

OW_GERICHTE AbR 1978/79 Nr. 3 vom 8. Februar 1979

OW Obergericht, 1979-02-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1978_79 Nr. 3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_1978_79_Nr.3)

FR: OW_GERICHTE AbR 1978/79 Nr. 3 du 8 février 1979

IT: OW_GERICHTE AbR 1978/79 Nr. 3 del 8 febbraio 1979

Regeste

AbR 1978/79 Nr. 3, S. 23: Art. 8 Abs. 1 EGzumZGB; Art. 47 Bat. d VzumEG; Art. 216 Abs. 2 OR Öffentliche Beurkundung. Ein vom öffentlichen Schreiber nicht unterschriebenes und dem von ihm unterschriebenen Teil der Urkunde nachfolgendes Blat

Erwägungen

E. 1

a) Nach Art. 216 Abs. 2 OR bedarf ein Vertrag, durch den ein Kaufrecht an einem Grundstück begründet wird, zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung. "Die öffentliche Beurkundung ist die Aufzeichnung rechtserheblicher Tatsachen oder rechtsgeschäftlicher Erklärungen durch eine vom Staat mit dieser Aufgabe betraute Person, in der vom Staate geforderten Form und in dem dafür vorgesehenen Verfahren" (BGE 99 II 161). Nach herrschender Lehre und Praxis hat die vorgeschriebene Form alle "subjektiv und objektiv wesentlichen Elemente" des Vertrages zu erfassen (BGE 95 II 310 mit Hinweisen; 88 II 159 f.; Meier-Hayoz, N 37 und 45 zu Art. 683 ZGB). Die Bezeichnung des Kaufrechtsobjektes bedeutet ein wesentliches Element des Kaufrechtsvertrages. Die Bezeichnung muss eindeutig sein und darf zu keinem Irrtum über die Identität des kausrechtbelasteten Grundstückes geben. Sind die kausrechtbelastete Fläche und die Parzelle inhaltsgleich, genügt als rechtsgenüglige Bezeichnung der Hinweis auf die grundbuchliche Parzellenummer. Ist jedoch wie im vorliegenden Fall nur ein Teil der Parzelle mit dem Kaufrecht belastet, genügt zur Bestimmung des Kaufrechtsobjektes der blosser Hinweis auf die Parzellenummer nicht. Es bedarf der Umschreibung der Lage im Vertragstext oder einer Planskizze, es sei denn, die Lage des Kaufrechtsobjektes ergebe sich eindeutig aus den tatsächlichen örtlichen Verhältnissen. b) Im Vertragstext wird die Lage der mit dem Kaufrecht belasteten Fläche innerhalb der Parzelle nicht umschrieben. Hingegen ergibt sie sich mit genügender Bestimmtheit aus einer Planskizze, welche dem Vertragstext beigeheftet ist und auf welche im Vertragstext ausdrücklich hingewiesen wird. Der Planskizze liegt ein Grundbuchplan zugrunde, aus dem sich die Lage der kausrechtbelasteten Grundstückfläche eindeutig ergibt. Dass die Grenzen der kausrechtbelasteten Fläche in der Skizze mit groben Bleistiftstrichen eingetragen sind und der Vertrag Zirkamasse enthält, sind keine Hindernisse für die Anwendung des Vertrages. Zusammen mit der Vereinbarung, dass die vom Grundbuchgeometer - aufgrund des Vertrages und der Planskizze - zu erstellende Mutation von den Parteien anerkannt werde, sind die Voraussetzungen für eine einwandfreie Bestimmbarkeit des Kaufrechtsgegenstandes geschaffen worden. Indes stellt sich die Frage, ob die dem Vertrag beigeheftete Planskizze überhaupt als öffentlich beurkundet gelten kann. Das Vertragswerk setzt sich aus drei Teilen zusammen: Dem dreiseitigen, nicht paginierten und von A und den Gebrüdern E unterzeichneten Darlehens- und Kaufrechtsvertrag folgen auf separaten

Blättern der Verurkundungsvermerk und schliesslich die Planskizze. Diese ist zwar von den Parteien unterzeichnet, trägt aber weder Unterschrift noch Stempel des öffentlichen Schreibers. Die mit dem 18. Juli 1973 datierte Planskizze ist von den Parteien weder in Anwesenheit des öffentlichen Schreibers noch einer andern zur Beglaubigung befugten Urkundsperson unterschrieben worden. Hingegen ist aufgrund des ausdrücklichen Hinweises im Vertragstext auf die "beiliegende Planskizze vom 18. Juli 1973" davon auszugehen, dass die Planskizze beim Beurkundungsvorgang vorlag. Darf unter diesen Umständen die Planskizze als öffentlich beurkundet gelten und zur Bestimmung der Lage der mit dem Kaufrecht belasteten Fläche innerhalb des Grundstücks herangezogen werden?

E. 2

a) Gemäss Art. 55 Abs. 1 SchlT ZGB bestimmen die Kantone das Verfahren der öffentlichen Beurkundung. Da es sich bei der öffentlichen Beurkundung um einen Begriff des Bundesrechtes handelt, sind der kantonalen Regelung Schranken gesetzt (Beck, N. 4 ff. zu Art. 55 SchlT ZGB; H. Huber, Die öffentliche Beurkundung als Begriff des Bundesrechtes, in ZbJV 1967, 249 ff.). Die kantonale Ordnung muss die aus dem bundesrechtlichen Begriff und Zweck der öffentlichen Beurkundung sich ergebenden Mindestanforderungen erfüllen (BGE 99 II 161, 90 II 281 mit Zitaten). Die Urkundsperson hat insbesondere auch alle Tatsachen, die für den materiellrechtlichen Inhalt des zu beurkundenden Rechtsgeschäftes objektiv und subjektiv wesentlich sind, in der öffentlichen Urkunde festzuhalten (BGE 99 II 161 f.). So kann der kantonale Gesetzgeber insbesondere nicht von der Beurkundung wesentlicher Vertragspunkte dispensieren. Eine solche Bestimmung würde gegen Bundesrecht verstossen. Bestimmungen über die öffentliche Beurkundung finden sich im EGzumZGB und in der Verordnung zum EGzumZGB (VzumEG). Gemäss Art. 8 Abs. 1 EGzumZGB hat der öffentliche Schreiber die Urkunde durch seine Unterschrift zu bestätigen. Die Urkunde muss von den Parteien entweder vor dem öffentlichen Schreiber oder von einer andern zur Beglaubigung der Unterschrift befugten Urkundsperson unterzeichnet sein oder eine Beglaubigung darüber enthalten (Art. 9 Abs. 1 EGzumZGB). Nach Art. 47 Bst. d VzumEG mit dem Marginale "Inhalt der Urkunden" sollen die Urkunden unter anderem "die Unterschrift und den Stempel des öffentlichen Schreibers" enthalten. Die Unterschrift des Urkundsbeamten ist Gültigkeitserfordernis und nicht blosse Ordnungsvorschrift (L. Carlen, Notariatsrecht in der Schweiz, Zürich 1976, 105). Erst mit ihrer Unterschrift bestätigt die Urkundsperson, dass sie beim Beurkundungsvorgang den gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere Art. 45 VzumEG (Erläuterung der Urkunden), nachgekommen ist. Fehlt die Unterschrift, liegt keine Beurkundung vor. b) Wo die vom kantonalen Recht verlangte Unterschrift örtlich zu stehen hat, ist eine Frage der Auslegung. Dabei gilt es zu beachten, dass auch das Bundesrecht verschiedentlich die Unterschrift als Formerfordernis verlangt. Lehre und Rechtsprechung stimmen bei der Auslegung des Begriffes der Unterschrift überein und zwar ungeachtet, ob es sich um die Unterschrift der sich verpflichtenden Partei (Art. 13 Abs. 1 OR), des letztwillig Verfügenden (Art. 505 Abs. 1 ZGB), des Erblassers bei der öffentlichen letztwilligen Verfügung (Art. 500 Abs. 2 ZGB) oder der Urkundsperson (Art. 500 Abs. 3 ZGB) handelt. Aus dem Begriff der Unterschrift ergibt sich eine örtliche Beziehung des Namens des Beurkundenden zum Inhalt der Urkunde. Sollen Texte, Pläne oder Skizzen als beurkundet gelten, müssen sie durch die Unterschrift ihrer räumlichen Stellung nach gedeckt sein. Die Unterschrift hat den Abschluss der Urkunde zu bilden und muss daher am Ende der Urkunde stehen oder zumindest dem Text oder der Skizze am

Rande nachfolgen (BGE 85 II 569 ff.; 33 II 672 ff.; von Thur/Peter, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1979, 240 f. insbesondere Anm. 56 mit Hinweisen; Engel Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel 1973, 52; von Büren Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich 1964, 141 bei Anm. 76; Oser-Schönenberger, N 8 zu Art. 13 OR; Tuor, N. 16 ff. zu Art. 500 ZGB; Escher, N. 9 zu Art. 500 ZGB; Becker, N. 4 zu Art. 13 bis 15 OR; E. Bucher, OR, Zürich 1979, 142). Verlangt nun das kantonale Recht für die Beurkundung die Unterschrift der Urkundsperson, kann ein vom öffentlichen Schreiber nicht unterschriebenes und dem von ihm unterschriebenen Teil der Urkunde nachfolgendes Blatt nicht als beurkundet gelten. Es besteht kein Grund, den kantonalrechtlichen Begriff der Unterschrift anders auszulegen als den bundesrechtlichen. Insbesondere vermag der Hinweis im unterzeichneten Vertragsteil auf einen Anhang die dort fehlende Unterschrift nicht zu ersetzen. Ebensovienig vermag der Umstand, dass die Planskizze beim Beurkundungsvorgang vorlag, den Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Unterschrift zu beheben. Die Planskizze kann deshalb für die Bestimmung der Lage der kaufrechtsbelasteten Fläche innerhalb des Grundstückes nicht herangezogen werden. Unter diesen Umständen kann die Frage offen bleiben, ob für die gültige Beurkundung das Anbringen des Stempels notwendig sei (Art. 47 Bst. d VzumEG; vgl. in diesem Sinne K. Sidler, *Kurzkommentar zum luzernischen Beurkundungsgesetz*, Luzern 1975, N 5 zu § 34; vgl. aber L. Carlen, a.a.O. 107 f.). Dasselbe gilt für die umstrittene Frage, ob die Parteien die Urkunde vor einer Urkundsperson unterzeichnen müssen, Gültigkeitsvorschrift (so PKG 1965, 17 f.) oder bloss Ordnungsvorschrift sei (H. Huber, *Öffentliche Beurkundung*, a.a.O. 273). Der Hinweis der Beklagten, die Abfassung des Kaufrechtsvertrages entspreche konstanter kantonaler Beurkundungspraxis, ist zwar unwidersprochen geblieben. Indessen vermag auch jahrelange Praxis kein Gewohnheitsrecht contra legem zu schaffen.

E. 3

(Ausführungen darüber, dass sich die Lage der kaufrechtsbelasteten Fläche auch nicht aus den örtlichen Verhältnissen ergibt). Mithin ergibt sich, dass ein wesentlicher Punkt des Kaufrechtsvertrages der öffentlichen Beurkundung ermangelt (Art. 216 Abs.2 OR) und deshalb nichtig ist.

E. 4

Die Appellanten machen geltend, die Berufung auf den Formmangel sei rechtsmissbräuchlich. Formvorschriften stellen immer "eine Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit und gegen die Möglichkeit der Wahrung der Gerechtigkeit in allen Fällen dar" (Liver, *Berner Kommentar*, Einleitungsband, Einleitung N. 112). Dass der Kläger beim Kaufe von 1977 um das Kaufrecht wusste, ist nicht bestritten; hingegen haben die Beklagten zu Recht nicht behauptet, der Kläger hätte bei Vertragsschluss um den Formmangel des Kaufrechtsvertrages von 1973 gewusst. Dass der Kläger den Kaufrechtsvertrag ursprünglich als wirksam und gültig angesehen hatte und um eine Ablösung des Kaufrechtes bemüht war, schadet ihm nicht; anders wäre die Frage allenfalls zu entscheiden, wenn das Kaufrecht bereits ausgeübt worden wäre. Nach Praxis des Bundesgerichtes bleibt die Berufung auf Rechtsmissbrauch bei noch nicht abgewickelten Verträgen indessen praktisch versagt (Bucher Eugen, *Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften*, in ZBGR 1975, 65 ff., insbesondere 72). Das Verhalten des Klägers erreicht im vorliegenden Falle nicht die Schwelle des Rechtsmissbrauches; andernfalls ergäbe sich die Konsequenz, dass jede Berufung auf Formmangel eines Dritten im

Verhältnis zu den ursprünglichen Vertragsparteien als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden müsste. Der Wille der Parteien würde zu Lasten der Formvorschrift erheblich aufgewertet; eine Lösung, die das Bundesgericht erst kürzlich erneut verworfen hat (vgl. BGE 104 II 73). de| fr | it Schlagworte unterschrift kaufsrecht öffentliche beurkundung fläche vertrag begriff grundstück bundesrecht kläger frage formmangel nichtigkeit beglaubigung stempel grundbuch Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund ZGB: Art.500 Art.505 Art.683 SchlT ZGB: Art.55 OR: Art.13 Art.15 Art.216 ZBGR 56 S.65 Leitentscheide BGE 88-II-158 S.159 104-II-68 S.73 33-II-671 S.672 90-II-274 S.281 95-II-309 S.310 99-II-159 S.161 85-II-565 S.569 AbR 1978/79 Nr. 3

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