

---

**Stephan Wolf**

Dr. iur., ordentlicher Professor für Privatrecht sowie Notariatsrecht  
am Zivilistischen Seminar und am Institut für Notariatsrecht  
und Notarielle Praxis an der Universität Bern

**Simon Zingg**

lic. iur., wissenschaftlicher Assistent am Zivilistischen Seminar  
an der Universität Bern

## **Zivil- und notariatsrechtliche Aspekte des Doppelverkaufs von Grundstücken**

Sonderdruck aus

### **Norm und Wirkung**

Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht  
aus heutiger und historischer Perspektive

**Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag**

Herausgegeben von:

Eugen Bucher  
Claus-Wilhelm Canaris  
Heinrich Honsell  
Thomas Koller

Nicht im Handel



**2005**  
**Stämpfli Verlag AG Bern**

---

# Zivil- und notariatsrechtliche Aspekte des Doppelverkaufs von Grundstücken

STEPHAN WOLF/SIMON ZINGG

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung .....	708
II.	Ausgangslage .....	709
	1. Gültigkeit beider Verpflichtungsgeschäfte .....	709
	2. Erfüllung an den Zweitkäufer und ihre Folgen .....	711
	a) Erfüllung .....	711
	b) Ansprüche des Erstkäufers gegen den Verkäufer. . .	712
	c) Ansprüche des Erstkäufers gegen den Zweitkäufer. .	713
III.	Sittenwidrigkeit des Doppelverkaufs .....	714
	1. Das Verhältnis von Art. 19/20 zu Art. 41 Abs. 2 OR . . .	714
	2. Sittenwidrigkeit des Zweitkaufs gemäss Art. 19/20 OR	716
	3. Ansprüche des Erstkäufers bei Sittenwidrigkeit des Zweitkaufs .....	719
	a) Gegenüber dem Verkäufer .....	719
	b) Gegenüber dem Zweitkäufer .....	720
	c) Durchsetzung der Ansprüche des Erstkäufers . . . .	722
	4. Hinweis: Kaufpreiszahlung des Erstkäufers und Rück- abwicklung des Zweitkaufs .....	724
IV.	Sicherungsmittel des Erstkäufers. . . . .	725
	1. Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB .....	725
	2. Grundbuchsperrung (Kanzleisperrung) .....	726
	3. Paralleler Kaufrechtsvertrag. . . . .	727
V.	Die Stellung des Notars. . . . .	728
	1. Einleitende Bemerkungen .....	728
	2. Urkundspflicht .....	728
	3. Prüfungsbefugnis hinsichtlich des Inhalts des zu beurkundenden Rechtsgeschäftes .....	730
	a) Die Regelungen in den kantonalen notariats- rechtlichen Erlassen .....	730
	b) Die Ansichten in der Lehre .....	730

4. Stellungnahme .....	731
a) Vorbemerkung .....	731
b) Im Allgemeinen .....	732
c) Sonderfall: Der mit dem Zweitverkauf rogierte Notar hat bereits den Erstverkauf beurkundet .....	735
VI. Fazit .....	736

## I. Einleitung

Doppelverkäufe von Grundstücken sind ein in der Rechtswirklichkeit immer wieder auftretendes Phänomen<sup>1</sup>. Ein Doppelverkauf liegt – in seiner Grundvariante – dann vor, wenn ein Verkäufer A dem Erstkäufer B eine Sache verkauft, aber noch nicht übereignet und später dieselbe Sache einem Zweitkäufer C verkauft. Es handelt sich dabei um einen Sonderfall der allgemeinen Problematik der Einräumung von Ansprüchen an verschiedene Personen im Hinblick auf dieselbe Sache. Analoge Fälle sind etwa eine Doppelvermietung oder der Verkauf eines Grundstücks, das vor der Übereignung noch mit einem beschränkten dinglichen Recht belastet wird<sup>2</sup>.

Auch Professor Wolfgang Wiegand hat sich schon mit dem Problem befasst, für den sich aus einem Doppelverkauf ergebenden Interessenkonflikt adäquate Rechtsfolgen zu formulieren<sup>3</sup>. Aus Anlass einer damals aktuellen Entscheidung des Bundesgerichts<sup>4</sup> regte er vor zwanzig Jahren eine grundsätzliche Neuorientierung an, um den Erstkäufer besser zu schützen und um die Glaubwürdigkeit der Rechtsordnung insgesamt zu sichern, denn es sei besonders schwerwiegend, wenn Sa-

<sup>1</sup> ROLAND DUBISCHAR, Doppelverkauf und «ius ad rem», JuS 1970, 6 ff., spricht vom daraus erwachsenden Konflikt als einem «zeitlosen» (S. 7). Zur Rechtsgeschichte s. SYLVIA SELLA-GEUSEN, Doppelverkauf, Zur Rechtsstellung des ersten Käufers im gelehrten Recht des Mittelalters, Diss. Köln 1997, Berlin 1999.

<sup>2</sup> Vgl. DUBISCHAR (Fn. 1), 7; GION CLOPATH, Quelques problèmes relatifs à la double vente, spécialement en matière immobilière, SJZ 66 (1970), 49 ff., 49.

<sup>3</sup> WOLFGANG WIEGAND, Doppelverkauf und Eigentumserwerb – Wer zuerst kommt, mahlt zuerst?, in: Festgabe des Verbandes bernischer Notare, Professor Dr. Hans Marti zum 70. Geburtstag, BN 11 (1985), 11 ff.

<sup>4</sup> BGE 110 II 128 (= Pra 73 [1984] Nr. 218).

chen- und Schuldrecht der Vereitelung der Erfüllung des Erstkaufs tatenlos zuschauen<sup>5</sup>.

Die vorliegende Festschrift für Wolfgang Wiegand stellt den Anlass dar, einige Fragen rund um den Doppelverkauf aus zivil- und notariatsrechtlicher Optik aufzugreifen und dabei namentlich den Schutz des Erstkäufers gegenüber einem Zweitverkauf nach der geltenden schweizerischen Rechtsordnung zu thematisieren<sup>6</sup>. Im Einzelnen wird nachfolgend im Anschluss an die Darstellung der Ausgangslage<sup>7</sup> auf die Frage der Sittenwidrigkeit des Doppelverkaufs<sup>8</sup> und auf die Sicherungsmittel des Erstkäufers<sup>9</sup> eingegangen sowie die Stellung des Notars erörtert<sup>10</sup>. Schliesslich soll ein Fazit gezogen werden<sup>11</sup>.

## II. Ausgangslage

### 1. Gültigkeit beider Verpflichtungsgeschäfte

Nach allgemeiner Ansicht darf ein Verkäufer denselben Kaufgegenstand mehrmals verkaufen. Grundsätzlich sind alle so abgeschlossenen Kaufverträge gültig<sup>12</sup> und die Forderungen auf Erfüllung des Vertrages konkurrieren miteinander<sup>13</sup>. Eine anfängliche objektive – hier rechtliche – Unmöglichkeit (Art. 20 Abs. 1 OR), die den Zweitverkauf mit Nichtigkeit beschlagen würde, *liegt nicht vor*. Dass der Veräusserer die rechtliche Verfügungsmacht über den verkauften Gegenstand hat, ist keine Voraussetzung der Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts. Umso weniger liegt anfängliche objektive Unmöglichkeit vor, wenn die Sache bloss wirtschaftlich einem andern – nämlich dem Erstkäufer – zugeord-

<sup>5</sup> WIEGAND (Fn. 3), 28 ff.

<sup>6</sup> Die Formulierung könnte die Vermutung aufkommen lassen, dass der Erstkäufer grundsätzlich schutzwürdiger sei als der Zweitkäufer. Wenn der Zweitkäufer nicht weiss, dass der von ihm gekaufte Gegenstand schon einem andern versprochen ist, ist dies jedoch keineswegs der Fall.

<sup>7</sup> II.

<sup>8</sup> III.

<sup>9</sup> IV.

<sup>10</sup> V.

<sup>11</sup> VI.

<sup>12</sup> WIEGAND (Fn. 3), 27.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 83 II 12, 17.

net ist. Generell gilt, dass Schuldverträgen nur obligatorische Wirkung zukommt; sie beschränken das Dürfen der Parteien und nicht das Können. Insoweit kann ein schon erfolgter Verkauf einen zweiten nicht hindern<sup>14</sup>. Das ist letztlich eine Konsequenz aus Art. 27 Abs. 1 ZGB, wonach niemand auf seine Rechts- und Handlungsfähigkeit verzichten kann<sup>15</sup>.

Nach herrschender Ansicht ist der Zweitkauf auch *nicht widerrechtlich* im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR<sup>16</sup>. Rechtswidrigkeit liegt vor, wenn der Vertrag inhaltlich gegen objektives Recht verstösst. Der Zweitverkauf steht zwar im Widerspruch zu dem im Erstverkauf stillschweigend enthaltenen Veräusserungsverbot<sup>17</sup>. Durch dessen Missachtung verletzt der Verkäufer aber nur eine Vertragspflicht. Verletzt werden – eventuell schon mit dem Abschluss, jedenfalls aber durch die Erfüllung des Zweitkaufs – mithin bloss subjektive Rechte des Erstkäufers<sup>18</sup>. Gemäss dem Relativitätsprinzip schafft ein Vertrag nur unter den Parteien Recht, so dass sich der Dritte um den vorbestehenden Vertrag als *res inter alios acta* grundsätzlich nicht zu kümmern braucht<sup>19</sup>. Materiell wird dies damit begründet, Einschränkungen rechtsgeschäftlicher Bewegungsfreiheit seien möglichst zu vermeiden<sup>20</sup>. Das Resultat der

<sup>14</sup> EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. A., Zürich 1988, S. 89; vgl. zum Ganzen CLOPATH (Fn. 2), 50 f.

<sup>15</sup> EUGEN BUCHER, ZGB Art. 27 N. 54, 65 ff., in: Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 2. Abt.: Die natürlichen Personen, 2. Teilbd.: Kommentar zu Art. 27 ZGB, Bern 1993.

<sup>16</sup> Statt vieler ERNST A. KRAMER, OR Art. 19–20 N. 143, in: Berner Kommentar, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilbd., Unterteilbd. 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19–22 OR, Bern 1991.

<sup>17</sup> BK-BUCHER (Fn. 15), ZGB Art. 27 N. 54.

<sup>18</sup> Vgl. BUCHER (Fn. 14), 251.

<sup>19</sup> BGE 52 II 370, 375 f. (zu Art. 41 OR). Gegen diese Formulierung wird etwa vorgebracht, die Tatsache, dass der Gläubiger nur vom Schuldner Erfüllung verlangen könne (Relativität der Schuldverhältnisse), habe nichts mit der Frage zu tun, ob Aussenstehende diese Zweierbeziehung zu beachten hätten; so WALTER YUNG, Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse, in: Etudes et Articles, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, Genève 1971, S. 413 ff., 421. Vgl. auch ALBERT MÜLLER, Die Beeinträchtigung fremder Forderungen als Delikt im Sinne von OR 41 Abs. 2, Diss. Zürich 1974, Zürich 1975, S. 79 f. m.w.H.

<sup>20</sup> ERNST A. KRAMER, Einleitung OR N. 45, in: Berner Kommentar, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilbd.: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR,

Wirksamkeit beider Kaufverträge wird somit letztlich auf die Vertragsfreiheit abgestützt, wozu schon kritisch angemerkt wurde, der zweimalige Verkauf desselben Gegenstandes sei kein Gebrauch, sondern ein Missbrauch der Vertragsfreiheit<sup>21</sup>.

