



Kommentar zu: Urteil: [5A_843/2021](#) vom 2. August 2022
Sachgebiet: Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Formbedürftigkeit einer gleichentags wie der Grundstückkaufvertrag geschlossenen Vereinbarung?

Autor / Autorin

Marina Beeler, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 5A_843/2021 vom 2. August 2022 entschied das Bundesgericht, dass die gleichentags wie der Grundstückkaufvertrag zwischen den gleichen Parteien geschlossene Vereinbarung über die Erstellung einer Unterniveaugarage durch den Verkäufer und die Einräumung eines Benutzungsrechts der Käuferin an Parkplätzen in dieser Unterniveaugarage nicht öffentlich beurkundet werden muss.

Sachverhalt

[1] A (Verkäufer, Beschwerdeführer, nachfolgend: Verkäufer) und seine Ehefrau waren je hälftig Eigentümer der beiden Grundstücke Kat.-Nrn. xxx und yyy. Am 10. Juli 2019 begründeten sie zugunsten und zulasten ihrer beiden Grundstücke mittels eines Dienstbarkeitsvertrages verschiedene Eigentümerdienstbarkeiten, darunter ein Überbaurecht für eine Unterniveaugarage (zu Gunsten von Grundstück Kat.-Nr. xxx) und ein Mitbenützungsrecht an Besucherparkplätzen (zu Gunsten von Grundstück Kat.-Nr. yyy). Gleichentags verkauften der Verkäufer und seine Ehefrau das Grundstück Kat.-Nr. yyy an B (Käuferin, Beschwerdegegnerin, nachfolgend: Käuferin) (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Ebenfalls am 10. Juli 2019 unterzeichneten der Verkäufer und die Käuferin die «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze V-Strasse». Darin wurde festgehalten, dass der Verkäufer auf dem Grundstück Kat.-Nr. xxx bis spätestens Ende März 2020 ein Mehrfamilienhaus mit Unterniveaugarage, einen Velounterstand, Besucherparkplätze und einen Fussweg erstellen werde. Weiter wurde festgehalten, das Grundstück Kat.-Nr. yyy habe das Benützungsrecht an sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage, das Mitbenützungsrecht an zwei Besucherparkplätzen und das Mitbenützungsrecht am Velounterstand. Sobald die Unterniveaugarage erstellt und von der Baubehörde abgenommen worden sei, seien dem Verkäufer CHF 270'000 zu bezahlen. Darüber hinaus vereinbarten die Parteien eine Konventionalstrafe, wonach der Verkäufer CHF 35'000 zahlen müsse, falls die Unterniveaugarage bis Ende März 2020 noch nicht fertiggestellt werde, und weitere CHF 35'000, falls sie bis Ende Juni 2020 immer noch nicht fertiggestellt sei. Die Unterniveaugarage wurde innert den vereinbarten Fristen nicht fertiggestellt (Sachverhalt Teil A.b).

[3] Mit Zahlungsbefehl vom 20. April 2020 des Betreibungsamts Embrachertal leitete die Käuferin gegen den Verkäufer eine Betreibung für den Betrag von CHF 35'000 ein. Der Verkäufer erhob hiergegen Rechtsvorschlag (Sachverhalt Teil B.a).

[4] Nachdem erstinstanzlich die provisorische Rechtsöffnung verweigert worden war, erteilte das Obergericht des Kantons Zürich der Käuferin mit Urteil vom 2. September 2021 antragsgemäss die provisorische Rechtsöffnung für CHF 35'000 (Sachverhalt Teil B.b).

[5] Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 12. Oktober 2021 beantragte der Verkäufer im Wesentlichen die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils und die Abweisung des von der Käuferin gestellten Rechtsöffnungsbegehrens. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab (Sachverhalt Teil C und E. 3).

Erwägungen

[6] Die Vorinstanz habe im Wesentlichen erwogen, selbständige Zusatzabreden des Grundstückkaufvertrages würden nicht dem qualifizierten Formzwang des Art. 216 OR unterliegen, auch wenn sie für die Parteien eine *conditio sine qua non* für den Kaufabschluss gewesen seien. Als selbständige Zusatzabreden des Grundstückkaufvertrages würden u.a. Leistungen des Käufers gelten, die nicht im Austausch gegen das Grundstück, sondern für andere Leistungen des Verkäufers zu erbringen seien. Die «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» enthalte werkvertragliche Elemente (Erstellung der Tiefgarage) und Elemente eines Gebrauchsüberlassungsvertrages (Benützungsrecht an sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage). Es liege somit ein gemischtes Vertragsverhältnis bzw. ein Innominatvertrag vor (E. 2.2).

