



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Abschlussarbeit

zur Erlangung des
Master of Advanced Studies in Real Estate

Vorkaufsrechte an Immobilien beim Verkauf einer Gesellschaft (Share Deal)

Verfasser: Oliver Rüdlinger

Eingereicht bei: Dr.iur. Stefan Gerster, LL.M., MRICS
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

Abgabedatum: 13.07.2018

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
Tabellenverzeichnis	VI
Executive Summary	VII
1. Einleitung	1
1.1 Ausgangslage und Problematik	1
1.2 Zielsetzung	2
1.3 Abgrenzung des Themas	3
1.4 Vorgehen	3
2. Lehre, Materialien und Rechtsprechung	4
2.1 Rechtslage vor der Revision (bis 1994)	4
2.1.1 Gesetzliche Grundlage	4
2.1.2 Rechtsprechung	5
2.1.3 Lehre	11
2.2 Botschaft zur Revision	13
2.3 Rechtslage nach der Revision (ab 1994)	15
2.3.1 Gesetzliche Grundlage	15
2.3.2 Rechtsprechung	16
2.3.3 Lehre	17
2.3.3.1 Share Deal als kein Vorkaufsfall	18
2.3.3.2 Share Deal als Vorkaufsfall	21
3. Eigene Beurteilung	25
3.1 Wesen des Vorkaufsrechts	25

3.2	Wortlaut und Fokus von Art. 216c Abs. 1 OR	26
3.3	Wirtschaftliche Betrachtungsweise des Bundesgerichts.....	29
3.4	Grundprinzip der eigenen Rechtspersönlichkeit der juristischen Person	31
3.4.1	Durchgriff als Ausnahmefall	31
3.4.2	Mangelnde öffentliche und private Interessen an einem Durchgriff.....	32
3.4.3	Sondervorschriften bei Vorliegen besonderer Schutzziele.....	34
3.4.4	Durchgriff erfordert klare Gesetzesgrundlage.....	35
3.5	Praktische Betrachtung der Ausübung des Vorkaufsrechts	36
3.5.1	Rechtsnatur des Vorkaufsrechts	36
3.5.2	Gegenstand des Vorkaufsrechts	37
3.5.3	Praktische Schwierigkeiten.....	40
3.6	Synthese	41
4.	Schlussbetrachtung.....	43
4.1	Fazit	43
4.2	Diskussion und Ausblick	46
	Literatur-, Materialien- und Rechtsprechungsverzeichnis	48

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz / Absätze
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
alt	frühere Fassung des betreffenden Gesetzes
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
BauGB	(deutsches) Baugesetzbuch
Bd.	Band
BGBB	Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (SR 211.412.11)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BK	Berner Kommentar
BIAR	Blätter für Agrarrecht (Bern)
BN	Der Bernische Notar (Bern)
BSK	Basler Kommentar
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CO	OR
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EGG	Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (aufgehoben)
f.	und folgende (Seite, Randziffer, usw.)
ff.	und folgende (Seiten, Randziffern, usw.)
Fn.	Fussnote(n)
FS	Festschrift
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
KK	Kurzkomentar
lit.	littera
m.E.	meines Erachtens
N	Note(n)

NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport (München)
OLG	(deutsches) Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220)
Pra recht	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel) recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
Rz.	Randziffer(n)
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
SJ	La Semaine Judiciaire (Genève)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SPR	Schweizerisches Privatrecht
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StHG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (SR 642.14)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Volketswil)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Übersicht Gesetzesbestimmungen mit wirtschaftlichem Aspekt	27
Tabelle 2: Übersicht Vorkaufsfälle beim Share Deal	43

Executive Summary

Vorkaufsrechte an Grundstücken sind in der Immobilienpraxis weit verbreitet. Vertraglich werden solche oft in Mietverträgen oder aber in speziellen Vorkaufsverträgen vereinbart. Daneben gibt es auch gesetzliche Vorkaufsrechte, etwa unter Miteigentümern oder bei Baurechtsverhältnissen. Die vorkaufsbelasteten Grundstücke werden dabei häufig über Gesellschaften (teils spezielle Immobiliengesellschaften) gehalten.

Wird eine solche Gesellschaft im Rahmen eines Share Deals veräussert, stellt sich die Frage, ob durch den Verkauf der Anteile an der Gesellschaft, welche selbst ein vorkaufsbelastetes Grundstück hält, ein Vorkaufsfall auslöst wird. Besonders wenn einem vorkaufsbelasteten Grundstück für die Gesellschaft zentrale Bedeutung zukommt oder dieses das Hauptaktivum der Gesellschaft darstellt, ist diese Frage von grosser praktischer Bedeutung. Denn liegt ein Vorkaufsfall vor, so besteht das Risiko, dass das Vorkaufsrecht durch den Berechtigten ausgeübt wird.

Entscheidend ist damit, ob der Share Deal von der in Art. 216c Abs. 1 OR enthaltenen Legaldefinition des Vorkaufsfalls erfasst ist. Spätestens seit einer nicht eindeutigen Gesetzesrevision im Jahr 1991 (in Kraft getreten per 1. Januar 1994) wird diese Frage in der Rechtslehre kontrovers diskutiert und ist seither umstritten. Dabei zeigt sich, dass trotz der erheblichen praktischen Bedeutung, die Thematik in der Lehre meist nur sehr pauschal und wenig detailliert behandelt wird. Ein aktuelles und eindeutiges Urteil des Bundesgerichts zu dieser zentralen Auslegungsfrage fehlt bislang ebenfalls.

Aufbauend auf der bisherigen Lehre, Rechtsprechung und den Gesetzesmaterialien werden in der vorliegenden Abschlussarbeit verschiedene Argumente entwickelt, aufgrund derer der Autor zur Auffassung gelangt, dass die Legaldefinition in Art. 216c Abs. 1 OR den Share Deal als Vorkaufsfall grundsätzlich nicht umfasst. Ausgenommen davon sind sog. Umgehungsgeschäfte. Wichtig bleibt dabei zu beachten, dass diese Einschätzung in der Rechtslehre umstritten ist. Bis zur Klärung dieser Auslegungsfrage durch ein eindeutiges Urteil des Bundesgerichts lässt sich diese damit nicht abschliessend beantworten. Die bisherige Unsicherheit im Zusammenhang mit Share Deals bleibt damit weiterhin bestehen und das entsprechende Risiko muss im Transaktionsprozess auch fortan berücksichtigt werden.

1. Einleitung

1.1 Ausgangslage und Problematik

Vorkaufsrechte an Immobilien sind in der Praxis weit verbreitet. Sie werden entweder durch vertragliche Vereinbarung zwischen dem Eigentümer eines Grundstücks (als Vorkaufsbelasteter) und dem Vorkaufsberechtigten begründet¹, wie etwa in einem Miet- oder Kaufvertrag (sog. *vertragliche Vorkaufsrechte*), oder ergeben sich direkt aus einer gesetzlichen Bestimmung (sog. *gesetzliche Vorkaufsrechte*). Von den gesetzlichen Vorkaufsrechten sind auf Bundesebene² besonders folgende von Bedeutung:

- das Vorkaufsrecht der Miteigentümer gemäss Art. 682 Abs. 1 ZGB;
- das Vorkaufsrecht des Baurechtsgebers und des Baurechtsnehmers gemäss Art. 682 Abs. 2 ZGB; sowie
- das Vorkaufsrecht der Verwandten und des Pächters an landwirtschaftlichen Grundstücken bzw. landwirtschaftlichen Gewerben gemäss Art. 682a ZGB i.V.m. Art. 42 ff. BGBB.

Abgesehen von einigen Besonderheiten³ können die gesetzlichen Vorkaufsrechte unter den selben Voraussetzungen geltend gemacht werden, die für die vertraglichen Vorkaufsrechte gelten. Voraussetzung für die Ausübung eines Vorkaufsrechts ist damit das Vorliegen eines sog. Vorkaufsfalls.⁴ Ein solcher liegt gemäss Art. 216c Abs. 1 OR immer dann vor, wenn das mit einem Vorkaufsrecht belastete Grundstück verkauft wird,

¹ Gemäss Art. 216 Abs. 3 OR sind Vorkaufsverträge, die den Kaufpreis nicht im Voraus bestimmen – und damit ein sog. *unlimitiertes Vorkaufsrecht* begründen – in schriftlicher Form gültig. Haben die Parteien des Vorkaufsvertrages den Kaufpreis schon im Vorkaufsvertrag und damit im Voraus zahlenmässig fest vereinbart oder wenigstens Abreden über die Art seiner Ermittlung getroffen, z.B. anhand einer Berechnungsmethode, durch eine Formel, in Abhängigkeit von vertragsexternen Faktoren oder auf Grund der Vereinbarung, dass der Preis durch Schätzung des Verkehrs- oder des Ertragswertes zur Zeit der Ausübung ermittelt werden soll (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007, 5A_224/2007, 5A_225/2007/bnm, E. 3.3), so liegt ein sog. *limitiertes Vorkaufsrecht* vor, welches gemäss Art. 216 Abs. 2 OR zur Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf.

² Vgl. WYSS/KÖCHLI, Jusletter, Rz. 2, mit Hinweisen auf weitere gesetzliche Vorkaufsrechte auf kantonaler und kommunaler Ebene.

³ Gemäss Art. 681 Abs. 1 ZGB (1. Satzteil) können die gesetzlichen Vorkaufsrechte auch bei der Zwangsverwertung ausgeübt werden, aber nur an der Steigerung selbst und zu den Bedingungen, zu welchen das Grundstück dem Ersteigerer zugeschlagen wird. Das gesetzliche Vorkaufsrecht der Verwandten im bäuerlichen Bodenrecht kann gemäss Art. 43 BGBB ferner – und in Erweiterung zum Normalfall gemäss Art. 681 Abs. 1 ZGB – auch dann ausgeübt werden, wenn ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück (a) in eine Gütergemeinschaft, eine Gesellschaft, eine Genossenschaft oder eine andere Körperschaft eingebracht wird, (b) unentgeltlich übertrage wird, oder (c) an einen anderen Verwandten oder an den Ehegatten veräussert wird.

⁴ Vgl. Art. 681 Abs. 1 ZGB (2. Satzteil).

sowie bei jedem anderen Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt. Grundsätzlich wenig problematisch ist dabei der erste Satzteil, wonach ein Vorkaufsrecht vorliegt, wenn ein mit einem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück verkauft und folglich ein Grundstückkaufvertrag i.S.v. Art. 216 Abs. 1 OR abgeschlossen wird.⁵ Weniger eindeutig und auslegungsbedürftig ist hingegen der zweite – in der Lehre kontrovers diskutierte Satzteil – wonach ein Vorkaufsfall auch durch jedes andere Rechtsgeschäft begründet wird, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt.

Besonders im Rahmen von Gesellschaftsverkäufen (Share Deals) stellt sich dabei in der Praxis häufig die Frage, ob der Verkauf von Anteilen an einer Gesellschaft⁶, welche selbst ein vorkaufsbelastetes Grundstück hält, einen Vorkaufsfall auslöst. Da in dieser Konstellation kein Grundstückkaufvertrag abgeschlossen wird (und es zu keiner Handänderung im Grundbuch kommt), wäre diese Frage dann zu bejahen, wenn der Verkauf von Anteilen an einer Gesellschaft, welche ein vorkaufsbelastetes Grundstück hält, ein Rechtsgeschäft darstellen würde, das wirtschaftlich einem Verkauf des vorkaufsbelasteten Grundstücks gleichkommt.

Spätestens seit einer Gesetzesrevision im Jahr 1991 (in Kraft getreten per 1. Januar 1994) wird diese Frage in der Lehre kontrovers diskutiert. Dabei wird aber oft auch sehr pauschal und wenig detailliert argumentiert. Ein aktuelles und eindeutiges Urteil des Bundesgerichts zu dieser zentralen Auslegungsfrage fehlt bislang ebenfalls.

1.2 Zielsetzung

Gegenstand dieser Abschlussarbeit bildet entsprechend die Frage, ob der Verkauf von Anteilen einer juristischen Person, welche selbst ein mit einem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück hält, einen Vorkaufsfall i.S.v. Art. 216c Abs. 1 OR darstellt.

Bis zur Klärung dieser Frage durch ein eindeutiges Urteil des Bundesgerichts wird sich diese Frage jedoch nicht abschliessend und mit Sicherheit beantworten lassen. Die im Rahmen von Share Deals bestehende Unsicherheit bleibt damit bestehen und ist in der

⁵ Allerdings ist auch der Abschluss eines Grundstückkaufvertrages alleine nicht genügend, um einen Vorkaufsfall zu begründen, etwa bei starker Personenbezogenheit des Verkaufs, womit anzunehmen ist, dass das Verkaufsgeschäft mit einem Dritten nicht abgeschlossen worden wäre (vgl. dazu etwa Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2010, E. 3 und 4.2).

⁶ Nachfolgend wird der Einfachheit halber stellvertretend für Anteile an einer Gesellschaft / juristischen Person zum Teil auch von "Aktien" gesprochen oder spezifisch die "Aktiengesellschaft" oder der "Aktionär" erwähnt. Die entsprechenden Ausführungen sind jedoch jeweils sinngemäss auch auf andere Gesellschaftsformen (insbesondere die GmbH) und die Anteile an solchen Gesellschaften (insbesondere die Stammanteile einer GmbH) anwendbar.

Beratungspraxis auch fortan entsprechend zu berücksichtigen. Indem die vorliegende Abschlussarbeit jedoch nicht bloss einen Überblick über den bisherigen Stand von Lehre und Rechtsprechung zur Forschungsfrage gibt, sondern darin auch eigenständige und neue Argumente entwickelt und hergeleitet werden, soll diese Arbeit einen Beitrag zur Weiterentwicklung der Rechtslehre liefern. In der Hoffnung, dass die im Rahmen dieser Abschlussarbeit erarbeiteten Argumente auch bei künftigen Beurteilungen durch die Gerichte einbezogen und gewürdigt werden, soll die Arbeit nicht zuletzt dazu dienen, die hier entwickelten Überlegungen und Argumente in die Rechtsprechung und Rechtsfindungen einfließen zu lassen. Damit soll letztlich darauf hingewirkt werden, dass ein wohl überlegtes Gerichtsurteil zur gerichtlich noch nicht geklärten Forschungsfrage entstehen kann.

1.3 Abgrenzung des Themas

Die vorliegende Abschlussarbeit beschränkt sich auf die Analyse der Frage, ob die in Art. 216c Abs. 1 OR enthaltene Legaldefinition des Vorkaufsfalls den Share Deal mitumfasst. Diese Legaldefinition kommt im Wesentlichen immer dann zum Tragen, wenn die Parteien eines Vorkaufsrechts den Vorkaufsfall durch Parteivereinbarung nicht abgeändert haben. Die Ausführungen beschränken sich damit grundsätzlich auf das vertragliche Vorkaufsrecht, wobei auf Gemeinsamkeiten oder Unterschiede zu den gesetzlichen Vorkaufsrechten wo sinnvoll hingewiesen wird.

Gegenstand dieser Abschlussarbeit bildet entsprechend eine ganz spezifische Frage im Zusammenhang der gesamten Vorkaufsrechtsthematik. Die umfangreiche Lehre, Rechtsprechung und die Materialien zur Thematik der Vorkaufsrechte werden nur soweit zitiert, als diese direkt oder indirekt einen Bezug zur Forschungsfrage aufweisen. Allgemeine Ausführungen zum Vorkaufsrecht werden entsprechend nur gemacht, soweit dies für die Analyse und Argumentation erforderlich erscheint. Allfällige für das Verständnis erforderliche juristische Vorkenntnisse werden dabei vorausgesetzt.

1.4 Vorgehen

Die Abschlussarbeit gliedert sich nachfolgend in zwei Hauptteile. In einem ersten Teil (Kapitel 2) wird ein Überblick über die Gesetzeslage, die relevanten Lehrmeinungen sowie die Rechtsprechung zur Thematik gegeben. Da die Diskussion um die Forschungsfrage stark mit der Gesetzesrevision von 1991 und der dabei neu eingeführten Legaldefinition des Vorkaufsfalls zusammenhängt, wird diese Übersicht nach Erschei-

nungsjahr der entsprechenden Literatur und Rechtsprechung zeitlich wie folgt in drei Unterkapitel gegliedert: Rechtlage vor dem in Kraft treten der Revision (d.h. vor 1994), Materialien zur Revision sowie Rechtlage nach dem in Kraft treten der Revision (d.h. ab 1994).

Aufbauend darauf wird in einem zweiten Hauptteil (Kapitel 3) eine eigene Beurteilung der Forschungsfrage vorgenommen, indem diese im Rahmen einer eigenständig entwickelten Argumentationskette abgehandelt wird. Aufgrund dieser Analyse wird eine Aussage dazu gemacht, ob und weshalb nach der hier vertretenen Auffassung der Share Deal einen Vorkaufsfall i.S.v. Art. 216c Abs. 1 OR darstellt oder nicht.

In der abschliessenden Schlussbetrachtung (Kapitel 4) erfolgt schliesslich eine Zusammenfassung der im Rahmen dieser Arbeit entwickelten Argumente sowie eine weitergehende Diskussion und ein Ausblick in Bezug auf die behandelte Fragestellung und Thematik.

2. Lehre, Materialien und Rechtsprechung

2.1 Rechtlage vor der Revision (bis 1994)

2.1.1 Gesetzliche Grundlage

Vor der Teilrevision des Zivilgesetzbuches und Obligationenrechts vom 4. Oktober 1991⁷ enthielt Art. 216 altOR lediglich in Abs. 3 eine reine Formvorschrift für den Abschluss von Vorkaufsverträgen⁸. Art. 216a-e OR, und damit insbesondere die detaillierten Vorschriften hinsichtlich des Vorkaufsfalls (Art. 216c OR), die Wirkung des Vorkaufsfalls (Art. 216d OR) und die Ausübung und Verwirkung der Vorkaufsrechte (Art. 216e OR), wurden erst im Rahmen der Gesetzesrevision ins Gesetz aufgenommen. Die zentrale Norm für alle rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechte befand sich davor noch in Art. 681 altZGB.⁹ Obwohl sich Art. 681 altZGB nach dem Wortlaut von Abs. 1 mit dem

⁷ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über die Teilrevision des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und Obligationenrechts (Grundstückkauf), in Kraft seit dem 1. Januar 1994 (AS 1993, 1070), nachfolgend jeweils als die "Revision" oder "Gesetzesrevision" bezeichnet.

⁸ Art. 216 Abs. 3 altOR: "Vorkaufsverträge sind schon in schriftlicher Form gültig."

⁹ Art. 681 altZGB:

- (1) "Wird ein Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt, so besteht es während der in der Vormerkung angegebenen Zeit gegenüber jedem Eigentümer zu den vorgemerkten Bedingungen oder, wo solche fehlen, zu den Bedingungen, zu denen dem Beklagten das Grundstück verkauft worden ist.
- (2) Von einem Verkaufe hat der Verkäufer den Vorkaufsberechtigten in Kenntnis zu setzen.
- (3) Das Vorkaufsrecht erlischt mit dem Ablauf eines Monats, nachdem der Berechtigte von dem Verkaufe Kenntnis erhalten hat, und in jedem Falle mit Ablauf von zehn Jahren seit der Vormerkung."

im Grundbuch vorgemerkten rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrecht an einem Grundstück befasste, hatte diese Bestimmung in der Praxis auch die Bedeutung einer zentralen Norm für alle rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechte an Grundstücken gewonnen, also auch für die nicht vorgemerkten.¹⁰ Die Aufnahme dieser zentralen Norm für rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte in das Recht des Eigentums liess sich systematisch nicht rechtfertigen und der einzige Grund dafür lag offenbar darin, dass der Gesetzgeber das rechtsgeschäftliche nicht vom gesetzlichen Vorkaufsrecht der Miteigentümer trennen wollte.¹¹

Jedoch auch Art. 681 altZGB schwieg darüber, unter welchen Voraussetzungen ein eingeräumtes Vorkaufsrecht ausgeübt werden konnte und nannte als eigentliche Bedingung für den Eintritt eines Vorkaufsfalls lediglich den "Verkauf" eines Grundstücks.¹²

2.1.2 Rechtsprechung

In Anbetracht der lückenhaften gesetzlichen Ordnung¹³ hatte die Ausgestaltung des Vorkaufsrechts, insbesondere des Vorkaufsfalls, weitgehend durch die Rechtsprechung zu erfolgen. In den frühen Urteilen des Bundesgerichts zum Vorkaufsfall befasste sich dieses insbesondere mehrheitlich mit der negativen Abgrenzung zum "Verkauf" als eigentlichen Vorkaufsfall, was erste Rückschlüsse betreffend der als Vorkaufsfälle erfassenden Rechtsgeschäfte erlaubte. So galt bereits wenige Jahre nach Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 und des Obligationenrechts vom 30. März 1911 in der Doktrin und Rechtsprechung als allgemein anerkannt, dass bei sog. "anderen Arten der Entäusserung", die sich nicht als Kauf darstellen, der Vorkaufsfall nicht eintritt.¹⁴ Genannt werden in diesem Zusammenhang bereits in einem Urteil aus dem Jahr 1918 als solche anderen Arten der Entäusserung insbesondere die Schenkung, die Einbringung in eine Gesellschaft, die Handänderung infolge Erbgang, Erbteilung usw.¹⁵, der sog. Kindskauf sowie der Tausch¹⁶ und der Verpfändungsvertrag.¹⁷

¹⁰ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 681 ZGB N 1; vgl. insbesondere auch BGE 44 II 362, E. 1.

