

# DAS GESETZLICHE VORKAUFRECHT DES MITEIGENTÜMERS

(KORREFERAT ZUM REFERAT VON HERRN DOZENT  
DR. FEYZİ NECMEDDİN FEYZİOĞLU

von

Dr. iur. Rolf BÄR

Rechtsanwalt, Assistent für Privatrecht an der Universität Bern

Vor das Referat von Herrn Feyzioglu gestellt, befindet sich der Referent einigermaßen in Verlegenheit : Die in grosser Zahl angeschnittenen Fragen sind dermassen vollständig und in Kenntnis der schweizerischen Theorie und Praxis behandelt worden, dass weder durch Mitteilungen aus der schweizerischen Literatur noch etwas zugesetzt zu werden vermag, noch der Korreferent nennenswerte neue Gesichtspunkte finden konnte. Es sei deshalb gestattet, nur zu sehr wenigen Teilthemen zu sprechen und es der Diskussion zu überlassen, welche weiteren Fragen noch aufgegriffen werden.

Vorerst ist als interessantes Faktum festzuhalten, dass gemäss den Nachweisen von Herrn Feyzioglu die Knappheit der gesetzlichen Regelung dem türkischen Richter gelegentlich ermöglicht hat, die Auslegung im Sinne des alten türkischen Rechts vorzunehmen. Diese "Durchlässigkeit" des Gesetzes muss zum ehrlichen Eingeständnis führen, dass dem Gesetzestext und seiner "Auslegung" doch recht oft nur die Rolle zukommt, den Richter und seinen nach Gerechtigkeitsgefühl und Traditionsbewusstsein vorweg gefällten Entscheid zu decken (immerhin sei dies unter Juristen gesagt ; der Laie dürfte daraus übertriebene Folgerungen ziehen). Es scheint somit die spezifische Gesetzestechnik des ZGB (Knappheit und nicht selten Unpräzision) ein Ventil zu bilden, durch das etwas von der Spannung entweichen kann, die notwendigerweise entsteht, wenn ein aus den historischen und sozialen Gegebenheiten eines

bestimmten Landes gewachsenes Gesetz auf ein Land mit ganz anderen Voraussetzungen übertragen wird.- Interessant ist ferner die Tatsache, dass ein Rechtsinstitut mit so weiter Verbreitung in der Schweiz wie das vertragliche Vorkaufsrecht, sich in der Türkei bis heute nicht einbürgern konnte, weil es dem früheren Recht unbekannt war.

### I.

Was nun das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers betrifft, sieht Herr Feyzioglu einen grundlegenden Unterschied zwischen dem alten und dem neuen Recht darin, dass das alte kollektivistisch, das neue dagegen individualistisch gedacht worden sei. Es wäre reizvoll, näheres darüber zu vernehmen, warum das Vorkaufsrecht des Medjellé hauptsächlich dazu bestimmt angesehen werden muss "de prévenir les inconvénients découlant du mauvais voisinage", wie Herr Feyzioglu ausführt. Wenn er den individualistischen Zug des gesetzlichen Vorkaufsrechts im neuen Recht in dessen Zweck erblickt, die Miteigentumsverhältnisse aufzuheben, dann kann dazu folgendes bemerkt werden:

Im schweizerischen Recht des Mittelalters und der früheren Neuzeit gab es mannigfache sog. Zug- oder Retraktrechte zugunsten der Familie, der Genossenschaft, der Ortsansässigen etc.<sup>1</sup> Auch nach den Umwälzungen in der Folge der französischen Revolution kannten einige kantonale Gesetzbücher des 19. Jahrhunderts noch Zugrechte zugunsten von Familienangehörigen, doch nur noch vereinzelt<sup>2</sup>. Eugen Huber konnte daher feststellen, dass die Zugrechte bis auf wenige Reste bereits verschwunden seien und sich das individuelle Eigentum durchgesetzt habe.<sup>3</sup> Dasselbe fiel aber bereits in der Mitte des 19. Jahrhunderts den Re-

1) E. Huber, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts IV 717 H.