[7] Laut Vorinstanz sei im Grundstückkaufvertrag festgehalten worden, die Käuferin würde den Inhalt der gleichentags errichteten Dienstbarkeiten kennen und wisse, dass die Unterniveaugarage, die Besucherparkplätze, der Fussweg und der Velounterstand noch nicht erstellt seien. Das Fusswegrecht sowie die Mitbenützungsrechte am Velounterstand und an den Besucherparkplätzen könnten demnach noch nicht ausgeübt werden. Die Parteien hätten ausdrücklich darauf verzichtet, zu erwähnen, bis wann die Besucherparkplätze, der Fussweg und der Velounterstand zu erstellen seien; ebenfalls sei im Vertrag festgehalten worden, dass der Käuferin die Folgen bewusst seien, falls der Fussweg, der Velounterstand und die Besucherparkplätze gar nicht erstellt werden könnten. Inwiefern die Verpflichtungen gemäss der «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» für die Parteien subjektiv wesentliche Nebenabreden für den Grundstückkaufvertrag gewesen sein sollten, erschliesse sich weder aus den Vorbringen des Verkäufers noch aus den eingereichten Unterlagen. Ebenso wenig sei ersichtlich, dass die Verpflichtung zur Erstellung der Unterniveaugarage die Leistungen und Gegenleistungen des Kaufvertrages berühren würde. Das Benützungsrecht an sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage sei lediglich in der «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» aufgeführt, während die Dienstbarkeiten (Fusswegrecht, Mitbenützungsrecht am Velounterstand und an den Besucherparkplätzen) bereits im Dienstbarkeitsvertrag geregelt und im Grundstückkaufvertrag genannt worden seien. Das Leistungsverhältnis des Grundstückkaufvertrages werde durch die «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» nicht berührt. Die Leistung des Verkäufers bestehe vielmehr darin, die Parkplätze in der Unterniveaugarage zur Benützung zur Verfügung zu stellen, und als Gegenleistung erhalte er die Benützungsgebühr. Ein Formerfordernis für die «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» und damit auch für die Konventionalstrafe könne anhand der gesetzlichen Formvorschriften beim Grundstückkauf nach Art. 216 OR bzw. der sachlichen und zeitlichen Nähe zwischen der «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» und dem Grundstückkaufvertrag entgegen der Ansicht des Verkäufers nicht ausgemacht werden (E. 2.2).

[8] Der Verkäufer halte vor Bundesgericht an seiner Sichtweise fest und argumentiere, dass eine unmittelbare zeitliche Nähe des Grundstückkaufvertrages zur «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze», also ein direkter zeitlicher Zusammenhang bestehe. Auch in sachlicher Hinsicht seien der Grundstückkaufvertrag und die «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» eng miteinander verwoben. Die Konventionalstrafe beziehe sich direkt auf die Dienstbarkeiten gemäss Kaufvertrag, die nur ausgeübt werden könnten, wenn die Unterniveaugarage fertiggestellt sei. Die Strafe diene damit ebenfalls direkt der Absicherung der Dienstbarkeiten gemäss Kaufvertrag. Die Dienstbarkeiten wiederum seien Teil der Gegenleistung für den im Kaufvertrag fixierten Kaufpreis. Damit bilde die «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» mit dem Grundstückkaufvertrag eine Einheit, weshalb sie ebenfalls der öffentlichen

Beurkundung bedürfe (E. 2.3).

[9] Gemäss Art. 216 Abs. 1 OR bedürfe ein Vertrag, der ein Grundstück zum Gegenstand habe, zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. Wie diese vorzunehmen sei, bestimme das kantonale Recht. Der Begriff der öffentlichen Beurkundung sei jedoch ein solcher des Bundesrechts, das auch den Umfang des Formzwangs bestimme. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fielen sowohl die objektiv als auch die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte unter die Formvorschriften des Grundstückskaufvertrages. Allerdings folge daraus nicht, dass der Formzwang sich auf sämtliche Punkte erstrecke, die für den Abschluss des in Frage stehenden Vertrages wesentlich seien. Im subjektiv wesentlichen Bereich sei er auf diejenigen Vertragspunkte einzuschränken, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstyps bildeten. Verpflichtungen, die für den Grundstückskaufvertrag artfremd seien, bedürfen daher keiner Aufnahme in die öffentliche Urkunde, sofern das Versprochene nicht als zusätzliche Gegenleistung einer Partei in das kaufrechtliche Austauschverhältnis einflüsse. Es genüge also nicht, wenn die eine Verpflichtung bloss Anlass zur anderen sei, zwei Verträge beispielsweise in kausaler Abhängigkeit zueinander stünden bzw. der Bestand der einen Abrede eine *conditio sine qua non* für die Zustimmung zur zweiten darstelle (E. 2.4.1).

