

Kaufvertrag

A.B., Notar des Kantons Bern, eingetragen im Notariatsregister des Kantons Bern, mit Büro in Hilterfingen,

beurkundet¹⁾:

Frau

Ursula Bigler-Vollenweider

17.3.1944, verheiratet²⁾, von Vechigen und Interlaken, Weststrasse 17, 3074 Muri bei Bern,

Verkäuferin

und die

Künzi + Co

Kollektivgesellschaft mit Sitz in Thun, CHE-318.345.934³⁾, handelnd durch den einzeln zeichnungsberechtigten Gesellschafter, Herrn **Ernst Künzi**, von Obfelden, in Hilterfingen,

Käuferin

erklären:

I. Kauf / Vertragsobjekt

Frau Ursula Bigler-Vollenweider verkauft der Künzi + Co folgendes Grundstück:

Heimberg-Grundbuchblatt Nr. 3478

Gebäude Nr. 7 an der Bernstrasse

Fläche: 488 m²*folgt Grundstückbeschreibung (vgl. Musterurkunde Nr. 611)⁴⁾***II. Finanzielle Vertragsbestimmungen****1. Kaufpreis**Der Kaufpreis für das Vertragsobjekt beträgt **CHF 1'200'000.–**

(eine Million zweihunderttausend Schweizer Franken).

2. Kaufpreistilgung

Die Käuferin verpflichtet sich, den Kaufpreis wie folgt zu tilgen:

a) Die Käuferin übergibt der Verkäuferin bei der Verurkundung einen von der Berner Kantonalbank AG ausgestellten Bankscheck über CHF 40'000.–
Die Verkäuferin bestätigt den Empfang des Schecks. Die Parteien verzichten auf eine Verzinsung dieser Anzahlung.

b) Die Käuferin hat die Kaufpreisrestanz von CHF 1'160'000.– per 29. Februar 2012 (Bankvaluta Zahlungseingang) wie folgt zu bezahlen:

aa) Die Käuferin überweist einen Betrag von CHF 527'662.50
an die Verkäuferin, auf deren Hypothekarkreditkonto IBAN CH62 0023 5235 9456 1234 0 bei der AEK Bank 1826 Genossenschaft zur Tilgung der bestehenden Hypothek (inkl. Zinsen und Ab-lösungskosten).

Übertrag **CHF 567'662.50**

Übertrag	CHF 567'662.50
bb) Die Käuferin überweist einen Betrag von an den Notar, auf dessen Konto Klientengelder IBAN CH67 0044 4567 8834 3498 4 bei der Credit Suisse AG zur Sicherstellung der voraussichtlich anfallenden Grundstückgewinnsteuern (vgl. Ziffer III/9 hienach).	CHF 70'200.–
cc) Die Käuferin überweist einen Betrag von an die Verkäuferin, auf deren Konto IBAN CH67 0458 3489 5687 2298 7 bei der Credit Suisse AG.	CHF 562'137.50
	<hr/>
	<u>CHF 1'200'000.–</u>

Der 29. Februar 2012 als Termin für die Leistung der Kaufpreisrestanz ist ein Verfalltag⁵⁾. Die Käuferin hat ihre auf diesen Termin geschuldeten Zahlungen ohne weitere Aufforderung und ohne Rückhalte zu überweisen. Die Verrechnung⁶⁾ mit Gegenansprüchen der Käuferin wird ausgeschlossen.

3. Hypothekarschuld / Schuldbriefe

Die Hypothek der Verkäuferin bei der AEK Bank 1826 Genossenschaft wird von der Käuferin nicht übernommen. Die Verkäuferin wird diese Hypothek nach Beurkundung dieses Vertrags kündigen.

Die Verkäuferin trägt die Hypothekarschuld, die offenen Zinsen und die sonstigen Kosten. Diese werden durch die Zahlung der Käuferin gemäss Ziffer II/2/b/aa getilgt.

Die Verkäuferin verpflichtet sich, den im 1. Rang auf dem Vertragsobjekt lastenden Papier-Schuldbrief von CHF 600'000.– unbelastet an die Käuferin oder einen von dieser bezeichneten Dritten zu indossieren und auszuhändigen, sobald der gesamte Kaufpreis bezahlt worden ist. Mit Aushändigung des Schuldbriefs übernimmt die Käuferin die Schuldbriefforderung gemäss Titel.

Der Notar wird ermächtigt, den Schuldbrief an die Käuferin oder einen von dieser bezeichneten Dritten zu indossieren und auszuhändigen.

4. Finanzierungsnachweis

Die Käuferin legt der Verkäuferin ein Schreiben der Berner Kantonalbank AG vor, woraus ersichtlich ist, dass die Bank der Käuferin die Finanzierung des gesamten Kaufpreises von CHF 1'200'000.– im Rahmen der banküblichen Belehnungsrichtlinien, unter Berücksichtigung der Eigenmittel der Käuferin, bestätigt hat.

5. Verzugsfolgen

Sollte die Käuferin die Kaufpreisrestanz nicht rechtzeitig vergüten, so hat sie Verzugszinsen von 6 % pro Jahr zu leisten. Alle weiteren Verzugsfolgen⁷⁾ bleiben vorbehalten⁸⁾.

6. Sicherstellung der Kaufpreisrestanz

Zur Sicherstellung der Kaufpreisrestanz verlangt die Verkäuferin die Eintragung des gesetzlichen Verkäuferpfandrechtes⁹⁾. Hiefür ist im Grundbuch eine Grundpfandverschreibung von CHF 1'160'000.– mit einem Höchstzinsfuss von 6 %¹⁰⁾ zugunsten der Verkäuferin im 2. Rang auf dem Vertragsobjekt einzutragen.

Der Notar wird bevollmächtigt, für diese Grundpfandverschreibung den Nachgang zu erklären gegenüber neu zu errichtenden Grundpfandrechten, die der Finanzierung des Kaufpreises dienen. Nach Bezahlung des Kaufpreises ist der Notar ermächtigt, das Verkäuferpfandrecht im Grundbuch löschen zu lassen.

III. Weitere Vertragsbestimmungen

1. Nutzen und Gefahr

Nutzen und Gefahr beginnen der Käuferin am 1. März 2012¹¹⁾.

2. Gewährleistung^{12),13)}

a. Grundlagen¹⁴⁾

Die Käuferin hat das Vertragsobjekt besichtigt¹⁵⁾. Es ist ihr bekannt, dass das Wohn- und Geschäftshaus Nr. 7 im Jahre 1979 erstellt wurde, dass die Küche, das Bad sowie die Heizung im Jahre 2005 erneuert wurden und dass der Warmwasserboiler in allernächster Zeit das Ende seiner normalen Lebensdauer erreichen wird.

Die Parteien haben bei der Festsetzung des Kaufpreises auch dem baulichen Zustand und dem Unterhaltszustand des Gebäudes sowie dem wirtschaftlichen Alter der haustechnischen Anlagen und Apparate Rechnung getragen.

Der Verkäuferin sind keine verdeckten Mängel bekannt, insbesondere keine Asbestkontaminationen, keine Radonbelastungen und keine umweltschutzrechtlich relevanten Altlasten.

b. Zugesicherte Eigenschaften (Art. 197 Abs. 1 OR)¹⁶⁾

Die Verkäuferin sichert der Käuferin zu, das Vertragsobjekt in vollständig geräumtem und in einwandfrei gereinigtem Zustand sowie die haustechnischen Anlagen und Apparate in funktionstüchtigem Zustand zu übergeben. Das defekte Fenster im Gästezimmer wird die Verkäuferin noch auf eigene Kosten ersetzen. Andere bauliche Massnahmen wird die Verkäuferin keine mehr ausführen.

c. Aufhebung bzw. Beschränkung der Gewährleistung (Freizeichnung)¹⁷⁾

Die Parteien schliessen – nachdem der Notar sie auf die Rechtswirkungen dieser Freizeichnung hingewiesen hat – jegliche Rechts- und Sachgewährleistungspflicht der Verkäuferin – insbesondere auch für Mängel im Zusammenhang mit umweltgefährdenden Stoffen wie Asbest und Radon und/oder belasteten¹⁸⁾ Standorten – aus (Art. 192 ff., Art. 197 ff. und Art. 219 OR). Bezüglich Sachmängel bedeutet dies, dass die Verkäuferin weder für offene, noch für verdeckte Mängel haftet, auch wenn diese erheblich oder unerwartet sind. Die Parteien schliessen zudem alle weiteren Haftungsansprüche und Rechtsbehelfe der Käuferin für Rechtsmängel und Sachmängel aus¹⁹⁾.

Diese Freizeichnung unterliegt den gesetzlichen Schranken. Bei der Rechtsgewährleistung bleiben einerseits das arglistige Verschweigen eines Rechtsmangels, andererseits die von der Verkäuferin in diesem Vertrag übernommene Haftung für gesetzliche Pfandrechte (vgl. Ziffer III/7 hienach) vorbehalten²⁰⁾. Bei der Sachgewährleistung bleibt die Haftung der Verkäuferin wie folgt vorbehalten²¹⁾:

- für Mängel, die die Verkäuferin der Käuferin arglistig verschweigt;
- für die der Käuferin in diesem Vertrag oder vor Vertragsabschluss schriftlich zugesicherten Eigenschaften des Vertragsobjekt (Angaben in der Verkaufsdokumentation und in den darin enthaltenen Plänen stellen keine Zusicherungen dar);
- für Mängel, die gänzlich ausserhalb dessen liegen, womit die Käuferin vernünftigerweise zu rechnen hat, sofern diese Mängel den wirtschaftlichen Zweck des Kaufgeschäfts erheblich beeinträchtigen;
- für erhebliche Verschlechterungen oder Zerstörung des Vertragsobjekt zwischen Vertragsabschluss und Gefahrübergang durch Eintritt eines zufälligen Ereignisses oder durch Einwirkung eines Dritten (für die normale Abnützung des Vertragsobjekt haftet dagegen die Verkäuferin nicht)²²⁾;
- für Mängel, die die Verkäuferin nach Vertragsabschluss absichtlich oder grob fahrlässig verursacht.

Bei arglistigem Verschweigen eines Mangels gilt die gesetzliche Rügefrist (Art. 203 und 210 Abs. 3 OR in Verbindung mit Art. 127 OR)²³⁾. In allen übrigen Fällen hat eine allfällige Mängelrüge der Käuferin innert drei Monaten nach Übergang von Nutzen und Gefahr mit eingeschriebenem Brief an die Verkäuferin zu erfolgen; verdeckte Mängel, die später entdeckt werden, sind sofort nach der Entdeckung zu rügen.

3. Dienstbarkeiten, Grundlasten, Vor- und Anmerkungen

Die Käuferin bestätigt, dass der Notar sie über den wesentlichen Inhalt und die Bedeutung der im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeiten, Grundlasten, Vor- und Anmerkungen orientiert hat. Sie bestätigt zudem, dass ihr die Wortlaute zu allen Dienstbarkeiten, Grundlasten, Vor- und Anmerkungen ausgehändigt worden sind²⁴⁾.

4. Marchzählige Abrechnung

Die Parteien vereinbaren, ausserhalb dieses Vertrags auf den Termin des Übergangs von Nutzen und Gefahr marchzählig abzurechnen:

- über die öffentlichen Abgaben (wie Liegenschaftssteuern und Gebühren für die Ver- und Entsorgung usw.);
- über die Prämien aus objektbezogenen Versicherungen (Prämien der Gebäudeversicherung des Kantons Bern, der Gebäude-Wasser-Versicherung, der Grundeigentümerhaftpflichtversicherung usw.) und
- über die Einnahmen und Ausgaben aus den bestehenden Mietverhältnissen (wie Mietzinseinnahmen, seit dem Stichtag der letzten Mietabrechnung vereinnahmte Nebenkostenvorschüsse und bezahlte Heiz- und Nebenkosten, Heizölvorrat zum Preis gemäss letzter Lieferung usw.).

Die Verkäuferin legt der Käuferin diese marchzählige Abrechnung innert 60 Tagen seit Übergang von Nutzen und Gefahr zur Anerkennung vor. Das Guthaben, welches sich aus dieser Abrechnung ergibt, ist der berechtigten Vertragspartei innerhalb von 30 Tagen seit Vorlage der Abrechnung auszubezahlen.

5. Mietverträge

Die Geschäftsräume im Erdgeschoss sowie die drei Wohnungen im ersten bis dritten Obergeschoss sind vermietet. Die vier Mietverträge sind der Käuferin ausgehändigt worden.

Die Mietverträge gehen von Gesetzes wegen auf die Käuferin über (Art. 261 Abs. 1 OR). Die Käuferin übernimmt allfällige Schadenersatzansprüche, die aus einer vorzeitigen Kündigung der Mietverträge an die Verkäuferin gestellt werden²⁵⁾.

Der Mietvertrag für die Geschäftsräume ist im Grundbuch für die unkündbare Vertragsdauer bis zum 31. Dezember 2018 vorge-merkt²⁶⁾.

6. Versicherungen

Rechte und Pflichten aus allen für das Vertragsobjekt bestehenden Versicherungen gehen auf die Käuferin über (Art. 54 Abs. 1 VVG)²⁷⁾.

Die Käuferin kann den Übergang der mit der Gebäudeversicherung Bern bestehenden Versicherung für Feuer- und Elementarschäden (Grundversicherung) **nicht ablehnen**²⁸⁾.

Die Käuferin kann den Übergang aller weiteren Versicherungen (wie Wasserschaden, Gebäude-Haftpflicht, Zusatzversicherungen der Gebäudeversicherung Bern) bis spätestens 30 Tage nach dem Eigentumsübergang **ablehnen**, und zwar durch eine schriftliche, an die jeweilige Versicherungsgesellschaft zu richtende Erklärung (Art. 54 Abs. 2 VVG)²⁹⁾.

Lehnt die Käuferin den Übergang von Versicherungen ab, verpflichtet sie sich gegenüber der Verkäuferin, das Vertragsobjekt spätestens ab dem Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bis zum Übergang von Nutzen und Gefahr mindestens im bisherigen Umfang neu zu versichern³⁰⁾.

Die Verkäuferin übergibt der Käuferin innerhalb der nächsten zehn Tage Kopien aller bestehenden Versicherungspolicen.

7. Gesetzliche Pfandrechte / Forderungen mit Bezug zum Grundstück

Die Verkäuferin sichert zu, dass sie für das Vertragsobjekt bezahlt hat oder bezahlen wird:

- Alle bis zum Übergang von Nutzen und Gefahr entstandenen oder noch entstehenden ausserperiodischen öffentlich- oder privatrechtlichen, vom jeweiligen Eigentümer zu bezahlenden Forderungen (wie Anschlussgebühren oder Grundeigentümerbeiträge).
- Alle Steuern und weiteren periodisch zu entrichtenden öffentlich- oder privatrechtlichen Leistungen, bezogen auf die Zeit bis zum Übergang von Nutzen und Gefahr.
- Alle Forderungen von Handwerkern und Unternehmern, die für das Vertragsobjekt Arbeit geleistet oder Material geliefert haben wie auch alle übrigen, mit gesetzlichen Grundpfandrechten gesicherten privatrechtlichen Forderungen, die nicht die Käuferin verursacht hat.

Sollten entgegen dieser Zusicherung derartige Forderungen geltend gemacht bzw. gesetzliche Pfandrechte im Grundbuch eingeschrieben werden, hat die Verkäuferin diese Forderungen bzw. Pfandrechte nachträglich zu bezahlen oder sicherzustellen und alle bereits im Grundbuch eingeschriebenen gesetzlichen Grundpfandrechte auf ihre Kosten löschen zu lassen³¹⁾.

8. Elektrische Hausinstallationen

Die Vertragsparteien haben Kenntnis davon, dass bei jeder Eigentumsänderung an Gewerbe- oder Wohnliegenschaften eine Kontrolle der elektrischen Hausinstallationen durchgeführt werden muss, falls nicht ein höchstens fünf Jahre alter Sicherheitsnachweis vorliegt (vgl. Verordnung über elektrische Niederspannungsinstallationen / NIV³²⁾).

Die Verkäuferin erklärt, dass kein solcher Nachweis vorliegt. Die Kosten für den von der Verkäuferin vor dem Übergang von Nutzen und Gefahr einzuholenden Sicherheitsnachweis sowie alle Kosten für Sanierungsmassnahmen, welche für die Ausstellung des Sicherheitsnachweises erforderlich sind, gehen zu Lasten der Verkäuferin.

9. Grundstückgewinnsteuern

Die Parteien bestätigen, dass der Notar sie im Zusammenhang mit der Grundstückgewinnsteuer hingewiesen hat

- auf die Grundsätze der Grundstückgewinnsteuern gemäss bernischem Steuerrecht³³⁾,
- auf das zur Sicherung dieser Steuer dienende gesetzliche Grundpfandrecht, und
- auf das Recht der Käuferin, Sicherstellung für den voraussichtlichen Betrag der Steuer zu verlangen^{34),35)}.

Die Verkäuferin hat das Formular «Kurzdeklaration des mutmasslichen Grundstückgewinns» selber ausgefüllt und unterzeichnet^{36),37)}.

Die Parteien vereinbaren, dem Notar den Betrag von CHF 70'200.–, als Sicherstellung der voraussichtlich anfallenden Grundstückgewinnsteuer, zur treuhänderischen Verwaltung zu übergeben. Sie weisen den Notar an, diesen Betrag auf einem separaten Konto, welches auf den Namen des Notars lautet, bei der Berner Kantonalbank AG anzulegen.

Der Notar hat mit diesem Betrag alle die Veräusserung des Vertragsobjekts betreffenden Rechnungen für Grundstückgewinnsteuern zu bezahlen. Nach Bezahlung der Schlussrechnung steht das Konto (inkl. Zins) der Verkäuferin zu. Im Übrigen darf der Notar über das Konto nur auf Weisung beider Parteien oder aufgrund eines gerichtlichen Urteils oder Vergleichs verfügen.

10. Mehrwertsteuer

Der vorliegende Verkauf erfolgt nach Art. 21 Abs. 2 Ziffer 20 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer (MWSTG). Die Parteien verzichten auf die Option nach Art. 22 MWSTG. Das Meldeverfahren nach Art. 38 MWST kommt nicht zur Anwendung. Eine allfällige Eigenverbrauchssteuer nach Art. 31 MWSTG wird durch die Verkäuferin abgerechnet; diese geht zu Lasten der Verkäuferin.

IV. Feststellungen des Notars

1. Bescheinigung bezüglich des Erwerbs von Grundstücken durch Personen im Ausland³⁸⁾

Der Notar stellt fest, dass bei der Käuferin keine beherrschende Beteiligung durch Personen im Ausland im Sinne der Vorschriften über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland besteht.

2. Wohnung der Familie³⁹⁾

Der Notar stellt fest, dass die Verkäuferin nicht über die Wohnung der Familie gemäss Art. 169 ZGB verfügt; die Zustimmung des Ehemannes der Verkäuferin ist deshalb nicht erforderlich.

V. Schlussbestimmungen

1. Eintragungsbewilligung

Die Parteien erteilen ihre Einwilligung, sämtliche sich aus dieser Urkunde ergebenden Einschreibungen im Grundbuch vorzunehmen.

2. Kosten

Die gesamten Kosten dieses Kaufvertrages (Handänderungssteuern, Grundbuch- und Notariatsgebühren) werden von der Käuferin getragen⁴⁰⁾.

Die Kosten der Treuhandschaft des Notars gemäss Ziffer III/9 hievor und des Grundstückgewinnsteuerverfahrens gehen zulasten der Verkäuferin⁴¹⁾.

3. Ausfertigungen

Diese Urschrift ist für das Grundbuchamt Oberland, für die Käuferin und die Verkäuferin *dreifach* auszufertigen.

Schlussverbal für Willenserklärungen

9. Februar 2012

Die Vertragsparteien:

Der Notar:

Bemerkungen

- 1) Die Formvorschriften beim Grundstückkauf beziehen sich auf alle Vertragsgegenstände, die einerseits vom Gesetz als wesentliche Vertragsbestandteile bezeichnet sind und andererseits von den Parteien als ausschlaggebend für ihre vertragliche Verpflichtung betrachtet werden. Es handelt sich dabei um objektiv und subjektiv wesentliche Punkte. Objektive Nebenpunkte, die aber subjektiv wesentlich sind, unterliegen dem Formzwang nur, wenn sie ihrer Natur nach unmittelbar ein Element des betreffenden Vertrags darstellen. Dem Formzwang unterliegen insbesondere sämtliche Abreden über die Höhe des Kaufpreises. Zu den Tatsachen, die in der Urkunde festgehalten werden müssen, gehört auch die genaue Bezeichnung der Vertragsparteien, sowie die Angabe des Vertretungsverhältnisses, wenn ein Dritter für eine Partei handelt.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt es, wenn das Grundstück im Vertrag bestimmbar angegeben ist (vgl. Pfäffli/Byland in Jusletter vom 15.11.2010; BGE 127 III 248 = Pra 2002 Nr. 72 = ZBGR 2003 S. 53 = Wiegand, ZBJV 2003 S. 830; Pra 1997 Nr. 150 = ZBGR 1998 S. 49 mit redaktioneller Bemerkung von Jürg Schmid S. 55 = BN 1997 S. 137 = Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden 1997 S. 68; Jörg Schmid in Baurecht 1998 S. 55 Nr. 184; Pfäffli in BN 1997 S. 122). Gemäss Art. 34 Abs. 5 NV müssen jedoch Urschriften zur Übertragung eines Grundstücks dessen ganze grundbuchliche Beschreibung enthalten.

Vgl. dazu BGE 119 II 135 = Pra 1993 Nr. 209 = ZBGR 1995 S. 110; BGE 113 II 402 = Pra 1987 Nr. 258 = ZBGR 1989 S. 288 = Honegger in «Der Schweizer Treuhänder» 1988 S. 510; BGE 106 II 146 = Pra 1980 Nr. 190; Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide, LGVE 1985 I Nrn. 13 und 14 = Gauch in Baurecht 1986 S. 81; ZBGR 1967 S. 214 = MBVR 1964 S. 315; Brückner, Vom Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, ZBGR 1994, S. 1; Alfred Koller, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, Bern 2001, S. 77; Alfred Koller, Grundstückkauf mit Schwarzzahlung, ZBJV 1990 S. 121; Leuenberger, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, Bern 2001, S. 27; Pfäffli, Der Ausweis für die Eigentumseintragung im Grundbuch, Langenthal 1999, S. 62; Ruf, Der Umfang des Formzwangs beim

Grundstückkauf, ZBGR 1997, S. 361; Jörg Schmid, Der Umfang des Formzwangs, in «recht» 1989 S. 113; Jörg Schmid, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Ausgewählte bundesrechtliche Probleme, Freiburg 1988, S. 89; Jörg Schmid, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 1993, S. 1; Schmidlin, Der formungültige Grundstückkauf, Bemerkungen zur neueren Lehre und Rechtsprechung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1990, I. Halbband, S. 223; Wiegand/Brunner, Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammenhängende Rechtsfragen, in «recht» 1993, S. 1.

- 2) Gemäss Art. 51 Abs. 2 GBV müssen bei natürlichen Personen beim Veräusserer Angaben enthalten sein zur Beurteilung, ob für die Verfügung über ein Grundstück die Zustimmung Dritter (z.B. des Ehegatten) nötig ist.
- 3) Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. b GBV müssen die Anmeldungsbelege bei juristischen Personen sowie Kollektiv- und Kommanditgesellschaften auch die Unternehmens-Identifikationsnummer (UID) enthalten.
- 4) Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen können auch ohne Anmerkung im Grundbuch rechtsgültig bestehen. Der Käufer hat sich daher bei den zuständigen Stellen über solche Eigentumsbeschränkungen (Nutzungsvorschriften und Nutzungsbeschränkungen, baurechtliche Vorschriften und Auflagen, Altlasten usw.) direkt zu informieren (vgl. dazu auch Jürg Schmid, in: Jürg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 310).
- 5) Bei der Abrede von Verfalltagen treten die Verzugsfolgen ohne jede weitere Mahnung ein (Art. 102 Abs. 2 OR).
- 6) Auf die Einrede der Verrechnung kann der Schuldner zum Voraus Verzicht leisten (Art. 126 OR).
- 7) Art. 214 und Art. 102 bis 109 OR.
- 8) Bei der analogen Anwendung der für den Fahriskauf geltenden Verzugsregeln auf den Grundstückkauf muss der unterschiedlichen Ausgestaltung der Verkäuferpflichten beim Fahrnis- und Grundstückkauf Rechnung getragen werden.

Dies bedeutet insbesondere, dass – sofern der Käufer bereits vor Bezahlung des gesamten Kaufpreises im Grundbuch als Eigentümer eingetragen worden ist – dem Verkäufer nur dann das Recht zum Rücktritt vom Vertrag mit Rückabwicklungsrecht zusteht, wenn sich der Verkäufer dieses Vorgehen im Vertrag ausdrücklich vorbehalten hat.

Vgl. dazu Giger, BK, Noten 128 bis 131, insbesondere Noten 129/130 zu Art. 221 OR.

- 9) Art. 837 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB. In der Regel wird ein Verkäuferpfandrecht direkt im Grundstückkaufvertrag begründet und zusammen mit der Eigentumsänderung beim Grundbuchamt angemeldet. Eine nachträgliche Anmeldung des Verkäufer-

pfandrechts muss gemäss Art. 838 ZGB spätestens innert drei Monaten nach der Übertragung des Eigentums erfolgen (vgl. Musterurkunde Nr. 671).

- 10) Art. 794 Abs. 2 ZGB. Da bei verspäteter Leistung der Kaufpreisrestanz ein Verzugszins geschuldet ist, wird an Stelle einer Maximalhypothek eine Grundpfandverschreibung mit einem Höchstzinsfuss begründet.
- 11) Wird für die Übernahme des Vertragsobjekts kein bestimmter Zeitpunkt vereinbart, gehen Nutzen und Gefahr mit Vertragsabschluss auf den Käufer über (Art. 185 Abs. 1 und Art. 220 OR).
- 12) **Rechtsgewährleistung** ist die spezielle kaufrechtliche – grundsätzlich verschuldensunabhängige – Haftung des Veräusserers, dass kein Dritter dem Erwerber den Kaufgegenstand aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Vertragsabschlusses bestanden haben, abstreitet, entzieht oder ein Recht daran geltend macht, das eine Schmälerung des Eigentums bedeutet (z.B. gesetzliche Pfandrechte oder im Vertrag nicht aufgeführte dingliche Rechte, beschränkte dingliche Rechte oder Vormerkungen).

Sachgewährleistung ist die spezielle kaufrechtliche – grundsätzlich verschuldensunabhängige – Haftung des Veräusserers, dass die zugesicherten Eigenschaften des Grundstückes vorhanden sind und dass das Grundstück keine körperlichen, rechtlichen oder wirtschaftlichen Sachmängel aufweist, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zum vertragsmässig vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern (z.B. ungenügende Tragkraft der Böden, undichte Wasserleitungen, öffentliche Nutzungsbeschränkungen, fehlende Überbaumöglichkeit, sanierungsbedürftige Altlast).

Vgl. Art. 192, 197, 199 ff., 219 OR.

- 13) Die Sachgewährleistung weist gegenüber der allgemeinen vertraglichen Haftung (Art. 97 ff. OR) folgende Besonderheiten auf:
- Die Sachgewährleistung setzt kein Verschulden voraus. Massgebend ist einzig, ob die Sache einen Mangel im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR aufweist.
 - Die Rechtsfolgen sind für den Erwerber vorteilhafter geordnet: Der Erwerber kann gemäss Art. 205 OR Rückgängigmachung des Kaufs (Wandelung), Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) bzw. unter bestimmten Voraussetzungen Schadenersatz verlangen (Art. 208 Abs. 2 und 3 OR).
 - Der Erwerber braucht keine Nachfrist zur Behebung des Mangels anzusetzen. Er kann sofort zu den Rechtsbehelfen der Wandelung oder der Minderung übergehen.
 - Die Verjährungsfristen sind verkürzt (beim Fahrniskauf gemäss Art. 210 OR, fünf Jahre beim Grundstückskauf gemäss Art. 219 Abs. 3 OR).

Vgl. Giger, BK, Note 21 der Vorbemerkungen zu Art. 197 bis 210 OR.

- 14) Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Sachmangels bzw. das Fehlen einer Eigenschaft ist der Gefahrübergang (Honsell, BaK 2011, Note 11 zu Art. 197 OR; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 338; Jörg Schmid, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 76; Schumacher/Rüegg, in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, Bern 2001, S. 230, Note 162; Giger, BK, Note 66 zu Art. 221 OR). Demnach haftet der Veräusserer nur für Mängel, welche spätestens im Zeitpunkt des Gefahrübergangs zumindest im Keime vorhanden sind (Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 338).

Massgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines Rechtsmangels ist beim Grundstückkauf der Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung, in diesem Zeitpunkt muss das (bessere) Recht des Dritten bereits bestanden haben (Honsell, BaK 2011, Note 4 zu Art. 192 OR; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 278; Schumacher/Rüegg, in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, Bern 2001, S. 212, Note 94).

- 15) Ein Erwerber, welcher das Grundstück vor Vertragsabschluss nicht besichtigt, handelt in aller Regel grobfahrlässig, was die Sachgewährleistungspflicht des Veräusserers für offene Mängel in aller Regel ausschliesst (Art. 200 OR). Dasselbe gilt, wenn der Erwerber darauf verzichtet, vor Erwerb eines Grundstücks die betreffenden Zonenpläne einzusehen (Giger, BK, Note 103 zu Art. 221 OR).
- 16) Zusicherungen gemäss Art. 197 Abs. 1 OR bedürfen nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung auch beim Grundstückkauf grundsätzlich nicht der öffentlichen Beurkundung (BGE 73 II 218 = Pra 1948 Nr. 60; BGE 68 II 229 = Pra 1942 Nr. 120 = ZBGR 1950 S. 98; BGE 63 II 77 = Pra 1937 Nr. 84 = ZBGR 1950 S. 51; Honsell, BaK 2011, Note 15 zu Art. 197 OR; Jörg Schmid, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 74; Rüegg, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S.180; Giger, BK, Noten 55 ff. zu Art. 221 OR). Handelt es sich aber – wie sehr oft – um objektiv oder subjektiv wesentliche Zusicherungen, ohne die eine Partei die eingegangene Verpflichtung nicht auf sich genommen hätte, so muss dieselbe öffentlich beurkundet werden (BGE 113 II 402 = Pra 1987 Nr. 258 = ZBGR 1989 S. 288 = Merz in ZBJV 1989 S. 204; BGE 68 II 229 = Pra 1942 Nr. 120 = ZBGR 1950 S. 98 = Guhl in ZBJV 1943 S. 363; vgl. auch Liver in BN 1961 S. 45 ff.; Leuenberger, in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, Bern 2001, Seite 74 f., Noten 135 ff.). Ein Teil der Lehre und das Bundesgericht sehen in der Zusicherung keine Willenserklärung, sondern eine Wissensklärung und nimmt nicht eine vertragliche Haftung an, sondern eine gesetzliche (BGE 71 II 239 = Pra 1945 Nr. 199). Immerhin verlangt die herrschende Lehre zwar keinen ausdrücklichen Verpflichtungswillen des Veräusserers, wohl aber eine (auch konkludente) Erklärung über Sacheigenschaften, die erkennbar für den Kaufabschluss des Erwerbers entscheidend (kausal) war (BGE 102 II 97 = Pra 1976 Nr. 182; Honsell, BaK 2011, Note 14 zu Art. 197 OR; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 327; Jörg Schmid, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 74; Rüegg, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zü-

rich/Basel/Genf 2010, S. 178 f.; Keller/Siehr, Kaufrecht, Zürich 1995, S. 74 und 75). Eine Zusicherung stellt beispielsweise die Vertragsbestimmung dar, das zu verkaufende Grundstück sei bezüglich Weg, Wasser, Kanalisation und Elektrizität vollständig erschlossen (BGE 104 II 265 = Pra 1979 Nr. 45 = ZBGR 1981 S. 181).

Die Haftung des Veräusserers infolge Zusicherung geht weiter als die allgemeine Mängelhaftung: einerseits haftet der Veräusserer auch bei Fahrlässigkeit des Erwerbers, d.h. der Veräusserer haftet auch für Mängel, die dem Erwerber infolge Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind (Art. 200 Abs. 2 OR); andererseits haftet der Veräusserer auch, wenn das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft keinen Mangel darstellt, der den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit des Kaufgegenstandes aufhebt oder erheblich mindert, d.h. der Veräusserer haftet im Rahmen seiner Zusicherung auch für unerhebliche Mängel (BGE 87 II 244).

Von der Zusicherung im Sinne von Art. 197 Abs. 1 OR sind die selbständige und die unselbständige Garantie zu unterscheiden. Bei der Zusicherung verspricht der Veräusserer eine gegenwärtige Eigenschaft des Kaufgegenstandes (bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft des Kaufgegenstandes im Zeitpunkt des Gefahrübergangs). Bei der selbständigen Garantie verspricht der Veräusserer einen zukünftigen Erfolg, der über die vertragsmässige Beschaffenheit des Kaufgegenstandes hinausgeht (z.B. künftige Überbaubarkeit eines Grundstückes). Bei der unselbständigen Garantie (Haltbarkeitsgarantie) verspricht der Veräusserer den mängelfreien Zustand des Kaufgegenstandes nicht bloss momentan, sondern auf eine gewisse Zeit (Garantiefrist) nach Gefahrübergang (z.B. fünfjährige Garantie für die Dichtigkeit eines neu gedeckten Flachdachs).

Vgl. dazu BGE 122 III 426; Giger, BK, Note 20 zu Art. 197 OR und Note 54 zu Art. 221 OR; Honsell, BaK 2011, Note 17 zu Art. 197 OR; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 332; Jörg Schmid, in: Jürg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 75; Rüegg, in: Jürg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 178 ff.; Schumacher/Rüegg, in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, Bern 2001, S. 234 f., Noten 174 ff.; Jörg Schmid in ZBGR 2000 S. 378/379.

- 17) Es gehört zu den Rechtsbelehrungspflichten des Notars, die Parteien über die einschneidenden Rechtsfolgen dieser Freizeichnungsklausel eingehend aufzuklären (vgl. BGE 107 II 161 = Pra 1981 Nr. 207 = BN 1982 S. 124 = ZBGR 1984 S. 186 = Merz in ZBJV 1983 S. 139 = Gauch in Baurecht 1982 S. 19 = Wessner in Baurecht 1987 S. 10; BGE 91 II 275 = Pra 1966 Nr. 1 = ZBGR 1966 S. 238 = Merz in ZBJV 1967 S. 16; Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 3.10.1960 = ZBGR 1963 S. 141; Gauch in Baurecht 1990 S. 28).

Die Freizeichnungsklausel – ganze oder teilweise Wegbedingung der Haftung des Veräusserers – muss auf einer übereinstimmenden Willensäusserung der Parteien beruhen und darf nicht als inhaltslose Floskel ausgelegt werden können. Freizeichnungsklauseln sind nach dem Vertrauensprinzip und im Zweifel einschränkend auszulegen (BGE 60 II 436 = Pra 1935 Nr. 20 = ZBGR 1935 S. 144 = Guhl in ZBJV 1935 S. 693; BGE 73 II 218 = Pra 1948 Nr. 60; BGE 91 II 344 = Pra 1966 Nr.

33; BGE 83 II 401 = Pra 1957 Nr. 130 = ZBGR 1959 S. 171 = Merz in ZBJV 1959 S. 56; BGE 107 II 161 = Pra 1981 Nr. 207 = BN 1982 S. 124 = ZBGR 1984 S. 186 = Merz in ZBJV 1983 S. 139 = Gauch in Baurecht 1982 S. 19 = Wessner in Baurecht 1987 S. 10; BGE 109 II 24 = Pra 1983 Nr. 145; BGE 126 III 59 = Pra 2000 Nr. 117; BGE 130 III 686 = ZBGR 2005 S. 111; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 17.12.1986 = Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide, LGVE 1986 I Nr. 8 = ZBGR 1990 S. 286; Merz in BN 1957 S. 209; Alfred Koller in Baurecht 1989 S. 24; Giger, BK, Noten 82 ff. zu Art. 221 OR sowie Noten 10 ff. zu Art. 219 OR; Schumacher/Rüegg, in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, Bern 2001, S. 282 f., Note 331; Jörg Schmid, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 90 ff.; Rüegg, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 195; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Noten 371, 372, 648; Honsell, BaK 2011, Note 3 zu Art. 199 OR; Vischer in Schweizerische Juristen-Zeitung, SJZ 2012 S. 182).

Eine vollständige oder teilweise Freizeichnung des Veräusserers ist in aller Regel für den Veräusserer ein subjektiv wesentlicher Vertragspunkt, der einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung des Erwerbers darstellt, und verlangt daher beim Grundstückkauf öffentliche Beurkundung (Giger, BK, Note 81 zu Art. 221; Schumacher/Rüegg, in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, Bern 2001, S. 283 f.; Honsell, BaK 2011, Note 1 zu Art. 199 OR; Jörg Schmid, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 100; Jörg Schmid in ZBGR 2000 S. 364).

Hat der Veräusserer gewisse Eigenschaften des Vertragsobjekt zugesichert und gleichzeitig die Gewährleistung vollumfänglich ausgeschlossen, so ist seine Erklärung widersprüchlich. Das eine schliesst das andere aus. In diesem Fall gilt der Gewährleistungsausschluss nicht für die zugesicherten Eigenschaften, sondern nur für die sonstigen Mängel (BGE 109 II 24 = Pra 1983 Nr. 145; Honsell, BaK 2011, Note 3 zu Art. 199 OR; Giger, BK, Noten 93 und 94 zu Art. 221 OR; Schumacher/Rüegg, in: Alfred Koller, Der Grundstückkauf, Bern 2001, S. 235, Note 175; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 380; Jörg Schmid, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 91 f.; Rüegg, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 195).

- 18) Kontaminationsmängel, die auf umweltgefährdende Stoffe wie Asbest oder Radon oder auf belastete Standorte zurückzuführen sind, werden – auf jeden Fall für einen unerfahrenen Erwerber – von einer allgemein gehaltenen und unspezifizierten Freizeichnungsklausel nicht erfasst. Will sich ein Veräusserer von der Haftung für solche Sachmängel durch Freizeichnung schützen, muss er seine diesbezügliche Gewährleistungspflicht ausdrücklich ausschliessen (Rüegg, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 199, 207, 209 und S. 211 f.).

Weiter ist zu beachten, dass sich gegenüber der öffentlich-rechtlichen Haftung für belastete Standorte gemäss Art. 32d USG nicht freizeichnen lässt. Die Parteien

können sich diesbezüglich nur mit Schadloshaltungs- und/oder Freizeichnungs-klauseln behelfen (Rüegg, in: Jürg Schmid, Der Grundstückskauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 203 und S. 211 f.).

- 19) Zwischen den Gewährleistungsansprüchen im Sinne der Art. 192 ff., 197 ff. und 219 OR und den Schadenersatzansprüchen nach Art. 97 ff. OR besteht grundsätzlich Anspruchskonkurrenz. Im Sinne der «gemischten Methode» werden jedoch die aus Art. 97 ff. OR abgeleiteten Ansprüche bei Sachmängeln hinsichtlich Prüfung, Mängelrüge, Haftungsfreizeichnung und Verjährung den entsprechenden Sonderbestimmungen der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung unterworfen (BGE 114 II 131 = Pra 1988 Nr. 252; BGE 107 II 419 = Pra 1982 Nr. 99; BGE 107 II 161 = Pra 1981 Nr. 207 = BN 1982 S. 124 = ZBGR 1984 S. 186 = Merz in ZBJV 1983 S. 139 = Gauch in Baurecht 1982 S. 19 = Wessner in Baurecht 1987 S. 10).

Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzes nach Art. 97 ff. OR ist – im Gegensatz zu den Gewährleistungsansprüchen – ein Verschulden des Veräusserers. Dieses Verschulden bezieht sich nicht auf die Mangelhaftigkeit als solche, sondern auf die Tatsache des Vertragsschlusses in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Mangels (Urteil Nr. 4A_472/2010 des Bundesgerichts vom 26.11.2010; BGE 107 II 161 = Pra 1981 Nr. 207 = BN 1982 S. 124 = ZBGR 1984 S. 186 = Merz in ZBJV 1983 S. 139 = Gauch in Baurecht 1982 S. 19 = Wessner in Baurecht 1987 S. 10). Voraussetzung einer Haftung des Veräusserers nach Art. 97 ff. OR wegen Rechts- oder Sachmängeln ist also Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Mängel bei Vertragsabschluss. Weitergehend fällt aber auch das schuldhafte Verursachen eines Mangels durch den Veräusserer nach Vertragsabschluss unter Art. 97 ff. OR (Keller/Siehr, Kaufrecht, Zürich 1995, S. 24).

Vgl. auch Giger, BK, Noten 20 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 197 bis 210 OR sowie Note 48 zu Art. 221 OR; Schumacher/Rüegg, in: Alfred Koller, Der Grundstückskauf, Bern 2001, S. 194 f., Noten 39 ff.; Ginter, Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR, Zürich/Basel/Genf 2005; Bähler, Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht, Basel 2005; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 434; Honsell, BaK 2011, Note 6 der Vorbemerkungen zu Art. 197 bis 210 OR.

Auch die Rechtsbehelfe bei Grundlagenirrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziffer 4 OR), bei absichtlicher Täuschung (Art. 28 OR) und bei unerlaubter Handlung (Art. 41 ff. OR) sind alternativ anwendbar, wobei diese Rechtsbehelfe der kaufrechtlichen Rückgelegenheit und Verjährung nicht unterliegen (BGE 114 II 131 = Pra 1988 Nr. 252; BGE 109 II 319 = Pra 1984 Nr. 57; BGE 108 II 102 = Pra 1982 Nr. 238; BGE 107 II 161 = Pra 1981 Nr. 207 = BN 1982 S. 124 = ZBGR 1984 S. 186 = Merz in ZBJV 1983 S. 139 = Gauch in Baurecht 1982 S. 19 = Wessner in Baurecht 1987 S. 10; Giger, BK, Noten 9 ff. zu Art. 192 OR, Noten 53 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 197 bis 210 OR sowie Noten 49 und 50 zu Art. 221 OR; Hehli, Die alternativen Rechtsbehelfe des Käufers, Zürich/Basel/Genf 2008; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Noten 435 und 440; Honsell, BaK 2011, Noten 7 ff. der Vorbemerkungen zu Art. 197 bis 210 OR). Dabei hat sich der Erwerber aber bei seinem Entschluss für einen der ihm zur Ver-

fügung stehenden Rechtsbehelfe behaften zu lassen. Entscheidet er sich insbesondere für die Gewährleistung, so genehmigt er gleichzeitig den Vertrag nach Art. 31 OR, da die Sachmängelregelung den Vertragsabschluss voraussetzt (BGE 127 III 83; Hürlimann-Kaup in ZBJV 2002 S. 137 ff.; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 434; zum Teil anderer Meinung: Gauch in «recht» 2001 S. 184 ff., sowie Kramer in Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2001 S. 1454 ff.).

Lehre und Rechtsprechung nehmen mehrheitlich an, dass ein genereller Haftungsausschluss auch alle weiteren Haftungsansprüche des Erwerbers für den betreffenden Mangel wegbedingt, nämlich die Ansprüche gemäss Art. 97 ff. OR, die Irrtumhaftung und die Deliktshaftung (BGE 126 III 59 = Pra 2000 Nr. 117; BGE 107 II 161 = Pra 1981 Nr. 207 = BN 1982 S. 124 = ZBGR 1984 S. 186 = Merz in ZBJV 1983 S. 139 = Gauch in Baurecht 1982 S. 19 = Wessner in Baurecht 1987 S. 10; BGE 91 II 275 = Pra 1966 Nr. 1 = ZBGR 1966 S. 238; Giger, BK, Note 24 zu Art. 199 OR; Rüegg, in: Jürg Schmid, Der Grundstückskauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 194 f.; Schumacher/Rüegg, in: Alfred Koller, Der Grundstückskauf, Bern 2001, S. 281 f., Note 326; Honsell, BaK 2011, Note 6 zu Art. 199 OR; Arnet in Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2000 S. 1162 ff.). Betreffend Grundlagenirrtum bedeutet dies, dass es die Wegbedingung der Gewährleistung dem Erwerber verbietet, als notwendige Grundlage des Vertrags das Vorhandensein von Sacheigenschaften vorzusehen, für die keine Haftung übernommen wurde (BGE 126 III 59 = Pra 2000 Nr. 117).

- 20) Betreffend arglistiges Verschweigen eines Rechtsmangels gilt Art. 192 Abs. 3 OR. Wo das Eidgenössische Grundbuch eingeführt ist, spielt im Übrigen die Rechtsgewährleistungspflicht des Veräusserers nur noch bei den gesetzlichen Pfandrechten eine praktische Rolle (Bauhandwerkerpfandrecht gemäss Art. 837 ZGB sowie diverse kantonale oder kommunale gesetzliche Pfandrechte wie Steuergrundpfandrechte, Grundpfandrechte zur Sicherung von Grundeigentümerbeiträgen und dergleichen).
- 21) Gemäss Art. 197 und 200 OR und gestützt auf die vereinbarte Aufhebung jeglicher Sachgewährleistungspflicht ist der Veräusserer von der Haftung für folgende Sachmängel befreit:
- a) Unerhebliche Mängel (Art. 197 Abs. 1 OR).
 - b) Mängel, die dem Erwerber bekannt sind (Art. 200 Abs. 1 OR); dies gilt selbst dann, wenn sich der Veräusserer arglistig verhalten hat (vgl. Giger, BK, Note 10 zu Art. 200 OR; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, Note 55 zu § 42; Rüegg, in: Jürg Schmid, Der Grundstückskauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 192).
 - c) Mängel, die der Erwerber bei Anwendung gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte kennen sollen (Art. 200 Abs. 2 OR).
 - d) Mängel, mit denen vernunftgemäss gerechnet werden muss; unerheblich dabei ist, ob die Mängel vom Veräusserer vor Vertragsabschluss selber verursacht

wurden (vgl. dazu auch BGE 107 II 161 = Pra 1981 Nr. 207 = BN 1982 S. 124 = ZBGR 1984 S. 186 = Merz in ZBJV 1983 S. 139 = Gauch in Baurecht 1982 S. 19 = Wessner in Baurecht 1987 S. 10).

Die Haftung des Veräusserers kann indessen nicht ausgeschlossen werden für:

- e) Mängel (auch unerhebliche), die der Veräusserer dem Erwerber arglistig verschwiegen hat (Art. 199 OR); dabei ist zu beachten, dass der Tatbestand des arglistigen Verschweigens, welchem das arglistige Vorspiegeln gleichzustellen ist (Honsell, BaK 2011, Note 7 zu Art. 199 OR), im Sinne von Art. 199 OR nur erfüllt sein kann, wenn der Veräusserer die Mängel kennt und eine entsprechende Offenbarungspflicht (Aufklärungspflicht) verletzt; eine solche kann sich aus besonderer gesetzlicher Vorschrift, aus Vertrag oder besonders enger Rechtsbeziehung zum Erwerber und infolge Verursachens einer Irreführungsgefahr ergeben oder wenn eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten ist; wann dies zutrifft, ist im konkreten Einzelfall zu bestimmen (Urteil Nr. 4A_70/2011 des Bundesgerichts vom 12.4.2011; BGE 116 II 431 = Pra 1990 Nr. 271; Giger, BK, Noten 32 ff. zu Art. 199 OR sowie Noten 95 ff. zu Art. 221 OR; Honsell, BaK 2011, Note 7 zu Art. 199 OR; Schumacher/Rüegg, in: Alfred Koller, Der Grundstückskauf, Bern 2001, S. 285, Note 337; Hürlimann-Kaup in ZBJV 2002 S. 146 f.; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Noten 365, 374, 375, 648; Jörg Schmid, in: Jörg Schmid, Der Grundstückskauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 79; Rüegg, in: Jörg Schmid, Der Grundstückskauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 191 ff.; Vischer in Schweizerische Juristen-Zeitung, SJZ 2012 S. 182 f.).
- f) Mängel, deren Nichtvorhandensein der Veräusserer dem Erwerber zugesichert hat (BGE 109 II 24 = Pra 1983 Nr. 145; Honsell, BaK 2011, Note 3 zu Art. 199; Giger, BK, Noten 93 und 94 zu Art. 221 OR).
- g) Mängel, die gänzlich ausserhalb dessen liegen, womit ein Erwerber vernünftigerweise zu rechnen hat, sofern diese Mängel den wirtschaftlichen Zweck des Geschäftes erheblich beeinträchtigen; ob der Erwerber mit den Mängeln einer bestimmten Art im vorhandenen Ausmass rechnen musste, ist im Rahmen einer einheitlichen gesamthaften Beurteilung festzustellen (vgl. BGE 130 III 686; BGE 126 III 59; Urteil Nr. 4C.273/1995 des Bundesgerichts vom 1.11.1995 = ZBGR 1996 S. 330; BGE 107 II 161 = Pra 1981 Nr. 207 = BN 1982 S. 124 = ZBGR 1984 S. 186 = Merz in ZBJV 1983 S. 139 = Gauch in Baurecht 1982 S. 19 = Wessner in Baurecht 1987 S. 10; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 372; Jörg Schmid, in: Jörg Schmid, Der Grundstückskauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 91; Rüegg, in: Jörg Schmid, Der Grundstückskauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 195).
- h) Mängel, die nach Vertragsabschluss aber vor Gefahrübergang durch Eintritt eines zufälligen Ereignisses oder durch Einwirkung eines Dritten entstehen (Keller/Siehr, Kaufrecht, Zürich 1995, S. 24; Jörg Schmid in ZBGR 2000 S. 375 f.); vgl. dazu auch die Bemerkung 22 hienach.

- i) Mängel, die der Veräusserer vor Vertragsabschluss bei nicht grobfahrlässigem Handeln gekannt hätte und dem Erwerber nicht mitteilte (grob fahrlässige Verschweigung des Mangels), sowie Mängel, die der Veräusserer nach Vertragsabschluss absichtlich oder grobfahrlässig verursacht hat (Art. 100 Abs. 1 OR; vgl. Giger, BK, Note 6 zu Art. 199 OR; Lörtscher, Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977, S. 156; Keller/Siehr, Kaufrecht, Zürich 1995, S. 113 f.; Jörg Schmid in ZBGR 2000 S. 380; Arnet in Aktuelle Juristische Praxis, AJP 2000 S. 1166 f.; Jörg Schmid, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 92; Rüegg, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 189 ff.; BGE 107 II 161 = Pra 1981 Nr. 207 = BN 1982 S. 124 = ZBGR 1984 S. 186 = Merz in ZBJV 1983 S. 139 = Gauch in Baurecht 1982 S. 19 = Wessner in Baurecht 1987 S. 10); ob bei Kaufverträgen Art. 100 OR neben Art. 199 OR anwendbar ist, hat das Bundesgericht bisher offen gelassen (Rüegg, in: Jörg Schmid, Der Grundstückkauf – La vente immobilière, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 189; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 377; Honsell, BaK 2011, Note 3 zu Art. 100 OR).

Massgebender Zeitpunkt für die Kenntnis und das Kennensollen des Erwerbers ist beim Grundstückkauf der Zeitpunkt der öffentlichen Beurkundung (BGE 131 III 145; BGE 117 II 259 = Pra 1993 Nr. 36 = ZBGR 1994 S. 29).

- 22) Trotz Freizeichnung bleibt die Gefahrtragung durch den Veräusserer nach Vertragsabschluss bis Gefahrübergang vorbehalten. Die Gefahrtragung bedeutet das Einstehenmüssen für den Untergang oder die Verschlechterung des Vertragsobjekt im Zeitraum zwischen Vertragsabschluss und Gefahrübergang zufolge eines weder vom Veräusserer noch vom Erwerber verschuldeten, also zufälligen Ereignisses, für welches zudem keine der Vertragsparteien aus vertraglicher oder ausservertraglicher Kausalhaftung einstehen muss (Keller/Siehr, Kaufrecht, Zürich 1995, S. 24; Jörg Schmid in ZBGR 2000 S. 375 f.).
- 23) Den Erwerber trifft in Bezug auf Sachmängel – nicht aber in Bezug auf Rechtsmängel (Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 292) – eine Prüfungs- und Rügeobliegenheit. Wird die rechtzeitige Mängelrüge versäumt, so gilt die veräusserte Sache grundsätzlich als genehmigt (BGE 133 III 335), soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsgemässen Untersuchung nicht erkennbar waren (Art. 201 OR). Der rechtzeitigen Mängelrüge kommt somit eine zentrale Bedeutung zu und es empfiehlt sich, die Mängelrügefrist für offene Mängel – die auch für zugesicherte Eigenschaften gilt (BGE 104 II 265 = Pra 1979 Nr. 45 = ZBGR 1981 S. 181 = Merz in ZBJV 1980 S. 13) – ausdrücklich zu regeln.

Die Klagen auf Sachgewährleistung verjähren beim Grundstückkauf mit Ablauf von fünf Jahren nach dem Eigentumserwerb durch den Erwerber (Art. 219 Abs. 3 OR); vgl. dazu BGE 104 II 265 = Pra 1979 Nr. 45 = ZBGR 1981 S. 181 = Merz in ZBJV 1980 S. 13. Der Veräusserer haftet somit für Sachmängel, die erst später zum Vorschein kommen, nicht mehr (Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich/Basel/Genf 2010, Note 369). Bei arglistigem Ver-

schweigen eines Mangels kommt dagegen die allgemeine Verjährungsfrist von zehn Jahren zur Anwendung (Art. 210 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 127 OR).

Die Klagen auf Rechtsgewährleistung verjähren demgegenüber erst nach zehn Jahren (Art. 127 OR; Honsell, BaK 2011, Note 11 zu Art. 192 OR; Schmid/Stöckli, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2010, Note 303; Giger, BK, Note 90 zu Art. 219 OR).

- 24) Es gehört bei Handänderungen zur Rechtsbelehrungspflicht des Notars, die Vertragsparteien über die aus dem Grundbuch ersichtliche Rechtslage zu belehren. Dazu gehört beispielsweise auch der Inhalt der Dienstbarkeiten, Grundlasten, Vor- und Anmerkungen. Insbesondere gehört es zu den beruflichen Obliegenheiten des Notars, die Wortlaute solcher Einschreibungen im Grundbuch festzustellen und die Parteien darüber zu orientieren (vgl. auch das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 7.3.1964 = ZBGR 1966 S. 215 = ZBJV 1964 S. 282).

Vgl. dazu auch Entscheid der Notariatskammer des Kantons Bern vom 21.2.1989 = BN 1989 S. 386; Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 27.1.1988 = ZBGR 2000 S. 37 = Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden, ZGRG 1998 S. 155 = Kurzfassung von Pfäffli in BN 1999 S. 129 Ziffer 1; BGE vom 7.12.1998 = ZBGR 2000 S. 58 mit redaktioneller Bemerkung von Jürg Schmid S. 64; Brückner, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Noten 2483 und 2492.

- 25) Veräussert der Vermieter das Grundstück nach Abschluss des Mietvertrages, so geht das Mietverhältnis mit dem Eigentum am Grundstück von Gesetzes wegen im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs auf den Erwerber über (Art. 261 Abs. 1 OR).

Der neue Eigentümer kann jedoch bei Wohn- und Geschäftsräumen das Mietverhältnis auch dann mit der gesetzlichen Frist auf den nächsten gesetzlichen Termin kündigen, wenn der Vertrag längere Kündigungsfristen kennt oder die Miete für eine bestimmte längere Zeit eingegangen wurde, sofern er einen dringenden Eigenbedarf für sich, nahe Verwandte oder Verschwägte geltend machen kann (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR).

Kündigt der neue Eigentümer früher, als es der Vertrag mit dem bisherigen Vermieter gestattet hätte, so haftet der bisherige Vermieter dem Mieter für allen daraus entstehenden Schaden (Art. 261 Abs. 3 OR). Im vorliegenden Fall wurde diese Haftung (im internen Verhältnis zwischen dem bisherigen und dem neuen Eigentümer) von der Käuferin übernommen.

Sofern nach einem Eigentumswechsel der Mietvertrag vom neuen Eigentümer gekündigt wird (Art. 261 Abs. 2 lit. a OR), muss die Eigentumsänderung bereits beim Grundbuchamt angemeldet sein (der Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr spielt dabei keine Rolle). Vom Zeitpunkt der Einschreibung im Tagebuch (vgl. die Rechtswirkungen gemäss Art. 972 Abs. 2 ZGB) hinweg ist der neue Eigentümer zur Kündigung des Mietvertrags legitimiert. Es ist dabei unbeachtlich, ob das Rechtsgeschäft bereits im Hauptbuch vollzogen wurde oder nicht (vgl. BGE 118 II 119 = Pra 1993 Nr. 165). Vor der Grundbuchanmeldung ist der neue Eigen-

tümer nicht zur Kündigung berechtigt (vgl. BGE 108 II 190 = Pra 1982 Nr. 295 = ZBGR 1985 S. 313).

Sofern im Voraus feststeht, dass der Käufer keinen Eigenbedarf geltend machen will, kann folgende Bestimmung im Vertrag aufgenommen werden:

«Der Käufer verzichtet auf die Geltendmachung der Kündigungsmöglichkeit gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR; d.h. die Mieter können diesen Verzicht dem neuen Eigentümer direkt entgegenhalten (echter Vertrag zugunsten eines Dritten).»

Vgl. dazu auch Pfäffli, Zur Vormerkung von Mietverträgen und Vorkaufsrechten (mit Berücksichtigung des neuen Mietrechtes), BN 1990 S. 41.

- 26) Gemäss Art. 261b Abs. 1 OR kann ein Mietverhältnis im Grundbuch vorgemerkt werden. Die Vormerkung bewirkt, dass jeder neue Eigentümer dem Mieter gestatten muss, das Grundstück entsprechend dem Mietvertrag zu gebrauchen (Art. 261b Abs. 2 OR). Mit der Durchsetzung der Miete als Realobligation geht die neuere Lehre dahin, dass der neue Eigentümer infolge des Grundstückserwerbs in das Mietverhältnis als eingetreten gilt (vgl. Isler, Die im Grundbuch vormerkbaren persönlichen Rechte und ihre steuerrechtliche Behandlung, Diss. Zürich 1989, S. 103 mit Verweisen).

Im Unterschied zum nicht vorgemerkten Mietvertrag kann bei einer Vormerkung der neue Eigentümer den dringenden Eigenbedarf gemäss Art. 261 Abs. 2 lit. a OR nicht geltend machen.

Durch die Vormerkung wird die Stellung als Vermieter mit jener als Eigentümer des vermieteten Grundstückes gekoppelt, so dass der Erwerber, allein gestützt auf die Tatsache des Eigentümererwerbs, ipso iure in die Rechtsstellung des Vermieters tritt (Deschenaux/Weber, Schweizerisches Privatrecht, Band V/3/II, S. 659). Das Mietverhältnis besteht künftig nur noch zwischen dem Erwerber des Grundstückes und dem Mieter. Der frühere Vermieter wird jedoch nicht ohne weiteres frei, sondern haftet dem Mieter mit dem Erwerber solidarisch für die Erfüllung des Vertrages (vgl. Schönenberger/Schmid, ZK 1974, Note 11 zu aArt. 260 OR).

Ein Mietvertrag kann höchstens bis zum ersten vereinbarten Endtermin vorgemerkt werden (= feste, unkündbare Mietdauer), auch wenn der Vertrag eine nachherige stillschweigende Fortsetzung vorsieht. Soll die Vormerkung über diesen Termin hinaus bestehen bleiben, so bedarf es dafür einer neuen Anmeldung (BGE 81 I 75 = ZBGR 1956 S. 305). Während der festen Mietdauer muss der Vertrag für den Vermieter unkündbar sein; wenn der Mieter während dieser Dauer kündigen kann, ist die Vormerkung trotzdem zulässig.

Vgl. dazu auch Pfäffli, Zur Vormerkung von Mietverträgen und Vorkaufsrechten (mit Berücksichtigung des neuen Mietrechtes), BN 1990 S. 41.

- 27) Gemäss Art. 54 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) bleibt die bisherige Versicherungsdeckung, unter Vorbehalt der Ab-

lehnung gemäss Art. 54 Abs. 2 VVG, auch unter dem Erwerber erhalten. Vgl. dazu auch Pfäffli/Byland in Jusletter vom 29. Juni 2009.

- 28) Vgl. Art. 4 und Art. 22 bis 24 des bernischen Gebäudeversicherungsgesetzes (BSG 873.11).
- 29) Das Ablehnungsrecht gemäss Art. 54 Abs. 2 VVG besteht seit 1. Juli 2009 und entspricht im Grundsatz derjenigen Regelung, welche bis Ende 2005 Geltung hatte (Bundesblatt 2008, S. 7693 bis 7699, insbesondere S. 7697, Ziffer 3, und S. 7698, Ziffer 4.2).

Dieses Ablehnungsrecht ist kein Kündigungsrecht, sondern ein Rücktrittsrecht. Übt der Erwerber sein Ablehnungsrecht aus, wird der Versicherungsvertrag rückwirkend auf den Zeitpunkt der Handänderung (ex tunc) aufgelöst, d.h. zwischen dem Versicherer und dem Erwerber entsteht kein Vertragsverhältnis. Damit besteht auch keine Leistungspflicht des Versicherers für alle seit der Handänderung eingetretenen Schadenereignisse (Boll, BaK 2001, Noten 34 und 36 zu Art. 54 VVG).

Das Ablehnungsrecht steht dem Erwerber nur bei einer Handänderung im Sinn des VVG, d.h. nur bei einem umfassenden Eigentümerwechsel zu. Zu einer Handänderung im Sinn des VVG führen namentlich folgende Rechtsvorgänge:

- Kauf, Tausch und Schenkung,
- gesellschaftsrechtliche Vorgänge (wie Fusionen, Sacheinlagen),
- Erbgang.

Vgl. auch Boll, BaK 2001, Noten 7 bis 9 zu Art. 54 VVG.

Keine Handänderung im Sinn des VVG ist die Umwandlung von Alleineigentum in gemeinschaftliches Eigentum (wie der Wechsel vom Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zum Güterstand der Gütergemeinschaft) oder der Übergang von gemeinschaftlichem Eigentum zu Alleineigentum (wie die Erbteilung). Vgl. auch Boll, BaK 2001, Noten 10 bis 13 zu Art. 54 VVG sowie Boll/Stadelmann Stöckli, BaK Nachführungsband 2012, Note 12 zu Art. 54 VVG.

- 30) In vielen Fällen erfolgen der Eigentumsübergang sowie der Übergang des Nutzens und der Gefahr zu unterschiedlichen Zeitpunkten.

Unproblematisch sind die (weniger häufigen) Fälle, in welchen der Übergang von Nutzen und Gefahr dem Eigentumsübergang vorangeht oder in welchen Nutzen und Gefahr sowie das Eigentum zeitgleich übergehen. In diesen Fällen trägt der Erwerber zum Zeitpunkt der Ablehnung des Versicherungsvertrags das alleinige Risiko für das Vertragsobjekt und die Regelung des Versicherungsschutzes liegt ausschliesslich in seinem Interesse.

Problematisch sind die (häufigeren) Fälle, in welchen der Eigentumsübergang dem Übergang von Nutzen und Gefahr vorangeht. In diesen Fällen trägt der Veräusserer bis zum Übergang des Nutzens und der Gefahr (weiterhin) das Risiko, weshalb

– im Falle der Ablehnung eines Versicherungsvertrags durch den Erwerber – die Neuregelung des Versicherungsschutzes auch in seinem Interesse liegt.

31) Es gehört bei Handänderungen zu den Rechtsbelehrungspflichten des Notars, den Erwerber auf mögliche Risiken im Zusammenhang mit gesetzlichen Pfandrechten aufmerksam zu machen. Sind konkrete Risiken bekannt (beispielsweise liess bzw. lässt der Veräusserer noch umfangreiche Bauarbeiten am Vertragsobjekt ausführen), so hat der Notar den Erwerber auf die Möglichkeit der Sicherstellung aufmerksam zu machen, sofern sich aus dem Vertrag keine Verrechnungsmöglichkeiten ergeben.

32) SR 734.27.

33) Art. 126 bis 148 StG.

Die Gewinne aus der Veräusserung eines Grundstücks oder einer Wasserkraft oder von Teilen davon sowie von Rechten an solchen unterliegen der Grundstücksgewinnsteuer. Erfüllt ein Sachverhalt einen der Ausnahmetatbestände von Art. 129 StG, so liegt kein Grundstücksgewinn vor.

34) Ein gesetzliches Grundpfandrecht zugunsten des Kantons (Art. 241 StG), der Einwohner- und der Kirchgemeinde (Art. 247, 249 und 270 StG) besteht - ohne Eintragung in das Grundbuch - für die Steuer auf dem wirklich erzielten Grundstücksgewinn. Erfüllt ein Sachverhalt einen der Ausnahmetatbestände von Art. 129 StG und liegt somit kein Grundstücksgewinn vor, kann das gesetzliche Pfandrecht nicht geltend gemacht werden.

Aufgrund des gesetzlichen Grundpfandrechts haftet der Käufer mit dem erworbenen Grundstück für die durch den Verkäufer zu bezahlenden Grundstücksgewinnsteuern. Bezahlt der Verkäufer diese Steuern nach rechtskräftiger Veranlagung nicht, so wird der Käufer dieser Zahlungspflicht aufgrund der drohenden Grundpfandverwertung nachkommen müssen. Es gehört daher zu den beruflichen Obliegenheiten des Notars, die Parteien auf die Haftungsrisiken des Käufers und auf dessen Möglichkeit, Sicherstellung für den voraussichtlichen Betrag der Grundstücksgewinnsteuer zu verlangen, hinzuweisen.

35) Vermittelt eine natürliche oder juristische Person, die in der Schweiz weder Wohnsitz noch Sitz oder die tatsächliche Verwaltung hat, ein in der Schweiz gelegenes Grundstück, so sind unter Umständen zusätzlich noch 3 Prozent der Kaufsumme sicherzustellen (Art. 173 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer/DBG; SR 642.11).

36) Art. 176, 233, 246 StG und Art. 6 der Verordnung über den Bezug von Abgaben von anderen zum Inkasso übertragenen Forderungen, über Zahlungserleichterungen, Erlass sowie Abschreibungen infolge Uneinbringlichkeit (BEZV; BSG 661.733).

Selbst wenn bereits vor Grundbuchanmeldung des Vertrags eine rechtsverbindliche Auskunft der kantonalen Steuerverwaltung vorliegt, ist die Selbstdeklaration

gegenüber dem Grundbuchamt erforderlich, da mit der rechtsverbindlichen Auskunft und der Selbstdeklaration unterschiedliche Ziele verfolgt werden.

a) Die **Auskunft der kantonalen Steuerverwaltung** dient einzig dazu, die maximale Höhe des gesetzlichen Pfandrechtes rechtsverbindlich festzusetzen. Die Auskunft wird nur aufgrund eines der Steuerbehörde unterbreiteten, konkreten Einzelfalles erteilt. Die Anfrage hat mindestens zu enthalten:

- die Parteien (mit Personalien);
- den massgeblichen Erwerbspreis;
- den (geplanten) Verkaufspreis;
- die Aufwendungen nach Art. 142 StG (mit Belegen);
- weitere, steuerrelevante Aufrechnungs- oder Abzugsfaktoren (Art. 144, 147 und 148 StG);
- den Zeitpunkt des letzten, entgeltlichen Erwerbs;
- den Zeitpunkt des beabsichtigten Verkaufs;
- bei Steueraufschubtatbeständen zusätzliche Angaben zum Ersatzgrundstück, nämlich:
 - die genaue Grundbuchbelegstelle;
 - den Namen des Erwerbers/Veräusserers des Ersatzgrundstücks;
 - den Namen des Rechtsvorgängers (bei zwischenzeitlichem Eigentümerwechsel).

Da die Steuerbehörde bei ihrer Auskunft den Sachverhalt nicht nach dem Untersuchungsgrundsatz ermittelt, sondern lediglich auf die Angaben des Fragestellers abstellt, trägt dieser das Risiko unvollständiger oder falscher Anfragen.

Gestützt auf die Auskunft der Steuerverwaltung werden die Parteien den sicherzustellenden Betrag bestimmen können.

b) Die **Selbstdeklaration** dient dazu, für die Grundstückgewinnsteuer den provisorischen Bezug zu ermöglichen. Es handelt sich dabei um eine Kurzdeklaration, welche die ordentliche Deklaration der steuerpflichtigen Person (Steuererklärung im Veranlagungsverfahren) nicht ersetzt. Im Rahmen dieser Selbstdeklaration findet keine Überprüfung von Belegen statt. Fehlt die Selbstdeklaration oder weist sie offensichtliche Mängel auf, so dient einzig die Handänderungsmeldung des Grundbuchamts als Beurteilungsgrundlage.

Die provisorische Rechnung für Grundstückgewinnsteuern stellt keinen Rechtsöffnungstitel dar und ist somit nicht vollstreckbar. Die Steuerverwaltung wird mit der Rechnung jedoch einen Fälligkeitstermin festlegen, so dass auf verspäteten Zahlungen – noch vor der definitiven, erstinstanzlichen Veranlagung – ein Verzugszins geschuldet wird.

37) Es empfiehlt sich, möglichst alle Aufwendungen nach Art. 142 StG bereits im Formular «Kurzdeklaration des mutmasslichen Grundstückgewinns» geltend zu

machen, da der Verkäufer sonst einen zu hohen provisorischen Steuerbezug riskiert.

38) Vgl. Musterurkunde Nr. 612.

Die notarielle Bescheinigung erleichtert den Grundbuch- und Bewilligungsbehörden die praktische Rechtsanwendung, damit klare Fälle (z.B. gewerbetreibende Familienunternehmungen in der Form einer juristischen Person) nicht in ein unnötiges Verfahren einbezogen werden müssen. Die notariellen Bescheinigungen bilden lediglich ein Beweismittel. Es ist nicht möglich, dass eine Urkundsperson feststellen kann, dass keine Bewilligungspflicht besteht (vgl. dazu BGE 113 Ib 289 = Pra 1988 Nr. 54 = ZBGR 1990 S. 98 = Richli/Zimmerli in ZBJV 1989 S. 351 = Tercier in Baurecht 1989 S. 65 = BN 1988 S. 283 Ziffer 79; vgl. dazu auch das Rundschreiben des Bundesamtes für Justiz vom 8.4.1988 an die kantonalen Bewilligungs- und Aufsichtsbehörden = ZBGR 1988 S. 348 und 349).

39) Unter Wohnung der Familie wird nicht nur die Eigentumswohnung oder das Einfamilienhaus verstanden, sondern jegliche Wohnung, auch in einem Geschäfts- oder Mehrfamilienhaus. Befindet sich beispielsweise die Wohnung der Familie in einem Mehrfamilienhaus eines Ehegatten, so kann dieses ohne Zustimmung des andern nur verkauft werden, wenn die Wohnung der Familie durch Stockwerkeigentum oder ein anderes dingliches Recht gesichert ist. Zum Begriff der Wohnung der Familie gehören nicht die Zweitwohnung, da sie für die Gemeinschaft nicht lebenswichtig ist, oder Räumlichkeiten, die ausschliesslich dem Beruf oder Gewerbe dienen.

Art. 169 Abs. 1 ZGB kommt zur Anwendung, wenn ein verheirateter Eigentümer (Ehefrau oder Ehemann; der Güterstand hat keine Bedeutung) ein überbautes Grundstück verkauft und er mit seinem Ehegatten im mitverkauften Gebäude wohnt. In diesem Fall ist die Zustimmung des andern Ehegatten zum Verkauf notwendig, wobei diese auch durch eine Ermächtigung des Richters ersetzt werden kann (Art. 169 Abs. 2 ZGB).

Art. 169 Abs. 1 ZGB kommt unseres Erachtens nur zur Anwendung, wenn eine natürliche Person Alleineigentümerin ist. Diese Bestimmung gilt demzufolge nicht beim Miteigentum (mit Dritten), bei der Erbengemeinschaft, bei der einfachen Gesellschaft sowie bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, bei denen verheiratete Personen beteiligt sind. Hier sind einzig die sachen-, erb- bzw. gesellschaftsrechtlichen Vorschriften massgebend.

Neben dem Verkauf bedürfen auch andere Rechtsgeschäfte der Zustimmung des andern Ehegatten, sofern es sich um die Wohnung der Familie handelt. Dazu gehören:

- Die Einräumung und Löschung von Wohnrechten;
- die Einräumung und Löschung von Nutznießungsrechten;
- die Einräumung und Löschung von andern Nutzungsrechten an Wohnungen;
- die Löschung der Vormerkung von Miet- und Pachtverträgen.

Bei der Einräumung der erwähnten Rechte müssen die Feststellungen bezüglich der Wohnung der Familie auf der Seite des Belasteten vorgenommen werden; bei der Löschung der Rechte auf der Seite des Berechtigten.

Es gehört zur Rechtsbelehrungspflicht des Notars, die Parteien über den Inhalt und die Bedeutung der Vorschriften bezüglich der Wohnung der Familie zu orientieren. Der Notar hat abzuklären, ob das Geschäft die Wohnung der Familie betrifft. Er muss den Wohnsitz des Veräusserers feststellen sowie ob dieser verheiratet ist oder nicht.

Aus den Anmeldebelegen an das Grundbuchamt muss hervorgehen, dass das Grundstück nicht als Wohnung der Familie dient, oder dass es sich nicht um ein Rechtsgeschäft im Sinne von Art. 169 ZGB handelt (Art. 51 Abs. 2 GBV). Sofern diese Nachweise beim Grundbuchamt nicht eingereicht werden und die Zustimmung des andern Ehegatten nicht vorliegt, ist das betreffende Geschäft nichtig; der Grundbuchverwalter hat das Geschäft abzuweisen.

Vgl. dazu auch:

- Kreisschreiben vom 26.11.1987 der Justizdirektion des Kantons Bern an die praktizierenden Notare und Grundbuchverwalter des Kantons Bern betreffend die Auswirkungen des neuen Ehe- und Erbrechts auf Grundbuchgeschäfte = BN 1987 S. 147.
- Pfäffli, Die Auswirkungen des neuen Ehe- und Erbrechts auf die Grundbuchführung, BN 1986 S. 281.
- Geiser, Neues Eherecht und Grundbuchführung, ZBGR 1987, S. 15.
- Trauffer, Verfügung über die Familienwohnung nach neuem Eherecht, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden, ZGRG 1987 S. 71.
- Eitel, Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte als Alleineigentümer der Familienwohnräume nach Art. 169 Abs. 1 ZGB, «recht» 1993 S. 215.
- BGE 114 II 396 = Pra 1989 Nr. 110 = ZBGR 1991 S. 102 = Schnyder in ZBJV 1990 S. 104.
- BGE 114 II 402 = Pra 1989 Nr. 111 = ZBGR 1991 S. 105 = Schnyder in ZBJV 1990 S. 104.
- BGE 118 II 489 = Pra 1994 Nr. 9 = Schnyder in ZBJV 1994 S. 154.

40) Im vorliegenden Fall wird auf eine Bestimmung hinsichtlich einer direkten Vollstreckung gemäss Art. 347 ff. ZPO verzichtet (vgl. dazu Wolf/Setz in BN 2011 S. 51).

41) Es empfiehlt sich, die Übernahme der aus der Treuhandschaft entstehenden Kosten zu regeln.