2) E. Huber, System..., III 265 ff., vgl. 216 ff.

3) System..., IV 728, vgl. Erläuterungen zum Vorentwurf ZGB, 2.A., 1914, II 3 f.

daktoren des Zürcher und des Solothurner Privatrechtsgesetzbuches auf (Bluntschli,<sup>4</sup> Reinert<sup>5</sup>). Es ist allzu bekannt, welche wirtschaftlichen und geistigen Entwicklungen von der Notwendigkeit weggeführt haben, das Grundeigentum bestimmten Personengruppen verfangen zu halten, als dass darauf eingegangen werden müsste. Jedenfalls konnte Eugen Huber die Zugrechte als juristische Altertümer bezeichnen, die aufzufrischen kein Anlass bestehe,<sup>6</sup> ohne sich dem Verdacht auszusetzen, ein Neuerer zu sein. Eine leichtfertige Loslösung von der Rechtstradition und dem historisch Gewordenen vermöchte man ihm ja zu allerletzt vorzuwerfen.

Einzig das Vorkaufsrecht des Miteigentümers, das sich auch noch in einigen kantonalen Gesetzbüchern vorgefunden hatte<sup>7</sup>, wurde von allen früher bekannten gesetzlichen Zugrechten ins ZGB aufgenommen. Nach den Erläuterungen zum Vorentwurf<sup>8</sup> rechtfertigte sich dies, "aus dem engen Zusammenhang, in dem ohnedies die Miteigentümer sich befinden. Das Miteigentum besteht ja überhaupt auf dem Belieben der Beteiligten. Sie können für die Regel jederzeit dessen Liquidation verlangen. Es ist ein Stück von dieser Berechtigung aus ihr herausgehoben, dass ihnen auch ein Vorkaufsrecht unter sich eingeräumt wird. Man wird überdies zugeben müssen, dass wirtschaftlich die Aufhebung der Miteigentumsverhältnisse wohl der Begünstigung wert ist. Jede Vereinfachung ist hier zu begrüßen. Sie kann aber unter Umständen erreicht werden durch die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes gegenüber einem fremden Dritten, der, durch den Ankauf des Anteils eines der Beteiligten in die Gemeinschaft eingeführt, diese fortsetzen würde."

Ist das nun wirklich individualistisch im Sinne von gemeinschaftsfeindlich gedacht? — Selbst wenn wir das öffentliche und damit höchst gemeinschaftliche Interesse an der Beseitigung notorisch unruhestiftender Verhältnisse, am Rechtsfrieden, absehen,

---

4) **Bluntschli** in seinen Erläuterungen zum Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch, 1855/56, zu Par. 1459.

5) **Walliser**, Der Gesetzgeber Joh. Baptist Reinert, Olten 1948, 347.

6) Erläuterungen zum Vorentwurf ZGB, II 15

7) **E. Huber**, System..., III 265 ff

8) II 43

ist das wohl weniger der Fall, als man glaubt. Denn wie entsteht Miteigentum ?

Der Fall der gemeinsamen Vorrichtungen zur Abgrenzung von Grundstücken kann ausser Betracht gelassen werden (ZGB 670), denn diese teilen das Schicksal der Grundstücke, denen sie dienen, d.h. die Miteigentumsanteile sind subjektiv-dinglich mit den jeweiligen Eigentümern dieser Grundstücke verbunden, so dass ein Vorkaufsrecht nicht in Frage kommt.<sup>9</sup> Weiter entsteht Miteigentum durch Verbindung und Vermischung von Sachen (ZGB 727), gemeinsamen Fund, Vereinbarung von Miteigentum in einem Erbteilungsvertrag, Vermächtnis einer Sache an mehrere Legatäre u.ä.<sup>10</sup> - Ein gemeinsamer Zug aller dieser Fälle liegt darin, dass keine nennenswerte persönliche Beziehung unter den Miteigentümern besteht und die Sache daher auch keinem nach Dauer verlangenden gemeinsamen Zweck dient, bzw. dass es den Parteien frei gestanden hätte, durch Bildung einer Gesellschaft oder Familiengemeinderschaft oder durch Fortsetzung der Erbengemeinschaft die allenfalls erwünschte engere Bindung zu wählen. Es liegt auf der Hand, dass Gemeinschaften, die von Natur aus oder nach Parteiwillen derart lose sind, in ihrem Bestande wenig geschützt werden müssen. Selbst innerhalb einer kollektivfreundlichen Rechtsordnung wären sie unerwünscht, weil sie mangels einer die Parteien wirklich verbindenden Zweckgemeinschaft ganz besonders anfällig für Streitigkeiten sind ; unerwünscht in dem Sinne, dass ihre Beseitigung erleichtert werden muss, wobei es die Beteiligten aber in der Hand haben, durch Nichterheben des Aufhebungsanspruchs und Unterlassen eines Vorkaufsfalls die lose Gemeinschaft bestehen zu lassen, so lange sie sich bewährt.

