



Kaufsrecht statt Kaufvertrag?

MARC WOHLGEMUTH*



ARNOLD F. RUSCH**

Potentielle Käufer staunen nicht schlecht: Die Eckpunkte des Grundstückskaufs stehen fest, doch erhalten sie vom Notar den Entwurf zu einem mit einer Konventionalstrafe versehenen Kaufsrecht. Fragen sie nach der Begründung dieses eigentümlichen Vorgehens, erfahren sie, dass sich nur damit ein Doppelverkauf wirksam ausschliessen lasse. Dieses merkwürdige, aber seit Jahrzehnten praktizierte Vorgehen ruft nach einer vertieften Analyse des wirklichen Willens, des Wesens einer Konventionalstrafe und der Umgehung bestehender Eintragungshindernisse.

Les acquéreurs potentiels ont de quoi être surpris : les éléments essentiels de l'achat d'un bien immobilier sont fixés, et pourtant, ils reçoivent du notaire un projet prévoyant un droit d'emption assorti d'une peine conventionnelle. S'ils questionnent le notaire sur le motif de cette manière singulière de procéder, ils apprennent que c'est la seule manière sûre d'éviter une double vente. Cet étonnant procédé, pratiqué depuis des décennies, appelle une analyse approfondie de la volonté réelle, de la nature de la peine conventionnelle et des possibilités de contourner les obstacles à l'inscription.

Inhaltsübersicht

- I. Worum geht es?
- II. Wie einfach lässt sich ein Doppelverkauf vermeiden?
- III. Lässt sich ein Kaufvertrag mit einem Kaufs- oder Vorkaufsrecht kombinieren?
- IV. Lässt sich ein Kaufsrecht mit einer Konventionalstrafe kombinieren?
- V. Welche Konsequenzen resultieren aus dem wahren Willen der Parteien?
- VI. Entgeltliches Kaufsrecht mit unechter Konventionalstrafe?
- VII. Weshalb wählen die Parteien meist einzig die (unechte) Konventionalstrafe, obwohl auch die Wahl eines Entgelts für die Einräumung des Kaufsrechts offensteht?
- VIII. Wie hoch fallen die Zusatzkosten für das Kaufsrecht an?

I. Worum geht es?

In drei voneinander unabhängigen Fällen geht es um geplante Grundstückskäufe, bei denen die *essentialia negotii* feststehen. Die tatsächlich erstellten Vertragswerke sehen jedoch die Einräumung eines Kaufsrechts vor. Im ersten Fall schliesst der Grundstückseigentümer mit dem Erwerber einen Vorvertrag ab und räumt ihm zusätzlich ein entschädigungsloses Kaufsrecht ein, dessen Ausübung vom 1. September bis zum 30. November 2021 offensteht. Die Vormerkung des Kaufsrechts im Grundbuch erfolgt sofort. Mitte Juni 2021 muss der Kaufsberechtigte das Zahlungsverprechen über den Gesamtkaufpreis beibringen. Übt der Kaufsberechtigte das Kaufsrecht nicht aus, bleibt die Akontozahlung in der Höhe von CHF 100'000

als Konventionalstrafe beim Grundstückseigentümer. Im zweiten Fall geht es um einen mit einer Konventionalstrafe versehenen «*vente à terme*», kombiniert mit einem Kaufsrecht. Der dritte Fall aus dem Kanton Thurgau besteht einzig aus einem mit einer Konventionalstrafe versehenen Kaufsrecht.

Der relevante wahre Wille der Parteien scheint sich angesichts des Vorliegens der Konventionalstrafe in allen drei Fällen auf einen gewöhnlichen Grundstückskaufvertrag zu richten. Die Wahl des Kaufsrechts erschliesst sich einzig durch dessen Vormerkbarkeit im Grundbuch. Auf diese Weise könnte der Kaufsberechtigte das Kaufsrecht im Falle des Verkaufs an einen anderen Interessenten direkt gegen diesen ausüben. Rechtfertigt die Angst vor den Folgen eines Doppelverkaufs das oben beschriebene Vorgehen? Geht es wirklich darum oder liefern vielleicht die notariellen Gebührenansätze weitere Erklärungen? Wir beantworten diese Fragen, indem wir zuerst die unterschiedliche Vermeidbarkeit eines Doppelverkaufs beim Kauf und beim Kaufsrecht thematisieren.

II. Wie einfach lässt sich ein Doppelverkauf vermeiden?

Das *Kaufsrecht* lässt sich im Grundbuch während zehn Jahren vormerken (Art. 216a OR). Damit entfaltet es auch Wirkung gegen einen Dritterwerber, der sich als Käufer später eintragen lässt (Art. 959 Abs. 2 ZGB). Für den abgeschlossenen *Kaufvertrag* steht dieser Weg nicht offen. Angesichts der fehlenden Erwähnung in Art. 959 ZGB kommt es zur irritierenden Situation, dass die *An-*

* MARC WOHLGEMUTH, MLaw, Rechtsanwalt, Inhaber des Zürcher Notarpatents, Zürich.

** ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

wirtschaft, nicht aber das *Vollrecht* eintragungsfähig ist.¹ Beim reinen Kaufsrecht kommt es demgegenüber zur nachteiligen Situation, dass keine Pflicht zum Kauf des Grundstücks besteht.