Anerkannt ist hingegen, dass der zweite Kaufvertrag unter Umständen gegen die guten Sitten verstösst<sup>22</sup>.

## 2. Erfüllung an den Zweitkäufer und ihre Folgen

### a) Erfüllung

Sind beide Grundgeschäfte gültig, hängt es vom Verkäufer ab, welchen Vertrag er erfüllen will. Nicht ausgeschlossen ist beim Grundstückkauf – jedenfalls wenn, wie es die Regel ist, der Notar zur Grundbuchanmeldung ermächtigt ist und die entsprechende Vollmacht bezüglich des Erstkaufs noch nicht widerrufen wurde<sup>23</sup> –, dass es letztlich vom Zufall abhängt, welche Anmeldung in den Genuss zeitlicher Priorität kommt<sup>24</sup>.

Mit der Anmeldung des Kaufvertrages beim Grundbuchamt nimmt der Verkäufer die ihm obliegende Erfüllungshandlung hinsichtlich seiner Eigentumsverschaffungspflicht vor. Auf das weitere Verfahren – insbesondere auf die Hauptbucheintragung, mit der das Eigentum übergeht (Art. 972 Abs. 1 ZGB) – hat er keinen Einfluss mehr. Gemäss h. L. enthält die Grundbuchanmeldung auch die einseitige kausale Verfügung über das Eigentum am Grundstück<sup>25</sup>.

Bern 1986; RUDOLF KRASSER, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, Köln/Berlin/Bonn/München 1971, S. 299 f.

<sup>21</sup> WIEGAND (Fn. 3), 27.

<sup>22</sup> Dazu ausführlich unten III.

<sup>23</sup> Allgemein zur Anmeldung durch die Urkundsperson JÜRIG SCHMID, ZGB Art. 963 N. 38 ff. in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 2. A., Basel/Genf/München 2003.

<sup>24</sup> Vgl. KRASSER (Fn. 20), 92: Es obsiegt nicht derjenige, dessen Forderung zuerst begründet wurde, sondern derjenige, dem ihre Realisierung zuerst gelingt (Präventionsprinzip).

<sup>25</sup> WIEGAND (Fn. 3), 14 ff., insb. 17 f., der bezüglich des mehrgliedrigen Tatbestands der Grundeigentumsübertragung darauf hinweist, dass sich mithilfe des unscharfen Verfügungsbegriffs konkrete Fragen jedoch nicht lösen lassen.

Seit der Praxisänderung in BGE 115 II 221 ff. ist nunmehr klargestellt, dass der veräussernde Eigentümer nach erfolgter Tagebucheinschreibung (Art. 948 Abs. 1 ZGB) die Grundbuchanmeldung nicht mehr einseitig zurückziehen kann. Damit ist einem gewissen Manipulationspotential seitens des Verkäufers ein Riegel geschoben.

#### b) Ansprüche des Erstkäufers gegen den Verkäufer

Durch den Abschluss des zweiten Kaufvertrags (Verpflichtungsgeschäft) hat der Verkäufer allenfalls den mit dem Erstkäufer geschlossenen Vertrag verletzt, indem er eine Handlung vornahm, die dessen Anspruch gefährdet. Liest man in den Kaufvertrag ein stillschweigendes *Verbot einer Zweitveräusserung* hinein, so verletzt der Verkäufer bereits mit dem Abschluss des zweiten Verpflichtungsgeschäfts eine vertragliche Unterlassungspflicht. Dagegen bietet Art. 98 Abs. 3 OR eine nur geringfügige Abwehrmöglichkeit: Wohl hat der Gläubiger einen Anspruch auf Beseitigung des vertragswidrigen Zustands, doch kann der angerufene Richter nicht den mit dem Dritten geschlossenen Vertrag für ungültig erklären; u. U. hilft immerhin die Verhängung von Ordnungsbussen während der Dauer des zu beseitigenden Zustands<sup>26</sup>. Man kann sich zudem fragen, ob das Verhalten des Verkäufers den Erstkäufer nicht dazu berechtigen sollte, in Anwendung von Art. 97 ff. OR vom Vertrag zurückzutreten, wenn er aufgrund des Vertrauensbruchs an jenem nicht mehr festhalten und stattdessen eine allfällige bereits geleistete Anzahlung zurückerhalten will. Allerdings ist zweifelhaft, ob die Schwere der Pflichtverletzung des Veräusserers eine solche Sanktion tatsächlich rechtfertigt<sup>27, 28</sup>.

<sup>26</sup> WOLFGANG WIEGAND, OR Art. 98 N. 10, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 3. A., Basel/Genf/München 2003. Z.T. abweichend ROLF H. WEBER, OR Art. 98 N. 109 ff., in: Berner Kommentar, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilbd.: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109, Bern 2000, der vorschlägt (N. 111), es müsse auf Untersagung der Ausführung des verbotenen Geschäfts geklagt werden können und bei Schutzwürdigkeit des Erstgläubigers und des Dritten sei eine Interessenabwägung vorzunehmen.

<sup>27</sup> Vgl. BSK-WIEGAND (Fn. 26), OR Art. 97 N. 58.

<sup>28</sup> Die Frage liesse sich, gerade wenn man von der Annahme einer spezifischen Pflicht zur Unterlassung der Zweitveräusserung absieht, auch unter dem Aspekt des antizipierten Vertragsbruchs diskutieren. Wertungsmässig müsste das Ergebnis – Möglichkeit des Rücktritts oder nicht – dasselbe sein.

Hat der Verkäufer durch Abgabe der Grundbuchanmeldung zugunsten des Zweitkäufers verfügt und kommt es danach nicht zur Abweisung der Anmeldung durch den Grundbuchverwalter, so kann der Verkäufer die Forderung des Erstkäufers nicht mehr erfüllen: es liegt *subjektive nachträgliche Unmöglichkeit* vor. Weil der Schuldner die Nichterfüllung zu vertreten hat, haftet er gemäss Art. 97 Abs. 1 OR auf das Erfüllungsinteresse. Fälle der Exkulpation sind hier kaum denkbar. Der Erstkäufer ist demnach vermögensmässig so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäss erfüllt worden wäre. Ist der Erlös aus dem Zweitverkauf höher als der Betrag, den der Erstkäufer hätte zahlen müssen, und widerspiegelt dieser höhere Erlös den Verkehrswert des Grundstücks und nicht etwa bloss ein Affektionsinteresse des Zweitkäufers<sup>29</sup>, so hat der Erstkäufer Anspruch auf diesen Erlös unter dem Titel des Schadenersatzes<sup>30</sup>. Anspruch auf den Erlös steht ihm aber auch im Sinne eines stellvertretenden *commodum* zu<sup>31</sup>. Unterschiedlich beantwortet wird die Frage, ob der Erlös auch gemäss Art. 423 OR (Geschäftsanmassung) herausverlangt werden kann<sup>32</sup>.

#### c) Ansprüche des Erstkäufers gegen den Zweitkäufer

Die Frage, ob Forderungsrechte – hier die Forderung des Erstkäufers gegen den Verkäufer auf Übereignung des Grundstücks – im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR Deliktsschutz gegen Eingriffe Dritter geniessen, wird immer wieder gestellt<sup>33</sup>.

Die überwiegende Auffassung geht diesbezüglich dahin, dass *Forderungsrechten* als relativen Rechten grundsätzlich *kein solcher Schutz*

<sup>29</sup> MARKUS NIETLISPACH, Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich, Bern 1994, S. 438 Fn. 2429.

<sup>30</sup> Vgl. WIEGAND (Fn. 3), 29.

<sup>31</sup> *Commodum ex negotiatione*. Allgemein zum stellvertretenden *commodum* BUCHER (Fn. 14), 424 ff., und insb. beim Doppelverkauf, 426.

<sup>32</sup> Wie die Gewinnherausgabe allgemein dogmatisch sauber zu erfassen sei, ist stark umstritten; vgl. zum Doppelverkauf NIETLISPACH (Fn. 29), 128 ff., 438 ff. m.w.H. NIETLISPACH lehnt die Anwendung von Art. 423 OR ab und befürwortet diejenige von Art. 62 ff. OR (Kondiktion).

<sup>33</sup> Übersicht zur Diskussion im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB bei KRASSER (Fn. 20), 119 ff.

gegenüber Dritteingriffen zukommt<sup>34</sup>. Die Argumente dafür sind im Wesentlichen dieselben, die zur Verneinung der Widerrechtlichkeit gemäss Art. 20 Abs. 1 OR geführt haben<sup>35</sup>. Bedenken erregt des Weiteren, dass Art. 41 Abs. 1 OR auch fahrlässige Schädigung sanktioniert<sup>36</sup>. Selbst Befürworter eines erweiterten Forderungsschutzes beschränken sich denn in der Regel auf die Sanktionierung vorsätzlichen oder wissentlichen Eingriffs in fremde Forderungsrechte, was zu gewissen Schwierigkeiten bei der Subsumtion unter Art. 41 Abs. 1 OR führt<sup>37</sup>.

Vorbehalt bleibt die Haftung des Dritten aus sittenwidriger Schädigung (Art. 41 Abs. 2 OR)<sup>38</sup>.

Weiter wird im Schrifttum die Frage diskutiert, ob dem Erstkäufer unter Umständen Ersatzansprüche gegen den Zweitkäufer aus Art. 423 OR oder Art. 62 ff. OR zustehen könnten<sup>39</sup>.

### III. Sittenwidrigkeit des Doppelverkaufs

#### 1. Das Verhältnis von Art. 19/20 zu Art. 41 Abs. 2 OR

Zunächst stellt sich die materiellrechtliche Vorfrage, was es denn heisst, der Doppelverkauf könne *sittenwidrig* sein: Ist er es unter dem

<sup>34</sup> BGE 114 II 91, 97; BK-KRAMER (Fn. 20), Einleitung OR N. 54 ff.; BK-UCHER (Fn. 15), ZGB Art. 27 N. 58 ff.; FELIX ZULLIGER, Eingriffe Dritter in Forderungsrechte, Diss. Zürich 1988, S. 52 ff.; je m.w.H. A.M. etwa JACQUES-MICHEL GROSSEN, La responsabilité du tiers complice de la violation d'un contrat, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 121 ff. insb. 131 ff.

<sup>35</sup> Oben II.1. Es ist aber zu beachten, dass der Anwendungsbereich von Art. 19/20 OR und von Art. 41 Abs. 1 OR ein verschiedener ist. So ist denn gemäss WALTER R. SCHLUEP, Schuldrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch, in: Peter Forstmoser, Hans Giger, Anton Heini, Walter R. Schluep (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 261 ff., 277 die Verleitung zum Vertragsbruch zwar widerrechtlich im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR, aber der verletzende Vertrag nicht etwa nichtig, denn es wurde keine allgemeine, sondern bloss eine obligatorische Rechtspflicht verletzt. Zum analogen Problem bei der Sittenwidrigkeit unten III.1.

<sup>36</sup> YUNG (Fn. 19), 421; ZULLIGER (Fn. 34), 91.

<sup>37</sup> Zur Lösung dieser Probleme erhebt SCHLUEP (Fn. 35), 278, den Vorsatz zum Element der Widerrechtlichkeit.

<sup>38</sup> Dazu unten III.3.b.

<sup>39</sup> NIETLISPACH (Fn. 29), 462 ff., erwägt dies für die Fälle der Verleitung zum Vertragsbruch und der bewussten Ausnutzung fremden Vertragsbruchs. S. auch PETER H. EULAU, Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung fremden Vertragsbruchs, Diss. Basel 1976, Zürich 1976, S. 171 ff., 190 ff.

