

Lektion 4
Sachverhalt Nr. 1

Mit öffentlich beurkundetem Vorvertrag vom 21. September 2018 verpflichtete sich Viktor, Kurt mehrere Parzellen für Fr. 1'720'000 zu verkaufen. Auf diesen Parzellen liess Kurt zwischen 2019 und 2020 verschiedene Neubauten errichten. Im November 2019 waren die meisten davon fertiggestellt. Am 3. November 2019 liessen sie den Kaufvertrag öffentlich beurkunden und die Handänderung im Grundbuch eintragen. Kurt bezahlte in der Folge den in den öffentlich beurkundeten Verträgen festgehaltenen Kaufpreis von Fr. 1'720'000, weigerte sich aber, Viktor eine weitere, mündlich versprochene Zahlung von Fr. 280'000 auszurichten – sie haben dieses Vorgehen gewählt, um Steuern zu sparen. *Sind die Verträge gültig? Kann Viktor die Rückübertragung der Grundstücke verlangen? Oder kann Viktor verlangen, dass Kurt die restlichen Fr. 280'000 bezahlt?*

Lösungsvorschlag Nr. 1

Ein Kaufvertrag über ein Grundstück bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Viktor und Kurt haben einen Kaufpreis von Fr. 2 Mio. abgemacht, aber nur einen geringeren Kaufpreis beurkundet. Der *simulierte*, formgültige Vertrag ist nicht gewollt, während das *dissimulierte* Geschäft zwar gewollt (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR), aber formnichtig ist.¹ Der Vertrag ist folglich nichtig.

Viktor beruft sich jetzt auf diese Formnichtigkeit und verlangt die Rückübertragung der Grundstücke. Es stellt sich die Frage, ob dies rechtsmissbräuchlich im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB sein könnte. Dies lässt sich anhand einer *Gesamtwürdigung der Umstände* beurteilen. Anerkannte Fallgruppen helfen, die richtigen Entscheidungen zu treffen. Die wichtigste und vorliegend anwendbare Fallgruppe ist die *beidseitige, freiwillige und irrtumsfreie Erfüllung, vollständig oder zumindest zur Hauptsache*.² Kurt hat den Kaufpreis grösstenteils bezahlt, Viktor hat die Grundstücke übertragen. Dabei befanden sich beide Parteien nicht in einem Irrtum – sie wussten gemäss Sachverhalt beide, dass der Vertrag formnichtig war. Viktor hat überdies zugelassen, dass Kurt bereits mit den Bauarbeiten beginnt.³ Es kann Viktor mit der Berufung auf den Formmangel nur darum gehen, die Bezahlung der Schwarzzahlung zu bewirken. Das verdient keinen Schutz, weil es zweckwidrig ist.⁴

Ist die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich, bleibt die Frage nach dem restlichen Kaufpreis. Strittig ist nach wie vor, ob der Verkäufer Anspruch auf die Schwarzgeldzahlung hat.⁵ Das Rechts-

¹ Der Sachverhalt basiert auf demjenigen von BGE 104 II 99 ff. http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_104_II_99 (9.9.2020).

² Vgl. BGE 140 III 200 ff., E. 4.2 und CHK-Kut, OR 11 N 20, mit weiteren Hinweisen und weiteren *Fallgruppen*: Die Berufung auf den Formmangel ist nicht missbräuchlich, wenn der formungsgültige Vertrag in Unkenntnis des Formmangels abgeschlossen und erfüllt wird; missbräuchlich ist die Berufung auf den Formmangel, wenn sie durch die Partei erfolgt, die den Formmangel arglistig herbeigeführt hat; Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn die Berufung auf den Formmangel zweckwidrig erfolgt, um sich Gewährleistungsansprüchen zu entziehen oder eine Wertsteigerung auszunützen.

³ Vgl. BGE 104 II 99 ff., 106 f.: „Insbesondere würdigt das Obergericht die entstehenden Schwierigkeiten bei einer nachträglichen Auseinandersetzung zwischen den Parteien über die Entschädigung für Investitionen nicht - in einem gewissen Gegensatz zu BGE 86 II 405 - um ihrer selbst willen, sondern ausdrücklich "unter diesen speziellen Umständen", d.h. namentlich der Tatsache, dass der Kläger im Bewusstsein der Widerrechtlichkeit der Schwarzzahlungsabrede mit entsprechendem Risiko die Bauinvestitionen des Beklagten vor dem Eigentumsübergang zugelassen hat. Solche Betrachtungsweise ist nicht zu beanstanden (...).“

⁴ Vgl. BGE 104 II 99 ff., 107: „Missbrauch sieht das Obergericht auch darin, dass es dem Kläger vorab darum gehe, vom Beklagten die nur mündlich vereinbarte Zahlung von zusätzlichen Fr. 100'000.- nachträglich doch noch erhältlich zu machen. Es verweist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass der Kläger in der erstinstanzlichen Replik ausführen liess: "Der Kläger will eigentlich nur die versprochene Geldleistung, d.h. die Fr. 100'000.- nebst Ersatz des ihm entstandenen Schadens...". Solches Bestreben ist in der Tat durch den Zweck der Form nicht gedeckt. Wer mit der Geltendmachung eines Formmangels die Leistung einer unterbliebenen Schwarzzahlung zu betreiben sucht, missbraucht das Recht.“

⁵ Vgl. die Darstellung der Streitlage bei CHK-Kut, OR 11 N 20.

missbrauchsverbot als *Abwehranspruch* dient *eigentlich* nicht dazu, einen Erfüllungsanspruch auf die Schwarzzahlung abzuleiten (strittig) – gerade das wollte die Rechtsmissbrauchseinrede eigentlich verhindern.⁶ Man kann es aber auch anders betrachten: Wenn Kurt die Schwarzzahlung unter Berufung auf die Formnichtigkeit verweigert, verhält er sich selber auch rechtsmissbräuchlich, denn er hat gleich wie Kurt den Vertrag zur Hauptsache irrtumsfrei und freiwillig erfüllt (strittig; das Bundesgericht sieht dies manchmal anders).⁷

Sachverhalt Nr. 2

Die Metallmanufaktur AG will für die Schuld Webers bei Koller geradestehen. Da die zuständigen Leute bei der Metallmanufaktur nicht wissen, wie hoch die Schuld Webers gegenüber Koller ist, lassen sie in der unterzeichneten Bürgschaftsurkunde den Betrag offen und ermächtigen den Anwalt Kollers mündlich, den Haftungsbetrag später einzusetzen. Dieser setzt später den richtigen Betrag handschriftlich ein. *Die Formvorschriften der Bürgschaft befinden sich in Art. 493 OR. Ist die Bürgschaft gültig zustande gekommen? Falls ja, wann?*

Lösungsvorschlag Nr. 2

Gemäss Art. 493 Abs. 1 OR ist für die Bürgschaft einfache Schriftlichkeit erforderlich. Vordergründig ist diese Formvorschrift erfüllt: Der Betrag ist in der Urkunde schriftlich erfasst. Das Blankett ist mit der *Stellvertretung* und der *Vollmacht* vergleichbar – ein Stellvertreter soll das Dokument ausfüllen. Wer ein Blankett schafft, gibt gleichsam eine Vollmacht kund, wie in Art. 33 Abs. 3 OR. Eine andere Person ist ermächtigt und bevollmächtigt, das Blankett zu vervollständigen, zu „perfizieren“. Muss auch diese Vollmacht die entsprechende Form erfüllen? Es stellt sich die Frage, ob eine mündliche Vollmacht den *Zielen der Formvorschrift* genügt. Was also ist die *ratio legis*? Die gemäss Art. 493 Abs. 1 OR zwingende Angabe des Haftungsbetrages dient der *Warnung*. Diese entfällt gerade, wenn man den Betrag offenlässt. Es lässt sich zwar argumentieren, dass die Metallmanufaktur folglich nicht gewarnt werden will.⁸ Sie würde sich aber der Gefahr vielleicht bewusst, wenn die Vollmachterteilung in der für die Bürgschaft erforderli-

⁶ Vgl. BGE 104 II 99 ff., 104 und 107: „Wer mit der Geltendmachung eines Formmangels die Leistung einer unterbliebenen Schwarzzahlung zu betreiben sucht, missbraucht das Recht.“

⁷ Vgl. CHK-Kut, OR 11 N 20, Huguenin, N 371: „Ist der Vertrag von den Parteien indessen freiwillig und irrtumsfrei erfüllt worden, stellt die Berufung auf den Formmangel ein widersprüchliches Verhalten dar (*venire contra factum proprium*), welches nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz verdient. Dies gilt unter Umständen sogar dann, wenn der Vertrag noch nicht vollständig, aber zur Hauptsache, erfüllt wurde, namentlich die Schwarzzahlung noch aussteht.“ i.V.m. N 374: „Indessen: Wurde der Vertrag freiwillig, irrtumsfrei und mindestens in der Hauptsache erfüllt, – so das Bundesgericht in einem neueren Entscheid – besteht ein Anspruch auf die Restleistung. Diese unter Berufung auf einen Formmangel zu verweigern, wäre ebenfalls rechtsmissbräuchlich.“; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 556 f. und Schwenzer, N 31.34; den Restanspruch bejahend BGer 4C.175/2003, E. 3.2: „So hat das Bundesgericht etwa entschieden, dass die den Vertrag freiwillig, irrtumsfrei und mindestens zur Hauptsache erfüllende Partei rechtsmissbräuchlich handle, wenn sie den Restanspruch der Gegenpartei unter Verweis auf den Formmangel verweigere (...). Eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Formmangel schliesst die Rückforderung des Geleisteten aus und begründet darüber hinaus einen klagbaren Anspruch auf die ausstehende Restleistung (...). Im genannten Entscheid vom 7. Januar 1999 hat das Bundesgericht einen Anspruch auf restanzliche Erfüllung eines irrtumsfrei bereits überwiegend erfüllten Vertrags zudem aus dem Gedanken der Vertrauenschaftung bejaht (...).“ und BGer 4C.299/1998 in recht 2001, 68 ff. (Anspruch aus Vertrauenschaftung); vgl. BGE 112 II 107 ff., 112; den Erfüllungsanspruch ablehnend BGer 5C.275/2002, E. 2.3: „Zum zweiten übersehen die Kläger, dass es bei Art. 2 Abs. 2 ZGB um die Verweigerung von Rechtsschutz für offensichtlichen Rechtsmissbrauch geht. In diesem Sinn hat das Rechtsmissbrauchsverbot als Abkomme der römisch-rechtlichen *exceptio doli negativo* Wirkung bzw. *defensiven* Charakter und es ist deshalb grundsätzlich ausgeschlossen, gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB auf Erfüllung eines - vorliegend ohnehin zwischen Dritten geschlossenen - Vertrages resp. auf Erbringung ausstehender Leistungen zu klagen (...).“; vgl. BGer 4C.21/2007, E. 5.3: „Decisivo ai fini del presente giudizio è il fatto che, stando a quanto accertato dalla Corte ticinese, il convenuto non ha mai intrapreso alcunché per concretizzare la promessa di donazione. Questo significa infatti che, quand'anche si potesse imputare al convenuto un comportamento abusivo, l'attore non potrebbe comunque trarne beneficio poiché, per un principio invalso, l'art. 2 cpv. 2 CC - eccezion fatta per il caso descritto al consid. 3.1, in cui il contratto è già stato adempito nella sua parte essenziale - non conferisce il diritto di esigere dalla controparte l'adempimento di un contratto inficiato nella forma (...).“

⁸ Dieser Gedanke bei BK-Schmidlin, vor OR 12-15 N 29.

chen Form erfolgen würde. Dies ist nach h.L. und Rechtsprechung nur in *Ausnahmefällen* erforderlich – man kann beispielsweise mit einer mündlichen Vollmacht ein Grundstück vertretungsweise verkaufen, weil Formvorschriften eng auszulegen sind.⁹ Gerade Art. 493 Abs. 6 OR sieht aber eine solche Ausnahme vor.¹⁰ Dieser Gedanke ist deshalb richtigerweise auch auf die Blankettbürgschaft zu übertragen.¹¹ Die blos s mündlich erteilte Vollmacht zur Ausfüllung des Blanketts erfüllt die Formvorschrift des Art. 493 Abs. 1 und 6 OR nicht. Deshalb ist die Vollmacht nicht zustande gekommen und die für die Bürgschaft notwendige Schriftform des Art. 493 Abs. 1 OR nicht gewahrt.¹² Hätte die Metallmanufaktur diese Form gewahrt, wäre die Bürgschaft dann perfekt, wenn der Anwalt Kollers mit formgültiger Vollmacht den maximalen Haftungsbetrag in die Bürgschaftsurkunde einsetzt.

Zu prüfen bleibt, ob das Geschäft die Voraussetzungen eines formlosen Vertrages erfüllt (sog. *Konversion*). Die Voraussetzungen dafür beschreibt KUT wie folgt: „(i) Das Ersatzgeschäft muss inhaltlich im formungsgültigen Geschäft enthalten sein, (ii) es darf nicht weiter reichen als das von den Parteien beabsichtigte Geschäft und keiner der Parteien strengere Verpflichtungen auferlegen und muss (iii) einen ähnlichen Zweck und Erfolg anstreben wie das richtige Geschäft. (iv) Die Konversion findet ihre Grenze am Zweck der Formvorschrift, welche die Ungültigkeit des vereinbarten Rechtsgeschäfts begründet, dh sie ist ausgeschlossen, wenn sie auf eine Umgehung dieser Vorschrift hinauslaufen oder zumindest deren Sinn und Zweck widersprechen würde (...).“¹³ In Frage kommt vorliegend die formlose Garantie (Art. 111 OR), doch ist bei der Garantie die Verpflichtung der Metallmanufaktur bedeutend härter.¹⁴ Bei einer Garantie oder der bürgschaftähnlichen Garantie muss man als Garant beispielsweise auch dann bezahlen, wenn das Verhältnis zwischen Weber und Koller nichtig wäre und deshalb gar keine Schuld besteht.¹⁵

Sachverhalt Nr. 3

Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag kaufte Kurt von Viktor 2019 das Haus Nr. 8. Bei Vertragsunterzeichnung leistete Kurt eine Anzahlung von Fr. 30'000 in bar an den Kaufpreis von Fr. 185'000. Wegen Problemen bei der Finanzierung des Bauprojekts unterzeichneten Kurt und Viktor später im Jahr 2019 folgende schriftliche Vereinbarung Nr. 1: „Haus Nr. 8 wird direkt an einen dritten Käufer weiterverkauft. Die Anzahlung bar Fr. 30'000 wird Kurt zurückbezahlt bei Eigentumsübertragung der Liegenschaft auf

⁹ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1349 f., m.w.H.; vgl. CHK-Kut, OR 33 N 6.

