

LU_GERICHTE JK 06 11 vom 8. Februar 2006

LU Gerichte, 2006-02-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_JK_06_11

FR: LU_GERICHTE JK 06 11 du 8 février 2006

IT: LU_GERICHTE JK 06 11 del 8 febbraio 2006

Regeste

§ 28 BeurkG; Art. 216 Abs. 2 OR. Die Entstehung auch eines unentgeltlichen Vorkaufsrechtes setzt voraus, dass der Vorkaufsberechtigte an der Beurkundung teilnimmt. | Beurkundungsrecht

Volltext

Luzern Kantonsgericht sonstige 16.05.2006 JK 06 11 (2006 I Nr. 23)

§ 28 BeurkG; Art. 216 Abs. 2 OR. Die Entstehung auch eines unentgeltlichen Vorkaufsrechtes setzt voraus, dass der Vorkaufsberechtigte an der Beurkundung teilnimmt. | Beurkundungsrecht

Rechtsprechung Luzern Instanz: Obergericht Abteilung: Justizkommission Rechtsgebiet: Beurkundungsrecht Entscheiddatum: 16.05.2006 Fallnummer: JK 06 11 LGVE: 2006 I Nr. 23 Leitsatz: § 28 BeurkG; Art. 216 Abs. 2 OR. Die Entstehung auch eines unentgeltlichen Vorkaufsrechtes setzt voraus, dass der Vorkaufsberechtigte an der Beurkundung teilnimmt. Rechtskraft: Diese Entscheidung ist rechtskräftig. Entscheid: § 28 BeurkG; Art. 216 Abs. 2 OR. Die Entstehung auch eines unentgeltlichen Vorkaufsrechtes setzt voraus, dass der Vorkaufsberechtigte an der Beurkundung teilnimmt. =====
===== Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 19. Januar 2006 schenkte X. seinem Sohn Y. ein Grundstück. Der Beschenkte räumte seinem Bruder Z. ein limitiertes Vorkaufsrecht zum Katasterwert für die Dauer von 15 Jahren ein, welches im Grundbuch vorzumerken war. Am 19. Januar 2006 meldete der beurkundende Notar den Eigentumsübergang und das Vorkaufsrecht beim Grundbuchamt an. Mit Verfügung vom 8. Februar 2006 wies der Grundbuchverwalter die Anmeldung bezüglich der Vormerkung des Vorkaufsrechtes ab mit der Begründung, dass der Berechtigte an der Beurkundung nicht teilgenommen habe und deshalb das Vorkaufsrecht nicht rechtsgültig vereinbart worden sei. Die dagegen erhobene Grundbuchbeschwerde wies die Justizkommission des Obergerichts des Kantons Luzern ab. Aus den Erwägungen: 3.1. Das rechtsgeschäftliche Vorkaufsrecht ist die von einer Person (dem Vorkaufsverpflichteten) einer andern (dem Vorkaufsberechtigten) durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, die Übertragung einer bestimmten Sache zu Eigentum zu beanspruchen, sobald der Vorkaufsverpflichtete sie einem Dritten verkauft oder auf Grund eines bestimmten andern Rechtsgeschäftes veräussert (Meier-Hayoz, Berner Komm., N 19 zu Art. 681 ZGB). In der früheren Fassung des Art. 216 Abs. 3 aOR bedurfte der Vertrag auf Begründung eines Vorkaufsrechtes der einfachen Schriftlichkeit. Mit der Revision des Immobiliarsachenrechtes vom 4. Oktober 1991, in Kraft seit dem 1. Januar 1994, bestimmt Art. 216 Abs. 2 OR generell, dass Vorverträge und Verträge, die ein Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen. Für Vorkaufsrechte, die den Kaufpreis nicht zum voraus

