Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 39 (1920)

Artikel: Zum Vorkaufsrechte des ZGB

Autor: Simonius, August

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895825

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 16.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Zum Vorkaufsrechte des ZGB.

Von Professor Dr. August Simonius in Basel.

Materien, über deren Regelung im Einzelnen Bestimmtes auszusagen ZGB und OR der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen, sind Kaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufsrecht.

OR Art. 216 enthält darüber nur Formvorschriften. In ZGB Art. 681, 683 und 959 wird die Vormerkung dieser Rechte im Grundbuche vorgesehen. Art. 682 erwähnt dann noch ein gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht des Miteigentümers.

Die gestellte Aufgabe wird dadurch erleichtert, dass sich über die genannten Begriffe im Laufe des 19. Jahrhunderts eine communis opinio der Juristen gebildet hat; von dieser weicht das ZGB nur zum Teil ab. So konnten auch die ausführlicheren Bestimmungen im Entwurfe des OR von 1905 fallen gelassen werden.

Ausserdem gilt für die Errichtung dieser Rechte der Grundsatz der Vertragsfreiheit. — Verträge, die ein Kaufsrecht oder ein Rückkaufsrecht an einem Grundstücke begründen, bedürfen, wie alle Verträge und Vorverträge, welche den Kauf einer Liegenschaft zum Gegenstande haben, der öffentlichen Beurkundung (OR 216). So wird es erst dann wichtig sein zu wissen, ob ein Kaufs- oder ein Rückkaufsrecht vorliegt, wenn es sich darum handelt, das Recht im Grundbuche vorzumerken, oder für den Eintritt besonderer Umstände ergänzende Rechtssätze zu bilden.

Das Vorkaufsrecht dagegen darf auch in bloss schriftlicher Form begründet werden (216, 3). Die Entscheidung

schon über die Gültigkeit des obligatorischen Vertrages kann also von der Begriffsbestimmung abhängen. Art. 681 ZGB gibt aber für diese Begriffsbestimmung Anhaltspunkte: die Vormerkung bezweckt nur Wirkung des obligatorischen Rechtes gegen Dritte; was in Art. 681 über den Inhalt des Rechtes ausgesagt wird, gilt auch für das obligatorische Recht.

Von den bekannten Begriffen ausgehend, hat die Wissenschaft, zum Teil auch in Anlehnung an ausländisches Recht, die notwendigsten ergänzenden Rechtssätze bilden können; bisher sind dabei nur wenige Streitfragen aufgetaucht (vergl. die Kommentare von Wieland, Leemann, Ostertag, Oser, Fick, Leemann, Schweiz. Jur.-Ztg. X 171 ff.; Allgäuer, Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht, Diss. Zürich, 1918).

Auch das Bundesgericht hat schon in mehreren Urteilen Stellung genommen (vergl. unten).

Und doch hat die Behandlung eines einfachen Vorkaufsvertrages, welcher im Herbste 1918 die Verwaltungsbehörden von Basel-Stadt beschäftigte, gezeigt, dass damit noch nicht alles getan ist, dass bei der Bildung ergänzender Rechtssätze auf zweierlei mehr als bisher zu achten sein wird:

einmal darauf, dass eine feste, auf gewichtige rechtspolitische Gründe sich stützende kantonale Praxis durch lediglich auf logisch deduktivem Wege gewonnene Rechtssätze kaum wird geändert werden können,

und dann darauf, dass „Vorkaufsrecht“ nunmehr (dasselbe gilt von Kaufs- und Rückkaufsrecht, die hier nicht zu behandeln sind) ein Rechtsverhältnis bezeichnet, welches, von seiner Zweckbestimmung durch überragende Verhältnisse losgelöst, sehr verschiedenen wirtschaftlichen Zwecken dienen kann, und dass darum ergänzende Sätze, wenn sie nicht zu abstrakt und deshalb oft unrichtig sein sollen, auf die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten Rücksicht zu nehmen haben.

In einem schriftlichen Mietvertrage hat A, Eigentümer einer kleinen Villa, seinem Mieter B. das Recht des Vorkaufes um 30,000 Fr. eingeräumt.

Darauf verkauft A das Grundstück um 32,000 Fr. an C; der Kaufvertrag wird vom Notar beurkundet; es ergeht Anzeige an B; dieser will sein Recht zum vereinbarten Preise ausüben.

Nun behauptet A, unter „Vorkaufsrecht" im Sinne des Art. 216, 3 sei nur die Befugnis zu verstehen, in sämtliche Bedingungen des Kaufes mit dem Dritten einzutreten; nur soweit sei der schriftliche Vertrag gültig; die Vereinbarung des Preises dagegen müsse, um gültig zu sein, notarialisch beurkundet werden.

