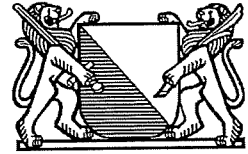


# Obergericht des Kantons Zürich



NI-A10-035

Kreisschreibensammlung Nr. 389

KREISSCHREIBEN  
DER VERWALTUNGSKOMMISSION  
DES OBERGERICHTES DES KANTONS ZUERICH

an die Notariate

betreffend

**die Erforschung des Parteiwillens und die Belehrungs- und Beratungspflicht  
der Urkundsperson beim Kauf von Grundstücken  
mit projektierte oder angefangener Baute**

vom 24. November 2010

---

Beim Kauf einer Stockwerkeigentumswohnung oder eines Reiheneinfamilienhauses trifft es bei Gesamtüberbauungen regelmässig zu, dass die ersten Kaufverträge bereits in der Projektierungsphase und die restlichen während der Bauausführung öffentlich beurkundet werden. Es kann sich dabei entweder um einen Vertrag über eine künftige Baute (schlüsselselfertige Erstellung), um einen Kaufvertrag mit einem Werkvertrag oder um einen Kaufvertrag mit gewissen werkvertraglichen Abreden handeln. Dabei stellt sich immer die Frage, wie der Vertrag auszugestalten und der Kaufpreis richtig zu beurkunden ist, damit die gesetzlichen Formvorschriften erfüllt sind. Mit dieser Problematik hat sich die Urkundsperson bei der Willenserforschung der Parteien und im Rahmen ihrer Belehrungs- und Beratungspflicht auseinanderzusetzen. Es ist ihre Aufgabe, die verschiedenen Tatbestände, wie sie in der Praxis vorkommen, abzuklären und zu beurteilen und die richtigen Entscheidungen zu treffen.

Sofern es sich um einen Kaufvertrag über die schlüsselfertige Erstellung eines Kaufsobjektes handelt (Kauf einer künftigen Baute), gibt die Willenserforschung wie auch die Aufsetzung des Kaufvertrages in der Regel keine besonderen Probleme auf. Ein solcher Kauf liegt dann vor, wenn der öffentlich beurkundete Vertragsabschluss zeitlich klar vor der Fer-

tigstellung der Baute, die Eigentumsübertragung aber erst mit dieser bzw. bei der Bezugsbereitschaft erfolgt.

Komplexer ist die rechtliche Beurteilung dann, wenn von der veräussernden Partei ein gemischtes Rechtsgeschäft – Kaufvertrag und Werkvertrag – beabsichtigt und der Bauersteller bzw. die Bauerstellerin allenfalls mit ihr nicht identisch ist. Die öffentliche Beurkundung des Kaufvertrages wie auch die Eigentumsübertragung soll dabei gleichzeitig und klar vor Fertigstellung der Baute stattfinden, davon unterscheidet sich diese Vertragsausgestaltung vom Kauf einer künftigen Baute. Spätestens seit dem BGE 107 II 211 ff. (ZBGR 64 S. 106 ff. mit Redaktionsbemerkung) geben sich die Notariate im Kanton Zürich bei der Abklärung und Überprüfung des konkreten Sachverhalts zurückhaltend, wenn von den Parteien eine Stockwerkeigentumswohnung als Gegenstand des Kaufs erklärt und im Kaufvertrag auch so dargestellt wird, der Kaufpreis jedoch nur den entsprechenden „Landanteil“ umfassen soll, weil der Baubeginn nach Angaben der Parteien noch nicht stattgefunden habe. Im Übrigen wird auf einen separat abzuschliessenden Werkvertrag – allenfalls mit einer Drittpartei – verwiesen, der nicht Bestandteil des öffentlich beurkundeten Kaufvertrages mit gleichzeitiger Eigentumsübertragung bildet. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang festgehalten, dass ein Kaufvertrag den Stockwerkeigentumsanteil in dem Zustand zum Gegenstand haben könne, in dem er sich im Zeitpunkt des Verkaufes befinde. Die Verpflichtung, eine fertige Wohnung zu liefern, sei nicht notwendiger Bestandteil des Vertrages. Den Entscheid hat das Bundesgericht allerdings unter dem Aspekt der beschränkten Kognitionsbefugnis der Grundbuchbehörden bezüglich der Gültigkeit des einzutragenden Rechtsgeschäftes gefällt.

Sollte die Gesamtüberbauung bereits im Entstehen begriffen sein, verlangt die Urkundsperson im Kanton Zürich von den Parteien die Angabe der bereits investierten Bausubstanz im Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung und Eigentumsübertragung, um den anteilmässigen Betrag bezogen auf das Kaufobjekt separat in der Kaufpreisabrechnung ausweisen zu können. Diese Sichtweise beruht auf dem sachenrechtlichen Akzessionsprinzip gemäss Art. 667 Abs. 2 ZGB, wonach bei einem Grundstückkauf die eigentumsrechtliche Trennung von Boden und Baute (unter Vorbehalt der Begründung eines Baurechts) nicht zulässig ist. Es versteht sich von selbst, dass die Wertermittlung der bereits investierten Bausubstanz bei laufendem Baufortschritt nicht selten sehr summarisch erfolgt, im besten Falle deshalb, weil dieser Wert objektiv nicht präzise berechnet werden kann. Die Folge davon ist, dass die Forderung der Urkundsperson nach Bekanntgabe des Wertes der investierten Bausubstanz für die Festsetzung des Kaufpreises einerseits bei den Parteien auf Unverständnis stösst und andererseits dem Kaufpreis etwas Willkürliches