Gelten diese Ueberlegungen auch für den bisher unerwähnten Fall des gemeinsamen Kaufs, zu dem sich die Käufer doch eigens zusammengetan haben ? Wann entsteht aus gemeinsamem Kauf Miteigentum ?

Vorerst darf man eine gewisse Tendenz feststellen, bei gemeinsamem Kauf zugunsten des Kaufpreisgläubigers Solidarität zu

9) vgl. Haab, Kommentar, ZGB 646 N. 2, 670 N. 9

10) vgl. die Kataloge bei Haab ZGB 646 N. 4 ff, Meier-Hayoz, Kommentar ZGB 646 N. 15 ff.

konstruieren<sup>11</sup>, was am bequemsten über die Annahme einer einfachen Gesellschaft der Käufer geschieht; dann wäre aber im Zweifel Gesamteigentum erworben. Gelegentlich wird aber aus der Interessenlage eine konkludente Solidaritäts "erklärung" im Sinne von OR 143 abgeleitet<sup>12</sup>; fehlt dann eine einfache Gesellschaft, wäre zu Miteigentum erworben. Doch scheint mir, wenn die Interessenlage nahe legt, den Käufern gemäss Vertrauenstheorie den Willen zu unterstellen, jeder wolle für das Ganze schulden, d.h. auch für den Teil seines Partners eintreten, dann wäre es natürlicher anzunehmen, aus dem gemeinsamen Zweck (mindestens) des Erwerbs und dem verstärkenden Indiz des Vertrauens in den Partner einen genügenden "animus societatis" und damit den Abschluss einer einfachen Gesellschaft zu folgern<sup>13</sup>. Denn der Gesellschaftszweck darf ja auch dürftig und bloss vorübergehend sein. Man kann sich deshalb nur schwer vorstellen, wie gemeinsamer Kauf nicht gesellschaftlich sein soll<sup>14</sup>, und warum VZG 59 die Vermutung von Miteigentum beim Zuschlag an gemeinsame Bieter im Zwangsversteigerungsverfahren aufgestellt hat. Anders verhält es sich mit der sog. Vermutung für Miteigentum und gegen Gesamteigentum, die sich in der Doktrin findet<sup>15</sup>: Sie beruht darauf, dass Miteigentum — im Gegensatz zu Gesamteigentum — keine *besondere* Gemeinschaft unter den Beteiligten voraussetzt; für Gesamteigentum ist somit die Existenz einer solchen Gemeinschaft zusätzlich darzutun. Zwar ist also der (praktisch meist nicht schwierige) Nachweis der einschlägigen Tatsachen zu erbringen, aber die Entstehung von Gesamteigentum mittels formlos gültiger einfacher Gesellschaft wird dadurch nicht erschwert, wie es durch das Requisite der ausdrücklichen Erklärung in VZG 59 geschieht, weshalb man gleichwohl daran festhalten könnte, dass gemeinsamer Kauf in aller Regel zu Gesamteigentum führen sollte. Aller-

11) vgl. App. H. Bern ZBJV 1953 79 ff.

12) vgl. die Fälle bei Becker, Kommentar, 2. A., OR 143 N. 1 und BGE 49 III 211 f.

