



Kommentar zu: Urteil: [4A_145/2023](#) vom 03. Juli 2023 , zur Publikation vorgesehen
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Konkludente Vereinbarung der Abtretbarkeit eines vertraglichen Vorkaufsrechts?

Autor / Autorin

Pascale Friolet, Dario Galli, Markus Vischer

walderwys

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil 4A_145/2023 vom 3. Juli 2023 (zur amtlichen Publikation vorgesehen) entschied das Bundesgericht, dass sich die Abtretbarkeit eines vertraglichen Vorkaufsrechts aus dem Willen der Parteien oder aus den besonderen Umständen des Einzelfalles ergeben könne.

Sachverhalt

[1] B.A (nachfolgend: Mutter der Beschwerdeführerin) war Eigentümerin des Grundstücks Gbbl. Nr. xxx. Am 2. Mai 1985 schloss sie mit D.B (nachfolgend: Mutter der Beschwerdegegner) einen Kaufvertrag mit Parzellierung ab. Vom Grundstück wurde eine Fläche von 4'176 m² abgetrennt und verblieb unter Gbbl. Nr. yyy im Eigentum der Mutter der Beschwerdeführerin. Die Restparzelle Gbbl. Nr. xxx wurde ins Eigentum der Mutter der Beschwerdegegner übertragen. Gleichzeitig vereinbarten sie ein gegenseitiges Vorkaufsrecht an den beiden Grundstücken Gbbl. Nr. yyy und xxx für eine Dauer von 30 Jahren (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Die Mutter der Beschwerdeführerin verstarb im Jahr 1990. Mit ihrem Tod ging ihr Grundstück Gbbl. Nr. yyy auf ihre beiden Töchter A.A (nachfolgend: Beschwerdeführerin) und C.A (nachfolgend: Schwester) über. Die Mutter der Beschwerdegegner schloss ihrerseits mit ihren beiden Söhnen B.B (nachfolgend: Beschwerdegegner 1) und C.B (nachfolgend: Beschwerdegegner 2) am 6. Dezember 2011 einen «Abtretungsvertrag auf Rechnung künftiger Erbschaft» ab. Die Beschwerdegegner wurden so zu Eigentümern des Grundstücks Gbbl. Nr. xxx (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Die Beschwerdeführerin und ihre Schwester übertrugen ihr Grundstück Gbbl. Nr. yyy mit Kaufvertrag vom 20. September 2013 auf die X GmbH. Gleichentags erfolgte die Eintragung im Grundbuch. Am 23. September 2013 setzten sie die Beschwerdegegner über den Verkauf des Grundstücks Gbbl. Nr. yyy in Kenntnis, worauf die Beschwerdegegner am 3. Oktober 2013 das Vorkaufsrecht ausübten (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Am 5. September 2016 reichten die Beschwerdegegner beim Regionalgericht Bern-Mittelland eine Klage wegen Verletzung des Vorkaufsrechts ein (Sachverhalt Teil B.a).

[5] Mit Verfügung vom 3. April 2017 beziehungsweise 16. Mai 2017 beschränkte das Regionalgericht das Verfahren unter anderem auf die Frage der Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts am Grundstück Gbbl. Nr. yyy, dessen Berechtigte (ursprünglich) die Mutter der Beschwerdegegner war, und das die Beschwerdegegner am 3. Oktober 2013 ausgeübt haben (Sachverhalt Teil A.c).

[6] Mit Entscheid vom 25. Oktober 2017 wies es die Klage mit der Begründung ab, das Vorkaufsrecht sei nicht abtretbar gewesen. Die dagegen erhobene Berufung hiess das Obergericht

des Kantons Bern mit Entscheid vom 3. Mai 2018 gut, soweit es darauf eintrat. Es kam zum Schluss, dass das Vorkaufsrecht zugunsten der Beschwerdegegner abtretbar gewesen sei. Es wies die Sache an das Regionalgericht zurück. Dieser Entscheid des Obergerichts blieb unangefochten (Sachverhalt Teil B.c).

[7] Mit Entscheid vom 30. Juni 2022 bejahte das Regionalgericht eine Vertragsverletzung (Missachtung des Vorkaufsrechts) durch die Beschwerdeführerin sowie ihre Schwester. Demzufolge sprach es den Beschwerdegegnern Schadenersatz zu (Sachverhalt Teil B.h).

[8] Nachdem die Schwester bereits am 4. Juni 2022 verstorben war, gelangte die Beschwerdeführerin – die gleichzeitig alleinige Erbin ihrer Schwester ist – mit Berufung an das Obergericht des Kantons Bern mit dem Begehren, den Entscheid des Regionalgerichts vom 30. Juni 2022 aufzuheben und die Klage abzuweisen. Mit Entscheid vom 31. Januar 2023 wies das Obergericht die Klage ab und bestätigte die Klagegutheissung im Betrag von CHF 1'732'000 (Sachverhalt Teil B.i).

[9] Die Beschwerdeführerin verlangte u.a. mit Beschwerde in Zivilsachen, der Entscheid des Obergerichts vom 3. Mai 2018 (vgl. Rz. 6) und der Entscheid des Obergerichts vom 31. Januar 2023 (vgl. Rz. 8) seien aufzuheben und die Klage sei abzuweisen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat (Sachverhalt Teil C und E. 10).

Erwägungen

[10] Umstritten sei, ob das mit Vertrag vom 2. Mai 1985 begründete Vorkaufsrecht am Grundstück Gbbl. Nr. yyy, das ursprünglich der Mutter der Beschwerdegegner zustand, von ihr an ihre Söhne (die Beschwerdegegner) abgetreten werden konnte, obwohl die Parteien die Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts bei dessen Begründung «nicht ausdrücklich vereinbart» hätten (E. 5).

[11] Die Abtretbarkeit von vertraglichen Vorkaufsrechten an Grundstücken sei in Art. 216b [OR](#) geregelt. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung seien solche Vorkaufsrechte nicht abtretbar, sofern nichts anderes vereinbart sei. Diese Bestimmung sei seit 1. Januar 1994 in Kraft. Die Vorinstanz habe darauf verwiesen, dass das streitbetreffende Vorkaufsrecht vor dem 1. Januar 1994 vereinbart wurde, und habe befunden, dass die Frage der Abtretbarkeit nach der davor geltenden Rechtslage zu beantworten sei. Dieser Schluss werde von den Parteien zu Recht nicht beanstandet (E. 5.1).

[12] Das Obergericht habe erwogen, dass bis zum 31. Dezember 1993 die Abtretbarkeit von vertraglichen Vorkaufsrechten gesetzlich nicht geregelt gewesen sei. In sorgfältiger Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und Lehre zur damaligen Rechtslage sei die Vorinstanz zum Ergebnis gekommen, dass das (altrechtlich begründete) Vorkaufsrecht im Allgemeinen vermutungsweise nicht abtretbar sei, sich die Abtretbarkeit indes «aus dem Willen der Parteien oder aus den besonderen Umständen des Einzelfalls» ergeben könne. *In casu* lägen solche besonderen Umstände vor. Denn die Mutter der Beschwerdeführerin sei beim Vertragsabschluss 81 Jahre alt gewesen, sodass von Anfang an evident gewesen sei, dass auf ihrer Seite während der Dauer des Vorkaufsrechts der Erbfall eintreten werde. Beim Abschluss des Vertrags von 1985 habe niemand an die Eventualität gedacht, dass eines der Grundstücke dereinst statt im Todesfall vererbt, zu Lebzeiten auf Anrechnung künftiger Erbschaft an die mutmasslichen Erben übertragen werden könnte, wie dies dann tatsächlich geschehen sei. Hätten die damaligen Vertragsparteien die Möglichkeit der lebzeitigen Übertragung der Grundstücke auf Anrechnung künftiger Erbschaft an die Nachkommen in ihre Überlegungen miteinbezogen, hätten sie die Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts vereinbart. Ein solcher «subjektiver» Wille lasse sich gestützt auf die Akten erstellen (E. 5.2).

[13] Die Beschwerdeführerin greife einerseits die vorinstanzlichen, auf Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen zum tatsächlichen («subjektiven») Willen der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Jahr 1985 an. Sie übergehe, dass sie in diesem Zusammenhang hätte Willkür dartun müssen (E. 2), was sie indes unterlassen habe (E. 5.3.1).

[14] Sie insistiert andererseits darauf, dass (neu- und altrechtlich begründete) Vorkaufsrechte nur abtretbar seien, wenn dies «ausdrücklich» vereinbart worden sei. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehe es beim Vorkaufsrecht regelmässig darum, ein Grundstück in der Familie zu halten; dieses solle nicht in die Hände unerwünschter Personen gelangen. Entsprechend werde das Vorkaufsrecht regelmässig mit Rücksicht auf familiäre sowie nachbar- und freundschaftliche Verhältnisse begründet. Dies rechtfertige es, vermutungsweise von der Unübertragbarkeit des Vorkaufsrechts auszugehen. Für Fälle, in denen dieses Schutzbedürfnis nicht greife respektive ein abweichender (mutmasslicher) Parteiwille bestehe, behalte das Bundesgericht die besonderen

Umstände des Einzelfalls vor und die Abtretung des Vorkaufsrechts sei möglich. Hier gehe es nicht um eine Abtretung des Vorkaufsrechts an einen beliebigen Dritten, sondern an die (mutmasslichen) gesetzlichen Erben innerhalb der Familie. Ferner habe das Obergericht festgestellt, dass die Abtretung von den Vertragsparteien «zweifelsfrei» zugelassen worden wäre, hätten sie an diesen Fall gedacht. Vor diesem Hintergrund sei nicht einzusehen, inwiefern das Obergericht Bundesrecht verletzt haben sollte, wenn es in Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im vorliegenden Fall auf die Abtretbarkeit des Vorkaufsrechts schloss (E. 5.3.2).

[15] Weiter beharrte die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht auf ihrem Standpunkt, wonach das Gutachten zur Bestimmung des damaligen Verkehrswerts des Grundstücks Gbbl. Nr. yyy nicht für die Schadensbemessung hätte herangezogen werden dürfen (E. 6.2 und 6.3).

[16] Die nach einer zulässigen und nachvollziehbaren Bewertungsmethode erfolgte Festsetzung des Werts einer Liegenschaft betreffe – so das Bundesgericht – eine vom kantonalen Gericht grundsätzlich abschliessend zu beurteilende Tatfrage, die das Bundesgericht nur unter dem beschränkten Gesichtspunkt der Willkür prüfe. Die Verkehrswertschätzung eines Grundstücks sei naturgemäss eine Ermessensfrage. Ihr Resultat könne nicht nach objektiven Kriterien als richtig oder falsch bewertet werden. All dies verkenne die Beschwerdeführerin, wenn sie in freien Ausführungen beklage, die nach der «DCF-Methode» von den Gutachtern vorgenommene Wertermittlung sei «unseriöse Spekulation» und habe zu einem Resultat geführt, das «nichts mit der Realität zu tun» habe. Im Übrigen hätten die Gutachter die Wahl der Bewertungsmethode nachvollziehbar und schlüssig begründet (E. 6.4.1).

Kurzkommentar

[17] Die heutigen Art. 216a ff. OR sind nicht auf Vorkaufsrechte anwendbar, die vor dem 1. Januar 1994 vereinbart wurden.^[1] Allerdings kodifiziert Art. 216b OR im Wesentlichen die damalige Lehre und Rechtsprechung zum Vorkaufsrecht,^[2] weshalb dieser Entscheid sinngemäss auch für unter den geltenden Bestimmungen begründete Vorkaufsrechte relevant ist.

[18] Laut Vorinstanz haben die Parteien bei Vertragsschluss nicht an die Möglichkeit gedacht, dass eines der Grundstücke dereinst, statt im Todesfall vererbt, zu Lebzeiten abgetreten werden könnte.^[3] Der Vertrag enthielt somit eine Lücke, die das Gericht zu ergänzen hat. Methodisch gehen die richterliche Vertragsergänzung und die Vertragsauslegung fliessend ineinander über.^[4] Denn während das Gericht bei der Auslegung ergründet, was die Vertragsparteien vereinbart haben, muss es bei der Lückenfüllung ermitteln, wie die Parteien den regelungsbedürftigen Punkt ausgefüllt hätten.^[5] Zur Feststellung des Parteiwillens wendet das Bundesgericht eine subjektiv-objektive Vorgehensweise an. Primär ist das Ziel, den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien empirisch zu bestimmen (subjektive Auslegung). Lässt sich der wirkliche Wille nicht feststellen, ist subsidiär der mutmassliche Parteiwille, durch Auslegung der Willensäusserungen nach dem Vertrauensprinzip^[6], normativ zu ermitteln (objektive Auslegung).^[7]

[19] Im referierten Urteil hält das Bundesgericht die Ausführungen des Obergerichts für überzeugend, das gestützt auf die Akten einen «subjektiven» Willen konstruiert,^[8] obwohl es gleichzeitig feststellt, dass keine Partei 1985 über die Abtretung des Vorkaufsrechts zu Lebzeiten nachgedacht hatte (vgl. E. 5.3.2). Das Bundesgericht übersieht dabei, dass es rein logisch nicht möglich ist, einen subjektiven Willen festzumachen, wenn die Parteien zu diesem Punkt keinen Willen gebildet haben, da sie die Eventualität der Abtretbarkeit schlicht nicht bedacht haben. Betrachtet man die Argumentation des Obergerichts näher, so schliesst dieses insbesondere anhand von äusseren Indizien (30-jährige Dauer des Vorkaufsrechts trotz fortgeschrittenen Alters der Mutter der Beschwerdeführerin, Abtretung an gesetzliche Erben) auf die Abtretbarkeit dieses vertraglichen Vorkaufsrechts. Es handelt sich somit vielmehr um eine normative Rekonstruktion des mutmasslichen Parteiwillens anhand der Umstände des Einzelfalls als um eine empirische Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens der Parteien.

[20] Das vorliegende Urteil zeigt einmal mehr, dass die subjektiv-objektive Vorgehensweise des Bundesgerichts zur Bestimmung des Parteiwillens nicht praktikabel ist.^[9] Ein Gericht wird nur in den seltensten Fällen in der Lage sein, aus einer reinen intersubjektiven Perspektive ohne Berücksichtigung von äusseren Umständen festzustellen, ob und worüber sich die Streitparteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses einig waren.^[10] Richtigerweise sollten Verträge daher einzig nach dem Vertrauensprinzip unter Berücksichtigung der Umstände im konkreten Einzelfall ausgelegt (und ergänzt) werden,^[11] wodurch die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Auslegung obsolet wird.^[12]

[21] Abschliessend ist noch Folgendes anzumerken: Das Bundesgericht zieht in seinen Urteilen in der Regel die Substanzwertmethoden den Ertragswertmethoden vor bzw. schützt vorinstanzliche Urteile, die sich auf Substanzwertmethoden stützen.^[13] Interessanterweise hat das Bundesgericht im hier kommentierten Urteil ausnahmsweise die Anwendung einer Ertragswertmethode (DCF-Methode) geschützt (vgl. E. 6.4.1), nachdem es bereits 2022 einen «Trend in Richtung Ertragswertmethoden» festgestellt hatte.^[14]

MLaw PASCALE FRIOLET, 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] BGE [138 III 659](#) E. 3.3 S. 662.

[2] Botschaft vom 19. Oktober 1988 zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB) sowie zum Bundesgesetz über die Teilrevisionen des Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachenrecht) und des Obligationenrechts (Grundstückkauf), [BBl 1988 III 1070](#) Ziff. 312.1.

[3] Urteil des Obergerichts des Kantons Bern [ZK 17 586](#) vom 3. Mai 2018 E. IV.36.1.

[4] ANDREA HAEFELI/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Basel 2020, § 1 Rz. 35; MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222 ff., S. 227; MARKUS VISCHER, Der Aktionärsbindungsvertrag: Einfache Gesellschaft oder Innominatvertrag?, SZW 2017, S. 425 ff., S. 432.

[5] VISCHER/GALLI (Nr. 4), S. 227.

[6] Die Willensäusserung einer Partei ist nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie die andere Partei nach Treu und Glauben unter den gegebenen Umständen verstehen durfte und musste (BGE [138 III 659](#) E. 4.2.1 S. 666 m.w.H.; HAEFELI/GALLI/VISCHER (Nr. 4), § 1 Rz. 29; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Bern 2018, Art. 18 OR N 61).

[7] BGE [138 III 659](#) E. 4.2.1 S. 666 m.w.H.; HAEFELI/GALLI/VISCHER (Nr. 4), § 1 Rz. 29; BK-MÜLLER (Nr. 6), Art. 18 OR N 59 ff.; BERNHARD STEHLE, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014, S. 257 ff., S. 258.

[8] Der subjektive Wille der Mutter der Beschwerdegegner lasse sich zweifelsfrei aus ihren Aussagen vor Gericht eruieren. Dem entspräche auch der mutmassliche Willen der Mutter der Beschwerdeführerin, die im Alter von 81 Jahren noch ein 30-jähriges Vorkaufsrecht vereinbart habe (Urteil des Obergerichts des Kantons Bern [ZK 17 586](#) vom 3. Mai 2018 E. IV.36.2).

[9] Kritisch dazu z.B. auch HAEFELI/GALLI/VISCHER (Nr. 4), § 1 Rz. 29; MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen. BGer [4A_451/2017](#): Die «besondere Vereinbarung» bezüglich Nebenkosten, AJP 2018, S. 765 ff., S. 767; BK-MÜLLER (Nr. 6), Art. 18 OR N 70 ff.; STEHLE (Nr. 7), S. 258 ff.

[10] VISCHER/GALLI (Nr. 4), S. 229; BK-MÜLLER (Nr. 6), Art. 18 OR N 83 ff.

[11] VISCHER (Nr. 9), S. 767; BK-MÜLLER (Nr. 6), Art. 18 OR N 87.

[12] VISCHER (Nr. 9), S. 767; BK-MÜLLER (Nr. 6), Art. 18 OR N 102; STEHLE (Nr. 7), S. 263.

[13] Z.B. Urteil des Bundesgerichts [5A_387/2010](#) und [5A_405/2010](#) vom 14. September 2010 E. 5.2.3; siehe auch MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Schadensberechnung beim Unternehmenskauf, SZW 2023, S. 256 ff., S. 264 (Anm. 86).

[14] Urteil des Bundesgerichts [5A_361/2022](#) vom 24. November 2022 E. 3.3.1.3.

Zitiervorschlag: Pascale Friolet / Dario Galli / Markus Vischer, Konkludente Vereinbarung der Abtretbarkeit eines vertraglichen Vorkaufsrechts?, in: dRSK, publiziert am 08. Februar 2024



Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern
T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

