitpunkt des Vorkaufsfalles klar übersteigt. Hatte der Belastete das limitierte Vorkaufsrecht hingegen gefälligkeitshalber und ohne Gegenleistung eingeräumt, so kann der Berechtigte nur zum vereinbarten Vorkaufspreis kaufen. Ist ihm dieser Preis zu hoch, so muss er auf die Ausübung des Vorkaufsrechts verzichten. Auf eine Preisminderung hat er keinen Anspruch.

- 55 Der von MEIER-HAYOZ und WISSMANN postulierte Anspruch des Belasteten, sich seine wertvermehrenden Investitionen durch die Erhöhung des limitierten Vorkaufspreises abgelenken zu lassen, ist abzulehnen. Besteht ein limitiertes Vorkaufsrecht, so weiss der Belastete, dass er seine Investitionen für den Fall eines späteren Verkaufs möglicherweise *à fonds perdu* tätigt. Es muss Sache des Belasteten sein, sich im Umgang mit dem Objekt an die wirtschaftlichen Schranken zu halten, die ihm das limitierte Vorkaufsrecht auferlegt, nicht Sache des Berechtigten, Preiserhöhungen hinzunehmen für wertvermehrende Investitionen, die er weder bestellt noch gebilligt hat.

## 6. Vormerkung

- 56 Das Vorkaufsrecht gehört zu den *persönlichen* (obligatorischen) *Rechten*<sup>52</sup>. Es hat keine dingliche Wirkung. Vielmehr wirkt es nur zulasten des Vorkaufsverpflichteten. Dies hat zur Folge, dass der Vorkaufsberechtigte sein Recht nicht mehr durchzusetzen vermag, sobald das Eigentum am Vorkaufsobjekt auf einen Dritten übertragen wurde<sup>53</sup>, sondern sich gegebenenfalls mit einer Schadenersatzforderung an den vertragsbrüchigen Vorkaufsverpflichteten halten muss.
- 57 Zum Schutz des Vorkaufsberechtigten gewährt das Gesetz die Möglichkeit der Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch (Art. 959 ZGB, 216a OR). Der Vorkaufsberechtigte kann freilich nicht eigenmächtig die Vormerkung erwirken. Diese setzt vielmehr eine entsprechende *Vereinbarung zwischen dem vorkaufsbelasteten Grundeigentümer und dem Vorkaufsberechtigten* sowie eine (schriftliche) *Anmeldung seitens des Vorkaufsbelasteten* im Sinne von Art. 963 Abs. 1 ZGB voraus.
- 58 Ist das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt, so entfaltet es seine Wirkung nicht nur gegenüber dem Vertragspartner des Vorkaufsberechtigten, sondern gegenüber jedem späteren Erwerber des Grundstücks, und dies, sofern und solange der Vorkaufsberechtigte das Recht nicht ausgeübt hat. Das Recht wird also nur durch Ausübung erschöpft. Blosser Nichtausübung in einem konkreten Vorkaufsfall gilt nicht als Verzicht auf das vorgemerkte Vorkaufsrecht und lässt dieses nicht untergehen. Vgl. hierzu hinten, Ziff. 71 ff.
- 59 Gemäss Art. 216a OR können Vorkaufs- und Rückkaufsrechte für maximal 25 Jahre vereinbart und im Grundbuch vorgemerkt werden. Bei Kaufsrechten beträgt die zulässige Höchstdauer 10 Jahre<sup>54</sup>. Das im alten Recht vor 1994 häufig anzutreffende Auseinanderklaffen von kürzerer Vormerkungsdauer und längerer Vertragsdauer wird bei den seit 1994 bestellten Vorkaufsrechten nur noch selten anzutreffen sein. Freilich können die Parteien auch unter neuem Recht ein auf 25 Jahre vereinbartes Vorkaufsrecht auf z.B. nur 15 Jahre

<sup>52</sup> Vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 344, Ziff. 3.

<sup>53</sup> Vgl. BGE 85 II 570 ff.; 75 II 136 f.

<sup>54</sup> Zur Kritik an den ungleichen Höchstdauern für Kaufs- und Rückkaufsrecht vgl. vorn, Ziff. 17.

vormerken lassen. Auch bleiben die Parteien befugt, auf die Vormerkung überhaupt zu verzichten, so dass die Vereinbarung von Vorkaufsrechten ohne Vormerkungsschutz auch nach 1994 zulässig und zwischen den ursprünglichen Parteien verbindlich bleibt.

## 7. Übertragung

- 60 Kraft der dispositiven Bestimmung von Art. 216b Abs. 1 OR ist das Vorkaufsrecht seitens des Berechtigten nicht übertragbar.
- 61 Wurde Übertragbarkeit vereinbart, so ist die Übertragung zwar eine Vertragsübertragung, nicht eine blossе Forderungszession<sup>55</sup>. Jedoch ist die Mitwirkung des Belasteten nicht erforderlich. Seine Zustimmung ist mit der vorbehaltlosen Vereinbarung der Übertragbarkeit des Rechts ein für allemal erteilt<sup>56</sup>. Der von GIGER<sup>57</sup> und REY<sup>58</sup> verlangte Dreierkonsens ist abzulehnen.
- 62 Die Vertragsübertragung zwischen bisherigem und neuem Berechtigten bedarf gemäss der Vorschrift von Art. 216b Abs. 2 OR "*der gleichen Form wie die Begründung*". Dies bedeutet, dass nicht limitierte Vorkaufsrechte in einfacher Schriftform, limitierte Vorkaufsrechte im Verfahren der öffentlichen Beurkundung zu übertragen sind<sup>59</sup>. Beide Parteien müssen unterschreiben; bei öffentlicher Beurkundung müssen beide Parteien vor der Urkundsperson erscheinen.
- 63 Wurde das Vorkaufsrecht jedoch zugunsten des *jeweiligen Eigentümers eines bestimmten Grundstücks* vereinbart<sup>60</sup> und auf dem berechtigten Grundstück vorgemerkt, was zulässig ist<sup>61</sup>, so geht das Vorkaufsrecht bei einer Handänderung des berechtigten Grundstücks gemäss Basler Grundbuchpraxis trotz BGE 111 II 143 auch dann über, wenn die Handänderung nicht in öffentlicher Urkunde dokumentiert zu werden brauchte und nicht beurkundet wurde.

## 8. Untergang

- 64 Das Vorkaufsrecht geht unter durch Ausübung, bei fehlender Vormerkung auch durch Nicht-Ausübung im Vorkaufsfall und durch die Zwangsverwertung des belasteten Grundstücks, in allen Fällen ferner durch Verzicht, durch Zeitablauf, bei vereinbarter Unvererblichkeit durch den Tod des Berechtigten, bei vereinbarter Unübertragbarkeit durch

---

<sup>55</sup> So zutreffend REY (1994), S. 41 f.; BK-GIGER (1997), S. 288, N 13 ff. zu Art. 216b OR, mit Hinweis auf abweichende Auffassungen.

<sup>56</sup> So OTT (1978), S. 281. Denkbar ist jedoch, dass im Vorkaufsvertrag die Zustimmung des Belasteten zu künftigen Übertragungen ausbedungen wird, analog zur heute üblich gewordenen Vertragspraxis bei selbständigen Baurechten, wobei zweckmässigerweise im Vorkaufsvertrag ausformuliert wird, ob die Zustimmung ohne Grundangabe oder nur aus bestimmten Gründen verweigert werden darf. Eine solche Absprache kann der Vormerkbarkeit des Vorkaufsrechts nicht im Wege stehen.

<sup>57</sup> BK-GIGER (1997), S. 288, N 15 und S. 291, N 20 Art. 216b OR.

<sup>58</sup> REY (1994), S. 45.

<sup>59</sup> So STEINAUER, La nouvelle réglementation (1992), S. 6.

<sup>60</sup> Man spricht bei dieser Art der Bezeichnung der berechtigten Person von *subjektiv-dinglicher Verknüpfung*, d.h. von der Verknüpfung der subjektiven Berechtigung mit der dinglichen Eigentümerstellung.

<sup>61</sup> Vgl. BGE 71 II 158; STEINAUER II (1994), Ziff. 1723a.

den Konkurs des Berechtigten<sup>62</sup>, schliesslich in der Zwangsverwertung des belasteten Grundstücks, sofern der Doppelaufwurf gemäss Art. 104 und 56 VZG zur Löschung des vorgemerkten Vorkaufsrechts führt<sup>63</sup>.

#### a) Durch Ausübung

- 65 Durch die Ausübung erreicht das Vorkaufsrecht seinen Zweck ein für allemal. Es geht unter.
- 66 Im Gegensatz zu Dienstbarkeiten und Pfandrechten kann der Erwerber die Vormerkung nicht als Eigentümer-Belastung im Grundbuch stehen lassen und das Grundstück später mit dieser Belastung erneut veräussern; denn das Vorkaufsrecht ist kein dingliches Recht an der Sache, sondern ein vertragliches Recht gegenüber einer Person. Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts würde die gleiche Person Gläubigerin und Schuldnerin. Ein Fortbestand des Rechts und seiner grundbuchlichen Vormerkung ist schon wegen Art. 118 OR nicht denkbar.
- 67 Die grundbuchliche Vormerkung verliert mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ihre Wirkung unverzüglich und definitiv, auch wenn sie im Grundbuch nicht sogleich gelöscht wird. Die nicht gelöschte Vormerkung kann im Falle der Weiterveräusserung des Grundstücks nicht zugunsten des späteren Erwerbers mit neuem Leben erfüllt werden. Vielmehr muss ein neu bestelltes Vorkaufsrecht mit jenem Rang (im Verhältnis zu bestehenden dinglichen und vorgemerkten persönlichen Rechten) vorgemerkt werden, der ihm kraft des Datums seiner Grundbucheintragung nach dem Grundsatz der Alterspriorität zukommt.

