



Kommentar zu: Urteil: [5A\\_782/2020](#) vom 23. August 2021  
Sachgebiet: Sachenrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Bestimmung des Vorkaufspreises

### Autor / Autorin

Jenny von Arx, Dario Galli, Markus Vischer

**walderwyss**

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

**PETER & KIM**  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil 5A\_782/2020 vom 23. August 2021 beschäftigte sich das Bundesgericht mit der Höhe des von der Vorkaufsberechtigten zu zahlenden Preises, wenn die Vorkaufsbelasteten und der Dritte einen Grundstückkaufvertrag mit einem simulierten Kaufpreis schlossen.*

### Sachverhalt

[1] Die Genossame U (Klägerin und Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Vorkaufsberechtigte) ist Eigentümerin eines Grundstücks mit einer Fläche von 455'328 m<sup>2</sup>. Auf einer Teilfläche von 744 m<sup>2</sup> errichtete sie ein selbständiges und dauerndes Baurecht, das als Grundstück in das Grundbuch aufgenommen wurde und mit einem Einfamilienhaus überbaut ist (nachfolgend: Baurechtsgrundstück). Baurechtsnehmer sind A.A und B.A (Beklagte und Beschwerdeführer, nachfolgend: Vorkaufsbelastete) (Sachverhalt Teile A.a und A.b).

[2] Nach ersten gescheiterten Verkaufsabsichten vermieteten die Vorkaufsbelasteten am 19. Dezember 2015 das Baurechtsgrundstück ab 1. April 2016 an C (nachfolgend: Dritter). Sie räumten dem Dritten bis 30. Juni 2016 ein Kaufrecht zum Preis von CHF 1'450'000 ein mit der zusätzlichen Verpflichtung, bei Ausübung das Inventar für CHF 150'000 zu kaufen. Das Inventar betreffend schlossen die Vertragsparteien ebenfalls am 19. Dezember 2015 eine separate Vereinbarung (nachfolgend: Inventarvereinbarung). Der Verkauf des Inventars war an die Bedingung eines rechtsgültigen Abschlusses eines Kaufvertrags über das Baurechtsgrundstück geknüpft und schloss sämtliches bei Mietantritt vorhandenes Inventar, inkl. Heizungsvorrat und Wohnungsmobiliar, mit ein (Sachverhalt Teil A.b und E. 4.6.2).

[3] Am 17. Juni 2016 verkauften die Vorkaufsbelasteten das Baurechtsgrundstück zum Preis von CHF 1'450'000 an den Dritten. Im Kaufvertrag verwiesen die Parteien auf das Bestehen der Inventarvereinbarung, die nicht öffentlich beurkundet wurde. Ausserdem verwiesen sie auf das Bestehen des Vorkaufsrechts und die Modalitäten zur Ausübung desselben durch die Vorkaufsberechtigte. Das Notariat March zeigte der Vorkaufsberechtigten den Vorkaufsfall am 17. Juni 2016 unter Beilage einer Kopie des Kaufvertrags an (Sachverhalt Teil A.c und E. 4.6.3).

[4] Die Vorkaufsberechtigte erklärte am 8. September 2016, ihr gesetzliches Vorkaufsrecht auszuüben und das Baurechtsgrundstück zum Betrag von CHF 1'450'000 zu erwerben. Die Vorkaufsbelasteten weigerten sich, das Eigentum am Baurechtsgrundstück an die Vorkaufsberechtigte zum Kaufpreis von CHF 1'450'000 zu übertragen (Sachverhalt Teile A.d und A.e).

[5] Die Vorkaufsberechtigte klagte am 6. November 2017 gegen die Vorkaufsbelasteten. Sie beehrte zur Hauptsache die Übertragung des Baurechtsgrundstücks gegen Zahlung von CHF 1'450'000, eventuell von CHF 1'600'000. Die Vorkaufsbelasteten schlossen auf Abweisung der Begehren. Das Bezirksgericht March ging davon aus, die Vorkaufsbelasteten und der Dritte hätten den öffentlich beurkundeten Preis von CHF 1'450'000 nicht gewollt und den tatsächlich gewollten Preis von CHF 1'600'000 nicht öffentlich beurkunden lassen, könnten sich aber infolge offenbaren Rechtsmissbrauchs nicht auf einen Formmangel berufen, sodass der Vorkaufsfall eingetreten sei und die Vorkaufsberechtigte das Baurechtsgrundstück mit gültiger Ausübung des Vorkaufsrechts zu den Bedingungen des dissimulierten Kaufgeschäfts erworben habe. Das Bezirksgericht verpflichtete deshalb die Vorkaufsbelasteten mit Entscheid vom 21. November 2019, der Vorkaufsberechtigten das Baurechtsgrundstück gegen Zahlung des Kaufpreises von CHF 1'600'000 (allenfalls reduziert um die provisorische Grundstückgewinnsteuer) zu Eigentum zu übertragen (Sachverhalt Teil B).

[6] Das Kantonsgericht Schwyz hiess mit Entscheid vom 18. August 2020 die von der Vorkaufsberechtigten dagegen erhobene Berufung gut und setzte den zu zahlenden Kaufpreis auf CHF 1'450'000 herab (Sachverhalt Teil B).

[7] Mit Eingabe vom 21. September 2020 beantragten die Vorkaufsbelasteten dem Bundesgericht, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und sie zur Übertragung des Eigentums am Baurechtsgrundstück an die Vorkaufsberechtigte gegen deren Zahlung des Kaufpreises von CHF 1'600'000 (allenfalls reduziert um die provisorische Grundstückgewinnsteuer) zu verpflichten, eventualiter die Sache zur Ergänzung bzw. Neubeurteilung an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 6).

## **Erwägungen**

[8] Das Bundesgericht hielt fest, die Parteien seien sich einig, dass die Vorkaufsberechtigte als Eigentümerin des Baurechtsgrundstück gegenüber jedem Erwerber ein gesetzliches Vorkaufsrecht am Baurecht (Art. 682 Abs. 2 [ZGB](#)) habe und das Baurechtsgrundstück zu den Bedingungen erwerben könne, welche die Vorkaufsbelasteten als Verkäufer mit dem Dritterwerber vereinbart haben (Art. 681 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216d Abs. 3 [OR](#)) (E. 4.1).

[9] Das Bundesgericht hielt unter Verweisung auf seine Rechtsprechung weiter fest, dass ein Kaufvertrag, in dem ein niedrigerer Preis als der Vereinbarte angegeben wurde, ebenso nichtig sei wie der wirklich geschlossene Vertrag, weil dieser nicht öffentlich beurkundet sei. Damit liege an sich kein Vorkaufsfall vor. Beriefen sich aber die Vorkaufsbelasteten wie hier rechtsmissbräuchlich auf den Formmangel, hielten es Lehre und Rechtsprechung so, wie wenn ein gültiger Vorkaufsfall eingetreten wäre (E. 4.5.2–4.5.3). Daran ändere auch der von den Verkaufsberechtigten geltend gemachte Irrtum über den öffentlich beurkundeten Kaufpreis nichts, weil dieser Einwand aus prozessualen Gründen nicht mehr zu hören sei (E. 3.1–3.3).

[10] Die Vorinstanz habe sich der im Schrifttum vertretenen Ansicht angeschlossen, der zufolge nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden des Drittvertrags, von denen der Verkaufsberechtigte keine Kenntnis habe, für den Hauptvertrag keine Rolle spielen könnten. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gebe das Vorkaufsrecht dem Berechtigten (sofern nichts anderes vereinbart sei) Anspruch auf Erwerb des Kaufobjekts zu den wirklichen Bedingungen des Kaufgeschäfts, wozu auch nicht beurkundete Nebenvereinbarungen gehören würden. Bei der Auslegung des in Frage stehenden Kaufvertrags würden grundsätzlich dieselben allgemeinen Regeln gelten, wobei es aber im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes gerechtfertigt sei, die besondere Lage der am Vertragsabschluss nicht beteiligten Vorkaufsberechtigten zu berücksichtigen und deshalb einen objektiven Massstab anzulegen, während die individuellen Umstände, die in der Person des Verkäufers oder des Käufers liegen, eher in den Hintergrund zu treten haben. An dieser Rechtsprechung sei festzuhalten (E. 4.4.1–4.4.3).

[11] Vorliegend sei in der Festsetzung des Vorkaufspreises einzig noch die Übernahme des Inventars streitig. Mangels relevanter Feststellungen zum Wissen und Wollen der Verfahrensbeteiligten sei von einem objektiven

Standpunkt auszugehen. Im formungültigen Kaufvertrag, der gleichwohl den Vorkaufsfall abgebe, werde ein Kaufpreis von CHF 1'450'000 genannt und für das Inventar auf eine separate Vereinbarung verwiesen, die der Vorkaufsberechtigten vom Notar nicht vorgelegt wurde. Damit konnte allein aus dem Kaufvertrag ohne ausserhalb der Urkunde liegende Beweismittel der von den Vertragsparteien wirklich gewollte Kaufpreis weder ersehen noch bestimmt werden. Aus objektiver Sicht hätte deshalb angenommen werden dürfen, es handle sich bei der getrennten Vereinbarung über das Inventar um eine auf den Dritten individuell bezogene und damit um eine personengebundene Regelung. Die Vorkaufsberechtigte habe deshalb weder das Inventar zu übernehmen noch dessen Wert zusätzlich zum Kaufpreis von CHF 1'450'000 zu bezahlen. Die Beschwerde müsse deshalb abgewiesen werden (E. 4.6 und 4.7).

