

§ 3

Vom Formmangel und seinen Folgen

Der formungültige Grundstückskauf

ALFRED KOLLER

Inhaltsverzeichnis

Literatur	82
I. Einleitung und Grundlagen	86
1. Begriff und Erscheinungsformen des Formmangels	86
2. Die Folgen eines Inhaltsmangels	88
3. Die Folgen eines Verfahrensmangels	93
4. Weiteres Vorgehen	96
II. Rechtslage vor der Erfüllung	96
1. Einleitung	96
2. Die rechtsmissbräuchliche Erfüllungsverweigerung	98
A. Der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs	98
B. Erfüllungsanspruch als Rechts(missbrauchs)folge	100
III. Rechtslage nach beidseitiger (gänzlicher) Erfüllung	101
1. Überblick	102
2. Der Ausschluss der Rückforderung im Falle irrtümlicher Leistung	107
IV. Rechtslage nach einseitiger Erfüllung	109
1. Erfüllungsanspruch?	109
2. Rückforderungsanspruch?	110
V. Rechtslage, nachdem eine Partei vollständig, die andere teilweise erfüllt hat	111
1. Anspruch auf Resterfüllung?	111
2. Rückgabeansprüche?	113
A. Anspruch auf Rückgabe der vollständig erbrachten Leistung?	113
B. Anspruch auf Rückgabe der Teilleistung?	114
3. Sonderfall: Grundstückskauf mit Schwarzzahlung	115

VI. Rechtslage nach beidseitiger teilweiser Erfüllung.....	117
VII. Einzelfragen.....	118
1. Umfang der Formungültigkeit.....	118
A. Ungültigkeit aller formbedürftigen Vertragsteile.....	118
B. Auswirkung des Formmangels auf nicht formbedürftige Vertragsteile.....	119
C. Zulässigkeit von Ersatzregeln.....	120
2. Berücksichtigung des Formmangels von Amtes wegen?.....	123
3. Berufung Dritter auf Formmängel?.....	127
4. Formungültiger Grundstückskaufvertrag als Vorkaufsfall?.....	128

Literatur

Die gängigen Kommentarwerke (Berner Kommentar usw.) werden nachstehend nicht aufgeführt. – Die aufgeführten Werke werden nur mit dem Verfasseramen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert.

BÉGUELIN EDOUARD, Vertrag (Form) I: Allgemeines, SJK Karte 197, Genf 1942.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zit. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht).

– Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückskauf, ZBGR 1994, S. 1 ff. (zit. BRÜCKNER, ZBGR 1994).

BRÜCKNER CHRISTIAN/KUSTER MATHIAS, Die Grundstücksgeschäfte – Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker, Zürich 2016.

BRUNNER MAX, Der Grundstückskauf, 3. A. Rorschach 1940.

BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A. Zürich 1988 (zit. BUCHER, OR AT).

– Für mehr Aktionendenken, AcP 1986, S. 1 ff. (zit. BUCHER, AcP 1986).

– Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, ZBGR 1975, S. 65 ff. (zit. BUCHER, ZBGR 1975).

– Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A. Zürich 1988.

BÜRGISSER WERNER, Der Grundstückskauf nach schweizerischem Recht (Diss.), Zürich 1924.

CAVIN PIERRE, Kauf, Tausch und Schenkung, in: SPR VII/1, Basel 1977, S. 1 ff.

- CHAPPUIS CHRISTINE/KUONEN NICOLAS, Contenu matériel de l'acte de vente immobilière, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich 2010, S. 15 ff.
- COMMENT ALBERT, Grundstückkauf II: Formvorschriften, SJK Karte 225, Genf 1972.
- DES GOUTTES RENÉ, Système des Nullités en Droit suisse, ZSR 1929, S. 348 ff.
- DESCHENAUX HENRI, Der Einleitungsartikel, in: SPR II, Basel 1967, S. 1 ff.
- DROIN JACQUES, Les effets de l'inobservation de la forme en matière de transfert de la propriété immobilière, Genf 1969.
- ENGEL PIERRE, Traité des obligations en droit suisse, 2. A. Bern 1997.
- FLATTET GUY, La forme de la donation, in: Travaux de la 5ème Semaine Juridique turco-suisse, Istanbul 1976, S. 299 ff.
- FOËX BÉNÉDICT, Dédit et clause pénale, in: Schmid Jürg (Hrsg.), Der Grundstückkauf, Zürich 2010, S. 407 ff.
- FURRER FRANK, Heilung des Formmangels im Vertrag (Diss.), Zürich 1992.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bde., 10. A. bearbeitet von JÖRG SCHMID (Bd. I) und SUSAN EMMENEGGER (Bd. II), Zürich 2014.
- GERNHUBER JOACHIM, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, FS für Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 151 ff.
- GIGER HANS, Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989.
- GUGGENHEIM DANIEL, L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé (Diss.), Genf 1970.
- GUHL THEO, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. A. bearbeitet von ALFRED KOLLER, ANTON K. SCHNYDER und JEAN NICOLAS DRUEY, Zürich 2000 (zit. GUHL/BEARBEITER).
- HEISS HELMUT, Formmängel und ihre Sanktionen, Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 1999.
- HERZ WILHELM, Die Bedeutung der Form des Formalgeschäftes nach deutschem und schweizerischem Recht (Diss.), Basel 1934.
- HESS MARKUS, Immobilienleasing und Formzwang, ZBGR 1991, S. 1 ff.
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 9. A. Bern 2010 (zit. HONSELL, OR BT).
- IBERG GOTTLIEB, Formmangel beim Grundstückkauf, ZBJV 1974, S. 330 ff.
- KANETI SELIM, La forme du contrat de vente d'immeuble en droit civil turc, in: Travaux de la 5ème Semaine Juridique turco-suisse, Istanbul 1976, S. 267 ff.

KELLER MAX/SCHÖBI CHRISTIAN, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. A. Basel/Frankfurt a.M. 1988.

KELLER MAX/SIEHR KURT, Kaufrecht, 3. A. Zürich 1995.

KOLLER ALFRED, Grundstückkauf mit Schwarzzahlung, ZBJV 1990, S. 121 ff. (zit. KOLLER, ZBJV 1990).

– Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A. Bern 2017 (zit. KOLLER, OR AT).

KUNZ HANS, Öffentliche Vertragsverurkundung und ihre Gültigkeit nach schweizerischem Recht (Diss.), Bern 1928.

LEEMANN HANS, Die Folgen der Simulation bei formalen Rechtsgeschäften, SJZ 1917, S. 273 ff.

– Nichtigkeit des Grundstückkaufes wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises? SJZ 1924, S. 269 ff.

LIVER PETER, Das Eigentum, in: SPR V/1, Basel 1977, S. 1 ff.

MERZ HANS, Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, AcP 1964, S. 305 ff. (zit. MERZ, AcP 1964).

– Vertrag und Vertragsschluss, 2. A. Freiburg 1992 (zit. MERZ, Vertrag).

METZGER-WÜEST EVA, Zur Form des Liegenschaftsabtretungs- und Verpfändungsvertrages (Diss.), Bern 1971.

MÜLLER PETER, Die Heilung formwidriger Rechtsgeschäfte durch Erfüllung (Diss.), Freiburg 1938.

OGUZMAN KEMAL, La jurisprudence suisse et turc en matière de l'abus de droit d'invoquer la nullité du contrat pour vice de forme, in: Travaux de la 5ème Semaine Juridique turco-suisse, Istanbul 1976, S. 143 ff.

PAOLETTO BRUNO, Die Falschbeurkundung beim Grundstückkauf (Diss.), Zürich 1973.

PIOTET DENIS, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuenburg 1992, S. 19 ff.

REICHEL HANS, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB), AcP 1909, S. 1 ff.

RINK FELIX, Die Tragweite der Formvorschrift der öffentlichen Beurkundung bei Grundstücksveräußerungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts (Diss.), Basel 1951.

RUF PETER, Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, ZBGR 1997, S. 361 ff.

- SCHMID JÖRG, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen (Diss.), Freiburg 1988 (zit. SCHMID, Beurkundung).
- Thesen zur öffentlichen Beurkundung, ZBGR 1993, S. 1 ff. (zit. SCHMID, ZBGR 1993).
- SCHMIDLIN BRUNO, Der formungültige Grundstückkauf. Bemerkungen zur neueren Lehre und Rechtsprechung, ZSR 1990 I, S. 223 ff. (zit. SCHMIDLIN, ZSR 1990 I).
- Les Dessous de Table, Les conséquences de l'inobservation des prescriptions de forme dans l'acquisition d'immeubles, Semjud 1989, S. 497 ff. (zit. SCHMIDLIN, Semjud 1989).
- SCHÖNLE HERBERT, L'observation de la forme authentique dans la vente immobilière, in: Travaux de la 5ème Semaine Juridique turco-suisse, Istanbul 1976, S. 207 ff.
- SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. A. Bern 2016 (zit. SCHWENZER, OR AT).
- SECRÉTAN ROGER, Vente d'immeubles, JdT 1959, S. 322 ff.
- SEROZAN RONA, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen 1968.
- SPAHR STÉPHANE, Forme authentique et prix de vente immobilière, in: Mélanges Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 813 ff.
- SPIRO KARL, Die Bedeutung der Beurkundung für den Grundstückkauf, in: Travaux de la 5ème Semaine juridique turco-suisse, Istanbul 1976, S. 189 ff. (zit. SPIRO, Bedeutung).
- Die unrichtige Beurkundung des Preises beim Grundstückkauf, Basel 1964 (zit. SPIRO, Unrichtige Beurkundung).
 - Grundstückkauf und Formzwang, Replik zu BGE 90 II 154 ff., BJM 1965, S. 213 ff. (zit. SPIRO, BJM 1965).
- SUTTER-SOMM THOMAS, Eigentum und Besitz, in: SPR V/1, Basel 2014, S. 1 ff.
- TANDOGAN HALUK, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats (Diss.), Genf 1952.
- TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5. A. Zürich 2016.
- VOLKEN ALFONS, Zum Problem des «formnichtigen» Rechtsgeschäftes, ZWR 1981, S. 461 ff.

VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (zit. VON BÜREN, OR AT).

– Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972 (zit. VON BÜREN, OR BT).

VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A. Zürich 1974.

VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A. Zürich 1979.

WIEGAND WOLFGANG/BRUNNER CHRISTOPH, Vom Umfang des Formzwangs und damit zusammenhängende Fragen des Grundstückkaufvertrages, recht 1993, S. 1 ff.

YUNG WALTER, Le contenu des contrats formels, Semjud 1965, S. 623 ff.

ZELLER ERNST, Zum Begriff der «Missbräuchlichkeit» im Schweizerischen Privatrecht, ZSR 1990 I, S. 261 ff.

- 1 Der vorliegende Artikel knüpft an den vorhergehenden über das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung beim Grundstückkauf an. Nachdem Zweck, Gegenstand und Umfang des Beurkundungszwangs behandelt sind, bleiben die Rechtsfolgen einer mangelhaften Beurkundung (eines Formmangels) darzustellen. Diese Frage hat Lehre und Rechtsprechung von jeher stark beschäftigt. Eine gefestigte Praxis besteht indes in verschiedenen Punkten noch nicht. «Selbst Grundfragen» sind «noch nicht endgültig beantwortet» (SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 224). Das rechtfertigt eine relativ eingehende Behandlung der Problematik.

I. Einleitung und Grundlagen

1. Begriff und Erscheinungsformen des Formmangels

- 2 Formmangel ist gleichbedeutend mit **Beurkundungsmangel**. Die Beurkundung kann verschiedenste Mängel aufweisen, die sich jedoch alle als Verfahrens- oder Inhaltsmängel qualifizieren lassen¹:
- 3 – **Inhaltsmängel**: Der Kaufvertrag, wie er von den Parteien übereinstimmend gewollt ist, wurde entweder *überhaupt nicht* öffentlich beurkundet, sondern z.B. lediglich schriftlich festgehalten (vgl. z.B. BGE 54 II 323). Oder er wurde zwar beurkundet, jedoch *unvollständig oder ungenau*. Eine öffentliche Beurkundung wurde vorgenommen, die Urkunde enthält

¹ Vgl. SCHMID, Beurkundung, Rn 600 ff.

jedoch nicht alle erforderlichen Angaben (z.B. fehlt der Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis, BGE 112 II 330 E. 1a) oder sie enthält zwar alle Angaben, diese stimmen jedoch (teilweise) nicht mit dem wirklichen Parteiwillen überein (es wird z.B. ein falscher Kaufpreis angegeben, BGE 104 II 99).

- **Verfahrensmängel:** Es wurden (kantonale) Verfahrensvorschriften nicht eingehalten². Beispiel: Die Planskizze, welche zur Individualisierung des Kaufrechtsgrundstücks dient, wird entgegen dem anwendbaren Beurkundungsverfahren von den Parteien nicht unterzeichnet (vgl. BGE 106 II 146). 4

Ein Verfahrensmangel kann die Ungültigkeit der Beurkundung zur Folge haben; unter Umständen stellt er aber auch eine unter dem Gesichtspunkt der Gültigkeit unbeachtliche Ordnungswidrigkeit dar (dazu unten Rn 20 ff.). Hier ist nur Folgendes beizufügen: Wird ein Vertragspunkt zwar verurkundet, jedoch in Verletzung einer verfahrensrechtlichen Gültigkeitsvorschrift, so *gilt* er als nicht verurkundet. Auch in diesem Fall ist nach der hier vorgenommenen Begriffsbestimmung ein «blosser» Verfahrensmangel gegeben, nicht hingegen ein Inhaltsmangel. Die gegenteilige Auffassung³ hat zur Folge, dass jeder Verfahrensmangel – soweit er auf Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift beruht – zu einem Inhaltsmangel führt. Die Unterscheidung verliert damit jeden praktischen Wert. So ist beispielsweise im erwähnten BGE 106 II 146 lediglich ein Verfahrensmangel anzunehmen. Freilich hatte der Verstoss gegen die Beurkundungsvorschriften (Nichtunterzeichnen der Planskizze) zur Folge, dass die Kaufrechtsparzelle als nicht genügend individualisiert und damit der Vertragswille in einem wesentlichen Punkt als nicht verurkundet galt. Von einem eigentlichen Inhaltsmangel sollte trotzdem nicht gesprochen werden, da ja letztlich der Vertragswille (Kaufrechtsgegenstand) inhaltlich richtig verurkundet wurde und er nur deshalb nicht als verurkundet galt, weil ein Verfahrensmangel vorlag. 5

Praktisch im Vordergrund stehen die Inhaltsmängel, und bei diesen die Fälle, in denen der Mangel den Parteien bewusst ist. Häufig kommt vor allem vor, dass die Parteien absichtlich einen falschen (zu tiefen, gelegentlich auch zu hohen) Kaufpreis verurkunden lassen (Kaufpreissimulation); auch mit der Simulation der Vertragsart hatten sich die Gerichte schon zu befassen (vgl. z.B. BGE 71 II 99). Unbewusste Inhaltsmängel sind seltener, kommen aber ebenfalls vor. Möglich ist z.B., dass die Parteien (oder die Urkundsperson) aus Unkenntnis des Umfangs des Beurkundungszwanges die genügende Kennzeichnung eines wesentlichen Vertragspunktes in der Urkunde unterlassen (vgl. BGE 112 II 107). Oder die Parteien bringen in voller Kenntnis des Beurkundungszwanges den beiderseits gewollten Vertragsinhalt irrtümli- 6

² Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung richtet sich unter Vorbehalt bundesrechtlicher Minimalvorschriften nach kantonalem Recht (WOLFER oben in § 2 Rn 20 ff.; vgl. BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 2; SCHMID, ZBGR 1993, S. 2 f.; BERK/GIGER, N 15 f. und 223 zu Art. 216 OR).

³ Z.B. SCHMID, Beurkundung, Rn 607.

cherweise falsch zum Ausdruck; z.B. bezeichnen sie dem Urkundsbeamten gegenüber das Grundstück A statt das Grundstück B als Kaufgegenstand, so dass dieses statt jenes als Kaufgegenstand verurkundet wird⁴. Ferner ist denkbar, dass dem Urkundsbeamten bei der Verurkundung des richtig geäusserten Parteiwillens ein Versehen unterläuft und die Parteien dies vor Beendigung des Beurkundungsvorganges nicht feststellen.

2. Die Folgen eines Inhaltsmangels

- 7 Nach Art. 216 OR sind nicht oder nicht richtig verurkundete Grundstückkaufverträge ungültig. Art. 216 OR bezieht sich unstreitig auf Inhaltsmängel. Ob und allenfalls inwieweit auch Verfahrensmängel Ungültigkeit i.S.v. Art. 216 OR nach sich ziehen, wird hingegen nicht einheitlich beantwortet (s. dazu Rn 20 ff.). Was unter der Formungültigkeit i.S.v. Art. 216 OR zu verstehen ist, wird in der Bestimmung nicht näher präzisiert. In Lehre und Rechtsprechung hat sich hierüber keine einheitliche Meinung herausgebildet. Es besteht vielmehr eine Vielzahl unterschiedlicher Ansichten, welche sich jedoch zum grössten Teil auf zwei Grundtypen reduzieren lassen (zu «Sondertypen» s. Anm. 25):
- 8 1. Die verschiedenen **Nichtigkeitstheorien** gehen alle davon aus, «dass die von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen rechtlich schlechthin unwirksam sind, also für keine Partei irgend eine vertragliche Berechtigung oder Verpflichtung begründen» (BGE 39 II 224, 226)⁵. Weder begründet der formungültige Vertrag Erfüllungspflichten, noch gibt er, einmal erfüllt, einen «Behaltensgrund» ab; jede Partei kann also die Rückerstattung der von ihr erbrachten Leistung verlangen, freilich nur gegen Rückgabe der erhaltenen Leistung (Einzelheiten in Rn 38 ff.).
- 9 Allerdings schränken die Vertreter der Nichtigkeitstheorien die Nichtigkeitsfolgen durchwegs ein, vor allem in zweierlei Hinsicht:

⁴ Die Konsequenzen einer solchen falsa demonstratio bei formbedürftigen Rechtsgeschäften sind umstritten (SCHMID, Beurkundung, Rn 861 ff.; HONSELL, OR BT, S. 172). M.E. gelten die allgemeinen Regeln über Formmängel. Der Vertrag ist demnach ungültig (Art. 216 OR). «Einfach die Urkunde zu berichtigen», wie BerK/LEEMANN, N 41 zu Art. 657 ZGB, vorschlägt, geht m.E. nicht an. Vielmehr muss ein neuer formgerechter Vertrag geschlossen werden, wenn der Vertragswille durchgesetzt werden soll (im Ergebnis ebenso SCHMID, Beurkundung, Rn 867; anders BerK/KRAMER, N 98 zu Art. 18 OR; nicht eindeutig OGer AG, SJZ 1955, S. 93 f. Nr. 72 E. 3 und 4).

⁵ KELLER/SCHÖBI (S. 25 unten) nehmen an, dass der an einem gesetzlichen Formmangel leidende Vertrag «nicht ungültig, sondern noch nicht zustande gekommen ist». In der Sache aber stellen sich die beiden Autoren auf den Boden der Nichtigkeitstheorie.

- Hat eine Partei den Vertrag *in Kenntnis der Formungültigkeit, d.h. irrtumsfrei, erfüllt*, so hat sie vermutungsweise (grundsätzlich) keinen Rückabwicklungsanspruch⁶. Haben beide Parteien irrtumsfrei erfüllt, bestehen demzufolge in der Regel keine Rückabwicklungsansprüche. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, beruft sich das Bundesgericht (und mit ihm die herrschende Lehre) auf Art. 2 Abs. 2 ZGB, es mobilisiert also das Rechtsmissbrauchsverbot, genauer das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (Rn 47 f.): Wer in Kenntnis der Formungültigkeit erfülle und nachher die Leistung zurückverlange, setze sich in unzulässiger Weise mit eigenem Verhalten in Widerspruch. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht erübrigt sich der Rückgriff auf die ultima ratio des Art. 2 Abs. 2 ZGB, stattdessen ist Art. 63 Abs. 1 OR heranzuziehen. Nach dieser Bestimmung ist demjenigen, der einen formungültigen Grundstückskauf irrtumsfrei erfüllt hat, die Rückforderung der erbrachten Leistung *generell* (nicht nur vermutungsweise) abgeschnitten, vorausgesetzt, die Gegenleistung wurde ebenfalls erbracht (unten Rn 50 f.). 10
 - Im Falle *irrtümlicher* Erfüllung ist die Rückforderung grundsätzlich zulässig. Ausnahmen ergeben sich aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (unten Rn 49 f., 54 ff.). 11
 - Ist der Vertrag von der einen Partei vollständig erfüllt, von der anderen zur Hauptsache, so hat die erste Partei einen Resterfüllungsanspruch, falls die Weigerung des Gegners, die Resterfüllung vorzunehmen, als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist (Art. 2 Abs. 2 ZGB)⁷. Nach der hier vertretenen Ansicht kann ein Erfüllungsanspruch auch gegeben sein, wenn der Vertrag noch nicht zur Hauptsache erfüllt ist. Im Extremfall kann sogar bei nicht erfülltem Vertrag ein Erfüllungsanspruch bestehen (Rn 29 f., 33 ff.). 12
- Kontrovers* ist, ob der Richter die Formungültigkeit von Amtes wegen zu beachten hat oder nicht. Nach der Theorie der *absoluten* Nichtigkeit ist dies zu bejahen⁸, die Vertreter der Theorie von der *relativen* Nichtigkeit⁹ sind 13

⁶ Vorbehalten ist der Fall, dass die Leistung unfreiwillig (unter Zwang oder unter dem Druck einer Zwangsvollstreckung) erfolgte. Diesfalls ist die Rückforderung im Allgemeinen zulässig. Nachstehend wird Freiwilligkeit der Leistung unterstellt.

⁷ Nachweise in Rn 73 f. und Anm. 104.

⁸ Für absolute Nichtigkeit die konstante frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts (z.B. BGE 98 II 313 E. 2; 106 II 146 E. 3 S. 151; w.Nw. bei BerK/GIGER, N 373 zu Art. 216 OR). In BGE 112 II 330, 334, hat das Bundesgericht dann aber offen gelassen, ob «unbekümmert um die Art des Mangels daran festgehalten werden kann, dass Formungültigkeit zur absoluten Nichtigkeit des Vertrages führe und der Formmangel stets von Amtes wegen zu berücksichtigen sei». In neueren Entscheiden ist es zu seiner früheren Rechtsprechung zurückgekehrt, allerdings ohne Diskussion der Frage (z.B. nicht amtlich publizierter Entscheid vom 7.1.1999, abgedruckt in ZBGR 1999, S. 387 ff.; w.Nw. bei SUTTER-SOMM,

gegenteiliger Ansicht und meinen, die Beachtung der Formungültigkeit setze die Erhebung einer entsprechenden Einrede voraus¹⁰ (s. dazu VII./2.). Eine weitere Kontroverse betrifft die Frage, inwieweit sich Dritte auf die Formungültigkeit berufen können (s. dazu VII./3.). Strittig ist ferner, ob der Rechtsmissbrauch heilende Wirkung hat. Insbesondere geht es um die Frage, ob der Käufer, der im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wurde, in Fällen, in denen die Rückabwicklung ausgeschlossen ist, materiell Eigentum erlangt hat oder ob seine Eigentumsposition eine rein formale ist in dem Sinne, dass zwar seine Grundbuchposition unanfechtbar ist (Ausschluss der Grundbuchberichtigungsklage), ihm jedoch nicht die üblichen Eigentümerbefugnisse (Art. 641 ZGB) zustehen.

- 14 2. Die (hier so genannte) **Theorie der beschränkten Gültigkeit** kommt ebenfalls in verschiedenen Spielarten vor. Ihr Grundmerkmal besteht darin, dass der formungültige Vertrag zwar keine Forderungen im Vollsinn des Wortes, immerhin aber unvollkommene Obligationen erzeugt. Der formungültige Vertrag begründet somit keine klagbaren Erfüllungsansprüche, wohl aber erfüllbare Leistungspflichten. Eine einmal erbrachte Leistung kann demzufolge nicht zurückgefordert werden¹¹, jedenfalls dann nicht, wenn auch die Gegenleistung erbracht wurde¹². Dabei spielt keine Rolle, ob die Leistung irrtumsfrei (in Kenntnis der Formungültigkeit) oder irrtümlich erfolgte. Uneinigkeit besteht über die Art der unvollkommenen Obligation: VON BÜREN¹³ nimmt sittliche Pflichten an («Ein Mann ein Wort»)¹⁴, SCHMIDLIN¹⁵ Naturalobligationen.

S. 248 Anm. 1498). Für absolute Nichtigkeit die ganze ältere Lehre (Nw. in der Voraufll., Anm. 23) und ein guter Teil der neueren Lehre (z.B. SCHWENZER, OR AT, Rn 31.36; GUHL/KOLLER, § 14 Rn 29; SPAHR, S. 824; CR/FOËX, N 18 zu Art. 216 OR; KOLLER, OR AT, Rn 12.118, 12.131; KurzK/STARK, N 14 zu Art. 216 OR).

⁹ Die Vertreter dieser Theorie sprechen nicht von relativer Nichtigkeit, sondern von einer Ungültigkeit sui generis. Diese Ausdrucksweise wird hier vermieden, da es auch noch andere Theorien einer Ungültigkeit sui generis («eigener Art») gibt.

¹⁰ Z.B. VOLKEN, S. 472 ff.; BERK/MEIER-HAYOZ, N 130 ff. zu Art. 657 ZGB; SCHMID, Beurkundung, Rn 665 i.V.m. Rn 645; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 562.

¹¹ Vorbehalten ist der Fall unfreiwilliger Leistung (SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 239).

¹² Im Falle einseitiger Erfüllung kann die erbrachte Leistung zurückgefordert werden, wenn die Gegenpartei ihrerseits nicht leistungsbereit ist.

¹³ VON BÜREN, OR AT, S. 147.

¹⁴ Sittliche Pflichten werden z.T. nicht den unvollkommenen Obligationen zugerechnet. Sicher ist aber, dass die sittliche Pflicht, einmal erfüllt, wie eine unvollkommene Obligation behandelt wird: «Die Leistung gilt nicht als Schenkung (Art. 239 Abs. 3 OR) und gibt auch keinen Anspruch auf Rückerstattung (Art. 63 Abs. 2 OR)» (KOLLER, OR AT, Rn 2.45).

¹⁵ SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 223 ff.

In der Frage, ob die Unklagbarkeit von Amtes wegen oder bloss auf Einrede hin zu beachten ist, spricht sich SCHMIDLIN im ersteren Sinne aus¹⁶ (insoweit übereinstimmend mit der Theorie der absoluten Nichtigkeit), VON BÜREN in letzterem¹⁷ (insoweit übereinstimmend mit der Theorie der relativen Nichtigkeit). SCHMIDLINS Naturalobligationen stehen also den Spiel- und Wett-schulden näher als den verjährten Schulden, bei VON BÜRENS sittlichen Pflichten verhält es sich gerade umgekehrt.

VON BÜRENS Auffassung ist ohne ersichtlichen Widerhall geblieben. Dem-gegenüber hat SCHMIDLIN immerhin MERZ zu überzeugen vermocht¹⁸. Seine Auffassung sei daher noch näher präzisiert. Die fehlende Klagbarkeit kann nach SCHMIDLIN «prinzipiell von jedermann jederzeit angerufen werden»¹⁹. Für SCHMIDLIN ist sodann klar, dass die Erfüllung heilende Wirkung hat, insbesondere also der Käufer mit dem Grundbucheintrag materiell und nicht nur formell Eigentümer wird. Des Weiteren lehnt er Erfüllungsansprüche generell ab, auch dann, wenn der Vertrag zur Hauptsache erfüllt wurde und die Weigerung, die Resterfüllung vorzunehmen, rechtsmissbräuchlich ist. Hingegen nimmt er an, dass die Erfüllungsverweigerung u.U. arglistig ist und einen deliktischen Schadenersatzanspruch aus Art. 41 OR zu begründen vermag²⁰. Der zu ersetzende Schaden soll «genau in der Differenz zwischen der freiwillig erbrachten und der noch ausstehenden Restleistung» bestehen²¹. Geschuldet ist also das Erfüllungsinteresse. Der Richter könne auch auf Real-ersatz erkennen (Art. 43 OR). «Daher ist der Schuldner aufgrund seines delik-tisch arglistigen Verhaltens auf Erfüllung oder Erfüllungsersatz zu verurtei-len.»²² Diese Möglichkeit setze keine Erfüllung in der Hauptsache voraus, denn «als qualifizierender Umstand der Arglist» reiche «schon der Beginn der Erfüllung aus»²³.

In einem nicht amtlich publizierten Entscheid aus dem Jahre 1999 (ZBGR 1999, S. 387 ff.) hat das Bundesgericht in einem Fall, in dem der formungültige Vertrag zur Hauptsache erfüllt war, den Anspruch des Verkäufers auf den Restkaufpreis bejaht, jedoch nicht unter dem Titel Erfüllung, sondern – in Anlehnung an SCHMIDLIN – unter dem Titel Schadener-satz. Als Anspruchsgrundlage hat es allerdings – in Abweichung von SCHMIDLIN – nicht Art. 41 OR herangezogen, sondern die (damals eben erst «erfundene») Vertrauenshaftung. Im Übrigen hat es offengelassen, ob dem Verkäufer «auch gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB

¹⁶ SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 240.

¹⁷ VON BÜREN, OR AT, S. 145.

¹⁸ MERZ, Vertrag, Rn 438 ff.; anders noch im BerK, N 510 zu Art. 2 ZGB. HONSELL, OR BT, S. 174, hält eine «Ungültigkeit im Sinne einer Naturalobligation» für «denkbar».

¹⁹ BerK/SCHMIDLIN, N 38 und 110 zu Art. 11 OR.

²⁰ SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 245 ff.

²¹ SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 248.

²² SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 248.

²³ SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 247, s. auch S. 258.

ein Anspruch auf den Restkaufpreis zustünde». Nach diesem Entscheid ist also die Möglichkeit einer Konkurrenz von Erfüllungsanspruch und Schadenersatzanspruch in Betracht zu ziehen; beides soll nebeneinander bestehen können. Dass dies nicht überzeugt, wurde in der Voraufgabe (§ 3 Rn 101) näher begründet. Dort wurde auch ausgeführt, dass richtigerweise immer vorab zu prüfen ist, ob ein Erfüllungsanspruch besteht und erst bei Verneinung dieser Frage eine Schadenersatzlösung ins Auge zu fassen ist. Zu Recht hat daher das Bundesgericht die Schadenersatztheorie nicht weiterverfolgt und ist zu seiner früheren Rechtsprechung, wonach Art. 2 Abs. 2 ZGB gegebenenfalls einen Erfüllungsanspruch verschafft, zurückgekehrt (z.B. BGE 4C.225/2001 E. 2a; 4C.175/2003 E. 3.2).

- 18 Überblickt man das Gesagte, so unterscheidet sich die Theorie der beschränkten Gültigkeit von den Nichtigkeitstheorien zwar im dogmatischen Ansatzpunkt radikal, im praktischen Ergebnis aber besteht über weite Strecken Einigkeit. Einmal werden Erfüllungsansprüche bei noch nicht erfülltem Vertrag verneint²⁴, zum andern werden Rückforderungsansprüche bei irrtumsfreier beidseitiger Erfüllung generell oder zumindest für den Regelfall ausgeschlossen, und schliesslich besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass in gewissen Fällen eine noch ausstehende (Teil-)Leistung verlangt werden kann²⁵.
- 19 **3. Stellungnahme.** Nach Art. 216 Abs. 1 OR bedürfen Kaufverträge «zu ihrer Gültigkeit» der öffentlichen Beurkundung. Entsprechend ist die Ausdrucksweise der romanischen Gesetzestexte: «... ne sont valables que s'ils ont été faits par acte authentique» bzw. «... richiedono per la loro validità un atto

²⁴ Dabei ist aber zu beachten, dass die Auffassungen darüber, wann ein formungültiger Vertrag vorliegt, wesentlich auseinandergehen, was natürlich für die Zuerkennung von Erfüllungsansprüchen von Bedeutung ist. So ist z.B. VON BÜREN (OR BT, S. 75) der Meinung, es könne «gültigkeitsmässig nichts ausmachen, wenn der Preis unrichtig deklariert wird», wogegen die herrschende Auffassung hier Formungültigkeit annimmt. Dementsprechend bejaht VON BÜREN bei unrichtiger Preisverurkundung Erfüllungsansprüche, die herrschende Auffassung lehnt solche ab. Eigenständige Theorien haben auch GUGGENHEIM und SPIRO entwickelt (BasK/SCHWENZER, N 23 zu Art. 11 OR); Kritik der Theorie SPIROS bei KOLLER, ZBJV 1990, S. 129 f.

²⁵ Eine eigenständige Theorie vertritt GIGER (Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989, S. 94 ff., 110 ff.; DERS., BerK, N 349 ff. zu Art. 216 OR). Er glaubt, mit der beidseitigen (irrtumsfreien oder irrtümlichen) Erfüllung entstehe ein faktisches Vertragsverhältnis, welches einen genügenden Grund für das Behalten der erbrachten Leistungen abgebe. Ein faktisches Vertragsverhältnis kann nach GIGER aber auch schon vor der vollständigen Erfüllung entstehen. Soweit dies der Fall ist, begründet der formungültige Vertrag – immer nach GIGER – Erfüllungsansprüche. Insbesondere soll der Verkäufer mit der Übertragung von Besitz und Eigentum am Grundstück den Anspruch auf den Kaufpreis erlangen. GIGER bezeichnet zwar den formungültigen Vertrag als «nichtig» (BerK, N 368 zu Art. 216 OR), in Wirklichkeit fasst er ihn aber als beschränkt gültig auf, und das in noch viel weiter gehendem Umfang, als dies SCHMIDLIN und VON BÜREN tun. GIGERS Ansicht vermochte sich zu Recht nicht durchzusetzen (Kritik bei SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 232 f.).

pubblico». Anders die Formulierung in Art. 657 Abs. 1 ZGB, der von «Verbindlichkeit» statt «Gültigkeit» spricht und damit den Eindruck erwecken könnte, der Formmangel wirke sich lediglich auf der obligatorischen Ebene aus: der formmangelbehaftete Vertrag verschaffe zwar keine Erfüllungsansprüche, gebe aber, einmal erfüllt, immerhin eine genügende causa für das Behalten der erbrachten Leistungen ab. Die romanischen Gesetzestexte von Art. 657 ZGB verwenden hingegen wiederum die Terminologie von Art. 216 OR («valables», «validità»). Wie GIGER²⁶ eingehend dargelegt hat, war diese letztere Ausdrucksweise für den historischen Gesetzgeber massgeblich. Der formungültige Vertrag sollte also gänzlich ungültig sein, weder Erfüllungsansprüche verschaffen noch eine genügende causa für das Behalten der einmal erbrachten Leistung abgeben. Hätte sich der Gesetzgeber für die beschränkte Gültigkeit des formmangelbehafteten Vertrags aussprechen wollen, so hätte er wohl sinngemäss formuliert, dass Kaufverträge über Grundstücke zu ihrer *vollen* Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen. Dazu kommt, dass der Gesetzgeber, wo er Naturalobligationen anordnet, dies durchwegs in der einen oder anderen Form zum Ausdruck bringt (vgl. Art. 63 Abs. 1, 243 Abs. 3 sowie 513 und 514 Abs. 2 OR²⁷); Art. 216 OR und Art. 657 ZGB geben aber keinerlei Hinweise in diese Richtung. Ebenso wenig bestehen Anhaltspunkte dafür, dass der formungültige Vertrag – wie VON BÜREN meint – sittliche Pflichten i.S.v. Art. 63 Abs. 2 OR begründet. Diese Bestimmung hat nämlich Verpflichtungen ausserhalb jedes rechtsgeschäftlichen Konnexes im Auge, so etwa «eine Unterstützungspflicht unter nahen Verwandten jenseits der in Art. 328 ZGB gezogenen Grenzen»²⁸ oder die Pflicht des Vaters eines unehelichen Kindes, auch ohne gerichtlich begründete Verpflichtung Unterhaltsbeiträge an das aussereheliche Kind zu leisten²⁹.

3. Die Folgen eines Verfahrensmangels

Nach Art. 55 SchlT/ZGB bestimmen – mit hier nicht interessierenden Einschränkungen – die Kantone über das Verfahren der öffentlichen Beurkundung (Einzelheiten in § 2). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 106 II 146 E. 2³⁰) und ganz herrschender Lehre³¹ bestimmt das kantonale Recht auch darüber, ob es sich bei einer bestimmten Vorschrift um eine

²⁶ BerK/GIGER, N 357 ff. zu Art. 216 OR.

²⁷ Vgl. auch den früheren, Ende 1999 ausser Kraft getretenen Art. 416 OR.

²⁸ VON TUHR/PETER, S. 34. VON TUHR/PETER beziehen sich auf die bis 31.12.1999 in Kraft gewesene Fassung von Art. 328 ZGB.

²⁹ VON TUHR/PETER, S. 35.

³⁰ Bestätigt in BGE 4A_556/2009 E. 7.1.

³¹ Z.B. SCHMID JÖRG, BR 2010, S. 192 f. Nr. 356 (Anm. zu BGE 4A_556/2009).

Gültigkeitsvorschrift oder eine blosse Ordnungsvorschrift handelt. Strittig ist hingegen, ob die Kantone bei Gültigkeitsvorschriften auch darüber befinden können, welche Art von Ungültigkeit ein Normverstoss (Verfahrensfehler) nach sich zieht. Das Bundesgericht hat dies in BGE 106 II 146 E. 3 unter Berufung auf seine frühere Rechtsprechung (BGE 84 II 636 E. 1) bejaht; insbesondere könnten die Kantone darüber befinden, ob es sich bei der Ungültigkeit um eine absolute oder eine relative, d.h. von den Parteien geltend zu machende Ungültigkeit handle³². Eine wachsende Anzahl Autoren lehnt diese Auffassung ab, so etwa BRÜCKNER, der ausführt, «die beurkundungsrechtliche Fragestellung bei Beurkundungsmängeln» beschränke sich «auf ein Ja/Nein, d.h. auf die Frage, ob eine öffentliche Urkunde entstanden, eine Erklärung öffentlich beurkundet ist, oder ob dies nicht der Fall ist»³³. Im gleichen Sinne haben sich schon früher OSER/SCHÖNENBERGER³⁴, SCHÖNENBERGER/JÄGGI³⁵ und SCHMID³⁶ ausgesprochen³⁷.

- 21 *BGE 106 II 146* betraf einen Fall, in dem «eine Parzelle Land von ca. 2300 m²» verkauft und bestimmt wurde, dass die vom Geometer noch vorzunehmende Mutation von den Parteien als integrierender Vertragsbestandteil anerkannt werde. Weiter war abgemacht, dass der Geometer eine der Vertragsurkunde beigeheftete Planskizze mitzuberkommenden habe. Als es zum Streit um die Gültigkeit des Kaufvertrags kam, vertraten die Obwaldner Gerichte die Meinung, nach kantonalem Beurkundungsrecht hätte die Beurkundungsformel den Plan miteinfassen oder die Urkundsperson hätte ihn zumindest mitunterzeichnen müssen. Beides sei nicht geschehen, der Plan könne daher nicht als verurkundet gelten. Dieser Beurkundungsmangel habe die Ungültigkeit des Vertrags zur Folge. Das Bundesgericht hat bestätigt. Wäre jedoch der Plan richtig verurkundet gewesen, so wäre der Kaufvertrag – trotz der mangelnden Bestimmtheit des Grundstücks – gültig gewesen. Denn die von den Parteien angegebene Methode zur späteren Bestimmung des Grundstücks (Verweis auf die vom Geometer vorzunehmende Mutation anhand der Planskizze) genüge dem Erfordernis der Bestimmbarkeit vollauf³⁸.

³² Obiter bestätigt in BGE 4A_556/2009 E. 7.1.

³³ BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 3.

³⁴ ZürK/OSER/SCHÖNENBERGER, N 13 zu Art. 216 OR.

³⁵ ZürK/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 102 zu Art. 11 OR.

³⁶ SCHMID, Beurkundung, Rn 134.

³⁷ Anders namentlich die Kommentatoren von Art. 657 ZGB: am deutlichsten ZürK/HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 33, die unter Hinweis auf das damalige baselstädtische Beurkundungsrecht ausdrücklich die vom Bundesgericht vertretene Meinung vortragen; sodann BerK/MEIER-HAYOZ, N 129, und BerK/LEEMANN, N 36. Ebenfalls im Sinne der bundesgerichtlichen Auffassung KGer SG, ZBGR 1926, S. 176 ff., 177 unten/178, und neuerdings PIOTET, S. 26 f., der eine Anfechtung analog Art. 520 ZGB befürwortet (kritisch dazu BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 3 Anm. 5).

³⁸ S. auch OGER SO, SOG 2013 Nr. 3, wo in einem gleich gelagerten Fall analog entschieden wurde.

M.E. können die Kantone im Sinne BRÜCKNERS nur darüber befinden, ob eine Beurkundungsvorschrift Gültigkeitsvorschrift ist oder nicht. Eine weiter gehende Kompetenz steht ihnen nicht zu, weder nach Art. 55 SchlT/ZGB noch nach einer sonstigen Bestimmung. Insbesondere können sie nicht vorsehen, dass die Ungültigkeit in einem speziellen Anfechtungsverfahren geltend zu machen ist. Denn entsprechende Vorschriften (s. z.B. § 9 des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen des Kantons Zug³⁹) schaffen einen unerwünschten Schwebezustand, der aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtspraktikabilität von Bundesrechts wegen nicht hingenommen werden kann. Die Kantone können es somit nicht den Parteien anheimstellen, ob sie einen Beurkundungsmangel geltend machen wollen oder nicht. Das scheint im Übrigen früher – im Ergebnis – auch die Ansicht des Bundesgerichts gewesen zu sein (BGE 39 II 608 E. 3⁴⁰).

Ob eine kantonale Beurkundungsvorschrift blossen Ordnungscharakter hat oder die Gültigkeitsform der öffentlichen Beurkundung umschreibt, ist durch Auslegung der entsprechenden Bestimmung zu ermitteln. Im Zweifelsfall ist eine bloss Ordnungsvorschrift anzunehmen^{41,42}, «denn Formvorschriften sind, als künstliche Beschränkungen des Rechtsverkehrs, einengend auszulegen»⁴³. Aus Art. 11 Abs. 2 OR folgt nichts anderes. Die Bestimmung betrifft den Fall, dass eine *bundesrechtliche* Formvorschrift über «Bedeutung und Wirkung» der Form nichts bestimmt; alsdann ist die Beobachtung der Form für die Gültigkeit des Vertrages vorausgesetzt⁴⁴. Im vorliegenden Zusammenhang aber geht es um die Frage, ob die Beobachtung einer *kantonalen* Verfahrensvorschrift Gültigkeitserfordernis ist oder nicht; insoweit ist ausschliesslich das kantonale Recht massgeblich⁴⁵.

³⁹ Weitere Nachweise bei BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 3 Anm. 5. Einzelne Nachweise stimmen allerdings wegen Änderung der Rechtsgrundlagen (z.B. Aufhebung von § 233 Abs. 3 des baselstädtischen EG zum ZGB) nicht mehr.

⁴⁰ Dieser Entscheid wird freilich in BGE 106 II 146 E. 3 ebenfalls für die dort vertretene Auffassung angeführt.

⁴¹ ZürK/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 102 zu Art. 11 OR.

⁴² Nur Ordnungscharakter hat z.B. nach luzernischem Recht die Vorschrift, wonach die öffentliche Urkunde das Mass des Kaufgrundstücks und den Erwerbstitel des Verkäufers anzugeben hat (Max 1933, S. 302 f.; ZürK/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 102 zu Art. 11 OR).

⁴³ ZürK/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 102 zu Art. 11 OR.

⁴⁴ Vgl. BGE 108 II 296 E. 3.

⁴⁵ Vgl. ZürK/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 102 zu Art. 11 OR.

4. Weiteres Vorgehen

- 24 Im Folgenden soll die Rechtslage bei Vorliegen eines formungültigen Vertrags präzisiert werden; der Verstoss gegen Ordnungsvorschriften bleibt also ausser Betracht. Dabei wird die Formungültigkeit – entsprechend der vom Bundesgericht und auch hier vertretenen Ansicht – als von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit aufgefasst. Durch die grundsätzliche Entscheidung für die Nichtigkeit wird allerdings die Rechtslage längst nicht in allen Punkten präjudiziert. Es sind denn auch unter den Vertretern der Nichtigkeitstheorie verschiedene Punkte streitig. Durchwegs wird jedoch – jedenfalls der Sache nach – unterschieden, ob der formungültige Vertrag bereits erfüllt wurde oder nicht. Dem passt sich der weitere Gang der Untersuchung an: Vorerst ist nun II. die Rede von der Rechtslage vor der Erfüllung, hierauf III. von der Rechtslage nach beidseitiger Erfüllung, IV. von der Rechtslage nach einseitiger Erfüllung, V. von der Rechtslage, nachdem der Vertrag von einer Seite gänzlich, von der anderen teilweise erfüllt wurde, und VI. von der Rechtslage bei beidseitiger teilweiser Erfüllung. Den Abschluss machen VII. Einzelfragen.

II. Rechtslage vor der Erfüllung

1. Einleitung

- 25 1. **Die grundsätzliche Rechtslage.** Der formungültige Vertrag erzeugt nach der hier für richtig befundenen Nichtigkeitstheorie – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB – keinerlei rechtsgeschäftliche Wirkungen⁴⁶. Namentlich begründet er nicht die von den Parteien intendierten Erfüllungsansprüche. Der Verkäufer ist also nicht zur Übertragung von Besitz und Eigentum am Grundstück und der Käufer nicht zur Bezahlung des Kaufpreises verpflichtet.
- 26 «Auch eine Klage auf Herstellung der vom Gesetze geforderten Form kann nicht auf das der Form entbehrende Geschäft (z.B. auf den privatschriftlichen Kaufvertrag) gegründet werden ...»⁴⁷. Das versteht sich nach dem Gesagten von selbst. Wären nämlich die Parteien gezwungen, die Form nachzuholen, würde der formungültige Vertrag mittelbar Erfüllungsansprüche verschaffen, was gerade ausgeschlossen sein soll.
- 27 Entsprechendes gilt für vertragliche *Nebenverpflichtungen*. Daher stehen z.B. dem Käufer keine Gewährleistungsansprüche nach Art. 197 ff. OR zu. Eben-

⁴⁶ Statt vieler BerK/BECKER, N 9 und 14 zu Art. 11 OR; ZürK/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 78 ff. zu Art. 11 OR; ZürK/BAUMANN, N 276 zu Art. 2 ZGB.

⁴⁷ ZürK/HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 36 zu Art. 657 ZGB; ebenso BGE 49 II 54 E. 1; 50 II 250 E. 2.

so wenig kann er Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Denn derjenige, der sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrages beruft und sich so dem Vollzug widersetzt, begeht keine Vertragsverletzung (BGE 68 II 229 E. III; 90 II 21 E. 3; vgl. ferner 95 II 42 und 84 II 636)⁴⁸. Im Allgemeinen fällt ihm auch keine culpa in contrahendo zur Last, und noch viel weniger begeht er ein Delikt. Ausservertragliche Haftungsfolgen scheiden daher im Normalfall ebenfalls aus. Zum Schicksal von Reugeldabreden und ähnlichen Vereinbarungen s. unten Rn 100 ff.

2. In **Ausnahmefällen** kann es bei der umschriebenen Rechtslage nicht sein Bewenden haben. Zweierlei steht im Vordergrund:

a. Weigert sich eine Partei in **rechtsmissbräuchlicher** Weise, den Vertrag zu erfüllen, steht der Gegenpartei – entgegen der Regel – das **Recht zu, die verweigerte Leistung zu verlangen**. Dabei handelt es sich nach der hier vertretenen Ansicht um den Erfüllungsanspruch, nach anderer Ansicht um einen Schadenersatzanspruch (oben Rn 16 f.). Freilich sind Rechtsmissbrauchstatbestände selten, z.T. wird sogar angenommen, bei nicht erfülltem Vertrag sei die Möglichkeit von Rechtsmissbrauch generell zu verneinen. In diesem Sinne hat sich insbesondere MERZ⁴⁹ ausgesprochen. Indes kann jedes Recht missbraucht werden, auch das Recht, sich auf Formungültigkeit zu berufen bzw. die Erfüllung wegen Formungültigkeit zu verweigern.

Auch das Bundesgericht hat verschiedentlich entschieden, dass die Berufung auf Rechtsmissbrauch bei noch nicht erfülltem Vertrag ausgeschlossen ist (z.B. BGE 72 II 39 E. 3; 104 II 99 E. 3d). Dies wurde teilweise damit begründet, Art. 2 Abs. 2 ZGB sei «nur in einem negativen Sinne» anrufbar (BGE 68 II 229, 236), womit offenbar gemeint ist, dass die Bestimmung nur zur Abwehr eines Anspruchs eingesetzt werden kann⁵⁰. Anderen Entscheiden liegt freilich die Annahme zugrunde, dass Rechtsmissbrauch auch bei nicht erfülltem Vertrag nicht von vornherein ausgeschlossen ist (Nw. unten in Rn 36). Sodann hat das Bundesgericht bei einem zur Hauptsache erfüllten Vertrag verschiedentlich erkannt, dass es rechtsmissbräuchlich sein kann, die Restleistung zu verweigern, und gegebenenfalls ein Erfüllungsanspruch besteht, Art. 2 Abs. 2 ZGB also in einem «positiven Sinne» angerufen werden kann (z.B. BGE 116 II 700 E. 3; 4C.225/2001 E. 2a; 4C.175/2003 E. 3.2; unten Rn 73 f.).

b. Ist die Erfüllungsverweigerung **nicht rechtsmissbräuchlich** und scheiden daher Erfüllungsansprüche aus, so kann sie immerhin **Schadenersatzansprüche** begründen. Dabei besteht sowohl hinsichtlich Haftungsgrund (culpa in contrahendo, Art. 41 OR, Vertrauenshaftung) als auch Haftungsumfang (ne-

⁴⁸ Aus der Lehre vgl. z.B. BerK/MEIER-HAYOZ, N 136 zu Art. 657 ZGB; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 547a.

⁴⁹ BerK/MERZ, N 496 zu Art. 2 ZGB.

⁵⁰ In der Lehre wird die Formel von der negativen Wirkungskraft des Art. 2 Abs. 2 ZGB zum Teil ebenfalls verwendet (z.B. BerK/MERZ, N 485 zu Art. 2 ZGB; CAVIN, S. 135; DESCHENAUX, S. 193; WIEGAND/BRUNNER, S. 5).

gatives oder positives Vertragsinteresse) keine Einigkeit. Nach der hier vertretenen Ansicht kommt als Anspruchsgrundlage vorab das Institut der culpa in contrahendo in Betracht⁵¹. Wo ein Verschulden «in contrahendo» (bei Vertragsabschluss) fehlt, ist auf das allgemeinere Institut der Vertrauenshaftung⁵² zurückzugreifen. Ganz ausnahmsweise mag auch eine Haftung aus Art. 41 OR in Betracht kommen, doch weist diese Anspruchsgrundlage gegenüber den anderen beiden Nachteile auf; für den Geschädigten steht sie daher nicht im Vordergrund⁵³.

- 32 3. Die grundsätzliche Rechtslage bei Vorliegen eines nicht formgerecht abgeschlossenen, beidseits nicht erfüllten Vertrags interessiert im Folgenden nicht mehr. Auch bleibt die mögliche Schadensersatzhaftung im Falle einer nicht missbräuchlichen Erfüllungsverweigerung ausser Betracht. Hingegen soll die Rechtslage im Falle einer rechtsmissbräuchlichen Erfüllungsverweigerung näher thematisiert werden.

2. Die rechtsmissbräuchliche Erfüllungsverweigerung

A. Der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs

- 33 «Wer einen Vertrag wegen Formmangels nicht gelten lassen will, missbraucht das Recht nur, wenn seine Haltung wegen besonderer Umstände offensichtlich gegen Treu und Glauben verstösst.» (BGE 86 II 258, 261 unten/262). Solche besonderen Umstände können namentlich in arglistigem Verhalten «anlässlich der Beurkundung ... oder der vorausgegangenen Verhandlungen» einer Partei liegen (BGE 90 II 21, 27)⁵⁴. Das Bundesgericht hat Arglist indes noch nie bejaht⁵⁵. Hat sich eine Partei weder vor noch bei der

⁵¹ BasK/SCHWENZER, N 28 f. zu Art. 11 OR.

⁵² Die culpa in contrahendo ist ein Untertatbestand der Vertrauenshaftung (BGE 133 III 449; 134 III 390 E. 4.3.2). S. zur Vertrauenshaftung SCHWENZER, OR AT, Rn 52.01 ff., mit zahlreichen, weiterführenden Hinweisen.

⁵³ Jedes Verschulden wirkt – bei sonst gegebenen Voraussetzungen – haftungsbegründend (KOLLER, OR AT, Rn 28.35).

⁵⁴ Vgl. ferner BGer, ZBGR 1981, S. 45 ff., 54 f. (nicht amtlich publizierte E. 4 von BGE 106 II 146); BGE 54 II 323 E. 5 und 75 II 144 E. 1c (dazu BerK/MERZ, N 503 zu Art. 2 ZGB).

⁵⁵ Jedenfalls nicht mit Bezug auf Grundstückkaufverträge. Auch bei andern formbedürftigen Verträgen hat es sich in der Annahme von Rechtsmissbrauch (vor der Erfüllung) immer sehr zurückhaltend gezeigt. Soweit ersichtlich, hat es die Berufung auf den Formmangel nur in einem (sehr speziell gelagerten, Art. 165 Abs. 1 OR betreffenden) Fall als rechtsmissbräuchlich qualifiziert: BGE 77 II 161 E. 5 (dazu BUCHER, ZBGR 1975, S. 69; SCHMID, Beurkundung, Rn 706).

Beurkundung arglistig verhalten, fällt ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nach bundesgerichtlicher Auffassung regelmässig ausser Betracht⁵⁶. Jedenfalls ist es – bei nicht erfülltem Vertrag – nicht schon rechtsmissbräuchlich, wenn eine Partei ihre Berufung auf den Formmangel nicht mit dem Zweck der Formvorschrift rechtfertigt. Eine Rechtfertigung für das Nichtgeltenlassen des Vertrages ist überhaupt nicht nötig. Daher ist es z.B. unerheblich, ob sich die Verkäuferin eines Grundstücks «auf den Formmangel beruft, weil sie die Liegenschaft überhaupt nicht veräussern will oder weil sie ... durch anderweitigen Verkauf mehr aus ihr lösen kann» (BGE 86 II 258, 262 oben)⁵⁷.

Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. «Auch wenn eine Schutzfunktion 34 oder überhaupt ein sachlicher Sinn der Formvorschrift im Einzelfall nicht zu ersehen ist, muss diese, um nicht generell unwirksam zu sein, angewendet werden.»⁵⁸ Das folgt aus Wesen und Zweck der Formvorschriften, welche «eine Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit und gegen die Möglichkeit der Wahrung der Gerechtigkeit in allen Fällen» darstellen⁵⁹. Es darf daher grundsätzlich nicht nach der Rechtfertigung der Formvorschrift im Einzelfall gefragt werden. Damit ist auch gesagt, dass es unerheblich ist, ob eine Partei die Formungültigkeit unter Berufung auf den Formzweck geltend macht. Nur bei Vorliegen «besonderer Umstände», wie das Bundesgericht sagt, darf Art. 2 Abs. 2 ZGB Anwendung finden. Auf «besondere Umstände» ist dabei insbesondere dann zu schliessen, «wenn derjenige, der im Hinblick auf die Nichteinhaltung der Form die Erfüllung seines Versprechens verweigert, arglistig (gemeint ist mit der Absicht, sich gegebenenfalls später von einer unbequem gewordenen Bindung zu befreien) die Einhaltung der Form verhindert hatte»⁶⁰. Der Umstand als solcher, dass sich eine Vertragspartei nicht an ihr – in mangelhafter Form abgegebenes – Versprechen hält, begründet noch keinen Rechtsmissbrauch. Freilich verstösst ein solches Verhalten «gegen Anstand und Loyalität»⁶¹. Indes vermag nicht jedes illoyale Verhalten den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu begründen. Gerade im Bereiche der

⁵⁶ Ausnahmen sind immerhin denkbar. So etwa, wenn eine Partei die andere immer wieder mit dem Versprechen der Vertragserfüllung hingehalten hat.

⁵⁷ Ebenso BGE 90 II 21, 26: «Wer sich auf die Ungültigkeit beruft, braucht, um dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu entgehen, nicht einmal darzutun, dass er schutzwürdige Interessen habe, die Erfüllung zu verweigern.» Und weiter (S. 28): «Eine Vertragspartei ist nicht verpflichtet, einen wegen Formmangels ungültigen Vertrag deshalb zu halten, weil ihre eigene Leistung inzwischen an Wert zugenommen hat und daher den Wert der Gegenleistung übersteigt.»

⁵⁸ BUCHER, ZBGR 1975, S. 70; ebenso DESCHENAUX, S. 193; MERZ, Vertrag, Rn 341; BasK/SCHWENZER, N 18 zu Art. 11 OR.

⁵⁹ BerK/LIVER, Allgemeine Einleitung vor Art. 1 ZGB, N 112.

⁶⁰ WOLF MANFRED/NEUNER JÖRG, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 11. A. München 2016, § 44 Rn 66, mit Beispielen.

⁶¹ BerK/MERZ, N 463 zu Art. 2 ZGB; BGE 54 II 323 E. 5 S. 331.

Formen trifft dies nicht zu. Sonst hätten die Formvorschriften, wie FLUME⁶² zutreffend bemerkt, nur noch die Bedeutung unverbindlicher Empfehlungen.

B. Erfüllungsanspruch als Rechts(missbrauchs)folge

- 35 Die rechtsmissbräuchliche Erfüllungsverweigerung verschafft nach der hier vertretenen Ansicht einen Erfüllungsanspruch (oben Rn 29). Ob der Vertrag bereits zur Hauptsache erfüllt oder – wie hier unterstellt wird – noch gänzlich unerfüllt ist, kann entgegen BGE 104 II 99 E. 3d keine Rolle spielen⁶³ und lässt sich jedenfalls vom Wortlaut der Bestimmung her nicht rechtfertigen⁶⁴. Der Gesetzestext legt vielmehr den Schluss nahe, dass bei Missbrauch eines Rechts dieses nicht mehr besteht, in unserem Zusammenhang also das Recht, die Erfüllung des formungültigen Vertrages zu verweigern, entfällt, was umgekehrt bedeutet, dass der Vertrag zu erfüllen ist⁶⁵. Die Vorstellung, Art. 2 Abs. 2 ZGB werde in solchen Fällen in einem «positiven Sinne» angerufen, ist nicht sachadäquat. Denn es ist nicht der Rechtsmissbrauch (allein), welcher den Erfüllungsanspruch begründet, vielmehr ist es (auch und in erster Linie) die von den Parteien getroffene Vereinbarung, welche diese Wirkung hat: Haben die Parteien einen Vertrag geschlossen, der zwar formungültig ist, ansonsten aber an keinen Mängeln leidet, so steht der Ingeltungsetzung des Gewollten nur mehr der Formverstoss entgegen. Ist nun aber die Berufung hierauf missbräuchlich, insbesondere weil die betreffende Partei den Gegner arglistig über das Formerfordernis hinweggetäuscht hat, so liegt es nahe, einfach vom Formerfordernis abzusehen und die getroffene Vereinbarung gelten zu lassen. Dass die verübte Täuschung gerade dem Zweck gedient haben mag, sich später auf die Formungültigkeit zu berufen, muss – als spezielle Form einer Mentalreservation – ausser Betracht bleiben. Der tiefere Grund

⁶² FLUME WERNER, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. A. Berlin 1979, S. 276.

⁶³ Ebenso ZürK/BAUMANN, N 277 zu Art. 2 ZGB; a.A. z.B. BasK/SCHWENZER, N 22 zu Art. 11 OR.

⁶⁴ Es wurden denn auch verschiedentlich Erfüllungsansprüche in Fällen zugestanden, in denen von einer Erfüllung «in der Hauptsache» kaum gesprochen werden konnte (s. BGE 112 II 107, 53 II 162 [dazu Rn 93] und aus der kantonalen Rechtsprechung ZBGR 1973, S. 234, und 1926, S. 176 ff.).

⁶⁵ So im Ergebnis auch ZürK/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 79 i.V.m. N 96 und 98 zu Art. 11 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 557; KOLLER, OR AT, Rn 12.123; DERS., ZBJV 1990, S. 131 f.; SCHWENZER, OR AT, Rn 31.34; MERZ, Vertrag, Rn 449 (anders noch im BerK, N 496 zu Art. 2 ZGB, oben Rn 29 mit Anm. 49). Auch für das deutsche Recht ist anerkannt, dass der formungültige Vertrag unter Umständen (namentlich im Falle von Arglist) zu erfüllen ist (WOLF/NEUNER, zit. in Anm. 60, § 44 Rn 66, mit Beispielen).

der Geltung des formungültigen Vertrags ist also die Privatautonomie; Art. 2 Abs. 2 ZGB kommt daneben gleichsam nur dienende Funktion zu.

Im Ergebnis entspricht dies verschiedenen Bundesgerichtsentscheidungen⁶⁶. Vgl. z.B. 36
BGE 54 II 323; 86 II 258; 90 II 21; 106 II 146 (nicht amtlich publizierte E. 4⁶⁷). Das letzte Urteil betraf ein im Grundbuch vorgemerkt, noch nicht ausgeübtes Kaufrecht. Der Belastete verlangte klageweise die Löschung des Kaufrechts, die Berechtigten widersetzten sich. Das Bundesgericht stellte vorerst fest, der Kaufrechtsvertrag sei formungültig. Sodann prüfte es, ob das klägerische Löschungsbegehren rechtsmissbräuchlich sei, und verneinte dies. Bejahendenfalls hätte es die Klage offenbar abgewiesen, mit der Folge, dass der Beklagte das Kaufrecht hätte ausüben und vom Kläger die Übereignung des Grundstücks hätte verlangen können.

In BGE 72 II 39, 43, erklärte das Bundesgericht, im Falle eines grundbuchlich 37
noch nicht behandelten formungültigen Grundstückkaufes könnte «angesichts der sachenrechtlichen Formalordnung ... der Richter selbst im Falle eines Rechtsmissbrauchs [des Verkäufers] den Registerführer nicht zwingen, den Eintrag auf Grund einer formell ungültigen Urkunde vorzunehmen». Es wollte damit offenbar sagen, bei nicht erfülltem Vertrag scheitere das Erfüllungsbegehren des Käufers schon daran, dass der Vertrag gar nicht vollzogen werden könne. Das überzeugt nicht. Zwar kann der Grundbuchverwalter nicht gezwungen werden, gestützt auf den formungültigen Vertrag den Eintrag vorzunehmen. Indes kann der Richter den Verkäufer zum Abschluss eines regelrechten, öffentlich beurkundeten Vertrages verpflichten, gestützt auf den der Käufer in der Folge den Grundbucheintrag (allenfalls unter erneuter richterlicher Mitwirkung, Art. 665 Abs. 1 und 2 ZGB) erwirken kann. Weitergehend muss dem Richter aber auch die Möglichkeit zugestanden werden, dem Käufer in Rechtsmissbrauchsfällen direkt das Eigentum am Grundstück zuzusprechen (Art. 665 Abs. 1 ZGB analog). Diesfalls dient das Urteil (nicht der Vertrag) dem Käufer als Rechtsgrundaussweis für den Grundbucheintrag; er kann dann den Eintrag auch gegen den Willen des Verkäufers von sich aus (ohne erneute Hilfe des Richters) erwirken, Art. 665 Abs. 2 ZGB. Mit anderen Worten steht dem Käufer gegebenenfalls die Möglichkeit offen, auf Erbringung der formungültig versprochenen Leistung oder auf richterliche Zuspriechung des Eigentums zu klagen⁶⁸.

III. Rechtslage nach beidseitiger (gänzlicher) Erfüllung

Beidseitig erfüllt ist der Vertrag, wenn jene Vermögenslage hergestellt ist, die 38
dem wirklichen, nicht dem allenfalls davon abweichenden verurkundeten Par-

⁶⁶ Vgl. BUCHER, ZBGR 1975, S. 73 ff.

⁶⁷ Publiziert in ZBGR 1981, S. 45 ff., 54 f.

⁶⁸ S. dazu im Einzelnen unten in § 4 Rn 6 ff.

teiwillen entspricht. Bei Schwarzgeldgeschäften muss demnach auch das Schwarzgeld bezahlt worden sein, damit von beidseitiger Erfüllung gesprochen werden kann (zum Fall, da dies nicht zutrifft, s. Rn 86 ff.).

1. Überblick

- 39 1. Folgt man der hier und vom Bundesgericht vertretenen Nichtigkeitstheorie, so hat die Erfüllung – anders als nach der Theorie von der beschränkten Gültigkeit (oben Rn 14) – **grundsätzlich keine heilende Wirkung**. Daraus folgt:
- 40 a. Den Leistungen fehlt eine gültige causa, weshalb sie – zeitlich unbeschränkt⁶⁹ – rückforderbar sind. Das bedeutet:
- 41 – Der *Verkäufer* ist Eigentümer geblieben. Er kann daher die Rückübertragung des Besitzes verlangen sowie die Grundbuchberichtigungsklage nach Art. 975 ZGB anstellen (z.B. BGE 106 II 146 E. 3)⁷⁰. Ist dies nicht mehr möglich, weil das Grundstück an einen gutgläubigen Dritten weiterveräußert wurde (Art. 973 ZGB), tritt an die Stelle der Vindikation ein Bereicherungsanspruch (BGE 90 II 34 E. 5 ff. = Pra 1964 Nr. 71)⁷¹.
- 42 – Der *Käufer* kann den Kaufpreis nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen (BGE 106 II 36 E. 4 = Pra 1980 Nr. 226). Gegebenenfalls hat er Anspruch auf «Befreiung von den übernommenen Grundpfandschulden» (BGE 87 II 28 E. 5).
- 43 b. Zu den Rückleistungsansprüchen können weitere Ansprüche kommen. So kann der Käufer gestützt auf Art. 62 OR neben dem Kaufpreis auch den vom Verkäufer gezogenen Zins⁷² herausverlangen (BGE 61 II 12 E. 4; 80 II 152 E. 3 und 84 II 179 E. 4)⁷³. Umgekehrt steht dem Verkäufer u.U. ein Anspruch auf Herausgabe der aus dem Grundstück gezogenen Nutzungen zu (Art. 938

⁶⁹ Vorbehalt bleibt selbstverständlich die Verjährung (KGer VS, ZWR 2014, S. 157 ff.). Zudem spielt der Zeitfaktor bei Beantwortung der Frage, ob einem Rückabwicklungsbegehren das Rechtsmissbrauchsverbot entgegensteht, eine Rolle (Rn 61); vgl. auch GUHL/KOLLER, § 38 Rn 47.

⁷⁰ Herrschende Auffassung auch in der Lehre. Neuerdings befürworten Einzelne einen vertraglichen Rückforderungsanspruch (z.B. BURRI CHRISTOF, Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags [Diss.], Zürich 2010, Rn 344). Dieser Auffassung hat das Bundesgericht in BGE 137 III 243 E. 4.4.3 eine Absage erteilt.

⁷¹ Eine dauernde, den Erfüllungsanspruch ausschliessende Unmöglichkeit liegt freilich nur vor, wenn der Dritte keinesfalls bereit ist, das Grundstück dem ersten Erwerber abzutreten (BGE 135 III 212 E. 3; KOLLER, OR AT, Rn 53.06 f.).

⁷² Beweispflichtig dafür, dass das Kapital Zinsen abgeworfen hat, ist der Käufer (BGE 106 II 36 E. 4 = Pra 1980 Nr. 226).

⁷³ Aus der kantonalen Rechtsprechung vgl. z.B. ZBJV 1937, S. 71 ff.

ZGB; BGE 84 II 369 E. 4a = Pra 1958 Nr. 137). Für Verwendungen hat der Käufer einen Ersatzanspruch unter den Voraussetzungen und nach Massgabe der Art. 939 f. ZGB. Verwendungsersatzansprüche des Verkäufers richten sich nach Art. 65 OR. Schliesslich können Schadenersatzansprüche sowohl des Verkäufers (s. Art. 940 ZGB) als auch des Käufers (aus culpa in contrahendo) bestehen. Diese weiteren Rückabwicklungsansprüche sind gesetzlich nicht koordiniert, was zu verschiedenen Unstimmigkeiten führt⁷⁴.

c. Die gegenseitigen Rückabwicklungsansprüche unterstehen Art. 82 OR. Es gilt somit das Zug-um-Zug-Prinzip. Dies bedeutet, bezogen auf die Rückleistungsansprüche, dass der Verkäufer den Besitz am Grundstück und die Grundbuchberichtigung nur gegen gleichzeitige Rückerstattung des Kaufpreises verlangen kann. KRENGER⁷⁵ ist demgegenüber der Meinung, der Verkäufer könne die Grundbuchberichtigung unabhängig von der Rückerstattung des Preises verlangen, was aus der Sicht des Käufers bedeutet, dass er zwar den Besitz am Kaufgrundstück nur gegen Erhalt des Kaufpreises aufgeben muss, wogegen er sich die Grundbuchberichtigung schon vorher gefallen zu lassen hat.

KRENGER argumentiert mit der «Auskunftsfunktion» des Grundbuchs: Das dingliche Recht des Verkäufers bestehe ohne Rücksicht darauf, ob er seiner Rückleistungspflicht nachgekommen sei oder nicht; «das Grundbuch habe die materielle Rechtslage wiederzugeben, wie sie bestehe». M.E. bestehen keine genügenden Gründe für diese Einschränkung des Zug-um-Zug-Prinzips, jedenfalls dort nicht, wo das eidgenössische Grundbuch eingeführt ist: Den Interessen Dritter ist durch die positive Rechtskraft des Grundbuchs Rechnung getragen, den Interessen des Verkäufers durch Art. 961 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

2. Ausnahmen. Beim Grundsatz, dass die Rückabwicklung verlangt werden kann, bleibt es jedenfalls für jene Partei, welche ihre Leistung unfreiwillig erbracht hat, also zur Erfüllung gezwungen wurde (durch Drohung, vor allem aber durch Zwangsvollstreckung). Insoweit besteht völlige Einigkeit. Strittig ist hingegen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen freiwillig erbrachte Leistungen zurückgefordert werden können. Zwei Hauptströmungen lassen sich erkennen (vgl. schon oben Rn 10):

a. Das Bundesgericht schränkt die Rückforderbarkeit (ausschliesslich) über **Art. 2 Abs. 2 ZGB** ein. Die Leistungen können also dann nicht zurückverlangt werden, wenn die Berufung auf die Formungültigkeit bzw. das Rückforderungsbegehren missbräuchlich ist. Ob dies im Einzelfall zutrifft, ist «nicht in Anwendung von starren Regeln zu entscheiden, sondern unter Wür-

⁷⁴ Vgl. die erste Auflage des vorliegenden Werks (KOLLER ALFRED, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Koller Alfred [Hrsg.], Der Grundstückskauf, St. Gallen 1989, Rn 248 f., 251 f.).

⁷⁵ KRENGER ANDREAS, Die Grundbuchberichtigungsklage (Diss.), Basel 1987, S. 188.

digung aller Umstände des konkreten Falles» (BGE 104 II 99, 101⁷⁶). Immerhin ist im Falle *irrtumsfreier* Erfüllung das Begehren um Rückabwicklung *vermutungsweise rechtsmissbräuchlich* (konstante Rechtsprechung seit BGE 112 II 330 E. 2a⁷⁷). Die Rückabwicklung kann somit vorbehaltlich besonderer Umstände nicht verlangt werden⁷⁸. Solche Umstände werden kaum je vorliegen. Denn derjenige, der seine Leistung in Kenntnis der fehlenden Leistungspflicht erbringt, setzt sich mit eigenem Verhalten in Widerspruch, wenn er die Leistung später zurückverlangt. Dies zumal dann, wenn – wie hier unterstellt – auch die Gegenpartei erfüllt hat. Demzufolge sind Rückabwicklungsansprüche praktisch ausgeschlossen, falls beide Parteien irrtumsfrei erfüllt haben⁷⁹.

- 48 Das Rechtsmissbrauchsverbot hat seine «Durchgangsfunktion»⁸⁰ in solchen Fällen erfüllt⁸¹, weshalb MERZ⁸² die Regel von der Heilung des Formmangels durch freiwillige, irrtumsfreie Erfüllung «nicht mehr als Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs, sondern als Ergebnis der zutreffenden Auslegung der Formvorschriften» auffasst⁸³. Richtiger dürfte es sein, die fragliche Regel nicht in die Formvorschriften (hier Art. 216 OR bzw. Art. 657 ZGB) hineinzuinterpretieren, sondern sie mittels Gesetzesergänzung zu schaffen. Welcher Auffassung man allerdings folgt, ist praktisch nicht von Bedeutung und so gesehen eine «Frage des persönlichen Geschmacks» (BUCHER, ZBGR 1975, S. 80).
- 49 Bei **irrtümlicher Leistung** bleibt es hingegen beim Grundsatz der Rückforderbarkeit, und es müssen besondere Umstände vorliegen, um im Einzelfall Rechtsmissbrauch annehmen zu können (s. Näheres unten Rn 54 ff.).

⁷⁶ Konstante Rechtsprechung, s. z.B. noch BGE 112 II 107 E. 3b und 112 II 330 E. 2a.

⁷⁷ Anders ein Teil der früheren Rechtsprechung, z.B. BGE 72 II 43 E. 3 bzw. 93 II 97 = Pra 1967 Nr. 128, wo das Bundesgericht annahm, die irrtumsfreie Erfüllung begründe den Rechtsmissbrauch «nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit zusätzlichen Gründen» (so die Praxis-Analyse in BGE 112 II 330, 333).

⁷⁸ Nach BGE 104 II 99 E. 4d S. 107 wird ein rechtsmissbräuchliches Verhalten einer Partei durch «ein missbräuchliches Verhalten von etwa gleicher Schwere» der Gegenpartei aufgehoben. In einem solchen Fall «doppelten Rechtsmissbrauchs» ist «die Einrede aus Art. 2 ZGB zu versagen». Ebenso BGE 92 II 323 E. 5 S. 327; BerK/MERZ, N 477 zu Art. 2 ZGB.

⁷⁹ So auch ein Teil der Lehre, z.B. BerK/MERZ, N 466 f. zu Art. 2 ZGB; REICHEL, AcP 1909, S. 33 ff.; VOLKEN, S. 470 ff.

⁸⁰ Zur Durchgangsfunktion von Art. 2 Abs. 2 ZGB im Allgemeinen s. BerK/MERZ, N 42 zu Art. 2 ZGB; KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 5. A. Bern 2016, S. 243 f.; ZELLER ERNST, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot (Diss.), Zürich 1981, S. 385 ff.

⁸¹ ZELLER, S. 267

⁸² BerK/MERZ, N 509 zu Art. 2 ZGB.

⁸³ Ebenso HONSELL, OR BT, S. 175 oben.

b. Nach anderer, auch hier vertretener Ansicht ist die Rückforderung einer irrtumsfrei erfolgten Leistung generell (nicht nur vermutungsweise) ausgeschlossen (**Art. 63 Abs. 1 OR**). Wurde hingegen irrtümlich geleistet, so ist die Rückforderung zulässig, sofern ihr nicht ausnahmsweise das Rechtsmissbrauchsverbot entgegensteht (insoweit besteht also Übereinstimmung mit dem Bundesgericht).

Nach Art. 63 Abs. 1 OR kann, «wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt», das Geleistete «nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat». Die Rückforderung ist also ausgeschlossen, wenn die Leistung freiwillig und *irrtumsfrei* erfolgte. Umgekehrt ist sie im Falle *irrtümlicher* Leistung – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs – zulässig. Nach seiner systematischen Stellung betrifft allerdings Art. 63 Abs. 1 OR nur Bereicherungsansprüche. Auf den Rückleistungsanspruch des Verkäufers (Vindikation) kann er daher lediglich *analoge* Anwendung finden. Eine analoge Anwendung aber drängt sich auf⁸⁴, weil eine Beschränkung auf Bereicherungsansprüche der ratio legis der Bestimmung zuwiderlaufen würde: Art. 63 Abs. 1 OR lässt «sich der Maxime des unzulässigen widersprüchlichen Verhaltens unterordnen»⁸⁵, er ist also eine gesetzliche Konkretisierung des Verbots des *venire contra proprium factum*. Widersprüchlich handelt derjenige, der eine Leistung erbringt, obwohl er weiss, dass er dazu nicht verpflichtet ist, und in der Folge die Leistung zurückverlangt. Ob die allfällige Rückforderung im Wege der *condictio* oder der *vindicatio* zu erfolgen hat, ist unter dem Gesichtspunkt der Widersprüchlichkeit des Verhaltens ohne Belang. Art. 63 Abs. 1 OR muss somit auf irrtumsfreie Leistungen *generell* Anwendung finden⁸⁶. Demzufolge kann bei beidseitiger (freiwilliger) irrtumsfreier Erfüllung eines formungültigen Grundstückskaufvertrages keine der Parteien die Rückabwicklung verlangen.

3. Können sich die Parteien – nach Art. 2 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 63 Abs. 1 OR – nicht auf die Formungültigkeit berufen, so ist es zu halten, **wie wenn der formungültige Vertrag formgültig abgeschlossen worden wäre**. Ein Recht auf Rückabwicklung besteht daher nicht: Der Käufer kann den Kaufpreis nicht zurückverlangen, der Verkäufer nicht das Grundstück. Namentlich

⁸⁴ Ob die allfällige Rückerstattung im Wege der Kondiktion oder der Vindikation stattzufinden hat, kann von reinen Zufälligkeiten abhängen (z.B. davon, ob der Leistungsempfänger den empfangenen Gegenstand schon weiterveräussert hat). In diesem Zusammenhang sei auch daran erinnert, dass seit der bundesgerichtlichen Anerkennung des Kausalitätsprinzips bei Fahrnis in BGE 55 II 302 E. 2 die Rückleistung vermehrt auf dem Wege der Vindikation stattfindet. Weshalb dies jedoch den Anwendungsbereich von Art. 63 OR verändert haben sollte, ist nicht erfindlich.

⁸⁵ BerK/MERZ, N 475 zu Art. 2 ZGB; GUHL/KOLLER, § 27 Rn 15.

⁸⁶ Art. 63 Abs. 1 OR ist nicht die einzige bereicherungsrechtliche Bestimmung, welche der Verallgemeinerung zugänglich ist. Betr. Art. 66 OR s. BGE 104 II 99 E. 4d a.E. (die massgebliche Passage ist unten in Rn 87 abgedruckt); dem Entscheid kann freilich nicht in allen Punkten gefolgt werden (Rn 88 ff.).

kann auch die Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 ZGB) nicht mit Erfolg erhoben werden. Der Käufer ist somit jedenfalls formell Eigentümer des Kaufgrundstücks. Eine andere Frage ist, ob er es auch materiell ist oder ob er wegen des Kausalitätsprinzips (Art. 974 ZGB) kein «eigentliches» Eigentum erworben hat. Das Bundesgericht ist vorerst mit Selbstverständlichkeit davon ausgegangen, dass mit dem Ausschluss der Grundbuchberichtigungsklage automatisch auch der Eigentumsübergang verbunden ist (BGE 50 II 142 E. 4⁸⁷). Anders dann BGE 86 II 398 E. 1 S. 401: Hier nahm das Gericht an, dass «bei dieser Lösung [sc. dem Ausschluss der Grundbuchberichtigungsklage infolge Rechtsmissbrauchs] Grundbucheintrag und materielle Rechtslage nicht miteinander übereinstimmen»; der Erwerber werde «zufolge Formmangels seines Erwerbsaktes materiell nicht Eigentümer». Diese Auffassung ist in der Lehre auf beinahe einhellige Kritik gestossen⁸⁸.

- 53 BGE 86 II 398 E. 1 scheint sowohl sachlich als auch dogmatisch verfehlt⁸⁹. *Sachlich*, weil es nicht sein kann, dass der Verkäufer materiell Eigentümer bleibt und damit die Verfügungsbefugnis über das Grundstück bewahrt und demzufolge der Käufer trotz Grundbucheintrags rechtswidrig handelt, wenn er über die Sache verfügt (Verstoss gegen Art. 641 ZGB). In *dogmatischer* Hinsicht geht das Bundesgericht davon aus, das Kausalitätsprinzip lasse einen Übergang des Eigentums nicht zu. Indes bedeutet es eine doktrinaire Überspitzung dieses Prinzips, wenn man auch in Rechtsmissbrauchsfällen, in denen die Ungültigkeit der causa nicht geltend gemacht werden kann, den Eigentumsübergang als ausgeschlossen ansieht. Der Rechtsmissbrauch hat eben zur Folge, dass der Vertrag zumindest in dem Sinne Bestand hat, dass er einen genügenden «Behaltensgrund» abgibt (mehr verlangt Art. 974 ZGB nicht). Man mag in diesem Zusammenhang von Heilung des Formmangels sprechen⁹⁰, muss sich aber bewusst sein, dass der Formmangel an sich nicht beseitigt wird und dass die Heilung auch nur eine teilweise ist, weil der Vertrag seine primäre «Aufgabe», nämlich Erfüllungsansprüche zu erzeugen, nie erfüllen konnte⁹¹. Er hat hier vielmehr nur die Bedeutung einer Causa-Verabredung, ähnlich wie dies bei Handgeschäften der Fall ist. Das Kausalitätsprinzip darf nicht verabsolutiert werden. Es soll nur verhindern, dass in Fällen, in denen der Erwerber keinen genügenden Grund für das Behal-

⁸⁷ So verstanden wird BGE 50 II 142 auch von ZürK/HOMBERGER, N 6 zu Art. 974 ZGB, und von SCHMID, Beurkundung, Rn 772.

⁸⁸ Z.B. CAVIN, S. 135; BerK/MEIER-HAYOZ, N 133 zu Art. 657 ZGB; BasK/SCHWENZER, N 22 zu Art. 11 OR.

⁸⁹ Vgl. BUCHER, AcP 1986, S. 61 f.; DERS., ZBGR 1975, S. 65; BerK/MERZ, N 510 zu Art. 2 ZGB.

⁹⁰ Vgl. z.B. SCHMID, Beurkundung, Rn 689, wonach der Rechtsmissbrauch «den zunächst ungültigen in einen gültigen Vertrag umwandelt», ferner etwa BerK/MERZ, N 468 zu Art. 2 ZGB; VON TUHR/PETER, S. 238; DESCHENAUX, S. 191 f.; FURRER, S. 97 ff. Wo das Bundesgericht von Heilung spricht (z.B. BGE 111 II 143 Regeste; ZBGR 1985, S. 252 ff. E. 4b), meint es damit nicht eine Heilung im Sinne dieser Lehrmeinung.

⁹¹ Vgl. HONSELL, OR BT, S. 174 («De-facto-Gültigkeit des erfüllten nichtigen Vertrages»).

ten der Leistung vorweisen kann, er trotzdem Eigentümer wird. Diesem Gesichtspunkt wird aber durch die im Text vertretene Ansicht vollständig Rechnung getragen.

2. Der Ausschluss der Rückforderung im Falle irrtümlicher Leistung

«Wer einen formnichtigen Vertrag freiwillig erfüllt, ohne den Mangel zu kennen, verhält sich ... nicht widersprüchlich, handelt folglich auch nicht missbräuchlich, wenn er sich nachträglich wegen des Mangels auf die Nichtigkeit beruft.» Dieser Satz aus BGE 112 II 330 E. 2b S. 334 erweckt den Eindruck, Rechtsmissbrauch sei bei irrtümlicher Erfüllung eines formungültigen Vertrages von vornherein ausgeschlossen. Das entspricht jedoch nicht der Auffassung des Bundesgerichts⁹². So hat es im fraglichen Entscheid Rechtsmissbrauch bejaht, obwohl feststand, dass «die Klägerin die Mängel der Beurkundung weder beim Abschluss noch bei der Erfüllung des Vertrages erkannt, sich darüber also geirrt» hatte (S. 335). Im Einzelfall können ganz unterschiedliche Gesichtspunkte eine Rolle spielen, etwa die folgenden⁹³:

a. *Zweckwidrigkeit der Rechtsausübung*. Solange der Vertrag nicht erfüllt ist, spielt es in der Frage des Rechtsmissbrauchs keine, jedenfalls keine entscheidende Rolle, ob die Formungültigkeit im Interesse des Formzwecks oder aus andern Gründen (z.B. um sich von einem ungünstigen Vertrag zu lösen) angerufen wird (oben Rn 33 f.). Nach der Erfüllung soll dies anders sein (z.B. BGE 78 II 221 E. 2b; 54 II 323 E. 5 S. 332; 53 II 162 E. 2; 50 II 142 E. 4). Es finden sich freilich auch gegenteilige Entscheide (BGE 87 II 28 E. 4c und 86 II 398 E. 2c). Das Bundesgericht hat sich in dieser Frage nach seiner eigenen Feststellung (BGE 112 II 330, 336 oben) «sehr unterschiedlich, ja widersprüchlich» geäußert. Im eben erwähnten Entscheid erkannte das Bundesgericht auf Rechtsmissbrauch der Käuferin; ein wesentliches Argument war, dass die Käuferin versuchte, den Vertrag «wegen Nichterfüllung oder Nichteintritts einer Bedingung rückgängig zu machen», und nicht wegen des Formmangels. Im gleichen Entscheid stellte das Bundesgericht fest, «dass der Schutz- und Sicherungszweck der Beurkundung mit der beidseitigen Erfüllung des Vertrages entfällt» (BGE 112 II 330, 335 unten). Das führt praktisch zur Feststellung, dass nach der Erfüllung gar kein Formzweck mehr da ist, auf

⁹² S. demgegenüber KGer VS, ZBJV 2017, S. 141 ff. Nach diesem Entscheid ist bei irrtümlicher Leistung Rechtsmissbrauch ohne weiteres zu verneinen (E. 8); in concreto wurde dann aber die Formungültigkeit auf dem Weg der Konversion doch noch überwunden (E. 9).

⁹³ Vgl. auch die Rechtsprechungsübersichten bei CAVIN, S. 134 f.; BerK/MERZ, N 461 ff. zu Art. 2 ZGB; BasK/FASEL, N 21 zu Art. 216 OR.

den sich die Parteien berufen könnten: Jede Berufung auf die Formungültigkeit ist – nach Ansicht des Bundesgerichts – zweckwidrig!

- 56 Dass der Sicherungszweck (Sicherstellung einer einwandfreien Grundlage für die Eintragung im Grundbuch) mit der Erfüllung des Vertrags gänzlich erreicht wird, ist nicht zu bestreiten. Hingegen trifft dasselbe für den Schutzzweck (Schutz der Parteien vor einem übereilten Vertragsabschluss) nicht in gleichem Masse zu. Vollständige Zweckerreichung ist freilich dann anzunehmen, wenn jemand im Bewusstsein der Formungültigkeit den Vertrag erfüllt. Diesfalls ist im Vertragsvollzug ein ebenso wirksamer Schutz gegen Übereilung zu sehen wie in der Einhaltung der Vertragsform⁹⁴. Wenn hingegen der Vertrag in Unkenntnis seiner Ungültigkeit erfüllt wird bzw. im irrtümlichen Glauben, zur Erfüllung verpflichtet zu sein, so schützt der Vollzug in keiner Weise vor Übereilung⁹⁵. Entsprechendes gilt für den mit dem Beurkundungserfordernis verfolgten Zweck, für eine angemessene Beratung der Parteien zu sorgen: Ein Beratungsdefizit wird durch die irrtümliche Erfüllung nicht beseitigt. Die Anrufung des Formmangels ist daher nicht ohne weiteres zweckwidrig, weshalb für die Annahme von Rechtsmissbrauch unter Umständen weitere Gesichtspunkte dazukommen müssen.
- 57 b. Verschiedentlich hat das Bundesgericht der *Art des Formmangels* Bedeutung beigemessen, so etwa in BGE 112 II 330 und 72 II 39 E. 4.
- 58 *BGE 112 II 330*: Der Formmangel bestand darin, dass das Vertretungsverhältnis falsch verurkundet wurde (statt B wurde A als Vertreter angegeben). Auf diesen Mangel durfte sich die Klägerin nicht berufen: «Die Identität eines Vertreters ist zweifellos von erheblicher Bedeutung für den Vertretenen, der sich seine Erklärungen anrechnen lassen muss; sie kann auch für den andern Vertragspartner bedeutsam werden, wenn der Vertretene sich seinen Verpflichtungen unter Hinweis auf fehlende Ermächtigung entziehen will. Dafür liegt hier aber nichts vor; die Beklagte will vielmehr den Vertrag und damit auch das Handeln ihres Vertreters gegen sich gelten lassen. Unter diesen Umständen steht es der Klägerin nicht an, sich auf die falsche Beurkundung des Vertretungsverhältnisses zu berufen, um eine Parzelle loszuwerden, an der sie mangels gelungener Erschliessung offenbar nicht mehr interessiert ist.» (S. 337).
- 59 *BGE 72 II 39 E. 4*: Das Notariatsgesetz des Kantons Freiburg verlangt die Anwesenheit von Zeugen bei der öffentlichen Verurkundung, um zu verhindern, dass der Notar im Einvernehmen mit der einen Partei die andere benachteiligt. Dienstboten einer Vertragspartei sind wegen ihres Unterordnungsverhältnisses zu der betreffenden Partei als Zeugen ausgeschlossen. Werden sie trotzdem beigezogen, ist nur bei der Gegenpartei ein schützenswertes Interesse an der Geltendmachung dieses Mangels vorhanden. In casu hatte sich der Arbeitgeber des als Zeuge mitwirkenden Dienstboten auf den Formmangel berufen und wurde damit nicht gehört⁹⁶.
- 60 c. *Arglistige Herbeiführung oder zumindest Inkaufnahme des Mangels*. Das Bundesgericht hat verschiedentlich dem Umstand Bedeutung beigemessen,

⁹⁴ Vgl. ZürK/SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N 80 zu Art. 11 OR; SPIRO, Unrichtige Beurkundung, S. 10 f.

⁹⁵ KOLLER, OR AT, Rn 12.135.

⁹⁶ Vgl. zu diesem Entscheid BerK/MERZ, N 470 zu Art. 2 ZGB.

dass ein Vertragspartner einen Formmangel «in arglistiger Weise selber verschuldet» (BGE 86 II 398, 404) oder «ihn beim Abschluss des Vertrages bewusst in Kauf genommen oder ihn zum eigenen Vorteil sogar gewollt hat» (BGE 84 II 636, 642)⁹⁷. Solange der Vertrag nicht erfüllt ist, ist Arglist beim Vertragsabschluss – wie gesehen (Rn 33 f.) – geeignet, den Rechtsmissbrauch für sich allein zu begründen. Nach der Vertragserfüllung kommt diesem Umstand zwar noch erhebliche, aber nicht mehr alles entscheidende Bedeutung zu. So kann der Arglisteinwand unter Umständen deshalb entfallen, weil mit der Geltendmachung der Formungültigkeit übermässig lange zugewartet wurde (s. nun sogleich Rn 61).

d. *Zuwarten mit der Geltendmachung der Formungültigkeit*, nachdem eine Partei davon Kenntnis erhalten hat. So BGE 92 II 323 E. 4 a.E.⁹⁸: «Dem Umstande, dass der Kläger den Kaufvertrag in Unkenntnis des Formmangels erfüllt hat, kommt ... keine rechtserhebliche Bedeutung zu; denn der Kläger hat nach der Aufklärung durch seinen damaligen Anwalt im Frühjahr 1963 nicht unverzüglich die Aufhebung des Vertrages angestrebt, sondern den Rechtsweg gegen den Beklagten erst rund 1¼ Jahre später beschritten.» 61

e. Daneben können noch zahlreiche **weitere Gesichtspunkte** eine Rolle spielen (illustrativ der Entscheid des AppHof BE, ZBJV 1948, S. 450 ff., der in anderem Zusammenhang zu besprechen ist [unten Rn 91]). 62

IV. Rechtslage nach einseitiger Erfüllung

Besondere Probleme wirft der Fall auf, da der Vertrag von einer Partei (vollständig) erfüllt wurde, von der andern nicht. Eine erste Frage geht dahin, ob die Partei, die erfüllt hat, die Gegenleistung verlangen kann. Zweitens fragt sich, ob sie die von ihr erbrachte Leistung zurückverlangen kann. Beide Fragen sind in Anlehnung an bereits Gesagtes zu lösen: 63

1. Erfüllungsanspruch?

Nach herrschender Ansicht kann aus einem formungültigen Vertrag höchstens dann ein Erfüllungsanspruch resultieren, wenn der Vertrag zur Hauptsache 64

⁹⁷ Ferner z.B. BGE 90 II 154 E. 2/3 = Pra 1964 Nr. 122; 90 II 295, 298 («che la mancata menzione dell'intero prezzo fu voluta dall'attore nel proprio interesse»); 78 II 221 E. 2a; w.Nw. bei BerK/MERZ, N 493 zu Art. 2 ZGB.

⁹⁸ Zu diesem Entscheid MERZ, ZBJV 1968, S. 49 ff.; ZürK/BAUMANN, N 280 zu Art. 2 ZGB.

che erfüllt ist (Anspruch auf Resterfüllung, unten Rn 73). Bei bloss einseitig erfülltem Vertrag fällt ein Erfüllungsanspruch demzufolge ausser Betracht.

- 65 Nach der in diesem Aufsatz vertretenen Ansicht kommt es für die Zuerkennung eines Erfüllungsanspruchs dem Grundsatz nach nicht darauf an, wie weit die Erfüllung fortgeschritten ist. Entscheidend ist allein, ob die Weigerung zu erfüllen missbräuchlich ist oder nicht (oben Rn 35). Insoweit spielt nun allerdings das Erfüllungsstadium eine Rolle: Je weiter die Vertragserfüllung fortgeschritten ist, desto eher kann eine Erfüllungsverweigerung rechtsmissbräuchlich sein. So wird die Weigerung, bei einseitig erfülltem Vertrag die noch ausstehende Leistung zu erbringen, eher rechtsmissbräuchlich sein, als wenn der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt wurde. Denn unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs kann es erheblich sein, dass die auf Erfüllung belangte Partei die Gegenleistung bereits erhalten hat; dies namentlich dann, wenn sie den Leistungsgegenstand über längere Zeit genutzt hat, ohne sich auf Formungültigkeit zu berufen.
- 66 Dass die Rechtsmissbrauchsfolge in der Zuerkennung eines klagbaren Erfüllungsanspruchs besteht, wurde an anderem Ort begründet (oben Rn 35)⁹⁹.
- 67 In dem in ZBGR 1926, S. 176 ff., abgedruckten Entscheid gewährte das Kantonsgericht St.Gallen dem Verkäufer den Kaufpreisanspruch, obwohl er noch nicht einmal seine eigene Leistung vollständig erbracht hatte (er hatte zwar den Besitz am Grundstück übertragen, die Grundbucheintragung aber stand noch aus).

2. Rückforderungsanspruch?

- 68 Kann die Partei, welche erfüllt hat, ihre Leistung zurückfordern? In dieser Hinsicht kommt es massgeblich auf die Erfüllungsbereitschaft der Gegenpartei an:
- 69 1. *Bei fehlender Erfüllungsbereitschaft* der Gegenpartei kann die Leistung zurückgefordert werden¹⁰⁰, und zwar auch dann, wenn – ausnahmsweise (Rn 65) – auf Erbringung der Gegenleistung geklagt werden könnte, denn der Partei, welche ihre Leistung erbracht hat, darf die Erhebung der Klage nicht zugemutet werden.
- 70 Die Rückforderung ist auch dann zulässig, wenn die Leistung in Kenntnis der Formungültigkeit erfolgt ist. Art. 63 Abs. 1 OR steht dem nicht entgegen. Bei wörtlicher Interpretation wäre freilich anders zu entscheiden. Die Bestim-

⁹⁹ So auch BerK/MEIER-HAYOZ, N 142 zu Art. 657 ZGB, unter Hinweis auf AppHof BE, ZBJV 1948, S. 450 ff.

¹⁰⁰ BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, S. 147; VON BÜREN, OR AT, S. 148; BerK/BECKER, N 9 zu Art. 11 OR; REICHEL, AcP 1909, S. 39.

mung ist jedoch einschränkend zu interpretieren. Sie greift nicht Platz, wenn der Zweck, der mit der nicht geschuldeten Leistung erreicht werden soll, nicht erreicht wird. Wenn daher eine Partei den formungültigen Vertrag in Kenntnis der Ungültigkeit erfüllt, nachher jedoch die Gegenleistung nicht erhält, so steht die Rückforderung offen. Denn die Erfüllung erfolgte ja nicht voraussetzungslos, sondern in Erwartung der Gegenleistung. Bleibt diese aus, wird der erbrachten Leistung die Grundlage entzogen (BGE 115 II 28¹⁰¹). Art. 2 Abs. 2 ZGB steht der Rückforderung ebenfalls nicht entgegen. Denn wer eine Leistung in Erwartung der Gegenleistung erbringt, handelt bei Ausbleiben dieser Leistung nicht widersprüchlich, wenn er die eigene Leistung zurückfordert; im Gegenteil würde die Gegenpartei widersprüchlich handeln, wenn sie gleichzeitig die erbrachte Leistung behalten und ihre eigene Leistung verweigern wollte.

2. *Wenn die Gegenpartei ihrerseits erfüllungsbereit ist*, gelten mutatis mutandis die Grundsätze, die für den Fall beidseitiger Erfüllung entwickelt wurden. Die erbrachte Leistung kann also nicht zurückgefordert werden, falls sie freiwillig und irrtumsfrei (in Kenntnis der Formungültigkeit) erfolgt ist (Art. 63 Abs. 1 OR). Im Falle irrtümlicher Leistung ist die Rückforderung zulässig, unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots¹⁰². 71

V. Rechtslage, nachdem eine Partei vollständig, die andere teilweise erfüllt hat

Eng verwandt mit dem eben behandelten Fall der einseitigen Erfüllung ist derjenige, da eine Partei vollständig erfüllt hat, die andere teilweise. Es stellen sich praktisch identische Fragen: 72

1. Anspruch auf Resterfüllung?

1. Vorab fragt sich, ob die Partei, welche ihre Leistung erbracht, jedoch nur einen Teil der Gegenleistung erhalten hat, die restliche Leistung verlangen kann. Das Bundesgericht verneint dies dem Grundsatz nach. Eine Ausnahme macht es für den Fall, dass die Gegenleistung «im wesentlichen» (vgl. BGE 104 II 99, 104), «annähernd» (BGE 112 II 107, 112 oben¹⁰³), «in der Hauptsache» (BGE 116 II 700, 702) erbracht wurde und die Weigerung, 73

¹⁰¹ KOLLER, OR AT, Rn 31.13 f., wo der Entscheid referiert ist.

¹⁰² Dem hat sich der Sache nach ZÜRK/BAUMANN, N 283 f. zu Art. 2 ZGB, angeschlossen.

¹⁰³ Zu diesem Entscheid vgl. KOLLER, BR 1987, S. 70 Nr. 83.

die restliche Erfüllung vorzunehmen, rechtsmissbräuchlich ist. Massgeblich ist dabei nicht die Gegenleistung, wie sie verurkundet, sondern wie sie versprochen wurde; bei simulierten Verträgen kommt es daher auf die hauptsächlichliche Erfüllung des dissimulierten Vertrages an (BGE 104 II 99 E. 3d). Art. 2 Abs. 2 ZGB wird hier also nicht bloss eine negative Funktion beigegeben, vielmehr wird aus der Bestimmung (positiv) ein Erfüllungsanspruch abgeleitet, was nach bundesgerichtlicher Auffassung grundsätzlich nicht angeht (Rn 30). Diese Rechtsprechung wird in der Literatur weitgehend zustimmend gewürdigt¹⁰⁴, und auch die kantonalen Gerichte sind ihr gefolgt¹⁰⁵.

- 74 *Beispiel* (in Anlehnung an OGer AG, SJZ 1955, S. 93 f. E. 4): A verkauft dem B ein Heimwesen mit mehreren Grundstücken; eines davon wird im öffentlich beurkundeten Vertrag irrtümlich nicht als Kaufgegenstand aufgeführt. Als B die Übereignung dieses Grundstücks verlangt, wird es ihm zugesprochen. Begründung: Die Berufung des A auf den Formmangel stelle einen Rechtsmissbrauch dar, «zumal er ja den formell mangelhaften Vertrag, soweit dies formellrechtlich möglich war, entsprechend seinem wahren Vertragswillen erfüllt und den für das ganze Heimwesen vereinbarten Kaufpreis schon längst erhalten hat».
- 75 2. Dem schliesse ich mich an, aber nur in der Hinsicht, dass es richtig ist, in Rechtsmissbrauchsfällen einen Anspruch auf Resterfüllung zu gewähren. Hingegen ist hier nochmals zu betonen, dass sich nicht einsehen lässt, warum der Rechtsmissbrauch bei nicht oder nur einseitig erfülltem Vertrag nicht ebenfalls einen Erfüllungsanspruch verschaffen soll (s. schon Rn 29). Die Frage, ob und in welchem Umfang erfüllt wurde, spielt bei der Bestimmung der Rechtsmissbrauchsfolgen (Erfüllungsanspruch ja oder nein?) keine Rolle; sie ist hingegen von Bedeutung bei der Bestimmung der Rechtsmissbrauchstatbestände. Das wurde schon für den Fall der einseitigen Erfüllung dargetan: Wer eine Leistung erhalten und genutzt hat und in der Folge seine eigene Leistung verweigert, handelt eher rechtsmissbräuchlich als derjenige, der seine Leistung verweigert, ohne eine Gegenleistung erhalten zu haben. Beim vorliegend interessierenden Tatbestand kommt dazu, dass die Partei, welche die (Rest-)Erfüllung verweigert, nicht nur die Gegenleistung erhalten, sondern auch bereits eine Teilleistung erbracht hat. Dadurch hat sie bei der Gegenpartei das Vertrauen geweckt bzw. unterhalten, der Vertrag werde normal abgewickelt. Dieses Vertrauen wird bei Verweigerung der Rester-

¹⁰⁴ BerK/MERZ, N 476 zu Art. 2 ZGB, mit Hinweisen auf kantonale Entscheide; BerK/MEIER-HAYOZ, N 142 zu Art. 657 ZGB; BUCHER, AcP 1986, S. 43. A.A. vor allem SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 245 ff. (s. oben Rn 16).

¹⁰⁵ Z.B. OGer AG, SJZ 1955, S. 93 f. E. 4 (s. dazu sogleich Rn 74); AppHof BE, ZBJV 1948, S. 450 (s. dazu unten Rn 91). Ein Resterfüllungsanspruch wurde auch vom KGer VS bejaht, allerdings im Wege der Konversion (ZBJV 2017, S. 141 ff.; oben Anm. 92).

füllung enttäuscht, was umso schwerer wiegt, je weiter die Erfüllung fortgeschritten ist.

Nach dem Gesagten kommt der Frage, wann Erfüllung in der Hauptsache vorliegt, keine selbständige Bedeutung zu. Denn bei jedem beliebigen Erfüllungsstand kann ein rechtsmissbräuchliches, die Pflicht zur Resterfüllung auslösendes Verhalten vorliegen. Was unter Erfüllung in der Hauptsache zu verstehen ist, braucht daher nicht geklärt zu werden¹⁰⁶. Das Bundesgericht hat diese Frage im Übrigen nie in allgemeiner Weise beantwortet. Beachtenswert ist, dass es Erfüllung in der Hauptsache auch in Fällen bejaht hat, in denen nach dem allgemeinen Sprachgebrauch davon kaum die Rede sein konnte (vgl. BGE 53 II 162 und 112 II 107)¹⁰⁷. 76

Neben dem Stand der Erfüllung spielt im Rahmen der Rechtsmissbrauchsprüfung namentlich auch eine Rolle, ob die erbrachte Teilleistung irrtumsfrei (in Kenntnis der Formungültigkeit) oder irrtümlich erfolgte (vgl. BGE 53 II 162 E. 2; 112 II 107 E. 3). Im ersteren Fall ist eher auf Rechtsmissbrauch zu schliessen als im letzteren. 77

2. Rückgabeansprüche?

Unter diesem Titel fragt sich zweierlei: Einmal, ob die Vertragspartei, welche vollständig erfüllt hat, ihre Leistung zurückverlangen kann. Zum andern, ob die Gegenpartei einen Anspruch auf Rückgabe ihrer Teilleistung hat. Von selbst versteht sich, dass die Rückgabe einer Leistung von vornherein nur gegen Rückgabe der vom Gegner erhaltenen Leistung verlangt werden kann (Art. 82 OR analog). 78

A. *Anspruch auf Rückgabe der vollständig erbrachten Leistung?*

Diese Frage kann nicht einheitlich beantwortet werden. Es ist vielmehr zu unterscheiden, analog wie im Falle einseitiger Erfüllung: 79

1. Ist die Partei, welche teilweise erfüllt hat, bereit, die Resterfüllung zu erbringen, so kann der Vertragspartner seine Leistung jedenfalls dann nicht zurückverlangen, wenn er freiwillig und irrtumsfrei (in Kenntnis der Formungültigkeit) erfüllt hatte. Der Rückforderung steht diesfalls Art. 63 Abs. 1 OR entgegen (Rn 50 f., 71). Demgegenüber ist im Falle irrtümlicher Erfüllung die Leistung grundsätzlich rückforderbar (Rn 49, 54 ff.). 80

¹⁰⁶ Gleich im Ergebnis ZürK/BAUMANN, N 286 zu Art. 2 ZGB.

¹⁰⁷ Aus der kantonalen Rechtsprechung vgl. AppGer BS, ZBGR 1973, S. 234 ff., v.a. S. 234 unten, und KGer SG, ZBGR 1926, S. 176 ff.

- 81 2. Anders ist zu entscheiden, wenn die Resterfüllung verweigert wird. Diesfalls besteht der fragliche Rückforderungsanspruch (Vorbehalt in Rn 86 ff.). Der Verkäufer, der vollständig erfüllt hat, hat also Anspruch auf Rückübertragung des Besitzes und kann die Grundbuchberichtigungsklage anstellen, wenn sich der Käufer weigert, einen fälligen Restpreis zu begleichen. Hat umgekehrt der Käufer vollständig erfüllt, kann er den Kaufpreis zurückverlangen, wenn sich der Verkäufer weigert, seine Leistung vollständig zu erbringen (er hat z.B. zwar den Besitz am Kaufgrundstück übertragen, aber noch nicht das Eigentum). Dem Rückforderungsanspruch steht weder Art. 63 Abs. 1 OR noch Art. 2 Abs. 2 ZGB entgegen. Die oben in Rn 70 gemachten Erwägungen gelten hier entsprechend.
- 82 Wie gesehen (V./1.), hat diejenige Partei, die vollständig erfüllt hat, unter Umständen Anspruch auf Resterfüllung. Soweit dies zutrifft, stellt sich die Frage, ob der Resterfüllungsanspruch denjenigen auf Rückleistung ausschliesst. Das ist zu verneinen (vgl. Rn 69). Der Rückforderungsanspruch darf nicht davon abhängig gemacht werden, ob ein (unsicherer!) Erfüllungsanspruch besteht oder nicht. Man mag sich auch die Konsequenzen der gegenteiligen Auffassung vor Augen halten. Diejenige Partei, die teilweise erfüllt hat und die Resterfüllung verweigert, könnte dann gegen den Rückleistungsanspruch einwenden, es müsse zuerst auf Erfüllung geklagt werden. Dieser Einwand kann nicht zulässig sein.

B. Anspruch auf Rückgabe der Teilleistung?

- 83 1. Die Partei, die nur teilweise erfüllt hat, kann ihre Leistung jedenfalls dann nicht zurückfordern, wenn sie (ausnahmsweise) zur Resterfüllung verpflichtet ist; Rückforderungsanspruch und Pflicht zur Resterfüllung schliessen sich aus.
- 84 2. Ist ein Resterfüllungsanspruch nicht gegeben, gilt das oben in Rn 71 Gesagte entsprechend. Es besteht also kein Rückforderungsanspruch im Falle (freiwilliger) irrtumsfreier Erfüllung; im Falle irrtümlicher Erfüllung besteht der Anspruch, vorbehaltlich der Rechtsmissbrauchsfälle.
- 85 Auch bei Fehlen eines Rückforderungsanspruchs kommt es allerdings regelmässig zur Rückabwicklung. Und zwar einfach deshalb, weil die Partei, die vollständig erfüllt, jedoch nur eine Teilleistung erhalten hat, ihre Leistung im Normalfall – gegen Rückgabe der Teilleistung – zurückverlangen wird.

3. Sonderfall: Grundstückkauf mit Schwarzzahlung

Besonderheiten gelten nach bundesgerichtlicher Auffassung für den Fall, dass eine Schwarzgeldzahlung vereinbart wurde und der Grundstückkaufvertrag aus diesem Grund ungültig ist. So jedenfalls BGE 104 II 99 (Ziff. 1), der allerdings keine Zustimmung verdient (Ziff. 2). 86

1. **BGE 104 II 99.** Der Käufer mehrerer Grundstücke hatte dem Verkäufer die verurkundeten Fr. 720 000.– bezahlt, sich jedoch geweigert, das zusätzlich vereinbarte Schwarzgeld von Fr. 100 000.– zu bezahlen. Hierauf hob der Verkäufer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des Grundstückkaufs sowie auf Rückübertragung des Eigentums an den Grundstücken an. Das Bundesgericht wies dieses Begehren in Bestätigung der vorinstanzlichen Entscheide ab. Das Rückforderungsbegehren sei rechtsmissbräuchlich. Rechtsmissbräuchlich sei namentlich auch, dass der Kläger mit seinem Begehren letztlich die Bezahlung der Fr. 100 000.– zu erreichen versuche. «Solches Bestreben» sei «durch den Zweck der Form nicht gedeckt»: «Wer mit der Geltendmachung eines Formmangels die Leistung einer unterbliebenen Schwarzzahlung zu betreiben sucht, missbraucht das Recht.» Das Bundesgericht hatte sich urteilsmässig nur zum Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages auszusprechen. «Obiter» hat es jedoch auch die Frage aufgeworfen, ob der Verkäufer das ausstehende Schwarzgeld einverlangen könne, und sie verneint. «Dieses Ergebnis», d.h. die Abweisung des Anspruchs auf Schwarzzahlung, «deckt sich» – so das Bundesgericht – «mit der für die ungerechtfertigte Bereicherung geltenden, aber grundsätzlich allgemeine Beachtung heischenden Regel des Art. 66 OR, dass nicht zurückgefordert werden kann, was in der Absicht, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen, gegeben worden ist». 87

2. Das Bundesgericht hat im Ergebnis entschieden, dass der Verkäufer weder das Schwarzgeld einverlangen noch die Rückabwicklung des Vertrages verlangen konnte. Anders ausgedrückt, bewirkte der (angebliche) Rechtsmissbrauch des Verkäufers zwar eine Heilung des Formmangels (der simulierte Vertrag blieb aufrechterhalten), jedoch nur eine *teilweise* (die dissimulierte Schwarzgeldvereinbarung erlangte keine Verbindlichkeit). Eine derartige teilweise Heilung eines Formmangels dürfte nicht prinzipiell ausgeschlossen sein¹⁰⁸. Bei dem vom Bundesgericht beurteilten Sachverhalt führte jedoch die 88

¹⁰⁸ *Beispiel:* Ein Grundstückkaufvertrag ist wegen Nichtverurkundung einer (formbedürftigen) Enthauptungsklausel ungültig. In der Folge wird er jedoch freiwillig und irrtumsfrei erfüllt. Als Mängel am gekauften Haus auftreten, macht der Käufer Gewährleistungsansprüche geltend; die Enthauptungsklausel will er nicht gelten lassen. Das geht grundsätzlich nicht an: Der Käufer kann nicht am Vertrag festhalten und gleichzeitig eine Klausel nicht gelten lassen. Eine Ausnahme wird man etwa dann machen dürfen,

bloss teilweise Heilung zu einer **kaum haltbaren Privilegierung des Käufers**. Dieser berief sich auf den (formungültigen) Vertrag, um sich der Rückabwicklung zu entziehen, und lehnte es gleichzeitig ab, seine aus dem Vertrag resultierende Hauptleistungspflicht zu erfüllen – ein widersprüchliches Verhalten, das keinen Rechtsschutz hätte finden dürfen¹⁰⁹. Aus dem ohnehin mit Vorsicht anzuwendenden Art. 66 OR folgt nichts anderes¹¹⁰.

- 89 Nach Art. 66 OR ist die Rückforderung einer rechtsgrundlos erbrachten Leistung ausgeschlossen, wenn der Leistende «in der Absicht» gehandelt hat, «einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen». Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts genügte für den Rückforderungsausschluss, dass dem Leistenden ein bewusster Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zur Last fiel¹¹¹. In BGE 134 III 438 E. 3.2 wurde diese Rechtsprechung im Sinne der Gaunerlohntheorie geändert. Seither ist – entsprechend dem Gesetzeswortlaut – die Rückforderung nur mehr dann ausgeschlossen, wenn eine Leistung geradezu mit dem Ziel erfolgt, den Empfänger zu einer rechts- oder sittenwidrigen Tat zu bewegen (Schulbeispiel ist die Bestechung). Ob diese Praxisänderung auch im vorliegenden Kontext – beim Bundesgericht – zu einem Umdenken führen wird, bleibt abzuwarten.

wenn der Käufer geschäftsunerfahren ist und daher die Bedeutung der Klausel nicht im Einzelnen erfassen konnte und er von der Beurkundungsbedürftigkeit der Klausel bei Vertragsabschluss keine Kenntnis hatte, während der Verkäufer darum wusste.

- ¹⁰⁹ Dass es grundsätzlich nicht angeht, die Rückabwicklung des formungültigen Vertrages zu verweigern, gleichzeitig aber den Vertrag nicht (vollständig) zu erfüllen, ist anerkannt. Illustrativ BGE 90 II 34 = Pra 1964 Nr. 71: Die Verkäuferin eines Grundstücks verlangte klageweise Schadenersatz nach Art. 97 ff. OR, weil der Käufer eine in einfacher Schriftlichkeit abgefasste Vertragsklausel nicht eingehalten hatte. Das Gericht wies den Anspruch wegen Formungültigkeit der Klausel ab. In der Berufung ans Bundesgericht verlangte die Klägerin die Rückabwicklung des Vertrages. Das Bundesgericht führte hierzu aus: «En invoquant le vice de forme devant le Tribunal fédéral, la recourante ne commet pas un abus de droit. Elle se borne en effet à convenir du mérite de l'opinion des premiers juges. Elle-même n'a pas fondé son action sur l'absence de forme authentique. Bien au contraire, elle a allégué un dommage en raison de l'inexécution de la clause litigieuse, se fiant donc à sa validité. Aujourd'hui, elle tire simplement la conséquence de ce que la Cour cantonale, mieux informée, lui a démontré.» (E. 4). S. ferner BGE 84 II 369 = Pra 1958 Nr. 137 und 98 II 313, 316: «Sie [sc. die Konkursmasse] kann nicht einerseits den Vertrag als nichtig hinstellen und anderseits daraus Vorteile zugunsten der Konkursmasse ableiten.»

- ¹¹⁰ Der Entscheid ist in der Lehre auf breite Kritik gestossen: MERZ, ZBJV 1980, S. 1 ff.; DERS., Vertrag, Rn 446; BerK/KRAMER, N 191 zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 567; KOLLER, ZBJV 1990, S. 141 f.; GUHL/KOLLER, § 14 Rn 26. Vgl. ferner ZürK/OSER/SCHÖNENBERGER, N 30 zu Art. 11 OR, die davon ausgehen, dass Art. 66 OR in Fällen wie dem vorliegenden nicht anwendbar ist; ebenso GUHL/KOLLER, § 27 Rn 13 (unter Berufung auf die «Gaunerlohntheorie», dazu sogleich im Text).

- ¹¹¹ S. die bei KOLLER, OR AT, Rn 31.47, referierten Entscheide.

M.E. hätte in Übereinstimmung mit der oben angegebenen Rechtslage dem Verkäufer das Recht auf Rückgabe der Grundstücke zugestanden werden müssen. Stattdessen hätte er aber auch das ausstehende Schwarzgeld einverlangen können. Denn die Weigerung, das Schwarzgeld zu bezahlen, war unter den gegebenen Umständen rechtsmissbräuchlich (der Vertrag war nicht nur bis auf die Schwarzgeldzahlung erfüllt, der Käufer hatte auf den Kaufgrundstücken auch schon verschiedene Bauten erstellt und die Liegenschaften während mehrerer Jahre genutzt; dazu kam, dass der Käufer den durch die Preissimulation bewirkten Formmangel bei Vertragsabschluss gekannt hatte)¹¹².

In einem ähnlich gelagerten Fall hat der bernische Appellationshof den Anspruch auf Schwarzgeld zugesprochen (ZBJV 1948, S. 450 ff.): A verkaufte dem B ein bebautes Grundstück für Fr. 62 500.–. Verurkundet wurde aber ein Kaufpreis von nur Fr. 55 000.–. Der Vertrag war somit ungültig. In der Folge wurde der simulierte Vertrag erfüllt, das Schwarzgeld von Fr. 7500.– aber nicht bezahlt. Auf Klage hin wurde dem A dieser Betrag zugesprochen. Die Weigerung des B, diesen Betrag zu bezahlen, wurde als rechtsmissbräuchlich angesehen, aus zwei Gründen: einmal, weil B aus dem Formmangel Vorteile gezogen habe (Einsparung von Handänderungsgebühren); zum andern, weil er «das Haus einem gutgläubigen Dritten weiterverkauft und so die Rückübertragung des Hauses auf den Kläger verunmöglicht» habe.

VI. Rechtslage nach beidseitiger teilweiser Erfüllung

Das vorstehend unter V. Gesagte gilt mutatis mutandis auch dann, wenn beide Parteien erst teilweise erfüllt haben. Illustrativ BGE 53 II 162¹¹³:

Pauli verkaufte dem Rutz ein landwirtschaftliches Grundstück samt totem Inventar; gesondert wurde auch das Vieh verkauft. Als der Verkäufer den restlichen Kaufpreis verlangte, machte der Käufer Formungültigkeit wegen Preissimulation geltend. Das Bundesgericht hielt diesen Einwand für rechtsmissbräuchlich und bejahte den Kaufpreisanspruch, obwohl der Eigentumsübergang am Grundstück noch nicht im Grund-

¹¹² A.A. KOLLER THOMAS (Privatrecht und Steuerrecht [Habil.], Bern 1993, S. 162 ff.) für den Fall, dass die Schwarzgeldvereinbarung – wie regelmässig – dem Zweck der Steuerhinterziehung dient. In diesem Fall sei der Kaufvertrag unheilbar nichtig und den Parteien sei die Berufung auf Rechtsmissbrauch generell zu versagen. Demzufolge könne weder ein Anspruch auf das Schwarzgeld noch ein Rückabwicklungsanspruch entstehen. Dagegen bringen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 569a, vor, es gehöre nicht zur «Zweckaufgabe» von Formvorschriften, «Steuerhinterziehungen zu verhindern»; deshalb sei die Frage der Formungültigkeit «ohne Rücksicht auf die steuerrechtlichen Motive einer Falschbeurkundung zu beurteilen». Gleich im Ergebnis SCHMIDLIN, ZSR 1990 I, S. 260.

¹¹³ Vgl. ferner BGE 112 II 107 betr. den Abtausch von Landparzellen im Rahmen eines umfassenderen Vertragsganzen.

buch eingetragen war, also der Vertrag von beiden Parteien noch nicht gänzlich erfüllt war. Es führte aus, der Käufer habe einen Teil des Kaufpreises sowie den Preis für das gleichzeitig verkaufte Vieh und den übernommenen Dünger bezahlt, sei mit seiner Familie auf das Heimwesen gezogen und habe es während mindestens acht Monaten, wovon siebeneinhalb Monate nach der Anrufung des Formmangels, bewirtschaftet. Er habe somit das gewollte (dissimulierte) Geschäft freiwillig und irrtumsfrei «in der Hauptsache» erfüllt und müsse nun das Geschäft auch gelten lassen.

- 94 Diesem Entscheid ist beizupflichten, unter der Voraussetzung, dass der Verkäufer (Pauli) zur Eintragung des Käufers (Rutz) im Grundbuch bereit war, und mit der Präzisierung, dass es nicht massgeblich auf die Erfüllung «in der Hauptsache», sondern darauf ankam, dass die Verweigerung der Restzahlung rechtsmissbräuchlich war.

VII. Einzelfragen

1. Umfang der Formungültigkeit

- 95 Ein Formmangel hat die Ungültigkeit aller formbedürftigen Vertragspunkte zur Folge (A.). In der Regel bewirkt die Formungültigkeit zusätzlich die Ungültigkeit der nicht formbedürftigen Vertragsteile; ob das zutrifft, entscheidet sich – mit gewissen Einschränkungen – nach Art. 20 Abs. 2 OR (B.). Besonderer Betrachtung bedarf die Geltung von Ersatzklauseln (C.).

A. Ungültigkeit aller formbedürftigen Vertragsteile

- 96 Von selbst versteht sich, dass der Formmangel zur Ungültigkeit des *mangelbehafteten* Vertragsteils führt. Wo somit der Mangel alle formbedürftigen Vertragsteile betrifft, sind alle diese Vertragsteile ungültig. Das kann namentlich bei Verfahrensmängeln zutreffen, so etwa, wenn die im kantonalen Beurkundungsverfahren vorgesehenen Zeugen nicht mitwirken. Inhaltsmängel betreffen dagegen oft nur einzelne (formbedürftige) Vertragsteile. Diesfalls scheint eine (analoge) Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR nahezuliegen. Nach dem Zweck der öffentlichen Beurkundung wirkt sich jedoch der Formmangel auf *alle* formbedürftigen Punkte aus, nicht nur auf die mangelbehafteten. Art. 20 Abs. 2 OR findet somit keine Anwendung¹¹⁴. «Das

¹¹⁴ Vgl. HÜRLIMANN ROLAND, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR (Diss.), Freiburg 1984, Rn 314; SCHMID, Beurkundung, Rn 787; GUHL/KOLLER, § 14 Rn 32; SEROZAN, S. 14 f.; YUNG, S. 648 f.; ZürK/HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N 17 zu Art. 657 ZGB. Das Bundesgericht nimmt ebenfalls an, dass sich der Formmangel auf alle formbedürftigen Punkte erstreckt (BGE 86 II 258 E. 2; 60 II 98).

Kriterium des hypothetischen Parteiwillens, auf das es in Art. 20 Abs. 2 ankommt, hat diesbezüglich hinter den Schutzzweck der Formvorschriften zurückzutreten.»¹¹⁵

B. *Auswirkung des Formmangels auf nicht formbedürftige Vertragsteile*

Ob sich die Formungültigkeit auch auf die nicht verurkundungsbedürftigen Vertragsteile erstreckt, lässt sich Art. 216 OR nicht entnehmen. Insoweit ist Art. 20 Abs. 2 OR analog anzuwenden (Vorbehalt in Rn 98)¹¹⁶. Es kommt somit entscheidend auf den hypothetischen Parteiwillen an. Hätten die Parteien den Vertrag ohne den formungültigen Teil nicht geschlossen, so ist der Vertrag in seiner Gesamtheit ungültig. Andernfalls hat der Vertrag ohne den formungültigen Teil Bestand, unter Umständen – je nach dem hypothetischen Parteiwillen – auch mit Modifikationen¹¹⁷. Nichtgeltung des ganzen Vertrages ist die Regel. Denn neben dem formungültigen Vertragsteil, der aus lauter objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkten besteht¹¹⁸, wird kaum je ein Vertragsteil mit selbständiger Bedeutung übrigbleiben. So versteht sich z.B. von selbst, dass Klauseln über Vertragsmodalitäten (z.B. Zahlungsbedingungen) von den Parteien nicht unabhängig vom formungültigen Vertragsteil gewollt sein können¹¹⁹. Im Falle einer Vertragsverbindung¹²⁰ könnte zwar der mit dem Grundstückkauf verbundene, nicht formbedürftige Vertrag (z.B.

Es leitet dies jedoch z.T. aus Art. 20 Abs. 2 OR ab, nicht aus dem Zweck der Formvorschrift (z.B. BGE 90 II 34 E. 3 = Pra 1964 Nr. 71). – A.A. OGer ZH, ZR 1988 Nr. 18; BerK/MEIER-HAYOZ, N 128 zu Art. 657 ZGB; BerK/BECKER, N 12 zu Art. 11 OR; BerK/LEEMANN, N 40 zu Art. 657 ZGB; SPIRO, Bedeutung, S. 196. SCHMID, Beurkundung, Rn 789 ff., scheint – wie BGE 90 II 34 E. 3 – davon auszugehen, dass bei Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR ohne weiteres auch der mangelfreie (formbedürftige) Vertragsteil ungültig ist; anders SPIRO, Bedeutung, S. 196 f. Hinweise zum kontroversen Meinungsstand in HGer ZH, ZR 1997 Nr. 38 E. 8d.

¹¹⁵ HÜRLIMANN (zit. in Anm. 114), Rn 314.

¹¹⁶ BGE 4C.175/2003 E. 5 m.w.Nw.; vgl. neustens auch BGE 4A_282/2016 E. 3.1.

¹¹⁷ Zu dieser sog. modifizierten Teilnichtigkeit, welche sich nicht auf den Wortlaut von Art. 20 Abs. 2 OR abstützen lässt, s. insbesondere HÜRLIMANN (zit. in Anm. 114), Rn 196 ff.; ferner KOLLER, OR AT, Rn 13.21/68 ff./137 ff.

¹¹⁸ Vgl. BGE 119 II 135 E. 2a = Pra 1993 Nr. 209; 113 II 402 E. 2a (dazu KOLLER, BR 1989, S. 95 f. Nr. 117).

¹¹⁹ Sind solche Klauseln subjektiv wesentlich, was möglich, aber nicht notwendig der Fall ist, so sind sie formbedürftig, und ihre Ungültigkeit ergibt sich schon daraus, dass sich die Ungültigkeit einer formbedürftigen Klausel ohne weiteres auf alle formbedürftigen Klauseln erstreckt (Rn 96).

¹²⁰ Zum Begriff s. oben § 1 Rn 19.

Werkvertrag) selbständig Bestand haben, doch wird dies dem Parteiwillen regelmässig zuwiderlaufen.

- 98 Keine Anwendung findet Art. 20 Abs. 2 OR dort, wo die Parteien für den Fall der Formungültigkeit selbst bestimmt haben, ob der nicht formbedürftige Teil Geltung haben soll oder nicht. Hier gilt der wirkliche, nicht der hypothetische Parteiwille, freilich unter dem Vorbehalt, dass er nicht gegen den Formzweck von Art. 216 OR verstösst (s. unten Rn 100 ff.).
- 99 Zu beachten ist, dass der bei Vertragsabschluss bestehende (wirkliche oder hypothetische) Parteiwille mit dem Vertragsvollzug an Gewicht verliert. So kann die mit dem Erfüllungsvorgang einhergehende Veränderung der Interessenlage der Parteien bei einer Vertragsverbindung zur Folge haben, dass die beiden Verträge nun getrennte Schicksale haben, also die ursprüngliche Abhängigkeit verlieren bzw. die Berufung auf diese Abhängigkeit nach Treu und Glauben nicht mehr zulässig ist¹²¹.

C. Zulässigkeit von Ersatzregeln

- 100 1. Es kommt vor, dass die Parteien für den Fall der Formungültigkeit bzw. der Nichterfüllung des von ihnen abgeschlossenen (formungültigen) Kaufvertrags eine Ersatzvereinbarung treffen (sie sehen z.B. vor, dass der Verkäufer dem Käufer Aufwendungen, die dieser im Vertrauen auf die Vertragsgültigkeit macht [z.B. Planungsaufwand] ersetzt, falls er sich dem Vertragsvollzug widersetzen sollte). Alsdann fragt sich, ob eine solche Regel, die nach dem Parteiwillen von der Formungültigkeit nicht erfasst sein soll, Geltung hat oder nicht. Eine analoge Frage stellt sich hinsichtlich einer mit einer sog. Reservationsvereinbarung verbundenen Ersatzklausel.
- 101 Reservationsvereinbarungen werden – gleich wie Vorverträge (Art. 22 OR) – mit Rücksicht auf einen späteren Kauf eines Grundstücks abgeschlossen, jedoch noch ohne definitiven Bindungswillen; die Parteien wollen sich also weder zur Erbringung der kauftypischen Leistungen noch zum Abschluss eines Vorvertrags verpflichten¹²². Zu denken ist etwa an Fälle, in denen sich jemand ein ihm genehmes Kaufgrundstück sichern will, noch bevor er die Möglichkeit der Finanzierung des Kaufpreises oder der zulässigen Überbaumungsmöglichkeiten abgeklärt hat. Reservationsvereinbarungen werden begrifflich zum Teil mit dem Vorvertrag vermengt und hinsichtlich ihrer Zulässigkeit nicht auseinandergehalten¹²³. Die tatbeständlichen Unterschiede dürften kaum zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, sie

¹²¹ GUHL/KOLLER, § 40 Rn 21.

¹²² Vgl. PICHONNAZ PASCAL/GUISOLAN SÉBASTIEN, *Le contrat de réservation: outil pratique et réalités juridiques*, Not@lex 2013, S. 139 ff., 143.

¹²³ Vgl. z.B. SCHMID JÖRG/ZBINDEN OLIVER, *Formfragen zur Reservationsabrede über ein Grundstück mit Abgeltungsvereinbarung – eine Reprise* (Anm. zu BGE 4A_281/2014), BR 2015, S. 144 f.

wirken sich jedoch auf das Argumentationsmuster aus. Im Folgenden werden sie daher getrennt behandelt.

2. Nach wohl herrschender Lehre erfasst der Formzwang von Art. 216 OR auch eine Reservationsvereinbarung «und mit ihr die «Abgeltungsabrede»»¹²⁴, also die Ersatzklausel. Nach der hier vertretenen Ansicht findet die Bestimmung keine Anwendung, weder auf die Reservationsabrede (diese stellt ja definitionsgemäss gar keinen Vertrag im Rechtssinne [Art. 1 OR] dar) noch auf die Ersatzklausel (bei der es sich zwar um einen Vertrag handelt, jedoch weder um einen Grundstückskauf noch um einen Vorvertrag dazu). Wird allerdings der Formzweck von Art. 216 OR durch die Ersatzvereinbarung beeinträchtigt, so ist ihr die Gültigkeit abzusprechen¹²⁵. Als ungültig anzusehen sind daher Abmachungen, welche mittelbar einen Abschlusszwang schaffen (sollen), wie dies insbesondere für Reugelder und Konventionalstrafen zutrifft. Auch Klauseln, welche den Ersatz des *positiven* Vertragsinteresses sichern sollen, gehören hierher. Ersatz des *negativen* Vertragsinteresses kann hingegen rechtswirksam vorgesehen werden, und zwar verschuldensunabhängig, also ohne dass auf Seiten des Ersatzpflichtigen eine culpa in contrahendo vorliegen müsste. Auch eine Schadenspauschalierung muss als zulässig angesehen werden, soweit sie widerlegbar ist; eine unwiderlegbare Schadenspauschalierung¹²⁶ ist hingegen, da mit dem Formzweck von Art. 216 OR nicht vereinbar, unzulässig. Soweit Ersatzvereinbarungen im umschriebenen Sinne gegen den Formzweck von Art. 216 Abs. 1 OR verstossen, sind sie auch im Falle ihrer öffentlichen Beurkundung ungültig.

Die in der Praxis häufig vorkommenden einfach-schriftlichen Abreden, wonach bei Nichtzustandekommen des in der Reservationsvereinbarung vorgesehenen Kaufvertrags der Kaufinteressent eine pauschale Summe als «Reservationsentschädigung» zu bezahlen oder, falls bereits bezahlt, dem Gegner zu belassen hat, dürften daher durchwegs ungültig sein. Dies zumal dann, wenn es sich – wie üblich – um namhafte Beträge handelt, welche von vornherein nicht (nur) der Abgeltung des negativen Vertragsinteresses dienen können (vgl. die in Rn 106 erwähnten Entscheide).

3. Entsprechendes gilt m.E. in Fällen, in denen die Parteien einen Kaufvertrag (oder einen Vorvertrag dazu) geschlossen und für den Fall der Formungültigkeit eine Ersatzabrede, wie sie oben Rn 100 beispielshalber erwähnt wurde, abgemacht haben. Dass der Kaufvertrag (bzw. Vorvertrag) im Unterschied zur Reservationsvereinbarung unstreitig formbedürftig ist, ändert m.E. nichts. Die Ersatzklausel fällt daher wiederum nicht unter den Formzwang von

¹²⁴ SCHMID/ZBINDEN (zit. in Anm. 123), S. 145; a.A. PICHONNAZ/GUISOLAN (zit. in Anm. 122), S. 144.

¹²⁵ Vgl. BERK/MERZ, N 492 zu Art. 2 ZGB.

¹²⁶ S. zum Begriff der widerlegbaren bzw. nicht widerlegbaren Schadenspauschale KOLLER, OR AT, Rn 82.10.

Art. 216 OR¹²⁷, doch kann sich aus dem Zweck dieser Vorschrift ergeben, dass ihr die Geltung zu versagen ist. Insoweit massgebliches Kriterium ist, ob die Abrede einen Erfüllungszwang schaffen soll oder nicht (im ersten Fall ist auf Ungültigkeit der Abrede zu erkennen, im zweiten nicht). Namentlich die Abmachung einer Konventionalstrafe oder eines Reugeldes ist daher als unverbindlich anzusehen (BGE 39 II 224 E. 2). Schadenersatzklauseln sind hingegen zulässig, wenn sie auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses gerichtet sind (BGE 140 III 200 E. 5 = Pra 2014 Nr. 102) und den Schaden nicht unwiderleglich pauschalisieren. Das Bundesgericht glaubt in BGE 140 III 200, auf diese Präzisierung mit Rücksicht auf seine Rechtsprechung zu Art. 404 OR verzichten zu können; dort geht es jedoch «um eine ganz andere Frage»¹²⁸⁻¹²⁹. Von der hier vertretenen Ansicht weicht der Entscheid auch noch insofern ab, als eine auf Schadenersatz gerichtete Klausel verschuldensabhängig sei.

- 105 In BGE 140 III 200 = Pra 2014 Nr. 102 ging es um Folgendes: Die B. AG verpflichtete sich in einer schriftlichen «Absichtserklärung», dem A eine Stockwerkeinheit in einer erst noch zu erstellenden Baute zu verkaufen; A verpflichtete sich seinerseits zum Kauf¹³⁰. Sodann wurde vereinbart, den notariell beurkundeten Kaufvertrag bis spätestens 30. September 2009 abzuschliessen. Für den Fall, dass eine der Parteien zum Vertragsabschluss nicht Hand böte, wurde eine «Konventionalstrafe» von Fr. 100 000.– festgesetzt. Das Bundesgericht hielt diese Klausel für wirksam, falls sie *erstens* allein zwecks Absicherung der Haftung aus culpa in contrahendo (cic) verabredet war und es sich *zweitens* bei der «Konventionalstrafe» in Wirklichkeit um pauschalierten Ersatz des negativen Vertragsinteresses handelte. Da der angefochtene Entscheid keine Angaben zum Zweck der Konventionalstrafe enthielt und sich auch nicht zum Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen aus cic äusserte, wies das Bundesgericht den Fall zu neuer Entscheidung nach Vornahme entsprechender Abklärungen an die Vorinstanz, das AppGer TI, zurück. Dieses kam zum Schluss, es habe eine Schadenspauschalierung der fraglichen Art vorgelegen und die B. AG habe bei Vertragsabschluss schuldhaft gehandelt. Dementsprechend hiess es die Klage des A gut, allerdings nur im Umfang von Fr. 50 000.–, weil es die Schadenspauschale für übersetzt hielt und daher – in Anwendung von Art. 163

¹²⁷ Gleich im Ergebnis BUCHER, OR AT, S. 524, und VON BÜREN, OR BT, S. 74. A.A. SCHMID/ZBINDEN (zit. in Anm. 123), S. 145, m.w.Nw. in Anm. 4 und 5; COMMENT, S. 2. Das Bundesgericht hat sich in ZR 1963 Nr. 34 E. 2/3 ebenfalls für Formbedürftigkeit ausgesprochen; abweichend neuerdings BGE 140 III 200, dazu sogleich Rn 105.

¹²⁸ SCHMID JÖRG, BR 2014, S. 278 ff., 280 (Anm. zu BGE 140 III 200); kritisch auch WOLFER MARC, AJP 2015, S. 962 ff. (Anm. zu BGE 140 III 200).

¹²⁹ Zudem scheint es zweifelhaft, ob die Zulassung unwiderlegbarer Schadenspauschalen im Falle von Art. 404 OR nicht gegen die Haftungsbegrenzung von dessen Abs. 2 verstösst. So jedenfalls, wenn man die Begrenzung – wie das Bundesgericht – als zwingend ansieht.

¹³⁰ Es lag somit ein Vorvertrag vor, nicht eine Reservationsvereinbarung im engen Sinne.

Abs. 3 OR – auf die Hälfte herabsetzte¹³¹. Der Entscheid des Bundesgerichts (an dessen Erwägungen die Vorinstanz gebunden war) überzeugt m.E. nicht, einmal in grundsätzlicher Hinsicht (eine unwiderlegbare Schadenspauschale schränkt die Vertragsabschlussfreiheit übermässig ein und verstösst daher gegen den Formzweck von Art. 216 OR), dann auch insofern, als eine Schadenspauschale nicht der Herabsetzung nach Art. 163 Abs. 3 OR unterliegt¹³². In einem vergleichbaren Fall (BGE 4A_281/2014) hat zwar das Bundesgericht den fraglichen Entscheid bestätigt (E. 3.2), aber eine zulässige Schadenspauschalierung zu Recht nicht einmal in Betracht gezogen, sondern die Ersatzklausel ohne Umschweife für unverbindlich erklärt; in einem weiteren vergleichbaren Fall (BGE 4A_101/2017) fand der Entscheid keine Erwähnung.

Das in Rn 103 Gesagte gilt auch hier: Wo bei Nichtzustandekommen des Kaufvertrags eine namhafte Summe zu bezahlen oder, falls bereits bezahlt, dem Empfänger zu belassen ist, liegen durchwegs unverbindliche Ersatzklauseln vor (Beispiele: BGE 140 III 200 = Pra 2014 Nr. 102 [Fr. 100 000.–], 4A_637/2014 [Fr. 100 000.–], 4A_281/2014 [Fr. 192 000.–], KGer VS, ZWR 2014, S. 157 ff. [Fr. 185 000.–]).

2. Berücksichtigung des Formmangels von Amtes wegen?

1. Die Frage, ob der Formmangel im Prozessfall von Amtes wegen zu beachten ist oder nur auf Einrede hin, hat das Bundesgericht vorerst in konstanter Rechtsprechung in ersterem Sinne beantwortet, später aber offengelassen (BGE 112 II 330 E. 2) und sich neuerdings wiederum für Berücksichtigung von Amtes wegen ausgesprochen¹³³. In der Lehre ist die Frage umstritten¹³⁴.

Auszugehen ist von der Selbstverständlichkeit, dass der Richter Art. 216 OR von Amtes wegen anzuwenden hat (*iura novit curia*). Fraglich ist hingegen, ob nach dieser Bestimmung die Unverbindlichkeit des Vertrages nur auf Einrede hin zu beachten ist. Der Gesetzeswortlaut spricht gegen diese Auslegung. Angesichts dessen könnte der «Einredentheorie» nur bei Vorliegen besonderer Gründe gefolgt werden. Solche Gründe sind jedoch nicht ersichtlich. Im Gegenteil: **Die Berücksichtigung von Amtes wegen drängt sich auf**, wenn man davon ausgeht, dass Formvorschriften generell zu beachten sind und sie nicht zur freien Disposition der Parteien stehen (Rn 34). Bei dieser Argumentation trifft der in der Lehre erhobene Einwand, der Richter habe sich nicht um den Schutz der Parteien zu sorgen, diese müssten sich im

¹³¹ Der Entscheid des Appellationsgerichts ist abrufbar unter www.sentence.ti.ch und kurz zusammengefasst bei PICHONNAZ PASCAL, BR 2015, S. 174 f., Nr. 260. An das Bundesgericht weitergezogen wurde der Entscheid offenbar nicht.

¹³² KOLLER, OR AT, Rn 82.12.

¹³³ Nw. oben in Anm. 8.

¹³⁴ Nw. oben in Anm. 8 und 10.

Prozess vielmehr selbst um die Abklärung der Rechtslage bemühen, ins Lee-re¹³⁵. Dasselbe gilt für den Einwand, selbst bei den Tatbeständen der Täuschung und der Furchterregung sei die Ungültigkeit des Vertrages nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen, obwohl in diesen Fällen die getäuschte bzw. bedrohte Partei viel schutzwürdiger sei als die Parteien eines formungültigen Vertrages.

109 Im Übrigen drängt sich der getäuschten bzw. bedrohten Partei das Vorbringen, getäuscht oder bedroht worden zu sein, von selbst auf, ohne dass hierzu besondere Rechtskenntnisse nötig wären; der Richter darf es daher der betroffenen Partei überlassen, den Willensmangel geltend zu machen. Bei Formmängeln liegt keine vergleichbare Situation vor. Es ist vielmehr durchaus möglich, dass den Parteien ein Formmangel nicht bewusst ist, obwohl die Form ihren Schutzzweck nicht (voll) erreicht hat (vgl. Rn 56). Diesfalls obliegt es dem Richter, die Schutzfunktion der Formvorschrift im Prozess «zu Ende zu führen».

110 In der Lehre wird die Ansicht vertreten, wenn der Formmangel die von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit des Vertrages bewirke, sei Rechtsmissbrauch «begrifflich ausgeschlossen»¹³⁶. Denn «im Hinweis auf die Formnichtigkeit» liege «kein Einsatz eines subjektiven Rechtes»¹³⁷. Dem ist insofern zuzustimmen, als im Hinweis auf die Formnichtigkeit lediglich ein Hinweis auf die bestehende Rechtslage zu sehen ist, im Hinweis auf die Rechtslage aber von vornherein kein Rechtsmissbrauch liegen kann. Rechtsmissbräuchlich ist hingegen allenfalls die Weigerung, einen formungültigen Vertrag zu erfüllen, oder das Begehren, eine bereits erbrachte Leistung zurückzuerhalten¹³⁸. Ein Rechtsmissbrauch in diesem Sinne wird durch die Berücksichtigung des Formmangels von Amtes wegen nicht ausgeschlossen. Nach dem Gesagten ist die gebräuchliche Wendung, die Berufung auf einen Formmangel sei rechtsmissbräuchlich, unzutreffend, aber nur *sprachlich*, sofern man den Rechtsmissbrauch in der Weigerung sieht, sich an den formungültigen Vertrag zu halten.

111 Zur Unterstützung dieser Auffassung sei auf die vergleichbare Rechtslage bei Verwirkung eines Rechts hingewiesen. Ist beispielsweise das Anfechtungsrecht wegen Täuschung (Art. 28 OR) nicht innert der Jahresfrist von Art. 31 OR ausgeübt worden, so ist es verwirkt. Es besteht nicht mehr, was zweifellos von Amtes wegen zu beachten ist. Das aber schliesst nach allgemeiner Ansicht nicht aus, dass im Einzelfall die Berufung des Täuschenden auf die Verwirkung rechtsmissbräuchlich sein kann. Letzten Endes ist es freilich nicht die Berufung auf die Verwirkung, welche den Rechtsmissbrauch begründet, sondern

¹³⁵ Abgesehen davon, läuft der fragliche Einwand auf eine generelle Infragestellung der Rechtsanwendung von Amtes wegen hinaus.

¹³⁶ SCHMID, Beurkundung, Rn 732.

¹³⁷ GERNHUBER, S. 154 f.

¹³⁸ Das Recht zur Erfüllungsverweigerung bzw. das Recht, eine Leistung zurückzufordern, sind mit andern Worten nach Art. 2 Abs. 2 ZGB «missbrauchbare» Rechte. Der Gegenauffassung liegt m.E. ein zu enger Begriff des Rechtsmissbrauchs i.S.v. Art. 2 ZGB zugrunde.

der Versuch, sich dem Anfechtungsrecht und der damit verbundenen Pflichtenlage zu entziehen. Daher ist belanglos, dass im Hinweis auf die Verwirkung «kein Einsatz eines subjektiven Rechtes» zu sehen ist.

2. Der Formmangel ist somit von Amtes wegen zu beachten. Man wird jedoch vom Richter verlangen dürfen, dass er den Parteien gestützt auf deren verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch **Gelegenheit gibt, sich zum Mangel zu äussern**¹³⁹. So zumal dann, wenn sich die Berücksichtigung des Formmangels zu Ungunsten *beider* Parteien auswirken kann. Die Parteien sollen diesfalls die Möglichkeit haben, sich zu vergleichen und damit den Folgen einer ungewollten Berücksichtigung des Formmangels zu entgehen¹⁴⁰. 112

Beispiel: Der Verkäufer verlangt den Restkaufpreis, nachdem ein Teil des Preises bezahlt ist. Der Käufer lehnt Zahlung wegen angeblicher Mängel des Kaufgrundstücks ab. Wenn diesfalls der Richter die Klage abweist mit der Begründung, der Vertrag sei formungültig und verschaffe daher keinen Kaufpreisanspruch, so wirkt sich dies zwar vordergründig zu Gunsten des Käufers aus. Der Verkäufer könnte sich jedoch in der Folge – ohne Rechtsmissbrauch (vgl. BGE 90 II 34 E. 4 = Pra 1964 Nr. 71, dazu Anm. 109) – auf die Formungültigkeit berufen und Rückabwicklung des Vertrages verlangen, was allenfalls nicht im Interesse des Käufers läge. Es wäre also möglich, dass im Ergebnis mit der Rückabwicklung niemandem gedient wäre, weder dem Verkäufer, der eigentlich den Kaufpreis will, noch dem Käufer, der zwar den Restkaufpreis nicht bezahlen, aber jedenfalls am Vertrag festhalten will. In einem solchen Fall muss den Parteien Gelegenheit gegeben werden, sich zum Formmangel zu äussern. 113

Den Parteien mit Bezug auf den Formmangel das rechtliche Gehör zu gewähren, drängt sich hingegen weniger auf, wenn die Berücksichtigung des Formmangels zur Guttheissung des Begehrens einer Partei führt, ohne dass der betreffenden Partei daraus irgendein Nachteil entstehen könnte. 114

Beispiel: Der Verkäufer eines Grundstücks übereignet dieses nicht rechtzeitig. Der Käufer tritt in der Folge unter Berufung auf Art. 107 OR vom Vertrag zurück und verlangt die gerichtliche Feststellung, dass der Kaufpreis nicht geschuldet sei. Hier wird es dem Käufer gleichgültig sein, ob der Richter den Rücktritt bestätigt und aus diesem Grunde die Feststellungsklage gutheisst oder aber wegen Formungültigkeit des Kaufvertrages. Dem Käufer muss daher nicht Gelegenheit gegeben werden, sich zur Formungültigkeit zu äussern. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfte auch der Verkäufer keinen solchen Anspruch haben (vgl. BGE 108 Ia 293¹⁴¹). 115

¹³⁹ Diese Gelegenheit hatten wohl die Parteien in BGE 86 II 398 und 90 II 34 = Pra 1964 Nr. 71 nicht.

¹⁴⁰ Die Parteien haben es somit in der Hand, durch vergleichsweise Prozess erledigung der Berücksichtigung des Formmangels den Boden zu entziehen. Hingegen können sie nicht bei andauerndem Streitverhältnis wirksam auf die Anrufung des Formmangels verzichten (VON BÜREN, OR AT, S. 146).

¹⁴¹ Zu diesem Entscheid KOLLER ALFRED, Der Gehörsanspruch im erstinstanzlichen Zivilprozess, ZSR 1986 I, S. 229 ff., 231 Anm. 10.

- 116 3. Zu **präzisieren** bleibt, was überhaupt mit der Berücksichtigung des Formmangels von Amtes wegen gemeint ist:
- 117 – Damit ist nicht gemeint, dass der Richter den *Sachverhalt* von Amtes wegen abzuklären hat, um eine allfällige Formungültigkeit festzustellen; er hat z.B. nicht Nachforschungen anzustellen, ob der verurkundete Parteivertreter bei der Beurkundung tatsächlich anwesend war oder nicht. Er hat lediglich die sich aus den Akten ergebende Ungültigkeit zu beachten, auch wenn sich keine Partei darauf beruft. Die Verhandlungsmaxime wird also nicht ausgeschlossen (BGE 85 II 565, 568 f.).
- 118 – Der Richter darf den Formmangel nur berücksichtigen, wenn feststeht, dass er *beachtlich* ist. Anders gedreht, darf er ihn nur berücksichtigen, wenn feststeht, dass der Mangel nicht geheilt worden ist. Auch die Frage der Heilung ist von Amtes wegen zu prüfen¹⁴², ohne dass jedoch der Richter von sich aus diesbezügliche Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen hätte. Im *Zweifelsfalle* ist ein Formmangel nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen. Daraus ist zu folgern, dass nach Erfüllung des formungültigen Vertrages eine Berücksichtigung von Amtes wegen praktisch ausser Betracht fällt. Denn wenn ein Formmangel ausnahmsweise trotz der Erfüllung beachtlich bleibt, so wird sich dies in der Regel doch nicht aus dem Prozessstoff schliessen lassen, den die Parteien ohne Berufung auf den Formmangel vorgebracht haben. Der Satz, dass der Formmangel von Amtes wegen zu berücksichtigen ist, verliert damit erheblich an Bedeutung.
- 119 – «Eine Berücksichtigung des Formmangels durch den Richter kommt von vornherein nur dann in Frage, wenn sie zur Stützung des Rechtsbegehrens einer Partei dient.»¹⁴³ Der Richter hat also den Formmangel nur zu berücksichtigen, wenn die Ungültigkeitsannahme zur Gutheissung des Antrags einer Partei führt. Dem ist zuzustimmen, doch dürfte die Berücksichtigung der Formungültigkeit wohl in jedem Fall in der einen oder andern Weise zur Stützung des einen oder andern Rechtsbegehrens führen. Der Satz, dass die Berücksichtigung des Formmangels «zur Stützung des Rechtsbegehrens einer Partei» führen muss, ist daher kaum von praktischer Bedeutung.

¹⁴² Z.B. AppHof BE, ZBGR 1984, S. 102 ff. E. 2; BGE 78 II 221 E. 2 S. 227.

¹⁴³ SCHMID, Beurkundung, Rn 672, im Anschluss an BUCHER, OR AT, S. 170; BUCHER, ZBGR 1975, S. 78; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Rn 562.

3. Berufung Dritter auf Formmängel?

1. Die Frage, ob sich auch Dritte auf die Formungültigkeit berufen können, wird regelmässig in Zusammenhang gebracht mit der im vorstehenden Titel behandelten: Es sei «logisch», Dritten die Berufung auf den Formmangel zu gewähren, falls man dessen Berücksichtigung von Amtes wegen bejahe¹⁴⁴; umgekehrt folge aus der Einredentheorie ohne weiteres, dass sich Dritte nicht auf den Mangel berufen könnten bzw. erst dann, wenn eine Partei den Mangel mittels Einrede geltend gemacht habe¹⁴⁵. Indessen handelt es sich letztlich um getrennte Fragen, die auch einer gesonderten Betrachtung bedürfen.

2. Die Kontroverse spielt namentlich dort eine Rolle, wo sich ein Gläubiger des Verkäufers auf dessen Eigentum (etwa in einem Pfändungsverfahren) berufen will. Dieser Fall, auf den ich mich hier beschränke, bietet keine Probleme, solange der Vertrag nicht erfüllt ist. Denn solange der Käufer nicht im Grundbuch eingetragen ist, bleibt der Verkäufer unabhängig davon Eigentümer, ob der Kaufvertrag formgültig ist oder nicht. Es versteht sich daher von selbst, dass der Dritte das Eigentum des Verkäufers geltend machen kann, und zwar ohne dass er sich in irgendeiner Weise auf die Formungültigkeit berufen müsste.

Wurde hingegen der Käufer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen, stellt sich die Frage, ob der Dritte geltend machen kann, der Verkäufer sei wegen der Formungültigkeit des Vertrages trotzdem Eigentümer geblieben. Dieser Einwand steht m.E. dem Dritten nur, aber immerhin dann offen, wenn die Parteien selbst die Formungültigkeit noch geltend machen könnten, der Mangel also nicht geheilt ist (vgl. BGE 67 II 149). Demgegenüber muss sich nach der Einredentheorie ein Gläubiger des Verkäufers den formellen Eintrag des Käufers so lange entgegenhalten lassen, bis eine der Parteien das Eigentum des Verkäufers wirksam geltend macht. Zur Begründung wird angeführt, die Formvorschriften sollten nur dem Schutze der Parteien, nicht aber Dritter dienen¹⁴⁶. Auch wenn dies zutreffen sollte¹⁴⁷, ist nicht einzusehen, weshalb der Verkäufer auf die Geltendmachung seines Eigentums im Interesse des Käufers und zum Nachteil der Gläubiger sollte verzichten können (darauf läuft ja letztlich die Einredentheorie hinaus). Richtigerweise müssen sich die

¹⁴⁴ So SCHMID, Beurkundung, Rn 683.

¹⁴⁵ Vgl. z.B. BERK/MEIER-HAYOZ, N 130 zu Art. 657 ZGB: die Formungültigkeit bedürfe «der Geltendmachung durch eine der Parteien im Wege der Einrede» und könne «daher auch nicht von Drittpersonen angerufen werden».

¹⁴⁶ SCHMID, Beurkundung, Rn 685.

¹⁴⁷ Was nicht der Fall sein dürfte: Die öffentliche Beurkundung hat zumindest als Nebenzweck auch den Schutz Dritter, namentlich Vorkaufsberechtigter, im Auge. Vgl. BERK/SCHMIDLIN, N 115 zu Art. 11 OR; SCHWENZER, OR AT, Rn 31.38.

Gläubiger so lange auf das Eigentum des Verkäufers berufen können, als es dieser selbst tun kann.

- 123 Die Gläubiger des Verkäufers können daher gegen den im Grundbuch eingetragenen Käufer erfolgreich Widerspruchsklage erheben (Art. 108 Ziff. 3 SchKG), immer vorausgesetzt, dass der formungültige Vertrag nicht geheilt wurde.
- 124 3. Nicht als Dritte im hier verstandenen Sinne gelten die *Rechtsnachfolger der Parteien*. Diese können sich nach einhelliger Auffassung ohne weiteres auf den Formmangel berufen. Die Vertreter der Einredentheorie sind insofern nicht anderer Ansicht. Daher kann z.B. der Käufer einer mit einem Kaufsrecht belasteten Parzelle gegenüber den Inhabern des Kaufsrechts die Ungültigkeit des Kaufsrechtsvertrages geltend machen (vgl. BGE 106 II 146 E. 3).

4. Formungültiger Grundstückkaufvertrag als Vorkaufsfall?

- 125 1. Die im Titel aufgeworfene Frage ist dem Grundsatz nach zu verneinen: Der Vorkaufsberechtigte kann das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück nur an sich ziehen, wenn das betreffende Grundstück gültig, namentlich auch formgültig, verkauft worden ist¹⁴⁸. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass die Anrufung des Formmangels durch den Verkäufer im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten rechtsmissbräuchlich ist. Alsdann ist es zu halten, wie wenn ein gültiger Vorkaufsfall eingetreten wäre (Art. 2 Abs. 2 ZGB, Art. 156 OR)^{149,150}. Hauptbeispiel ist die missbräuchliche Simulation eines zu hohen Kaufpreises. Mit einem solchen Tatbestand hatte sich das OGer LU in LGVE 1985 I Nr. 5 zu befassen¹⁵¹.
- 126 A verkaufte dem B eine mit einem Vorkaufsrecht belastete Eigentumswohnung mit dem dazugehörigen Abstellplatz, der ebenfalls mit einem Vorkaufsrecht belastet war. In einem weiteren Vertrag verkaufte A dem B ein Hallenbad und einen weiteren Abstellplatz; diese beiden Objekte waren nicht mit einem Vorkaufsrecht belastet. Der Kaufpreis für alle vier Objekte (Eigentumswohnung, Hallenbad, zwei Abstellplätze) entsprach zwar dem wirklichen Willen der Parteien. Doch war der Preis für die Eigentumswohnung und den dazugehörigen Abstellplatz deutlich übersetzt, der Preis für das Hallenbad und den zweiten Abstellplatz deutlich untersetzt. Der Vorkaufsberechtigte erklärte rechtzeitig, er übe sein

¹⁴⁸ Z.B. LIVER, S. 207; GUHL/KOLLER, § 41 Rn 28.

¹⁴⁹ RÜEGG JONAS, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken (Diss.), Zürich 2014, Rn 541, m.w.Nw.; KOLLER, OR BT I, § 5 Rn 53.

¹⁵⁰ Dasselbe gilt, wenn sich der Verkäufer im Verhältnis zum *Käufer* nicht auf den Formmangel berufen kann (zu diesen Fällen vgl. z.B. Rn 67 f., 94): LIVER, wie in Anm. 148.

¹⁵¹ S. ferner TC VS, ZWR 2011, S. 249 ff. (E. 7f).

Recht aus, allerdings nicht zum vereinbarten Kaufpreis, der fiktiv hochgetrieben sei. In der Folge ersuchte er für die vorkaufsrechtsbelasteten Objekte um Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 960 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Das Luzerner Obergericht hat den Vorkaufsfall bejaht und das Gesuch geschützt. M.E. zu Recht. Zwar war der Kaufvertrag über die mit dem Vorkaufsrecht belasteten Bauten (Eigentumswohnung und Abstellplatz) formungültig, weil der Kaufpreis nicht das wirkliche Entgelt für die betreffenden Bauten, sondern z.T. auch das Entgelt für das gleichzeitig verkaufte Hallenbad bzw. den dazugehörigen Abstellplatz darstellte. Er kam somit als Vorkaufsfall grundsätzlich nicht in Betracht. Der Verkäufer handelte jedoch rechtsmissbräuchlich, wenn er sich auf die Formungültigkeit berief und gestützt hierauf den Vorkaufsfall bestritt. Denn der Abschluss zweier Kaufverträge statt nur eines Vertrages und die dadurch ermöglichte Manipulation mit dem Gesamtkaufpreis geschah offensichtlich nur mit dem Ziel, den Vorkaufsberechtigten von der Ausübung seines Rechtes abzuhalten.

2. Bleibt im vorliegenden Zusammenhang die Frage zu beantworten, wie der vom Vorkaufsberechtigten zu bezahlende Übernahmepreis zu bestimmen ist, wenn ein formungültiger Kaufvertrag den Vorkaufsfall auslöst. Keine Schwierigkeiten bestehen insoweit beim limitierten Vorkaufsrecht, bei welchem die Übernahmebedingungen im Vorkaufsvertrag umschrieben sind. Beim nicht limitierten Vorkaufsrecht hat der Vorkaufsberechtigte sich grundsätzlich den Bedingungen zu unterziehen, die der Verpflichtete mit dem Dritterwerber ausgehandelt hat. Namentlich hat er den von diesen abgemachten Preis zu bezahlen. Das gilt auch dann, wenn bei Simulation eines zu hohen Preises der von den Parteien tatsächlich vereinbarte Preis feststeht. Trifft dies – wie im besprochenen Fall – nicht zu, obliegt die Festsetzung des Übernahmepreises dem Richter (KGer VS, ZWR 2011, S. 249 ff. E. 7g)¹⁵². 127

¹⁵² RÜEGG, zit. in Anm. 149, Rn 541, m.w.Nw. in Anm. 1034. Vgl. BGE 81 II 502, wo der Richter in verwandtem Zusammenhang eine ähnliche Aufgabe wahrzunehmen hatte: Es war ein Vorkaufsrecht an einem Teil eines Grundstücks bestellt; beim Verkauf des gesamten Grundstücks war der vom Vorkaufsberechtigten zu bezahlende Preis für die Übernahme des betreffenden Grundstückteils zu bestimmen.