B erklärt sich schliesslich bereit, sein Vorkaufsrecht unter den mit C verabredeten Bedingungen auszuüben. Der Notar fügt nun dem Kaufvertrage zwischen A und C eine Verkaufserklärung des A an B und eine Kaufserklärung des B hinzu.

Der Kauf wird dann gemäss § 5 des baselstädtischen Gesetzes über die Handänderungssteuer bei der Staatskasse angemeldet.

Dieser § 5 bestimmt, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Handänderungssteuer schon nach der Beurkundung eines Kaufvertrages durch den Notar eintrete, verpflichtet die Notare selbst zur Anmeldung und setzt endlich fest, dass Aufhebung des Kaufvertrages vor der Erfüllung von der Steuer nicht befreie.

Gestützt auf diese Bestimmung verlangt nun die Steuerbehörde doppelte Bezahlung der Steuer; es seien da zwei Kaufverträge vorhanden, der eine zwischen A und C, welcher dann aufgehoben wurde, der andere zwischen A und B. Gegen diesen Entscheid rekurrieren die Beteiligten an das Finanzdepartement mit der Begründung, dass nur ein Kaufvertrag vorliege, in welchen an Stelle des C kraft seines Vorkaufsrechtes B eingetreten sei.

Diesen Rekurs hat die Justizkommission zu begut-

achten; sie empfiehlt einstimmig Annahme, und zwar aus Gründen des Steuerrechtes: das Gesetz will die wirkliche Handänderung besteuern; die Bestimmungen des § 5 sollen nur die Erhebung der Steuer sichern und insbesondere einen Liegenschaftsverkehr unter Umgehung der Steuer auf Grund gültiger, jedoch nicht erfüllter Kaufverträge verhindern. Für die Ausübung eines Vorkaufsrechtes aber ist der gültig abgeschlossene, nachher wieder aufgehobene Kaufvertrag mit dem Dritten notwendige Bedingung; von vorneherein ist hier nur eine Veräusserung beabsichtigt; deshalb ist auch die Steuer nur einmal zu erheben.

Über die privatrechtliche Bedeutung des Vorkaufsvertrages jedoch, demnach über die Frage, ob das Vorgehen der Beteiligten und namentlich die Art der Beurkundung dem Gesetze entsprach, waren in der Kommission die Ansichten geteilt. Dies gab mir Anlass zu einem Referate über das Vorkaufsrecht im Juristenvereine, und da zeigte die Diskussion dasselbe Bild.

Gegen zwei Folgerungen aus dem neuen Gesetze opponierten die anwesenden Praktiker fast einstimmig: gegen die Möglichkeit, ein Vorkaufsrecht zu einem bestimmten Preise in einem nur schriftlichen Vertrage einzuräumen und gegen die Entbehrlichkeit der öffentlichen Beurkundung für die Eintrittserklärung des Vorkaufsberechtigten.

Auf diese zwei Fragen möchte ich hier zurückkommen.

Vorher sei noch folgendes erwähnt: In Anbetracht dessen, dass bisher in Kaufsfällen nur auf Grund notarialischer Urkunden Eintragungen im Grundbuche vorgenommen wurden (Gesetz über Einrichtung des Grundbuchs § 7, Gesetz über Einführung des OR § 2), während jetzt das revidierte OR den Vorkaufsvertrag in nur schriftlicher Form vorsieht, erliess die Justizkommission im Anschluss an die Behandlung des erwähnten Falles eine Weisung an das Grundbuch des Inhaltes, dass für die

Eintragung des Vorkaufsberechtigten als Eigentümer zum Nachweise des Rechtsgrundes zu fordern seien: der schriftliche Vorkaufsvertrag, der notarialisch beurkundete Kaufvertrag mit dem Dritten (die öffentliche Beurkundung besorgen in Basel die Notare) und die Erklärung des Berechtigten, dass er sein Vorkaufsrecht ausübe. Die Frage, ob diese Erklärung in notarialischer Form zu geschehen habe, liess die Kommission offen, da sie sich darüber nicht geeinigt hatte.

Das Grundbuch wird nun aber in Zukunft, der bisherigen Übung gemäss, notarialische Beurkundung dieser Erklärung verlangen.

I.

Können für den Vorkaufsberechtigten in einem nur schriftlichen Vorkaufsvertrage besondere Bedingungen gültig verabredet werden?

Wenn man sich an den Wortlaut des Gesetzes hält, ist die Frage zu bejahen.

