

# GR\_GERICHTE ZK2 2015 55 vom 21. November 2016

GR Gerichte, 2016-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZK2\\_2015\\_55](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK2_2015_55)

FR: GR\_GERICHTE ZK2 2015 55 du 21 novembre 2016

IT: GR\_GERICHTE ZK2 2015 55 del 21 novembre 2016

## Regeste

Forderung | Berufung OR Kauf/Tausch/Schenkung

## Erwägungen

### E. 2

Die Gerichtskosten von CHF 10'000.00 gehen zu Lasten der X.\_\_\_\_\_. Sie werden vom geleisteten Kostenvorschuss erhoben. Der Restbetrag wird der X.\_\_\_\_\_ zurückerstattet.

### E. 3

Die Kosten des Schlichtungsverfahrens in der Höhe von CHF 400.00 gehen zu Lasten der X.\_\_\_\_\_.

### E. 4

Die X.\_\_\_\_\_ hat die Y.\_\_\_\_\_, Chur mit CHF 30'373.80 ausseramtlich zu entschädigen.

### E. 5

[Rechtsmittelbelehrung]

### E. 6

a) Die Parteien schlossen miteinander am 7. Mai 2010 einen öffentlich beurkundeten "Kaufrechtsvertrag" über die Einräumung eines Kaufsrechts am (mehrere Grundstücke umfassenden) A.\_\_\_\_\_-Areal in O.1\_\_\_\_\_ (vgl. BG act. II.7). Die Berufungsklägerin erhielt damit das Recht, innerhalb einer Frist von zwei Jahren gegenüber der Berufungsbeklagten zu erklären, das Kaufsrecht zu den bereits vereinbarten Bedingungen ausüben zu wollen und so einen Kaufvertrag zustande zu bringen. Das Kaufsrecht konnte während der Laufzeit frei übertragen werden. Im Weiteren vereinbarten die Parteien, die Berufungsklägerin habe der Berufungsbeklagten eine Geldzahlung von insgesamt Fr. 3'000'000.00 zu leisten, und

Seite 11 — 27 zwar einen Teilbetrag von Fr. 2'000'000.00 innert zehn Tagen ab Unterzeichnung des Kaufsrechtsvertrages und den Restbetrag von Fr. 1'000'000.00 zwölf Monate nach erfolgter Unterzeichnung des Kaufsrechtsvertrages. Diese Geldzahlung sollte bei Nichtausübung des Kaufsrechts zur Gänze bei der Berufungsbeklagten verbleiben (unter gleichzeitigem Ausschluss der Geltendmachung weiteren Schadens); im Falle einer Kaufrechtsausübung sollte der Betrag an den bereits festgelegten Kaufpreis angerechnet werden. Der besagte Betrag von Fr. 3'000'000.00 wurde im Kaufsrechtsvertrag als "Anzahlung" bzw. "Reuegeld" bezeichnet. b) Das Kaufsrecht ist das Recht des Kaufsberechtigten, durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung an den Verkaufsverpflichteten einen früher mit diesem vereinbarten, aber für den Kaufsberechtigten noch nicht verbindlichen Vertrag vollziehbar werden zu lassen (Urs

Fasel, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 9 zu Art. 216 OR). Es ist damit an eine Ausübungserklärung des Kaufsrechtsnehmers als Bedingung (Potestativbedingung) geknüpft. Der Kaufsrechtsvertrag wird daher vom Bundesgericht als (durch die Ausübungserklärung) bedingter Kaufvertrag bezeichnet (vgl. BGE 121 III 210 E. 3c; 128 III 124 E. 2b; 129 III 264 E. 3.2.1; ferner Arthur Meier-Hayoz, in: Berner Kommentar, Band IV, 1. Abteilung, 3. Teilband, Das Grundeigentum II, Bern 1967, N 59 zu Art. 683 ZGB; Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, § 102 Rz. 8). Beim Kaufsrecht handelt es sich sodann nicht um ein klassisches Dauerschuldverhältnis. Vielmehr wird ein Austauschvertrag begründet, dessen Besonderheit darin liegt, dass die Erfüllung aufgeschoben wird, wodurch eine auf gewisse Dauer angelegte Rechtsbeziehung zwischen den Parteien entsteht. Dieses Rechtsverhältnis lässt aber nicht laufend neue Rechte und Pflichten entstehen, wie dies bei einem klassischen Dauerschuldverhältnis wie einem Arbeitsvertrag, einem Auftrag oder einer Miete der Fall ist (BGE 138 III 659 E. 3.4). Verträge, die ein Kaufsrecht an einem Grundstück begründen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR). Sowohl die objektiv wie die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte sind zu beurkunden. Objektive Nebenabreden fallen jedoch nur dann zufolge subjektiver Wesentlichkeit unter den Formzwang, wenn sie ihrer Natur nach unmittelbar den Kaufsrechtsvertrag betreffen, d.h. das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung berühren (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_281/2014 vom 17. Dezember 2014, E. 3.2 m.w.H.). c) Die Qualifizierung des vorliegend zur Diskussion stehenden Vertrages als Kaufsrechtsvertrag ist unter den Parteien grundsätzlich unbestritten. Der näheren Betrachtung bedarf jedoch die von den Parteien darin getroffene Regelung bezüg-

Seite 12 — 27 lich der "Anzahlung" bzw. des "Reuegeldes". Die Vorinstanz qualifizierte die entsprechende Zahlung von insgesamt Fr. 3'000'000.00 als Optionsprämie (vgl. angefochtener Entscheid, E. 3.7). Die Berufungsklägerin bestreitet, dass es sich bei der Kaufpreisanzahlung um eine von Anfang an definitiv geschuldete Entschädigung für die Gewährung des Kaufsrechts handelt; vielmehr sei sie als zusätzliche Pönalregelung anzusehen (vgl. Berufung, S. 16). Zu prüfen ist somit, ob es sich bei der geleisteten Zahlung der Berufungsklägerin an die Berufungsbeklagte in Höhe von Fr. 3'000'000.00 um eine Optionsprämie, ein Reuegeld oder allenfalls eine (echte oder unechte) Konventionalstrafe handelt. aa) Die Optionsprämie ist das Entgelt für die Einräumung des Kaufsrechts. Sie stellt gewissermassen den Preis der Option an sich dar. Sie hat keinen Strafcharakter, sondern stellt die Gegenleistung dafür dar, dass der Kaufsrechtsverpflichtete den Kaufgegenstand während der Laufzeit des Kaufsrechts in der vertraglich vereinbarten Art und Weise zur Verfügung hält, was in der Regel mit einer obligatorischen Verfügungs- und Nutzungsbeschränkung in Bezug auf den Kaufgegenstand verbunden ist. Beim Reuegeld handelt es sich um eine Leistung, die der Schuldner dem Gläubiger bei Vertragsschluss mit der Abrede leistet, dass der Geber gegen Zurücklassung des bezahlten und der Empfänger gegen Erstattung des doppelten Betrages vom Vertrag zurücktreten kann. Die Vereinbarung des Reuegelds ermöglicht nach der dispositiven Regel von Art. 158 Abs. 3 OR somit beiden Parteien, willkürlich vom Vertrag zurückzutreten (vgl. Felix R. Ehrat/Markus Widmer, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 11 zu Art. 158 OR). Das Reuegeld kennzeichnet sich dadurch, dass es bereits bei Vertragsschluss hingegeben wird (Ehrat/Widmer, a.a.O., N 14 zu Art. 158 OR). Im Unterschied zum Reuegeld ist die

