

DER UMFANG DES FORMZWANGS BEIM GRUNDSTÜCKKAUF

Prof. Dr. iur. Christian Brückner*

Erschienen in: *Der Grundstückkauf – Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. Januar 2009 in Zürich und Lausanne*, hrsg. von Jürg Schmid, a. Notariatsinspektor des Kantons Zürich, Zürich 2010, S. 1-14

Inhaltsverzeichnis

1. Fehlen eindeutiger gesetzlicher Zielvorstellungen	2
2. Asymmetrie des Formzwangs bei den Grundstücksgeschäften	3
2.1 Grundsatz	3
2.2 Illustration	4
2.3 Beurkundungsbedürftigkeit der Gegenleistung nur bei Wesentlichkeit der Grundstücksübertragung	4
2.4 Hinweispflicht bei Beurkundung der Grundstücksübertragung allein	5
3. Die beurkundungsbedürftigen Abreden beim Grundstückkauf	5
3.1 Grundsatz	5
3.2 Grundstückkäufe mit atypischen Elementen: Objektive Wesentlichkeit aller für das Grundstück versprochenen Gegenleistungen	6
3.3 Subjektive Wesentlichkeit	6
3.4 "... innerhalb des Rahmens ..."	6
3.5 Freiheit der Parteien, korrespondierende Gegenleistungen zu spezifizieren	7
3.6 Keine Pflicht, korrespondierende Gegenleistungen zu spezifizieren	7
4. Vergleichende Beurteilung von Kauf-/Werkverträgen und Vermögensübertragungen mit Grundstücken	8
4.1 Die Beurkundung von Kauf-/Werkverträgen nach herrschender Lehre	8
4.2 Die Beurkundung von Vermögensübertragungen mit Grundstücken	8
4.3 Vergleich	9

LITERATUR

Peter Altenburger / Massimo Calderan / Werner Lederer, Schweizerisches Umstrukturierungsrecht, Ein Handbuch zum Fusionsgesetz, zur Handelsregisterverordnung und zum Steuerrecht, Zürich 2004; *Baker&McKenzie* (Hrsg), Fusionsgesetz, Bern 2003 (zit. *Baker&McKenzie/Bearbeiter*); *Piera Beretta*, Strukturanpassungen, Fusion - Spaltung - Umwandlung - Vermögensübertragung, SPR VIII/8, Basel 2006; *Christian Brückner*, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993; *Peter Gauch*, Der Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996; *Peter Gauch / Walter R. Schlupe / Jörg Schmid*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008; *Lukas Glanzmann*, Umstrukturierungen, Eine systematische Darstellung des schweizerischen Fusionsgesetzes, 2. Auflage, Bern 2008; *Heinrich Honssell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser* (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art.

* *Prof. Dr. iur. Christian Brückner, LL.M. (Harvard 1972), Advokat und Notar. - Ich danke Herrn Dr. iur. Lukas Heckendorn Urscheler für das Zusammentragen der Literatur und die Bereinigung des Manuskripts.*

457 - 977 ZGB, Art. 1 - 61 SchlT ZGB, 3. Auflage, Basel 2007 (zitiert: Honsell/*Bearbeiter*); Heinrich Honsell / Nedin Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (zitiert: Honsell/*Bearbeiter*); *Christoph Leuenberger*, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: *Alfred Koller* (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. Auflage, Bern 2001, 27 ff.; *Walter Pfäffli*, Fusionsgesetz und Grundbuchführung, Berner Notar 2004, 236 ff.; *Heinz Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, 3. Auflage, Bern 2007; *Werner Ritter / Leo R. Gehrler*, Beurkundungsrecht für Praktiker, Basel 2007; *Peter Ruf*, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, ZGBR 78 (1997), 361 ff.; *Jörg Schmid*, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988; *Christina Schmid-Tschirren*, Sachrechtliche Aspekte des Fusionsgesetzes, ZBGR 85 (2004), 228 ff.; *Karl Spiro*, Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf, Basel 1964; *Hubert Stöckli*, Stockwerkeigentum ab Plan, in: Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht (Hrsg.), Schweizerische Baurechtstagung, Freiburg 2009, 1 ff.