Nach Art. 681 I besteht das Vorkaufsrecht gegenüber jedem Eigentümer zu den vorgemerkten Bedingungen. Diese Bestimmung bezieht sich auf den Inhalt des vorzumerkenden obligatorischen Rechtes. Demnach gilt für dessen Begründung die Formvorschrift des Art. 216 III OR. Damit erfährt der Begriff des Vorkaufsrechtes eine Erweiterung: bisher verstand man darunter die Befugnis, durch einseitige Willenserklärung einen gültigen Kaufvertrag mit dem Vorkaufsverpflichteten zur Entstehung zu bringen über einen Gegenstand, den dieser einem Dritten gültig verkauft hat, und zu den Bedingungen, die mit dem Dritten vereinbart worden sind (vergl. auch BGB 504 ff., 1094 ff.).

In dieser Form stellt sich das Vorkaufsrecht als Ergebnis der historischen Entwicklung dar. Bekanntlich geht es auf die deutschrechtlichen Zug- oder Näherrechte zurück, die zunächst als gesetzliche die dingliche

Gebundenheit einer Liegenschaft zugunsten bestimmter Personen bedeuten als Äusserung eines umfassenderen, etwa verwandtschaftlichen, genossenschaftlichen oder ähnlichen Rechtsverhältnisses, in welchem der Zugberechtigte zum Eigentümer steht. Unter den mannigfaltigen Formen überwiegt schliesslich die, wonach der zum Retrakt Berechtigte mit der Ausübung seines Rechtes zuwarten darf, bis der Eigentümer an einen Dritten verkauft hat, und wonach er, was die Bedingungen des Kaufes anbetrifft, „in die Fusstapfen des Käufers zu treten hat". Was letzteres anbetrifft, so ist bei einem gesetzlichen Zugrechte nichts anderes denkbar. — Das ist dann auch die vorherrschende Form beim gewillkürten dinglichen Vorkaufsrechte, welches vertraglich zugunsten eines Beliebigen bestellt werden kann. Den gleichen Inhalt gibt die Doktrin des römischen Rechtes mit Vorliebe dem rein obligatorischen Vorkaufsrechte; doch gestattet der aufkommende Grundsatz der Vertragsfreiheit Abreden auch andern Inhaltes; das dingliche Vorkaufsrecht ist dieser Doktrin zuwider, da es nicht in das System der iura in re aliena passt; dennoch bleibt es zunächst bestehen; ebensowenig fallen die gesetzlichen Zugrechte den ihnen abgeneigten naturrechtlichen Lehren von der Freiheit des Eigentumes sogleich zum Opfer.

Noch der Stadt Basel „Statuta und Gerichtsordnung" von 1719 überlassen das Vertragszugrecht der Willkür der Kontrahenten („es kan derenthalben kein gewisse Ordnung gesetzt werden," 335) und erwähnen von gesetzlichen Zugrechten die des Miteigentümers, des Bürgers und der Verwandten.

Die helvetische Gesetzgebung von 1798 bis 1801 beseitigt diese Rechte mehrere Male „gänzlich", ohne allerdings durchzudringen (vgl. Strickler, Akten-S. d. Helvetik, VII 197 ff.); das gewillkürte dingliche Vorkaufsrecht ist in Basel erst durch das Gesetz betreffend Beschränkung der Zugrechte von 1859 endgültig abge-

schafft worden; erhalten blieb das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers eines Grundstückes (vgl. §§ 1 u. 7 d. betr. Ges.).

§ 767 des Entwurfs eines Zivilgesetzes für den Kanton Baselstadt von 1865 erwähnt das Vorkaufsrecht zunächst nur, um die dingliche Wirkung abzulehnen; für das obligatorische Vorkaufsrecht nimmt der Entwurf den Standpunkt des gemeinen Rechtes ein. Dieser gemeinrechtliche Begriff des Vorkaufsrechtes hat nunmehr aber einem neuen Bedürfnisse zu dienen.

Seit der Einführung des Grundbuches (Ges. über Einr. d. Grundbuchs von 1860, § 7; Einf.-Ges. z. OR § 2) können Kaufverträge über Grundstücke nicht anders als in notarieller Form gültig abgeschlossen werden.

Soll nun die übliche Einräumung eines Vorkaufsrechtes in einem schriftlichen Mietvertrage unwirksam sein? Man behilft sich mit einer Konstruktion: Ist dem Berechtigten nur ein „Vorkaufsrecht" gegeben, d. h. die Befugnis, in die dem dritten Käufer gestellten Bedingungen einzutreten, so liegt kein „Kaufvertrag" vor, weil der Verkäufer noch kein festes Verkaufsversprechen abgibt, sondern nur verspricht, den Berechtigten, sollte es zu einem Verkaufe kommen, andern Kauflustigen vorzuziehen; dafür ist schriftliche Form genügend. (Entsch. des App.Ger. Verw.Ber. 1890 S. 11.)