und sogar Fiktives anhaftet. Weder für die veräussernde noch für die erwerbende Partei und auch nicht für den Bauersteller bzw. die Bauerstellerin, sofern es sich um eine Drittpartei handelt, kommt dieser dem Baufortschritt angepassten Kaufpreisfestsetzung eine massgebende, wirtschaftliche Bedeutung zu. Damit wird klar erkennbar, um was es letztlich geht, nämlich der veräussernden Partei um die Bezahlung des Kaufpreises für den anteilmässigen Landpreis, dem Unternehmer bzw. der Unternehmerin – unabhängig davon, ob als Drittpartei oder identisch mit der veräussernden Partei – um die Werklohnzahlung gemäss separater Abrechnung (und mit Zahlungsterminen entsprechend dem Baufortschritt) und der erwerbenden Partei um den Erwerb einer Stockwerkeigentumswohnung im Endausbau. Anstelle einer Stockwerkeigentumswohnung kann es sich auch um ein Reiheneinfamilienhaus in einer Gesamtüberbauung handeln.

Vor kurzem hat sich die Lehre erstmals komprimiert und vertieft mit den beurkundungsrechtlichen Aspekten der verschiedenen Tatbestände, wie sie heute bei der Erstellung von Gesamtüberbauungen vorkommen, auseinandergesetzt<sup>1</sup>. Sie hat dabei die beurkundungsrechtlich bedeutenden Unterschiede zwischen einem *reinen Grundstückkauf*, der die künftige Baute als Kaufsache miterfasst, einem Grundstückkauf mit einem separaten *echten Werkvertrag* bzw. dem Vertragseintritt in diesen und letztlich einem Grundstückkauf im Kontext mit einem *unechten Werkvertrag* aufgezeigt. Mit Bezug auf den letztgenannten Fall ist im Folgenden näher einzugehen mit dem Ziel, die Notariate im Kanton Zürich im Hinblick auf künftige Gesamtüberbauungen zu sensibilisieren, damit sie besser erkennen, wann ein solcher Fall vorliegt und wie damit beurkundungsrechtlich umzugehen ist. Als Folge davon sehen sich einige Bau- oder Immobilienfirmen mit einer Praxisänderung der zürcherischen Notariate konfrontiert, die aber im Lichte der Rechtsentwicklung zu betrachten ist.

Für das Vorliegen eines *unechten Werkvertrages*, der separat zum Grundstückkaufvertrag treten soll, ist entscheidend, dass die erwerbende Partei und gleichzeitig „Werkbestellerin“ im Gegensatz zu einem *echten Werkvertrag* keinen Einfluss auf den Bau, die Ausgestaltung und Erschliessung der Überbauung, den Erstellungszeitplan und die Leistungserbringung (beispielsweise die Auswahl der Handwerker) nehmen kann. Sie muss wie alle andern, mit denen inhaltlich identische Verträge abgeschlossen werden, die Überbauung wie sie der Unternehmer bzw. die Unternehmerin projiziert und gemäss Baubewilligung ausführt, ohne Einwirkungsmöglichkeiten akzeptieren. Sie hat die für einen *echten Werkver-*

---

<sup>1</sup> Vgl. Der Grundstückkauf, Schulthess 2010: Frédéric Krauskopf, Grundstückkauf mit angefangener Baute, S. 233 ff. sowie Jürg Schmid, Kauf von Grundstücken mit angefangener Baute, S. 267 ff.

trag typischen Bestellerrechte praktisch vollständig aus der Hand gegeben. An dieser Charakterisierung ändert sich auch dann nichts, wenn die erwerbende Partei als Werkbestellerin – was regelmässig der Fall ist – Details der Innenausstattung wie Bodenbelag, Küchengeräte, Farbgebung, zusätzliche Steckdosen usw. mitbestimmen kann. Anhaltspunkte dafür können sich auch aus den Verkaufsprospekten und -inseraten ergeben, wenn diese auf ein fertig erstelltes Bauobjekt ausgerichtet sind und einen Gesamt(kauf)preis angeben. In solchen Fällen ergibt die Willensforschung bei der erwerbenden Partei klar, dass sie vom Erwerb einer fertig erstellten Baute ausgeht. Wirkliche Werkvertragsabsichten fehlen bei ihr. Aufgrund der Pflicht der Urkundsperson zur Willensermittlung und der damit im Zusammenhang stehenden Belehrungs- und Beratungspflicht ist es ihre Aufgabe sicherzustellen, dass der wahre Wille zum Ausdruck kommt, weil nur dadurch der Vertrag formgültig abgeschlossen wird. Als Gegenleistung des der Form der öffentlichen Beurkundung unterliegenden Vertrages gilt somit einerseits das Entgelt für den entsprechenden Landanteil und der allenfalls bereits angefangenen Baute und andererseits aber auch das Entgelt der fertig zu stellenden Baute. Entscheidend ist somit einzig und allein, welche Gegenleistung für die gesamte Baute zu leisten ist und dieser Preis ist öffentlich zu beurkunden. Es handelt sich um einen Kaufvertrag mit gewissen werkvertraglichen Abreden, deren Leistung im Vertrag in genügender Weise zu umschreiben ist. Die sachenrechtlichen Komponenten betreffen die veräussernde Partei und wenn die werkvertraglichen Abreden eine Drittpartei betreffen, ist auch diese in das Beurkundungsverfahren einzubeziehen.

Entsprechende Grundmusterverträge werden den Notariaten im Januar 2011 elektronisch zur Verfügung gestellt.

Wir weisen Sie an, künftig im Sinne der Erwägungen vorzugehen.

Im Namen der Verwaltungskommission des Obergerichtes

Der Präsident:



Der Generalsekretär:

