



Kommentar zu: Urteil: [4A_257/2020](#) vom 18. November 2020
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

(Un-)Gültigkeit von Verkaufs- und Kaufversprechen zu Grundstückkäufen

Autor / Autorin

Blerina Ahmeti, Dario Galli, Markus Vischer

walderwys

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_257/2020 vom 18. November 2020 entschied das Bundesgericht, dass ein Verkaufs- und Kaufversprechen über ein Grundstück eines Dritten mitsamt der darin enthaltenen Konventionalstrafe gültig sei, wenn die Verkaufsversprecher ihrerseits vorgängig ein Verkaufs- und Kaufversprechen mit Substitutionsklausel mit dem Grundeigentümer geschlossen haben.

Sachverhalt

[1] A (Beschwerdeführer, nachfolgend: Kaufinteressent) wollte eine Immobilie kaufen. Er interessierte sich für das Grundstück (nachfolgend: Grundstück) des P (nachfolgend: Grundeigentümer) und das Projekt, das darauf erstellt werden sollte (Sachverhalt Teile A.a und A.b).

[2] Mit notariell beurkundetem Verkaufs- und Kaufversprechen («*promesse de vente et d'achat*») vom 11. März 2015 verpflichtete sich der Grundeigentümer unwiderruflich, sein Grundstück an die S2 SA und die S3 SA zu verkaufen, die sich ihrerseits verpflichteten, dieses Grundstück zu kaufen. Die beiden Gesellschaften sollten darüber hinaus die Vorvermarktung mehrerer Villen durch die parallele Unterzeichnung eines Generalunternehmensvertrags vorantreiben. Sie hatten zudem das Recht, einen interessierten Dritten in ihre Stellung zu substituieren. Gleichzeitig räumte der Grundeigentümer den beiden Gesellschaften ein vom Verkaufs- und Kaufversprechen getrenntes und unabhängiges, aber denselben Klauseln und Bedingungen unterliegendes Kaufrecht ein, das am 18. März 2015 in das Grundbuch eingetragen wurde (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Am 27. Juli 2015 schlossen die beiden Gesellschaften und die S1 SA (Beschwerdegegnerinnen, nachfolgend: einfache Gesellschaft) einerseits und der Kaufinteressent andererseits ein notariell beurkundetes Verkaufs- und Kaufversprechen betreffend das Grundstück. Der Kaufinteressent verpflichtete sich darin unwiderruflich, am 14. Dezember 2015 mit dem Grundeigentümer einen Kaufvertrag über das Grundstück und mit der einfachen Gesellschaft einen Werkvertrag zu unterzeichnen. Im Gegenzug verzichteten die S2 SA und die S3 SA auf ihre Rechte am Grundstück und entbanden den Grundeigentümer von seinen Pflichten ihnen gegenüber. Es sollte zudem ein Kaufrecht am Grundstück zugunsten des Kaufinteressenten im Grundbuch eingetragen werden. Die Entwürfe des Kaufvertrags und des Werkvertrags waren der notariellen Urkunde beigelegt. Der Kaufinteressent leistete einen Betrag von CHF 200'000, der gemäss notarieller Urkunde als Konventionalstrafe bei der einfachen Gesellschaft verbleiben sollte, sofern er am 14. Dezember 2015 nicht zur Kaufvertrags- und Werkvertragsunterzeichnung erscheinen oder den Kaufpreis nicht zahlen sollte. Insgesamt musste der Kaufinteressent CHF 2'130'000 zahlen. Die Eintragung des Kaufrechts wurde in der Folge vom Grundbuch abgelehnt, weil der Grundeigentümer nicht zum entsprechenden Akt erschien (Sachverhalt Teil A.c).

[4] Nachdem der Kaufinteressent bis 14. Dezember 2015 die notwendigen Mittel zur Finanzierung nicht aufbringen konnte, vereinbarte dieser am 14. Dezember 2015 mit der einfachen Gesellschaft gegen Leistung einer zweiten

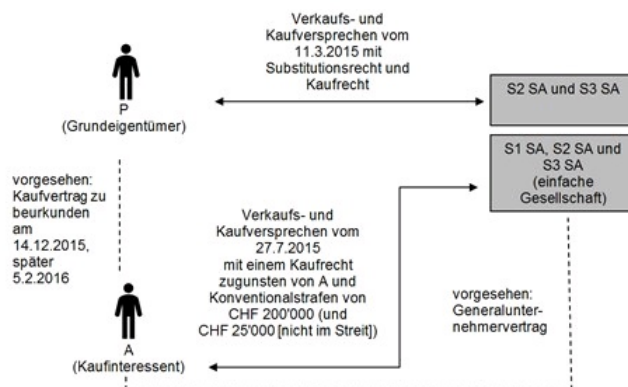
Anzahlung von CHF 25'000 die Verlängerung des Verkaufs- und Kaufversprechens bis 5. Februar 2016. Diese zweite Anzahlung leistete der Kaufinteressent am 17. Dezember 2015 (Sachverhalt Teil A.d).

[5] Mit E-Mail vom 29. Januar 2016 erinnerte ein Vertreter der S2 SA den Kaufinteressenten an die Wichtigkeit der Zahlung des Kaufpreises bis 5. Februar 2016 und an die Folgen der Nichtzahlung (d.h. den Verlust der bereits geleisteten Anzahlungen). Der Kaufinteressent erschien am 5. Februar 2016 erneut nicht vor dem Notar. Am 13. Juni 2016 teilte ihm die einfache Gesellschaft mit, dass das Grundstück von einem anderen Kunden reserviert worden sei und daher nicht mehr zum Verkauf stehe. Dieser Kunde unterzeichnete am 26. August 2016 ein Verkaufs- und Kaufversprechen und am 3. März 2017 einen Kaufvertrag über das Grundstück. Der Antrag des Kaufinteressenten auf Rückerstattung der geleisteten Anzahlungen wurde von der einfachen Gesellschaft betreffend die erste Anzahlung von CHF 200'000 abgelehnt und betreffend die zweite Anzahlung von CHF 25'000 teilweise gutgeheissen (Sachverhalt Teile A.e, A.f, A.g und A.h).

[6] Mit Eingabe vom 11. September 2017 klagte der Kaufinteressent gegen die Gesellschafter der einfachen Gesellschaft auf Zahlung von CHF 179'958.30 (d.h. CHF 190'000 abzüglich der Zusatzleistungen, welche die einfache Gesellschaft für den Kaufinteressenten erbracht hatte). Später ergänzte der Kaufinteressent seinen Antrag und klagte auf Zahlung von CHF 200'000. Mit Urteil vom 25. Juni 2019 wies das erstinstanzliche Genfer Gericht die Klage ab. Es stellte im Wesentlichen die Gültigkeit des Verkaufs- und Kaufversprechens vom 27. Juli 2015 sowie der darin enthaltenen Konventionalstrafe in Bestand und Höhe fest. Auf Berufung des Kaufinteressenten hin bestätigte die Genfer *Cour de Justice* das Urteil (Sachverhalt Teile B.a und B.b).

[7] Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragte der Kaufinteressent dem Bundesgericht, die Gesellschafter der einfachen Gesellschaft seien zu verpflichten, ihm CHF 200'000, eventualiter CHF 179'958.30, subeventualiter den verbleibenden Mehrbetrag nach Herabsetzung der Konventionalstrafe, zu zahlen. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (Sachverhalt Teil C und E. 6).