Die Ausübung des Vorkaufsrechtes dagegen muss durch Erklärung in notarialischer Form geschehen (Ausdrücklich: App.Ger. Verw.Ber. 1897, S. 31); denn für den „eigentlichen" Kaufvertrag zwischen Vorkaufsberechtigten und -Verpflichteten gibt es keine Ausnahme von der allgemeinen Formvorschrift. Die Beurkundung geschieht so, dass entweder die notarialisch beurkundete sogen. Eintrittserklärung des Vorkaufsberechtigten dem beurkundeten Kaufvertrage mit dem Dritten beigefügt wird, oder so, dass der Kaufvertrag mit dem Vorkaufsberechtigten neu beurkundet wird; dann ist die Ausübung des Vorkaufsrechtes als solche nicht mehr sichtbar.

Wird aber ein Vorkaufsrecht zu festem Preise vereinbart, ein sogen. limitiertes Vorkaufsrecht, wodurch der Verpflichtete in stärkerem Masse gebunden wird, so betrachtet man diesen Vertrag bereits als „Kaufvertrag", weil er die Übertragung des Eigentums an der Liegenschaft bezwecke, und verlangt notarialische Form. (App.Ger., Verw. Ber. 1890, S. 10). Man stellt einen solchen Vertrag denjenigen zur Seite, in welchen dem Berechtigten eine unbedingte oder jedenfalls nicht an die Bedingung des Verkaufs an einen Dritten gebundene Befugnis eingeräumt wird, ein Grundstück zu einem bestimmten Preise käuflich zu erwerben. In der Praxis spricht man da von einem „Kaufsrechte".

Die Konstruktion ist zwar willkürlich; denn im limitierten sowohl wie im nichtlimitierten Vorkaufsvertrage wird dem Berechtigten die Befugnis eingeräumt, durch einseitige Willenserklärung einen perfekten Kaufvertrag zustande zu bringen, wenn der gleiche Gegenstand einem Dritten gültig verkauft worden ist, und die Unterscheidung, ob für jenen Vertrag besondere Bedingungen oder die mit dem Dritten verabredeten zu gelten haben, kann somit nur von Bedeutung sein für die Frage, ob die Befugnis ein „Vorkaufsrecht" sei, nicht aber für die, ob der das Recht einräumende Vertrag als Kaufvertrag angesehen werden müsse.

Das praktische Resultat dagegen ist erfreulich: einem wirklichen Bedürfnisse wird Rechnung getragen, und dabei der Grundsatz, dass sämtliche Verträge (und Vorverträge), die den Kauf eines Grundstückes zum Gegenstand haben, notarialisch beurkundet werden müssen (Einf.Ges. zum OR § 2), doch nicht so weit aufgegeben, dass normalerweise deshalb die Gefahr eines Verlustes eintreten könnte. Für den Verkäufer besteht gar kein Risiko; wenn er verkaufen will, hat er zwar dem Vorkaufsberechtigten den Vorzug zu geben; für diesen gelten aber die mit dem Dritten verabredeten Bedingungen. Der Vorkaufsberechtigte dagegen kann bei der Abgabe seiner

notarialisch zu beurkundenden Kaufserklärung von einem Notare beraten werden.

Das limitierte Vorkaufsrecht bedeutet eine schwere Belastung des Eigentümers, die ihn hindern kann, eine günstige Konjunktur auszunützen oder sogar Verbesserungen der Sache vorzunehmen; denn der Berechtigte braucht sich eine Werterhöhung nicht anrechnen zu lassen, sonst wäre die Preisbestimmung sinnlos (a. A. Allgäuer, a. a. O. S. 77 ff.). Lässt man das limitierte Vorkaufsrecht überhaupt zu (das deutsche Recht lehnt es bei Grundstücken ab), so ist jedenfalls hier die Notwendigkeit öffentlicher Beurkundung am Platze. Es ist daher verständlich, wenn sich unsere Praxis gegen die Neuerung des ZGB wehrt.

Geht man nun der Entstehungsgeschichte dieser neuen Bestimmungen im ZGB und im OR nach, so zeigt es sich, dass durch die Erleichterung der Form in OR 216 III einerseits und durch die Erweiterung des Begriffes Vorkaufsrecht in ZGB 681 I andererseits ganz verschiedene Bedürfnisse befriedigt werden sollten.

Mit der Zulassung der nur schriftlichen Begründung des Vorkaufsvertrages in OR 216 III wollte man die bisher übliche Aufnahme in schriftliche Miet- oder Pachtverträge auch in Zukunft anerkennen (vergl. Botschaft betr. Ergänzung des ZGB durch Anf. des OR 1905 S. 25; stenogr. Bull. 1909 S. 565).