#### b) Durch Nichtausübung im Vorkaufsfall

- 68 Das *nicht vorgemerkte* Vorkaufsrecht geht unter, wenn es im Vorkaufsfall vom Berechtigten nicht ausgeübt wird.
- 69 Da das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht nur die einmalige Ausübung bei einem bestimmten Grundstückverkauf, nämlich bei demjenigen durch den belasteten Eigentümer (oder seiner Universalsukzessoren), zum Inhalt hat, kann es nicht auf dem Wege der Schuldübernahme (Art. 175 ff. OR) durch den Käufer übernommen werden. Erklärt der Käufer im Kaufvertrag, er übernehme die Vorkaufsverpflichtung, so ist dies begrifflich als Bestellung eines neuen Vorkaufsrechts zu qualifizieren, das einen anderen als den bisherigen Vorkaufsfall zum Gegenstand hat. Die Bestellung eines neuen Vorkaufsrechts erheischt, dass der Berechtigte zustimmt. Erfolgt der Vorgang nach 1994, so kommen auf das neu bestellte Vorkaufsrecht zwingend die revidierten Gesetzesbestimmungen zur Anwendung.
- 70 Entzieht sich der Belastete dem Vorkaufsrecht, indem er das Grundstück hinter dem Rücken des Berechtigten verkauft, so behält der Berechtigte einen Schadenersatzanspruch aus Nichterfüllung des Vertrags. Hatte der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht entgeltlich erworben, so fällt als sein Schaden vorweg das seinerzeit geleistete Entgelt zuzüglich Verzugszins bis zum Datum des Vorkaufsfalles in Betracht. Beim limitierten Vorkaufsrecht

---

<sup>62</sup> Vgl. die ausführliche Darstellung der Fälle des Untergangs bei BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 294-328.

<sup>63</sup> Dieser Fall ist bei BK-MEIER-HAYOZ, a.a.O. (vgl. vorherige Fussnote) nicht erwähnt.

gehört zum Schaden ferner die Differenz zwischen Vorkaufspreis und Marktwert des Grundstücks im Zeitpunkt des Vorkaufsfalles, soweit diese Differenz das seinerzeit geleistete Entgelt übersteigt. Eine darüber hinausgehende Entschädigung unter dem Titel des Affektionswertes oder subjektiven Wertes, den das Objekt für den Berechtigten gehabt hätte, sollte nur mit Zurückhaltung, bei unentgeltlich bestellten Vorkaufsrechten nur mit äusserster Zurückhaltung zugesprochen werden. Wer es als subjektiv oder affektiv hochgradig Interessierter unterlässt, sich um den Erwerb des Grundstückes zu bemühen und den Eigentümer durch entsprechende Preisangebote zur Veräusserung zu motivieren, erbringt den Tatbeweis, dass ihm das Grundstück in Wirklichkeit doch nicht so viel wert ist. Jener subjektive Wert, um den das Vorkaufsrecht im Vermögen des Berechtigten den objektiven Marktwert des Grundstückes übersteigt, kommt typischerweise im Entgelt zum Ausdruck, das der Berechtigte für die Bestellung des Vorkaufsrechts bezahlt hat. Hat er nichts bezahlt, so muss ihm verwehrt sein, im Schadenersatzprozess einen den Marktwert übersteigenden subjektiven Wert geltend zu machen.

- 71 Das *vorgemerkte Vorkaufsrecht* geht bei Nichtausübung im Vorkaufsfall nach herrschender Lehre<sup>64</sup> und Praxis<sup>65</sup> nicht unter. Diese Lehre und Praxis, die vom Gesetzeswortlaut her nicht als zwingend geboten erscheint<sup>66</sup>, stützt sich im Wesentlichen auf die Erwägung, das vorgemerkte Vorkaufsrecht überdauere den Handwechsel des belasteten Grundstücks angesichts seiner *Rechtsnatur als Realobligation*.
- 72 Die Auffassung kann nicht überzeugen, wenn man in Betracht zieht, dass das Vorkaufsrecht im typischen Fall seine Rechtfertigung in einer *Grundbeziehung zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien* hat und aufgrund dieser Beziehung oft gefälligkeitshalber bestellt wird. Mindestens bei den aus persönlicher Verbundenheit gefälligkeitshalber bestellten Vorkaufsrechten sollte der Berechtigte seine Hand nicht weiterhin auf dem Grundstück behalten können, wenn er sich beim ersten Handwechsel nicht dazu aufrafft, selber zu investieren. Er verhält sich missbräuchlich, wenn er das Investieren andern überlässt, selber aber wie ein böser Geist latent im Spiel bleibt und jenen Käufern, die zur Investition bereit waren, bei künftigen Veräusserungen das Geschäft vermiest. Die Rechtsordnung schützt Interessen, die des Schutzes nicht wert sind, indem sie unausgeübt gebliebene Vorkaufsrechte nach dem ersten Vorkaufsfall weitergelten lässt<sup>67</sup>.

### c) Durch Verzicht

- 73 Der Vorkaufsvertrag kann, wie jeder Vertrag, durch gegenseitige Übereinkunft aufgehoben werden. Da der Belastete durch die Aufhebung nicht beschwert wird, genügt die einseitige

<sup>64</sup> Vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 345, Ziff. 30 und Anm. 63; STEINAUER II (1994), Ziff. 1747; REY (1994), S. 40); ROBERTO (1993), S. 172 ff.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 101 II 240 E. 1b; 92 II 147 ff. (156 f., E. 4); 84 II 250 E. 5.

<sup>66</sup> A.A. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 355, Ziff. 30, Anm. 63, wo ausgeführt wird, der neue Art. 216c Abs. 1 OR begründe ausdrücklich den Fortbestand des vorgemerkten Vorkaufsrechts für jede weitere Veräusserung innerhalb der Vormerkungsdauer. Nach Meinung des Verfassers ist eine solche Regel in der angeführten Gesetzesbestimmung nicht enthalten, erst recht nicht ausdrücklich.

<sup>67</sup> Die hier geübte Kritik an der herrschenden Lehre und Praxis schliesst sich an die Auffassung von PETER JÄGGI, Über das vertragliche Vorkaufsrecht, ZBGR 39 (1958), S. 65 ff. (72), wobei dieser Autor seine Auffassung seinerzeit auch auf den Wortlaut des (seit 1994 aufgehobenen) Art. 681 Abs. 3 aZGB stützen konnte ("*Das Vorkaufsrecht erlischt mit dem Ablauf eines Monats, nachdem der Berechtigte von dem Verkaufe Kenntnis erhalten hat ...*").

Verzichtserklärung seitens des Berechtigten an den Belasteten. Erfolgt die Erklärung in Bezug auf einen konkreten Vorkaufsfall und ist das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt, so ist die Verzichtserklärung ("*Ich verzichte auf das Vorkaufsrecht*") jedoch lediglich als Ausübungsverzicht im konkreten Vorkaufsfall, nicht als Verzicht auf das Stammrecht zu interpretieren. Der Verzicht auf das Stammrecht müsste unmissverständlich als solcher erklärt werden. Juristischen Laien ist die Unterscheidung zwischen Ausübungsverzicht und Rechtsverzicht nicht geläufig; aus ihrer Rechtsunkenntnis dürfen ihnen keine Nachteile erwachsen.

- 74 Rechtsgrundaussweis für die Löschung der grundbuchlichen Vormerkung ist die vom Vorkaufsberechtigten unterzeichnete Löschungsbewilligung ("*Ich ersuche das Grundbuchamt X. hiermit um Löschung der Vormerkung «Vorkaufsrecht zu Gunsten Y» auf Parzelle Nr. ...*"). Für die Löschungsbewilligung genügt einfache Schriftform, auch wenn es um die Löschung eines limitierten Vorkaufsrechts geht.

#### d) Durch Umstände in der Person des Berechtigten

- 75 Wurde im Vorkaufsvertrag das Erlöschen des Vorkaufsrechts vereinbart für den Fall bestimmter Ereignisse in der Person oder im Umfeld des Berechtigten, so erlischt das Vorkaufsrecht mit dem Eintritt des Ereignisses *von Vertrags wegen*. Das gilt namentlich bei der Absprache, wonach das Vorkaufsrecht in Abweichung von Art. 216b Abs. 1 OR nicht vererblich sein soll, ferner bei allen Absprachen, die den Bestand des Vorkaufsrechts vom Fortbestand des Grundverhältnisses abhängig machen, das der Bestellung des Vorkaufsrechts als Motiv zu Grunde lag. Man denke an Absprachen, wonach das Vorkaufsrecht erlöschen soll, wenn die berechtigte Person nicht mehr Mieterin des Vorkaufsobjektes ist, wenn die berechtigte juristische Person in andere Hände übergeht oder ihren Sitz verlegt oder ihren Betrieb, dem das Vorkaufsrecht dienen sollte, nicht weiterführt etc.
- 76 Im *Konkurs des Berechtigten* ist das durch ausdrückliche Vereinbarung übertragbar gestaltete Vorkaufsrecht ein verwertbares Aktivum. Wurde keine Übertragbarkeit vereinbart, so bleibt das Vorkaufsrecht als nicht verwertbares Aktivum dem Gemeinschuldner erhalten. Ist der Gemeinschuldner eine juristische Person, die infolge des Konkurses untergeht, so erlischt auch das nicht übertragbare Vorkaufsrecht.

#### e) Durch Umstände in der Person des Belasteten

- 77 Das *nicht vorgemerkte* Vorkaufsrecht erlischt, wenn der Belastete *infolge Singularsukzession* sein Eigentum verliert, etwa weil ihm das Grundstück zwangsrechtlich entzogen wird oder weil er es verschenkt oder in einer anderen Weise, die keinen Vorkaufsfall darstellt, darüber verfügt.
- 78 *Bestehen bleibt* das nicht vorgemerkte Recht hingegen bei einem Eigentümerwechsel *infolge Universalsukzession*, insbesondere bei der Fusion von juristischen Personen, ferner beim Erbgang (einschliesslich Erbteilung, die diesbezüglich als Element der erbrechtlichen Universalsukzession zu gelten hat) und beim sogenannten Kindskauf. In diesen Fällen geht die Vorkaufsbelastung von Erbrechts wegen auf den neuen Eigentümer über, wie irgendeine

andere passiv vererbliche Verbindlichkeit<sup>68</sup>. Im Vorkaufsvertrag kann jedoch vereinbart werden, dass das Vorkaufsrecht auch bei solchen Vorgängen erlöschen soll.

