

Münstergasse 2  
Postfach  
3000 Bern 8  
Telefon 031 633 76 78  
Telefax 031 634 51 54

2020.DIJ.331

## Beschwerdeentscheid vom 8. September 2020

**Verpflichtet sich die Käuferschaft im Kaufvertrag einem Dritten (hier Mäkler) einen Geldbetrag zu leisten, ist dieser ein Bestandteil des beurkundeten Kaufpreises und muss darin enthalten sein. Andernfalls ist der Kaufvertrag nichtig.**



- a Verpflichtet sich die Käuferschaft im Kaufvertrag, dem von der Verkäuferschaft beauftragten Mäkler die Provision zu bezahlen, ist diese ein Teil des Entgelts für den Eigentumserwerb und damit ein Bestandteil des Kaufpreises. Dabei ist unerheblich, dass die Vertragsparteien im Mäklervertrag vereinbart haben, dass nicht der Auftraggeber die betragsmässig festgelegte Provision schuldet, sondern dass der Vermittler diese von der Käuferschaft fordern wird. Alle Bestandteile des Kaufpreises müssen in diesem enthalten sein. Es genügt nicht, dass die Verpflichtung der Käuferschaft, an den Vermittler zu leisten, an anderer Stelle des beurkundeten Kaufvertrages festgelegt wird. (E. 5.2)
- b Ist der Kaufpreis unvollständig beurkundet ist der Kaufvertrag als Ganzes nichtig, so dass der Kauf nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann. (E. 5.3)

**Si la partie acquéreuse s'engage dans le contrat de vente à verser un montant pécuniaire à un tiers (en l'espèce, à l'agent immobilier), ce montant est partie intégrante du prix de vente figurant dans le contrat authentifié et doit être contenu dans le prix. A défaut, le contrat de vente est nul.**

- a Si, dans le contrat de vente, la partie acquéreuse s'engage à acquitter la provision à l'agent immobilier mandaté par la partie venderesse, ladite somme constitue une partie de la prestation pécuniaire menant à l'acquisition de la propriété et, partant, elle est une composante du prix de vente. A cet égard,

peu importe que les parties aient convenu dans le contrat de courtage qu'il n'incombe pas au mandant de verser à l'agent immobilier la somme fixée à titre de provision, mais qu'il appartiendra à l'agent concerné d'en requérir le paiement auprès de la partie acquéreuse. Tous les éléments du prix de vente doivent être compris dans le montant de celui-ci. Il ne suffit pas que l'acte authentifié prévoie, dans une autre clause, un engagement de la partie acquéreuse envers l'agent immobilier (c. 5.2).

- b Si le prix de vente authentifié est incomplet, le contrat de vente est nul dans son entier, de sorte que la vente ne peut être inscrite au registre foncier (c. 5.3).

## **Sachverhalt**

### **A.**

Am 5. November 2019 meldet Notar A.\_\_\_\_\_ den von ihm beurkundeten Kaufvertrag vom 29. Oktober 2019 zwischen den Miteigentümern B.\_\_\_\_\_ und der Erbengemeinschaft der C.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Verkäuferschaft) sowie der einfachen Gesellschaft D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Käuferschaft) beim Grundbuchamt zur grundbuchlichen Behandlung an. Gemäss der Urkunde werden die Stockwerkeinheiten Beatenberg-GbbL. Nrn. 1000-7 (Wohnung) und 1000-10 (Garage) verkauft. Mit Verfügung vom 12. Dezember 2019 weist das Grundbuchamt die Grundbuchanmeldung vom 5. November 2019 ab.

### **B.**

Gegen die Verfügung des Grundbuchamts führt Notar A.\_\_\_\_\_ mit Eingabe vom 13. Januar 2020 Beschwerde bei der Direktion für Inneres und Justiz des Kantons Bern (DIJ). Er beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und das Grundbuchamt sei anzuweisen, die Anmeldung im Grundbuch einzutragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

In seiner Beschwerdevernehmlassung vom 6. Februar 2020 beantragt das Grundbuchamt die Abweisung der Beschwerde, soweit auf sie einzutreten sei, sowie die Bestätigung der Abweisungsverfügung vom 12. Dezember 2019.

In seiner Stellungnahme vom 15. Juni 2020 hält der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren gemäss Beschwerde fest.

Auf die einzelnen Rechtsschriften wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

## **Die Direktion für Inneres und Justiz zieht in Erwägung:**

## **1.**

**1.1** Gegen Verfügungen des Grundbuchamts kann Beschwerde bei der DIJ geführt werden (Art. 956a Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] i.V.m. Art. 124 Abs. 1 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [EG ZGB; BSG 211.1]). Für das Verfahren vor den Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden gelten nach Art. 10 Abs. 3 Satz 1 EG ZGB die Bestimmungen des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21).

**1.2** Zur Beschwerde ist befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat (Art. 956a Abs. 2 Ziff. 1 ZGB und Art. 65 Abs. 1 VRPG).

Der Notar kann im eigenen Namen Beschwerde erheben, wenn sich die Abweisung einer Grundbuchanmeldung auf formelle oder materielle Gründe stützt, die seine berufliche Tätigkeit betreffen. Er muss ein eigenes schützenswertes Interesse an der Richtigstellung haben, das insbesondere im Hinblick auf eine allfällige Verantwortlichkeitsklage gegeben ist (STEPHAN WOLF/ARON PFAMATTER, in Stephan Wolf [Hrsg.], Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, 2009, Art. 21 N. 31 m.w.H., BGer 5A\_518/2017 vom 20.4.2018 E.1.2).

Der Beschwerdeführer hat den hier zur Diskussion stehenden Kaufvertrag beurkundet. Vorliegend ist umstritten, ob die Beurkundung in Bezug auf den Kaufpreis korrekt erfolgt ist. Diese Frage beschlägt die richtige Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit als Notar. Er hat daher ein eigenes schützenswertes Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Er ist somit zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

## **2.**

**2.1** Im Vermittlungsvertrag vom 25. Juni 2019 beauftragt die spätere Verkäuferschaft die F. \_\_\_\_\_ Immobilien AG (nachfolgend: Vermittlerin), für mehrere Grundstücke (so auch die hier Interessierenden) den Abschluss eines Kaufvertrages zu vermitteln oder die Gelegenheit zum Abschluss eines solchen Vertrages nachzuweisen. In Ziffer 4 des Vertrages wird vereinbart, dass sie der Vermittlerin keine Provision schuldet, ausser in gewissen, hier jedoch nicht zutreffenden Fällen. Zudem kommen die Vertragsparteien überein, dass die Vermittlerin in Fällen wie dem Vorliegenden von der Käuferschaft eine «Kaufsprovision» von Fr. 20'000.- zzgl. MWST pro Eigentumswohnung fordert, und dass das Inkassorisiko bei ihr liegt.

**2.2** Im Kaufvertrag vom 9. Oktober 2017 wird unter Ziffer II/3 (Kaufvertrag/Kaufpreis) der Kaufpreis für die beiden Stockwerkeinheiten Beatenberg-Gbbl. Nrn. 1000-7 und 1000-10 auf Fr. 260'000.- festgelegt. Unter Ziffer III/20 (Schlussbestimmungen/Kosten) wird u.a. festgelegt, dass die Kosten des Vertrages (Grundbuch- und Notariatskosten) von der Käuferschaft getragen werden. Diese verpflichtet sich ferner zur Bezahlung der «Kaufsprovision» von Fr. 21'540.- (inkl. MWST) an die Vermittlerin und erklärt, damit nicht eine Schuld der Verkäuferschaft zu übernehmen.

**2.3** Der entscheidrelevante Sachverhalt ist hinreichend liquid. Der vom Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme gestellte Beweisantrag, es seien eine mündliche Parteiverhandlung und Zeugeneinvernahmen durchzuführen, ist daher abzuweisen.

### **3.**

**3.1** Die Vorinstanz begründet ihre Abweisungsverfügung im Wesentlichen damit, dass der Vermittlungsvertrag zwischen der Verkäuferschaft und der Vermittlerin abgeschlossen worden sei, und dass die Käuferschaft als Nichtvertragspartei in diesem Rahmen nicht zur Zahlung der Provision habe verpflichtet werden können. Es sei die Verkäuferschaft, die der Vermittlerin den Vermittlungsauftrag erteilt habe und daher schulde auch sie die vereinbarte Provision. Die Vertragsparteien seien sich einig gewesen, dass diese wenn möglich auf die Käuferschaft zu überwälzen sei. Andernfalls sei sie jedoch von der Verkäuferschaft geschuldet. Erst im Kaufvertrag sei die Käuferschaft die Verpflichtung eingegangen, der Vermittlerin die von der Verkäuferschaft geschuldete Provision zu bezahlen. Diese sei Teil ihrer Gegenleistung für den Erwerb des Grundeigentums und müsse daher im deklarierten Kaufpreis enthalten sein. Die Verpflichtung zur Zahlung der Provision sei im Kaufvertrag jedoch unter einem anderen Titel aufgeführt worden. Im Übrigen sei der im Kaufvertrag enthaltene Hinweis falsch, wonach die von der Käuferschaft zu bezahlende Provision keine Schuld der Verkäuferschaft darstelle. Weil der Kaufpreis zu tief beurkundet worden sei, sei der Kaufvertrag nichtig, so dass der Erwerb des Grundstücks nicht in das Grundbuch eingetragen werden könne. Deshalb müsse die Anmeldung abgewiesen werden.

**3.2** Der Beschwerdeführer legt dar, dass sich die Käuferschaft im Vertrag einerseits zur Zahlung des Kaufpreises an die Verkäuferschaft und andererseits zur Bezahlung der «Kaufsprovision» an die Vermittlerin verpflichtet habe. Sie habe jedoch keine Schuld der Verkäuferschaft gegenüber der Vermittlerin übernehmen können, da eine solche nie bestanden habe. Im vorliegenden Fall würde nämlich keine der Voraussetzungen vorliegen, unter denen sich die Verkäuferschaft im Vermittlungsvertrag verpflichtet habe, die vereinbarte Provision selbst zu bezahlen. Dass diese nicht von der Verkäuferschaft, welche den Auftrag erteilt habe,

sondern von dessen späteren Vertragspartnern bezahlt werde, sei durchaus markt- und vertragsüblich, so etwa beim Versicherungsmäklervertrag. Gestützt auf die geltende Vertragsfreiheit sei die von den Parteien gewählte Ausgestaltung des Kaufvertrages zulässig, und der Notar sei verpflichtet gewesen, den von den Parteien gewünschten Vertrag zu beurkunden. Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass die von der Käuferschaft übernommene «Kaufsprovision» im Kaufvertrag ausdrücklich aufgeführt und infolgedessen ebenfalls öffentlich beurkundet worden sei.

#### **4.**

Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der herrschenden Lehre fallen dabei alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte unter die Formvorschrift, die ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages betreffen (BGer 5A.33/2006 vom 24.4.2007, E.4 m.w.H.). Mit Bezug auf den vertragswesentlichen Punkt des Kaufpreises besteht in der Lehre Einigkeit, dass sich dieser aus der Gesamtheit aller (Geld-)Leistungen zusammensetzt, die der Käufer dem Verkäufer als Entgelt für die Übertragung des Eigentums am Grundstück erbringen muss, und sich der Beurkundungszwang auf diesen Gesamtbetrag erstreckt (URS FASEL, in Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020, Art. 216 N. 14 [S. 1397 Mitte]). Wird beispielsweise im Grundstückkaufvertrag neben dem betragsmässig festgelegten Kaufpreis zusätzlich noch die Ablösung eines Inhaberschuldbriefes durch den Käufer festgelegt, so entspricht der ausgewiesene Kaufpreis nicht der effektiv zu erbringenden Gegenleistung für die Eigentumsbeschaffung. Der angegebene Kaufpreis ist damit objektiv und subjektiv falsch (URS FASEL, a.a.O., Art. 216 N. 14 [S. 1396 unten]). Dabei ist es belanglos, dass die zusätzlich vereinbarte Leistung ebenfalls öffentlich beurkundet wird, weil die Falschaussage betreffend den Kaufpreis damit nicht richtig wird. Praxisüblich ist, zuerst den Kaufpreis zu nennen und unmittelbar anschliessend die Modalitäten der Kaufpreistilgung zu nennen (BGer 5A. 33/2006 vom 2.4.2007, E. 5). Zur Gesamtheit aller Leistungen, die der Käufer als Entgelt für die Übertragung des Eigentums am Grundstück zu erbringen hat, gehören die Leistungen an den Verkäufer und auch solche an Dritte (ZBGR 1994 S. 15).

#### **5.**

**5.1** Im Kaufvertrag vom 29. Oktober 2017 verpflichtet sich die Käuferschaft nicht nur zur Leistung des deklarierten Kaufpreises an die Verkäuferschaft, sondern auch, der Vermittlerin die «Kaufsprovision» von Fr. 21'540.– (inkl. MWST) zu bezahlen. Diese zweite Verpflichtung geht sie gegenüber der Verkäuferschaft, ihrer Kaufvertragspartnerin, ein und nicht unmittelbar gegenüber der Vermittlerin, die nicht als Vertragspartei am Kaufvertrag beteiligt ist.

Bei der zweiten Verpflichtung, die «Kaufsprovision» zu bezahlen, handelt es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter i.S. von Art. 112 OR. Danach ist, wer auf eigenen Namen handelt und sich eine Leistung an einen Dritten zu dessen Gunsten hat versprechen lassen, berechtigt zu fordern, dass an den Dritten geleistet wird (Art. 112 Abs. 1 OR). Der Dritte oder sein Rechtsnachfolger kann selbständig die Erfüllung fordern, wenn es die Willensmeinung der beiden andern war, oder wenn es der Übung entspricht (Art. 112 Abs. 2 OR). Der Promissar, der sich eine Leistung an einen Dritten versprechen lässt, behält seine Gläubigerstellung, auch wenn dieser ein selbständiges Forderungsrecht hat, und kann weiterhin die Leistung an diesen fordern (CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, in Basler Kommentar, 7. Aufl. 2020, Art. 112 N. 15a). Beim Verhältnis zwischen dem Promissar und dem Promittent, der die Leistung an einen Dritten verspricht (sog. Deckungsverhältnis), kann es sich um ein beliebiges Vertragsverhältnis handeln, in dessen Rahmen eine Klausel die Erbringung einer Leistung an einen Dritten vorsieht. Jeder dem schweizerischen Schuldrecht bekannte Rechtsgrund, insbesondere die causa solvendi (Erfüllung einer Verpflichtung), die causa credendi (Zuwendung, um dafür eine Gegenzuwendung zu erhalten) oder die causa donandi (Zuwendung weder in Erfüllung einer Verpflichtung noch zur Erlangung einer Gegenzuwendung, z.B. die Schenkung), kann dem Deckungsverhältnis zu Grunde liegen. Auch die Zuwendung im sog. Valutaverhältnis zwischen dem Promissar und dem Dritten lässt sich solvendi, credendi oder donandi causa vornehmen (ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, 2002, Art. 112 N. 18 – 20). Für den Abschluss eines Vertrages zu Gunsten Dritter sind für den Promissar somit verschiedene Motive möglich.

**5.2** Der Beschwerdeführer macht geltend, die Käuferschaft habe keine Schuld von der Verkäuferschaft übernehmen können, da diese im Vermittlungsvertrag für den hier zur Diskussion stehenden Sachverhalt keine Verpflichtung zur Leistung der Provision eingegangen sei.

Wesentlich ist im vorliegenden Fall, dass der Kaufvertrag auch eine Klausel zu Gunsten der Vermittlerin enthält, in der sich die Käuferschaft gegenüber der Verkäuferschaft verpflichtet, der Vermittlerin die «Kaufsprovision» zu bezahlen. Damit schafft die Verkäuferschaft die verbindliche Grundlage dafür, dass die Käuferschaft die Provision an die Vermittlerin leisten muss. Aus welchem Motiv sie im Kaufvertrag die Leistung an die Vermittlerin fordert, ist nicht entscheidend. Auch ohne dass sie der Vermittlerin etwas schuldet, kann sie dieser mit einem Vertrag zugunsten Dritter zu einer Leistung verhelfen. Dass es auch tatsächlich dem Willen der Kaufvertragsparteien entspricht, dass die Käuferschaft der Vermittlerin die «Kaufsprovision» zu bezahlen hat, ergibt sich daraus, dass die Klausel im Kaufvertrag enthalten ist. Andernfalls hätte kein Anlass bestanden, sie im Vertrag aufzunehmen. Ob die Verkäuferschaft in der hier interessierenden Konstellation der

Vermittlerin gestützt auf den Vermittlungsvertrag tatsächlich eine Provision schuldet, braucht daher nicht näher geprüft zu werden.

Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass auch beim Versicherungsmäklervertrag nicht der Auftraggeber die Mäklerprovision bezahle, sondern dessen zukünftiger Vertragspartner. Auf diese Argumentation braucht vorliegend nicht näher eingegangen zu werden, da vorliegend nicht der Inhalt des Vermittlungsvertrages, sondern derjenige des Kaufvertrages entscheidend ist.

Die Verpflichtung der Käuferschaft, auch die «Kaufsprovision» an die Vermittlerin zu leisten, ist Teil des Kaufvertrages. In diesem hat sie sich gegenüber ihrer Vertragspartnerin nicht nur verpflichtet, den deklarierten Kaufpreis zu bezahlen, sondern auch noch einem Dritten (der Vermittlerin) die «Kaufsprovision» zu leisten. Beide Beträge stellen die Gegenleistung der Käuferschaft für den Grundstückerwerb dar.

Somit ergibt sich, dass die von der Käuferschaft an die Vermittlerin zu bezahlende «Kaufsprovision» in der Höhe von Fr. 21'540.– (inkl. MWST) Teil des Grundstückkaufgeschäfts ist und damit einen Teil des Entgelts für den Erwerb des Eigentums darstellt. Dieser Betrag wurde im Kaufvertrag in einer eigenen Ziffer aufgeführt und somit auch beurkundet. Dies genügt jedoch nicht, da alle Teile des Entgelts für den Erwerb des Grundstücks im beurkundeten Kaufpreis enthalten sein müssen. Dieser wurde somit nicht richtig angegeben und zu tief beurkundet, was eine Missachtung der Formvorschrift von Art. 216 Abs. 1 OR darstellt.

**5.3** Die Missachtung der Formvorschriften von Art. 216 Abs. 1 OR in Bezug auf die wesentlichen Vertragselemente führt zur Ungültigkeit des Vertrages, und zwar des Vertrages als Ganzes. Im Gegensatz zum unmittelbaren Gesetzeswortlaut spricht das Bundesgericht sogar von Nichtigkeit des Vertrages. Es lehnt sich damit an den traditionellen Begriff der Nichtigkeit an, der zum Ausdruck bringt, dass ein Rechtsgeschäft unwirksam ist und nicht wirksam werden kann. Die Nichtigkeit hat zur Konsequenz, dass der Formmangel von den Behörden und Gerichten von Amtes wegen und nicht bloss auf Einrede hin berücksichtigt werden muss. Gestützt auf einen nicht oder falsch beurkundeten Vertrag kann daher keine Eintragung in das Grundbuch erfolgen, wenn der Mangel vom Grundbuchverwalter bemerkt wird (URS FASEL, a.a.O., Art. 216 N. 18 und 19 m.w.H.).

Der zur Diskussion stehende Kaufvertrag verletzt die Formvorschriften von Art. 216 Abs. 1 OR bezüglich des Kaufpreises, der ein wesentliches Vertragselement darstellt. Der Kaufvertrag ist daher nichtig. Diese Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten, so dass er nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann.

**5.4** Das Argument des Beschwerdeführers, er sei als Notar verpflichtet gewesen, den Vertrag so zu beurkunden, wie es von den Parteien gewünscht worden sei, ändert nichts daran, dass der Kaufvertrag nicht den Formvorschriften von

Art. 216 Abs. 1 OR genügt. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist nur die Frage zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Anmeldung des Kaufvertrages zu Recht abgewiesen hat. Ob der Notar bei der Beurkundung des Kaufvertrages allenfalls Sorgfaltspflichten verletzt haben könnte, liegt ausserhalb des vorliegend zu beurteilenden Streitgegenstandes und ist hier somit nicht näher zu prüfen.

**6.**

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Kaufpreis auch die von der Käufer-schaft an die Vermittlerin zu bezahlende «Kaufsprovision» umfasst. Da diese nicht im beurkundeten Kaufpreis enthalten ist, wurde die Formvorschrift von Art. 216 Abs. 1 OR verletzt. Der Kaufvertrag ist damit als Ganzes nichtig, so dass der Erwerb des Grundstücks nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann. Die angefochtene Verfügung ist somit nicht zu beanstanden, so dass die Beschwerde abzuweisen ist.

**7.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden in Anwendung von Art. 19 Abs. 1 der Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (GebV; BSG 154.21) pauschal auf Fr. 2'000.– festgesetzt. Ersatzfähige Parteikosten sind nicht angefallen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 3 VRPG).

**Demnach entscheidet die Direktion für Inneres und Justiz:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens vor der Direktion für Inneres und Justiz in der Höhe von pauschal Fr. 2'000.– werden Notar A. \_\_\_\_\_ zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung erfolgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.

**3.**

Es werden keine Parteikosten gesprochen.

Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde hat das Obergericht am 26. Februar 2021 abgewiesen (ZK 20 458).