

ÜBER DAS VERTRAGLICHE VORKAUFRECHT

Prof. Dr. iur. Peter Jäggi
Universität Freiburg Schweiz

Publiziert in: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, 39. Jahrgang (1958), S. 65-79. – Nach einem Vortrag, gehalten an der Jahresversammlung des Verbandes schweizerischer Grundbuchverwalter in Lausanne, am 28. September 1957. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt. Ein weiterer Abdruck findet sich in: Peter Jäggi, Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich, 1976, S. 112 ff.

[65] Da über das Vorkaufsrecht, auch das vertragliche, schon umfassende Veröffentlichungen erschienen sind¹, werden im folgenden nur einige Fragen herausgegriffen, darunter allerdings gewisse Hauptfragen, die der endgültigen Klärung harren. Die Betrachtung beschränkt sich auf den Fall des (vertraglichen) Vorkaufrechtes, das sich auf ein *Grundstück* bezieht. Für diesen Fall sind drei Fragenkreise zu unterscheiden: Die zwei ersten betreffen das materielle Recht, nämlich die Rechtslage bei einem nicht vorgemerkten Recht (I) und die Wirkung der Vormerkung des Rechtes im Grundbuch (II). Die dritte Gruppe von Fragen bezieht sich auf die Grundbuchführung, soweit diese mit der Vormerkung eines Vorkaufrechtes zusammenhängt (III).

I Das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht

1. *Die Rechtsnatur.* Hierüber sei nur die Hauptsache festgehalten: Das nicht vorgemerkte Recht ist ein *persönliches* (obligatorisches) Recht (Art. 959 Abs. 1 ZGB), und zwar ausschließlich und notwendigerweise; ein dingliches Vorkaufsrecht, wie es dem deutschen Recht bekannt ist (§§ 1094 ff. BGB), kann nicht begründet werden. Als persönliches Recht vermittelt das Vorkaufsrecht keine [66] unmittelbare Sachherrschaft. Das heißt: Es wirkt nicht gegenüber jedermann, sondern nur zu Lasten einer bestimmten Person, die aus einem besonderen Rechtsgrund verpflichtet ist, das Recht zu achten. Dieser Rechtsgrund besteht beim vertraglichen Vorkaufsrecht im Vorkaufsvertrag.

2. *Die Form des Vorkaufsvertrages.* Nach Art. 216 Abs. 3 OR ist die *einfache Schriftform erforderlich, aber auch genügend*. Die öffentliche Beurkundung genügt aber ebenfalls (BGE 81 II 505 f. = Praxis 45 Nr. 9 = ZBGR 37 S. 168 ff.), m. E. auch in dem (vom Bundesgericht offen gelassenen) Fall, da die öffentliche Urkunde von keiner Partei unterzeichnet ist, weil das kantonale Beurkundungsrecht diese Unterzeichnung nicht fordert; denn Art. 216 Abs. 3 setzt voraus, daß die öffentliche Beurkundung, ohne Rücksicht auf die Art und Weise, wie sie vor sich geht, die schlechthin qualifiziertere und daher genügende Form ist.

Die Form der einfachen Schriftlichkeit ist bei der gewöhnlichen Vorkaufsabrede (bei welcher sich der Vorkaufsberechtigte nicht zu einer Gegenleistung für die Einräumung des Vorkaufrechtes

¹ Es sei namentlich verwiesen auf: *Meier-Hayoz*, Vom Vorkaufsrecht, ZBJV 92 (1956) S. 297 ff., mit vollständiger Bibliographie.

verpflichtet) erfüllt, wenn *einzig der Vorkaufsbelastete unterzeichnet*, da nur dieser durch die Abrede verpflichtet wird (Art. 13 Abs. 1 OR). So hat das Bundesgericht in BGE 48 II 233 = Praxis 11 Nr. 86 = ZBGR 3 S. 92 Nr. 18 entschieden, sogar für ein limitiertes Vorkaufsrecht (während es in neueren Urteilen hervorgehoben hat, daß der Vertrag durch beide Parteien unterzeichnet wurde; doch hat es den frühern Standpunkt nicht aufgegeben; BGE 81 II 505 = Praxis 45 Nr. 9 = ZBGR 37 S. 168; BGE 83 II 14 = Praxis 46 Nr. 40 = ZBGR 38 S. 294 Nr. 55). Die Überlegung, daß die Vorkaufsabrede auch den Berechtigten verpflichte², wenn auch nur bedingt (für den Fall der Ausübung des Rechts), ist zwar konstruktiv richtig, vermag aber m. E. das Formerfordernis der Unterzeichnung durch den Berechtigten nicht zu begründen. Denn der Eintritt der Bedingung hängt ganz vom Willen des Berechtigten ab, so daß diesen nur die Ausübungserklärung belastet, nicht die Vorkaufsabrede als solche. Daher liegt kein Grund vor, die Begründung einer derart bedingten Verpflichtung unter Art. 13 Abs. 1 zu subsumieren.

Da auch die Ausübungserklärung formfrei ist, kann es bei Ausübung des Vorkaufsrechtes zu einem Grundstückkauf kommen, bei dem der Käufer nie eine Form eingehalten hat. Das läßt sich aber für den (Normal-)Fall des nicht limitierten Vorkaufsrechtes rechtfertigen, da sich hier das Kaufverhältnis zwischen Verkäufer und Vorkäufer ganz nach dem (öffentlich beurkundeten) Vertrag des Verkäufers mit dem Dritten richtet; der Hauptzweck des Beurkundungszwanges – die Klarstellung und Publizität des Vertragsinhaltes – ist also gleichwohl erfüllt. Die Überlegung, daß der [67] weitere Zweck des Formzwanges – Schutz der Vertragsparteien vor übereilem Vertragsschluß – auch zugunsten des Vorkäufers wirken sollte, spricht nicht dafür, daß der Vorkaufsberechtigte den Vorkaufsvertrag zu unterzeichnen hat, sondern einzig für den Formzwang der Ausübungserklärung, den nun aber das Gesetz nicht vorsieht. Weniger befriedigend – unter dem Gesichtspunkt des Formzwanges – ist die Lage beim limitierten Vorkaufsrecht, da hier (im Falle der Ausübung) das Kaufverhältnis mit dem Vorkäufer vom Kaufvertrag mit dem Dritten abweicht (wenigstens mit Bezug auf den Preis), so daß der zur Ausführung gelangende Kauf überhaupt nicht in allen Teilen öffentlich beurkundet ist. Dieser Übelstand läßt sich aber nicht dadurch beheben, daß man die Unterzeichnung des Vorkaufsvertrages durch den Berechtigten fordert; vielmehr spricht er dafür, die Begründung eines limitierten Vorkaufsrechtes der öffentlichen Beurkundung zu unterwerfen, also Art. 216 Abs. 3 einschränkend auszulegen; doch fällt diese (an sich gerechtfertigte) Auslegung aus Gründen der Rechtssicherheit nicht mehr in Betracht³.

3. *Der Inhalt des Vorkaufsrechtes.* Darüber sagt das Gesetz nichts. Es enthält weder dispositive, vertragsergänzende Regeln für den Fall, daß die Parteien den Inhalt des Rechts nicht näher umschrieben haben, noch zwingende Regeln darüber, inwieweit die Parteien den Inhalt des Rechts frei vereinbaren können.

a) *Der Normalinhalt*, den das Vorkaufsrecht mangels anderer Abrede hat, ist von der Doktrin und Rechtsprechung abgeklärt worden: Der Berechtigte ist befugt, das im Vorkaufsrecht bezeichnete Grundstück zu kaufen, sofern darüber ein Kaufvertrag mit einem Dritten abgeschlossen wird, und zwar zu den Bedingungen dieses Vertrages. Somit ist das Vorkaufsrecht *ein durch zwei Besonderheiten gekennzeichnetes Kaufsrecht*: es ist *bedingt*, in besonderer Weise – der Kaufberechtigte darf nur bei Abschluß eines Kaufvertrages (Vorkaufsfall) kaufen –; und der *Inhalt* des durch die Ausübung des Kaufsrechtes begründeten Kaufsverhältnisses wird *durch den Vertrag mit dem Dritten bestimmt*. *Vorkaufsfall* bildet nur der Abschluß eines Kaufvertrages (und zwar eines gültigen, BGE 82 II 583 = ZBGR 38 S. 291), keineswegs jeder Eigentümerwechsel (BGE 44 II 369 = Praxis 7 Nr. 50 = ZBGR 3 S. 118), nicht z. B. Erbgang, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft, nicht einmal jeder Kauf, nämlich nicht der sogenannte Kindskauf, der nur eine Erbfolge vorwegnimmt (BGE 44 II 388 = Praxis 7 Nr. 151 = ZBGR 3 S. 172).

Zum Rechtsinhalt gehört auch die *Dauer des Vorkaufsrechtes*. In dieser Hinsicht ist zu

² So Meier-Hayoz, a.a.O., S. 308.

³ Meier-Hayoz, a.a.O., S. 312 f.

unterscheiden:

Bei *Eintritt eines Vorkaufsfalles* entscheidet sich das Schicksal des (nicht vorgemerkten) Rechtes unter allen Umständen. Wird [68] es rechtzeitig ausgeübt, so geht es unter, weil es seinen Zweck erreicht hat. Im Gegenfall ist es verwirkt. "Rechtzeitige Ausübung" bedeutet zunächst: Innert angemessener Frist seit dem Zeitpunkt, in dem der Vorkaufsfall dem Berechtigten bekannt wird, gleichgültig, woher die Kenntnis stammt (doch ist der Vorkaufsbelastete verpflichtet, dem Berechtigten den Vorkaufsfall mitzuteilen, BGE 83 II 16 = Praxis 46 Nr. 40 = ZBGR 38 S. 294 Nr. 55). "Rechtzeitig" bedeutet aber auch: Vor Übereignung des Grundstückes an den Drittkäufer; denn das nicht vorgemerkte Recht erlischt – als Recht zu kaufen –, wenn ein Dritter Eigentümer geworden ist; der neue Eigentümer ist dem Vorkaufsberechtigten zu nichts verpflichtet, mag er auch vom Recht Kenntnis gehabt haben (es sei denn, er habe im Sinne einer Schuldübernahme in die Überbindung des Rechtes eingewilligt). Nach der Übereignung kann daher die Verpflichtung des Belasteten, das Eigentum an den Vorkäufer zu übertragen, nicht mehr erfüllt werden; sie wandelt sich um in eine Schadenersatzpflicht wegen verschuldeten Unmöglichwerdens der Erfüllung (Art. 97 OR).

Tritt kein Vorkaufsfall ein, so geht das (nicht vorgemerkte) Recht immer dann unter, wenn der Belastete infolge *Singularsukzession* (z. B. Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft, Zwangsverwertung) aufhört Eigentümer zu sein. Denn der im Vorkaufsvertrag einzig in Aussicht genommene Fall eines Verkaufs durch den Belasteten kann eben nicht mehr eintreten, wenn der Belastete nicht mehr Eigentümer ist (es sei denn, der neue Eigentümer habe in die "Überbindung" eingewilligt). Anders bei Eigentümerwechsel infolge *Universalsukzession*, insbesondere bei Erbgang: Hier geht die Vorkaufsbelastung von Gesetzes wegen auf den neuen Eigentümer über (vgl. BGE 53 II 397 = Praxis 17 Nr. 6 = ZBGR 9 S. 98) wie irgendeine andere passiv vererbliche Verbindlichkeit; auch die Erbteilung ändert am Bestand des Vorkaufsrechtes nichts. Das eben Gesagte muß auch für den Kindskauf gelten. Da dieser keinen Vorkaufsfall darstellt – und zwar deshalb nicht, weil er die Erbfolge vorwegnimmt –, so muß er folgerichtig auch zugunsten des Vorkaufsberechtigten wie ein Erbfall behandelt werden: der Käufer wird wie ein Erbe durch das Vorkaufsrecht belastet. – Ohne Eintritt des Vorkaufsfalles kann das Vorkaufsrecht auch noch durch *Verzicht* untergehen; nicht dagegen durch Verwirkung. Insbesondere kann der Belastete, der mit einem Kaufsinteressenten verhandelt, aber mit ihm noch nicht abgeschlossen hat, nicht etwa dadurch eine vorzeitige Entscheidung erzwingen, daß er die Verkaufsabsicht dem Berechtigten mitteilt. Dieser darf auch dann, wenn er auf die Mitteilung nicht reagiert, sein Recht immer noch ausüben, falls ein Kaufvertrag mit dem Dritten zustandekommt (BGE 48 II 227 ff. = Praxis 11 Nr. 86 = ZBGR 3 S. 92 Nr. 18).

[69] Es kann vorkommen, daß bei einem bestimmten Vorkaufsverhältnis nie ein Vorkaufsfall eintritt und der Eigentümer immer nur durch *Universalsukzession* wechselt. Alsdann besteht das Vorkaufsrecht mangels anderer Abrede zeitlich unbeschränkt weiter. Es ist gewissermaßen nicht totzuschlagen, auch nicht durch Verjährung oder durch Kündigung des Vorkaufsvertrages. Hier wirkt sich das Fehlen dispositiver Gesetzesbestimmungen als Mangel aus. Man begreift daher, daß immer wieder versucht wird, den unklar gefaßten Art. 681 Abs. 3 ZGB nicht nur als Beschränkung des Vormerkungsschutzes auszulegen, sondern außerdem als (zwingende oder zum mindesten dispositive) Bestimmung, welche die Höchstdauer des Rechtes (auch des nicht vorgemerkten) festlegt⁴. Aber sowohl Gründe der Rechtssicherheit – das Bundesgericht hat nun einmal in ständiger Rechtsprechung anders entschieden (BGE 73 II 160 = Praxis 36 Nr. 174 = ZBGR 29 S. 100 Nr. 43 und dort angeführte Urteile) – als sachliche Gründe sprechen dagegen, daß der erwähnte Mangel des Gesetzes auf diese Art behoben werden kann⁵. Die Rechtslage ist aber wenig erfreulich, und die Parteien tun gut daran, das Vorkaufsrecht vertraglich irgendetwas zu befristen.

b) *Die Vertragsfreiheit*. Inwieweit können die Parteien den Inhalt des Vorkaufsrechtes abweichend

⁴ Vgl. namentlich *Merz*, in Festgabe Simonius (Basel 1955) S. 235 ff.

⁵ Darüber *Meier-Hayoz*, a.a.O., S. 314 ff.

vom dargestellten Normalinhalt (hievord lit. a) umschreiben? Das Bundesgericht hat die Vertragsfreiheit ausdrücklich auch für Vorkaufsverträge anerkannt (BGE 78 II 357 = ZBGR 35 S. 51 Nr. 12). Was bedeutet sie?

Sicher können die Parteien den Normalinhalt des Rechtes beliebig *einschränken*, also den Vorkaufsfall enger umschreiben, die Ausübung des Rechtes an weitere Bedingungen knüpfen oder die Beendigungsansprüche vermehren. Beispiele: Das (zwischen Verwandten verabredete) Vorkaufsrecht solle nur bestehen bei einem Verkauf an Nicht-Verwandte; oder es könne gültig nur durch eingeschriebenen Brief ausgeübt werden; oder es solle untergehen, wenn der Berechtigte aus einem gemeinsam geführten Geschäft ausscheide.

Auch gewisse *Erweiterungen* des Rechtes über den Normalinhalt hinaus sind zweifellos zulässig, so vor allem Abreden des Inhaltes, daß der Vorkäufer nicht zu den Bedingungen kaufen müsse, die mit dem Drittkäufer vereinbart werden, sondern zu ihm günstigeren, im Vorkaufsvertrag festgelegten Bedingungen; namentlich kann der Vorkaufspreis auf diese Art limitiert werden. Nicht zu beanstanden sind auch die folgenden Abreden: Der Kindskauf solle Vorkaufsfall sein; das Vorkaufsrecht solle übertragbar sein (was es normalerweise nicht ist, BGE 48 II 471 = Praxis 12 Nr. 14 = ZBGR 5 S. 28 Nr. 7) oder es solle dem jeweiligen Eigentümer [70] eines Grundstückes zustehen, die Berechtigung solle also subjektiv-verdinglicht sein (ZBGR 1, S. 126).

In anderer Hinsicht ist jedoch die Vertragsfreiheit beschränkt. Drei Arten von *Schranken* sind zu unterscheiden:

Einmal können die Parteien das Vorkaufsrecht *nicht* so ausgestalten, daß es einem *von Gesetzes wegen bestehenden Recht widerspricht*, insbesondere einem gesetzlichen Miteigentümer- oder einem bäuerlichen Vorkaufsrecht. Daraus folgt aber nicht etwa, daß ein Vorkaufsrecht für den gleichen Vorkaufsfall, für den auch ein gesetzliches Vorkaufsrecht besteht, nicht gültig vereinbart werden könne (z. B. für den Verkauf eines gesetzlichen Miteigentumsanteils), sondern nur, daß es gegenüber dem gesetzlichen Recht dann, wenn beide Rechte ausgeübt werden, nicht durchzudringen vermag.

Sodann kann als *Vorkaufsfall nur der Abschluß eines Kaufvertrages* verabredet werden. Wenn die Parteien eine andere Handänderung (z. B. Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft, Erbgang) zum "Vorkaufsfall" erheben (neben dem Abschluß eines Kaufvertrages mit einem Dritten, oder an Stelle dieses Falles), oder wenn sie den Vorkaufsfall in dem Sinne "vorverlegen", daß schon die Mitteilung der Kaufabsicht das Kaufsrecht auslöst, nicht erst der Abschluß eines Kaufvertrages, so sind zwar diese Abreden an sich zulässig. Aber das durch sie begründete Recht ist nicht mehr ein Vorkaufsrecht im herkömmlichen Sinne –der dem Gesetz zugrunde liegt –, sondern ein anderswie bedingtes Kaufsrecht, das zwar wegen der Art seiner Bedingung dem Vorkaufsrecht verwandt ist, von ihm aber unterschieden werden muß und zu seiner Begründung der öffentlichen Beurkundung bedarf (Art. 216 Abs. 2 OR; vgl. den Tatbestand von BGE 50 II 370 ff. = Praxis 13 Nr. 144 = ZBGR 7 S. 242 Nr. 98). Diese Grenze zwischen Vorkaufsrecht und anderswie bedingtem Kaufsrecht hat das Bundesgericht in einem neuern Urteil (BGE 78 II 354 ff. = ZBGR 35 S. 51 Nr. 12) verwischt. Doch läßt sich jenes Urteil aus einem andern Grunde rechtfertigen: "Vorkaufsfall" war nicht nur das unmittelbare Bevorstehen eines Kaufabschlusses (was nach dem betreffenden "Vorkaufsvertrag" genügen sollte), sondern immerhin der Abschluß eines öffentlich beurkundeten Kaufversprechens mit einem Dritten.

Schließlich ist auch der persönliche (obligatorische) Charakter des Vorkaufsrechtes (hievord Ziffer 1) der Parteiwillkür entzogen: *Die Vorkaufsbelastung kann* (anders als die Berechtigung) *nicht subjektiv verdinglicht werden*. Es kann also nicht vereinbart werden, daß der jeweilige Eigentümer das Recht zu beachten habe. Denn damit würde einem unbeteiligten Dritten eine Verpflichtung auferlegt, was im Bereich des Obligationenrechtes schlechthin unzulässig ist. Daraus folgt zugleich, daß das Vorkaufsrecht als persönliches Recht nur für einen einzigen Vorkaufsfall wirksam [71] vereinbart werden kann, nämlich für den Fall, daß der Belastete oder sein Universalsukzessor verkaufen sollte.

Überblickt man den Inhalt des nicht vorgemerkten Vorkaufsrechtes in seiner Gesamtheit, so erkennt man, daß sich der *Berechtigte in einer sehr prekären Lage* befindet – auch bei voller Ausnützung der Vertragsfreiheit –, und zwar aus zwei Gründen: Einmal ist möglich, daß der Belastete (oder sein Erbe) entweder überhaupt nie verkauft oder das Eigentum anderswie verliert (z. B. durch Zwangsverwertung). Sodann ist bei Eintritt des Vorkaufsfalles möglich, daß der Berechtigte davon zu spät erfährt, erst dann, wenn der Drittkäufer (vertragswidrig) Eigentümer geworden ist. In dieser zweiten Beziehung wird die Stellung der Vorkaufsberechtigten durch die Vormerkung des Rechts im Grundbuch verbessert, nicht dagegen in der ersten Hinsicht.

II Die materiell-rechtlichen Wirkungen der Vormerkung

1. Die Vormerkung des Vorkaufsrechtes im Grundbuch hat die *Anwendbarkeit von Art. 681 Abs. 3 ZGB* zur Folge: Die angemessene Frist zur Ausübung des Rechtes ist somit kalendermäßig bestimmt; sie beträgt einen Monat. Diese Vorschrift ist aber m. E. nur dispositiver Natur.

2. *Die Vormerkung verstärkt das persönliche Vorkaufsrecht.* Das ist ihr eigentlicher Zweck. Gemäß Art. 681 Abs. 1 ZGB, der als Präzisierung des allgemein gefaßten Abs. 2 von Art. 959 ZGB zu verstehen ist, besteht das Vorkaufsrecht "während der in der Vormerkung angegebenen Zeit gegenüber jedem Eigentümer". Was heißt das?

a) Sicher ist folgendes: Die Vormerkung wirkt sich dann aus, *wenn der Vorkaufsbelastete (oder sein Universalsukzessor) mit einem Dritten einen Kaufvertrag abschließt*. In einem solchen Vorkaufsfall kann der Berechtigte nicht – wie bei einem nicht vorgemerkten Recht – dadurch um sein Recht gebracht werden, daß das Grundstück dem Drittkäufer übereignet wird (hievord Ziff. I, 3 lit. a). Zwar vermag der Berechtigte die Übereignung trotz der Vormerkung nicht zu hindern, da die Vormerkung das Grundbuch nicht sperrt (hienach Ziff. III, 3). Aber gegenüber einem später erworbenen Eigentum ist das vorher vorgemerkte Vorkaufsrecht trotz seines persönlichen Charakters wirksam (Art. 959 Abs. 2 ZGB). In welchem Sinne? Nicht etwa so, daß die Ausübungserklärung nunmehr dem neuen Eigentümer abgegeben werden muß (falls sie nicht schon vor der Übereignung abgegeben wurde). Denn der Berechtigte steht nur zum Belasteten persönlich in einem Vorkaufsvertragsverhältnis. Sondern einfach so, daß der neue Eigentümer verpflichtet ist, das Grundstück dem Vorkäufer zu Eigentum [72] herauszugeben (wie es der Belastete selbst tun müßte, wäre er noch Eigentümer), und zwar zu den in Art. 681 Abs. 1 zweiter Satzteil erwähnten Bedingungen (auf die hier nicht einzutreten ist). Hat das Eigentum am Vorkaufsgrundstück nach Eintritt des Vorkaufsfalles nicht nur einmal, sondern mehrmals gewechselt (z. B. durch einen zweiten Verkauf oder durch Einbringung in eine Gesellschaft), so kann der Vorkäufer sein Recht (aus dem noch beim Vorkaufsbelasteten eingetretenen Vorkaufsfall) auch gegen den weiteren Eigentümer geltend machen. In diesem Sinne besteht das Recht "gegenüber jedem Eigentümer". Der so verstandene Vormerkungsschutz hört aber auf jeden Fall nach 10 Jahren seit der Vormerkung auf. Das heißt: Wenn der Vorkaufsbelastete (oder sein Universalsukzessor) erst nach mehr als 10 Jahren verkauft, oder wenn der Berechtigte von einem früher abgeschlossenen Verkauf erst nach 10 Jahren seit der Vormerkung Kenntnis erhält, so besteht die gleiche prekäre Rechtslage wie bei einem nicht vorgemerkten Recht.

b) Hat die Vormerkung noch eine *weitergehende Wirkung*? Sicher nicht mit Bezug auf den *Beginn der Ausübungsfrist*: Diese läuft trotz der Vormerkung (und der dadurch bewirkten Anwendbarkeit von Art. 681 Abs. 3 ZGB, hievord Ziff. 1) nicht erst von der Mitteilung des Verkäufers, sondern von dem (vielleicht frühern) Zeitpunkt an, da der Berechtigte vom Vorkaufsfall Kenntnis erhält (BGE 44 II 386 = Praxis 7 Nr. 151 = ZBGR 3 S. 170 Nr. 41, BGE 56 II 172 = Praxis 19 Nr. 134 = ZBGR 27 S. 47 Nr. 28).

Nach der herrschenden Meinung hat aber die Vormerkung noch folgende Wirkung: Vorkaufsbelastet ist nicht nur, wer mit dem Berechtigten den Vorkaufsvertrag abgeschlossen hat

(oder der Universalsukzessor dieser Person), sondern jeder Eigentümer des Vorkaufsgrundstückes, solange die Vormerkung dauert. Darnach tritt also ein Vorkaufsfall nicht nur dann ein, wenn der Vertragspartner des Berechtigten das Grundstück verkauft, sondern immer auch dann, wenn ein späterer Eigentümer an einen Dritten verkauft. Das vorgemerkte Recht geht also durch Nichtausübung in einem (ersten oder spätern) Vorkaufsfall nicht unter. Die *Vorkaufsbelastung* wird nach der herrschenden Meinung *durch die Vormerkung subjektiv-verdinglicht* und demgemäß "jedem neuen Erwerber überbunden, solange die Vormerkung in Kraft steht"⁶. Einige Autoren gehen weniger weit: sie nehmen an, die Wirkung der Vormerkung könne, müsse aber nicht in der subjektiven Verdinglichung der Vorkaufsbelastung bestehen; es komme auf den Parteiwillen an. Darum streitet man sich im Schrifttum darüber, welches der [73] mutmaßliche Parteiwille ist: soll das vorgemerkte Recht im Zweifel nur im ersten Vorkaufsfall gelten oder bei jedem spätern Verkauf⁷?

Demgegenüber ist zunächst klarzustellen: *Die Wirkung der Vormerkung wird einzig durch das Gesetz bestimmt*. Dafür, daß das Gesetz es den Parteien des Vorkaufsvertrages überlasse, diese Wirkung von Fall zu Fall zu bestimmen, fehlt jeder Anhaltspunkt. Die vermittelnden Ansichten (vgl. Anm. 7) müssen daher zum vorneherein ausscheiden. Entweder wird die Vorkaufsbelastung durch die Vormerkung kraft Gesetzes subjektiv-verdinglicht, oder sie betrifft trotz der Vormerkung nur den Vertragspartner (und dessen Universalsukzessor), im hievor (lit. a) umschriebenen Sinne. Nun zwingt aber weder der Wortlaut des Gesetzes, noch dessen Entstehungsgeschichte⁸, noch die Interessenlage oder ein Verkehrsbedürfnis zur Annahme, daß das Gesetz mit der Vormerkung die subjektive Verdinglichung der Belastung verbinde. Im Gegenteil: *Es steht fest, daß die Vormerkung den persönlichen Charakter des Rechts nicht ändert*. So hat das Bundesgericht mehrfach entschieden, wenn auch in anderem Zusammenhang (BGE 44 II 370 = Praxis 7 Nr. 150 = ZBGR 3 S. 116 Nr. 27, BGE 53 II 394 = Praxis 17 Nr. 6 = ZBGR 9 S. 94 Nr. 26, BGE 54 II 435 = Praxis 18 Nr. 2 = ZBGR 36 S. 83 Nr. 12 mit Bezug auf ein Kaufsrecht, 82 II 582 = ZBGR 38 S. 290): Die Vormerkung begründet kein dingliches Recht; die Bedeutung des Art. 681 ZGB erschöpft sich darin, "bei allfälligem vertragswidrigem Verhalten des Verpflichteten die Realexekution" zu ermöglichen (BGE 53 II 394 = Praxis 17 Nr. 6 = ZBGR 9 S. 94 Nr. 26)⁹. Der persönliche Charakter des Vorkaufsrechtes würde aber in sein Gegenteil verkehrt, würde man der Vormerkung die von der herrschenden Meinung beigelegte weitergehende Wirkung zubilligen. Das angeblich "persönliche" Recht hätte dann sogar einen stärkeren Inhalt als das dingliche Vorkaufsrecht des deutschen Rechts, das sich, mangels anderer Abrede, einzig auf den Fall des Verkaufs durch den ersten Eigentümer oder dessen Erben [74] beschränkt (§ 1097 BGB). Gerade darin besteht der persönliche Charakter eines (vertraglichen) Rechts, daß es einzig den ursprünglichen Vertragspartner (und dessen Universalsukzessor) belastet (vgl. hievor Ziff. I, 1). Soll daher die Vormerkung den persönlichen Charakter wahren, so kann ihre Wirkung nur darin bestehen, diese Belastung im Sinne einer "Realexekution" (BGE 53 II 394 = Praxis 17 Nr. 6 = ZBGR 9 S. 94 Nr. 26) auch gegenüber einem neuen Eigentümer durchzusetzen (falls beim Belasteten der Vorkaufsfall eingetreten ist). Insofern besteht das Recht (wegen der Vormerkung) gegenüber jedem Eigentümer. Wechselt dagegen der Eigentümer (durch Singularsukzession), ohne daß beim Vorkaufsbelasteten

⁶ Schmid, Das Vorkaufsrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 7, Basel 1934, S. 73; im gleichen Sinne Liver, N. 154 der Einleitung zum 21. Titel des ZGB, unter Heranziehung des Begriffes der Realobligation.

⁷ Für die erste Alternative Ostertag, N. 33 und Homberger, N. 43 zu Art. 959 ZGB; für die zweite Leemann, N. 89 zu Art. 681 ZGB und Haab, N. 19 zu Art. 681/82 ZGB, ferner Meier-Hayoz, a.a.O., S. 336.

⁸ Vgl. Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB, 2. Aufl., S. 97.

⁹ Zur Frage, ob die Vormerkung die Vorkaufsbelastung subjektiv-verdingliche, so daß auch bei einem spätern Eigentümer ein Vorkaufsfall eintreten könne, hat das Bundesgericht in keinem Urteil, das in der amtlichen Sammlung veröffentlicht ist, Stellung genommen. Wohl aber hat es in einem unveröffentlichten Urteil vom 7. November 1940 (vgl. ZBGR 25 S. 222 f.) erklärt, das Vorkaufsrecht könne "in dem Sinne vorgemerkt werden, daß es während der Dauer der Vormerkung bei einem beliebigen, vom ersten oder einem späteren Erwerber abgeschlossenen Verkauf ausgeübt werden könne", und zwar sei diese Willensmeinung im Zweifel zu vermuten. Indessen widerspricht diese Annahme offensichtlich den Grundsätzen, von denen das Gericht in den im Text erwähnten Urteilen ausgegangen ist.

der Vorkaufsfall eingetreten ist oder ohne daß der Berechtigte sein Recht fristgerecht ausgeübt hat, so geht das Vorkaufsrecht trotz der Vormerkung unter, weil es eben als persönliches Recht nur den alten Eigentümer (und dessen Universalsukzessor) belastet.

Nimmt man diesen Standpunkt ein, so vereinfacht sich die Lage bei der *Zwangsverwertung*. Bei ihr liegt nicht nur kein Vorkaufsfall vor, sondern ein Eigentümerwechsel, der das Vorkaufsrecht unter allen Umständen beendet, weil der Ersteigerer nicht aus dem Vorkaufsvertrag verpflichtet wird. Art. 51 VZG, der grundsätzlich die Überbindung des vorgemerkten Vorkaufsrechtes auf den Ersteigerer vorsieht, hat nur den Sinn einer Vorsichtsregel: Die "Überbindung" muß stattfinden, weil weder durch das Gesetz noch durch die Rechtsprechung abgeklärt ist, ob das Vorkaufsrecht dank der Vormerkung die Zwangsverwertung überdauern kann.

III Die Grundbuchführung mit Bezug auf das vertragliche Vorkaufsrecht

1. *Die Vormerkung* wird grundsätzlich – abgesehen vom Fall, da sie durch richterliches Urteil angeordnet werden muß – gestützt auf eine (schriftliche und unbedingte) *Anmeldung* des Eigentümers vorgenommen (ZBGR 16 S. 231). Rechtsgrundausschweis bildet der Vorkaufsvertrag, der auch die Vereinbarung der Vormerkung enthalten muß (BGE 83 II 14 = Praxis 46 Nr. 40 = ZBGR 38 S. 294 Nr. 55). Wurde diese gesondert verabredet, so ist sie ebenfalls schriftlich zu belegen.

Der Grundbuchverwalter hat vor allem zweierlei zu *prüfen*: In erster Linie die *Vormerkungsfähigkeit*: Es muß ein Vorkaufsrecht vereinbart sein, und nicht ein anderes Kaufsrecht (vgl. BGE 56 I 198 = Praxis 19 Nr. 121 = ZBGR 14 S. 31 Nr. 13), ferner ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück. Gleichgültig ist, ob sich das Recht auf eine ganze Liegenschaft bezieht oder auf den räumlichen Teil einer Liegenschaft (BGE 81 II 506 = Praxis 45 Nr. 9 = ZBGR 37 S. 165 Nr. 41), gleichgültig auch, ob schon andere Vorkaufsrechte vorgemerkt sind.

[75] Sodann ist zu prüfen, ob der Vertrag das vorzumerkende Recht *genügend klar und vollständig umschreibt*. Namentlich in zwei Fällen hat der Grundbuchverwalter Anlaß, in dieser Hinsicht streng zu sein: Einmal dann, wenn für den Vorkäufer andere (günstigere) Bedingungen gelten sollen als für den Drittkäufer. Denn in diesem Fall muß der Vorkaufsvertrag einen öffentlich-beurkundeten Vertrag ersetzen, sofern es zum Vorkauf kommt (hievori Ziff. I, 2). Ferner dann, wenn zu Lasten des Grundstückes andere Vorkaufsrechte vorgemerkt sind oder werden sollen. Alsdann ist das gegenseitige Verhältnis dieser mehreren Rechte klarzustellen, z. B. ob das eine Recht dem andern vorgeht oder ob die Berechtigten den Vorkauf nur gemeinsam erklären können.

Der *Vormerkungseintrag im Hauptbuch* umfaßt die Bezeichnung des Rechtes als "Vorkaufsrecht", das Datum der Anmeldung und die Verweisung auf die Belege (Art. 77 GVo). Die von Art. 71 Abs. 2 GVo verlangte Angabe der Bedingungen kommt nur für das übertragbare und für das limitierte Vorkaufsrecht in Frage, die Angabe der Zeitdauer nur dann, wenn eine solche überhaupt vereinbart ist und weniger als 10 Jahre beträgt (offen gelassen in BGE 44 II 373 = Praxis 7 Nr. 150 = ZBGR 3 S. 121). Die Angabe des Vorkaufsberechtigten kann nur im Sinne einer Ordnungsvorschrift verlangt werden. Ist das Vorkaufsrecht übertragbar, so kann das Recht ohne Änderung der Vormerkung übertragen werden.

2. *Die Löschung der Vormerkung* erfolgt von Amtes wegen, wenn der Berechtigte Eigentümer des Grundstückes wird, ferner dann, wenn die allenfalls vorgemerkte Zeitdauer abgelaufen ist oder die Vormerkung seit 10 Jahren besteht (Art. 72 GVo); doch ist der Grundbuchverwalter nicht verpflichtet, nach solchen Vormerkungen zu fahnden¹⁰. Nimmt er eine Löschung vor, so hat er dies den "Beteiligten" mitzuteilen (Art. 969 ZGB), nämlich dem bisher Berechtigten und dem Eigentümer.

¹⁰ *Gonvers-Sallaz*, Le registre foncier suisse, Lausanne 1938, N. 3 zu Art. 72 GVo.

In allen andern Fällen bedarf es zur Löschung der Bewilligung des Vorkaufsberechtigten.

3. *Die Eintragung eines neuen Eigentümers* bei einem Grundstück, zu dessen Lasten ein Vorkaufsrecht vorgemerkt ist. Hier sind vier Fälle zu unterscheiden (wobei immer vorausgesetzt wird, daß der Grundbuchverwalter nicht zugleich –auf Grund kantonalen Rechts – Urkundsperson ist).

a) *Der erste Fall* ist der des *Vorkaufs*: Der Vorkaufsberechtigte soll als Eigentümer eingetragen werden, gestützt auf die Ausübung seines Rechtes und an Stelle des Vorkaufsbelasteten.

[76] Die *Anmeldung* hat auch in diesem Fall, wie allgemein (Art. 963 Abs. 1 ZGB), vom Eigentümer auszugehen, nicht etwa vom Vorkäufer. Grundbuchrechtlich ergeben sich nur zwei Besonderheiten. Die erste wurde schon erwähnt (hievor Ziff. 2): Mit der Eintragung des Eigentümers ist zugleich die Vormerkung von Amtes wegen zu löschen. Die andere betrifft den *Rechtsgrundaussweis*. Vorzulegen ist nicht ein öffentlich-beurkundeter Vertrag zwischen Eigentümer und Vorkäufer, sondern der Vertrag zwischen Eigentümer und Drittkäufer, außerdem die Ausübungserklärung des Vorkäufers (ZBGR 2 S. 163; 30 S. 199 f.; 31 S. 264). Hiezu ist dreierlei zu bemerken.

Einen öffentlich-beurkundeten Vertrag zwischen Verkäufer und Vorkäufer braucht es als Ausweis für die Eintragung des Vorkäufers selbst dann nicht, wenn der Vorkäufer (auf Grund des Vorkaufsvertrages) zu andern Bedingungen kauft als der Drittkäufer. Sofern aber wegen des Vorkaufes noch Grundpfandrechte, Grundlasten, Nutznießung oder Wohnrechte begründet werden sollen, die aus dem Vertrag mit dem Dritten nicht hervorgehen, so bedarf es hiefür m. E. einer besondern öffentlichen Urkunde (gestützt auf Art. 799 Abs. 2, 746 Abs. 2 ZGB usw.).

Wurde die Ausübung des Vorkaufsrechtes nur mündlich erklärt (was zulässig ist, vgl. hievor Ziff. I, 2), so muß die Erklärung dem Grundbuchverwalter schriftlich belegt werden; der Beleg muß zum mindesten die Unterschrift des Vorkäufers tragen.

Nicht zum Rechtsgrundaussweis gehört eine Erklärung des Drittkäufers, daß er das Vorkaufsrecht und dessen Ausübung anerkenne. Wohl aber hat der Grundbuchverwalter dem Drittkäufer die Eintragung des Vorkäufers mitzuteilen, wie übrigens auch dem Vorkäufer selber.

b) *Der zweite Fall* ist nur eine Abart des ersten: Der Vorkäufer soll als Eigentümer eingetragen werden, gestützt auf eine Ausübungserklärung, aber erst, nachdem ein Dritter aus irgendeinem Grunde als Eigentümer eingetragen wurde. In diesem Fall wirkt sich der Vormerkungsschutz aus (hievor Ziff. II, 2a): Der Vorkäufer hat das Recht, an Stelle des Dritten Eigentümer zu werden. Gewöhnlich wird es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommen. Notwendig ist dies aber nicht. Der Vorkäufer kann ohne richterliches Urteil eingetragen werden, wenn der Dritte (der neue Eigentümer) eine entsprechende Anmeldung vorlegt. Als Rechtsgrundaussweis dient auch hier der Vertrag zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Drittkäufer, ferner die Ausübungserklärung. Es braucht nicht etwa ein öffentlich-beurkundeter Vertrag zwischen dem neuen Eigentümer und dem Vorkäufer vorgelegt zu werden.

c) *Der dritte Fall* ist der folgende: An Stelle des vorkaufsbelasteten Eigentümers soll ein Dritter als Eigentümer eingetragen [77] werden, und zwar gestützt auf einen Rechtsgrund, der keinen Vorkaufsfall darstellt, z. B. auf Grund von Erbteilung, Schenkung, Einbringung in eine Gesellschaft, Zwangsverwertung. Diese Eintragung ist wie gewöhnlich vorzunehmen. Der Vorkaufsberechtigte braucht nicht zuzustimmen. Wohl aber ist ihm die Eintragung des neuen Eigentümers mitzuteilen. Soweit es sich in diesem Falle nicht um eine Universalsukzession handelt (und nicht um ein Rechtsgeschäft, durch welches das Vorkaufsrecht umgangen werden soll), geht das Vorkaufsrecht nach dem hievor Gesagten (Ziff. II, 2) unter, trotz der Vormerkung. Gleichwohl ist die Vormerkung nicht etwa von Amtes wegen zu löschen. Denn diese Löschung ist nirgends vorgeschrieben. Es ist am neuen Eigentümer, die Vormerkung zu beseitigen, und zwar so, daß er gegen den vorgemerkten Berechtigten auf Erteilung der Löschungsbewilligung wegen Untergangs des Rechtes klagt.

d) *Der vierte Fall* hat am meisten zu reden gegeben: Der vorkaufsbelastete Eigentümer verlangt die

Eintragung eines Dritten als Eigentümer, gestützt auf einen Kaufvertrag mit diesem; es liegt also ein Vorkaufsfall vor; trotzdem soll nicht der Vorkaufsberechtigte, sondern der Dritte eingetragen werden. In diesem Fall ist die Lage klar, wenn der Anmeldung eine Erklärung des Berechtigten beiliegt, wonach er auf die Ausübung seines Rechtes verzichte. Alsdann kann der Dritte ohne weiteres eingetragen werden. Die Vormerkung ist aber nicht zu löschen, aus dem gleichen Grunde wie im dritten Falle (lit. c), es sei denn, daß in der Verzichtserklärung auch die Löschung verlangt wird.

Wie aber, wenn der Anmeldung des Eigentümers kein Verzicht des Vorkaufsberechtigten beiliegt? Sicher ist in diesem Falle folgendes: *Der Grundbuchverwalter ist nicht verpflichtet*, ja nicht einmal berechtigt, an Stelle des Vorkaufsbelasteten *dem Berechtigten den Vorkaufsfall mitzuteilen* (es sei denn, er sei zugleich Urkundsperson und nach kantonalem Recht zur Mitteilung ermächtigt oder verpflichtet). Ferner ist es nicht Sache des Grundbuchverwalters, den Vorkaufsberechtigten aufzufordern, er möge erklären, ob er das Vorkaufsrecht ausübe. Noch weniger ist die Androhung am Platze, daß der Dritte eingetragen werde, wenn sich der Berechtigte nicht innert einer bestimmten Frist äußere.

Zu prüfen bleibt eine einzige Frage: *Darf und muß der Grundbuchverwalter die Eintragung des Dritten so lange verweigern, bis der anmeldende Eigentümer nachgewiesen hat, daß der Vorkaufsberechtigte sein Recht nicht ausübt?* Dabei muß man sich darüber klar sein, daß die Nichtausübung nur bewiesen werden kann durch eine entsprechende Erklärung des Vorkaufsberechtigten, und daß diese hinausläuft auf eine Zustimmung zur Eintragung des Drittkäufers.

[78] Das Bundesgericht hatte diese Frage noch nie zu entscheiden. Das Eidg. Grundbuchamt hat bis jetzt eine Stellungnahme vermieden (ZBGR 35 S. 107). M. E. ist wie folgt zu überlegen: Das Gesetz enthält keine einschlägige Vorschrift. Die Pflicht des Grundbuchverwalters, das vorgemerkte Vorkaufsrecht von Amtes wegen zu beachten, müßte deshalb aus allgemeinen Regeln des Grundbuchrechts abgeleitet werden. Dafür besteht aber kein Grund.

Nicht stichhaltig ist einmal das folgende Argument: Solange die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes nicht feststehe, sei entweder der Vertrag mit dem Drittkäufer bedingt oder doch die Anmeldung der Eintragung des Drittkäufers, so daß der Dritte wegen dieser Bedingtheit nicht eingetragen werden könne¹¹. In Wirklichkeit sind die Vertragserklärungen von Verkäufer und Käufer unbedingt. Zwar ist die Ausübung des Vorkaufsrechtes bei Abschluß des Vertrages ungewiß, aber die Ungewißheit gehört nicht zum Inhalt der Vertragserklärungen, da diese gleichwohl unbedingt abgegeben werden. Was sodann die Anmeldung betrifft, so kann sie natürlich bedingt sein, in dem Sinne, daß der Dritte nur dann als Eigentümer eingetragen werden soll, wenn die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes feststeht; alsdann ist die Anmeldung abzuweisen (Art. 12 Abs. 1 GVo). Keineswegs ist aber jede Anmeldung in diesem Sinne bedingt. Gerade der Vorkaufsbelastete, der das Vorkaufsrecht verletzen will, reicht eine unbedingte Anmeldung ein.

Nicht stichhaltig ist auch die weitere Erwägung, das Eigentum könne nicht gültig übertragen werden, solange die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes nicht feststehe¹². Denn die Vormerkung hat weder den Sinn einer Verfügungssperre – schon gar nicht einer Sperre, welche die Unwirksamkeit trotzdem vorgenommener Verfügungen zur Folge hätte –, noch wandelt sie das persönliche Vorkaufsrecht in ein dingliches Recht, das dem Eigentum entgegensteht (hievon Ziff. II, 2). Sie bewirkt nur, daß die Vertragsverletzung, die der Belastete durch die Übereignung an den Dritten begeht, auch gegenüber dem Eingetragenen geahndet werden kann. Dieser Eingetragene ist aber Eigentümer. Der Wortlaut von Art. 681 Abs. 1 und Art. 959 Abs. 2 ZGB ist in dieser Hinsicht klar: Das Vorkaufsrecht besteht während der Dauer der Vormerkung "gegenüber jedem Eigentümer", die Vormerkung wirkt gegenüber einem "später erworbenen Rechte". Daraus muß geschlossen werden, daß ein gültiger Erwerb trotz der Vormerkung möglich ist.

¹¹ So insbesondere MBVR 18 S. 203 = ZBGR 1 S. 115 Nr. 40.

¹² So *Homberger*, im Anschluß an *Guhl*, N. 37 zu Art. 959 ZGB, desgleichen *Haab* N. 46 zu Art. 681/82 ZGB.

Somit hat der Grundbuchverwalter sicher *keine gesetzliche Pflicht, den Drittkäufer nicht einzutragen*, solange die [79] Nichtausübung des vorgemerkten Vorkaufsrechtes nicht feststeht. Er hat einzig die Pflicht, dem Berechtigten diese Eintragung (nach ihrer Vornahme) mitzuteilen.

Damit ist aber die weitergehende Praxis, die in einigen Kantonen von den Aufsichtsbehörden angeordnet wurde¹³, nicht schlechthin verurteilt. Vielmehr ist zweierlei zu überlegen: Der Vorkaufsbelastete ist von Gesetzes wegen verpflichtet, dem Berechtigten den Vorkaufsfall mitzuteilen (Art. 681 Abs. 2 ZGB). Und es dient der Grundbuchklarheit, wenn eine Eintragung unterbleibt, die innert kurzem wieder beseitigt werden muß. Daher ist es vor dem Gesetz *zu verantworten, wenn auch vom Gesetz nicht gefordert, daß der Grundbuchverwalter die Eintragung in drei Fällen vorläufig verweigert*: 1. Solange der Vorkaufsbelastete nicht nachweist, daß er die Mitteilungspflicht erfüllt hat. 2. Solange die Monatsfrist seit der (nachgewiesenen) Mitteilung nicht abgelaufen ist. 3. Wenn der Grundbuchverwalter von einer rechtzeitigen Ausübungserklärung Kenntnis erhält. In allen diesen Fällen geschieht dem Vorkaufsbelasteten kein Unrecht, wenn die Eintragung (vorläufig) unterbleibt. Zu weit geht es dagegen, in jedem Fall die Eintragung solange zu verweigern, bis ihr der Vorkaufsberechtigte zustimmt. Dann hätte die Vormerkung den Charakter einer Grundbuchsperrung. Ja selbst in den drei erwähnten Fällen darf die Eintragung dann nicht mehr verweigert werden, wenn der Vorkaufsbelastete behauptet – und zwar nicht offensichtlich grundlos –, es liege kein Vorkaufsfall vor, oder das Vorkaufsrecht sei trotz der Vormerkung untergegangen, oder eine allfällige Ausübungserklärung sei verspätet.

Die dargelegte Ansicht entspricht nicht nur der beschränkten Wirkung der Vormerkung, sondern auch dem Grundsatz, daß sich der Grundbuchverwalter möglichst wenig in die Rechtsbeziehungen der Beteiligten einmischen soll.

Möge es der Rechtsprechung beschieden sein, in den nächsten Jahren wenigstens die wichtigsten Fragen, die das Gesetz offen läßt, zu entscheiden und so die Ungewißheiten zu beseitigen, die den Rechtsverkehr seit langem unliebsam belasten.

¹³ Vgl. die Angaben bei *Meier-Hayoz*, a.a.O., S. 337.