

## **BGE 85 II 474**

Bundesgericht (BGE), 1959-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_85\\_II\\_474](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_85_II_474)

FR: ATF 85 II 474

IT: DTF 85 II 474

### **Regeste**

Regeste Im Grundbuch vorgemerktetes limitiertes Vorkaufsrecht (Art. 681 ZGB). Voraussetzungen seiner Ausübung. Kann der Abschluss eines Baurechtsvertrags über die belastete Liegenschaft einen Vorkaufsfall bilden? Anwendung von Art. 156 OR. Zusprechung des Eigentums an den Vorkaufsberechtigten (Art. 665 und Art. 963 Abs. 2 ZGB). Löschung des nach der Vormerkung des Vorkaufsrechts eingetragenen Baurechts (Art. 959 Abs. 2 ZGB).

Regeste Annotation au registre foncier d'un droit de préemption limité (art. 681 CC). Conditions de l'exercice d'un tel droit. La conclusion d'un contrat de superficie ayant pour objet le fonds grevé peut-elle constituer un cas de préemption? Application de l'art. 156 CO. Attribution de la propriété au titulaire du droit de préemption (art. 665 et 963 al. 2 CC). Radiation du droit de superficie inscrit après l'annotation du droit de préemption (art. 959 al. 2 CC).

Regesto Annotazione nel registro fondiario di un diritto di prelazione limitato (art. 681 CC). Presupposti per l'esercizio di tale diritto. La stipulazione di un contratto di superficie avente per oggetto il fondo gravato, può costituire un caso di prelazione? Applicazione dell'art. 156 CO. Attributione della proprietà al titolare del diritto di prelazione (art. 665 e 963 cp. 2 CC). Cancellazione del diritto di superficie iscritto dopo l'annotazione del diritto di prelazione (art. 959 cp. 2 CC).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Die "Rechtsfrage", deren Gutheissung der Kläger in der Berufungsschrift beantragt, ist im angefochtenen Urteil wiedergegeben. Der Berufungsantrag genügt daher nach der neuern Rechtsprechung ( BGE 81 II 251 und dortige Hinweise) der Vorschrift von Art. 55 lit. b OG

#### **E. 2**

Unter dem Vorbehalt abweichender rechtsgeschäftlicher Anordnungen ( BGE 78 II 357 ) hat die Ausübung des Vorkaufsrechtes nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Voraussetzung, dass der Verpflichtete mit einem Dritten ein auf "kaufweise Übertragung", d.h. auf Veräußerung der Sache gegen Geld gerichtetes Geschäft abschliesst, bei dem nicht die Person des Erwerbers, sondern der Empfang der Geldleistung für ihn wesentlich ist ( BGE 44 II 369 und 387 Erw. 2, BGE 70 II 151 ). Von dieser Definition des Vorkaufsfalles ist bei der Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreites auszugehen, da keine rechtsgeschäftlichen Bestimmungen vorliegen, die den Vorkaufsfall anders umschreiben würden.

### **E. 3**

Der Vertrag vom 8. Juli 1957, in dessen Abschluss der Kläger den Vorkaufsfall erblickt, ist nach seinem klaren Wortlaut nicht auf die Veräusserung der streitigen Liegenschaften, sondern auf die Bestellung eines Baurechts an diesen Liegenschaften gerichtet. Dass der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien ( Art. 18 OR ) entgegen dem Wortlaut der Vertragsurkunde dahin gegangen sei, die Liegenschaften kaufweise an Rigert zu übertragen, kann auf Grund der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die gemäss Art. 63 Abs. 2 OG für das Bundesgericht verbindlich sind, nicht angenommen werden. Im übrigen wäre ein allfälliger dissimulierter Kaufvertrag, wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, mangels Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form ( Art. 216 BGE 85 II 474 S. 482 Abs. 1 OR , Art. 657 Abs. 1 ZGB ) ungültig, weil der Wille, die Liegenschaften zu veräussern, in der vorliegenden öffentlichen Urkunde nicht zum Ausdruck gekommen ist. Der Abschluss des Vertrags vom 8. Juli 1957 bildet daher, für sich allein genommen, keinen Vorkaufsfall im Sinne der angeführten Rechtsprechung.

