



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

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

## Bestimmung des Vorkaufspreises im Baurechtsverhältnis

### Zur Verbindlichkeit nicht öffentlich beurkundeter Nebenabreden für den Vorkaufsberechtigten

#### Autor / Autorin

Sarina Brun

#### Redaktor / Redaktorin

Barbara Graham-Siegenthaler

**UNIVERSITÄT  
LUZERN**

Christina Schmid-Tschirren

**u<sup>b</sup>**

UNIVERSITÄT  
BERN

*Im Urteil 5A\_782/2020 vom 23. August 2021 ging es um die Bestimmung der Vorkaufsbedingungen, genauer den Vorkaufspreis, eines selbständigen und dauernden Baurechts. Das Bundesgericht hielt fest, dass auch nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden des Drittvertrages für den Vorkaufsberechtigten massgeblich sind. Es bejahte im Hinblick auf den Vertrauensgrundsatz eine objektive Auslegung des Grundstückkaufvertrages, wenn der wirkliche Wille der Vertragsparteien dem Vorkaufsberechtigten nicht bekannt ist.*

#### I. Sachverhalt

[1] Die Genossame U. (Beschwerdegegnerin) ist Eigentümerin des Grundstücks GB xxx. Sie errichtete auf einer Teilfläche ein selbständiges und dauerndes Baurecht, das als Grundstück GB yyy im Grundbuch aufgenommen wurde und mit einem Einfamilienhaus überbaut wurde. A.A. und B.A. (Beschwerdeführer) sind Baurechtsnehmer. Sie vermieteten das im Baurecht errichtete Gebäude mit Umschwung an C. Dem Mieter räumten sie bis zum 30. Juni 2016 ein Kaufsrecht ein zum Preis von CHF 1'450'000. Betreffend das Inventar, welches sich bei Mietantritt auf der Liegenschaft befand, schlossen sie eine separate Vereinbarung mit der Verpflichtung, im Falle der Ausübung des Kaufsrechts, das Inventar für CHF 150'000 zu kaufen.

[2] Am 17. Juni 2016 verkauften die Beschwerdeführer das Grundstück GB yyy zum Preis von CHF 1'450'000 an C. Die Beschwerdegegnerin erklärte am 8. September 2016, ihr gesetzliches Vorkaufsrecht auszuüben und das Grundstück GB yyy zum Betrag von CHF 1'450'000 zu erwerben.

[3] Da sich die Beschwerdeführer weigerten, das Eigentum am Grundstück GB yyy zum Preis von CHF 1'450'000 an die Beschwerdegegnerin zu übertragen, klagte die Genossame U. am 6. November 2017 gegen A.A. und B.A. und begehrte in der Hauptsache die Übertragung des Baurechtsgrundstücks zum Preis von CHF 1'450'000,

eventualiter zum Preis von CHF 1'600'000. A.A. und B.A. schlossen auf Abweisung der Begehren. Das Bezirksgericht verpflichtete die Beschwerdeführer zur Eigentumsübertragung des Grundstücks GB yyy gegen Zahlung von CHF 1'600'000.

[4] Das Kantonsgericht Schwyz hiess die von der Beschwerdegegnerin dagegen erhobene Berufung gut und setzte den zu zahlenden Kaufpreis auf CHF 1'450'000 fest.

[5] Die Beschwerdeführer gelangten am 21. September 2020 an das Bundesgericht und beantragten, das kantonsgerichtliche Urteil aufzuheben und sie zur Übertragung des Eigentums am Grundstück GB yyy an die Beschwerdegegnerin gegen Zahlung des Kaufpreises von CHF 1'600'000 zu verpflichten.