Gesichtspunkt von Art. 19/20 OR mit der Folge der Nichtigkeit des Zweitverkaufs oder ist er es – ausschliesslich oder zusätzlich – unter dem Aspekt von Art. 41 Abs. 2 OR<sup>40</sup>? Von der Beantwortung dieser Frage hängt ganz wesentlich ab, welche Ansprüche dem Erstkäufer zustehen und gegen wen er diese durchsetzen kann<sup>41</sup>.

Der Begriff der Sittenwidrigkeit stellt eine wertausfüllungsbedürftige *Generalklausel* dar<sup>42</sup>. Diese braucht nicht in allen gesetzlichen Zusammenhängen auf dieselbe Weise konkretisiert zu werden. Weil die auf Sittenwidrigkeit Bezug nehmenden Normen unterschiedliche Anwendungsbereiche, Zwecksetzungen und Rechtsfolgen aufweisen, kann es dabei durchaus zu zulässigen interpretatorischen Abweichungen kommen<sup>43</sup>. Art. 19/20 OR befassen sich mit den Grenzen vertraglicher Verpflichtungsmöglichkeit, wobei diese beim Doppelverkauf gerade im Hinblick auf den Schutz eines aussenstehenden Dritten formuliert werden; Art. 41 Abs. 2 OR betrifft demgegenüber den deliktischen Schutz des Dritten, sanktioniert also ein Fehlverhalten mit einer Schadenersatzpflicht. Bei Art. 19/20 OR geht es von vornherein um ein Zusammenwirken beider Parteien; ein bloss einseitiges unsittliches Motiv genügt nicht<sup>44</sup>. Art. 41 Abs. 2 OR bezieht sich dagegen auf den einzelnen Schädigenden.

Demnach darf aus der Haftung eines Vertragspartners nicht ohne weiteres auf Sittenwidrigkeit des die Haftung auslösenden Vertrags geschlossen werden. Handelt beispielsweise der Verkäufer in der Absicht, seinen ersten Vertragspartner zu schädigen, weiss aber der Zweitkäufer davon nichts, so ist der Zweitkauf nicht sittenwidrig im Sinne von

<sup>40</sup> Vgl. zum Ganzen CLOPATH (Fn. 2), der den Zweitkauf für wirksam hält (S. 51 f.) und dennoch gegen den Zweitkäufer die Klage aus Art. 41 Abs. 2 OR zulässt (S. 70); ebenso JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY-WERRO, Le contrat contraire aux bonnes mœurs, Diss. Fribourg 1988, Rzn. 1064, 1077; vgl. auch KRASSER (Fn. 20), 243 f., 247 f., 324. MÜLLER (Fn. 19), 113 f., hingegen erachtet den zweiten Vertrag als nichtig; im Ergebnis ebenso HELMUT KOZIOL, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, Wien/New York 1967, S. 81 ff.

<sup>41</sup> Zum Prozessualen unten III.3.c.

<sup>42</sup> BK-KRAMER (Fn. 16), OR Art. 19–20 N. 169.

<sup>43</sup> KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. Bd.: Besonderer Teil, 1. Teilbd.: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. A., Zürich 1987, § 16 Anm. 284 zu Rz. 196. ZUFFEREY-WERRO, Fn. 106 bei Rz. 1064 bezeichnet die Begriffe als identisch, zieht daraus aber nicht die Konsequenz, dass ein gegen Art. 41 Abs. 2 OR verstossender Vertragsschluss zu dessen Nichtigkeit führe (Rz. 1064).

<sup>44</sup> BUCHER (Fn. 14), 257; BK-KRAMER (Fn. 16), OR Art. 19–20 N. 176 m.w.H.

Art. 19/20 OR. Dennoch haftet hier – freilich ohne dass damit praktische Relevanz einherginge – der Verkäufer dem Geschädigten auch aus Art. 41 Abs. 2 OR (Anspruchskonkurrenz). Umgekehrt kann es sich so verhalten, dass der Verkäufer irrtümlich einen zweiten Kaufvertrag abschliesst, etwa weil er nicht weiss, dass ein von ihm bevollmächtigter Stellvertreter das betreffende Objekt schon verkauft hat, der Zweitkäufer aber diese Situation ganz bewusst ausnützt, um den Erstkäufer zu schädigen. Auch hier ist der Zweitkauf zwar nicht nichtig, aber der Zweitkäufer haftet aus absichtlicher sittenwidriger Schädigung.

Über diese Fälle von marginaler Bedeutung hinaus ist jedoch noch ein Grundsätzliches zu bedenken: Es lässt sich durchaus fragen, ob der Erstkäufer den Schutz von Art. 19/20 OR wirklich benötigt oder ob die Nichtigkeitsfolge nicht gewissermassen über das Ziel hinausschiesst, indem sie nämlich allen Aussenstehenden die Berufung auf die Unwirksamkeit des Zweitkaufs ermöglicht. Unter diesem Aspekt wäre dem Erstkäufer mit einem Anspruch aus Art. 41 Abs. 2 OR genügend geholfen<sup>45</sup>. Gegen diese Differenzierung spricht aber, dass der Erstkäufer nicht das Konkursrisiko des Zweitkäufers tragen soll.

Nachfolgend ist nun näher auf die Konstellation einzugehen, in welcher der Zweitkauf als sittenwidrig im Sinne von Art. 19/20 OR qualifiziert wird<sup>46</sup>.

## 2. Sittenwidrigkeit des Zweitkaufs gemäss Art. 19/20 OR

Wie sich der Begriff der Sittenwidrigkeit generell umschreiben lässt, ist umstritten<sup>47</sup>. Das Bundesgericht bezeichnet als sittenwidrig Verträge, die gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamt-

<sup>45</sup> So RALF MICHAELS, Sachzuordnung durch Kaufvertrag, Diss. Passau 2000, Berlin 2002, S. 390 f. zum deutschen Recht.

<sup>46</sup> Im Bundesgerichtsentscheid 4C.273/2002 vom 28.11.2002, abrufbar unter [www.bger.ch](http://www.bger.ch), wurde auf Nichtigkeit des Zweitkaufs infolge Sittenwidrigkeit erkannt und ein Haftungsanspruch aus Art. 41 Abs. 2 OR bejaht, ohne dass zum Verhältnis von Art. 19/20 OR und Art. 41 OR Stellung genommen worden wäre. In einem Urteil des BGer vom 22.3.1977 (ZR 78 [1979] Nr. 6) wurde ein Zweitkauf wegen Simulation als nichtig betrachtet. Der Einwand der fehlenden Passivlegitimation des Zweitkäufers im Hinblick auf die auch gegen ihn gerichtete Leistungsklage auf Grundeigentumsübertragung wurde als rechtsmissbräuchlich abgetan und infolgedessen verzichtete das BGer auf die Prüfung der Frage, ob der Zweitkäufer aus ausservertraglicher Schädigung auf Naturalersatz hafte.

<sup>47</sup> Übersicht bei BK-KRAMER (Fn. 16), OR Art. 19–20 N. 169 ff.

rechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen. Sittenwidrigkeit könne dabei sowohl in der Leistung als auch in dem mit dem Geschäft angestrebten mittelbaren Zweck oder Erfolg liegen<sup>48</sup>. In casu geht es um die Konkretisierung dieser Generalklausel im spezifischen *Anwendungsfall des Verstosses gegen vertragliche Rechte Dritter*. Der Inhalt des zweiten Kaufvertrags als solcher ist dabei nicht sittenwidrig. Vielmehr sind es die Begleitumstände, welche Bedenken erwecken. Allein die Tatsache, dass durch den zweiten Vertragsschluss Rechte des Erstkäufers gefährdet werden, führt nicht zur Sittenwidrigkeit. Wäre es anders, würde das schon mehrfach angesprochene Prinzip der Relativität von Forderungsrechten missachtet<sup>49</sup>. Höchst umstritten ist nun aber, welche zusätzlichen Anforderungen für die Annahme von Sittenwidrigkeit gestellt werden sollen. Die Diskussion, wann Sittenwidrigkeit bei Eingriffen in Forderungsrechte anzunehmen sei, spielt sich dabei oft im Rahmen von Art. 41 Abs. 2 OR ab. Die dort vorgebrachten Argumente können aber nicht ohne weiteres auf Art. 19/20 OR übertragen werden<sup>50</sup>; dennoch vermischen sich die unterschiedlichen Gesichtspunkte, weshalb auch nachfolgend zur Konkretisierung von Art. 19/20 OR auf Äusserungen zu Art. 41 Abs. 2 OR zurückgegriffen wird.

Nachdem der eigentliche Inhalt des Zweitverkaufs nicht sittenwidrig ist, müssen die *anstössigen Umstände* ausserhalb desselben gesucht werden, etwa im gemeinsamen, allenfalls nur stillschweigend vereinbarten Vertragszweck. Blosser Kenntnis des Dritten um den vorbestehenden Vertrag reicht dabei zur Annahme der Sittenwidrigkeit nicht aus<sup>51</sup>. Auch ein nur einseitiges Motiv einer Partei zur Schädigung genügt nicht. Man wird vielmehr geradezu Schädigungsabsicht beider Parteien verlangen müssen. Ob auch schon die Verleitung zum Vertragsbruch mit dem Ziel, selber einen Vertrag mit dem Verkäufer abzuschliessen, allein oder zusammen mit zusätzlichen Umständen – wie dem Versprechen des Zweitkäufers, allfällige Schadenersatzansprü-

<sup>48</sup> BGE 123 III 101, 102; BGE 129 III 604, 617.

<sup>49</sup> BK-KRAMER (Fn. 16), OR Art. 19–20 N. 198.

<sup>50</sup> S. oben III.1. Vgl. OFTINGER/STARK (Fn. 43), § 16 Anm. 284 zu Rz. 196.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 102 II 339, 340: Zum Verstoss gegen vertragliche Rechte Dritter müssen noch Umstände hinzukommen, welche die Pflichtverletzung als besonders anstössig erscheinen lassen. Laut WIEGAND (Fn. 3), 28, reicht jedoch zur Annahme von Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 OR Kenntnis des Zweitkäufers vom ersten Vertrag und der Nachweis, dass er mehr bezahlt hat als der Erstkäufer.

che des Erstkäufers zu befriedigen – die Sittenwidrigkeit des Zweitvertrags nach sich zieht, ist fraglich. Im Rahmen von Art. 41 Abs. 2 OR geht die überwiegende Meinung dahin, dass die Verleitung zum Vertragsbruch als solche keine Schadenersatzpflicht begründet<sup>52, 53</sup>. Vielmehr müssten noch besondere, *gravierende Umstände* hinzukommen, welche die Handlungsweise «namentlich in Ansehung des damit verfolgten Zweckes oder der angewandten Mittel (wie z. B. bei Schädigungsabsicht aus blosser Rachsucht oder arglistiger Täuschung [...]) als gegen die guten Sitten verstossend erscheinen lassen»<sup>54</sup>. Lässt man – weitergehend – die Verleitung zum Vertragsbruch als solche als Sittenwidrigkeitsgrund zu, wird letztlich die Generalklausel der Sittenwidrigkeit jedenfalls teilweise objektiviert, indem man nicht mehr bloss auf Parteiabsichten abstellt. Es würde allerdings den Rahmen der vorliegenden Darstellung sprengen, auf diese kontroverse Frage näher einzugehen. Von deren Beantwortung hängt jedoch entscheidend ab, inwieweit dem Erstkäufer die Möglichkeit zusteht, die Kaufsache doch noch zu erlangen<sup>55</sup>.