### **E. 4**

Mit dieser Feststellung ist jedoch der Streit noch nicht entschieden. Angesichts der Umstände, unter denen der Vertrag vom 8. Juli 1957 geschlossen wurde, und der Besonderheit seines Inhalts ist vielmehr zu prüfen, ob dem Kläger die Ausübung des Vorkaufsrechts nach Treu und Glauben gestattet werden müsse, wiewohl sich der Abschluss dieses Vertrags nicht unmittelbar unter den üblichen Begriff des Vorkaufsfalles einordnen lässt. a) Es steht fest, dass Alois Küttel dem Beklagten Karl Rigert zunächst nicht ein Baurecht an seinen Liegenschaften einräumen, sondern ihm diese verkaufen wollte. Darum bemühte er sich, Müller zum Verzicht auf das Vorkaufsrecht zu bewegen. Die Abfindung von nur Fr. 4000.--, die er ihm anbot, stand jedoch zum Betrag, um den der Verkehrswert der Liegenschaften den Vorkaufspreis von Fr. 17'000.-- überstieg, in einem offenkundigen Missverhältnis. Als Müller deshalb den ihm gemachten Vorschlag ablehnte, suchte Alois Küttel, wie er selber zugegeben hat, nach Mitteln und Wegen, um seine Liegenschaften unter Umgehung des Vorkaufsrechts doch noch auf Rigert zu übertragen. Er ging m.a.W. bewusst darauf aus, seine Abmachungen mit Rigert so zu gestalten, dass sie zwar keinen Kaufvertrag darstellten, aber praktisch doch beinahe zum gleichen Ergebnis führten wie ein solcher. In dieser Absicht schloss er mit Rigert den Baurechtsvertrag vom 8. Juli 1957. b) Alois Küttel blieb nach diesem Verträge zwar formell Eigentümer der streitigen Liegenschaften. Fast alle wesentlichen Befugnisse des Eigentümers übertrug er jedoch für die lange Dauer von 80 Jahren an den Inhaber des selbständigen und dauernden Baurechts, das als vererblich BGE 85 II 474 S. 483 und veräusserlich bezeichnet und als Grundstück ins Grundbuch aufgenommen wurde. Er erlaubte dem Bauberechtigten nicht nur, auf den Liegenschaften (unter Beobachtung der bestehenden Bau- und Grenzabstandsvorschriften und Dienstbarkeiten) nach seinem freien Belieben zu schalten und zu walten, sondern räumte ihm ausserdem vorbehaltlos das Recht ein, in seinem Namen, aber auf eigene Kosten mit den Nachbarn Verträge über Grenzregulierungen zugunsten der mit dem Baurecht belasteten Liegenschaften abzuschliessen. Andererseits überband er ihm alle die Liegenschaften betreffenden Steuern und Abgaben sowie die Verpflichtung, sich an seiner Stelle mit Drittpersonen und öffentlich-rechtlichen Instanzen auseinanderzusetzen, die "in bezug auf die Bewirtschaftung dieser Liegenschaften etc." Ansprüche irgendwelcher Art geltend machen sollten, und für alle finanziellen Folgen solcher Auseinandersetzungen einzustehen. Er selber verpflichtete sich, während der Dauer