[8] Der Sachverhalt lässt sich vereinfacht grafisch wie folgt darstellen:



Erwägungen

[9] Das Bundesgericht hielt einleitend fest, dass die Gültigkeit der Konventionalstrafe von der Gültigkeit der Hauptverpflichtung abhängt. Der Kaufinteressent rügte, die öffentliche Urkunde vom 27. Juli 2015 sei in dreifacher Hinsicht nichtig. Erstens hätte die einfache Gesellschaft keine Verfügungsbefugnis über das Grundstück gehabt. Zweitens sei sie mangels Eigentümerstellung nicht berechtigt gewesen, die öffentliche Urkunde vom 27. Juli 2015 zu unterzeichnen, weshalb die Beurkundungsform nicht eingehalten worden sei. Drittens sei die Einräumung eines Kaufrechts zugunsten des Kaufinteressenten objektiv unmöglich gewesen, was zur Nichtigkeit der gesamten öffentlichen Urkunde führe (E. 3.1 und 3.2).

[10] Dem hielt das Bundesgericht Folgendes entgegen: Die Lehre (z.B. JEAN-FRÉDÉRIC REYMOND^[1] oder ADRIEN GABELLON^[2]) und Rechtsprechung anerkennen seit Langem die Möglichkeit, ein Verkaufs- und Kaufversprechen über ein Grundstück mit Substitutionsrecht abzuschliessen. Bei diesem Substitutionsrecht handle es sich in Übereinstimmung mit der von PASCAL G. FAVRE^[3] und JÖRG SCHMID^[4] vertretenen Meinung in Tat und Wahrheit um die im Voraus dem Kaufversprecher gegebene Einwilligung des Verkaufsversprechers, das Verkaufs- und Kaufversprechen an einen Dritten zu übertragen. Entsprechend handle es sich beim Substitutionsrecht entgegen einem früheren Bundesgerichtsentscheid, nämlich Urteil des Bundesgerichts [4C.356/2001](#) vom 12. März 2002 E. 2a/aa, nicht um ein Handeln für wen es angeht und damit auch nicht um die Einräumung einer Vollmacht oder einen Vertrag zugunsten Dritter. Der Dritte, an den das Verkaufs- und Kaufversprechen aufgrund der Substitutionsklausel übertragen werden könne, müsse nicht im Voraus bestimmt oder bestimmbar sein. Die Substituierung finde statt, wenn der Kaufversprecher und der Dritte einen Übertragungsvertrag abschliessen. Dieser Übertragungsvertrag bedürfe nach der Lehre der öffentlichen Beurkundung. Unabhängig davon, ob man das Verkaufs- und Kaufversprechen vom 11. März 2015 als Vorvertrag zu einem Kaufvertrag oder bereits als

Kaufvertrag qualifiziere, habe es der S2 SA und der S3 SA mit der Substitutionsklausel das Recht verschafft, den Vertrag auf einen Dritten zu übertragen. Entsprechend habe die öffentliche Urkunde vom 27. Juli 2015 die Substituierung des Kaufinteressenten in die Parteistellung der S2 SA und der S3 SA betreffend den Vertrag vom 11. März 2015 zum Gegenstand gehabt. Ob man im Vertrag vom 27. Juli 2015 ein Versprechen zur Übertragung des Vertrags vom 11. März 2015 oder die Übertragung dieses Vertrags selbst sehe, sei irrelevant, hätten die S2 SA und die S3 SA durch die Substitutionsklausel auf alle Fälle die aus diesem Vertrag fließende notwendige Verfügungsbefugnis über das Grundstück gehabt. Dass der Grundeigentümer am Vertrag vom 27. Juli 2015 nicht beteiligt gewesen sei, ändere daran nichts. Auch von einer Formungültigkeit könne nicht die Rede sein, sei doch die Substitutionsklausel in einem öffentlich beurkundeten Vertrag, nämlich dem Vertrag vom 11. März 2015, enthalten gewesen. Diese Konstruktion ermögliche es, dass der Kaufversprecher nicht selbst das Grundstück kaufen und anschliessend dem Dritten verkaufen müsse. Entsprechend erwiesen sich die ersten beiden Nichtigkeitsargumente des Kaufinteressenten als unbegründet (E. 3.4).

