Markus Vischer*

Vorkaufsrechte an Aktien

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Rechtsnatur
III. Anwendbare Bestimmungen
IV. Regelung des Inhalts des Vorkaufsvertrags
V. Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR: Grundsatz
VI. Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR: Ausnahmen
VII. Folgerungen

I. Einleitung

Vorkaufsrechte an Aktien gehören zum Standardprogramm von Aktionärsbindungsverträgen.[1]

Aktionärsbindungsverträge sind in der Praxis weiterverbreitet, u.a. weil mit ihnen das Manko der Labilität der Machtverhältnisse bei der rein kapitalbezogenen Aktiengesellschaft (AG)[2] korrigiert werden kann. Dieses Manko rührt daher, dass die AG rein kapitalbezogen ausgestaltet ist und die Aktionäre abgesehen von der Liberierungspflicht gesellschaftsrechtlich keine Pflichten haben, insbesondere auch keine Treuepflicht.[3]

Eines der Instrumente der Stabilisierung der Machtverhältnisse ist das Vorkaufsrecht, mit dem generell Abwehr- und/oder Erwerbsinteressen verfolgt werden können.[4] Weitere mögliche Instrumente zur Stabilisierung der Machtverhältnisse sind Veräusserungsverbote und andere Erwerbsberechtigungen wie Vorhandrechte, Kaufrechte und Verkaufsrechte.[5]

Vorkaufsrechte an Aktien kommen auch ausserhalb von Aktionärsbindungsverträgen vor, z.B. in Joint Venture-Verträgen bei korporativ strukturierten Joint Ventures,[6] wenn man denn Joint Venture-Verträge bei korporativ strukturierten Joint Ventures nicht als Unterart von Aktionärsbindungsverträgen verstehen will.

Umstritten ist, ob Vorkaufsrechte auch in den Statuten einer AG vorgesehen werden können.[7]

Vorkaufsrechte an Aktien erschweren die Verkäuflichkeit der Aktien, weil ein Dritter bis zum Ablauf der Vorkaufsfrist und insbesondere auch noch nach dem Abschluss des Unternehmenskaufvertrags damit rechnen muss, dass das Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Der Dritte wird deshalb nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen Verkaufsprozess eintreten, umso mehr, als sich der Verkaufsprozess infolge der oft recht komplexen Modalitäten der Ausübung des Vorkaufsrechts oft umständlich und langwierig gestaltet.[8] Allerdings muss der Dritte auch in einem «normalen» Verkaufsprozess, insbesondere in einem Auktionsverfahren,[9] bis zu einem gewissen Grad ebenfalls immer mit einem Scheitern rechnen.[10]

Die erschwerte Verkäuflichkeit kann den Preis drücken.[11]

In der Praxis versucht der Verkäufer dem zu begegnen, indem er kaufwilligen Dritten eine *break fee*, d.h. die Zahlung einer bestimmten Geldsumme für den Fall verspricht, dass das Vorkaufsrecht ausgeübt wird.[12]

---

* RA Dr. Markus Vischer, LL.M., Partner Walder Wyss AG.

1 Monika Hintz-Bühler, Aktionärsbindungsverträge, Bern 2001, 21.

2 Damian Fischer, Änderungen im Vertragsparteienbestand von Aktionärsbindungsverträgen, Zürich/St. Gallen 2009, 1.

3 Fischer (FN 2), 1.

4 Z.B. Martin Josef Schermaier, in Staudinger, BGB, 2014, Vorbemerkungen zu §§ 463 ff. BGB N 2; Eva Werren, Das vertragliche Vorkaufsrecht. Mit Schwerpunktbetrachtung des Vorkaufsfalls nach Art. 216c OR, in Magister, Editions Weblaw, Bern 2012, 12 f.

5 Fischer (FN 2), 17 f., 56 ff., 97 ff.

6 Dazu z.B. Stefan Knobloch, Joint Ventures: Vertrags- und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, GesKR 2013, 551 ff.

7 Knobloch (FN 6), 566, mit einem Überblick über den Meinungsstand.

8 Urs Schenker, Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: Mergers & Acquisitions XV, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2013, 249, 279 ff.

9 Zu Auktionsverfahren beim Verkauf von Unternehmen im Allgemeinen z.B. Peter Kurer, Auktionsverfahren beim Verkauf von Unternehmen, in: Mergers & Acquisitions III, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich 2001, 159 ff.

10 Schenker (FN 8), 249.

11 Christian Brückner, Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrecht), in: Der Grundstückkauf, hrsg. von Alfred Koller, 2. Aufl., Bern 2001, 511.

12 Schenker (FN 8), 250, 280 f.; zur *break fee* im Allgemeinen z.B. Rudolf Tschäni/Harold Frey/Dominique Müller, Streitigkeiten aus M&A-Transaktionen, Zürich/Basel/Genf 2013, 13 ff.; Christian Tannò, Break-up fee-Vereinbarungen in Unternehmenszusammenschlüssen, nach schweizerischem, deutschem, briti-

II. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Vorkaufsrechtsvertrags ist umstritten.[13] Die vorherrschende Meinung geht zu Recht von einer Qualifikation des Vorkaufsrechtsvertrags als doppelt suspensiv-bedingtem Kaufvertrag aus, wobei die eine Bedingung der Eintritt des Vorkaufsfalls (kasuelle Bedingung) und die andere Bedingung die Ausübung des Vorkaufsrechts (potestative Bedingung) ist.[14] Das Vorkaufsrecht ist ein durch den Vorkaufsvertrag geschaffenes Gestaltungsrecht,[15] was mit dem Verständnis des Vorkaufsvertrags als doppelt suspensiv-bedingtem Kaufvertrag nicht im Widerspruch steht.[16]

Art. 152 Abs. 3 OR steht dem Verständnis des Vorkaufsvertrags als doppelt suspensiv-bedingtem Kaufvertrag nicht entgegen, da sich diese Bestimmung nach der herrschenden Lehre entgegen dem Wortlaut nur auf bedingte Verfügungsgeschäfte, und nicht auf bedingte Verpflichtungsgeschäfte wie der Vorkaufsvertrag, bezieht[17], und weil diese Bestimmung so oder so nicht zum Zug kommt, wenn die Parteien etwas anderes vereinbaren.