## **II. Erwägungen des Bundesgerichts**

[6] Die Beschwerdegegnerin als Eigentümerin des Grundstücks, das mit dem selbständigen und dauernden Baurecht belastet ist, hat gegenüber jedem Erwerber ein gesetzliches Vorkaufsrecht am Baurecht (Art. 682 Abs. 2 [ZGB](#)) und kann das Baurecht zu den Bedingungen erwerben, welche die Beschwerdeführer als Verkäufer mit dem Dritterwerber vereinbart haben (Art. 681 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216d Abs. 3 [OR](#)). Das Kantonsgericht hielt fest, dass Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, der öffentlichen Beurkundung bedürfen. Öffentlich beurkundet und damit massgeblich sei der Kaufpreis von CHF 1'450'000, während nicht öffentlich beurkundete, in anderen Verträgen vereinbarte Bedingungen zwischen den Beschwerdeführern und dem Dritterwerber für die vorkaufsberechtigte Beschwerdegegnerin keine Rolle spielten, zumal ihr diese nicht mitgeteilt worden seien. Ausserdem seien durch den Abschluss des separaten Kaufvertrages über das Inventar die entsprechenden Gegenstände wirtschaftlich vom Baurecht losgelöst und einer selbständigen Regelung unterstellt, wofür die Vorkaufsberechtigte nicht einzustehen habe (E. 4.2). Dagegen, dass allein der öffentlich beurkundete Kaufpreis massgebend sei, wendeten die Beschwerdeführer ein, dass die Übernahme des Inventars für CHF 150'000 zusätzlich zur Zahlung des Kaufpreises von CHF 1'450'000 zu den Erwerbsbedingungen gehöre, welche die Beschwerdegegnerin zufolge Ausübung ihres Vorkaufsrechts zu erfüllen habe. Dass die Vereinbarung über das Inventar nicht öffentlich beurkundet wurde, führe nicht dazu, dass deren Inhalt nicht zu berücksichtigen sei, denn nach der Rechtsprechung seien selbst nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden, von denen die Vorkaufsberechtigte keine Kenntnis hatte, für sie von Gültigkeit. Die Beschwerdeführer brachten vor, dass die Vorkaufsberechtigte den wirklichen Willen der Kaufvertragsparteien gekannt habe, wonach der gesamte Kaufpreis für das Baurechtsgrundstück CHF 1'600'000 betrage (E. 4.3).

[7] Das Kantonsgericht war der Ansicht, dass nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden des Drittvertrags, von denen der Vorkaufsberechtigte keine Kenntnis hat, für den Hauptvertrag keine Rolle spielen. Namentlich Unsicherheiten mit Bezug auf den Inhalt und die Tragweite nicht beurkundeter Erklärungen sollen nicht dem Vorkaufsberechtigten angelastet werden, haben die Parteien doch die Möglichkeit, alle diese Erklärungen in die öffentliche Urkunde aufzunehmen, die den Vorkaufsfall begründet (E. 4.4.1). Nach der Rechtsprechung gibt das Vorkaufsrecht dem Berechtigten Anspruch auf Erwerb des Kaufobjektes zu den wirklichen Bedingungen des Kaufgeschäftes. Dazu gehört auch eine nicht öffentlich beurkundete Nebenvereinbarung. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung in nicht veröffentlichten Urteilen bestätigt und zur Auslegung des Kaufvertrages festgehalten, dass die allgemeinen Regeln gelten, im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes es aber gerechtfertigt sei, die besondere Lage des am Vertragsabschluss nicht beteiligten Vorkaufsberechtigten zu berücksichtigen und deshalb einen objektiven Massstab anzulegen, während die individuellen Umstände, die in der Person des Verkäufers oder Käufers liegen, eher in den Hintergrund zu treten haben (E. 4.4.2). Im vorliegenden Urteil erklärte das Bundesgericht, es halte an der Rechtsprechung fest, der Vorkaufsberechtigte erwerbe das Eigentum zu den Bedingungen, die der Verkäufer mit dem Dritten ausgehandelt hat (Art. 681 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216d Abs. 3 OR). Was an diesem Vertrag formbedürftig ist, bestimme das Gesetz. Es gebe keine Grundlage, den Umfang hier der Beurkundungspflicht (Art. 216 Abs. 1 OR) vom allfälligen Bestehen eines Vorkaufsrechts abhängig zu machen. Die besondere Lage des Vorkaufsberechtigten werde in der Auslegung des Vertrags berücksichtigt (E. 4.4.3).

[8] Die Parteien haben statt des wirklich gewollten Kaufpreises von CHF 1'600'000 (Grundstück mit Inventar) einen Kaufpreis von CHF 1'450'000 (Grundstück ohne Inventar) öffentlich beurkunden lassen und damit den Kaufvertrag formungültig geschlossen. Das Bezirksgericht hielt fest, dass es sich dabei um ein Scheingeschäft handle. Der

Kaufvertrag über das Baurechtsgrundstück, in dem ein niedrigerer Preis als der Vereinbarte angegeben wurde, sei nichtig, gleichwie der wirklich geschlossene Vertrag mit dem vereinbarten Preis, zumal er nicht öffentlich beurkundet wurde (Art. 216 Abs. 1 OR; E. 4.5.2). Aufgrund von Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 ZGB) können sich die Beschwerdeführer jedoch nicht auf den Formmangel berufen, weshalb der Vorkaufsfall eingetreten sei (E. 4.5.3).

[9] Nach Ansicht der Beschwerdeführer gehört zu den Vorkaufsbedingungen nebst der Zahlung des Kaufpreises von CHF 1'450'000 die Übernahme des Inventars für CHF 150'000 (E. 4.6.1). Das zivilrechtliche Vorkaufsrecht erstreckte sich nach den allgemeinen Regeln auf die Bestandteile des Grundstücks, soweit sie nicht separat verkauft werden (Art. 187 Abs. 2 OR) und auf die Zugehör, soweit sie zusammen mit dem Grundstück Gegenstand des Kaufvertrags bildet (Art. 644 Abs. 1 ZGB). Das Kantonsgericht gehe zutreffend davon aus, dass das Inventar ein eigener Gegenstand eines Kaufvertrages sein könne und nicht zwingend mit dem Grundstück verkauft werden müsse (E. 4.6.2). Im formungültigen Kaufvertrag wird ein Kaufpreis von CHF 1'450'000 genannt und für das Inventar auf eine separate Vereinbarung verwiesen. Bei der Beurteilung des Kaufvertrags sei von einem objektiven Standpunkt auszugehen. Allein aus dem Kaufvertrag ohne ausserhalb der Urkunde liegende Beweismittel könne der von den Vertragsparteien wirklich gewollte Kaufpreis weder gesehen noch bestimmt werden. Aufgrund der konkreten Vertragsgestaltung, wonach der Mieter das Grundstück und das Inventar in getrennten Vereinbarungen erwirbt, dürfe aus objektiver Sicht angenommen werden, es handle sich um eine auf die Mietperson individuell bezogene und damit eine personengebundene Regelung. Die vorkaufsberechtigte Beschwerdegegnerin habe deshalb weder das Inventar zu übernehmen, noch dessen Wert zusätzlich zum Kaufpreis von CHF 1'450'000 zu bezahlen (E. 4.6.3).

[10] Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war (E. 6).

### **III. Kommentar**

#### **(a) Rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Formmangel**

[11] Gemäss Art. 682 Abs. 2 ZGB besteht an einem Grundstück, das mit einem dauernden und selbständigen Baurecht belastet ist, ein gesetzliches Vorkaufsrecht des Baurechtsgebers gegenüber jedem Erwerber des Baurechts (HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl. 2019, N. 2, Art. 682 ZGB). Ein selbständiges und dauerndes Baurecht stellt nach Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB ein Grundstück dar. Dessen Verkauf hat den Formvorschriften des Grundstückkaufvertrags nach Art. 216 ff. OR zu genügen: Der Vertrag bedarf der öffentlichen Beurkundung. Die objektiv wesentlichen Punkte, welche wahrheitsgemäss zu beurkunden sind, sind das Grundstück sowie der Kaufpreis. Subjektiv wesentliche Punkte sind zu beurkunden, wenn sie ihrer Natur nach ein Element des Kaufvertrags bilden (MARKUS MÜLLER-CHEN/DANIEL GIRSBERGER/LORENZ DROESE, Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. 2017, S. 23 f.).

[12] Im vorliegenden Fall haben die Parteien für das Grundstück einen tieferen als den gewollten Kaufpreis öffentlich beurkunden lassen. Damit liegt ein Formmangel vor, wonach der Grundstücksvertrag grundsätzlich nichtig ist (Art. 11 Abs. 2 OR), was in der Folge zum Dahinfallen eines allfälligen Vorkaufsfalles führt. Die Berufung auf den Formmangel ist jedoch rechtsmissbräuchlich nach Art. 2 Abs. 2 ZGB, wenn die Parteien den Vertrag freiwillig, irrtumsfrei und in Kenntnis des Formmangels vollständig oder zur Hauptsache erfüllt haben (MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, a.a.O., S. 26). Wenn die Berufung des Verkäufers gegenüber dem Vorkaufsberechtigten auf den Formmangel – wie im vorliegenden Fall – rechtsmissbräuchlich ist, so ist der Vorkaufsfall zu behandeln, als ob er gültig wäre (ALFRED KOLLER, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Der Grundstückkauf, Alfred Koller [Hrsg.], 3. Aufl. 2017, Rz. 125 ff., S. 128 f.). Das Bundesgericht hat das Vorliegen des Vorkaufsfalles trotz Formmangels des Grundstückkaufvertrages in seinem Urteil richtigerweise bejaht.

#### **(b) Bestimmung der Vorkaufsbedingungen**

[13] Da der Vorkaufsfall trotz formungültigen Kaufvertrages eingetreten ist, stellt sich nun die Frage, zu welchen Bedingungen der Vorkaufsberechtigte das Grundstück übernehmen darf. Art. 681 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 216d Abs. 3 OR hält fest, dass der Vorkaufsberechtigte das Baurecht zu den Bedingungen erwirbt, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbarte. Gemäss Sachverhalt wurde im öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrag für das Grundstück der Preis von CHF 1'450'000 vereinbart. Zusätzlich wurde in einer separaten Vereinbarung der Käufer

dazu verpflichtet, das Inventar für CHF 150'000 zu erwerben. Der wirklich gewollte Kaufpreis für das Grundstück betrug somit nicht der öffentlich beurkundete Preis in der Höhe von CHF 1'450'000, sondern CHF 1'600'000 (Grundstück mit Inventar). Nach der Rechtsprechung hat der Berechtigte im Vorkaufsfall das Recht, das Kaufobjekt zu den wirklichen Bedingungen des Kaufgeschäfts zu erwerben. Hierzu gehört, nach einer älteren Rechtsprechung, welche in nicht veröffentlichten Urteilen durch das Bundesgericht bestätigt wurde, auch eine nicht öffentlich beurkundete Nebenvereinbarung (BGE [82 II 576](#), E. 2). Um den Kaufpreis zu bestimmen, ist der Grundstückskaufvertrag auszulegen.

[14] Die Lehrmeinungen sind geteilt in der Beurteilung der Frage, ob nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden relevant sind und dem Vorkaufsberechtigten angelastet werden können.

[15] JONAS RÜEGG vertritt die Ansicht, dass der Vorkaufsberechtigte am Vertragsschluss nicht beteiligt sei und sich daher nicht Vertragsbestimmungen entgegenhalten müsse, die er selbst nicht vereinbarte. Seines Erachtens komme daher eine subjektive Auslegung des Kaufvertrages nicht in Betracht, ausser der Vorkaufsberechtigte kannte den wirklichen Willen der Parteien des Drittvertrags. Nach der objektiven Auslegung sei der Kaufvertrag so zu beurteilen, « [...] wie der *Vorkaufsbelastete und der Vorkaufsberechtigte* (und nicht etwa der Dritte) als vernünftig und redlich (korrekt) handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen die im Drittvertrag verwendeten Worte zu verstehen hatten.» (JONAS RÜEGG, *Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken*, 2014, Rz. 919, S. 362). Eine nicht öffentlich beurkundete Nebenvereinbarung, von der der Vorkaufsberechtigte keine Kenntnis haben konnte, muss dieser sich demnach nicht entgegenhalten lassen (vgl. zum Ganzen RÜEGG, a.a.O., Rz. 919, S. 362). Diese Ansicht teilt auch BÉNÉDICT FOËX, welcher der Ansicht ist, dass nur in den Kaufvertrag aufgenommene und in der öffentlichen Urkunde enthaltene Bestimmungen für den Vorkaufsberechtigten verbindlich sind. Seines Erachtens hatten die Parteien schliesslich die Möglichkeit, diese Nebenvereinbarungen in die öffentliche Urkunde aufzunehmen, welche den Vorkaufsfall begründet (BÉNÉDICT FOËX, *Commentaire romand*, 2. Aufl. 2012, N 17 zu Art. 216d OR).