¹⁰ Vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1347: „Soweit das Gesetz nicht ausnahmsweise etwas anderes vorsieht, bedarf die Bevollmächtigung zu ihrer Wirksamkeit keiner besonderen Form (...). Sie kann daher auch stillschweigend – namentlich durch konkludentes Verhalten (Nr. 181) – erklärt werden. Ausnahmebestimmungen: Art. 493 Abs. 6, (...).“

¹¹ Vgl. zum identischen Gedanken in Deutschland BGH, Urteil vom 16. Dezember 1999 - IX ZR 36/98, NJW 2000, 1179 ff., 1180: „Fehlt eine nach § 766 S. 1 BGB erforderliche Angabe in der Bürgschaftsurkunde, die nur mit einer Blankounterschrift des Bürgen versehen ist, so kann (...) die Formvorschrift ihren Zweck, das Bürgschaftsrisiko dem Bürgen vor der Bürgschaftserklärung vor Augen zu führen und ihn vor einer übereilten Verpflichtung zu warnen, nur dann in dem notwendigen Masse erfüllen, wenn der Bürge einen anderen schriftlich zur Ergänzung der Urkunde bevollmächtigt oder ermächtigt hat. Dies ist im vorliegenden Falle unstrittig nicht geschehen.“

¹² Es stellt sich die Frage, ob der Betrag der einzugehenden Bürgschaft in der Vollmacht auch genannt sein muss. CR-Meier, OR 493 N 29 bejaht dies explizit, BK-Giovanoli, OR 493 N 47 mit dem Hinweis auf die qualifizierte Schriftlichkeit wohl auch, während andere Kommentare höchstens allgemein die Individualisierung der Bürgschaft in der Vollmacht verlangen, vgl. BSK-Pestalozzi, OR 493 N 20 und CHK-Vischer, OR 493 N 12.

¹³ CHK-Kut, OR 11 N 23.

¹⁴ Vgl. BGE 125 III 305 ff., 311.

¹⁵ BGE 113 II 434 ff., 436: „Der gemeinhin unter Art. 111 OR subsumierte Garantievertrag weist verschiedene Erscheinungsformen auf. Bei der reinen Garantie steht der Garant für einen von jedwelchem konkreten Schuldverhältnis unabhängigen Erfolg ein (...). So kann sich eine Bank oder das Gemeinwesen verpflichten, den Verlust einer Unternehmung zu decken, ohne dass Dritte dem Begünstigten etwas schulden (...). Daneben umfasst der Begriff der Garantie auch diejenigen Verpflichtungen, die sich in irgendeiner Weise auf ein Schuldverhältnis, das dem Begünstigten einen Anspruch auf Leistung eines Dritten gibt, beziehen (...). Mit ihnen soll diese Leistung gesichert werden, gleichgültig, ob sie tatsächlich geschuldet ist; die Verpflichtung gilt damit auch für den Fall, dass die Schuldspflicht nie entstanden ist, wegfällt oder nicht erzwingbar ist (...). Da sich diese Garantie wesensmäßig der Bürgschaft nähert, wird sie heute vornehmlich als bürgschaftähnliche Garantie bezeichnet (...). Dem Grundgedanken des Art. 111 OR entsprechend verspricht der Promittent dem Promissar Schadenersatz für den Fall, dass der Dritte sich nicht erwartungsgemäss verhält (...).“

den neuen Käufer.“ Da kein neuer Käufer gefunden werden konnte, schlossen Kurt und Viktor 2020 eine weitere Vereinbarung Nr. 2. Für den Fall des Verkaufes bestimmten die Parteien, Viktor habe aus einem allfälligen Gewinn nach Abzug der Kosten die Anzahlung von Fr. 30'000 bar an Kurt zurückzuerstatten. Bei einem Gewinn von weniger als Fr. 30'000 sollte eine entsprechend reduzierte Rückerstattung erfolgen. Kann Kurt gestützt auf eine der Vereinbarungen Fr. 30'000 zurückverlangen?

Lösungsvorschlag Nr. 3

Art. 12 und 115 OR stehen in einem Spannungsverhältnis. Es stellt sich die Frage, ob die beiden Vereinbarungen *formlose Aufhebungsverträge* (Art. 115 OR) als Verfügungen oder *formpflichtige Änderungsverträge* (Art. 12 OR)¹⁶ darstellen. Das Bundesgericht stellt massgebend darauf ab, „*ob der unter Einhaltung der Formerfordernisse abgeschlossene Vertrag immer noch, zumindest teilweise, in Kraft steht oder gemäss der betreffenden Vereinbarung der Parteien in seiner Gesamtheit dahingefallen ist. Eine derartige Vertragsaufhebung kann formfrei erfolgen (...).*“¹⁷ Schon die erste Vereinbarung hat den Kaufvertrag formlos aufgehoben, *weil sonst keine Rückzahlung der Anzahlung denkbar wäre*. Dies ergibt sich klar aus dem Wortlaut des Vertrags – es ist von einem *direkten Weiterverkauf* an einen *neuen Käufer* die Rede: Wenn Kurt als Käufer das Haus verkaufen müsste, stünde eine Rückzahlung des Kaufpreises an Viktor ausser Frage. Auch die Vereinbarung Nr. 2 zeigt, dass Viktor das Haus dem neuen Käufer verkaufen muss. Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn der ursprüngliche Kaufvertrag nicht mehr besteht. Vorliegend haben die Parteien aber nicht nur *eine Obligation* gemäss Art. 115 OR aufgehoben, sondern gleich *den ganzen Kaufvertrag*. Auch darauf ist Art. 115 OR *analog* anzuwenden.¹⁸

Ist die Aufhebung bereits mit Vereinbarung Nr. 1 erfolgt, kann es somit keine Rolle spielen, dass die Vereinbarung Nr. 2 im Vergleich zur Vereinbarung Nr. 1 auch noch eine potentielle Verpflichtung zu *Schadenersatz* – in der Form eines Abzugs von der Rückzahlung des Kaufpreises – enthält, wenn Viktor das Haus nur ohne Gewinn verkaufen kann. Wenn Vereinbarung Nr. 1 wegen Art. 115 OR formfrei war, dann ist die Veränderung der formfreien Vereinbarung Nr. 1 wegen Art. 12 OR auch formfrei. Der Vereinbarungsinhalt betrifft gemäss Bundesgericht *aber in jedem Falle* höchstens noch die formfreie *Rückzahlungsmodalitäten* (Nr. 1) und *Schadenersatz* wegen des aufgehobenen Vertrags (Nr. 2), die zur Aufhebung eines Vertrags einfach dazugehören – sogar dann, wenn man dies gar nicht regelt.¹⁹ Auch die Vereinba-

¹⁶ Art. 12 OR ist auch analog auf andere Formen als die Schriftlichkeit anwendbar, vgl. BGer 4A_49/2008, E. 2.1.

¹⁷ BGer 4A_49/2008, E. 2.1; vgl. die klare Aussage in BGer 5A_251/2010, E. 6.1.2: „*En revanche, selon l'art. 115 CO, la remise de dette n'est soumise au respect d'aucune forme spéciale, même si, en vertu de la loi ou de la volonté des parties, l'obligation n'a pu prendre naissance que sous une certaine forme. Cela étant, dans un contrat synallagmatique parfait, si la dette remise totalement ou partiellement ne constitue pas la seule obligation restant à exécuter et qu'il subsistera, à charge du créancier disposant, une contre-prestation non supprimée à l'occasion de la remise de dette, la forme requise selon l'art. 12 CO pour toute modification du contrat prévaut (...).*“ Wenn der Vertrag bei Aufhebung der einzelnen Forderung weiterbesteht, ist also Art. 12 OR anwendbar, weil sich das Synallagma verändert.

¹⁸ Vgl. BGer 4A_49/2008, E. 2.1: „*Nach Art. 115 OR kann eine Forderung durch Übereinkunft ganz oder zum Teil auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragsschliessenden gewählt war. Diese Bestimmung ist nach ständiger Rechtsprechung und Lehre nicht nur auf die Aufhebung einzelner Forderungen, sondern (analog) auch auf die Aufhebung ganzer Vertragsverhältnisse anwendbar (...), es sei denn, die formlose Aufhebung bestimmter Verträge sei gesetzlich ausgeschlossen (...). Der Aufhebungsvertrag ist ein Verfügungsvertrag und hebt eine früher geschlossene Vereinbarung auf.*“

¹⁹ Vgl. die Gedanken in BGer 4C.286/2005, E. 2.1 f. und 2.3 f. zu einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung, bei der die Parteien keine Regelung zu den Schadenersatzfolgen der Vertragsaufhebung getroffen haben: „*Zu beachten ist auch, dass nach der neuen Rechtsprechung durch die Rücktrittserklärung des Gläubigers gestützt auf Art. 109 OR ein bestehendes Vertragsverhältnis in ein vertragliches Rückabwicklungs- bzw. Liquidationsverhältnis umgestaltet wird (...); auch insofern ist der in Art. 109 OR geregelte Fall mit der hier zu beurteilenden Situation, in welcher die Parteien durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages ebenfalls ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis herbeigeführt haben, vergleichbar. Die Vorinstanz ist daher zutreffend davon ausgegangen, dass die Parteien eine Rückabwicklung nach den Regeln von Art. 109 OR vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Punkt in Betracht gezogen hätten. Die Anwendung von Art. 109 Abs. 2 OR an sich wird denn auch nicht in Frage gestellt. Umstritten ist nur der Inhalt dieser Bestimmung. 2.4 Gemäss Art. 109 OR kann der Gläubiger nach dem Rücktritt vom Vertrag die versprochene Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern (Abs. 1). Überdies hat er Anspruch auf*

rung Nr. 2 und das Verhalten der Parteien – Viktor und nicht Kurt verkauft das Haus „direkt“ weiter, an einen „neuen“ Käufer – zeigt, dass Kurt nicht mehr Käufer sein soll. Rechtsgrund der Leistungen ist somit in beiden Fällen nur noch die Rückzahlungsvereinbarung, nicht aber der Kaufvertrag.

Sachverhalt Nr. 4

Käufer Kurt will ein unbebautes Grundstück von Verkäufer Viktor erwerben für Fr. 250'000. Sie vereinbaren, dass sie die Hälfte des Kaufpreises zu marktüblichen Bedingungen der Raiffeisenbank „stehen lassen wollen“, d.h. der Kaufpreis verzinst gestundet werden soll. Weiter muss sich Kurt verpflichten, beim späteren Hausbau den Architekten Alder zu verpflichten. *Fallen die Verabredungen unter den Formzwang? Welche Form müssen die Parteien beachten, wenn der Verkäufer ein unbebautes Grundstück verkauft und verspricht, ein Haus darauf zu bauen?*

Lösungsvorschlag Nr. 4

Der Grundstückskauf bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Dazu gehören alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte. Die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte²⁰ fallen nur dann unter den Formzwang, wenn „sie ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückskaufs betreffen.“²¹ Der Grund liegt darin, dass Formvorschriften restriktiv auszulegen sind.²² Die Vereinbarung eines marktüblichen Darlehens ist deshalb vom Formzwang nicht erfasst. Nur ein *höherverzinstes* oder ein *zinsloses* Darlehen könnte die Gegenleistung für die Überlassung des Grundstücks verändern und wäre deshalb formpflichtig.²³ Die sog. Architektenklausel bedarf in Übereinstimmung dazu der Beurkundung, „wenn die vom Käufer übernommene Verpflichtung eine Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücks und damit Teil des Kaufpreises bildet (...).“²⁴

Dies deckt sich mit den Wertungen eines Kauf-/Werkvertrages, bei dem es um ein Grundstück und ein darauf zu errichtendes Haus geht. Es gibt drei Möglichkeiten:²⁵

Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens, sofern sich der Schuldner nicht exkulpieren kann (Abs. 2).“

²⁰ Subjektiv wesentliche Punkte „(...) sind objektiv unwesentliche Vertragspunkte, die eine Partei (oder beide Parteien) als Bedingung ihres Vertragswillens (*conditio sine qua non*) ansieht; sie muss dies deutlich zu erkennen geben, sonst wirkt die Vermutung von OR 2 I gegen sie und für die Bindung (...).“ (CHK-Binder, OR 216 N 10); vgl. auch BGE 118 II 32 ff., 34.

²¹ Vgl. CHK-Binder, OR 216 N 10.

²² Vgl. Gauch, BR 4/86, 82.

²³ Vgl. BGE 113 II 402 ff., 405: „Im vorliegenden Fall hat das Darlehen das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung des bedingten Kaufvertrages nicht berührt. Insbesondere ist es zu marktüblichen Bedingungen gewährt worden, was die Annahme ausschliesst, der Darleihgeber habe durch einen tiefen Zinssatz eine zusätzliche Leistung im Rahmen des Kaufvertrages erbracht. Die Hoffnung des Borgers, gegebenenfalls durch geschickte Geldanlage seinerseits einen höheren Zins zu erwirtschaften, berührt die Gegenleistung des Käufers nicht, da sie ausserhalb jeder kaufrechtlichen Zuwendung steht.“; vgl. CHK-Binder, OR 216 N 17.

²⁴ Vgl. CHK-Binder, OR 216 N 13; BSK OR I-Fasel, Art. 216 N 12: «Subjektive Theorie: Eine Antwort gibt die sog. subjektive Theorie, die den Umfang des Formzwanges (gegenüber dem umfassenden Formzwang) auf den Bereich der objektiven und subjektiven Nebenpunkte reduziert. Damit sind einerseits die typenwesentlichen Punkte und anderseits diejenigen Nebenpunkte, die von mindestens einer Partei zu einer *Conditio sine qua non* des Geschäftsabschlusses erhoben worden sind, öffentlich zu beurkunden (vgl. BGE 68 II 233). Zu den subjektiv wesentlichen Absprachen gehören dabei sämtliche Punkte, die einen Einfluss auf Leistung und/oder Gegenleistung haben, mithin Darlehensverhältnisse, die infolge des gleichzeitig abgeschlossenen Kauf- oder Kaufrechtsvertrages nicht marktkonforme Zinsbedingungen enthalten (vgl. BGE 113 II 402) oder Architekten- oder Bauhandwerkervereinbarungen, die (wohl regelmässig) den Kaufpreis irgendwie beeinflussen.»

²⁵ Vgl. die Darstellung der möglichen Verträge bei CHK-Binder, OR 216 N 12; vgl. auch BGer, 4A_399/2018, 8.2.2019, E. 2.2: „Das Bundesgericht hat sich vor allem im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Grundstückes mit einer Neubaute zur Abgrenzung zwischen einem reinen Kaufvertrag (Grundstückskaufvertrag über eine künftige Sache) und einem gemischten Grundstückskauf-/Werkvertrag (Grundstückskauf mit Bauleistungspflicht) geäussert. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das entscheidende Abgrenzungskriterium die Herstellungspflicht. Während der Verkäufer nur zur Übereignung der künftigen Sache verpflichtet ist, ist der Unternehmer zur Herstellung einer künftigen Baute verpflichtet. Ein Kauf über eine künftige Sache ist etwa dann anzunehmen, wenn der Erwerber keinen Einfluss auf den Herstellungsprozess ausübt, d.h. der Neubau nicht eigens für ihn hergestellt wird. Demgegenüber ist von einem gemischten Grundstückskauf mit Bauleistungspflicht auszugehen, wenn dem Erwerber ein Einfluss auf den Arbeitsprozess eingeräumt wird, und zwar auch bei einer bloss teilweisen Herstellung eines Neubaus“

1. Zwei getrennte Verträge
2. Gemischter Kauf-/Werkvertrag
3. Kauf einer zukünftigen Sache

Der Werkvertrag bedarf nur dann der öffentlichen Beurkundung, wenn die Parteien für das Grundstück und das noch zu errichtende Haus einen *Gesamtpreis* verabreden.²⁶ Dies kann nur bei den Varianten 2 und 3 der Fall sein. Wenn sie dann die Beurkundung des Werkvertrags nicht in derselben Urkunde vornehmen, wäre der Gesamtpreis für das Grundstück alleine zu hoch. Der Werkvertrag bedarf ebenfalls der Beurkundung, wenn er eine Teilleistung des Kaufpreises darstellt (siehe oben).

Sachverhalt Nr. 5

Kurt möchte gerne eine Stockwerkeigentumswohnung von Viktor erwerben. Er findet im Sortiment Viktors eine Wohnung für Fr. 700'000 in einem noch nicht errichteten Haus und möchte diese „reservieren“. Dafür unterzeichnet Kurt einen schriftlichen Reservationsvertrag mit einer Anzahlung von Fr. 30'000 in bar. Für den Fall, dass Kurt die Wohnung doch nicht erwerben würde, sieht der Vertrag den Verfall der Anzahlung und eine weitere Zahlung von Fr. 30'000 vor. Kurt findet in der Folge eine Wohnung, die ihm besser gefällt. Er will die Wohnung von Viktor nun nicht mehr kaufen. *Kann Viktor die Anzahlung behalten und die Zahlung von Fr. 30'000 fordern?*

Lösungsvorschlag Nr. 5

Es handelt sich bei diesem Sachverhalt um eine Mischung aus BGer 4A_281/2014 und BGE 140 III 200 ff. Die schriftliche Reservationsvereinbarung wäre als *Vorvertrag* im Sinne des Art. 22 Abs. 1 OR zu qualifizieren und deshalb gemäss Art. 216 Abs. 2 OR nur mit öffentlicher Beurkundung gültig. Folglich hat Kurt die Anzahlung *sine causa* geleistet und kann das Geld zurückfordern (Art. 62 OR).²⁷ Die versprochene Leistung muss er auch nicht erfüllen.

nach den individuellen Wünschen des Erwerbers (Urteil 4C.301/2002 vom 22. Januar 2003 E. 2.1 mit Hinweisen auf die Lehre; bestätigt in Urteil 4A_702/2011 vom 20. August 2012 E. 5).“; vgl. insb. Kreisschreiben OGer ZH vom 24. November 2010, Internet: http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Mitteilungen/Kreisschreiben/ab_2010/24_11_2010_OCR.pdf (13.9.2020).

²⁶ Vgl. Gauch, BR 4/86, 84: „Denn sonst erscheint die Gesamtvergütung im beurkundeten Kaufvertrag als Preis nur für das Grundstück, der dann unrichtig (nämlich zu hoch) verurkundet ist, was den Grundstückkauf formungsgültig macht.“; vgl. BGE 117 II 259 ff., 265: „Ein besonderer Sachverhalt liegt allerdings dann vor, wenn der Unternehmer selbst Eigentümer des Baugrundstückes ist und die Parteien den Verkauf an den Besteller vorsehen. In diesem Fall stehen den Parteien grundsätzlich drei Möglichkeiten der vertraglichen Gestaltung offen. Sie können entweder zwei getrennte Verträge, d.h. einen Werkvertrag und einen Kaufvertrag (...), oder einen einzigen gemischten Vertrag abschliessen, welcher die kaufrechtliche Leistungspflicht mit der werkvertraglichen Herstellungspflicht verbindet (...). Die dritte - allerdings umstrittene - Möglichkeit besteht darin, den Sachverhalt als Kauf einer künftigen Sache zu regeln (...). Welche vertragliche Regelung die Parteien gewollt haben, ist aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Leistungspflichten zu entscheiden. Dabei sind der Einfluss des Erwerbers auf den Arbeitsprozess, der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und die Ausgestaltung der Vergütung von Bedeutung (...). Liegen zwei selbständige Verträge - Grundstückkaufvertrag und Werkvertrag - vor, so können diese zu verschiedenen Zeitpunkten abgeschlossen werden. Geregelt werden müssen von den Parteien aber auch, inwieweit der Bestand des einen Vertrages von der Gültigkeit des anderen abhängt (...). Der für den Grundstückkauf geltende Formzwang erstreckt sich bloss auf Abmachungen im Rahmen des Kaufvertrages, nicht aber auf sonstige Übereinkünfte, selbst wenn für die Parteien der Bestand der einen Abrede *conditio sine qua non* für die Zustimmung zur zweiten darstellt (...). Auch bei einem gemischten Vertragsverhältnis unterstehen deshalb die werkvertraglichen Abreden nicht der Formpflicht, wenn sie ein selbständiges Leistungspaar bilden (...). Das setzt jedoch voraus, dass für den Erwerb des unüberbauten Grundstückes und die Erstellung des Bauwerks getrennte Vergütungen festgesetzt werden (...).“; vgl. BGer 4A_595/2008, E. 3.2.

²⁷ Diese Kondiktion ist nicht vom Irrtumserfordernis (Art. 63 Abs. 1 OR) abhängig, vgl. BSK-Schulin, OR 63 N 3b: „Hat jemand in Kenntnis der Ungültigkeit des Vertrages eine Leistung erbracht, dann ist ihm zwar die Rückforderung nach Art. 63 Abs. 1 verwehrt, nach BGE 115 II 28, 29 f. aber nicht die Berufung auf die Nichtverwirklichung des Rechtsgrundes nach Art. 62 Abs. 2; denn sonst könnte das bei synallagmatischen Verträgen zu stossenden Ergebnissen führen: Würde nämlich die Rückerstattung

Das Bundesgericht folgt dieser Ansicht im Grundsatz, doch eröffnet es die Möglichkeit, dass es sich bei der Anzahlung oder der versprochenen Summe um einen pauschalierten Schadenersatz für den Abbruch der Verhandlungen handeln könnte, *der einer formlosen Regelung zugänglich sei*. Dies wäre eigentlich eine Konventionalstrafe – sofern sie Druck ausüben soll, dass später der formnichtige Vorvertrag doch erfüllt wird, ist sie nicht gültig. Sofern sie aber bloss den Schaden des anderen Vertragspartners aus *culpa in contrahendo*²⁸ ersetzen will (negatives Interesse – „*Ich will so gestellt werden, wie wenn wir den Vertrag nie geschlossen hätten*“ – meist geht es um Aufwendungen im Zusammenhang von Vertragsverhandlungen oder entgangenen Gewinn aus Geschäften, die man im Vertrauen auf das Geschäft ziehen lassen musste), ist sie gemäss Bundesgericht zulässig.²⁹ Dies ist mit Schmid/Zbinden entschieden abzulehnen, weil es den Übereilungsschutz vereitelt: „*Nicht zu folgen ist hingegen der (...) Aussage des Bundesgerichts, im vorliegenden (Grundstücksreservations-)Kontext könnten «Vereinbarungen über Konventionalstrafen bzw. Pauschalvergütungen formlos gültig [sein], wenn sie einzig den Zweck haben, das sogenannte negative Interesse abzugrenzen, wie beispielsweise Planungsaufwand zu ersetzen...» (...). Nach der hier vertretenen Auffassung schafft auch eine solche Klausel einen indirekten Druck, den formbedürftigen (Haupt-)Vertrag abzuschliessen, und wird daher von der Beurkundungsvorschrift des Art. 216 Abs. 2 OR erfasst.*“³⁰

²⁸ abgelehnt, könnte der Leistungsempfänger die Leistung ohne Gegenleistung behalten (...).“ und Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N 1576-1578; es geht um die *condictio causa data, causa non secuta*.

²⁹ Vgl. BGE 140 III 200 ff., 203 f. = Pra 103 (2014) Nr. 102, E. 5.2: „*Es kann eine culpa in contrahendo bestehen, wenn ein Grundstückkaufvertrag von den Parteien bereits unterzeichnet worden ist, allerdings in einer Form, die nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht, und der Verkäufer sich weigert, die öffentliche Urkunde zu unterzeichnen, insbesondere weil er das Grundstück jemand anderem verkaufen will: In einem solchen Fall kann vom Verkäufer, der voraussehen konnte, dass er dem Käufer Schaden zufügen würde, verlangt werden, dass er diesen Schaden ersetzt, sodass der Käufer sich wieder in derselben Situation befindet, wie wenn er keine Verhandlungen aufgenommen hätte (...).*“

³⁰ BGer 4A_281/2014, E. 3.2: „*Unter den Formzwang fallen u.a. auch mit dem Vorvertrag verbundene Konventionalstrafen, die Leistungspflichten bekräftigen sollen, deren Eingehung die Einhaltung der Formvorschriften erfordern würde (...). Hingegen sind Vereinbarungen über Konventionalstrafen bzw. Pauschalvergütungen formlos gültig, wenn sie einzig den Zweck haben, das sogenannte negative Interesse abzugrenzen, wie beispielsweise Planungsaufwand zu ersetzen, die eine Partei im Vertrauen auf den künftigen Vertragsabschluss gemacht hat (...).*“

³¹ Jörg Schmid/Oliver Zbinden, Formfragen zur Reservationsabrede über ein Grundstück mit Abgeltungsvereinbarung – eine Reprise, BR 2015, 144 f., 145.