

## GRUNDSTÜCKKAUF MIT SCHWARZZAHLUNG \*

VON PROFESSOR DR. ALFRED KOLLER, ST. GALLEN

Grundstückkaufverträge bedürfen bekanntlich gemäss Art. 216 OR der öffentlichen Beurkundung, d. h. die von den Parteien getroffene Vereinbarung muss in einem besonderen, rechtlich geregelten Verfahren durch eine Drittperson, landläufig Notar genannt, schriftlich festgehalten werden. In der Praxis kommt es nun häufig vor, dass die Parteien eines Grundstückkaufvertrages einen niedrigeren Preis als den tatsächlich abgemachten verurkunden lassen. Mit andern Worten machen sie ab, es sei neben dem verurkundeten Preis noch eine zusätzliche Summe – sog. Schwarzgeld – geschuldet<sup>1</sup>. Solche Schwarzgeldabmachungen können verschiedene Gründe haben<sup>2</sup>. Im Vordergrund steht die Absicht, Steuern und Gebühren zu sparen. Es kann aber z. B. auch

\* Mit Nachweisen versehene Fassung eines Vortrags, gehalten am 13. Februar 1989 an der Hochschule St. Gallen (Antrittsvorlesung) und am 20. Februar 1989 vor dem Bernischen Juristenverein. Der Vortragsstil ist beibehalten.

<sup>1</sup> Genaue Zahlen über die Häufigkeit von Schwarzgeldabmachungen fehlen. Sie sollen jedoch in der welschen Schweiz «an der Tagesordnung» sein, in der deutschen Schweiz seien sie seltener (Auskunft des Eidgenössischen Grundbuchamtes in Bern, zitiert nach dem Tages-Anzeiger vom 21. Februar 1989, S. 7).

<sup>2</sup> Vgl. z. B. SPIRO, Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf, Basel 1964, 3.

darum gehen, Erben oder Gläubigern einen Teil des Erlöses zu verheimlichen. Im folgenden soll untersucht werden, welches die Rechtswirkungen einer derartigen Preissimulation sind. Straf- und steuerrechtliche Aspekte bleiben allerdings ausser Betracht. Ich beschränke mich auf die privatrechtlichen Gesichtspunkte. Namentlich soll untersucht werden, ob und inwieweit eine solche Schwarzgeldvereinbarung zur Ungültigkeit des Grundstückkaufvertrages führt, und was gegebenenfalls die praktischen Konsequenzen der Ungültigkeit sind.

### 1. Ungültigkeit der simulierten (verurkundeten) Kaufpreisabrede

Klar ist, dass die Kaufpreisvereinbarung, wie sie verurkundet ist, keine Geltung erlangt. Denn sie ist nicht wirklich gewollt, sondern simuliert und daher nach Art. 18 OR ungültig. Das ist unbestritten<sup>3</sup>. Oft wird allerdings der Eindruck erweckt, diese Ungültigkeit habe etwas mit der Formungültigkeit nach Art. 216 OR zu tun. Das trifft nicht zu. Die Ungültigkeit hat ihren Grund ausschliesslich in der Simulation. Erste Feststellung also: Die verurkundete Kaufpreisabrede ist – wegen Simulation – ungültig.

### 2. (Form-)Ungültigkeit der tatsächlich vereinbarten Kaufpreisabrede

Eine andere Frage ist, ob die wirkliche Kaufpreisvereinbarung gilt, obwohl nicht verurkundet. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung verneint dies, ausgehend von der Annahme, dass alle objektiv wesentlichen Punkte der Beurkundung bedürfen, so auch der Kaufpreis<sup>4</sup>. Gegenteiliger Ansicht ist namentlich SPIRO, der seine Lehre in verschiedenen Aufsätzen<sup>5</sup> über mehrere Jahre

<sup>3</sup> Hinweise auf Lehre und Rechtsprechung bei KRAMER, N. 187 und 192 zu Art. 18 OR.

<sup>4</sup> Vgl. statt vieler: LEUENBERGER, Abschluss des Grundstückekaufvertrages, in: KOLLER (Hrsg.), Der Grundstückekauf, St. Gallen 1989, Nr. 87–91. Zum Beurkundungszwang im allgemeinen vgl. LEUENBERGER, a. a. O., Nr. 83 ff.

<sup>5</sup> Nachweise in Fn. 2, 7 und 10.

hinweg dargelegt und auch andere Autoren massgeblich beeinflusst hat<sup>6</sup>. Das Bundesgericht hat die Auffassung SPIROS in BGE 90 II 156 ff. abgelehnt, allerdings ohne eingehende Begründung. Es scheint daher gerechtfertigt, auf die Ansicht SPIROS näher einzutreten.

1. Grundzüge der Auffassung SPIROS sind die folgenden<sup>7</sup>: Die öffentliche Beurkundung soll einerseits die Eintragung der Handänderung im Grundbuch vorbereiten und andererseits den Verkäufer vor einer übereilten Aufgabe seines Grundeigentums schützen. Schutz des Käufers sei hingegen nicht bezweckt. Gestützt hierauf nimmt SPIRO an, dass zwar das Versprechen des Verkäufers, ein bestimmtes Grundstück zu veräussern, der Beurkundung bedürfe, nicht hingegen das Versprechen des Käufers, den Kaufpreis zu bezahlen. Der Käufer könne seine Vertragszustimmung an sich durchaus auch bloss schriftlich oder gar nur mündlich erklären<sup>8</sup>.

Mit Bezug auf die weitere Frage, inwieweit die Vertragserklärung des Verkäufers öffentlich zu beurkunden ist, gilt nach SPIRO Folgendes: Alles müsse verurkundet werden, was die Leistungspflicht des Verkäufers in irgendeiner Weise erschwere. Demgegenüber müsse nicht verurkundet werden, was die Leistungspflicht erleichtere. Daraus folgt: Wenn ein zu hoher Kaufpreis verurkundet wird, der Verkäufer somit sein Grundstück billiger geben muss als nach der Verurkundung, so liegt ein Formmangel

<sup>6</sup> Z. B. ARNOLD ESCHER (SJZ 1964 316) und VON BÜREN (Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, 148 ff.), welche die Lehre SPIROS vollständig übernehmen, und KRAMER (N. 194 f. zu Art. 18 OR), der im Ansatzpunkt mit SPIRO übereinstimmt, in der Folge aber noch weiter geht als dieser (vgl. Fn. 9). Auch VON BÜREN weicht in dem 1972 erschienenen Lehrbuch zum Besonderen Teil des Obligationenrechts von der Ansicht SPIROS ab und gelangt zu ähnlichen Ergebnissen wie KRAMER (Fn. 9).

<sup>7</sup> SPIRO, Die unrichtige Beurkundung... (Fn. 2), 21 ff., v. a. 23 ff.; ders., Die Bedeutung der Beurkundung für den Grundstückkauf, in: Travaux de la 5<sup>ème</sup> semaine juridique turco-suisse, 203 ff., v. a. § 34 auf S. 206.

<sup>8</sup> Doch müsse natürlich dem Grundbuchbeamten gegenüber schriftlich vom Konsens Mitteilung gemacht werden (Art. 948 ZGB).

vor. Im umgekehrten Fall, da ein zu niedriger Preis verurkundet wird, liegt hingegen kein Formmangel vor. Die Vereinbarung einer Schwarzzahlung schadet also nicht<sup>9</sup>.

2. Was ist von dieser Auffassung zu halten? Zweifellos ist SPIRO insofern recht zu geben, als er einen wesentlichen Zweck der öffentlichen Beurkundung darin sieht, eine klare Grundlage für die Grundbucheintragung zu schaffen. Weiter dürfte es zutreffen, dass das Beurkundungserfordernis den Schutz des Verkäufers vor Übereilung bezweckt; der Verkäufer soll geschützt werden, weil er unter Umständen existenznotwendiges Grundeigentum aufgibt<sup>10</sup>. Eine entsprechende Überlegung lässt sich für den Käufer nicht anführen. Die Ansicht SPIROS, dass das Beurkundungserfordernis nicht dem Interesse des Grundstückkäufers dient<sup>11</sup>, hat daher einiges für sich<sup>12</sup>. Daraus darf jedoch nicht abgeleitet werden, es sei nur die Vertragserklärung des Verkäufers zu beurkunden, nicht auch diejenige des Käufers. Nach Art. 216 OR ist der «Kaufvertrag» zu verurkunden. Damit sind beide Willenserklärungen gemeint. Das entspricht Art. 13 OR, der vorsieht, dass dort, wo das Gesetz bei synallagmatischen Verträgen

<sup>9</sup> Weitergehend nehmen KRAMER (N. 195 zu Art. 18 OR) und VON BÜREN (Schweizerisches Schuldrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, 74f.) an, eine falsche Preisangabe schade in keinem Falle, es gelte einfach die simulierte Preisabrede. Dieser Auffassung kann m. E. nicht gefolgt werden, wie sich mittelbar aus den nachstehenden Ausführungen im Text (Ablehnung der These SPIROS) ergibt.

<sup>10</sup> Dass das Beurkundungserfordernis den Verkäufer schützen will, war lange Zeit unbestritten (vgl. SPIRO, Grundstückskauf und Formzwang, BJM 1965, 217). In neuerer Zeit vertritt jedoch VON BÜREN (OR BT [Fn. 9], 73) die Auffassung, die öffentliche Beurkundung sei beim Grundstückskauf ausschliesslich «Richtigkeitsform», sie gehe zurück «auf die speziellen Richtigkeitsbedürfnisse des Grundstückverkehrs». Hingegen bezwecke die öffentliche Beurkundung keinen Übereilungsschutz der Parteien, weder des Käufers noch des Verkäufers.

<sup>11</sup> Ebenso VON BÜREN, OR AT (Fn. 6), 142; ders., OR BT (Fn. 9), 73; KRAMER, N. 194 zu Art. 18 OR.

<sup>12</sup> Die konstante Rechtsprechung und die herrschende Lehre (vgl. LEUENBERGER [Fn. 4], Nr. 60) stehen auf dem Standpunkt, dass auch der Käufer vor Übereilung geschützt werden soll. So auch LIVER, ZBJV 1968 193f., der im übrigen der Auffassung SPIROS Sympathien entgegenbringt. – Einzelne gesetzliche Bestimmungen legen jedoch eher den gegenteiligen Schluss nahe, vgl. SPIRO, Die unrichtige Beurkundung ... (Fn. 2), 16ff.

die einfache Schriftlichkeit verlangt, das Schriffterfordernis beide Erklärungen erfasst. Dies auch dort, wo nur eine Partei schutzwürdig ist, wie dies etwa für den Abzahlungskauf zutrifft, bei dem klarerweise nur der Käufer schutzwürdig ist. Diese Regelung – dass also auch die Erklärung der nicht schutzwürdigen Partei zu beurkunden ist, sei es öffentlich oder einfach schriftlich – diese Regelung liegt letztlich wiederum im Interesse der vom Gesetz als schutzwürdig angesehenen Partei. Diese kann sich nämlich dadurch den Beweis für den Vertragskonsens und die einzelnen Vertragsmodalitäten sichern. Dieser Beweissicherungszweck dient im übrigen letztlich auch dem öffentlichen Interesse, indem durch klare Beweisgrundlagen eine Prozesserledigung erleichtert wird. Solche Beweisüberlegungen werden von SPIRO zu Unrecht vernachlässigt. Dazu lässt er ausser Betracht, dass die öffentliche Beurkundung – zumindest als Nebenzweck – auch die Funktion des Drittschutzes hat. Zu denken ist namentlich an den Schutz Vorkaufsberechtigter, deren Recht – sofern es illimitiert ist – sich nach dem Inhalt des Kaufvertrages richtet.

3. Bei dieser gegenüber SPIRO veränderten Ausgangslage ist nun zu prüfen, ob die Vereinbarung einer Schwarzzahlung einen Formmangel begründet. Die Antwort hängt wesentlich davon ab, ob die Schwarzgeldvereinbarung die umschriebenen Formzwecke beeinträchtigt. Das ist zu bejahen, allerdings nicht für alle Zwecke in gleicher Weise. Der Schutz vor Übereilung dürfte im Normalfall durch die öffentliche Beurkundung weitgehend auch dann erreicht sein, wenn die Parteien hinsichtlich der Verurkundung der Kaufpreisabrede auf die Mitwirkung des Notars verzichten und diesen eine simulierte Abrede verurkunden lassen. Weiter erfüllt der Kaufvertrag seine Funktion als Grundlage des Grundbucheintrags auch dann, wenn ein falscher Kaufpreis verurkundet wurde. Hingegen ist ein solcher Vertrag offensichtlich ungeeignet, den Beweis der wirklichen Kaufpreisabrede zu sichern. Ebensowenig vermag er dem Interesse Dritter – namentlich Vorkaufsberechtigter – an einer zutreffenden Vertragsverurkundung zu genügen.

Im Einzelfall ist freilich möglich, dass der Gesamtzweck der öffentlichen Beurkundung durch die Vereinbarung einer Schwarzzahlung nicht beeinträchtigt wird, auch nicht, was Beweissicherung und Schutz Dritter anbelangt. Zu denken ist an den Fall, da Dritte überhaupt nicht im Spiele sind und sich der Verkäufer den Beweis der Kaufpreisabrede auf andere Weise gesichert hat. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Formmangel nur dann vorliegt, wenn der Formzweck im Einzelfall tatsächlich beeinträchtigt ist, oder ob schon die abstrakte Gefährdung des Formzwecks genügt. Richtigerweise ist Letzteres anzunehmen. Sonst würde man die Wahrung der Formvorschriften praktisch ins Belieben der Parteien stellen, was selbstverständlich nicht der Sinn der Formvorschriften sein kann. Zudem wäre für die Parteien nur mehr schwer absehbar, wann ein Formmangel vorliegt, wann nicht. Die Rechtssicherheit wäre damit erheblich beeinträchtigt, was dem Zweck der Formvorschriften diametral zuwiderlaufen würde<sup>13</sup>.

Entgegen SPIRO ist also ein Formmangel anzunehmen, wenn die Parteien einen höheren Preis vereinbaren als sie verurkunden lassen. Die tatsächliche Preisvereinbarung ist dann formungültig.

4. Als *Zwischenergebnis* ist mithin festzuhalten: Lassen die Parteien absichtlich einen zu tiefen Preis verurkunden, wurde mit andern Worten ein Teil des Preises schwarz abgemacht, so ist der verurkundete Kaufpreis ungültig, da simuliert, nicht gewollt; die gewollte Kaufpreisabrede aber ist ungültig, da von der Form des Art. 216 OR nicht gedeckt. An diese Feststellung schliesst sich die Frage an, was mit dem Vertragsrest passiert.

<sup>13</sup> Wie LIVER, N. 112 vor Art. 1 ZGB, zutreffend bemerkt, sind Formvorschriften «eine Entscheidung zugunsten der Rechtssicherheit und gegen die Wahrung der Gerechtigkeit in allen Fällen». Vgl. auch BGE 87 II 33f.: «Der Richter hat nicht zu prüfen, ob die Gründe, die den Gesetzgeber zum Erlass der Formvorschrift bewogen haben, deren Anwendung im Einzelfall erfordern oder entbehrlich machen.»

### 3. Schicksal des Vertragsrests

Diese Frage ist einfach zu beantworten: Hat die Kaufpreisabrede keinen Bestand, kann auch der Vertragsrest keinen Bestand haben. Das versteht sich von selbst für das Versprechen des Verkäufers, Besitz und Eigentum am Grundstück zu übertragen. Aber auch alle übrigen Punkte des Kaufvertrages – wie etwa Zahlungsbedingungen oder eine Gefahrtragungsklausel – verlieren mit der Ungültigkeit der Kaufpreisabrede und der damit verbundenen Ungültigkeit der Abrede zur Grundstücksübertragung ihre Daseinsberechtigung. Der Kaufvertrag fällt somit in globo dahin<sup>14, 15</sup>.

### 4. Inhalt und Tragweite der Ungültigkeit

Nach dem Gesagten liegt bei Vereinbarung einer Schwarzzahlung ein Formmangel vor, der die Ungültigkeit des ganzen Kaufvertrages zur Folge hat. Zu klären bleibt die praktische Tragweite und Bedeutung dieser (sog. Form-)Ungültigkeit. Überblicksmässig kann gesagt werden: Formungültigkeit bedeutet, dass die Parteien keine Erfüllungsansprüche haben, und dass sie – wenn und soweit bereits erfüllt wurde – das Geleistete zurückfordern können. Beides gilt jedoch nur mit Vorbehalten. Will man die Einzelheiten darstellen, unterscheidet man zweckmässigerweise verschiedene Tatbestände:

Erstens: Der Vertrag wurde noch nicht erfüllt (dazu nachstehend A.). Zweitens: Der Vertrag wurde beidseitig erfüllt (dazu B.). Drittens: Zwischentatbestände, wo der Vertrag teilweise er-

<sup>14</sup> Zum Umfang der Formungültigkeit im allgemeinen siehe KOLLER, *Vom Formmangel und seinen Folgen*, in: KOLLER (Hrsg.), *Der Grundstückkauf*, St. Gallen 1989, Nr. 330 ff.

<sup>15</sup> Möglich ist allenfalls, dass ein mit dem Kaufvertrag verbundener Vertrag rechtswirksam bleibt. Aber auch das nur dann, wenn der Kaufvertrag für den Abschluss des damit verbundenen Vertrages nicht subjektiv wesentlich war, also bei einer sog. unechten Vertragsverbindung. War der Kaufvertrag subjektiv wesentlich, so ist der verbundene Vertrag ungültig. Siehe Näheres bei KOLLER (Fn. 14), Nr. 337.

füllt wurde. Von den möglichen Zwischentatbeständen kommen im folgenden nur jene zwei zur Sprache, die in der Praxis die grösste Rolle spielen dürften: Ich spreche unter C. von der Rechtslage nach einseitiger Erfüllung, sodann unter D. von der Rechtslage, nachdem eine Partei vollständig, die andere (bloss) teilweise erfüllt hat.

## A. RECHTSLAGE VOR DER ERFÜLLUNG

### a) Grundsatz: Fehlen von Erfüllungsansprüchen

1. Als Grundsatz gilt – wie bereits erwähnt –, dass die Parteien *keine Erfüllungsansprüche* haben: Der Käufer kann das Grundstück nicht verlangen, der Verkäufer keinen Kaufpreis<sup>16</sup>.

Auch können die Parteien *keine vertraglichen Schadenersatzansprüche* geltend machen<sup>17</sup>. Denn wer seine «Verpflichtung» aus dem formungültigen Kaufvertrag nicht erfüllt, begeht keine Vertragsverletzung und haftet daher nicht nach Art. 97 ff. OR (BGE 90 II 33, 68 II 236, 58 II 366). Unter Umständen trifft ihn allerdings eine Haftung aus culpa in contrahendo<sup>18</sup>.

Ebensowenig wie vertraglichen Schadenersatz können die Parteien allfällige Konventionalstrafen, die zur Sicherung der Erfüllung des formungültigen Vertrages vereinbart wurden, einverlangen (BGE 39 II 226)<sup>19</sup>.

Schliesslich besteht auch kein Anspruch auf Nachholen der Form (BGE 50 II 253, 49 II 64)<sup>20</sup>. Wollte man einen solchen

<sup>16</sup> Vgl. z. B. KRAMER, N. 188 zu Art. 18 OR; BECKER, N. 9 und 14 zu Art. 11 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, N. 78 ff. zu Art. 11 OR.

<sup>17</sup> Vgl. z. B. MEIER-HAYOZ, N. 136 zu Art. 657 ZGB, und die nachstehend im Text angeführte Judikatur.

<sup>18</sup> Vgl. dazu KOLLER (Fn. 14), Nr. 366 ff.

<sup>19</sup> Aus der Lehre statt vieler: VON TUHR/ESCHER, 278 f. Vgl. aber auch OSER/SCHÖNENBERGER, N. 3 zu Art. 163 OR; KOLLER, BR 1987 22 f.; ders. (Fn. 14), Nr. 339 ff.

<sup>20</sup> Aus der Lehre z. B. HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, N. 36 zu Art. 657 ZGB.



Anspruch bejahen, würde der formungültige Vertrag letztlich doch Erfüllungsansprüche vermitteln, was nach herrschender Auffassung gerade ausgeschlossen sein soll.

2. Die Ansicht, dass die Formungültigkeit infolge Vereinbarung einer Schwarzzahlung Erfüllungspflichten zulasten beider Parteien ausschliesst, ist nicht unbestritten. Anderer Meinung ist wiederum SPIRO<sup>21</sup>. Dieser Autor vertritt – wie gesagt – die Ansicht, die Vereinbarung einer Schwarzzahlung bewirke keinen Formmangel. Wenn man aber mit der herrschenden Meinung einen Formmangel bejahe, so dürfe jedenfalls nur dem Käufer das Recht zugestanden werden, sich darauf zu berufen. Denn nur er werde durch die Schwarzgeldvereinbarung beschwert. Der Verkäufer hingegen werde dadurch begünstigt und könne daher den Mangel nicht geltend machen. SPIRO fasst also die Formungültigkeit als eine Art einseitige Unverbindlichkeit auf<sup>22</sup>: Der Vertrag ist ungültig, aber nur für die eine Partei.

3. Ich halte diese Ansicht für unzutreffend, aus verschiedenen Gründen. Vorab ist daran zu erinnern, dass die Form unter anderem auch bezweckt, dem Verkäufer den Beweis des Kaufvertrages zu sichern. Dieser Sicherungszweck wird nun aber zulasten des Verkäufers beeinträchtigt, wenn die öffentliche Urkunde nicht den vereinbarten, sondern einen fiktiven (niedrigeren) Kaufpreis angibt. In diesem Sinne ist im Falle einer Schwarzgeldvereinbarung auch der Verkäufer «beschwert». Vor allem aber ist das folgende zu beachten:

Art. 216 OR kennt nur *einen* Begriff der Formungültigkeit. Diese Formungültigkeit greift bei beliebigen Formmängeln Platz. Die Ansicht SPIROS könnte also wohl nur zutreffen, wenn bei beliebigen Formmängeln die Formungültigkeit als einseitige Unverbindlichkeit aufgefasst werden könnte. Das wiederum würde voraussetzen, dass sich Formmängel beliebiger Art nur

<sup>21</sup> V. a. in *Grundstückskauf und Formzwang* (Fn. 10), 217 ff. Ihm folgend LIVER (Fn. 12), 192.

<sup>22</sup> So SPIRO selbst in *BJM* 1965 (Fn. 10), 221.

zum Nachteil einer Partei, die sich dann auf den Mangel berufen könnte, auswirken. Davon aber kann keine Rede sein. Oft lässt sich nicht sagen, zu wessen Gunsten sich die Nicht- oder Falschverurkundung eines Vertragspunktes auswirkt. Wenn z. B. beim Teilverkauf einer Parzelle die Grenzen des Kaufgrundstücks nicht richtig umschrieben werden, so kann nicht zum vornherein gesagt werden, ob dies nun zum Nachteil des Käufers, des Verkäufers oder beider ist. Die Konzeption der Formungültigkeit als einseitiger Unverbindlichkeit ist bei einem solchen Formmangel fehl am Platz. Dasselbe muss nach dem Gesagten aber auch bei Vereinbarung einer Schwarzzahlung gelten, da Art. 216 OR eben einen einheitlichen Begriff der Formungültigkeit kennt. Diese ist somit als Vertragsungültigkeit aufzufassen, die Erfüllungspflichten zulasten beider Parteien ausschliesst. Vorbehalten sind Fälle von Rechtsmissbrauch. Darauf ist nun näher einzutreten.

#### *b) Ausnahme: Rechtsmissbrauch*

1. Wie jedes andere Recht auch, kann das Recht, sich auf die Formungültigkeit zu berufen und die Erfüllung zu verweigern, missbraucht werden. In diesem Falle werden über Art. 2 Abs. 2 ZGB Erfüllungsansprüche begründet.

Das Bundesgericht lehnt allerdings Erfüllungsansprüche ab, sofern der Vertrag – wie hier unterstellt – noch in keiner Weise erfüllt ist<sup>23</sup>. Hingegen hat es für den Fall, dass der Vertrag teilweise erfüllt ist und die Weigerung, die Resterfüllung vorzunehmen, rechtsmissbräuchlich ist, Erfüllungsansprüche bejaht<sup>24</sup>,

<sup>23</sup> BGE 68 II 236f., 72 II 49, neuerdings 104 II 103. Ebenso die herrschende Lehre, z. B. MERZ, N. 485 zu Art. 2 ZGB; CAVIN, SPR VII/1, 135; DESCHENAUX, SPR II, 193.

<sup>24</sup> Es setzt sich damit in Widerspruch zu seiner Rechtsprechung, wonach Art. 2 Abs. 2 ZGB «nur in einem negativen Sinne» anrufbar sei und «nicht zur positiven Handhabe für die Behebung des Formmangels werden» dürfe, «indem man einen wegen Formmangels ungültigen Vertrag über den Umweg des Rechtsmissbrauches doch als verbindlich erklärt» (BGE 68 II 236f. mit Bezug auf einen noch gänzlich unerfüllten Vertrag).

d. h., es hat entschieden, dass die Resterfüllung – gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB – verlangt werden kann<sup>25</sup>. M. E. ist nun aber nicht ersichtlich, weshalb es einen Unterschied machen soll, ob der Vertrag gänzlich unerfüllt ist oder nur teilweise. In beiden Fällen muss die rechtsmissbräuchliche Erfüllungsverweigerung eine Erfüllungspflicht zur Folge haben. Der Umstand, ob bereits teilweise erfüllt wurde oder die Erfüllung noch vollständig aussteht, ist aber nicht belanglos. Es ist ihm bei der Feststellung, ob die Erfüllungsverweigerung überhaupt rechtsmissbräuchlich ist, Rechnung zu tragen.

2. Insoweit stellt sich vorab die Frage, welche Bedeutung dem Formzweck zukommt. Namentlich fragt sich, ob eine Geltendmachung der Vertragsungültigkeit schon dann rechtsmissbräuchlich ist, wenn im Einzelfall der Schutzzweck der Formvorschrift nicht oder zumindest nicht erheblich beeinträchtigt wurde. Nach dem früher Gesagten<sup>26</sup> kann die Antwort nur negativ lauten: Formvorschriften sind immer einzuhalten, unabhängig von einem konkreten Schutzbedürfnis; bei Nichteinhaltung der Form müssen die Parteien wissen, dass der Vertrag unverbindlich ist und sie somit über Kaufpreis bzw. Grundstück disponieren können. Nur so kann letztlich auch darauf hingewirkt werden, dass die Parteien eines Grundstückkaufvertrages die Beurkundungsvorschrift ernst nehmen. Würde man annehmen, ein Formverstoss schade nicht, wenn im Einzelfall der Schutzzweck nicht beeinträchtigt ist, so wären die Parteien eines Grundstückkaufvertrages leicht versucht anzunehmen, die Einhaltung der Form stehe in ihrem Belieben. Formvorschriften hätten dann – wie FLUME<sup>27</sup> für das deutsche Recht bemerkt – nur noch die Bedeutung unverbindlicher Empfehlungen.

Im Ergebnis die gleiche Auffassung vertritt nach schwanken-

<sup>25</sup> Vgl. hinten 4/D/a.

<sup>26</sup> Vgl. vorne 2/Ziff. 3.

<sup>27</sup> *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, 3. A., Berlin/Heidelberg/New York 1979, 276.

der Praxis<sup>28</sup> auch das Bundesgericht. So hielt es in BGE 86 II 262 fest, «jedes Interesse, sich auf den Formmangel zu berufen», sei beachtlich. Daher sei 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».

Somit ist die Erfüllungsverweigerung nicht schon deshalb, weil im Einzelfall der Formzweck nicht (erheblich) beeinträchtigt ist, als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Das trifft vielmehr nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu (vgl. z. B. BGE 86 II 262). In Betracht kommt praktisch ausschliesslich der Fall, da eine Partei *arglistig* die Einhaltung der Form verhindert hat (BGE 90 II 27), d. h. in der Absicht, sich gegebenenfalls später von einer unbequem gewordenen Bindung zu befreien. *Hervorzuheben* ist im Rahmen dieses Aufsatzes was folgt: Der Umstand, dass die auf Erfüllung belangte Partei beim Vertragsabschluss mit einer Schwarzzahlung einverstanden war und insoweit bewusst die Mitwirkung des Notars umgangen hat, lässt noch nicht auf Rechtsmissbrauch schliessen. Erst wenn die Absicht dazukommt, den Formmangel später allenfalls im eigenen Interesse auszunutzen, ist ein arglistiges und damit rechtsmissbräuchliches Verhalten anzunehmen.

## B. RECHTSLAGE NACH BEIDSEITIGER ERFÜLLUNG

### a) Grundsatz: Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages

Als Grundsatz ist festzuhalten: Wer einen formungültigen Vertrag erfüllt, kann die erbrachte Leistung zurückverlangen<sup>29</sup>. Der Käufer hat also einen Anspruch auf Rückerstattung des Kauf-

<sup>28</sup> Vgl. dazu im einzelnen KOLLER (Fn. 14), Nr. 234 ff. Die dortigen Ausführungen beziehen sich allerdings auf die Formungültigkeit im allgemeinen, nicht speziell auf die Ungültigkeit infolge Vereinbarung einer Schwarzzahlung. In der Praxis spielt allerdings dieser Ungültigkeitsgrund die grösste Rolle.

<sup>29</sup> KOLLER (Fn. 14), Nr. 245 ff., mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

preises, umgekehrt kann der Verkäufer das Grundstück zurückverlangen, d. h., er kann die Rückübertragung des Besitzes verlangen und die Grundbuchberichtigungsklage anstellen. Der Verkäufer kann vindizieren, der Käufer lediglich kondizieren.

Dieser Grundsatz spielt nun aber – wie gleich zu zeigen sein wird – im vorliegenden Zusammenhang, wo der Formmangel in der Vereinbarung einer Schwarzzahlung besteht, praktisch keine Rolle. Das Rückabwicklungsverhältnis soll daher nicht im einzelnen behandelt werden<sup>30</sup>. Vielmehr ist nun zur Frage überzugehen, unter welchen Voraussetzungen die Rückabwicklung *nicht* verlangt werden kann. Es sind verschiedene Fälle zu unterscheiden:

*b) Erste Ausnahme: Ausschluss der Rückforderung  
in Fällen irrtumsfreier Erfüllung*

Vorab kann eine Partei die Rückabwicklung dann nicht verlangen, wenn sie ihre Leistung irrtumsfrei erbracht hat, d. h. in Kenntnis der Formungültigkeit und der fehlenden Erfüllungspflicht. Das Bundesgericht folgert dies aus dem Rechtsmissbrauchsverbot, indem es – der Sache nach – sagt, wer vorerst eine Leistung in Kenntnis der mangelnden Leistungspflicht erbringe, der setze sich mit eigenem Verhalten in Widerspruch und handle damit rechtsmissbräuchlich, wenn er nachher die Leistung wieder zurückverlange<sup>31</sup>.

M. E. erübrigt sich der Rekurs auf die ultima ratio des Rechtsmissbrauchsverbots. Denn der Ausschluss der Rückforderung kann im Falle irrtumsfreier Erfüllung schon auf Art. 63 Abs. 1

<sup>30</sup> Siehe dazu eingehend KOLLER (Fn. 14), Nr. 245 ff.

<sup>31</sup> Die Rückforderung ist nach bundesgerichtlicher Auffassung nicht generell ausgeschlossen, sondern nur vermutungsweise (BGE 112 II 333 E. 2. a, 104 II 101 f. E. 3.). Die Vermutung soll entkräftet werden können durch den Nachweis, dass die Rückforderung ausnahmsweise nicht rechtsmissbräuchlich sei. Diese Möglichkeit scheint jedoch eher theoretischer Natur; jedenfalls gibt es m. W. keine Entscheide, welche die Rückforderung einer irrtumsfrei erbrachten Leistung zugelassen hätten.

OR abgestützt werden. Diese Bestimmung findet allerdings nach ihrer systematischen Stellung nur auf Bereicherungsansprüche Anwendung. Eine Anwendung auf Rückforderungsansprüche des Verkäufers, die – wie gesagt – dinglicher Natur sind, scheint damit ausgeschlossen. Nach zutreffender Auffassung ist Art. 63 Abs. 1 OR jedoch auf die Vindikation analog anzuwenden<sup>32</sup>. Somit kann der Verkäufer eine irrtumsfrei erbrachte Leistung ebensowenig zurückverlangen wie der Käufer, dessen Rückforderungsanspruch ein Bereicherungsanspruch ist und daher der unmittelbaren Anwendung von Art. 63 Abs. 1 OR untersteht. Dies jedenfalls dann, wenn – wie hier vorausgesetzt – der Vertrag beidseitig erfüllt ist.

Beizufügen bleibt, dass Parteien, die – wie hier unterstellt – eine Schwarzgeldvereinbarung treffen, sehr oft um die Ungültigkeit des Vertrages wissen werden. Denn derjenige, der bewusst den Notar ausschaltet, der muss sich ja Gedanken machen, was die Konsequenzen einer solchen Handlung sind. Dabei wird ihm oft bewusst werden, dass die Schwarzgeldvereinbarung die Vertragsungültigkeit zur Folge hat. Parteien eines Grundstückkaufvertrages, die eine Schwarzgeldzahlung vereinbart haben, werden also die erbrachten Leistungen regelmässig nicht zurückverlangen können.

### *c) Zweite Ausnahme: Rechtsmissbrauch*

Bleiben die seltenen Fälle zu betrachten, in denen die Leistung irrtümlich erfolgte. Frage also: Was gilt, wenn die Parteien im Glauben erfüllt haben, dazu verpflichtet zu sein?

Art. 63 Abs. 1 OR könnte nach seinem Wortlaut den Eindruck erwecken, die Rückforderung sei ohne weiteres zulässig. Indes gewährt die Bestimmung den Rückforderungsanspruch nur mit den Vorbehalten, die sich aus dem Rechtsmissbrauchsverbot ergeben. Die Rückforderung steht somit nur offen, wenn sie nicht

<sup>32</sup> Begründung bei KOLLER (Fn. 14), Nr. 281.

rechtsmissbräuchlich ist. Gerade das aber wird bei den hier interessierenden Tatbeständen regelmässig zutreffen. Denn wenn die Parteien mittels der Schwarzgeldvereinbarung den Notar bewusst ausschalten, muss ihnen der spätere Einwand, bei der Verurkundung des Kaufpreises habe die richtige notarielle Mitwirkung gefehlt, regelmässig abgeschnitten werden. Es verhält sich insoweit anders als bei einem nicht erfüllten formungültigen Vertrag. Dort bewirkt die bewusste Umgehung der Urkundsperson als solche noch keinen Rechtsmissbrauch, vielmehr ist – wie gesagt – ein arglistiges Verhalten vorausgesetzt (oben 4/A/b/Ziff. 2). Bei dem hier interessierenden Tatbestand, da der Vertrag beidseitig erfüllt ist, kommt nun jedoch dazu, dass die Parteien durch das Erbringen der Leistung einen Besitzstand geschaffen haben. Diesen aufzugeben, ist ihnen weniger zumutbar, als auf eine noch nicht erbrachte Leistung zu verzichten. Das darf bei Beantwortung der Frage, ob die Parteien die von ihnen erbrachten Leistungen zurückverlangen können bzw. ob die Rückforderung rechtsmissbräuchlich ist, nicht ausser acht gelassen werden<sup>33</sup>.

Als Fazit kann festgehalten werden: Die Parteien eines Grundstückkaufvertrages, der infolge Vereinbarung einer Schwarzzahlung ungültig ist, können in aller Regel die Rückabwicklung des Vertrages nicht verlangen. Das trifft vielmehr nur ganz ausnahmsweise zu.

#### *d) Die Lehre von BÜRENS*

Noch weiter geht von BÜREN<sup>34</sup>. Seines Erachtens erzeugt der formungültige Vertrag zwar keine klagbaren Leistungspflichten, immerhin aber sittliche Pflichten im Sinne von Art. 63 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung kann derjenige, der eine sittliche Pflicht erfüllt, die Leistung nicht zurückfordern, auch dann nicht, wenn er glaubte, er sei zur Leistung rechtlich verpflichtet. Auch

<sup>33</sup> KOLLER (Fn. 14), Nr. 298.

<sup>34</sup> OR AT (Fn. 6), 147.

im Falle irrtümlicher Erfüllung eines formungültigen Grundstückkaufvertrages besteht somit nach VON BÜREN generell kein Rückforderungsanspruch.

Zu demselben Resultat gelangt neuerdings MERZ in seinem Werk «Vertrag und Vertragsschluss»<sup>35</sup>. Im Unterschied zu VON BÜREN nimmt jedoch MERZ keine sittlichen Pflichten, wohl aber andere unvollkommene Obligationen an, deren irrtümliche Erfüllung ebenfalls keine Rückforderungsansprüche begründe.

Die Lehre VON BÜRENS steht und fällt mit der Frage, ob das formwidrige Geschäft tatsächlich sittliche Pflichten erzeugt. Für VON BÜREN steht dies «ausser Zweifel»<sup>36</sup>. Mit dieser Ansicht steht er jedoch allein da. M. E. zu Recht<sup>37</sup>. Ein formungültiger Vertrag erzeugt keine Pflichten, auch keine sittlichen. Auch erzeugt er – entgegen MERZ – keine sonstige unvollkommene Obligation<sup>38</sup>.

Es bleibt somit dabei, dass dann, wenn die Parteien eines formungültigen Vertrages diesen irrtümlich erfüllt haben, die erbrachten Leistungen zurückgefordert werden können. Ausgeschlossen ist die Rückforderung nur bei Rechtsmissbrauch, wobei der Rechtsmissbrauch dann, wenn die Formungültigkeit auf der Vereinbarung einer Schwarzzahlung beruht, als Regel zu vermuten ist.

### C. 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:

<sup>35</sup> MERZ, *Vertrag und Vertragsschluss*, Zürich 1988, Nr. 438 ff.

<sup>36</sup> *Wie Fn. 34.*

<sup>37</sup> *Begründung bei KOLLER (Fn. 14), Nr. 260.*

<sup>38</sup> *Vgl. KOLLER (Fn. 14), Nr. 261 ff.*



### a) Erfüllungsanspruch?

Ein Erfüllungsanspruch besteht grundsätzlich nicht bzw. nur dann, wenn die Erfüllungsverweigerung der Gegenpartei rechtsmissbräuchlich ist. Ein Rechtsmissbrauch wird selten zu bejahen sein, aber immerhin häufiger als im Fall, da 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. Wenn also beispielsweise der Käufer das Kaufgrundstück bereits erhalten und genutzt hat, so ist die Verweigerung der Kaufpreiszahlung eher rechtsmissbräuchlich, als wenn der Kauf noch gänzlich unerfüllt ist, mit andern Worten auch der Verkäufer noch nicht erfüllt hat.

### b) Rückforderungsanspruch?

Kann die Partei, welche erfüllt hat, ihre Leistung zurückfordern? In dieser Hinsicht kommt es massgeblich auf die Erfüllungsbereitschaft der Gegenpartei an:

– *Bei fehlender Erfüllungsbereitschaft der Gegenpartei* kann die Leistung zurückgefordert werden<sup>39</sup>. Denn sie wurde ja nicht voraussetzungslos erbracht. Vielmehr war sie «Erwartungszuwendung», sie erfolgte um der Gegenleistung willen. Bleibt diese aus, wird der erbrachten Leistung die Grundlage entzogen. Wenn also beispielsweise der Käufer das Grundstück bezahlt, bevor ihm dieses übertragen wird, so kann er den Preis zurückfordern, wenn der Verkäufer zur Übertragung des Grundstücks nicht bereit ist.

<sup>39</sup> VON BÜREN, *OR AT (Fn. 6)*, 148; BECKER, *N. 9 zu Art. 11 OR*; BUCHER EUGEN, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich 1979, S. 147 (in der zweiten Auflage des «BUCHER» aus dem Jahre 1988 findet sich keine entsprechende Belegstelle mehr).

Die Rückleistung kann auch dann verlangt werden, wenn (ausnahmsweise: oben C/a) auf Erbringung der Gegenleistung geklagt werden könnte. Denn der Partei, welche ihre Leistung erbracht hat, darf nicht zugemutet werden, auf Erbringung der Gegenleistung zu klagen. Vielmehr kann sie die Erfüllungsverweigerung mit der Rückforderung der eigenen Leistung quittieren. Es gilt somit generell, dass jene Partei, die erfüllt hat, ihre Leistung zurückverlangen kann, wenn die Gegenpartei nicht erfüllungsbereit ist<sup>40</sup>.

– *Ist die Erfüllungsbereitschaft hingegen gegeben*, so gelten mutatis mutandis die Grundsätze, die für den Fall beidseitiger Erfüllung entwickelt wurden (oben 4/B/b und c). Das heisst: Die Partei, die erfüllt hat, kann ihre Leistung nicht zurückfordern, wenn sie im Bewusstsein der Formungültigkeit erfüllt hatte. Fehlte dieses Bewusstsein, so besteht der Rückforderungsanspruch – Rechtsmissbrauch vorbehalten.

#### D. RECHTSLAGE, NACHDEM EINE PARTEI VOLLSTÄNDIG, DIE ANDERE TEILWEISE ERFÜLLT HAT

Es bleibt schliesslich die Rechtslage zu behandeln, die gilt, wenn die eine Partei vollständig, die andere nur (aber immerhin) teilweise erfüllt hat. Dieser Fall ist mit dem eben behandelten

<sup>40</sup> *Der Rückforderung stehen weder Art. 63 Abs. 1 OR noch das Rechtsmissbrauchsverbot entgegen. Art. 63 Abs. 1 OR findet freilich nach seinem Wortlaut Anwendung, falls die Leistung in Kenntnis der Formungültigkeit des Vertrages erfolgte und ein Bereicherungsanspruch in Frage steht. Die Bestimmung ist jedoch einschränkend zu interpretieren. Sie greift nicht Platz, wenn der Zweck, der mit der nicht geschuldeten Leistung erreicht werden soll (vorliegend der Erhalt der Gegenleistung), nicht erreicht wird (KOLLER [Fn. 14], Nr. 282 f.). 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.*

eng verwandt. Vorab stellt sich die Frage, ob die Partei, die vollständig erfüllt hat, von der Gegenpartei die Resterfüllung verlangen kann (dazu a). Sodann fragt sich, ob die Parteien die erbrachten Leistungen zurückverlangen können (dazu b).

#### a) Erfüllungsanspruch?

Das Bundesgericht verneint die Frage dem Grundsatz nach. Eine Ausnahme macht es für den Fall, dass der Vertrag «annähernd oder zur Hauptsache» erfüllt, und die Weigerung, die restliche Erfüllung vorzunehmen, rechtsmissbräuchlich ist (BGE 112 II 112<sup>41</sup>, 104 II 104 f., E. 3 d<sup>42</sup>). In der Frage der annähernden Erfüllung soll es dabei auf den wirklich gewollten und nicht auf den verurkundeten Vertrag ankommen (BGE 112 II 112, 104 II 104). Bei Vereinbarung einer Schwarzzahlung kommt es also darauf an, ob der dissimulierte Vertrag mit der wirklichen Kaufpreisabrede zur Hauptsache erfüllt ist, und nicht, ob dies mit Bezug auf den simulierten Vertrag zutrifft.

M.E. kann dieser Ansicht nicht vollumfänglich zugestimmt werden: Ob ein Anspruch auf Resterfüllung besteht, hängt einzig davon ab, ob die Erfüllungsweigerung rechtsmissbräuchlich ist. Im Mass der Erfüllung ist kein zusätzliches Kriterium zu sehen. Ein Anspruch auf Resterfüllung kann also auch dann bestehen, wenn vernünftigerweise nicht davon die Rede sein kann, dass «in der Hauptsache» bzw. «annähernd» erfüllt ist<sup>43</sup>. Dem Mass der Erfüllung kommt nur (aber immerhin) Bedeutung zu bei Beantwortung der Frage, ob die Weigerung, die Resterfüllung vorzunehmen, rechtsmissbräuchlich ist oder nicht: Je weiter die Erfüllung fortgeschritten ist, um so eher ist ein Rechtsmissbrauch

<sup>41</sup> Zu dieser Entscheid vgl. KOLLER, BR 1987 70.

<sup>42</sup> Hier ist von «der Erfüllung des Vertrages im wesentlichen oder in der Hauptsache» die Rede. In der gleichen Erwägung spricht das Bundesgericht vom «oberen Grenzbereich der annähernden oder hauptsächlichen Erfüllung».

<sup>43</sup> Ja, Erfüllungsansprüche können m. E. – wie bereits früher gesagt – sogar dann bestehen, wenn noch überhaupt nicht erfüllt wurde (4/A/b).

zu bejahen. Das erklärt sich aus dem früher geäußerten Gedanken, dass durch die Erfüllung ein Besitzstand geschaffen wird, den aufzugeben einer Partei je weniger zuzumuten ist, je weiter die Erfüllung vorangeschritten ist (oben 4/B/c).

### b) Rückforderungsansprüche?

Unter diesem Titel stellen sich zwei Fragen: 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 zum vornherein nur gegen Rückgabe der vom Gegner erhaltenen Leistung verlangt werden kann. Allfällige Rückgabeansprüche sind somit als Ansprüche auf Vertragsrückabwicklung zu verstehen.

#### aa) Anspruch auf Rückgabe der vollständig erbrachten Leistung?

1. Diese Frage kann nicht einheitlich beantwortet werden. Es kommt darauf an, ob die Partei, die nur teilweise erfüllt hat, bereit ist, die Resterfüllung vorzunehmen oder nicht<sup>44</sup>:

– Ist diese Bereitschaft gegeben, so gilt das, was oben zur Rechtslage nach beidseitiger Erfüllung gesagt wurde (oben 4/B/b und c), entsprechend. Irrtumsfreie Erfüllung schliesst also die Rückforderung aus. Im Falle irrtümlicher Erfüllung ist zwar dem theoretischen Grundsatz nach eine Rückforderung möglich, praktisch aber immer ausgeschlossen.

– Ist die Partei, die bloss teilweise erfüllt hat, nicht bereit, die Resterfüllung vorzunehmen, so hat sie die empfangene Gegenleistung zurückzugeben. Denn der Partei, die vollständig erfüllt hat, ist es nicht zumutbar, ihre Leistung beim Gegner zu belas-

<sup>44</sup> Vgl. zum Folgenden KOLLER (Fn. 14), Nr. 314 ff.; die dortigen Ausführungen beziehen sich allerdings auf die Formungültigkeit im allgemeinen, nicht speziell auf die Ungültigkeit infolge Vereinbarung einer Schwarzzahlung.

sen. Und zwar auch dann nicht, wenn sie an sich auf Resterfüllung klagen könnte (vgl. oben 4/C/b zum Fall einseitiger Erfüllung). So kann beispielsweise der Verkäufer, der dem Käufer Besitz und Eigentum am Grundstück verschafft, aber nur einen Teil des Kaufpreises erhalten hat, das Grundstück zurückverlangen, falls sich der Käufer – zu Recht oder zu Unrecht – weigert, den restlichen Kaufpreis zu bezahlen.

2. Nach dem Gesagten kann die Partei, die ihre Leistung vollständig erbracht hat, in gewissen Fällen die Resterfüllung verlangen. In jedem Fall aber kann sie ihre Leistung zurückfordern, falls die Gegenpartei die Resterfüllung nicht freiwillig vornimmt. Das Bundesgericht ist allerdings in BGE 104 II 107 zu einem andern Resultat gelangt, in einem Fall, da der formungültige Grundstückkaufvertrag bis auf die Schwarzzahlung erfüllt war:

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. Der Verkäufer, der seinerseits erfüllt hatte, erhob hierauf Klage, mit dem Begehren, der Kaufvertrag sei als ungültig zu erklären und er, der Verkäufer, sei wiederum als Eigentümer im Grundbuch einzutragen. Das Bundesgericht wies dieses Begehren in Bestätigung der vorinstanzlichen Entscheide ab. Es 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. Das Bundesgericht hat also im Ergebnis entschieden, dass der Verkäufer weder das Schwarzgeld einverlangen noch die Rückabwicklung des Vertrags verlangen konnte. Das bedeutet m. E. eine kaum haltbare Privilegierung des Käufers. Dieser hielt am formungültigen Vertrag fest, um sich der Rückabwicklung zu entziehen, und lehnte es gleichzeitig ab, seine aus dem Vertrag resultierende Hauptleistungspflicht vollständig zu erfüllen. Ein widersprüchliches Verhalten, das m. E. keinen Rechtsschutz hätte finden dürfen. In Überein-

stimmung mit der oben angegebenen Rechtslage hätte dem Verkäufer das Recht zugestanden werden müssen, die Grundstücke zurückzuverlangen, da sich der Käufer weigerte, den vollen Preis samt dem Schwarzgeld zu bezahlen. Es hätte ihm – dem Verkäufer – wohl auch das Recht gegeben werden müssen, statt der Grundstücke das Schwarzgeld einzufordern. Denn die Weigerung, das Schwarzgeld zu bezahlen, war m. E. unter den gegebenen Umständen rechtsmissbräuchlich<sup>45</sup>.

#### bb) Anspruch auf Rückgabe der Teilleistung?

Die Partei, die nur teilweise erfüllt hat, kann ihre Leistung jedenfalls dann nicht zurückfordern, wenn sie (ausnahmsweise: oben 4/D/a) zur Resterfüllung verpflichtet ist; Rückforderungsanspruch und Pflicht zur Resterfüllung schliessen sich aus.

Wo umgekehrt die Resterfüllung nicht vorgenommen werden muss, da gilt mutatis mutandis wiederum das, was oben zur Rechtslage nach beidseitiger Erfüllung gesagt wurde. Praktisch bedeutet dies, dass eine Rückforderung regelmässig ausgeschlossen ist<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Vgl. im einzelnen KOLLER (Fn. 14), Nr. 323 ff. BGE 104 II 107 ist in der Lehre auf breite Kritik gestossen: MERZ, ZBJV 1980 1; ders., Vertrag und Vertragschluss (Fn. 35), Nr. 446; GUHL/MERZ/KUMMER, 109; GAUCH/SCHLUEP, Nr. 459; Schmid, Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, Diss. Freiburg 1988, Nr. 756.

<sup>46</sup> Im Normalfall kommt es dann allerdings trotzdem zur Rückabwicklung des Vertrags. Und zwar einfach deshalb, weil die Partei, die vollständig erfüllt hat, jedoch die Gegenleistung nicht vollständig erhält, sich regelmässig nicht mit der Teilleistung zufriedengeben und daher die Rückabwicklung verlangen wird.