Ist der Zweitkauf sittenwidrig, zieht dies seine – allenfalls bloss teilweise – *Nichtigkeit* nach sich (Art. 20 OR). Infolge des Kausalitätsprinzips bleibt die sich auf den nichtigen Kaufvertrag stützende Verfügung unwirksam: Der Zweitkäufer wird materiell nicht Eigentümer des Grundstücks, selbst wenn er als solcher im Grundbuch eingetragen werden sollte; sein Eintrag wäre vielmehr ungerechtfertigt im Sinne von Art. 974 Abs. 2 ZGB.

<sup>52</sup> ZULLIGER (Fn. 34), 164; ROLAND BREHM, OR Art. 41 N. 255, in: Berner Kommentar, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilbd., 1. Unterteilbd.: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41–61 OR; EULAU (Fn. 39), 32 ff., 147 ff.

<sup>53</sup> Kurze Darstellung der Diskussion in Deutschland bezüglich § 138 Abs. 1 BGB bei SELLA-GEUSEN (Fn. 1), 16 ff. BK-KRAMER (Fn. 16), OR Art. 19–20 N. 200 geht bei Verleitung zum Vertragsbruch, um selber mit dem Gebundenen einen Vertrag abzuschliessen, von Sittenwidrigkeit des Vertrags im Sinne von Art. 19/20 OR aus, dies in Analogie zu Art. 4 lit. a UWG. ZUFFEREY-WERRO (Fn. 40), Rzn. 1057 ff., hält die Verletzung von Rechten Dritter grundsätzlich für ungenügend, um den Vertrag als sittenwidrig gemäss Art. 19/20 OR zu qualifizieren.

<sup>54</sup> BGE 52 II 370, 376 f.; vgl. auch BGE 114 II 91, 98.

<sup>55</sup> Ergänzend erwähnt sei, dass auf einen Doppelverkauf unter Umständen auch das UWG Anwendung finden könnte; s. WALTER R. SCHLUEP, Wirtschaftsrechtliche Aspekte der Verleitung zum Vertragsbruch, in: François Dessemontet (Hrsg.), Mélanges Joseph Voyame, Lausanne 1989, S. 241 ff., 255.

### 3. Ansprüche des Erstkäufers bei Sittenwidrigkeit des Zweitkaufs

#### a) Gegenüber dem Verkäufer

Wie gestaltet sich das materiellrechtliche Verhältnis des Erstkäufers zum Verkäufer, nachdem dieser sein Grundstück in sittenwidriger Weise an einen andern verkauft und – allerdings unwirksam<sup>56</sup> – übereignet hat? Damit angesprochen ist das Problem, ob dem Erstkäufer noch ein *Erfüllungsanspruch* zusteht oder ob dieser sich inzwischen in einen sekundären *Schadenersatzanspruch* umgewandelt hat. Eine Nichterfüllung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR liegt nur dann vor, wenn die geschuldete Primärleistung nicht mehr erbracht werden kann. Davon kann in unserer Ausgangslage jedoch kaum die Rede sein, denn der Verkäufer ist ja bei Sittenwidrigkeit des Zweitkaufs im Sinne von Art. 19/20 OR Eigentümer geblieben und kann lediglich zurzeit nicht über das Grundstück verfügen, weil er nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist<sup>57</sup>. Um selber verfügen zu können, müsste er hinsichtlich des ungerechtfertigten Eintrages des Zweitkäufers (Art. 974 Abs. 2 ZGB)<sup>58</sup> eine Grundbuchberichtigung (Art. 975 ZGB) erwirken. Wenn der Verkäufer ein solches Begehren erheben würde, bleibt allerdings fraglich, ob nicht das darüber befindende Gericht in analoger Anwendung von Art. 66 OR die Korrektur verweigerte, wie das etwa für den Vindikationsanspruch erwogen wird. In diesem Umstand ist eine gewisse Erschwerung der Leistungserbringung zu erblicken, doch kann deswegen nicht angenommen werden, dass der dem Gläubiger günstige Erfüllungsanspruch untergegangen und durch eine Schadenersatzpflicht ersetzt worden sei. Der Erstkäufer seinerseits ist zur Grundbuchberichtigungsklage nicht aktivlegitimiert, weil er nicht in dinglichen Rechten verletzt ist<sup>59</sup>.

Konkurrierend zum Erfüllungsanspruch bestehen u.U. Schadenersatzansprüche des Erstkäufers, insbesondere zur Abgeltung eines Verzugsschadens.

<sup>56</sup> Siehe oben II.2.

<sup>57</sup> MÜLLER (Fn. 19), 114; KOZIOL (Fn. 40), 82.

<sup>58</sup> Dazu oben II.2. i.f.

<sup>59</sup> In BGE 110 II 447, 449 f., hat das Bundesgericht offen gelassen, ob ein Käufer gegen einen schon als Eigentümer eingetragenen Vorkaufsberechtigten Grundbuchberichtigungsklage erheben kann.



## b) Gegenüber dem Zweitkäufer

Eine Grundlage für die Haftung des Zweitkäufers wird allgemein in Art. 41 Abs. 2 OR erblickt<sup>60, 61</sup>. Falls man diese Norm nicht für einen erweiterten Forderungsschutz instrumentalisieren will, bleibt deren Anwendungsbereich allerdings sehr eng. So äussert sich das Bundesgericht in BGE 124 III 297, 302 f. zur Tragweite von Art. 41 Abs. 2 OR allgemein dahingehend, dieser Haftungsgrund sei nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung als gegeben anzunehmen; die Sittenwidrigkeit dürfe nicht dazu dienen, das Widerrechtlichkeitserfordernis auszuhöhlen. Erfasst werde in erster Linie die Schikane; gegen die guten Sitten verstosse ein Verhalten, das nicht der Wahrnehmung eigener Interessen diene, sondern ausschliesslich oder primär darauf abziele, andere zu schädigen.

Handelt der Zweitkäufer also nicht zum einzigen Zweck der Schädigung des Erstkäufers, sondern verfolgt er ein schutzwürdiges Interesse, so liegt kein Verstoss gegen die guten Sitten vor; dies selbst dann nicht, wenn er die Schädigung als sicher voraussieht<sup>62</sup>. Eine Erkundigungspflicht, ob sein Handeln nicht in vertragliche Rechte Dritter eingreife, trifft ihn im Übrigen nicht.

Hat nun aber der Erstkäufer überhaupt einen *Schaden* erlitten? Schaden ist eine unfreiwillige Vermögensverminderung oder unfreiwillig entgangener Gewinn. Steht dem Erstkäufer – wie soeben festgestellt<sup>63</sup> – ein Erfüllungsanspruch gegen seinen Verkäufer zu, ist es nicht selbstverständlich, dass er einen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Zweitkäufer im Umfang des Wertes der Verkäuferleistung haben soll, und zwar allenfalls erst noch – wie dies üblicherweise im Rahmen der Anwendung von Art. 41 Abs. 2 OR für Doppelverkäufe

angenommen wird – auf Naturalersatz, denn der Zweitkäufer ist ja bei Vorliegen eines sittenwidrigen Rechtsgrundes nicht einmal Eigentümer der verkauften Sache geworden (vgl. Art. 974 Abs. 2 ZGB). Grundsätzlich gilt, dass, solange die Leistung noch möglich ist, die Forderung auf Erfüllung weiterhin zum Gläubigervermögen gehört, weshalb durch blosser Nichtleistung keine Vermögensverminderung eintritt<sup>64</sup>. Für Schäden, die durch die Verzögerung und die erschwerten Umstände der Durchsetzung des erstkäuferischen Anspruchs entstanden sind, haftet der Zweitkäufer zusammen mit dem Verkäufer; das bedeutet aber nicht zwingend, dass Ersterer für den ganzen Wert der Primärleistung haftet. Der Zweitkäufer hat schliesslich nur versucht, den Erfüllungsanspruch des Erstkäufers zu vereiteln, ohne dass ihm dies gelungen wäre. Abweichend mag die Sache allenfalls dann beurteilt werden, wenn der Erfüllungsanspruch ohne Einbezug des Dritten mittels eines Schadenersatzanspruchs gar nicht mehr sinnvoll durchsetzbar wäre<sup>65</sup>.

Anders präsentiert sich die Rechtslage in denjenigen Konstellationen, in denen der Zweitkauf nicht als sittenwidrig im Sinne von Art. 19/20 OR zu qualifizieren ist bzw. die Heranziehung dieser Normen von vornherein unterlassen wird, den Zweitkäufer aber dennoch der Vorwurf sittenwidrigen Handelns gemäss Art. 41 Abs. 2 OR trifft. In diesem Falle besteht, nachdem der Zweitkäufer Eigentümer geworden ist, gegen den Verkäufer bloss noch ein vertraglicher Schadenersatzanspruch. Mit diesem konkurriert ein wertmässig ebenfalls auf das Erfüllungsinteresse gerichteter deliktischer Schadenersatzanspruch gegen den Zweitkäufer<sup>66</sup>. In dieser Situation eröffnet sich dem Richter die Möglichkeit, auf *Naturalrestitution* zu erkennen (Art. 43 Abs. 1 OR), d.h. auf Übertragung von Besitz und Eigentum am Grundstück

<sup>60</sup> H.L.; BK-KRAMER (Fn. 20), Einleitung OR N. 55 m.w.H. Neuerdings Bundesgerichtsentscheid; 4C.273/2002, vom 28.11.2002.

<sup>61</sup> Als andere Grundlage für einen Realerfüllungsanspruch gegen den Dritten wird Art. 98 Abs. 3 OR erwogen (so BGE 4C.273/2002 E. 3.2) oder es wird ein vertraglicher Schadenersatzanspruch gegen den Dritten in Analogie zu Art. 50 Abs. 1 OR konstruiert (PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. A., Zürich 2003, Rz. 728).

<sup>62</sup> OFTINGER/STARK (Fn. 43), § 16 Rzn. 198 ff., insb. 202 f.

<sup>63</sup> III.3.a.

<sup>64</sup> PETER JÄGGI, Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Freiburg 1968, S. 181 ff., 192.

<sup>65</sup> So nimmt MÜLLER (Fn. 19), 114 ff. – im Rahmen des Doppelverkaufs von Fahrnis – vor allem aus Praktikabilitätsabwägungen einen Schadenersatzanspruch gegen den Zweitkäufer an. Vom BGE wird das Problem im Entscheid 4C.273/2002 vom 28.11.2002 nicht thematisiert. S. zur Frage der Durchsetzung der erstkäuferischen Ansprüche unten III.3.c.

<sup>66</sup> Ein Ersatzpflichtiger kann sich nicht darauf berufen, dass kein Schaden bestehe, weil auch ein anderer Schadenersatz schuldet, denn sonst könnte nie zur Feststellung eines Schadens gelangt werden. Es besteht unechte Solidarität unter den Haftpflichtigen; MÜLLER (Fn. 19), 112; KOZIOL (Fn. 40), 78 ff., 188 ff.

auf den Erstkäufer<sup>67</sup>. Diese Möglichkeit ist allerdings nicht unumstritten<sup>68</sup>.

### c) Durchsetzung der Ansprüche des Erstkäufers

Sowohl der Verkäufer wie auch der Zweitkäufer sind in den Prozess als einfache Streitgenossen einzubeziehen. Dies schon nur deshalb, weil nicht von vornherein klar ist, ob das Gericht den Zweitkauf als nichtig erachten wird oder nicht. Davon aber hängt ab, von wem der Erstkäufer das Grundstück gegebenenfalls doch noch erhalten kann.

Wird der Zweitkauf als nichtig qualifiziert, ist eine effiziente Durchsetzung des Eigentumsverschaffungsanspruchs nur bei *gleichzeitigem Einbezug von Verkäufer und Zweitkäufer* möglich. Der Erstkäufer wird diesfalls zum Rechtsnachfolger des Verkäufers. Zur Durchsetzung seines Erfüllungsanspruchs kann der Erstkäufer eine Gestaltungs- und Eigentumszurechnungsklage auf Eigentumszurechnung erheben (Art. 665 Abs. 1 ZGB). Passivlegitimiert ist der zur Grundeigentumsübertragung verpflichtete Eigentümer, d.h. der Verkäufer<sup>69</sup>. Eine solche Klage gegen den Verkäufer müsste u.E. auch dann möglich sein, wenn dieser zwar materiell

nach wie vor Eigentümer, aber nicht mehr als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist<sup>70</sup>. Damit das entsprechende Urteil auch dem ungerechtfertigt eingetragenen Zweitkäufer entgegengehalten und insbesondere die Eintragung des Erstkäufers im Grundbuch bewirkt werden kann, ist der Zweitkäufer in diesen Prozess miteinzubeziehen<sup>71</sup>. Wird der Zweitkäufer nicht in das Verfahren einbezogen, dürften die Grundbuchbehörden den Erstkäufer nicht eintragen, da die Gefahr besteht, dass Rechte des Zweitkäufers, der sich ja bisher nicht äussern konnte, verletzt werden<sup>72</sup>. Beim Klagebegehren gegen den Zweitkäufer handelt es sich u.E. – analog der Grundbuchberichtigungsklage – um ein solches auf Feststellung, dass der Verkäufer noch Eigentümer ist<sup>73</sup>. Bei dieser Sach- und Rechtslage kann auf die Annahme eines Schadenersatzanspruchs gegenüber dem Zweitkäufer im Umfang des Erfüllungsinteresses verzichtet werden, da Gründe der Praktikabilität keinen solchen erfordern.

Der Erstkäufer wird mit Vorteil auch die Vormerkung einer *Verfügungsbeschränkung* gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB über die Kaufsache beantragen. Dabei besteht das Problem, dass sich der streitige Anspruch auf Eigentumsübertragung gegen den Verkäufer richtet, die Verfügungsbeschränkung jedoch den eingetragenen Zweitkäufer treffen soll, damit dieser nicht an einen gutgläubigen Vierten (Art. 973 Abs. 1 ZGB) weiterveräussern kann. Wird aber glaubhaft dargetan, dass sich der Anspruch – und sei es nur ein solcher auf Grundbuchbe-

<sup>67</sup> Naturalersatz beim Doppelverkauf obiter anerkannt schon in BGE 114 II 329, 333; soweit ersichtlich erstmals zugesprochen im Entscheid 4C.273/2002 vom 28.11.2002. Aus der Lehre z.B. BK-KRAMER (Fn. 20), Einleitung OR N. 55 i. f., m.w.H. In BGE 50 II 375, 381 f. wurde die Überlassung von Grundstücken als Naturalersatz ausgeschlossen, da dem Kläger nur dann durch Urteil Eigentum zugesprochen werden könne, wenn er einen Erwerbgrund dafür habe. Das Urteil vermöge keinen Erwerbgrund zu schaffen, der noch nicht bestünde; die Schadenersatzart werde aber erst durch das Urteil bestimmt.

<sup>68</sup> BK-BUCHER (Fn. 15), ZGB Art. 27 N. 61, kritisiert, es werde nicht der Zustand wiederhergestellt, der vor Eingreifen des Dritten bestand (Eigentum und Besitz des Verkäufers), sondern ein Mehr (Eigentum und Besitz des Erstkäufers). Dem wird entgegengehalten, es sei nicht der Zustand herzustellen, der zur Zeit der schädigenden Handlung bestand, sondern derjenige, der im Urteilszeitpunkt ohne das Dritt eingreifen wahrscheinlich bestünde; KRASSER (Fn. 20), 244. Darüber hinaus lehnt BUCHER die Naturalrestitution ab, da diese singuläre Sanktion nicht erfolgen solle, wo schon der Haftungsgrundsatz fragwürdig sei. Zudem befürchtet er dadurch eine indirekte Translativwirkung obligatorischer Verträge.

<sup>69</sup> ARTHUR MEIER-HAYOZ, ZGB Art. 665 N. 10, in: Berner Kommentar, Bd. IV: Das Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum, 2. Teilbd.: Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, Bern 1964 (Nachdruck 1974).

<sup>70</sup> Zweifelnd BGE 84 II 187, 192 f. Jedenfalls eine Leistungsklage auf Eigentumsübertragung müsste möglich sein.

<sup>71</sup> Es wird zwar allgemein gesagt, Gestaltungsurteile über absolute Rechte wirkten gegenüber jedermann. Der Zweitkäufer muss aber Gelegenheit erhalten, seine angebliche Eigentümerstellung zu verteidigen. Ohne seinen Beizug ist nämlich nicht klar, ob wirklich die Berechtigten am Prozess beteiligt sind. Das Urteil fällt aber ins Leere, wenn nicht die wirklich Berechtigten in den Prozess einbezogen werden; s. MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 382 f. mit Anm. 80.

<sup>72</sup> Vgl. CHRISTIAN PETER MEISTER, Vorsorgliche Massnahmen bei immobilisachenrechtlichen Streitigkeiten – Verfügungsbeschränkung, Vorläufige Eintragung, Kanzleisperre, Diss. Zürich, Diessenhofen 1977, S. 55 Anm. 186, wonach der Grundbuchverwalter auch bei klarer Rechtslage keine Buchungen zulasten Dritter vornehmen darf, gegen die kein Urteil vorliegt.

<sup>73</sup> Zur Zulässigkeit einer solchen Klage im Allgemeinen und zur Kombination mit der Klage gegen den Verkäufer ANDREAS KRENGER, Die Grundbuchberichtigungsklage, Diss. Basel, Grösch 1987, S. 131 ff., insb. 134 f.

richtung – auch gegen den Zweitkäufer richtet, so spricht u.E. nichts gegen die Zulassung einer solchen Verfügungsbeschränkung<sup>74</sup>. Erst recht gilt dies für diejenigen Fälle, in denen tatsächlich ein Anspruch auf Übereignung gegen den Zweitkäufer in Frage kommt. Dass die Schadenersatzart erst durch Urteil bestimmt wird, sollte dem nicht entgegenstehen. Im Übrigen ist zu diesem Zeitpunkt – wie schon erwähnt – ohnehin noch kaum abzuschätzen, gegen wen der Anspruch gutgeheissen werden wird.

Erachtet das Gericht zwar den Zweitkauf nicht als nichtig, wohl aber den Zweitkäufer als haftpflichtig gemäss Art. 41 Abs. 2 OR, würde an sich ein Vorgehen gegen den Zweitkäufer allein genügen, um das Grundstück doch noch zu erhalten. Weil sich die Rechtslage als unsicher erweist und vor allem weil nicht vorhersehbar ist, auf welche Grundlagen sich das urteilende Gericht stützen wird, ist in jedem Fall ein gleichzeitiges Vorgehen gegen Verkäufer und Zweitkäufer angezeigt.

#### 4. Hinweis: Kaufpreiszahlung des Erstkäufers und Rückabwicklung des Zweitkaufs

Mit der Zusprechung der Eigentümerstellung an den Erstkäufer ist das problematische Dreipersonenverhältnis des Doppelverkaufs noch nicht bereinigt. Einerseits ist selbstverständlich, dass der Erstkäufer das Grundeigentum nicht unentgeltlich erhalten darf. Vielmehr schuldet er – solange der Erstkauf rechtsbeständig ist – dem Verkäufer den Kaufpreis.

Andererseits ist auch der sittenwidrige und deshalb nichtige Zweitkauf rückabzuwickeln. Der schon bezahlte Zweitkaufpreis ist zurückzuzahlen, wobei gestützt auf Art. 66 OR die Gefahr der Verweigerung dieser Rückleistung besteht<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Vgl. MEISTER (Fn. 72), 90 mit Anm. 271.

<sup>75</sup> Vgl. zur Problematik der Kaufpreiszahlung und der Rückabwicklung bei Vorliegen eines deliktischen Direktanspruchs des Erstkäufers gegen den Zweitkäufer DUBISCHAR (Fn. 1), 8 f.; MICHAELS (Fn. 45), 392 ff.

## IV. Sicherungsmittel des Erstkäufers

### 1. Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

Es wird dem Erstkäufer bei vollzogenem Zweitkauf nur in seltenen Fällen möglich sein, sich das Grundstück doch noch zu verschaffen. Umso wichtiger ist es, dass er seinen Anspruch auf Grundeigentumsübertragung frühzeitig sichern kann. Dazu steht ihm zunächst die Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB offen.

Die Vormerkung einer solchen Beschränkung ist möglich aufgrund einer amtlichen, in der Regel richterlichen Anordnung zur Sicherung streitiger<sup>76</sup> obligatorischer Ansprüche. Streitig kann der Anspruch schon vor Fälligkeit sein. Durch den Abschluss eines Zweitverkaufs vor Fälligkeit des Erstkaufs gibt der Verkäufer sicher in genügender Weise seinem fehlenden Willen zur Erfüllung gegenüber dem Erstkäufer Ausdruck, so dass sich damit der Anspruch als streitig erweist<sup>77</sup>. Von den entsprechenden Umständen muss der Erstkäufer allerdings zuerst Kenntnis erhalten und anschliessend zusätzlich mit seiner Verfügungsbeschränkung der Eintragung des Zweitkäufers als Eigentümer zuvorkommen. Ist der Anspruch fällig, dürfte jede ungerechtfertigte Verzögerung der Grundbuchanmeldung des Erstkaufs genügen, um Streitigkeit im Sinne dieser Bestimmung anzunehmen<sup>78</sup>. Was aber gilt vor Fälligkeit des Anspruchs des Erstkäufers, wenn dieser keine konkreten Hinweise darauf hat, dass der Zweitkäufer nicht erfüllen wird? Diesfalls dürfte eine Vormerkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB kaum möglich sein<sup>79</sup>.

Die Vormerkung der Verfügungsbeschränkung hat nicht zur Folge, dass der Eigentümer nicht mehr verfügen könnte, sondern bewirkt, dass das vorgemerkte Recht einem später eingetragenen vorgeht (Art. 960 Abs. 2 ZGB). Wie hat der Erstkäufer prozessual vorzugehen, wenn eine Verfügungsbeschränkung zu seinen Gunsten besteht und dennoch ein Zweitkäufer als Eigentümer eingetragen wurde? Festste-

<sup>76</sup> Die Alternative «vollziehbare Ansprüche» hat keine eigenständige Bedeutung; MEISTER (Fn. 72), 35 f.

<sup>77</sup> MEISTER (Fn. 72), 36.

<sup>78</sup> Vgl. BERNHARD SCHNYDER, Vertragserfüllung und deren Sicherung in sachenrechtlicher Sicht, Rz. 48, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 2. A., Bern 2001.

<sup>79</sup> Vgl. ARTHUR HOMBERGER, ZGB Art. 960 N. 15, in: Zürcher Kommentar, IV. Bd.: Das Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, Art. 919–977, Zürich 1938.

hen dürfte, dass der Erstkäufer gegen den Verkäufer vorgehen muss<sup>80</sup>. Ob es sich dabei um eine Klage nach Art. 665 Abs. 1 ZGB handelt, ist umstritten<sup>81</sup>. Sodann muss der Erstkäufer auch gegen den eingetragenen Zweitkäufer klagen, wenn dieser die Einwilligung zur Löschung seines Eintrags nicht abgibt (vgl. Art. 963/964 ZGB)<sup>82</sup>. Die Rechtsnatur dieser Klage ist ebenfalls umstritten<sup>83</sup>. Unabhängig von der Konstruktion müssen sich die beiden Klagen gegen Verkäufer und Zweitkäufer in einem Verfahren verbinden lassen.

Eine Verfügungsbeschränkung, die erst nach der Einschreibung des Zweitkaufes im Tagebuch erwirkt wird, vermag wegen des Prinzips der Anmeldungsriorität (vgl. Art. 972 ZGB) den Erwerb des Zweitkäufers nicht mehr zu hindern<sup>84</sup>.

## 2. Grundbuchsperr (Kanzleisperr)

Die Zulässigkeit einer Grundbuchsperr als vorsorgliche Massnahme des kantonalen Prozessrechts ist generell umstritten<sup>85</sup>. Soweit die Kanzleisperr überhaupt zugelassen wird, vermag sie nach überwiegender Auffassung gegen eine schon erfolgte Verfügung des Eigentümers (Verkäufers) nichts mehr auszurichten<sup>86</sup>. Sie erweist sich also für

<sup>80</sup> ROBERT HAAB, ZGB Art. 656 N. 29, m.H. auf a.M., in: Zürcher Kommentar, IV. Bd.: Das Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum, Art. 641 bis 729, Zürich 1977, mit der Begründung, die Verfügung sei dem Kläger gegenüber unwirksam.

<sup>81</sup> Dafür z.B. HENRI DESCHENAUX, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 5: Sachenrecht, Teilbd. 3: Das Grundbuch, 2. Abteilung, Basel/Frankfurt a. M. 1989, S. 670; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome premier, 3. A., Bern 1997, Rz. 803. Dagegen SCHNYDER (Fn. 78), Rz. 43, da der Verkäufer nicht mehr Eigentümer sei. Es wird jedoch nicht ganz deutlich, ob das Urteil gegen den Verkäufer stattdessen auf Leistung oder Feststellung geht.

<sup>82</sup> A.M. BK-MEIER-HAYOZ (Fn. 69), ZGB Art. 665 N. 11, wonach der Eingetragene die Erfüllung des vorgemerkten Rechts zu dulden habe, ohne ins Recht gefasst werden zu müssen. Dem hält MEISTER (Fn. 72), 55 Anm. 186, zu Recht entgegen, der Grundbuchverwalter dürfe auch bei klarer Rechtslage keine Buchungen zu Lasten Dritter vornehmen, gegen die kein Urteil vorliege.

<sup>83</sup> Für Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 ZGB) STEINAUER (Fn. 81), Rz. 803; DESCHENAUX (Fn. 81), 671, in Anm. 80 daselbst Kritik an der nachfolgend aufgeführten Meinung. Für Klage nach Art. 665 Abs. 1 ZGB MEISTER (Fn. 72), 55; SCHNYDER (Fn. 78), Rz. 43.

<sup>84</sup> BGE 110 II 128, 130; MEISTER (Fn. 72), 48 f.

<sup>85</sup> Offen gelassen in BGE 104 II 170, 179; vgl. MEISTER (Fn. 72), 135 ff.

<sup>86</sup> BGE 110 II 128, 131.

den Erstkäufer als nutzlos, wenn der Zweitkauf schon angemeldet worden ist<sup>87</sup>.

## 3. Paralleler Kaufrechtsvertrag

Parallel zu einem Kaufvertrag, der erst nach einer gewissen Zeit im Grundbuch eingetragen werden soll, wird in der Praxis gelegentlich ein Kaufrechtsvertrag zwischen denselben Parteien über dasselbe Grundstück abgeschlossen und im Grundbuch zur Vormerkung gebracht (Art. 959 ZGB), um dem Käufer gegen anderweitige Verfügungen des Verkäufers Sicherung zu gewährleisten<sup>88</sup>. Dieses Konstrukt wird deshalb herangezogen, weil für den Käufer keine Möglichkeit besteht, seinen Anspruch auf Übertragung des Eigentums am Grundstück auf sein blosses Begehren hin vormerken zu lassen, dies selbst dann nicht, wenn dafür auch die Zustimmung des Verkäufers vorliegen würde. Vielmehr setzt die entsprechende grundbuchliche Sicherung mittels Vormerkung eine amtliche Anordnung (Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) voraus. Wie die erwähnte Praxis des parallelen Kaufrechtsvertrages zeigt, besteht jedoch ein erhebliches Bedürfnis nach einer – heute gesetzlich nicht vorgesehenen – Möglichkeit, dass der Käufer ausseramtlich seinen obligatorischen Anspruch aus dem Grundgeschäft sichern kann<sup>89, 90</sup>.

<sup>87</sup> Vgl. jedoch den Vorschlag von WIEGAND (Fn. 3), 24 ff., welcher der Grundbuchsperr in Anlehnung an BGE 87 I 479 einen erweiterten Anwendungsbereich geben möchte.

<sup>88</sup> Ein solches Vorgehen wurde gutgeheissen in BGE 103 III 97, 108 ff. S. auch PETER RUF, Notariatsrecht, Skriptum, Langenthal 1995, Rz. 904; CHRISTIAN BRÜCKNER, Verwandte Verträge (Vorvertrag, Vorkaufsvertrag, Vertrag auf Begründung eines Kaufrechts bzw. Rückkaufrechts), Rz. 13 mit Anm. 7, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 2. A., Bern 2001.

<sup>89</sup> Wie das umgekehrt der Verkäufer hinsichtlich der Kaufpreiszahlung aufgrund des ihm vom Gesetz eingeräumten Anspruchs auf Errichtung eines Verkäuferpfandrechts (Art. 837 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) tun kann.

<sup>90</sup> Zum Ganzen HEINRICH HONSELL, Die Vormerkung des obligatorischen Übereignungsanspruchs aus dem Grundstückkaufvertrag im Grundbuch, in: Heinrich Honsel, Wolfgang Portmann, Roger Zäch, Dieter Zobl (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 47 ff. HONSELL seinerseits spricht sich dafür aus, dass der Erfüllungsanspruch in Analogie zu Art. 959 ZGB vormerkbar sei.

## V. Die Stellung des Notars

### 1. Einleitende Bemerkungen

Der Grundstückkaufvertrag bedarf der Form der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR; vgl. auch Art. 657 Abs. 1 ZGB), wozu die Mitwirkung einer Urkundsperson im Sinne eines bundesrechtlichen Minimalerfordernisses zwingend notwendig ist<sup>91</sup>. Damit fragt sich, wie sich die Urkundsperson zu verhalten hat, wenn sie sich mit einem Fall eines Doppelverkaufs konfrontiert sieht. Hat der Notar die Beurkundung des Zweitverkaufs vorzunehmen oder abzulehnen? Hat er – wenn schon zu befürchten ist, dass Sachen- und Schuldrecht dem Geschehen tatenlos zuschauen<sup>92</sup> – einzugreifen, und gegebenenfalls auf welche Weise? Die aufgeworfene Frage wird in der Schweiz nicht einheitlich beantwortet, was unter anderem darauf zurückzuführen ist, dass Notariatsrecht unter Vorbehalt der Minimal- und Maximalanforderungen des Bundesrechts kantonales Recht darstellt (vgl. Art. 55 SchlT ZGB). Im Einzelnen sind deshalb naturgemäss unterschiedliche Regelungen und Auffassungen vorhanden.

In diesem Abschnitt ist nun nach Ausführungen zur Urkundspflicht des Notars<sup>93</sup> auf dessen Prüfungsbefugnis hinsichtlich des Inhaltes eines Rechtsgeschäftes einzugehen<sup>94</sup> und alsdann zu seinem Verhalten anlässlich eines Doppelverkaufs Stellung zu beziehen<sup>95</sup>.

### 2. Urkundspflicht

Grundsätzlich besteht für den Notar als einem Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das – unabhängig davon, ob es sich um ein staatliches oder ein freiberufliches Notariat handelt – mit der öffentlichen Beurkun-

<sup>91</sup> EMIL BECK, SchlT ZGB Art. 55 N. 11, in: Berner Kommentar zu Art. 51–63 SchlT ZGB, Bern 1932; PETER LIVER, ZBJV 95 (1959), 435; HANS HUBER, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, ZBJV 103 (1967), 267 ff.; DENIS PIOTET, La notion fédérale de l'acte authentique à l'épreuve de la doctrine, in: Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1992, S. 21; RUF (Fn. 88), Rz. 163. Aus der Rechtsprechung zuletzt BGE 125 III 134 f.

<sup>92</sup> Vgl. oben I. vor Fn. 5.

<sup>93</sup> V.2. sogleich.

<sup>94</sup> V.3. unten.

<sup>95</sup> V.4. unten.

dung eine hoheitliche Aufgabe wahrnimmt<sup>96</sup>, die Urkundspflicht<sup>97</sup>. Der Notar ist mithin verpflichtet, einen Auftrag zur Vornahme einer in seine Zuständigkeit fallenden Berufsfunktion zu übernehmen (so Art. 25 Abs. 1 NG BE<sup>98</sup>). Denn wenn der Gesetzgeber für den Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte – wie dem hier in Frage stehenden Grundstückkaufvertrag – die Form der öffentlichen Beurkundung verlangt, so muss zugleich auch für jedermann die Möglichkeit, diese Form erfüllen zu können, gewährleistet sein<sup>99</sup>. Ob er eine seitens eines Klienten angebehrte Beurkundung vornehmen will oder nicht, kann deshalb nicht dem Ermessen des Notars überlassen werden. Dieser ist vielmehr grundsätzlich verpflichtet, einem Begehren um Vornahme eines in seine Zuständigkeit als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit fallenden Aktes zu entsprechen<sup>100</sup>. Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen – oder m.a.W. dem Nichtvorliegen von Hinderungsgründen – hat jedermann ein Recht darauf, dass der von ihm darum ersuchte Notar eine Beurkundung vornimmt. Verweigert der Notar dies, so verletzt er nicht nur die Urkundspflicht als regelmässig *kantonrechtlich verankerte Berufspflicht* (vgl. Art. 25 NG BE), sondern er begeht zugleich eine unter dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) und der allgemeinen Verfahrensgarantie (Art. 29 BV) relevante *Rechtsverweigerung*<sup>101</sup>.

Die Urkundspflicht gilt allerdings nicht absolut, sondern steht unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Hinderungsgründe<sup>102</sup>. Diesbezüglich interessiert mit Blick auf den hier zu behandelnden Doppelverkauf die Frage, wann der Notar die Beurkundung wegen des Inhaltes<sup>103</sup> des zu beurkundenden Rechtsgeschäftes ablehnen muss.

<sup>96</sup> Siehe LOUIS CARLEN, Notariatsrecht der Schweiz, Zürich 1976, S. 35 f.

<sup>97</sup> Vgl. CARLEN (Fn. 96), 116; HANS MARTI, Notariatsprozess, Grundzüge der öffentlichen Beurkundung in der Schweiz, Bern 1989, S. 57 f.

<sup>98</sup> Notariatsgesetz Bern (BSG 169.11).

<sup>99</sup> Andernfalls läge der Tatbestand einer Rechtsverweigerung vor; siehe dazu weiter im Text.

<sup>100</sup> RUF (Fn. 88), Rzn. 615 f.

<sup>101</sup> Vgl. HANS MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Bern 1983, NG Art. 25 N. 1; siehe ebenso CARLEN (Fn. 96), 116.

<sup>102</sup> Zu diesen allgemein MARTI, Notariatsprozess (Fn. 97), 91 ff. Vgl. Art. 26 NG BE und dazu RUF (Fn. 88), Rzn. 654 ff.

<sup>103</sup> An sich ist es nicht der Inhalt, sondern es sind die Begleitumstände, die den Zweitverkauf problematisch machen; siehe dazu schon III.2. oben. Da diesbezüglich sowohl im Privatrecht wie auch in den notariatsrechtlichen Erlässen bloss vom Inhalt gesprochen wird, wird hier ebenfalls diese Ausdrucksweise verwendet.



### 3. Prüfungsbefugnis hinsichtlich des Inhalts des zu beurkundenden Rechtsgeschäftes

#### a) Die Regelungen in den kantonalen notariatsrechtlichen Erlassen

Nach der Regelung in der grossen Mehrheit der kantonalen Erlasse zum Notariatsrecht hat die Urkundsperson eine Beurkundung abzulehnen, wenn das zu beurkundende Rechtsgeschäft einen unmöglichen, widerrechtlichen oder sittenwidrigen Inhalt aufweist<sup>104</sup>. Einige kantonale Ordnungen statuieren den Ablehnungsgrund ausdrücklich nur für den Fall des Vorliegens einer *offensichtlichen Rechts- oder Sittenwidrigkeit*<sup>105</sup>. Diesbezüglich sei beispielhaft auf Art. 26 Abs. 1 NG BE verwiesen, welche Bestimmung im Gesetzesabschnitt mit dem Titel «Die Berufspflichten des Notars» vorschreibt, dass der Notar einen Auftrag abzulehnen hat, «wenn der Inhalt der Beurkundung offensichtlich rechtlich unmöglich, rechts- oder sittenwidrig ist».

Einige kantonale Notariatserlasse sehen demgegenüber weitergehend vor, dass die Urkundspersonen dafür zu sorgen haben, dass *Treu und Glauben im Verkehr* gewahrt bleiben<sup>106</sup>. Nach der Regelung des Art. 15 NG VS<sup>107</sup> ist die Beurkundung auch dann zu verweigern, wenn der Notar «vermutet, dass das vorgesehene Rechtsgeschäft Drittpersonen in ihren Rechten verletzen würde».

#### b) Die Ansichten in der Lehre

Den soeben erwähnten, unterschiedlichen kantonalen Regelungen hinsichtlich der Prüfungsbefugnis des Notars in Bezug auf den Inhalt des zu beurkundenden Rechtsgeschäftes entsprechend finden sich auch in der Lehre zwei voneinander abweichende Ansichten. Nach der

<sup>104</sup> So z.B. § 29 Abs. 2 Notariatsordnung AG; § 20 Abs. 2 EG ZGB BL; Art. 26 Abs. 1 lit. b NG BE; Art. 20 NG FR; Art. 14 NG JU; § 20 Abs. 3 lit. c Beurkundungsgesetz LU; Art. 53 Abs. 1 NG NE; Art. 10 Abs. 2 lit. c Beurkundungsgesetz OW; § 2 Abs. 1 lit. b Verordnung über die Beurkundung und Beglaubigung SZ; Art. 62 Ziff. 1 NG TI; Art. 15 Verordnung über das Notariat UR; Art. 56 Abs. 2 NG VD; § 20 Abs. 3 Notariatsverordnung ZH.

<sup>105</sup> § 20 Abs. 2 EG ZGB BL; Art. 26 Abs. 1 lit. b NG BE; § 2 Abs. 1 lit. b Verordnung über die Beurkundung und Beglaubigung SZ.

<sup>106</sup> So § 1 Abs. 2 NG BS; Art. 24 Notariatsverordnung GR; § 12 Abs. 2 Notariatsverordnung SO; Art. 15 NG VS.

<sup>107</sup> Gesetz über das Notariat Wallis (SGS/VS 178.1).

einen Auffassung darf der Notar die Beurkundung nur dann ablehnen, wenn das zu beurkundende Geschäft einen offensichtlich unmöglichen, rechts- oder sittenwidrigen Inhalt hat<sup>108</sup>. Nach anderer Meinung ist demgegenüber die Beurkundung zusätzlich auch dann zu verweigern, wenn durch das zu beurkundende Geschäft bestehende Rechte Dritter verletzt werden<sup>109</sup>. Zu solcherart schutzbedürftigen Dritten werden bei Kaufgeschäften insbesondere die Erstkäufer im Falle eines Zweitverkaufs der gleichen Sache vor Vollzug eines bereits stipulierten Verkaufsversprechens gezählt<sup>110</sup>.

In der Lehre wird demnach die hier interessierende Frage nach dem Verhalten der Urkundsperson bei einem Doppelverkauf unterschiedlich beantwortet: Einerseits wird der Notar grundsätzlich<sup>111</sup> als verpflichtet erachtet, den Zweitverkauf zu beurkunden<sup>112</sup>, andererseits wird ihm gegenteilig die Verpflichtung auferlegt, die Beurkundung des Zweitverkaufs zu verweigern<sup>113</sup>. Darauf ist nun näher einzugehen.

### 4. Stellungnahme

#### a) Vorbemerkung

Die Frage nach dem Verhalten der Urkundsperson anlässlich eines Doppelverkaufs ist vorerst im Allgemeinen zu behandeln<sup>114</sup>. An-

<sup>108</sup> MARTI, Notariatsrecht (Fn. 101), NG Art. 26 N. 2; MARTI, Notariatsprozess (Fn. 97), 93 f.; KURT SIDLER, Kurzkomentar zum luzernischen Beurkundungsgesetz, Luzern 1975, S. 71, § 20 N. 7; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988, S. 45, N. 172; ANDREAS KLEY, Kantonales Privatrecht, St. Gallen 1992, S. 72 f.; RUF (Fn. 88), Rz. 658; St. Gallischer Anwaltsverband, Grundsätze für das Erstellen notarieller öffentlicher Urkunden, Rorschach 1999, S. 43; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, Berne 2005, N. 169.

<sup>109</sup> CHRISTIAN BRÜCKNER, Sorgfaltspflicht der Urkundsperson und Prüfungsbereich des Grundbuchführers bei Abfassung und Prüfung des Rechtsgrundausses, ZBGR 64 (1983), 66 f.; CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rzn. 826, 830, 1120; LEONHARD MÜLLER, Die Haftung der Urkundsperson, Mit besonderer Berücksichtigung des aargauischen Rechts, Diss. Zürich 2000, S. 157.

<sup>110</sup> BRÜCKNER, Beurkundungsrecht (Fn. 109), Rz. 1124.

<sup>111</sup> Von vornherein ist ein Vorbehalt anzubringen für denjenigen Notar, der auch bereits den Erstkauf öffentlich beurkundet hat. Vgl. dazu V.4.c. unten.

<sup>112</sup> So RUF (Fn. 88), Rz. 668; MOOSER (Fn. 108), N. 172.

<sup>113</sup> So BRÜCKNER, Sorgfaltspflicht (Fn. 109), 67; BRÜCKNER, Beurkundungsrecht (Fn. 109), Rzn. 830 und 1124; MÜLLER (Fn. 109), 157.

<sup>114</sup> V.4.b. sogleich.

schliessend ist separat auf den Sonderfall einzugehen, in dem der mit dem Zweitverkauf rogierte<sup>115</sup> Notar auch bereits den Erstverkauf beurkundet hat<sup>116</sup>.

## b) Im Allgemeinen

### aa) Keine Verweigerung der Beurkundung eines Rechtsgeschäftes mit zivilrechtlich zulässigem Inhalt

An sich ist der Auffassung, wonach die Urkundspersonen Treu und Glauben im Verkehr zu wahren haben, im Sinne einer allgemeinen Handlungsmaxime ohne weiteres zuzustimmen<sup>117</sup>. Fraglich und nachfolgend näher zu prüfen ist demgegenüber freilich, ob daraus abgeleitet werden darf, die Urkundsperson sei von Amtes wegen verpflichtet, eine Verletzung bestehender Rechte Dritter zu verhindern<sup>118, 119</sup>, womit u.a. die Beurkundung eines Zweitverkaufs verweigert werden müsste.

Die Beantwortung der Frage, wie sich die mit der Beurkundung eines Zweitverkaufs rogierte Urkundsperson zu verhalten habe, hat bei der *zivilrechtlichen Ausgangslage* anzusetzen. Allgemeiner Ansicht zufolge ist ein Doppelverkauf zivilrechtlich möglich und nach h.L. auch nicht widerrechtlich<sup>120</sup>. Grundsätzlich ist er auch nicht sittenwidrig. Insbesondere führt allein der Umstand, dass durch den zweiten Ver-

<sup>115</sup> Rogieren heisst, den Notar um Vornahme einer Beurkundung ersuchen. Die Rogation – ein historischer notariatsrechtlicher Terminus – stellt mithin das Gesuch an den Notar um Vornahme einer in seine Zuständigkeit fallenden Beurkundungstätigkeit dar. Sie begründet – der Klageanhebung im Zivilprozess nicht unähnlich – ein öffentlichrechtliches Verhältnis zwischen Klientschaft und Urkundsperson und lässt die Urkundspflicht sowie die weiteren Berufspflichten des Notars entstehen. Siehe auch RUF (Fn. 88), Rzn. 1333 f.

<sup>116</sup> V.4.c. unten.

<sup>117</sup> Vgl. denn auch etwa Art. 4 Abs. 2 der Standesregeln des Verbandes bernischer Notare, wonach der Notar ablehnt, «was mit Recht und guter Sitte unvereinbar ist oder gegen Treu und Glauben verstösst».

<sup>118</sup> So BRÜCKNER, Beurkundungsrecht (Fn. 109), Rzn. 1120 und 1124, und MÜLLER (Fn. 109), 156 f.

<sup>119</sup> Problematisch an dieser Ansicht ist insbesondere, dass eine Verletzung von Rechten Dritter für den Notar mangels einer Möglichkeit, Beweis führen zu lassen, regelmässig nicht als solche zu erkennen sein wird. Siehe dazu auch V.4.b.bb. unten.

<sup>120</sup> Vgl. oben II.1.

tragsschluss Rechte des Erstkäufers gefährdet werden, wegen des Grundsatzes der Relativität von Forderungsrechten nicht zur Sittenwidrigkeit. Erst unter zusätzlichen, qualifizierenden Umständen ist Sittenwidrigkeit des Zweitverkaufs anzunehmen. Dabei stellt nach überwiegender Auffassung selbst die Verleitung zum Vertragsbruch noch keine Sittenwidrigkeit dar. Vielmehr wird dafür geradezu Schädigungsabsicht beider Parteien als einziges Motiv des Zweitverkaufs verlangt<sup>121</sup>.

Im Ergebnis bedeutet das, dass der Abschluss eines Doppelverkaufs unter Vorbehalt krasser Fälle wie etwa beidseitig gegebener ausschliesslicher Schädigungsabsicht zivilrechtlich erlaubt und wirksam ist. Hat nun die Urkundsperson die Beurkundung aufgrund eines kantonalrechtlich verankerten Ablehnungstatbestandes wie demjenigen der Wahrung von Treu und Glauben im Verkehr, der Verletzung von bestehenden Rechten Dritter o.ä. zu verweigern, müsste sie mithin die Beurkundung eines Rechtsgeschäftes ablehnen, das nach herrschender Auffassung dem Grundsatz nach zivilrechtlich zulässig und gültig ist<sup>122</sup>. Damit aber erweisen sich kantonalrechtliche Anordnungen, die dazu führen, dass ein Zweitverkauf wegen Verstosses gegen Treu und Glauben oder der Verletzung von Rechten Dritter nicht beurkundet werden darf, als problematisch. Zum einen riskiert nämlich der Kanton, der in seinem Notariatsrecht die Urkundspersonen dazu anhält, zivilrechtlich wirksame Rechtsgeschäfte nicht zu beurkunden, eine *Verletzung von Bundesrecht* zu begehen<sup>123</sup>. Zum anderen liegt mit dem Nichtbehandeln eines Begehrens um Vornahme einer zivilrechtlich zulässigen Beurkundung eine *formelle Rechtsverweigerung* vor, die gegen Art. 8 und 29 BV verstösst. Der entsprechende Normen erlassende Kanton läuft damit Gefahr, in einem Streitfall verantwortlich gemacht zu werden<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> Zum Ganzen III.2. oben.

