

[11/12 | 2017]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

LORENZ BÖHLER / STEPHAN C. BRUNNER

Die wichtigsten im Jahr 2018 in Kraft tretenden
Erlasse des Bundes: ein Überblick SEITE / PAGE 455

HENRIETTE HAAS

Plädoyer für das Geständnis SEITE / PAGE 466

SYLVAIN SAVOLAINEN / GÉRALD PACHOUD

La responsabilité civile de l'entreprise
en cas d'atteinte aux droits de l'homme SEITE / PAGE 489



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	451
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	452
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Lorenz Böhler / Stephan C. Brunner Die wichtigsten im Jahr 2018 in Kraft tretenden Erlasse des Bundes: ein Überblick	455
Roland Pfäffli / Mascha Santschi Kallay Bauhandwerkerpfandrecht: Rechtsprechung und Vollzug	459
Henriette Haas Plädoyer für das Geständnis	466
Markus Vischer / Dario Galli Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf	473
<hr/>	
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Sylvain Savolainen / Gérald Pachoud La responsabilité civile de l'entreprise en cas d'atteinte aux droits de l'homme	489
<hr/>	
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	497
<hr/>	
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
Walter Fellmann / Manuela Häfliger Siegesprämie für Anwälte – BGer 4A_240/2016 und seine Bedeutung	499
François Bohnet TF 4A_240/2016 ou les limites du <i>pactum de palmaris</i>	505
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	510

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
20. Jahrgang 2017 / 20^e année 2017
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

**Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition**
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Flávio Trepado, MLaw (FTr)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
9193 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 198.-, EUR 248.- (Print und Online);
CHF 159.-, EUR 159.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 98.-
Preise inkl. MwSt. (Online 8% / Print 2,5%)
und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 26.-, EUR 26.-
Mitglieder des SAV gratis /
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.

Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

NOCHMALS ZUM UMFANG DES FORMZWANGS BEIM GRUNDSTÜCKKAUF

MARKUS VISCHER

Dr. iur., LL. M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich

DARIO GALLI

MLaw, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Zürich

Stichworte: Grundstückskaufvertrag, sachlicher Umfang des Formzwangs, Formungültigkeit

Grundstückkäufe bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Welche Vertragsbestimmungen der Formstrenge unterliegen, ist seit Jahrzehnten umstritten und immer wieder Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Dieser Beitrag versucht, die praktisch bedeutsame Frage zu beantworten, welches der sachliche Umfang des Formzwangs bei Grundstückskaufverträgen ist. Dabei gehen die Autoren auf die verschiedenen Lehrmeinungen ein, würdigen die bundesgerichtliche Rechtsprechung und analysieren, welche Nebenabreden in Grundstückskäufen dem Formzwang unterliegen.

I. Einleitung

Das gültige Zustandekommen eines Vertrags kann durch verschiedene Gründe gehindert werden (z.B. Dissens oder Willensmängel). Bei Rechtsgeschäften, die einem Formzwang unterliegen, tritt ein weiterer potenzieller Ungültigkeitsgrund hinzu, nämlich die Formungültigkeit, d. h. die Nichteinhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen (Art. 11 Abs. 2 OR,¹ vgl. auch Art. 2 Abs. 3 OR) oder vertraglich vorbehaltenen (Art. 16 Abs. 1 OR) Form.²

Der Grundstückskaufvertrag (*contrat de vente immobilière*) ist formbedürftig. Er bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR, Art. 657 Abs. 1 ZGB,³ vgl. aber betreffend die öffentliche Versteigerung Art. 229 Abs. 2 OR⁴). Angesichts des Umstands, dass der Grundstückskaufvertrag zu den praktisch bedeutsameren Rechtsgeschäften zählt,⁵ könnte man irrigerweise folgern, es sei geklärt, welche Vertragsbestimmungen der Formstrenge unterliegen. Trotz der beinahe unüberblickbaren Fülle von bereits erschienener Literatur und unzähligen Gerichtsurteilen ist der sachliche⁶ Umfang des Formzwangs (*le contenu matériel de l'acte authentique*) jedoch nach wie vor stark umstritten.

Die Frage, welche Vertragsbestimmungen zu beurkunden sind, gewinnt umso mehr an Brisanz, als das Bundesgericht – im Gegensatz zur h.L.⁷ – in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertritt, dass formungültige Grundstückskaufverträge *nichtig (nulle)* seien.⁸ Das hat zur Folge, dass die Gerichte die Formungültigkeit *ex officio* berücksichtigen müssen.⁹ Zudem können sich auch Dritte auf die Ungültigkeit des Grundstückskaufvertrags beru-

fen.¹⁰ Die Nichtigkeitsfolge wird vom Bundesgericht allerdings durch das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) erheblich abgeschwächt.¹¹

- 1 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. 3. 1911 (OR; SR 220).
- 2 JULIA XOUDIS, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, N. 33 zu Art. 11 OR; INGEBORG SCHWENZER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N. 9 f. zu Art. 16 OR.
- 3 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907 (ZGB; SR 210).
- 4 Hierzu z. B. JÖRG SCHMID, § 10 Die Grundstücksversteigerung, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 3. Aufl., Bern 2017, Rz. 49 ff.
- 5 ROLAND PFÄFFLI/AMÉDÉO WERMELINGER, Grundstückskauf, Kaufvorvertrag – Vorkaufsrecht, Kaufsrecht und Rückkaufsrecht, SJZ 2017, S. 513 ff., S. 513.
- 6 Davon abzugrenzen ist der Formzwang in personeller Hinsicht, dazu beispielsweise JÖRG SCHMID/HUBERT STÖCKLI/FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 569.
- 7 Nach der h. L. zeitigt die Formungültigkeit des Grundstückskaufvertrags eine Ungültigkeit *sui generis* oder relative Nichtigkeit, vgl. z. B. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 558 ff. m. w. H.
- 8 *Leading Case* BGE 90 II 34 E. 3 S. 38 = Pra 1964 Nr. 71 S. 196 f.; bestätigt beispielsweise durch Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2003 vom 28. 10. 2003 E. 3.2.
- 9 URS FASEL, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N. 18 zu Art. 216 OR.
- 10 Siehe z. B. Urteil des Bundesgerichts 4A_355/2015 vom 6. 1. 2016 (besprochen von CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2016, Jusletter vom 20. 11. 2017, Rz. 25 ff.).
- 11 Statt vieler BGE 115 II 331 E. 5a S. 338 f.

Die vorliegende Abhandlung verfolgt das Ziel, einen Beitrag zur praktisch bedeutsamen Frage zu leisten, wie der sachliche Umfang des Formzwangs bei Grundstückskaufverträgen zu bestimmen ist. Dabei werden in einem ersten Schritt die allgemeinen theoretischen Grundlagen betreffend die Bestimmung des Formzwangs erläutert [II. 1. und II. 2.]. Anschliessend werden ein Überblick über die verschiedenen Theorien zur Bestimmung des sachlichen Umfangs des Formzwangs geboten [II. 3.] und die bundesgerichtliche Rechtsprechung analysiert [II. 4.]. Sodann legen die Autoren dar, welche Theorie zur Bestimmung des sachlichen Umfangs des Formzwangs ihres Erachtens den Vorzug verdient [II. 5.], und zeigen anhand dieser Theorie auf, welche in Grundstückskaufverträgen typischerweise enthaltenen Nebenabreden dem Beurkundungszwang unterliegen [III.]. Den Abschluss dieses Beitrags bildet ein kurzes Fazit [IV.].

II. Formungültigkeit von Grundstückskaufverträgen

1. Umfang des Formzwangs bei Grundstückskaufverträgen

Art. 216 Abs. 1 OR bestimmt, dass Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen (vgl. auch Art. 657 Abs. 1 ZGB). Welche Vertragsbestimmungen eines Grundstückskaufvertrags öffentlich beurkundet werden müssen, lässt sich aus dieser allgemein gehaltenen Norm nicht herauslesen. Entsprechend ist der sachliche Umfang des Formzwangs beim Grundstückskauf seit jeher umstritten.¹²

Bereits im Jahre 1964 hat KARL SPIRO konstatiert: «Die Frage, was zu verurkunden ist, bedarf [...] einer Antwort, die einfach und praktisch ist, noch mehr als einer in allen Fällen vollkommen befriedigenden, denn wenn erst der Richter sie gibt, kommt sie für den Verkehr und den Zweck der Form zu spät.»¹³ Ob die heutige Praxis eine einfache und praktikable Antwort auf diese u. a. von KARL SPIRO aufgeworfene Frage gefunden hat, ist fraglich, wenn man sich die zahlreichen kantonalen und bundesgerichtlichen Urteile zu diesem Thema vor Augen führt.¹⁴

2. Konsenslehre vs. Formlehre

A) Übersicht

Bevor auf die von der Doktrin entwickelten Theorien zur Feststellung des sachlichen Umfangs des Formzwangs eingegangen wird [unten II. 3.], gilt es hervorzuheben, dass nach fast allen Theorien ein Vertragspunkt nur dann beurkundungspflichtig ist, wenn dieser objektiv oder subjektiv wesentlich ist.¹⁵ Die *Formlehre* bestimmt also den Beurkundungsumfang anhand der objektiven oder subjektiven Wesentlichkeit einer Vertragsbestimmung.

Problematisch ist, dass die *Konsenslehre* ebenfalls mit dem Begriff «wesentlicher Vertragspunkt» operiert.¹⁶ Dies ist verwirrend, umso mehr, als ein objektiv oder subjektiv wesentlicher Punkt gemäss Konsenslehre nicht zwangsläufig auch objektiv oder subjektiv wesentlich im Sinne der Formlehre sein muss [unten II. 3.].¹⁷

Die Begriffe «Konsensumfang» und «Formumfang» sind daher keinesfalls zu vermengen: Die Konsenslehre (Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 OR) beantwortet die Frage, ob ein Vertrag kraft übereinstimmender gegenseitiger Willensäusserung überhaupt zustande gekommen ist, wohingegen die Formlehre (Art. 2 Abs. 3, Art. 11 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 1 OR) untersucht, ob ein Vertrag formgültig geschlossen wurde.

B) Objektiv wesentliche Punkte

Dem Begriff «objektiv wesentlicher Punkt» (*point objectivement essentiel*) werden zwei Bedeutungen beigemessen. Zum einen sind bei Nominatkontrakten jene Punkte darunter zu verstehen, die im OR BT den unentbehrlichen Geschäftskern umschreiben, d. h. die vertragstypenbestimmenden Merkmale wie Leistung und Gegenleistung (vgl. für den Kaufvertrag Art. 184 Abs. 1 OR).¹⁸ Zwecks Vermeidung von Missverständnissen wird in der Lehre zum Teil richtigerweise anstatt von «objektiv wesentlichen Punkten» von «*typenwesentlichen Punkten*» gesprochen.¹⁹ Zum anderen werden in der Konsenslehre die *essentialia negotii* unter den Begriff «objektiv wesentlicher Punkt» subsumiert, also jene Vertragspunkte, welche für das Zustandekommen des Vertrages unabdingbar sind.²⁰

Bei Nominatkontrakten, zu denen der Grundstückskauf zu zählen ist, umfassen die *essentialia negotii* nach der h. M. die begriffsnotwendigen Bestandteile des jeweiligen Vertragstypus (= typenwesentliche Punkte). Folglich sind nach der Ansicht der h. M. die objektiv wesentlichen Punkte unter dem Blickwinkel des Konsenses und der typischen Leistungspflichten im OR BT deckungsgleich.²¹

¹² Statt vieler BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil (Art. 184–551), Zürich 1972, S. 72.

¹³ KARL SPIRO, Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf = Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 70, Basel 1964, S. 21 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁴ Vgl. die Auflistung bei MARKUS REBER, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückskauf, Jusletter vom 9. 5. 2005, Rz. 36 ff.

¹⁵ Statt vieler ALFRED KOLLER, Der Grundstückskauf, Anwaltsrevue 2017, S. 107 ff., S. 111.

¹⁶ Zum Begriff «wesentlicher Vertragspunkt» z. B. CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT/EUGEN BUCHER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N. 20 f. zu Art. 1 OR.

¹⁷ FRANZISKA MARTHA BETSCHART, Der Grundpfandvertrag und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Diss. Luzern 2011 = LBR Band 58, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 1026; BRUNO SCHMIDLIN, Der formungültige Grundstückskauf. Bemerkungen zur neueren Lehre und Rechtsprechung, ZSR 1990 I, S. 223 ff., S. 254 f.; PETER GAUCH, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991, S. 45 ff., S. 51.

¹⁸ INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 29.03; JÖRG SCHMID, Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 1993, S. 1 ff., S. 5.

¹⁹ Beispielsweise PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP, Zum «Reinen Auslegungstreit» – Eine Klarstellung, SJZ 1982, S. 230 ff., S. 231 f.

²⁰ SCHMID (Fn. 18), S. 5.

²¹ BGE 103 II 190 E. 1 S. 193; ERNST A. KRAMER, in: Berner Kommentar, Bern 1986, N. 7 zu Art. 2 OR; BRUNO SCHMIDLIN, in: Berner Kommentar, Bern 1986, N. 92 zu Art. 11 OR; SCHWENZER (Fn. 18), Rz. 29.03; PIERRE ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 219; ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 155; ARIANE MORIN, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, N. 2 zu Art. 2 OR.

Nach der zutreffenden Ansicht der Minderheitsmeinung in der Lehre sind jedoch die *essentialia negotii* und die typenwesentlichen Punkte nicht zu vermengen.²² Mit anderen Worten können bei Nominatverträgen keine Rückschlüsse von der gesetzlichen Typenordnung auf den Konsens gezogen werden.²³ Vielmehr ist in einem ersten Schritt auf Stufe Konsens zu prüfen, ob sich die Parteien über den sog. Geschäftskern (= *essentialia negotii*) geeinigt haben. Darunter wird eine Einigung der Parteien verstanden, die ein sinnvolles Ganzes bildet und eine vernünftige, in sich geschlossene Änderung im Lebensbereich der Parteien herbeiführen kann. Erst in einem zweiten Schritt ist – wenn eine Einigung der Parteien über den Geschäftskern vorliegt – zu prüfen, ob die Normen eines jeweiligen Nominatkontrakts anwendbar sind. Zu untersuchen ist also, ob die typenwesentlichen Punkte von der Einigung der Parteien über den Geschäftskern erfasst sind. Falls nicht, liegt ein Innominatkontrakt vor, und es finden die Regeln über die Innominatkontrakte Anwendung.²⁴

Die *Formlehre* versteht unter den beurkundungsbedürftigen objektiv wesentlichen Punkten jene Punkte, welche den unentbehrlichen Geschäftskern darstellen. Diese objektiv wesentlichen Punkte im Sinne der Formlehre stellen nach der Terminologie der h. M. zugleich auch die *essentialia negotii* im Sinne der Konsenslehre dar.²⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung bzw. verwendeten Terminologie sind die objektiv wesentlichen Punkte im Sinne der Formlehre hingegen nicht mit den *essentialia negotii*, sondern mit den typenwesentlichen Punkten gleichzusetzen.

C) *Subjektiv wesentliche Punkte*

Im Schrifttum ist grundsätzlich unbestritten,²⁶ dass Sinn und Zweck der Formvorschriften es gebietet, den Formzwang – aufgrund des weitgehend dispositiven Charakters des OR – auch auf gewisse ergänzende oder abweichende Parteivereinbarungen auszuweiten. Diese Punkte werden in der *Formlehre* von den Vertretern der subjektiven Theorien [unten II. 3. D), II. 3. E) und II. 3. F)] als subjektiv wesentliche Punkte (*points subjectivement essentiels*) bezeichnet.²⁷ Eine Minderheitsmeinung innerhalb der gemässigten objektiven Theorie [unten II. 3. C)] folgt in terminologischer, nicht aber in inhaltlicher Hinsicht den subjektiven Theorien und bezeichnet die dem Formzwang unterliegenden ergänzenden Vertragspunkte ebenfalls als subjektiv wesentliche Punkte.²⁸ Der überwiegende Teil der Befürworter der gemässigten objektiven Theorie verzichtet aber auf einen separaten Begriff und subsumiert die formbedürftigen Zusatzvereinbarungen unter den Begriff «objektiv wesentliche Punkte» im Sinne der Formlehre.

Die subjektiv wesentlichen Punkte im Sinne der Formlehre stellen in der Terminologie der *Konsenslehre* die sog. *accidentalialia negotii*, also die objektiv unwesentlichen Nebenpunkte, dar, d. h. jene Punkte, welche *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss sind.²⁹

Betreffend die subjektiv wesentlichen Punkte im Sinne der Formlehre³⁰ sind zwecks Vermeidung von Missverständnissen zwei Punkte hervorzuheben: *Erstens* messen die Vertreter der jeweiligen Theorien [unten II. 3.] dem

Begriff «subjektiv wesentlicher Punkt» verschiedene Bedeutungen zu. *Zweitens* greifen verschiedene Theorien zur Bestimmung dieser subjektiv wesentlichen Punkte auf die Konsenslehre zurück. Andere lehnen dies strikt ab. Wiederum andere folgen einem Mittelweg. Hier liegt der Ursprung vieler Missverständnisse, und es erklärt zugleich, wieso die Frage, welche Vertragsbestimmungen zwingend zu beurkunden sind, seit Jahrzehnten im Schrifttum so kontrovers diskutiert wird. Oder anders ausgedrückt: Der Umstand, dass sowohl die Formlehre als auch die Konsenslehre mit dem Begriff «objektiv und subjektiv wesentlicher Punkt» operieren, ist verwirrend, zumal diesen Begriffen teilweise nicht einmal dieselbe Bedeutung beigemessen wird.³¹

3. Theorien zur Bestimmung des Formumfangs

A) *Übersicht*

Im Schrifttum werden folgende Theorien³² betreffend die Feststellung des sachlichen Umfangs des Formzwangs vertreten, wobei heute die eingeschränkte subjektive Theorie [unten II. 3. E)] als herrschend³³ anzusehen ist. Auffallend ist, dass diese verschiedenen Theorien in der Doktrin noch wenig bekannt sind oder vereinfacht dargestellt werden:³⁴

²² A. M. SCHMIDLIN (Fn. 17), S. 254 Anm. 68.

²³ PETER JÄGGI, in: Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1973, N. 3 zu Art. 2 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 7), Rz. 339 f.; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 258 f.; THEO GUHL/ALFRED KOLLER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 13 Rz. 8; JÖRG SCHMID, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1987 = AISUF Band 83, Freiburg 1988, Rz. 560 f.; BETSCHART (Fn. 17), Rz. 1027.

²⁴ SCHMID (Fn. 23), Rz. 561; GAUCH/SCHLUEP (Fn. 19), S. 231 f.

²⁵ SCHMIDLIN (Fn. 17), S. 254 f.; REBER (Fn. 14), Rz. 16.

²⁶ A. M. sind die Vertreter der strikten objektiven Theorie [unten II. 3. B)].

²⁷ BETSCHART (Fn. 17), Rz. 1028 ff.; SCHMID (Fn. 23), Rz. 413 ff.

²⁸ SCHMIDLIN (Fn. 17), S. 257; vgl. auch BETSCHART (Fn. 17), Rz. 1031.

²⁹ EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 119 f.

³⁰ In der Terminologie der objektiven gemässigten Theorie sog. objektiv wesentliche Punkte, d. h. die formbedürftigen Nebenabreden.

³¹ Ebenso BETSCHART (Fn. 17), Rz. 1028 ff., welche postuliert, dass das Konzept mit den wesentlichen Punkten in der Formlehre ganz aufgegeben werden sollte.

³² Eine Auflistung der Theorien ist auch zu finden bei: REBER (Fn. 14), Rz. 19 ff.; MARC WOLFER, § 2 Abschluss des Grundstückskaufvertrages, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 3. Aufl., Bern 2017, Rz. 44 ff.; PIERRE TERCIER, L'objet et l'étendue de la forme authentique, in: Faculté de droit de Fribourg (Hrsg.), La forme authentique. Journée juridique à l'intention des notaires (Fribourg, 3.10.1989), S. 1 ff., S. 14 f.; MICHEL MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2. Aufl., Bern 2014, Rz. 518 ff.

³³ Statt vieler HEINZ REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I: Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, 3. Aufl., Bern 2007, Rz. 1380; a. M. HANS GIGER, Berner Kommentar, Bern 1997, N. 262 zu Art. 216 OR, welcher die kumulative Theorie als herrschend bezeichnet.

³⁴ Statt vieler FASEL (Fn. 9), N. 12 zu Art. 216 OR; vgl. auch BGE 68 II 229 E. 1 S. 234 *in initio*.

B) Strikte objektive Theorie

Die Vertreter der strikten objektiven Theorie (*théorie stricte objective*) fordern, dass nur jene Vertragsbestimmungen öffentlich zu beurkunden seien, welche nach der Konsenslehre als objektiv wesentlich (= *essentialia negotii* in der Terminologie der h.M.) anzusehen seien.³⁵ Es ist daran zu erinnern, dass u.E. damit die typenwesentlichen Vertragspunkte des OR BT gemeint sind [oben II. 2. B)]. Zu den typenwesentlichen Vertragspunkten (bzw. *essentialia negotii* in der Terminologie der h.M.) des Grundstückskaufvertrags zählen gemäss Bundesgericht und der h.L. (i) die Vertragsparteien sowie ihre allfälligen Stellvertreter, (ii) der Rechtsgrund (*causa*), (iii) die bestimmte bzw. bestimmbare Kaufsache, d.h. das Grundstück, und (iv) der Kaufpreis.³⁶ Der wohl überwiegende Teil der Lehre fordert, dass – entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung³⁷ – zusätzlich die Vollmacht und der Auftrag zum Abschluss des Grundstückskaufvertrags öffentlich zu beurkunden seien.³⁸

C) Gemässigte objektive Theorie

Nach der gemässigten objektiven Theorie müssen zusätzlich zu den typenwesentlichen Vertragspunkten (bzw. *essentialia negotii* in der Terminologie der h.M.) [oben II. 3. B)] auch gewisse *accidentalialia negotii* (sog. objektiv unwesentliche Punkte im Sinne der Konsenslehre) öffentlich beurkundet werden, sofern diese direkt mit dem unentbehrlichen Geschäftskern, d.h. mit den typenwesentlichen Vertragspunkten (bzw. *essentialia negotii* in der Terminologie der h.M.), untrennbar verbunden bzw. verschmolzen sind.³⁹ Das Bundesgericht hat diese von ROBERT HAAB begründete Theorie ausdrücklich abgelehnt.⁴⁰

Wie bereits erwähnt, werden für diese formbedürftigen Nebenvertragspunkte unterschiedliche Terminologien verwendet [oben II. 2. C)]. Während der Grossteil der Autoren diese unter den Begriff «objektiv wesentliche Punkte» subsumiert, werden sie von einer Minderheitsmeinung als «subjektiv wesentliche Vertragspunkte» bezeichnet.⁴¹

Untrennbar verbunden mit den typenwesentlichen Vertragspunkten (bzw. *essentialia negotii* in der Terminologie der h.M.) sind insbesondere alle Bestimmungen, welche Leistung und Gegenleistung präzisieren oder die Leistungspflicht bekräftigen.⁴² Gemäss der Doktrin fallen z.B. Zahlungsbedingungen, Konventionalstrafen, Reugelder oder die Übernahme von Hypotheken darunter. Ob diese nach der Formlehre objektiv wesentlichen, im Sinne der Konsenslehre aber objektiv unwesentlichen Punkte auch subjektiv wesentlich, d.h. *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss sind, ist unerheblich.

D) Subjektive Theorie

Die Vertreter der subjektiven Theorie (*théorie subjective*) fordern, dass neben den typenwesentlichen Vertragspunkten (bzw. *essentialia negotii* in der Terminologie der h.M.) im Sinne der strikten objektiven Theorie [oben II. 3. B)] auch die subjektiv wesentlichen Punkte, d.h. jene objektiv unwesentlichen Vertragsbestimmungen (= *acci-*

dentialia negotii), welche durch die Parteien zur *conditio sine qua non* des Vertragsschlusses erhoben werden, öffentlich zu beurkunden seien.⁴³ Diesfalls decken sich der

-
- ³⁵ Vertreter der strikten objektiven Theorie: RONA SEROZAN, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsverkehr nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen 1968, S. 14; WILHELM HERZ, Die Bedeutung der Form des Formalgeschäfts nach deutschem und schweizerischem Recht, Masch. Diss. Basel 1934, S. 108; KARL ANDEREGG, Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht, Diss. Bern 1943 = ASR Heft 203, Bern 1943, S. 7.
- ³⁶ BGE 135 III 295 E. 3.2 S. 299 = Pra 2009 Nr. 121 S. 833; 127 III 248 E. 3d S. 254 f. = Pra 2002 Nr. 72 S. 417; 112 II 330 E. 1a S. 332; Urteil des Bundesgerichts 4C.356/2001 vom 12. 3. 2002 E. 2a/aa; zum Ganzen auch z. B. JÖRG SCHMID, Der Umfang des Formzwangs, recht 1989, S. 113 ff., S. 116.
- ³⁷ Statt vieler BGE 112 II 330 E. 1a S. 332.
- ³⁸ Statt vieler HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 187 und 335 f. m. w. H.; a. M. z. B. HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Bern 1934, N. 6 zu Art. 216 OR.
- ³⁹ Vertreter der gemässigten objektiven Theorie: SPIRO (Fn. 13), S. 21 ff.; ROBERT HAAB, in: Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1977, N. 15 ff. zu Art. 657 ZGB; WALTER YUNG, Le contenu des contrats formels, SJ 1965, S. 623 ff., S. 645; SCHMIDLIN (Fn. 21), N. 98 zu Art. 11 OR; PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, SPR VII/1, Basel 1977, S. 132; SCHMID (Fn. 18), S. 5; BECKER (Fn. 38), N. 4 zu Art. 216 OR; BETSCHART (Fn. 17), Rz. 1062 ff.; CHRISTIAN BRÜCKNER, Sorgfaltspflicht der Urkundsperson und Prüfungsbereich des Grundbuchführers bei Abfassung und Prüfung des Rechtsgrundausweises, ZBGR 1983, S. 65 ff., S. 79, welcher sich aber später der eingeschränkten subjektiven Theorie angeschlossen hat (unten Fn. 44); FRANK FURRER, Heilung des Formmangels im Vertrag, Diss. Zürich 1992 = ZStP Band 91, Zürich 1992, S. 17; MARKUS HESS, Immobilien-Leasing und Formzwang, ZBGR 1991, S. 1 ff., S. 13 f.; SCHMIDLIN (Fn. 17), S. 254 f.; PETER RUF, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückskauf, ZBGR 1997, S. 361 ff., S. 373, welcher früher ein Vertreter der eingeschränkten subjektiven Theorie war (unten Fn. 44); ALEX DÉPRAZ, La forme authentique en droit fédéral et en droit cantonal comparé, Diss. Lausanne 2000 = Collection Quater Band 6 Editions Bis Et Ter, Lausanne 2002, Rz. 189; WOLFER (Fn. 32), Rz. 64 und Rz. 69 f.; MARKUS REBER, Die Baubindung beim Grundstückskauf, Diss. Bern 1998 = ASR Heft 626, Bern 1999, S. 185 ff.; VON BÜREN (Fn. 12), S. 73 ff.
- ⁴⁰ BGE 90 II 34 E. 2 S. 37 in fine = Pra 1964 Nr. 71 S. 196.
- ⁴¹ SCHMIDLIN (Fn. 17), S. 257.
- ⁴² Dazu und im Folgenden HAAB (Fn. 39), N. 17 zu Art. 657 ZGB.
- ⁴³ Vertreter der subjektiven Theorie: Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 10. 1. 1924, in: ZBGR 1926, Nr. 94 S. 240 f.; CARL WIELAND, Zürcher Kommentar, Zürich 1909, N. 7 zu Art. 657 ZGB; HANS LEEMANN, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 1920, N. 15 f. zu Art. 657 ZGB; MAX SCHNEIDER, Formbedürftige Rechtsgeschäfte nach schweizerischem Zivilrecht, Diss. Zürich 1912, S. 33; HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich 1936, N. 5 zu Art. 216 OR; HANS KUNZ, Öffentliche Vertragsverurkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1928, S. 83; HANS MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, 2. Aufl., Freiburg 1992, Rz. 336; JÄGGI (Fn. 23), N. 28 zu Art. 11 OR; PETER LIVER, Das Eigentum, in: Sachenrecht, SPR V/1, Basel 1977, S. 136 f.; ENGEL (Fn. 21), S. 256; JACQUES DROIN, Les effets de l'inobservation de la forme en matière de transfert de la propriété immobilière, Genf 1969, S. 7; HERBERT SCHÖNLE, L'inobservation de la forme authentique dans la vente immobilière, in: Institut de Droit Comparé de l'Université d'Istanbul (Hrsg.), Travaux de la 5^{ème} Semaine juridique turco-suisse (Les journées d'Istanbul, 13–20. 4. 1975). La forme dans les actes juridiques, Istanbul 1975, S. 207 ff., S. 208; PAUL-HENRI STEINAUER, in: Commentaire romand, Code civil II, Basel 2016, N. 4 zu Art. 657 ZGB; FELIX RINK, Die Tragweite der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung bei Grundstücksveräußerungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts, Masch. Diss. Basel 1951, S. 69 f.

Umfang des Konsenses und jener des Beurkundungszwangs.

E) Eingeschränkte subjektive Theorie

Die eingeschränkte subjektive Theorie stellt – ihrem Namen entsprechend – eine Modifikation der subjektiven Theorie dar. Deren Vertreter wollen eine zweckwidrige Überdehnung des Formzwangs auf sämtliche subjektiv wesentlichen Punkte im Sinne der Konsenslehre verhindern. Aus diesem Grund unterliegen der Formstrenge – neben den objektiv wesentlichen Punkten (= typenwesentliche Vertragspunkte bzw. *essentialia negotii* in der Terminologie der h.M.) im Sinne der strikten objektiven Theorie [oben II. 3. B)] – bloss jene subjektiv wesentlichen Punkte (= *accidentalia negotii*), welche charakteristisch für den Kaufvertrag sind bzw. ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt eines Grundstückkaufvertrags betreffen.⁴⁴

F) Kumulative Theorie

Die kumulative Theorie (*théorie cumulative*) stellt eine Kombination der gemässigten objektiven Theorie und der subjektiven Theorie dar und ist somit neben der Theorie des umfassenden Formzwangs [unten II. 3. G)] jene Theorie, welche die strengsten Anforderungen an den Beurkundungsumfang stellt. Die Anhänger der kumulativen Theorie fordern, dass neben den typenwesentlichen Vertragspunkten (bzw. *essentialia negotii* in der Terminologie der h.M.) im Sinne der strikten objektiven Theorie [oben II. 3. B)] und den subjektiv wesentlichen Punkten im Sinne der Konsenslehre (*accidentalia negotii*) auch die objektiv unwesentlichen Nebenpunkte im Sinne der Konsenslehre (*accidentalia negotii*), welche die Leistung und Gegenleistung präzisieren oder die Leistungspflicht bekräftigen, dem Formzwang unterliegen.⁴⁵

G) Theorie des umfassenden Formzwangs

Nach der Theorie des umfassenden Formzwangs (*théorie extensive*) sind sämtliche Vertragsbestimmungen lückenlos öffentlich zu beurkunden.⁴⁶

4. Rechtsprechung des Bundesgerichts

A) Entscheid zugunsten der eingeschränkten subjektiven Theorie

Das Bundesgericht hat sich der eingeschränkten subjektiven Theorie angeschlossen.⁴⁷ Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind somit nicht sämtliche subjektiv wesentlichen Punkte, welche *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss sind, vom Formzwang erfasst, sondern nur jene, welche «ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstücksvertrags betreffen».⁴⁸ Formbedürftig sind nur Vereinbarungen, «welche das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung des Kaufvertrages berühren».⁴⁹

Artfremde Verpflichtungen bedürfen gemäss Bundesgericht «keiner Aufnahme in die öffentliche Urkunde, sofern das Versprochene nicht als zusätzliche Gegenleistung in das kaufrechtliche Austauschverhältnis einfließt».⁵⁰ Der Formzwang erstreckt sich mit anderen Worten nur auf Vereinbarungen im Rahmen des Kaufvertrags,

nicht aber auf sonstige Übereinkünfte, selbst wenn beispielsweise zwei Verträge in kausaler Abhängigkeit zueinanderstehen.⁵¹

B) Bemerkungen

Nach hier vertretener Auffassung hat das Kriterium der subjektiven Wesentlichkeit nach der vom Bundesgericht praktizierten eingeschränkten subjektiven Theorie für kaufrechtstypische Nebenabreden keine grosse praktische Bedeutung. In der Regel dürften nämlich *kaufrechtstypische* Nebenabreden für die Parteien oder für eine der Parteien subjektiv wesentlich, d.h. *conditio sine qua non*, für den Vertragsschluss sein.⁵²

Ferner ist festzuhalten, dass die Umschreibung der beurkundungspflichtigen Nebenpunkte nach der vom Bundesgericht praktizierten subjektiven eingeschränkten Theorie eine gewisse Ähnlichkeit mit der Definition der beurkundungspflichtigen Nebenabreden nach der gemässigten objektiven Theorie aufweist.⁵³ Gemäss der gemässigten objektiven Theorie unterliegen jene Nebenabreden der Formstrenge, welche direkt mit dem unentbehrlichen Ge-

⁴⁴ *Vertreter der eingeschränkten subjektiven Theorie*: PETER GAUCH, Vom Formzwang des Grundstückkaufes und seinem Umfang, BR 1986, S. 80 ff., S. 81 f.; WOLFGANG WIEGAND/CHRISTOPH BRUNNER, Vom Umfang des Formzwanges und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 1 ff., S. 3 ff.; GUHL/KOLLER (Fn. 23), § 14 Rz. 21; PETER RUF, Bemerkungen zum BGE 113 II 402 betreffend den Umfang des Formzwanges beim Grundstückkauf, BN 1992, S. 321 ff., S. 323 ff.; CHRISTIAN BRÜCKNER, Der Umfang des Formzwanges beim Grundstückkauf, ZBGR 1994, S. 1 ff., S. 11 f.; SIDNEY KAMERZIN, Le contrat constitutif de cédule hypothécaire, Diss. Freiburg 2003 = AISUF Band 223, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 819 und 824; MOOSER (Fn. 32), Rz. 523; wohl auch ADOLF KELLERHALS, Simulation im Grundstückkauf, Diss. Bern 1952, S. 31 ff.

⁴⁵ *Vertreter der kumulativen Theorie*: ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, 3. Aufl., Nachdruck Bern 1974, N. 85 ff. zu Art. 657 ZGB; BRUNO PAOLETTO, Die Falschbeurkundung beim Grundstückkauf, Diss. Zürich 1973, S. 39 f.; GIGER (Fn. 33), N. 262 ff. zu Art. 216 OR.

⁴⁶ *Vertreter der Theorie des umfassenden Formzwangs*: KARL-HEINZ BERNARD, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, Diss. Frankfurt am Main 1978 = Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 55, Berlin 1979, S. 55; VON TUHR/PETER (Fn. 21), S. 243; JEAN KRATZER, L'acte authentique en droit suisse, Diss. Lausanne 1930, S. 50.

⁴⁷ *Leading Case* BGE 113 II 402 E. 2a S. 404 f.; vgl. auch 106 II 146 E. 1 S. 148; 95 II 309 E. 2 S. 310. Aus der neueren Rechtsprechung z. B. Urteil des Bundesgerichts 4A_573/2016 vom 19. 9. 2017 E. 4.2.2 oder Urteil des Bundesgerichts 4A_530/2016 vom 20. 1. 2017 E. 8.2.

⁴⁸ Sog. «*cadre naturel*», dazu BGE 113 II 402 E. 2a S. 404.

⁴⁹ BGE 113 II 402 E. 2a S. 404 *in fine*.

⁵⁰ Urteil des Bundesgerichts 4A_530/2016 vom 20. 1. 2017 E. 8.2 mit Hinweis auf BGE 119 II 135 E. 2a S. 138 = Pra 1993 Nr. 209 S. 791 f. und BGE 113 II 402 E. 2a S. 404; restriktiver hingegen: CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, Rz. 2506 ff. oder Urteil des Bundesgerichts 5A_140/2014 vom 17. 10. 2014 E. 3.1.

⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_530/2016 vom 20. 1. 2017 E. 8.2; a. M. HONSELL (Fn. 38), S. 188. Zur Problematik von zusammengesetzten Verträgen, z. B. Urteil des Bundesgerichts 4A_282/2016 vom 6. 10. 2016 (besprochen von BRUNNER/VISCHER/GALLI [Fn. 10], Rz. 20 ff.).

⁵² Gl. M. CLAUDE HONEGGER, Ein Bundesgerichtsurteil zum Umfang des Beurkundungszwanges beim Grundstückkauf, ST 1988, S. 510 ff., S. 513.

⁵³ Vgl. SCHMIDLIN (Fn. 21), N. 98 zu Art. 11 OR; in diesem Sinne auch HONEGGER (Fn. 52), S. 513 *in initio*.

schäftskern, d. h. mit den typenwesentlichen Vertragspunkten (bzw. *essentialia negotii* in der Terminologie der h. M.), untrennbar verbunden sind [oben II. 3. C)]. Ergo sind sowohl nach der gemässigten objektiven Theorie [unten III. 1. B) und III. 1. C)] als auch nach der eingeschränkten subjektiven Theorie Nebenabreden (Konventionalstrafen, Reugelder usw.), welche direkt die Hauptleistungspflichten beeinflussen, öffentlich zu beurkunden. Denn nach der gemässigten objektiven Theorie sind solche Nebenabreden mit dem unentbehrlichen Geschäftskern verschmolzen, und nach der eingeschränkten subjektiven Theorie sind solche Nebenbestimmungen in aller Regel subjektiv wesentlich, also *conditio sine qua non*, für den Vertragsschluss.⁵⁴

Zu beachten ist, dass die eingeschränkte subjektive Theorie allerdings noch weitere, unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrags betreffende Nebenpunkte dem Formzwang unterwirft, obwohl diese nicht den unentbehrlichen Geschäftskern im Sinne der gemässigten objektiven Theorie betreffen.⁵⁵ Als Beispiel kann eine Suspensivbedingung angeführt werden, wonach der Kaufvertrag erst zustande kommt, wenn der Käufer eine Aufenthaltsbewilligung für seine Nanny mit ausländischer Staatsbürgerschaft erhält.⁵⁶ Aber z. B. auch die Vereinbarung einer Schiedsklausel betrifft den Inhalt des Grundstückkaufvertrags und ist nach der eingeschränkten subjektiven Theorie beurkundungsbedürftig.⁵⁷

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die gemässigte objektive Theorie und die eingeschränkte subjektive Theorie betreffend die beurkundungsbedürftigen objektiv wesentlichen Punkte (= typenwesentliche Vertragspunkte bzw. *essentialia negotii* in der Terminologie der h. M.) deckungsgleich sind. Bezüglich der Beurkundungspflicht von Nebenabreden besteht eine Schnittmenge in Bezug auf jene Nebenabreden, welche direkt den unmittelbaren Geschäftsinhalt des Grundstückkaufs (= Kaufpreis und Grundstück) betreffen. Allerdings geht die eingeschränkte subjektive Theorie noch weiter und unterwirft auch jene Nebenabreden der Formstrenge, welche den Grundstückkaufvertrag an sich, nicht aber direkt den unentbehrlichen Geschäftskern betreffen.⁵⁸

5. Stellungnahme

A) Übersicht

Obwohl die vom Bundesgericht praktizierte eingeschränkte subjektive Theorie im Ergebnis oft gleiche Resultate wie die objektive gemässigte Theorie liefert [oben II. 4. B)], ist sie aus praktischen und dogmatischen Gründen abzulehnen.⁵⁹ Nach hier vertretener Auffassung verdient die gemässigte objektive Theorie aus den nachstehenden Gründen den Vorzug:

B) Ausweitung des Formzwangs auf subjektiv wesentliche Punkte ist zweckwidrig

Die Ausweitung des Formzwangs auf sämtliche oder gewisse subjektiv wesentliche Vertragspunkte im Sinne der *conditio sine qua non*-Formel ist zweckwidrig.⁶⁰ Gesetzliche Formvorschriften sind gemäss dem Grundsatz «*favor negotii*» eng auszulegen.⁶¹

Ferner gilt es – wie ausgeführt [oben II. 2.] – hervorzuheben, dass der Form- und Konsensumfang strikt auseinanderzuhalten sind. Wie BRUNO SCHMIDLIN treffend ausgeführt hat, schützt der Formschutz nicht den Konsens, sondern unterwirft einen Nominatkontrakt aufgrund der dem Geschäft innewohnenden Gefahren,⁶² d. h. aus Gründen des Übereilungsschutzes, dem Formzwang. Er bezieht sich mit anderen Worten *objektiv* auf das abzuschliessende Geschäft.⁶³ Die Befürworter der subjektiven Theorien vermengen also Formumfang und Konsensumfang und verkennen zudem, dass der Formumfang betreffend die Nebenpunkte lediglich objektiv, d. h. abstrakt, und keinesfalls individuell-konkret anhand der Interessenlage der Parteien bestimmt werden darf.⁶⁴ Dies soll anhand zweier Beispiele verdeutlicht werden:

Beispiel 1. Eine Konventionalstrafe stellt einen objektiv wesentlichen Punkt im Sinne der gemässigten objektiven Theorie dar [unten III. 2. B) a)], da die Vereinbarung einer Konventionalstrafe die formbedürftige Leistungspflicht, d. h. die Übertragung des Eigentums am Grundstück, in aller Regel bekräftigt [unten III. 1. B)]. Ergo ist eine Konventionalstrafe nach der gemässigten objektiven Theorie in jedem Fall zu beurkunden, und zwar unabhängig von ihrer subjektiven Wesentlichkeit im Sinne der *conditio sine qua non*-Regel.⁶⁵ Es wäre u. E. verfehlt, den Entscheid, ob die Konventionalstrafe der Formstrenge unterliegt, davon abhängig zu machen, ob diese für mindestens eine der Parteien eine notwendige Bedingung für den Vertragsschluss darstellt.⁶⁶

Beispiel 2. Verabreden die Parteien, dass das Zustandekommen des Vertrags unter der Bedingung steht, dass die Nanny der Käuferschaft eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz erhält [oben II. 4. B)], stellt dies einen subjektiv wesentlichen Punkt im Sinne der Konsenslehre dar. Allerdings wäre es nicht mit Sinn und Zweck der Beurkundungspflicht zu vereinbaren, wenn dieser Nebenpunkt öffentlich beurkundet werden müsste und das ganze Rechtsgeschäft zufolge Nichtbeurkundung ungültig wäre.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass es nicht Sinn und Zweck der Formvorschriften ist, jede Nebenab-

⁵⁴ REBER (Fn. 14), Rz. 68 und 87; CAVIN (Fn. 39), S. 132.

⁵⁵ Vgl. HUGUENIN (Fn. 23), Rz. 365 f.

⁵⁶ Ähnliches Beispiel bei BRÜCKNER (Fn. 44), S. 24 Anm. 83.

⁵⁷ BRÜCKNER (Fn. 44), S. 9 *in initio*; REBER (Fn. 14), Rz. 66.

⁵⁸ Umstritten, siehe z. B. SCHMID (Fn. 23), Rz. 423 m. w. H. Zumindest nach der hier vertretenen restriktiven Interpretation der Formel der gemässigten objektiven Theorie [unten III.] sind im Vergleich zur eingeschränkten subjektiven Theorie weniger Nebenabreden formbedürftig.

⁵⁹ Ebenfalls kritisch: SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 6), Rz. 574 und 588.

⁶⁰ REBER (Fn. 14), Rz. 71; SCHMIDLIN (Fn. 17), S. 255; REY (Fn. 33), Rz. 1391.

⁶¹ Statt vieler SCHWENZER (Fn. 2), N. 1 zu Art. 11 OR.

⁶² Darunter sind gemäss SCHMID (Fn. 18), S. 5, die «typischerweise gefährlichen Leistungspflichten und den hierfür geschuldeten Gegenwert» zu verstehen.

⁶³ SCHMIDLIN (Fn. 17), S. 255; SCHMID (Fn. 18), S. 5.

⁶⁴ Ebenso BETSCHART (Fn. 17), Rz. 1054.

⁶⁵ Vgl. GAUCH (Fn. 17), S. 52.

⁶⁶ Ebenso BETSCHART (Fn. 17), Rz. 1054; YUNG (Fn. 39), S. 645.

rede öffentlich zu beurkunden. Der einzige Zweck der Formvorschriften besteht darin, in objektiver Weise den Parteien die Eingehung von typischerweise «gefährlichen» Leistungspflichten und deren Gegenwert vor Augen zu führen.⁶⁷ Folglich sind nur jene Nebenabreden, und zwar unabhängig von ihrer subjektiven Wesentlichkeit im Sinne der *conditio sine qua non*-Regel, zu beurkunden, welche mit dem Geschäftskern verschmolzen sind. Die Interessen der Parteien betreffend die subjektiv wesent-

lichen Nebenabreden gemäss Art. 2 Abs. 1 OR werden genügend durch die Konsenslehre auf Stufe des Vertragsschlusses geschützt, insoweit gar kein Vertrag zustande kommt, sofern die Parteien hierüber keinen Konsens erzielen.⁶⁸

In der nachstehenden Tabelle wird die Bedeutung der verschiedenen wesentlichen Vertragspunkte aus Sicht der Konsens- und der Formlehre, d. h. der gemässigten objektiven Theorie, dargestellt:

	Hauptpunkte	Nebepunkte
Konsenslehre	<p><i>Essentialia negotii</i> bzw. objektiv wesentliche Punkte:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Darunter ist nach hier vertretener Ansicht der <i>Geschäftskern</i> zu verstehen, d. h. jene Einigung der Parteien, welche ein sinnvolles Ganzes bildet und eine vernünftige, in sich geschlossene Änderung im Lebensbereich der Parteien herbeiführen kann. - Das Bundesgericht und die h. L. sind geteilter Meinung und setzen die typenwesentlichen Punkte den <i>essentialia negotii</i> gleich. 	<p><i>Accidentalialia negotii</i>, d. h. objektiv unwesentliche Punkte:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es handelt sich um sämtliche Abreden, welche nicht objektiv wesentliche Punkte, also die <i>essentialia negotii</i>, betreffen. Darunter fallen zum einen von den <i>naturalia negotii</i> bzw. dem dispositiven Recht abweichende Vereinbarungen und zum anderen ergänzende Abreden. - Sind die <i>accidentalialia negotii</i> subjektiv wesentlich und damit <i>conditio sine qua non</i> für den Vertragsschluss, werden sie als subjektiv wesentliche Punkte bezeichnet. - Sind die <i>accidentalialia negotii</i> demgegenüber nicht subjektiv wesentlich, kommt der Vertrag auch ohne Einigung über dieselben zustande (Art. 2 Abs. 1 OR). Man bezeichnet sie diesfalls als objektiv unwesentliche Punkte.
Formlehre	<p>Objektiv wesentliche Punkte:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Nach der hier vertretenen Auffassung fallen die typenwesentlichen Punkte darunter. - Nach wohl h. M. sind die objektiv wesentlichen Punkte in der Formlehre mit den <i>essentialia negotii</i> gleichzusetzen. 	<p>Objektiv wesentliche Punkte:⁶⁹</p> <ul style="list-style-type: none"> - Darunter fallen nach der von uns favorisierten gemässigten objektiven Theorie jene Bestimmungen, die mit dem unentbehrlichen Geschäftskern (= Kaufpreis und Grundstück) verschmolzen sind. - Ob diese Nebenabreden <i>conditio sine qua non</i> für den Vertragsschluss sind, ist unerheblich für die Frage, ob sie der Formstrenge unterliegen.
OR BT	<p>Objektiv wesentliche Punkte:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Typenwesentliche Punkte des jeweiligen Vertragstyps. - Bei Nominatkontrakten, wie der Kaufvertrag einer ist, sind diese im OR BT zu finden (Kaufpreis und Kaufsache, vgl. Art. 184 Abs. 1 OR). 	<p><i>Naturalia negotii</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es handelt sich um die untergeordneten Elemente eines Vertragstypus, welche im dispositiven Gesetzesrecht geregelt werden.⁷⁰

⁶⁷ SCHMID (Fn. 18), S. 5.

⁶⁸ REBER (Fn. 14), Rz. 73.

⁶⁹ Nach einer Minderheitsmeinung innerhalb der gemässigten objektiven Theorie werden diese als «subjektiv wesentliche Punkte» bezeichnet.

⁷⁰ Dazu z. B. EUGEN BUCHER, Obligationenrecht. Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, S. 19.

C) Praktikabilitätsgründe

Gegen die subjektiven Theorien spricht weiter, dass diese unpraktikabel sind. Hierfür lassen sich zwei Gründe anführen: *Erstens* wird eine Urkundsperson in der Regel den subjektiven Willen der Parteien nicht kennen, noch – und das ist in diesem Zusammenhang zentral – braucht sie darüber Nachforschungen anzustellen.⁷¹ Wird also eine subjektive Methode bevorzugt, ist dies der Rechtssicherheit abträglich, weil die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass Rechtsgeschäfte mangels Nichteinhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form ungültig sind.⁷²

Zweitens wird das Gericht – wie PIERRE CAVIN zu Recht bemerkt hat – bei der Beurteilung der Frage, ob eine bestimmte Abrede subjektiv wesentlich ist, in aller Regel auf objektive Kriterien zurückgreifen müssen.⁷³ Kann nämlich im Rahmen der subjektiven (empirischen) Auslegung der wirkliche Wille nicht eruiert werden, muss das mit der Streitsache befasste Gericht mithilfe der objektivierten Methode, d. h. mittels des Vertrauensprinzips, und somit gestützt auf objektive Kriterien, den mutmasslichen Parteiwillen erforschen. Auch dies spricht gegen die Anwendung einer subjektiven Theorie.

III. Beurkundungspflichtige Nebenabreden nach der gemässigten objektiven Theorie

1. Theoretische Grundlagen

A) Übersicht

Es wurde dargelegt [oben II. 3. C)], dass ein Nebenpunkt nach der gemässigten objektiven Theorie dann öffentlich beurkundet werden muss, wenn er mit dem unentbehrlichen Geschäftskern, d. h. den typenwesentlichen Punkten des Kaufvertrags (Kaufpreis und Grundstück), untrennbar verbunden ist. Dies ist dann der Fall, wenn eine solche Nebenabrede die Leistung und Gegenleistung präzisiert oder die Leistungspflicht bekräftigt [oben II. 3. C)].

Bislang fehlt eine fundierte dogmatische Auseinandersetzung mit der gemässigten objektiven Theorie. Vielmehr beschränkt sich die Doktrin darauf, beispielhaft Klauseln aufzuzählen, welche nach der gemässigten objektiven Theorie der Formstrenge unterliegen. Diese Lücke soll geschlossen werden [unten III. 1. B) und III. 1. C)]. Dabei versuchen die Autoren, die zentralen Begriffe der Formel der gemässigten objektiven Theorie «*Leistung und Gegenleistung präzisiert*» und «*Leistungspflicht bekräftigt*» zu definieren und griffige Kriterien zu erarbeiten, mithilfe derer im Einzelfall geprüft werden kann, ob eine Nebenabrede nach der gemässigten objektiven Theorie beurkundungsbedürftig ist.

In einem zweiten Schritt [unten III. 2.] analysieren die Autoren mithilfe der erarbeiteten Kriterien, welche in Grundstückkaufverträgen oftmals enthaltenen Nebenabreden beurkundungsbedürftig sind. Dabei wird insbesondere auch – sofern vorhanden – auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung Bezug genommen.

B) Kriterium «Bekräftigung der Leistungspflicht»

Das Kriterium «Bekräftigung der Leistungspflicht» ist u. E. griffig, da in der Regel einfach unter Rückgriff auf die obli-

gationenrechtliche Lehre festgestellt werden kann, ob die streitgegenständliche Vereinbarung die Bindungswirkung verstärkt oder abschwächt. Bedeutsam ist dieses Kriterium v. a. im Zusammenhang mit Vertragsstrafen und ähnlichen Instrumenten.

C) Kriterium «Präzisierung der Leistungspflicht»

a) Vorbemerkungen

Was genau unter dem Kriterium «Präzisierung der Leistungspflicht» zu verstehen ist, ist u. E. nicht restlos klar. Ausführungen zu dieser Frage fehlen im Schrifttum. Vielmehr versucht die Doktrin, wie bereits erwähnt, ausgehend von bestimmten Klauseln die Formbedürftigkeit wegen Präzisierung der Leistungspflicht zu bejahen oder zu verneinen. Dies führt u. E. jedoch teilweise zu widersprüchlichen Resultaten.

Zu klären ist somit, was das Wort «präzisieren» bedeutet. Im Duden ist Folgendes vermerkt: «*so beschreiben, formulieren, dass das Genannte sehr viel eindeutiger, klarer und genauer ist als vorher*».⁷⁴ Mit Bezug auf die hier interessierende Frage kann gefolgert werden, dass die fragliche Klausel dazu beitragen muss, dass die typenwesentlichen Vertragspunkte (= Kaufpreis und Grundstück) eindeutiger und genauer bestimmt werden können. Der Schuldner der jeweiligen Hauptleistungspflicht muss somit seine Hauptschuld klarer einschätzen können, und der Gläubiger soll genauer wissen, was er vom Schuldner verlangen darf.

Die in der Beurkundungspraxis vorkommenden, im engen sachlichen Zusammenhang mit den typenwesentlichen Vertragspunkten stehenden, d. h. die Hauptleistungspflicht präzisierenden Nebenabreden lassen sich u. E. zwei Kategorien zuteilen. Die Kategorie 1 umfasst *Abreden mit deskriptivem Charakter*, sozusagen Klauseln, deren Hauptzweck darin besteht, die Hauptleistungspflicht zu spezifizieren [unten III. 1. C) b)]. Unter die Kategorie 2 sind dagegen Vereinbarungen zu subsumieren, welche eigenständig einklagbare *Nebenleistungspflichten* begründen und als partielle Hauptleistungspflichten neben die eigentliche Hauptleistungspflicht treten und dieser dadurch mehr Konturen verleihen [unten III. 1. C) c)].

⁷¹ HAAB (Fn. 39), N. 17 zu Art. 657 ZGB; davon abzugrenzen ist die sog. Pflicht des Notars nach der Wahrheitssuche betreffend den wahren Willen der Parteien, vgl. dazu z. B. WILLY MEIER, Wahrheitssuche und Wahrheitstreue bei der Beurkundung von Willenserklärungen, ZBGR 1984, S. 1 ff., S. 12 m. w. H.; PAUL-HENRI STEINAUER, La forme authentique en droit fédéral, in: Faculté de droit de Fribourg (Hrsg.), La forme authentique. Journée juridique à l'intention des notaires (Fribourg, 3. 10. 1989), S. 1 ff., S. 12.

⁷² Gl. M. BÉNÉDICT FOËX, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, N. 14 zu Art. 216 OR; BETSCHART (Fn. 17), Rz. 1053; STÉPHANE SPAHR, Forme authentique et prix de vente immobilière, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlimann-Kaup/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil. Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 813 ff., S. 818; a. M. HONEGGER (Fn. 52), S. 513.

⁷³ CAVIN (Fn. 39), S. 132; SCHMIDLIN (Fn. 21), N. 98 zu Art. 11 OR.

⁷⁴ Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 8. Aufl., Berlin 2015, S. 1378, «präzisieren».

b) Nebenabreden mit deskriptivem Charakter

Abreden mit deskriptivem Charakter sind Vereinbarungen, welche die Hauptleistungspflichten der Parteien des Grundstückkaufs beschreiben, modifizieren oder verdeutlichen, aber keinen klagbaren Anspruch der Gegenpartei entstehen lassen. Es ist jedoch auch denkbar, dass eine solche Klausel weitere Wirkungen zeitigt, z.B. die Bindungswirkung stärkt oder schwächt. Zu den deskriptiven Abreden können folgende Absprachen gezählt werden:

- Zusicherungen;
- Freizeichnungsklauseln;
- weitere Vereinbarungen betreffend die Risikoallokation;
- Zahlungsbedingungen;
- Bedingungen (Art. 151 ff. OR).

Es stellt sich nun die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen deskriptive Abreden beurkundungspflichtig sind. Man könnte argumentieren, dass solche Klauseln immer zu beurkunden sind, weil sie – wie von der Formel der gemässigten objektiven Theorie verlangt – die Hauptleistungspflichten präzisieren.

Wir sind gegenteiliger Ansicht: Deskriptive Abreden sind grundsätzlich nicht öffentlich zu beurkunden. Der Grund hierfür liegt im Sinn und Zweck der Formvorschriften.⁷⁵ Formvorschriften sollen *einzig* den Parteien die typischerweise «gefährlichen» Leistungspflichten und deren Gegenwert vor Augen führen. Solche deskriptiven Abreden haben keinen Einfluss auf die «Gefährlichkeit» einer Hauptleistungspflicht. Für den Grundstückverkäufer wird der Kaufvertrag bzw. die Pflicht zur Übereignung des Eigentums nicht «gefährlicher», weil er eine *Zusicherung* betreffend eine bestimmte Eigenschaft abgibt. «Gefährlich» ist einzig der Umstand, dass der Verkäufer endgültig sein Eigentum am Grundstück aufgibt. Da ein Grundstückverkauf für die meisten Rechtssubjekte kein Alltagsgeschäft darstellt, soll dies wohlüberlegt geschehen. Dasselbe gilt betreffend *Freizeichnungs- und Risikoallokationsklauseln* aus Sicht des Käufers. Der Formzwang soll dem Käufer einzig deutlich machen, dass er – im Regelfall – über Jahre oder gar Jahrzehnte eine grosse finanzielle Verpflichtung eingeht. Wer genau für was haftet, sofern überhaupt jemals ein Haftungsfall eintritt, und ob gegebenenfalls die entsprechenden Klauseln durchgesetzt werden können, stellt eine unbestimmte Sachfrage dar, welche die Hauptleistungspflicht des Käufers, d.h. die Kaufpreiszahlung, betreffend deren «Gefährlichkeit» nicht beeinflusst. Diese bleibt mit oder ohne Freizeichnungsklausel gleich «gefährlich».

Kein Argument für eine Beurkundungspflicht solcher deskriptiver Nebenabreden oder von Nebenleistungspflichten [unten III. 1. C) c)] ist im Übrigen das in der Lehre wiederholt vorgebrachte Argument,⁷⁶ wonach Klauseln, die geneigt seien, den Kaufpreis zu beeinflussen, beurkundungsbedürftig seien.⁷⁷ Oder anders ausgedrückt: Nach gewissen Lehrmeinungen ist eine Abrede dann zu beurkunden, wenn sie potenziell den Kaufpreis beeinflussen kann.⁷⁸ Dem kann nicht gefolgt werden. Eine Vielzahl von Faktoren beeinflusst die Höhe des Kaufpreises.⁷⁹ Aller-

dings sind diese Faktoren mit Bezug auf die Erhöhung oder Reduktion des Kaufpreises letztendlich kaum je quantifizierbar und somit nachweisbar. Davon muss einzig dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn in der Vertragsdokumentation festgehalten wird, dass der Kaufpreis effektiv wegen einer bestimmten Klausel reduziert resp. erhöht worden ist (z.B. «Vor dem Hintergrund, dass der Verkäufer sich von seiner Haftung gänzlich freizeichnet, wird dem Käufer ein Rabatt 20 % gewährt.»).⁸⁰ Fehlt ein solcher ausdrücklicher, schriftlicher Hinweis, ist im Sinne des *favor negotii*-Prinzips eine Beurkundungspflicht abzulehnen.

Unter die Kategorie «deskriptive Abreden» sind auch *Bedingungen* (Art. 151 ff. OR) zu subsumieren. Bedingungen präzisieren zwar nicht direkt die Hauptleistungspflichten, sondern regeln den Bestand des Grundstückkaufs an sich. Sie präzisieren also nur mittelbar die Hauptleistungspflichten, indem sie festlegen, ob der Vertrag und damit auch die Hauptleistungspflichten überhaupt erfüllt werden müssen. Sie gehören somit zu den deskriptiven Abreden i. w. S. Ein Beurkundungszwang bezüglich Bedingungen ist nach hier vertretener Auffassung zu verneinen. Tritt die Bedingung ein und kommt der Vertrag nicht zustande oder fällt er nachträglich dahin, werden die Parteien automatisch auch vor der Eingehung der «gefährlichen» Hauptleistungspflichten geschützt. Dem Sinn und Zweck der Formvorschriften wird also auch ohne Beurkundung der Bedingungen genügend Rechnung getragen. Dies gilt auch betreffend Potestativbedingungen, da die Parteien gleich wenig wie durch kasuelle Bedingungen «gefährdet» werden.

c) Nebenleistungspflichten

aa) Allgemeines

Vereinbarungen über Nebenpunkte, welche die Hauptleistungspflichten der Parteien spezifizieren, und zwar in dem Sinne, dass sie zusätzliche klagbare Pflichten einer Partei begründen, werden im Folgenden als *Nebenleistungspflichten* bezeichnet. Bevor auf die schwierige Frage ein-

⁷⁵ Gl. M. betreffend die Zwecksetzung der öffentlichen Beurkundung als Hilfsmittel zur Bestimmung des Umfangs des Formzwangs: REY (Fn. 33), Rz. 1361c; LORENZ STREBEL/HERMANN LAIM, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, N. 55 *in fine* zu Art. 657 ZGB; RUF (Fn. 39), S. 367; PAOLETTO (Fn. 45), S. 31; VON BÜREN (Fn. 12), S. 72 f.; a. M. CHRISTIAN BRÜCKNER, Umfang des Formzwangs, in: Jürg Schmid (Hrsg.), *Der Grundstückkauf/La vente immobilière. Beiträge der Weiterbildungseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20. 1. 2009 in Zürich und Lausanne, Zürich/Basel/Genf 2010*, S. 1 ff., S. 2.

⁷⁶ Siehe nur CHRISTOPH LEUENBERGER, § 2 Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: Alfred Koller (Hrsg.), *Der Grundstückkauf*, 2. Aufl., Bern 2001, Rz. 124; GIGER (Fn. 33), N. 267, 269 und 277 zu Art. 216 OR.

⁷⁷ Gl. M. BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 2509 ff.

⁷⁸ Vgl. BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 2509 ff.

⁷⁹ Ähnlich BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 2510.

⁸⁰ In der Tendenz auch BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 2513 betreffend konexe Absprachen im Allgemeinen.

gegangen wird, unter welchen Voraussetzungen solche Klauseln zu beurkunden sind, sind einleitend zwei allgemeine Bemerkungen anzubringen:

Erstens ist der Begriff «Nebenleistungspflicht» mit Bezug auf die hier interessierende Fragestellung weit zu verstehen. Keine Rolle spielt u. E., ob es sich bei der fraglichen Nebenleistungspflicht um einen kaufvertragstypischen Nebenpunkt handelt.⁸¹ Mithin sind auch artfremde Nebenpunkte potenziell beurkundungsbedürftig, da auch sie «mit dem unentbehrlichen Geschäftskern verschmolzen» sein können.

Zweitens setzt die dogmatische Auseinandersetzung mit der Frage, ob eine Nebenleistungspflicht beurkundungsbedürftig ist, voraus, dass die verschiedenen Nebenleistungspflichten systematisch erfasst und kategorisiert werden. Es können u. E. drei Arten von Nebenleistungspflichten ausgemacht werden:

- *Fallgruppe 1: Nebenleistungspflichten, die eine Partei zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung verpflichten* (z. B. Reugelder, Haftgelder, Wandelpön, Konventionalstrafen, Übernahme von Hypotheken durch den Käufer, Gewährung eines Darlehens vom Verkäufer an den Käufer, Zinsen, Gewinnbeteiligungen, Rückkaufrechte im Rahmen von Sicherungskäufen, Abschluss weiterer Verträge wie etwa eines Getränkelieferungsvertrags usw.);
- *Fallgruppe 2: Nebenleistungspflichten, die Naturalleistungspflichten begründen*, d. h. Leistungen, die zwar vordergründig keinen bestimmten, in Geld messbaren Wert aufweisen, denen aber ohne Weiteres ein ökonomischer Wert beigemessen wird, würden diese von einer Drittperson erbracht (z. B. Beistandspflichten, Hilfspflichten usw.);
- *Fallgruppe 3: Nebenleistungspflichten, welche einer Partei die Art und Nutzung des Grundstücks vorschreiben* (Nutzungsvorschriften, d. h. Parzellierungs- oder Überbauungsvorschriften).

Wie bereits erwähnt, können viele dieser Nebenleistungspflichten mit typenwesentlichen Vertragspunkten (Kaufpreis und Grundstück) verbunden sein. Um eine uferlose Ausdehnung des Formzwangs auf sämtliche Nebenleistungspflichten zu verhindern, muss auch hier eine Rückbesinnung auf die *ratio* der Formvorschriften stattfinden.⁸² Ausgehend vom Sinn und Zweck der Formvorschriften ist der Kreis beurkundungspflichtiger Nebenleistungspflichten einzuengen bzw. zu definieren.

Klauseln, die einen klagbaren Erfüllungsanspruch gewähren, sind u. E. nur dann formbedürftig, wenn sie einen *engen Konnex* zum Kaufpreis oder zum Kaufobjekt, d. h. zu den typenwesentlichen Vertragspunkten, aufweisen.⁸³ Dies ist dann der Fall, wenn bei *objektiver Betrachtung* davon ausgegangen werden muss, dass eine Nebenleistungspflicht – quasi verdeckt – Teil der Hauptleistungspflicht ist, obwohl diese – rein formell betrachtet – nur eine Nebenleistungspflicht darstellt.⁸⁴ Es geht also um Nebenleistungspflichten, die bei wirtschaftlicher Betrachtung *partielle Hauptleistungspflichten* darstellen.

Zu klären ist nachfolgend, was konkret unter «engem Konnex» zu verstehen ist bzw. welche Nebenleistungspflichten unter theoretischen Gesichtspunkten effektiv beurkundungsbedürftig sind. Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um eine kaufvertragstypische oder um eine aus Sicht des Kaufvertrags artfremde Abrede (bzw. Nebenleistungspflicht) handelt.

bb) Kaufvertragstypische Nebenleistungspflichten
Kaufvertragstypische Nebenabreden, d. h. Abreden, die im Zusammenhang mit Grundstückkaufverträgen typische Nebenleistungspflichten der Parteien begründen, lassen sich primär den Fallgruppen 1 und 3 zuordnen:

- *Betreffend kaufvertragstypische Nebenleistungspflichten, die eine Partei zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung verpflichten (Fallgruppe 1)*, ist der Beurkundungszwang zu bejahen. Denn damit wird ein zusätzlicher klagbarer, in direktem Zusammenhang mit dem Kaufvertrag stehender Anspruch begründet.
- Genau das Gegenteil gilt bezüglich *kaufvertragstypischer Nebenleistungspflichten, welche einer Partei die Art und Nutzung des Grundstücks vorschreiben (Fallgruppe 3)*. Hier ist u. E. kaum eine Situation denkbar, in welcher solche Nebenleistungspflichten eine partielle Hauptleistungspflicht darstellen. Ferner spricht auch der Sinn und Zweck der Formvorschriften gegen eine Beurkundung. Wie bei deskriptiven Klauseln soll den Parteien einzig die «Gefährlichkeit» der vertragstypischen Leistung (= Übereignung Grundstück) und Gegenleistung (= Zahlung Kaufpreis) aufgezeigt werden. Allfällige Einschränkungen der Nutzung sind keinesfalls so «gefährlich», dass eine öffentliche Beurkundung nötig wäre.

cc) Artfremde Nebenleistungspflichten

Die Frage, ob artfremde Nebenleistungspflichten formbedürftig sind, ist eine schwierige. Dies ist darauf zurückzuführen, dass artfremde Nebenleistungspflichten *prima vista* (z. B. aufgrund der zeitlichen Nähe des Abschlusses der verschiedenen Verträge) als partielle Hauptleistungspflichten angesehen werden könnten, obwohl die Parteien eigentlich etwas anderes beabsichtigt haben.

Bei der Beantwortung dieser Frage kann teilweise auf die reichhaltige Lehre innerhalb der subjektiven Theorien zurückgegriffen werden. Nach hier vertretener Auffassung ist zu untersuchen – wie CHRISTIAN BRÜCKNER treffend bemerkt hat –, ob die fragliche Nebenleistungspflicht objektiv betrachtet selbständig Sinn macht. Es ist also danach zu fragen, ob eine solche Nebenleistungspflicht auch ohne zeitgleich abgeschlossenen Grund-

⁸¹ Restriktiver BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 2506 ff.

⁸² Pro- und Contra-Meinungen siehe oben Fn. 75.

⁸³ In der Tendenz auch BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 2513 betreffend konnexen Absprachen im Allgemeinen.

⁸⁴ Gl. M. bezüglich «Gegenleistung» im Allgemeinen: BRÜCKNER (Fn. 75), S. 7 f.

stückkaufvertrag wirtschaftlich sinnvoll ist, d.h. ob die Parteien die artfremde Nebenleistungspflicht insbesondere zu denselben Konditionen abgeschlossen hätten.⁸⁵ Im Ergebnis sollte man die Absicht bzw. Motivation der Parteien (Beeinflussung Kaufpreis vs. eigenständiges Geschäft) nach objektiven Kriterien eruieren und somit die Frage nach dem Umfang des Formzwangs beantworten können. In jedem Fall ist das *favor negotii*-Prinzip als Leitprinzip zu berücksichtigen und im Zweifelsfall die Beurkundungspflicht abzulehnen. Der Vollständigkeit halber sei daran erinnert, dass auch betreffend Nebenleistungspflichten die potenzielle Kaufpreisbeeinflussung kein taugliches Kriterium zur Bestimmung des Umfangs des Formzwangs ist [oben III. 1. C) b)].

Es lassen sich folgende artfremden Nebenleistungspflichten im Rechtsalltag ausmachen, wobei diese der Fallgruppe 1 oder 2 zuzuordnen sind:

- Artfremde Nebenleistungspflichten, die eine Partei zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung verpflichtet (Fallgruppe 1), sind mannigfaltig. Denkbar sind z.B. Gewinnbeteiligungsklauseln oder die Gewährung eines Darlehens durch den Verkäufer an den Käufer. Die Frage, ob solche Klauseln der Formstrenge unterliegen, ist schwierig zu beantworten. Als Faustregel gilt u.E., dass die Pflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung, deren Rechtsgrund in einer artfremden Nebenleistungspflicht liegt, dann öffentlich zu beurkunden ist, wenn (i) die Zahlung in zeitlicher Nähe zum Abschluss des Grundstückkaufvertrags erfolgt und (ii) wenn die Zahlung, welche die Gegenleistung für die artfremde Nebenleistungspflicht der Gegenpartei darstellt, bei objektiver Betrachtung ohne Abschluss des Grundstückkaufvertrags nicht zu diesen Konditionen geleistet worden wäre, mithin davon ausgegangen werden muss, dass die Nebenleistungspflicht ihren wirtschaftlichen Grund im Grundstückkauf hat. In jedem Fall ist eine solche Nebenabrede aber dann zu beurkunden, wenn die Parteien einen Einfluss auf den Kaufpreis ausdrücklich im Vertragswerk vermerken [oben III. 1. C) b)]. Nicht ausreichend ist hingegen, dass die Pflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung für objektiv ungewisse zukünftige Ereignisse vorgesehen ist. Der Geldfluss erfolgt diesfalls nicht in zeitlicher Nähe zum Abschluss des Grundstückkaufvertrags.
- Nebenleistungspflichten, die Naturalleistungspflichten begründen (Fallgruppe 2), dürften in Grundstückkaufverträgen eher rar sein, weswegen solche Klauseln artfremd sind. Zu denken ist an Beistands- und Hilfspflichtklauseln. Die Frage, ob eine solche Klausel zu beurkunden ist, hängt massgeblich davon ab, ob diese wirtschaftlich betrachtet, d.h. isoliert vom Grundstückkaufvertrag, sinnvoll ist. Dies dürfte wohl in der Regel zu verneinen sein. Kaum jemand wird sich – selbst im engen Verwandtenkreis – vertraglich zur Erbringung von (zeitaufwendigen) Naturalleistungen verpflichten, ohne einen Gegenwert zu erhalten. Werden solche Abreden im Zusammenhang mit der Veräusserung eines Grund-

stücks getroffen, besteht u.E. eine starke Vermutung dafür, dass die Parteien damit eine weitere partielle Hauptleistungspflicht vereinbaren wollten.

D) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Nebenabrede aus zwei Gründen beurkundungspflichtig sein kann, wobei präzisierend festzuhalten ist, dass in gewissen Konstellationen beide Kriterien erfüllt sein können. Zum einen, wenn die Nebenabrede eine Hauptleistungspflicht bekräftigt, und zum anderen, wenn die Nebenabrede eine solche präzisiert. Während im Rechtsalltag das erste Kriterium («Bekräftigung der Leistungspflicht») griffig ist, muss dies betreffend das zweite Kriterium («Präzisierung der Leistungspflicht») teilweise verneint werden. Bei Letzterem muss differenziert werden, ob es sich um eine Abrede mit deskriptivem Charakter oder um eine Vereinbarung, die Nebenleistungspflichten begründet, handelt. Deskriptive Nebenabreden sind grundsätzlich nicht öffentlich zu beurkunden, es sei denn, die Parteien hielten in der Vertragsdokumentation ausdrücklich fest, dass die Höhe des Kaufpreises von einer solchen abhängig ist. Mit Bezug auf Nebenleistungspflichten ist zwischen kaufvertragstypischen und artfremden Pflichten zu differenzieren, wobei anhand der oben dargestellten Kriterien der sachliche Umfang des Formzwangs zu bestimmen ist. Für sämtliche Nebenabreden gilt jedoch der Grundsatz, dass im Zweifelsfall eine Vertragsbestimmung nicht zu beurkunden ist.

2. Nebenabreden

A) Nebenabreden mit deskriptivem Charakter

a) Zahlungsbedingungen

Unter Zahlungsbedingungen (*conditions de paiement*) sind Vereinbarungen zu verstehen, mit denen die Parteien wdie Erfüllung der Kaufpreisschuld abweichend von Art. 75 OR regeln. Darunter fallen Abreden betreffend Zahlungstermine, einen Zahlungsaufschub, die Leistung des Kaufpreises an einen Dritten, die Zahlungsmethode (Check, Banküberweisung, Verrechnung der Kaufpreisforderung), Zinsen usw.

Abreden betreffend die Art und Weise der Erfüllung der Kaufpreisschuld sind deskriptiver Natur. Solche Klauseln sind u.E. nicht formbedürftig.⁸⁶ Die typischerweise «gefährliche» Leistungspflicht des Käufers ist die Kaufpreiszahlung, welche unabhängig von solchen Zahlungsbedingungen genau bestimmt oder bestimmbar ist. Folg-

⁸⁵ Grundlegend: BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 2509 ff.

⁸⁶ Gl. M. Urteil des Bundesgerichts 4A_331/2010 vom 27.9.2010 E. 2; CHRISTINE CHAPPUIS/NICOLAS KUONEN, Contenu matériel de l'acte de vente immobilière, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Der Grundstückkauf/La vente immobilière. Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 20.1.2009 in Zürich und Lausanne, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 15 ff., S. 24 Lemma 1 und 2; a. M. WOLFER (Fn. 32), Rz. 102; FOËX (Fn. 72), N. 11 zu Art. 216 OR; GIGER (Fn. 33), N. 268 zu Art. 216 OR betreffend Zahlung des Kaufpreises an einen Dritten.

lich wird die Hauptleistungspflicht des Käufers durch die Vereinbarung von Zahlungsbedingungen nicht «gefährlicher», womit ein Beurkundungszwang abzulehnen ist. Etwas anderes gilt nur, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Käufer dem Verkäufer zwischen *Signing* und *Closing* noch Zinsen auf der Kaufpreissumme zu bezahlen hat. In dieser Konstellation ist die Abrede formbedürftig, weil die Pflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung begründet wird, die eine partielle Hauptleistungspflicht darstellt (Fallgruppe 1).

In der Praxis kommt es vor, dass der Käufer vor oder bei Vertragsschluss eine *Anzahlung (acompte)* leistet. Nach einem älteren Bundesgerichtsentscheid sind solche Anzahlungen formfrei möglich.⁸⁷ Nach hier vertretener Auffassung sind Anzahlungen als Handgelder zu qualifizieren und zufolge Begründung einer Nebenleistungspflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung immer formbedürftig [unten III. 2. B) b) und III. 2. B) c)].⁸⁸

b) Freizeichnungsklauseln

Man könnte argumentieren, dass Freizeichnungsklauseln (*clauses de limitation de responsabilité*) der Formstrenge unterliegen, weil sie potenziell den Kaufpreis beeinflussen. Zwar trifft es zu, dass solche Risikoallokationsklauseln – zumindest theoretisch – eine Kaufpreisreduktion zur Folge haben, weil der Käufer ein grösseres Risiko auf sich nimmt. Die Übernahme von Risiken durch eine der Parteien besitzt mit anderen Worten einen ökonomischen Wert.⁸⁹

Dieser Auffassung kann u. E. jedoch nicht gefolgt werden. Wie aufgezeigt [oben III. 1. C) b)], verlangt der Sinn und Zweck von Formschriften nicht die öffentliche Beurkundung deskriptiver Abreden, zu denen auch Freizeichnungsklauseln zu zählen sind. Selbst wenn man diese Meinung ablehnt und eine Beurkundung von Freizeichnungsklauseln mit dem Argument der potenziellen Kaufpreisbeeinflussung fordert, gilt es Folgendes zu bedenken: In der heutigen Notariatspraxis wird regelmässig – wie die reichhaltige bundesgerichtliche Rechtsprechung illustriert⁹⁰ – die Gewährleistungspflicht des Verkäufers *floskelartig wegbedungen*. Dieser Umstand zeigt, dass Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen in aller Regel kaum einen (wesentlichen) Einfluss auf die Preisgestaltung haben dürften, wenn diese standardmässig ohnehin vereinbart werden.

Ausnahmsweise sind Freizeichnungsklauseln öffentlich zu beurkunden, wenn in der Vertragsdokumentation ausdrücklich festgehalten wird, dass der Verkäufer dem Käufer aufgrund der Freizeichnung einen genau bestimmten Rabatt gewährt.

c) Zusicherungen

Zusicherungen (*garanties*) sind wie Freizeichnungsklauseln [oben III. 2. A) b)] deskriptive Abreden. Diese können gemäss Bundesgericht – u. E. zu Recht – formfrei vereinbart werden.⁹¹

Kein Argument für eine generelle Beurkundungspflicht von Zusicherungen ist der Umstand, dass eine Zusicherung nur dann sinnvoll sei, wenn sie über die ohnehin in Art. 197 Abs. 1 Var. 2 OR vorgesehene «Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche» hinausgehe.⁹² Ob dem so ist, mag hier dahingestellt sein. Es stimmt zwar, dass das Grundstück in dem Sinne spezifiziert wird, als ein bestimmter Sollzustand zugesichert wird. Allerdings verlangt es Sinn und Zweck der Formvorschriften u. E. nicht, dass eine solche Klausel nach objektiven Gesichtspunkten öffentlich beurkundet wird. Die eigentliche Leistungspflicht des Verkäufers, d. h. die Übereignung des Eigentums, wird dadurch nicht «gefährlicher». Er «verliert» mit oder ohne Zusicherung endgültig sein Eigentum am Grundstück.

Etwas anderes gilt nur, wenn im Vertragswerk ausdrücklich festgehalten wird, dass die Zusicherung den Kaufpreis in einer quantifizierbaren Art beeinflusst hat. Diesfalls ist die Abrede öffentlich zu beurkunden.

Etwas anderes gilt nur, wenn im Vertragswerk ausdrücklich festgehalten wird, dass die Zusicherung den Kaufpreis in einer quantifizierbaren Art beeinflusst hat. Diesfalls ist die Abrede öffentlich zu beurkunden.

d) Allokation von Altlastenrisiken

Nach der Lehre wird das Vorhandensein von Altlasten (*sites contaminés*) richtigerweise als Sachmangel gemäss Art. 197 Abs. 1 OR qualifiziert.⁹³ Wird das Kostenrisiko allfälliger Sanierungen (vgl. Art. 32d Abs. 1 USG⁹⁴) im Vertragswerk der einen oder beiden Parteien zugewiesen, dürfte dies – wie bei Freizeichnungsklauseln – einen nicht quantifizierbaren Einfluss auf den Kaufpreis haben.

Nichtsdestotrotz sind solche deskriptiven Klauseln nicht öffentlich zu beurkunden, da Sinn und Zweck der Formvorschriften dies weder mit Bezug auf den Kaufpreis noch betreffend das Kaufobjekt verlangt. Nur in Ausnahmefällen müssen solche Klauseln beurkundet werden, und zwar dann, wenn der direkte, d. h. quantifizierbare Einfluss auf die Höhe des Kaufpreises im Vertragswerk ausdrücklich festgehalten worden ist.

e) Bedingungen (Art. 151 ff. OR)

Bedingungen (*obligations conditionnelles*) wie z. B. die Erteilung einer Baubewilligung⁹⁵ oder Nichtausübung eines Vorkaufsrechts, die sich auf den Bestand des Grundstück-

⁸⁷ BGE 88 II 158 E. 3b S. 161 f.

⁸⁸ GI. M. PASCAL SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht. Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Basel 1995, § 10 Rz. 22; SPAHR (Fn. 72), S. 824.

⁸⁹ URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 304.

⁹⁰ Siehe z. B. Urteil des Bundesgerichts 4A_11/2015 vom 25. 6. 2015; siehe ferner MARKUS VISCHER, Freizeichnungsklauseln in Grundstückkaufverträgen – Gegenstand einer AGB-Kontrolle oder der Selbstverantwortung?, SJZ 2012, S. 177 ff., S. 179 f.

⁹¹ BGE 73 II 218 E. 1 S. 220; GIGER (Fn. 33), N. 52 zu Art. 219 OR.

⁹² WIEGAND/BRUNNER (Fn. 44), S. 8; GIGER (Fn. 33), N. 274 zu Art. 216 OR.

⁹³ JÖRG SCHMID, Die Gewährleistung beim Grundstückkauf. Ausgewählte Fragen unter Berücksichtigung von Altlasten, ZBGR 2000, S. 353 ff., S. 368 ff.; ERICH RÜEGG, § 5 Die Haftung des Grundstückverkäufers, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. Aufl., Bern 2017, Rz. 86 ff.

⁹⁴ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. 10. 1983 (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

⁹⁵ Beurkundungspflicht offengelassen in BGE 95 II 523 E. 4. S. 529.

kaufvertrags beziehen, sind nach hier vertretener Auffassung nicht öffentlich zu beurkunden. Wie aufgezeigt [oben III. 1. C) b)], sind solche Bedingungen nicht direkt, sondern bloss indirekt mit dem Geschäftskern verbunden. Ferner wird dem Sinn und Zweck der Formvorschriften auch ohne Beurkundung der Bedingungen genügend Rechnung getragen, weil der Grundstückkaufvertrag bei deren Eintritt dahinfällt oder nicht zustande kommt und die Parteien dadurch automatisch vor der Eingehung der «gefährlichen» Hauptleistungspflichten geschützt werden.⁹⁶

Anders gestaltet sich nach hier vertretener Auffassung die Rechtslage, wenn der Eintritt einer vereinbarten Bedingung zu einer Erhöhung⁹⁷ oder Reduktion⁹⁸ des Kaufpreises führt. Solche Bedingungen sind u.E. immer öffentlich zu beurkunden, da sie die Nebenleistungspflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung begründen (Fallgruppe 1).

B) Nebenleistungspflichten

a) Konventionalstrafen (Art. 160 Abs. 1 und 2 OR)

Alternative und kumulative Konventionalstrafen (*peines conventionnelles*) sind grundsätzlich beurkundungspflichtig, da sie die vertragliche Bindung durch einen mittelbaren Erfüllungszwang verstärken und dadurch die Erfüllung des Grundstückkaufvertrags sichern.⁹⁹ Darüber hinaus sind sie auch unter dem Aspekt der Begründung einer Nebenleistungspflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung (Fallgruppe 1) formbedürftig.

b) Haftgelder (Art. 158 OR)

Haftgelder¹⁰⁰ (*arrhes*) können einerseits als Zeichen für den Vertragsschluss (sog. Bekräftigungsgeld), d. h. zu Beweis Zwecken, dienen (*arrha confirmatoria* oder *arrha pacto perfecto data*¹⁰¹). Nach hier vertretener Auffassung ist die *arrha confirmatoria* unabhängig davon, ob es sich um An- oder Draufgeld handelt, beurkundungspflichtig, da sie die Pflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung (Fallgruppe 1) begründet. Denn entweder dient das geleistete Handgeld als Anzahlung, oder die Gegenseite (d. h. der Verkäufer) kann es zusätzlich zum Kaufpreis fordern (Draufgeld).

Andererseits wird das Haftgeld in der Praxis auch zur Sicherung der Vertragserfüllung verwendet (*arrha poenalis*), d. h. der Empfänger darf das Haftgeld behalten, wenn der Geber den Vertrag nicht erfüllt.¹⁰² Der Kaufvertrag wird mit anderen Worten unter eine Suspensivbedingung gestellt. Die *arrha poenalis* hat funktional gesehen dieselbe Funktion wie eine zum Voraus entrichtete Konventionalstrafe, sie erhöht mithin die Bindungswirkung und ist entsprechend öffentlich zu beurkunden. Darüber hinaus begründet sie die Pflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung (Fallgruppe 1) und ist auch unter diesem Aspekt beurkundungsbedürftig.

Dem Beurkundungszwang unterliegen nach dem Gesagten auch im Rahmen eines Vorvertrags (sog. Reservationsvereinbarungen), d. h. vor dem eigentlichen Vertragsschluss, geleistete Anzahlungen (*arrha pacto imperfecto data*).¹⁰³ Auch in dieser Konstellation dient das

Haftgeld der Sicherung des Vertragsschlusses, und es begründet die Pflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung (Fallgruppe 1).

c) Reugelder (Art. 158 OR)

Vom Haftgeld abzugrenzen ist das Reugeld (*dédit*), welches wie das Haftgeld ebenfalls bei oder unmittelbar nach Vertragsschluss geleistet wird.¹⁰⁴ Es erlaubt dem Geber unter Zurücklassung des bei Vertragsschluss übergebenen Reugeldes bzw. dem Empfänger unter Zurücklassung der doppelten Summe vom Vertrag zurückzutreten. Reugelder schwächen mit anderen Worten die vertragliche Bindungswirkung.¹⁰⁵

Obwohl Reugelder die vertragliche Bindungswirkung schwächen, sind sie u.E. dennoch unter dem Gesichtspunkt der Begründung der Pflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung (Fallgruppe 1) öffentlich zu beurkunden.¹⁰⁶ Denn bei Nichtausübung des Rücktrittsrechts stellen Reugelder entweder Anzahlungen oder Draufgelder dar.

⁹⁶ Gl. M. LEUENBERGER (Fn. 76), Rz. 104; GIGER (Fn. 33), N. 270 zu Art. 216 OR; SPIRO (Fn. 13), S. 21 f.; a. M. FELIX R. EHRAT/MARKUS WIDMER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N. 15 zu Vor Art. 151-157 OR; FOËX (Fn. 72), N. 11 zu Art. 216 OR; BRÜCKNER (Fn. 44), S. 24; WOLFER (Fn. 32), Rz. 98; SIMONIUS/SUTTER (Fn. 88), § 10 Rz. 25.

⁹⁷ Gl. M. BGE 86 II 258 E. 2 S. 260 f.

⁹⁸ Gl. M. LEUENBERGER (Fn. 76), Rz. 105; GIGER (Fn. 33), N. 270 zu Art. 216 OR; a. M. BGE 78 II 221 E. 1c S. 226; 75 II 144 E. 1a S. 146 f.

⁹⁹ Vgl. nur BGE 39 II 224 E. 2 S. 226; WOLFER (Fn. 32), Rz. 96; GIGER (Fn. 33), N. 265 zu Art. 216 OR; HAAB (Fn. 39), N. 17 zu Art. 657 ZGB; HONSELL (Fn. 38), S. 183; a. M. VON BÜREN (Fn. 12), S. 74.

¹⁰⁰ Einlässlich THOMAS PIETRUSZAK, in: Kurzkomentar, Obligationenrecht, Basel 2014, N. 1 ff. zu Art. 158 OR.

¹⁰¹ HERMANN BECKER, Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 1945, N. 1 und 3 zu Art. 158 OR.

¹⁰² ANDREAS VON TUHR/ARNOLD ESCHER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1984, S. 288; PIETRUSZAK (Fn. 100), N. 4 zu Art. 216 OR.

¹⁰³ Gl. M. Urteil des Bundesgerichts 4C.271/2003 vom 17. 2. 2004 E. 2.1, obschon die streitgegenständliche Abrede zu Unrecht als Reugeld bzw. Konventionalstrafe bezeichnet wird; JÖRG SCHMID/OLIVER ZBINDEN, Formfragen zur Reservationsabrede über ein Grundstück mit Abgeltungsvereinbarung – eine Reprise, BR 2015, S. 144 f., S. 145; a. M. ALFRED KOLLER, § 3 Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Alfred Koller (Hrsg.), Der Grundstückkauf, 3. Aufl., Bern 2017, Rz. 102; PASCAL PICHON-NAZ/SÉBASTIEN GUISSOLAN, Le contrat de réservation: outil pratique et réalités juridiques, Not@lex 2013, S. 139 ff., S. 144.

¹⁰⁴ Vgl. nur MICHEL MOOSER, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, N. 4 zu Vorbemerkungen zu Art. 158-163 OR; a. M. ALFRED KOLLER, Reugelder bei Grundstückkaufverträgen, ZBJV 2009, S. 73 ff., S. 74.

¹⁰⁵ Statt vieler EHRAT/WIDMER (Fn. 96), N. 1 zu Vorbemerkungen zu Art. 158-163 OR; a. M. offenbar LEUENBERGER (Fn. 76), Rz. 101 und BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 2517.

¹⁰⁶ Im Ergebnis gl. M.: Urteil des Bundesgerichts 4C.271/2003 vom 17. 2. 2004 E. 2.2; BGE 39 II 224 E. 2 S. 226; GIGER (Fn. 33), N. 265 zu Art. 216 OR; HAAB (Fn. 39), N. 17 in fine zu Art. 657 ZGB; KOLLER (Fn. 106), S. 77; WOLFER (Fn. 32), Rz. 97; FOËX (Fn. 72), N. 11 zu Art. 216 OR.

d) Wandelpön (Art. 160 Abs. 3 OR)

Die Wandelpön (*dédit consensuel*), eine Unterart der Konventionalstrafe, weist Ähnlichkeiten mit dem Reugeld auf. Allerdings gewährt sie im Gegensatz zur Reuklausel nur einer Partei gegen Leistung der Konventionalstrafe ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag. Die Wandelpön ist so dann erst im Moment des Rücktritts geschuldet und unterliegt als Konventionalstrafe der Herabsetzung durch den Richter.¹⁰⁷

Die Wandelpön mindert wie Reuklauseln die vertragliche Bindungswirkung.¹⁰⁸ Die öffentliche Beurkundung ist somit unter dem Blickwinkel des Kriteriums «Bekräftigung der Leistungspflicht» nicht angezeigt.

Eine Wandelpön ist jedoch formbedürftig, weil sie eine Nebenleistungspflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung begründet. Die zum Rücktritt berechnete Partei hat nämlich die Wahl, welche von zwei unmittelbar in Geld messbaren Leistungen sie erbringen will (Erfüllung des Vertrags durch Erfüllung der Hauptleistungspflicht vs. Zahlung der Wandelpön und Rücktritt vom Vertrag).

e) Gewinnbeteiligungsklauseln

Durch Vereinbarung einer Gewinnbeteiligungsklausel (*convention de quote-part au gain*) wird der Verkäufer bei einem etwaigen Wiederverkauf des Grundstücks am Gewinn beteiligt, den der Käufer bzw. zukünftige Verkäufer erzielt.

Im Schrifttum gibt es Autoren, welche solche Klauseln dem Beurkundungszwang mit der Begründung unterstellen, dass dieselben einen Einfluss auf die Höhe des Kaufpreises haben.¹⁰⁹ Das Bundesgericht und ein Teil der Lehre verneinen hingegen die Formbedürftigkeit solcher Klauseln.¹¹⁰

Nach hier vertretener Auffassung sind solche Klauseln nicht öffentlich zu beurkunden. Gewinnbeteiligungsklauseln sind artfremde Nebenleistungspflichten, aufgrund derer sich eine Partei zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung (Fallgruppe 1) verpflichtet, und zwar für den Fall des Eintritts eines objektiv ungewissen zukünftigen Ereignisses. Es fehlt mithin der tatsächliche Geldfluss in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum Abschluss des Grundstückkaufs. Wiederum kein stichhaltiges Argument für die Formbedürftigkeit ist der blosser Umstand, dass Gewinnbeteiligungsklauseln geeignet seien, den Kaufpreis zu beeinflussen.¹¹¹

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit solcher Klauseln ist einzig dann zu machen, wenn im Vertragswerk ausdrücklich festgehalten wird, dass der Kaufpreis wegen dieser Gewinnbeteiligungsklausel um einen bestimmten Betrag reduziert wird.

f) Übernahme von Hypotheken durch den Käufer

Kommen die Parteien überein, dass der Käufer die auf dem Grundstück lastenden Hypotheken übernimmt (*reprise d'une dette hypothécaire*), stellt dies eine Nebenleistungspflicht zur «Leistung» einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung (Fallgruppe 1) dar. Solche kaufvertragstypischen Nebenabreden sind immer öffentlich zu

beurkunden, da sich der Kaufpreis um die Summe der Hypothek reduziert.¹¹²

g) Parzellierungs-, Überbauungs- oder Nutzungsvorschriften

In Grundstückkaufverträgen verpflichten sich Käufer bisweilen, das Grundstück in einer bestimmten Art und Weise zu benutzen (sog. Nutzungsvorschriften, *prescriptions d'utilisation*). Es kommt auch vor, dass sich die Verkäufer dazu verpflichten, das ihnen verbleibende und an das Kaufgrundstück angrenzende Land in einer bestimmten Weise zu parzellieren.

Solche Abreden (Fallgruppe 3) sind nach hier vertretener Auffassung formfrei möglich.¹¹³ Die eigentlichen Leistungspflichten der Parteien werden nämlich hiervon nicht berührt. Auch der Sinn und Zweck der Formvorschriften spricht gegen eine öffentliche Beurkundung. Den Parteien soll einzig die «Gefährlichkeit» der Hauptleistungspflichten aufgezeigt werden. Allfällige Nutzungsbeschränkungen oder andere Vorschriften sind nicht so «gefährlich», dass diese öffentlich beurkundet werden müssten.

Sollte ausnahmsweise der Kaufpreis nachweislich, d. h. im Vertragswerk ersichtlich, aufgrund einer solchen Abrede tiefer oder höher ausfallen, mithin die Erfüllung einer solchen Verpflichtung als partielle Leistung neben die Hauptleistungspflicht treten, ist diese öffentlich zu beurkunden.¹¹⁴ Es besteht jedoch keine Vermutung, dass bei Vorliegen einer solchen Vorschrift automatisch der Kaufpreis beeinflusst wird, und deswegen die Beurkundungspflicht solcher Abreden zu bejahen wäre.¹¹⁵

h) Abschluss eines Darlehensvertrags

Gewährt der Verkäufer dem Käufer ein Darlehen (*prêt de consommation*), damit Letzterer überhaupt das Grundstück erwerben kann, stellt sich die Frage, ob der Darlehensvertrag formbedürftig ist. Es handelt sich hierbei um eine artfremde Nebenleistungspflicht, die eine Pflicht zur Leistung einer unmittelbar in Geld messbaren Zahlung begründet. Die Darlehenssumme wird zeitnah zum Abschluss des Grundstückkaufvertrags geleistet und ist daher potenziell formbedürftig. Zu prüfen ist anhand objektiver Kriterien, ob das Darlehen auch ohne Grundstück-

¹⁰⁷ BUCHER (Fn. 29), S. 529 f.

¹⁰⁸ BRUNO VON BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 410.

¹⁰⁹ LEUENBERGER (Fn. 76), Rz. 124; GIGER (Fn. 33), N. 267 und 277 zu Art. 216 OR; SCHMIDLIN (Fn. 21), N. 100 zu Art. 11 OR; WOLFER (Fn. 32), Rz. 114.

¹¹⁰ BGE 75 II 144 E. 1c S. 147 f.; BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 2521; VON BÜREN (Fn. 12), S. 74.

¹¹¹ So aber LEUENBERGER (Fn. 76), Rz. 124.

¹¹² Gl. M. FOËX (Fn. 72), N. 11 zu Art. 216 OR; WOLFER (Fn. 32), Rz. 100.

¹¹³ A. M. BGE 90 II 34 E. 2 S. 38 = Pra 1964 Nr. 71 S. 196 (Überbauungsvorschriften); 68 II 229 E. 1 S. 234 (Parzellierungsvorschriften); WOLFER (Fn. 32), Rz. 113; GIGER (Fn. 33), N. 269 zu Art. 216 OR; gl. M. BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 2521.

¹¹⁴ In diesem Sinne wohl GIGER (Fn. 33), N. 269 zu Art. 216 OR.

¹¹⁵ So aber LEUENBERGER (Fn. 76), Rz. 123.

kauf zu denselben Konditionen gewährt worden wäre. Falls ja, ist es nicht formbedürftig, falls nein, ist es öffentlich zu beurkunden, weil es eine partielle Hauptleistungspflicht darstellt.¹¹⁶

IV. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass auf die Frage, welche Abreden eines Grundstückskaufvertrags öffentlich zu beurkunden sind, auch über ein halbes Jahrhundert nach dem Beitrag von KARL SPIRO immer noch keine «einfache und praktische Antwort» gegeben werden kann.

Als *Fazit* ist festzuhalten, dass vorsichtige Urkundspersonen angesichts der harschen Rechtsfolgen eines Formmangels und der teilweise unklaren Rechtslage gut beraten sind, möglichst viel öffentlich zu beurkunden.¹¹⁷ Dem steht *in praxi* jedoch oft der Klientenwunsch nach möglichst wenig Publizität und möglichst geringem administrativem Aufwand entgegen. Für den Fall, dass eine Partei aufgrund des Vorsichtsprinzips darauf pocht, möglichst viel öffentlich zu beurkunden, ist Folgendes zu beachten: Notare sind als Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit – Rechtsmissbrauchsfälle oder zwingende Ablehnungsgründe vorbehalten¹¹⁸ – verpflichtet (*Urkundspflicht/l'obligation d'instrumenter*), eine von den Parteien gewünschte öffentliche Beurkundung (z. B. mit Bezug auf eine bestimmte Klausel oder einen ganzen Vertrag) vorzunehmen, selbst wenn die Parteien die öffentliche Beurkundung freiwillig im Sinne von Art. 16 OR beanspruchen (sog. gewillkürte Form, *forme volontaire*).¹¹⁹ Verweigert eine Urkundsperson die öffentliche Beurkundung ungerechtfertigt, stellt dies eine *formelle Rechtsverweigerung* und somit eine Verletzung der gleichen gerechten Behandlung (Art. 29 Abs. 1 BV¹²⁰) dar.¹²¹

Es wäre wünschenswert, wenn das Bundesgericht – zumal es seine eigene Theorie nicht immer konsequent anwendet¹²² – sich von der eingeschränkten subjektiven Theorie verabschiedete und sich der gemässigten objektiven

Theorie anschliesse. Die eingeschränkte subjektive Theorie ist nämlich, wie im Schrifttum bereits mehrfach kritisiert worden ist, gekünstelt (= Unterwerfung aller subjektiv wesentlichen Punkte unter den Formzwang unter gleichzeitiger Einschränkung auf jene Nebenabreden, die im Rahmen des Kaufvertrags liegen) und zudem aufgrund der vagen Abgrenzungskriterien («Nebenpunkte im Rahmen des Kaufvertrags») nicht praxistauglich,¹²³ zumal die Urkundspersonen den subjektiven Willen der Parteien in der Regel weder kennen noch kennen müssen. Sodann sprechen dogmatische Gründe (Stichwort: «Der Formschutz schützt nicht den Konsens») gegen die subjektiven Theorien.

¹¹⁶ Ebenso WOLFER (Fn. 32), Rz. 117; GIGER (Fn. 33), N. 277 zu Art. 216 OR.

¹¹⁷ BRÜCKNER (Fn. 44), S. 13 f.; RUF (Fn. 44), S. 327; HONEGGER (Fn. 52), S. 513 *in fine*; SPAHR (Fn. 72), S. 825 f.

¹¹⁸ Zum Rechtsmissbrauch, z. B. BRÜCKNER (Fn. 50), Rz. 1208; betreffend zwingende Ablehnungsgründe: STEPHAN WOLF/ARON PFANNMATTER, in: Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Bern 2009, N. 12 zu Art. 30 NG und N. 3 ff. zu Art. 31 NG.

¹¹⁹ Ausdrücklich Art. 30 Abs. 1 des Notariatsgesetzes des Kantons Bern vom 22. 11. 2005 (NG; BSG 169.11); PETER RUF, Notariatsrecht, Langenthal 1995, Rz. 632; MOOSER (Fn. 32), Rz. 144; WOLF/PFANNMATTER (Fn. 118), N. 3 zu Art. 20 NG und N. 4 und 7 zu Art. 30 NG; ALFRED SANTSCHELI, Die Berufspflichten des bernischen Notars, Diss. Bern 1958, S. 8 f.; SCHMID (Fn. 23), Rz. 590 und 884; Appellationshof des Kantons Bern, II. Zivilkammer, vom 18. 12. 1984 E. 5, in: BN 1986, S. 241, S. 246; Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich, ZBGR 1955, S. 228 Ziff. II.3.; a. M. Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 2. 5. 1944, in: ZBGR 1946, Nr. 88 S. 274 f.

¹²⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. 4. 1999 (SR 101).

¹²¹ MOOSER (Fn. 32), Rz. 143; DÉPRAZ (Fn. 39), Rz. 263 f.; RUF (Fn. 121), Rz. 619 ff.; WOLF/PFANNMATTER (Fn. 118), N. 5 und 14 ff. zu Art. 30 NG.

¹²² Siehe z. B. KARL SPIRO, Grundstückskauf und Formzwang. Replik zu BGE 90-II-154 ff., BJM 1965, S. 213 ff., S. 214 f.

¹²³ Vgl. nur REBER (Fn. 14), Rz. 65 oder YUNG (Fn. 39), S. 631 ff.