#### f) Durch Fristablauf

- 79 Das Vorkaufsrecht erlischt ohne Weiteres, wenn bis zum Ablauf der gesetzlich zulässigen Höchstdauer (Art. 216a OR) oder einer vertraglich kürzer vereinbarten Frist<sup>69</sup> kein Vorkaufsfall eintritt.
- 80 Das Vorkaufsrecht kann während seiner Geltungsdauer durch gegenseitige Vereinbarung jederzeit auf die volle gesetzlich zulässige Höchstdauer neu bestellt und unter neuem Datum<sup>70</sup> erneut vorgemerkt werden. Die ursprünglich eingegangene Verpflichtung, das Vorkaufsrecht vor Ablauf der gesetzlichen Höchstdauer zu verlängern, ist unwirksam<sup>71</sup>.
- 81 Die gesetzlichen Fristen von Art. 216a OR kommen nicht zur Anwendung auf Absprachen, die im Hinblick auf die Vertragsliquidation eines anderen, kürzerfristig kündbaren Vertrags (Gesellschaft, Gemeinderschaft etc.) getroffen werden; denn mit der ungekündigten Fortführung solcher Dauerverhältnisse bestätigen die Parteien stillschweigend vorzu die geltenden Absprachen für die künftige Vertragsliquidation, womit diesbezüglich keine Fristen laufen können. Wird also in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart, bei der Liquidation der Gesellschaft sei der Gesellschafter A befugt, ein bestimmtes Grundstück zum dannzumaligen Verkehrswert zu übernehmen, so gilt diese Befugnis auch noch nach 40 Jahren, wenn die Gesellschaft nach 40 Jahren liquidiert wird. Art. 216a OR steht dem nicht im Wege<sup>72</sup>.

## 9. Der Vorkaufsfall

### a) Begriff

- 82 Von Gesetzes wegen ist das als "*Vorkaufsrecht*" vereinbarte Recht ausübbar bei jedem Verkauf im Sinne von Art. 184 und 216 OR einschliesslich der freiwilligen privaten und öffentlichen Versteigerung<sup>73</sup> und der Zuweisung des Grundstücks an einen Dritten durch Verfügung von Todes wegen, wenn der Dritte für die Übernahme des Grundstücks eine am Marktwert orientierte Gegenleistung zu erbringen hat und wenn er das ihm zugewendete Kaufsrecht auch tatsächlich ausübt.

<sup>68</sup> Vgl. BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 110.

<sup>69</sup> Eine kürzere als die gesetzlich zulässige Befristung ist möglich und zulässig; vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 357, Ziff. 34.

<sup>70</sup> Gemäss Art. 972 ZGB; vgl. HESS, BASLER KOMMENTAR (1996), N 6 zu Art. 216a OR; STEINAUER II (1994), Ziff. 1700a.

<sup>71</sup> Vgl. HESS, BASLER KOMMENTAR (1996), N 7 zu Art. 216a OR; SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 359, Ziff. 38; STEINAUER II (1994), Ziff. 1700a.

<sup>72</sup> So auch SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 359, Ziff. 37; SCHÖBL, AJP (1992), S. 569. REY (1994), S. 44, weist zutreffend dahin, dass im Rahmen eines anderen Geschäftes die Einräumung eines limitierten Vorkaufsrechts auch *ohne öffentliche Beurkundung* gültig erfolgen kann. - A.A. HESS, BASLER KOMMENTAR (1996), N 6 zu Art. 216a OR, der postuliert, auch bei Vorkaufsrechten im Rahmen von Mietverträgen sei in allen Fällen eine feste Dauer zu vereinbaren, die 25 Jahre nicht überschreiten dürfe; MEIER (1994), S. 145, möchte die Fristen von Art. 216a OR auch auf Vorkaufsrechte im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Verhältnisse strikte anwenden.

<sup>73</sup> Vgl. BGE 63 I 30.



- 83 Der Vorkaufsfall ist von Gesetzes wegen ferner gegeben bei Rechtsgeschäften, die "*wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommen*" (Art. 216c Abs. 1 OR). Diese Vorschrift kodifiziert lediglich die vor 1994 entwickelte Lehre und Praxis<sup>74</sup>, wonach als Vorkaufsfall jedes Rechtsgeschäft gilt, bei dem der Belastete das Grundstück gegen Geld veräussert<sup>75</sup>. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang die Formulierung geprägt, für den Belasteten müsse die Realisierung des Gelderlöses, nicht die Person des Erwerbers im Vordergrund stehen<sup>76</sup>. Vorkaufsfälle sind demgemäss namentlich auch die *Hingabe des Grundstücks an Zahlungsstatt*, die *freiwillige Versteigerung*, die *Bestellung eines Baurechts zum blossen Zweck, das Vorkaufsrecht zu umgehen*, die *Ausübung eines Kaufsrechts*<sup>77</sup>.
- 84 Der vom Gesetzgeber verwendete Begriff des "*Rechtsgeschäfts, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt*",<sup>78</sup> darf nicht zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise im steuerrechtlichen Sinn führen<sup>79</sup>, namentlich also nicht zur Gleichsetzung des Verkaufs eines Grundstücks durch eine Immobiliengesellschaft mit dem Verkauf der Aktienmehrheit seitens ihres Mehrheitsaktionärs. Wenn die Parteien dem Vorkaufsberechtigten für den Fall der Handänderung der Gesellschaft eine entsprechende Option hätten gewähren wollen, so hätten sie dies von Anfang an in Gestalt eines bedingten Kaufsrechts gegenüber der Gesellschaft tun und öffentlich beurkunden müssen; eine ausdehnende Interpretation des Vorkaufsvertrags ist in diesem Falle abzulehnen. Auch ist eine Ausstrahlung der grundbuchlichen Vormerkung auf den Umgang mit Aktien schwerlich denkbar<sup>80</sup>.
- 85 *Keinen Vorkaufsfall* bilden nach dem Gesagten der Vorvertrag<sup>81</sup>, die Schenkung<sup>82</sup>, der Tausch, die Errichtung eines Baurechts, einer Nutzniessung oder eines Wohnrechts, die Bestellung eines Kaufsrechts<sup>83</sup>, die Einbringung in eine Gesellschaft, die Übertragung gegen

---

<sup>74</sup> Ein über die bestehende Praxis hinausgehender Gehalt sollte der neuen Gesetzesbestimmung richtigerweise nicht beigelegt werden; vgl. REY (1994), S. 51 ff; MEIER (1994), S. 144.

<sup>75</sup> Vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 366, Ziff. 56.

<sup>76</sup> Vgl. BGE 94 II 343 f.; 92 II 165; 89 II 446 f.; 85 II 481; 85 II 574; 70 I 151; 44 II 387.

<sup>77</sup> Vgl. die Aufzählung der dem Verkauf wirtschaftlich gleichkommender Geschäfte bei STEINAUER II (1994), Ziff. 1731a.

<sup>78</sup> Eine eindrückliche Kompilation von kontroversen Lehrmeinungen zur Frage, was der Gesetzgeber mit diesem Begriff gemeint hat, samt einer abstrakten Normanalyse findet sich bei BK-GIGER (1997), S. 293-303, N 1-22 zu Art. 216c OR.

<sup>79</sup> Die BOTSCHAFT (1988), S. 1079, redet zwar von einer "*wirtschaftlichen Betrachtungsweise*", beruft sich eigenartigerweise aber auf BGE 92 II 160 ff., wo eine solche Betrachtungsweise gerade abgelehnt wurde.

<sup>80</sup> SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 373, Ziff. 66, plädieren für einen Durchgriff durch die vorkaufsbelastete Gesellschaft im Sinne eines Kaufsrechts am Grundstück gegenüber der Gesellschaft bei der Handänderung ihrer Aktien, wenn ein *Rechtsmissbrauch* vorliegt, insbesondere wenn das Grundstück kurz zuvor in die Gesellschaft eingebracht wurde (was keinen Vorkaufsfall darstellte), damit anschliessend unter Umgehung des Vorkaufsrechts die Aktien verkauft werden können; ein solcher Durchgriff wurde in BGE 92 II 160 ff. jedoch abgelehnt. HESS, hat im BASLER KOMMENTAR (1996) seine in der 1. Auflage von 1992 (N 6 zu Art. 216c OR) vertretene Auffassung fallen lassen, wonach der Verkauf der Aktienmehrheit an einer Immobilien-AG ein Vorkaufsfall sei.

<sup>81</sup> So BGE 85 II 578; gegenteiliger Meinung MEIER-HAYOZ, Der Vorkaufsfall, ZBGR 45 (1964), S. 257 ff. (274).

<sup>82</sup> In BGE 101 II 59 hat das Bundesgericht eine gemischte Schenkung nicht als Vorkaufsfall gelten lassen; um nicht Umgehungsgeschäften den Weg zu bereiten, muss als Voraussetzung für eine solche Qualifikation aber gelten, dass eine *namhafte* Preisreduktion und eine *persönliche Beziehung* ersichtlich ist, die den Zuwendungswillen glaubhaft erscheinen lässt.

<sup>83</sup> So BGE 90 II 142; 85 II 578; abweichende Auffassungen finden sich zusammengestellt bei NOELPP (1987), S. 126.

Bestellung eines Pfrundrechts oder einer Leibrente<sup>84</sup>, ferner kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (Art. 216c Abs. 2 OR) die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung, die Zwangsverwertung<sup>85</sup> und der Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben<sup>86</sup>. - Zur vertraglichen Ausdehnung der Vorkaufsfälle über den Kreis der gesetzlichen Fälle hinaus sowie zur vertraglichen Einschränkung dieses Kreises vgl. vorn, Ziff. 44.

## b) Nichtiger oder ungültiger Vertrag

- 86 Gemäss Art. 216d Abs. 2 OR bleibt die nachträgliche Aufhebung des mit dem Dritten abgeschlossenen Verkaufs ohne Wirkung auf das vor der Aufhebung bereits ausgeübte Vorkaufsrecht. Der Vorkaufsberechtigte kann trotzdem kaufen. Als Aufhebung im Sinne dieser Bestimmung haben der Rücktritt einer Partei wegen Spät- oder Schlechterfüllung der Gegenpartei (Art. 109 OR), der Aufhebungsvertrag (Art. 115 OR) sowie die Wandelung (Art. 205 OR) zu gelten<sup>87</sup>. In diesen Fällen bleibt der Vorkaufsberechtigte befugt, die Übertragung des Eigentums an sich selber gegen Bezahlung des Kaufpreises zu verlangen.
- 87 Hingegen kann ein *nichtiges* Geschäft nicht als Vorkaufsfall gelten<sup>88</sup>. Das gleiche gilt für Geschäfte, die wegen des Vorliegens eines Anfechtungsgrundes gemäss Art. 21-29 OR oder wegen Verletzung der Steigerungsbedingungen (Art. 230 OR) oder Gläubigerbegünstigung (Art. 286 SchKG) gerichtlich angefochten und durch Urteil oder Vergleich aufgehoben werden<sup>89</sup>. Vorbehalten bleiben Abschlussmängel, die absichtlich vorgekehrt wurden, um mittels Vertragsanfechtung den Rückzug zum bisherigen Zustand offen zu halten, falls der Berechtigte ausübt; ist die Absicht, das Vorkaufsrecht zu vereiteln, beweisbar, so sind die betreffenden Abschlussmängel unbeachtlich und der Vorkaufsberechtigte kann ausüben.