des Baurechts die Liegenschaften nicht hypothekarisch oder anderswie zu belasten (welche Klausel bei der Würdigung der getroffenen Abmachungen berücksichtigt werden darf, obschon sie nicht dinglich, sondern - soweit mit Art. 812 Abs. 1 ZGB verträglich - nur obligatorisch wirken kann). Der Bauberechtigte dagegen durfte die sog. Baurechtsgrundstücke in beliebiger Höhe mit Hypotheken belasten. Der Baurechtszins wurde ein für allemal auf Fr. 2000.-- pro Jahr festgesetzt; eine spätere Anpassung an veränderte (zumal gestiegene) Bodenpreise wurde trotz der sehr langen Dauer des Baurechts nicht vorgesehen. Die Bestimmung, dass bei Beendigung des Baurechts der Liegenschafteneigentümer dem Bauberechtigten 80% des dannzumaligen mittleren Verkehrswerts der dann vorhandenen (ohne jedes Mitspracherecht des Liegenschafteneigentümers erstellten) Gebäude zu vergüten habe, lässt die Aussicht auf den einstigen Heimfall dieser Gebäude für den Liegenschafteneigentümer nicht als sehr verlockend erscheinen, sondern ist eher dazu angetan, ihm zu gegebener Zeit die Verlängerung des Baurechts BGE 85 II 474 S. 484 oder (das Erlöschen des Vorkaufsrechts vorausgesetzt) den Verkauf der Liegenschaften an den Bauberechtigten nahezu legen. Ein Verkauf der Liegenschaften an einen Dritten, wie er Alois Küttel bzw. seinen Rechtsnachfolgern rechtlich möglich blieb, fiel unter diesen Umständen (vom Vorkaufsrecht ganz abgesehen) praktisch ausser Betracht, da für das nackte Eigentum an Grund und Boden, verbunden mit dem Anspruch auf den festen Baurechtszins und der Befugnis, nach Ablauf des Baurechts gegen Bezahlung der erwähnten Vergütung den Besitz der Liegenschaften und der Gebäude anzutreten, ein Kaufinteressent kaum zu finden wäre. Alois Küttel hat sich also gegen die Zusicherung einer festen Vergütung an seinen Liegenschaften fast vollständig desinteressiert, wogegen Rigert faktisch eine Stellung erhielt, die derjenigen eines Eigentümers nahekam. Nicht nur die Vorgeschichte, sondern auch der Inhalt des Vertrags vom 8. Juli 1957 lässt demnach darauf schliessen, dass die Vertragsparteien mit dem Abschluss dieses Vertrags nichts anderes bezweckten, als das Ziel, das sie mit dem ursprünglich geplanten Verkauf verfolgt hatten, auf einem Umweg wenigstens annähernd zu erreichen, ohne einen Vorkaufsfall zu schaffen. Es ist schlechterdings nicht zu sehen, welche andere Erwägung sie hätte dazu bewegen können, statt eines Kaufsvertrags den vorliegenden Baurechtsvertrag abzuschliessen. c) Ein weiteres Indiz für die erwähnte Absicht und zugleich ein weiterer Schritt zu ihrer Verwirklichung liegt schliesslich in der Tatsache, dass Rigert den jährlichen Baurechtszins, der seiner wirtschaftlichen Bestimmung nach den Kaufpreis vertrat, auf Wunsch Alois Küttels kurz nach dem Vertragsabschluss durch eine Kapitalzahlung abgelöst hat, deren Höhe von den Beklagten verschwiegen (und von der Vorinstanz nicht ermittelt) worden ist. Die Vertragsparteien haben demnach mit dem Abschluss des Baurechtsvertrags einen Schleichweg beschritten, um das Vorkaufsrecht des Klägers zu umgehen. Es handelte sich für sie anders als für die Parteien in dem von der BGE 85 II 474 S. 485 Vorinstanz angeführten Falle BGE 79 II 79 ff. nicht einfach darum, von mehreren Wegen, auf denen nach dem Gesetz ein bestimmtes, an sich erlaubtes Ziel erreicht werden kann, denjenigen zu wählen, der ihnen am besten zusagte. Ihr Vorgehen kennzeichnet sich vielmehr dadurch, dass sie einzig zum Zweck, den Kläger an der Ausübung seines Vorkaufsrechts zu hindern, anstelle des ihrem wirtschaftlichen Ziel am besten entsprechenden Kaufvertrags einen andern Vertrag abschlossen, der sie ihr Ziel zwar nicht ganz, aber doch nahezu erreichen liess. Ein solches Vorgehen widerspricht klarerweise Treu und Glauben. Die zivilrechtliche Sanktion dieses Verstosses kann nicht wie bei gewissen andern Umgehungsgeschäften (vgl. BGE 53 II 97 ff., BGE 56 II 195 ff., BGE 58 II 162 ff., BGE 81 II 539 Erw. 3) einfach darin