Wandelpön dagegen erst zu leisten, wenn der Schuldner seine primäre Leistungspflicht nicht erbringen will (Peter Gauch/Walter R. Schluep/Susann Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 3868). Das Reugeld meint somit die im Voraus bestimmte Entschädigung bei Geltendmachung des Rücktrittsrechts (Ehrat/Widmer, a.a.O., N 1 zu Art. 158 OR). Die vertragliche Statuierung führt zu einer Abschwächung der Bindungswirkung von Verträgen, da damit die Möglichkeit einer willkürlichen Lösung einer Partei von einem gültigen Vertrag bereits zum Vertragsinhalt gemacht wird (vgl. Ehrat/Widmer, a.a.O., N 1 vor Art. 158-163 OR). Die insofern gegenteilige Funktion nimmt das Haftgeld im Sinne von Art. 158 Abs. 1 und 2 OR ein: Es stellt eine Geldsumme dar, die der Schuldner dem Gläubiger bei Vertragsschluss mit der Vereinbarung leistet, dass

Seite 13 — 27 der Gläubiger diese bei Nichterfüllung der Vertragsschluss behalten darf, und führt somit zu einer Bekräftigung des Vertragsschlusses (vgl. Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., Rz. 3854 und 3857). Von einem Haftgeld kann nur gesprochen werden, wenn die Geldleistung bei Vertragsschluss erfolgt; die Vereinbarung, zu einem späteren Zeitpunkt einen bestimmten Betrag zu leisten, fällt dagegen nicht unter die gesetzlichen Bestimmungen über das Haftgeld (BGE 133 III 43 E. 3.2.1). Die Konventionalstrafe ist die aufschiebend bedingte Leistung, die der Schuldner durch Rechtsgeschäft dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einer bestimmten Schuld verspricht. Die Konventionalstrafe verstärkt - vom Ausnahmefall der Wandelpön gemäss Art. 160 Abs. 3 OR abgesehen - die Bindungswirkung von Verträgen (vgl. Ehrat/Widmer, a.a.O., N 1 vor Art. 158-163 OR). Sie dient zunächst der Sicherstellung der (richtigen) Erfüllung der Hauptschuld. Daneben bezweckt sie aber auch einen wirtschaftlichen Ausgleich für Nachteile der Nicht- oder Schlechterfüllung der Primärverpflichtung. Ihre Funktion ist die Schadloshaltung des Gläubigers der nicht oder nicht gehörig erfüllten Hauptleistung und die Verbesserung der Gläubigerstellung durch Befreiung vom Schadensnachweis (vgl. Ehrat/Widmer, a.a.O., N 1 zu Art. 160 OR). Die Abrede der (echten) Konventionalstrafe hat akzessorischen Charakter, d.h. sie tritt zu einer bestehenden Rechtspflicht hinzu und ist in Entstehung, Fortbestand und Durchsetzbarkeit von dieser abhängig. Ist die Hauptverpflichtung ungültig (z.B. wegen eines Formfehlers oder Willensmangels oder weil sie gegen zwingendes Recht verstösst), so ist es auch die Konventionalstrafe (vgl. Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1974, S. 278 f.). Eine sog. unechte Konventionalstrafe (auch strafähnliches Versprechen genannt) liegt dagegen vor, wenn jemand ohne Leistungspflicht etwas verspricht für den Fall, dass er die Leistung nicht freiwillig erbringt. Die unechte Konventionalstrafe ist zwar ebenfalls bedingt, jedoch nicht akzessorischer Natur; es liegt im Ergebnis eine Wahlobligation mit Wahlrecht des Schuldners vor (vgl. Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 525; Ehrat/Widmer, a.a.O., N 3 zu Art. 160 OR m.w.H.). Mit der Statuierung einer unechten Konventionalstrafe bleibt dieses Wahlrecht (rechtlich) zwar unangetastet, es wird jedoch (faktisch) erschwert (vgl. Ramon Mabillard, Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, in: AJP 5/2005, S. 547 ff., S. 548). Aufgrund dieser einer echten Konventionalstrafe zumindest ähnlichen (Zwangs-)Wirkung unterstellt die herrschende Lehre die unechte Konventionalstrafe weitgehend den Regeln über die echte Konventionalstrafe (vgl. Bucher, a.a.O., S. 525; Ehrat/Widmer,

Seite 14 — 27 a.a.O., N 3 zu Art. 160 OR; Gauch/Schluop/Emmenegger, a.a.O., Rz. 3849; Mabil-lard, a.a.O., S. 553 f.; Thomas Pietruszak, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Obligationenrecht, Kurzkommentar, Basel 2014, N 17 zu Art. 160 OR; ferner auch Hermann Becker, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Bern 1941, N 26 zu Art. 163 OR). Ob eine (echte oder unechte) Konventionalstrafe oder ein Reugeld vereinbart wurde, ist nötigenfalls durch Auslegung zu ermitteln (vgl. Ehrat/Widmer, a.a.O., N 13 zu Art. 158 OR m.w.H.). Die falsche Bezeichnung der Geldleistung schadet nicht und hat grundsätzlich keinen Einfluss auf die entsprechende juristische Qualifikation (vgl. Becker, a.a.O., N 6 zu Art. 158 OR).

bb) Die Parteien haben mit der vorliegend zur Diskussion stehenden Regelung betreffend Anzahlung/Reugeld zum Ausdruck gebracht, dass der geleisteten Zahlung - je nachdem, ob das Kaufrecht ausgeübt wird oder nicht - ein unterschiedlicher Charakter zukommen soll. Bereits deshalb erscheint fraglich, ob die Zahlung als (reine) Optionsprämie anzusehen ist. Denn Bezugspunkt der Optionsprämie ist einzig die Einräumung des Kaufrechts als solche bzw. für eine bestimmte Laufzeit, sodass es für den Anspruch auf die Optionsprämie an sich nicht darauf ankommen kann, ob das Kaufrecht ausgeübt wird oder nicht. Die Bereithaltung des Kaufgegenstandes und die damit vertraglich statuierte Verfügungs- und Nutzungsbeschränkung haben so oder anders stattgefunden, weshalb die Optionsprämie in beiden Fällen geschuldet ist. Insofern käme der Optionsprämie sowohl bei Ausübung als auch bei Nichtausübung des Kaufrechts derselbe Charakter bzw. dieselbe Funktion zu. Zwar liesse sich argumentieren, dass der Berufungsklagten bei Ausübung des Kaufrechts kein wirtschaftlicher Nachteil entstanden wäre, weshalb sich die Umwandlung der Optionsprämie in eine Anzahlung rechtfertigen liesse. Nur handelt es sich dann nicht mehr um eine "reine" Optionsprämie. Mit der Regelung, wie sie im von den Parteien abgeschlossenen Kaufrechtsvertrag enthalten ist, soll offenbar der Druck auf die Ausübung des Kaufrechts erhöht werden. Dies, indem die geleistete Zahlung bei Ausübung des Kaufrechts - über die Bereithaltung des Kaufgegenstandes während der Laufzeit des Kaufrechts hinaus - als Anzahlung an den Kaufpreis fungieren würde, währenddem bei Nichtausübung des Kaufrechts die Zahlung lediglich die Bereithaltung des Kaufgegenstandes entschädigen würde und mit keinem weiteren Vorteil für den Kaufrechtsverpflichteten verbunden wäre. Der Regelung kommt insofern ein pönaler Charakter zu (in diese Richtung auch das Urteil des Bundesgerichts 4A\_281/2014 vom 17. Dezember 2014, E. 3.4.2: "Wird dagegen, wie hier, ein fixer Kaufpreis

Seite 15 — 27 vereinbart und für den Fall des Abschlusses des Kaufvertrags auf eine nach der Vorhaltdauer bemessene Entschädigung für das Vorhalten der Parzelle verzichtet, wie sie für den Fall des Nichtabschlusses vereinbart wurde, führt dies im Ergebnis zu einer Bekräftigung der - dem Formzwang unterstehenden - Kaufverpflichtung gemäss Vorvertrag. Die für den Fall des Nichtabschlusses des Kaufvertrags vereinbarte Abgeltung ist damit als Pönale [!] zu betrachten und daher formbedürftig. Enthält der Kaufpreis im vorvertraglich vorgesehenen Kaufvertrag keinen spezifizierten, nach der Vorhaltdauer variablen Anteil der Vorhalteentschädigung, kann nicht angenommen werden, die nur für den Fall des Nichtabschlusses des Kaufvertrags vereinbarte Abgeltung bezwecke bloss eine zulässige Abgeltung des negativen Vertragsinteresses des Verkäufers."). Es liesse sich zwar argumentieren, dass der von den Parteien getroffene Regelung deshalb kein eigentlicher Strafcharakter zukommen könne, weil ihr gerade keine Verletzung vertraglicher oder rechtlicher Pflichten zugrunde liege, die ein Unrecht begründen könnten (sondern ein Kaufrecht). Dieser lediglich "quasi-pönale" Charakter ist jedoch geradezu typisch für die

unechte Konventionalstrafe (vgl. Mabillard, a.a.O., S. 549, welcher der unechten Konventionalstrafe lediglich die einer Strafe zukommenden Sühnefunktion, nicht jedoch deren Präventivwirkung abspricht). Besagter Umstand (allein) kann denn auch nicht dazu führen, die Zahlung als Optionsprämie zu behandeln. Indem mit der fraglichen Regelung, wie dargelegt, der wirtschaftliche Druck auf die Ausübung des Kaufsrecht erhöht werden sollte, kommt ihr nämlich die eine Konventionalstrafe (ebenso) kennzeichnende sog. Sicherungsfunktion zu (vgl. hierzu auch Mabillard, a.a.O., S. 549), was gegen die Annahme einer Optionsprämie spricht. Da die Geldleistung vorliegend nach Abschluss des Kaufsrechtsvertrages erfolgte (vgl. BG act. II.8-9), kann im Übrigen auch die Annahme eines Haftgeldes ausgeschlossen werden (vgl. BGE 133 III 43 E. 3.2.1). Zu prüfen bleibt deshalb, ob es sich bei der Geldleistung um ein Reugeld oder um eine (echte oder unechte) Konventionalstrafe handelt. Wie gesehen hat das Reugeld den Zweck, die vertragliche Bindung durch explizite Statuierung eines gewillkürten Rücktrittsrechts abzuschwächen. Vorliegend ist das "Reugeld" indessen an die (Nicht-)Ausübung des Kaufsrechts und damit an ein einseitiges Gestaltungsrecht geknüpft. Bereits dadurch wird die vertragliche Bindung zugunsten des Kaufsrechtsberechtigten dahingehend gelockert, dass es ihm anheim gestellt wird, ob er das Kaufsrecht ausüben und den bedingt abgeschlossenen Kaufvertrag damit vollziehbar werden lassen will oder nicht. Die entsprechende Regelung im Kaufsrechtsvertrag kann somit nicht den Zweck haben, die vertragliche Bindung (noch weiter) zu lockern, da durch die Statuierung des Kaufs-

Seite 16 — 27 rechts als einseitiges Gestaltungsrecht zugunsten des Kaufsrechtsberechtigten ein Rücktrittsrecht als zusätzliche Möglichkeit, den Kaufvertrag nicht vollziehbar werden zu lassen, obsolet wäre. Vielmehr geht es den Parteien mit der getroffenen Regelung, wie dargelegt, offensichtlich darum, den Druck auf die Ausübung des Kaufsrechts zu erhöhen. Von einem Reugeld ist deshalb - entgegen der Bezeichnung im Kaufsrechtsvertrag - nicht auszugehen. Die Geldleistung bzw. ihr Verfall an die Gegenpartei ist vorliegend nicht an eine Leistungspflicht geknüpft, sondern an ein Gestaltungsrecht in Form eines Kaufsrechts. Von einer echten Konventionalstrafe kann somit nicht ausgegangen werden. Vielmehr handelt es sich um eine unechte Konventionalstrafe. Die Wahlobligation mit Wahlrecht des Schuldners liegt vorliegend im Kaufsrecht begründet. Die kaufrechtsberechtigte Berufungsklägerin hatte vorliegend - unter normativen Gesichtspunkten - die freie Wahl, ob sie das Kaufsrecht ausüben wollte oder nicht (vgl. hierzu auch BGE 138 III 659 E. 4.1). Faktisch wird diese (rechtliche) Entscheidungsfreiheit indessen dadurch eingeengt, als dass die Geldleistung bei Nichtausübung des Kaufsrechts an die Gegenpartei verfällt, währenddem sie bei Ausübung des Kaufsrechts an den Kaufpreis angerechnet wird. Dies ändert jedoch nichts am rechtlichen Charakter des Kaufsrechts als Gestaltungsrecht; insbesondere wird es dadurch nicht zu einer Rechts- bzw. Leistungspflicht. Wie dargelegt, finden auf die unechte Konventionalstrafe grundsätzlich die Regeln der (echten) Konventionalstrafe Anwendung. Ob sich eine solche analoge Anwendung bei sämtlichen Einzelfragen rechtfertigen lässt, wird, sofern nötig, im entsprechenden Sachzusammenhang zu prüfen sein. Für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Konventionalstrafe dürfte im Ergebnis auch sprechen, dass die vorliegende Konstellation eine gewisse Parallelität zu Art. 162 Abs. 1 OR aufweist. Nach dieser Bestimmung ist die Abrede, dass Teilzahlungen im Falle des Rücktritts dem Gläubiger verbleiben sollen, nach den Vorschriften über die Konventionalstrafe zu beurteilen (vgl. auch BGE 133 III 43 E. 3.2.2).

## E. 7

a) Die Berufungsklägerin macht vorliegend geltend, sie habe sich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einem (Grundlagen-)Irrtum befunden. Der Irrtum habe darin bestanden, dass "weiterhin während der gesamten vereinbarten vier- undzwanzigmonatigen Kaufrechtsdauer die (rechtliche) Möglichkeit fortbestehen würde, das A.\_\_\_\_-Areal mit 90% der Bruttogeschossfläche mit Zweitwohnungen zu überbauen" (Berufung, S. 22). Sie habe nicht gewusst, dass aufgrund einer späteren Gesetzesänderung letztlich gar keine Zweitwohnungen realisierbar sein würden (Berufung, S. 20). Die Annahme der Zweitwohnungsinitiative sei nicht vor- aussehbar gewesen; zudem habe sie die Initiative im Zeitpunkt des Vertrags-

Seite 17 — 27 schlusses effektiv noch gar nicht zur Kenntnis genommen (Berufung, S. 21). Die (objektiv falsche) Sachverhaltsannahme mit Bezug auf die Überbaubarkeit weitestgehend mit Zweitwohnungen sei für sie eine subjektiv und objektiv notwendige Grundlage für den Abschluss des Kaufrechtsvertrages gewesen, ohne welche sie den Vertrag nicht abgeschlossen hätte (Berufung, S. 20). Die Berufungsbeklagte schliesst sich der Auffassung der Vorinstanz an, welche die Berufung auf den Grundlagenirrtum nicht zugelassen hat (vgl. Berufungsantwort, S. 13 ff.). b/aa) Der Irrtum ist für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat (Art. 23 OR). Der Irrtum ist namentlich dann ein wesentlicher, wenn der Irrtum einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als eine notwendige Grundlage des Vertrages betrachtet wurde (sog. Grundlagenirrtum; Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR). bb) Ein Irrtum ist die Abweichung der eigenen Sachverhaltsvorstellung vom normativ wirksamen Konsens (Bruno Schmidlin, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, Bern 2013, N 7 zu Art. 23/24 OR). Der Irrende muss von der Richtigkeit seiner Vorstellung überzeugt sein. Sobald er an deren Richtigkeit zweifelt, irrt er sich nicht, sondern lässt den Sachverhalt in der Schwebe (Schmidlin, a.a.O., N 15 zu Art. 23/24 OR). Auch über eine ungewisse Tatsache bzw. ein ungewisses Rechtsverhältnis kann man sich nicht irren (Schmidlin, a.a.O., N 16 zu Art. 23/24 OR). Gegenstand eines Grundlagenirrtums kann nur ein bestimmter Sachverhalt sein, das heisst der Sachverhalt muss objektiv klar umgrenzt sein. Hingegen sind ihrer Natur nach unbestimmte Sachverhalte ausgeschlossen. Mit umfasst sind allerdings - über den eigentlichen Willen hinaus - die Umstände des Vertragsabschlusses (Schmidlin, a.a.O., N 96 ff. zu Art. 23/24 OR). Die objektive Wesentlichkeit eines solchen Irrtums ist dann gegeben, wenn der Irrtum die im allgemeinen Geschäftsverkehr geltende Grundlage aufhebt und ihm die Einhaltung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist. Dies ist wiederum dann der Fall, wenn jeder vernünftige Verkehrsteilnehmer in der Lage des Irrenden das Geschäft nicht eingegangen wäre (Schmidlin, a.a.O., N 105 f. zu Art. 23/24 OR). In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass der massgebende Sachverhalt notwendige Grundlage des Vertragsschlusses war. Dabei wird vorausgesetzt, dass bei Nichtvorhandensein des irrigen Sachverhaltes der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre (Schmidlin, a.a.O., N 162 ff. zu Art. 23/24 OR). Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich sodann, dass ein Grundlagenirrtum nur geltend gemacht werden kann, wenn der Vertragsgeg-

Seite 18 — 27 ner die Bedeutung des angenommenen Umstandes für den Irrenden erkennen konnte (Schmidlin, a.a.O., N 180 ff. zu Art. 23/24 OR). cc) Ein Grundlagenirrtum kann nach der Praxis des Bundesgerichts auch bezüglich einer zukünftigen Tatsache bestehen.