1. FEHLEN EINDEUTIGER GESETZLICHER ZIELVORSTELLUNGEN

Man könnte versucht sein, den Umfang des Formzwangs aus den gesetzlichen Zielvorstellungen, d.h. aus dem *Sinn und Zweck* des Formzwangs für bestimmte Geschäfte herzuleiten.¹ Diese Interpretationsmethode scheitert aber am Umstand, dass sich keine gesetzlichen Zielvorstellungen identifizieren lassen, die widerspruchsfrei zu erklären vermögen, weshalb der Gesetzgeber *gerade und nur* jene Geschäfte der öffentlichen Beurkundung unterstellt hat, die ihr heute von Gesetzes wegen unterstellt sind.

Bei den Grundstücksgeschäften deutet der Formzwang auf eine historische Wurzel hin. Veräusserung, Hypothekierung und langfristige Belastung von Grundeigentum konnten ehemals aus dem gesellschaftlichen Stand der Grundbesitzer hinabführen in den Stand der Besitzlosen. Im Lichte einer solchen historischen Hypothese mag es die soziale Bedeutung des Grundeigentums und der spezifische Schutz des Grundstück-Veräusserers gewesen sein, nicht der Schutz der Erwerberin, was den Formzwang begründete.² Wer Grundbesitz weggab, sollte vor übereiltem Handeln geschützt werden.

Der Übereilungsschutz ist heute ein anerkanntes Ziel der öffentlichen Beurkundung von Verträgen. Laut Lehre und Rechtsprechung soll die öffentliche Beurkundung unter anderem "*die Vertragsparteien vor unüberlegten Entschlüssen bewahren und dafür sorgen (...), dass sie die Tragweite ihrer Verpflichtungen erkennen und dass ihr Wille in der Urkunde klar und vollständig zum Ausdruck kommt.*"³ Dabei geht es mittlerweile allerdings um den Schutz *beider* Parteien, nicht nur der Verkäuferin.⁴ Das lässt sich hören. Trotzdem fällt es schwer, die Veräusserung und Belastung von Grundeigentum als Dinge zu qualifizieren, die nach einem besonderen

¹ *Rey*, N 1361c; s. auch *Ruf*, 367.

² *Spiro*, S. 16, mit Hinweisen; *Brückner*, N 288 ff.

³ BGE 99 II 159, E. 2a.

⁴ *Leuenberger*, N 20; *Honsell/Hess*, N 1 zu Art. 216 OR; *Schmid*, N 38; a.M. *Spiro*, S. 16.

Schutz der Parteien rufen. Dass man grosse Unternehmungen formfrei veräussern kann, nicht dagegen ein kleines Stück Wiesland, leuchtet nicht ein.⁵

So erblicken denn Lehre und Rechtsprechung den Sinn und Zweck der Beurkundung auch nicht ausschliesslich im Übereilungsschutz.

Laut Bundesgericht besteht ein weiterer Zweck der öffentlichen Beurkundung darin, "*eine sichere Grundlage für den Eintrag ins Grundbuch*" zu schaffen.⁶ - Man wird auch dieser Sinngebung nicht widersprechen wollen. Aber auch sie erklärt den Formzwang für Grundstücksgeschäfte nicht wirklich.⁷ Gesetz- und Verordnungsgeber wären ohne weiteres in der Lage, der Klientel der Grundbuchämter Form und Inhalt der Anmeldungsbelege so vorzuschreiben, dass sichere Eintragungsgrundlagen auch ohne Beurkundungsverfahren zustande kommen. Solche Vorschriften bestehen für Patentanmeldungen, Markenregistrierungen und zahlreiche andere registerpflichtige Akte, ohne dass dem Registereintrag ein Ritual vorangestellt werden muss, wie es das Verfahren der öffentlichen Beurkundung ist.