[11] In Bezug auf das dritte, das Kaufrecht betreffende Nichtigkeitsargument des Kaufinteressenten verwies das Bundesgericht auf die Ausführungen der Vorinstanz. Gemäss Vorinstanz sei die Verpflichtung der einfachen Gesellschaft in der öffentlichen Urkunde vom 27. Juli 2015 nicht von Anfang an unmöglich gewesen, hätte sie doch der Eigentümer erfüllen können. Zudem läge gemäss Vorinstanz höchstens Teilnichtigkeit der öffentlichen Urkunde vom 27. Juli 2015 vor, weil die Parteien den Vertrag gemäss dieser öffentlichen Urkunde auch ohne den Kaufrechtsteil geschlossen hätten. Dem hätte der Kaufinteressent vor Bundesgericht nicht in rechtsgenügender Weise widersprochen, weshalb auf die entsprechenden Vorbringen des Kaufinteressenten nicht einzugehen sei (E. 3.5).

[12] Am Schluss prüfte das Bundesgericht noch, ob die Konventionalstrafe im Hinblick auf Art. 163 Abs. 3 OR zu hoch gewesen sei und hätte herabgesetzt werden müssen. Die Vorinstanz habe diesbezüglich festgestellt, dass die Konventionalstrafe von CHF 200'000 etwas weniger als 10% des Gesamtbetrags der Transaktion, der sich auf CHF 2'130'000 belief, ausmache. Zwar habe das Verkaufs- und Kaufversprechen nur sieben Monate gedauert. Der einfachen Gesellschaft seien jedoch zusätzliche Kosten entstanden, weil die Baupläne, die nach den Vorgaben des Kaufinteressenten erstellt worden waren, geändert werden mussten und das Grundstück schliesslich zu einem tieferen Preis verkauft worden sei. Die einfache Gesellschaft habe also einen Schaden dadurch erlitten, dass der Kaufinteressent nicht in die versprochenen Geschäfte (Kaufvertrag und Werkvertrag) eingetreten sei, obwohl sie selbst nicht durch eine Konventionalstrafe gegenüber dem Grundstückverkäufer gebunden gewesen sei. Jedenfalls sei dieser Nachteil nicht allein ausschlaggebend, da mit der Vertragsstrafe auch ein abschreckender Zweck verfolgt worden sei. Schliesslich sei der Kaufinteressent in der Lage gewesen, die Tragweite und die Folgen der Konventionalstrafe, auf die er ausdrücklich hingewiesen worden war, zu verstehen. Unter diesen Umständen erscheine der Betrag von CHF 200'000 nicht unverhältnismässig (E. 5.1).

[13] Dabei sei auch zu beachten, dass das Herabsetzungsrecht des Richters gemäss Art. 163 Abs. 3 OR ein Ausfluss von Art. 2. Abs. 2 ZGB sei und der Richter deshalb nur mit Zurückhaltung in den Vertrag eingreifen dürfe. Auch wenn ein Schaden nicht Voraussetzung und eine Konventionalstrafe nicht schon deshalb herabzusetzen sei, wenn sie den Schaden übersteige, sei ein Schaden doch wichtig, damit ein Interesse des Gläubigers an der Konventionalstrafe bejaht werden könne. Es könnten aber auch andere Kriterien als der Schaden in die Würdigung einbezogen werden, wobei das Bundesgericht aber insgesamt nur zurückhaltend in das von der Vorinstanz in der Herabsetzungsfrage ausgeübte Ermessen eingreife. Vorliegend könnten der Vorinstanz keine Vorwürfe gemacht werden, habe sie doch insbesondere zu Recht berücksichtigt, dass die Konventionalstrafe den Abschluss des Kauf- und des Werkvertrags absichern sollte (E. 5.2 und 5.3).

[14] Die Beschwerde sei deshalb abzuweisen (E. 6).