<sup>122</sup> So ausdrücklich die Auffassung von MÜLLER (Fn. 109), 157, wonach die Urkundsperson zu einem doppelten Verkauf eines Grundstücks nicht Hand bieten darf, «unabhängig davon, ob der zweite Kaufvertrag wegen Sittenwidrigkeit ungültig ist».

<sup>123</sup> Vgl. dazu im Zusammenhang mit der öffentlichen Beurkundung auch RUF (Fn. 88), Rz. 157.

<sup>124</sup> Siehe dazu denn auch SGGVP 1970, S. 24 ff., wo allerdings nicht der Erlass von Normen, sondern die Weigerung der Urkundsperson, den Zweitverkauf zu beurkunden, als rechtswidrig beurteilt wurde.

*bb) Keine Zuständigkeit der Urkundsperson zum Entscheid über die materiellrechtliche Qualifikation des Inhalts eines Rechtsgeschäftes*

Ob ein Rechtsgeschäft als rechts- oder sittenwidrig zu qualifizieren ist, hat im Streitfall nicht der Notar, sondern der Zivilrichter zu entscheiden. Als einem Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit steht es der Urkundsperson nicht zu, autoritativ über die zivilrechtliche Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes zu urteilen. Dementsprechend ist es denn dem Notar – in diametralem Unterschied zum Richter – auch verwehrt, ein Beweisverfahren zu führen. Die Urkundsperson kann die Umstände, die zu einem Doppelverkauf geführt haben, nur durch Befragung der Parteien und ohne jedes prozessuale Zwangsmittel ermitteln<sup>125</sup>. Wenn nun schon – wie dargelegt<sup>126</sup> – die Rechtsprechung grösste Zurückhaltung übt in der Annahme der Sittenwidrigkeit des Doppelverkaufs, dann muss dessen rechtliche Qualifikation als eine Aufgabe erscheinen, deren Wahrnehmung durch die Urkundsperson regelmässig ausgeschlossen ist.

Dem Notar wird deshalb in einem Teil der kantonalen Erlasse – angesichts der rechtsstaatlich vorgesehenen Aufgabenteilung zwischen ihm und dem Richter sowie dem der Urkundsperson nicht zur Verfügung stehenden Beweisverfahren zu Recht – nur eine *summarische Prüfungspflicht hinsichtlich zivilrechtlicher Mängel* des zu beurkundenden Rechtsgeschäftes auferlegt. Eine Ablehnung der Beurkundung ist danach nur dann statthaft, wenn der Mangel offensichtlich ist, d.h. wenn eine gegenteilige rechtliche Würdigung nicht vertretbar ist<sup>127</sup>.

U.E. hat deshalb der Notar die *Beurkundung des Zweitverkaufes grundsätzlich vorzunehmen*. Er muss dabei aber aufgrund der Rechtsbelehrungspflicht (Art. 30 NG BE) und der Interessenwahrungspflicht (Art. 32 NG BE) einerseits den Verkäufer auf die diesem drohenden Schadenersatzpflichten aufmerksam machen sowie andererseits den

<sup>125</sup> Ähnliches wie für die Urkundsperson gilt in dieser Hinsicht ebenfalls für den Grundbuchverwalter. Vgl. für die entsprechende Situation bei der Prüfung insbesondere der Handlungsfähigkeit einer Person durch den Grundbuchverwalter BGE 124 III 341 ff. und dazu STEPHAN WOLF, Prüfung von Handlungsfähigkeit, Willensmängeln und Übervorteilung im Grundbucheintragungsverfahren, recht 17 (1999), 62 ff., mit Ausführungen spezifisch auch zur Prüfungspflicht der Urkundsperson, 68 f.

<sup>126</sup> III.2. oben.

<sup>127</sup> MARTI (Fn. 101), NG Art. 26 N. 2.

Zweitkäufer auf die besondere Gefährdung seiner Rechtsposition, die sich daraus ergibt, dass der Erstverkauf zuerst beim Grundbuchamt zur Anmeldung gelangen kann, hinweisen<sup>128</sup>. In praktischer Hinsicht wird sodann der Notar gestützt auf die Interessenwahrungspflicht den Zweitverkauf wegen der Alterspriorität (Art. 972 ZGB) möglichst rasch beim Grundbuchamt anzumelden haben.

Es ergibt sich damit, dass der Notar<sup>129</sup> grundsätzlich – insbesondere unter Vorbehalt praktisch kaum vorkommender oder jedenfalls für die Urkundsperson nicht als solche zu ermittelnder, offensichtlicher Fälle von Rechts- oder Sittenwidrigkeit – die Beurkundung des Zweitverkaufs vorzunehmen hat<sup>130, 131</sup>.

*c) Sonderfall: Der mit dem Zweitverkauf rogierte Notar hat bereits den Erstverkauf beurkundet*

Anders ist – jedenfalls aus der Optik des bernischen Rechts – die hier interessierende Frage dann zu beurteilen, wenn derjenige Notar, welcher bereits den ersten Kaufvertrag beurkundet hat, mit der Beurkundung auch des Zweitverkaufs rogiert wird. Der Notar hat aufgrund von

<sup>128</sup> Zwar ist der Notar gemäss Art. 31 NG BE zur Geheimhaltung über alle Tatsachen verpflichtet, die ihm die Beteiligten beruflich anvertraut haben oder die er für sie beruflich erfahren hat. Die Geheimhaltungspflicht gilt aber nicht ausnahmslos und nicht ohne Rücksicht auf die betroffenen Interessen. Als Berufspflicht steht die Geheimhaltungspflicht unter dem Vorbehalt anderer Berufspflichten; vgl. RUF (Fn. 88), Rz. 726. Damit sind ihr durch die Rechtsbelehrungspflicht (Art. 30 NG BE) und die Interessenwahrungspflicht (Art. 32 NG BE) Grenzen gesetzt, was im Falle eines Doppelverkaufs zum Tragen kommt; siehe dazu RUF (Fn. 88), Rz. 668.

<sup>129</sup> Jedenfalls nach bernischem Recht.

<sup>130</sup> Vgl. auch RUF (Fn. 88), Rz. 668.

<sup>131</sup> Die gegenteilige Ansicht, wonach der Erstkäufer zu den durch die Urkundsperson zu schützenden Dritten gehört, wird denn teilweise wiederum dahingehend relativiert, das gelte jedenfalls, solange der erste Käufer mit seinen vertraglichen Leistungen nicht im Verzug ist; vgl. so BRÜCKNER, Beurkundungsrecht (Fn. 109), Rz. 1124, Anm. 304. Damit aber wird im Ergebnis der Entscheid, ob Verzug seitens des Erstkäufers vorliegt, dem Notar überbunden, und damit diesem – als einem Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit – systemwidrig eine Frage, die der streitigen Gerichtsbarkeit zu beantworten zugewiesen ist, zur Entscheidung übertragen. Problematisch ist nicht nur diese Systemwidrigkeit, sondern darüber hinaus auch die praktische Unmöglichkeit der Urkundsperson, über den Sachverhalt Beweis führen zu lassen, d.h. erforderlichenfalls prozessuale Möglichkeiten und letztlich die Regeln über die Beweisführungs- und Beweislast anzuwenden.



Art. 32 Abs. 1 NG BE die Interessen der Beteiligten «gleichmässig und unparteiisch zu wahren». Die gesetzlich verankerte *Interessenwahrungspflicht* erstreckt sich selbstverständlich auch auf den Erstkäufer, was eine Beurkundung des Zweitverkaufs nicht zulässt. Würde anders entschieden, so hätte der Notar im Zuge der von ihm vorzunehmenden Grundbuchanmeldung – wozu Art. 128 EG ZGB BE<sup>132</sup> eine Verpflichtung statuiert – eines der zwei Kaufverträge darüber zu befinden, welcher der beiden Käufer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen würde<sup>133</sup>. Solches müsste eine krasse Verletzung der Interessenwahrungspflicht darstellen<sup>134</sup>.

Eine abweichende Beurteilung dürfte für einzelne Kantone – vor allem solche mit einem staatlichen Notariat – vorzunehmen sein, welche eine Interessenwahrungspflicht der Urkundsperson gegenüber den an der Beurkundung beteiligten Parteien nicht vorschreiben. Wo eine Interessenwahrungspflicht zugunsten der Beteiligten nicht besteht, ergibt sich u.E. aufgrund der zivilrechtlichen Ausgangslage auch für denjenigen Notar, der bereits den ersten Kaufvertrag beurkundet hat, eine Verpflichtung zur Beurkundung des Zweitverkaufs<sup>135</sup>.

## VI. Fazit

Der Weg zu einem verstärkten Schutz des Erstkäufers – so man ihn denn gehen will – müsste u.E. über die Rechtsprechung der Zivilgerichte führen und nicht über die Urkundspersonen.

Bei der Prüfung des Inhaltes eines zu beurkundenden Rechtsgeschäftes haben sich die Urkundspersonen generell am Zivilrecht zu ori-

<sup>132</sup> Gesetz betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Bern (BSG 211.1).

<sup>133</sup> Zutreffend RUF (Fn. 88), Rz. 668.

<sup>134</sup> Freilich entstünde, wenn derselbe Notar auch die Beurkundung des Zweitverkaufs vornimmt, nach bernischem Notariatsrecht eine öffentliche Urkunde, denn ein Tatbestand von Art. 21 NG BE ist damit nicht erfüllt. Vgl. auch MARTI (Fn. 101), NG Art. 26 N. 6, wonach vorbehaltlich der Selbstbeteiligung des Notars auch bei Missachtung von Hindernissen gemäss Art. 26 NG BE eine öffentliche Urkunde entsteht. In jedem Fall begeht der Notar aber damit eine Berufspflichtverletzung – nämlich eben einen Verstoß gegen die Interessenwahrungspflicht –, die disziplinarisch und u.U. auch vermögensrechtlich sanktioniert werden kann.

<sup>135</sup> Siehe auch SGGVP 1970, S. 24 ff.

entieren. Nicht zu beurkunden ist nur, was zivilrechtlich keinen Rechtsschutz findet. Andernfalls stünde dem Notar eine im Vergleich mit dem Zivilrichter erweiterte Kognition zu. Die Beschränkung der Möglichkeit, die Beurkundung zu verweigern, auf Fälle offensichtlicher Rechts- oder Sittenwidrigkeit entspricht der Stellung des Notars im Justizsystem. In Zweifelsfällen hat damit der Notar, eben weil er nicht Richter ist, die Beurkundung vorzunehmen.

Die heutige Gerichtspraxis nimmt Sittenwidrigkeit von Doppelverkäufen nur mit grosser Zurückhaltung an. Erst wenn sich diesbezüglich eine Verschärfung der Rechtsprechung etablieren sollte, die mit für den Notar klar erkenn- und handhabbaren Kriterien operiert, eröffnet sich auch für diesen ein erweiterter Spielraum, gegen Doppelverkäufe einzuschreiten.