### **Kurzkommentar**

[12] Das Bundesgericht folgt im vorliegenden Entscheid der tradierten «Theorie des Doppelmangels»<sup>[1]</sup>, wonach bei der Preissimulation beim Grundstückkauf der simulierte Vertrag ebenso wie der dissimulierte Kaufvertrag formungültig sind.<sup>[2]</sup>

[13] Das Bundesgericht mildert die Theorie des Doppelmangels, indem es in verschiedenen Situationen die Berufung auf den Formmangel unter Hinweis auf den Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) verwehrt.<sup>[3]</sup> Auch im vorliegenden Fall verwehrt es den Vorkaufsbelasteten den Einwand, es liege angesichts des formungültigen Kaufvertrags kein Vorkaufsfall vor.

[14] Bezüglich der Folgen der Ausübung des Vorkaufsrechts ist zu beachten, dass der Vorkaufsberechtigte nicht in den Vertrag des Vorkaufsbelasteten mit dem Dritten eintritt.<sup>[4]</sup> Vielmehr kommt durch die Ausübung des Vorkaufsrechts ein Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsbelasteten zustande. Wie das Bundesgericht zu Recht festhält, richtet sich dessen Inhalt aufgrund der Verweisung in Art. 681 Abs. 1 ZGB u.a. auf Art. 216d Abs. 3 OR nach den Bedingungen, die der Vorkaufsbelastete mit dem Dritten vereinbart hat, sofern der Vorkaufsberechtigte und der Vorkaufsbelastete nichts anderes vereinbart haben. Unter Bedingungen im Sinne von Art. 216d Abs. 3 OR sind nicht Bedingungen im Sinne von Art. 151 OR zu verstehen, sondern untechnisch die Vertragsbestimmungen des Vertrags des Vorkaufsbelasteten mit dem Dritten.<sup>[5]</sup>

[15] Wie das Bundesgericht ebenfalls zu Recht festhält, sind diese Vertragsbestimmungen grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln auszulegen, wobei aber in diese Auslegung durchaus auch die Interessen des Vorkaufsberechtigten einfließen können.<sup>[6]</sup>

[16] Das Bundesgericht geht aber mit seiner Annahme (vgl. E. 4.4.2) zu weit, dass im Rahmen dieser Auslegung nicht mehr relevant ist, was die Parteien dieses Kaufvertrags, also der Vorkaufsbelastete und der Dritte, wirklich oder nach Treu und Glauben<sup>[7]</sup> als Preis des Grundstücks gewollt haben (höherer Preis), sondern was der Vorkaufsberechtigte in guten Treuen aufgrund der Mitteilung des Notars als Preis für das Grundstück annehmen durfte (tieferer Preis). Damit setzt sich das Bundesgericht in einen eklatanten Widerspruch zu seiner Rechtsprechung, an der es gemäss vorliegendem Urteil ausdrücklich festhalten wollte, nämlich dass auch nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden zu berücksichtigen sind (vgl. E. 4.4.2).

[17] Das Bundesgericht hätte zur Rechtfertigung seiner Meinung, wonach der tiefere Kaufpreis relevant sei, gescheiter auf Art. 2 Abs. 2 ZGB zurückgegriffen und ausgeführt, die Preissimulation der Parteien des Kaufvertrags verdiene auch im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten keinen Rechtsschutz, weshalb der Preis im formungültigen Kaufvertrag relevant sei. Es hätte sich alsdann auch konsistent zu seiner Argumentation verhalten, wonach trotz formungültigem Kaufvertrag aufgrund von Art. 2 Abs. 2 ZGB ein Vorkaufsfall vorliege.

MLaw JENNY VON ARX, Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

---

[1] CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 391.

[2] Z.B. BK-MÜLLER (Nr. 1), Art. 18 OR N 388 ff., und PETER JÄGGI/PETER GAUCH/STEPHAN HARTMANN, Zürcher Kommentar, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, Art. 18 OR N 165 ff., je mit Hinweisen auf abweichende Meinungen.

[3] BK-MÜLLER (Nr. 1), Art. 18 OR N 391; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN (Nr. 2), Art. 18 OR N 172.

[4] MARKUS VISCHER, Vorkaufsrechte an Aktien, GesKR 2014, S. 82 ff., S. 84.

[5] VISCHER (Nr. 4), S. 84 f.

[6] Siehe auch VISCHER (Nr. 4), S. 85.

[7] Zur subjektiv-objektiven Auslegungsmethode des Bundesgerichts z.B. ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, § 1 Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Basel 2020, Rz. 29, auch mit der Kritik an dieser Methode und mit dem Plädoyer, nur objektiv auszulegen.

**Zitiervorschlag:** Jenny von Arx / Dario Galli / Markus Vischer, Bestimmung des Vorkaufspreises, in: dRSK, publiziert am 13. Januar 2022

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**