Der Vorentwurf des ZGB von 1900 dagegen sah in Art. 681 die Vormerkung eines Vorkaufsrechtes vor nur in der gewohnten Bedeutung einer Befugnis zum Eintritte in die dem Dritten gestellten Bedingungen (vergl. Huber, Erl. S. 535 ff. Dazu Entw. 1904 Art. 672). In der Expertenkommission jedoch (Prot. III S. 61) machte schon 1902 ein Vertreter der Urschweiz auf das Bedürfnis nach einem limitierten Vorkaufsrechte, insbesondere für den Miterben, aufmerksam. Diesem Verlangen bäuerlicher Kreise, die mit stabilen Wertverhältnissen im Liegenschaftsverkehr rechnen können, hat dann die national-

rätliche Kommission durch Aufnahme des limitierten Vorkaufsrechtes in Art. 681 entsprochen (vergl. stenogr. Bull. 1906 S. 539 ff; vergl. auch den später aufgegebenen Art. 1271 OR im Entwurfe von 1905).

Dies war ganz überflüssig; denn die gleiche Kommission führte auch die, von Rossel z. B. (stenogr. Bull. 1906, 541) als zu weit gehende Bindung des Eigentümers getadelte Vormerkung des umfassenden Kaufsrechtes ein (stenogr. Bull. 1906, 539 ff.); damit wäre schon dem erwähnten Bedürfnisse nach einem Vorkaufsrechte zu bestimmtem Preise vollkommen gedient gewesen.

Ohne Rücksicht auf die Erweiterung blieb die ganz andern Erwägungen entsprungene Formvorschrift des Art. 216 III OR in ihrer allgemeinen Fassung stehen. —

Da jetzt also jedes irgendwie bedingte Verkaufsversprechen über ein Grundstück in öffentlicher Beurkundung gültig abgegeben und, sofern die Befugnis des Berechtigten die nötige Bestimmtheit hat (also z. B. Bestimmung oder Bestimmbarkeit des Preises vorliegt, vergl. Oser zu 216), im Grundbuche als „Kaufsrecht" vorgemerkt werden kann, tut man jedenfalls gut, das in leichterer Form zu begründende „Vorkaufsrecht" in der traditionellen Bedeutung aufzufassen, als Befugnis, zu kaufen, wenn der Eigentümer einem Dritten verkauft hat. Die Ausübung lässt man richtigerweise nicht zu, wenn die Veräusserung nicht gegen eine Leistung geschieht, die wie die Geldleistung ihrer Natur nach von jedem bewirkt werden kann, wenn also etwa der Eigentümer tauscht oder schenkt (vergl. Wieland, Leemann zu 681, Ostertag zu 954; zu weit geht Allgäuer a. a. O. S. 110 ff.; über die Ausübung bei Zwangsversteigerung vergl. Ostertag a. a. O.).

Das Bundesgericht hat sogar versucht, über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehend (Praxis II 203), auch insofern auf die traditionelle Bedeutung des Vorkaufsrechtes zurückzukommen, als es die bloss schriftliche Begründung nach Art. 216 III OR nur für das nicht limitierte Vorkaufsrecht gelten lassen wollte, mit der

Begründung, dass das limitierte Vorkaufsrecht dem Kaufsrecht praktisch gleichstehe, und dass alle Gründe, welche für dieses öffentliche Beurkundung verlangen liessen, auch bei jenem vorliegen. Diese Betrachtung war damals für die Entscheidung des Falles übrigens nicht bestimmend (vergl. Praxis a. a. O.), Leemann (Schweiz. Jur.-Ztg. 10, 171) hat ihr gegenüber den Wert einer gesetzestreuen Rechtsprechung betont; es wird jedoch noch kein Bekenntnis zum freien „Imperium" des Richters sein, wenn man angesichts der Entstehungsgeschichte der Art. 681 ZGB und 216 OR unserm obersten Gerichtshofe die Freiheit gestatten möchte, selbst gegen den Wortlaut diesen Bestimmungen den Sinn beizulegen, den ihnen ihre Urheber geben wollten.

Es lässt sich aber fragen, ob Art. 216 III nicht in anderer Weise restriktiv zu interpretieren wäre. Art. 216 III ist „aus Versehen" zu allgemein geraten; da wir aber nicht an die Motive gebunden sind, so hindert uns nichts, aus der fehlerhaften Fassung doch Vorteil zu ziehen: man ging von dem Vorkaufsrechte des Mieters oder des Pächters aus (vergl. oben); könnte deshalb die Gültigkeit des schriftlichen Vorkaufsvertrages nicht auf die Fälle seiner Verbindung mit einem Mietvertrage (eventuell einem Pachtvertrage) beschränkt werden, ob nun ein Preis bestimmt ist oder nicht?