13) vgl. z.B. Siegwart, Kommentar, N. 2 und 57 vor OR 530-551.

14) vgl. immerhin BGE III 214, wo zwischen "gemeinsamem" und "gleichartigem" Zweck unterschieden wird.

15) Meier-Hayoz N. 5 vor ZGB 646/54, Erläuterungen zum Vorentwurf ZGB II 77.

dings können Gesellschafter unter sich Miteigentum ausdrücklich verabreden<sup>16</sup>, doch dann haben sie die losere Rechtsform *gewollt*. Ob Siegwart<sup>17</sup> mit Recht annimmt, der Erwerb könne gesellschaftlich erfolgen, während später eine Wandlung in Miteigentum statfinde, wenn der nach erfolgtem Erwerb verbleibende gemeinsame Zweck allzu dürftig werde (der doch wohl mindestens in gemeinsamem Gebrauch oder vorteilhaftem Weiterverkauf besteht und damit kaum unter das Niveau einer einfachen Gesellschaft fällt?<sup>18</sup>), kann hier dahingestellt bleiben. Persönlich glaube ich, bei gemeinsamem Kauf liege einfache Gesellschaft vor, während die im Sachenrecht geregelte, höchst dürftige Gemeinschaft<sup>19</sup> aus Miteigentum nur bei ausdrücklichem Willen der Parteien oder auf die genannten übrigen, weniger persönliche Beziehungen erzeugenden bzw. voraussetzenden Entstehungsgründe des Miteigentums passe. Jedenfalls setzt aber auch nach Siegwart ein gemeinsamer Kauf zu Miteigentum eine nach Willen oder natürlichen Verhältnissen recht lose Bindung voraus. Ich komme deshalb hier nochmals zum Ergebnis, die erleichterte Auflösung des Miteigentums und das gesetzliche Vorkaufsrecht als ein Teil dieser Regelung sei auch bei gemeinsamem Kauf nicht als übertriebener Individualismus, sondern als Konsequenz der typischerweise wenig soliden Beziehungen unter den Beteiligten zu werten.<sup>20</sup>

Individualistisch im Sinne eines unangemessenen Individualismus ist deshalb die gesetzliche Regelung nicht, wohl aber musste

16) Siegwart OR 531 N. 7

17) N. 52 vor OR 530-551, vgl. auch N. 55.

18) Es ist zu beachten, dass individuelle Interessen auch innerhalb einer Gesellschaft legitim sein können und die Zweckgemeinschaft nicht verhindern; so die Vorteile aus Benutzung oder Veräusserung, vgl. Siegwart N. 60 vor OR 530-551.

19) Trotz der geläufigen Begriffsbestimmung, dass Miteigentum entstehe, wenn die Grundlage einer besonderen Gemeinschaft fehle, handelt es sich doch um eine Gemeinschaft (aber eben mangels anderer, besonderer um die lose von ZGB 646 ff.). Sonst wäre z.B. das Mehrheitsprinzip in ZGB 647 nicht erklärlich, das übrigens nach dem Revisionsentwurf Liver (Art. 647-647 quater) noch weiter differenziert werden soll. — In Deutschland gilt eine schuldrechtliche Gemeinschaft als Grundlage: BGB 741 ff.

20) vgl. auch Meier-Hayoz ZGB 650 N.1, Haab ZGB 650/51 N. 1

der Gesetzgeber bei der Auswahl aus den alten Zugrechten dem längst schon eingetretenen Wandel zum Individualismus Rechnung tragen.