---

<sup>84</sup> So BK-GIGER (1997), S. 295, N 6 zu Art. 216c OR. - In diese Kategorie gehört beim nicht limitierten Vorkaufsrecht auch der Verkauf, wenn der Käufer neben der Preiszahlung in guten Treuen (d.h. nicht zwecks Vereitelung des Vorkaufsrechts) persönliche Leistungspflichten übernimmt, die der Vorkaufsberechtigte nicht erfüllen kann; vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 368, Ziff. 58.

<sup>85</sup> Diese in Art. 216c Abs. 2 OR für die Zwangsversteigerung kodifizierte Regel gilt auch für den Freihandverkauf in der Zwangsverwertung; vgl. Art. 51 Abs. 1 VZG; BGE 126 III 93. Der Vorkaufsberechtigte kann also an der Steigerung mitbieten, nicht aber verlangen, kraft seines Vorkaufsrechts das Grundstück zum Preis des letzten Drittangebotes selber zu kaufen. Hingegen wird das vorgemerkte Vorkaufsrecht dem Erwerber überbunden. - Demgegenüber können die *gesetzlichen* Vorkaufsrechte auch bei der Zwangsverwertung ausgeübt werden, aber nur an der Steigerung selbst und zu den Bedingungen, zu welchen das Grundstück dem Erwerber zugeschlagen worden ist (Art. 681 Abs. 1 ZGB). - SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 371, Ziff. 63 kritisieren die gesetzliche Regelung des Art. 216c Abs. 2 OR vehement.

<sup>86</sup> Laut BOTSCHAFT (1988), S. 1079, geht dieser Begriff über den Tatbestand der Enteignung und des enteignungsähnlichen Geschäftes hinaus. REY (1994), S. 47 f., hält präzisierend fest, dass kein Vorkaufsfall gegeben ist, wenn das vom Gemeinwesen freihändig erworbene Grundstück unmittelbar für die Erstellung eines standortgebundenen Werkes benötigt wird; dem ist beizupflichten. REY möchte dem Gemeinwesen darüber hinausgehend die Kompetenz zugestehen, an rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechten vorbei zu erwerben, um mit dem Grundstück Realersatz bei der Erstellung eines öffentlichen Werkes leisten zu können. Damit wird der Begriff der Erfüllung öffentlicher Aufgaben jedenfalls dann überdehnt, wenn das betreffende Gemeinwesen im Finanzvermögen bereits über Grundbesitz verfügt, der zur Leistung des geschuldeten Realersatzes herangezogen werden könnte, oder wenn entsprechende Grundstücke auf dem freien Markt anderswo käuflich sind.

<sup>87</sup> Wohl allzu eng möchte MEIER (1994), S. 143, den Begriff der Vertragsaufhebung gemäss Art. 216d Abs. 2 OR auf den Aufhebungsvertrag gemäss Art. 115 OR einschränken.

<sup>88</sup> Vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 367, Ziff. 57 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung vor 1994.

<sup>89</sup> So SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 367, Ziff. 57 mit Hinweisen; STEINAUER II (1994), Ziff. 1731d.

- 88 Abzulehnen ist der Gedanke von GIGER<sup>90</sup>, der Vorkaufsberechtigte könne tendenziell immer dann ausüben, wenn der Belastete beim Abschluss des wegen eines Abschlussmangels dahingefallenen Erstvertrags den *ernsthafte Willen zur Veräusserung* gehabt habe. GIGER erkennt im Rahmen seiner normologischen Analyse, dass privater Grundbesitz häufig mit Emotionen belegt ist, die es für den vorkaufsbelasteten Eigentümer wichtiger machen, *an wen* er verkauft als zu welchem Preis er dies tut. Demgemäss gibt es typischerweise nicht einen abstrakten Verkaufswillen, sondern viel eher den konkreten Willen, so und nicht anders an den und nicht an jene zu verkaufen. Diese Konstellation verbietet es, beim Dahinfallen des Erstvertrags stereotyp dem Vorkaufsrecht zur Durchsetzung zu verhelfen mit der Begründung, der belastete Eigentümer habe sowieso verkaufen wollen.

### c) Bedingter Vertrag

- 89 Die Gesetzesrevision von 1994 regelt die Frage der bedingten Geschäfte nicht, so dass diesbezüglich die vor 1994 ergangene Lehre und Judikatur weiterhin massgebend bleibt.
- 90 Gemäss BGE 85 II 676 ist der bedingte Vertrag ein Vorkaufsfall, wenn die Bedingung von Umständen ausserhalb des Einflussbereichs der Parteien abhängt (Zufalls- oder kauselle Bedingung)<sup>91</sup>. Übt der Vorkaufsberechtigte sein Recht aus, so gilt die Bedingung auch für seinen Vertrag mit dem Veräusserer. Tritt die Bedingung nicht ein, so bleibt das Grundeigentum beim bisherigen Eigentümer, der weiterhin mit der Vorkaufsverpflichtung belastet bleibt.
- 91 Der bedingt abgeschlossene Verkauf ist dagegen dann kein Vorkaufsfall, wenn der Bedingungseintritt vom Willen der Parteien abhängt (Potestativbedingung), wie dies etwa bei der Einräumung eines Kaufsrechts der Fall ist.
- 92 Demgemäss bildet auch die Einräumung eines Kaufsrechts keinen Vorkaufsfall<sup>92</sup>, jedoch dessen Ausübung, sofern sie innerhalb der Geltungsdauer des Vorkaufsrechts erfolgt. Bestellt der Vorkaufsbelastete dem Dritten während der Vorkaufsdauer ein Kaufsrecht, das erst nachher ausübbar sein soll, so ist dies zulässig und wirksam; eine Umgehung des Vorkaufsrechts liegt nicht vor.
- 93 Die Bedingung, der Kaufvertrag solle dahinfallen, falls der Vorkaufsberechtigte sein Recht ausübt, ist wirkungslos<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Vgl. BK-GIGER (1997), S. 320, N 30 zu Art. 216d OR.

<sup>91</sup> Vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 368, Ziff. 59.

<sup>92</sup> Vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 372, Ziff. 65.

<sup>93</sup> Im deutschen Recht ist diese Regel in § 506 BGB ausdrücklich kodifiziert. - SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 369, Ziff. 60, leiten aus BGE 49 II 203 ff. eine gegenteilige Auffassung ab, wonach die betreffende Bedingung den Verbleib des Grundeigentums beim belasteten Eigentümer unter bestimmten Umständen zu bewirken vermöge. So befriedigend dies unter Billigkeitsgesichtspunkten wäre, ist dem besagten Präjudiz aus dem Jahre 1923 dennoch keine solche Rechtsmeinung zu entnehmen. In jenem Prozess stand das gesetzliche Vorkaufsrecht zwischen Miteigentümerinnen, zwei verfeindeten Schwestern, zur Beurteilung. Die eine Schwester hatte ihre Miteigentumshälfte an den Schwiegervater, der zugleich Pächter des Grundstücks war, verkaufen wollen unter der Bedingung, dass die Schwester von ihrem Vorkaufsrecht keinen Gebrauch mache. Im Prozess obsiegte die Vorkaufsberechtigte in allen drei Instanzen. Die höchstrichterlichen *obiter dicta* zur Frage, was die im Prozess unterlegene Verkäuferin hätte vorkehren müssen, um den Verkauf an ihre Schwester zu verhindern, sind unklar und am ehesten dahingehend zu deuten, wer als Belasteter lieber gar nicht als an die Vorkaufsberechtigte verkaufe, müsse die Sachlage eben *vor* dem Vertragsschluss in geeigneter Weise klären.

- 94 SIMONIUS/SUTTER<sup>94</sup> postulieren, es sei die Pflicht des Vorkaufsbelasteten, das Eintrittsrecht des Vorkaufsberechtigten *in den Vertrag mit dem Drittkäufer aufzunehmen*. Etwas Derartiges kann jedoch beim vorgemerkten Vorkaufsrecht nicht verlangt werden, weil sich der Bestand des Vorkaufsrechts bereits aus dem Grundbuch ergibt. Beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht ist die frühzeitige Aufklärung des Drittkäufers nach Treu und Glauben zwar geboten, eine ausdrückliche Erwähnung der erfolgten Aufklärung im Vertrag aber kaum erforderlich und jedenfalls nicht beurkundungsbedürftig. Kein Kraut ist dagegen gewachsen, dass der Verkaufswillige, der durch ein nicht vorgemerktes Vorkaufsrecht belastet ist, den diversen Kaufsinteressenten diesen Umstand so lange als möglich verschweigt und mit der entsprechenden Aufklärung erst daherkommt, wenn alle Bemühungen, den Vorkaufsberechtigten zum Verzicht zu bewegen, erfolglos geblieben sind. Eine Schadenersatzpflicht gegenüber den unter solchen Umständen am Vertragsschluss nicht weiterhin interessierten Dritten aus *culpa in contrahendo* ist theoretisch zwar gegeben, wird den belasteten Grundeigentümer aber nicht sonderlich beeindrucken.

#### d) Ausübung eines gesetzlichen (vorrangigen) Vorkaufsrechts

- 95 Gemäss Art. 681 Abs. 3 ZGB kann das vertragliche Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden, wenn gleichzeitig ein gesetzliches Vorkaufsrecht aufgrund eines Miteigentümer- oder Bauverhältnisses oder aus einem solchen des BGBB erhoben wird<sup>95</sup>.

#### e) Bewilligungspflichtiger Vertrag

- 96 Art. 216d Abs. 2 OR bestimmt, dass die Vorkaufsverpflichtung auch dann zu erfüllen ist, wenn eine für das Geschäft erforderliche *Bewilligung* aus Gründen verweigert wird, die in der Person des Drittkäufers liegen. Diese Regel leuchtet ein und schiebt jenen Machenschaften einen Riegel, bei denen der Drittkäufer zur Vereitelung des Vorkaufsrechts Sand ins Getriebe des Bewilligungsverfahrens streut.

### 10. Das Verfahren im Vorkaufsfall

#### a) Mitteilung des Vorkaufsfalles an den Berechtigten

##### aa) Zeitpunkt

- 97 Gemäss Art. 216d Abs. 1 OR muss der Vorkaufsbelastete den Berechtigten über den erfolgten Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags in Kenntnis setzen. Nicht erst die Grundbuchanmeldung, sondern schon der Vertragsschluss mit dem Dritten löst die Mitteilungspflicht aus.