[10] Vorliegend sei mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Verkäufer (und nur dieser als Miteigentümer) und die Käuferin in der «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» Abreden über ein selbständiges Leistungspaar getroffen hätten. So werde im Grundstückskaufvertrag ein Benützungsrecht an sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage nicht erwähnt und werde umgekehrt in der «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» die Verpflichtung der Käuferin zur Zahlung des Betrags von CHF 270'000 lediglich von der Erstellung und Abnahme der Unterniveaugarage (und nicht auch von der Erstellung der Besucherparkplätze, des Fusswegs und des Velounterstands) abhängig gemacht. Weshalb bei dieser Ausgangslage keine jeweils eigenständigen Regelungen vorliegen sollten bzw. weshalb die «Vereinbarung betreffend Tiefgaragenplätze» wie der Grundstückskauf ebenfalls zum Gegenstand der notariellen Aufklärung, der Beratung und des Urkundenbeweises hätten gemacht werden müssen, vermöge der Verkäufer nicht plausibel zu machen. Namentlich finde die Behauptung des Verkäufers, die Konventionalstrafe sei dafür geschuldet, dass die gemäss Grundstückskaufvertrag bezahlten Dienstbarkeiten nicht ausgeübt werden können, im Wortlaut der «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» keine Stütze. Vielmehr knüpfe die Pflicht zur Bezahlung der Konventionalstrafe gemäss dem klaren Wortlaut der genannten Vereinbarung einzig an die Nichterfüllung der Verpflichtung zum termingerechten Bau der Tiefgarage an. Demzufolge könne der Vorinstanz keine Verletzung von Bundesrecht vorgeworfen werden, wenn diese es abgelehnt habe, das für den Grundstückskaufvertrag geltende Formerfordernis auf die gleichentags abgeschlossene «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» (inklusive der darin enthaltenen Konventionalstrafenabrede) auszudehnen bzw. indem diese das Vorliegen des geltend gemachten Formmangels im Stadium des Rechtsöffnungsverfahrens zumindest nicht als wahrscheinlicher als dessen Nichtvorliegen erachtet habe (E. 2.4.2).

[11] Mithin habe die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht von einer bedingten Schuldanerkennung in Form einer formgültig vereinbarten Konventionalstrafe ausgehen dürfen. Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe berechtige zur provisorischen Rechtsöffnung, wenn gleichzeitig der Beweis für die Vertragsverletzung erbracht werde. Dass die Pflicht zur Erstellung der Unterniveaugarage nicht rechtzeitig erfüllt wurde, sei unstrittig. Weitere Einwände gegen die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung würden nicht vorgebracht, sodass es beim vorinstanzlichen Entscheid auch insgesamt sein Bewenden habe. (E. 2.5).

Kurzkommentar

[12] Das vorliegende Urteil drehte sich einmal mehr um die strittige Frage, wie weit der Umfang des Formzwangs der öffentlichen Beurkundung bei einem Grundstückskaufvertrag nach Art. 216 Abs. 1 OR geht.^[1] Die Lehre hat zur Bestimmung des Formumfangs mehrere Theorien entwickelt.^[2]

[13] Eine dieser Theorien ist die *eingeschränkte subjektive Theorie*. Dieser Theorie zufolge müssen nebst den objektiv wesentlichen Punkten auch jene subjektiv wesentlichen Punkte öffentlich beurkundet werden, die ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückskaufvertrages betreffen.^[3] Das Bundesgericht schloss sich 1987 dieser Theorie an.^[4] Dabei weist das Bundesgericht immer wieder darauf hin, dass sich der Formzwang lediglich auf Abmachungen im Rahmen des Kaufvertrages erstrecke und bei sonstigen Übereinkünften selbst dann nicht greife, wenn für die Parteien der Bestand der einen Abrede *conditio sine qua non* für die Zustimmung

zur zweiten darstelle.[\[5\]](#)