Ob man allerdings nach neueren sozialen Bedürfnissen, weitere gesetzliche Vorkaufsrechte (z.B. der Nachbarn) schaffen soll, wie sich Herr Feyzioğlu fragt, kann erwogen werden. Immerhin rechtfertigt sich eine solche weitere Einschränkung des Eigentums nur bei sehr dringendem Bedarf. Die Schweiz hat im Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes von 1951 solche Vorkaufsrechte an landwirtschaftlichen Grundstücken geschaffen, ohne dass bedauerlicherweise das entscheidende Gewicht auf die Fähigkeit des Vorkaufsberechtigten, das Gut selber zu bewirtschaften, gelegt worden wäre. Der wirklich gerechtfertigte Grundgedanke dieses Vorkaufsrechts kann sich somit nicht richtig auswirken; an seine Stelle ist praktisch ein ganz singuläres Standesrecht einer einzelnen Bevölkerungsklasse getreten.<sup>21</sup>

## II.

Weiter seien einige Bemerkungen zur Rechtsnatur des gesetzlichen Vorkaufsrechts und zu seiner Durchsetzung angebracht:

Ueber die Konstruktion des vertraglichen Vorkaufsrechts hat es seit je sehr verschiedene Auffassungen gegeben.<sup>22</sup> Heute kann diejenige eines doppelt suspensiv bedingten Kaufs als herrschend gelten, bedingt einmal durch den Eintritt eines Vorkaufsfalls und dann durch die Ausübungserklärung des Berechtigten. Dieser Vertrag ist beim Miteigentum durch Gesetzesvorschrift ersetzt. Beiden Vorkaufsrecht-Arten gemeinsam ist aber die Notwendigkeit einer Ausübungserklärung, die vorherrschend als Gestaltungserklärung gekennzeichnet wird<sup>23</sup>, somit eine Verwandlung der Rechtslage durch einseitige Willenserklärung bedeutet und zudem nach den allgemeinen Grundsätzen des Gestaltungsrechts unbedingt, unwi-

21) vgl. Meier-Hayoz ZBJV 1956 320 ff.

22) Übersicht: Meier-Hayoz ZBJV 1956, 306 ff. Haab ZGB 681/82 N. 2, **Wiederkehr**, Das gesetzl. Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Diss. Zürich 1936, 82 ff. - Vom Bundesgericht offen gelassen: BGE 44 II 368, 48 II 469, 82 II 585.

23) z.B. BGE 82 II 585

derrufflich und verwirkbar sein muss<sup>24</sup>. Dabei will ich mich nicht aufhalten, da anscheinend auch Herr Feyzioglu keine grundlegend andere Auffassung vertritt.

Hingegen fällt auf, dass er das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers als *dingliches* Recht kennzeichnet. Nach schweizerischer Rechtsauffassung ist ein Recht nur dinglich, wenn es 1.) unmittelbare Sachherrschaft gewährt und 2.) absolut wirkt, weil nämlich wirkliche unmittelbare Sachherrschaft kollidierender Einwirkung jedes beliebigen Dritten entgegensteht.<sup>25</sup>

Das Vorkaufsrecht des Miteigentümers (wie auch das vorge-merkte vertragliche) wirkt nun allerdings absolut. Man kann dagegen nicht - wie Meier-Hayoz<sup>26</sup> und möglicherweise auch Haab<sup>27</sup> - einwenden, dieses Recht richte sich nicht gegen jedermann. Jedes absolute Recht kann nur gegen denjenigen Ansprüche erzeugen, der mit ihm konkret in Konflikt kommt. Handelt es sich um ein inhaltlich so eng begrenztes Recht wie das Vorkaufsrecht, so mögen es nur wenige Personen sein. Es wirkt nur gegen die wenigen, welche im Falle eines Verkaufs dem Recht des Vorkaufsberechtigten im Wege stehen; potentieller Käufer ist aber jedermann, weshalb gegen die absolute Wirkung keine Bedenken bestehen. - Hingegen handelt es sich wohl um keine unmittelbare Sachherrschaft. Diese wäre m.E. nur gegeben, wenn — was m.W. nie zur Diskussion gestanden ist — die Ausübungserklärung dem Berechtigten unmittelbar Eigentum verschaffen würde. Dann könnte man vielleicht sagen, der Berechtigte übe unter der Voraussetzung des Verkaufs — und gewissen, durch den Inhalt des Rechts gegebenen Voraussetzungen untersteht die Ausübung jedes beschränkten dinglichen Rechts — eine unmittelbare, d.h. unabhängig von einem Dritten bestehende Sachherrschaft aus. So lange man aber daran festhält (wie es auch in der Türkei der Fall zu sein scheint), dass das gesetzliche Vorkaufsrecht nur einen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums gebe und daher die Willensbetätigung eines Dritten verlange, kann von unmittelbarer Sachherrschaft und damit

24) Darüber **Meier-Hayoz** ZBJV 1956 303 ff.

25) **Liver**, Kommentar, Einleitung N. 2, ZGB 730 N. 225 ; vgl. **Haab** Einleitung N. 51 ff.

26) ZBJV 1956 302.

27) Einleitung N. 54



von einem dinglichen Recht nicht die Rede sein.<sup>28</sup> Das Argument<sup>29</sup>, die Sachherrschaft liege in der Möglichkeit, Eigentumszuspreekungsklage anzustrengen, und dies bedeute genügende Einwirkungsmöglichkeit, ist m.E. nicht zutreffend. Es würde übrigens den unbestritten rein obligatorischen Anspruch aus einem Kaufvertrag, der ebenfalls zu dieser Klage berechtigt, zu einem dinglichen machen. Tatsächlich ist die Möglichkeit, sich vom Richter unmittelbar Eigentum zusprechen zu lassen, als Vereinfachung des Vollstreckungsweges gedacht und sagt über die Natur des Anspruchs nichts aus.

Während diese Frage mehr nur theoretische Bedeutung hat, sind wir damit gleichzeitig bei der praktisch sehr wichtigen Frage der dem Vorkaufsberechtigten zustehenden Klagen und der dabei *passivlegitimierten Personen* angelangt. Darüber konnte sich die schweizerische Doktrin bisher in keiner Weise einigen<sup>30</sup>, und dem Bundesgericht ist es gelungen, sozusagen alles offen zu lassen.<sup>31</sup>

Es werden hinsichtlich der Klageart genannt :

- die Eigentumszuspreekungsklage (ZGB 665 I) des einen Anspruch auf Uebertragung Besitzenden gegen den verpflichteten Eigentümer,<sup>32</sup>
- die Grundbuchberichtigungsklage des nicht eingetragenen dinglich Berechtigten gegen den ungerechtfertigt Eingetragenen (ZGB 975).

So lange noch der Veräußerer im Grundbuch eingetragen ist, entstehen keine Schwierigkeiten hinsichtlich Klageart und Passivlegitimation, wohl aber, wenn trotz Ausübungserklärung des Vor-

28) vgl. Liver, Einleitung N. 148 und 153 f., Meier-Hayoz ZBJV 1956 302 (mit älterer Literatur entgegengesetzter Meinung), BGE 44 II 366.— In Deutschland wird allerdings das Vorkaufrecht von BGB 1094 ff. als "dinglich" bezeichnet, obwohl Unmittelbarkeit der Sachherrschaft bei der Begriffsbestimmung ebenfalls genannt wird, und trotzdem nur ein Uebertragungsanspruch besteht

(Enneccerus-Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10.A., 1957, 8 und 498; Westermann, Sachenrecht, 3.A., 1956, 604).

29) Wiederkehr 55 ff.

30) vgl. die Zusammenstellungen bei Liver, Einleitung N. 154 Meier-Hayoz ZBJV 1956, 337, Wiederkehr 138 ff.

31) BGE 42 II 32, 56 II 172, 30 II 371, 82 II 582

32) Haab ZGB 656 N. 29

kaufsberechtigten der Dritterwerber eingetragen worden ist. Nach Haab<sup>33</sup> ist dann gegen den Veräußerer die Eigentumszusprechungsklage<sup>34</sup> und gegen den Dritten die Grundbuchberichtigungsklage zu erheben, während nach Leemann<sup>35</sup>, Homberger<sup>36</sup> und Meier-Hayoz<sup>37</sup> die Eigentumszusprechungsklage gegen den Dritten geht.