¹¹ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 681 ZGB N 1 f., mit dem weiteren Hinweis, dass entsprechend die systematische Interpretation zur Lösung von Zweifelsfragen und zur Lückenfüllung kaum etwas beizutragen vermöge.

¹² Vgl. insbesondere BGE 44 II 362, E. 1.

¹³ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 681 ZGB N 6.

¹⁴ BGE 44 II 362, E. 1.

¹⁵ Vgl. heute Art. 216c Abs. 2 OR.

¹⁶ Da die Gegenleistung beim Tausch und Verpfändungsvertrag so bestimmt sei, dass der Vorkaufsberechtigte sie nicht erfüllen könne, stellten selbst diese obligatorischen Umsatzgeschäfte keinen Vorkaufsfall dar (BGE 44 II 362, E. 1).

¹⁷ BGE 44 II 362, E. 1.

Sodann stellte das Bundesgericht bereits in diesem frühen Urteil aus dem Jahr 1918 klar, dass das *Wesen des Vorkaufsrechtes* mithin nicht in einem Schutz gegen jede dem Vorkaufsberechtigten nicht genehme Handänderung bestehe, sondern in der Eingehung einer Verpflichtung des Bestellers als Vorkaufsbelasteten, dem Vorkaufsberechtigten auf sein Verlangen vor anderen Käufern den Vorzug zu geben, sollte er sich künftig zum Verkauf der Sache entschliessen.¹⁸ Das Bundesgericht stellte damit klar, dass das Vorkaufsrecht gerade keine Zusage des Bestellers darstelle, auch dafür einzustehen, dass das Objekt nicht gegen den Willen oder doch unabhängig von seinem Willen von Dritten in Anspruch genommen werde und dass damit nur dann die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufs erfüllt seien, wo ein vom Vorkaufsverpflichteten *selbst* ausgehender Verkauf vorliege.¹⁹ Mit dieser Begründung wurde eine Anwendung des Vorkaufsrechts auf den Fall der betreibungs- oder konkursrechtlichen Versteigerung des vorkaufsbelasteten Grundstücks abgelehnt.²⁰

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur negativen Abgrenzung des "Verkaufs" als eigentlichen Vorkaufsfall wurde in den folgenden Jahren weiter präzisiert und verallgemeinert. So hielt das Bundesgericht etwa in einem Urteil aus dem Jahr 1944 nun allgemein fest, dass das Vorkaufsrecht nicht gegenüber jeder Handänderung geltend gemacht werden könne, sondern "nur gegenüber kaufsweiser Übertragung des Objekts an einen Dritten, die nicht nur der Form, sondern auch dem der *Veräußerung innewohnenden Sinne nach einen Verkauf*, d.h. ein auf Umsetzung des Sachwertes in Geld gerichtetes Geschäft darstellt, wo es also dem Veräußernden wesentlich auf den Empfang dieser Geldleistung und nicht auf die Person des Erwerbers ankommt".²¹

Neben dieser negativen Abgrenzung zum "Verkauf" erhielt das Bundesgericht auch verschiedentlich Gelegenheit, zu beurteilen, ob auch Rechtsvorgänge, die eigentlich keinen Verkauf im Rechtssinne darstellen, dennoch einen Vorkaufsfall begründen können und der Begriff des Vorkaufsfalls damit (entgegen dem Wortlaut von Art. 681 alt-ZGB) auch andere Rechtsgeschäfte als den Verkauf i.S.v. Art. 216 Abs. 1 OR erfasst.

So bejahte das Bundesgericht etwa in einem Urteil aus dem Jahr 1959 den Eintritt eines Vorkaufsfalls durch den Abschluss eines Baurechtsvertrages und damit auch in einer

¹⁸ BGE 44 II 362, E. 1.

¹⁹ BGE 44 II 362, E. 1.

²⁰ Vgl. heute Art. 216c Abs. 2 OR.

²¹ BGE 70 II 149, 151.

Konstellation ohne "kaufweise Übertragung des Objekts an einen Dritten".²² Der Grund, weshalb der Vorkaufsfall durch den Abschluss des Baurechtsvertrages bejaht wurde, lag darin, dass sich aufgrund der Vorgeschichte ergab, dass die Parteien mit dem Abschluss des Baurechtsvertrages nichts anderes zu bezwecken versuchten, als das ursprüngliche Ziel (den Verkauf der Liegenschaft) auf einem Umweg wenigstens annähernd zu erreichen, ohne jedoch einen Vorkaufsfall zu schaffen.²³ Da gemäss Bundesgericht dieser "Schleichweg" zur Umgehung des Vorkaufsrechts Treu und Glauben widerspreche, müsse der Vorkaufsfall dennoch als eingetreten gelten, was auch der Regelung von Art. 156 OR entspreche.²⁴ Aus den ergänzenden Ausführungen des Bundesgericht geht jedoch auch hervor, dass der Abschluss eines Baurechtsvertrages unter normalen Umständen – d.h. immer dort, wo keinerlei Anhaltspunkte bestehen, dass die Eigentümerin die Liegenschaft eigentlich lieber verkauft hätte – keinen Vorkaufsfall darstellt und sich der Parteiwille beim Abschluss eines Baurechtsvertrages wesentlich zu jenem bei einem Verkauf der Liegenschaft unterscheidet, zumal der Eigentümer im Falle eines Baurechts den Baugrund gerade nicht veräussern, sondern vielmehr als Sachwert und insbesondere als Quelle einer Rente in seinem Vermögen behalten will.²⁵

Im Jahr 1966 hatte das Bundesgericht gar Gelegenheit, genau die hier interessierende (und heute besonders aufgrund der Gesetzesrevision kontrovers diskutierte) Fallkonstellation zu beurteilen:²⁶ Die Immar SA war eine Immobilienaktiengesellschaft mit 500 Aktien, die im Eigentum von Schermann (496 Aktien) und vier von dessen Verwandten (4 Aktien) stand. Noch am Gründungstag kaufte die Immar SA von einem Dritten drei Grundstücke und verkaufte gleichentags einen Teil eines dieser Grundstücke weiter an Gloor. Am Rest dieses Grundstücks räumte die Immar SA Gloor ein Vorkaufsrecht ein. Rund vier Jahre später verkaufte Schermann 484 seiner 496 Aktien an einen Dritten. Gloor machte in der Folge geltend, der Dritte sei durch den Aktienkauf praktisch Eigentümer des vorkaufsbelasteten Grundstücks geworden, weshalb der Vorkaufsfall eingetreten sei. Das Bundesgericht verneinte in der Folge den Eintritt eines Vorkaufsfalles durch den Verkauf der grossen Mehrheit der das vorkaufsbelastete Grundstück halten-

²² BGE 85 II 474.

²³ BGE 85 II 474, E. 4b.

²⁴ BGE 85 II 474, E. 4c.

²⁵ BGE 85 II 474, E. 4c; vgl. dazu neu auch Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2010, E. 3, wonach der Abschluss eines Baurechtsvertrages grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstelle, da es dem Baurechtsgeber gerade nicht um die wirtschaftliche Umsetzung und Verflüssigung des im Grundstück verkörperten Werts gehe, sondern er diesen Wert weiterhin behalten möchte.

²⁶ BGE 92 II 160 = Pra 56 (1967) Nr. 23.

den Gesellschaft.²⁷ Da sich dieses Bundesgerichtsurteil genau mit der vorliegend interessierenden Frage befasse, werden die relevanten Ausführungen des Bundesgerichts im Folgenden ausführlich wiedergegeben:

- Auf dem Gebiet des Zivilrechts würden die Aktiengesellschaft einerseits und ihr einziger oder beherrschender Aktionär andererseits trotz ihrer wirtschaftlichen Identität grundsätzlich als zwei verschiedene Rechtssubjekte betrachtet, von denen jedes sein eigenes Vermögen und die Verfügungsmacht darüber habe.²⁸
- Die Ausübung eines Vorkaufsrechts setze voraus, dass der *Verpflichtete selber* mit einem Dritten ein Veräußerungsgeschäft abgeschlossen habe, das sich auf das vorkaufsbelastete Vermögensstück beziehe – ein Vorkaufsfall könne demnach nur durch ein Veräußerungsgeschäft (Verkauf oder "nach den Umständen einem solchen gleichkommendes Geschäft") erfüllt werden, welches in der vorliegenden Konstellation zwischen der Aktiengesellschaft (als verpflichtete / vorkaufsbelastete Partei) und einem Dritten (vorkaufsberechtigte Partei) abgeschlossen werde und das vorkaufsbelastete Grundstück zum Gegenstand habe.²⁹
- Die wirtschaftliche Identität zwischen der Gesellschaft und ihrem beherrschenden Aktionär erlaube demnach nicht, den Vorkaufsfall durch den Aktienverkauf als erfüllt zu betrachten – die Aktiengesellschaft behalte ihre volle rechtliche Selbständigkeit auch gegenüber den beherrschenden Aktionären, bleibe Trägerin von Rechten und Pflichten und besitze ein eigenes Vermögen mit eigenen Aktiven und Passiven.³⁰ Da zwei verschiedene Rechtssubjekte vorlägen, könne der eine Teil durch seine Handlung den anderen nicht verpflichten und erst recht nicht dessen Eigentumsverhältnisse abändern.³¹ Die Aktiengesellschaft sei Eigentümerin des mit dem streitigen Vorkaufsrecht belasteten Grundstücks und bleibe dies auch, wenn die Aktienmehrheit den Eigentümer gewechselt habe.³²
- Der Vorkaufsberechtigte habe sich das Vorkaufsrecht von der Aktiengesellschaft einräumen lassen und mit ihr einen Vertrag geschlossen, so dass der *Vorkaufsfall*

²⁷ BGE 92 II 160 = Pra 56 (1967) Nr. 23.

²⁸ BGE 92 II 160, E. 1 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 73.

²⁹ BGE 92 II 160, E. 2 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 74; mit Verweis auf MEIER-HAYOZ, ZBJV 1956, 334 und MEIER-HAYOZ, ZBGR 1964, 270.

³⁰ BGE 92 II 160, E. 2 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 75.

³¹ BGE 92 II 160, E. 2 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 75.

³² BGE 92 II 160, E. 2 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 75.

*nur durch ein Veräußerungsgeschäft der Gesellschaft, welches das Eigentum an dem mit dem Vorkaufsrecht belasteten Grundstück habe, erfüllt werden könne.*³³ Indem der Vorkaufsberechtigte einen Vertrag mit einer Aktiengesellschaft abgeschlossen habe, habe er gerade mit der Möglichkeit der Abtretung aller Aktien oder eines Teils davon rechnen und wissen müssen – um sich auch für den Fall des Übergangs der Aktien den Erwerb des vorkaufsbelasteten Grundstücks zu sichern, hätte er zum einem im Errichtungsakt des Vorkaufsrechts selbst eine Bestimmung aufnehmen können, wonach der Verkauf der Aktien dem Verkauf des Grundstücks gleichgestellt würde, oder er hätte sich zum anderen auch ein separates Vorkaufsrecht an den Aktien selber einräumen lassen können.³⁴

- Über die rechtliche Selbständigkeit des beherrschenden Aktionärs und der Aktiengesellschaft werde nur dann hinweggesehen, wenn der Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr dies verlange.³⁵ Dies wäre etwa dann der Fall, wenn sich aufgrund der Umstände ergäbe, dass durch den Verkauf der Aktien in einer Treu und Glauben widersprechenden Weise das dem Vorkaufsberechtigten am Grundstück der Aktiengesellschaft eingeräumte Vorkaufsrecht umgangen werde.³⁶ Ein solches Umgehungsgeschäft und damit der Eintritt eines Vorkaufs, wäre etwa zu bejahen, wenn das Vorkaufsrecht durch den Aktionär selber an einem ihm persönlich gehörenden Grundstück eingeräumt werde und in der Folge – um den Eintritt des Vorkaufsfalls zu verhindern – eine Aktiengesellschaft gegründet, das vorkaufsbelastete Grundstück in diese eingebracht und daraufhin alle oder fast alle Aktien dieser Gesellschaft an einen Dritten verkauft würden.³⁷

Weiter bejahte das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 1968 auch den Eintritt eines Vorkaufsfalls durch den Abschluss eines Tauschvertrages.³⁸ Jedoch auch hier stellte das Bundesgericht klar, dass der Abschluss eines Tauschvertrages in der Regel keinen Vorkaufsfall begründe und ein solcher in der vorliegenden Konstellation nur ausnahmsweise angenommen wurde, da sich aufgrund der "Umstände" ergab, dass der Tauschvertrag *nach seinem Zweck und seiner Wirkung einem Kauf praktisch gleichge-*

³³ BGE 92 II 160, E. 3 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 75.

³⁴ BGE 92 II 160, E. 2 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 75; mit dem weiteren Hinweis, dass dem Vorkaufsberechtigten damit auch zur Abdeckung dieser Konstellation (Share Deal) geeignete Mittel zur Verfügung gestanden hätten.

³⁵ BGE 92 II 160, E. 1 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 73.

³⁶ BGE 92 II 160, E. 3 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 76.

³⁷ BGE 92 II 160, E. 4 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 76.

³⁸ BGE 94 II 342, E. 2.

kommen sei und dass das Geschäft von den Parteien *nur deshalb in die Form eines Tausches gekleidet wurde, um das Vorkaufsrecht auszuschalten*.³⁹

Im Jahr 1989 sodann, hatte das Bundesgericht erneut Gelegenheit, sich mit der Frage zu befassen, ob ein Umgehungsgeschäft eines Vorkaufsrechts vorliege und damit ein Vorkaufsfall eingetreten sei.⁴⁰ Das Bundesgericht nutzte dies, um in allgemeiner Weise zu umschreiben, unter welchen Voraussetzungen dennoch ein Vorkaufsfall eintreten könne, auch wenn zwischen den Parteien kein Grundstückkaufvertrag abgeschlossen wurde. Dabei nahm das Bundesgericht auch erstmals explizit Bezug auf den "wirtschaftlichen" Aspekt eines Rechtsgeschäfts und führte damit – obwohl sprachlich noch in leicht anderer Form als im heutigen Art. 216c Abs. 1 OR – diesen "wirtschaftlichen" Bezug erstmals ein. Wie bereits in BGE 92 II 116 bezog sich das Bundesgericht dabei auf MEIER-HAYOZ und führte aus, dass die Frage, ob ein Tatbestand eines Vorkaufsfalles (Abschluss eines Kaufvertrages) erfüllt sei, "sich nicht nach formellen, sondern nach materiellen, wirtschaftlichen Gesichtspunkten" beurteile und deshalb "ein Vorkaufsfall durchaus bejaht werden [kann], obgleich der Form nach kein Kauf abgeschlossen worden ist, namentlich dann, wenn mit einer anderen Rechtsform ein dem *Kauf entsprechender wirtschaftlicher Zweck* erzielt werden soll".⁴¹ Gemäss Bundesgericht wird demnach für den Eintritt eines Vorkaufsfalles⁴² ein Rechtsgeschäft vorausgesetzt, welches (i) auf dem freien Willen des Veräusserers beruht, (ii) auf die Veräusserung einer Sache gegen Geld gerichtet ist und bei welchem (iii) die Festsetzung der Gegenleistung nicht wesentlich von der Person des Leistungsgegners abhängt.⁴³ Diese Umschreibung des Vorkaufsfalles, so das Bundesgericht, vermöge all jene rechtsgeschäftlichen Vorgänge zu erfassen, die – bezogen auf den *wirtschaftlichen Erfolg / die wirtschaftliche Zielsetzung* – einem Kauf gleichkommen.⁴⁴ Aufgrund dieser an "Sinn und Zweck, insbesondere am *wirtschaftlichen Gehalt* des Geschäftes anknüpfenden Betrachtungsweise" könne sich, so das Bundesgericht, ein selbständiger Tatbestand der Umgehung gar als entbehrlich er-

³⁹ BGE 94 II 342, E. 2.

⁴⁰ BGE 115 II 175.

⁴¹ BGE 115 II 175, E. 4a; vgl. später auch BGE 116 II 164, E. 3b = Pra 80 (1991) Nr. 39.

⁴² Vgl. auch BGE 115 II 175, E. 4c, wonach der Gesetzgeber vom Grundsatz der Begrenzung des Vorkaufsfalles ausgeht.

⁴³ BGE 115 II 175, E. 4a.; mit Verweis auf BGE 94 II 342, E. 2.

⁴⁴ BGE 115 II 175, E. 4b und 4c.

weisen.⁴⁵ Zusammenfassend ist gemäss diesem zentralen Bundesgerichtsurteil demnach entscheidend, "ob der von den *Vertragsparteien* angestrebte Erfolg noch mit demjenigen eines Kaufes verglichen werden kann".⁴⁶

Gemäss einem weiteren Bundesgerichtsurteil von 1992 stelle folglich nicht jede Art der Entäusserung einen Vorkaufsfall dar, womit ein Vorkaufsrecht einem Vorkaufsberechtigten nicht uneingeschränkt die Möglichkeit zusichere, jede Übertragung auf einen Dritten zu verhindern.⁴⁷

2.1.3 Lehre

Vor der Revision der Bestimmungen zum Vorkaufsrecht befasste sich die Lehre kaum explizit mit der hier interessierenden Frage, ob der Verkauf von Aktien einer Gesellschaft, welche selbst eine vorkaufsbelastete Liegenschaft hält, einen Vorkaufsfall auslöst. In der Lehre bestand jedoch bereits zu dieser Zeit weitgehend Einigkeit, dass für die Bejahung eines Vorkaufsfalles nicht erforderlich – aber auch nicht genügend – ist, dass zwischen den Parteien ein Grundstückkaufvertrag abgeschlossen wird. Zusammenfassend wurde gemäss dieser Lehre der Eintritt eines Vorkaufsfalles beim Abschluss jedes Rechtsgeschäfts bejaht, das auf die freiwillige, auf Übertragung des Eigentums gerichtete Umsetzung des Sachwerts gegen Geld oder als Geldersatz dienende, vertretbare (d.h. von jedermann erbringbare) Sachen gerichtet ist, bei welchem es dem Veräusserer wesentlich auf den Empfang dieser Geldleistung und nicht auf die Person des Erwerbers ankommt.⁴⁸ Gemäss WISSMANN seien diese Kriterien von der Lehre entwickelt worden, um die aufgrund einer solchen *wirtschaftlichen Betrachtungsweise* entstehenden Unsicherheiten zu begegnen und Vorkaufs- und Nichtvorkaufsfälle zu unterscheiden.⁴⁹ Es komme, so WISSMANN⁵⁰ weiter, gerade nicht auf das Vorliegen eines Kaufgeschäfts im juristisch-technischen Sinne an, massgeblich seien vielmehr die wirtschaftlichen Gesichtspunkte – oder, so MEIER-HAYOZ⁵¹, ob mit einer anderen Rechtsform ein *dem Kauf*

⁴⁵ BGE 115 II 175, E. 4b; so können gemäss Bundesgericht Rechtsgeschäfte, die im Rahmen einer solchen wertenden Betrachtungsweise nicht als Vorkaufsfall zu bezeichnen sind, nur ausnahmsweise als Umgehungsgeschäfte in Erscheinung treten, namentlich wenn sie als ausgesprochen dolos erscheinen, so also, wenn die entsprechenden Rechtsakte keinerlei schützenswerte Zwecke verfolgen, sondern lediglich auf die Vereitelung eines bestimmten Vorkaufsrechts abzielen.

⁴⁶ BGE 115 II 175, E. 4c.

⁴⁷ BGE 118 II 401, E. 3 = Pra 83 (1994) Nr. 10.

⁴⁸ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 681 ZGB N 144; SUTTER, SJZ 1985, 277; WISSMANN, Rz. 1450, ZK-HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, Art. 681 ZGB N 32; KANTON AARGAU, 5.

⁴⁹ WISSMANN, Rz. 1451.

⁵⁰ WISSMANN, Rz. 1450.

⁵¹ BK-MEIER-HAYOZ, Art. 681 ZGB N 144; MEIER-HAYOZ, ZBJV 1956, 334; MEIER-HAYOZ, ZBGR 1964, 270.

entsprechender wirtschaftlicher Erfolg erzielt werde. Wie heute in sprachlich anderer Form in Art. 216c Abs. 1 OR, berücksichtigten damit bereits WISSMANN, wie auch MEIER-HAYOZ, den wirtschaftlichen Aspekt in ihren Auslegungen des Vorkaufsfalls – die wirtschaftliche Perspektive bezog sich dabei jedoch stets auf den *Erfolg des von der vorkaufsbelaasteten Partei selber abgeschlossenen Rechtsgeschäfts* und damit auf die entscheidende Frage, ob ein von der sich verpflichteten (vorkaufsbelaasteten) Partei abgeschlossenes Rechtsgeschäft für *diese Partei* grundsätzlich den selben wirtschaftlichen Erfolg bewirkt, wie wenn sie das Grundstück mittels eines Grundstückkaufvertrags veräussert hätte.⁵²

Ausführlich mit dem Bundesgerichtsurteil BGE 92 II 160 befasst sich TEITLER.⁵³ Insbesondere mit Blick auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft befürwortet dieser die Rechtsprechung des Bundesgerichts und kommt zum Schluss, dass immer wenn ein Grundstück in eine Gesellschaft eingebracht werde, bevor das Vorkaufsrecht begründet wurde, der spätere Aktienverkauf keinesfalls als Vorkaufsfall zu betrachten sei.⁵⁴ Ein Vorkaufsfall sei nur in Konstellationen denkbar, in welchen das Grundstück nach der Einräumung des Vorkaufsrechts (durch den späteren Gesellschafter) in eine Gesellschaft eingebracht werde.⁵⁵ Aber auch in solchen Fällen liege ein Vorkaufsfall nur bei Rechtsmissbrauch vor, d.h. wenn beabsichtigt sei, durch den Aktienverkauf die Ausübung des Vorkaufsrechts am Grundstück zu vereiteln.⁵⁶ Grundsätzlich keinen Vorkaufsfall würden demnach folgende Konstellationen darstellen: (i) Ein Mehrheitsaktionär bringt ein mit einem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück als Produktionsliegenschaft in eine Produktionsgesellschaft ein und verkauft später die Aktien der Produktionsgesellschaft (das Rechtsgeschäft gelte hier dem Verkauf eines ganzen Produktionsunternehmens); oder (ii) ein Grundeigentümer fasst seine verschiedenen Liegenschaften in einer Immobiliengesellschaft zusammen und verkauft später die Anteile an der Gesellschaft (das Rechtsgeschäft gelte hier grundsätzlich dem Verkauf einer Gesellschaft

⁵² Dies wurde von der Lehre in folgenden Fällen grundsätzlich verneint und damit (vorbehaltlich des Rechtsmissbrauchs) keine Vorkaufsfälle angenommen: Tausch, Fusion, Einbringung in eine Gesellschaft, Baurechtsvertrag, Nutzniessungsvertrag, Übertragungen mit erbrechtlichen oder betreibungs- und konkursrechtlichem Hintergrund.

⁵³ TEITLER, 123 ff.

⁵⁴ TEITLER, 130.

⁵⁵ TEITLER, 126 f.

⁵⁶ TEITLER, 127 ff., wobei der Umgehungstatbestand sich objektiv verwirklicht haben müsse, eine subjektive (Umgehungs-) Absicht müsse hingegen nicht vorliegen.

mit einer Vielzahl an Liegenschaften und nicht dem verdeckten Verkauf eines einzelnen vorkaufsbelasteten Grundstücks).⁵⁷

Explizit Kritik zum massgeblichen Bundesgerichtsurteil BGE 92 II 160 äussern hingegen LIVER und ISLER. In seiner Besprechung des Bundesgerichtsurteils führt LIVER aus, dass das Urteil nicht ganz zu befriedigen vermöge, da nicht recht einleuchte, weshalb der gleiche Vorgang (wirtschaftliche Handänderung) steuerrechtlich als Handänderung gelte, zivilrechtlich aber nicht.⁵⁸ ISLER schliesslich erachtet es als ungerechtfertigt, bei Übertragung von Mehrheitsbeteiligungen den Vorkaufsfall nicht eintreten zu lassen, da (wie beim Baurecht) die Gefahr bestünde, den Vorkaufsfall zu umgehen und die Ausübung des Vorkaufsrechts durch Übertragung der Aktien zu vereiteln.⁵⁹

2.2 Botschaft zur Revision

Wichtige Hinweise zur Auslegung des Gesetzestexts zum Vorkaufsfall lassen sich der BOTSCHAFT zu der am 1. Januar 1994 in Kraft getretenen Gesetzesrevision entnehmen. Die massgebliche Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechtes bedingten sich weitgehend gegenseitig und hingen sachlich auch eng mit dem bürgerlichen Bodenrecht zusammen, weshalb die Ausführungen zur Revision der Bestimmungen des Zivilgesetzbuches, des Obligationenrechtes und des bürgerlichen Bodenrechtes in eine gemeinsame Botschaft⁶⁰ aufgenommen wurden. Die neu eingeführte Bestimmung von Art. 216c Abs. 1 OR mit der Umschreibung des Vorkaufsfalls (Legaldefinition) ist entsprechend vor diesem Hintergrund auszulegen. Dabei tragen insbesondere die Ausführungen der BOTSCHAFT zum Vorkaufsfall beim bürgerlichen Bodenrecht auch massgeblich zum Verständnis der privatrechtlichen Definition des Vorkaufsfalls bei.

Zur hier interessierenden Frage, ob generell auch der Verkauf von Anteilen einer Gesellschaft, welche selbst ein vorkaufsbelastetes Grundstück hält, einen Vorkaufsfall auslöst, äussert sich die BOTSCHAFT leider nicht eindeutig⁶¹ und hält lediglich allgemein fest, dass nur im Einzelfall entschieden werden könne, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung

⁵⁷ TEITLER, 129.

⁵⁸ LIVER, ZBJV 1968, 22.

⁵⁹ ISLER, 66.

⁶⁰ BOTSCHAFT.

⁶¹ Die BOTSCHAFT (1079) äussert sich allerdings klar zu Konstellationen, welche keinen Vorkaufsfall begründen und nennt dabei Rechtsgeschäfte, bei denen die Person des Erwerbers im Vordergrund steht (Schenkung, gemischte Schenkung, erbrechtlich motivierte Veräusserung) und Geschäfte, bei denen der Veräusserer als Gegenleistung nicht Geld erhält (Tausch, gesellschaftsrechtlich begründete Eigentumsübertragung, etc.). Damit nennt die BOTSCHAFT grundsätzlich die von der bisherigen Rechtsprechung erarbeiteten Fälle.

tungsweise eine Gleichstellung mit einem Verkauf gerechtfertigt sei.⁶² Ohne weitere Bemerkungen verweist die BOTSCHAFT dabei immerhin auf BGE 92 II 160 und damit auf jenes Bundesgerichtsurteil, in welchem das Vorliegen eines Vorkaufsfalls durch einen Aktienverkauf – trotz wirtschaftlicher Identität zwischen dem Aktionär und der Aktiengesellschaft – verneint wurde.⁶³ Die BOTSCHAFT hält entsprechend nicht eindeutig fest, ob neu ungeachtet der rechtlichen Selbständigkeit zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft ein Vorkaufsfall aufgrund wirtschaftlicher Identität zwischen Aktionär und beherrschter Aktiengesellschaft auch bei einem Aktienverkauf eintreten soll, oder ob wie bisher, die rechtliche Selbständigkeit grundsätzlich gewahrt bleibt und ein Aktienverkauf weiterhin nur dann einen Vorkaufsfall⁶⁴ darstellen soll, wenn der Grundsatz von Treu und Glauben es im Verhältnis mit einem Dritten verlange, über die rechtliche Selbständigkeit hinwegzusehen.⁶⁵

Die BOTSCHAFT hält hingegen klar fest, dass eine Erweiterung des Vorkaufsfalls in den Revisionsvorschlägen zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) erfolge, soweit das bäuerliche Bodenrecht eine solche erfordere.⁶⁶ Weiter führt die BOTSCHAFT aus, dass die Revision der Bestimmungen des OR über den Grundstückskauf und des ZGB über das Immobiliarsachenrecht im Wesentlichen die Grundlage der Revision des bäuerlichen Bodenrechts bildeten⁶⁷ und – spezifisch in Bezug auf das Vorkaufsrecht –, dass die agrarpolitischen Vorkaufsrechte des BGBB schlecht in die ihrerseits lückenhafte und unsystematische Regelung des Vorkaufsrechts im ZGB und OR integriert seien und im Rahmen der Revision angestrebt wurde, diese aufeinander abzustimmen.⁶⁸

Folgerichtig ist denn auch die erweiterte Definition des agrarrechtlichen Vorkaufsfalls der Verwandten in Art. 43 BGBB. Demnach gilt insbesondere auch als Vorkaufsfall, wenn ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück in eine Gesellschaft eingebracht, unentgeltlich übertragen oder unter Verwandten verkauft wird. Wie die BOTSCHAFT klarstellt, gilt somit die mit der Revision neu eingeführte Legaldefinition in Art.

⁶² BOTSCHAFT, 1079.

⁶³ Vgl. dazu vorne Kapitel 2.1.2.

⁶⁴ Im Sinne eines "nach den Umständen einem Verkauf gleichkommenden Geschäfts", gemäss der bereits in BGE 92 II 160, E. 2 zitierten Definition des Vorkaufsfalls.

⁶⁵ Was gemäss BGE 92 II 160, E. 4, etwa dann der Fall wäre, wenn eine Person ein Vorkaufsrecht an einem ihr persönlich gehörenden Grundstück einräumen würde und in der Folge – um den Eintritt des Vorkaufsfalls zu verhindern – eine Gesellschaft gründet, in welche das Grundstück eingebracht wird, um anschliessend alle oder fast alle Anteile an dieser Gesellschaft einem Dritten zu verkaufen.

⁶⁶ BOTSCHAFT, 1079; von einer Erweiterung der Definition des Vorkaufsfalls im Privatrecht wird dabei gerade nicht gesprochen.

⁶⁷ BOTSCHAFT, 957.

⁶⁸ BOTSCHAFT, 962 und 964.

216c Abs. 1 OR auch für das Vorkaufsrecht der Verwandten gemäss bürgerlichem Bodenrecht, ergänzt jedoch um die agrarpolitisch motivierte Erweiterung des Vorkaufsfalls gemäss den Bestimmungen im BGG in Bezug auf landwirtschaftliche Gewerbe und Grundstücke.⁶⁹ Der Begriff des *Vorkaufsfalls* ist für die *agrarrechtlichen Vorkaufsrechte entsprechend weiter gefasst*, als für die anderen gesetzlichen und vertraglichen Vorkaufsrechte.⁷⁰ Besonders interessant und aufschlussreich ist dabei die in Bezug auf landwirtschaftliche Gewerbe in Art. 4 BGG vorgenommene Änderung, wonach die Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe neu auch für *Mehrheitsbeteiligungen an juristischen Personen* gelten, deren Aktiven zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehen. Wie die Botschaft dabei eigens festhält, sei diese Regelung insbesondere für die Ausübung eines Vorkaufsrechts von Bedeutung – das Vorkaufsrecht könne damit nicht bloss an der Sache selber, sondern auch an der Mehrheitsbeteiligung, z.B. an einem Aktienpaket, geltend gemacht werden.⁷¹

2.3 Rechtslage nach der Revision (ab 1994)

2.3.1 Gesetzliche Grundlage

Im Rahmen der Revision wurde in Art. 216c Abs. 1 OR neu eine Legaldefinition des Vorkaufsfalls aufgenommen, wonach ein solcher immer dann vorliegt, wenn das mit einem Vorkaufsrecht belastete "Grundstück verkauft wird, sowie bei jedem anderen Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt".

Wie im nachfolgenden ausgeführt wird, ist die Bedeutung und Auslegung dieser Umschreibung des Vorkaufsfalls in der Lehre viel diskutiert und strittig – insbesondere zur Frage, ob mit der Revision neu auch allgemein der Verkauf einer Beteiligung einer Gesellschaft den Vorkaufsfall auslöse. Ein neues bundesgerichtliches Urteil zu dieser Frage (unter dem revidierten Recht) fehlt bislang.

⁶⁹ BOTSCHAFT, 1022.

⁷⁰ BEGLEITBERICHT, 44.

⁷¹ BOTSCHAFT, 979, mit dem weiteren Hinweis, dass für das Vorliegen eines Vorkaufsfalls beim Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen: (1) die Hauptaktiven müssen aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehen, d.h. aus Land, Gebäude und Betriebsinventar (der Begriff "Hauptaktiven" müsse in der Praxis noch näher festgelegt werden – der Begriff deute jedoch darauf hin, dass diese Hauptaktiven (landwirtschaftliches Gewerbe) eher bei 100% als bei 50% der gesamten Aktiven liegen müsse); (2) es müsse eine Mehrheitsbeteiligung übertragen werden, d.h. mehr als die Hälfte der Beteiligung am Kapital und zudem die Mehrheit der Stimmrechte.

2.3.2 Rechtsprechung

Obwohl das Bundesgericht seit der Revision der Gesetzesbestimmungen zum Vorkaufsrecht verschiedentlich Gelegenheit hatte, sich mit Vorkaufsfällen zu befassen⁷², fehl bis heute dennoch ein allgemeines Urteil zur hier interessierenden Frage (analog zu BGE 92 II 160), ob der Verkauf von Anteilen einer juristischen Person ebenfalls einen Vorkaufsfall darstellt.

Einzig (aber immerhin) in Bezug auf landwirtschaftliche Gewerbe hatte sich das Bundesgericht bislang mit dieser Fragestellung auseinanderzusetzen.⁷³ Vorab ist dabei zu bemerken, dass das Bundesgericht bereits früher – analog zu den Ausführungen in der BOTSCHAFT⁷⁴ – bestätigt hat, dass die Definition des Vorkaufsfalls in Art. 216c Abs. 1 OR ebenfalls auf das bäuerliche Bodenrecht anwendbar sei.⁷⁵ Das Bundesgericht hielt dabei zunächst gestützt auf die im Rahmen der Revision ebenfalls neu eingeführte Regelung von Art. 4 Abs. 2 BGGb allgemein fest, dass die Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe – und damit insbesondere die agrarrechtlichen Vorkaufsrechte der Verwandten in Art. 44 BGGb – auch für eine Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person gelte, deren Aktiven zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehe.⁷⁶ Weiter führte das Bundesgericht aus, dass das Eigentum an der Mehrheitsbeteiligung somit gewissermassen das Eigentum am landwirtschaftlichen Gewerbe überlagere und den *Geltungsbereich des Gesetzes*⁷⁷ auf solche Beteiligten ausdehne und damit die Schutzwirkungen des Gesetzes für landwirtschaftliche Gewerbe auslöse, was – so das Bundesgericht weiter – insbesondere bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts (also für die zivilrechtlichen Aspekte des bäuerlichen Bodenrechts) von Bedeutung sei und das Vorkaufsrecht *damit nicht nur an der Sache selber, sondern auch an der Mehrheitsbeteiligung, z.B. an einem Aktienpaket, geltend gemacht werden könne*.⁷⁸ Ein ent-

⁷² So etwa BGE 126 III 187 = Pra 89 (2000) Nr. 122 (Zuteilung eines Grundstücks im Rahmen der Verteilung des Liquidationserlöses einer Gesellschaft stelle keinen Vorkaufsfall dar); BGE 134 III 597 (zur Ausübung des Vorkaufsrechts an einem Grundstück, das von einer einfachen Gesellschaft gehalten werde); Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2010 (Verkauf eines vorkaufsbelasteten Grundstücks von einer Gesellschaft an den Alleinaktionär stelle zufolge Personenbezogenheit des Verkaufs keinen Vorkaufsfall dar; so auch Urteil des Bundesgerichts 5A_121/2013).

⁷³ Urteil des Bundesgerichts 2C_212/2013.

⁷⁴ Vgl. dazu vorne Kapitel 2.2.

⁷⁵ BGE 126 III 187 = Pra 89 (2000) Nr. 122, E. 2b.

⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 2C_212/2013, E. 3.4.

⁷⁷ Gemeint ist hier das BGGb und damit auch (aber nur) die agrarrechtlichen Vorkaufsrechte in Art. 44 BGGb.

⁷⁸ Urteil des Bundesgerichts 2C_212/2013, E. 3.4.

sprechender Verkauf würde sodann ebenfalls der Erwerbsbewilligung gemäss BGGB unterstehen.⁷⁹

Ein neueres Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2016 erlaubt ferner zumindest gewisse Rückschlüsse auf den Umfang der Gesetzesrevision, auf welche die heutigen Unsicherheiten bezüglich des Umfangs der Vorkaufsfälle weitgehend zurückzuführen sind. Das Bundesgericht hielt darin fest, dass mit der Gesetzesrevision im Wesentlichen⁸⁰ die heutige Lehre und Rechtsprechung zum Vorkaufsrecht kodifiziert wurde.⁸¹

2.3.3 Lehre

Die im Rahmen der Revision aufgenommene Legaldefinition des Vorkaufsfalls in Art. 216c Abs. 1 OR wurde in der Lehre bislang viel diskutiert, wobei sich grundsätzlich zwei Lager entwickelt haben⁸²:

- Ein Teil der Lehre vertritt dabei die Auffassung, wonach mit der Revision lediglich eine Kodifikation der bisherigen von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Umschreibung des Vorkaufsfalls übernommen worden sei und folglich der Verkauf von Anteilen einer juristischen Person grundsätzlich keinen Vorkaufsfall an einem von der juristischen Person gehaltenen Grundstück auslöse.
- Demgegenüber wird von verschiedenen anderen Autoren argumentiert, dass mit der in Art. 216c Abs. 1 OR aufgenommenen Umschreibung des Vorkaufsfalls gerade eine Ausdehnung der Vorkaufsfälle stattgefunden habe und demnach nach revidiertem Recht grundsätzlich auch der Verkauf von Anteilen einer juristischen Person als Vorkaufsfall in Bezug auf ein von der Gesellschaft gehaltenes vorkaufsbelastetes Grundstück zu werten sei.

Nachfolgend wird der Stand dieser kontroversen Lehrmeinungen zusammenfassend dargestellt, wobei zum Zwecke der Übersichtlichkeit eine Zweiteilung in die entsprechen-

⁷⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_212/2013, E. 3.2.4, wonach beim Verkauf von Anteilen einer juristischen Person kein Eigentümerwechsel am landwirtschaftlichen Gewerbe / Grundstück stattfindet, die damit verbundenen Umgehungsmöglichkeiten jedoch damit verhindert würden, indem das Gesetz auch jedes Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkomme, der Erwerbsbewilligung unterstehe. Mit Blick auf die im bäuerlichen Bodenrecht besonderen Schutzziele wurden denn auch bereits vor der Revision in Bezug auf das im früheren EGG noch vorgesehene Einspruchsverfahren der Kantone bei Liegenschaftsverkäufen auch der Verkauf von Anteilen von juristischen Personen erfasst, vgl. dazu BGE 113 II 64, E. 4a/b.

⁸⁰ Offen bleibt damit jedoch weiterhin, was genau unter "im Wesentlichen" zu verstehen ist.

⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 5A_1006/2015, E. 6.2.3.

⁸² Vgl. zum Ganzen auch die Übersicht bei CHK-BINDER, Art. 216c OR.

den Lager erfolgt: jene Autoren, die im Share Deal grundsätzlich einen Vorkaufsfall erblicken, einerseits, und jene Autoren, die den Share Deal grundsätzlich nicht als Vorkaufsfall betrachten, andererseits.

2.3.3.1 Share Deal als kein Vorkaufsfall

Verschiedene Autoren befassen sich nicht direkt mit der hier interessierenden Fragestellung, ob der Verkauf von Anteilen an einer juristischen Person ebenfalls einen Vorkaufsfall begründen kann. Soweit von diesem Teil der Lehre jedoch der Standpunkt vertreten wird, dass mit der Gesetzesrevision lediglich eine Kodifizierung, Übernahme oder Nachzeichnung der von der bisherigen Lehre und Rechtslage entwickelten Rechtslage stattgefunden habe (und damit keine Änderung des bisherigen Rechtszustandes bewirkt wurde), wird auch von diesem Teil der Lehre indirekt anerkannt, dass der Verkauf von Anteilen einer juristischen Person (Share Deal) grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstelle, da die in BGE 92 II 160 entwickelte Rechtsprechung⁸³ damit weiterhin Gültigkeit haben muss. Diese Auffassung wird insbesondere von GIGER⁸⁴, KOLLER⁸⁵, REY/STREBEL⁸⁶, ROBERTO⁸⁷, SIMONIUS/SUTTER⁸⁸, STEINAUER⁸⁹ und SUTTER-SOMM⁹⁰ vertreten. Als Argument dafür, dass lediglich eine Kodifikation der bisherigen Rechtslage stattgefunden habe, wird dabei insbesondere die negative Abgrenzung von Art. 216c Abs. 2 OR genannt, worin primär jene Erwerbstatbestände aufgeführt würden, die bereits nach bisheriger Lehre und Rechtsprechung keine Vorkaufsfälle darstellten.⁹¹

Diese Auffassung wird ebenfalls von verschiedenen weiteren Autoren vertreten, welche sich zudem auch direkt gegen die Erfassung eines Share Deals als Vorkaufsfall ausspre-

⁸³ Vgl. vorne Kapitel 2.1.2.

