Urteilskopf

85 II 572

79. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. Dezember 1959 i.S. Gori und Jäger gegen Kuhn.
Regeste (de):
Vorkaufsrecht (Art. 681 ZGB).

Der Abschluss eines Kaufrechtsvertrags ist kein Vorkaufsfall.

Regeste (fr):
Droit de préemption (art. 681 CC).

La conclusion d'un contrat constituant un droit d'emption ne permet pas d'exercer le droit de préemption.

Regesto (it):
Diritto di prelazione (art. 681 CC).

La stipulazione di un contratto che istituisce un diritto di compera non permette di esercitare il diritto di prelazione.

Sachverhalt ab Seite 572

A.- Im Zusammenhang mit einer Erbteilung räumte Max Spaltenstein seinen Miterbinnen, zu denen Frau Gori-Spaltenstein und Frau Jäger-Spaltenstein gehörten, ein Vorkaufsrecht am Bienenhaus Assekuranz-Nr. 383 mit Umgelände "zu den gleichen Bedingungen wie mit einem Dritten" ein. Dieses Vorkaufsrecht wurde am 16. Dezember 1949 für die Dauer von zehn Jahren im Grundprotokoll Kloten vorgemerkt.

B.- Am 15. Juni 1956 verpachtete Spaltenstein die erwähnte Liegenschaft für zehn Jahre an Alfred Kuhn, und am 18. September 1956 räumte er diesem ein Kaufsrecht daran ein, das wie das Vorkaufsrecht im Grundprotokoll vorgemerkt wurde. Der öffentlich beurkundete Kaufrechtsvertrag setzte den Kaufpreis auf Fr. 5000.– fest und bestimmte u.a.: "Das Kaufsrecht besteht ab 1. Januar 1960 bis 1. Januar 1966 und kann vom Kaufsberechtigten während dieser Zeit jederzeit ausgeübt werden."

C.- Am 23. April 1957 ersuchte Spaltenstein die Vorkaufsberechtigten, der Löschung des Vorkaufsrechts zuzustimmen, da er mit Kuhn vereinbart habe, das Grundstück schon jetzt auf diesen zu übertragen. Dadurch erhielten die Vorkaufsberechtigten vom Kaufrechtsvertrage Kenntnis. Frau Gori und Frau Jäger betrachteten den Abschluss dieses Vertrags als Vorkaufsfall und teilten Spaltenstein am 19. Mai 1957 brieflich mit, dass sie gewillt seien, von

ihrem Vorkaufsrechte Gebrauch zu machen. Hierauf meldete Spaltenstein am 6. Juni 1957 die "Eigentumsübertragung zufolge Ausübung des Vorkaufsrechtes" zur Eintragung ins Grundprotokoll an. Auf Grund dieser Anmeldung wurden Frau Gori und Frau Jäger als Eigentümerinnen der in Frage stehenden Liegenschaft eingetragen (Gesamteigentum zufolge einfacher Gesellschaft).

D.- Am 14. Juni 1957 ersuchten Frau Gori und Frau Jäger den Kaufsberechtigten Alfred Kuhn, die Löschungsbewilligung "für das infolge Ausübung des Vorkaufsrechts untergegangene Kaufsrecht" abzugeben. Da Kuhn dieses Ansinnen ablehnte, leiteten Frau Gori und Frau Jäger am 12./30. Juli 1957 gegen ihn Klage ein mit dem Begehren, er sei zu verpflichten, sein Kaufsrecht löschen zu lassen. Das Bezirksgericht Bülach hiess die Klage mit Urteil vom 28. August 1958 gut. Das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) hat sie dagegen am 12. Juni 1959 abgewiesen.

E.- Mit der vorliegenden Berufung an das Bundesgericht erneuern die Klägerinnen ihr Klagebegehren. Der Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. (Streitwert).