Die Schwierigkeiten der ersten Auffassung sind die folgenden: Die Grundbuchberichtigungsklage setzt einen in seinen dinglichen Rechten<sup>38</sup> verletzten Kläger voraus; das ist aber der Vorkaufsberechtigte nicht. Und die Eigentumszusprechungsklage muss gegen den Eigentümer gehen; das ist aber der Verkäufer nicht mehr, sofern man nicht annehmen will, der Eigentumsübergang sei materiell ungerechtfertigt (worauf dann eigentlich der Verkäufer, nicht der Vorkaufsberechtigte, die Grundbuchberichtigungsklage gegen den Dritten erheben müsste). Guhl<sup>39</sup> hält allerdings den Kauf mit dem Dritten als unter der stillschweigenden Bedingung der Nichtausübung des Vorkaufsrechtes abgeschlossen (bei Ausübung falle also die gültige causa der Uebertragung dahin), und die gesetzliche Verfügungsbeschränkung verhindere den guten Glauben des Dritten (vgl. ZGB 973 f.) Nun sind aber "stillschweigende Bedingungen" stets etwas verdächtige Mittel, dem Parteiwillen etwas unterzuschieben, das diesem fremd ist. Wenn sich ein gewünschtes Ergebnis nicht aus dem Gesetz gewinnen lässt, dann versucht man es durch eine angebliche Ausübung der Privatautonomie zu decken, die nie erfolgt ist. Und in unserem Fall: Wenn es doch schon unzulässig ist, die Anmeldung zum Grund-

33) ZGB 681/82 N. 46.

34) Warum, wie Herr Feyzioglu ausführt, in der Türkei nur eine Feststellungs- und Leistungsklage möglich ist, wird wohl die Diskussion noch zeigen. Allerdings hat sich das schweiz. Bundesgericht noch nicht festgelegt, wiewohl BGE 78 II 360 f. eine Neigung zugunsten des Zusprechungsurteils erkennen zu geben scheint. Die zitierte Doktrin hat jedoch keine Bedenken.

35) ZGB 681 N. 59, 70 f., 682 N. 20

36) ZGB 959 N. 38

37) ZBJV 1956 336 f.

38) Die von Homberger (ZGB 975 N. 17, auch Wiederkehr 148 f.) genannte Ausnahme der Aktivlegitimation des Vorkaufsberechtigten, dessen Recht fälschlich gelöscht worden ist, betrifft nicht diesen Fall.

39) Berner Festgabe für das Bundesgericht, 1924, 141

bucheintrag bedingt abzugeben (GbVO 12 I), dann ist nicht anzunehmen, die Parteien hätten den Vertrag als bedingt betrachtet, die Erklärung aber unbedingt abgegeben.

Der m.E. im Grunde gleiche Gedanke lässt sich auch so ausdrücken: Das Vorkaufsrecht bedeutet gegenüber jedem Dritten, dass er sein Eigentum (das er m.E. an sich gültig erworben hat<sup>40</sup>) nur dann zu behalten vermag, wenn der ihm mit einer gesetzlichen Realobligation rangmässig vorgehende<sup>41</sup> Vorkaufsberechtigte davon keinen Gebrauch macht.<sup>42</sup> Man müsste bloss mit dem Gedanken der subjektiv-dinglichen Verknüpfung der einen Partei des an sich obligatorischen Vorkaufsrechts mit dem jeweiligen Eigentümer (oder beidseitig, wenn es sich um das Vorkaufsrecht des Miteigentümers handelt) Ernst machen und annehmen, der Dritte folge mit dem Eigentumserwerb in alle Rechte und Pflichten aus Vorkaufsrecht, die sein Rechtsvorgänger, der Verkäufer und frühere Vorkaufsverpflichtete, gehabt hat, also einerseits in die Uebertragungspflicht und andererseits auch in die Einreden gegen den Vorkaufsberechtigten und den Zahlungsanspruch gegen diesen. Der in ZGB 681 I vorgesehene Kauf durch den Vorkaufsberechtigten zu den Bedingungen des Vertrages zwischen Verkäufer und Dritterwerber käme dann mit diesem zustande und gegen diesen wäre auch die Eigentumszuspreekungsklage zu richten. Diese Lösung, die nicht zuletzt durch einzelne Wendungen in ZGB 681 nahe gelegt wird, hätte namentlich den Vorteil<sup>43</sup> der angemessenen Berücksichtigung der Interessen des Dritten<sup>44</sup>, indem er für seinen Verlust