Überblickt man den Perimeter der dem Formzwang unterstehenden Rechtsgeschäfte, so kommt man um die Feststellung nicht herum, dass die Unterstellung bestimmter Rechtsgeschäfte unter den Formzwang und die Nicht-Unterstellung aller anderen ihren Geltungsgrund heutzutage primär in der gesetzlichen Anordnung, nicht in sachlicher Notwendigkeit liegt.

Daraus ist abzuleiten, dass der Umfang des Formzwangs eng zu definieren ist. Formbedürftig sind jene Erklärungsinhalte, die von Gesetzes wegen beurkundet werden müssen - nur sie, nichts sonst. In Zweifelsfällen ist zu Gunsten der Formfreiheit zu entscheiden.⁸ Formfreiheit ist die Regel, Formzwang die Ausnahme (Art. 11 OR).

2. ASYMMETRIE DES FORMZWANGS BEI DEN GRUNDSTÜCKSGESCHÄFTEN

2.1 Grundsatz

Bei den Grundstücksgeschäften knüpft der Formzwang an das Tatbestandsmerkmal des Grundeigentums an. Sofern und soweit Grundeigentum rechtlich bewegt wird, besteht der Formzwang.⁹ Andere Vertragsleistungen unterstehen dem Formzwang nur, sofern und soweit sie mit der rechtlichen Bewegung von Grundeigentum in einem Zusammenhang stehen. Abgesehen hiervon unterstünden sie in der Regel keinem Formzwang. Diese Ausgangslage führt zu asymmetrischen Regeln über die Formbedürftigkeit verschiedener Vertragsinhalte. Sie führt auch zu diversen Unklarheiten, insbesondere bei komplexen Geschäften.

Fest steht: Zu beurkunden ist kraft gesetzlicher Anordnung (Art. 657 Abs. 1 ZGB und Art. 799 Abs. 2 ZGB) die **Verpflichtung, Grundeigentum zu veräussern oder zu belasten**. Andere Verpflichtungen - etwa zu weiteren Sachleistungen oder zu Dienstleistungen -, die der Veräusserer gleichzeitig eingeht, sind grundsätzlich nicht beurkundungsbedürftig.

⁵ S. auch *Brückner*, N 289 ff.

⁶ BGE 112 II 330, E. 1a.

⁷ *Brückner*, N 291.

⁸ S. allerdings *Schmid*, N 306 f.

⁹ *Rey*, N 1365 ff. und 1381; *Honsell/Laim*, N 9 zu Art. 657 ZGB.

Zu beurkunden ist ferner die **Gegenleistung**, die für das Grundstück versprochen wird. Dies ergibt sich aus Art. 657 Abs. 1 ZGB, wonach der "Vertrag" auf Eigentumsübertragung an Grundstücken zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf.¹⁰ Da die Beurkundungspflicht an den "Vertrag" anknüpft, ist bei vollkommen zweiseitigen (synallagmatischen) Vereinbarungen das gesamte Austauschverhältnis zu beurkunden. Werden für ein Grundstück mehrere Gegenleistungen versprochen, z.B. eine Geld-, eine Sach- und eine Dienstleistung, so sind alle Gegenleistungen zu beurkunden.

Die Asymmetrie der Regelung kann folgendermassen auf den Punkt gebracht werden:

- a) Alles, was als Gegenleistung für das Grundstück vereinbart wird, ist beurkundungsbedürftig.
- b) Werden für eine einheitliche Vertragsleistung, beispielsweise für einen Pauschalpreis, ein oder mehrere Grundstücke *und zusätzliche weitere Leistungen* zugesichert, so sind diese weiteren Leistungen nicht unter allen Umständen beurkundungsbedürftig.

2.2 Illustration

Wird im gleichen Geschäft zwischen den gleichen Parteien ein Grundstück und ein Fahrzeug verkauft, das Grundstück zum Preis X, das Fahrzeug zum Preis Y, dann ist nur der Grundstückkauf mit dem Preis X beurkundungsbedürftig, nicht auch der Fahrzeugkauf zum Preis Y.