##### bb) Mitteilungspflichtige Personen

- 98 Mitteilungspflichtig ist ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses der vorkaufsbelastete *Verkäufer*, ferner ab Grundbuchanmeldung auch der *Grundbuchverwalter*<sup>96</sup>, sofern ihm nicht

<sup>94</sup> SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 354, Ziff. 25.

<sup>95</sup> So REY (1994), S. 46

nachgewiesen wird, dass die Veräusserung dem Vorkaufsberechtigten in gebührender Weise angezeigt wurde (Art. 969 Abs. 1 ZGB).

- 99 Die *instrumentierende Urkundsperson* ist nicht mitteilungsspflichtig<sup>97</sup> und ohne Ermächtigung seitens des Vorkaufsbelasteten auch nicht mitteilungsberechtigt. Hingegen obliegt ihr die Belehrung der Parteien über die rechtliche Bedeutung des Vorkaufsrechts. Zu dieser Belehrung gehört die Aufforderung an den Verkäufer, die ihm vom Gesetz auferlegte Mitteilung an den Vorkaufsberechtigten unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, zu machen.
- 100 Diese Regelung ist sachgemäss, da die Mitteilung an den Vorkaufsberechtigten oft mit Verhandlungen einhergeht, die darauf abzielen, den Berechtigten von der Ausübung abzuhalten, eventuell gegen eine Geldzahlung oder gegen die Einräumung anderer Vorteile. Es wäre eine Verletzung der notariellen Unparteilichkeitspflicht, im Interesse einzelner Beteiligter Verhandlungen gegen andere Beteiligte zu führen, auch wenn diese anderen Beteiligten nicht am Beurkundungsverfahren teilnehmen.

#### cc) Mitteilungsempfänger

- 101 Die Mitteilung muss dem Vorkaufsberechtigten zukommen. Sind mehrere Berechtigte vorhanden, so ist die Mitteilung an alle einzeln zu richten, es sei denn, im Vorkaufsvertrag sei eine bestimmte Person zur Entgegennahme der Mitteilung mit Wirkung für alle Berechtigten bezeichnet worden oder eine solche Ermächtigung ergebe sich von Gesetzes wegen (BGE 92 II 152). So genügt es, bei einer vorkaufsberechtigten *Erbengemeinschaft* die Mitteilung an einen einzigen Erben (zuhanden der Erbengemeinschaft) zu richten<sup>98</sup>, bei einer *Kollektivgesellschaft* an einen einzigen Gesellschafter zuhanden der Gesellschaft<sup>99</sup>.

#### dd) Form und Inhalt

- 102 Die Mitteilung ist an keine Form gebunden. Aus Beweisgründen empfiehlt sich der eingeschriebene Brief. Zweckmässigerweise wird im Vorkaufsvertrag festgelegt, dass der Vorkaufsberechtigte Anspruch auf eine vollständige Kopie des mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrags hat<sup>100</sup>.
- 103 Beim *unlimitierten Vorkaufsrecht* muss die Mitteilung die Tatsache des erfolgten Verkaufs sowie alle wesentlichen Vertragsinhalte umfassen, nicht nur die "wesentlichen Punkte" im Sinne von Art. 2 OR, sondern alles, was für den Entschluss des Vorkaufsberechtigten objektiv und subjektiv wesentlich sein kann<sup>101</sup>. Zweckmässigerweise übermittelt der Verkäu-

---

<sup>96</sup> Die Anzeigepflicht des Grundbuchverwalters unterscheidet sich von der Mitteilungspflicht des Verkäufers insofern, als der Verkäufer beim nicht limitierten Vorkaufsrecht über den gesamten Vertragsinhalt informieren muss, wogegen der Grundbuchverwalter bloss über die erfolgte Verfügung als solche zu informieren hat und auch dies nur beim vorgemerkten Vorkaufsrecht; vgl. BOTSCHAFT (1988), S. 1080; MEIER (1994), S. 142; REY (1994), S. 39, 57 f.

<sup>97</sup> Vgl. STEINAUER, La nouvelle réglementation (1992), S. 7.

<sup>98</sup> Vgl. BGE 73 II 170.

<sup>99</sup> Vgl. DORIS BINZ-GEHRING (1975), S. 174 f.

<sup>100</sup> Vgl. diese Empfehlung bei WISSMANN (1989), S. 497, Ziff. 1478.

<sup>101</sup> Vgl. BGE 83 II 520.

fer dem Vorkaufsberechtigten eine vollständige Fotokopie des abgeschlossenen Kaufvertrags.

- 104 Beim *limitierten Vorkaufsrecht* müssen nur die Tatsache des Verkaufs sowie jene Vertragsinhalte mitgeteilt werden, die nicht bereits im Vorkaufsvertrag geregelt sind.
- 105 Hat der Vorkaufsberechtigte in Kenntnis des gesamten Vertragsinhaltes schon vor dem Vertragsschluss seinen schriftlichen *Ausübungsverzicht* erklärt, so ist eine erneute Mitteilung nach erfolgtem Vertragsschluss entbehrlich. Hat sich der Vorkaufsberechtigte *vorgängig für die Ausübung* ausgesprochen, so ist nach erfolgtem Vertragsschluss die schriftliche Bestätigung dieser Erklärung zu verlangen; denn bezüglich eines noch nicht abgeschlossenen Kaufvertrags kann das Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt werden<sup>102</sup>.

### ee) Wirkung

- 106 Sobald der Vorkaufsberechtigte vom erfolgten Verkauf und den im Sinne des hievor Gesagten wesentlichen Vertragsinhalten eine sichere Kenntnis hat, ist er zur Ausübung des Vorkaufsrechts befugt. Gleichzeitig beginnt für ihn die Ausübungsfrist zu laufen.

### ff) Folgen der Unterlassung

- 107 Kommt der Vorkaufsverpflichtete seiner Mitteilungspflicht nicht gehörig nach, so kann er bei Verschulden gegenüber dem Berechtigten nach Art. 97 ff. OR schadenersatzpflichtig werden.

## b) Ausübung des Vorkaufsrechts

### aa) Ausübungsfrist

- 108 Die Ausübungsfrist beträgt drei Monate (Art. 216e OR). Gemäss Marginale handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, was wohl bedeuten soll, dass die für den Stillstand und die Unterbrechung der Verjährung geltenden Bestimmungen von Art. 134 ff. OR unbeachtlich sind und dass die Frist nicht durch Parteiabrede verlängert werden kann<sup>103</sup>. Den Parteien ist aber freigestellt, im Vorkaufsvertrag eine kürzere Frist zu vereinbaren<sup>104</sup>. Die Verkürzung der Frist erleichtert die Situation des Belasteten, macht das Vorkaufsrecht also nicht zu einem limitierten Vorkaufsrecht.

---

<sup>102</sup> A.A. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 365, Ziff. 53, die bei der antizipierten Ausübung postulieren, dass der Belastete den Vorkaufsberechtigten auffordern kann, anstelle des Dritten unmittelbar selber den Kaufvertrag zu unterschreiben, und der den Berechtigten im Falle seiner Weigerung beim Ausübungsverzicht für das betreffende Geschäft behaften kann. Dem kann nicht gefolgt werden. Auch die antizipierte Ausübungserklärung erfolgt unter dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt, dass der Drittkäufer den Tatbeweis seines Kaufwillens zu den mitgeteilten Konditionen erbringen wird. Solange dieser Tatbeweis nicht erbracht ist, bedeutet das Zuwarten des Vorkaufsberechtigten nicht den Verzicht auf die Rechtsausübung.

<sup>103</sup> So PFÄFFLI (1992), S. 458; a.A. HESS, BASLER KOMMENTAR (1996), N 2 zu Art. 216e OR, der die gesetzliche Dreimonatsfrist für vertraglich verlängerbar betrachtet.

<sup>104</sup> Vgl. BOTSCHAFT (1988), S. 1081; REY (1994), S. 59; MEIER (1994), S. 141, weist zutreffend darauf hin, dass eine dreimonatige Schwebezeit für den Belasteten viel zu lang sein kann.

- 109 Da der Gesetzgeber nur die dreimonatige Ausübungsfrist angeordnet hat, gelten für den Rechtsverlust des *nicht benachrichtigten Berechtigten* in zeitlicher Hinsicht die allgemeinen Regeln. In der BOTSCHAFT<sup>105</sup> wird vorgeschlagen, diesbezüglich die *zehnjährige Verjährungsfrist* gemäss Art. 127 OR zur Anwendung zu bringen. REY<sup>106</sup> weist zutreffend darauf hin, dass die Regelungen über die Verjährung von Forderungen kaum geeignet sind, den vorliegenden Sachverhalt zu erfassen. REY schlägt stattdessen eine analoge Anwendung der zweijährigen absoluten Frist vor, die gemäss Art. 681a Abs. 2 ZGB für die gesetzlichen Vorkaufsrechte gilt und ab dem Datum des Grundbucheintrags des Vorkaufsfalles läuft.
- 110 Aber auch eine solche Frist kann mangels einer gesetzlichen Grundlage kaum generell-abstrakt eingeführt werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Gesetz *keine absolute Befristung* enthält. Ob ein Vorkaufsrecht nach Jahr und Tag noch ausgeübt werden kann, ist demgemäss aufgrund der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, wobei im Lichte des Rechtsmissbrauchsverbots namentlich von Bedeutung sein wird, ob und inwiefern es der Vorkaufsberechtigte, der ehemalige Belastete oder der heutige Eigentümer zu vertreten haben, dass die Mitteilung über den Vorkaufsfall dem Berechtigten nicht rechtzeitig zugegangen ist.

#### bb) Fristbeginn

- 111 Die Ausübungsfrist beginnt von dem Tage an zu laufen, an dem der Berechtigte eine sichere Kenntnis vom erfolgten Verkauf und von den Vertragsinhalten empfangen hat, die für seinen Ausübungsentschluss wesentlich sein können.
- 112 Unbeachtlich ist, von wem und auf welchem Weg der Vorkaufsberechtigte benachrichtigt wurde und ob die Mitteilung gemäss den Modalitäten erfolgt ist, die allenfalls im Vorkaufsvertrag vorgesehen waren<sup>107</sup>. Jedoch obliegt der Beweis für die erfolgte Mitteilung und deren Datum dem Vorkaufsbelasteten bzw. dem Drittkäufer, wenn sich diese Personen später auf die Verwirkung der Ausübungsfrist berufen möchten.
- 113 Erfährt der Vorkaufsberechtigte vom erfolgten Verkauf erst durch den Grundbuchverwalter, so beginnt die Dreimonatsfrist mit dem Erhalt der Anzeige zu laufen. Unbeachtlich ist, ob und wann sich der Vorkaufsberechtigte Einsicht in den einschlägigen Grundbuchbeleg (Kaufvertrag) verschafft<sup>108</sup>.

#### cc) Fristwahrung

- 114 Die Ausübungsfrist ist gewahrt, wenn die Ausübungserklärung dem richtigen Adressaten am letzten Tage der Frist *zugegangen* ist<sup>109</sup>. Der letzte Tag der Frist berechnet sich gemäss Art. 77 und 78 OR.

---

<sup>105</sup> BOTSCHAFT (1988), S. 1082.

<sup>106</sup> REY (1994), S. 57 f.

<sup>107</sup> So BGE 83 II 517; SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 363, Ziff. 49.

<sup>108</sup> Vgl. BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 203.

<sup>109</sup> Vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 364, Ziff. 51.

### dd) Ausübungserklärung

- 115 Nur die *bedingungslose und vorbehaltlose* Ausübungserklärung ist rechtswirksam. Andernfalls liegt eine blosser Voranzeige bzw. Meinungsäusserung ohne Rechtswirkungen vor<sup>110</sup>. Die Ausübungserklärung kann weder befristet<sup>111</sup> noch widerrufen<sup>112</sup> werden.
- 116 Das Gesetz enthält *keine Formvorschrift* für die Ausübungserklärung. Somit kann sie schriftlich oder mündlich erfolgen<sup>113</sup>. Aus zwei Gründen sollte unter den Parteien *Schriftlichkeit vereinbart* werden. Erstens vorsichtshalber, um den Tag der Abgabe der Erklärung festzuhalten und zweitens, weil dem Grundbuchamt mit der Anmeldung der Eigentumsübertragung des Vorkaufsobjektes auf den Vorkaufsberechtigten ohnehin eine schriftliche Ausübungserklärung (Eintrittserklärung) als Rechtsgrundaussweis einzureichen ist (Art. 965 ZGB; Art. 13 GBV). Würde während der dreimonatigen Ausübungsfrist nur mündlich ausgeübt und diese Erklärung erst später schriftlich bestätigt, so entstünden Beweisprobleme zwischen den Beteiligten und gegenüber dem Grundbuchamt zur Frage, ob ein Vorkaufsrecht fristgerecht und gültig ausgeübt wurde, oder ob stattdessen ein Erwerb aufgrund neuer vertraglicher Abmachungen anzunehmen ist - was mit erheblichen zusätzlichen Kosten und Unsicherheiten für alle Beteiligten verbunden wäre. Kann der Beweis der fristgerechten mündlichen Ausübungserklärung gegenüber dem Grundbuchamt erbracht werden, so kann dieses allerdings nicht auf der Beibringung einer schriftlichen Ausübungserklärung insistieren, die von einem Tag während der Ausübungsfrist datiert ist.
- 117 Die Ausübungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und entfaltet ihre Rechtswirkung nur, wenn sie gegenüber der richtigen Person abgegeben wird. Der richtige Adressat ist beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht allemal der Verkäufer, beim vorgemerkten Vorkaufsrecht der im Grundbuch eingetragene Eigentümer, was der Verkäufer oder, bei rascher Grundbuchanmeldung des Geschäftes, auch bereits der Käufer sein kann (Art. 216e OR)<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> Vgl. STEINAUER II (1994), Ziff. 1736; BGE 91 II 245 und 85 II 245. - BGE 92 II 147 lässt immerhin zu, dass der Vorkaufsberechtigte Bedingungen bezüglich der Auslegung des mit dem Drittkäufer geschlossenen Vertrags formuliert. Ferner darf gemäss allgemeinen Grundsätzen die Ausübung eines Gestaltungsrechts mit solchen Bedingungen verbunden werden, deren Erfüllung oder Kenntnis im Willen oder Wissen des Erklärungsempfängers liegt, so dass für ihn keine Unsicherheit entsteht; vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (1998), N 4117; BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 226; A. VON TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (1974), S. 262 f. - Solche Bedingungen sind im Vorkaufsfall jedoch kaum denkbar. Jene Bedingungen, an denen der Ausübende ein praktisches Interesse haben könnte (etwa: dass die Liegenschaft baulich in einwandfreiem Zustand ist oder dass im Erdreich keine Bodenverschmutzungen vorhanden sind; dass keine öffentlichrechtlichen Lasten und Beschränkungen bestehen, die aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sind; dass es gelingt, bestimmte Dienstbarkeiten abzulösen oder Mieter aus dem Objekt zu entfernen; dass der Ausübende die Finanzierung arrangieren kann etc.) schaffen für den Verkäufer unzumutbare Unsicherheiten und machen die Ausübungserklärung unwirksam. Im Gegensatz zu einem Käufer, der seine Bedenken in Form von Bedingungen und Gewährleistungsklauseln in den Kaufvertrag einbringen kann, steht der Vorkaufsberechtigte in der Situation des *take it or leave it*.

<sup>111</sup> So STEINAUER II (1994), Ziff. 1736.

<sup>112</sup> Zulässig ist die Rückgängigmachung durch *contrarius actus*, d.h. durch einen zweiseitigen Aufhebungsvertrag mit der Gegenpartei. In diesem Fall entfaltet der mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag wieder seine volle Wirkung; vgl. BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 238.

<sup>113</sup> So BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 277; kritisch OTT (1978), S. 266.

<sup>114</sup> Vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 360, Ziff. 41.



### ee) Ausübungsverzichtserklärung

- 118 Der Vorkaufsberechtigte kann durch ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten im Hinblick auf ein bestimmtes Geschäft auf die Ausübung des Vorkaufsrechts verzichten. Öffentliche Beurkundung ist nicht erforderlich. Der Ausübungsverzicht ist ein rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht bezüglich jenes Geschäftes, auf das sich die Erklärung bezieht<sup>115</sup>. Schliesst der Belastete den Verkauf mit dem Dritten später zu anderen Bedingungen ab, so ist der Ausübungsverzicht unwirksam. Verzichtete der Berechtigte aus einem nicht limitierten Vorkaufsrecht also im Voraus, weil ihm der mitgeteilte Preis oder andere Vertragskonditionen unattraktiv erschienen, so ist er gut beraten, später zu kontrollieren, ob der mit dem Dritten in Aussicht gestellte Kaufvertrag auch tatsächlich zu den mitgeteilten Konditionen beurkundet wurde.

### c) Wirkung der rechtsgültigen Ausübungserklärung

#### aa) Rechtsverhältnis zwischen Vorkaufsberechtigtem und belastetem (bisherigem) Eigentümer

- 119 Mit der Ausübungserklärung entsteht die Verpflichtung des belasteten Grundeigentümers, das Grundstück an den Vorkaufsberechtigten zu verkaufen, ferner die Verpflichtung des Vorkaufsberechtigten, den Kaufpreis an den belasteten (bisherigen) Grundeigentümer zu bezahlen. Der Inhalt der beidseitigen Leistungen bestimmt sich nach dem mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrag, soweit nicht der Vorkaufsvertrag abweichende Absprachen enthält<sup>116</sup>.
- 120 Wurde im Vorkaufsvertrag der wesentliche Inhalt des Grundstückskaufs mit ortsüblicher Vollständigkeit ausformuliert, so hat der Vorkaufsvertrag als abschliessende vertragliche Regelung zu gelten. Allfällige Lücken sind in diesem Falle aufgrund des dispositiven Gesetzesrechts und den allgemeinen Prinzipien für die Auslegung und Anwendung von Verträgen zu schliessen, nicht unter Rückgriff auf die Bestimmungen des möglicherweise ganz anders konzipierten Vertrags mit dem Drittkäufer.
- 121 Die Ausübung ist auch möglich, wenn der Belastete nach Abschluss des Kaufvertrags mit dem Dritten in Konkurs fiel oder wenn das Grundstück nachträglich verarrestiert oder gepfändet wurde. Nur ist beim nicht vorgemerkten Vorkaufsrecht in diesem Falle der Vollzug, d.h. die Eigentumsübertragung am Grundstück im Austausch gegen den Preis, von der Zustimmung der Konkursorgane bzw. der Arrest- oder Pfändungsgläubiger abhängig. Beim vorgemerkten Vorkaufsrecht hat das Recht des Vorkaufsberechtigten Vorrang gegenüber dem Konkurs-, Arrest- oder Pfändungsbeschlagnahme und kann ohne Zustimmung der Gläubiger durchgesetzt werden<sup>117</sup>. Beizufügen ist, dass die Zwangsverwertung als solche keinen Vorkaufsfall bildet; vgl. Ziff. 85.

---

<sup>115</sup> So SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 365, Ziff. 54, die zutreffend darauf hinweisen, dass die sich für gesetzliche Vorkaufsrechte aus Art. 681b Abs. 2 ZGB ergebende Nichtigkeit einer antizipierten Verzichtserklärung unbillige Härten zur Folge haben kann.

<sup>116</sup> Vgl. BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 239.

<sup>117</sup> So SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 362, Ziff. 47.