bestimmen, behält Art. 216 Abs. 3 OR weiterhin einfache Schriftlichkeit vor. Die Parteien haben vereinbart, dass Z. das Grundstück zum Katasterwert erwerben könne. Es handelt sich daher um ein so genanntes limitiertes Vorkaufsrecht, dessen Begründung gemäss Art. 216 Abs. 2 OR der öffentlichen Beurkundung bedarf. 3.2.1. Zu fragen ist, ob der Beurkundungszwang auch die berechnigte Partei betrifft, wenn sie das limitierte Vorkaufsrecht unentgeltlich erwirbt. Diese Auffassung lehnt der Beschwerdeführer mit Hinweis auf Art. 13 Abs. 1 OR ab. Nach dieser Bestimmung muss ein Vertrag, für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, die Unterschrift aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen, woraus zu schliessen ist, dass bei einem einseitigen Vertrag, durch den eine Partei lediglich berechnigt aber nicht verpflichtet wird, diese nicht zu unterzeichnen braucht. Schmidlin hält dafür, dass die Bestimmung des Art. 13 Abs. 1 OR analog auf öffentliche Beurkundung anzuwenden sei (Schmidlin, Berner Komm., N 2 zu Art. 13 OR). Er stützt sich dabei namentlich auf ältere Lehrmeinungen (Oser/Schönenberger, Zürcher Komm., N 4, 7 zu Art. 243 OR; von Tuhr/Peter, Allg. Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1979, § 30 IV; von Tuhr, ZSR 40 [1921] S. 46 N 16; Becker, Berner Komm., N 7 zu Art. 11 OR; Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuenburg 1979, N 53). Anderer Meinung ist Schmid, der auch für einseitige Schuldverträge für die verpflichtete wie auch für die berechnigte Partei den Beurkundungszwang fordert und lediglich dort eine Ausnahme ortet, wo das Gesetz dies ausdrücklich anordnet (Jörg Schmid, *Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen*, Diss. Fribourg 1988, S. 151 N 539). Er begründet seine Auffassung im Zusammenhang mit dem Schenkungsvertrag damit, dass auch Art. 657 Abs. 1 ZGB zu beachten sei. Die Beurkundung bezwecke nicht nur den Schutz des Schenkers, sondern sie solle zusätzlich für Abschluss- und Inhaltsklarheit sorgen, ein sicheres Beweismittel schaffen und den Grundbucheintrag gehörig vorbereiten (Schmid, a.a.O., S. 130 N 463). Schwenzer dagegen schliesst sich der Meinung Schmidlins an, ohne sich dabei mit der Auffassung Schmidts auseinanderzusetzen (Schwenzer, Basler Komm., 3. Aufl., N 2 zu Art. 13 OR). Brückner wiederum äussert die Meinung, dass Art. 13 Abs. 1 OR nach herrschender Lehre auf die öffentlich beurkundeten Schuldverträge analog anwendbar sei und deshalb auch bei der öffentlichen Beurkundung auf die Unterschrift der begünstigten Partei verzichtet werden könne. Er gibt aber zu bedenken, dass das Vorkaufsrecht unter Lebenden aufgrund eines zweiseitigen Vertrages und nicht aufgrund eines einseitigen Rechtsgeschäftes entsteht, so dass der Konsens zweier Parteien vorliegen und dieser gegenüber dem Grundbuchamt nachgewiesen werden muss (Brückner in Koller [Hrsg.], *Der Grundstückskauf*, 2. Aufl., Bern 2001, S. 522/523). 3.2.2. Gemäss § 28 BeurkG gehört es zur Sorgfaltspflicht des Notars, den Willen der Parteien zu ermitteln (Christian Brückner, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, Zürich 1993, N 59). Er hat sich davon zu überzeugen, dass die Parteien zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen fähig sind (§ 26 BeurkG), was regelmässig auch die Handlungsfähigkeit der Parteien und damit die Fähigkeit zur Willensbildung beinhaltet. Die Parteien haben in der Urkunde zu erklären, dass die Urkunde ihren Willen enthält, und der Notar hat seinerseits zu bescheinigen, dass die Urkunde dem von den Parteien mitgeteilten Willen entspricht (§ 37 Abs. 1 lit. b und d BeurkG). Allerdings handelt es sich hierbei um einen fakultativen Inhalt des Beurkundungsvermerks (Brückner, a.a.O., N 2223). Aus diesem Grunde ist anzunehmen, dass es sich nicht um eine bundesrechtliche Minimalanforderung handelt. Aus all diesen Bestimmungen geht jedoch hervor, dass nicht nur der Inhalt einer Willenserklärung Gegenstand der öffentlichen Beurkundung ist, sondern auch die Erklärung, dass der Erklärungsinhalt mit dem wirklichen Willen der Partei