Werden ein Grundstück und ein Fahrzeug insgesamt zum Pauschalpreis Z verkauft, dann lässt sich aus dem Gesetz nicht mit Bestimmtheit ableiten, ob das ganze Geschäft oder nur Teile davon dem Formzwang unterliegen.

2.3 Beurkundungsbedürftigkeit der Gegenleistung nur bei Wesentlichkeit der Grundstücksübertragung

Bei Pauschalpreisen für mehrere Leistungen ist es angebracht, das ganze Geschäft dann dem Formzwang zu unterstellen, wenn die Übertragung von Grundeigentum als ein wesentlicher Teil des Gesamtgeschäftes erscheint. In diesem Fall behält das ganze Geschäft seinen Charakter als "Vertrag auf Übertragung von Grundeigentum".

Hat die Übertragung von Grundeigentum nur nebensächliche Bedeutung, dann genügt es, die Verpflichtung zur Grundstücksübertragung als isolierten Akt öffentlich zu beurkunden. Das Gesamtgeschäft ist nicht beurkundungsbedürftig. Die vielen verschiedenen Leistungen lassen sich nicht mehr als "Vertrag auf Eigentumsübertragung an Grundstücken" qualifizieren. Als Beispiel sei die Sacheinlage der Aktiven und Passiven einer Unternehmung in eine neu gegründete Kapitalgesellschaft erwähnt, wenn sich im Sacheinlageinventar neben zahlreichen Aktiven im In- und Ausland auch vereinzelte schweizerische Liegenschaften befinden.

Die Möglichkeit der bloss teilweisen Beurkundung eines umfassenden Geschäfts ist neuerdings auch in Art. 70 Abs. 2 FusG für die Vermögensübertragung abgebildet: Enthält das Vermögensübertragungsinventar neben anderen Aktiven auch ein Grundstück in der Schweiz, dann ist

¹⁰ S. Honsell/Laim, N 55 zu Art. 657 ZGB; a.M. Rey, N 1387 ff. und 1404.

nur die Übertragung dieses Grundstücks beurkundungsbedürftig, nicht aber der Rest des Vermögensübertragungsvertrags.¹¹ Die Grundstücksübertragung wird wie ein Puzzlestein aus dem Gesamtgeschäft herausgeschält und einer verfahrensrechtlichen Sonderbehandlung unterzogen. Dies deshalb, weil es bei der Vermögensübertragung um ein umfassendes Geschäft geht und nicht hauptsächlich um einen Vertrag auf Eigentumsübertragung von Grundstücken.

2.4 Hinweispflicht bei Beurkundung der Grundstücksübertragung allein

Wird die Gegenleistung für die Eigentumsübertragung nicht beurkundet, so muss die öffentliche Urkunde erwähnen, dass die Übereignung der je einzeln erfassten Grundstücke im Rahmen eines Vermögensübertragungsvertrags erfolgt. Es braucht also einen Hinweis, dass die Grundstücksüberweisung Teil eines umfassenden Geschäfts ist. Dieser Hinweis legt offen, dass das vorliegend beurkundete Grundstücksgeschäft kein selbständiges Geschäft ist und dass das dargestellte Synallagma möglicherweise wirtschaftlich nicht sinnvoll wäre, wenn es keine weiteren Abreden zwischen den Parteien gäbe.

3. DIE BEURKUNDUNGSBEDÜRFTIGEN ABREDEN BEIM GRUNDSTÜCKKAUF

3.1 Grundsatz

Art. 216 OR konkretisiert den Grundsatz von Art. 657 Abs. 1 ZGB für den Spezialfall des Grundstückkaufs. Zu Art. 216 OR hat das Bundesgericht eine reichhaltige Praxis entwickelt. Demnach sind beurkundungsbedürftig

1. Die objektiv wesentlichen Vertragspunkte, sowie

2. die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte, sofern sie innerhalb des Rahmens des Kaufvertrags liegen.¹²

Unter der erstgenannten Alternative werden alle Punkte erfasst, welche beim gesetzlichen Vertragstyp des Grundstückkaufs objektiv wesentlich sind. Dazu gehört (a) die Verpflichtung, Grundeigentum zu übertragen und (b) die Verpflichtung, den Preis zu bezahlen (vgl. Art. 184 OR). Als Kaufpreis gilt nach h.L. eine Geldleistung.¹³

3.2 Grundstückskäufe mit atypischen Elementen: Objektive Wesentlichkeit aller für das Grundstück versprochenen Gegenleistungen

Objektive Wesentlichkeit hat wegen des umfassenderen Geltungsbereichs von Art. 657 ZGB *alles, was als Gegenleistung für das Grundstück versprochen wird.*¹⁴ Somit sind nicht nur die Verpflichtung zu Geldzahlungen zu beurkunden, sondern auch Leistungen, die für den Grundstückkauf gemäss Art. 216 OR atypisch sind.

¹¹ Art. 70 Abs. 2 FusG spricht von den "entsprechenden Teile[n] des Vertrages"; gl.M.: Ritter/Gehrer, S. 38; s. auch Beretta, S. 474; Pfiffli, S. 251; a.A.: Glanzmann, N 293; Altenburger/Calderan/Lederer, N 914; Baker&McKenzie/Frick, N 12 zu Art. 70 FusG; s. auch Amtl. Bull. NR 2003, 242 f., dazu Schmid-Tschirren, 233.

¹² S. Brückner, N 2500; Gauch/Schlupe/Schmid, N 537 ff., je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

¹³ Honsell/Koller, N 19 zu Art. 184 OR.

¹⁴ S. auch Brückner, N 2502; vgl. auch BGE 101 II 329, E. 3a.

Wird also ein Grundstück im Wert von 100 veräußert und als Gegenleistung eine Geldzahlung von 60 sowie eine Dienstleistung der Erwerberin im Wert von 40 vereinbart, so sind alle drei Vertragsinhalte beurkundungsbedürftig, nämlich die Verpflichtungen zur Grundstücksübereignung, zur Geldzahlung und zur Dienstleistung. Allen Vertragsinhalten kommt objektive Wesentlichkeit zu.

Den als Gegenleistung für das Grundstück versprochenen Leistungen kommt objektive Wesentlichkeit auch dann zu, wenn sie subjektiv unwesentlich sind. Wollten die Parteien ein Grundstück zu 2,5 Mio verkaufen und konzedierte der Käufer unmittelbar vor der Beurkundung einen marginalen Aufpreis von einigen 1000 Franken, so ist die Urkunde mit dem neuen, leicht erhöhten Kaufpreis neu zu schreiben, auch wenn klar ist, dass der Aufpreis bzw. dessen Verweigerung für keine der Parteien ein "Deal breaker" gewesen wäre.

Das Gleiche muss für Sach- und Dienstleistungen gelten, die als Entgelt für ein Grundstück versprochen werden. Auch Sach- und Dienstleistungen von geringem Geldwert und ohne subjektive Wesentlichkeit unterliegen dem Formzwang, wenn sie von den Parteien als Gegenleistung für ein Grundstück vereinbart werden.¹⁵

Anderes muss gelten, wenn solche Leistungen den Charakter von Gefälligkeiten haben,¹⁶ die für die wirtschaftlichen Aspekte und die Bewertung der auszutauschenden Leistungen aus der Sicht der Parteien keine Bedeutung haben, wie etwa eine Abrede, wonach die Erwerberin dem Veräußerer bei der Räumung des Objekts zur Hand gehen wird.

3.3 Subjektive Wesentlichkeit

"*Subjektiv wesentlich*" bedeutet, dass mindestens eine der Parteien die Vereinbarung ohne die betreffende Abrede nicht abgeschlossen hätte.

3.4 "... innerhalb des Rahmens ..."

Subjektive Wesentlichkeit führt, wie vorn gesagt, nur dann zur Beurkundungsbedürftigkeit, wenn die Abrede "*innerhalb des Rahmens*" des Grundstückkaufs liegt.

Eine Abrede liegt innerhalb des Rahmens des Grundstückkaufs, wenn sie ein Element des beurkundungsbedürftigen Vertragstyps betrifft, d.h. einen Punkt, der typisch ist für den Grundstückkauf, wie er in den Art. 216-221 OR generell-abstrakt geregelt ist. Dazu gehören alle Abreden, die den typischen Leistungsaustausch (Grundstück gegen Preis) konkretisieren oder die Folgen von Säumnis, Schlecht- und Nichterfüllung regeln, also etwa Abreden über die Modalitäten der Vertragsabwicklung, Ausdehnung oder Einschränkung der Gewährleistung, Suspensiv- und Resolutivbedingungen, Konventionalstrafen, Rechtswahl- und Gerichtsstandsvereinbarungen.

Verspricht der Grundstücksveräußerer zusätzliche Leistungen, und sind diese für die eine oder andere Partei subjektiv wesentlich, so beurteilt sich die Frage, ob solche Leistungen innerhalb

¹⁵ Abzulehnen ist in dieser Hinsicht BGE 119 II 135, da die versprochene Dienstleistung einen erheblichen Einfluss auf den Kaufpreis hatte; so auch *Gauch/Schlupe/Schmid*, N 539, welche die Abrede jedoch eher als subjektiv wesentlich beurteilen.

¹⁶ Vgl. die (im konkreten Sachverhalt zu kritisierende) Begründung in BGE 119 II 135.

des Rahmens des Grundstückkaufes liegen, danach, ob sie in den vereinbarten Leistungsaustausch integriert sind.¹⁷ Sind sie es, dann liegen sie innerhalb des Rahmens.

Als Beispiel denke man an den Boutique-Inhaber, der sein Unternehmen samt der Betriebsliegenschaft verkauft und der Erwerberin eine Konkurrenzhaltung für die kommenden drei Jahre zusichert, alles zum Pauschalpreis von 100. Durch die Pauschalierung des Preises werden die drei Vertragsleistungen des Veräusserers miteinander verschmolzen. Dem Formzwang unterliegen demgemäss sämtliche Leistungen beider Parteien: Grundstücksveräusserung, Unternehmensveräusserung, Konkurrenzverbot und Pauschalpreis von 100.

3.5 Freiheit der Parteien, korrespondierende Gegenleistungen zu spezifizieren

Den Parteien steht es frei, den Austausch einzelner Leistungen als aufeinander bezogene Gegenleistungen darzustellen. Im oben erwähnten Beispiel steht es den Parteien frei, für Grundstück und Unternehmen einen Preis von 90, für das Konkurrenzverbot eine Entschädigung von 10 zu vereinbaren. Sind sich die Parteien in diesem Sinne einig, dann unterliegen Grundstück- und Unternehmensverkauf zum Pauschalpreis von 90 dem Formzwang, das Konkurrenzverbot und dessen Abgeltung mit 10 dagegen nicht.

3.6 Keine Pflicht, korrespondierende Gegenleistungen zu spezifizieren

Die Parteien mögen in dem soeben dargestellten Fall über die Bewertung der einzelnen Leistungen unterschiedliche Auffassungen haben. So mag der Veräusserer das Grundstück mit 30 und das Unternehmen mit 70 bewerten, dem Konkurrenzverbot hingegen keine Bedeutung beimessen, weil er sich ohnehin zur Ruhe setzen will, wogegen die Erwerberin aus ihrer Sicht das Grundstück und das Unternehmen mit je 40 und das Konkurrenzverbot mit 20 veranschlagt. Sind sich die Parteien über den Pauschalpreis von 100 einig, dann kommt das Geschäft gültig zustande. Beurkundungsbedürftig sind bei einem einzigen Pauschalpreis alle aufgeführten Leistungen. Eine Spezifizierung, welche Gegenleistung für das Grundstück, welche Leistungen für das Unternehmen und für das Konkurrenzverbot erbracht werden, ist nicht möglich, weil die Parteien diesbezüglich keinen Konsens erzielt haben.

Eine solche Spezifizierung ist rechtlich auch nicht nötig.¹⁸ Im Rahmen der Vertragsfreiheit sind die Parteien befugt, Pakete von verschiedenartigen Leistungen auszutauschen, ohne deren einzelne Elemente zu bewerten und einzeln zueinander in Bezug zu setzen.

4. VERGLEICHENDE BEURTEILUNG VON KAUF-/WERKVERTRÄGEN UND VERMÖGENSÜBERTRAGUNGEN MIT GRUNDSTÜCKEN

4.1 Die Beurkundung von Kauf-/Wertverträgen nach herrschender Lehre

Nach der herrschenden Meinung ist bei Kauf-/Werkverträgen (Verkauf eines Grundstücks und Werkvertrag des Veräusserers mit der Erwerberin über eine darauf zu erstellende Baute) das ganze Geschäft beurkundungsbedürftig, wenn die Erwerberin für Grundstück und Bauleistun-

¹⁷ Nach *Leuenberger*, N 114, geht es darum, dass die weiteren Abreden mit dem Grundstückskaufvertrag "verschmelzen".

¹⁸ *Leuenberger*, N 118; s. auch *Stöckli*, S. 7.

gen einen einzigen Pauschalpreis verspricht.¹⁹ Dieser Meinung ist zuzustimmen, da die Grundstücksübergangung in diesem Geschäft wesentlichen Charakter hat.

Hingegen genügt nach der herrschenden Lehre die Beurkundung des Grundstückkaufs, wenn für das Grundstück und für die Bauleistungen separate Preisvereinbarungen getroffen werden.²⁰ Stellen die Parteien ihren Werkvertrag als einen selbständigen Leistungsaustausch dar, so brauchen sie ihn nicht öffentlich zu beurkunden, auch wenn fest steht, dass die eine oder die andere Partei den Grundstückkauf nicht ohne den Werkvertrag kontrahiert hätte.²¹

4.2 Die Beurkundung von Vermögensübertragungen mit Grundstücken

Als Beispiel einer Vermögensübertragung gemäss Art. 70 Abs. 2 FusG denke man sich eine Vereinbarung, bei der eine schweizerische Aktiengesellschaft ihr ganzes Brennstoffhandelsgeschäft in Europa an eine andere schweizerische Aktiengesellschaft überträgt. Der Vermögensübertragungsvertrag, der die Gesamtheit der auszutauschenden Leistungen einschliesslich Goodwill etc. enthält, soll hier als "Rahmenvertrag" bezeichnet werden. Es sei angenommen, dass zu dem übertragenen Vermögen auch einige Betriebsliegenschaften in der Schweiz gehören. Beurkundungsbedürftig ist in diesem Fall nur die Verpflichtung der Veräussererin, die betreffenden Grundstücke auf die Erwerberin zu übertragen. Der Rahmenvertrag ist nicht beurkundungsbedürftig.

Spezifizieren die Parteien im Rahmenvertrag für einzelne Aktiven bestimmte Gegenleistungen - beispielsweise mittels der Abrede, dass die Grundstücke zu ihren Buchwerten übertragen werden sollen -, dann ist in der öffentlichen Urkunde für jedes Grundstück dessen Buchwert als Übertragungswert anzugeben.

Treffen die Parteien im Rahmenvertrag keine solchen Abreden, sondern beschränken sie sich auf eine pauschale Bewertung der auszutauschenden Leistungsgesamtheiten, dann können in der öffentlichen Urkunde keine Gegenleistungen für einzelne Grundstücke spezifiziert werden. Der Formzwang verpflichtet die Parteien nicht dazu, solche Gegenleistungen zu spezifizieren.

Auch der Pauschalpreis ist in einem solchen Falle nicht beurkundungsbedürftig. Verpflichtet sich die Erwerberin des besagten Brennstoffhandelsgeschäftes zur Bezahlung eines hohen Geldbetrags, der in erster Linie aufgrund von Marktanteilen und Renditeerwartungen berechnet wurde und bei dem die bilanziellen Substanzwerte des zu übertragenden Umlauf- und Anlagevermögens nur eine untergeordnete Rolle spielen, dann ist es weder nötig noch sinnvoll, den Gesamtpreis zu erwähnen in einer öffentlichen Urkunde, die nur ein einzelnes Grundstück betrifft.

Hingegen muss m.E. verlangt werden, dass die Parteien in der öffentlichen Urkunde über die Grundstücksübertragung offen legen, dass dieser Akt *Teil eines umfassenderen Gesamtgeschäftes* ist. Denkbar ist etwa die Formulierung: "*Gemäss Vermögensübertragungsvertrag vom Datum D betreffend das Brennstoffhandelsgeschäft der Veräussererin verpflichtet sich diese hiermit ...*".

¹⁹ Gauch/Schluemp/Schmid, N 540; Leuenberger, N 118.

²⁰ Leuenberger, N 119.

²¹ Gauch/Schluemp/Schmid, N 540; Gauch, N 409.

Die öffentliche Urkunde bedarf einer solchen Angabe, damit für jeden Urkundenleser deutlich wird, dass das beurkundete Geschäft kein selbständiger Leistungsaustausch ist. Wird zu Buchwerten übertragen, so mögen diese Werte weit unter den Verkehrswerten liegen. Ohne die Offenlegung des erweiterten Zusammenhangs des Geschäftes entstünde der Eindruck, es liege eine gemischte Schenkung oder eine Verschleuderung von Betriebsvermögen vor. Dazu wären die Unterzeichner der öffentlichen Urkunde nicht befugt. Das Geschäft stünde unter dem Verdacht der Nichtigkeit.

4.3 Vergleich

Die vergleichende Betrachtung eines Kauf-/Werkvertrags und einer Vermögensübertragung, bei welchen die Parteien nur Pauschalpreise vereinbaren, führt zu einem scheinbaren Widerspruch. Beim Kauf-/Werkvertrag mit Pauschalpreis ist, wie vorne gesagt, das Gesamtgeschäft zu beurkunden, bei der Vermögensübertragung zu einem Pauschalpreis nur die Grundstücksübertragung, diese allerdings unter Offenlegung ihres Zusammenhangs mit dem Gesamtgeschäft. - Warum, so muss man sich fragen, genügt beim Kauf-/Werkvertrag nicht ebenfalls die Beurkundung der Grundstücksübertragung und der Hinweis, dass diese ein blosser Teil eines umfassenderen Gesamtgeschäftes ist?

Die Antwort ist wie oben angedeutet am ehesten darin zu sehen, dass beim Kauf-/Werkvertrag die Übertragung eines bestimmten Grundstücks ein *wesentliches Element* des Gesamtgeschäftes ist. Die Parteien wollen ein ganz bestimmtes Grundstück übertragen. Die Übertragung dieses Grundstücks ist ein Zweck des Gesamtgeschäftes. Ohne die Übertragung eben dieses Grundstücks hätte das Gesamtgeschäft keinen Sinn. Ist die Übertragung eines bestimmten Grundstücks ein wesentlicher Zweck des Geschäftes und ist diese Übertragung kraft des Pauschalpreises mit anderen Leistungen verschmolzen, dann unterliegt das ganze Geschäft dem Formzwang.

Demgegenüber liegt der Zweck der beispielhaft dargestellten Vermögensübertragung nicht in der Übertragung bestimmter einzelner Grundstücke. Die im Inventar befindlichen Grundstücke haben im Rahmen des Gesamtgeschäftes nur nebensächliche Bedeutung. Sie wären austauschbar.

Angesichts der unterschiedlichen Bedeutung der Grundstücksübertragungen in den beiden exemplarisch beschriebenen Konstellationen rechtfertigt es sich, den Kauf-/Werkvertrag, der zu einem Pauschalpreis abgeschlossen wird, als ein Grundstücksgeschäft im Sinne von Art. 657 ZGB zu qualifizieren, das insgesamt beurkundungsbedürftig ist, nicht jedoch die besagte Vermögensübertragung.