

2. Privatrecht / Droit privé

2.6 Sachenrecht – Beschränkte dingliche Rechte

(2) Baurechtszins: Formbedürftigkeit einer Änderung der ursprünglichen Zinsabrede? Art. 779a ZGB; Art. 12 und 115 OR.

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 19. November 2010, *Frau X. c. A. SA* (5A_251/2010), Beschwerde in Zivilsachen.

Mit Bemerkungen von
Prof. Dr. ALFRED KOLLER, Universität St. Gallen



Zusammenfassung des Entscheids

Frau X. ist Eigentümerin eines Grundstücks, auf dem ein selbständiges und dauerndes Baurecht zu Gunsten der A. SA lastet. X. und die A. SA setzten den Baurechtszins im November 1980 auf 13'740 Franken pro Jahr fest und sahen im öffentlich beurkundeten Vertrag überdies vor, dass dieser jährlich an den Landesindex der Konsumentenpreise anzupassen sei. Im April 2001 trafen die Parteien eine neue Vereinbarung, in welcher der Baurechtszins auf neu 15'520 Franken festgesetzt wurde; dieser Betrag lag unter dem indexierten ursprünglichen Baurechtszins. Rund fünf Jahre später, im Oktober 2006, forderte Frau X. von der A. SA 103'607 Franken. Dieser Betrag ergab sich aus der Differenz zwischen dem Baurechtszins, wie er gemäss Vertrag von 1980 zu bezahlen gewesen wäre, und dem tatsächlich bezahlten Baurechtszins, wie er gemäss der Vereinbarung von 2001 geschuldet war. Frau X. machte namentlich geltend, die Vereinbarung von 2001 sei nicht öffentlich beurkundet worden und daher wegen Verstosses gegen Art. 779a ZGB ungültig. Die A. SA wies das Begehren zurück, worauf Frau X. beim Kantonsgericht Neuenburg Klage einreichte. Diese wurde abgewiesen. Eine beim Bundesgericht eingereichte Beschwerde in Zivilsachen hatte keinen Erfolg.

Das Bundesgericht hat vorerst geprüft, ob die ursprüngliche Zinsabrede bei Abschluss des Baurechtsvertrages im Jahre 1980 dem Formzwang von Art. 779a ZGB unterlag. Dies hat es verneint. Art. 12 OR, wonach sich der Formzwang, wo ein solcher besteht, grundsätzlich auch auf Vertragsänderungen bezieht, fand daher von vornherein keine Anwendung. Dementsprechend erübrigte sich auch die Abgrenzung von Art. 12 OR zu Art. 115 OR, wonach der Vertrag auf Aufhebung einer Verbindlichkeit (Schulderlass) auch dann nicht formbedürftig ist, wenn für deren Begründung eine Form erforderlich war (diese Abgrenzung ist umstritten, vgl. z.B. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich 2008, Rn 3126; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2009, § 63 Rn 26 ff.). In der Frage des ursprünglichen Formzwangs hat

das Bundesgericht vorerst seine Rechtsprechung (BGE 113 II 402; 135 III 295) in Erinnerung gerufen, wonach nicht der ganze Vertragsinhalt vom Formzwang erfasst ist, sondern nur die objektiv wesentlichen Punkte sowie jene Punkte, welche subjektiv wesentlich und zudem vertragstypisch sind (E. 6.1.1). Sodann hat es festgestellt, dass der Baurechtszins nicht zu den objektiv wesentlichen Punkten gehört (E. 6.3, erster Absatz):

«La rente est une dette personnelle du superficiaire; elle ne constitue pas un élément constitutif du droit de superficie, ni ne lui est rattachée à titre d'obligation propter rem (cf. consid. 4.1 supra). En conséquence, il convient d'admettre, avec la doctrine majoritaire, que la rente ne constitue pas un élément objectivement essentiel du contrat constitutif de superficie devant impérativement être couvert par la forme authentique.»

Mit Bezug auf die subjektive Wesentlichkeit hat es Folgendes ausgeführt (E. 6.3, zweiter Absatz):

«De plus, il ne ressort pas de l'arrêt attaqué que la rente était un élément subjectivement essentiel devant revêtir la forme authentique. La recourante, à qui incombe le fardeau de la preuve selon l'art. 8 CC, ne mentionne nullement dans son recours au Tribunal fédéral que, en procédure cantonale, elle aurait allégué et offert de prouver – en indiquant précisément les passages de ses écritures et les pièces y relatives (cf. consid. 2.2 supra) – que la rente constituait pour les parties un tel élément. Au contraire, elle n'a même pas produit le contrat constitutif du droit de superficie qui aurait, cas échéant, pu l'établir. Aussi, en l'absence de constatations de fait ou d'allégués précis en ce sens, force est d'admettre que la recourante n'a pas démontré que la rente initiale convenue devait impérativement revêtir la forme authentique et ne pouvait donc pas être modifiée sans respecter cette forme.»

Unter diesen Umständen brauchte nicht geprüft zu werden, ob die Zinsabrede – bei subjektiver Wesentlichkeit – zu jenen Abreden zählt, welche zum vertragstypischen Inhalt eines Baurechtsvertrages gehören. So oder so war der Formzwang zu verneinen.

Bemerkungen

1. Das Bundesgericht geht davon aus, dass die ursprüngliche Zinsabrede bei Abschluss des Baurechtsvertrages im Jahre 1980 nicht dem Formzwang von Art. 779a ZGB unterlag, die Parteien diese Abrede also auch beispielsweise bloss schriftlich oder mündlich hätten treffen können. Hätte es gegenteilig entschieden, hätte es den Formzwang auch für die Modifikation des Baurechtszinses im Jahre 2001 bejahen müssen. Denn nach Art. 12 OR sind Änderungen formbedürftiger Verträge grundsätzlich ihrerseits formbedürftig. Ausgenommen sind – nach Art. 12 OR – lediglich «ergänzende Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruch stehen» sowie – nach Art. 115 OR – Änderungen, die sich in einem blossen Schulderlass erschöpfen. Zinsabreden können weder in die eine noch in die andere Ausnahmekategorie eingereiht werden, jedenfalls dann nicht, wenn die Zinsänderung – wie in casu – auch für die Zukunft gelten soll (vgl. ZR 2004 Nr. 21 E. 3). Die Klage hätte daher – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB – gutgeheissen werden müssen, wenn das

Bundesgericht die ursprüngliche Zinsabrede für beurkundungsbedürftig angesehen hätte.

2. Wo das Gesetz vorsieht, dass ein Vertrag – entgegen der Regel (Art. 11 OR) – zu seiner Gültigkeit einer bestimmten Form bedarf, bezieht sich der Formzwang nach bundesgerichtlicher Ansicht zwar nicht auf den ganzen Vertragsinhalt, immerhin aber auf alle objektiv wesentlichen Punkte sowie auf solche subjektiv wesentlichen Punkte, welche für den in Frage stehenden Vertrag (Grundstückkauf, Verpfändungsvertrag usw.) typisch sind. Die herrschende Lehre steht auf dem gleichen Standpunkt. Doch gibt es auch abweichende Ansichten. So wird teils der Formzwang für alle subjektiv wesentlichen Punkte befürwortet, teils wird umgekehrt der Formzwang für subjektiv wesentliche Punkte generell abgelehnt. Nachstehend wird die herrschende Ansicht als richtig unterstellt und auf dieser Basis geprüft, ob die Verabredung des Baurechtszinses vom Formzwang tatsächlich nicht erfasst war, wie das Bundesgericht im referierten Entscheid angenommen hat. M.E. hätte die Frage anders entschieden werden müssen, und zwar aus zwei Gründen:

a) Vorab deshalb, weil die Verabredung eines Baurechtszinses zu den *objektiv wesentlichen Punkten* zählt: Objektiv wesentlich sind all jene Vertragspunkte, deren Regelung nicht dem Richter überlassen werden kann und die daher notwendig der Vereinbarung durch die Parteien bedürfen, soweit das Gesetz keine einschlägige Regel enthält (vgl. KOLLER, a.a.O., § 6 Rn 28 ff.). Was beim einen Vertrag im Gesetz geregelt ist, muss bei einem anderen Vertrag nicht geregelt sein. Daher kann nicht in allgemeiner Weise gesagt werden, welche Punkte objektiv wesentlich sind. Wer beispielsweise eine Geldsumme einem andern zur Nutzung überlässt, braucht sich mit diesem nicht darüber zu einigen, ob ein Entgelt zu leisten ist oder nicht. Denn in dieser Frage hält das Gesetz eine Dispositivregel (Art. 313 OR) bereit (es liegt ein Darlehensvertrag vor). Anders verhält es sich hinsichtlich der Überlassung einer Sache zu Gebrauch und/oder Nutzung. Insofern fehlt eine dem Art. 313 OR entsprechende Regel. Da es nicht dem Richter überlassen sein kann, zu entscheiden, ob für die Gebrauchsüberlassung ein Entgelt geschuldet ist oder nicht, müssen sich die Parteien in diesem Punkt einigen, ansonsten es an einem gültigen Vertrag fehlt (vgl. BGE 119 II 347 E. 5). Soviel lässt sich immerhin sagen: Mangels einer einschlägigen gesetzlichen Regel haben sich die Parteien darüber zu einigen, ob für eine bestimmte Leistung ein Entgelt geschuldet ist oder nicht, worin das Entgelt gegebenenfalls bestehen soll und nach welchen Kriterien sein Umfang zu bestimmen ist. Das Gesagte gilt auch beim Baurechtsvertrag, weshalb die objektive Wesentlichkeit der Verabredung eines Baurechtszinses – und damit auch der Formzwang – hätte bejaht werden müssen.

b) M.E. war die Zinsabrede auch deshalb beurkundungspflichtig, weil sie zu den *subjektiv wesentlichen Punkten* gehörte (vgl. ZR 2004, S. 70 lit. ee a.E.) und zudem im Sinne von BGE 135 III 295 *vertragstypisch* war. Das Letztere lässt sich wohl nicht bezweifeln. Hingegen hat das Bundesgericht

die subjektive Wesentlichkeit nicht für erstellt erachtet: X. habe es insoweit versäumt, den nötigen Beweis zu erbringen. Indes scheint es geradezu selbstverständlich, dass die Parteien den Vertrag ohne Einigung in der Zinsfrage nicht geschlossen hätten.

3. Die im Jahre 2009 beschlossene Teilrevision des Immobiliarsachenrechts betrifft auch Art. 779a ZGB. Neu ist vorgesehen, dass jeder Baurechtsvertrag der öffentlichen Beurkundung bedarf, nicht nur der Vertrag über die Begründung eines selbständigen und dauernden Baurechts. Sodann wird die Bestimmung durch einen Abs. 2 ergänzt. Dieser hat folgenden Wortlaut:

«Sollen der Baurechtszins und allfällige weitere vertragliche Bestimmungen im Grundbuch vorgemerkt werden, so bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit ebenfalls der öffentlichen Beurkundung.»

Aus dieser Bestimmung (Art. 779a Abs. 2 revZGB) wird man wohl e contrario schliessen müssen, dass künftig der Baurechtszins grundsätzlich nicht mehr beurkundet zu werden braucht (vgl. E. 6.3 des referierten Entscheids). Das ändert aber nichts an der objektiven Wesentlichkeit des Baurechtszinses, vielmehr hat die neue Regelung lediglich die Bedeutung, dass ein objektiv wesentlicher Punkt dem Formzwang – kaum zu recht – entzogen wird.