

und dementsprechend bei der Festsetzung der N. zuzusprechenden Zinsen zu berücksichtigen ist.  
ZF 79/93

Urteil vom 26. Januar 1994

## 8

- **Rückkaufsrecht (Art. 216 OR); Form, Auslegung.**
  - **Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen? Erst nach dem Tode der Verpflichteten gegenüber ihren Erben ausübbares Rückkaufsrecht als - mangels Erfüllung der Formvorschriften des Erbrechts ungültiges - Rechtsgeschäft von Todes wegen (Erw. 3).**
  - **Ein Rückkaufsrecht «gegenüber den Erben der Käuferin») kann nicht mehr ausgeübt werden, wenn sich das Rückkaufsobjekt zufolge lebzeitiger Veräußerung (Schenkung) nicht mehr im Nachlass der Verpflichteten befindet (Erw.4).**
  - **Rechtsmissbräuchliche Umgehung eines auf den Tod der Verpflichteten gestellten Rückkaufsrechts durch Schenkung unter Lebenden (in casu verneint) (Erw. 5)?**

*Aus dem Sachverhalt:*

Mit Kaufvertrag vom 28. April 1978 erwarb Frau P. eine Stockwerkeinheit zum Preise von Fr. 330 000.-. In Ziffer 5 der weiteren Vertragsbestimmungen wurde zugunsten der Verkäufer ein Vorkaufs- und Rückkaufsrecht mit folgendem Wortlaut vereinbart:

«Neu wird die Begründung folgender Rechte vereinbart:

a) ...

b) *Vorkaufsrecht:*

Die Käuferin räumt den Verkäufern ein unbefristetes Vorkaufsrecht am Kaufsobjekt ... zum vereinbarten Kaufpreis von Fr. 330 000.- ohne Zins ein.

Das Vorkaufsrecht kann entweder von den Berechtigten gemeinsam oder bei Verzicht eines Berechtigten vom anderen Berechtigten allein ausgeübt werden.

Dieses Vorkaufsrecht ist für die maximal zulässige Dauer von zehn Jahren im Grundbuch vorzumerken.

c) *Rückkaufsrecht:*

Die Verkäufer behalten sich gegenüber den Erben der Käuferin das Recht vor, das Kaufsobjekt ... zum vereinbarten Kaufpreis von Fr. 330 000.- ohne Zins zurückzukaufen.

Der Rückkauf kann innert der Frist von einem Jahr vom Tage an, an welchem die Berechtigten von der Eröffnung des Erbganges

## Kenntnis

erhalten, jederzeit auf eine vorausgehende dreimonatige Anzeige hin erfolgen.

Dieses Rückkaufsrecht ist für die maximal zulässige Dauer von zehn Jahren im Grundbuch vorzumerken.»

Mit Schenkungsvertrag vom 2. Juli 1987 übertrug Frau P. die Stockwerkeinheit auf ihre Nichte G. Als Frau P. am 28. Februar 1991 starb, übte einer der Verkäufer das Rückkaufsrecht gegenüber Frau G. aus und erhob, nachdem letztere die Eigentumsübertragung verweigerte, Klage auf Zusprechung des Eigentums. Das Bezirksgericht wies die Klage ab, und das Kantonsgericht wies die gegen dieses Urteil eingereichte Berufung ab aufgrund folgender

*Erwägungen:*

3. Die Beklagte beruft sich vorab mit der Begründung, es liege eine Verfügung von Todes wegen vor, weshalb bei der Errichtung die erbrechtliche Form hätte beachtet werden müssen, auf Formungültigkeit des Rückkaufsrechtes. Der Kläger hält mit der Vorinstanz dagegen, beim öffentlich beurkundeten Rückkaufsrecht handle es sich nicht um ein Rechtsgeschäft von Todes wegen, sondern unter Lebenden, weshalb der Formvorschrift des Obligationenrechts Genüge getan und der Rückkaufsrechtsvertrag gültig vereinbart worden sei.

Gemäss Art. 216 Abs. 2 OR bedürfen Verträge, die ein Kaufsrecht oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Das Kaufsrecht - ein Sonderfall hievon ist das Rückkaufsrecht - kann sowohl durch Rechtsgeschäft unter Lebenden als auch durch Verfügung von Todes wegen begründet werden. Entsteht das Kaufsrecht jedoch durch ein Rechtsgeschäft von Todes wegen, so ist immer die erbrechtliche Form einzuhalten. Im vorliegenden Fall bedeutet dies konkret, dass wenn - das Rückkaufsrecht betreffend - ein Rechtsgeschäft von Todes wegen anzunehmen wäre, die Beurkundung in den Formen des Erbvertrages hätte vorgenommen werden müssen. Seitens beider Parteien ist nun unbestritten, dass eine öffentliche Beurkundung vorgenommen, es hingegen versäumt wurde, zwei Zeugen beizuziehen. Dies ergibt sich auch ohne weiteres aus dem Kaufvertrag selbst.

Das Bundesgericht setzte sich in BGE 99 II 268 eingehend mit der Frage der Rechtsnatur der Begründung eines Kaufrechtes auseinander und bemerkte einleitend, dass die Abgrenzung, ob ein Rechtsgeschäft von Todes wegen oder eines unter Lebenden vorliege, nicht schematisch aufgrund eines abstrakten Kriteriums, sondern einer Würdigung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmen sei.

Insbesondere sei dabei unter Mitberücksichtigung des Willens der Vertragsschliessenden darauf abzustellen, ob das Geschäft von den Vertragsschliessenden dazu bestimmt worden sei, das

Vermögen des Verpflichteten oder erst dessen Nachlass zu belasten, beziehungsweise in welchem Zeitpunkt nach dem Willen der Vertragsschliessen- den seine Wirkungen eintreten sollten (vgl. hiezu auch BGE 113 II 273; Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 5. Aufl., Zürich 1991, Rz 148; Hausheer, die Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Verfügungen unter Lebenden, in: Breitschmid, Testament und Erbvertrag, Bern 1991, S. 87f.). - Für die Beurteilung der Frage, ob im vorliegenden Fall ein Rechtsgeschäft von Todes wegen oder eines unter Lebenden anzunehmen sei, hat nun die Vorinstanz im wesentlichen darauf hingewiesen, dass Vorkaufs- und Rückkaufsrecht eng mit dem Kaufvertrag zusammenhängen, das Rückkaufsrecht eine sinnvolle Ergänzung des Vor- kaufsrechts darstelle, durch die Vormerkung dieser Rechte im Grundbuch diese bereits zu Lebzeiten der Käuferin gewisse Wirkungen zeitigten und schliesslich auch der Grundsatz des favor negotii zu berücksichtigen sei. Gestützt auf diese Momente gelangte das Bezirksgericht zum Schluss, dass das Rückkaufsrecht als Rechtsgeschäft unter Lebenden zu qualifizieren sei und damit formgültig vereinbart wurde. Dieser Auffassung kann sich das Kantonsgericht nicht anschliessen, wengleich auch diese Indizien für ein Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht von der Hand zu weisen sind. Dass diese Elemente indes den vor allem entscheidenden Umstand, dass das Rückkaufsrecht erst nach dem Tode der Käuferin ausgeübt werden konnte, zu überwiegen vermöchten, kann entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht gesagt werden. Vielmehr lässt das vereinbarte Rückkaufsrecht die klare Absicht der Vertragsschliessenden erkennen, dass die Erfüllung des Rückkaufsrechtes nicht das aktuelle Vermögen der Käuferin, sondern einzig und allein deren Nachlass betreffen sollte, das Rückkaufsrecht seine Wirkung also erst auf einen Zeitpunkt nach deren Tod entfalten sollte. Der gewollte Unterschied in den Formulierungen und Wirkungen des Vorkaufs- und Rückkaufsrechts ist im übrigen derart ausgeprägt, dass ein Zusammen- spiel und enger Zusammenhang der beiden nicht leichthin angenommen werden sollte, und schliesslich darf mit Blick auf den Zweck der erbrechtli- chen Formvorschriften - den Schutz des Verfügenden - ohnehin keine ' übermässig grosse Rolle spielen, ob ein derartiges Kaufs- beziehungsweise Rückkaufsrecht im Rahmen eines Gesamtvertragswerkes oder aber allein eingeräumt wurde. So oder so ist in einem solchen Fall, wo das Rechtsge- schäft allein den Nachlass betreffen sollte und keinerlei lebzeitige Bindung gewollt war, die strengere erbrechtliche Form einzuhalten. Liegt aber nach dem Gesagten nicht ein Rechtsgeschäft

unter Lebenden, sondern ein solches von Todes wegen vor, so ist das fragliche Rückkaufsrecht wegen Formmangels bei dessen Begründung nichtig beziehungsweise ungültig. Die Klage ist bereits aus diesem Grunde abzuweisen.

4. Selbst wenn dagegen mit der Vorinstanz das Rückkaufsrecht als Rechtsgeschäft unter Lebenden qualifiziert werden wollte und dieses damit formgültig vereinbart worden wäre, ist die Klage abzuweisen. Denn die Vorinstanz hat für diesen Fall eingehend dargelegt, dass der Kläger das Rückkaufsrecht an der fraglichen Stockwerkeinheit nur dann hätte ausüben können, wenn diese zum einen in den Nachlass von P. gefallen und zum andern die Beklagte hinsichtlich der Wohnung Erbin von P. geworden wäre. Weder die eine noch die andere Bedingung sei indes erfüllt. Dieser Inhalt der Rückkaufsabrede beruht auf subjektiver Vertragsauslegung, hat doch die Vorinstanz aufgrund des Wortlautes und der übrigen Umstände auf einen entsprechenden tatsächlichen Willen der Parteien geschlossen und ergänzend festgehalten, dass im übrigen auch eine objektiviertere Auslegung - wenn sich der übereinstimmende wirkliche Wille nicht mehr mit Sicherheit feststellen lässt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzipes so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie dem gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten - zum nämlichen Inhalt des Rückkaufsrechtes führe. Zu diesem Ergebnis gelangte die Vorinstanz durch eine umfassende und sorgfältige Anwendung der relevanten Auslegungsmittel und Auslegungsregeln. Die vom Berufungskläger daran erhobene Kritik hält denn auch einer näheren Überprüfung nicht stand. Das Kantonsgericht gelangt nach Würdigung der Berufungsschriften und der Akten vielmehr zu den gleichen Schlüssen wie die Vorinstanz. Zur Begründung kann deshalb in diesem Zusammenhang an Stelle von Wiederholungen auf die eingehenden und zutreffenden Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

5. Schliesslich macht der Berufungskläger geltend, die erfolgte Schenkung der Stockwerkeinheit an die Beklagte komme einem Vermächtnis gleich, sei rechtsmissbräuchlich, habe einzig der Umgehung des Vorbeziehungsweise Rückkaufsrechtes gedient und den Eintritt der vorausgesetzten Bedingung wider Treu und Glauben verhindert, weshalb diese in Anwendung von Art. 156 OR als erfüllt zu gelten habe. Die Vorinstanz hat diesen Einwand des Klägers überzeugend entkräftet, weshalb es auch an dieser Stelle genügt, statt eigener Begründung auf deren entsprechende Erwägungen zu verweisen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Lediglich zur Ergänzung und Verdeutlichung sind einige zusätzliche Bemerkungen anzubringen. Entgegen der Auffassung des Klägers hielt die Vorinstanz völlig zu Recht fest, dass der Schenkungsvertrag keinesfalls einem Vermächtnis gleichkomme, sondern vielmehr seine Wirkungen bereits zu Lebzeiten der Schenkerin

zeitigte. Fehl geht denn auch die Behauptung des Berufungsklägers, die Beklagte habe erst nach dem Tod der Schenkerin wirtschaftlich und tatsächlich über die Wohnung verfügen können, wäre es dieser doch unbenommen

gewesen, die Stockwerkeinheit beispielsweise zu veräussern, auch wenn diese mit einem Wohnrecht belastet war. Dass im übrigen der Schenkerin im Vertrag ein lebenslängliches Wohnrecht eingeräumt wurde, ist nichts Absonderliches und kommt, insbesondere gegenüber Verwandten, relativ häufig vor, ebenso die damit zusammenhängende Übernahme der Zinsverpflichtungen und Nebenkosten durch die Schenkerin. Aktenwidrig ist schliesslich die Behauptung des Berufungsklägers, P. habe gegenüber dem Zeugen R. erklärt, man habe einen «Trick» gefunden, um das Rückkaufsrecht zu umgehen. Gegenteils erklärte dieser ausdrücklich, über die Gründe der Schenkung nicht orientiert worden zu sein. Dessen Zeugenaussage ebenfalls nicht zu entnehmen ist, dass P. davon ausging, die Wohnung falle nach ihrem Tod in jedem Fall an den Kläger zurück. Bewusst war ihr aufgrund der Auskünfte ihres damaligen Rechtsvertreters dagegen offensichtlich, dass sie über die Wohnung im Sinne eines Verkaufes an eine Drittperson - konkret eben an den Zeugen R. - nicht mehr frei verfügen konnte. Dass ihr hingegen mit Blick auf das Vor- und Rückkaufsrecht gemäss Kaufvertrag die Möglichkeit unbenommen war, durch Schenkung über die Stockwerkeinheit ohne Auslösung eines Vorkaufsfalles zu verfügen, ist unzweifelhaft. Wenn sie nun hinsichtlich der Ausschöpfung dieser Möglichkeit dem Zeugen R. gegenüber den Ausdruck «Trick» gebrauchte, darf dies nicht überbewertet und daraus keinesfalls abgeleitet werden, die Parteien hätten mit dem Abschluss des Schenkungsvertrages einen Schleichweg beschritten und damit einzig darauf abgezielt, das Rückkaufsrecht des Klägers zu umgehen. Der Beweggrund für die Schenkung lag vielmehr in der Dankbarkeit der Schenkerin gegenüber der Beklagten und wurde von der Vorinstanz richtig festgehalten (vgl. vorinstanzliches Urteil S. 23); an diesem redlichen Motiv sowie an der wahren Schenkungsabsicht zu zweifeln besteht kein Anlass. Der Schenkungsvertrag zwischen P. und der Beklagten war ein wirklich gewollter Vertrag und es ist in ihrem Vorgehen durchaus ein anderer Grund ersichtlich als die vom Kläger behauptete Umgehungsabsicht. Entgegen dessen Auffassung ist nach dem Gesagten in der Schenkung kein Handeln zur Umgehung rechtsgeschäftlicher Pflichten zu erblicken (vgl. hiezu Riemer, Vertragsumgehungen sowie Umgehungen anderer rechtsgeschäftlicher Rechte und Pflichten, in: ZSR 101, 1982, S. 357 ff.).

Die Berufung des Klägers erweist sich nach den vorstehenden Ausführungen als unbegründet und ist demnach abzuweisen.

ZF 32/94

Urteil vom 18. Oktober 1994