## bb) Rechtsverhältnis zum Drittkäufer

- 122 Beim *nicht vorgemerkten* Vorkaufsrecht erwirbt der Drittkäufer endgültig das Eigentum, sobald er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, unabhängig davon, ob sein vorkaufsbelasteter Rechtsvorgänger dadurch vertragliche Pflichten gegenüber dem Vorkaufsberechtigten verletzt hat, unabhängig auch davon, ob der Drittkäufer vom Bestehen des Vorkaufsrechts und der Vertragsverletzung seines Rechtsvorgängers Kenntnis hatte. Eine solche Vertragsverletzung führt zur Schadenersatzpflicht des Verkäufers, beschlägt aber nicht den Eigentumserwerb des Dritterwerbers.
- 123 Beim *vorgemerkten* Vorkaufsrecht bringt die Ausübung des Vorkaufsrechts den Anspruch des Drittkäufers auf Eigentumsverschaffung gegenüber dem vorkaufsbelasteten Veräusserer zum Erlöschen. Desgleichen entfällt seine Kaufpreisschuld diesem gegenüber. Ein bereits erfolgter Grundbucheintrag (Hauptbucheintrag) erweist sich infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts als ungerechtfertigt und ist zu ändern<sup>118</sup>. Ein bereits bezahlter Kaufpreis ist vom Veräusserer von Vertrags wegen (nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung) an den Dritterwerber zurückzuerstatten; denn das Vertragsverhältnis mit dem Dritterwerber wird durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht insgesamt beseitigt<sup>119</sup>.
- 124 Wie immer man die Rechtsbeziehungen im Dreiecksverhältnis zwischen den Vorkaufsparteien und dem Dritterwerber dogmatisch deuten will, so ist allemal zu fordern, dass der Dritterwerber nicht zum Verkäufer gegenüber dem Vorkaufsberechtigten wird, dass er diesem gegenüber also weder in die Pflicht zur Verschaffung von Grundeigentum noch in irgendwelche Gewährleistungspflichten oder andere Nebenpflichten hineinwächst. Das Geschäft zwischen den Vorkaufsparteien geht am Dritterwerber insgesamt vorbei und berührt ihn nicht<sup>120</sup>. Auch in handänderungssteuerlicher Hinsicht wäre es unangemessen, eine zweimalige Handänderung vom Vorkaufsbelasteten auf den Dritterwerber und von diesem an den Vorkaufsberechtigten anzunehmen. Der Vorkaufsberechtigte erwirbt allemal direkt vom Vorkaufsbelasteten und schuldet ausschliesslich diesem den Kaufpreis, auch wenn der Dritterwerber vorübergehend im Grundbuch eingetragen war<sup>121</sup>.
- 125 Beim Vorkaufsrecht wächst der Drittkäufer also kraft Vormerkung in die doppelte realobligatorische Verpflichtung hinein, (a) im Falle des voreiligen Eintrags seines Eigentums, d.h. wenn der Vorkaufsberechtigte nachträglich doch noch sein Recht ausübt, zu *dulden*, dass sein Name im Grundbuch wieder gelöscht wird, und zwar ohne Kaufpreis- oder Schadener-

---

<sup>118</sup> Gemäss STEINAUER II (1994), Ziff. 1743 soll im Prozessfall die Grundbuchberichtigungsklage, aber auch die Leistungsklage gemäss Art. 665 ZGB möglich sein. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 376, Ziff. 76, weisen zutreffend darauf hin, dass der Vorkaufsberechtigte nicht einfach vom eingetragenen Dritterwerber vindizieren kann, denn der Vorkaufsberechtigte hat in der erwähnten Konstellation noch kein Eigentum erworben. Vielmehr erwirbt der Vorkaufsberechtigte auch in dieser Konstellation das Eigentum vom Vorkaufsbelasteten, d.h. vom Rechtsvorgänger des mittlerweile eingetragenen Dritten.

<sup>119</sup> So WISSMANN (1989), S. 502, Ziff. 1496; BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 236 ff.; BGE 83 II 16.

<sup>120</sup> So zutreffend SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 376, Ziff. 76: "In der Rückschau ist der Dritte so zu behandeln, wie wenn er nie Eigentümer der Liegenschaft gewesen wäre."

<sup>121</sup> So SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 376, Ziff. 76; a.A. BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 255-277 (Dritterwerber als Verkäufer infolge des realobligatorischen Charakters des vorgemerkten Vorkaufsrechts), mit einem Überblick über weitere Auffassungen (Theorien vom eo-ipso-Erwerb, von der Verdinglichung des Vorkaufsrechts und vom bedingten Eigentumserwerb durch den Drittkäufer) mit harscher Kritik an der Basler Praxis, die den Hauptbucheintrag des Dritterwerbers erst vornimmt, nachdem feststeht, dass das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt wird. - Vgl. zum ganzen Problembereich auch die ausführliche Diskussion bei BK-GIGER (1997), S. 97 ff., N 155 ff. zu Art. 216 aOR, mit Ansätzen zu einer eigenen Stellungnahme in Ziff. 163.

satzanspruch gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, und (b) bei unangefochtenem Erwerb *im Falle eines künftigen Verkaufs an einen Vierten* selber die vorkaufsvertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Vorkaufsberechtigten zu erfüllen.

- 126 Muss der Anspruch des Vorkaufsberechtigten auf dem Klageweg durchgesetzt werden, so sind richtigerweise der Vorkaufsbelastete als vertraglich Verpflichteter und der bereits im Grundbuch eingetragene Drittkäufer als zu Unrecht Eingetragener gemeinsam ins Recht zu fassen und es ist zu beantragen, (a) der *Beklagte 1 sei zur Leistung (Eigentumsverschaffung) an die Klägerin zu verurteilen, Zug um Zug gegen Bezahlung des Vorkaufspreises seitens der Klägerin an den Beklagten 1*, und (b) es sei *der Eigentumseintrag des Beklagten 2 im Grundbuch zu löschen*. Zweckmässig ist das zusätzliche Begehren (c), es sei das zuständige *Grundbuchamt richterlich anzuweisen, die Klägerin als neue Eigentümerin einzutragen gegen Nachweis der erfolgten Bezahlung an den Beklagten 1*. Diese Formulierung der Klagebegehren lässt die Rechtsnatur des Anspruchs gegenüber dem Beklagten 2 offen; richtigerweise wird dieser Anspruch als Gestaltungs-, nicht als blosser Feststellungsanspruch verstanden. Mit der Löschung des Beklagten 2 im Grundbuch wird nach der hier vertretenen Auffassung das Eigentum des Beklagten 1 für die Dauer jenes Augenblicks wiederhergestellt (jedoch nicht nochmals im Grundbuch eingetragen), der der gerichtlich durchgesetzten Erfüllung der Leistungspflicht des Beklagten 1 gegenüber der Klägerin unmittelbar vorausgeht.

### cc) Auswirkungen auf beschränkte dingliche und andere Rechte am Vorkaufsobjekt

- 127 Beim *nicht vorgemerkten* Vorkaufsrecht muss sich der Vorkaufsberechtigte *alle Lasten* entgegenhalten lassen, die vor seinem Eigentumserwerb begründet wurden. Der Vorkaufsbelastete ist unter Umständen schadenersatzpflichtig, insbesondere, wenn er als Gegenleistung für die Bestellung des Vorkaufsrechts eine namhafte Zahlung entgegengenommen hatte<sup>122</sup>.
- 128 Beim *vorgemerkten limitierten* Vorkaufsrecht gilt der Vorkaufsberechtigte nach herrschender Lehre als befugt, die während der Vormerkungsdauer ohne seine Zustimmung auf das Grundstück gelegten Rechte und Lasten auf dem Wege der Grundbuchberichtigung (Art. 975 ZGB) beseitigen zu lassen; er habe Anspruch darauf, das Objekt in jenem rechtlichen Zustand anzutreten, in dem es sich im Zeitpunkt der Vormerkung befunden hat<sup>123</sup>. Dem kann beigespflichtet werden, allerdings unter Vorbehalt. In Anlehnung an GIGER<sup>124</sup> ist zu fordern, dass der Vorkaufsberechtigte nur solche Änderungen am rechtlichen Zustand des Objektes beseitigen kann, *bei deren Kenntnis er den Vorkaufsvertrag nicht abgeschlossen hätte*. Wurde das Vorkaufsrecht unentgeltlich eingeräumt, so ergibt sich aus GIGERS Formel, dass der Vorkaufsberechtigte nicht befugt ist, nachträglich ergangene Belastungen beseitigen zu lassen.

<sup>122</sup> Vgl. BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 284.

<sup>123</sup> Vgl. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 354, Ziff. 26 und S. 375, Ziff. 72; STEINAUER II (1994), Ziff. 1727, 2. Absatz; BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 285 ff.

<sup>124</sup> BK-GIGER (1997), S. 105, N 164 zu Art. 216 aOR.

- 129 Beim *vorgemerkten nicht limitierten* Vorkaufsrecht hat der Vorkaufsberechtigte das Grundstück richtigerweise so zu akzeptieren, wie er es im Ausübungszeitpunkt vorfindet<sup>125</sup>. Da der Vorkaufsvertrag dem Berechtigten lediglich das Recht gibt, das Grundstück zu jenen Vertragskonditionen zu kaufen, zu denen es ein Dritter kauft, kann er es auch nur in jenem Zustand kaufen, in dem der Dritte kauft. Denn der vom Dritten gebotene Preis trägt diesem Zustand typischerweise Rechnung. Der Vorkaufsberechtigte darf nicht vom niedrigen Preisangebot des Dritten profitieren und anschliessend jene Belastungen des Grundstücks beseitigen, die der Dritte hätte in Kauf nehmen müssen und die er bei seinem Preisangebot dementsprechend in Betracht gezogen hat.
- 130 Wollte man mit der herrschenden Lehre<sup>126</sup> anders entscheiden, so würde jedes vorgemerkte Vorkaufsrecht faktisch auf eine Verfügungssperre zulasten des Vorkaufsbelasteten hinauslaufen. Das kann nicht als Vertragsmeinung der Vorkaufsparteien unterstellt werden<sup>127</sup>. Zu Recht hat es das Bundesgericht in 92 II 158 ff. abgelehnt, ein während der Vormerkungsdauer bestelltes Wohnrecht auf Begehren des Vorkaufsberechtigten zu löschen.

#### IV. Kaufsrecht

- 131 Das Kaufsrecht gibt dem Berechtigten die Befugnis, unabhängig vom Willen des Verpflichteten die Sache durch einseitige Willenserklärung zu kaufen.

##### 1. Rechtsnatur und Form

- 132 Zur Rechtsnatur vgl. Ziff. 20 ff.
- 133 Gemäss Art. 216a Abs. 2 OR bedarf der Kaufsrechtsvertrag der öffentlichen Beurkundung. Soll das Kaufsrecht nicht bereits zu Lebzeiten, sondern erst nach dem Tode des Bestellers gegenüber seinem Nachlass ausübbar sein, so liegt ein Geschäft von Todes wegen vor, und es ist die erbvertragliche Form gemäss Art. 512 ZGB einzuhalten<sup>128</sup>.
- 134 Der öffentlich zu beurkundende Kaufsrechtsvertrag wird redaktionell typischerweise in zwei Teile gegliedert, nämlich einerseits in die *optionsrechtlichen* Bestimmungen (Dauer des Kaufsrechts, Vormerkung, Bedingungen und Beschränkungen für die Ausübung, Übertragbarkeit und Vererblichkeit, schliesslich gegebenenfalls der Preis, den der Berechtigte für den

---

<sup>125</sup> So zutreffend SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 354, Ziff. 26, S. 356, Ziff. 31 am Ende und S. 375, Ziff. 72; gleicher Auffassung, jedoch mit einem Vorbehalt für gravierende Ausnahmefälle STEINAUER II (1994), Ziff. 1727.