bestehen, dass der in Frage stehende Akt als ungültig erklärt wird, sondern die sachlich richtige Folge des Vorgehens von Alois Küttel und Rigert liegt darin, dass der Vorkaufsfall als eingetreten erachtet und dem Kläger demgemäss die Ausübung des Vorkaufsrechts gestattet wird, obwohl die Liegenschaften dem Beklagten Rigert nicht kaufweise übertragen, sondern nur zur Ausübung eines (allerdings sehr weitgehenden) Baurechts überlassen wurden. Diese Lösung entspricht Art. 156 OR, wonach eine Bedingung als erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von dem einen Teile wider Treu und Glauben verhindert worden ist. Lässt sich doch das durch die Begründung eines Vorkaufsrechts geschaffene Rechtsverhältnis mindestens in diesem Zusammenhang zwanglos als eine Kaufobligatio auffassen, die unter der Bedingung wirksam wird, dass der Vorkaufsfall eintritt und der Berechtigte daraufhin die Ausübungserklärung abgibt (vgl. OSER/SCHÖNENBERGER Nr. 18/19 zu Art. 216 OR; MERZ in Festschrift Simonius, 1955, S. 238; MEIER-HAYOZ in ZBJV 1956 S. 307 lit. e). Zu Unrecht behaupten die Beklagten, der vorliegende Fall gleiche dem Falle BGE 82 II 378 ff., wo entschieden worden war, die Begründung des von den damaligen Beklagten BGE 85 II 474 S. 486 und ihren Miteigentümern errichteten Baurechts erlaube der Klägerin nicht, den Gewinnanteil zu beanspruchen, den sie sich beim Verkauf ihres Miteigentumsanteils an die Beklagten für den Fall eines Weiterverkaufs der Liegenschaft ausbedungen hatte. Im Falle BGE 82 II 378 ff. bestanden keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Eigentümer die Liegenschaft eigentlich lieber verkauft hätten und nur deshalb statt eines Kaufvertrags einen Baurechtsvertrag abschlossen, weil sie der Klägerin ihren Gewinnanteil vorenthalten wollten. Vielmehr kam es damals vor allem deshalb nicht zu einem Verkauf, weil die Eigentümer den Baugrund nicht veräussern, sondern als Sachwert und insbesondere als Quelle einer dem jeweiligen Stand der Lebenskosten angepassten Rente in ihrem Vermögen behalten wollten. Der damalige und der heutige Fall unterscheiden sich daher in entscheidenden Punkten. Den Beklagten im Falle BGE 82 II 378 ff. konnte nicht vorgeworfen werden, den Eintritt der Bedingung, von welcher der Gewinnanteilsanspruch der Klägerin abhing, wider Treu und Glauben verhindert zu haben.

## **E. 5**

Hat der Abschluss des Baurechtsvertrags vom 8. Juli 1957 demnach als Vorkaufsfall zu gelten, so ist der Beklagte Louis Küttel als Erbe von Alois Küttel verpflichtet, die Liegenschaften gegen Bezahlung des Vorkaufspreises von Fr. 17'000.-- auf den Kläger zu übertragen, da dieser sein Vorkaufsrecht unstreitig innert der Frist von Art. 681 Abs. 3 ZGB (d.h. binnen eines Monats, nachdem er vom Abschluss und Inhalt jenes Vertrages Kenntnis erhalten hatte) geltend gemacht hat. Der Betrag von Fr. 17, 000.--, den als Gegenleistung für die Übertragung der Liegenschaften zu schulden der Kläger durch Bezugnahme auf die im Testament und im Grundbuch niedergelegten Bedingungen schon in seiner Ausübungserklärung vom 4. November 1957 anerkannt hatte, ist (unter Vorbehalt der Verrechnung mit den im vorliegenden Prozess zugesprochenen Parteientschädigungen) bar zu bezahlen, da Hypotheken, die der Kläger allenfalls auf BGE 85 II 474 S. 487 Rechnung des Kaufpreises zu übernehmen hätte, gemäss Grundbuchauszug vom 1. Dezember 1958 nicht bestehen. Da der im Grundbuch als Eigentümer eingetragene Beklagte Louis Küttel sich geweigert hat, zu der vom Kläger verlangten Eigentumsübertragung Hand zu bieten, ist dafür zu sorgen, dass der Kläger sich gegen Zahlung des erwähnten Betrags als neuer Eigentümer eintragen lassen kann, ohne dass der Beklagte Louis Küttel mitzuwirken hätte. Es ist also zu erkennen, dass der Kläger mit der Bezahlung des Preises von Fr. 17'000.-- das Eigentum an den Liegenschaften Nr. 70 und 378 des Grundbuchs Gersau erlangt. Das

Grundbuchamt ist durch das vorliegende Urteil (das gemäss Art. 38 OG mit der Ausfällung rechtskräftig wird) im Sinne von Art. 18 GBV zu ermächtigen bzw. anzuweisen, den Kläger auf seine Anmeldung hin als Eigentümer einzutragen, sobald er sich über die erfolgte Zahlung ausweist. Art. 665 ZGB (mit dem Art. 78 Abs. 2 BZP zusammenhängt, vgl. BGE 78 I 447 ) und Art. 963 Abs. 2 ZGB erlauben dieses Vorgehen. Den Beklagten Louis Küttel entsprechend dem in BGE 42 II 37 Erw. 6 und BGE 78 II 360 /61 (Erw. 4 und Dispositiv) eingeschlagenen Verfahren zuerst bloss zur Übertragung des Eigentums an den Kläger zu verpflichten und die bei weiterem Widerstand des Beklagten nötige Zusprechung des Eigentums einem neuen Verfahren vorzubehalten, würde angesichts der klaren und einfachen Rechtslage, die sich aus der gültigen Ausübung des streitigen Vorkaufsrechts ergibt, eine unnötige Komplikation bedeuten. Damit der Grundsatz voll gewahrt bleibt, dass der Verkäufer und der Käufer ihre Leistungen Zug um Zug zu erbringen haben (vgl. hierzu BGE 79 II 280 ff.), kann die Zahlung des Betrags von Fr. 17'000.-- (allenfalls durch Vermittlung des Grundbuchamtes) so erfolgen, dass der Beklagte Louis Küttel erst nach Vollzug der Eintragung des Klägers im Grundbuch über diesen Betrag verfügen kann. Im Sinne dieser Erwägungen ist das Klagebegehren 2 b zu schützen. Dass der Kläger etwa infolge wertvermehrender Aufwendungen BGE 85 II 474 S. 488 der Beklagten für die Liegenschaften mehr als den seinerzeit von Frau Nigg festgesetzten Preis von Fr. 17'000.-- zu bezahlen habe (vgl. LEEMANN, 2. Aufl., N. 84 zu Art. 681, und HAAB N. 43 zu Art. 681/82 ZGB), ist im vorliegenden Prozess nicht geltend gemacht worden, obwohl in Ziff. I 7 a.E. des Vertrags vom 8. Juli 1957 von gewissen Bauarbeiten die Rede ist.

#### **E. 6**

Durch die Vormerkung im Grundbuch hat das Vorkaufsrecht gemäss Art. 959 Abs. 2 ZGB Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht an den streitigen Liegenschaften erhalten. Nachdem der Kläger sein Vorkaufsrecht in wirksamer Weise ausgeübt hat, ist er also berechtigt, die Löschung des nach diesem Recht eingetragenen Baurechtes des Beklagten Karl Rigert zu verlangen, das seine Interessen klarerweise beeinträchtigt (LEEMANN, 2. Aufl., N. 76 zu Art. 681, HAAB N. 8 und 46 S. 422 zu Art. 681/82, OSTERTAG, 2. Aufl., N. 6 und HOMBERGER, N. 41 und 30 zu Art. 959 ZGB ). Er kann diesen Anspruch mit der Grundbuchberichtigungsklage gegen den als Inhaber des Baurechts eingetragenen Beklagten Karl Rigert geltend machen (vgl. die eben angeführten Kommentarstellen und BGE 84 II 192 ). Das Grundbuchamt ist anzuweisen, mit der nach Massgabe von Erwägung 5 hiervoor vorzunehmenden Eintragung des Eigentumsübergangs auf den Kläger die Löschung aller dieses Baurecht betreffenden Eintragungen zu verbinden. In diesem Sinn ist auch Klagebegehren 2 a zu schützen. Die Abrechnung zwischen den beiden Beklagten, die infolge des Hinfalls des Baurechtes nötig wird, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses. Dispositiv

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.