Unter Umständen wird gerade für die Parteien eines Mietvertrages das Bedürfnis bestehen, ein Vorkaufsrecht auch zu einem bestimmten Preise verabreden zu können. Man denke sich als Vermieter einen Bauunternehmer, der sein Grundstück möglichst bald zu verkaufen gedenkt, und als Mieter einen Kauflustigen, welcher aber vorderhand nur mieten will, um sich noch von gewissen Eigenschaften des Objektes überzeugen zu können. Ein solcher Mieter wird sich gerne von seinem Vermieter den Vorkauf zu einem bestimmten Preise versprechen lassen. So lagen die Dinge beim Vorkaufsvertrage, von welchem wir ausgegangen sind. Dagegen sprechen nicht die gleichen

Bedenken wie gegen die Anwendung des Art. 216 III auf das limitierte Vorkaufsrecht im Allgemeinen. Das Rechtsverhältnis ist auf kurze Dauer angelegt, die Belastung des Eigentümers fällt bei Beendigung der Miete weg. Die Schwierigkeiten, welche bei einem limitierten Vorkaufsrechte (auch bei einem Kaufs- oder Rückkaufsrechte) infolge einer erheblichen Verbesserung (oder Verschlechterung) des Grundstückes entstehen können, sind hier weniger zu befürchten; denn es ist der Vorkaufsberechtigte, der das wirtschaftliche Schicksal der Sache bestimmt. Auch für den Berechtigten ist in diesem Falle das Risiko geringer; als Mieter wird er die wirtschaftliche Tragweite besser bemessen können, der Kauf wird ihn oft kaum schwerer belasten als bisher die Miete. Mit Rücksicht auf den Vorkaufsberechtigten gerade liesse es sich dann aber rechtfertigen, für ein nicht in Verbindung mit einer Miete begründetes Vorkaufsrecht auch ohne Preisbestimmung öffentliche Beurkundung zu verlangen; denn an der öffentlichen Beurkundung der „Eintrittserklärung" wird man, wie wir sehen werden, kaum festhalten können.

So wäre für die notwendige einschränkende Auslegung des Art. 216 III die wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufsrechtes entscheidend.

Seit 1912 ist in Baselstadt von der Möglichkeit, ein Vorkaufsrecht im Grundbuch vorzumerken, verhältnismässig oft Gebrauch gemacht worden, und zwar meist zugunsten öffentlicher Verwaltungen oder grösserer wirtschaftlicher Vereine (Konsumvereine), welche Grundstücke für längere Zeit mieten. Bisher sind aber noch nie gemäss Art. 681 für den Vorkaufsberechtigten besondere Bedingungen, etwa ein Kaufpreis, vorgemerkt worden, ein Zeichen, dass allgemein die Bestimmung eines Preises für ein Vorkaufsrecht, welches nicht dem momentanen Bedürfnisse eines Mieters, wie in unserm Falle, zu dienen hat, von den Parteien selbst als unzweckmässig angesehen wird.

II.

Dass bei Ausübung des Vorkaufsrechtes die Erklärung des Berechtigten nicht öffentlich beurkundet zu werden brauche, ist übereinstimmende Ansicht der Kommentare; fast ebenso einstimmig verlangten aber die an der Diskussion teilnehmenden Praktiker notarialische Form. Warum diese nach kantonalem Rechte gefordert wurde, ist oben dargelegt worden.

Das Gesetz schweigt über diesen Punkt im Gegensatz zum deutschen BGB, welches in § 505 ausdrücklich Formlosigkeit gestattet.

Zu ihrem Ergebnisse gelangen die Kommentare auf dem Wege der Konstruktion:

Die Erklärung des Vorkaufsberechtigten ist nicht Bestandteil eines Kaufvertrages, der, wenn den Gegenstand ein Grundstück bildet, nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 216 I öffentlich zu beurkunden wäre. Vielmehr ist der Vorkaufsvertrag selbst ein bedingter Kaufvertrag, dessen Wirksamkeit von dem Eintritte zweier Bedingungen abhängt, zunächst von dem Abschlusse eines gültigen Kaufvertrages mit einem Dritten und dann von der einseitigen Willenserklärung des Vorkaufsberechtigten. Als Erfüllung einer Potestativbedingung geschieht diese nach allgemeinen Grundsätzen formlos. Da jedoch zum Nachweise des Rechtsgrundes Vorlage der „Eintrittserklärung" gehört (ZGB 965, vergl. Ostertag, zu 954), wird wenigstens Schriftlichkeit verlangt.

Auch die in Deutschland jetzt vorherrschende Theorie, welche das Vorkaufsrecht als „Gestaltungsrecht" betrachtet, kommt zu dem gleichen Resultate (vergl. v. Tuhr, Allgem. Teil I, 162, II 458). Ein Gestaltungsrecht ist die Befugnis, mittels einseitiger Handlung ein Rechtsverhältnis zur Entstehung zu bringen, zu ändern oder aufzuheben. So kommt nach dieser Lehre erst durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes, nachdem der Kauf mit dem Dritten abgeschlossen ist, ein gültiger Kaufvertrag

zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten zustande. Der Vorkaufsvertrag selbst aber ist kein Kaufvertrag, sondern ein Vertrag sui generis, durch den das Gestaltungsrecht begründet wird. Solange für die Ausübung eines Gestaltungsrechtes eine Form expressis verbis nicht vorgeschrieben ist, findet sie formlos statt, bei uns also, wenn es sich um Grundstücke handelt, mit Rücksicht auf 965 schriftlich.

Logisch und rechtspolitisch sind beide Theorien gleichwertig (vergl. v. Tuhr, Allgem. Teil a. a. O.); sie schliessen sich übrigens gegenseitig gar nicht aus: jede Erfüllung einer Potestativbedingung ist Ausübung eines Gestaltungsrechtes: Man kann von dem Vorkaufsvertrage ausgehen und behaupten, dieser sei ein bedingter Kaufvertrag, der durch den Eintritt zweier Bedingungen perfekt werde, ebenso gut aber auch von dem Vorkaufsrechte selbst, und dieses als Befugnis bezeichnen, durch einseitige Willenserklärung einen Kaufvertrag neu entstehen zu lassen, sobald der Gegenstand an einen Dritten verkauft worden ist, also als bedingtes Gestaltungsrecht. Gleichgültig ist, ob der Vorkaufsvertrag selbst die näheren Kaufsbedingungen aufweist, oder ob er sie dem Vertrage mit dem Dritten vorbehält.

Die zweite Konstruktion hat bekanntlich der deutschen Rechtsprechung gestattet, die Errichtung des Vorkaufsvertrages in nur schriftlicher Form zuzulassen, während § 313 BGB keine Ausnahme kennt. Doch ist jetzt diese Folgerung wieder aufgegeben worden.

Die auf Grund besonderer Abrede stattfindende Übertragung des Vorkaufsrechtes lässt sich auch von der Theorie des bedingten Kaufvertrages aus „konstruieren", allerdings nicht als Cession, worin v. Tuhr (a. a. O. III 278) einen Hauptvorzug der Gestaltungsrechtstheorie sieht, sondern als Eintritt in das bedingte Kaufsverhältnis.

Die Bezeichnung des Vorkaufsrechtes als Gestaltungsrecht ist am ehesten aus ästhetischen Gründen zu empfehlen: sie ist anschaulich (mag auch die Kategorie

Gestaltungsrecht schon sehr allgemein sein), da sie gerade die zunächst verliehene und nach besonderer Verabredung im Grundbuch vorzumerkende Befugnis, das Vorkaufsrecht selbst, betont; sie wird der historischen Entwicklung auch besser gerecht, ist doch das obligatorische Vorkaufsrecht aus einem beschränkten dinglichen Rechte hervorgegangen.

Die Konstruktion des Vorkaufsvertrages als bedingten Kaufvertrages dagegen zeigt etwas von der Blässe einer romanistischen Schablone; sie löst das Vorkaufsrecht, für die deutschrechtliche Anschauung ein Recht von bestimmter Individualität, in die farblose Befugnis auf, eine Bedingung für die Wirkung eines Kaufvertrages zu setzen. Sie hat aber den Vorzug, sich unserem romanistischen Denken besser anzupassen, und von den Beziehungen der drei entscheidenden Vorgänge, des Vorkaufsvertrages, des Kaufvertrages mit dem Dritten und der „Eintrittserklärung", ein Bild zu geben, welches bei uns allgemein verstanden wird. —

Vor dem Inkrafttreten des ZGB war die notarialische Beurkundung der Eintrittserklärung in Basel gesetzlich vorgeschrieben; jetzt wird sie, wie wir sahen, vom baselstädtischen Grundbuche noch verlangt, wohl auch von den Gerichten; die Praktiker halten allgemein daran fest, und die aus der Konstruktion deduzierten Gegengründe haben ihre opinio necessitatis nicht erschüttert. Wir stehen also hier vor einem Gewohnheitsrechte (vgl. Gmür, Festgabe f. E. Huber, 1919, S. 35 ff.).