⁸⁴ BK-GIGER, Art. 216 OR N 125 und Art. 216c OR N 5 und 22.

⁸⁵ KOLLER, 22.

⁸⁶ BSK-REY/STREBEL, Art. 681 ZGB N 4.; vgl. aber auch die m.E. nicht eindeutigen Ausführungen in REY, AJP 1994, 53.

⁸⁷ ROBERTO, recht 1993, 172.

⁸⁸ SIMONIUS/SUTTER, § 11 Rz. 56 und 66.

⁸⁹ STEINAUER, ZGBR 1992, 6 f.

⁹⁰ SUTTER-SOMM, Rz. 709, der auch noch speziell darauf hinweist, dass das Bundesgericht die Übernahme der Aktienmehrheit einer Grundstücke besitzenden Aktiengesellschaft nicht als Vorkaufsfall qualifiziert habe.

⁹¹ BK-GIGER, Art. 216 OR N 125; BSK-REY/STREBEL, Art. 681 ZGB N 7.

chen.⁹² So spricht MEIER etwa vom *bewahrenden Charakter der Revision* und sieht im Verweis der BOTSCHAFT auf BGE 92 II 160 ein Beispiel dafür, dass nur im Einzelfall entschieden werden könne, ob eine Gleichstellung mit einem Grundstücksverkauf gerechtfertigt sei – in der BOTSCHAFT werde das Bundesgerichtsurteil weder kritisiert noch gar eine Rechtsänderung durch den Gesetzgeber gefördert.⁹³ Der Verkauf von Anteilen einer juristischen Person, so MEIER weiter, sei demnach weiterhin nach den Durchgriffsregeln zu entscheiden, ohne dass sie von einem neu definierten "wirtschaftlichen Vorkaufsfall" überlagert würden.⁹⁴ Auch BRÜCKNER bemerkt, dass der im Gesetz verwendete Begriff des "Rechtsgeschäfts, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt", gerade nicht zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise im steuerrechtlichen Sinn führe und damit nicht zu einer Gleichstellung des Verkaufs eines Grundstücks durch eine Immobiliengesellschaft mit dem Verkauf der Aktienmehrheit seitens ihres Mehrheitsaktionärs.⁹⁵ Hätten die Parteien dem Vorkaufsberechtigten für den Fall der Handänderung der Gesellschaft eine entsprechende Option gewähren wollen, hätten sie dies von Anfang an in Gestalt eines bedingten Kaufrechts gegenüber der Gesellschaft tun müssen.⁹⁶ Mit Ausnahme von Umgehungsgeschäften sieht auch BINDER in der Übertragung einer Aktienmehrheit einer Immobiliengesellschaft keinen Vorkaufsfall; eine wirtschaftliche Betrachtungsweise komme hier nicht in Frage, da die Parteien von Anfang an ein bedingtes Kaufrecht gegenüber der Gesellschaft hätten begründen können.⁹⁷ PETER seinerseits führt aus, dass mit Ausnahme eines Durchgriffs bei Rechtsmissbrauch der Verkauf der Mehrheitsbeteiligung an einer Aktiengesellschaft keinen Vorkaufsfall darstelle, da mit der Gesetzesrevision nicht von der bisherigen Rechtspre-

⁹² Im Sinne eines Exkurses, vgl. auch die Rechtslage in Deutschland. Dort wird der Vorkaufsfall ähnlich umschrieben wie in der Schweiz, wonach ein Vorkaufsrecht nicht nur dann ausgeübt werden kann, wenn der Verpflichtete mit einem Dritten formell einen Kaufvertrag über das vorkaufsbelastete Grundstück abschliesst, sondern im Sinne einer interessengerechten Auslegung auch dann ein Vorkaufsfall vorliegt, wenn bei materieller Betrachtung eine Vertragsgestaltung einem Kauf so nahe kommt, dass sie ihm gleichgestellt werden kann (kaufähnliches Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich dem Verkauf gleichsteht; vgl. Urteil des BGH vom 27.01.2012 (V ZR 272/10). Zur Rechtslage in Deutschland bezüglich Behandlung des Share Deals, vgl. auch DEUTSCHER BUNDESTAG, 7, wonach gemäss gefestigter Rechtsprechung mit Ausnahme von Umgehungsgeschäften die Übertragung von Anteilen einer Gesellschaft, auch wenn ein Grundstück der einzige Vermögensgegenstand der Gesellschaft ist, kein Vorkaufsrecht bestehe. Mit Verweis auf GRZIWOTZ, § 24, Rz. 2, wonach die Ausübung des Vorkaufsrechts einen wirksamen (Dritt-) Kauf voraussetze (welcher durch die Verkäuferpflicht der Besitz- und Eigentumsverschaffung an einem Grundstück und die Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung bestimmt werde), womit die Übertragung von Gesellschaftsanteilen, auch wenn ein Grundstück der einzige Vermögensgegenstand der Gesellschaft sei, als Anknüpfungspunkt ausscheide. Zur Thematik der Umgehung mit rechtsvergleichenden Ausführungen zur Rechtslage in der Schweiz, Österreich und Deutschland, vgl. ferner auch MADER, 305 ff.

⁹³ MEIER, AJP 1994, 144.

⁹⁴ MEIER, AJP 1994, 144.

⁹⁵ BRÜCKNER, Rz. 84.

⁹⁶ BRÜCKNER, Rz. 84.

⁹⁷ CHK-BINDER, Art. 216c OR N 6.

chung von BGE 92 II 116 abgewichen worden sei.⁹⁸ Explizit gegen einen Vorkaufsfall beim Verkauf einer Gesellschaft, die einzig das vorkaufsbelastete Grundstück halte, spricht sich sodann JUNG aus.⁹⁹ Gemäss JUNG stelle der Anteilsverkauf kein wirtschaftlich einem Verkauf des Grundstück gleichkommendes Rechtsgeschäft dar, da die Übertragung der gesamten mitgliedschaftsrechtlichen Stellung mehr als eine blosser Übertragung des Anteils am Gesellschaftsvermögen darstelle und daher auch wirtschaftlich nicht mit einem Grundstücksverkauf gleichgestellt werden könne.¹⁰⁰ Insbesondere mit Blick auf die schwierigen praktischen Probleme (besonders falls eine Immobiliengesellschaft mehrere Grundstücke hält) vertritt auch FOËX die Auffassung, dass der Verkauf einer Immobiliengesellschaft ohne spezielle Vereinbarung und abgesehen von Fällen des Rechtsmissbrauchs keinen Vorkaufsfall darstelle, besonders falls das Vorkaufsrecht von der Gesellschaft selbst eingeräumt worden sei.¹⁰¹ Das Vertrauensprinzip verbiete es, ein durch die Gesellschaft eingeräumtes Recht auf Gegenstände (hier Aktien) auszudehnen, über welche die Gesellschaft als sich Verpflichtende überhaupt nicht verfüge.¹⁰² Zudem handle es sich beim Verkauf einer Immobiliengesellschaft mit mehreren, nicht alle vom Vorkaufsrecht erfassten Immobilien, zudem nicht um ein Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf der vorkaufsbelasteten Immobilien gleichkomme.¹⁰³ Schliesslich scheint (zumindest im Grundsatz)¹⁰⁴ auch SCHENKER der bereits in BGE 92 II 116 vertretenen Auffassung zu folgen, dass der Verkauf von Anteilen an einer Gesellschaft mit Ausnahme des Rechtsmissbrauchs grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstelle.¹⁰⁵ Der wirtschaftliche Aspekt in Art. 216c Abs. 1 OR sei vom Gesetzgeber deshalb eingeführt worden, um Umgehungstransaktionen nun direkt zu erfassen, d.h. Transaktionen, bei welchen Eigentum irgendwie entgeltlich übertragen werde und die von einem Verkauf abweichende Gestaltung nur gewählt worden sei, um das Vorkaufsrecht zu vermeiden, d.h. keine anderen vernünftigen wirtschaftlichen Gründe für die gewählte Gestaltung vorlägen.

⁹⁸ PETER, 374 f.

⁹⁹ JUNG, 145.

¹⁰⁰ JUNG, 145.

¹⁰¹ BSK-FOËX, Art. 216c OR N 11 und auch FOËX, Not@lex 2010, 87.

¹⁰² BSK-FOËX, Art. 216c OR N 11.

¹⁰³ FOËX, Not@lex 2010, 87.

¹⁰⁴ Unklar ist, ob SCHENKER damit allgemein den Share Deal (auch bei einer reinen Immobiliengesellschaft) nicht als Vorkaufsfall qualifiziert.

¹⁰⁵ SCHENKER, 252; so auch AUBERSON/OPPLIGER, SZW 2015, 624.

2.3.3.2 Share Deal als Vorkaufsfall

Entgegen der vorgenannten Lehrmeinungen, wird von nicht wenigen Autoren argumentiert, dass mit der in Art. 216c Abs. 1 OR aufgenommenen Legaldefinition eine Ausdehnung der Vorkaufsfälle stattgefunden habe und demnach nach revidiertem Recht grundsätzlich auch der Verkauf von Anteilen einer juristischen Person als Vorkaufsfall in Bezug auf ein von der Gesellschaft gehaltenes vorkaufsbelastetes Grundstück zu werten sei. Die Autoren nehmen dabei fast ausschliesslich Bezug auf die Veräusserung von Anteilen einer Immobiliengesellschaft¹⁰⁶, woraus wohl geschlossen werden darf, dass auch die Mehrheit dieser Autoren den Verkauf von Anteilen einer operativen Gesellschaft¹⁰⁷ grundsätzlich nicht als Vorkaufsfall qualifizieren. Auch bezieht sich die Grosszahl dieser Autoren dabei ausschliesslich auf den Verkauf sämtlicher Aktien einer Immobiliengesellschaft.¹⁰⁸

Gemäss Auffassung von ATTESLANDER-DÜRRENMATT¹⁰⁹, FASEL¹¹⁰, HESS¹¹¹, HONSELL¹¹², LANZ¹¹³, STARK¹¹⁴ und auch WERREN¹¹⁵ stelle allgemein (und in der Regel ohne weitere Begründung) der Verkauf sämtlicher Anteile einer Immobiliengesellschaft ein Geschäft dar, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkomme und demnach von der Ausdehnung des Vorkaufsfalls in Art. 216c Abs. 1 OR erfasst werde. Diese Autoren differenzieren dabei grundsätzlich nicht, ob die Immobiliengesellschaft neben dem vorkaufsbelasteten Grundstück noch weitere Aktiven/Grundstücke hält. Demgegenüber

¹⁰⁶ Gemäss JÄGGI handelt es sich bei der Immobilien-AG um kein gesetzlich geregeltes Rechtsinstitut, sondern an sich nur um eine schlichte Tatsache des Rechtsverkehrs, die unmittelbar aus den Lebensverhältnissen zu gewinnen ist. Gemäss der von JÄGGI vertretenen Definition ist die Immobilien-AG eine Aktiengesellschaft, die einzig deswegen gegründet wird und/oder fortbesteht, damit das Eigentum an einem bestimmten Grundstück oder an mehreren bestimmten Grundstücken einem formell selbständigen Rechtssubjekt zusteht und durch dieses ausgeübt werden kann; JÄGGI, SAG 1974, 146.

¹⁰⁷ Für die Beurteilung, ob ein Vorkaufsfall vorliegt oder nicht, wäre demnach entscheidend, wie die Immobiliengesellschaft von einer operativen Gesellschaft genau abgegrenzt würde.

¹⁰⁸ Ob nach dieser Auffassung damit der Verkauf einer Mehrheit der Anteile grundsätzlich nicht als Vorkaufsfall qualifiziert wird, ist unklar, wäre jedoch folgerichtig.

¹⁰⁹ HK-ATTESLANDER-DÜRRENMATT, Art. 216c OR N 3.

¹¹⁰ BSK-FASEL, Art. 216c OR N 7, mit dem Hinweis, dass die Ausübung eines unlimitierten Vorkaufsrechts dann Schwierigkeiten bereite, wenn die veräusserte Gesellschaft mehrere Grundstücke besitze, so dass das vom Vorkaufsrecht erfasste Grundstück nur einen Anteil am gesamten Gesellschaftsvermögen bilde und folglich eine schwierige Ausscheidung des zu bezahlenden Kaufpreises zu erfolgen habe. Dieser Auffassung im Wesentlichen zustimmend auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, 91.

¹¹¹ BSK-HESS, Art. 216c OR N 5.

¹¹² HONSELL, 184.

¹¹³ LANZ, ZBJV 2001, 5, wobei LANZ dabei auf die entgeltliche Übertragung der tatsächlichen und wirtschaftlichen Verfügungsmacht über das Grundstück abstellt, so dass der Erwerber eine dem sachenrechtlichen Eigentümer vergleichbare Stellung erhalte, womit bei der genannten Konstellation "regelmässig" ein Vorkaufsfall vorliege.

¹¹⁴ KK-STARK, Art. 216c OR N 2.

¹¹⁵ WERREN, Jusletter, Rz. 24, 42 und 45; vgl. auch ausführlicher WERREN, 51 ff.

qualifiziert MÜLLER den Vorkaufsfall beim Share Deal enger, indem er einen solchen nur bejaht, wenn die Anteile einer Immobiliengesellschaft veräussert werden, deren Hauptaktivum¹¹⁶ das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück ist.¹¹⁷ Ähnlich argumentiert auch HÖHN, der einen Vorkaufsfall bejaht, wenn das vorkaufsbelastete Grundstück – nach objektiven Massstäben ermittelt – einziges wesentliches Ziel des vorgesehenen Aktienkaufs ist, was beispielsweise dann der Fall sei, wenn die übrigen Aktiven der Zielgesellschaft von untergeordneter Bedeutung seien und mit dem Aktienkauf auch kein Betrieb übernommen werde.¹¹⁸ KOBIERSKI schliesslich definiert den Vorkaufsfall im Zusammenhang mit dem Verkauf der Aktien einer Immobiliengesellschaft noch enger, indem sie diesen kumulativ von folgenden drei Kriterien abhängig macht: (1) Zwischen dem veräussernden Aktionär und der Immobiliengesellschaft müsse wirtschaftliche Identität bestehen; (2) die Immobiliengesellschaft halte nur ein Grundstück oder mehrere, die sie aber vorwiegend dem sie beherrschenden Aktionär, respektive diesem nahestehenden Personen zur Verfügung stelle und (3) die Immobiliengesellschaft entfalte keine über das Halten der Grundstücke hinausgehende Geschäftstätigkeit.¹¹⁹ Sobald die Immobiliengesellschaft damit eine echte Geschäftstätigkeit entfalte, stehe nicht mehr die Veräusserung der Grundstücke, sondern einer Gesellschaft im Vordergrund, womit kein Vorkaufsfall mehr vorliege.¹²⁰ KOBIERSKI grenzt damit den Vorkaufsfall stark ein, zumal sie eine echte Geschäftstätigkeit der Immobiliengesellschaft bereits bejaht, wenn die Grundstücke nicht mehr nur für den sie beherrschenden Aktionär oder diesem nahestehenden Personen gehalten werden, was etwa der Fall sei, wenn die Immobiliengesellschaft eines Konzerns die Grundstücke nicht nur an Konzerngesellschaften vermiete, sondern auch an Dritte.¹²¹

Auch WYSS/KÖCHLI qualifizieren den Verkauf einer Immobiliengesellschaft, welche ein oder mehrere vorkaufsbelastete Grundstücke hält, grundsätzlich als Vorkaufsfall, da die Grundstücke wirtschaftlich die Hand wechselten und damit ein sog. Kontrollwechsel vorliege.¹²² Indem WYSS/KÖCHLI bereits die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung als Vorkaufsfall qualifizieren, wird der Anwendungsbereich von Art. 216c Abs. 1 OR

¹¹⁶ Vgl. dazu auch die Formulierung in Art. 4 BGGB bezüglich landwirtschaftlicher Gewerbe.

¹¹⁷ MÜLLER, BN 1994, 224.

¹¹⁸ HÖHN, 109.

¹¹⁹ KOBIERSKI, 134.

¹²⁰ KOBIERSKI, 134.

¹²¹ KOBIERSKI, 134; damit dürfte nach der Auffassung von KOBIERSKI auch kein Vorkaufsfall vorliegen, wenn eine Immobiliengesellschaft veräussert wird, die ausschliesslich eine vorkaufsbelastete und an Dritte vermietete Liegenschaft hält.

¹²² WYSS/KÖCHLI, Jusletter, Rz. 13 f.

noch zusätzlich ausgedehnt.¹²³ Explizit keinen Vorkaufsfall erblicken WYSS/KÖCHLI im Kauf einer operativen Gesellschaft / Betriebsgesellschaft, zumal Verkaufsprozess, Due Diligence, Vertragsverhandlung, Vertragsabschluss und Vollzug wesentlich anders gelagert seien als beim Kauf eines Grundstücks.¹²⁴ Bei der Abgrenzung zwischen Immobiliengesellschaft und Betriebsgesellschaft stützen sich WYSS/KÖCHLI insbesondere auf die im Steuerrecht entwickelten Kriterien.¹²⁵ Noch weniger mit dem Verkauf eines Grundstücks zu tun habe ferner der Verkauf einer Holdinggesellschaft, weshalb ein Kontrollwechsel in der Holdinggesellschaft grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstelle, unbeachtlich, ob die Holdinggesellschaften nur Beteiligungen an Immobiliengesellschaften oder operativen Gesellschaften halte.¹²⁶

Ebenfalls RUBIDO orientiert sich am Kriterium des Kontrollwechsels.¹²⁷ Massgeblich müsse sein, ob eine Mehrheitsbeteiligung an einer Gesellschaft veräussert werde.¹²⁸ Sei dies der Fall, so müsse die Ausübung des (rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen) Vorkaufsrechts zulässig sein.¹²⁹ Halte die Gesellschaften mehrere Immobilien, so müsse das vorkaufsbelastete Grundstück zudem das Hauptaktivum der Gesellschaft darstellen, damit das Vorkaufsrecht ausgeübt werden könne.¹³⁰ Wann eine Mehrheitsbeteiligung

¹²³ WYSS/KÖCHLI, Jusletter, Rz. 13 f.; vgl. auch RIEMER, 134, Fn. 30, mit der blossen Bemerkung, wonach BGE 92 II 160 heute anders zu entscheiden wäre und damit auch ein Vorkaufsfall vorliege, wenn eine Mehrheitsbeteiligung an einer Immobiliengesellschaft verkauft werde.

¹²⁴ WYSS/KÖCHLI, Jusletter, Rz. 15.; kritisch ist dabei zu bemerken, dass sich diese Argumente hingegen zumindest teilweise ebenfalls auf den Verkauf einer Immobiliengesellschaft anwenden liessen.

¹²⁵ WYSS/KÖCHLI, Jusletter, Rz. 16, wonach insbesondere folgende Kriterien beizuziehen und zu gewichten seien: statutarischer Zweck, Verhältnis der Anzahl Mitarbeiter im operativen Geschäft und Immobilienbereich, Verhältnis der Mietzinserträge zu den Erträgen aus dem operativen Geschäft, Zusammensetzung der Bilanz. Die hier gewählte Abgrenzung zwischen Immobiliengesellschaft und Betriebsgesellschaft unterscheidet sich damit wesentlich von der von KOBERSKI vorgenommenen, stärker einschränkenden Unterscheidung zwischen Immobiliengesellschaft und Gesellschaft mit echter Geschäftstätigkeit, womit sich auch wesentliche Unterschiede in Bezug auf den Vorkaufsfall ergeben.

¹²⁶ WYSS/KÖCHLI, Jusletter, Rz. 17, mit dem weiteren Hinweis, dass das Umsatzgeschäft, d.h. der Verkauf der Anteile auf Ebene der Aktionäre der Holding erfolge und damit zwei Stufen "über" dem Grundstück, womit es in der Regel um Rechtsgeschäfte gehe, die wirtschaftlich nicht einem reinen Grundstückverkauf gleichkommen. Kritisch anzumerken ist bei dieser Argumentation, dass es m.E. schwierig nachvollziehbar ist, weshalb der Verkauf einer Immobiliengesellschaft als Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt, gelten soll, der Verkauf der Aktien einer Holdinggesellschaft, welche nur Immobiliengesellschaften hält, jedoch nicht und damit durch den reinen Aufbau einer Holding-Struktur ein Rechtsgeschäft anders beurteilt werden sollte, als wenn ein Aktionär mehrere Immobiliengesellschaften hält und diese veräussert.

¹²⁷ RUBIDO, 84.

¹²⁸ RUBIDO, 84.

¹²⁹ RUBIDO, 84; in dieser Hinsicht scheint es jedoch widersprüchlich, wenn RUBIDO ausführt, dass er die zitierte Rechtsprechung von BGE 92 II 160 teile, aber entgegen der vom Bundesgericht gewählten Argumentation über das Prinzip von Treu und Glauben sowie den Durchgriff es für besser geeignet erachte, auf einen Kontrollwechsel abzustellen.

¹³⁰ RUBIDO, 84 f.

gegeben sei und eine Immobilie das Hauptaktivum darstelle, müsse von Fall zu Fall untersucht werden.¹³¹

Der Auffassung von WYSS/KÖCHLI folgt im Wesentlichen auch CALEFF in Bezug auf das Vorliegen eines Vorkaufsfalls.¹³² CALEFF geht sodann auch auf die eigentliche Ausübung des Vorkaufsrechts ein und vertritt dabei die Meinung, dass bei einer Immobiliengesellschaft, die nur das vorkaufsbelastete Grundstück hält, das Vorkaufsrecht nur auf die Aktien der Immobiliengesellschaft ausgeübt werden könne.¹³³ Problematisch sei jedoch der Fall, wenn die Immobiliengesellschaft verschiedene Grundstücke halte, die nicht alle mit Vorkaufsrechten belastet seien oder Vorkaufsrechte zu Gunsten verschiedener Personen bestünden. In diesem Fall könne das Vorkaufsrecht kaum auf die Aktien der Gesellschaft gelten und es müsse eine Allokation des Kaufpreises für die Aktien auf die einzelnen Grundstücke vorgenommen, wie auch die Bestimmungen und das Verfahren für die Ausübung des Vorkaufsrechts bestimmt werden.¹³⁴ Entsprechend sei es ratsam, bereits im Kaufvertrag für die Aktien entsprechende Regelungen aufzunehmen, da bei fehlender Einigung schlussendlich der Richter entscheiden müsse.¹³⁵

Eine in praktischer Hinsicht wohl schwierige Extremposition wird sodann von RÜEGG vertreten. Massgeblich sei dabei die Beherrschung einer Gesellschaft, womit einem Mehrheitsaktionär die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über ein Grundstück zustehe.¹³⁶ Durch die Veräusserung einer Mehrheitsbeteiligung¹³⁷ an einen Dritten werde damit die tatsächliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht über die Aktien und somit über das vorkaufsbelastete Grundstück übertragen, weshalb nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Vorkaufsfall gegeben sei.¹³⁸ Entsprechend sei es unerheblich, ob es sich bei der Gesellschaft um eine Immobiliengesellschaft, eine operative Gesellschaft oder eine Holdinggesellschaft handle – da in allen Fällen die tatsächli-

¹³¹ RUBIDO, 85.

¹³² CALEFF, 189.

¹³³ CALEFF, 189.

¹³⁴ CALEFF, 189.

¹³⁵ CALEFF, 189.

¹³⁶ RÜEGG, Rz. 725 f.

¹³⁷ Inwiefern auch das Handeln eines Aktionärs (Aktienverkauf) einen Vorkaufsfall für ein von der Gesellschaft gehaltenes Grundstück auslösen soll, ist m.E. nicht nachvollziehbar und widerspricht auch der von RÜEGG selbst aufgeführten Argumentationsgrundlage, wonach bei der Beurteilung eines Vorkaufsfalls immer die Frage im Vordergrund stehe, ob sich *der Vorkaufsbelastete* im jeweiligen Rechtsgeschäft *verpflichtet*, ein wirtschaftliches Äquivalent zum formellen Grundeigentum, also das wirtschaftliche Grundeigentum, auf einen Dritten zu übertragen. Wie richtigerweise festgehalten, geht es um Rechtsgeschäfte des Vorkaufsbelasteten (d.h. der Gesellschaft als Grundeigentümerin) und gerade nicht um solche eines Aktionärs.

¹³⁸ RÜEGG, Rz. 725.

che und wirtschaftliche Verfügungsmacht über das Grundstück übertragen werde, liege immer ein Vorkaufsfall vor.¹³⁹

3. Eigene Beurteilung

Der vorstehende Überblick der relevanten Rechtsprechung, Literatur und Materialien macht deutlich, dass die vorliegend interessierende Frage heute höchst umstritten beurteilt wird und sich im Wesentlichen zwei gegenteilige Lager entwickelt haben. Die Ausführungen in der Lehre bezüglich der Erfassung, respektive Nichterfassung des Share Deals als Vorkaufsfall, sind dabei leider meist sehr oberflächlich. Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden eine eigenständige umfangreiche Argumentationskette entwickelt werden, die sich der strittigen Frage annimmt, ob der Verkauf einer Gesellschaft (Share Deal) ein Rechtsgeschäft darstellt, das i.S.v. Art. 216c Abs. 1 OR "wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt" und entsprechend einen Vorkaufsfall auslöst.

3.1 Wesen des Vorkaufsrechts

Als Ausgangspunkt und Leitlinie für die Beurteilung, ob der Share Deal als Vorkaufsfall erfasst wird oder nicht, bietet es sich an, zunächst einen Blick auf das Wesen des Vorkaufsrechts zu werfen. Wie vorne¹⁴⁰ dargelegt, hielt das Bundesgericht dazu bereits im Jahr 1918 fest, dass das Wesen des Vorkaufsrechts mithin nicht in einem Schutz gegen jede dem Vorkaufsberechtigten nicht genehme Handänderung bestehe, sondern in der Eingehung einer Verpflichtung des Bestellers als Vorkaufsbelasteten, dem Vorkaufsberechtigten auf sein Verlangen vor anderen Käufern den Vorzug zu geben, sollte er sich künftig zum Verkauf der Sache entschliessen.¹⁴¹ Für die vorliegend interessierende Frage ist dieses Urteil in zweierlei Hinsicht aufschlussreich: Zum einen geht daraus hervor, dass es sich bei der Vorkaufsverpflichtung grundsätzlich um eine persönliche Verpflichtung des Bestellers als Vorkaufsbelasteten handelt, für der Fall, dass er (und damit das Rechtssubjekt, welches die Vorkaufsverpflichtung eingeht)¹⁴² sich für den Verkauf der Sache entschliesst. Zum anderen – und das zeigt das Wesen des Vorkaufsrechts – soll das Vorkaufsrecht nicht bei sämtlichen Handänderungen zum Zuge

¹³⁹ RÜEGG, Rz. 727.

¹⁴⁰ Vgl. vorne Kapitel 2.1.1.

¹⁴¹ BGE 44 II 362, E. 1.

¹⁴² Vgl. dazu hinten Kapitel 3.4, wonach auch bei einem Gesellschaftsverhältnis grundsätzlich zwei eigenständige Rechtspersönlichkeiten bestehen und diese Zweiteilung auch bei der Beurteilung eines Vorkaufsfalls zu beachten ist.

kommen, sondern gerade nur in Fällen, in welchen es um den "Verkauf"¹⁴³ der Sache selbst geht. Wie das Bundesgericht in einem späteren Urteil aus dem Jahr 1989 und damit nur kurz vor der Revision ausführte, geht der Gesetzgeber entsprechend von einer "Begrenzung des Vorkaufsfalles" aus, wobei eine zu weite Ausdehnung oder Auslegung (etwa mittels Bejahung von Umgehungsgeschäften) in "unhaltbarem Widerspruch" dazu stehen würde und damit auch zum Grundsatz der Privatautonomie.¹⁴⁴

Bereits vor dieser Ausgangslage bestehen folglich berechtigte Zweifel, ob der Gesetzgeber grundsätzlich auch den Share Deal und damit eine bloss wirtschaftliche Handänderung an einem durch eine Gesellschaft gehaltenen vorkaufsrechtsbelasteten Grundstück als Vorkaufsfall habe erfassen wollen. Da letztlich aber insbesondere dem Wortlaut der Gesetzesnorm entscheidende Bedeutung zukommt, lohnt es sich einen vertieften Blick auf die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung bei der Definition des Vorkaufsfalles in Art. 216c Abs. 1 OR zu werfen.

3.2 Wortlaut und Fokus von Art. 216c Abs. 1 OR

Damit der Share Deal als Vorkaufsfall gelten würde, müsste die Legaldefinition in Art. 216c Abs. 1 OR die sog. "wirtschaftliche Handänderung" als Vorkaufsfall aufführen. Jener Teil der Lehre, die den Share Deal als Vorkaufsfall betrachtet, geht entsprechend (zumindest implizit) davon aus, dass mit der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung auch die wirtschaftliche Handänderung, respektive die wirtschaftlichen Erwerbstatbestände mitumfasst werden. Wie nachfolgend in Tabelle 1 aufgezeigt wird, wurde die Formulierung in Art. 216c Abs. 1 OR jedoch anders und mit unterschiedlichem Fokus gewählt, als etwa im Steuerrecht (Grundstückgewinnsteuer) oder im bäuerlichen Bodenrecht (Erwerbsbewilligung), wo aufgrund öffentlicher Interessen bewusst gerade auch die wirtschaftliche Handänderung erfasst werden soll.

¹⁴³ Wie in der Literatur und Rechtsprechung dabei unbestritten ist, wird der "Verkauf" dabei weiter gefasst als lediglich der klassische Grundstückkaufvertrag gemäss Art. 216 OR; vgl. dazu vorne Kapitel 2.

¹⁴⁴ BGE 115 II 175, E. 4c; vgl. auch BGE 118 II 401, wonach ein Vorkaufsrecht dem Vorkaufsberechtigten nicht uneingeschränkt die Möglichkeit sichert, jede Übertragung auf einen Dritten zu verhindern.

Norm	Formulierung	Fokus der Norm
Art. 12 Abs. 2 lit a StHG	"Den Veräusserungen sind gleichgestellt die Rechtsgeschäfte, die in Bezug auf die Verfügungsgewalt über ein Grundstück wirtschaftlich wie eine Veräusserung wirken."	Wirtschaftliche Änderung der Verfügungsgewalt – sog. <i>wirtschaftliche Handänderung</i> (d.h. der Fokus liegt auf dem Eigentümer hinter einer Gesellschaft).
Art. 61 Abs. 3 BGBB	"Als Erwerb gilt die Eigentumsübertragung sowie jedes andere Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkommt."	Wirtschaftliche Übertragung des Eigentums – sog. <i>wirtschaftliche Handänderung</i> (d.h. der Fokus liegt auf dem Eigentümer hinter einer Gesellschaft).
Art. 216c Abs. 1 OR	"Das Vorkaufsrecht kann geltend gemacht werden, wenn das Grundstück verkauft wird, sowie bei jedem anderen Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt (Vorkaufsfall)."	<i>Wirtschaftlich mit einem Verkauf gleichzusetzendes Geschäft</i> (d.h. der Fokus liegt hier auf dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft aus Sicht des Vorkaufsbelasteten).

Tabelle 1: Übersicht Gesetzesbestimmungen mit wirtschaftlichem Aspekt

Wie aus der Formulierung zu entnehmen ist, bezieht sich der vom Gesetzgeber im Rahmen der Revision von Art. 216c Abs. 1 OR neu aufgenommene "wirtschaftliche" Aspekt auf den Begriff "Verkauf" und damit auf das Rechtsgeschäft an sich.¹⁴⁵ Die Formulierung unterscheidet sich damit zur Formulierung in Art. 61 Abs. 3 BGBB, wo der "wirtschaftliche" Aspekt sich auf die wirtschaftliche Übertragung des Eigentums bezieht und damit auf die wirtschaftliche Handänderung abzielt, wie auch von der Formulierung in Art. 12 Abs. 2 lit. a StHG mit Fokus auf die wirtschaftliche Verfügungsgewalt, die ebenfalls auf die wirtschaftliche Handänderung abzielt.

Dass im Steuerrecht bei der Grundstückgewinnsteuer sowie im bürgerlichen Bodenrecht in Bezug auf die Erwerbsbewilligung bewusst auf die wirtschaftliche Handänderung, respektive den Wechsel des wirtschaftlichen Eigentümers (hinter einer Gesellschaft) abgestellt wird, liegt in den mit diesen Bestimmungen verfolgten steuerpolitischen, res-

¹⁴⁵ Vgl. dazu auch GHANDCHI, 191, wonach die Betonung auf "Verkauf" zu liegen habe.

pektive eigentums-, struktur- und agrarpolitisch Zielen. Motiviert durch diese öffentlichen Interessen wird hinsichtlich der Grundstückgewinnsteuer und der Erwerbsbewilligung im bäuerlichen Bodenrecht daher bewusst und sinnvollerweise auf die Person, die hinter einer juristischen Person steht, abgestellt – sei dies zur Sicherung der Steuereinnahmen (Grundstückgewinnsteuer) oder der Schutzziele des bäuerlichen Bodenrechts¹⁴⁶, wie etwa dem Schutz der Selbstbewirtschaftler oder dem Schutz vor überhöhten Preisen für landwirtschaftlichen Boden. In den entsprechenden Gesetzesnormen wurde daher eine Formulierung gewählt, die auch die wirtschaftliche Handänderung miterfasst, was mit Blick auf die erwähnten öffentlichen Interessen berechtigt erscheint. Dies ganz im Gegenteil zur Legaldefinition des Vorkaufsfalls in Art. 216c Abs. 1 OR, welche als Teil des Privatrechts (Vertragsrecht) vor dem Grundsatz der Privatautonomie auszulegen ist und grundsätzlich keine im öffentlichen Interesse liegenden wesentlichen Schutzziele verfolgt.¹⁴⁷

Aufgrund der in Art. 216c Abs. 1 OR gewählten Formulierung mit dem Fokus des wirtschaftlichen Aspekts auf dem Rechtsgeschäft "Verkauf" geht hervor, dass damit etwas anderes gemeint ist als der vielverwendete Begriff der "wirtschaftlichen Handänderung". Dass der Gesetzgeber den Begriff "wirtschaftlich" verwendet hat, darf nicht vorschnell zum Schluss verleiten, damit sei automatisch die aus dem Steuerrecht bekannte "wirtschaftliche Handänderung" gemeint. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise¹⁴⁸ ist nicht auf die "wirtschaftliche Handänderung" beschränkt, sondern hat auch in anderen Bereichen des Rechts ihre Berechtigung. So ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise etwa auch bei der Definition des Vorkaufsfalls angezeigt, jedoch mit unterschiedlichem Fokus. Anders als im Steuerrecht und im bäuerlichen Bodenrecht geht es gemäss der hier vertretenen Auffassung in Art. 216c Abs. 1 OR nicht um die wirtschaftliche Berechtigung an einem Grundstück, sondern um die Frage, ob *aus Sicht des Vorkaufsbelasteten* mit einem Rechtsgeschäft ein dem Verkauf entsprechender *wirtschaftlicher Erfolg* erzielt wird. Mit der im Rahmen der Revision erfolgten Aufnahme des "wirtschaftlichen" Aspekts in Art. 216c Abs. 1 OR wurde damit klargestellt, dass für die Beurteilung, ob ein Vorkaufsfall vorliegt, ein "nach wirtschaftlichem Gesichtspunkt ausge-

¹⁴⁶ Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 2C_212/2013, E. 4.2; allgemein zum Zweck des Vorkaufsrechts im bäuerlichen Bodenrecht vgl. auch MEIER-HAYOZ, ZBJV 1956, 320 ff. und HOFER/STUDER, BIAR 2/2012, 38 ff.

¹⁴⁷ Vgl. dazu hinten Kapitel 3.4.2, wonach höchstens in Bezug auf die gesetzlichen Vorkaufsrechte ein öffentliches Interesse bestehen könnte, dieses jedoch offenbar nicht besonders stark gewichtet wird.

¹⁴⁸ Allgemein zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise, vgl. NOBEL, SJZ 2007, 457 ff.

richteter Massstab"¹⁴⁹ massgeblich ist und damit nicht etwa die Frage, ob ein Kaufvertrag im juristisch-technischen Sinne abgeschlossen wurde.¹⁵⁰ Dabei geht es jedoch stets um das "Geschäft" als solches und nicht etwa um die Eigentumsverhältnisse. Aufgrund der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung lässt sich folglich ableiten, dass die wirtschaftliche Handänderung (und damit der Share Deal) grundsätzlich nicht als Vorkaufsfall in Art. 216c Abs. 1 OR erfasst sein soll. Dies wird umso deutlicher, wenn man bemerkt, dass die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" in Bezug auf die Definition des Vorkaufsfalls nicht erst mit der Revision eingeführt wurde, sondern bereits davor für die Beurteilung von Vorkaufsfällen massgeblich war.

3.3 Wirtschaftliche Betrachtungsweise des Bundesgerichts

Die "wirtschaftliche Betrachtungsweise", respektive der wirtschaftliche Aspekt bei der Umschreibung des Vorkaufsfalls, wurde vom Bundesgericht bereits vor der Revision der Bestimmungen zum Vorkaufsrecht angewandt. Wie die im Rahmen der Revision von Art. 216c Abs. 1 OR aufgenommene umstrittene Formulierung – insbesondere der darin verwendete "wirtschaftliche" Aspekt – zu verstehen ist, muss entsprechend auch mit Blick auf die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts erschlossen werden. Wie nachfolgend ausgeführt wird, bezog sich die "wirtschaftliche Betrachtungsweise" dabei stets auf den Erfolg, respektive den Sinn und Zweck des Rechtsgeschäfts an sich und deckt sich folglich mit der vorstehenden Auslegung aufgrund der Formulierung der Gesetzesnorm.

Bereits im Jahr 1989 und damit noch unter den alten Bestimmungen zum Vorkaufsrecht nahm das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Prüfung des Vorkaufsfalls Bezug auf den "wirtschaftlichen" Aspekt eines Rechtsgeschäfts.¹⁵¹ Wie schon im Urteil aus dem Jahr 1966 (wonach der Share Deal keinen Vorkaufsfall darstellt)¹⁵² verwies das Bundesgericht dabei insbesondere auf die von MEIER-HAYOZ bereits 1964 vertretene Auffassung und führte aus, dass sich die Frage, ob ein Tatbestand eines Vorkaufsfalls (Abschluss eines Kaufvertrages) erfüllt sei, "nicht nach formellen, sondern nach materiellen, *wirtschaftlichen Gesichtspunkten*" beurteile und deshalb "ein Vorkaufsfall durchaus bejaht werden [kann], obgleich der Form nach kein Kauf abgeschlossen worden ist, namentlich dann, wenn mit einer anderen Rechtsform ein dem *Kauf entsprechender*

¹⁴⁹ So bereits MEIER-HAYOZ, ZBGR 1964, 270.

¹⁵⁰ MEIER-HAYOZ, ZBGR 1964, 270.

¹⁵¹ BGE 115 II 175, E. 4a und 4b.

¹⁵² BGE 92 II 160 = Pra 56 (1967) Nr. 23.

wirtschaftlicher Zweck erzielt werden soll".¹⁵³ Damit würden – so das Bundesgericht – all jene rechtsgeschäftlichen Vorgänge erfasst, die – bezogen auf den *wirtschaftlichen Erfolg / die wirtschaftliche Zielsetzung* – einem Kauf gleichkommen.¹⁵⁴ Aufgrund dieser an "Sinn und Zweck, insbesondere am *wirtschaftlichen Gehalt des Geschäftes* anknüpfenden Betrachtungsweise" könne sich, so das Bundesgericht, ein selbständiger Tatbestand der Umgehung gar als entbehrlich erweisen.¹⁵⁵

Der "wirtschaftliche" Aspekt bezog sich demnach auch gemäss der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgericht stets auf das Rechtsgeschäft an sich, dessen Zweck und den damit angestrebten Erfolg (und gerade nicht auf die Eigentums- oder Verfügungsverhältnisse an der das vorkaufsbelastete Grundstück haltenden Gesellschaft). Aufgrund dieser am wirtschaftlichen Gehalt des Geschäfts anknüpfenden Betrachtungsweise sollten insbesondere auch Tatbestände erfasst werden, die bereits über das Instrument des Rechtsmissbrauches erfasst wurden, vgl. dazu etwa BGE 85 II 474 (Abschluss eines selbständig und dauerndes Baurecht) oder BGE 94 II 342 (Abschluss eines Tauschvertrags). Die den "wirtschaftlichen" Aspekt beinhaltende Legaldefinition in Art. 216c Abs. 1 OR fasst damit nach der hier vertretenen Auffassung nur die seit längerem entwickelte Umschreibung der Vorkaufsfälle zusammen. Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise wurde vom Bundesgericht so unter anderem auch bereits im Urteil von 1966 angewendet, in jenem Urteil also, in welchem das Bundesgericht eindeutig festgehalten hat, dass der Share Deal keinen Vorkaufsfall darstelle. So hielt das Bundesgericht in BGE 92 II 160 bereits fest, dass der "Verkauf als Vorkaufsfall nicht im juristisch-technischen Sinne zu verstehen sei, sondern gerade auch die "*nach den Umständen einem solchen [Verkauf] gleichkommende[n] Geschäfte*"¹⁵⁶ als Vorkaufsfälle mitumfasst würden. Damit war offenbar bereits damals nichts anderes gemeint, als Rechtsgeschäfte, die bezogen auf den Erfolg wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommen.¹⁵⁷ Dabei nahm das Bundesgericht zwar erst allgemein Bezug auf diese von MEIER-HAYOZ vertretene Auffassung – im später ergangenen Urteil aus dem Jahr 1989¹⁵⁸ bezog sich das Bundesgericht aber dann explizit und detailliert auf MEIER-HAYOZ. Daraus geht hervor, dass

¹⁵³ BGE 115 II 175, E. 4a; vgl. später auch BGE 116 II 164 = Pra 80 (1991) Nr. 39, E. 3b.

¹⁵⁴ BGE 115 II 175, E. 4b und 4c.

¹⁵⁵ BGE 115 II 175, E. 4b; so können gemäss Bundesgericht Rechtsgeschäfte, die im Rahmen einer solchen wertenden Betrachtungsweise nicht als Vorkaufsfall zu bezeichnen sind, nur ausnahmsweise als Umgehungsgeschäfte in Erscheinung treten, namentlich wenn sie als ausgesprochen dolos erscheinen, so also, wenn die entsprechenden Rechtsakte keinerlei schützenswerte Zwecke verfolgten, sondern lediglich auf die Vereitelung eines bestimmten Vorkaufsrechts abzielten.

¹⁵⁶ BGE 92 II 160, E. 2 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 75.

¹⁵⁷ So bereits MEIER-HAYOZ, ZBJV 1964, 267 und 270.

¹⁵⁸ BGE 115 II 175.

das Bundesgericht die wirtschaftliche Betrachtungsweise bereits vor der Revision angewendet hat (und der in der Legaldefinition in Art. 216c Abs. 1 OR enthaltene "wirtschaftliche" Aspekt nicht neu ist) und zwar mit Blick auf Rechtsgeschäfte, die bezogen auf den Erfolg, wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommen. Der wirtschaftliche Aspekt bezog sich entsprechend seit jeher nicht auf die wirtschaftliche Berechtigung an einem Grundstück, sondern auf die Art des Rechtsgeschäfts an sich.

Mit der Revision fand nach der hier vertretenen Auffassung damit lediglich eine Kodifizierung¹⁵⁹ der bisherigen von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze statt – eine Gesetzesänderung kann aufgrund des Gesagten nicht erblickt werden. Damit muss die Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Jahr 1966 nach wie vor Gültigkeit besitzen, womit der Share Deal – abgesehen von Umgehungsgeschäften – auch unter der revidierten Gesetzgebung zum Vorkaufsrecht keinen Vorkaufsfall darstellt. Für diese Interpretation der Gesetzesnorm spricht auch ein weiterer Umstand, der in der heutigen Diskussion über die Auslegung des Vorkaufsfalls oft vernachlässigt wird, m.E. jedoch äusserst zentral scheint, besonders wenn das Vorkaufsrecht von der Gesellschaft selber eingeräumt wurde (was häufig der Fall sein dürfte). Angesprochen ist das gesellschaftsrechtliche Grundprinzip der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person.

3.4 Grundprinzip der eigenen Rechtspersönlichkeit der juristischen Person

3.4.1 Durchgriff als Ausnahmefall

Die eigene Rechtspersönlichkeit der juristischen Person war ein zentraler Aspekt, mit welchem sich das Bundesgericht in BGE 92 II 160 befasste und stellt m.E. auch in der heutigen Diskussion über die Auslegung des Vorkaufsfalls eine entscheidende Rolle. In BGE 92 II 160 hielt das Bundesgericht diesbezüglich allgemein und zutreffend fest, dass im Zivilrecht die Aktiengesellschaft einerseits und ihr einziger oder beherrschender Aktionär andererseits trotz ihrer wirtschaftlichen Identität grundsätzlich als zwei verschiedene Rechtssubjekte mit eigenem Vermögen, eigener Rechtspersönlichkeit und eigenen Rechten und Pflichten betrachtet werden.¹⁶⁰ Über diese rechtliche Selbständigkeit der Aktiengesellschaft werde nur im Einzelfall hinweggesehen, wenn der Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr im Verhältnis zu Dritten es verlange, was

¹⁵⁹ So wurden denn auch in Art. 216c Abs. 2 OR namentlich die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung, die Zwangsversteigerung und der Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben als Tatbestände ins Gesetz aufgenommen, die von der Rechtsprechung und Lehre bereits seit langem nicht als Vorkaufsfälle beurteilt wurden.

¹⁶⁰ BGE 92 II 160, E. 1 und 3 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 73 und 75 f.

etwa bei Geschäften zur Umgehung eines Vorkaufsrechts (Rechtsmissbrauch) der Fall sein könne.¹⁶¹ Wie bereits in BGE 44 II 362 führte das Bundesgericht dabei weiter aus, dass die Ausübung eines Vorkaufsrechts (abgesehen vom Rechtsmissbrauch) jedenfalls stets voraussetze, dass der Verpflichtete *selber* mit einem Dritten ein Veräusserungsgeschäft abgeschlossen habe, das sich auf das vorkaufsbelastete Vermögensstück beziehe und dabei der von *den Vertragsparteien angestrebte Erfolg* noch mit demjenigen eines Kaufes verglichen werden könne.¹⁶²

Damit der Share Deal unter revidiertem Recht folglich als Vorkaufsfall erfasst werden könnte, müsste im Rahmen der Revision der Vorkaufsrechtsbestimmungen eine Befugnis ins Gesetz eingeführt worden sein, ungeachtet der rechtlichen Selbständigkeit / Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft durch diese hindurch zu schauen und damit auch ein Rechtsgeschäft des wirtschaftlich Berechtigten (d.h. den Verkauf der Anteile an der Gesellschaft durch den Gesellschafter) als Vorkaufsfall zu erfassen. Damit hätte in Art. 216c Abs. 1 OR sozusagen eine eigentliche Nicht-Anerkennung der juristischen Person eingeführt werden müssen. Solche Durchgriffe durch eine juristische Person hindurch und die damit verbundene Nichtbeachtung eines wesentlichen Grundprinzips des Gesellschaftsrechts – der rechtlichen Selbständigkeit der juristischen Person – finden sich zwar im Schweizerischen Recht an verschiedener Stelle (überwiegend im Steuerrecht), dürfen aber grundsätzlich nur erfolgen, wenn "gewichtige Gründe ein solches Vorgehen nahelegen"¹⁶³, mitunter dies zur Wahrung öffentlicher Interessen (wie zur Sicherung der Steuereinnahmen) erforderlich erscheint.

3.4.2 Mangelnde öffentliche und private Interessen an einem Durchgriff

Entsprechend stellt die Nicht-Anerkennung der juristischen Person einen Ausnahmefall dar, der gewichtiger Gründe bedarf. Entgegen etwa dem Steuerrecht, bestehen beim Vorkaufsfall jedoch gerade keine allgemeinen schützenswerten öffentlichen Interessen, durch die Gesellschaft hindurchzuschauen und damit auch Handlungen des Gesellschafters (Verkauf seiner Anteile) als Vorkaufsfälle in Bezug auf ein durch die Gesellschaft gehaltenes Grundstück zu betrachten.¹⁶⁴

¹⁶¹ BGE 92 II 160, E. 3 und 4 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 75 f.

¹⁶² BGE 44 II 362, E. 1; BGE 92 II 160, E. 2 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 74.

¹⁶³ Vgl. etwa BGE 103 Ia 20, E. 4b.

¹⁶⁴ Eine Ausnahme davon bildet einzig der Rechtsmissbrauch im Falle von sog. Umgehungsgeschäften.

Zudem bestehen grundsätzlich auch keine allgemeinen schutzwürdigen Interessen der Vertragsparteien (insbesondere des Begünstigten eines Vorkaufsrechts), die einen derart starken Eingriff in die rechtliche Selbständigkeit und damit in ein grundlegendes Prinzip des Gesellschaftsrechts überhaupt erforderlich machen oder gar rechtfertigen könnten. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an eine Gesellschaft, bei welcher die Gesellschafter die Geschäftsführung nicht selbst wahrnehmen, sondern diese durch externe Verwaltungsräte oder Geschäftsführer ausführen lassen. In solchen Konstellationen werden Verträge durch die Gesellschaft (etwa ein Mietvertrag, mit vertraglichem Vorkaufsrecht an einer Immobilie der Gesellschaft) nicht durch die Gesellschafter (handelnd als Organe der Gesellschaft) abgeschlossen, sondern durch eingesetzte Organe. Den Gesellschaftern dürfte es dabei vielfach nicht einmal bekannt sein, dass die Gesellschaft (etwa einem Mieter) ein Vorkaufsrecht eingeräumt hat. Dem Vertragspartner der Gesellschaft (etwa einem Mieter als Vorkaufsberechtigten) andererseits dürfte der Gesellschafter der Gesellschaft oft nicht bekannt sein, respektive dürfte es für diesen in der Regel auch unerheblich sein, wer überhaupt Gesellschafter der entsprechenden Gesellschaft ist. Dies illustriert, dass in vielen Konstellationen ein schutzwürdiges Interesse der Parteien fehlen dürfte, den Share Deal als Vorkaufsfall zu umfassen und damit ein allgemeines Interesse an einer solchen Ausdehnung des Vorkaufsfalls gerade nicht besteht. Nicht einmal in Konstellationen, in welchen Gesellschafter und Organe der Gesellschaft identisch sind, besteht ein hinreichendes schutzwürdiges Interesse, den Share Deal generell als Vorkaufsfall zu erfassen und dazu über ein grundlegendes Prinzip des Gesellschaftsrechts (rechtliche Selbständigkeit) hinwegzusehen. Wie das Bundesgericht bereits 1966 völlig zu Recht ausführte, muss die Person, die einen Vertrag (Vorkaufsvertrag) mit einer juristischen Person schliesst, gerade mit der Möglichkeit eines späteren Verkaufs der Anteile durch den Gesellschafter rechnen. Wie das Bundesgericht dabei zutreffend festhielt, verfügt der Vorkaufsberechtigte (falls dies für ihn im Einzelfall wichtig sein sollte) dabei aber auch über geeignete Mittel, sich vertraglich gegen den Übergang der wirtschaftlichen Macht über das vorkaufsbelastete Grundstück infolge des Verkaufs der Gesellschaftsanteile abzusichern. So könnte er in den Vertrag, mit welchem das Vorkaufsrecht begründet wird, etwa eine Bestimmung aufnehmen lassen, wonach explizit auch der Verkauf der Anteile an der Gesellschaft für das von der Gesellschaft eingeräumte Vorkaufsrecht einen Vorkaufsfall begründet¹⁶⁵; oder aber könnten sich die entsprechenden Parteien (Drittpartei und Gesellschafter (nicht Gesellschaft)) vertraglich gar auf ein Vorkaufsrecht an den Anteilen an der Gesellschaft selber eini-

¹⁶⁵ Vgl. dazu hinten Kapitel 3.5.3, wonach damit aber verschiedene praktische Probleme verbunden sind.

gen.¹⁶⁶ Entsprechend sind keine allgemeinen privaten oder gar im öffentlichen Interesse liegenden Gründe ersichtlich, welche eine generelle Nicht-Beachtung der juristischen Person und damit eine Ausnahme vom grundlegenden Prinzip der rechtlichen Selbständigkeit erforderlich machen oder rechtfertigen würden.

Ein gewisses Interesse, den Share Deal als Vorkaufsfall zu erfassen könnte höchstens in Bezug auf die gesetzlichen Vorkaufsrechte erblickt werden. Wie bereits vorne erwähnt, bestimmt sich der Vorkaufsfall dabei – soweit keine abweichenden Bestimmungen bestehen – ebenfalls nach der Legaldefinition in Art. 216c Abs. 1 OR und damit gemäss den Bestimmungen zum vertraglichen Vorkaufsrecht. Anders als beim vertraglichen Vorkaufsrecht, wo die Parteien den Vorkaufsfall grundsätzlich selber umschreiben können, besteht zumindest bei gewissen gesetzlichen Vorkaufsrechten offenbar ein Interesse des Gesetzgebers am Vorkaufsfall. Das mit den gesetzlichen Vorkaufsrechten verfolgte Interesse scheint aber gerade nicht derart stark zu sein, dass allgemein (und damit ebenfalls bei den vertraglichen Vorkaufsrechten) eine Nicht-Beachtung der juristischen Person gerechtfertigt wäre und damit in Art. 216c Abs. 1 OR eine entsprechend allgemeine Erweiterung des Vorkaufsfall hätte aufgenommen werden müssen. Denn wo der Gesetzgeber es zur Sicherung der mit dem gesetzlichen Vorkaufsrecht verfolgten Schutzziele als notwendig erachtete, hat er eigenständige Bestimmungen erlassen, respektive eine – im Vergleich zur Legaldefinition des Vorkaufsfall in Art. 216c Abs. 1 OR – erweiterte Umschreibung des Vorkaufsfalls gesetzlich verankert. Dies zeigt, dass berechnigte Interessen fehlen, den Share Deal generell und damit per definitionem als Vorkaufsfall zu erfassen.

3.4.3 Sondervorschriften bei Vorliegen besonderer Schutzziele

Solche Sondervorschriften wurden etwa im bäuerlichen Bodenrecht erlassen, wo es der Gesetzgeber mit Blick auf die Sicherung der verfolgten Schutzziele gerade als notwendig erachtet hat, den Vorkaufsfall zu erweitern und damit etwa auch den Verkauf der Mehrheitsbeteiligung als Vorkaufsfall zu erfassen.¹⁶⁷ Eine derartige Erweiterung des Vorkaufsfalls war dabei aus öffentlichen Interessen (Schutz der Selbstbewirtschafter / Strukturpolitik) geboten, da der Gesetzgeber diese Ziele besonders hoch einstuft. Dies

¹⁶⁶ BGE 92 II 160, E. 3 = Pra 56 (1967) Nr. 23, 75 f.

¹⁶⁷ Vgl. etwa BOTSCHAFT, 1035. Vgl. auch HOFER/STUDER, BIAR 2/2012, 41, wonach ohne die besonderen Bestimmungen im BGGB bezüglich der juristischen Personen die privatrechtlichen Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken (und damit insbesondere die Vorkaufsrechte) beim Share Deal mangels Veräusserungsgeschäft nicht zum Tragen kommen würden. Damit wird impliziert, dass der Share Deal grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstellt, ansonsten sich eine Spezialregelung im BGGB erübrigen würde.

offensichtlich im Gegensatz zu den gesetzlichen Vorkaufsrechten der Miteigentümer oder des Baurechtsnehmers/-gebers. Die gesetzlichen Vorkaufsrechte bei Miteigentum- und Baurechtsverhältnissen verfolgen dabei insbesondere das Ziel, das privatrechtliche Rechtsverhältnis zu erleichtern, indem die Vereinigung der entsprechenden Rechte durch die gesetzlichen Vorkaufsrechte gefördert werden soll.¹⁶⁸ Es liegt auf der Hand, dass diese privatrechtlich motivierten Ziele weit weniger weit reichen, wie die struktur- und agrarpolitischen Schutzziele im bäuerlichen Bodenrecht. Im Gegensatz zum bäuerlichen Bodenrecht hat es der Gesetzgeber entsprechend (berechtigterweise) für nicht erforderlich erachtet, zum Schutz dieser privatrechtlich motivierten Interessen eine Sonderregelung zu Art. 216c Abs. 1 OR zu treffen. Folgerichtig besteht bei den Vorkaufsrechten bei Miteigentum und Baurecht (entgegen dem bäuerlichen Bodenrecht) auch die Möglichkeit, das gesetzliche Vorkaufsrecht vertraglich auszuschliessen oder abzuändern. Entsprechend ist die Anwendung der in Art. 216c Abs. 1 OR enthaltenen Legaldefinition des Vorkaufsfalls auf die gesetzlichen Vorkaufsrechte der Miteigentümer und Baurechtsparteien unproblematisch und eine Erfassung der wirtschaftlichen Handänderung als Vorkaufsfall auch in diesem Bereich weder gerechtfertigt, noch erforderlich.

3.4.4 Durchgriff erfordert klare Gesetzesgrundlage

Schliesslich ist zu bemerken, dass eine derart einschneidende Bestimmung, welche die rechtliche Selbständigkeit und damit ein wesentliches Prinzip des Gesellschaftsrechts ausser Kraft setzt, vom Gesetzgeber wohl auch mit hinreichender Deutlichkeit eingeführt worden wäre. Wie vorne¹⁶⁹ ausgeführt, schweigt die BOTSCHAFT aber zu dieser Frage und verweist lediglich pauschal und unbestimmt auf das Urteil von 1966. Der Verweis auf das Bundesgerichtsurteil dient damit wohl als Hinweis auf Konstellationen des Rechtsmissbrauchs, welche ebenfalls als Vorkaufsfälle erfasst werden. Dieser Umstand spricht m.E. ebenfalls dafür, dass mit der Revision lediglich eine Kodifikation der bisherigen von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Umschreibung des Vorkaufsfalls stattgefunden hat und gerade keine Ausdehnung.

Ein weiterer zentraler Aspekt in der Diskussion, ob der Gesetzgeber auch den Share Deal als Vorkaufsfall habe erfassen wollen, betrifft schliesslich die rein praktische Frage der Umsetzbarkeit. In der bisherigen Lehre wird diese Thematik nur von wenigen

¹⁶⁸ Vgl. etwa SIMONIUS/SUTTER, § 11 Rz. 16.

¹⁶⁹ Vgl. vorne Kapitel 2.2.

Autoren angeschnitten.¹⁷⁰ Die Auseinandersetzung mit der Frage, was die Erfassung des Share Deals als Vorkaufsfall rein praktisch bedeuten würde, scheint m.E. jedoch ebenfalls sehr wichtig zu sein. Insbesondere da sich daraus auch Rückschlüsse ableiten lassen, ob der Gesetzgeber den Share Deal als Vorkaufsfall bedacht hat, als er die revidierten Bestimmungen zum Vorkaufsrecht erlassen hat.

3.5 Praktische Betrachtung der Ausübung des Vorkaufsrechts

Das Vorkaufsrecht ist auf den Grundfall "Sache gegen Geld" ausgerichtet. Dabei bestehen jedoch grössere Unterschiede zwischen einem Kaufvertrag betreffend einem Grundstück und einem Kaufvertrag zum Erwerb von Anteilen einer juristischen Person. Würde der Share Deal in Bezug auf das Vorkaufsrecht am Grundstück einen Vorkaufsfall darstellen, so würde dies zu einer Vielzahl ungelöster und schwierig oder höchstens unbefriedigend zu lösenden praktischen Problemen führen. Dieser praktische Aspekt soll nachfolgend genauer betrachtet werden.

3.5.1 Rechtsnatur des Vorkaufsrechts

Ausgangspunkt dieser praktischen Betrachtung ist dabei die Rechtsnatur des Vorkaufsrechts und die Art, wie das Vorkaufsrecht im Vorkaufsfall ausgeübt wird. In der Lehre werden dabei verschiedene Auffassungen vertreten.¹⁷¹ Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich beim Vorkaufsrecht um ein Recht, das sich im Vorkaufsfall zu einem eigentlichen Kaufrecht des Vorkaufsberechtigten wandelt. Durch die einseitige Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten wird ein eigenständiges Kaufverhältnis zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten begründet.¹⁷² Diese Auffassung wird auch vom Bundesgericht vertreten, das in diesem Zusammenhang vom "mit der Ausübung wirksam gewordene[n] Kaufrechtsverhältnis zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten"¹⁷³ spricht. Beim Vorkaufsrecht handelt es sich folglich um einen sog. doppelt bedingten Kaufvertrag¹⁷⁴, dessen erste Bedingung im Eintritt eines Vorkaufsfalls liegt und die zweite Bedingung in der Ausübung des Rechts (d.h. des durch den Eintritt der ersten Bedingung (Vorkaufsfall) zum Kaufrecht sich wandelnden Rechts) durch den Vorkaufsberechtigten.¹⁷⁵ Bei dieser Aus-

¹⁷⁰ So etwa BSK-FOËX, Art. 216c OR N 11 oder CALEFF, 189.

¹⁷¹ Vgl. dazu etwa BK-GIGER, Art. 216 OR N 85 ff.

¹⁷² So unter anderen auch MEIER-HAYOZ, ZBJV 1956, 305 ff.; SIMONIUS/SUTTER, § 11 Rz. 70; RÜEGG, Rz. 898 f.

¹⁷³ Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 / 5A_224/2007 / 5A_225/2007/bnm, E. 5.2.

¹⁷⁴ MEIER-HAYOZ, ZBJV 1956, 307.

¹⁷⁵ MEIER-HAYOZ, ZBJV 1956, 307 f.

übungserklärung des Vorkaufsberechtigten handelt es sich um ein Gestaltungsrecht – der Vorkaufsberechtigte kann mit einseitiger Willenserklärung das Kaufverhältnis begründen.¹⁷⁶ Durch die Ausübungserklärung wird dabei ein eigenständiger Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten begründet – das den Vorkaufsfall auslösende Rechtsverhältnis (d.h. der Vertrag zwischen dem Vorkaufsbelasteten und einem Dritten) bleibt unangetastet.¹⁷⁷ Dies ist insbesondere eine logische Folge des Umstands, dass beim limitierten Vorkaufsrecht der Vorkaufsberechtigte zu anderen Bedingungen als der Dritte erwerben kann.¹⁷⁸ Durch Ausübung des Vorkaufsrechts wird damit ein separater Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsbelasteten und dem Vorkaufsberechtigten begründet, womit ein obligatorischer Anspruch¹⁷⁹ des Vorkaufsberechtigten auf Eigentumsübertragung am Kaufgegenstand verbunden ist.

Hinsichtlich des Vertragsinhalts dieses so begründeten Kaufvertrages ist dabei zu unterscheiden: Beim *limitierten Vorkaufsrecht* bestimmt sich der Vertragsinhalt primär aus dem öffentlich beurkundeten Vorkaufsvertrag. Haben die Parteien darin eine abschliessende vertragliche Regelung des wesentlichen Vertragsinhalts getroffen, so erfolgt gerade kein Rückgriff auf den Vorkaufsfall auslösenden Vertrag mit der Drittpartei, wobei eine allfällige Lückenschliessung aufgrund des dispositiven Gesetzesrechts und der allgemeinen Prinzipien für die Auslegung und Anwendung von Verträgen erfolgen muss.¹⁸⁰ Auf die Bedingungen des Drittvertrages muss beim limitierten Vorkaufsrecht entsprechend nur subsidiär (d.h. wo der öffentlich beurkundete Vorkaufsvertrag keine abschliessende Regelung enthält) oder eben im Falle eines *unlimitierten Vorkaufsrechts* vollständig abgestützt werden.¹⁸¹

3.5.2 Gegenstand des Vorkaufsrechts

Für die Beurteilung der praktischen Konsequenzen, welche mit einem Vorkaufsfall in Form eines Share Deals verbunden wären, ist dabei als nächstes zu prüfen, auf was sich das Vorkaufsrecht überhaupt bezieht. In der Lehre wird sowohl die Auffassung vertreten, das Vorkaufsrecht könne sich nur auf das vorkaufsbelastete Grundstück an sich¹⁸²

¹⁷⁶ So etwa BK-GIGER, Art. 216 OR N 84; RÜEGG, Rz. 836; SIMONIUS/SUTTER, §11 Rz. 39; CHK-BINDER, Art. 216e OR N 4.

¹⁷⁷ BGE 137 III 293, E. 2.2; damit kommt es gerade nicht – wie in der Lehre teilweise vertreten – zu einem Eintritt in das den Vorkaufsfall auslösende Rechtsverhältnis.

¹⁷⁸ So auch RÜEGG, Rz. 899.

¹⁷⁹ Bei Vormerkung des Vorkaufsrechts im Grundbuch besteht sogar ein realobligatorischer Anspruch.

¹⁸⁰ Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007 / 5A_224/2007 / 5A_225/2007/bnm, E. 6.1.

¹⁸¹ Urteil des Bundesgerichts, 5A_207/2007 / 5A_224/2007 / 5A_225/2007/bnm, E. 6.1.

¹⁸² So etwa RÜEGG, Rz. 902.

beziehen, ebenso wie, dass damit auf die Aktien / Gesellschaftsanteile selber¹⁸³ gegriffen werden könne.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann sich das Vorkaufsrecht, respektive der durch die Ausübung begründete Kaufvertrag, dabei nur auf das Grundstück an sich beziehen und gerade nicht auf die Gesellschaftsanteile. Dies aus den nachfolgenden Gründen.

Bereits aus den Ausführungen der BOTSCHAFT zu Art. 216c OR geht hervor, dass der Vorkaufsberechtigte beim "nichtlimitierten Vorkaufsrecht das Grundstück zu den Bedingungen übernehmen [muss], die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat".¹⁸⁴ Die BOTSCHAFT hält dabei weiter fest, dass auch in Fällen, in welchen die Gegenleistung des Drittkäufers nicht in Geld besteht (soweit dieses Geschäft dennoch als Vorkaufsfall gilt¹⁸⁵), die vereinbarte Leistung in eine Geldforderung umgewandelt werden muss.¹⁸⁶ Indirekt geht daraus hervor, dass das so begründete Rechtsverhältnis (Sache gegen Geld) einen Kaufvertrag, im Falle eines Grundstücks folglich einen Grundstückkaufvertrag darstellt.¹⁸⁷ Entsprechend ist es auch folgerichtig, dass das Bundesgericht etwa in BGE 85 II 474, wo es den Vorkaufsfall durch den Abschluss eines Baurechtsvertrages (infolge Umgehungsabsicht) bejahte, als Rechtsfolge die Eigentumsübertragung des Grundstücks gegen Geldzahlung, d.h. einen Grundstückkaufvertrag, angenommen hat und nicht etwa den Abschluss eines Baurechtsvertrages, welcher den Vorkaufsfall ausgelöst hat.¹⁸⁸

Dass sich das Vorkaufsrecht ohne besondere Parteivereinbarung lediglich auf das Grundstück bezieht, ergibt sich – wie nachfolgend dargestellt – sodann auch aus den Ausführungen der BOTSCHAFT bezüglich des neu eingeführten Art. 4 BGGB. Zumindest indirekt ergibt sich daraus ebenfalls, dass der Share Deal (mit Ausnahme im bäuerlichen Bodenrecht aufgrund einer Spezialnorm) gerade keinen Vorkaufsfall darstellt.

Im Rahmen der Revision wurde im bäuerlichen Bodenrecht (BGGB) ein neuer Artikel aufgenommen, wonach die Bestimmungen über die landwirtschaftlichen Gewerbe (und

¹⁸³ Direkt in Bezug auf Aktien WYSS/KÖCHLI, Jusletter, Rz. 40; obwohl mit Bezug auf einen Baurechtsvertrag, im Ergebnis aber wohl auch für den Aktienverkauf, ebenfalls SPIRO, 1127, Fn. 27 und STREBEL, Rz. 404.

¹⁸⁴ BOTSCHAFT, 1081.

¹⁸⁵ Zu denken ist hier etwa an einen Tausch gegen vertretbare Sachen, wodurch der Vorkaufsfall eintritt. Durch die Ausübungserklärung des Vorkaufsberechtigten wird aber gerade kein Tauschvertrag begründet, sondern ein Grundstückkaufvertrag (Grundstück gegen Geld).

¹⁸⁶ BOTSCHAFT, 1081.

¹⁸⁷ BOTSCHAFT, 1081.

¹⁸⁸ BGE 85 II 474, E. 5.

damit insbesondere das Vorkaufsrecht der Verwandten) auch für Mehrheitsbeteiligungen an juristischen Personen gelten, deren Aktiven zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehen.¹⁸⁹ Wie die BOTSCHAFT dazu ausführt, ist "diese Regelung insbesondere für den Zuweisungsanspruch in der Erbteilung und bei der Ausübung eines Vorkaufsrechts von Bedeutung", weil Vorkaufsrechte "*damit* nicht nur an der Sache selber, sondern *auch an der Mehrheitsbeteiligung, z.B. an einem Aktienpaket*, geltend gemacht werden" können.¹⁹⁰ E contrario ergibt sich daraus, dass nur aufgrund dieser Spezialnorm im BGBB (und damit entgegen der in Art. 216c Abs. 1 OR enthaltenen Legaldefinition¹⁹¹) das Vorkaufsrecht direkt an den Aktien ausgeübt werden kann. Daraus geht hervor, dass der Share Deal als solcher nur aufgrund dieser Spezialnorm von Art. 4 BGBB als Vorkaufsrecht erfasst wird und nicht allgemein einen Vorkaufsfall i.S.v. Art. 216c Abs. 1 OR darstellt. Dies ergibt sich auch aus dem kürzlich zum bürgerlichen Bodenrecht erschienenen Urteil des Bundesgerichts 2C_212/2013. Die darin zitierte Vorinstanz hat dabei festgehalten, dass durch die Übertragung eines landwirtschaftlichen Gewerbes an eine juristische Person mit mehrheitlich nichtlandwirtschaftlichen Aktiven (und der damit geschaffenen Option, die Aktien der juristischen Person, ohne einen Vorkaufsfall auszulösen, übertragen zu können), die Möglichkeit geschaffen werde, das Vorkaufsrecht der Verwandten am landwirtschaftlichen Gewerbe zu umgehen.¹⁹² Dies zeigt, dass der Share Deal folglich auch im bürgerlichen Bodenrecht nur dann als Vorkaufsfall gilt, wenn die Voraussetzungen gemäss Art. 4 BGBB¹⁹³ erfüllt sind und folglich der Share Deal ansonsten (d.h. gemäss Legaldefinition in Art. 216c Abs. 1 OR) allgemein nicht erfasst ist. Mit Blick auf die Schutzziele des bürgerlichen Bodenrechts ist es folglich auch berechtigt, dass im bürgerlichen Bodenrecht gemäss Spezialnorm von Art. 43 lit. a BGBB (anders als im Privatrecht) bereits die Einbringung in eine Gesellschaft (und damit unabhängig von der wirtschaftlichen Beherrschung) einen Vorkaufsfall darstellt. Wäre der Share Deal allgemein, d.h. bereits gemäss Legaldefinition von Art. 216c Abs. 1 OR, ein Vorkaufsfall, wären weder die spezielle Schutznorm in Art. 4 BGBB, noch jene in Art. 43 lit. a BGBB erforderlich.

¹⁸⁹ Art. 4 BGBB.

¹⁹⁰ BOTSCHAFT, 979; Urteil des Bundesgerichts 2C_212/2013, E. 3.4 und 4.2.

¹⁹¹ Diese gilt ohne besondere Gesetzesnormen ansonsten auch unter dem BGBB, vgl. vorne Kapitel 2.2.

¹⁹² Urteil des Bundesgerichts 2C_212/2013, E. 4.2; anzumerken ist dabei, dass das Vorkaufsrecht am landwirtschaftlichen Gewerbe gemäss Spezialnorm von Art. 43 lit. a BGBB jedoch bereits bei Einbringung in die Gesellschaft einen Vorkaufsfall darstellt und sich damit eine spätere Umgehungsmöglichkeit durch einen Share Deal relativiert.

¹⁹³ Gemäss Art. 4 Abs. 2 BGBB stellt der Share Deal im bürgerlichen Bodenrecht nur dann einen Vorkaufsfall dar, wenn die Aktiven der veräusserten Gesellschaft zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehen.

In Anbetracht der Spezialnorm von Art. 4 BGG, welcher den Share Deal im bürgerlichen Bodenrecht in gewissen Fällen als Vorkaufsfall gerade erfasst, ist es denn auch schlüssig, dass das Vorkaufsrecht gemäss dieser Spezialnorm (und damit entgegen der Legaldefinition) explizit an den Aktien selber geltend gemacht werden kann. Eine Ausübung nur am vorkaufsbelasteten Gewerbe wäre – aufgrund der nachfolgend angesprochenen Problemfelder – mit erheblichen Schwierigkeiten und Unsicherheiten verbunden und damit nicht praktikabel.

Für die in Art. 216c Abs. 1 OR enthaltene Legaldefinition des Vorkaufsfalls ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen damit zweierlei: (1) der Share Deal stellt ohne explizite Spezialnorm keinen Vorkaufsfall dar; (2) stellt der Share Deal ausnahmsweise dennoch einen Vorkaufsfall dar (etwa bei einem Umgehungsgeschäft), so kann das Vorkaufsrecht ohne explizite Spezialnorm nur am Grundstück selber ausgelöst werden, nicht jedoch an den Aktien der Gesellschaft.

3.5.3 Praktische Schwierigkeiten

Die Frage, auf welchen Gegenstand sich das Vorkaufsrecht bezieht, ist insofern von zentraler Bedeutung, als die Ausübung des Vorkaufsrechts (zumindest beim unlimitierten Vorkaufsrecht) einen Kaufvertrag begründet, der sich nach den Bestimmungen des Vorkaufsfall auslösenden Rechtsgeschäfts richtet. Im Falle des Share Deals¹⁹⁴ also nach den Bestimmungen des Aktienkaufvertrages zwischen dem Aktionär der Gesellschaft, die das vorkaufsbelastete Grundstück hält, und dem Dritterwerber der Aktien.

Aus praktischer Sicht wäre dies grundsätzlich weniger problematisch, wenn sich der durch die Ausübung des Vorkaufsrechts begründete Kaufvertrag ebenfalls auf die Aktien der Gesellschaft beziehen würde. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies – wie vorne ausgeführt – jedoch gerade nicht der Fall. Da sich das Vorkaufsrecht ohne explizite Spezialnorm nur auf das vorkaufsbelastete Grundstück als solches beziehen kann, würde ein Share Deal als Vorkaufsfall unweigerlich zu grossen praktischen Problemen bei der Ausübung des Vorkaufsrechts führen. Denn damit würde ein Kaufvertrag für ein Grundstück begründet, welcher sich (zumindest beim unlimitierten Vorkaufsrecht) faktisch nach den Bestimmungen des Aktienkaufvertrages (als das den Vorkaufsfall auslösende Rechtsgeschäft) richtet. Es liegt auf der Hand, dass dies aufgrund der unterschiedlichen Art der Rechtsgeschäfte zu zahlreichen praktischen Problemen und

¹⁹⁴ Für den Fall, dass ein solcher denn als Vorkaufsfall bejaht würde.

Schwierigkeiten führen würde. Denn ein Grundstückkauf unterscheidet sich wesentlich vom Aktienkauf, weshalb auch die in den Verträgen zu treffenden Bestimmungen anders ausfallen. Gestützt auf die Vertragsbedingungen des Aktienkaufs und dem vereinbarten Preis für die Aktien den Vertragsinhalt und den Preis für den Erwerb nur eines Grundstücks zu bestimmen, scheint grundsätzlich nicht praktikabel. Besonders auch im Fall, dass eine Gesellschaft neben einem vorkaufsbelasteten Grundstück mehrere oder gar eine Vielzahl weiterer Grundstücke oder anderer Aktiven/Passiven beinhaltet. Zu denken ist neben den Gewährleistungsbestimmung besonders an die Kaufpreisberechnung. Der Kaufpreis für die Aktien beruht in der Regeln nicht bloss auf der (einfach nachvollziehenden) Addition der Aktiven, sondern umfasst eine Vielzahl verschiedener Faktoren und Erwartungen. Vom Kaufpreis für die Aktien kann daher nicht ohne weiteres auf den Kaufpreis für ein Grundstück geschlossen werden. Nur schon im Zusammenhang mit der Behandlung von latenten Steuern würden sich eine Vielzahl an schwierigen Fragen stellen, was letztlich zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen würde.

Diese schwierigen und vom Gesetzgeber nicht adressierten Umsetzungsprobleme, die mit einem Share Deal als Vorkaufsfall verbunden wären, legen ebenfalls nahe, dass der Gesetzgeber diesen im Rahmen der Gesetzesrevision nicht als Vorkaufsfall bedacht hat. Vor dem Hintergrund der angesprochenen praktischen Probleme scheint die hier vertretene Auslegung damit auch mit Blick auf die Rechtsicherheit geradezu geboten zu sein.

3.6 Synthese

Aus der vorerwähnten Argumentationskette ergibt sich, dass die Legaldefinition des Vorkaufsfalls in Art. 216c Abs. 1 OR den Share Deal grundsätzlich nicht umfasst.¹⁹⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung gilt dies dabei unabhängig davon, ob es sich bei der zu verkaufenden Gesellschaft, welche das vorkaufsbelastete Grundstück hält, um eine Immobiliengesellschaft, eine operative Gesellschaft oder eine Holdinggesellschaft handelt.¹⁹⁶ Unerheblich ist damit auch, ob sämtliche Aktien, eine Mehrheitsbeteiligung oder nur eine Minderheitsbeteiligung veräussert werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bilden die sog. Umgehungsgeschäfte. In einer solchen Umgehungskonstellation kann auch der Share Deal einen Vorkaufsfall darstellen. Zu denken ist dabei insbesondere an den Fall, in welchem ein Grundstückseigentümer einem Dritten ein Vorkaufs-

¹⁹⁵ Damit deckt sich die vorliegend vertretene Auffassung im Ergebnis mit der Ansicht TEITLERS, vgl. vorne Kapitel 2.1.3.

¹⁹⁶ Damit entfallen auch die Abgrenzungsschwierigkeiten.

recht am Grundstück einräumt, in der Folge – in der Absicht, dieses Vorkaufsrecht zu vereiteln – das vorkaufsbelastete Grundstück in eine Gesellschaft einbringt (was grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstellt) und anschliessend die Gesellschaft im Rahmen eines Share Deals an einen Dritten veräussert.¹⁹⁷ In einem solchen Umgehungsfall würde auch der Share Deal einen Vorkaufsfall darstellen, welcher den Vorkaufsberechtigten berechtigt, sein Vorkaufsrecht auszuüben und das Grundstück (nicht die Aktien) zu erwerben.¹⁹⁸ Zu bemerken ist dabei, dass bei einem solchen Umgehungsgeschäft das Vorkaufsrecht bereits vom (späteren) Aktionär der Gesellschaft begründet wurde (in welche das Grundstück in der Folge eingebracht wurde) und damit ein personeller Zusammenhang zwischen dem Begründer des Vorkaufsrechts und dem Verkäufer der Aktien der Gesellschaft besteht. Schwierig vorstellbar sind damit Umgehungskonstellationen, in welchen das Vorkaufsrecht durch die Gesellschaft selber (als eigenes Rechtssubjekt) begründet wurde, womit davon auszugehen ist, dass in solchen Konstellationen der Share Deal grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstellen dürfte.

Die in der nachfolgenden Tabelle 2 enthaltene Übersicht soll eine Zusammenfassung der hier vertretenen Auffassung geben. Wie eingangs erwähnt, beziehen sich diese Ausführungen auf Konstellationen, in welchen die Parteien den Vorkaufsfall nicht durch Parteivereinbarung abgeändert oder ergänzt haben.

¹⁹⁷ Im Sinne eines Exkurses, vgl. dazu auch die Rechtsprechung in Deutschland im Urteil des BGH vom 27.01.2012 (V ZR 272/10), wonach unter einer interessengerechten Auslegung eine solche Vertragsgestaltung bei materieller Betrachtung einem Kauf im Sinne eines Vorkaufsrechts so nahe komme, dass sie ihm als kaufähnliches Rechtsgeschäft gleichgestellt werden könne. Werde eine Gesellschaft erkennbar nur zum Zweck der Verwertung eines Grundstücks gegründet, so sei diese nicht als selbständiges Unternehmen anzusehen, weshalb der Verkauf dieser Gesellschaft dem Verkauf des Grundstücks wirtschaftlich gleich stehe. Vgl. ebenfalls das Urteil des OLG Nürnberg vom 27.09.1990 (NJW-RR 1992), wonach in einer solchen Umgehungskonstellation beide Verträge ein einheitliches, nicht trennbares Vertragswerk darstellen würden, womit der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht am Grundstück zu den Bedingungen des Kaufvertrages zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft ausüben könne.

¹⁹⁸ Die Konditionen dieses Grundstückserwerbs müssten dabei wohl im Rahmen eines Gerichtsverfahrens festgestellt werden. Dabei liegt es auf der Hand, dass solche Umgehungstatbestände für den Berechtigten mit (beweisrechtlichen) Schwierigkeiten verbunden sind, insbesondere hinsichtlich des Vereitelungselements. Massgeblich ist dabei stets eine Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls, woraus letztlich gerichtlich festgestellt werden muss, ob ein Umgehungstatbestand vorliegt oder nicht.

Konstellation / Vorgang	Share Deal ist <i>kein</i> Vorkaufsfall	Share Deal ist <i>Vorkaufsfall</i>
Vertragliches Vorkaufsrecht gemäss Art. 216c Abs. 1 OR (z.B. Vorkaufsrecht in einem Mietvertrag)	X (Ausnahme: Umgehungsge- schäft (vgl. unten))	
Gesetzliches Vorkaufsrecht der Miteigentümer gemäss Art. 682 Abs. 1 ZGB	X (Ausnahme: Umgehungsge- schäft (vgl. unten))	
Gesetzliches Vorkaufsrecht des Baurechtsgebers und des Bau- rechtsnehmers gemäss Art. 682 Abs. 2 ZGB	X (Ausnahme: Umgehungsge- schäft (vgl. unten))	
Vorkaufsrecht der Verwandten und des Pächters an einem landwirtschaftlichen Gewerbe		X (gemäss Spezialnorm von Art. 4 BGBB nur beim Verkauf einer Mehrheitsbeteiligung an einer juristischen Person, deren Ak- tien zur Hauptsache aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe bestehen) ¹⁹⁹
Umgehungstatbestände (gemäss den konkreten Umständen des Einzelfalls)		X (in der Praxis wohl nur, wenn das Vorkaufsrecht nicht durch die Gesellschaft selber begrün- det wurde, sondern bereits durch einen (späteren) Gesellschafter)

Tabelle 2: Übersicht Vorkaufsfälle beim Share Deal

4. Schlussbetrachtung

4.1 Fazit

Zur Thematik der Vorkaufsrechte besteht eine umfangreiche Lehre und Rechtsprechung. Relativ wenig und meist nur oberflächlich diskutiert wird in der Lehre jedoch

¹⁹⁹ Zur Sicherung der Schutzziele des bäuerlichen Bodenrechts greift aber zusätzlich die Schutznorm von Art. 43 lit. a BGBB, wonach bereits die Einbringung (eines Gewerbes oder eines Grundstücks) in eine Gesellschaft einen Vorkaufsfall darstellt.

die Gegenstand der vorliegenden Abschlussarbeit bildende spezifische Frage, ob der Share Deal einen Vorkaufsfall darstellt. Diese Frage ist in der Praxis im Rahmen von Immobilientransaktionen oft von entscheidender Bedeutung, zumal das Bestehen eines Vorkaufsrechts zu Unsicherheiten für die Vertragsparteien eines Aktienkaufvertrages führt und im Transaktionsprozess entsprechend berichtigt werden muss.²⁰⁰ Wie aufgezeigt wurde, bildete im Jahr 1966 genau diese Frage Gegenstand eines Bundesgerichtsurteils (BGE 92 II 160). Das Bundesgericht hat dabei klar festgehalten, dass der Share Deal grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstellt. Durch dieses Urteil war die Rechtslage m.E. klar, wurde in der Lehre zum Teil aber kritisiert. Infolge der nicht eindeutigen Gesetzesrevision erlangte der kritische Teil der Lehre jedoch zusehends an Bedeutung, zumal in der neu formulierten Legaldefinition des Vorkaufsfalls in Art. 216c Abs. 1 OR eine Ausdehnung des Vorkaufsfalls (insbesondere auf Share Deals) erblickt wurde. Ein anderer Teil der Lehre vertritt nach wie vor die Ansicht, dass durch die Gesetzesrevision keine Ausweitung der Vorkaufsfälle stattgefunden habe.

Gestützt auf eine umfassende Darstellung der relevanten Literatur, Rechtsprechung und Materialien wurde in der vorliegenden Abschlussarbeit eine eigenständige und umfangreiche Argumentationskette entwickelt, die aufzeigen soll, dass durch die Gesetzesrevision lediglich eine Kodifizierung der von der Lehre und Rechtsprechung seit langem entwickelten Grundsätze erfolgt ist und der Share Deal – wie in BGE 92 II 160 festgehalten – nach wie vor keinen Vorkaufsfall darstellt (abgesehen von Umgehungsgeschäften). Diese hier vertretene Auslegung basiert auf folgenden Kernargumenten:

- Der Gesetzgeber geht grundsätzlich von einer Begrenzung des Vorkaufsfalls aus, was eine restriktive Auslegung der Definition des Vorkaufsfalls verlangt, insbesondere vor dem Grundsatz der Privatautonomie (vgl. vorne Kapitel 3.1);

²⁰⁰ Dabei sind in der Praxis verschiedene Ansätze im Umgang mit Vorkaufsrechten zu sehen: so kann etwa versucht werden, bereits vorgängig zum Signing des Aktienkaufvertrages eine Bestätigung der vorkaufsberechtigten Partei einzuholen, wonach durch den Aktienverkauf kein Vorkaufsfall vorliege oder aber darauf verzichtet wird (falls man einen Vorkaufsfall annimmt). In Bezug auf gesetzliche Vorkaufsrechte ist allerdings zu beachten, dass vor dem Eintritt des Vorkaufsfalls nur durch öffentliche Urkunde rechtsgültig auf das Vorkaufsrecht verzichtet werden kann (Art. 681b ZGB). Insbesondere aufgrund der besprochenen Unsicherheit, ob der Share Deal einen Vorkaufsfall darstellt oder nicht und der Formvorschriften beim gesetzlichen Vorkaufsrecht, wird denn in der Praxis meist erst zwischen Signing und Closing des Aktienkaufvertrages versucht, eine formelle Verzichtserklärung der vorkaufsberechtigten Partei einzuholen. Das Vorliegen dieser Erklärung bildet dabei häufig eine Vollzugsvoraussetzung für den Aktienverkauf. Stellt der Vorkaufsberechtigte keine Verzichtserklärung zu, so wird in der Regel das Ablaufen der Ausübungsfrist abgewartet, bevor die Transaktion vollzogen wird (mangels anderer Vereinbarung beträgt die Ausübungsfrist dabei vier Monate ab Kenntnis des Vorkaufsfalls durch den Berechtigten (Art. 216e OR)).

- Aus der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung des Vorkaufsfalls in Art. 216c Abs. 1 OR geht hervor, dass sich die wirtschaftliche Betrachtungsweise – anders als etwa im Steuerrecht – nicht auf die geläufige "wirtschaftliche Handänderung" bezieht, sondern vielmehr auf das Rechtsgeschäft des "Verkaufs" an sich (vgl. vorne Kapitel 3.2);
- Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, welche vom Bundesgericht bei der Beurteilung von Vorkaufsfällen bereits vor der Revision angewandt wurde, zeigt ebenfalls, dass sich der "wirtschaftliche" Aspekt dabei gerade auf das Rechtsgeschäft an sich und nicht auf die Eigentumsverhältnisse bezieht und damit mit der Revision lediglich eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung stattgefunden hat (vgl. vorne Kapitel 3.3);
- Das Schweizerische Zivilrecht geht grundsätzlich von der rechtlichen Selbständigkeit der Aktiengesellschaft aus, über deren eigene Rechtspersönlichkeit nur im Einzelfall hinweggesehen werden darf, wenn der Grundsatz von Treu und Glauben dies verlangt (etwa bei Rechtsmissbrauch / Umgehungsgeschäften). Den Share Deal allgemein als Vorkaufsfall zu bejahen, würde einen Eingriff in dieses grundlegende gesellschaftsrechtliche Prinzip bedeuten. Anders als etwa im Steuerrecht oder im bürgerlichen Bodenrecht bestehen keine öffentlichen oder privaten Interessen, die einen solchen Eingriff rechtfertigen oder erfordern würden. In Bereichen, in welchen der Gesetzgeber ein solches öffentliches Interesse erblickt hat, wie etwa im bürgerlichen Bodenrecht, hat er in Ergänzung zu Art. 216c Abs. 1 OR spezielle und weitergehende Schutznormen (etwa durch eine Ausdehnung des Vorkaufsfalls auf Share Deals) erlassen. Daraus geht hervor, dass der Share Deal im Sinne der Legaldefinition von Art. 216c Abs. 1 OR nicht als Vorkaufsfall erfasst ist (vgl. vorne Kapitel 3.4);
- Auch die schwierigen praktischen Probleme, welche mit einem durch Share Deal ausgelösten Vorkaufsfall verbunden wären und die damit einhergehende nicht akzeptable Rechtsunsicherheit legen nahe, dass der Gesetzgeber den Share Deal im Rahmen der Revision nicht speziell bedacht hat und diesen damit auch nicht als Vorkaufsfall erfassen wollte (vgl. vorne Kapitel 3.5).

4.2 Diskussion und Ausblick

Die im Rahmen dieser Arbeit entwickelte Argumentationskette, gestützt auf welche vorliegend die Auffassung vertreten wird, der Share Deal stelle grundsätzlich keinen Vorkaufsfall dar, ist nicht unumstritten. Wie aufgezeigt wurde, werden in der Lehre ebenso gegenteilige Ansichten vertreten. Ein aktuelles Urteil des Bundesgerichts, das Klarheit schaffen würde, fehlt bislang. Bis zur Klärung der Forschungsfrage durch ein neues und eindeutiges Urteil des Bundesgerichts lässt sich die Frage damit nicht abschliessend beantworten. Die bisherige Unsicherheit bleibt damit weiterhin bestehen und ist in der Beratungspraxis im Zusammenhang mit Immobilientransaktionen auch fortan unbedingt zu berücksichtigen.

Die vorgenannten Ausführungen beziehen sich wie eingangs festgehalten auf den Vorkaufsfall gemäss der Legaldefinition in Art. 216c Abs. 1 OR, welcher immer dann zum Tragen kommt, wenn die Parteien den Vorkaufsfall durch Parteivereinbarung nicht abgeändert haben (was in der Praxis oft der Fall ist). Im Privatrecht ist es aber durchaus möglich, durch Parteivereinbarung die Definition des Vorkaufsfalls abzuändern, respektive einzugrenzen oder auszuweiten. Entsprechend kann der Share Deal durch besondere Parteivereinbarung durchaus zum Vorkaufsfall erklärt werden. Machen die Parteien von dieser Möglichkeit Gebrauch, sind jedoch die angesprochenen praktischen Probleme im Blick zu behalten. Insbesondere wäre es in einem solchen Fall wohl sinnvoll, bereits im Vertrag, mit welchem ein solches weitergehendes Vorkaufsrecht begründet wird, eine Bestimmung bezüglich der Berechnung des Kaufpreises für das Grundstück aufzunehmen. Denn wie dargelegt, kann vom vereinbarten Kaufpreis für die Aktien in der Regel nicht einfach der entsprechende Kaufpreis für das einzelne Grundstück abgeleitet werden. Zu beachten ist aber dabei unbedingt, dass durch die vorgängige Vereinbarung des Preisberechnungsmechanismus (je nach Formulierung) wohl nicht mehr ein unlimitiertes Vorkaufsrecht vorliegen dürfte, sondern ein limitiertes. In einem solchen Fall bedarf die entsprechende Vereinbarung folglich der öffentlichen Beurkundung, um Gültigkeit zu erlangen.²⁰¹ Eine bloss schriftliche Vereinbarung (wie etwa in einem Mietvertrag) genügt entsprechend nicht mehr.²⁰²

Im Hinblick auf eine allfällige künftige Rechtsentwicklung ist abschliessend zu bemerken, dass eine Erfassung des Share Deal als Vorkaufsfall aufgrund der angesprochenen

²⁰¹ Art. 216 Abs. 2 und 3 OR; vgl. dazu vorne Fn. 1.

²⁰² In der Praxis dürfte dies oft übersehen werden. Die Nichteinhaltung der erforderlichen Form der öffentlichen Beurkundung führt dabei zur Nichtigkeit des Vorkaufsrechts.

praktischen Probleme nur dann praktikabel wäre, wenn sich das Vorkaufsrecht – wie dies im BGBB der Fall ist – dabei gerade auf die Aktien der Gesellschaft selber beziehen würde. Analog zum BGBB, wäre dafür jedoch eine explizite gesetzliche Grundlage erforderlich. Da wie ausgeführt, im Privatrecht (im Gegensatz zum bürgerlichen Bodenrecht mit den verschiedenen im öffentlichen Interesse liegenden Schutzziele) aber gerade keine schutzwürdigen privaten oder öffentlichen Interessen bestehen, ein Vorkaufsrecht an den Aktien einzuführen, besteht auch kein berechtigter Anlass, im Rahmen einer künftigen Gesetzesrevision den Share Deal als Vorkaufsfall zu erfassen und in diesem Rahmen ein Vorkaufsrecht an den Aktien selber einzuführen.

Literatur-, Materialien- und Rechtsprechungsverzeichnis

Literaturverzeichnis

In den Fussnoten werden die Autoren in Bezug auf das Zitat grundsätzlich nach absteigender Wichtigkeit aufgeführt. Sind sie gleich relevant, werden sie in alphabetischer Reihenfolge genannt.

ATTESLANDER-DÜRRENMATT AGNES, Handkommentar Schweizerisches Obligationenrecht, Kostkiewicz Jolanta Kren/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Frankhauser Roland (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: HK-ATTESLANDER-DÜRRENMATT)

AUBERSON CAMILLE/OPPLIGER DAMIEN, L'affaire Sika: un exemple en faveur d'une approche économique des transferts d'actions soumis à l'agrément de la société, SZW 2015, 614 ff.

BINDER MARKUS, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Amstutz Marc et al. (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: CHK-BINDER)

BRÜCKNER CHRISTIAN, Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufsrechts), in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Aufl., Bern 2001, 503 ff.

CALEFF JOSEF, Kaufverträge betreffend Immobiliengesellschaften, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XVIII, Zürich 2016, 171 ff.

DEUTSCHER BUNDESTAG, Wissenschaftliche Dienste, Das gemeindliche Vorkaufsrecht bei Unternehmenskäufen, Sachstand WD 7 – 3000 – 073/17

FASEL URS, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), 6. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK-FASEL)

FOËX BÉNÉDICT, Code des obligations I, Art. 1-529 CO, Commentaire Romand, Thévenoz Luc/Werro Franz (Hrsg.), 2e edition, Basel 2012 (zit.: BSK-FOËX)

FOËX BÉNÉDICT, Comment éviter l'exercice du droit de préemption?, Not@lex 2010, 77 ff.

GHANDCHI LILIAN, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis, Art. 682 Abs. 2 ZGB, Diss. Zürich 1999

- GIGER HANS, Berner Kommentar, Bd. VI, 2. Abteilung, 1. Teilband, 3. Abschnitt, Der Grundstückkauf, Art. 216-221 OR, Bern 1997 (zit.: BK-GIGER)
- GRZIWOTZ HERBERT, Beck'scher Online-Kommentar BauGB, Spannowsky Willy/Uechtritz Michael (Hrsg.), 40. Edition, München 2018
- HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST/SCHERRER WERNER/ZOBL DIETER, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV/1, Das Eigentum, Art. 641-729 ZGB, Zürich 1977 (zit.: ZK- HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL)
- HESS URS, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 1996 (zit.: BSK-HESS)
- HOFER EDUARD/STUDER BENNO, Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe durch juristische Personen, BIAR 2/2012, 35 ff.
- HÖHN JAKOB, Einführung in die rechtliche Due Diligence, Zürich 2003
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017
- ISLER MARIA LENA, Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte (Vorkaufs-, Kaufs-, und Rückkaufsrecht; Miete und Pacht) und ihre steuerrechtliche Behandlung, Diss. Zürich 1989
- JÄGGI PETER, Die Immobilien-Aktiengesellschaft, SAG 1974, 145 ff.
- JUNG PETER, Gesellschaft und Unternehmen, in: Jung Peter/Kunz Peter V./Bärtschi Bettina (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, litera B, Zürich 2016, 125 ff.
- KANTON AARGAU, Departement des Innern, Kreisschreiben vom 30. Juni 1976 an die Grundbuchämter und die Urkundspersonen des Kantons Aargau betreffend die gesetzlichen und vertraglichen Vorkaufsrechte, Aargau 1976
- KOBIERSKI MARLENE, Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht, Diss. Bern 2012
- KOLLER ALFRED, Vom Grundstückkauf im Allgemeinen, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. Aufl., Bern 2017, 1 ff.

- LANZ RAPHAEL, Von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Privatrecht, ZBJV 2001, 1 ff.
- LIVER PETER, Die privatrechtliche Rechtsprechung des BGer 1966, ZBJV 1968, 12 ff.
- MADER PETER, Vorkaufsrechte und Umgehung, in: Harrer Friedrich/Portmann Wolfgang/Zäch Roger (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, FS für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, 305 ff.
- MEIER ROBERT, Das neue Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht – vier Neuerungen und drei Auslegungsfragen, AJP 1994, 139 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar, Bd. IV, 1. Abteilung, 3. Teilband, Das Grundeigentum II, Art. 680-701 ZGB, 3. Aufl., Bern 1974 (zit. BK- MEIER-HAYOZ ARTHUR)
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Der Vorkaufsfall, ZBGR 1964, 257 ff.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Vom Vorkaufsrecht, ZBJV 1956, 297 ff.
- MÜLLER MANUEL, Die Regelung der Vorkaufsrechte nach ZGB/OR und BGBB, BN 1994, 221 ff.
- NOBEL PETER, Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Recht, SJZ 2007, 457 ff.
- PETER HENRY, La cession du contrôle d'une société est-elle un "cas de Pré-emption" au sens de l'art. 216c al. 1 CO(?), in: Gauch Peter/Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Genf 2008, 367 ff.
- REY HEINZ, Die Neuregelung der Vorkaufsrechte in ihren Grundzügen, AJP 1994, 39 ff.
- REY HEINZ/STREBEL LORENZ, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geisser Thomas (Hrsg.), 5. Aufl., Basel 2015 (zit.: BSK-REY/STREBEL)
- RIEMER HANS MICHAEL, Wirtschaftliche Betrachtungsweise bei der Auslegung im Privatrecht (Gesetz und Rechtsgeschäfte)? in: Walder Hans Ulrich/Jaag Tobias/Zobl Dieter (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, 129 ff.
- ROBERTO VITO, Teilrevision des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts, recht 1993, 172 ff.

- RUBIDO JOSÉ-MIGUEL, L'exercice du droit de préemption immobilier au regard du droit privé, Diss. Zürich 2012
- RÜEGG JONAS, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Diss. Zürich 2014
- SCHENKER URS, Vorkaufsrechte, Vorhandrechte und Mitverkaufsrechte im Zusammenhang mit M&A-Transaktionen, in: Tschäni Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XV, Zürich 2013, 245 ff.
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2016
- SIMONIUS PASCAL/SUTTER THOMAS, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Bd. I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel 1995
- SPIRO KARL, Die Begrenzung privater Rechte deren Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. II, Bern 1975
- STARK MILENA, Kurzkommentar Obligationenrecht, Art. 1-1186 OR, Honsell Heinrich (Hrsg.), Basel 2014 (KK-STARK)
- STEINAUER PAUL-HENRI, La nouvelle réglementation du droit de préemption, ZGBR 1992, 1 ff.
- STREBEL LORENZ JOSEPH, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Pächters gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Diss. Zürich 2009
- SUTTER THOMAS, Einige Überlegungen zum Vorkaufsrecht, SJZ 1985, 277 ff.
- SUTTER-SOMM THOMAS, Schweizerisches Privatrecht, Bd. V/1, 2. Aufl., Basel 2014
- WERREN EVA, Der Vorkaufsfall nach Art. 216c OR, Die finale und wirtschaftliche Betrachtungsweise anhand von zwei Praxisbeispielen, Jusletter 17. September 2012
- WERREN EVA, Das vertragliche Vorkaufsrecht. Mit Schwerpunktbetrachtung des Vorkaufsfalls nach Art. 216c OR, Magister Editions Weblaw, Masterarbeit, Bern 2012
- WISSMANN KURT, Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufrechts), in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, St. Gallen 1989, 469 ff.

WYSS ALEXANDER/KÖCHLI ROLAND, Vorkaufsrechte in Immobilientransaktionen, Jus-
letter 5. Dezember 2011

Materialienverzeichnis

Ausführlicher Begleitbericht zum Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, Bern 1985 (zit.: BEGLEITBERICHT)

Botschaft zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) sowie zum Bundesgesetz über die Teilrevision des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf) vom 19. Oktober 1988, 88.066 (zit.: BOTSCHAFT)

Rechtsprechungsverzeichnis

BGE 44 II 362

BGE 70 II 149

BGE 85 II 474

BGE 92 II 160 = Pra 56 (1967) Nr. 23

BGE 94 II 342

BGE 103 Ia 20

BGE 113 II 64

BGE 115 II 175

BGE 116 II 164 = Pra 80 (1991) Nr. 39

BGE 118 II 401 = Pra 83 (1994) Nr. 10

BGE 126 III 187 = Pra 89 (2000) Nr. 122

BGE 134 III 597

BGE 137 III 293

Urteil des Bundesgerichts 5A_207/2007, 5A_224/2007, 5A_225/2007bnm

Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2010

Urteil des Bundesgerichts 5A_121/2013

Urteil des Bundesgerichts 2C_212/2013

Urteil des Bundesgerichts 5A_1006/2015

Urteil des BGH vom 27.01.2012 (V ZR 272/10)

Urteil des OLG Nürnberg vom 27.09.1990 (NJW-RR 1992)

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit mit dem Thema „Vorkaufsrechte an Immobilien beim Verkauf einer Gesellschaft (Share Deal)“ selbstständig verfasst und keine anderen Hilfsmittel als die angegebenen benutzt habe.

Alle Stellen die wörtlich oder sinngemäss aus veröffentlichten oder nicht veröffentlichten Schriften entnommen sind, habe ich in jedem einzelnen Falle durch Angabe der Quelle (auch der verwendeten Sekundärliteratur) als Entlehnung kenntlich gemacht.

Die Arbeit hat in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen und wurde auch noch nicht veröffentlicht.

Thalwil, den 13.07.2018

Oliver Rüdlinger