

Vom Formzwang des Grundstückkaufes und seinem Umfang – Ausdehnung auf eine „Architektenverpflichtung“ des Käufers und auf konnexe Werkverträge?

Prof. Dr. iur. Peter Gauch,
Universität Freiburg/Schweiz *

Publiziert in: *Baurecht* 4/86, S. 80 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

[80] „Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung“ (OR 216 I). Diese gesetzliche Formvorschrift (OR 11), die sich an ZGB 657 I¹ anschliesst, ist, was das Prinzip betrifft, für jedermann klar. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Frage, wie weit der Formzwang reicht, welche Punkte des Vertrages also verurkundet werden müssen². Der jüngste (vor kurzem erschienene) Band der „*Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide*“ enthält gleich zwei Veröffentlichungen („Maximen“) zum Grundstückkauf, die sich mit dem Umfang des Formzwanges befassen. Die erste Veröffentlichung ist ein Urteil des Luzerner Obergerichts, die zweite eine Weisung der Luzerner Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen. Mit Rücksicht auf den gegebenen Sachzusammenhang rechtfertigt es sich, die Weisung der Aufsichtsbehörde unter dieser Rubrik mitzubehandeln.

I. Das Urteil des Obergerichts (LGVE 1985 I, Nr. 12)

1. Der **Sachverhalt**, um den es im Urteil vom 4. März 1985 geht, wird vom Luzerner Obergericht wie folgt zusammengefasst: „Der Kläger und Architekt führte im Auftrag des Grundeigentümers V. Projektierungsarbeiten für sechs Einfamilienhäuser aus. Noch vor Realisierung des Bauprojektes verkaufte V. die [81] Liegenschaft dem Beklagten, der in der Folge die Überbauung durch einen andern Architekten realisieren liess. Darauf machte der Kläger gegenüber dem Beklagten einen Vergütungsanspruch für die geleisteten Projektierungsarbeiten im Betrag von rund Fr. 93000.- geltend. Das Amtsgericht ging in Gutheissung der Klage davon aus, dass sich der Beklagte beim Kauf des Grundstücks in Form eines Übernahmevertrages gegenüber dem Verkäufer V. verpflichtet habe, die klägerischen Projektierungsarbeiten zu übernehmen und dem Kläger bei der geplanten Überbauung die Architekturarbeiten zu übertragen. Dieser Übernahmevertrag sei anlässlich der Verkaufsverhandlungen mündlich zustande gekommen“.

2. Das Obergericht hiess die Appellation des Beklagten gut und wies die Klage ab, weil die Übernahmeverpflichtung des beklagten Käufers nicht in den öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrag (OR 216 I/ZGB 657 I) aufgenommen worden war. Das Gericht liess sich von folgenden **Erwägungen** leiten:

-
- 1 ZGB 657 I bestimmt für das Grundeigentum: „Der Vertrag auf Eigentumsübertragung bedarf zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung“.
 - 2 Zur reichhaltigen Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. die Übersicht bei GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Besonderer Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, Zürich 1986, S. 55 ff.

- Ist ein Vertrag formbedürftig, so besteht der Formzwang nicht nur für die objektiv wesentlichen, sondern auch für die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte³. Die objektiv wesentlichen Punkte bilden den für den Bestand des Vertrages geforderten Mindestinhalt, während subjektiv irgendwelche Vertragspunkte wesentlich sein können, die nach dem geäusserten Willen einer oder beider Parteien „conditio sine qua non“ für das Zustandekommen des Vertrages sind⁴. In BGE 90 II 37 hat das Bundesgericht die „objektive Theorie“ von HAAB, wonach sich der Formzwang nur auf die objektiv wesentlichen Vertragspunkte erstreckt⁵, ausdrücklich abgelehnt.
- Demgemäss bedurften sämtliche Punkte, über die sich der Verkäufer und der beklagte Käufer des Grundstückes geeinigt hatten und ohne die der Kaufvertrag nicht zustandegekommen wäre, der öffentlichen Beurkundung. Was nun die streitige Übernahmeverpflichtung des Käufers betrifft, so handelt es sich (wenn sie tatsächlich vereinbart wurde) um einen Vertragspunkt, der subjektiv wesentlich war. Denn einerseits wurde dem beklagten Käufer bei den Vertragsverhandlungen klar gemacht, dass die Übernahme der Verpflichtung gegenüber dem Kläger eine unabdingbare Voraussetzung zum Abschluss des Kaufvertrages sei. Und andererseits musste es auch für den Käufer „von wesentlicher Bedeutung gewesen sein, ob er bei einem Kaufpreis von Fr. 535000.- entsprechend der Übernahmeverpflichtung eine weitere Leistung im Umfang der eingeklagten Fr. 93000.- zu erbringen hatte oder nicht“.

Die behauptete Übernahmeverpflichtung hätte demnach in den öffentlich beurkundeten Kaufvertrag aufgenommen werden müssen. Nachdem dies nicht geschah, ist sie mangels öffentlicher Beurkundung ungültig.

II. Die Weisung der Aufsichtsbehörde (LGVE 1985 I, Nr. 13)

1. In einer früheren Veröffentlichung (LGVE 1981 I, Nr. 23) hatte die Luzerner Aufsichtsbehörde über die Urkundspersonen festgehalten, dass werkvertragliche Verpflichtungen ebenfalls beurkundet werden müssen, wenn Grundstückkauf und Werkvertrag „derart voneinander abhängen, dass der eine ohne den andern nicht abgeschlossen würde“. „Auf Anfrage, ob diese Maxime so auszulegen sei, dass mit dem Grundstückkaufvertrag auch der volle Werk- bzw. Generalunternehmervertrag (GU-Vertrag) vorgelesen und zum Bestandteil der Urkunde gemacht werden müsse“, hielt jetzt die Aufsichtsbehörde präzisierend fest:

2. „Es geht bloss darum, die subjektiv und objektiv wesentlichen vertraglichen Verpflichtungen unter Hinweis auf den Zusammenhang zwischen Kaufvertrag und Werk- bzw. GU-Vertrag zu verurkunden. Dies kann beispielsweise durch folgende *Hinweise* geschehen:

- 'Der von den Parteien gleichzeitig abgeschlossene Werk- bzw. GU-Vertrag vom ...bildet einen integrierenden Bestandteil dieser Urkunde'

3 Zitiert werden: GUHL/MERZ/KUMMER, Obligationenrecht, 7. Aufl., S. 104; GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, OR Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Nr. 445; MEIER-HAYOZ, Komm., N 87 zu Art. 657 ZGB.

4 Zitiert werden GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 308 f.

5 Zitiert wird HAAB, Komm., N 15 ff. zu Art. 657 ZGB.

- 'Die Parteien bestätigen die bereits schriftlich abgeschlossenen Vereinbarungen betreffend Erstellung eines ...hauses auf dem Kaufsobjekt (Werk- bzw. GU-Vertrag vom...)'.

Der Werk- bzw. GU-Vertrag muss dabei nicht vorgelesen und durchgestempelt werden. Es empfiehlt sich jedoch, den fraglichen Vertrag als Beilage zum Grundstückkaufvertrag beizuheften“.

III. Der Kommentar

1. Beide Veröffentlichungen betreffen die diffizile Frage, wie weit der Formzwang des Grundstückkaufvertrages reicht. Da **der Umfang des Formzwangs** durch Bundesrecht bestimmt wird⁶, muss die Antwort dem anwendbaren Bundesrecht entnommen werden. Von daher gilt zwar die gängige Formel, dass sowohl die objektiv als auch die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte unter die Formvorschrift des Grundstückkaufvertrages fallen⁷. Diese Formel ist indessen missverständlich, da sie zur irrtümlichen Annahme verleitet, der Formzwang erstrecke sich auf *sämtliche* Punkte, die für den Abschluss des in Frage stehenden Vertrages (objektiv oder subjektiv) wesentlich sind⁸. In Wirklichkeit verhält es sich anders⁹. Denn:

- [82] Mit den wesentlichen „Vertragspunkten“, die der Form bedürfen, sind nur Punkte des *Kaufvertrages* gemeint, die ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages betreffen¹⁰. Der Formzwang erstreckt sich also „auf Bestimmungen im Rahmen des Kaufvertrages („dans le cadre d'une vente“¹¹), nicht auf sonstige (obwohl für die Bildung des Abschlusswillens ausschlaggebende) Übereinkünfte“¹². Diese Einschränkung¹³ entspricht dem Grundsatz, dass Formvorschriften („in favorem negotii“) eng auszulegen sind¹⁴. Sie verhindert eine zweckwidrige Ausdehnung des Formzwanges, was das Bundesgericht wie folgt zum Ausdruck bringt:
 „En écartant la thèse objective de HAAB (n. 15 à 19 ad art. 657 CC), la jurisprudence et la majorité des auteurs... ont augmenté le nombre des clauses dont la validité est subordonnée au respect de la forme authentique; on ne saurait renforcer encore leurs exigences en y incluant celles qui ne visent pas des éléments naturels du contrat de vente“¹⁵.
- Erforderlich für die Formbedürftigkeit eines wesentlichen Punktes ist somit, dass er (wie z.B. die Ordnung der Zahlungsbedingungen¹⁶) ein charakteristisches Element des Kaufvertrages bildet¹⁷. Verpflichtungen, die für den Grundstückkaufvertrag atypisch (artfremd) sind, bleiben daher *aus-*

6 Vgl. BGE 106 II 147 f.; 99 II 161 f.

7 BGE 106 II 148; 95 II 310; 88 II 160; 78 II 224; 68 II 233.

8 Vgl. z.B. LIVER, SPR V/1, S. 136 f.

9 Z.B. BRÜCKNER, ZBGR 64, 1983, S. 76 ; CAVIN, SPR VII/1, S. 131 f.

10 BGE 90 II 37; 86 II 37; CAVIN, SPR VII/1, S. 131.

11 BGE 90 II 37.

12 BGE 78 II 439; neuerdings bestätigt durch BGE 107 II 216 = BR 1982, S. 57, Nr. 49, mit Kommentar von TERCIER.

13 In GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 445, worauf das Gericht Bezug nimmt, wird die Einschränkung nur durch den Hinweis auf BGE 78 II 439 und 86 II 37 herausgestellt, also (leider) nicht expressis verbis hervorgehoben.

14 BGE 89 II 191.

15 BGE 90 II 37 f.

16 BGE 88 II 181.

17 BGE 107 II 216.

serhalb des Formzwanges, sofern das Versprochene nicht als zusätzliche Gegenleistung einer Partei in das Austauschverhältnis Kaufpreis/Grundstück (und damit in den „Rahmen“ des Kaufvertrages) einfließt¹⁸.

- Beinhaltet die konkrete Abrede eine derartige (zusätzliche) *Gegenleistung*, so fällt sie ohne weiteres unter den Formzwang¹⁹, was sich bei einem über den Kaufpreis hinaus vereinbarten Entgelt schon aus dem feststehenden Gerichtssatz ergibt, dass „die ganze“ für das Grundstück „versprochene Gegenleistung“ verurkundet sein muss²⁰. Abzulehnen ist daher BGE 90 II 37, soweit er für die Formbedürftigkeit verlangt, dass durch die eingegangene Verpflichtung ausserdem „die rechtliche Situation der Kaufsache“ („la situation juridique de la chose vendue“) beeinflusst wird. Überhaupt ist es „weder sinnvoll noch praktikabel“, unter dem Gesichtspunkt des Formzwanges danach zu unterscheiden, ob eine Abrede „die rechtliche Situation der Kaufsache“ beeinflusst oder nicht²¹. Tut sie es, so bildet dies für sich allein noch keinen Grund, um die Abrede, mag sie auch subjektiv wesentlich sein, dem Formzwang zu unterwerfen²².

Das aufgezeigte Zusammenspiel zwischen der Ausdehnung des Formzwanges (auf subjektiv wesentliche Punkte) und dessen Einschränkung (auf Vertragspunkte „im Rahmen des Kaufvertrages“) macht die Rechtslage kompliziert²³. Dennoch muss, auch bei der Würdigung der beiden Luzerner „Maximen“, von dieser („komplizierten“) Rechtslage ausgegangen werden. Nachstehend befasse ich mich zunächst mit dem Urteil des Obergerichts, dann mit der Weisung der Aufsichtsbehörde.

2. Das Urteil des Luzerner Obergerichts (LGVE 1985 I, Nr. 12) behandelt einen Forderungsstreit, der aber nicht zwischen den Parteien des Grundstückkaufvertrages ausgetragen wurde, sondern zwischen dem Käufer des Grundstücks und einem (dritten) Architekten.

- a. Nach dem von der Vorinstanz (dem Amtsgericht X) festgestellten *Sachverhalt* hatte sich der Käufer des Grundstücks gegenüber dem Verkäufer (!) verpflichtet, vom Architekten ausgeführte Projektierungsarbeiten „zu übernehmen“ und diesem „bei der geplanten Überbauung die Architekturarbeiten zu übertragen“. Im veröffentlichten Urteil des Obergerichts findet sich weder eine genaue (inhaltliche) Analyse der vom Käufer übernommenen „Architektenverpflichtung“ noch eine Aussage über deren Rechtsnatur. Deshalb bleibt man diesbezüglich auf Mutmassungen angewiesen:
 - Möglicherweise war die streitige Abrede zwischen den Parteien des Kaufvertrages insgesamt ein Vorvertrag (OR 22), worin der Käufer zu Gunsten des Architekten (OR 112) den Abschluss eines künftigen Architekturvertrages versprach, der die entgeltliche Übernahme des bereits erstellten Projekts und die Übertragung der zur Ausführung erforderlichen Architekturarbeiten beinhalten sollte. Trifft dies zu und wurde die Abrede gültig vereinbart, so entstand dem Architekten ge-

18 BGE 90 II 37; CAVIN, a.a.O.

19 Anders z.B. BRÜCKNER, a.a.O., S. 79. – Worin die betreffende Gegenleistung besteht, ist gleichgültig. Beispiel: Verpflichtung des Käufers, das Grundstück im Interesse des Verkäufers so rasch als möglich zu überbauen (BGE 90 II 38).

20 BGE 101 II 331 f.; 68 II 237.

21 BRÜCKNER, a.a.O., S. 79.

22 Anders: BGE 78 II 439, dem diesbezüglich in BGE 90 II 37 aber ausdrücklich widersprochen wird.

23 CAVIN, SPR VII/1, S. 132.

genüber dem Käufer (wenn überhaupt, OR 112 II²⁴) nur ein Anspruch auf Abschluss des zu seinen Gunsten versprochenen Vertrages (also kein Vergütungsanspruch für die ausgeführten Projektierungsarbeiten!). Dieser Anspruch auf Vertragsabschluss wäre, wenn man den betreffenden Architekturvertrag (als Gesamtvertrag) der [83] auftragsrechtlichen Auflösungsregel des Art. 404 OR unterstellt²⁵ und OR 404 I als zwingend erachtet²⁶, real nicht einmal durchsetzbar gewesen²⁷.

- Soweit die bereits ausgeführten Projektierungsarbeiten in Frage stehen, ist aber auch möglich, dass der Käufer dem Verkäufer versprach, dessen Honorarschuld gegenüber dem Architekten zu übernehmen (OR 175). Aus dieser internen Schuldübernahme allein wären indes dem Architekten (auch bei gültiger Abrede) noch keine Rechte (und damit kein Vergütungsanspruch) entstanden. Denn „der Eintritt eines Schuldübernehmers in das Schuldverhältnis an Stelle und mit Befreiung des bisherigen Schuldners erfolgt“ erst „durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger“ (OR 176 I)²⁸. Ob bei gegebener (interner) Übernahme der Honorarschuld auch ein solcher (externer) Vertrag mit dem Gläubiger (dem Architekten) zustandekam, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen. Dazu kommt, dass die (interne und externe) Schuldübernahme für sich allein kein Rechtsgrund wäre, um dem Käufer gegenüber dem Architekten einen Anspruch auf das ausgeführte Projekt zu geben.

Pro memoria ist beizufügen, dass es den drei Beteiligten (dem Verkäufer, Käufer und Architekten) auch freigestanden hätte, durch einen gemeinsam vereinbarten Parteienwechsel²⁹ den Käufer an die Stelle des Verkäufers in den Architekturvertrag (mit allen Rechten und Pflichten) eintreten zu lassen. Dieser Weg wäre für den Architekten der günstigste gewesen. Dass er eingeschlagen wurde, darf nach den Schilderungen des veröffentlichten Urteils jedoch ausgeschlossen werden.

- b. Das Obergericht setzt sich, wie gesagt, mit Inhalt und Rechtsnatur der streitigen „Architektenverpflichtung“ nicht näher auseinander. Der Grund mag darin liegen, dass das Gericht den eingeklagten Anspruch des Architekten schon deshalb abweist, weil es die getroffene Abrede als formungültig erachtet. Das aber führt direkt zur hier interessierenden *Frage, ob die Verpflichtung des Käufers tatsächlich unter den Formzwang des Grundstückskaufes fiel*. Wird der Umfang des Formzwanges nach den oben erwähnten Kriterien (III/ Ziff. 1) bestimmt, so kann diese Frage (anders als in den gerichtlichen Erwägungen) nicht schon deshalb bejaht werden, weil die Abrede für die Parteien des Kaufvertrages subjektiv wesentlich war. Vielmehr wurde die Abrede (trotz Wesentlichkeit) nur dann vom Formzwang erfasst, wenn die vom Käufer übernommene Verpflichtung

24 Danach kann der Dritte, zu dessen Gunsten der Vertrag zwischen den Vertragsparteien abgeschlossen wurde, „selbständig“ nur dann „die Erfüllung verlangen, wenn es die Willensmeinung der beiden andern war oder wenn es der Übung entspricht“.

25 BGE 109 II 466 = BR 1985, S. 14, Nr. 2. Entgegen dieser Entscheidung (und BGE 110 II 382 = BR 1985, S. 56, Nr. 42) ist der Gesamtvertrag des Architekten allerdings kein gemischtes Vertragsverhältnis, sondern ein reiner Auftrag (GAUCH, *Der Werkvertrag*, 3. Aufl., Zürich 1985, Nr. 54 ff.). Ob sich daran etwas ändert, wenn (wie hier) das auszuführende Projekt bereits vorliegt und vom Auftraggeber „übernommen“ wird, mag dahingestellt bleiben. Ausser Zweifel steht aber der Auftragscharakter der übertragenen Bauleitung (BGE 109 II 465; GAUCH, a.a.O., Nr. 50 ff.).

26 Statt vieler: BGE 106 II 159 f.; 104 II 111; MERZ ZBJV 1985, S. 216 und ZBJV 1986, S. 184. Für den Architekturvertrag offengelassen: BGE 109 II 467 = BR 1985, S. 14, Nr. 2 (anders wieder BGE 110 II 380 ff. = BR 1985, S. 56, Nr. 42). Gegen den zwingenden Charakter beim Architekturvertrag: GAUCH, *Der Werkvertrag*, a.a.O., Nr. 58, mit weiteren Hinweisen.

27 Vgl. BGE 98 II 312.

28 GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 2284 ff./Nr. 2293 ff.

29 GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 2272.

als zusätzliches Entgelt für das erworbene Grundstück in das kaufvertragliche Austauschverhältnis einfluss³⁰.

- c. Ob die zuletztgenannte Voraussetzung für die Formbedürftigkeit erfüllt war, lässt sich anhand der gerichtlichen Erwägungen nicht entscheiden, auch weil der genaue Inhalt der übernommenen Verpflichtung unbekannt ist. Unterstellt man jedoch als Hypothese, dass die Verpflichtung hätte verkündet werden müssen, so fragt sich, worin *die Rechtsfolge der unterlassenen Verkündung* bestand. Das Obergericht nimmt zu Recht an, dass die Verpflichtung, wenn sie nicht formgültig vereinbart wurde, unwirksam blieb. Wie aber verhält es sich mit dem formrichtig vereinbarten Restvertrag?
- Die unvollständige Verkündung eines Grundstückkaufvertrages bewirkt die Ungültigkeit des Vertragsganzen, also nicht nur des vorschriftswidrig ausgelassenen Teils³¹. Fiel die „Architektenverpflichtung“ des Käufers tatsächlich unter den Formzwang des Grundstückkaufes, so ist demzufolge der ganze Kaufvertrag formungültig³². Eine Beschränkung der Formungültigkeit nur auf die unverkündete Abrede kommt nicht in Frage. Auch eine sinngemässe Anwendung des Art. 20 Abs. 2 OR, an die man denken könnte, ist nach dem Zweck der Formvorschrift ausgeschlossen³³.
 - Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss der Richter die Formungültigkeit des Vertrages von Amtes wegen beachten, was aber in der Lehre mit guten Gründen bestritten wird³⁴. Da das Obergericht nicht mit dem Schicksal des ganzen Vertrages befasst war, sondern nur mit der Gültigkeit einer einzelnen Abrede, hat es sich in weiser Zurückhaltung (und unter Respektierung der Parteienträge) darauf beschränkt, die Ungültigkeit nur dieser Klausel festzustellen.

3. [84] Die Weisung der Aufsichtsbehörde (LGVE 085 II, Nr. 13) betrifft den häufigen Fall, da sich ein Bauunternehmer (allenfalls ein Generalunternehmer) zur entgeltlichen Ausführung von Bauarbeiten auf einem Grundstück verpflichtet, das er dem Besteller verkauft. Für diesen Fall stellt sich die praktisch wichtige *Frage, ob der Formzwang für den Grundstückkauf sich auch auf den Werkvertrag erstreckt*, wenn ohne den einen Vertrag der andere nicht abgeschlossen würde³⁵. In einer früheren Weisung (LGVE 081 I, Nr. 23 = BR 1982, S. 56, Nr. 48) hatte die Aufsichtsbehörde „entschieden“, dass bei solcher Abhängigkeit beide Verträge (Kauf- und Werkvertrag) der öffentlichen Beurkundung bedürfen. Die neue („präzisierende“) Weisung (LGVE 085 I, Nr. 13) hält grundsätzlich daran fest, lässt jetzt aber genügen, dass die öffentliche Kaufurkunde einen Hinweis auf den Werkvertrag enthält. Dagegen melden sich folgende Bedenken³⁶:

30 Diese Auffassung wird bestärkt durch BGE 86 II 33 ff., wo die Formbedürftigkeit einer „Unternehmerklausel“ (das Versprechen, mit dem Verkäufer allenfalls Werkverträge abzuschliessen) verneint wurde, weil es nach Ansicht des Bundesgerichts (a.a.O., S. 40) an der im Text genannten Voraussetzung fehlte.

31 Vgl. z.B. BGE 90 II 38.

32 Über die Bedeutung der Formungültigkeit vgl. neuerdings den reich dokumentierten Aufsatz von Kantonsrichter VOLKEN (Zum Problem des 'formnichtigen' Rechtsgeschäftes) in ZWR 1981, S. 461 ff.

33 Eingehend und überzeugend: HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, „Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg“, Band 65, Freiburg 1984, S. 95

34 Nachweise zur Rechtsprechung und Lehre bei GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI, Nr. 449/456.

35 So: MEIER-HAYOZ, N 89 zu Art. 657 ZGB. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (z.B. BGE 107 II 215 f.) gibt keine eindeutige Antwort (vgl. BRÜCKNER, ZBGR 64, 1983, S. 76).

36 Vgl. GAUCH, Der Werkvertrag, a.a.O., Nr. 302 ff.

- a. Weder die vom Verkäufer des Grundstücks (dem Bauunternehmer) versprochene Werkleistung noch der hierfür vom Verkäufer (dem Besteller) geschuldete Werklohn gehören zu dem von der gesetzlichen Formvorschrift erfassten Grundstückkauf. Vielmehr sprengen sie den „Rahmen des Kaufvertrages“, indem sie als geschlossenes Leistungspaar zum kaufvertraglichen Austauschverhältnis (Grundstück gegen Preis) hinzutreten und insbesondere der Werklohn keine Gegenleistung für das Grundstück darstellt. *Deshalb bleibt der Werkvertrag* nach den eingangs (III/ Ziff. 1) erwähnten Kriterien *vom Formzwang unberührt*, selbst wenn er mit dem formbedürftigen Grundstückkaufvertrag ein gemischtes Vertragsverhältnis bildet³⁷. Auch die Tatsache, dass der Abschluss des Werkvertrages zur „Bedingung“ für den Abschluss des formbedürftigen Grundstückkaufes gemacht wird, „erlaubt noch keineswegs die Annahme, er unterliege den für diesen massgeblichen Formerfordernissen“³⁸.
Trifft das Gesagte aber zu, so ist (entgegen LGVE 1981 I, Nr. 23) nur der Kaufvertrag zu verurkunden; und die Urkunde braucht (entgegen LGVE 1985 I, Nr. 13) keinen Hinweis auf den Werkvertrag zu enthalten. Daran vermag auch das kantonale Recht nichts zu ändern, da die Kantone (obwohl sie das Verfahren der öffentlichen Beurkundung zu regeln haben³⁹) nicht befugt sind, die Gültigkeit eines formbedürftigen Vertrages von der Beurkundung einer Tatsache abhängig zu machen, die von Bundesrechts wegen keiner besondern Form bedarf⁴⁰.
- b. Vom Gesagten gibt es eine *Ausnahme*. Sie betrifft den Sonderfall, in dem für das Grundstück und die Werkleistung zusammen eine einzige Gesamtvergütung (ein Gesamtpreis) vereinbart wird⁴¹. Alsdann muss mit der vom Käufer (und Besteller) versprochenen Gesamtvergütung auch die geschuldete Werkleistung des Verkäufers (und Unternehmers) in die öffentliche Urkunde aufgenommen werden⁴². Denn sonst erscheint die Gesamtvergütung im beurkundeten Kaufvertrag als

37 Max XI, 1970, Nr. 755, S. 778 f.; BRÜCKNER, a.a.O., S. 78 f. Mit Bezug auf den vereinbarten Werklohn vgl. auch BGE 86 II 37, der deswegen einschlägig ist, weil er klarstellt, dass „Versprechen des Käufers nur insoweit öffentlich beurkundet zu werden brauchen, als sie die Gegenleistung für das Grundstück betreffen. Leistungen, die der Käufer dem Verkäufer zwar im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufes....zusichert, die jedoch nicht im Austausch gegen das Grundstück, sondern für andere Leistungen des Verkäufers“ (hier für dessen Bauarbeiten) „zu erbringen sind, brauchen in der öffentlichen Urkunde nicht erwähnt zu werden, und zwar selbst dann nicht, wenn die Parteien den Kaufvertrag...ohne diese andern Leistungen und Gegenleistungen nicht abschliessen würden“.

Wird allerdings absichtlich ein zu geringer Kaufpreis verurkundet und zum Ausgleich ein höherer Werklohn als vereinbart angesetzt, so liegt eine Preissimulation vor, die den verurkundeten Grundstückkauf formungültig macht (vgl. z.B. BGE 104 II 101). Mit der Formungültigkeit des Grundstückkaufes entfällt auch die Verbindlichkeit des damit verbundenen Werkvertrages (Gauch, *Der Werkvertrag*, a.a.O., Nr. 302, mit weiteren Hinweisen).

38 BGE 78 II 438 f.

39 Schlusstitel ZGB, Art. 55.

40 BGE 99 II 162. Etwas anderes lässt sich auch nicht aus BGE 106 II 150 ableiten, der ausdrücklich auf BGE 99 II 162 verweist.

41 Die Meinung des Bundesgerichts, wonach zum vornherein kein Werkvertrag, sondern immer nur ein Kaufvertrag über eine künftige Sache vorliegt, wenn die vereinbarte Pauschalsumme auch den Preis für das Grundstück einschliesst (BGE 94 II 162; 15, S. 840 f.), verdient keine Zustimmung (im einzelnen: GAUCH, *Der Werkvertrag*, a.a.O., Nr. 193).

42 Anders: SJZ 52, 1956, S. 295, Nr. 140; GAUTSCHI, N 17c zu Art. 363 OR.

Preis nur für das Grundstück, der dann unrichtig (nämlich zu hoch) verkündet ist, was den Grundstückkauf formungültig macht⁴³.

Für diesen Ausnahmefall ist zwar die frühere Weisung der Aufsichtsbehörde (LGVE 1981 I, Nr. 23) zutreffend, nicht aber die nachgeschobene Präzisierung (LGVE 1985 I, Nr. 13), die es genügen lässt, dass die öffentliche Urkunde über den Kaufvertrag einen Hinweis auf den Werkvertrag enthält.

- c. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass die Vertragsparteien selbstverständlich frei sind, einen *Grundstückkaufvertrag* zu vereinbaren, *der auch das künftige Bauwerk miterfasst*. Alsdann wird das Grundstück mit dem (noch zu errichtenden) Bauwerk verkauft, das nach dem Willen der Parteien zum Kaufgegenstand gehört, also nicht Gegenstand eines Werkvertrages bildet (Kauf über eine künftige Sache). Hinsichtlich der Formfrage ist klar, dass dieser ganze Kaufvertrag (unter Einschluss des künftigen Bauwerkes⁴⁴) der kaufrechtlichen Formvorschrift untersteht. Damit allerdings befasst sich weder die frühere Weisung der Aufsichtsbehörde noch die spätere Präzisierung.

Korr.: MD, 02.03.2005

43 BGE 85 II 400.

44 Was das künftige Bauwerk betrifft, so lehrt die Erfahrung, dass bis zu einem gewissen Grad mit Änderungen gegenüber den bei Vertragsabschluss vorliegenden Plänen und Baubeschreibungen zu rechnen ist. Das aber schadet der Gültigkeit der Verkündung nicht, da insofern die bloss Bestimmbarkeit des Kaufgegenstandes den Anforderungen von OR 216 I genügt (BGE 103 II 112).