Beim *Kaufvertrag* lässt sich derselbe Effekt mit einer Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB erzielen.² Es bedarf dafür allerdings einer gericht-

lichen Anordnung,³ was im Vergleich zur Vormerkung des Kaufsrechts einen beträchtlichen Mehraufwand bedeutet. Der Käufer muss im Summarverfahren glaubhaft machen,⁴ dass der vollziehbare, d.h. fällige⁵ Anspruch streitig ist, was häufig an der fehlenden konkreten Gefährdung des Eigentumserwerbs scheitern dürfte und entsprechend nicht praxistauglich ist.⁶

De lege lata lässt sich das Doppelverkaufsrisiko bei einem reinen Kaufvertrag folglich nur ausschliessen, indem die Grundbuchanmeldung *unverzüglich nach der Beurkundung* des Kaufvertrags erfolgt. In vielen Kantonen kann man die Anmeldung gleich vor dem Amtsnotar vornehmen, der zugleich das Grundbuch führt.⁷

Dieser Befund führt zur weiteren Frage, ob sich das vormerkbare Kaufsrecht irgendwie mit einer *Pflicht zum Erwerb* kombinieren lässt. Drei Lösungen sind denkbar: *Erstens* müsste man die Kombination des Kaufvertrags mit einem Kaufsrecht in Betracht ziehen. *Zweitens* könnte das Kaufsrecht zusammen mit einer unechten Konventionalstrafe die erwünschten Effekte erzielen. Vorstellbar wäre *drittens* auch die Kombination eines Kaufvertrags mit einem limitierten Vorkaufsrecht (Art. 216 Abs. 3 OR *e contrario*). Diese drei Lösungen lassen sich alle im Grundbuch vormerken und weisen aufgrund der Verpflichtung im Kaufvertrag oder der Konventionalstrafe

¹ HEINRICH HONSELL, Die Vormerkung des obligatorischen Übereignungsanspruchs aus dem Grundstückkaufvertrag im Grundbuch, in: Heinrich Honsell/Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl (Hrsg.), Festschrift für Heinz Rey, Zürich 2003, 47 ff., 51. Er spricht sich für die Eintragungsfähigkeit auch des kaufvertragsrechtlichen Erfüllungsanspruchs aus: «Man mag die Vormerkungswirkung als *Verdinglichung* bezeichnen oder nicht: Ein Gesetzgeber, der den Schutz vor den Gefahren der negativen Publizität des Grundbuchs (was nicht eingetragen ist, gilt nicht) für das Kaufrecht zulässt, kann diesen Schutz dem aus Kaufvertrag bereits Berechtigten nicht verweigern. Man kann nicht unter Hinweis auf den *Numerus clausus* der Sachenrechte an einer fehlerhaften (weil zu engen) Aufzählung im Gesetz Halt machen. Auch hier ist die gesetzgeberische Wertung zu Ende zu denken. Das führt von selbst zur Analogie, deren stärkste Form das *argumentum a fortiori* ist. *Numerus clausus* bedeutet – wie gesagt – nur, dass keine neuen Sachenrechte erfunden werden können. Es bedeutet nicht, dass die *Verdinglichung* eines stärkeren obligatorischen Rechts auch dann ausgeschlossen bleibt, wenn der Gesetzgeber die *Verdinglichung* des artgleichen, schwächeren obligatorischen Rechts für zulässig erklärt.»

² BSK ZGB II-SCHMID/ARNET, Art. 960 N 3, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB II, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2023 (zit. BSK ZGB II-Verfasser): «Die Vormerkung nach Ziff. 1 dient nur der Sicherung streitiger obligatorischer Ansprüche, die sich auf das betreffende Grundstück selbst beziehen und die sich, wenn endgültig anerkannt, grundbuchlich auswirken, d.h. zu einem Grundbucheintrag führen (BGE 104 II 170, 176). So kann der Anspruch auf Eigentumsübertragung gestützt auf einen Kaufvertrag (Art. 216 OR; Art. 657 Abs. 1), der Anspruch auf Eintragung einer Dienstbarkeit gestützt auf einen Dienstbarkeitsvertrag (insb. Art. 732, Art. 746 i.V.m. Art. 657, Art. 779a Abs. 1) oder der Anspruch auf Eintragung eines Grundpfandrechts gestützt auf einen Pfandvertrag (Art. 799 Abs. 2) durch die Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung gesichert werden (BGE 103 II 1, 3 E. 2; zur Sicherung von gesetzlichen Grundpfandrechten Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1); BGE 103 II 1 E. 2: «Eine solche Vormerkung verleiht den durch die Verfügungsbeschränkung gesicherten Ansprüchen Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Recht (Art. 960 Abs. 2 ZGB). Sie kann nach bisheriger Rechtsprechung und nach der herrschenden Lehre nur zur Sicherung solcher obligatorischer Ansprüche dienen, die sich auf das betreffende Grundstück selbst beziehen, wie namentlich von Ansprüchen auf Eigentumsübertragung, auf Errichtung einer Dienstbarkeit sowie auf Vormerkung persönlicher Rechte gemäss Art. 959 ZGB; es handelt sich bei diesen Ansprüchen durchwegs um solche, die sich im Falle ihrer Anerkennung grundbuchlich irgendwie auswirken (BGE 91 II 423; H. STRÄULI, Kantonalrechtliche Grundbuchsperrre als vorsorgliche Massnahme im Zivilprozess, ZSR 1971 I S. 417; H.M. RIEMER, Zur Frage der Zulässigkeit von Grundbuchsperrre, ZBGR 1976 S. 76, je mit Hinweisen).»

³ BSK ZGB II-SCHMID/ARNET (FN 2), Art. 960 N 6.

⁴ Vgl. Art. 249 lit. d Ziff. 11 ZPO; Art. 961 Abs. 3 ZGB analog; vgl. dazu ALFRED KOLLER, Erfüllung des Grundstückkaufvertrags und deren Sicherung, insbesondere durch sachenrechtliche Institute, ZBGR 2017, 293 ff., 310.

⁵ BSK ZGB II-SCHMID/ARNET (FN 2), Art. 960 N 5.

⁶ STEPHAN WOLF/SIMON ZINGG, Zivil- und notariatsrechtliche Aspekte des Doppelverkaufs von Grundstücken, in: Eugen Bucher/Claus-Wilhelm Canaris/Heinrich Honsell/Thomas Koller (Hrsg.), Norm und Wirkung, Bern 2005, 707 ff., 725.

⁷ Vgl. § 1 Abs. 1 lit. b NotG/ZH und ALFRED KOLLER, Erfüllung des Grundstückkaufvertrags und deren Sicherung, insbesondere in sachenrechtlicher Hinsicht, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. A., Bern 2017, 131 ff., N 22: «Die Kantone können die Urkundspersonen anweisen, die von ihnen beurkundeten Kaufgeschäfte – in Vertretung des Verkäufers – zur Eintragung anzu-melden (Art. 963 Abs. 3 ZGB und Art. 49 Abs. 2 GBV). Freilich darf die Anmeldung nicht gegen den Willen des Verkäufers geschehen, vielmehr muss dieser seinen Eintragungswillen gegenüber der Urkundsperson geäussert haben. Die Kantone können der Urkundsperson also keine selbständige Anmeldebefugnis verleihen, sondern sie nur ermächtigen und verpflichten, an Stelle des anmeldewilligen Verkäufers zu handeln. Umstritten ist, ob mit der Anmeldung ein entsprechender Beleg (schriftliches Einverständnis des Verkäufers mit der Eintragung) einzureichen ist. Von Bundesrechts wegen trifft dies m.E. nicht zu, doch können die Kantone eine abweichende Anordnung treffen. A.A. ist neuerdings WOLF, welcher das fragliche Erfordernis aus Art. 963 Abs. 1 ZGB ableiten will»; vgl. auch die vertraglichen Möglichkeiten in N 12 f.

die notwendige Verbindlichkeit auf. Nachfolgend richtet sich der Fokus auf die Zulässigkeit dieser Lösungen.

III. Lässt sich ein Kaufvertrag mit einem Kaufs- oder Vorkaufsrecht kombinieren?

Diese Lösung klingt paradox. Weshalb sollte man zur *Pflicht* des Erwerbs noch ein *Recht* dazu stipulieren? Die Antwort des eidg. Grundbuchamts im Jahre 1931 ist einfach: Damit man es nach Art. 959 ZGB vormerken lassen kann!⁸ Das Bundesgericht⁹ hat diese Praxis akzeptiert,

⁸ Eidg. Grundbuchamt, Mitteilung vom 13.4.1931, in: ZBGR 1936, Nr. 18 = VEB 1931, Nr. 74: «Es ist richtig, dass mit dem Abschluss eines Kaufsrechtes nur eine einseitige Verpflichtung des betroffenen Grundeigentümers geschaffen wird. Dem Kaufsrechtsvertrag liegt ein einseitig potestativ bedingter Kaufvertrag zugrunde. Um nun auch eine Verpflichtung des Käufers, das Grundstück zu kaufen, herzustellen, erscheint u. a. folgende Kombination als zweckmässige Lösung. Die Parteien schliessen einen formgerechten Kaufvertrag ab, dessen Wirksamkeit bezw. Ausführung, da die sofortige Eintragung im Grundbuch noch nicht erwünscht ist, von einer Bedingung abhängig gemacht oder dessen Erfüllung erst mit dem Eintritt eines bestimmten Termins vereinbart wird. Dies ist nach Art. 217 Abs. 1 OR zulässig; lediglich die Eintragung im Grundbuch ist erst nach Erfüllung der Bedingung oder nach Ablauf der Frist möglich. Damit der Verkäufer nicht durch eine anderweitige Verfügung über das Grundstück die reale Erfüllung des Vertrages vereiteln kann, verabreden die Parteien, zugleich ein Kaufsrecht, das durch Vormerkung im Grundbuch gesichert werden soll. Ist nun die Bedingung erfüllt oder der Termin eingetreten, so kann der Käufer oder Kaufsberechtigte die Erfüllung entweder auf Grund des zweiseitigen Kaufvertrages oder auf Grund des ihm zustehenden Kaufsrechtes verlangen, während anderseits der Grundeigentümer gegenüber dem Kontrahenten auf Grund des Kaufvertrages die Erfüllung durchsetzen kann, wenn die stipulierte Bedingung erfüllt ist. In diesen Fällen dürfte der Vormerkung eines Kaufsrechtes, sofern dieses vereinbart wurde, nichts im Wege stehen, da der Berechtigte (Käufer bezw. Kaufsberechtigte) ein Interesse an der damit gesicherten Realerfüllung des Vertrages hat. Mit Rücksicht auf dieses rechtlich schützenswerte Interesse dürfte der scheinbare Gegensatz zwischen dem Kaufvertrag und einem damit verbundenen Kaufsrecht nicht mehr als Widerspruch empfunden werden.»

⁹ BGE 103 III 97 E. 2b: «Meier-Hayoz estime en revanche (n. 14a–14c ad art. 683 CC) que le droit, découlant d'un contrat principal, à ce que l'acheteur obtienne le transfert de la propriété ne peut pas être muni d'une sûreté réelle sous forme d'un droit d'emption. Toutefois, son argumentation n'est pas convaincante. Sans doute, il peut paraître, à première vue, contradictoire de convenir d'une part d'une vente, d'autre part d'un simple droit d'emption. Mais le droit d'emption à annoter contient un élément de plus que la prétention au transfert issue du contrat de vente: il peut être renforcé par sûreté réelle. Aussi ne comprendrait-on pas pourquoi un droit personnel découlant d'un précontrat (ainsi que d'autres droits personnels, cf. MEIER-HAYOZ, n. 8–13 ad art. 683 CC) pourrait être garanti d'une sûreté réelle, mais pas la prétention, issue du contrat de vente, au transfert de la propriété. On ne saurait parler

gegen Kritik aus der Lehre,¹⁰ wonach diese Kombination nicht den wahren Willen der Parteien abbilde.

In der Praxis ergibt sich die Kombination des Kaufsrechts häufig nicht mit einem gewöhnlichen Kaufvertrag, sondern mit einem *Vorvertrag* oder einem *Terminkauf* («vente à terme»). Die Ausübung des Kaufsrechts gilt dann gleich als Erfüllung des Vorvertrags seitens des Kaufsrechtsberechtigten.

Die Kombination des Kaufvertrags mit einem Vorkaufsrecht des Erwerbers ist ebenfalls denkbar. Um den Kauf zu den Bedingungen des Kaufvertrags zu sichern, muss es sich um ein limitiertes Vorkaufsrecht (Art. 216 Abs. 3 OR e contrario) zu den Bedingungen des gleichzeitig abgeschlossenen Kaufvertrags handeln. Ein solches Vorkaufsrecht lässt sich im Grundbuch vormerken (Art. 216a OR, Art. 959 Abs. 1 ZGB). Im Falle eines Doppelverkaufs kann der Vorkaufsberechtigte sein limitiertes Vorkaufsrecht ausüben. Nur die Vormerkung verleiht dieser Konstruktion einen Sinn – das Vorkaufsrecht ist unnötig, wenn man gleichzeitig die Kaufspflicht vereinbart.

IV. Lässt sich ein Kaufsrecht mit einer Konventionalstrafe kombinieren?

Die Konventionalstrafe stellt eine aufschiebend bedingte Leistung für den Fall dar, dass der Schuldner nicht oder nicht gehörig erfüllt.¹¹ Ohne Zweifel gibt es bei einem Kaufsrecht keine Pflichten, die man durch Nichtaus-

d'un acte juridique simulé. Comme le cas présent le démontre précisément, le droit d'emption doit protéger le titulaire non seulement pour empêcher qu'entre-temps le propriétaire ne transfère à un tiers la propriété du fonds, mais aussi pour éviter que le propriétaire ou, comme en l'espèce, ses créanciers agissant par la voie de la poursuite ne puissent créer sur l'immeuble des droits susceptibles d'être opposés au titulaire du droit d'emption. Contrairement à ce que pense Meier-Hayoz, un effet réel n'est pas attribué à l'acte générateur d'obligation, mais cet acte est complété par un autre acte avec effet réel. En conclusion, il y a lieu de se rallier à l'Office fédéral du registre foncier (13 avril 1931: Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération 1931, No 74, p. 109 = Revue suisse du notariat et du registre foncier 1936, No 18, p. 19) quand il estime qu'il est possible d'assortir le contrat de vente immobilière d'un droit d'emption à annoter au registre foncier.»

¹⁰ So argumentiert ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Grundeigentum II, Art. 680–701 ZGB, 3. A., Bern 1975 (zit. BK-MEIER-HAYOZ), Art. 683 ZGB N 14a–c.

¹¹ Vgl. Art. 160 Abs. 1 OR; BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT, Art. 160 N 1, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), OR I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser): «Konventionalstrafe ist die i.d.R. aufschiebend bedingte Leistung, die der Schuldner durch Rechtsgeschäft dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einer bestimmten Schuld verspricht [...]»; PETER GAUCH/WALTER R.

übung des Kaufrechts verletzen könnte – es ist eben nur ein Kaufrecht ohne Kaufspflicht. Die Kombination des Kaufrechts mit einer Konventionalstrafe offenbart den wahren Willen der Vereinbarung: Es geht eben doch um eine Pflicht, die auf einen Kaufvertrag hindeutet, was das von uns vorgefundene Beispiel zeigt:

«*Si le promettant-acquéreur n'exerce pas son droit d'emption, l'acompte de CHF 100'000.00 (cent mille francs), demeure acquis au promettant-vendeur à titre de peine conventionnelle libératoire stipulée pour l'inexécution du présent contrat dans le temps convenu, au sens des articles 160 à 163 du Code des Obligations (clause pénale). Le promettant-vendeur n'est alors plus en droit d'exiger l'exécution du présent contrat.*»

Es geht um eine Konventionalstrafe («*peine conventionnelle*»). Am Anfang des Satzes scheint es um eine Konventionalstrafe für die Nichtausübung des Kaufrechts zu gehen: «*Si le promettant-acquéreur n'exerce pas son droit d'emption, [...]*». In diesem Falle verbleibt die Anzahlung dem Verkäufer als Konventionalstrafe, «*stipulée pour l'inexécution du présent contrat*». Für welche Nichterfüllung denn? Kann man ein Kaufrecht nicht erfüllen?¹² Der Vertrag kombiniert das Kaufrecht mit einem Vorvertrag, für den die Verabredung einer Konventionalstrafe wiederum passt. Unter dieser Prämisse versteht man auch den Hinweis am Schluss, dass der Grundstückseigentümer bei Nichtausübung des Kaufrechts die Erfüllung der Vereinbarung nicht mehr verlangen könne – es muss wohl um den Vorvertrag gehen, denn die Ausübung eines Kaufrechts lässt sich nicht erzwingen.

Hätte eine durchdachte Redaktion der Klausel diese anfängliche Verwirrung verhindert? Das zweite, bedeutend sorgfältiger redigierte Vertragsbeispiel kombiniert einen *vente à terme* zusammen mit einem Kaufrecht. Der Kauf soll am 15. Oktober stattfinden. Ausübungstag des Kaufrechts ist der 31. Oktober, was die Sinnlosigkeit des Kaufrechts unterstreicht und noch deutlicher macht, dass das Kaufrecht nur der Vormerkbarkeit im Grundbuch dient. Die Konventionalstrafe richtet sich bei diesem Beispiel einzig auf die Erfüllung des Kaufvertrags und provoziert deshalb keine Unstimmigkeiten.

Einzuräumen ist, dass auch *unechte* Konventionalstrafen existieren.¹³ Der Vertragspartner verspricht die unechte Konventionalstrafe für eine Handlung, die ihm erlaubterweise offensteht oder die er unterlässt, ohne zu dieser verpflichtet zu sein. Vordergründig passt dies: Er muss das Kaufrecht nicht ausüben, weil es eben ein Kaufrecht ist. Übt er es nicht aus, muss er dennoch die unechte Konventionalstrafe entrichten. Trotz der Strafe besteht keine Pflicht zur Vornahme der Handlung, hier der Ausübung des Kaufrechts. Die unechte Konventionalstrafe stellt in diesem Sinne eine *nichtakzessorische Garantieabrede* dar.¹⁴ Die Qualifikation als bedingtes Leistungsversprechen passt dazu. Es besteht keine einklagbare Pflicht, denn der Eintritt einer Bedingung ist ungewiss und lässt sich nicht einklagen.¹⁵ Auf der Hand liegt dann vielmehr eine *entgeltliche* Einräumung des Kaufrechts mit *An-geld*. Bei Ausübung des Kaufrechts erfolgt eine Anrech-

¹³ Dazu RAMON MABILLARD, Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, AJP 2005, 547 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 11), N 3849; vgl. auch § 343 Abs. 2 BGB/DE; BGer, 4A_227/2020, 28.1.2021, E. 3.1.1.

¹⁴ Vgl. PETER GOTTWALD, Münchener Kommentar, 9. A., München 2022, § 343 N 31: «Das selbständige Strafversprechen ist ein nicht akzessorischer Garantievertrag. Sein Kennzeichen ist, dass es nicht unmittelbar der Sicherung einer Hauptverbindlichkeit dient. Vielmehr wird die Strafe für den Fall versprochen, dass der Schuldner eine von ihm nicht geschuldete Handlung vornimmt oder dass er, ohne dazu verpflichtet zu sein, eine Handlung unterlässt. Dabei hat auch das selbständige Strafversprechen eine doppelte Zielrichtung: Es soll die Schadloshaltung erleichtert und Druck zur Einhaltung des direkt nicht erzwingbaren Hauptversprechens ausgeübt werden. Die Vornahme und das Unterlassen der Handlung werden dadurch, dass sie unter Strafe gestellt werden, nach hM nicht zu Rechtspflichten, sondern stellen Bedingungen für den Verfall der Vertragsstrafe dar. Das selbständige Strafgedinge ist aber nicht lediglich ein bedingtes Rechtsgeschäft. Nach einer Ansicht soll das selbständige Strafversprechen eine Rechtspflicht minderer Art sichern, der kein klagbarer Erfüllungsanspruch zugrundeliegt. Dies kann wohl im Einzelfall sein. Das selbständige Strafversprechen ist aber nicht auf die Fälle der Sicherung unklagbarer Verbindlichkeiten beschränkt. Vielmehr unterscheidet es sich von der «echten» Vertragsstrafe primär durch seine vereinbarte Nichtakzessorietät; es ist somit ein nicht akzessorischer Garantievertrag.»

¹⁵ Vgl. den verwandten Fall der Ausübungsbedingung im Dienstbarkeitsrecht, der unter dem nicht berechtigten Verdacht steht, obligatorische Leistungen zu verdinglichen; dazu ARNOLD F. RUSCH, Dienstbarkeiten mit Ausübungsbedingungen, ZBGR 2017, 84 ff., 86.

SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, OR AT, 11. A., Zürich/Basel/Genf 2020, N 3782.

¹² BGE 133 III 43 E. 3.1: «Die Fr. 100'000.– wurden als Entgelt für die Einräumung eines Kaufrechts bezahlt. Eine Kaufspflicht bestand von vornherein nicht. Insoweit steht kein Vertragsbruch zur Diskussion.»

nung des Angelds.¹⁶ Bei Nichtausübung verfällt dieses als Konventionalstrafe.¹⁷

V. Welche Konsequenzen resultieren aus dem wahren Willen der Parteien?

Der wahre Wille ist gemäss Art. 18 Abs. 1 OR massgebend für den Inhalt des Vertrags. Bei den vorliegenden Beispielen erweist sich die Auslegung als einfach. Der wahre Wille, einen Kaufvertrag abzuschliessen, liegt aufgrund der deutlich ersichtlichen Zwecksetzung auf der Hand. Dieser wahre Wille lässt sich indes nicht mittels einfacher Anmeldung im Grundbuch vormerken (siehe oben II.). Besteht somit kein Kaufrecht, entzieht das im Sachenrecht anwendbare Kausalitätsprinzip¹⁸ sodann der Vormerkung des Kaufrechts die Grundlage: Der Käufer könnte kein Kaufrecht gegenüber dem Dritterwerber ausüben.¹⁹

Die aus dem Kausalitätsprinzip resultierende Folge scheint jedoch reichlich hart. Man könnte auch argumentieren, dass die Parteien die Eintragung und die damit verbundene Vereitelung eines Doppelverkaufs sehr wohl wollen. Angesichts der fehlenden Eintragungsfähigkeit des blossen Kaufvertrags wollen die Parteien auch den Weg dorthin, der halt über die Einräumung eines Kaufrechts erfolgt. Das Bundesgericht erlaubt dies – immerhin hat sogar das eidgenössische Grundbuchamt im Jahre 1931 die Kombination eines befristeten Kaufvertrags mit einem Kaufrecht explizit empfohlen.²⁰ Dies läuft auf eine etwas unlogische, aber ähnlich wirkende Kombination einer verbindlichen Pflicht mit eintragungsfähigem Recht hinaus.

¹⁶ BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT (FN 11), Art. 158 N 7: «Vermutungsweise ist das Haftgeld als Draufgeld zu behandeln, d. h. es tritt zur vertraglichen Leistung des Gebers hinzu («Kumulation»). Diese Vermutung ist aufgrund geänderter Verkehrsauffassungen eng auszulegen (vgl. auch Huguenin, OR AT/BT, Rz 1248; N 5). Vertrag oder Ortsgebrauch können das Haftgeld als Angeld erscheinen lassen. In diesem Fall ist das Haftgeld auf die Hauptleistung anzurechnen. Entsprechend mindert sich bei einer allfälligen Leistungsstörung die Höhe des geschuldeten Schadenersatzes um den Wert des bereits geleisteten Angelds (Huguenin, OR AT/BT, Rz 1245).»

¹⁷ Vgl. dazu BGE 133 III 43 E. 3–3.2.

¹⁸ Art. 974 Abs. 2 ZGB; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 6. A., Zürich/Basel/Genf 2022, N 74–76.

¹⁹ So argumentiert BK-MEIER-HAYOZ (FN 10), Art. 683 ZGB N 14a–c.

²⁰ Vgl. oben FN 9; Eidg. Grundbuchamt, Mitteilung vom 13.4.1931, in: ZBGR 1936, Nr. 18 = VEB 1931, Nr. 74; vgl. dazu HEINRICH HONSELL, Obligationenrecht Besonderer Teil, 10. A., Zürich 2017, 186.

VI. Entgeltliches Kaufrecht mit unechter Konventionalstrafe?

Das Bundesgericht hat im Urteil 4A_227/2020 dargelegt, wann es sich um eine unechte Konventionalstrafe handelt. Abzugrenzen ist die unechte Konventionalstrafe vom Preis für die Einräumung des Kaufrechts. Ein Kaufrechtsvertrag kann ein Entgelt als Gegenleistung für die Einräumung des Kaufrechts enthalten. Die Abgeltung betrifft in diesem Falle die Eigentumsbeschränkung des Kaufrechtsgebers während der Laufzeit des Kaufrechts. Übersteigt das Entgelt die Abgeltung der Eigentumsbeschränkung, erhöht sich der Druck des Kaufrechtsberechtigten, das Kaufrecht auszuüben. Übt der Kaufrechtsberechtigte trotz des Drucks sein Recht nicht aus und verbleibt das Entgelt beim Kaufrechtsgeber, entpuppt sich das Entgelt infolge des pönalen Charakters als unechte Konventionalstrafe.²¹ Im dem Entscheid zugrunde liegenden Fall haben die Parteien einen Kaufpreis von CHF 13 Millionen und eine «acompte réservation» von CHF 7 Millionen vereinbart. Letztlich unterblieb die Ausübung des Kaufrechts aufgrund der neuen Einschränkungen des Zweitwohnungsgesetzes. Strittig war in der Folge die Rechtsnatur der vereinbarten «acompte réservation». Das Bundesgericht folgte der Ansicht des Kaufrechtsberechtigten, wonach es sich bei der Zahlung um eine unechte Konventionalstrafe handelt, welche der richterlichen Prüfung und Herabsetzung gemäss Art. 163 Abs. 3 OR unterliegt. Das Tribunal du district de Sierre qualifizierte die Vorauszahlung als unechte Konventionalstrafe und reduzierte diese auf 10% des Gesamtkaufpreises, somit auf CHF 1,3 Millionen. Sowohl das Kantonsgericht des Kantons Wallis als auch das Bundesgericht wiesen die Rechtsmittel der Kaufrechtsgeber ab. Zusammengefasst sind folgende Punkte aus dem Entscheid merkwürdig:²²

- (i) Gilt die beim Kaufrechtsgeber unabhängige der Kaufrechtsausübung verbleibende Summe mehr als die aus dem Kaufrecht resultierende Eigentumsbeschränkung ab, die den Ausübungsdruck des Kaufrechtsberechtigten erhöhen soll, liegt eine unechte Konventionalstrafe vor. Damit ist die Verknüpfung eines Kaufrechts mit einer (unechten) Konventionalstrafe zulässig.
- (ii) Die unechte Konventionalstrafe unterliegt der richterlichen Herabsetzung gemäss Art. 163 Abs. 3 OR.

²¹ BGer, 4A_227/2020, 28.1.2021, E. 3.3.2; vgl. auch GIOVANNI DAZIO/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die unechte Konventionalstrafe bei Nichtausübung des Kaufrechts an einem Grundstück, SZW 2021, 375 ff., 380.

²² Eingehend DAZIO/VON DER CRONE (FN 21), 375 ff.

Als Richtschnur für die Übermässigkeit scheint unseres Erachtens die vom Bundesgericht geschützte Reduktion auf 10 % des Kaufpreises angemessen zu sein. Ist der Kaufpreis wesentlich tiefer als im vorliegenden Fall, dürfte die prozentuale Schwelle der Übermässigkeit höher sein, da der Verkaufsaufwand prozentual höher ausfällt.

- (iii) Der Vertrag sollte idealerweise eine Zweiteilung des Entgelts vorsehen, einerseits ein Betrag für die Einräumung des Kaufrechts (Abgeltung der Eigentumsbeschränkung), andererseits die unechte Konventionalstrafe zur Erhöhung des Ausübungsdrucks. Nur Letztere unterliegt der Herabsetzung gemäss Art. 163 Abs. 3 OR.²³ Beide Zahlungen – das Kaufrechtsentgelt und das Angeld als spätere Konventionalstrafe – sollten bei der Kaufpreisfestsetzung Berücksichtigung finden. Die Zweiteilung empfiehlt sich umso entschiedener, als der Richter bei der Herabsetzung der unechten Konventionalstrafe mit höherer Wahrscheinlichkeit grosszügig sein wird: Schliesslich gibt es gar keine Pflicht, deren Verletzung eine Bestrafung verdient.²⁴
- (iv) Ungeachtet der Zulässigkeit der Verknüpfung der (unechten) Konventionalstrafe mit dem Kaufrecht bleibt Letzteres ein Recht. Die Kaufrechtsgeber können den Vollzug nicht (gerichtlich) erzwingen. Trotz des erhöhten Ausübungsdrucks hat demnach das Kaufrecht – im Vergleich mit einem Kaufvertrag – eine schwächere Vertragsbindung zur Folge.

VII. Weshalb wählen die Parteien meist einzig die (unechte) Konventionalstrafe, obwohl auch die Wahl eines Entgelts für die Einräumung des Kaufrechts offensteht?

Dies dürfte damit zusammenhängen, dass die Parteien die Möglichkeit, dass der Verkauf nicht stattfinden könnte, schlicht nicht in Betracht ziehen. Das ist verständlich, da der wahre Wille sich einzig auf den Kauf richtet. Von den Gebühren und den Steuern her erweisen sich die beiden Möglichkeiten als gleichwertig. Für die notariellen Gebühren des Kaufrechts ist der vereinbarte Kaufpreis für das Grundstück massgeblich, unabhängig vom Vorliegen eines Entgelts für das Kaufrecht oder einer Konventionalstrafe.²⁵

VIII. Wie hoch fallen die Zusatzkosten für das Kaufrecht an?

Zurückkommend auf die eingangs genannten drei Fälle, in welchen die drei freiberuflichen Notare den Parteien für «normale Kaufgeschäfte» jeweils zur Vormerkung im Grundbuch vorgesehene Kaufrechtsvertragsentwürfe zukommen liessen, sei die Frage nach den anfallenden Gebühren gestellt. Die nachfolgenden Beispiele stammen aus den Kantonen Thurgau, Bern, Waadt und Wallis, weshalb sich die Kostenfolgen anhand der Gebührenordnungen der vier Kantone für Kauf- und Kaufrechtsverträge aufzeigen lassen.

- (i) Kanton Thurgau: Die Beurkundungsgebühr für das Kaufrecht über das Grundstück mit einem Kaufpreis von CHF 729'000 beläuft sich auf CHF 787.30 (CHF 729 plus die damaligen 8 % Mehrwertsteuer). Die mehrwertsteuerbefreite Vormerkung im Grundbuch kostet wiederum CHF 729, macht total CHF 1516.30.²⁶ Ein gewöhnlicher Kaufvertrag hätte lediglich mit CHF 729 zuzüglich Mehrwertsteuer zu Buche geschlagen. Hinzu kommt in beiden Fällen die Gebühr für die tatsächliche Handänderung von 4 ‰ des Vertragswerts.²⁷ Anzumerken ist, dass diese

²³ Vgl. auch DAZIO/VON DER CRONE (FN 21), 381: «Wenn auch im Ergebnis wohl ähnlich, wäre es ökonomisch naheliegender gewesen, einen Teil der Vorauszahlung als Optionspreis und den Rest als – weiterhin übermässige – Konventionalstrafe zu verstehen.»

²⁴ Vgl. die dazu passenden Ausführungen in BGer, 4A_227/2020, 28.1.2021, E. 4.2: «Ils n'ont toutefois pas prétendu que la société emprice s'était engagée à prendre toutes les mesures nécessaires pour concrétiser la vente avant l'entrée en vigueur de l'initiative et que la peine conventionnelle avait été convenue pour sanctionner la violation de cet engagement et compenser le dommage en découlant. Pour s'en garantir, ils auraient pu conclure directement un contrat de vente; ne l'ayant pas fait, ils ont pris le risque que la vente ne se réalise pas, risque qu'il leur appartient de supporter.»

²⁵ Anhang zur Notariatsgebührenverordnung (NotGebV) des Kantons Zürich, A.1.1.1.

²⁶ § 14 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 16 Gesetz vom 20. November 1996 über die Gebühren und Gemengsteuern der Grundbuchämter und Notariate (RB 632.1; Kt. TG).

²⁷ § 14 Abs. 1 Ziff. 1 Gesetz vom 20. November 1996 über die Gebühren und Gemengsteuern der Grundbuchämter und Notariate (RB 632.1; Kt. TG).

Mehrkosten zwar anfallen, jedoch nicht dem Notar zukommen.

- (ii) Kanton Bern: Der Text der Verordnung bemisst die Gebühren für den Grundstückskauf und für das Kaufsrecht nach dem Wert des Grundstücks (Art. 13 Abs. 1 der Verordnung).²⁸ Beides zusammen verdoppelt die Notariatskosten. Hinzu kommen die Kosten der grundbuchamtlichen Vormerkung und Eigentumsübertragung.
- (iii) Kanton Waadt: Die Kombination aus Kaufvertrag und Kaufsrechtsvertrag im vorliegenden Falle führt gemäss Art. 15 Tarif des honoraires dus aux notaires pour des opérations ministérielles²⁹ zu einem Zuschlag von 60 % auf die für ein Kaufvertrag anfallende Gebühr. Im Falle des grundbuchlichen Vollzugs fallen nochmals 20 % Zuschlag an (vgl. Art. 18 Abs. 1 Ziff. 1 Tarif des honoraires dus aux notaires pour des opérations ministérielles).
- (iv) Kanton Wallis: Das Reglement über den Tarif der Gebühren und der Auslagen der Notare³⁰ sieht in Art. 14 Abs. 1 vor, was folgt: *«Sofern ein Kaufversprechen oder ein Kaufsrecht abgeschlossen worden ist, wird die Gebühr für den Kaufvertrag um die Hälfte reduziert, sofern derselbe Notar beide Urkunden erstellt.»* Damit fällt die Gebühr für den kombinierten Kaufsrechtsvertrag um 50 % höher aus als bei einem reinen Kaufvertrag. Hinzu kommen wieder die Kosten der grundbuchlichen Behandlung.

Irritierenderweise haben die Notare die Parteien – trotz entsprechender Pflicht in Art. 10 Abs. 1 lit. v PBV³¹ – nicht auf die (unterschiedlichen) Kostenfolgen aufmerksam gemacht, wobei daran zu erinnern ist, dass die Parteien eigentlich schlichte Kaufverträge wollten. Dass der Notar auf das Risiko eines Doppelverkaufs hinweist, ist sicher gerechtfertigt.³² Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit eines Doppelverkaufs unseres Erachtens nicht

sehr hoch.³³ Ob es den Notaren mit den vorgeschlagenen Kaufsrechten in Kombination mit unechten Konventionalstrafen effektiv nur um die Absicherung des Doppelverkaufsrisikos ging, ist an dieser Stelle jedoch mit einem Fragezeichen zu versehen.

²⁸ Vgl. Verordnung vom 26. April 2006 über die Notariatsgebühren (GSG 169.81; Kt. BE).

²⁹ Vgl. Tarif des honoraires dus aux notaires pour des opérations ministérielles vom 11. Dezember 1996 (RSLV 178.11.2; Kt. VD).

³⁰ Vgl. Reglement vom 25. November 2008 über den Tarif der Gebühren und der Auslagen der Notare (SGS 178.104; Kt. VS).

³¹ Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211).

³² MICHEL MOOSER, Le droit d’emption complétant le contrat de vente immobilière, in: Association des Notaires vaudois (Hrsg.), Mélanges de l’Association des Notaires Vaudois sous la direction de François Bianchi, Zürich 2005, 161 ff., 170.

³³ Klassische Doppelverkäufe finden sich in BGE 87 I 479 und BGE 110 II 128. Vgl. aber auch BGE 114 II 329 (Verkauf eines Hauses in Verletzung eines Erbteilungsvertrags, Lösung durch Sittenwidrigkeit des Verkaufs wegen qualifizierten Eingriffs in vertragliche Rechte Dritter und Direktanspruch gegen den Ersterwerber aus Art. 41 Abs. 2 OR bzw. Art. 98 Abs. 3 OR; vgl. die ähnliche Konstellation in BGE, 4C.273/2002, 28.11.2002); BGE 115 II 221 (Schenkung eines Grundstücks inkl. Anmeldung beim Grundbuch, anschliessend Rückzug der Anmeldung vor Eintrag im Hauptbuch und Eintragung weiterer Verfügungen); VGer BE, 100.2013.208U, 10.9.2014, E. 8.4.2 (subjektive Unmöglichkeit der 2040 geschuldeten Abtretung des Grundstücks aufgrund der inzwischen erfolgten Veräusserung).