

# **BGer 4C.162/2005 vom 18. Mai 2006**

Bundesgericht, 2006-05-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.162\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.162_2005)

FR: TF 4C.162/2005 du 18 mai 2006

IT: TF 4C.162/2005 del 18 maggio 2006

## **Regeste**

Erschliessungsvereinbarung | Obligationenrecht (allgemein)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Eine Berufung ist zulässig in vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten ( Art. 44 OG ) mit einem Streitwert von mindestens Fr. 8'000.-- ( Art. 46 OG ), soweit sich die Berufung gegen einen Endentscheid eines oberen kantonalen Gerichtes richtet, welcher nicht durch ein ordentliches kantonales Rechtsmittel angefochten werden kann ( Art. 48 Abs. 1 OG ).

### **E. 1.1**

Vorab ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall eine Zivilrechtsstreitigkeit im Sinn von Art. 44 OG zu beurteilen ist. Als Zivilrechtsstreitigkeit versteht die Rechtsprechung ein kontradiktorisches Verfahren zwischen zwei oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen in ihrer Eigenschaft als Trägerinnen privater Rechte oder zwischen solchen Personen und einer Behörde, die nach Bundesrecht die Stellung einer Partei einnimmt. Das Verfahren bezweckt die endgültige und dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse. Entscheidend ist nicht, welches Verfahren die kantonalen Behörden eingeschlagen haben, sondern ob die Parteien Ansprüche des Bundeszivilrechts erhoben haben und ebensolche objektiv streitig sind ( BGE 128 III 250 E. 1a S. 252 mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall beansprucht die Gemeinde Affoltern am Albis das Privateigentum an zwei Strassenparzellen gestützt auf eine mit der Beklagten abgeschlossene Erschliessungsvereinbarung. Dagegen macht die Berufungsklägerin einerseits geltend, eine solche Vereinbarung sei mangels übereinstimmender gegenseitiger Willensäusserungen im Sinn von Art. 1 OR gar nicht zustande gekommen; andererseits mangle es einer allfälligen Vereinbarung auf jeden Fall an einer öffentlichen Beurkundung im Sinn von Art. 657 Abs. 1 ZGB , so dass diese ohnehin formungültig bzw. nichtig wäre. Bei der hier zu beurteilenden Erschliessungsvereinbarung handelt es sich grundsätzlich um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag. Obwohl dieser Vertrag dem öffentlichen Recht untersteht, ist für die Frage, ob gestützt auf die erwähnte Vereinbarung die Übertragung der Strassenparzellen ins Privateigentum des Gemeinwesens verlangt werden kann, das Bundeszivilrecht massgebend ( BGE 112 II 107 E. 1 S. 109 f.). Entsprechend dieser Rechtsprechung hat die I. Öffentlichrechtliche Abteilung in ihrem Urteil vom 14. Dezember 2005 die Streitsache insofern als Zivilrechtsstreitigkeit qualifiziert, als der Anspruch der Gemeinde Affoltern am Albis auf Übertragung der umstrittenen Parzellen in deren Privateigentum zu beurteilen war. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsnatur der Streitigkeit kann daher auf die Berufung eingetreten werden.

### **E. 1.2**

Bei vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten ist eine Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert wenigstens Fr. 8'000.-- beträgt. Diesbezüglich macht die Gemeinde Affoltern am Albis geltend, der erforderliche Streitwert werde nicht erreicht. Dem zu übertragenden Land komme keinerlei Verkehrswert zu, weil die strittigen Flächen als Erschliessungsanlagen ihre Baulandqualität verloren hätten und daher wertlos seien. Diese Auffassung ist nicht überzeugend. Prozessgegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist die entschädigungslose Eigentumsübertragung von zwei Teilgrundstücken im Halte von 942 m<sup>2</sup> und 314 m<sup>2</sup>. Ob diese Strassenparzellen als Flächen ohne Baulandqualität wertlos sind und daher der Streitwert von Fr. 8'000.-- nicht erreicht wird, wie die Gemeinde geltend macht, kann dahingestellt bleiben. Wie das Verwaltungsgericht ausführt, widersetzt sich die Berufungsklägerin der Eigentumsübertragung mit der Absicht, die Gemeinde zu einem finanziellen Entgegenkommen zu bewegen. Ermessensweise darf daher davon ausgegangen werden, dass im vorliegenden Eigentumsstreit um zwei Landflächen von 942 m<sup>2</sup> und 314 m<sup>2</sup> ein Streitwert von Fr. 8'000.-- auf jeden Fall erreicht wird.

### **E. 1.3**

Schliesslich handelt es sich beim angefochtenen Urteil auch um einen Endentscheid eines oberen kantonalen Gerichtes im Sinn von Art. 48 Abs. 1 OG, das nicht durch ein ordentliches kantonales Rechtsmittel angefochten werden kann. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist auf die Berufung einzutreten.

### **E. 2**

Mit der vorliegenden Berufung macht die Berufungsklägerin zunächst geltend, dass zwischen den Parteien gar keine Erschliessungsvereinbarung abgeschlossen worden sei.

#### **E. 2.1**

Das Verwaltungsgericht hat zum Zustandekommen des Vertrages im Wesentlichen ausgeführt, die Parteien hätten 1986 eine Vereinbarung über den Bau und die Finanzierung einer Erschliessungsstrasse abgeschlossen. Diese Vereinbarung beruhe auf einer schriftlichen Grundlage in Form eines als Beschluss abgefassten Vorschlags des Gemeinderates vom 28. Januar 1986, der sich zu allen wesentlichen Punkten geäussert habe. In der Folge habe die Berufungsklägerin ein diesem Vorschlag entsprechendes Baugesuch für die Moosbachstrasse eingereicht und anschliessend die Strasse bis auf den Deckbelag entsprechend der Baubewilligung vom 25. März 1986 erstellt. Dies stelle eine eindeutige Annahme des kommunalen Vorschlags durch konkludentes Verhalten dar.

#### **E. 2.2**

Dagegen wendet die Berufungsklägerin zunächst ein, der Gemeinderatsbeschluss vom 28. Januar 1986 sei nicht als Antrag ( Art. 3 OR ), sondern nur als Einladung zu Vertragsverhandlungen ("invitatio ad offerendum") zu qualifizieren. Diese Auffassung ist nicht überzeugend. Der Gemeinderat äusserte sich am 28. Januar 1986 detailliert zu den einzelnen Aspekten der Erschliessung (Landerwerb, Strassenbau, Kanalisationsleitung, Strassenbeleuchtung) und der Kostenübernahme für die entsprechenden Anlagen und eröffnete diesen "Vorschlag" der Berufungsklägerin alsdann in der formellen Form eines Beschlusses. Sowohl die detaillierte Regelung wie auch die verbindliche Form der Eröffnung als Beschluss lassen nicht bloss auf eine unverbindliche Einladung zur Offertstellung, sondern auf die verbindliche Erklärung eines Geschäftswillens und damit auf einen Antrag im Sinn von Art. 3 OR schliessen.

### **E. 2.3**

Ebenso wenig kann der Eventualbegründung der Berufungsklägerin gefolgt werden, dass beim Vorliegen eines rechtsgenügenden Antrages keine Annahme durch die Berufungsklägerin erklärt worden sei. Das Verwaltungsgericht hat verbindlich festgehalten, dass die Berufungsklägerin "ein dem Vorschlag (der Gemeinde) entsprechendes Baugesuch für die Moosbachstrasse eingereicht" habe. Selbst die Berufungsklägerin behauptet nicht, dass ihr Baugesuch in irgendeinem Punkt vom Vorschlag der Gemeinde vom 28. Januar 1986 abgewichen wäre. Damit ist der Vorschlag der Gemeinde (Antrag) durch die Einreichung des Baugesuchs und die anschliessende Erstellung der Erschliessungsstrasse konkludent angenommen worden (Annahme). Mit dem Hinweis, dass das Baugesuch und die Realisierung (Annahme) dem Vorschlag der Gemeinde (Antrag) entsprochen hätten, hat die Vorinstanz entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin sehr wohl begründet, weshalb die Einreichung des Baugesuchs und die Realisierung der Erschliessungsstrasse als Annahme der Offerte zu verstehen sei. Soweit die Berufungsklägerin weiter geltend macht, sie habe stets ihren Willen bekundet, dass sie für die Erschliessung und Überlassung der Strassenparzellen entschädigt werden wolle, ist sie nicht zu hören. Dem angefochtenen Urteil kann zwar entnommen werden, dass die Berufungsklägerin die Absicht hatte, eine vertraglich nicht vereinbarte Entschädigung zu erwirken, doch wird nicht festgestellt, dass dieser Willen gegenüber der Gemeinde Affoltern am Albis effektiv auch erklärt worden ist.

### **E. 2.4**

Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass die Vorinstanz den im Beschluss vom 28. Januar 1986 formulierten Vorschlag zutreffend als Antrag und das auf diesen "Vorschlag" Bezug nehmende Baugesuch mit der anschliessenden Erstellung der Erschliessungsstrasse als konkludente Annahme qualifizierte. Entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin ist somit von einem Konsens der Parteien in Bezug auf den Abschluss eines Erschliessungsvertrages auszugehen.

## **E. 3**

Weiter macht die Berufungsklägerin für den Fall, dass von einem Konsens der Parteien auszugehen sein sollte, geltend, dass ein allfälliger Erschliessungsvertrag nicht öffentlich beurkundet und damit formungültig sei.

### **E. 3.1**

Das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Urteil ausgeführt, dass der hier zu beurteilende Erschliessungsvertrag zwar hätte öffentlich beurkundet werden müssen und daher grundsätzlich nichtig sei, weil die vorgeschriebene Form nicht eingehalten sei. Allerdings bestehe Einigkeit darin, dass die Nichtigkeits- bzw. Ungültigkeitsfolgen formunwirksamer Verträge einzuschränken sei. So könne sich eine Partei dann nicht auf die fehlende öffentliche Beurkundung eines Vertrages berufen, wenn dies wie im vorliegenden Fall gegen Treu und Glauben verstiesse und rechtsmissbräuchlich wäre ( Art. 2 ZGB ). Dagegen wendet die Berufungsklägerin im Wesentlichen ein, die Berufung auf einen Formmangel sei nach der Rechtsprechung nur dann missbräuchlich, wenn beide Parteien den Vertrag zur Hauptsache freiwillig und irrtumsfrei erfüllt hätten, was hier nicht der Fall sei.

### **E. 3.2**

Der Vertrag auf Eigentumsübertragung bedarf zu seiner Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung ( Art. 657 Abs. 1 ZGB ). Diese Anforderung gilt nach der Rechtsprechung - von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen - auch für die Übertragung von Grundeigentum durch öffentlichrechtlichen Vertrag. Mangels öffentlicher Beurkundung ist ein Vertrag auf Eigentumsübertragung grundsätzlich nichtig ( BGE 112 II 107 E. 2 S. 110 f.). Rechtsprechung und Lehre sind sich jedoch darin einig, dass die Nichtigkeits- und Ungültigkeitsfolgen formunwirksamer Verträge einzuschränken sind. So hält das Bundesgericht die Formungültigkeit für unbeachtlich und die Berufung darauf für unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinn von Art. 2 Abs. 2 darstellt. Ob dies im Einzelfall zutrifft, hat das Gericht in Würdigung aller Umstände des konkreten Falles zu prüfen. So hat das Bundesgericht etwa entschieden, dass der freiwilligen und irrtumsfreien Erfüllung des mangelhaften Vertrages durch die Parteien - wenn nicht vollständig, so doch in der Hauptsache - besondere Bedeutung zukomme ( BGE 116 II 700 E. 3b S. 702; Urteil 4C.299/1998 vom 7. Januar 1999, publ. in SJ 2000 I S. 533 und ZBGR 80/1999 S. 387; je mit zahlreichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur).

### **E. 3.3**

Zutreffend weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Berufungsklägerin die Erschliessungsvereinbarung erfüllt habe. Insbesondere hat sie die Erschliessungsstrasse weitgehend entsprechend der Baubewilligung erstellt, so dass sie ihr Grundstück parzellieren und überbauen konnte. Nicht erfüllt hat sie ihre Verpflichtung - abgesehen vom Deckbelag auf der Erschliessungsstrasse, welcher für die Überbauung nicht notwendig war - im Wesentlichen nur in Bezug auf die bislang nicht vollzogene Eigentumsübertragung, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Diesbezüglich hielt die Vorinstanz fest, die Berufungsklägerin habe die Eigentumsübertragung mit der Absicht verweigert, die Gemeinde Affoltern am Albis zu einem vertraglich nicht vereinbarten finanziellen Entgegenkommen zu bewegen. Die Gemeinde ihrerseits habe ihre vertraglichen Leistungen erbracht, indem sie die Strassenbeleuchtung finanziert, auf ein Quartierplanverfahren verzichtet und seit geraumer Zeit den Unterhalt und Winterdienst übernommen habe. Wenn die Berufungsklägerin aber ihre Verpflichtungen aus dem Erschliessungsvertrag genau soweit erfüllt hat (Erstellung einer Erschliessungsstrasse), um ihre Ziele zu erreichen (Parzellierung und Überbauung ihres Grundstückes), und die vollständige Erfüllung (entschädigungslose Eigentumsübertragung der Erschliessungsparzelle) nur mit der Absicht verweigert hat, eine vertraglich nicht geschuldete Entschädigung zu erwirken, ist davon auszugehen, dass der Vertrag weitgehend erfüllt ist. Unter Berücksichtigung aller Umstände handelt die Berufungsklägerin somit rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich auf die Nichtigkeit der Erschliessungsvereinbarung beruft.

### **E. 3.4**

Daran ändern insbesondere auch die Einwände der Berufungsklägerin nichts.

#### **E. 3.4.1**

Unbegründet ist zunächst die Auffassung der Berufungsklägerin, dass ein allfälliger Erschliessungsvertrag weder vollständig noch zur Hauptsache erfüllt worden sei, weil die Eigentumsübertragung, die bei einem Landwert von Fr. 879'200.-- den wertmässigen Hauptbestandteil des Vertrages ausmache, noch nicht vollzogen sei. Nach den Feststellungen der Vorinstanz zu den Absichten der Berufungsklägerin, welche für das

Bundesgericht verbindlich sind ( BGE 110 II 411 E. 3b S. 419 mit Hinweis), ist davon auszugehen, dass diese nicht beabsichtigte, grundsätzlich gegen die Eigentumsübertragung der Strasse zu opponieren, sondern mit ihrer Weigerung eine vertraglich nicht geschuldete Entschädigung erwirken wollte. Die Berufungsklägerin kann sich nicht auf die Nichterfüllung der von ihr geschuldeten Leistung (Eigentumsübertragung) berufen, weil sie von der Gegenpartei eine Leistung (Entschädigung) fordert, auf welche sie keinen vertraglichen Anspruch hat.

#### **E. 3.4.2**

Nicht überzeugend ist auch der Einwand der Berufungsklägerin, dass sie die ihr angeblich obliegenden Vertragspflichten zwar freiwillig, jedoch nicht irrtumsfrei erfüllt habe, da sie nie davon ausgegangen sei, dass die Kosten der Erschliessung an ihr hängen bleiben würden. Die Berufungsklägerin behauptet selbst nicht, dass sie die Erschliessungsarbeiten an sich irrtümlich ausgeführt habe; im Gegenteil liegt es auf der Hand, dass sie die Erschliessung irrtumsfrei und - im Hinblick auf die Parzellierung und Überbauung ihres Grundstückes - auch im eigenen Interesse durchgeführt hat. Ob sie in Bezug auf einen allfälligen Entschädigungsanspruch gegenüber der Gemeinde im Irrtum gewesen sein soll, wie sie heute behauptet, kann dahin gestellt bleiben, weil bereits in früheren Verfahren ein Entschädigungsanspruch für die Erschliessung definitiv und rechtskräftig verneint wurde. Darauf ist nicht mehr zurückzukommen.

#### **E. 3.5**

Schliesslich ist auch der Einwand unbegründet, dass hier nicht nur ein einfacher, sondern ein qualifizierter Formmangel vorliege, welchem Umstand wertungsmässig Rechnung zu tragen sei. Bei der Würdigung aller Umstände des konkreten Falls fällt wertungsmässig insbesondere ins Gewicht, dass die Berufungsklägerin zunächst freiwillig und irrtumsfrei die ihr obliegenden Leistungen (Erschliessung) nur gerade soweit erbrachte, um die von ihr angestrebten Ziele zu erreichen (Parzellierung und Überbauung ihres Grundstückes). Nachdem die von ihr angestrebte Parzellierung und Überbauung verwirklicht war, versuchte sie zunächst erfolglos, eine vertraglich nicht geschuldete Entschädigung für die Erschliessung und das abzutretende Land zu erwirken (vgl. Urteil des Bundesgerichtes vom 19. April 2002). Wenn sie sich nun noch zur Verhinderung der vertraglich geschuldeten unentgeltlichen Eigentumsübertragung bezüglich der Strassenparzellen auf die Nichtigkeit der Erschliessungsvereinbarung beruft, verhält sie sich rechtsmissbräuchlich. Dies fällt wertungsmässig ungleich mehr ins Gewicht als die Frage, ob ein einfacher oder qualifizierter Mangel vorliegt.

#### **E. 4**

Aus diesen Gründen ist die Berufung abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Berufungsklägerin kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG ).

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