2. Die Vorinstanz hat eingehend geprüft, ob die Klage auf Löschung des nach dem Vorkaufsrecht vorgemerkten Kaufsrechtes "nicht schon gestützt auf das vorgemerkte Vorkaufsrecht zu schützen sei, ohne dass die Klägerinnen darüber hinaus den Eintritt des Vorkaufsfalles und den darauf gegründeten Eigentumserwerb darzutun hätten". Es ist klar, dass diese Frage verneint werden muss. Wenn Art. 959 Abs. 2 ZGB bestimmt, dass die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte durch die Vormerkung Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht erhalten, so kann dies selbstverständlich nicht bedeuten, dass der Inhaber eines vorgemerkten Rechts ohne weiteres die Löschung aller später erworbenen

Rechte verlangen könne; dies schon deswegen nicht, weil sonst die in Art. 959 Abs. 2 ZGB vorausgesetzte Möglichkeit, mit Bezug auf ein Grundstück im Nachgang zu einem gemäss Art. 959 Abs. 1 ZGB vorgemerkten Rechte später noch andere Rechte zu begründen, praktisch illusorisch wäre. Die Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte, die Art. 959 Abs. 2 ZGB den vorgemerkten persönlichen Rechten verleiht, besteht vielmehr nur darin, dass der Berechtigte ein solches Recht auch gegenüber den Trägern später erworbener Rechte durchsetzen kann (vgl. für das Vorkaufsrecht Art. 681 Abs. 1 ZGB) und dass diese Rechte weichen müssen, soweit sie seine Rechtsstellung beeinträchtigen. Daraus folgt, dass der Inhaber eines vorgemerkten Vorkaufsrechts die Löschung eines später vorgemerkten Kaufsrechts nur dann verlangen kann, wenn ein Vorkaufsfall eingetreten und im Anschluss daran das Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt und das Eigentum auf ihn (den Vorkaufsberechtigten) übertragen worden ist. Nur unter dieser Voraussetzung wird seine Rechtsstellung durch das Kaufsrecht beeinträchtigt.

3. Der Vertrag über die Errichtung des Vorkaufsrechts liegt nicht bei den Akten. Es wird nicht behauptet, dass er Bestimmungen darüber enthalte, unter welchen Voraussetzungen das Vorkaufsrecht ausgeübt werden könne. Solche Bestimmungen sind auch im Grundprotokollauszug, der den Text der Vormerkung wiedergibt, nicht zu finden. Bei dieser Sachlage ist nicht zu prüfen, ob vom Normalen abweichende Vereinbarungen über den erwähnten Punkt, wie sie nach BGE 78 II 357 zulässig sind, soweit sie sich mit der Natur des Vorkaufsrechts vertragen, bei einem vorgemerkten Vorkaufsrechte Dritten gegenüber Wirrkung haben können (vgl. hiezu HAAB N. 32 a.E. zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ in ZBJV 1956 S. 334 unter D). Vielmehr kann für die Beurteilung des vorliegenden Streites von vornherein nur die nach Gesetz und Praxis normalerweise geltende Umschreibung des Vorkaufsfalles massgebend sein. Ist ein Vorkaufsfall in diesem Sinne

nicht eingetreten, so können die Klägerinnen gemäss Erw. 2 die Löschung des zugunsten des Beklagten vorgemerkten Kaufsrechtes nicht verlangen, und zwar gilt dies ungeachtet der Tatsache, dass Spaltenstein in der Meinung, er sei mit Rücksicht auf das Vorkaufsrecht hiezu verpflichtet, am 6. Juni 1957 die Eintragung des Eigentumsübergangs auf die Klägerinnen bewilligt hat; denn Spaltenstein konnte die Rechtsstellung des Beklagten durch eine nach der Vormerkung des Kaufsrechts vorgenommene Verfügung zugunsten der Klägerinnen, auf welche das früher vorgemerkte Vorkaufsrecht diesen keinen Anspruch gab, nicht verschlechtern.

4. Art. 681 ZGB zieht als Vorkaufsfall einzig den Verkauf des Grundstücks in Betracht. Nach der Rechtsprechung, die den Vorkaufsfall für das vorgemerkte und das nicht vorgemerkte Vorkaufsrecht gleich umschreibt (vgl. BGE 44 II 370), ist darunter ein nicht nur der Form, sondern auch der Sache nach einen Verkauf darstellendes Geschäft, ein "Verkauf im eigentlichen Sinne" zu verstehen, d.h. ein vom Vorkaufsverpflichteten mit einem Dritten abgeschlossenes, auf Veräusserung der Sache gegen Geld gerichtetes Geschäft, bei dem für den Veräusserer nicht die Person des Erwerbers, sondern der Empfang der Geldleistung wesentlich ist (BGE 44 II 369 f. und 387 Erw. 2; BGE 70 II 151). In BGE 73 II 166 hat das Bundesgericht ferner ausgeführt, die Bedingtheit eines Kaufvertrags hindere die Ausübung des Vorkaufsrechts an sich nicht, sondern habe für den Berechtigten einfach die Folge, dass er die mit dem Drittkäufer vereinbarte Bedingung gegen sich gelten lassen müsse. Aus diesen Präjudizien glaubte der Appellationshof des Kantons Bern in dem von den Klägerinnen angerufenen, von MEIER-HAYOZ (a.a.O.) kommentarlos zitierten Urteil vom 24. Juni 1952 i.S. I. gegen G. ableiten zu können, entscheidend sei, ob der Veräusserer seinen (Verkaufs-) Willen dem Dritten gegenüber in unwiderruflicher Weise geäussert habe, sofern im übrigen ein Geschäft vorliege, das schliesslich dem erwähnten Endzweck diene;

hienach bilde der Abschluss eines Kaufrechtsvertrags einen Vorkaufsfall (ZBJV 1954 S. 462 ff.). Diese Auffassung (die der bernische Appellationshof seither in seinem Urteil vom 14. Januar 1959 i.S. Sch. gegen K. selber preisgegeben hat) findet jedoch in den angeführten Präjudizien keine Stütze. Es kann keine Rede davon sein, dass hier nicht bloss der Abschluss eines Kaufvertrags, sondern auch der Abschluss anderer Geschäfte, die letztlich auf eine Versilberung der Sache gerichtet sind, als Vorkaufsfall anerkannt worden sei. Die Entscheidungen, in denen das Bundesgericht den Vorkaufsfall in der angegebenen Weise umschrieben hat, verfolgen vielmehr eine einschränkende Tendenz. In BGE 44 II 369f. wurde gesagt, das Vorkaufsrecht könne im Falle

der Zwangsversteigerung nicht ausgeübt werden, weil es sich dabei nicht um einen vom Vorkaufsverpflichteten selbst ausgehenden Verkauf, ja überhaupt nicht um einen Verkauf im eigentlichen Sinne handle, und in BGE 44 II 387f. und BGE 70 II 151 leitete das Bundesgericht aus der wiedergegebenen Definition ab, dass ein mit einem gesetzlichen Erben im Hinblick auf das künftige Erbrecht abgeschlossenes Veräusserungsgeschäft trotz der Einkleidung in die Form eines Kaufvertrags keinen Vorkaufsfall bilde. Wenn in BGE 73 II 166 angenommen wurde, dass die Eingehung eines bedingten Kaufvertrags als Vorkaufsfall in Frage komme, so wurde dabei nach dem Zusammenhang vorausgesetzt, dass es sich um eine Bedingung handle, deren Eintritt nicht einfach vom Willen der Vertragsparteien (oder einer von ihnen), sondern von objektiven Umständen abhängt; zu entscheiden war damals nur, ob der Abschluss eines Kaufvertrags, der zu seiner Verbindlichkeit der behördlichen Genehmigung im Sinne des Bundesratsbeschlusses vom 19. Januar 1940 über Massnahmen gegen die Bodenspekulation bedurfte, einen Vorkaufsfall darstelle oder nicht. Das Urteil BGE 78 II 354 ff., wo im Abschluss einer gegen Zahlung eines Reugelds widerruflichen "promesse de vente" ein Vorkaufsfall erblickt wurde, hat an dieser Praxis nichts geändert; für die Beurteilung

dieses Falles war entscheidend, dass die damaligen Parteien in Abweichung von der im vorliegenden Fall anwendbaren gesetzlichen Regelung vereinbart hatten, das Vorkaufsrecht könne ausgeübt werden, wenn der Verpflichtete einen Kaufliebhaber habe und im Begriffe stehe ("sur le point" sei) zu verkaufen, und dass der Verpflichtete dem Berechtigten von der Widerrufsklausel keine Kenntnis gegeben und damit ihm gegenüber auf deren Geltendmachung verzichtet hatte. Auf Grund der bisherigen Rechtsprechung lässt sich daher der Abschluss eines Kaufrechtsvertrags, der für den Kaufsberechtigten einstweilen keinerlei Verpflichtung begründet, sondern die Entstehung einer Kaufsobligation in dessen freies Belieben stellt, nicht als Vorkaufsfall bezeichnen. Erst mit der Ausübung des Kaufsrechts kommt ein Verkauf im Sinne dieser Rechtsprechung zustande. Die Umschreibung des Vorkaufsfalles, die beim Fehlen besonderer Abmachungen über diesen Punkt bisher als massgebend galt, in dem von den Klägerinnen gewünschten Sinne zu erweitern, rechtfertigt sich nicht. Damit würde nicht nur dem in Art. 681 ZGB verwendeten Ausdruck "Verkauf" eine Bedeutung beigemessen, die ihm nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht zukommt, sondern eine derartige Auslegung hätte auch sachlich durchaus unerwünschte Folgen. Läge im Abschluss eines blossen Kaufrechtsvertrags ein Vorkaufsfall, so hätte der Vorkaufsberechtigte nicht nur die Befugnis, sein Recht auszuüben, sobald ein solcher Vertrag zustande gekommen ist, sondern wäre er auch gezwungen, binnen eines Monats, nachdem er vom Abschluss des Kaufrechtsvertrags Kenntnis erhalten hat, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen, um den Verlust seines Rechts zu vermeiden. (Ihm freizustellen, das Vorkaufsrecht entweder innert dieser Frist oder erst im Anschluss an die Ausübung des Kaufsrechts geltend zu machen, wäre mit dem Sinn und Zweck des Art. 681 Abs. 3 ZGB, der den durch den Eintritt des Vorkaufsfalls ausgelösten Schwebezustand im Interesse des

Vorkaufsverpflichteten und des Dritten auf eine verhältnismässig kurze Dauer beschränken will, nicht verträglich.) Sich über die Ausübung des Vorkaufsrechts entscheiden zu müssen, bevor feststeht, dass ein Dritter die Liegenschaft wirklich kaufen will, läge aber vor allem beim nicht limitierten Vorkaufsrecht meist nicht im Interesse des Vorkaufsberechtigten. Zudem würde eine solche Regelung schwer durchschaubaren Machenschaften zur Ausschaltung des Vorkaufsrechts Tür und Tor öffnen. Aus diesen Gründen wird allgemein angenommen, der Abschluss eines Vorvertrags zu einem Kaufvertrage sei kein Vorkaufsfall (ALLGÄUER,

Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht, 1918, S. 115; Urteil des aarg. Obergerichts vom 29. September 1919 in ZBGR 1920 S. 157; LEEMANN, 2. Aufl., N. 39 zu Art. 681 ZGB; H. P. SCHMID, Das Vorkaufsrecht, 1934, S. 79; HAAB N. 33 zu Art. 681/82 ZGB; MEIER-HAYOZ a.a.O. S. 334 unten; vgl. BGE 80 II 371). Was für den Kaufsvorvertrag gilt, durch den sich immerhin beide künftigen Kaufparteien endgültig binden, muss erst recht für den Kaufrechtsvertrag gelten, bei dem eine der Parteien sich überhaupt nicht bindet. Daher ist grundsätzlich an der bisherigen Umschreibung des Vorkaufsfalles festzuhalten, wonach das Vorkaufsrecht im Falle der Einräumung eines Kaufrechts nicht schon beim Abschluss des betreffenden Vertrags, sondern erst bei der Ausübung dieses Rechts ausgeübt werden kann. Die Klägerinnen waren also nicht berechtigt, die streitige Liegenschaft an sich zu ziehen, weil der Beklagte das ihm eingeräumte Kaufsrecht noch nicht ausgeübt hat, ja angesichts der im Vertrag vorgesehenen Befristung noch gar nicht ausüben konnte, und weil auch nicht etwa unabhängig von diesem Kaufsrecht ein Kaufvertrag über jene Liegenschaft zustande gekommen ist. (Die im April 1957 getroffene Vereinbarung, die Liegenschaft schon jetzt auf den Beklagten zu übertragen, wurde nicht öffentlich beurkundet und war daher unverbindlich.)

5. Die Klägerinnen machen freilich noch geltend,

Spaltenstein und der Beklagte seien bei Abschluss des Kaufrechtsvertrags darauf ausgegangen, ihr Vorkaufsrecht in einer gegen Treu und Glauben verstossenden Weise zu umgehen. Hätte man es wirklich mit einem derartigen Umgehungsgeschäft zu tun, so wäre den Klägerinnen nach den Grundsätzen, die das Bundesgericht in BGE 85 II 474 ff. angewendet hat, die Ausübung des Vorkaufsrechts zu gestatten, obwohl ein Vorkaufsfall im Sinne des Gesetzes nicht vorliegt. Anders als im Falle des eben erwähnten Präjudizes (vgl. a.a.O. S. 484/85) kann jedoch im vorliegenden Falle keine Rede davon sein, dass die Vertragsparteien einzig zum Zweck, die Ausübung des Vorkaufsrechts zu verhindern, anstelle des ihrem wirtschaftlichen Ziel am besten entsprechenden Kaufvertrags einen andern, praktisch zum gleichen Ergebnis führenden Vertrag abgeschlossen hätten. Wohl hat Spaltenstein mit dem Abschluss des Kaufvertrags eine ebenso starke Bindung auf sich genommen, wie er es durch einen Kaufvertrag getan hätte. Im Gegensatz zu einem Verkäufer hat er dagegen keinen Anspruch auf eine Gegenleistung erhalten, und es stand überhaupt gänzlich dahin, ob er jemals einen solchen Anspruch erhalten würde. Es verhält sich auch nicht etwa so, dass der Beklagte den im Kaufrechtsvertrag festgesetzten Kaufpreis tatsächlich bereits bezahlt hätte, obwohl er nach diesem Vertrage hiezu nicht verpflichtet war. Mit dem Kaufrechtsvertrag haben also Spaltenstein und der Beklagte keineswegs einen Erfolg herbeigeführt, welcher der durch einen Kaufvertrag geschaffenen Sachlage nahekäme. Diese Feststellung gälte auch dann, wenn der Kaufrechtsvertrag nicht vorsähe, dass das Kaufsrecht erst vom 1. Januar 1960 an ausgeübt werden könne, sodass es gleichgültig wäre, wenn diese Befristung nicht dem wirklichen Willen der Beteiligten entsprochen hätte (was sich im übrigen entgegen der Ansicht der Klägerinnen aus der im April 1957 getroffenen Abmachung, die Liegenschaft "heute schon", d.h. im Frühjahr 1957, zu übertragen, nicht ableiten lässt). Den Parteien des Kaufrechtsvertrags

kann daher nicht vorgeworfen werden, den Eintritt des Vorkaufsfalles gegen Treu und Glauben verhindert zu haben, so dass Art. 156 OR, auf den das Urteil BGE 85 II 474 ff. sich stützt, hier keine Anwendung finden kann. Den Eintritt des Vorkaufsfalles während der in der Vormerkung angegebenen Zeit einfach dadurch zu

vermeiden, dass während dieser Zeit kein Kaufvertrag und auch kein praktisch wie ein solcher wirkender anderer Vertrag eingegangen und die Ausübung eines während dieser Zeit bestellten Kaufsrechts bis zum Ablauf dieser Zeit ausgeschlossen wird, ist durchaus zulässig, da der Vorkaufsverpflichtete nicht gehalten ist, den Vorkaufsfall herbeizuführen. Es bleibt somit dabei, dass die Klägerinnen nicht berechtigt waren, ihr Vorkaufsrecht auszuüben. Sie können folglich nicht verlangen, dass das Kaufsrecht des Beklagten gelöscht werde, sondern müssen dieses gegen sich gelten lassen. Ob das Vorkaufsrecht nach Ablauf der in der Vormerkung angegebenen Zeit als obligatorischer Anspruch fortbestehe und Spaltenstein den Klägerinnen Schadenersatz zu leisten habe, wenn der Beklagte in der Zeit vom 1. Januar 1960 bis zum 1. Januar 1966 von seinem Kaufsrecht Gebrauch macht, ist im vorliegenden Prozesse nicht zu entscheiden.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 12. Juni 1959 bestätigt.