Kurzkomentar

[15] Das referierte Bundesgerichtsurteil analysiert das in der Welschschweiz weitverbreitete Phänomen des Verkaufs- und Kaufversprechens, das im vorliegenden Fall gleich zweifach vorkommt, nämlich einerseits als Verkauf- und Kaufversprechen zwischen dem Grundeigentümer und den Kaufversprechern (S2 SA und S3 SA) und andererseits als Verkaufs- und Kaufversprechen zwischen den Kaufversprechern des ersten Geschäfts (hier ergänzt um die S1 SA) und dem Dritten, dem endgültigen Kaufinteressenten (hier Kaufinteressent genannt).

[16] Der Praxis und damit der normativen Kraft des Faktischen folgend erteilt das Bundesgericht diesem Phänomen einmal mehr seinen grundsätzlichen Segen. Allerdings zeigt das hier kommentierte Bundesgerichtsurteil einmal mehr, wie dogmatisch komplex und wie wenig durchdrungen Verkaufs- und Kaufversprechen noch sind. Das Hauptproblem bleibt, dass unklar ist, ob Verkaufs- und Kaufversprechen Vorverträge im Sinne von Art. 22 Abs. 1 OR zu Kaufverträgen^[5] oder Kaufverträge sind, wie das Bundesgericht üblicherweise annimmt.^[6] Letzteres ist aber mit dem vorliegenden Fall nicht wirklich vereinbar, sollte doch der Kaufinteressent aufgrund des öffentlich beurkundeten Vertrags vom 27. Juli 2015 noch den Kaufvertrag mit dem Grundeigentümer öffentlich beurkunden, der dem Vertrag vom 27. Juli 2015 im Entwurf beilag (Sachverhalt

Teil A.c, Rz. 3). Entsprechend schreckte das Bundesgericht im vorliegenden Fall davor zurück, das Verkaufs- und Kaufversprechen vom 27. Juli 2015 als Übertragungsvertrag zu bezeichnen. Vielmehr liess es offen, ob es sich um einen Vorvertrag zum Abschluss eines Übertragungsvertrags oder um den Übertragungsvertrag selbst handelte (E. 3.4, Rz. 10).

[17] Folglich wäre es nach der hier vertretenen Auffassung einfacher gewesen, die beiden Verkaufs- und Kaufversprechen als Vorverträge zu qualifizieren. Im ersten Verkaufs- und Kaufversprechen vom 11. März 2015 hätte sich der Grundeigentümer verpflichtet, das Grundstück den Kaufversprechern (S2 SA und S3 SA) oder einem von diesen bezeichneten Dritten (mittels öffentlich beurkundetem Kaufvertrag) zu verkaufen. Im zweiten Verkaufs- und Kaufversprechen vom 27. Juli 2015 hätte sich der Kaufinteressent verpflichtet, das Grundstück (mittels öffentlich beurkundetem Kaufvertrag) vom Grundeigentümer zu kaufen (und mit den Verkaufsversprechern einen Werkvertrag abzuschliessen). Das hätte den Absichten aller Parteien besser entsprochen und hätte es nicht notwendig gemacht, der These von FAVRE und SCHMID zu folgen und den Vertrag vom 27. Juli 2015 am Wortlaut vorbei in einen Übertragungsvertrag oder in einen Vorvertrag zu einem Übertragungsvertrag umzudeuten (und die Substitutionsklausel im Vertrag vom 11. März 2015 als Einwilligung zu einer Übertragung zu qualifizieren). Das hätte am Resultat, dass der Kaufinteressent die im Vertrag vom 27. Juli 2015 gültig vereinbarte Konventionalstrafe zu zahlen gehabt hätte, nichts geändert.