Der Aktien betreffende Vorkaufsvertrag ist wie jeder Unternehmenskaufvertrag ein Fahrniskaufvertrag i.S. von Art. 187 ff. OR.[18] Seine essentialia negotii sind wie bei jedem Kaufvertrag der (Vor-)Kaufgegenstand und der (Vor-)Kaufpreis,[19] wobei aber wegen der Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR[20] i.V. mit Art. 184 Abs. 3 OR ausnahmsweise die Bestimmung allein des (Vor-)Kaufgegenstands genügt.

III. Anwendbare Bestimmungen

Das Vorkaufsrecht an Aktien ist gesetzlich nicht geregelt. Gemeinhin werden deshalb die Bestimmungen über das (vertragliche) Vorkaufsrecht beim Grundstückkauf in Art. 216 OR bis Art. 216e OR analog angewandt.[21] Die Analogie erstreckt sich allerdings nicht auf die in Art. 216 OR vorgeschriebene Form (Art. 216 Abs. 2 OR: öffentliche Beurkundung für limitierte Vorkaufsrechte; Art. 216 Abs. 3 OR: Schriftform für unlimitierte Vorkaufsrechte),[22] ist doch die Begründung von Vorkaufsrechten an Aktien formfrei möglich.[23] Die Analogie gilt auch nicht für die in Art. 216c OR vorgeschriebene Höchstdauer. Die Dauer von Vorkaufsrechten an Aktien ist nur durch Art. 27 ZGB beschränkt.[24] Die Analogie erstreckt sich natürlich auch nicht auf die Bestimmungen (in Art. 216a OR und in Art. 216e OR i.V. Art. 959, 961a und 969 Abs. ZGB) zur Vormerkung.[25]

Die Regeln in Art. 216 ff. OR sind dispositiv.

Dispositiv ist insbesondere die Regelung des Vorkaufsfalls (erste Bedingung)[26] und die Regelung der Modalitäten der Ausübung des Vorkaufsrechts (zweite Bedingung), was insbesondere auch für die Ausübungsfrist gemäss Art. 216e OR gilt.[27] Damit ist auch gesagt, dass Art. 216e OR auf das Vorkaufsrecht an Aktien anwendbar ist.[28]

Fehlt es an einer Regelung des Vorkaufsfalls, kommt Art. 216c OR zum Zug. Nach dieser (auch nach der Revision von 1991 sehr offenen,[29] um nicht zu sagen unklaren) Bestimmung ist der Vorkaufsfall der Abschluss eines Kaufvertrags des Vorkaufsbelasteten mit einem Dritten über den Vorkaufsgegenstand oder jedes Rechtsgeschäft des Vorkaufsbelasteten mit einem Dritten, das wirtschaftlich einem solchen Kaufvertrag gleichkommt.

Klar ist, dass bei Vorkaufsrechten an Aktien bei Anwendung von Art. 216c OR ein *share deal*[30] in Bezug auf die betreffenden Aktien (mindestens in der Regel) ein Vorkaufsfall ist. Mehr Anlass zu Diskussionen geben demge-

---

schem und US-amerikanischem Gesellschaftsrecht, Zürich/St. Gallen 2012, 13 ff.

13 Christoph Noelpp, Eine Studie zur rechtlichen Erfassung des Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1987, 39 ff. m.w.N.; Schermaier (FN 4), Vorbemerkungen zu §§ 463 ff. BGB N 29 ff. zur entsprechenden Kontroverse im deutschen Recht.

14 Z.B. BGE 134 III 597, E. 3.4.1; Bénédict Foëx, Comment éviter l'exercice du droit de préemption?, Not@lex 2010, 78; Fischer (FN 2), 62 f.; BK-Meier-Hayoz, Art. 681 ZGB N 236; gl.M. Leif Böttcher/Hee Jung Joo, Die Stellung des Berechtigten beim schuldrechtlichen Vorkaufsrecht, RNotZ 2010, 559 ff. für das deutsche Recht; siehe auch BGE 121 III 210, E. 3c, zur Qualifikation des Kaufrechts als bedingter Kaufvertrag.

15 José-Miguel Rubido, L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé, Genf/Zürich/Basel 2012, 145 f. m.w.N.

16 Schermaier (FN 4), Vorbemerkungen zu §§ 463 ff. BGB N 34 zum deutschen Recht.

17 Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2012, N 1308.

18 Z.B. Markus Vischer, Garantien und verwandte Versprechen wie Gewährleistungen, indemnities und covenants in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2013, 327 m.w.N.

19 Max Keller/Kurt Siehr, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, 8 ff.

20 Siehe V. und VI.

21 Schenker (FN 8), 247; BSK OR I-Fasel, Art. 216c OR N 2; Hintz-Bühler (FN 1), 89, Fn 361.

22 Siehe zu diesen Begriffen IV.

23 Schenker (FN 8), 247; Hintz-Bühler (FN 1), 95.

24 Gl.M. Hintz-Bühler (FN 1), 108.

25 Paul-Henri Steinauer, La renonciation au droit de préemption ou à l'excercice de ce droit, in: Jusletter 12.3.2007, Fn 2.

26 Z.B. Eva Werren, Der Vorkaufsfall nach Art. 216c OR, Die finale und wirtschaftliche Betrachtungsweise anhand von zwei Praxisbeispielen, in: Jusletter 17.9.2012, Rz 9; Bénédict Foëx, Quelques questions pratiques relatives aux droits de préemption du CC/CC, ZBGR 2007, 13; zur schwierigen Frage, wann ein Vorkaufsrecht ein Vorkaufsrecht und nicht ein Kaufrecht oder eine andere Erwerbsberechtigung ist z.B. BGE 138 III 659, E. 4, wo das Bundesgericht ein Kaufrecht und kein Vorkaufsrecht annahm, und BGE 78 II 357, E. 1, wo das Bundesgericht ein Vorkaufsrecht und kein Kaufrecht annahm, und generell CHK-Binder, Art. 216d OR N 8.