<sup>126</sup> Vgl. BK-GIGER (1997), S. 103, N 164 zu Art. 216 aOR; BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 284-293; gemäss dieser Lehre kann der vorgemerkte Vorkaufsberechtigte auch beim nicht limitierten Vorkaufsrecht spätere Belastungen beseitigen lassen, soweit sie seine Stellung erschweren. Tut er dies, so muss er allerdings dem Vorkaufsbelasteten einen Aufpreis nachbezahlen, der die Differenz ausgleichen soll, um welche der Dritterwerber sein Preisangebot angesichts der betreffenden Belastungen reduziert hatte. Sinngemäss würde der Verkäufer diesen Aufpreis dann dazu verwenden können, jene frustrierten Rechtsinhaber abzufinden, deren Rechte auf Verlangen des Vorkaufsberechtigten beseitigt wurden.

<sup>127</sup> So die zutreffende Kritik an der herrschenden Auffassung bei WISSMANN (1989), S. 503 f., Ziff. 1501 f.

<sup>128</sup> A.A. SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 348, Fussnote 31, welche die erbvertragliche Form nur verlangen möchten, wenn der Kaufsrechtspreis so niedrig angesetzt wird, dass die Kaufsrechtsbestellung Zuwendungscharakter hat. - Im Übrigen hat das Bundesgericht die Frage bis heute offen gelassen, ob das in erbvertraglicher Form bestellte Kaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt werden kann; vgl. BGE 99 II 268; OG LU, Urteil vom 6.10.1971, ZBGR 55 (1974), S. 219 ff. und 229 ff.

Erwerb der Option zu bezahlen hat), andererseits in die *kaufvertraglichen* Bestimmungen (Parteibezeichnung, Kaufgegenstand, Kaufpreis, Zahlungsmodalitäten, Besitzantritt, Übergang von Nutzen und Gefahr, Kostentragung). Es ist üblich, die kaufvertraglichen Bestimmungen in der Gestalt eines vollständigen Kaufvertrags, jedoch ohne Datum und Unterschriften, in den Kaufsrechts-Bestellungsakt zu integrieren.

- 135 Die kaufvertraglichen Bestimmungen sind im gleichen Umfang beurkundungsbedürftig, in welchem der entsprechende Kaufvertrag bei sofortigem Abschluss dem Formzwang unterläge<sup>129</sup>. Das Kaufsrecht wäre nicht wirksam beurkundet, wenn die kaufvertraglichen Bestimmungen der Urkunde lediglich als Beilage beigelegt und von Parteien und Urkundsperson nicht unterzeichnet würden. Ebenso würde es an einer wirksamen Beurkundung fehlen, wenn die kaufvertraglichen Bestimmungen anlässlich des Beurkundungsvorgangs nicht gelesen würden.

## 2. Inhalt

- 136 Der Kaufsrechtsvertrag muss jene Vollständigkeit aufweisen, die es ermöglicht, den Grundstückskauf durch eine einfache Ausübungserklärung wirksam werden zu lassen. Der Kaufsrechtsvertrag muss demgemäss insbesondere das Kaufgrundstück sowie den Kaufpreis bezeichnen<sup>130</sup>. Wie beim gewöhnlichen Kaufvertrag genügt Bestimmbarkeit. So kann vereinbart werden, dass der Preis durch eine Schätzung des Verkehrswertes zur Zeit der Ausübung ermittelt werden soll. Ist der Kaufpreis nicht bestimmbar, so fehlt es an einem objektiv wesentlichen Vertragspunkt; ein Vertrag ist nicht zustandegekommen und kann auch durch die Ausübungserklärung nicht zustandekommen.
- 137 Bezüglich der Objekte, die Kaufsrechtsgegenstand sein können, gilt das vorn, Ziff. 49 ff., Gesagte.

## 3. Vormerkung

- 138 Es kann auf das vorn, Ziff. 57 ff., Gesagte verwiesen werden.

## 4. Übertragung

- 139 Es kann auf das vorn, Ziff. 60 ff., Gesagte verwiesen werden.

## 5. Parteien

- 140 Aus dem Kaufsrechtsvertrag ist in der Regel eine bestimmte natürliche oder juristische Person *berechtigt*. Für den Fall von subjektiv-dinglicher Verknüpfung, die auch beim Kaufsrecht zulässig ist, gilt das in Ziff. 63 Gesagte. Das Kaufsrecht kann auch mehreren Personen zu gesamter Hand oder in einer bestimmten Reihenfolge zustehen.
- 141 *Verpflichtet* aus dem Kaufsrecht ist die Eigentümerin, die das Kaufsrecht ursprünglich bestellt hatte, ferner deren allfällige Universalsukzessoren. Wird beim Handwechsel des bela-

---

<sup>129</sup> So STEINAUER II (1994), Ziff. 1699.

<sup>130</sup> Vgl. so schon BGE 50 II 374.

steten Grundstücks auf dem Wege der Singularsukzession die Kaufsverpflichtung von der Erwerberin durch Schuldübernahme gemäss Art. 175 ff. OR übernommen, so ist die Erwerberin fortan die verpflichtete Person. Das gleiche Ergebnis stellt sich auch ohne Schuldübernahme ein, wenn das Kaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt ist<sup>131</sup>. Übt der Berechtigte das Kaufsrecht gegenüber einer Universal- oder Singularsukzessorin des ursprünglichen Bestellers aus, so entsteht der Kaufvertrag einschliesslich aller Nebenpflichten zwischen dem Berechtigten und der aktuell verpflichteten Person. Deren Rechtsvorgänger bleibt unberührt.

- 142 Der Anspruch auf Realerfüllung besteht nur gegenüber der jeweils verfügungsbefugten Grundeigentümerin. Wer verspricht, jemandem ein fremdes Grundstück zu verschaffen, begründet ein Rechtsverhältnis, das nicht unter den Begriff des Kaufsrechts fällt. Veräussert der Besteller eines nicht vorgemerkten Kaufsrechts das Grundstück, ohne die Verkaufsverpflichtung auf den Singularsukzessor zu überbinden, so bleibt er gegenüber dem Kaufsberechtigten allenfalls zu Schadenersatz verpflichtet; der Anspruch des Berechtigten auf Realerfüllung fällt dahin.

## 6. Ausübung des Kaufsrechts

### a) Ausübungserklärung

- 143 Bezüglich Form und Inhalt der Ausübungserklärung gilt das Gleiche, was vorn, Ziff. 116 f., zur Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten gesagt wurde.

### b) Wirkung der rechtsgültigen Ausübung

- 144 Mit der Ausübungserklärung entsteht die Verpflichtung des belasteten Grundeigentümers, das Grundstück an den Kaufsberechtigten zu übereignen, ferner die Verpflichtung des Kaufsberechtigten, den Kaufpreis an den belasteten Grundeigentümer zu bezahlen. Der Inhalt der beiderseits zu erbringenden Leistungen bestimmt sich nach dem Kaufsvertrag.
- 145 Im Gegensatz zum Vorkaufsrecht<sup>132</sup> ist bei Kaufsrechten, die gegen Entgelt auf kurze oder mittlere Frist (maximal ca. drei Jahre) bestellt und im Grundbuch vorgemerkt werden, anzunehmen, dass das Grundstück im Ausübungszeitpunkt noch in jenem gleichen rechtlichen Zustand sein soll, in Ansehung dessen das Kaufsrecht erworben wurde.
- 146 Bei nicht vorgemerkten, ferner bei unentgeltlich sowie bei längerfristig eingeräumten (vorgemerkten) Kaufsrechten und bei allen Kaufsrechten, die erst gegenüber dem Nachlass des Bestellers ausgeübt werden sollen, kann hingegen nicht davon ausgegangen werden, der Kaufsrechtsgeber habe sich im Umgang mit seinem Grundstück einschränken wollen - mit Ausnahme seines Verzichts auf die Veräusserung des Eigentums. Ob der Kaufsberechtigte in solchen Konstellationen einen Anspruch darauf hat, die während der Vormerkungsdauer auf das Grundstück gelegten Rechte und Lasten nach Erwerb des Grundstücks beseitigen zu lassen, ist aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles zu entscheiden.

---

<sup>131</sup> So BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 681 ZGB, N 54.

<sup>132</sup> Vgl. vorn, Ziff. 64 ff.

## 7. Untergang des Kaufsrechts

- 147 Das zum Vorkaufsrecht Gesagte<sup>133</sup> gilt auch für das Kaufsrecht<sup>134</sup>; jedoch ist die Nichtausübung im Vorkaufsfall beim Kaufsrecht kein Thema.

## V. Rückkaufsrecht

- 148 Zum Rückkaufsrecht gelten die Ausführungen zum Kaufsrecht weitgehend unverändert.
- 149 Wird im Rückkaufsvertrag nichts über die Vertragskonditionen gesagt, zu denen der Rückkauf erfolgen soll, so ist ein Parteiwille zu vermuten, wonach der Rückkauf zu den gleichen Bedingungen erfolgen soll wie der ursprüngliche Verkauf, im Sinne der Rückgängigmachung des ursprünglichen Geschäfts und der Wiederherstellung der vormaligen Eigentumsverhältnisse<sup>135</sup>. Keine solche Vermutung kann jedoch Platz greifen, wenn der Rückkaufsverpflichtete nach Meinung der Parteien wertvermehrende Investitionen in das Grundstück tätigen durfte oder sollte. In diesem Falle hat der Rückkaufspreis den Verkehrswert des Objektes im Rückkaufszeitpunkt abzugelten.
- 150 Da das revidierte Recht seit 1994 für Rückkaufsrechte die 25jährige Vertrags- und Vormerkungsdauer erlaubt, für Kaufsrechte die zehnjährige, erhält die begriffliche Abgrenzung zwischen Kaufs- und Rückkaufsrechten neuerdings praktische Bedeutung. Der Verfasser plädiert dafür, als Rückkaufsrechte künftig nur noch solche Rechte zu qualifizieren, die zwischen den Parteien eines Grundstückkaufs *gleichzeitig mit dem Abschluss des Grundstückkaufs* vereinbart werden. Später getroffene Vereinbarungen sind richtigerweise als Kaufsrechte zu qualifizieren und können höchstens auf zehn Jahre vereinbart und vorgemerkt werden.

---

<sup>133</sup> Vgl. vorn, Ziff. 64 ff.

<sup>134</sup> Vgl. den Überblick über die Fälle des Untergangs bei BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 683 ZGB, N 61-69.

<sup>135</sup> So SIMONIUS/SUTTER I (1995), S. 347, Ziff. 10; STEINAUER II (1994), Ziff. 1717, 1718a; BK-MEIER-HAYOZ (1975), Art. 683 ZGB, N 39.