40) Vgl. dass das Vorkaufsrecht nach einhelliger Meinung keine Grundbuchsperrwirkung bewirkt (z.B. Meier-Hayoz ZBJV 1956 337). Wenn man das Bestreben voraussetzt, das Grundbuch möglichst in Einklang mit der materiellen Rechtslage zu halten, muss wohl die Meinung, dass ein aus dem Grundbuch ersichtliches Hindernis keine Sperrwirkung bewirkt, konsequenterweise gleichzeitig bedeuten, der Erwerb sei (zunächst) wirksam und erfahre erst später mit andern Mitteln eine Korrektur.

41) vgl. z.B. Meier-Hayoz, Einleitung N. 167 ff.

42) In der deutschen Doktrin gilt der Eigentumsübergang als dem Vorkaufsberechtigten gegenüber "relativ unwirksam". Die Klage ist allerdings gegen den Verkäufer zu richten (Westermann 607 f., Enneccerus-Wolff-Raiser 502 und 504)

43) Darüber ausführlich Wiederkehr 150 ff., gl. M. Meier-Hayoz, ZBJV 1956 336 f.

gesichert wäre ; er vermöchte dann als Verkäufer auch das mittelbare gesetzliche Pfandrecht von ZGB 837 I Ziff. 1 zur Sicherung der Preisforderung zu erwirken. Der Dritte wird mit Vorteil im Prozess seinen Verkäufer zur Intervention auffordern, damit ihm dieser in einem allfällig folgenden Rechtsstreit aus ihrem Verträge keine schlechte Verteidigung vorwerfen kann.

(Handelte es sich aber bei der zwischen dem Verkäufer und dem Dritten verabredeten Vertragsleistung um eine, die der Vorkaufsberechtigte nicht erbringen kann und nicht leicht in Geld auszugleichen ist<sup>45</sup>, z.B. Verpfändung, oder um ein nicht wesentlich durch Umsatz von Sachen gegen Geld motiviertes Geschäft, z.B. sog. Kindskauf, dann läge nach bekannter Praxis kein Vorkaufsfall vor<sup>46</sup>. Es könnte eben auch der Dritte geltend machen, der Zweck der Veräusserung durch seinen Vormann verhindere die Annahme eines Vorkaufsfalles).

Der Korreferent kann nicht hoffen, in einem Streit, der noch immer nicht beigelegt ist, obwohl ihn bekannteste Autoren geführt haben, nun den unzweideutig richtigen Entscheid getroffen zu haben, am allerwenigsten mit einer blossen Skizze von Problem und Lösung. Wenn die Ausführungen ganz am Schluss allgemein etwas gewaltsam anmuten mögen, dann ist immerhin zu bedenken, dass Konstruktionsversuche ausschliesslich mit bekannten Bausteinen sinnlos werden, wenn sie - wie die bisherige Diskussion zeigt - trotz aller Mühe und Phantasie zu keiner zwanglosen und angemessenen Lösung führen wollen. Man wird wohl zur Erkenntnis kommen müssen, dass das Vorkaufsrecht ein Institut besonderen Charakters ist und deshalb mit einiger innerer Freiheit betrachtet werden muss. Letzten Endes ist es unsere Aufgabe, es so auszugestalten, dass die Interessen einen vertretbaren Ausgleich finden, selbst wenn dazu allenfalls bisher unbekannte Rechtsfiguren nötig würden. Der Richter wird angesichts der lückenhaften und unklaren Regelung des Vorkaufsrechts im Gesetz seine Befugnisse gemäss ZGB 1 voll ausschöpfen müssen.

44) Dazu trägt in Deutschland BGB 1100 Sorge ; allerdings mit einer andern Ordnung der Legitimation, vgl. Anm. 42

45) vgl. BGE 82 II 585

46) vgl. BGE 44 II 387, 70 II 149 ff., Meier-Hayoz ZBJV 1956 334 f., Wiederkehr 118 ff.