Dieses Gewohnheitsrecht besteht nicht eigentlich contra legem; denn auf die Entbehrlichkeit der öffentlichen Beurkundung für die Erklärung des Vorkaufsberechtigten kommt man nur durch Konstruktion; es ist ergänzendes Gewohnheitsrecht, allerdings nur kantonales, und als solches, in dieser Materie, für das Bundesgericht nicht bindend. Die Bildung allgemeineren Gewohnheitsrechtes, dessen Möglichkeit hier nicht weiter zu untersuchen ist, dürfte aber wenig wahrscheinlich sein, ist doch schon die

öffentliche Beurkundung der obligatorischen Kaufverträge über Grundstücke als solche für mehrere Kantone eine Neuerung (vergl. Huber, Schweiz. Priv.R. III S. 45 ff., 204 ff.).

Da nun also das Bundesgericht, wenn es etwa zu entscheiden gilt, ob eine am letzten Tage der Monatsfrist abgegebene nur schriftliche Eintrittserklärung gültig sei, die baselstädtische Gewohnheit kaum anerkennen wird, so hat man in Basel zwischen zwei Möglichkeiten zu wählen:

entweder: man verlangt auch in Zukunft notarialische Form, riskiert aber, dass einmal ein Urteil des Bundesgerichtes diese Praxis breche;

oder: man gibt dem eidgenössischen Rechte gemäss das Erfordernis der Form auf, verzichtet auf deren Vorteile, hat aber die Sicherheit, nicht desavouiert zu werden.

Für letzteres sprechen noch folgende Gründe:

Gegen die zu weite Fassung des Art. 216 III OR ist das Erfordernis notarialischer Form der Eintrittserklärung ein unvollkommenes Mittel; die öffentliche Beurkundung ist oft überflüssig, z. B. wenn der Vorkaufsberechtigte Mieter ist (vergl. oben); ungenügend ist sie aber, wenn es gilt, das Risiko eines limitierten Vorkaufsvertrages auszuschliessen, denn hier ist der Verkäufer zunächst gefährdet. Besser hilft da restriktive Auslegung des Art. 216 III.

Man darf schliesslich auch die Bedeutung der öffentlichen Beurkundung nicht überschätzen. Es werden Verträge von viel grösserer wirtschaftlicher Tragweite formlos abgeschlossen. Da wo ein Beamter die Beurkundung vornimmt, besteht die Sicherung übrigens oft nur darin, dass die Abfassung der Willenserklärung in bestimmter Form die Parteien zu klarer Überlegung zwingen wird. Ganz leichtsinnige Vertragsabschlüsse, etwa im Wirtshause, werden dadurch verhindert. Solche Übereilung ist bei der Ausübung des Vorkaufsrechtes weniger zu befürchten, denn der Vorkaufsberechtigte wird zwischen

dem Abschlusse des Vorkaufsvertrages und der Ausübung des Rechtes gewöhnlich Zeit haben, sich die Sache nochmals zu überlegen.

In Basel pflegen die Notare — und das ist im Allgemeinen von ausgezeichneter Wirkung — als Vertrauensleute der Parteien diese auch über die wirtschaftlichen Folgen der Verträge zu beraten (vgl. Notariatsges. § 2). Angesichts der Tatsache aber, dass seit 1860 (Einführung des Grundbuches und obligatorische notarielle Abfassung aller Kaufverträge über Grundstücke) die Möglichkeit, Rechtsgeschäfte über Mobilien abzuschliessen, die von grösserer wirtschaftlicher Tragweite sind als Verträge über Grundstücke, eher zu- als abgenommen hat, wird man doch im Interesse der Rechtssicherheit mit einem kleinen Einbruch in das bewährte Prinzip sich abfinden können. Das Interesse des Kantons an einer stets gesicherten Erhebung der Handänderungssteuer vollends kann für die Auslegung des eidgenössischen Privatrechtes nicht entscheidend sein.

Die im Vorstehenden behandelten Fragen, welche uns der erörterte Vorkaufsfall hat aufwerfen lassen, sind zwar nicht von grosser Bedeutung; vielleicht haben sie aber doch die beiden eingangs erwähnten Probleme beleuchtet: Berücksichtigung der wirtschaftlichen Faktoren und notwendige Auseinandersetzung mit den, die bisherige Praxis stützenden rechtspolitischen Gründen bei der Bildung ergänzender Rechtssätze.

Der Umstand, dass wir uns auf einem Gebiete bewegt haben, wo im Allgemeinen das eidgenössische Recht grössere Änderungen nicht gebracht hat — ist doch gerade die baselstädtische Regelung der Rechtsverhältnisse an Grund und Boden zum Teil Vorbild der eidgenössischen gewesen — hat wohl die Schwierigkeit des zweiten Problems umso deutlicher gezeigt. Von dessen Lösung hängt aber schliesslich das Sicheinleben des ZGB ab.