übereinstimmt (Kurt Sidler, Kurzkomm. zum luzernischen Beurkundungsgesetz, Luzern 1975, S. 34). Die öffentliche Beurkundung bezweckt somit unter anderem auch, dass der Wille der Parteien klar und vollständig zum Ausdruck kommt (BGE 90 II 282). Der Notar kann sich vom Willen der Vertragspartei nicht überzeugen, wenn die Urkundspartei an der Beurkundung nicht teilnimmt und ihren Willen auch nicht in einer Vollmacht erklärt. Aufgrund des Zweckgedankens der öffentlichen Urkunde ist daher zu fordern, dass auch die begünstigte Partei an der öffentlichen Beurkundung teilnimmt. 4.1. Selbst wenn Art. 13 Abs. 1 OR auf die öffentliche Beurkundung analog anwendbar wäre, kommt diese Bestimmung bei der Einräumung eines Vorkaufsrechtes, sei es nun limitiert oder nicht limitiert, nicht zur Anwendung, was sich aus der juristischen Natur des Vorkaufsrechtes ergibt. Unter der Geltung des Art. 216 Abs. 3 aOR, welche Bestimmung für einen Vertrag auf Einräumung eines Vorkaufsrechtes unabhängig von der Bestimmtheit des Kaufpreises einfache Schriftlichkeit verlangte, wurde in der Lehre die Diskussion um die Rechtsnatur des Kaufrechtes geführt. 4.1.1. Die Bedingungstheorie fasst den Vertrag, der ein Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht einräumt, als suspensiv und potestativ bedingten Kaufvertrag auf. Der Vertrag wäre demnach ein einseitig bedingter Kaufvertrag, nämlich abhängig von der suspensiven und gleichzeitig potestativen Bedingung, dass der Berechtigte sein Kaufrecht ausübt. Entscheidend für diese Theorie ist, dass der Kaufvertrag bereits mit der Einräumung des Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechtes zustande kommt. Dies hat zur Folge, dass der Vorkaufs-, Kaufs-, und Rückkaufsberechtigte nach Abschluss des Vorkaufs-, Kaufsrecht- oder Rückkaufsrechtes in Wirklichkeit nicht nur als Berechtigter erscheint, sondern bereits auch als bedingt Verpflichteter hinsichtlich der Leistungen, die ihm der Kaufvertrag auferlegt im Falle der Ausübung des Rechtes, also insbesondere hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises (Walter Ott, Die Abtretung vertraglicher Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte als Vertragsübernahme, ZGBR 59 [1978] S. 262; Meier-Hayoz, a.a.O., N 46 zu Art. 681 ZGB). 4.1.2. Nach der Begründungstheorie sind Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrechte Gestaltungsrechte, die einen Kaufvertrag erst mit ihrer Ausübung begründen. Der Vertrag, der ein Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht einräumt, erscheint daher nicht bereits als Kaufvertrag. Der von den Parteien anvisierte Kaufvertrag kommt vielmehr erst mit der Ausübung des Gestaltungsrechtes zustande. Im Unterschied zur Bedingungstheorie ist der Berechtigte vor der Abgabe der Ausübungserklärung nicht - auch nicht bedingt - verpflichtet. Seine Verpflichtungen entstehen erst mit dem Abschluss des Kaufvertrages (Ott, a.a.O., S. 263; Peter Jäggi, Über das vertragliche Vorkaufsrecht, ZBGR 39 S. 66/67). 4.1.3. Der Entscheid für diese oder jene Auffassung hat praktische Folgen. Folgt man der Bedingungstheorie, so ergibt sich ohne weiteres die Notwendigkeit, dass nicht nur der Vorkaufsverpflichtete, sondern auch der Vorkaufsberechtigte den Vorkaufsvertrag zu unterschreiben hat. Denn auch der Letztgenannte unterliegt mit Abschluss des Vorkaufsvertrages bestimmten - wenn auch bedingten - Vertragsverpflichtungen. Deshalb hat er den Vertrag mit zu unterzeichnen. Anders dagegen bei der Begründungstheorie. Danach kommt mit Abschluss des Vorkaufsvertrages der eigentliche Kaufvertrag über den Kaufgegenstand noch nicht zustande. Erst mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes im Vorkaufsfall entsteht der Kaufvertrag mit allen Rechten und Pflichten (Ott, a.a.O., S. 266). 4.2.1. Das Bundesgericht erklärte in seinem Entscheid BGE 94 II 111 E. 3 klar, dass es bisher zum in der Lehre abgehandelten Theorienstreit nicht Stellung genommen habe, und es liess auch in diesem Entscheid die Frage offen. Indessen definierte es gestützt auf die BGE 86 II 36 und 88 II 159 das Vorkaufsrecht als einen durch ein Gestaltungsrecht bedingten Kaufvertrag. Damit

stellte es sich eindeutig auf den Boden der Bedingungstheorie (Ott, a.a.O., S. 269). Das Bundesgericht hat sich seither zu dieser Frage nicht mehr geäußert. Die Justizkommission entschied in dem vom Grundbuchverwalter zitierten Entscheid 49/84 vom 9. Februar 1984 unter der Geltung von Art. 216 Abs.3 aOR, dass der das Vorkaufsrecht begründende Vertrag auch vom Berechtigten zu unterzeichnen sei. Zur Begründung erwog sie, dass die Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten, wenn er von seinem Recht Gebrauch macht, nach gefestigter Praxis nicht an eine Form gebunden sei (Meier-Hayoz, a.a.O., N 227 zu Art. 681 ZGB). Dies lasse sich nur rechtfertigen, wenn der Bedingungstheorie gefolgt werde, wonach sich der Vorkaufsberechtigte nicht erst mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes, sondern bereits mit dem Vorkaufsvertrag als Käufer verpflichtet. Andernfalls käme ein Kaufvertrag über Grundeigentum zustande, bei welchem der Käufer zu keinem Zeitpunkt eine Form zu wahren hätte (Meier-Hayoz, a.a.O., N 72 zu Art. 681 ZGB). 4.2.2. Es besteht für die Justizkommission keine Veranlassung, auf diesen Entscheid zurückzukommen. Die Entstehung auch eines unentgeltlichen Vorkaufsrechtes setzt voraus, dass der Vorkaufsberechtigte die mit dem Vorkaufsrecht verbundenen bedingten Verpflichtungen akzeptiert. Deshalb hat auch der Vorkaufsberechtigte die je nach Art des Vorkaufsrechts (limitiertes oder nicht limitiertes Vorkaufsrecht) verlangte Form einzuhalten. Justizkommission, 16. Mai 2006 (JK 06 11)

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