Voraussetzung dafür ist, dass diese Tatsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv als sicher angesehen werden konnte sowie dass auch die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass die Sicherheit des Eintritts des zukünftigen Ereignisses für die andere Partei Vertragsvoraussetzung war. Blosser Hoffnungen, übertriebene Erwartungen oder Spekulationen reichen demgegenüber nicht aus (dazu grundlegend BGE 118 II 297 E. 2; zuletzt bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A\_217/2014 vom 4. August 2014, E. 2.2). Nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr bedeutet dies, dass der Eintritt nur noch eine Frage des Abwartens ist (Schmidlin, a.a.O., N 248 zu Art. 23/24 OR). dd) Der Beweis des Irrtums obliegt dem Irrenden. Dieser hat nachzuweisen, dass seine irri- ge Vorstellung für den Vertragsabschluss subjektiv notwendig, ob- jektiv erheblich und hinsichtlich der Bedeutung dem Vertragspartner erkennbar war (Schmidlin, a.a.O., N 211 zu Art. 23/24 OR). c/aa) Die Berufungsklägerin ist der Ansicht, sie habe nicht über einen künftigen Sachverhalt geirrt, sondern über ihre (falsche) Überzeugung, dass der im Zeit- punkt des Vertragsschlusses aktuelle Sachverhalt, nämlich die rechtliche Über- baubarkeit des Areals mit 90% an Zweitwohnungen, während der vierundzwan- zigmonatigen Kaufrechtsdauer bis zum Eigentumserwerb unverändert fortbeste- hen würde bzw. dass keine baurechtlichen Veränderungen eintreten würden, wel- che ihr Bauvorhaben verhinderten (Berufung, S. 26). Der Standpunkt der Beru- fungsklägerin geht offensichtlich an der Sache vorbei. Wenn sie auf den Fortbe- stand des im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aktuellen Sachverhalts bzw. auf das Ausbleiben baurechtlicher Veränderungen wäh- rend der Kaufrechtsdauer ver- traut haben will, so ist dieses Vertrauen eindeutig auf die Zukunft bzw. auf einen zukünftigen Sachverhalt gerichtet. Zu prüfen ist somit, ob sich die Berufungskläge- rin auf einen Grundlagenirrtum bezüglich eines zukünftigen Sachverhaltes berufen kann, zumal ausser Frage steht, dass das zur Diskussion stehende Grundstück im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gemäss den Vorstellungen der Berufungskläge- rin hätte bebaut werden können und bezüglich des im Zeitpunkt des Vertrags- schlusses vorliegenden Sachverhaltes somit kein Irrtum erkennbar ist.

Seite 19 — 27 bb) Wie die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat (angefochtener Entscheid, E. 4.2), war die Zweitwohnungsinitiative zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufs- rechtsvertrages bereits eingereicht und zustande gekommen (vgl. hierzu die Über- sicht bei Jörg Schmid, Zweitwohnungsverbot und Schicksal bereits abgeschlosse- ner Verträge, in: Norer/Rütsche [Hrsg.], Rechtliche Umsetzung der Zweitwoh- nungsinitiative, Bern 2013, S. 95 ff., S. 98). Dass die Berufungsklägerin beim Ver- tragsschluss darum nicht gewusst haben soll, spielt vorliegend - wenn überhaupt - nur eine untergeordnete Rolle. Jedenfalls aber braucht hier nicht weiter der Frage nachgegangen zu werden, ob ein Irrtum bezüglich des Zustandekommens der Zweitwohnungsinitiative seitens der Berufungsklägerin vorgelegen hatte. Denn das Zustandekommen einer Initiative sagt noch nichts darüber aus, ob und - wenn ja - in welcher Form bzw. in welchem Umfang sich die Rechtslage ändern wird. Erst die Annahme der Zweitwohnungsinitiative durch Volk und Stände am 11. März 2012 veränderte die Rechtslage, sodass auch lediglich zu prüfen ist, ob eine zukünftige Veränderung der baurechtlichen Rahmenbedingungen mit Sicherheit ausgeschlossen werden konnte bzw. ob der Fortbestand der im Zeitpunkt des Ver- tragsschlusses gültigen baurechtlichen Gesetzgebung objektiv als sicher angese- hen werden konnte. Dies ist klar zu verneinen, und zwar nur schon deshalb, weil die Zweitwohnungsinitiative im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits zustande gekommen war. Daran vermag nichts zu ändern, wenn man von den Angaben der Berufungsklägerin ausgeht, wonach sie um das

Zustandekommen der Zweitwohnungsinitiative nicht gewusst habe. Es gilt hier vielmehr, wie die bundesgerichtliche Formel zum Ausdruck bringt, ein objektivierter Massstab, demgemäss zu fragen ist, ob die Berufungsklägerin um das Zustandekommen der Zweitwohnungsinitiative hätte wissen können. Davon ist im Hinblick auf die gehörige Publikation der zustande gekommenen Initiative auszugehen; dies umso mehr auch deshalb, weil es sich bei der Berufungsklägerin um eine in Bezug auf das Immobilienwesen geschäftserfahrene Partei in Form einer Aktiengesellschaft handelt. So besteht gemäss Handelsregistereintrag ihr Zweck denn auch im Betrieb von Hotels und Restaurants sowie im Erwerb, der Verwaltung, der Vermietung und der Veräusserung von Grundstücken (vgl. BG act. II.2). Vor diesem Hintergrund konnte der Fortbestand der Rechtslage, wie sie sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses darstellte, nicht als "unumstösslich feststehendes Ereignis" (BGE 118 II 297 E. 2c/aa) angesehen werden. Auch vermag das Argument der Berufungsklägerin nicht zu verfangen, wonach lediglich ein kleiner Teil der zur Abstimmung vorgelegten Initiativen angenommen würde. Aus diesem statistischen Faktum lässt sich normativ nicht ableiten, man dürfe auf die Ablehnung einer bestimmten Initiative vertrauen. Vielmehr zeigt sich daran geradezu, dass eine gewisse statistische Wahrchein-

Seite 20 — 27 lichkeit für die Annahme einer Initiative bzw. - allgemeiner ausgedrückt - für die Änderung der Rechtslage besteht, sodass sie "als mehr oder minder grosser Unsicherheitsfaktor" bei objektiver Betrachtung in die Beurteilung der Berufungsklägerin hätte miteinbezogen werden müssen (vgl. dazu auch BGE 118 II 297 E. 2c/aa). Künftige Ereignisse sind naturgemäss ungewiss und über sie können demzufolge immer bloss Mutmassungen angestellt werden. Insofern muss ganz grundsätzlich gelten, dass - wenn überhaupt - nur qualifizierte Umstände eine Irrtumsanfechtung in Bezug auf zukünftige Sachverhalte zuzulassen vermögen. Die Irrtumsanfechtung steht denn auch nicht als Versicherung gegen eine unvorhergesehen schlechte Entwicklung zur Verfügung (BGE 118 II 297 E. 2c/aa [in fine]). Es mag zwar zutreffen, dass die Gefahr eines von der Erwartung abweichenden Verlaufs der Geschehnisse in Bezug auf die Zweitwohnungsinitiative - unter statistischen Gesichtspunkten und aus einer ex-ante-Perspektive betrachtet - allgemein als eher unwahrscheinlich angesehen wurde; die Möglichkeit der Annahme der Zweitwohnungsinitiative bestand jedoch durchaus und sie war nicht derart klein, als dass hätte gesagt werden können, eine Veränderung der Rechtslage während der Kaufrechtsdauer sei vernünftigerweise bzw. sogar mit Sicherheit auszuschliessen. Die Berufung auf die Anfechtung des Kaufrechtsvertrages wegen Grundlagenirrtums (bezüglich einer zukünftigen Tatsache) bleibt der Berufungsklägerin somit verwehrt. cc) Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die von der Berufungsklägerin beantragte Einvernahme bzw. Befragung von Personen zum Thema, ob die Überbauung des A.\_\_\_\_-Areal mit Zweitwohnungen als für die Berufungsklägerin subjektiv und objektiv wesentliche Vertragsgrundlage angesehen werden konnte bzw. ob Käuferin und Verkäuferin vor und nach Vertragsabschluss auf die Erwirkung der Baubewilligung für 140 Zweitwohnungen hingewirkt hätten. Diese Umstände, sollten sie denn tatsächlich zutreffen, sind, wie sich aus den vorausgegangenen Ausführungen ergibt, nicht von Belang, da es bereits an einem für die Anfechtung wegen Willensmängeln relevanten Irrtum fehlt, sodass sich die Frage nach der Wesentlichkeit des Irrtums erübrigt. Ebenso ohne Relevanz bleibt bei diesem Ergebnis, ob die Annahme der Zweitwohnungsinitiative für die Parteien überraschend war bzw. ob die Berufungsklägerin vom Zustandekommen der Zweitwohnungsinitiative im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis hatte. Wie

dargelegt, ist in diesem Zusammenhang auf einen objektivierten Massstab abzustellen. Wie die tatsächliche (Un-)Kenntnis der Berufungsklägerin ausgesehen haben mag, ist deshalb nicht weiter von Bedeutung; vielmehr genügt, wie ausgeführt, dass sie um das Zustandekommen der Zweitwohnungsinitiative hätte wissen können bzw. dass

Seite 21 — 27 sie eine Änderung der Rechtslage während der Kaufrechtsdauer vernünftigerweise nicht hätte ausschliessen dürfen.

## E. 8

a) Als Eventualbegründung für den Fall, dass die Berufung auf den Grundlagengirrtum nicht zugelassen würde, macht die Berufungsklägerin geltend, weder das Einreichen der Zweitwohnungsinitiative noch deren Annahme könnten ihr angelastet werden, sodass sie die Unmöglichkeit der vorgesehenen Überbauung mit Zweitwohnungen nicht zu vertreten habe. In Anwendung von Art. 163 Abs. 2 OR dürfe die als unechte Konventionalstrafe zu qualifizierende Geldleistung an die Berufungsbeklagte von dieser nicht verlangt werden bzw. diese verfüge über keinen Titel, um die entsprechenden Fr. 3'000'000.00 zu behalten und die Rückzahlung zu verweigern (Berufung, S. 32 f.). Die Berufungsbeklagte wendet dagegen ein, ihr Anspruch, die Anzahlung behalten zu dürfen, ergebe sich aus dem unmissverständlichen Vertragswortlaut (Berufungsantwort, S. 19). Im Übrigen liege kein Fall der nachträglichen Unmöglichkeit vor; die Erfüllung des abgeschlossenen Kaufrechtsvertrages sei auch heute noch möglich (Berufungsantwort, S. 20). b) Die Konventionalstrafe kann, mangels anderer Abrede, nicht gefordert werden, wenn die Erfüllung durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist (Art. 163 Abs. 2 OR). Wie der Gesetzeswortlaut zum Ausdruck bringt, handelt es sich dabei um dispositives Recht ("mangels anderer Abrede"). Sie gilt somit nur, falls keine andere Parteiabrede besteht (vgl. Ehrat/Widmer, a.a.O., N 6 und 9 zu Art. 163 OR; Gauch/Schluép/Emmenegger, a.a.O., Rz. 3822; Pietruszak, a.a.O., N 4 zu Art. 163 OR). Möglich ist damit die Vereinbarung einer selbständigen Garantie des Schuldners, z.B. für Fälle höherer Gewalt. Eine solche kann sich auch aus den Umständen ergeben. Indiz für einen dahingehenden Parteiwillen wäre beispielsweise der Umstand, dass einer Konventionalstrafe erhöhte Garantiefunktion zukommen soll bzw. der Gläubiger eine besonders hohe Gegenleistung versprochen hat, die sich wirtschaftlich als Prämie für das vom Schuldner übernommene Risiko darstellt (vgl. Bucher, a.a.O., S. 527). Obwohl es sich dabei nicht (mehr) um eine vom Bestand der Hauptschuld abhängige (akzessorische) Verpflichtung handelt und - infolge Verzichts auf das Ver- schuldenserfordernis - der Strafcharakter damit verloren geht, sind die Regeln über die Konventionalstrafe analog anwendbar (vgl. Bucher, a.a.O., S. 518 f.; Ehrat/Widmer, a.a.O., N 9 zu Art. 163 OR; Gauch/Schluép/Emmenegger, a.a.O., Rz. 3848; Pietruszak, a.a.O., N 4 zu Art. 163 OR). Die Beweislast für die in Art. 163 Abs. 2 OR vorgesehenen Befreiungsgründe liegt beim Schuldner (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.36/2005 vom 24. Juni 2005, E. 3.2; Ehrat/Widmer, a.a.O., N 7 zu Art. 163 OR; Gauch/Schluép/Emmenegger, a.a.O., Rz. 3819). Diese Regeln

Seite 22 — 27 gelten gemäss herrschender Auffassung auch bei der unechten Konventionalstrafe (vgl. die Hinweise bei Mabillard, a.a.O., S. 552 f.). c/aa) Dass es sich bei der Annahme der Zweitwohnungsinitiative um einen Umstand handelt, der weder der von Berufungsklägerin noch von der Berufungsbeklagten zu vertreten ist, steht ausser Frage. Im vorliegenden Kaufrechtsvertrag haben die Parteien vereinbart, dass die Anzahlung über insgesamt Fr. 3'000'000.00 als "Reuegeld" (recte: unechte

Konventionalstrafe) zu Gunsten der Kaufrechtsbelasteten verfall, "[s]ollte die Kaufrechtsberechtigte oder eine von ihr bezeichnete Person oder Gesellschaft das Kaufrecht nicht ausüben" (vgl. BG act. II.7). Der Verfall der Anzahlung ist gemäss dem Wortlaut der fraglichen Klausel somit nicht auf den Fall beschränkt, da das Kaufrecht aus vom Kaufrechtsberechtigten zu vertretenden Gründen nicht ausgeübt wird. Oder anders ausgedrückt: Die Anzahlung verfällt auch dann (bzw. verbleibt als unechte Konventionalstrafe beim Gläubiger), wenn die Erfüllung durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist. Damit besteht eine von den Parteien explizit getroffene Regelung, welche die dispositive Bestimmung von Art. 163 Abs. 2 OR verdrängt bzw. dieser vorgeht. Wenn sich die Berufungsklägerin nun - entgegen der Parteiabrede - auf eine dispositive Gesetzesbestimmung beruft, so ist dies unbehelflich. bb) Die von den Parteien getroffene (Garantie-)Vereinbarung ist denn auch im Hinblick auf die Vertragsumstände nachvollziehbar und in der Sache angemessen. Wie die Vorinstanz - wenn auch auf einem anderen dogmatischen Fundament, so doch in der Sache zutreffend - unter dem Stichwort der "Risikoallokation" (vgl. angefochtener Entscheid, E. 5.3) dargelegt hat, hat die Berufungsbeklagte während der Laufzeit des Kaufrechtsverhältnisses das Risiko einer zufälligen Verschlechterung des Grundstückes getragen, während die Berufungsklägerin dank ihres gesicherten Anrechts auf die Kaufausübung die Fragen der Finanzierung mit der entsprechenden Bank an die Hand nehmen konnte, ohne bereits das gesamte mit der Eigentümerstellung zusammenhängende Risiko tragen zu müssen. Mit der Zahlung der Fr. 3'000'000.00 - so die Vorinstanz - sei die Kaufrechtsbelastete für den Umstand entschädigt worden, dass sie während der zweijährigen Kaufrechtsdauer das Risiko einer zufälligen Verschlechterung der Grundstücke zu tragen gehabt habe, obschon sie während dieser Zeitspanne nicht anderweitig über die Grundstücke habe verfügen dürfen. Diesen Überlegungen ist beizupflichten. Die Berufungsklägerin führt denn auch selbst aus, dass beim Grundstückkauf nach Art. 220 OR die Rechtsvermutung bestehe, dass Nutzen und Gefahr nicht mit dem Kaufvertragsabschluss, sondern erst mit der Übernahme des Grund-

Seite 23 — 27 tücks auf den Käufer übergehe. Diese dispositive Regelung sei im vorliegenden Fall noch dadurch verstärkt worden, dass die Parteien im öffentlich beurkundeten Kaufrechtsvertrag den Gefahrenübergang ausdrücklich geregelt hätten, und zwar auf den Zeitpunkt der Grundbuchanmeldung. Das Risiko einer zufälligen Verschlechterung der Kaufsache zwischen Vertragsschluss und Eigentumsübergang habe damit allein bei der Verkäuferin gelegen (vgl. Berufung, S. 9). Soweit die Berufungsklägerin den Zeitpunkt des Übergangs der Gefahrtragung bestimmt, liegt sie zwar richtig; daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die unechte Konventionalstrafe nicht geschuldet wäre bzw. zurückverlangt werden könnte. Die Berufungsklägerin übersieht nämlich, dass gerade beim von der Ausübung des Kaufrechts und damit von der Käuferin abhängigen Fortbestand der Gefahrtragung durch die Verkäuferin es angemessen erscheint, diese Gefahrtragung dadurch zu kompensieren, dass auch bei zufälliger Verschlechterung der Kaufsache die Anzahlung als (unechte) Konventionalstrafe geschuldet ist. An der Verteilung der Gefahrtragung bzw. an deren Verbleib auf Seiten der Kaufrechtsbelasteten ändert die bei Nichtausübung des Kaufrechts wegen zufälliger Verschlechterung oder Unmöglichkeit der Kaufsache geschuldete (unechte) Konventionalstrafe nichts; sie schafft lediglich einen geldwerten Ausgleich dafür. cc) Selbst wenn die im Kaufrechtsvertrag enthaltene Vereinbarung betreffend den Verfall der Anzahlung als Reugeld bzw. als unechte Konventionalstrafe von den Parteien nicht getroffen worden wäre, würde sich am

vorliegenden Ergebnis nichts ändern. Wie die Vorinstanz darauf hingewiesen hat, handelt es sich beim öffentlich beurkundeten Grundstückskauf der Sache nach zwingend um einen Spezies- und nicht um einen Gattungskauf, da vom Beurkundungszwang ein hinreichend individualisiertes Grundstück umfasst wird. Das Grundstück muss im Kaufvertrag - dies ist Gültigkeitserfordernis des Vertrages - als ein in seiner Lage einzigartiges bestimmt werden (vgl. BGE 127 III 248 E. 3d). Aus der öffentlichen Urkunde muss insbesondere hervorgehen, welches Grundstück Gegenstand des Kaufes ist. Zwar braucht es nicht mit der Grundbuchnummer bezeichnet zu werden; es genügt auch eine andere Bezeichnung, sofern diese eindeutig ist und zu keinem Irrtum über die Identität des Grundstücks Anlass geben kann (BGE 90 II 21 E. 1). Da beim Stückkauf eine vertraglich individualisierte Sache geschuldet wird, stellt diese auch dann die Kaufsache dar, wenn ihr wesentliche vereinbarte Merkmale fehlen (BGE 121 III 453 E. 4a). Wo die verkaufte Sache geliefert wurde, kann mithin nicht von einem aliud gesprochen werden; dies gilt auch dann, wenn der gelieferten Sache gewisse Eigenschaften fehlen, d.h. wenn sie Mängel aufweist, die ihren Wert oder ihre vorausgesetzte Tauglichkeit dermassen herabset-

Seite 24 — 27 zen, dass sie deswegen nach der Verkehrsauffassung als eine Sache von anderer Art bzw. anderer Gattung bezeichnet wird. Wo tatsächlich die verkaufte Sache geliefert wurde, ist die geschuldete Sache geliefert, also der Vertrag - wenn auch vielleicht schlecht - erfüllt. Dann besteht für die Klage auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung kein Raum (vgl. BGE 82 II 411 E. 3b). Dementsprechend liegt auch kein Fall der Unmöglichkeit vor, wenn die individualisierte Kaufsache nach wie vor besteht, wengleich sie mit gewissen (unter Umständen auch wesentlichen) Mängeln versehen sein sollte. Die mängelbedingten Abweichungen verunmöglichen somit nicht die Erfüllung als solche, sondern lediglich die gehörige Erfüllung des Vertrages. Auf diesen Fall finden nicht die Unmöglichkeitsfolgen, sondern die kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte Anwendung. Die Berufungsklägerin hält der entsprechenden Argumentation der Vorinstanz entgegen, nachträgliche staatliche Verbote oder Verbotsersasse führten zu einer nachträglichen rechtlichen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung, selbst wenn das Kaufobjekt physisch nicht untergegangen sei (vgl. Berufung, S. 34). Richtig daran ist zumindest, dass die Unmöglichkeit sowohl auf tatsächlichen als auch auf rechtlichen Gründen beruhen kann (vgl. statt vieler Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., Rz. 2560). Rechtliche Unmöglichkeitsgründe sind etwa die Pfändung oder Beschlagnahme des geschuldeten Leistungsgegenstandes, Einfuhr-, Durchfuhr- oder Ausfuhrverbote oder staatliche (formelle) Enteignungen (vgl. Schmid, a.a.O., S. 100 f.; Wolfgang Wiegand, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 9 zu Art. 97 OR m.w.H.). Daraus erhellt, dass Unmöglichkeit der Erfüllung nur dann vorliegt, wenn die vertraglich geschuldete Leistung aus rechtlichen Gründen überhaupt nicht mehr erbracht werden kann (vgl. auch Wiegand, a.a.O., N 5 zu Art. 119 OR). Als Beispiele aus der Praxis zu nennen sind, wenn die zu liefernde Maschinenanlage mit einem Ausfuhrverbot belegt wird (vgl. BGE 111 II 352 E. 2b), wenn werkvertraglich geschuldete Bauarbeiten aufgrund eines Bauverbotes zwar noch ausgeführt werden könnten, jedoch nicht mehr dürfen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_477/2008 vom 19. Mai 2009, E. 3, in Bezug auf Art. 378 OR) oder wenn der Einsatz von Spielautomaten behördlich untersagt wird und so die Erfüllung des Aufstellungsvertrages rechtlich nicht mehr möglich ist (vgl. die Hinweise bei Bucher, a.a.O., S. 419 [Fn. 10]). Auf diese drei letztgenannten Beispiele beruft sich denn auch die Berufungsklägerin. Dabei verkennt sie jedoch, dass die Dinge in casu anders liegen: Die

Berufungsbeklagte hat sich mit dem Grundstückkaufs- rechtsvertrag dazu verpflichtet, bei Ausübung des Kaufrechts durch die Beru- fungsklägerin dieser das (pfandrechtsfreie) Eigentum am vertraglich bestimmten

Seite 25 — 27 Grundstück zu übertragen. Die Annahme der Zweitwohnungsinitiative hindert sie daran in keiner Weise. Dass das Grundstück gegebenenfalls nicht, wie von der Berufungsklägerin beabsichtigt, mit einem Anteil von 90% der Bruttogeschoss- fläche mit Zweitwohnungen überbaut werden kann, beschlägt nicht die Eigen- tumsverschaffung, sondern höchstens die Nutzung des Eigentums. Eine be- stimmtegeartete Überbauung des Grundstücks ist nicht geschuldete Leistungs- pflicht der Berufungsbeklagten; die Überbauung wäre - nach dem Eigentumser- werb am Grundstück - von der Berufungsklägerin vorgenommen worden. Die Er- füllung der verkäuferischen (Haupt-)Leistungspflicht im Sinne von Art. 184 Abs. 1 OR wird damit nicht verunmöglicht (so i.E. auch Fabian Wäger/Erich Rüegg, Die Umgehung der Zweitwohnungsinitiative, in: Jusletter vom 10. Dezember 2012, Rz. 7). Anders zu entscheiden wäre wohl dann, wenn ein Grundstückkauf- oder ein entsprechender Vorvertrag über künftige Bauten ("Kauf ab Plan") abgeschlossen worden wäre und die Erstellung der Baute aufgrund nachträglich eingetretener Bewilligungsunfähigkeit nicht mehr möglich wäre (vgl. Schmid, a.a.O., S. 101). Denn in dieser Konstellation gehört die Erstellung der Baute zur vertraglichen Hauptleistungspflicht; dementsprechend handelt es sich beim "Kauf ab Plan" denn auch nicht um einen reinen Kaufvertrag, sondern um einen gemischten Vertrag mit kauf- und werkvertraglichen Elementen (vgl. Schmid, a.a.O., S. 102). Im vorlie- genden Fall jedoch beschränkte sich die Hauptleistungspflicht des Kaufvertrages auf Übertragung des Eigentums am Grundstück, welche durch die Annahme der Zweitwohnungsinitiative nicht verunmöglicht wurde. Es kann sich in diesem Zu- sammenhang somit höchstens die Frage stellen, ob bei einer eingeschränkten Nutzung des Eigentums ein (rechtlicher) Sachmangel vorliegt (vgl. hierzu Schmid, a.a.O., S. 105; Wäger/Rüegg, a.a.O., Rz. 17). Dieser Frage braucht hier jedoch nicht nachgegangen zu werden, da sie nicht Gegenstand des Berufungsverfah- rens bildet. Immerhin aber ist anzumerken, dass im Grundstückkaufsrechtsvertrag ausdrücklich (bloss) Baulandqualität zugesichert sowie jede Rechts- und Sachge- währleistung wegbedungen wurde. Ein Fall der (rechtlichen) Unmöglichkeit liegt nach dem Gesagten somit nicht vor.

## **E. 9**

Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die von der Berufungsklägerin an die Berufungsbeklagte geleistete (An-)Zahlung in Höhe von insgesamt Fr. 3'000'000.00 aufgrund der Nichtausübung des Kaufrechts als unechte Konventi- onalstrafe an die Berufungsbeklagte verfallen ist. Sie kann von der Berufungsklä- gerin weder unter Berufung auf einen (Grundlagen-)Irrtum gemäss Art. 24 OR noch unter Geltendmachung einer nachträglichen Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR zurückverlangt werden. Die Vorinstanz hat die entsprechende Klage der

Seite 26 — 27 Berufungsklägerin im Ergebnis somit zu Recht abgewiesen. Dementsprechend ist auch die Berufung abzuweisen.

## **E. 10**

a) Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Berufungsklägerin kosten- pflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gestützt auf den geltenden Gebührenrahmen für Berufsentscheide (Art. 9 der Verordnung über die Gerichtsgebühren in Zivilver- fahren [VGZ; BR 320.210])

erscheint eine Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 10'000.00 angemessen. Diese wird mit dem von der Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 15'000.00 verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 5'000.00 wird der Berufungsklägerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides erstattet. b) Die Berufungsklägerin hat überdies die anwaltlich vertretene Berufungsbe- klagte ausseramtlich mit Fr. 6'000.00 (inkl. Spesen und MWSt.) zu entschädigen. Die Entschädigung des Rechtsbeistands der Berufungsbeklagten ist nach richterli- chem Ermessen festzulegen, nachdem deren Rechtsvertreter keine Honorarnote eingereicht hat (vgl. Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Seite 27 — 27 III.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.