[18] Entsprechend wird das hier besprochene Bundesgerichtsurteil der Praxis etwas Kopfzerbrechen bereiten. Eventuell wird es aber auch nur ein kurzes Kopfschütteln sein. Denn es ist anzunehmen, dass sich die Praxis durch das Bundesgerichtsurteil nicht beeindruckt lässt und auch inskünftig in Konstellationen wie der vorliegenden das zweite Verkaufs- und Kaufversprechen nicht als Übertragungsvertrag oder Vorvertrag zu einem Übertragungsvertrag ausgestaltet.

[19] Allerdings sollte die Praxis sich der Problematik der Einräumung des Kaufrechts im zweiten Vertrag stärker annehmen und das Kaufrecht im ersten Vertrag klarer als durch den Kaufversprecher im Sinne von Art. 216b OR übertragbar ausgestalten, was allerdings in der Substitutionsklausel wohl implizit jeweils mitgemeint ist.

[20] Immerhin sei der Praxis zugerufen, dass es angesichts der realen Gefahr der Herabsetzung einer Konventionalstrafe aus Sicht des Grundeigentümers und der ersten Kaufversprecher geboten wäre, mindestens teilweise eine Entschädigung für die Einräumung des Kaufrechts statt eine Konventionalstrafe vorzusehen, weil eine solche nicht herabsetzbar ist.

MLaw BLERINA AHMETI, Substitutin, Walder Wyss AG.

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] JEAN-FRÉDÉRIC REYMOND, La promesse de vente pour soi ou pour son nommable, Diss. Lausanne 1945, S. 197 ff.

[2] ADRIEN GABELLON, Le précontrat – Développements et perspectives, Diss. Freiburg 2014 = AISUF Band 338, Genf/Zürich/Basel 2014, Rz. 522.

[3] PASCAL G. FAVRE, Le transfert conventionnel de contrat, Diss. Freiburg 2005 = AISUF Band 246, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 257 ff.

[4] JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1987 = AISUF Band 83, Freiburg 1988, Rz. 328 f.

[5] In der französischen Fassung von Art. 216 Abs. 2 OR werden Vorverträge zu Grundstückkaufverträgen als «*promesses de vente*» bezeichnet. Allein damit ist jedoch nichts gewonnen. Denn die Bezeichnung eines Vertrags ist für seine rechtliche Qualifikation nicht entscheidend (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR; Urteil des Bundesgerichts [4A_64/2020](#) vom 6. August 2020 E. 8.1.2).

[6] Z.B. Urteil des Bundesgerichts [4A_297/2018](#) vom 21. Januar 2020 E. 5.2 «La promesse de vente du 12 octobre 2000 contient déjà tous les éléments essentiels de la vente immobilière projetée, à laquelle elle doit être assimilée [...]. Il s'agit en outre d'une vente conditionnelle au sens de l'art. 217 al. 1 CO.»; BGE [105 III 11](#) E. 4 S. 16 «Es ist richtig, dass das Kaufrecht nicht unabhängig von der promesse de vente veräussert werden kann. Die rechtliche Konstruktion der Vereinbarung vom 10./16. Juli 1973 entspricht im wesentlichen derjenigen, die das Bundesgericht im Falle Blum gegen Bancofin (BGE [103 III 106](#) ff.) zu untersuchen hatte. Auch hier handelt es sich nicht um einen blossen Vorvertrag, der die Parteien zum Abschluss des Kaufvertrages verpflichten würde. Die promesse de

vente ist vielmehr selbst als Kaufvertrag zu betrachten, haben sich die Parteien doch darin bereits über alle wesentlichen Punkte des Kaufs geeinigt.»

[7] Siehe auch VALENTIN FREIERMUTH/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Qualifikation einer Anzahlung als unechte Konventionalstrafe](#), in: dRSK, publiziert am 30. November 2021, Rz. 21 ff.

Zitiervorschlag: Blerina Ahmeti / Dario Galli / Markus Vischer, (Un-)Gültigkeit von Verkaufs- und Kaufversprechen zu Grundstückerkäufen, in: dRSK, publiziert am 2. Dezember 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch