DER GRUNDSTÜCKKAUF

EINE ÜBERSICHT UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER BUNDESGERICHTLICHEN RECHTSPRECHUNG*

ALFRED KOLLER
Dr. iur., Professor an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt

Stichworte: Rechtsgrundlagen des Grundstückkaufs, Formfragen, Sachgewährleistung, Haftung für ein Mindermass, Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechtsverträge

Der nachstehende Beitrag befasst sich vorab mit den Rechtsgrundlagen des Grundstückkaufs. Sodann gibt er einen Überblick über die Rechtslage. Eine relativ eingehende Behandlung erfahren wegen ihrer praktischen Bedeutung die Form des Vertragsabschlusses und die Gewährleistung für Sachmängel. Die besonderen Probleme, welche Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechtsverträge aufwerfen, bleiben vorerst ausgespart und werden in zwei eigenen Abschnitten behandelt.

Grundstückkauf ist jeder Kauf, der ein Grundstück i. S. v. Art. 655 ZGB zum Gegenstand hat (Art. 187, 216 OR).[1] Die folgenden Ausführungen beschränken sich allerdings, soweit nicht anders vermerkt, auf den Liegenschaftskauf. Wo von Grundstücken die Rede ist, sind daher im Allgemeinen (nur) Liegenschaften gemeint. Das Gesagte gilt freilich über weite Strecken – mutatis mutandis – auch für den Kauf anderer Grundstücke, etwa den Kauf einer Stockwerkeinheit oder eines selbstständigen und dauernden als Grundstück in das Grundbuch aufgenommenen Baurechts.[2] Der Liegenschaftskauf kann Gattungskauf sein (BGE 95 II 309; 118 II 32 [Parkplätze in einer Autogarage]), regelmässig ist er aber Stückkauf. Ich beschränke mich daher auf diesen.

I. Einleitung

1. Bestandteile, Zugehör

Wird eine Liegenschaft verkauft, bezieht sich der Kaufvertrag mangels anderer Vereinbarung auf alle ihre Bestandteile (Art. 642 Abs. 2, 643 ZGB), insbesondere auf fest mit dem Boden verbundene Gebäude. Den Parteien steht es jedoch frei, einzelne Bestandteile vom Kaufvertrag auszunehmen, sodass sie von der Pflicht zur Eigentumsverschaffung (Art. 184 Abs. 1 OR) nicht erfasst sind.[3] Ähnliches gilt für die Zugehör i. S. v. Art. 644 Abs. 2 ZGB. Nach Art. 644 Abs. 1 ZGB bezieht sich «die Verfügung über eine Sache» auch auf ihre Zugehör, «wenn keine Ausnahme gemacht wird». Der Begriff der «Verfügung» ist weit auszulegen; er erfasst nicht nur dingliche Verfügungen (Rechtsgeschäfte mit dinglicher Wirkung), sondern ebenso Rechtsgeschäfte mit obligatorischer Wirkung (BGE 43 II 657 E. 2 S. 659). Kaufverträge über eine Liegenschaft beziehen sich somit mangels anderer Abrede auch auf deren Zugehör.

Wird die Zugehör mitverkauft, so ist hinsichtlich der Rechtsanwendung zu unterscheiden, ob ein aus Grundstückkauf und Fahrniskauf gemischter Vertrag oder eine Vertragsverbindung vorliegt (unten Ziff. 5); im Einzelfall kann über die Zugehör auch ein in jeder Hinsicht selbstständiger Vertrag abgeschlossen werden.

2. Rechtsgrundlagen

Mit dem Grundstückkauf befasst sich das OR in einem eigenen Abschnitt («Der Grundstückkauf», Art. 216–221). Daneben gibt es allerdings zahlreiche Sonderregeln, die teils nur bestimmte Arten von Grundstückkäufen betreffen, etwa den Steigerungskauf (z. B. Art. 232 Abs. 1 OR), den Kauf landwirtschaftlicher Grundstücke (BGBB; vgl. Art. 218 OR) oder den Kauf durch Personen mit Wohnsitz

* Es werden folgende Abkürzungen verwendet: Basler Kommentar = *BaslK*, Berner Kommentar = *BerK*, Zürcher Kommentar = *ZürK*, Kommentar zum OR, Orell Füssli Verlag, 2. A. Zürich 2009 = *OFK*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess Verlag, 3. A. Zürich 2015 = *CHK*, Kurzkommentar zum OR, Helbing und Lichtenhahn, 2. A. Basel 2014 = *KurzK*, Commentaire romand, Code des obligations I, 2. A. Basel 2012 = *CR*.

1 S. Näheres bei KOLLER ALFRED, Begriff und Rechtsgrundlagen des Grundstückkaufs, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A. Bern 2001, S. 17 ff., Rn. 2 ff.

2 Einschränkungen ergeben sich aus der Natur der Sache. So ist etwa beim Kauf einer Stockwerkseinheit Art. 219 Abs. 2 OR ohne Bedeutung, denn der hier geregelte Fall, dass das Kaufgrundstück «nicht das im Grundbuch auf Grund amtlicher Vermessung angegebene Mass besitzt», kann beim Kauf von Stockwerkeigentum nicht vorkommen.

3 REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. A. Bern 2007, Rn. 150.

im Ausland (BewG), teils aber auch von allgemeiner Tragweite sind (s. etwa Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 ZGB, Verkäuferpfandrecht). Mangels abweichender Anordnung finden auf den Grundstückkauf ferner die Fahrniskaufregeln (Art. 187–215 OR) Anwendung (Art. 221 OR, dazu im nächsten Absatz). Vor den Regeln über den Kaufvertrag finden sich im Gesetz «Allgemeine Bestimmungen» über Kauf und Tausch (Art. 184–186 OR). Von diesen ist jedoch nur Art. 184 OR von allgemeiner Tragweite. Art. 185 OR ist auf den Fahrniskauf zugeschnitten und wird beim Grundstückkauf teilweise durch Art. 219 OR verdrängt. Art. 186 OR ist für den Grundstückkauf ohne jede Bedeutung (er betrifft nur den «Kleinvertrieb geistiger Getränke»).

Nach Art. 221 OR finden beim Grundstückkauf «im Übrigen», nämlich soweit die Art. 216–220 OR nichts anderes vorsehen, «die Bestimmungen über den Fahrniskauf entsprechende Anwendung». Diese Formulierung ist insofern ungenau, als einzelne Fahrniskaufregeln ihrer Natur nach ausschliesslich den Fahrniskauf betreffen und daher für den Grundstückkauf von vornherein ohne jede Bedeutung sind, also auch dort, wo spezielle Regeln zum Grundstückkauf fehlen (vgl. etwa Art. 189 [Versendungskauf], 202, 204, 206 Abs. 2 OR). Ungenau ist der Verweis aber vor allem auch deshalb, weil jene Bestimmungen, die Anwendung finden, grundsätzlich unmittelbar anwendbar sind, nicht bloss «entsprechend» (analog, wie die romanischen Gesetzestexte sagen). Entsprechend anwendbar sind sie nur dort, wo eine unmittelbare Anwendung wegen der unterschiedlichen Natur des Kaufgegenstandes ausser Betracht fällt.[4]

Wenn beispielsweise das Gesetz beim Fahrniskauf eine Rechtsfolge von der Übergabe des Besitzes an der Kaufsache abhängig macht, so ist zu prüfen, ob es damit die Übergabe als solche meint oder aber die dadurch bewirkte Übertragung des Eigentums. Im ersteren Fall kommt es auch beim Grundstückkauf auf den Besitzübergang an (Beispiel: Art. 201 Abs. 1 OR), wogegen im zweiten Fall auf den Eintrag im Grundbuch abzustellen ist, da beim Grundstückkauf dieser den Eigentumsübergang bewirkt, nicht die Besitzübertragung (Beispiel: Art. 214 Abs. 3 OR[5]). Im zweiten Fall ist die Anwendung eine analoge, im ersten Fall eine unmittelbare.

3. *Abweichungen gegenüber dem Recht des Fahrniskaufs (Überblick)*

Die wichtigsten Abweichungen gegenüber dem Fahrniskauf sind die folgenden:

A) Öffentliche Beurkundung

Der Grundstückkaufvertrag bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR), während der Fahrniskauf, von Ausnahmen abgesehen, keiner bestimmten Form bedarf (Art. 11 OR). Art. 216 Abs. 2 OR erstreckt den Beurkundungszwang auf den Vorvertrag zu einem Grundstückkauf, wogegen es für den Vorvertrag zu einem Fahrniskauf wiederum beim Grundsatz der Formfreiheit bleibt (Art. 11 und 22 Abs. 2 OR). Nicht unter Art. 216 OR fällt der Verkauf aller Aktien einer Immobiliengesellschaft (BGE 45 II 33; der Aktienkauf gilt als Fahrniskauf). Zu Art. 216 OR s. Näheres unten II.

B) Eintragung des Käufers im Grundbuch

Die Verpflichtung des Verkäufers, Eigentum am Kaufgegenstand zu übertragen, wird durch Eintragung des Käufers im Grundbuch statt – wie beim Fahrniskauf – durch Besitzübertragung erfüllt. Die Eintragung geschieht auf Veranlassung (Grundbuchanmeldung, Art. 963 Abs. 1 ZGB) des Verkäufers durch den Grundbuchbeamten. Der Verkäufer kann also nicht selbstständig erfüllen, sondern ist insoweit auf die Mitwirkung des Grundbuchbeamten angewiesen. Die einmal erfolgte Grundbuchanmeldung ist unwiderruflich (BGE 115 II 221). Weigert sich der Verkäufer, die Grundbuchanmeldung abzugeben, kann der Käufer auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums klagen (Art. 665 Abs. 1 ZGB). Der Käufer wird diesfalls ausserbuchlich Eigentümer des Kaufgrundstücks (Art. 656 Abs. 2 ZGB) und ist als solcher befugt, die Grundbucheintragung ohne Grundbuchanmeldung vonseiten des Verkäufers zu erwirken (Art. 65 Abs. 1 lit. e GBV).

Dem Käufer steht es frei, statt auf Zusprechung des Eigentums auf Leistung (Abgabe der Grundbuchanmeldung durch den Verkäufer) zu klagen. Gegebenenfalls tritt mit Rechtskraft des die Klage gutheissenden Urteils dieses an die Stelle der Willenserklärung des Verkäufers (Art. 344 Abs. 1 ZPO). Der Eigentumserwerb erfolgt jedoch erst mit der Eintragung im Grundbuch, die vom Richter zu veranlassen ist (Art. 344 Abs. 2 ZPO und Art. 64 Abs. 1 lit. h GBV).

C) Eigentumsvorbehalt

Den Kauf unter Eigentumsvorbehalt (Art. 715 ZGB) gibt es nur bei Fahrnis (Art. 217 Abs. 2 OR). Mit dieser Anordnung hat es folgende Bewandtnis:

«Ist ein Grundstückkauf bedingt abgeschlossen worden, so erfolgt die Eintragung in das Grundbuch erst, wenn die Bedingung erfüllt ist.» (Art. 217 Abs. 1 OR[6]) Die Regel gilt nur für suspensiv bedingte (Art. 151 ff. OR) Verträge, also beispielsweise dann, wenn sich der Verkäufer zur Übereignung des Kaufgrundstücks für den Fall verpflichtet hat, «dass nicht an einer öffentlichen Versteigerung ein besserer Preis erzielt werde» (BerK/BECKER, N 1 zu Art. 217 OR). Sie gilt auch für den Fall, dass die Übereignung an die Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung geknüpft ist. Eine Regel analog Art. 715 ZGB, wonach beim Fahrniskauf der Eigentumsübergang trotz Besitzübertragung bis zur Kaufpreistilgung durch Eintrag im

4 BasK/KOLLER, N 2 zu Art. 221 OR; a. A. CR/FOËX, N 3 zu Art. 221 OR.

5 S. Näheres bei KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, Bd. I, Bern 2012 (zit. OR BT), § 4 Rn. 50; BasK/KOLLER, N 21 zu Art. 214 OR.

6 Bei Art. 217 Abs. 1 OR handelt es sich letztlich um eine sachenrechtliche Regel (vgl. KOLLER ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 3. A. Bern 2009 [zit. OR AT], § 77 Rn. 28.

Eigentumsvorbehaltsregister aufgeschoben werden kann, erübrigt sich daher beim Grundstückkauf. Im Übrigen hat der Verkäufer die Möglichkeit, das Eigentum trotz ausstehendem Kaufpreis übergehen zu lassen und sich die Kaufpreisforderung durch Eintragung eines Pfandrechts am Kaufgrundstück zu sichern (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

D) Sachgewährleistung

Art. 219 OR regelt die Sachgewährleistung (nur diese ist mit der «Gewährleistung» in der Marginalie gemeint) teilweise abweichend vom Fahrniskaufrecht. S. dazu unten III.

E) Preisgefahr

Hinsichtlich der Preisgefahr[7] bestimmt Art. 220 OR, dass dann, wenn für die Übergabe des Grundstücks, d. h. den Besitzantritt, ein bestimmter Termin abgemacht ist, die Gefahr vermutungsweise mit diesem Zeitpunkt auf den Käufer übergeht (BGE 121 III 256 E. 4a = Pra 1996 Nr. 102). Ist hingegen kein bestimmter Übergabetermin abgemacht, so bleibt es bei der für den Fahrniskauf geltenden Regel (Art. 185 OR); die Gefahr geht dann also grundsätzlich mit Vertragsabschluss auf den Käufer über. Die Vermutung von Art. 220 OR ist von geringer praktischer Bedeutung, da die Gefahrtragung regelmässig vertraglich geregelt wird. Im Übrigen kommt sie unabhängig davon, wann der Eigentumsübergang erfolgt, zum Tragen.[8] In der Lehre ist die Frage freilich umstritten.[9]

4. Verträge, die ein Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen

Als Grundstückkauf betrachtet das Gesetz auch «Verträge, die ein Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen» (Art. 216 Abs. 2 OR).

Das Kaufsrecht verleiht dem Inhaber das Recht, durch einseitige Erklärung Rechte und Pflichten wie aus einem gewöhnlichen Kaufvertrag zu begründen (BGE 109 II 219 E. 2b = Pra 1984 Nr. 11; 121 III 210 E. 3c = Pra 1996 Nr. 101). Rückkaufs- und Vorkaufsrechte sind besonders gestaltete Kaufsrechte. Beim Rückkaufsrecht besteht die Besonderheit darin, dass der Kaufsrechtsinhaber der Verkäufer eines Grundstücks ist. Demgegenüber kennzeichnet sich das Vorkaufsrecht dadurch, dass das Kaufsrecht nur ausgeübt werden kann, wenn das Objekt des Kaufsrechts (das Kaufgrundstück) an einen Dritten verkauft oder in kaufähnlicher Weise veräussert wird (Vorkaufsfall; Art. 216c Abs. 1 OR). Das Vorkaufsrecht kann also als ein durch den Vorkaufsfall bedingtes Kaufsrecht aufgefasst werden.

Bei einem Kaufsrechtsvertrag ist der Kaufpreis objektiv wesentlicher Punkt. Er muss daher gemäss Parteiabrede bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Demgegenüber muss bei einem Rückkaufsrechtsvertrag der Rückkaufpreis weder bestimmt noch bestimmbar sein; gegebenenfalls gilt einfach der Kaufpreis auch als Rückkaufpreis (der Rückkaufpreis ist somit nicht objektiv wesentlicher Punkt). Entsprechend verhält es sich auch bei einem Vorkaufsrechtsvertrag: Mangels anderer Abmachung im Vorkaufsrechtsvertrag gilt als Vorkaufpreis der Preis, zu dem das Grundstück an einen Dritten verkauft wird. Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen über die Festsetzung des Übernahmepreises bei landwirtschaftlichen Grundstücken (Art. 44, 51 f. BGBB).

Der Kaufsrechtsvertrag ist nach dem Gesagten als ein durch die Ausübung des Kaufsrechts bedingter Kaufvertrag aufzufassen (Bedingungstheorie). Entsprechendes gilt für den Rückkaufsrechts- und den Vorkaufsrechtsvertrag, doch ist dieser Letztere zusätzlich durch den Eintritt des Vorkaufsfalls bedingt. In der Lehre werden freilich alle drei Verträge teils den Innominatverträgen zugerechnet (Begründungstheorie).[10] Wenn indes das Gesetz selbst diese Verträge im Abschnitt über den Grundstückkauf abhandelt, so ist nicht einzusehen, weshalb man sie nicht als besondere (bedingte bzw. doppelt bedingte) Kaufverträge ansehen sollte.[11]

In terminologischer Hinsicht sei nachgetragen, dass der Vorkaufsrechtsvertrag vom Gesetz als *Vorkaufsvertrag* bezeichnet wird (z. B. Art. 216 Abs. 3 OR). Dieser Terminus wird im Folgenden auch hier verwendet.

Es gibt auch *gesetzliche* Kaufsrechte (z. B. Art. 24, 25 ff., 41 Abs. 3 und 42 ff. BGBB), Rückkaufsrechte (Art. 55 BGBB) und Vorkaufsrechte (z. B. Art. 682 Abs. 1 ZGB [Vorkaufsrecht zugunsten des Miteigentümers] und Art. 682 Abs. 2 ZGB [Vorkaufsrecht zugunsten der Baurechtsbeteiligten]).

5. Verbundene Grundstückkaufverträge und gemischte Verträge

In der Praxis kommt es häufig vor, dass Grundstückkaufverträge zusammen mit einem anderen Vertrag abgeschlossen werden, in der Meinung, dass der Bestand des einen Vertrags von der Gültigkeit des andern abhängen soll, im Übrigen aber beide Verträge ihr selbstständiges Schicksal haben sollen.[12] Bei derartigen *Vertragsverbindungen* folgen grundsätzlich beide Verträge ihren eigenen Regeln,[13] was z. B. zur Folge hat, dass der mit dem Grundstückkauf verbundene Vertrag nicht der Form des Art. 216 OR bedarf.[14] Doch stehen die Verträge untereinander in einem Austauschverhältnis, was namentlich die Anwendung von Art. 82 OR und anderer Synallagmaregeln zur Folge hat.[15]

---

7 Zum Begriff s. KOLLER (OR AT, Fn. 6), § 37 Rn. 17; DERS. (OR BT, Fn. 5), § 4 Rn. 2.
8 BasK/KOLLER, N 2 zu Art. 220 OR.
9 Vgl. EGLI WALTER, Die Gefahrtragung beim Kaufvertrag, Diss. Zürich 1926, S. 72.
10 Zum Meinungsstand RÜEGG JONAS, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Diss. Luzern 2014, Rn. 76 und 83. RÜEGG selbst vertritt die Begründungstheorie (Rn. 70 f.).
11 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist schwankend (Nw. bei RÜEGG [Fn. 10], Anm. 87).
12 Vgl. neustens den Fall BGE 4A_282/2016, wo allerdings nicht recht deutlich wird, ob eine Vertragsverbindung oder ein gemischter Vertrag (s. sogleich im Text) vorlag.
13 THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A. Zürich 2000, bearbeitet von ALFRED KOLLER (§§ 1–47), ANTON K. SCHNYDER (§§ 48–58) und JEAN NICOLAS DRUEY (§§ 59–89), zit. GUHL/BEARBEITER, § 40 Rn. 21, m. w. Nw.
14 BGE 117 II 259 E. 2b, 90 II 34 E. 2 e contrario, 86 II 33 E. a, 78 II 435.
15 GUHL/KOLLER (Fn. 13), § 40 Rn. 21 mit Präzisierungen.

Für die Verbindung mit einem Grundstückkaufvertrag kommen die verschiedensten Vertragstypen in Betracht, z. B. ein Fahrniskauf (vgl. BGE 39 II 557 E. 2), ein Darlehensvertrag (BGE 113 II 402), eine Provisionsabrede (BGE 78 II 435) oder ein Auftrag (BGE 86 II 33)[16]. Häufig ist vor allem die Verbindung mit Verträgen, die direkt oder indirekt auf eine Überbauung des Kaufgrundstücks gerichtet sind (Werkverträge, Architektur- oder Ingenieurverträge); Beispiel: Verkäufer und Käufer machen ab, dass der Erstere auf dem Kaufgrundstück gegen einen bestimmten Werklohn eine Baute zu erstellen hat (BGE 118 II 142).[17]

Von den in einer Vertragsverbindung verkoppelten Verträgen, die je ihren eigenen Regeln folgen, sind die *gemischten* Verträge zu unterscheiden. Ein gemischter Vertrag besteht in der Verschmelzung von Elementen verschiedener Vertragstypen zu einem einheitlichen, *selbstständigen Vertragsganzen.*[18] Gemischte Verträge gehören – anders als die Vertragsverbindungen – zu den Innominatkontrakten, d. h. zu den gesetzlich nicht genannten und damit auch nicht geregelten Vertragstypen. Ein gemischter Vertrag liegt z. B. vor, wenn sich der Grundstückverkäufer verpflichtet, auf der verkauften Parzelle ein Gebäude zu errichten, ohne dass für die Werkleistung ein spezielles Entgelt ausgeschieden, die Werkleistung vielmehr zusammen mit der Verkäuferleistung im Rahmen eines Gesamtentgelts abgegolten wird.[19]

Zu den gemischten Verträgen gehört sodann – wie schon der Name sagt – die gemischte Schenkung; es verkauft beispielsweise ein Vater seinem Sohn eine Liegenschaft zu einem Preis, der – wie die Parteien wissen – weit unter dem Verkehrswert liegt. Weiteres Beispiel: A verpflichtet sich zur Übertragung eines Grundstückes, während B als Gegenleistung einerseits einen Kaufpreis bezahlt, andererseits Pflege und Unterkunft auf Lebenszeit gewährt (Mischung aus Kaufvertrag und Verpfründung, BGE 79 II 169).

Hinsichtlich der *Rechtsanwendung* stellt sich bei gemischten Verträgen mit Elementen des Grundstückkaufvertrags vorab die Frage, ob eine öffentliche Beurkundung (Art. 657 ZGB, Art. 216 OR[20]) zu erfolgen hat und welche Vertragsbestandteile allenfalls zu beurkunden sind. Gültiges Zustandekommen des Vertrages unterstellt, richtet sich dessen Inhalt innerhalb der Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung. Soweit diese lückenhaft ist, muss sie ergänzt werden. Wie dies zu geschehen hat, ist kontrovers. Für die eigene Auffassung verweise ich auf das in meinen OR-Lehrbüchern[21] Gesagte[22].

6. *Weiteres Vorgehen*

Im Folgenden interessiert der («reine») Grundstückkauf, wie er in den Art. 216–221 OR geregelt ist. Auf andere Bestimmungen wird nur insoweit hingewiesen, als dies der Sachzusammenhang erfordert. Gegenstand der Betrachtung bildet sodann – wie gesagt – nur der Kauf einer Liegenschaft; die Liegenschaften werden allerdings häufig – umgangssprachlicher Gepflogenheit folgend – als Grundstücke bezeichnet. Vorab geht es nun um die wichtigsten Abweichungen der Art. 216–220 OR gegenüber den Fahrniskaufregeln (II.–III.). Sodann gehe ich auf die besonderen Probleme ein, welche Kaufsrechts-, Rückkaufsrechts- und Vorkaufsverträge aufwerfen (IV. und V.).

II. Vertragsform: öffentliche Beurkundung

1. *Allgemeines*

Während der Fahrniskauf zu seiner Gültigkeit – wie bereits gesagt – grundsätzlich keiner bestimmten Form bedarf (Art. 11 OR), ist für den Liegenschaftskauf die öffentliche Beurkundung vorgeschrieben (Art. 216 Abs. 1 OR; Art. 657 ZGB). Eine Ausnahme macht das Gesetz bei der freiwilligen öffentlichen Versteigerung:[23] Nach Art. 229 Abs. 2 OR wird der Kaufvertrag dadurch abgeschlossen, dass der Verkäufer den Zuschlag erklärt. Der mündliche Zuschlag genügt, eine bestimmte Form ist nicht erforderlich. Auch das in Art. 235 Abs. 2 OR erwähnte Steigerungsprotokoll bildet kein Formerfordernis. Seine Funktion ist bloss die des Rechtsgrundausweises, ohne den der Grundbuchverwalter den Ersteigerer nicht im Grundbuch eintragen kann (Art. 965 Abs. 1 und 3 ZGB).[24] Mithin ist ein durch Zuschlag zustande gekommener Steigerungskauf auch dann gültig, wenn es an einem Steigerungsprotokoll fehlt. Gegebenenfalls kann der Ersteigerer vom Verkäufer verlangen, dass er zur Herstellung einer für die Grundbucheintragung genügenden Form Hand bietet, und bei verweigerter Mitwirkung auf Zusprechung des Eigentums klagen (Art. 665 Abs. 1 ZGB, vgl. oben I./Ziff. 3 lit. b).[25]

Art. 229 Abs. 2 OR ist durch das kantonale Recht nicht abänderbar, denn Art. 236 OR gibt den Kantonen lediglich

16 Vgl. ferner BGE 119 II 135.
17 Zu diesen sog. Baubindungen s. BerK/KOLLER, N 29 ff., 160, 229 zu Art. 363 OR m. w. Nw.
18 Statt vieler: SCHLUEP WALTER, Innominatverträge, in: Vischer Frank (Hrsg.), Besondere Vertragsverhältnisse, SPR VII/2, Basel 1979, S. 761 ff., S. 772.
19 Nach Ansicht des Bundesgerichts kommt in solchen Fällen auch ein Kauf über eine künftige Sache in Betracht. Überholt ist die Ansicht, dass *immer* ein Kauf (über eine künftige Sache) vorliege (so noch BGE 94 II 161 E. 1): GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 5. A. Zürich 2011, Rn. 232.
20 Art. 216 OR findet freilich zum Vornherein nur analoge Anwendung. Eine unmittelbare Anwendung fällt ausser Betracht, da der gemischte Vertrag definitionsgemäss keinem gesetzlich geregelten Vertragstyp entspricht. Auf einen aus Elementen der Verpfründung und des Kaufs gemischten Vertrag brachte das Bundesgericht Art. 522 Abs. 1 OR (nicht Art. 216 OR) zur Anwendung, Pra 1979, S. 378 ff.
21 KOLLER (OR AT, Fn. 6), § 10 Rn. 39 ff.; DERS. (OR BT, Fn. 5), § 1 Rn. 17 ff.
22 Zur praktisch bedeutsamen Frage der Mängelhaftung in Fällen, in denen Grundstückkauf und Werkvertrag in dem Sinne gemischt sind, dass sich der Verkäufer auch zur Überbauung des Grundstücks verpflichtet, s. BGE 118 II 142, aus der Lehre z. B. BerK/KOLLER, N 225 und 227 zu Art. 363 OR m. w. Nw.
23 Zum Begriff s. SCHMID JÖRG, Die Grundstücksversteigerung, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Bern 2001, § 10 Rn. 13 f., 49 ff.
24 S. SCHMID (Fn. 23), § 10 Rn. 123.
25 S. zum Vorstehenden SCHMID (Fn. 23), § 10 Rn. 104, 106 und 110; BasK/RUOSS/GOLA, N 3 f. zu Art. 235 OR.

das Recht, «in den Schranken der Bundesgesetzgebung» die öffentliche Versteigerung zu regeln (ZBGR 1930, S. 136, 137).

2. *Begriff und Verfahren der öffentlichen Beurkundung*[26]

Die öffentliche Beurkundung ist eine qualifizierte Form der Schriftlichkeit. Sie beinhaltet damit vorab eine Beurkundung des Vertragsinhalts. Dazu kommt die Mitwirkung einer Urkundsperson. Diese hat – nach vorgängigen Abklärungen – zu bestätigen, dass der beurkundete Vertragsinhalt dem erklärten Willen der Parteien entspricht und dass die in der Urkunde erwähnten Vertragsparteien identisch sind mit den Personen, die ihr gegenüber ihren Vertragswillen erklärt haben. Der so definierte Begriff der öffentlichen Beurkundung gehört dem ungeschriebenen Bundesrecht an (z. B. BGE 113 II 402 E. 2a; 4A_24/2008 E. 3.1). Auch der Umfang des Beurkundungszwangs ergibt sich aus Bundesrecht (dazu unten III./Ziff. 3). Das Verfahren hingegen bestimmen die Kantone (Art. 55 SchlT/ZGB). Sie können z. B. vorsehen, dass neben der Urkundsperson noch Zeugen mitzuwirken haben (vgl. BGE 72 II 39).

Beispielsweise im Kanton Luzern gestaltet sich das ordentliche Beurkundungsverfahren folgendermassen (§ 37 des Beurkundungsgesetzes [SRL 255]):

a. Der Notar hat die Urkunde den Urkundsparteien vorzulesen, soweit nicht durch Verordnung für einzelne Teile Ausnahmen zugelassen sind. Die wesentlichen Bestandteile der zu beurkundenden Willenserklärung sind in jedem Fall vorzulesen.
b. Die Urkundsparteien haben zu erklären, dass die Urkunde ihren Willen enthält.
c. Die Urkundsparteien haben die Urkunde zu unterschreiben.[27]
d. Der Notar hat zu bescheinigen, dass er die Urkunde den Urkundsparteien vorgelesen hat, dass diese dem ihm von den Urkundsparteien mitgeteilten Willen entspricht und dass die Urkundsparteien die Urkunde in seiner Gegenwart unterschrieben haben.
e. Der Notar hat die Urkunde zu unterschreiben.

Die kantonalen Beurkundungsvorschriften können Gültigkeits- oder blosse Ordnungsvorschriften sein (BGE 106 II 146 E. 3). Soweit es sich – nach dem kantonalen Recht – um Gültigkeitsvorschriften handelt, haben Normverstösse Ungültigkeit der Beurkundung und damit Ungültigkeit des Vertrags i. S. v. Art. 216 OR zur Folge. Die Kantone können keine abweichende Art der Ungültigkeit, etwa bloss eine einseitige Unverbindlichkeit, vorsehen (anders der erwähnte Bundesgerichtsentscheid).[28]

3. *Der Umfang des Formzwangs*

Der Umfang des Formzwangs ist umstritten.[29] Nach bundesgerichtlicher Ansicht sind in *personeller* Hinsicht die Vertragsparteien zu beurkunden. Lässt sich eine Partei beim Vertragsabschluss vertreten, so bezieht sich der Formzwang auch auf das Vertretungsverhältnis (BGE 112 II 330 E. 1a). Was in *sachlicher* Hinsicht (Vertragsinhalt) zu beurkunden ist, wurde vom Bundesgericht nicht immer gleich entschieden. Nach der heutigen Rechtsprechung sind unwesentliche Punkte nicht zu beurkunden. Bei den wesentlichen Punkten wird unterschieden: Zu beurkunden sind die *objektiv* wesentlichen Punkte, worunter das Bundesgericht die vertragstypischen (begriffswesentlichen) Punkte, also Kaufpreis und Kaufgegenstand, versteht. Beides muss *richtig* beurkundet sein. Das gilt namentlich auch für den Kaufpreis. Sowohl die Angabe eines zu tiefen als auch eines zu hohen Preises schadet. Formungültig sind daher nicht nur Kaufverträge mit Schwarzgeldvereinbarung[30], sondern auch Kaufverträge, bei denen durch Beurkundung eines zu hohen Kaufpreises ein Vorkaufsberechtigter von der Ausübung seines Rechts abgehalten werden soll.[31] Absicht ist nicht vorausgesetzt, vielmehr schadet auch eine Falschbeurkundung, die auf Unachtsamkeit oder Unwissenheit beruht. Von den *subjektiv* wesentlichen Punkten unterliegen nur jene dem Formzwang, die *«im Rahmen des Kaufvertrages»* liegen (BGE 90 II 34 E. 2 = Pra 1964 Nr. 71; 119 II 135 E. 2a = Pra 1993 Nr. 209; 135 III 295 E. 3.2 [mit ungenauer Formulierung] = Pra 2009 Nr. 121). In diesem Sinne kauftypisch sind etwa Zahlungsbedingungen. Diese bedürfen daher der Beurkundung, immer vorausgesetzt, dass sie subjektiv wesentlich sind. Nicht beurkundungsbedürftig ist hingegen etwa eine Unternehmerklausel (s. später in dieser Ziff.).

Nach BGE 5A.33/2006 muss der Kaufpreis nicht nur richtig, sondern auch *klar* beurkundet werden, andernfalls ist die Beurkundung formungültig. Ob jedoch eine unklare Beurkundung tatsächlich Formungültigkeit des Vertrags bewirkt, scheint – wie an anderer Stelle ausgeführt[32] – fraglich.

Drei Punkte sind besonders hervorzuheben: *a)* Zusicherungen i. S. v. Art. 197 OR unterliegen dem Formzwang unabhängig von ihrer subjektiven Wesentlichkeit nicht (unten III./Ziff. 1 lit. D). *b)* Der Formzwang verlangt nicht, dass Kaufpreis und Kaufgegenstand bei Vertragsab-

---

26 Die folgenden Ausführungen (II./Ziff. 2) geben auszugsweise und verkürzt wieder, was ich im OR AT (Fn. 6, § 12 Rn. 58 ff.) gesagt habe.

27 Kann eine Partei nicht unterschreiben, gilt § 47 Beurkundungsgesetz.

28 In der Lehre ist die Frage umstritten. Wie im Text z. B. ZürK/OSER/SCHÖNENBERGER, N 13 zu Art. 216 OR; ZürK/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 102 zu Art. 11 OR; a. A. ZürK/HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 33 zu Art. 657 ZGB, die unter Hinweis auf das damalige baselstädtische Beurkundungsrecht ausdrücklich die vom Bundesgericht vertretene Meinung vortragen; sodann BerK/MEIER-HAYOZ, N 129 zu Art. 657 ZGB.

29 S. zum Folgenden eingehend LEUENBERGER CHRISTOPH, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A. Bern 2001, Rn. 45 ff., ferner meine Bemerkungen im OR AT (Fn. 6), § 12 Rn. 77 ff.

30 S. dazu KOLLER ALFRED, Grundstückkauf mit Schwarzzahlung, ZBJV 1990, S. 121 ff., S. 126.

31 Ein derartiger Kaufvertrag ist zwar ungültig, doch kann er trotzdem den Vorkaufsfall begründen (s. unten V./Ziff. 4).

32 Vgl. KOLLER ALFRED, Ist die Verabredung eines Baurechtszinses formbedürftig i. S. v. Art. 779a ZGB?, in: Lorandi Franco/Staehelin Daniel (Hrsg.), Festschrift Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 163 ff., S. 169 Anm. 15.

schluss bereits genau umschrieben werden. Es genügt insoweit vielmehr Bestimmbarkeit i.S.v. Art. 184 Abs. 3 OR[33], vorausgesetzt, dass die Methode, wie der Leistungsumfang später bestimmt werden kann, im formrichtig geschlossenen Kaufvertrag angegeben wird (illustrativ BGE 95 II 309; 4A_24/2008); sind die betreffenden Angaben von der Form nicht erfasst, ist der Vertrag ungültig (vgl. BGE 106 II 146[34]). *c)* Bei einer sog. Vertragsverbindung (oben I./Ziff. 5) bedarf nur der Grundstückkauf der öffentlichen Beurkundung, nicht aber der damit verbundene Vertrag (BGE 113 II 402 [Darlehen]; BGE 86 II 33 [Auftrag]).[35] Diese Rechtsprechung hat u.a. zur Folge, dass der Verkäufer eines Grundstücks den Vertragsabschluss vom gleichzeitigen Abschluss eines Werkvertrags oder eines Vorvertrags dazu abhängig machen kann, ohne dass er diesen zweiten Vertrag (sog. Unternehmerklausel[36]) beurkunden lassen müsste[37]. Das ist von grosser praktischer Tragweite, kommt es doch sehr häufig vor, dass im Bauwesen tätige Grundeigentümer ihr Grundeigentum nur weggeben, wenn ihnen die Überbauung oder zumindest gewisse Überbauungshandlungen (z.B. Gipserarbeiten) zugestanden werden.

Anders als eine Vertragsverbindung bedarf ein gemischter Vertrag (zum Begriff oben I./Ziff. 5) mit Elementen des Grundstückkaufvertrags der öffentlichen Beurkundung (Art. 657 ZGB; BGE 135 III 295 = Pra 2009 Nr. 121). Der Beurkundungszwang bezieht sich auf den ganzen Vertrag, freilich nur im oben umschriebenen Sinne, also hinsichtlich der objektiv wesentlichen Punkte sowie jener subjektiv wesentlichen Punkte, die «im Rahmen» des betreffenden Vertrags liegen.

4. Formmängel[38]

Entspricht das Verfahren der Beurkundung nicht den kantonalen Gültigkeitsvorschriften (oben Ziff. 2) oder wurden nicht alle erforderlichen Punkte beurkundet (oben Ziff. 3), so ist der Vertrag nichtig (Art. 216 OR) und erzeugt daher keinerlei rechtsgeschäftliche Wirkungen. Die Erfüllung des Vertrags hat – anders als im deutschen Recht (§ 311b Abs. 1 BGB) – keine heilende Wirkung. Den Leistungen fehlt daher eine gültige causa. Demnach sind sie – mit noch zu machenden Vorbehalten – rückforderbar, wenn auch nicht immer in natura. Im Folgenden geht es vorab um die inhaltliche Präzisierung der Rückabwicklungsansprüche (lit. A), dann um die Voraussetzungen, unter denen die Rückabwicklung ausnahmsweise nicht verlangt werden kann (lit. B). Dabei sei unterstellt, dass der formungültige Vertrag beidseits vollständig erfüllt ist.[39]

A) Die Rückabwicklungsansprüche

Soweit die Rückabwicklung zulässig ist, kann der *Verkäufer* die Grundbuchberichtigungsklage anheben, denn wegen des in der Schweiz geltenden Kausalitätsprinzips (vgl. Art. 974 ZGB) ist er Eigentümer geblieben und kann daher verlangen, dass der Käufer im Grundbuch gelöscht und wieder er eingetragen werde (Art. 975 Abs. 1 ZGB; z.B. BGE 106 II 146 E. 3 S. 152). Ausgenommen sind Fälle, in denen das Grundstück an einen gutgläubigen Dritten weiterveräussert wurde (Art. 973 Abs. 1 und 975 Abs. 2 ZGB). Wo es beim Grundsatz bleibt, kann der Verkäufer – als Eigentümer – die Rückübertragung des Besitzes verlangen (Vindikation, Art. 641 Abs. 2 ZGB). Andernfalls (wenn er sein Eigentum an einen gutgläubigen Dritten verloren hat) tritt an die Stelle der Vindikation ein auf finanziellen Ausgleich gerichteter Bereicherungsanspruch (BGE 90 II 34 E. 5 = Pra 1964 Nr. 71). Der Rückforderungsanspruch des *Käufers* ist immer ein Bereicherungsanspruch (Art. 62 ff. OR; BGE 106 II 36 E. 4 = Pra 1980 Nr. 226). Dabei handelt es sich freilich nicht notwendig um einen *Zahlungs*anspruch. Vielmehr ist er insoweit, als der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis Grundpfandschulden übernommen hat, auf Befreiung von den übernommenen Schulden gerichtet (BGE 87 II 28 E. 5). Gegebenenfalls hat also der Verkäufer den Grundpfandgläubiger zu befriedigen oder mit ihm eine externe Schuldübernahme zu vereinbaren (Art. 175 Abs. 1 OR).

Zu den Rückleistungsansprüchen können weitere Ansprüche kommen. So kann der Käufer gestützt auf Art. 62 OR neben dem Kaufpreis auch den vom Verkäufer erzielten *Zins* herausverlangen (BGE 4A_59/2009 E. 5.3.3.2; 106 II 36 E. 4, mit Bemerkungen zur Beweislast). Umgekehrt steht dem Verkäufer u.U. ein Anspruch auf Herausgabe der aus dem Grundstück gezogenen *Nutzungen* zu (Art. 938 ZGB, BGE 84 II E. 4a). Für *Verwendungen* hat der Käufer einen Ersatzanspruch unter den Voraussetzungen und nach Massgabe der Art. 939 f. ZGB. Schliesslich können *Schadenersatzansprüche* sowohl des Verkäufers (s. Art. 940 ZGB) als auch des Käufers (aus culpa in contrahendo) bestehen.

B) Ausschluss der Rückabwicklung

Ob die Rückabwicklung eines beidseits vollständig erfüllten Vertrags ausnahmsweise ausgeschlossen ist, beurteilt sich m.E. nach Art. 63 Abs. 1 OR[40], wogegen das Bundes-

---

33 Art. 184 Abs. 3 OR betrifft zwar unmittelbar nur den Kaufpreis, analog aber auch den Kaufgegenstand. Einzelheiten bei BasK/KOLLER, N 43 zu Art. 184 OR; DERS. (OR BT, Fn. 5), § 3 Rn. 22.

34 Dazu KOLLER (OR AT, Fn. 6), § 12 Rn. 87.

35 S. ferner z.B. BGE 78 II 435; 119 II 29 = Pra 1993 Nr. 189 (Verbindung von formbedürftigem Grundstückkauf und formfreiem Auftrag); 132 III 549 E. 2.2.2 (Kaufrechtsklausel in einem Immobilienleasingvertrag ist formbedürftig, die übrigen Klauseln dagegen nicht); 39 II 557 (Verbindung von Grundstück- und Fahrniskauf, wobei nur der Grundstückkauf formbedürftig ist).

36 S. dazu eingehend REBER MARKUS, Die Baubindung beim Grundstückkauf, Diss. Bern 1999, ferner überblicksweise KOLLER ALFRED, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, § 3 Rn. 86 f.

37 Herrschende Lehre, z.B. OFK/BINDER, N 12 zu Art. 216 OR; BerK/KOLLER, N 240 zu Art. 363 OR, m.Hw., auch auf eine abweichende Lehrmeinung.

38 S. zum Folgenden eingehender KOLLER (OR AT, Fn. 6), § 12 Rn. 91 ff.

39 Zum Fall bloss teilweiser Erfüllung s. KOLLER ALFRED, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Koller Alfred (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A. Bern 2001, Rn. 95 ff.

40 Art. 63 Abs. 1 OR kommt auf den Rückabwicklungsanspruch des Käufers unmittelbar, auf jenen des Verkäufers analog zur Anwendung.

gericht Art. 2 Abs. 2 ZGB heranzieht. Ob man der einen oder anderen Ansicht folgt, ist letzten Endes nicht entscheidend, ist doch Art. 63 Abs. 1 OR nichts anderes als eine Ausformung von Art. 2 Abs. 2 ZGB.[41] So oder so ist also jeweils zu fragen, ob das Rückabwicklungsbegehren rechtsmissbräuchlich ist. Insoweit kommt es massgeblich darauf an, ob jene Partei, welche die Rückabwicklung verlangt, im Bewusstsein der Formungültigkeit erfüllt hat oder nicht (im ersten Fall wird von irrtumsfreier, im zweiten Fall von irrtümlicher Erfüllung gesprochen):[42]

Wer einen Grundstückkaufvertrag *irrtumsfrei* erfüllt hat, kann die Rückabwicklung grundsätzlich nicht verlangen (BGE 112 II 330 E. 2; 104 II 99 E. 3). Denn eine Vertragspartei setzt sich mit eigenem Verhalten in Widerspruch, wenn sie einen Vertrag vorerst erfüllt, obwohl sie weiss, dass sie ihn nicht erfüllen müsste, und nachher die Erfüllungshandlung nicht mehr gelten lassen will (venire contra factum proprium).

Wer hingegen einen formungültigen Vertrag *irrtümlich* erfüllt hat, kann die erbrachte Leistung grundsätzlich – gegen Erstattung der Gegenleistung – zurückfordern. Denn wer eine vermeintlich geschuldete Leistung erbringt, setzt sich nicht mit eigenem Verhalten in Widerspruch, wenn er nach Entdeckung des Irrtums seine Leistung zurückfordert. Zwar kann die Rückforderung ausnahmsweise trotzdem rechtsmissbräuchlich sein. Der Grund liegt dann jedoch nicht in widersprüchlichem Verhalten, sondern in anderen Umständen (vgl. den Tatbestand von BGE 112 II 330; BGer, ZBGR 2004, S. 121 E. 2b a. E.).[43]

III. Sachgewährleistung

1. *Allgemeines*

A) Gesetzliche Regeln im Überblick

Art. 219 OR, der sich mit der «Gewährleistung» (Marginalie) beim Grundstückkauf befasst, betrifft – wie bereits gesagt – nur die *Sach*gewährleistung.[44] Er enthält Sonderregeln für den Fall, dass das Grundstück *nicht das im Kaufvertrag angegebene Mass besitzt* (Art. 219 Abs. 1 und 2 OR; unten Ziff. 2). Sodann enthält er eine *besondere Verjährungsregelung* (Art. 219 Abs. 3 OR): Statt der zweijährigen Frist von Art. 210 Abs. 1 OR gilt eine fünfjährige Frist, und diese beginnt – entgegen Art. 210 Abs. 1 OR – nicht mit der Ablieferung der Kaufsache zu laufen, sondern mit dem Eigentumserwerb. Zu beachten ist, dass mit dieser Regelung auch die absolute Rügefrist, welche im Allgemeinen zwei Jahre beträgt (Art. 210 Abs. 1 i. V. m. 210 Abs. 5 OR), auf fünf Jahre erstreckt wird (vgl. BGE 4A_82/2008 E. 9).[45] Bei wörtlicher Interpretation betrifft Art. 219 Abs. 3 OR nur *Gebäude*mängel, das Bundesgericht wendet jedoch die Bestimmung auch auf Mängel der Liegenschaft an (BGE 104 II 265 E. 3 = Pra 1979 Nr. 45), und richtigerweise sollte sie auch auf die Haftung für ein Mindermass zur Anwendung gebracht werden (unten Ziff. 2 lit. D). Soweit Art. 219 OR nichts Abweichendes vorsieht, kommen die Art. 197–210 OR zum Tragen (Art. 221 OR).

B) Modifikation der Gewährleistung

In der Praxis wird die *Gewährleistung regelmässig wegbedungen* (so beim Kauf von Altbauten) *oder modifiziert* (beim Kauf von Neubauten).

Letzteres drängt sich in den häufigen Fällen auf, in denen der Verkäufer die Liegenschaft selbst hat überbauen lassen und mit den Unternehmern die SIA-Norm 118 vereinbart hat. Denn gemäss Art. 169 Abs. 1 dieser Norm kann der Verkäufer von den Unternehmern bei gegebenem Gewährleistungstatbestand nur die Mängelbeseitigung verlangen. Er seinerseits muss sich aber – wenn es gegenüber dem Käufer bei der gesetzlichen Gewährleistungsordnung bleibt – Minderung oder Wandelung gefallen lassen (Art. 205 OR i. V. m. Art. 221 OR). Dieses Nebeneinander unterschiedlicher Gewährleistungsordnungen ist der Interessenlage der Parteien, insbesondere des Verkäufers, nicht angemessen. Das zeigt sich etwa am Fall, dass der Käufer wegen eines Mangels, für den sowohl der Verkäufer als auch ein Unternehmer gewährleistungspflichtig ist, die Minderung erklärt. Alsdann kann der Verkäufer die erfolgte Kaufpreisreduktion nicht auf den gewährleistungspflichtigen Unternehmer abwälzen. Er kann zwar Nachbesserung verlangen, aber daran hat er ersichtlich kein Interesse. Im Einzelfall kann Nachbesserung zudem ausgeschlossen sein, weil der Käufer die Mängel bereits durch einen anderen Unternehmer hat beseitigen lassen. «Lachender Dritter» ist gegebenenfalls der Unternehmer, der seiner an sich gegebenen Nachbesserungspflicht nicht nachkommen muss. Die kaufrechtliche und die werkvertragsrechtliche Gewährleistungsordnung werden daher in der Notariatspraxis regelmässig koordiniert. Dabei stehen zwei Varianten im Vordergrund: Zum einen kann der Verkäufer seine kaufrechtliche Gewährleistung wegbedingen, dafür aber im Gegenzug dem Käufer seine Mängelrechte gegen die Unternehmer abtreten *(Abtretungsvariante).*[46] Zum anderen kann der Verkäufer seine kaufrechtliche Gewährleistung in der Weise beschränken, dass er nur insoweit haftet, als ihm die Unternehmer ihrerseits haftbar sind (*Gewährleistungsvariante;* vgl. den Fall BGE 117 II 259). Der Verkäufer ist also bei dieser zweiten Variante nach Massgabe der SIA-Norm 118 gewährleistungspflichtig und kann damit grundsätzlich nur auf Nachbesserung belangt werden. Vgl. zum Ganzen KOLLER

41 KOLLER (OR AT, Fn. 6), § 31 Rn. 27.

42 Im Folgenden wird unterstellt, dass die Erfüllung *freiwillig* erfolgt ist. Ist dies nicht der Fall (sie ist beispielsweise im Wege der Betreibung erzwungen worden), so ist die Rückforderung nach Wegfall des Zwangs nicht rechtsmissbräuchlich.

43 Vgl. z. B. PICHONNAZ PASCAL, Le centenaire du Code des obligations. Un code toujours plus hors du code, ZSR 2011, S. 117 ff., S. 180 ff.

44 Hinsichtlich der Rechtsgewährleistung gelten die Art. 192 ff. OR, die von geringer praktischer Bedeutung sind.

45 S. allgemein zur absoluten Rügefrist KOLLER (OR BT, Fn. 5), § 4 Rn. 149, 176.

46 Zur Zulässigkeit der Abtretung s. KOLLER ALFRED, Die Mängelrechte und die Frage ihrer Abtretbarkeit, in: Koller Alfred (Hrsg.), SIA-Norm 118, Baurechtstagung 2000, St. Gallen 2000, S. 1 ff.

ALFRED, Vertragliche Regelung der Gewährleistung beim Kauf einer Neubaute, ZBGR 2009, S. 197 ff.

C) Steigerungskauf

Für den Fall einer freiwilligen öffentlichen Versteigerung ordnet Art. 234 Abs. 3 OR an, dass der Verkäufer für Sachmängel «wie ein anderer Verkäufer» haftet, also nach Massgabe von Art. 219 und 197 ff. OR. Wenn die Bestimmung dann fortfährt, der Verkäufer könne «aber» die Gewährleistung in den öffentlichen Versteigerungsbedingungen mit Ausnahme der Haftung für absichtliche Täuschung ablehnen, so erweckt sie den Eindruck, es verhalte sich insoweit anders als beim Kauf im Allgemeinen. In Wirklichkeit trifft dies nicht zu (Art. 199 OR; vgl. BGE 123 III 165 E. 4).[47]

D) Form der Zusicherung

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob Eigenschaftszusicherungen beim Grundstückkauf der Form von Art. 216 OR zu genügen haben. M. E. ist dies zu verneinen.[48] Das Bundesgericht steht von jeher auf dem gleichen Standpunkt (BGE 73 II 218 E. 1; 63 II 77 E. 3). In der Lehre ist die Frage umstritten, herrschend ist die vom Bundesgericht vertretene Auffassung.[49]

2. *Haftung für ein Mindermass*

Im Folgenden interessiert der Fall, dass das verkaufte Grundstück nicht das im Kaufvertrag angegebene Mass besitzt, also kleiner ist, als es gemäss Kaufvertrag sein sollte. Damit befassen sich Art. 219 Abs. 1 und 2 OR, freilich nicht abschliessend. Hier nicht geregelte Fragen beurteilen sich nach Art. 197 ff. OR (i. V. m. Art. 221 OR), hinsichtlich der Verjährung gilt Art. 219 Abs. 3 OR analog. Die Rechtslage präsentiert sich wie folgt[50]:

A) Zwei Gewährleistungstatbestände

Art. 219 Abs. 1 und 2 OR unterscheiden zwei Gewährleistungstatbestände:

- Stützt sich die (falsche) Flächenangabe im Kaufvertrag auf das *im Grundbuch aufgrund amtlicher Vermessung angegebene Flächenmass,* so haftet der Verkäufer für den Fehler nur im Falle einer entsprechenden (ausdrücklichen) Zusicherung (Art. 219 Abs. 2 OR; BGE 81 II 138 E. 3; 87 II 244).
  Mit dem Grundbuch i. S. v. Art. 219 Abs. 2 OR ist nicht nur das eidgenössische Grundbuch gemeint, sondern auch ein kantonales Register, sofern die darin angegebenen Flächenmasse auf amtlicher Vermessung beruhen (Art. 46 SchlT/ZGB). Nicht unter Art. 219 Abs. 2 OR fällt hingegen ein provisorisches Grundbuch i. S. v. Art. 40 Abs. 2 SchlT/ZGB, da es sich hierbei um ein Grundbuch ohne Vermessung handelt.
- Beruht das im Kaufvertrag angegebene Flächenmass *nicht auf amtlicher Vermessung* bzw. einer entsprechenden Angabe im Grundbuch (i. S. v. Art. 219 Abs. 2 OR), so haftet der Verkäufer für die falsche Angabe ohne Weiteres, es sei denn, er habe die Haftung wegbedungen (Art. 219 Abs. 1 OR).
  Art. 219 Abs. 1 OR kommt etwa dort zum Tragen, wo jemand – was nicht selten vorkommt – von seinem Grundstück einen erst noch zu vermessenden, z. B. durch einen Situationsplan konkretisierten Parzellenteil verkauft und für dessen Fläche eine Circa-Angabe macht. In einem solchen Fall haftet der Verkäufer für die Richtigkeit der Fläche – nach Art. 219 Abs. 1 OR – automatisch, sofern er die Haftung nicht wegbedungen hat. Er haftet aber nur dafür, dass das Grundstück circa die angegebene Fläche aufweist, also der «Circa-Bereich» nicht verlassen ist.

Die Anwendung von Art. 219 Abs. 2 OR hängt nicht davon ab, ob der Falschangabe im Kaufvertrag ein Vermessungsfehler (Beispiel: BGE 62 II 159) oder aber ein Fehler bei der Übertragung des Messergebnisses ins Grundbuch (Beispiel: BGE 106 II 341 E. 1c S. 344 letzter Absatz = Pra 1981 Nr. 134) zugrunde liegt. Die Zweifel, die DESCHENAUX[51] mit Bezug auf Abschreibefehler hat, sind m. E. unbegründet. Immer aber ist vorausgesetzt, dass der amtliche Vermessungswert ins Grundbuch aufgenommen wurde und die Angabe im Kaufvertrag auf diesem Wert beruht.

Wird der Verkäufer dem Käufer haftbar, weil das im Grundbuch und gestützt darauf im Kaufvertrag angegebene amtliche Mass unrichtig ist (Art. 219 Abs. 2 OR), so kann er nach Massgabe von Art. 955 ZGB auf den Kanton Regress nehmen (BGE 106 II 341 = Pra 1981 Nr. 134).

B) Die Gewährleistungsfolgen

Bei gegebenem Haftungstatbestand hat der Verkäufer dem Käufer für den Minderwert «Ersatz zu leisten» (Art. 219 Abs. 1 OR). Gemeint ist: Dem Käufer steht die Minderung offen. Der Minderungsbetrag errechnet sich – wie üblich – nach der relativen Methode.[52] Bei einem homogenen Grundstück ist der Kaufpreis im gleichen Verhältnis zu kürzen, wie die tatsächliche Fläche gegenüber der Sollfläche verkürzt ist. Wurde ein bestimmter Preis pro m^2 abgemacht, so ergibt sich der Minderungsbetrag durch Multiplikation von fehlender Fläche und Quadratmeterpreis. Ist das Grundstück nicht homogen, was bei überbauten Grundstücken generell zutrifft, so ist die Anwendung der relativen Methode mit den üblichen Bewertungsproblemen verbunden.[53]

Ist das Grundstück nicht kleiner, sondern grösser als im Kaufvertrag angegeben, findet Art. 219 OR keine Anwendung (missverständlich insoweit BGE 119 II 341 E. 3 = Pra 1994 Nr. 81). Hingegen kann Art. 24 Abs. 3 OR zum

47 OFK/SCHÖNENBERGER, N 4 zu Art. 234 OR, m. w. Nw.
48 Begründung in § 4 Rn. 159 des OR BT (Fn. 5).
49 Zum Meinungsstand LEUENBERGER (Fn. 29), § 2 Anm. 163–165.
50 S. zum Folgenden eingehend KOLLER ALFRED, Grundstückkauf mit falscher Flächenangabe, ZBGR 1997, S. 1 ff.
51 DESCHENAUX HENRI, Das Grundbuch, SPR V/3/1, Basel 1988, S. 228 Anm. 61b.
52 S. dazu KOLLER (OR AT, Fn. 6), § 57 Rn. 51 ff.; DERS. (OR BT, Fn. 5), § 4 Rn. 206.
53 KOLLER (Fn. 48), S. 12.

Zuge kommen, mit der Folge, dass der Verkäufer einen Anspruch auf Kaufpreisanpassung «nach oben» hat.

In der Lehre ist umstritten, ob der Käufer statt der Minderung auch die Wandelung verlangen kann.[54] Die Rechtsprechung verneint dies (BGE 81 II 138 E. 6; 87 II 244 E. c). Hingegen nimmt sie an, der Käufer könne den Vertrag, falls er vom Verkäufer hinsichtlich des Flächenmasses getäuscht wurde, nach Art. 28 OR zu Fall bringen (BGE 40 II 534).

C) Art. 219 OR und das allgemeine Gewährleistungsrecht

Art. 219 OR regelt die Gewährleistung für fehlendes Flächenmass – wie gesagt – nicht abschliessend, vielmehr ist er *durch das allgemeine Gewährleistungsrecht* zu *ergänzen,* soweit dieses nicht mit Art. 219 OR kollidiert (Art. 221 OR). Anwendbar sind etwa die Art. 200 Abs. 1 und 201 OR (ZWR 1987, S. 213 E. 3b; SJZ 1917/18, S. 301 Nr. 94).

OSER/SCHÖNENBERGER[55] nehmen an, Art. 219 OR enthalte «in Abs. 1 und 2 die Subsumption eines Tatbestandes unter die Gewährleistungsbestimmungen, der an sich nicht darunter fiele, weil Quantitätsfehler nicht Mängel im Sinne von Art. 197 ff. sind». Wäre dem so, dürfte wohl Art. 219 OR nicht durch das allgemeine Gewährleistungsrecht von Art. 197 ff. OR ergänzt werden. In Wirklichkeit sind jedoch Quantitätsmängel sehr wohl Sachmängel, jedenfalls beim Stückkauf (BGE 87 II 244 E. b; 62 II 159 E. 2), um den es hier allein geht.

D) Verjährung

Umstritten ist, ob der Gewährleistungsanspruch aus Art. 219 Abs. 1 und 2 OR gemäss Art. 210 Abs. 1 OR i. V. m. Art. 221 OR, also zwei Jahre nach Besitzverschaffung, oder aber gemäss Art. 219 Abs. 3 OR, also fünf Jahre nach Eigentumsverschaffung, verjährt.[56] M. E. gilt Letzteres. Zwar betrifft Art. 219 Abs. 3 OR nach seinem Wortlaut nur Mängel des Gebäudes. Nachdem aber das Bundesgericht entschieden hat, die Bestimmung finde auf Liegenschaftsmängel analoge Anwendung (oben Ziff. 1 lit. A), wird man hinsichtlich mangelnden Flächenmasses nicht anders entscheiden dürfen.

IV. Kaufsrechts-, Rückkaufsrechts- und Vorkaufs(rechts)vertrag

Die im Titel erwähnten Verträge sind – wie gesagt (oben I./Ziff. 4) – suspensiv bedingte Kaufverträge, durch die dem Käufer ein Kaufs-, Rückkaufs- bzw. Vorkaufsrecht eingeräumt wird.

1. Form

Der Kaufsrechtsvertrag bedarf – gleich wie ein gewöhnlicher, unbedingter Kaufvertrag – der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR). Notwendiger Vertragsinhalt sind jedenfalls die Parteien, der Kaufgegenstand (BGE 113 II 402) und der Kaufpreis. Inwieweit weitere Vertragsklauseln – etwa die Abmachung einer Entschädigung für die Bindung des Kaufsrechtsbelasteten (ZWR 1977, S. 106) oder die Verabredung einer Bedingung für die Ausübung des Kaufsrechts (vgl. z. B. BR 1990, S. 47 Nr. 49) – formbedürftig sind, hängt – nach allgemeiner Regel (oben II./Ziff. 3) – davon ab, ob sie subjektiv wesentlich sind und im Rahmen des Kaufsrechtsvertrages liegen.

Auch Rückkaufsrechtsverträge bedürfen der öffentlichen Beurkundung, wogegen dies für Vorkaufsverträge nur dann zutrifft, wenn sie ein limitiertes Vorkaufsrecht begründen, wenn also der Preis, zu dem der Vorkaufsberechtigte die Sache erwerben kann, im Vorkaufsvertrag festgelegt ist (Art. 216 Abs. 2 OR). Andernfalls, wenn also der Preis nicht im Voraus bestimmt ist (illimitiertes Vorkaufsrecht), genügt die einfache Schriftform (Art. 216 Abs. 3 OR).

Bei illimitierten Vorkaufsrechten kommt gelegentlich vor, dass bei einem Verkauf des Grundstücks, auf das sich das Vorkaufsrecht bezieht, ein zu hoher Preis vereinbart wird, um den Vorkaufsberechtigten von der Ausübung des Vorkaufsrechts abzuhalten. In einem solchen Fall ist zwar der Kaufvertrag wegen eines Formmangels nichtig, trotzdem kann das Vorkaufsrecht wirksam ausgeübt werden (die Berufung auf die Formungültigkeit gegenüber dem Vorkaufsberechtigten ist missbräuchlich, Art. 2 Abs. 2 ZGB; Nw. unten V./Ziff. 4). Mit anderen Worten kann auch ein formungültiger Vertrag den Vorkaufsfall (dazu eingehend unten V./Ziff. 4) begründen.

2. Schwebezustand

Nach (rechtswirksamer) Ausübung des Kaufsrechts ist der Kaufsrechtsvertrag wie ein gewöhnlicher Kaufvertrag zu behandeln. Zuvor besteht ein durch die Ausübung des Kaufsrechts bedingter Schwebezustand. Wie sich die Rechtslage bei schwebender Bedingung präsentiert, ergibt sich insbesondere aus Art. 151 ff. OR, die Gefahrtragung richtet sich nach Art. 185 Abs. 3 OR. Was ich im OR AT (Fn. 6), §§ 77–79, mit Bezug auf Art. 151 ff. OR gesagt habe, ist hier nicht im Einzelnen zu wiederholen. Nur auf zwei Punkte sei hingewiesen: *Erstens:* Der Kaufsrechtsinhaber hat zwar während des Schwebezustandes nur eine bedingte, weder gerichtlich noch aussergerichtlich durchsetzbare Forderung. Er ist jedoch befugt, «bei Gefährdung seiner Rechte dieselben Sicherungsmassregeln zu verlangen, wie wenn seine Forderung eine unbedingte wäre» (Art. 152 Abs. 2 OR; vgl. BGE 27 II 180, 191 [Arrestlegung]). Beispielsweise kann sich der Kaufsrechtsinhaber gegen bauliche Massnahmen auf der Kaufsrechtsparzelle nach Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zur Wehr setzen, wenn Gegenstand seines Kaufsrechts die unüberbaute Parzelle ist. *Zweitens:* Der Kaufsrechtsbelastete «darf, solange die Bedingung schwebt, nichts vornehmen, was die gehörige Erfüllung seiner Verbindlichkeit hindern

54 Bejahend z. B. KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht, 3. A. Zürich 1995, S. 124; verneinend KurzK/ERNST/STARK, N 1 zu Art. 219 OR; OFK/BINDER, N 7 zu Art. 219 OR.

55 ZürK/OSER/SCHÖNENBERGER, N 1 zu Art. 219 OR.

56 CR/FOËX, N 22 zu Art. 219 OR.

könnte» (Art. 152 Abs. 1 OR). Er muss also auf die Möglichkeit, dass die Bedingung eintritt und damit die Verbindlichkeit eine unbedingte wird, Rücksicht nehmen und die nötigen Vorkehrungen treffen, um gegebenenfalls erfüllen zu können (vgl. BGE 23 I 659 E. 3). Schuldhaftes pflichtwidriges Verhalten macht schadenersatzpflichtig (Art. 97 OR), freilich nur für den Fall, dass die Bedingung eintritt, also das Kaufsrecht ausgeübt wird.

Für Rückkaufsrechts- und Vorkaufsverträge gilt das Gesagte mutatis mutandis ebenfalls.

V. Kaufsrecht, Rückkaufsrecht und Vorkaufsrecht

1. Zeitliche Begrenzung

Nach Art. 216a OR kann ein Kaufsrecht höchstens für zehn Jahre, ein Rückkaufsrecht oder Vorkaufsrecht höchstens für 25 Jahre begründet werden. Art. 216a OR ist erst seit 1. Januar 1994 in Kraft. Zuvor gab es – abgesehen von den allgemeinen Vertragsschranken (Art. 19 f. OR und Art. 27 Abs. 2 ZGB) – keine Maximalfrist. Wie altrechtliche Kaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufsrechte unter dem neuen Recht zu behandeln sind, ist strittig (Nw. in BGE 121 III 210 E. 3b = Pra 1996 Nr. 101, wo der Streit nicht zu entscheiden war). Einig ist man sich allerdings darin, dass die Art. 1–4 SchlT/ZGB zur Anwendung gelangen. Uneins ist man sich hinsichtlich der Auslegung dieser Bestimmungen und deren Anwendung auf Art. 216a OR. Nach der einen Ansicht wirkt Art. 216a OR in der Weise zurück, dass die 10- bzw. 25-Jahres-Frist ab Begründung des Kaufs-, Rückkaufs- bzw. Vorkaufsrechts zu laufen begonnen hat. Nach einer zweiten Ansicht ist die Rückwirkung eine weniger starke: Die Frist hat erst am 1. Januar 1994 zu laufen begonnen. Nach einer dritten Auffassung findet Art. 216a OR auf altrechtliche Vorkaufsrechte überhaupt keine Anwendung. Das Bundesgericht hat in BGE 126 III 421 (= Pra 2001 Nr. 117) die erste der drei Auffassungen abgelehnt, im Übrigen aber den Meinungsstreit nicht entschieden, in BGE 138 III 659 E. 3 hat es sich nun der dritten, auch hier vertretenen Auffassung[57] angeschlossen.

Ist beispielsweise ein Vorkaufsrecht 1968 für eine Dauer von 60 Jahren begründet worden, so ist dieses nach der ersten Ansicht am 1. Januar 1994 ohne Weiteres dahingefallen, da damals die 25-Jahres-Frist von Art. 216a OR bereits abgelaufen war. Nach der zweiten Ansicht hat am 1. Januar 1994 die Frist von Art. 216a OR erst zu laufen begonnen, sodass das Recht am 1. Januar 2019 dahinfällt. Nach der hier und neuerdings auch vom Bundesgericht vertretenen Ansicht bleibt Art. 216a OR aus dem Spiele, demnach gilt die vertragliche Abmachung auch unter neuem Recht, sodass das Vorkaufsrecht im Jahre 2028 abläuft.

Die 10-Jahres-Frist ist zu kurz. Aber auch die 25-Jahres-Frist kann zu kurz sein, insbesondere für Vorkaufsrechte.[58] Bester Beleg ist die Tatsache, dass in der Botschaft zum BGBB – ohne nähere Begründung – die Ansicht vertreten wird, «die Höchstdauer von 25 Jahren» gelte «nicht, wenn Vorkaufsrechte im Begründungsakt einer Stockwerkeigentümergemeinschaft oder mittels nachmaliger Vereinbarung begründet werden (Art. 712c ZGB)» (BBl 1988 III, S. 953 ff., 1078).

2. Vormerkung

Kaufsrechte können im Grundbuch vorgemerkt werden (Art. 216a OR). Die durch die Kaufsrechtsausübung bedingte Forderung auf Übertragung der Kaufliegenschaft wird dadurch zur Realobligation, die den jeweiligen Sacheigentümer verpflichtet. Wenn also der Kaufsrechtsbelastete sein Grundstück verkauft und dem Käufer daran das Eigentum überträgt, so kann der Kaufsrechtsinhaber sein Recht immer noch – gegen den Käufer – durchsetzen,[59] wogegen er ohne Vormerkung auf Schadenersatzansprüche gegen den Kaufsrechtsbelasteten/Verkäufer beschränkt wäre (vgl. BGE 137 III 293 E. 2.1). Der auf diese Weise dem Kaufrechtsinhaber gewährte besondere Schutz ist indessen auf maximal zehn Jahre beschränkt (Art. 216a OR). Die maximal zulässige Vormerkungsdauer entspricht somit der maximal zulässigen Gültigkeitsdauer (oben Ziff. 1). Es bleibt den Parteien allerdings unbenommen, vor Fristablauf das Kaufsrecht samt der Vormerkung zu verlängern (BGE 71 II 158; vgl. ferner ZBGR 1974, S. 11). Dagegen kann nicht schon im ursprünglichen Kaufsrechtsvertrag rechtsverbindlich abgemacht werden, dass der Kaufsrechtsbelastete später zu einer Verlängerung des Kaufsrechts und/oder der Vormerkung Hand bieten werde.

Das Gesagte gilt entsprechend auch für *Rückkaufs- und Vorkaufsrechte,* die maximale Vormerkungsdauer beträgt jedoch 25 Jahre (Art. 216a OR). Maximale Vormerkungs- und Gültigkeitsdauer stimmen also wiederum überein.

Gesetzliche Kaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufsrechte stellen Eigentumsbeschränkungen i. S. v. Art. 680 Abs. 1 ZGB dar, weshalb ihre Vormerkung «zur verstärkten Wirkung weder notwendig noch zulässig ist» (BGE 117 II 541, 544). Eine Anmerkung ist hingegen möglich (Art. 80 GBV) und sinnvoll.

3. Abtretung

(Vertragliche) Kaufsrechte sind im Zweifel, d. h., wenn nichts anderes verabredet ist, *vererblich, aber nicht abtretbar* (Art. 216b Abs. 1 OR). Ist die Abtretung, weil verabredet, zulässig, so bedarf sie der öffentlichen Beurkundung (Art. 216b Abs. 2 OR i. V. m. Art. 216 Abs. 2 OR; vgl.

---

57 Für diese sprechen, wie andernorts dargelegt (KOLLER ALFRED, Das intertemporale Recht zu Art. 216a OR, ZBGR 2000, S. 290 ff., S. 290 ff., insb. 301 ff.), überzeugende Gründe.

58 BasK/FASEL, N 6 zu Art. 216a OR.

59 So BerK/MEIER-HAYOZ, N 53 und 255 zu Art. 681 ZGB und N 56 f. zu Art. 683 ZGB. Welche rechtliche Tragweite die Vormerkung hat, ist freilich in verschiedener Hinsicht umstritten (s. BRÜCKNER CHRISTIAN, Verwandte Verträge [Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufrechts], in: Koller Alfred [Hrsg.], Der Grundstückkauf, 2. A. Bern 2001, S. 503 ff., Rn. 122 ff., m. Hw. auf den Meinungsstand).

BGE 111 II 145). Die Zustimmung des Kaufsrechtsbelasteten zur Abtretung des Kaufsrechts kann schon im Kaufsrechtsvertrag, aber auch später abgegeben werden (ZBGR 1983, S. 150 unten).[60]

Mit Bezug auf (vertragliche) *Vorkaufsrechte* gilt das Gesagte entsprechend, doch genügt für den Vertrag auf Übertragung eines *unlimitierten* Vorkaufsrechts Schriftlichkeit (Art. 216b Abs. 2 OR i.V.m. Art. 216 Abs. 3 OR). *Rückkaufsrechte* sind hingegen in jeder Hinsicht wie Kaufsrechte zu behandeln.

Das gesetzliche Kaufsrecht gemäss Art. 24 BGBB ist – wie das vertragliche – vererblich, hingegen ist es nicht übertragbar (Art. 24 Abs. 3 BGBB). Gesetzliche Vorkaufsrechte sind weder vererblich noch übertragbar (Art. 681 Abs. 3 ZGB).

4. Der Vorkaufsfall

Das Vorkaufsrecht kann – wie gesagt – als ein durch den Vorkaufsfall bedingtes Kaufsrecht aufgefasst werden (oben I./Ziff. 4). Was unter dem Vorkaufsfall zu verstehen ist, sagt Art. 216c OR. Danach ist zwischen Kauf- und kaufähnlichen Geschäften einerseits sowie sonstigen Geschäften andererseits zu unterscheiden. Kaufähnlich ist ein Geschäft, wenn es «wirtschaftlich einem Verkauf gleichkommt», indem es – wie der Kauf – auf die Umsetzung des Landwerts gegen Geld gerichtet ist. Art. 216c OR kodifiziert die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung, diese ist daher nach wie vor beachtlich.

Der Kauf und die kaufähnlichen Geschäfte begründen grundsätzlich den *Vorkaufsfall. Ausgenommen* sind gemäss Art. 216c Abs. 2 OR die Zwangsversteigerung sowie der Verkauf an das Gemeinwesen, falls der Erwerb zwecks Erfüllung öffentlicher Aufgaben geschieht. Die Aufzählung in Art. 216c Abs. 2 OR ist nicht abschliessend («namentlich»). Unter die Bestimmung fällt insbesondere auch der sog. Kindskauf (BGE 70 II 149), weil es dem Verkäufer bei diesem nicht nur um die Umsetzung des Landwerts gegen Geld, sondern auch um die Wahrung weiterer schützenswerter (erbrechtlicher) Interessen geht. Das gilt selbst dann, wenn der Kaufpreis marktkonform ist, also der Käufer (das «Kind») keine geldwertmässige Begünstigung erfährt. Ferner begründet der Verkauf einer Liegenschaft von einer AG an ihren Alleinaktionär den Vorkaufsfall nicht ohne Weiteres (BGE 4A_22/2010 E. 3).

Beispiel (BGE 4A_22/2010 mit unerheblichen Sachverhaltsvereinfachungen): A, Alleinaktionär der X. AG, verkaufte im Jahre 1982 eine Liegenschaft, auf welcher in der Folge die Käuferin ihr Geschäft betrieb. A behielt sich für die Dauer von 25 Jahren ein Vorkaufsrecht vor. Im Juli 1983 verkaufte er alle Aktien der X. AG dem F. Rund 20 Jahre später wollte dieser die Aktien seinerseits wieder verkaufen. Am Kauf interessiert zeigte sich die Y. Holding GmbH, allerdings ohne Übernahme der Geschäftsliegenschaft. Diese sollte vom Kauf ausgenommen werden, um so den Kaufpreis tiefer halten zu können. Daher kaufte F der X. AG die Liegenschaft am 3. Juli 2002 – zu einem unter dem Marktwert liegenden Kaufpreis – ab. Tags darauf verkaufte er einerseits die Aktien der X. AG an die Y. Holding GmbH und schloss andererseits mit der X. AG einen Mietvertrag über die Geschäftsliegenschaft. In der Folge übte A sein Vorkaufsrecht aus. Die X. AG stellte sich jedoch auf den Standpunkt, der Vorkaufsfall sei nicht eingetreten. Das Bundesgericht teilte diese Auffassung.

Umstritten ist, ob der Abschluss eines Vorvertrags oder Kaufsrechtsvertrags einen Vorkaufsfall darstellt. Das Bundesgericht hat dies verneint (BGE 85 II 572 E. 4), m.E. vermag die gegenteilige Meinung, die auf den bindend erklärten Veräusserungswillen des Grundeigentümers abstellt (ZBGR 1957, S. 23; ZBJV 1960, S. 424), mehr zu überzeugen.

Kaufverträge und gleichgestellte Verträge begründen den Vorkaufsfall grundsätzlich nur dann, wenn sie *gültig* abgeschlossen wurden. Vorbehalten ist der bereits erwähnte Fall, dass die Berufung auf die Ungültigkeit dem Vorkaufsberechtigten gegenüber rechtsmissbräuchlich erfolgt (SJZ 1983, S. 196; LGVE 1985 I, S. 9). Ebenfalls aus Rechtsmissbrauchserwägungen ist eine Bedingung, wonach der Vertrag dann, wenn das Vorkaufsrecht ausgeübt werden sollte, nicht gelten soll, im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten unbeachtlich. Das Vorkaufsrecht kann also rechtswirksam ausgeübt werden (BGE 49 II 203 E. 2; vgl. § 465 BGB).

Ist das Vorkaufsrecht rechtswirksam ausgeübt worden, so kann der Vorkaufsfall nicht mehr mit Wirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten rückgängig gemacht werden (Art. 216d Abs. 2 OR; BGE 42 II 28 E. 5). Wird also beispielsweise der Kaufvertrag, der den Vorkaufsfall begründet hat, gewandelt (Art. 205 OR), so bleibt davon die Rechtsstellung des Vorkaufsberechtigten unberührt.

Andere als Kauf- und kaufähnliche Geschäfte, z.B. Tausch, Schenkung, gemischte Schenkung (BGE 101 II 59) oder Verpfründungsvertrag (BGE 118 II 401), *begründen den Vorkaufsfall nicht. Vorbehalten* sind Fälle, in denen der Interessenlage der Parteien an sich der Abschluss eines Kaufs oder kaufähnlichen Geschäfts entsprochen hätte, sie jedoch ein anderes Geschäft, etwa einen Baurechtsvertrag (BGE 85 II 474), geschlossen haben, nur um den Vorkaufsberechtigten an der Ausübung des Vorkaufsrechts zu hindern. Art. 2 Abs. 2 ZGB gebietet hier, das betreffende Geschäft einem Kauf gleichzustellen (vgl. nebst dem erwähnten Entscheid noch ZBGR 1973, S. 245).

Art. 216c OR ist *dispositiv;* die Parteien können also den Vorkaufsfall abweichend umschreiben (LGVE 1997 I, S. 12, mit der Präzisierung, dass in solchen Fällen eine Vormerkung im Grundbuch ausgeschlossen ist).

Gesetzliche Vorkaufsrechte können – anders als vertragliche – auch im Falle der Zwangsverwertung geltend gemacht werden (Art. 681 Abs. 1 ZGB). Abgesehen hiervon bestimmt sich der Vorkaufsfall nach Art. 216c OR (gleiche Bestimmung), freilich vorbehältlich Sonderregeln. Eine solche besteht für das Vorkaufsrecht gemäss Art. 42 BGBB: Nach Art. 43 BGBB stellt u.a. auch die unentgeltli-

60 S. im Einzelnen KOLLER (OR AT, Fn. 6), § 84 Rn. 227 ff.

che Veräusserung der vorkaufsrechtsbelasteten Parzelle einen Vorkaufsfall dar (zum Übernahmepreis in einem solchen Fall s. Art. 44 BGBB). Damit sind nur die wichtigsten Unterschiede aufgezeigt.

5. Ausübung

Für die Ausübung eines Kaufs-, Rückkaufs- oder Vorkaufsrechts gibt es keine Formvorschrift (vgl. BGE 109 II 219 = Pra 1984 Nr. 11). Im Übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze über Gestaltungserklärungen. Die Ausübung darf daher normalerweise nicht an Bedingungen geknüpft werden (BGE 81 II 239; ZR 1991, S. 163 E. 3). Sodann ist ein Widerruf, von Ausnahmen abgesehen, ausgeschlossen.[61] Die mit der Rechtsausübung bewirkte Umgestaltung der Rechtslage kann also grundsätzlich nicht mehr beseitigt werden. Das gilt – wie bereits gesagt (oben Ziff. 4) – auch insofern, als der Vorkaufsfall nach rechtswirksamer Ausübung des Vorkaufsrechts nicht mehr mit Wirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten rückgängig gemacht werden kann (Art. 216d Abs. 2 OR). Wiederholt sei, dass das Vorkaufsrecht grundsätzlich nur bei Gültigkeit des den Vorkaufsfall begründenden Rechtsgeschäfts rechtswirksam ausgeübt werden kann.

Für die Ausübung des Vorkaufsrechts gilt mangels abweichender Abrede eine Frist von drei Monaten ab dem Zeitpunkt, in dem der Vorkaufsberechtigte vom wesentlichen Inhalt des mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrags Kenntnis erhalten hat (Art. 216e OR, Art. 681a Abs. 2 ZGB). Der Verkäufer – und bei vorgemerkten Vorkaufsrechten auch der Grundbuchverwalter – ist verpflichtet, den Vorkaufsberechtigten über den Abschluss und den Inhalt des Kaufvertrags in Kenntnis zu setzen (Art. 216d Abs. 1 OR, Art. 681a Abs. 1 bzw. 969 Abs. 1 ZGB). Adressat der Ausübungserklärung ist der Verkäufer oder, wenn das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt ist und die Eigentumsübertragung stattgefunden hat, der Käufer als neuer Eigentümer (s. bereits oben V./Ziff. 2).

61 KOLLER, OR AT, § 3 Rn. 68.

Universität St.Gallen
«Wissen schafft Wirkung»
Erweitern Sie Ihre Führungskompetenz
Unsere aktuellen Lehrgänge:
Management for the Legal Profession (MLP-HSG)
Einstieg jederzeit möglich - volle Anrechenbarkeit an EMBA HSG
Fachausbildung Haftpflicht- und Versicherungsrecht
September 2017 bis Juni 2018
Strafprozessrecht
März 2018 bis Feburar 2019
Berufliche Vorsorge
April 2018 bis November 2018
Prozessführung – Civil Litigation
April 2018 bis November 2018
Tel. +41 71 224 75 08 executive.school@unisg.ch www.es.unisg.ch/recht
MEHR INFORMATIONEN es.unisg.ch/recht