[16] PETER LIVER und PAUL-HENRI STEINAUER hingegen sind anderer Ansicht. Ersterer betont, dass der Vertrag nach dem wahren Willen der Parteien auszulegen sei (PETER LIVER, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1956*, ZBJV 94/1958, S. 41 ff.). STEINAUER erklärt, dass auch in der öffentlichen Urkunde nicht vorgesehene Nebenabreden massgeblich seien (PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, tome II, 5. Aufl. 2020, N. 2488, S. 149).

[17] Das Bundesgericht stellt in seinen Erwägungen fest, dass an der Rechtsprechung festzuhalten sei (Urteil [5A 782/2020](#), E. 4.4.3). Der Vorkaufsberechtigte erwerbe die Kaufsache zu den wirklichen Bedingungen des Kaufgeschäfts, wozu auch eine nicht öffentlich beurkundete Nebenvereinbarung gehöre (Urteil [5A 782/2020](#), E. 4.4.2). Der Umfang der Beurkundungspflicht sei nicht vom allfälligen Bestehen eines Vorkaufsrechts abhängig zu machen (Urteil [5A 782/2020](#), E. 4.4.3). Die besondere Lage des Vorkaufsberechtigten werde in der Auslegung des Vertrages berücksichtigt, wobei im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes die besondere Lage des am Vertragsschluss nicht beteiligten Vorkaufsberechtigten zu berücksichtigen sei und daher bei der Beurteilung von einem objektiven Massstab auszugehen sei, während individuelle Umstände in der Person des Käufers oder Verkäufers liegend, sekundär seien (Urteil [5A 782/2020](#), E. 4.4.2). Wenn, wie im vorliegenden Fall, der wirklich gewollte Kaufpreis für den Vorkaufsberechtigten nicht aus dem öffentlich beurkundeten Grundstückskaufvertrag ohne ausserhalb der Urkunde liegende Beweismittel ersichtlich ist, so sei der beurkundete Kaufpreis massgeblich und nicht der wirklich gewollte (Urteil [5A 782/2020](#), E. 4.6.3).

[18] Bei der Beurteilung der Vorkaufsbedingungen, nicht öffentlich beurkundete Nebenabreden vorweg auszuschliessen, scheint mir nicht angezeigt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes erwirbt der Vorkaufsberechtigte das Grundstück zu den Bedingungen, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart hat (Art. 216d Abs. 3 OR). Nebenabreden zählen m.E. zu ebenjenen Bedingungen. Rein der Aspekt der öffentlichen Beurkundung soll nicht entscheidend sein, ob diese Nebenabreden für den Vorkaufsberechtigten relevant sind oder nicht. Ich schliesse mich somit der Ansicht des Bundesgerichts an, dass die (nicht öffentlich beurkundeten) Nebenabreden – im vorliegenden Fall die Übernahme des Inventars – grundsätzlich relevant sind für den Vorkaufsberechtigten. In der Auslegung des Drittvertrages sind die Interessen des Vorkaufsberechtigten aufgrund des Vertrauensschutzes jedoch zu beachten. Dass der Vorkaufsberechtigte nicht am Vertragsschluss mit dem Dritten beteiligt war, soll ihm nicht zum Nachteil gereichen. Dies wird m.E. durch eine objektive Auslegung des Grundstückskaufvertrags

bezweckt. Der Vorkaufsberechtigte musste von dieser Nebenvereinbarung Kenntnis gehabt haben oder sie muss aus dem Grundstückskaufvertrag ersichtlich gewesen sein. Ist dies nicht der Fall, so wird eine Nebenvereinbarung dem Vorkaufsberechtigten nicht angerechnet – dies aus Gründen des Vertrauensschutzes und nicht, weil sie nicht öffentlich beurkundet ist.

[19] Dieses Urteil bestätigt die Rechtsprechung in nicht veröffentlichten Urteilen, wonach nicht öffentliche Nebenabreden für den Vorkaufsberechtigten relevant sind. Bei der Auslegung des Kaufvertrages gelten die allgemeinen Regeln, aufgrund des Vertrauensgrundsatzes ist eine objektive Auslegung gerechtfertigt.

SARINA BRUN, BLaw, Hilfsassistentin am Lehrstuhl für Privatrecht und Privatrechtsvergleichung von Prof. Dr. Barbara Graham-Siegenthaler.

**Zitiervorschlag:** Sarina Brun, Bestimmung des Vorkaufspreises im Baurechtsverhältnis, in: dRSK, publiziert am 24. November 2021

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**