27 Gl.M. bezüglich Ausübungsfrist Werren (FN 4), 59; BSK OR I-Fasel, Art. 216e OR N 2; a.M. Roland Pfäffli/Daniela Byland, Vorkaufsrecht, Kaufsrecht, Rückkaufsrecht an Grundstücken, Anwaltsrevue 2013, 290.

28 Gl.M. Hintz-Bühler (FN 1), 100 f.; a.M. BGE 83 II 12, E. 3.

29 BSK OR I-Fasel, Art. 216c OR N 1.

30 Zum Begriff z.B. Rudolf Tschäni/Hans-Jakob Diem/Matthias Wolf, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, 59 ff.

genüber in der Praxis konzerninterne Restrukturierungen, *asset deals*[31] über substantielle Aktiven der AG, um dessen Aktien es geht, und indirekte Veräusserungen der AG, um dessen Aktien es geht (*change of control*-Fälle). Massgebend sind jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalls. Tendenziell ist bei konzerninternen Restrukturierungen das Eintreten eines Vorkaufsfalls im Regelfall eher zu verneinen.[32] Gleiches gilt wohl im Regelfall bei *asset deals* und bei *change of control*-Fällen, obwohl diese Fälle heikler sind.[33]

Fehlt es an einer Regelung der Modalitäten der Ausübung des Vorkaufsrechts, kommt Art. 216e OR zum Zug.

Dispositiv ist aber auch der sonstige Inhalt des Vorkaufsvertrags. Das wird in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 1 OR ausdrücklich festgehalten.[34]

Fehlt es an einer Regelung des Inhalts des Vorkaufsvertrags, gilt die Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR.[35]

IV. Regelung des Inhalts des Vorkaufsvertrags

Wie bereits erwähnt können die Parteien im Vorkaufsvertrag den Kaufpreis unabhängig vom Drittvertrag festlegen, müssen es aber nicht. Im ersten Fall spricht man von einem limitierten Vorkaufsvertrag (bzw. von einem limitierten Vorkaufsrecht) i.e.S. Im zweiten Fall spricht man von einem unlimitierten Vorkaufsvertrag (bzw. von einem unlimitierten Vorkaufsrecht) i.e.S.

Die Parteien können aber auch die übrigen Konditionen wie Gewährleistungsregeln, Gefahrtragungsregeln, Verzugsregeln, etc. unabhängig vom Drittvertrag festlegen, müssen es aber nicht. Im ersten Fall spricht man von einem limitierten Vorkaufsvertrag (bzw. von einem limitierten Vorkaufsrecht) i.w.S. Im zweiten Fall spricht man von einem unlimitierten Vorkaufsvertrag (bzw. von einem unlimitierten Vorkaufsrecht) i.w.S.[36]

Den Regelungen im Drittvertrag vorgehende Regelungen liegen dabei nicht nur dann vor, wenn sie explizit sind, sondern auch dann, wenn sie sich erst über eine Auslegung oder sogar eine Vertragsergänzung des Vorkaufsvertrags erschliessen, wie das Bundesgericht in seinem Urteil 5A_207/2007 vom 20.3.2008 festhielt.[37]

V. Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR: Grundsatz

Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts tritt der Vorkaufsberechtigte nicht in den Drittvertrag ein. Vielmehr wird der Vorkaufsvertrag als vorher doppelt suspensivbedingter Kaufvertrag unbedingt.[38] Der Drittvertrag bleibt grundsätzlich bestehen,[39] es sei denn, er enthalte eine auflösende oder suspensive Bedingung, wonach er bei Ausübung des Vorkaufsrechts dahinfällt. Eine solche Bedingung ist nicht einfach anzunehmen, lediglich weil der Dritte um das Vorkaufsrecht weiss.[40]

Allerdings hat der durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommene Kaufvertrag mit dem Vorkaufsverpflichteten (nicht mit dem Dritten) bei Fehlen einer anderslautenden Regelung im Vorkaufsvertrag im Sinne einer Default-Lösung den gleichen Inhalt wie der Drittvertrag. Der Begriff der «Bedingung» in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR wird dabei nicht i.S. von Art. 151 ff. OR, sondern untechnisch i.S. von Vertragsbedingungen bzw. Vertragsbestimmungen[41] gebraucht.[42] Allerdings sind auch Bedingungen i.S. von Art. 151 ff. OR, wie z.B. im Drittvertrag enthaltene *closing conditions*,[43] erfasst.[44]

---

31 Zum Begriff z.B. Tschäni/Diem/Wolf (FN 30), 83 ff.

32 Gl.M. Alexander Wyss/Roland Köchli, Vorkaufsrechte in Immobilientransaktionen, in: Jusletter 5.12.2011, Rz 19, 45; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 5A_121/2013 vom 2.7.2013, E. 3.2, und Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2010 vom 15.4.2010, E. 3, betreffend Erwerb von mit Vorkaufsrechten belasteten Grundstücken von der AG durch ihren Alleinaktionär, und allgemein BGE 115 II 175.

33 Gl.M. bezüglich *change of control*-Fällen Wyss/Köchli (FN 32), Rz 13 ff., wobei allerdings bei Veräusserungen von Immobiliengesellschaften, nicht aber von Betriebsgesellschaften, mit vorkaufsrechtsbelasteten Grundstücken der Vorkaufsfall gegeben sein soll.

34 Siehe IV.

35 Siehe V. und VI.

36 Zur unterschiedlichen Verwendung des Begriffs des limitierten und unlimitierten Vorkaufsvertrags (bzw. des limitierten und unlimitierten Vorkaufsrechts) z.B. Werren (FN 4), 14 f.; Brückner (FN 11), 220 f.

37 Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 vom 20.3.2008, in BGE 134 III 332 nicht veröffentlichte E. 6.1: «Es ist deshalb zuerst der Vorkaufsvertag zu befragen, der als abschliessende vertragliche Regelung zu gelten hat, wenn darin der wesentliche Inhalt des Grundstückkaufs mit ortsüblicher Vollständigkeit ausformuliert wurde. Letzternfalls sind allfällige Lücken auf Grund dispositiven Gesetzesrechts und der allgemeinen Prinzipien für die Auslegung und Anwendung von Verträgen zu schliessen, nicht unter Rückgriff auf die Bestimmungen des möglicherweise ganz anders konzipierten Vertrags mit dem Drittkäufer …»; Brückner (FN 11), 542 f.

38 BGE 134 III 597, E. 3.4.1; Schenker (FN 8), 279; Schermaier (FN 4), § 464 BGB N 12 zum deutschen Recht.

39 Schenker (FN 8), 279; Schermaier (FN 4), § 463 BGB N 56, § 464 BGB N 12 zum deutschen Recht.

40 Schermaier (FN 4), § 463 BGB N 57 zum deutschen Recht.

41 Zu diesem Begriff z.B. Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susan Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band II, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 4026.

42 Siehe auch den Wortlaut von § 464 Abs. 2 BGB: «Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat.».

43 Dazu im Allgemeinen Philipp Chiani/Markus Vischer, Suspensivbedingungen in Kaufverträgen, in: Digitaler Rechtsprechungskommentar, Push-Service Entscheide, publiziert am 12.1.2012, Rz. 8 ff.

44 BK-Giger, Art. 216 OR N 132 f., auch mit Hinweis auf die Konsequenz daraus, nämlich dass mangels anderer Abrede bereits der Ab-

Der Inhalt des Drittvertrags ist grundsätzlich nach den üblichen Vertragsauslegungs- und Vertragsergänzungsregeln zu ermitteln. Allerdings tritt die Rücksichtnahme auf individuell konkreten Besonderheiten des Drittvertrags etwas in den Hintergrund zugunsten einer stärkeren objektivierten und generell abstrakten Betrachtungsweise, was dazu führt, dass durchaus auch Interessen des Vorkaufsberechtigten (bzw. typische Interessen von Vorkaufsberechtigten) berücksichtigt werden können.[45]

Das gilt auch in Bezug auf die Gewährleistungsbestimmungen, die ebenfalls zum Inhalt des Drittvertrags gehören.[46] Auch sie erschliessen sich grundsätzlich im Kontext des Drittvertrags, z.B. was das Wissen oder «Wissen-Müssen» i.S. von Art. 200 OR oder eine absichtliche Täuschung i.S. von Art. 203 OR oder Art. 210 Abs. 6 OR angeht.[47] Allerdings ist mehr generell abstrakt als individuell konkret und damit normativ vorzugehen und z.B. als Wissen das Wissen anzunehmen, das eine unter den gegebenen Umständen vernünftig und korrekt handelnde Person gehabt hätte.

VI. Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR: Ausnahmen

Vom genannten Grundsatz bestehen allerdings Ausnahmen.

(a) Ein Ausnahmekomplex betrifft all diejenigen Verpflichtungen, die der Vorkaufsberechtigte im Unterschied zum Dritten nicht erfüllen kann. Zu denken ist an Verpflichtungen des Dritten z.B. bezüglich (i) Integration des gekauften Unternehmens in seinen Konzern, (ii) einer bestimmten Position des Verkäufers oder anderer Personen in seinem Konzern, (iii) einer bestimmten Entlöhnung des Verkäufers oder anderer Personen in seinem Konzern, z.B. bezüglich Einschluss in bestimmte Mitarbeiterbeteiligungsprogramme seines Konzern, (iv) eines bestimmten Verhaltens im Zusammenhang mit einer *earn out*-Regelung,[48] z.B. bezüglich Zusammenlegung des gekauften Unternehmens mit Betrieben oder Betriebsteilen seines Konzerns, etc.

Ein solcher Fall war in BGE 89 II 444 zu beurteilen: Dabei ging es um die Verpflichtung zur persönlichen Weiterführung der gekauften Bäckerei durch den Dritten, einem Bäcker, welche die Vorkaufsberechtigten, u.a. ein Anwalt, nicht erfüllen konnten. Das Bundesgericht wandte dabei § 507 aBGB, heute § 466 BGB, an.[49]

§ 466 BGB lautet wie folgt:

> «Nebenleistungen.
> [1] Hat sich der Dritte in dem Vertrag zu einer Nebenleistung verpflichtet, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken ausserstande ist, so hat der Vorkaufsberechtigte statt der Nebenleistung ihren Wert zu entrichten.
> [2] Lässt sich die Nebenleistung nicht in Geld schätzen, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen; die Vereinbarung der Nebenleistung kommt jedoch nicht in Betracht, wenn der Vertrag auch ohne sie geschlossen sein würde.»

Diese Bestimmung ist ein Kompromiss zwischen der jeder Vorkaufssituation innewohnenden Polarität der absoluten Gebundenheit und der absoluten Verfügungsfreiheit des Vorkaufsverpflichteten[50], und damit zwischen den Interessen des Vorkaufsberechtigten und den Interessen des Vorkaufsverpflichteten.[51] Sie stellt «eine Art gesetzgeberisch antizipierter Vertragsergänzung [des Vorkaufsvertrags] dar»[52] und lässt sich wie folgt verallgemeinern: Schätzbare, durch den Verkaufsberechtigten nicht erfüllbare Verpflichtungen sind zu schätzen und durch den Vorkaufsberechtigten in Geld und damit in einem (im Vergleich zum Drittvertrag) erhöhten Kaufpreis abzugelten. Nicht schätzbare, durch den Vorkaufsberechtigten (subjektiv)[53] nicht erfüllbare Verpflichtungen sind, wenn auch ohne sie der Drittvertrag geschlossen worden wäre, wegzudenken. Schätzbare oder nicht schätzbare, durch den Vorkaufsberechtigten nicht erfüllbare Verpflichtungen lassen, wenn ohne sie der Drittvertrag nicht geschlossen worden wäre, das Vorkaufsrecht entfallen. Es liegt in diesem Fall kein Vorkaufsfall und eigentlich keine Nebenleistung, sondern eine Hauptleistung vor,[54] welche

---

schluss solcher Verträge und nicht erst der Eintritt der Bedingungen der Vorkaufsfall ist, allerdings nur dann, wenn es sich bei diesen Bedingungen um kasuelle Bedingungen handelt; so auch BGE 85 II 572, E. 4; zu absolut Urteil des Bundesgerichts 4C.374/1999 vom 11.2.2000, E. 5c)bb).

45 BK-Giger, Art. 216 OR N 160; BK-Meier-Hayoz, Art. 681 ZGB N 240; siehe auch Holger Fleischer, Die Auslegung von Gesellschaftsstatuten: Rechtsstand in der Schweiz und rechtsvergleichende Perspektiven, GesKR 2013, 508 ff. zur analogen Problematik bei der Auslegung von Gesellschaftsstatuten und BK-Meier-Hayoz, Art. 647 ZGB N 44 zur analogen Problematik bei der Auslegung von Nutzungs- und Verwaltungsordnungen der Miteigentümer.

46 Schermaier (FN 4), § 464 BGB N 16 zum deutschen Recht.

47 A.M. OLG Köln, Urteil vom 20.1.1995 – 19 U 16/94, NJW-RR 1995, 1167, zum deutschen Recht, wonach die absichtliche Täuschung des Vorkaufsberechtigten, nicht des Dritten, relevant sein soll.

48 Zu *earn out*-Regelungen im Allgemeinen: Markus Vischer, Earn out-Klauseln in Unternehmenskaufverträgen, SJZ 2002, 509 ff.

49 BGE 89 II 444, E. 2.

50 Klaus Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, Geschichte, Dogmatik, ausgewählte Fragen, Berlin 1975, 133.

51 BK-Meier-Hayoz, Art. 681 ZGB N 156.

52 Schermaier (FN 4), § 466 BGB N 2 c), siehe zur Vertragsergänzung des Vorkaufsvertrags auch IV.

53 Schermaier (FN 4), § 466 BGB N 2 a).

54 Schermaier (FN 4), § 466 BGB N 3; Schurig (FN 50), 133 f., Fn. 624.

den Drittvertrag tauschähnlich oder sogar ganz zum Tausch macht, welcher in der Regel kein Vorkaufsfall darstellt.[55] Bei schätzbaren Verpflichtungen kann in der Regel nicht gesagt werden, ohne sie sei der Drittvertrag nicht geschlossen worden.[56]

Im Ausgangsfall entschied das Bundesgericht aufgrund verschiedener Indizien, dass der Drittvertrag auch ohne die Verpflichtung zur persönlichen Weiterführung der gekauften Bäckerei geschlossen worden wäre und diese Verpflichtung deshalb gestützt auf § 507 aBGB, heute § 466 BGB, wegzudenken sei.[57]

Gleiches gilt für durch den Vorkaufsverpflichteten nicht erfüllbare Verpflichtungen: Wenn auch ohne sie der Drittvertrag geschlossen worden wäre, sind sie entweder wegzudenken oder vom Vorkaufsverpflichteten zu entgelten (bzw. in einem reduzierten Kaufpreis zu berücksichtigen). Wenn ohne sie der Drittvertrag nicht geschlossen worden wäre, lassen sie das Vorkaufsrecht entfallen.

Die verallgemeinerungsfähige Regel von § 466 BGB kommt aber nicht nur bei durch den Vorkaufsberechtigten oder den Vorkaufsverpflichteten nicht erfüllbaren Verpflichtungen zum Zug, sondern auch bei Modalitäten solcher Verpflichtungen, z.B. dann, wenn der durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommene Kaufvertrag infolge der Person des Vorkaufsberechtigten unter einer *closing condition*, z.B. einer wettbewerbsrechtlichen *clearance* steht,[58] während dies der Drittvertrag infolge der Person des Dritten nicht stand.

In der Regel sind alle Verpflichtungen bzw. auch Modalitäten von Verpflichtungen in einem Vertrag und insbesondere auch einem Unternehmenskaufvertrag schätzbar, weshalb wohl in BGE 134 III 597 etwas zu verabsolutierend Folgendes festgehalten wird: «Si le préempteur n'est pas en mésure d'exécuter les clauses accessoires, elles doivent être converties en une créance pécuniaire…».[59]

Eine Unterkategorie dieses Ausnahmekomplexes betrifft Verpflichtungen, die der Vorkaufsberechtigte im Unterschied zum Dritten nicht erfüllen kann, weil sie im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts in der Vergangenheit liegen. Zu denken ist an Anzahlungen des Dritten bei Abschluss des Drittvertrags oder andere mit der Unterzeichnung des Drittvertrags oder unmittelbar danach fällige Verpflichtungen des Dritten, z.B. der Verpflichtung zum Einreichen von Eingaben zwecks Erhalt wettbewerbsrechtlicher *clearances* oder zwecks Erhalt von Zustimmungen von Drittparteien bei Verträgen mit *change of control*-Klauseln.

Bei diesen Verpflichtungen ist die Fälligkeit analog des zeitlichen Bezugs der Fälligkeit der Verpflichtung des Dritten zum Unterzeichnungsdatum des Drittvertrags zu verschieben,[60] soweit nicht anzunehmen ist, dass ohne diesen spezifischen Fälligkeitstermin der Drittvertrag nicht geschlossen worden wäre, in welchem Fall das Vorkaufsrecht entfällt. Im Übrigen ist analog § 466 BGB zu verfahren, wobei auch hier gilt, dass der Wert der hinausgeschobenen Fälligkeit in der Regel schätzbar ist.

Gleiches gilt wiederum für Verpflichtungen des Vorkaufsverpflichteten, welche in der Vergangenheit hätten erfüllt werden müssen und eventuell gegenüber dem Dritten bereits erfüllt wurden.

Betrachtet man die verallgemeinerungsfähige Regel von § 466 BGB wie erwähnt als «eine Art gesetzgeberisch antizipierter Vertragsergänzung [des Vorkaufsvertrags]», so liegt keine Ausnahme von der Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR vor. Vielmehr kommt diese überhaupt nicht zum Zug, weil eine Regelung im Vorkaufsvertrag gemäss Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 1 OR besteht, welche einen Rückgriff auf die Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR überflüssig macht.

(b) Ein weiterer Ausnahmekomplex betrifft die Fälle, in denen der Drittvertrag kein Kaufvertrag ist, sondern ein Rechtsgeschäft des Vorkaufsbelasteten mit einem Dritten, das wirtschaftlich einem Kaufvertrag gleichkommt, und in denen die Parteien den Vorkaufsfall nicht anders als in Art. 216c OR umschrieben definiert haben. In diesem Fall ist die Regel von § 466 BGB noch weiter zu verallgemeinern und sind sämtliche Leistungen und Gegenleistungen ausser der Übereignung des Kaufgegenstands, soweit sie nicht in einen Kaufvertragskontext überführt werden können[61], entweder wegzudenken oder zu schätzen und in einen Kaufpreis zu aggregieren, wenn auch ohne

---

55 Z.B. BGE 94 II 342, E. 2; Schenker (FN 8), 254, 259 f.; BSK OR I-Fasel, Art. 216c OR N 6; Foëx (FN 14), 84 f.; BK-Meier-Hayoz, Art. 681 ZGB N 172.

56 Schurig (FN 50), 133 f., Fn. 624.

57 BGE 89 II 444, E. 3; siehe zum Ganzen auch CHK-Binder, Art. 216d OR N 11; Foëx (FN 14), 90; BK-Meier-Hayoz, Art. 681 ZGB N 155 f.

58 Dazu im Allgemeinen Rolf Watter/Yves Schneller, Umgang mit Vollzugs- und Übertragungshindernissen in M&A-Verträgen, in Mergers & Acquisitions XV, hrsg. von Rudolf Tschäni, Zürich/Basel/Genf 2007, 232 ff.

59 BGE 134 III 597, E. 3.4.1; ähnlich schon BGE 92 II 147, E. 6, und BGE 82 II 576, E. 6; siehe demgegenüber Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2010 vom 15.4.2010, E. 3, in welchem genauso unkorrekterweise verabsolutierend das Gegenteil festgehalten wird: «Ebenso ist kein Vorkaufsfall gegeben …, … wenn die Gegenleistung für die Eigentumsübertragung einen Inhalt hat, der nur gerade vom Käufer gegenüber dem Verkäufer erbracht werden kann …».

60 Schermaier (FN 4), § 464 BGB N 16 bb) zum deutschen Recht.

61 Siehe zu solchen Überführungen auch Wyss/Köchli (FN 32), Rz. 42.

sie der Drittvertrag geschlossen worden wäre.[62] Andernfalls entfällt das Vorkaufsrecht.

(c) Ein anderer Ausnahmekomplex betrifft all diejenigen Bestimmungen im Drittvertrag, die Treu und Glauben widersprechen. Zu denken ist z.B. an simulierte Bestimmungen, wie ein zu hoher Kaufpreis[63] oder an Bestimmungen, die der Vorkaufsberechtigte als «poison pills»[64] bzw., in der Terminologie der deutschen Rechtsprechung und Lehre, als Fremdkörper in den Drittvertrag einfügt, um dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung des Vorkaufsrechts zu verleiden.[65]

Sie sind wegzudenken, soweit der Drittvertrag nach Treu und Glauben ohne sie hätte geschlossen werden müssen. Sie bzw. der Drittvertrag sind zu modifizieren, soweit der Drittvertrag nach Treu und Glauben anders hätte geschlossen werden müssen, z.B. bei einem überhöhten Preis durch Festsetzung des «richtigen» Preises.[66] Dogmatisch lässt sich dies in gewissen Fällen auf Art. 18 OR (Simulation) und/oder auf Art. 20 OR (Sittenwidrigkeit) und/oder auf eine teleologische Reduktion von Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR stützen.[67]

Dogmatisch lässt sich dies oft auch auf Art. 156 OR, einem Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 2 ZGB (und nicht von Art. 2 Abs. 1 ZGB),[68] stützen, mit dem Argument, der Vorkaufsbelastete hätte nicht den Treu und Glauben entsprechenden Vorkaufsfall herbeigeführt, sondern etwas anderes, weshalb der Treu und Glauben entsprechende Vorkaufsfall eingetreten sei.[69] Dieser Ansatz über Art. 156 OR (bzw. Art. 2 Abs. 2 ZGB) wurde im Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 vom 20.3.2008 geprüft, aber schlussendlich im konkreten Fall verworfen.[70]

Dogmatisch lässt sich dies weiter oft auch auf eine Auslegung oder Ergänzung des Vorkaufsvertrags stützen.[71]

Letzterer Weg ist der übliche Weg der Verhinderung einer Vertragsumgehung, wobei nach neuerer Auffassung wie bei der Gesetzesumgehung die Frage der Vertragsumgehung im Einzelfall nicht nur mittels reiner Vertragsauslegung oder Vertragsergänzung zu lösen ist, sondern Elemente der Aussensicht wie insbesondere das Rechtsmissbrauchsverbot (bzw. von Art. 156 OR) heranzuziehen sind.[72]

Dieselben Ansätze liegen auch Art. 216c Abs. 1 OR (Bestimmung des Vorkaufsfalls nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise) und Art. 216d Abs. 2 OR (Vorliegen des Vorkaufsfalls trotz nachträglicher Aufhebung des Drittvertrags) und ähnlichen, wie eine Aufhebung wirkenden Sachverhalten[73] zugrunde.

Ein Verstoss gegen Treu und Glauben darf wie immer nicht leichthin angenommen werden. Ein blosses Abweichen in einzelnen Punkten vom üblichen, empirisch festgestellten M&A-Standard,[74] eine Atypizität also, z.B. bezüglich *de minimis*-Regeln oder *cap*,[75] genügt per se nicht.[76] Wählt man den dogmatischen Ansatz der Vertragsauslegung oder Vertragsergänzung, so liegt gar keine Ausnahme von der Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR vor. Vielmehr kommt diese überhaupt nicht zum Zug, weil eine Regelung im Vorkaufsvertrag gemäss Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 1 OR besteht, welche einen Rückgriff auf

---

62 Siehe Werren (FN 4), 55, zur Einsetzung des Verkehrswerts der betroffenen Liegenschaft als Kaufpreis bei einer wirtschaftlichen Handänderung beim Verkauf einer Immobiliengesellschaft mit weiteren Liegenschaften als die vorkaufsbelastete Liegenschaft.

63 Siehe OGr LU 5.7.1985 in LGVE 1985 I Nr. 5, kommentiert von Alfred Koller, OGr. LU 5.7.1985; LGVE 1985 I, Nr. 5, S. 9 ff. (Grundstückkaufvertrag. Vorkaufsrecht – Begriff des Vorkaufsfalls – Treuwidriges Verhalten des Vorkaufsbelasteten (ZGB 2) – Verfügungsbeschränkung nach ZGB 960 Ziff. 1.), BR 1988, 17 f.

64 Cornelia Topf, Das Vorkaufsrecht an GmbH-Anteilen, Baden-Baden 2005, 253.

65 Siehe BGH, Urteil vom 13.6.1980 – VZ 11/79, abgedruckt z.B. in NJW 1980, 2304, dem *leading case* im deutschen Recht, in dem vom Dritten bereits vor dem Abschluss des Drittvertrags geschuldete, aber nochmals als Schuld des Dritten in den Drittvertrag aufgenommene Projektierungskosten als Fremdkörper qualifiziert wurden; generell zum «Fremdkörpergedanken» z.B. Schermaier (FN 4), § 464 BGB N 17 dd).

66 Koller (FN 63), 18; siehe auch BGE 81 II 502, E. 8, zur Preisfestsetzung beim sogenannten Mengenkauf, dem Verkauf des Gegenstands, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, zusammen mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreis.

67 Zu diesen Ansätzen im deutschen Recht Topf (FN 64), 254 f., 256 ff., 259 f.

68 Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 vom 20.3.2008, in BGE 134 III 332 nicht veröffentlichte E. 6.4; Alexander Gutmans, Die Regel der «Erfüllungs- bzw. Nichterfüllungsfiktion» im Recht der Bedingung (Art. 156 OR), Basel/Frankfurt am Main 1995, 82 ff.

69 Ähnlich für den Fall der zeitlichen Verzögerung des Bedingungseintritts Gutmans (FN 68), 131, und für Bedingungen im Rahmen von *earn out*-Regelungen Vischer (FN 48), 513 f.; siehe auch Alfred Koller, KGr. SG 17.11.88; GVP 1988, Nr. 44, S. 94 (Grundstückkaufvertrag. Kaufrecht – Treuwidriges Vereiteln einer Bedingung, OR 156.), BR 1990, 47.

70 Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 vom 20.3.2008, in BGE 134 III 332 nicht veröffentlichte E. 6.4; siehe auch Foëx (FN 14), 90.

71 Siehe zur Vertragsergänzung des Vorkaufsvertrags schon IV. und auch VI (a).

72 BK-Hausherr/Aebi-Müller, Art. 2 ZGB N 116 (Vertragsumgehung) i.V. mit N 57 ff. (Verhältnis von Art. 2 Abs. 1 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB); a.M. Hans Michael Riemer, Vertragsumgehung sowie Umgehung anderer rechtsgeschäftlicher Rechte und Pflichten, ZSR 1982 I, 374 f., nach dem Art. 2 Abs. 2 ZGB bei der Vertragsumgehung keine Rolle spielt.; bezüglich Gesetzesumgehung Markus Vischer, Spaltung mittels Vermögensübertragung, GesKR 2012, 570 m.w.N.

73 CHK-Binder, Art. 216d OR N 5; Foëx (FN 14), 89; weitergehend BK-Giger, Art. 216d OR N 25 ff.; siehe auch § 465 BGB.

74 Z.B. gemäss der 2013 European Private Target M&A Deal Points Study der American Bar Association.

75 Dazu im Allgemeinen z.B. Mirjam Meyer, Rechtsrisiken und Rechtsrisikomanagment bei M&A-Transaktionen, unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts, Zürich/Basel/Genf 2013, 245 f.; 250 f.

76 Barbara Grunewald, in Ermann, BGB, 2011, § 464 BGB N 9 zum deutschen Recht.

die Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR überflüssig macht.

(d) Nachtrag
Nachzutragen bleibt, dass die Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten nicht deswegen als bedingt und damit rechtsunwirksam zu gelten hat, wenn sich der Vorkaufsberechtigte auf Ausnahmen zur Default-Lösung in Art. 216d Abs. 3 Halbsatz 2 OR beruft,[77] also z.B. geltend macht, er könne eine bestimmte Modalität einer Verpflichtung des Drittvertrags nicht erfüllen, weil er im Unterschied zum Dritten, z.B. noch einer wettbewerbsrechtlichen clearance bedürfe[78] oder er könne im Unterschied zum Dritten verrechnen[79] oder für ihn gelte im Unterschied zum Dritten ein Wohnrecht nicht.[80] Dabei spielt keine Rolle, ob sich der Vorkaufsberechtigte zu Recht oder zu Unrecht auf solche Ausnahmen beruft,[81] zu Unrecht z.B. bei der Erhebung der Einrede der Verrechnung durch den Vorkaufberechtigten dann, wenn diese Einrede im Vorkaufsvertrag[82] oder im Drittvertrag[83] ausgeschlossen wurde.

VII. Folgerungen

Unternehmenskaufverträge sind komplexe Verträge, die oft sehr viele auf die konkreten Vertragsparteien zugeschnittene Bestimmungen enthalten und sich nicht wie viele Grundstückkaufverträge im Wesentlichen auf die Bestimmung des Kaufgegenstands und des Kaufpreises beschränken. Dies führt bei einem «Käuferwechsel» bei Anwendbarkeit der Default-Lösung in Art. 216d OR zu Rechtsunsicherheiten über den Inhalt des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Kaufvertrags, ja im schlimmsten Fall sogar zum Entfallen des Vorkaufsrechts und eine ins Leere gehende Ausübung des Vorkaufsrechts. Die Parteien sollten sich deshalb überlegen, ob sie im Vorkaufsvertrag nicht den Inhalt des bei Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommenden Vertrags mindestens in groben Zügen und nicht nur bezüglich Kaufpreis autonom regeln wollen, z.B. durch Anhängen eines verhandelten Unternehmenskaufvertrages. Entsprechend läge dann ein insgesamt limitiertes statt ein unlimitiertes (oder nur bezüglich Kaufpreis limitiertes) Vorkaufsrecht vor. Im Unterschied zum Vorkaufsrecht an Grundstücken führt dies ja nicht zu einer notariellen Beurkundung.[84]

Da aber auch in diesem Fall gewisse Risiken bestehen bleiben, insbesondere auch bezüglich Vorkaufsfall,[85] aber auch wegen der erschwerten Verkäuflichkeit von Aktien infolge eines Vorkaufsrechts,[86] ist, unabhängig davon, ob ein limitiertes oder unlimitiertes Vorkaufsrecht vorliegt, in der Praxis der Trend festzustellen, den formellen Vorkaufsprozess nach Möglichkeit zu vermeiden und direkte Verkaufsgespräche mit dem oder den Vorkaufsberechtigten zu suchen.[87] Kommt es im Zuge solcher Bemühungen zu einem Verkauf an die Vorkaufsberechtigten[88] oder auch (allenfalls gegen eine Entschädigung) zu einem (gemäss Art. 115 OR jederzeit auch vor Eintritt des Vorkaufsfalls formlos[89] und auch einseitig[90] zulässigem) Verzicht auf das Vorkaufsrecht durch die Vorkaufsberechtigten gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten, so ist das Ziel erreicht. Dieses Vorgehen führt zur Vorschaltung einer Art Vorhandrecht,[91] auch wenn es vertraglich nicht vorgesehen wurde, was natürlich die oft gestellte Frage aufwirft, ob es nicht besser ist, gleich von Anfang an ein Vorhandrecht und kein Vorkaufsrecht, oder mindestens ein dem Vorkaufsrecht vorgeschaltetes Vorhandrecht, vorzusehen.[92]

---

77 Urteil des Bundesgerichts 5A_659/2012 vom 25.1.2013, E. 5.2.

78 A.M. BGE 101 II 235, E. 3, in einem Fall unter der damaligen Lex von Moos (nach der im Unterschied zur heutigen Lex Koller nur die Ausübung und nicht bereits die Begründung des Vorkaufsrechts bewilligungspflichtig war), jedenfalls dann, wenn der ausländische Vorkaufsberechtigte nach Ausübung des Vorkaufsrechts nicht innert der Ausübungsfrist des Vorkaufsrechts ein Bewilligungsgesuch nach der Lex von Moos stellte; s. demgegenüber BGE 137 III 205, E. 4, wo das Bundesgericht im Falle einer Kaufrechtsausübung feststellte, dass die Grundbuchanmeldung infolge fehlender Rechtskraft der Erwerbsbewilligung nach BGBB zu früh erfolgte, und nicht, dass sie infolge Ungültigkeit der Kaufrechtsausübung zu Unrecht erfolgte.

79 Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 vom 20.3.2008, in BGE 134 III 332 nicht veröffentlichte E. 5.2; BGE 117 II 30, E. 2.

80 BGE 92 II 147, E. 5.

81 Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 vom 20.3.2008, in BGE 134 III 332 nicht veröffentlichte E. 5.2; BGE 117 II 30, E. 2c.

82 Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 vom 20.3.2008, in BGE 134 III 332 nicht veröffentlichte E. 6.

83 Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 vom 20.3.2008, in BGE 134 III 332 nicht veröffentlichte E. 6; Urteil des Bundesgerichts 4C.194/2003 vom 6.11.2003, E. 4.1; BGE 117 II 30, E. 2b; Jörg Schmid, BGr. (TF) 21.3.1991; BGE (ATF) 117 II 30 ff., Sachenrecht. Ausübung eines Vorkaufsrechts – Verrechnung – ZGB 681; OR 120., BR 1992, 42.

84 Siehe III.

85 Siehe auch Schenker (FN 8), 254, mit dem wohl richtigen Hinweis, dass vorbehältlich anderslautender Abreden der Vorkaufsfall beim limitierten Vorkaufrecht wohl weiter zu fassen ist als beim unlimitierten Vorkaufrecht.

86 Siehe I.

87 Schenker (FN 8), 282 f.

88 Für einen solchen Fall BGE 113 II 64, E. 4cc, wo zu Recht festgehalten wird, dass alsdann Rechtsgrund des Erwerbs nicht ein durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommener Kaufvertrag ist, sondern ein «direkter» Kaufvertrag; siehe auch Rubido (FN 15), 161 f.

89 Wyss/Köchli (FN 32), Rz 35; Foëx (FN 14), 80; a.M. Rubido (FN 15), 162 ff., nach welchem Art. 681b Abs. 2 ZGB analog anwendbar, also nur ein Verzicht in Schriftform nach Eintritt des Vorkaufsfalls möglich ist.

90 Brückner (FN 11), 529 f.; a.M. BK-Meier-Hayoz, Art. 681 ZGB N 324.

91 Zum Begriff, den verschiedenen Ausprägungen und zum rechtlichen Verständnis des Vorhandrechts als suspensiv-bedingter Vorvertrag zu einem Kaufvertrag z.B. Fischer (FN 2), 66 ff.

92 Siehe auch Schenker (FN 8), 272, 281 zu gewissen Vorteilen eines Vorhandrechts gegenüber einem Vorkaufsrecht.