

§ 1

Begriff und Rechtsgrundlagen
des Grundstückkaufs

ALFRED KOLLER

INHALTSVERZEICHNIS	Seite
I. Vom Grundstück als Kaufgegenstand	18
II. Die Rechtsgrundlagen des «reinen» Grundstückkaufs	20
III. Verbundene Grundstückkaufverträge und gemischte Verträge	23

Das Gesetz versteht unter einem Grundstückkaufvertrag einen Kaufvertrag (Art. 184 OR), der ein Grundstück i.S.v. Art. 655 ZGB zum Gegenstand hat (Art. 187, 216 OR; unten I.). Den so verstandenen Grundstückkauf hat das OR in einem eigenen Abschnitt («Der Grundstückkauf») geregelt, in den Art. 216–221. Diese Regelung ist jedoch unvollständig und ungenau. Sie bedarf verschiedener Ergänzungen und Präzisierungen (nachstehend II.). Die gesetzlichen Regeln über den Grundstückkauf sind auf den «reinen» Grundstückkauf zugeschnitten. In der Praxis kommen jedoch häufig Vertragsverbindungen von Grundstückkaufverträgen mit anderen Verträgen sowie gemischte Verträge mit Grundstückkaufelementen vor. Als dann fragt sich, ob und inwieweit allenfalls das Recht über den Grundstückkauf zur Anwendung gelangt (dazu nachstehend III.).

I. Vom Grundstück als Kaufgegenstand

- 2 **1.** Grundstück ist im allgemeinen Sprachgebrauch gleichbedeutend mit Liegenschaft. Der juristische Sprachgebrauch ist weiter. Er umfasst neben den Liegenschaften auch Bergwerke, Miteigentumsanteile an Grundstücken sowie als Grundstücke in das Grundbuch aufgenommene selbständige und dauernde Rechte (Art. 655 Abs. 2 ZGB)¹.
- 3 Diese Aufzählung ist erschöpfend; jeder Kauf, der einen andern Gegenstand hat, ist ein Fahrniskauf (Art. 187 Abs. 1 OR). Entscheidend ist der *unmittelbare* Kaufgegenstand. Daher ist der Kauf der Aktien einer Immobiliengesellschaft Fahrniskauf, auch wenn es mittelbar um die Übertragung von Grundstücken geht (BGE 45 II 53, 93 II 306 obiter)². Fahrniskauf ist auch der Kauf «einer grundversicherten Forderung»³, ebenso der Kauf eines dinglichen Rechts an einer Liegenschaft, das nicht als selbständiges Grundstück im Grundbuch eingetragen ist. Als Fahrniskauf ist gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift auch der Verkauf von Bestandteilen eines Grundstücks anzusehen, «wenn sie nach ihrer Lostrennung auf den Erwerber als bewegliche Sachen übergehen sollen» (Art. 187 Abs. 2 OR).
- 4 **2.** Zu den Grundstücken zählen auch die **Stockwerkeigentumsanteile**, die nichts anderes als qualifizierte Miteigentumsanteile sind (Art. 712a ZGB). Dementsprechend finden auf den Kauf von Stockwerkeigentum die Regeln über den Grundstückkauf Anwendung⁴. Einschränkungen ergeben sich aus der Natur der Sache. Nicht anwendbar ist z.B. Art. 219 Abs. 2 OR, welcher die Gewährleistung regelt, falls das Kaufgrundstück «nicht das im Grundbuch auf Grund amtlicher Vermessung angegebene Mass besitzt»⁵.
- 5 **3.** **Unter einem selbständigen und dauernden Recht** versteht das Gesetz eine Dienstbarkeit, die «weder zugunsten eines herrschenden Grundstücks noch ausschliesslich zugunsten einer bestimmten Person errichtet ist» und die «auf

¹ In Art. 655 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB wird der Begriff «Grundstück» im technischen Sinne verwendet, was zur Folge hat, dass nicht nur Miteigentumsanteile an Liegenschaften, sondern auch solche an einem Miteigentumsanteil (beispielsweise an einem Stockwerkeigentumsanteil) oder an einem selbständigen und dauernden Recht (beispielsweise an einem selbständigen und dauernden Baurecht) Grundstücksqualität haben (SCHMID JÖRC, Sachenrecht, Zürich 1997, Nr. 809).

² GIGER, BerKomm, N 20 zu Art. 216 OR; CAVIN, SPR VII/1, S. 128; GUHL THEO, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. A. Zürich 2000, §§ 1–47 bearbeitet von KOLLER ALFRED, § 41 Nr. 11. Zu beachten ist, dass die zivilrechtliche Betrachtungsweise nicht unbedingt der öffentlich-rechtlichen entspricht (vgl. GUHL/KOLLER, a.a.O., Verkauf der Anteile einer Immobiliengesellschaft).

³ BECKER, BerKomm, N 23 zu Art. 187 OR.

⁴ MEIER-HAYOZ/REY, BerKomm, N 83 zu Art. 712a ZGB.

⁵ S. dazu eingehend KOLLER ALFRED, Grundstückskauf mit falscher Flächenangabe, ZBGR 1997, S. 1 ff.

wenigstens dreissig Jahre oder auf unbestimmte Zeit begründet erscheint» (Art. 7 GBV). «Unselbständige» und damit nicht als Grundstücke in das Grundbuch aufnehmbare Rechte sind demnach die Grunddienstbarkeiten sowie die sog. regulären (nicht übertragbaren und nicht vererblichen) Personaldienstbarkeiten, wie insbesondere Nutzniessung und Wohnrecht. Oder positiv ausgedrückt: Grundstücksqualität kann nur irregulären Personaldienstbarkeiten verliehen werden.

Als selbständige und dauernde Rechte im umschriebenen Sinne werden in der Praxis namentlich Baurechte (Art. 779 ff. ZGB) begründet⁶. Diese sind mangels anderer Vereinbarung übertragbar und vererblich (Art. 779 Abs. 2 ZGB) und werden häufig für mehr als dreissig Jahre eingeräumt. 6

Zu beachten ist, dass als selbständige und dauernde Rechte ausgestaltete Dienstbarkeiten nicht eo ipso Grundstückscharakter haben. Vielmehr handelt es sich zunächst einmal um nichts anderes als beschränkte dingliche Rechte. Zu Grundstücken werden sie erst, wenn sie als solche – auf Antrag des Berechtigten (Art. 7 Abs. 1 GBV)⁷ – ins Grundbuch aufgenommen werden⁸. 7

4. Gegenstand des vorliegenden Buches ist primär der Liegenschafts- 8
kauf. Wo von Grundstücken die Rede ist, sind daher – soweit nicht anders vermerkt – Liegenschaften gemeint. Doch gelten die Ausführungen grundsätzlich (mutatis mutandis) auch für alle andern Grundstücksarten, so etwa was die Form (§ 2) oder die zwangsweise Erfüllung des Kaufvertrages (§ 4) anbelangt.

Wird eine Liegenschaft verkauft, bezieht sich der Kaufvertrag mangels anderer Vereinbarung auf alle ihre **Bestandteile** (Art. 642 Abs. 2, 643 ZGB), insbesondere auf fest mit dem Boden verbundene Gebäude. Den Parteien steht es jedoch frei, einzelne Bestandteile vom Kaufvertrag auszunehmen, sodass sie von der Pflicht zur Eigentumsverschaffung (Art. 184 Abs. 1 OR) nicht erfasst sind⁹. 9

Ähnliches gilt für die **Zugehör** i.S.v. Art. 644 Abs. 2 ZGB. Nach Art. 644 Abs. 1 ZGB bezieht sich «die Verfügung über eine Sache» auch auf ihre Zugehör, «wenn keine Ausnahme gemacht wird». Der Begriff der «Verfügung» ist weit auszulegen; er erfasst nicht nur Verfügungen im technischen Sinne, d.h. Rechtsgeschäfte mit dinglicher Wirkung, sondern ebenso Rechtsgeschäfte mit 10

⁶ Art. 7 GBV erwähnt denn auch – neben den praktisch weniger bedeutenden Quellenrechten – die Baurechte als für die Aufnahme als Grundstücke geeignete beschränkte dingliche Rechte.

⁷ Die Zustimmung des Eigentümers des belasteten Grundstücks, der Pfandgläubiger oder anderer Dienstbarkeitsberechtigter ist nicht erforderlich (MEIER-HAYOZ, BerKomm, N 30 zu Art. 655 ZGB).

⁸ SCHMID (zit. in Anm. 1), Nr. 1330.

⁹ REY HEINZ, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2. A. Bern 2000, Nr. 150.

obligatorischer Wirkung (so schon BGE 43 II 659). Kaufverträge über eine Liegenschaft beziehen sich somit mangels anderer Abrede auch auf deren Zugehör.

- 11 Wird die Zugehör ausdrücklich mitverkauft, so ist hinsichtlich der Rechtsanwendung zu unterscheiden, ob ein aus Grundstückkauf und Fahrniskauf gemischter Vertrag oder eine Vertragsverbindung vorliegt (unten III.); im Einzelfall kann über die Zugehör auch ein in jeder Hinsicht selbständiger Vertrag abgeschlossen werden. Entsprechendes gilt, wenn Fahrnisgegenstände, die nicht Zugehör bilden, zusammen mit einem Grundstück verkauft werden.

II. Die Rechtsgrundlagen des «reinen» Grundstückkaufs

- 12 **1. Auf den Grundstückkauf kommt (selbstverständlich) der Allgemeine Teil des OR zur Anwendung.**
- 13 Das Gesetz enthält sodann in **Art. 184–186** «Allgemeine Bestimmungen» über Kauf und Tausch. Nach der Gesetzessystematik finden somit die betreffenden drei Bestimmungen auch auf den Grundstückkauf Anwendung. Art. 186 betrifft jedoch ausschliesslich «Forderungen aus dem Kleinvertrieb geistiger Getränke», ist also für den Grundstückkauf ohne Bedeutung. Und auch Art. 185 OR, der die Nutzen- und Gefahrtragung regelt, findet auf den Grundstückkauf nur mit der Einschränkung des Art. 220 OR¹⁰ Anwendung. Somit kommt beim Grundstückkauf lediglich Art. 184 OR vorbehaltlos zum Tragen.
- 14 **2. Die Art. 216–221 OR** enthalten Sonderrecht für den Grundstückkauf. Art. 218 ist allerdings ohne materielle Tragweite; er enthält lediglich einen Hinweis darauf, dass «für die Veräusserung von landwirtschaftlichen Grundstücken ... zudem das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht gilt». Sodann betrifft ein Grossteil der Bestimmungen Vorkaufsverträge (Art. 216 Abs. 2 und 3, 216a–e) sowie Kaufrechts- und Rückkaufrechtsverträge (Art. 216 Abs. 2, 216a), bei denen es sich nach einer starken Lehrmeinung gar nicht um (bedingte) Grundstückkaufverträge, sondern um Innominatverträge (mit Kaufelementen) handelt¹¹.

¹⁰ Dazu neuerdings BGE 121 III 259 E. 4a, GUHL/KOLLER (zit. in Anm. 2), § 41 Nr. 12.

¹¹ Ob das eine oder andere zutrifft, ist hinsichtlich der im Gesetz geregelten Fragen ohne praktische Bedeutung. Im Übrigen dürfte die jetzt (1994) erfolgte Einordnung beim Grundstückkauf ein starkes Argument für die «Kauftheorie» sein.

Art. 221 OR verweist auf die Bestimmungen über den Fahrniskauf, die auf den Grundstückkauf «entsprechende Anwendung» finden («s'appliquent par analogie», «si applicano per analogia»). Die Fahrniskaufregeln sind aber nur «im übrigen» (Art. 221 OR) anwendbar, d.h. insoweit, als die Art. 216–220 OR keine eigene Regelung enthalten. Dazu kommt, dass einzelne Fahrniskaufregeln ihrer Natur nach ausschliesslich den Fahrniskauf betreffen und daher auf den Grundstückkauf nicht (auch nicht «entsprechend») anwendbar sind. Das gilt etwa für Art. 202 OR betr. die Mängelrüge beim Viehkauf, nach CAVIN¹² auch für «die Sondervorschriften über den Handelskauf, die sich in den Art. 190, 191 Abs. 2 und 215 Abs. 1 OR finden»¹³. 15

Wo eine entsprechende Anwendung der Fahrniskaufregeln in Betracht kommt, ist der Richter «nicht befugt, die Vorschriften ... nach Belieben anzuwenden»¹⁴. Vielmehr ist er gehalten, sie gleich wie bei einem Fahrniskauf anzuwenden, «abgesehen von denjenigen, die auf den Fahrnischarakter der Sache zugeschnitten sind»¹⁵. Anders ausgedrückt, sind die Fahrniskaufregeln auch auf Grundstückskäufe grundsätzlich unmittelbar anwendbar, analog nur dort, wo sich dies wegen der unterschiedlichen Natur des Kaufgegenstandes aufdrängt. 16

«Der Hauptunterschied zwischen der Regelung der beiden Käufe (sc. von Grundstück- und Fahrniskauf) ergibt sich aus dem Unterschied der Art des Eigentumserwerbs, indem bei der Übertragung von Grundeigentum die Eintragung im Grundbuch an die Stelle der Besitzübergabe tritt¹⁶.» Wenn daher das Gesetz beim Fahrniskauf ein Recht von der Übergabe des Besitzes am Kaufgegenstand abhängig macht, ist zu prüfen, ob es damit die Übergabe als solche meint oder aber die dadurch bewirkte Übertragung des Eigentums. Im ersteren Fall kommt es auch beim Grundstückkauf auf den Besitzübergang an (Beispiel: Art. 201 Abs. 1 OR), im zweiten Fall ist hingegen auf den Eintrag im Grundbuch abzustellen (Beispiel: Art. 214 Abs. 3 OR, BGE 86 II 221)¹⁷. 17

3. Für einzelne Arten von Grundstückskäufen gelten – neben den vorstehend erwähnten Regeln – **Sonderbestimmungen**, so namentlich für den Kauf *landwirtschaftlicher Grundstücke*, den *Grundstückserwerb durch Personen mit Wohnsitz im Ausland* und den *Steigerungskauf*. Siehe dazu die §§ 6, 8 und 10. 18

¹² SPR VII/1, S. 129.

¹³ Nach BGE 104 II 198 (Rubrum) verbieten Art. 191 Abs. 2 und 3 OR «dem Richter nicht, sich bei der Schadensberechnung für einen Grundstückkauf auf ähnliche Kriterien zu stützen».

¹⁴ CAVIN, SPR VII/1, S. 128.

¹⁵ CAVIN, SPR VII/1, S. 128.

¹⁶ CAVIN, SPR VII/1, S. 128.

¹⁷ KOLLER, BasKomm, N 20 zu Art. 214 OR.

- 19 4. Schliesslich gibt es in verschiedenen Gesetzen **verstreut** eine ganze Reihe von Bestimmungen, die direkt oder indirekt den Grundstückskauf betreffen oder zumindest betreffen können. Derartige Regeln finden sich namentlich im Sachenrecht (vierter Teil des ZGB), in geringerem Masse aber auch in andern Rechtsgebieten. Die folgende Aufzählung strebt keine Vollständigkeit an; sie beschränkt sich auf die wichtigsten Bestimmungen von ZGB und OR:
- 20 *Bestimmungen des ZGB:*
- Art. 168f. betr. «Rechtsgeschäfte der Ehegatten» (Marginalie); vgl. § 2 Nr. 11;
 - Art. 178 (Verfügungsbeschränkung im Interesse der ehelichen Gemeinschaft); vgl. § 13 Nr. 13;
 - Art. 657; öffentliche Beurkundung als Form des Vertrags auf Eigentumsübertragung. Die Bestimmung wird für den «reinen» Grundstückskauf durch Art. 216 OR verdrängt, sie behält aber ihre Bedeutung für gemischte Verträge mit Elementen des Grundstückskaufs; vgl. Nr. 28, § 2 Nr. 116;
 - Art. 665; vgl. § 4 Nr. 29 ff.;
 - Art. 837 Ziff. 1: Anspruch auf Errichtung des Verkäuferpfandrechts; ist das Pfandrecht errichtet, unterliegt die Kaufpreisforderung des Verkäufers keiner Verjährung (Art. 807);
 - Art. 837 Ziff. 3: Anspruch auf Errichtung eines Bauhandwerkerpfandrechts; der Anspruch ist realobligatorischer Natur; er richtet sich also gegen den jeweiligen Eigentümer der Liegenschaft, auf der die «Handwerksarbeiten» ausgeführt wurden; der Käufer einer Liegenschaft muss daher mit einer entsprechenden Pfandbestellung rechnen;
- 21 *Bestimmungen des OR:*
- Art. 261–261b: «Kauf bricht Miete nicht»; vgl. dazu § 7;
 - Art. 290 betr. die Veräusserung einer verpachteten Liegenschaft;
 - Art. 412 ff. betr. den Mäklervertrag; speziell betr. die Grundstücksmäkerei vgl. Art. 417.
- 22 Der praktischen Bedeutung wegen sei zum Schluss auf Art. 54 VVG hingewiesen. Diese Bestimmung sieht u.a. vor, dass «Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrage auf den Erwerber übergehen», wenn der versicherte Gegenstand den Eigentümer wechselt und der Erwerber nicht innert vierzehn Tagen den Übergang der Versicherung ablehnt. Konsequenz ist z.B. die, dass beim Verkauf eines Grundstücks eine vom Verkäufer abgeschlossene Wasserschadenver-

sicherung auf den Käufer übergeht, sofern dieser dem Versicherer nicht rechtzeitig die Ablehnung mitteilt¹⁸. Diese Folge tritt auch ein, wenn der Käufer vom Bestand der Versicherung bei Abschluss des Grundstückkaufvertrages keine Kenntnis hatte.

5. Zum IPR des Grundstückkaufs s. insbesondere das IPRG (dazu § 9).

23

III. Verbundene Grundstückkaufverträge und gemischte Verträge

1. In der Praxis kommt es häufig vor, dass Grundstückkaufverträge zusammen mit einem anderen Vertrag abgeschlossen werden, in der Meinung, dass der Bestand des einen Vertrags von der Gültigkeit des andern abhängen soll, im Übrigen aber beide Verträge ihr selbständiges Schicksal haben sollen. Bei derartigen Vertragsverbindungen folgen grundsätzlich beide Verträge ihren eigenen Regeln¹⁹, was z.B. zur Folge hat, dass der mit dem Grundstückkauf verbundene Vertrag nicht der Form des Art. 216 OR bedarf²⁰. Doch stehen die Verträge untereinander in einem Austauschverhältnis, was namentlich die Anwendung von Art. 82 OR und anderer Synallagma-Regeln zur Folge hat²¹.

24

Für die Verbindung mit einem Grundstückkaufvertrag kommen die verschiedensten Vertragstypen in Betracht²², z.B. ein Fahrniskauf (vgl. BGE 39 II 558 f.), ein Darlehensvertrag (BGE 113 II 402 ff.), eine Provisionsabrede (BGE 78 II 435 ff.) oder ein Auftrag (BGE 86 II 36 ff.). Häufig ist vor allem die Verbindung mit Verträgen, die direkt oder indirekt auf eine Überbauung des Kaufgrundstücks gerichtet sind (Werkverträge, Architektur- oder Ingenieurverträge); Beispiel: Verkäufer und Käufer machen ab, dass der Ersterer auf dem Kaufgrundstück gegen einen bestimmten Werklohn eine Baute zu erstellen hat (BGE 118 II 142)²³.

25

¹⁸ Nicht amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid, abgedruckt in: Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten, herausgegeben vom Bundesamt für Privatversicherungswesen, Bd. XII, S. 339 ff. Der Eigentumswechsel i.S.v. Art. 54 VVG findet nach diesem Entscheid mit dem Tagebucheintrag, nicht dem Hauptbucheintrag, statt (ebenso BGE 118 II 119 betr. Art. 259 OR in der bis 1. Juli 1990 geltenden Fassung; s. § 7 Nr. 13).

¹⁹ GUHL/KOLLER (zit. in Anm. 2), § 40 Nr. 21 m.w.Nw.

²⁰ BGE 117 II 264 f., 90 II 34 E. 2 e contrario, 86 II 33 E. a, 78 II 435.

²¹ GUHL/KOLLER (zit. in Anm. 2), § 40 Nr. 21 mit Präzisierung.

²² Neustes Beispiel aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: BGE 119 II 135.

²³ Zu diesen sog. Baubindungen s. KOLLER, BerKomm, N 29 ff., 160, 229 zu Art. 363 OR m.w.Nw.

- 26 **2.** Von den in einer Vertragsverbindung verkoppelten Verträgen, die je ihren eigenen Regeln folgen, sind die **gemischten** Verträge zu unterscheiden. Ein gemischter Vertrag besteht in der Verschmelzung von Elementen verschiedener Vertragstypen zu einem einheitlichen, *selbständigen Vertragsganzen*²⁴. Gemischte Verträge gehören – anders als die Vertragsverbindungen – zu den Innominatkontrakten, d.h. zu den gesetzlich nicht genannten und damit auch nicht geregelten Vertragstypen.
- 27 Ein gemischter Vertrag liegt z.B. vor, wenn sich der Grundstückverkäufer verpflichtet, auf der verkauften Parzelle ein Gebäude zu errichten, ohne dass für die Werkleistung ein spezielles Entgelt ausgeschieden, die Werkleistung vielmehr zusammen mit der Verkäuferleistung im Rahmen eines Gesamtentgelts abgegolten wird (vgl. demgegenüber Nr. 25 a.E.)²⁵. Zu den gemischten Verträgen gehört sodann – wie schon der Name sagt – die gemischte Schenkung; es verkauft beispielsweise ein Vater seinem Sohn eine Liegenschaft zu einem Preis, der – wie die Parteien wissen – weit unter dem Verkehrswert liegt. Weiteres Beispiel: A verpflichtet sich zur Übertragung eines Grundstückes, während B als Gegenleistung einerseits einen Kaufpreis bezahlt, andererseits Pflege und Unterkunft auf Lebenszeit gewährt (Mischung aus Kaufvertrag und Verpfändung, BGE 79 II 169).
- 28 Hinsichtlich der *Rechtsanwendung* stellt sich bei gemischten Verträgen mit Elementen des Grundstückkaufvertrags vorab die Frage, ob eine öffentliche Beurkundung (Art. 657 ZGB, 216 OR²⁶) zu erfolgen hat und welche Vertragsbestandteile allenfalls zu beurkunden sind (dazu § 2 Nr. 116 ff.). Gültiges Zustandekommen des Vertrages unterstellt, richtet sich dessen Inhalt innerhalb der Schranken des Gesetzes (Art. 19 Abs. 1 OR) nach der von den Parteien getroffenen Vereinbarung. Soweit diese lückenhaft ist, muss sie ergänzt werden. Wie dies zu geschehen hat, ist kontrovers. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht die Absorptionstheorie im Vordergrund. «Nach dieser Theorie ist bei gemischten Verträgen nur das Recht des einen Typs (des bedeutenderen nämlich) anzuwenden; die Rechtsregeln des (weniger wichtigen) beigemischten Typs werden absorbiert.»²⁷ So hat das Bundesgericht bei Vermischung von Grundstück- und Fahrniskauf mehrfach entschieden, es komme das Recht des Grundstückkaufs zur Anwendung, da die Liegenschaft «als Hauptgegenstand

²⁴ Statt vieler: SCHLUEP, SPR VII/2, S. 772.

²⁵ Nach Ansicht des Bundesgerichts kommt in solchen Fällen auch ein Kauf über eine künftige Sache in Betracht. Überholt ist die Ansicht, dass *immer* ein Kauf (über eine künftige Sache) vorliege (so noch BGE 94 II 162): GAUCH PETER, Der Werkvertrag, 4. A. Zürich 1996, Nr. 232. S. auch KOLLER, BerKomm, N 225 zu Art. 363 OR.

²⁶ Art. 216 OR findet freilich zum Vornherein nur analoge Anwendung. Eine unmittelbare Anwendung fällt ausser Betracht, da der gemischte Vertrag definitionsgemäss keinem gesetzlich geregelten Vertragstyp entspricht. Auf einen aus Elementen der Verpfändung und des Kaufs gemischten Vertrag brachte das Bundesgericht Art. 522 Abs. 1 OR (nicht Art. 216 OR) zur Anwendung, Pra 1979, S. 378 ff.

²⁷ SCHLUEP, SPR VII/2, S. 801.

des Vertrages betrachtet werden» müsse (BGE 13, S. 510 f., 21, S. 415 f.). Das Bundesgericht hat jedoch das Absorptionsprinzip von jeher nicht streng durchgeführt und verschiedentlich auch die Regeln der grundsätzlich absorbierten Vertragsart herangezogen. In neueren Entscheiden geht es noch weiter und folgt tendenziell der Kombinationstheorie, nach welcher die gesetzlichen Rechtsfolgen, welche für die im gemischten Vertrag enthaltenen Vertragstypen gelten, zu kombinieren sind. «Beiden Theorien ist der Vorhalt zu machen, dass der gemischte Vertrag qualitativ mehr ist als die Summe der gemischten Vertragsleistungen» (GUHL/KOLLER [zit. in Anm. 2], § 40 Nr. 24). Nach der Ansicht des Schreibenden hat der Richter allfällige Vertragslücken zunächst aus den Eigenheiten des Geschäfts heraus zu füllen, sodann unter Beizug der Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts. Führt beides nicht weiter, hat er modo legislatoris eigene Regeln zu schaffen (Art. 1 Abs. 2 ZGB), wobei er sich, soweit möglich, an bestehendem Gesetzesrecht orientieren wird. Für Einzelheiten verweise ich auf meine Ausführungen in OR AT, Nr. 619 ff.

Zur praktisch bedeutsamen Frage der Mängelhaftung in Fällen, in denen Grundstückskauf und Werkvertrag in dem Sinne gemischt sind, dass sich der Verkäufer auch zur Überbauung des Grundstücks verpflichtet, s. BGE 118 II 142 und aus der Lehre KOLLER, BerKomm, N 225 und 227 zu Art. 363 OR m.w.Nw. 29