
Ist die Verabredung eines Baurechtszinses formbedürftig i.S.v. Art. 779a ZGB?

ALFRED KOLLER*

Inhaltsübersicht

I. Die Auffassung des Bundesgerichts	164
II. Die eigene Auffassung	166
III. Ausblick: Art. 779a Abs. 2 revZGB	168

Die Herausgeber der vorliegenden Festschrift haben hinsichtlich Themenwahl keine Vorgaben gemacht, jedoch den Wunsch geäußert, «der Beitrag» möge «in irgendeiner Beziehung zum Jubilar stehen». Diese «Beziehung» ist unschwer herzustellen: Ivo (Schwander) ist wohl an jedem juristischen Thema, an jeder juristischen Fragestellung und damit auch an jedem Aufsatz mit juristischem Inhalt interessiert. Die Entscheidbesprechung, aus der mein Beitrag besteht, dürfte keine Ausnahme machen. Sie hat zudem insofern eine «Beziehung» zu Ivo, als er Begründer der AJP ist und ich in dieser Zeitschrift seit deren Anfängen in mehr oder weniger regelmässigen Abständen Entscheide bespreche. Im besprochenen Entscheid (BGer. 19.11.2010, 5A_251/2010) hat das Bundesgericht, soweit ersichtlich zum ersten Mal (vgl. HGer Zürich. 25.10.2002, ZR 2004, Nr. 21 E. 2b), zu der im Titel formulierten (Form-)Frage Stellung genommen. Für den konkreten Fall hat es den Formzwang verneint. Dabei hat es sich offenbar vom revidierten, aber noch nicht in Kraft gesetzten Art. 779a ZGB, der die Verabredung eines Baurechtszinses nur ausnahmsweise dem Formzwang unterwirft, leiten lassen. M.E. hätte de lege lata anders entschieden werden müssen.

* Mein Assistent Fabian Mörtl, MLaw, hat die Anmerkungen kontrolliert und teils ergänzt. Dafür sei ihm herzlich gedankt!
Der vorliegende Festschriftbeitrag nimmt Gedanken auf, die ich bereits in AJP 2011, S. 423 f., geäußert habe.
Nach Manuskriptabgabe (Ende April 2011) erschienene Literatur und Rechtsprechung konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

I. Die Auffassung des Bundesgerichts

In dem vorstehend erwähnten Bundesgerichtsentscheid ging es um Folgendes:

1. 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 Fr. 13'740 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 Fr. 15'520 festgesetzt wurde; dieser Betrag lag unter dem indexierten ursprünglichen Baurechtszins (E. 3.1 des Entscheids). Rund fünf Jahre später, im Oktober 2006, forderte Frau X von der A. SA Fr. 103'607. 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 zu bezahlen 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 X beim Kantonsgericht Neuenburg Klage einreichte. Diese wurde abgewiesen. Eine beim Bundesgericht eingereichte Beschwerde in Zivilsachen hatte keinen Erfolg.

2. Im Folgenden interessieren einzig die bundesgerichtlichen Erwägungen zur Formfrage (E. 6). Ausser Betracht bleiben daher die Eintretenserwägungen (E. 1 und 2) sowie die Erwägungen betreffend die Auslegung des im April 2001 abgeschlossenen Abänderungsvertrags (E. 3–5).

In der Frage des Formzwangs hat das Bundesgericht vorerst seine Rechtsprechung (BGE 113 II 402 ff.; 135 III 295 ff. = Pra 2009 Nr. 121) in Erinnerung gerufen, wonach dort, wo ein Formzwang besteht, nicht der ganze Vertragsinhalt dem Formzwang unterliegt, sondern nur die objektiv wesentlichen Punkte sowie jene Punkte, welche subjektiv wesentlich und zudem vertragstypisch sind (E. 6.1.1). Darauf folgt der Hinweis, wonach Änderungen eines formbedürftigen Vertrages nach Art. 12 OR ebenfalls formbedürftig sind, soweit es sich nicht um bloss ergänzende Nebenbestimmungen (Art. 12 OR) bzw. um einen blossen Schulderlass (Art. 115 OR) handelt (E. 6.1.2). Ob die Vereinbarung eines Baurechtszinses objektiv wesentlich ist, ist in der Lehre umstritten (Hinweise in E. 6.1.3¹). Das Bundesgericht schlägt sich auf die Seite jener, welche die objektive Wesentlichkeit verneinen (E. 6.3, erster Absatz)²:

¹ Das Bundesgericht erwähnt: PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Tome 3, 3. Aufl. Bern 2003, Rz. 2546a; PETER R. ISLER, *Basler Kommentar, ZGB II*, 3. Aufl. Basel 2007, N 3 zu Art. 779a ZGB; HANS MICHAEL RIEMER, *Die beschränkten dinglichen Rechte*, 2. Aufl. Bern 2000, S. 71 (recte: S. 81 [§ 13 Rn 24]); HANS-ULRICH FREIMÜLLER, *Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte*, Diss. Bern 1967, S. 45 und 76 (objektive Wesentlichkeit ablehnend); PASCAL

«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. Cette conception est en outre en conformité avec la modification législative récemment adoptée qui n'exige le respect de la forme authentique que pour une rente dont l'annotation est prévue. Le législateur admet en effet que des rentes superficielles peuvent être prévues sans forme authentique; elles ne pourront simplement pas être annotées.»

In der Folge stellt das Bundesgericht fest, es sei nicht erstellt, dass die Verabredung eines Baurechtszinses bei Abschluss des Baurechtsvertrages zu den subjektiv wesentlichen Punkten gehört habe (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 zu jenen Abreden zählt, welche zum vertragstypischen Inhalt eines Baurechtsvertrages gehören. So oder so war der Formzwang (Art. 779a ZGB) zu verneinen. Es erübrigte sich demzufolge auch die Prüfung, «si l'art. 115 CO est applicable en l'espèce» (E. 6.3, dritter Absatz am Ende).

SIMONIUS/THOMAS SUTTER, Schweizerisches Immobiliensachenrecht, Band II, Basel 1990, S. 131; LILIAN GHANDCHI, Das gesetzliche Vorkaufsrecht im Baurechtsverhältnis, Diss. Zürich 1999, S. 42; JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 3. Aufl. Zürich 2009, Rz. 1396; VIKTOR MÜLLER, Der Baurechtszins und seine grundpfandrechtliche Sicherung, Diss. Zürich 1968, S. 14 ff. (objektive Wesentlichkeit befürwortend).

² Für die Gedankenführung des Bundesgerichts unwesentlich ist E. 6.2 («Lors de l'examen du respect des exigences de forme, les juges cantonaux ont considéré que la modification n'éluait pas les règles sur la forme authentique puisque l'augmentation de la rente notifiée le 10 avril 2001 demeurait bien inférieure à la rente indexée convenue initialement. Ils ont dès lors estimé que le contrat de base n'avait pas été modifié. La recourante fait quant à elle valoir qu'une modification de l'indexation de la rente superficielle n'aurait pu intervenir qu'en la forme authentique.»).

Parteien bedürfen, soweit das Gesetz keine einschlägige Regel enthält¹¹. 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. Insoweit 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. Da die Bestimmungen über den Baurechtsvertrag hinsichtlich des Baurechtszinses keinerlei Regelung enthalten, gehören entsprechende Abmachungen zu den objektiv wesentlichen Vertragspunkten.

b) M.E. war die Zinsabrede auch deshalb beurkundungspflichtig, weil sie zu den subjektiv wesentlichen Punkten gehörte¹² und zudem im Sinne von BGE 135 III 295 ff. = Pra 2009 Nr. 121 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 hätten¹³.

III. Ausblick: Art. 779a Abs. 2 revZGB

1. Die im Jahre 2009 abgeschlossene 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:

¹¹ KOLLER (Fn. 3), § 6 Rn 28 ff.

¹² Vgl. HGer Zürich, 25.10.2002, ZR 2004, Nr. 21 E. 2c/ee a.E.

¹³ Vgl. PETER R. ISLER, Der Baurechtsvertrag und seine Ausgestaltung, Diss. Zürich, Bern 1973, S. 170, der die subjektive Wesentlichkeit offenbar ebenfalls als selbstverständlich ansieht.

«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 revidiertes ZGB) wird man wohl *e contrario* schliessen müssen, dass künftig die Verabredung eines Baurechtszinses grundsätzlich nicht mehr beurkundet zu werden braucht (vgl. E. 6.3 des referierten Entscheids). Der Bundesrat hatte in seiner Botschaft vom 27. Juni 2007 noch die gegenteilige Lösung vorgeschlagen: «Der neue Absatz 2 [von Art. 779a ZGB] stellt klar, dass der Baurechtszins und die vertraglichen Bestimmungen, die im Grundbuch vorgemerkt werden sollen, zu ihrer Gültigkeit ebenfalls der öffentlichen Beurkundung bedürfen»¹⁴. Weshalb es zur späteren Änderung gekommen ist, lässt sich den Materialien nicht entnehmen. Es kann lediglich vermutet werden, dass man dem in einem Teil der Lehre und auch vom Bundesgericht herangezogenen Dinglichkeitsaspekt Rechnung tragen wollte: Die öffentliche Beurkundung soll sich nur auf Vertragsteile beziehen, welche sich dinglich auswirken. Damit lässt sich auch erklären, weshalb dort, wo der Baurechtszins im Grundbuch vorgemerkt werden soll, die Zinsabrede öffentlich zu beurkunden ist: weil die Zinsforderung mit der Vormerkung zur *Realobligation* wird. Ob man damit das Richtige getroffen hat, scheint fraglich. Aus meiner Sicht wird mit der neuen Regelung ein systematischer und sachlicher Widerspruch zu Art. 216 OR geschaffen. Nach dieser Bestimmung (Abs. 1 und 2) bedürfen bekanntlich Kaufverträge über Grundstücke und Vorverträge dazu ebenso wie grundstücksbezogene Kaufrechts- und Rückkaufrechtsverträge der öffentlichen Beurkundung (s. auch Art. 657 ZGB). Nach allgemeiner Auffassung unterliegt auch die Kaufpreisabrede dem Formzwang¹⁵. Dies vor allem im Interesse der Parteien, welche vor über-

¹⁴ BBl 2007 5283 ff., S. 5313.

¹⁵ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist erforderlich, dass der Kaufpreis *klar* beurkundet wird (BGer. 24.4.2007, 5A.33/2006). In diesem Entscheid ging es um eine vom Bundesgericht geschützte Abweisung einer Grundbuchanmeldung. Die Abweisung erfolgte, weil der von den Parteien vereinbarte Kaufpreis (1,35 Mio. Fr.) zwar beurkundet war, jedoch in einer nicht eindeutigen Weise (in Ziff. 1 wurde als «Kaufpreis» Fr. 850'000 angegeben, in Ziff. 7 wurde eine nicht als Kaufpreis deklarierte Verpflichtung des Käufers, weitere Fr. 500'000 zu bezahlen, aufgeführt). Der gesamte Kaufpreis (1,35 Mio. Fr.) war also beurkundet, aber nicht in eindeutiger, klarer Weise. Das Bundesgericht hat aus diesem Grund eine ungültige Beurkundung angenommen und dementsprechend die Abweisung der Grundbuchanmeldung geschützt. Dabei dürfte aber auch eine Rolle gespielt haben, dass die Art der Beurkundung offenbar mit dem Ziel erfolgte, den vereinbarten Kaufpreis von 1,35 Mio. Fr. zu verschleiern (E. 2). Im Übrigen ist zu beachten, dass der Grundbuchverwalter eine beschränkte Kognition hat und daher unter Umständen eine Grundbuchanmeldung abweisen muss, wiewohl der zur Anmeldung gebrachte Vertrag materiellrechtlich gültig ist. In solchen Fällen bleibt es den Parteien unbenommen, die Vertragsdurchführung mittels Zivilprozess durchzusetzen. Insbesondere kann sich der Käufer das Eigentum (ausserbuchlich) zusprechen lassen (Art. 665 Abs. 2 ZGB). Im fraglichen BGE ging zwar das Bundesgericht davon aus, der angemeldete Vertrag sei formungültig. Entscheidgegenstand war jedoch nur die Frage, ob der Grundbuchverwalter die Anmeldung – mit seiner beschränkten Kognition – zu Recht abgewiesen hatte. Es hätte vielleicht anders entschieden, wenn es aus-

eiltten Vertragsabschlüssen bewahrt werden sollen¹⁶. Dasselbe Schutzbedürfnis kann und wird oft auch bei Baurechtsverträgen bestehen. Ob beispielsweise jemand ein Grundstück kauft oder ob er es z.B. für 99 Jahre im Baurecht übernimmt, macht in dieser Hinsicht keinen wesentlichen Unterschied. Bei Baurechtsverträgen dürfte das Schutzbedürfnis noch in vermehrtem Masse bestehen, denn bei der Gestaltung des Baurechtszinses muss auch auf naturgemäss schwer vorhersehbare künftige Umstände, etwa die Entwicklung des Bodenwertes, Rücksicht genommen werden. Es überrascht denn auch nicht, dass sich die Praxis immer wieder mit Begehren um nachträgliche Zinsanpassungen zu beschäftigen hat¹⁷. Interessant ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass limitierte Vorkaufsverträge der öffentlichen Beurkundung bedürfen (mit Beurkundungszwang hinsichtlich des Kaufpreises), illimitierte Vorkaufsrechte hingegen nicht (insoweit genügt einfache Schriftlichkeit). Diese Unterscheidung beruht auf dem Umstand, dass im einen Fall der Kaufpreis im voraus bestimmt wird, im anderen Fall nicht. Offenbar ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass im ersteren Fall das Schutzbedürfnis der Parteien grösser ist als im zweiten.

2. Nach neuem Recht bedürfen nicht nur alle Baurechtsverträge der öffentlichen Beurkundung, sondern überhaupt jeder auf Begründung einer Dienstbarkeit gerichtete Vertrag (Art. 732 revidiertes ZGB). Auch mit Bezug auf diese Bestimmung fragt sich, ob eine allfällige Entgeltsabrede vom Formzwang erfasst ist oder nicht. Ohne Art. 779a Abs. 2 ZGB müsste man dies aus den oben (2. Ziff. 2) angestellten Erwägungen bejahen. Indes wird man wohl Baurechtsverträge und sonstige Dienstbarkeitsverträge gleich behandeln und daher die Entgeltsabrede jedenfalls im Grundsatz vom Formzwang ausnehmen müssen. Freilich hindert nichts die Parteien, auch die Entgeltsabrede in die öffentliche Urkunde aufzunehmen. Das zu tun, ist ratsam.

schliesslich um die materiellrechtliche Gültigkeit des Vertrags gegangen wäre, zumal, wenn man in Betracht zieht, dass der Entscheid von der II. Zivilabteilung gefällt wurde, nicht von der I., welche sich üblicherweise mit der Formgültigkeit von Kaufverträgen zu befassen hat.

¹⁶ Beide Parteien sind geschützt, nicht nur der Verkäufer: ALFRED KOLLER, Grundstückkauf mit Schwarzzahlung, in: ZBJV 1990, S. 121 ff.; a.A. KARL SPIRO, Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf, Basel 1964, S. 16; ders., Grundstückskauf und Formzwang, in: BJM 1965, S. 213 ff., 232.

¹⁷ S. neustens BGer. 22.11.2010, 4A_375/2010.