[14] Eine andere Theorie zur Bestimmung des Formumfangs bei Grundstückkaufverträgen ist die *gemässigte objektive Theorie*. Laut dieser Theorie müssen neben den objektiv wesentlichen Punkten auch gewisse objektiv unwesentliche Punkte öffentlich beurkundet werden, sofern diese direkt mit dem unentbehrlichen Geschäftskern, d.h. mit den typenwesentlichen Vertragspunkten untrennbar verbunden bzw. verschmolzen sind.[\[6\]](#) Ein Nebenpunkt eines Grundstückkaufvertrages muss somit insbesondere dann öffentlich beurkundet werden, wenn dieser die Leistung und Gegenleistung präzisiert oder die Leistungspflicht bekräftigt.[\[7\]](#)

[15] Das Bundesgericht kam unter Anwendung der eingeschränkten subjektiven Theorie zum Schluss, dass sich der Beurkundungszwang nicht auf die für den Grundstückkaufvertrag *artfremde* (vgl. E. 2.4.1) «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» erstrecke. Dabei prüfte es, ob die artfremde Pflicht (d.h. die Erstellung der Unterniveaugarage und die Einräumung eines Benutzungsrechts gegen Zahlung von CHF 270'000) in das Austauschverhältnis des Grundstückkaufvertrages einfliesst. Diese schwierige Frage verneinte das Bundesgericht mit folgenden drei Argumenten (vgl. E. 2.4.2):

- Erstens erwähne der Grundstückkaufvertrag das Benutzungsrecht an sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage nicht.[\[8\]](#)
- Zweitens sei die Pflicht der Käuferin zur Zahlung von CHF 270'000 gemäss «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» lediglich von der Erstellung und Abnahme der Unterniveaugarage und nicht auch von der Erstellung der Besucherparkplätze, des Fusswegs und des Velounterstands abhängig.
- Drittens sichere die in der «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» enthaltene Konventionalstrafe nicht die im Grundstückkaufvertrag erwähnten Dienstbarkeiten ab, sondern die fristgerechte Erstellung der Unterniveaugarage.

[16] Die ersten zwei, formalistischen Argumente überzeugen nicht. Das Bundesgericht beantwortet damit nämlich nicht die Frage, ob die artfremde Pflicht in das kaufrechtliche Austauschverhältnis einfliesst.[\[9\]](#) Das Bundesgericht hätte vielmehr argumentieren müssen, dass die Erstellung der Unterniveaugarage und die Einräumung eines Benutzungsrechts an sieben Parkplätzen einerseits und die Zahlung von CHF 270'000 andererseits nicht als zusätzliche Gegenleistung in das kaufrechtliche Austauschverhältnis einfließen. Weiter hätte das Bundesgericht argumentieren müssen, der Kaufgegenstand habe gemäss Parteiwillen kein Benutzungsrecht umfasst.[\[10\]](#) d.h. der Kaufpreis sei für das Grundstück ohne Benutzungsrechte bezahlt worden.[\[11\]](#) Dies hätte dem Bundesgericht erlaubt, den Schluss zu ziehen, dass die «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» zwar in kausaler Abhängigkeit zum Grundstückkaufvertrag steht, aber das kaufrechtliche Austauschverhältnis nicht beeinflusst, weil der Kaufpreis für das Grundstück ohne Benutzungsrechte bezahlt wurde. Überzeugend ist hingegen das dritte bundesgerichtliche Argument. Die Dienstbarkeiten waren – wie aufgezeigt – nicht Teil des Kaufgegenstands.

[17] Diesem Resultat (Rz. 15–16) ist zuzustimmen. Zu diesem Ergebnis wäre das Bundesgericht wohl auch gelangt, wenn es die von uns favorisierte *gemässigte objektive Theorie* angewandt hätte. Die fragliche artfremde Nebenleistungspflicht verpflichtete primär die Käuferin zur Leistung einer in Geld messbaren Zahlung.[\[12\]](#) Solche Zahlungen sind grundsätzlich dann öffentlich zu beurkunden, wenn sie (i) in zeitlicher Nähe zum Abschluss des Grundstückkaufvertrages geleistet werden und (ii) bei objektiver Betrachtung ohne Abschluss des Grundstückkaufvertrages nicht zu diesen Konditionen geleistet worden wären.[\[13\]](#) Das erste Kriterium ist vorliegend nicht erfüllt. Ob das zweite Kriterium erfüllt ist, kann mangels Sachverhaltskenntnis nicht beantwortet werden. Allerdings scheinen die Parteien ein selbständiges Leistungspaar vereinbart zu haben, womit der wirtschaftliche Grund der Zahlung von CHF 270'000 nicht im Grundstückkauf zu liegen scheint.

[18] Abschliessend ist festzuhalten, dass das Bundesgericht die Frage der Formgültigkeit der «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» und der darin enthaltenen Konventionalstrafe mit der beschränkten Kognition des Rechtsöffnungsrichters prüfte.[\[14\]](#) Entsprechend hielt es fest, dass die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt habe, «indem sie das Vorliegen des geltend gemachten Formmangels im Stadium des Rechtsöffnungsverfahrens zumindest nicht als wahrscheinlicher als dessen Nichtvorliegen erachtet»[\[15\]](#) habe. Der unterlegene Verkäufer hätte somit eine Aberkennungsklage erheben können (Art. 83 Abs. 2 [SchKG](#)).[\[16\]](#)

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] Siehe die Auflistung von Urteilen bei MARKUS REBER, [Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf](#), in: Jusletter 9. Mai 2005, Rz. 36 ff.

[2] Vgl. die Übersicht zu den einzelnen Theorien bei MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, *Anwaltsrevue* 2017, S. 473 ff., S. 475 ff.

[3] Übersichtlich zu den Vertretern dieser Theorie: VISCHER/GALLI (Nr. 2), S. 477 (Anm. 44).

[4] Siehe die Nachweise im Urteil des Bundesgerichts [4A_530/2016](#) vom 20. Januar 2017 E. 8.2.

[5] Statt vieler: BGE [113 II 402](#) E. 2a S. 404 f.

[6] Übersichtlich zu den Vertretern dieser Theorie: VISCHER/GALLI (Nr. 2), S. 476 (Anm. 39).

[7] VISCHER/GALLI (Nr. 2), S. 476.

[8] Das Benutzungsrecht an sieben Parkplätzen in der Unterniveaugarage wurde laut Bundesgericht und Vorinstanz nur in der «Vereinbarung für Tiefgaragenplätze» aufgeführt (E. 2.2 und 2.4.2). Allerdings scheinen die Parteien trotzdem die vom Verkäufer zu errichtende Unterniveaugarage im Grundstückkaufvertrag erwähnt zu haben (E. 2.2, vgl. Nr. 10). Folglich gingen die Parteien im Grundstückkaufvertrag davon aus, dass eine Unterniveaugarage gebaut werden soll, welche die Rechtsbeziehungen der Parteien hinsichtlich des verkauften Grundstücks betrifft.

[9] Z.B. im Allgemeinen: Urteil des Bundesgerichts [4A_530/2016](#) vom 20. Januar 2017 E. 8.2.

[10] «Im Grundstückkaufvertrag sei festgehalten worden, die Gesuchstellerin (heutige Beschwerdegegnerin) würde den Inhalt der gleichentags errichteten Dienstbarkeiten kennen und wisse, dass die Unterniveaugarage, die Besucherparkplätze, der Fussweg und der Velounterstand noch nicht erstellt seien. Das Fusswegrecht sowie die Mitbenutzungsrechte am Velounterstand und an den Besucherparkplätzen könnten demnach noch nicht ausgeübt werden. Die Parteien hätten ausdrücklich darauf verzichtet, zu erwähnen, bis wann die Besucherparkplätze, der Fussweg und der Velounterstand zu erstellen seien; ebenfalls sei im Vertrag festgehalten worden, dass der Gesuchstellerin die Folgen bewusst seien, falls der Fussweg, der Velounterstand und die Besucherparkplätze gar nicht erstellt werden könnten.» (E. 2.2).

[11] Die gegenteilige Ansicht des Verkäufers überzeugt nicht (vgl. E. 2.3).

[12] Siehe zu dieser Fallgruppe VISCHER/GALLI (Nr. 2), S. 483.

[13] VISCHER/GALLI (Nr. 2), S. 483.

[14] Im Allgemeinen: Urteil des Bundesgerichts [5A_914/2020](#) vom 28. April 2021 E. 3.1.

[15] Urteil des Bundesgerichts [5A_843/2021](#) vom 2. August 2022 E. 2.4.2 *in fine*.

[16] Im Allgemeinen zur Aberkennungsklage z.B. DANIEL STAEHELIN, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, 3. Aufl., Basel 2021, Art. 83 SchKG N 13 ff.

Zitiervorschlag: Marina Beeler / Dario Galli / Markus Vischer, Formbedürftigkeit einer gleichentags wie der Grundstückkaufvertrag geschlossenen Vereinbarung?, in: dRSK, publiziert am 24. Januar 2023

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch