

§ 3

Vom Formmangel und seinen Folgen

Der formungültige Grundstückkauf

ALFRED KOLLER

INHALTSVERZEICHNIS	Seite
Literatur	79
I. Grundlagen	82
1. Begriff und Erscheinungsformen des Formmangels	82
2. Abgrenzung von Bundesrecht und kantonalem Recht bei der Bestimmung der Mangelfolgen	84
3. Von der Formungültigkeit als Mangelfolge (Art. 216 OR): die verschiedenen Ungültigkeitstheorien	86
II. Rechtslage vor der Erfüllung	92
1. Überblick	92
2. Erfüllungsanspruch in Rechtsmissbrauchsfällen?	93
A. Rechtsmissbrauchstatbestände	93
B. Erfüllungsanspruch als Rechts(missbrauchs)folge	95
3. Schadenersatzansprüche	99
III. Rechtslage nach beidseitiger (gänzlicher) Erfüllung	100
1. Überblick	100
2. Die Rechtslage im Falle (freiwilliger) irrtumsfreier Erfüllung .	103
A. Die «Rechtsmissbrauchstheorie» des Bundesgerichts.	103

B. Stellungnahme: genereller Ausschluss der Rückabwicklung (Art. 63 Abs. 1 OR)	105
3. Die Rechtslage im Falle irrtümlicher Leistung	107
A. Die Auffassung des Bundesgerichts	107
B. Stellungnahme	109
IV. Rechtslage nach einseitiger Erfüllung	111
1. Erfüllungsanspruch?	111
2. Rückforderungsanspruch?	112
V. Rechtslage, nachdem eine Partei vollständig, die andere teilweise erfüllt hat	113
1. Anspruch auf Resterfüllung?	113
2. Rückgabeansprüche?	116
A. Anspruch auf Rückgabe der vollständig erbrachten Leistung?	116
B. Anspruch auf Rückgabe der Teilleistung?	117
3. Sonderfall: Grundstückkauf mit Schwarzzahlung	117
VI. Rechtslage nach beidseitiger teilweiser Erfüllung	120
VII. Einzelfragen	120
1. Umfang der Formungültigkeit	120
A. Ungültigkeit aller formbedürftigen Vertragsteile	121
B. Auswirkung des Formmangels auf nicht formbedürftige Vertragsteile	121
C. Zulässigkeit von Ersatzregeln	122
2. Berücksichtigung des Formmangels von Amtes wegen?	124
3. Berufung Dritter auf Formmängel?	127
4. Formungültiger Grundstückkaufvertrag als Vorkaufsfall?	129

LITERATUR

Die gängigen schweizerischen Kommentarwerke (Zürcher Kommentar, Berner Kommentar, Basler Kurzkommentar) werden im Folgenden nicht aufgeführt. Dasselbe gilt für Beiträge im «Schweizerischen Privatrecht» (SPR), deutschsprachige Ausgabe. – Zitierweise: Die Autoren werden nur mit dem Verfassernamen, nötigenfalls mit einem präzisierenden Zusatz zitiert. – Hinweise auf weiterführende Spezialliteratur finden sich in den Fussnoten.

- BATTES ROBERT, Erfüllungsansprüche trotz beiderseits bewussten Formmangels, JZ 1969, S. 683 ff.
- BÉGUELIN EDOUARD, Vertrag (Form) I, Allgemeines, SJK Karte 197.
- BERNARD KARL-HEINZ, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, Diss. Frankfurt a.M. 1979.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993 (zit. BRÜCKNER, Beurkundungsrecht).
- Der Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, ZBGR 1994, S. 1 ff. (zit. BRÜCKNER, ZBGR 1994).
- BRUNNER MAX, Der Grundstückkauf, 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, Aktionendenken).
- Der Rechtsmissbrauch bei Formvorschriften, ZBGR 1975, S. 65 ff. (zit. BUCHER, Rechtsmissbrauch).
- Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. A. Zürich 1988.
- 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).
- BÜRGISSER WERNER, Der Grundstückkauf nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1924.
- COMMENT ALBERT, Grundstückkauf II, Formvorschriften, SJK Karte 225.
- DES GOUTTES RENÉ, Système des Nullités en Droit suisse, ZSR 1929, S. 348 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 5^e Semaine Juridique turco-suisse, Istanbul 1976, S. 299 ff.
- FURRER FRANK, Heilung des Formmangels im Vertrag, Diss. Zürich 1992.
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bde., 7. A. bearbeitet von JÖRG SCHMID (Bd. I) und HEINZ REY (Bd. II), Zürich 1998 (zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY).
- GERNHUBER JOACHIM, Formnichtigkeit und Treu und Glauben, Festschrift 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).

- HÄSEMAYER LUDWIG, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, Objektive Ordnung und privatautonome Selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft, Frankfurt a.M. 1971.
- HEISS HELMUT, Formmängel und ihre Sanktionen, Eine privatrechtsvergleichende Untersuchung, Tübingen 1999.
- HELDRIICH KARL, Die Form des Vertrages, AcP 1941, S. 89 ff.
- 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.
- HOFFMANN BERND, Das Recht des Grundstückskaufs, Tübingen 1982.
- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 5. A. Bern 1999 (zit. HONSELL, OR BT).
- IBERG GOTTLIEB, Formmangel beim Grundstückskauf, ZBJV 1974, S. 330 ff.
- KANETI SELIM, La forme du contrat de vente d'immeuble en droit civil turc, in: Travaux de la 5^e 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, Grundstückskauf mit Schwarzzahlung, ZBJV 1990, S. 121 ff. (zit. KOLLER, ZBJV 1990).
- Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, Bern 1996 (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 Grundstückskaufes wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises? SJZ 1924, S. 269 ff.
- LORENZ WERNER, Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge, AcP 1975, S. 381 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 5^e Semaine Juridique turco-suisse, Istanbul 1976, S. 143 ff.
- PAOLETTO BRUNO, Die Falschbeurkundung beim Grundstückskauf, Diss. Zürich 1973.
- PIOTET DENIS, La notion fédérale de l'acte authentique, in: Mélanges J.M. Grossen, Neuenburg etc. 1992, S. 19 ff.
- REICHEL HANS, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 BGB), AcP 1909, S. 1 ff.
- REINICKÉ DIETRICH, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969.

- 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.
- 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).
- 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 5^e Semaine Juridique turco-suisse, Istanbul 1976, S. 207 ff.
- SCHWENZER INGEBOURG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A. Bern 2000.
- 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.
- SPIRO KARL, Die Bedeutung der Beurkundung für den Grundstückkauf, in: Travaux de la 5^e 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, Replik).
- TANDOGAN HALUK, La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Diss. Genf 1952.
- TERCIER PIERRE, Les contrats spéciaux, 2. A. Zürich 1995.
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. A. Zürich 1979.
- VON TUHR ANDREAS/ESCHER ARNOLD, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. A. Zürich 1974.
- VOLKEN ALFONS, Zum Problem des «formnichtigen» Rechtsgeschäftes, ZWR 1981, S. 461 ff.
- WAGNER HERBERT, Zum Schutzzweck des Beurkundungszwangs gemäss § 313 BGB, AcP 1972, S. 452 ff.
- WACKE ANDREAS, Der Schutzzweck des Beurkundungszwanges bei Grundstückskaufverträgen, JZ 1971, S. 684 f.
- WESTERHOFF RUDOLF, Wie begründen wir Formnichtigkeit?, AcP 1984, S. 341 ff.
- WIEGAND WOLFGANG, Formungültigkeit und Vertrauenshaftung, Bemerkungen zu einem bemerkenswerten Urteil des Bundesgerichts, recht 1999, S. 225 ff.
- 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, 1. Halbband, S. 261 ff.

- 1 Der nachstehende 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» (SCHMIDLEN, ZSR 1990, S. 224). Das rechtfertigt eine relativ eingehende Behandlung der Problematik.

I. 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 ff.). Oder er wurde zwar beurkundet, jedoch *unvollständig oder ungenau*: Eine öffentliche Beurkundung wurde vorgenommen, die Urkunde enthält jedoch nicht alle erforderlichen Angaben (z.B. fehlt der Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis, BGE 112 II 332) 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 ff.).
- 4 – **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 ff.).

¹ Vgl. SCHMID, Nr. 600 ff.

² Das Verfahren der öffentlichen Beurkundung richtet sich unter Vorbehalt bundesrechtlicher Minimalvorschriften nach kantonalem Recht (§ 2 Nr. 25); vgl. BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 2; SCHMID, ZBGR 1993, S. 2 f.; CIGER, BerKomm, N 15 f. und 223 zu Art. 216 OR.

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 Nr. 8 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.

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 100).

Seltener sind den Parteien unbewusste Inhaltsmängel. Doch kommen auch solche 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 ff.). Oder die Parteien bringen in voller Kenntnis des Beurkundungszwanges den beiderseits gewollten Vertragsinhalt irrtümlicherweise falsch zum Ausdruck; z.B. bezeichnen sie dem Urkundsbeamten gegenüber das Grundstück A statt das Grundstück B als Kaufgegenstand, sodass dieses statt jenes als Kaufgegenstand verurkundet wird⁴. Schliesslich ist denkbar, dass dem Urkundsbeamten bei der Verurkundung des richtig geäusserten Parteiwillens ein

³ Z.B. SCHMID, Nr. 607.

⁴ Die Konsequenzen einer solchen *falsa demonstratio* bei formbedürftigen Rechtsgeschäften sind umstritten (SCHMID, Nr. 861 ff.; HONSELL, OR BT, S. 156). M.E. gelten die allgemeinen Regeln über Formmängel. Der Vertrag ist demnach ungültig (Art. 216 OR, unten Nr. 16 ff.). «Einfach die Urkunde zu berichtigen», wie LEEMANN, BerKomm, N 41 zu Art. 657 ZGB, annimmt, geht m.E. nicht an. Vielmehr muss ein neuer formgerechter Vertrag geschlossen werden, wenn der Vertragswille durchgesetzt werden soll (im Ergebnis ebenso SCHMID, Nr. 867; anders KRAMER, BerKomm, N 98 zu Art. 18 OR; nicht eindeutig Obergericht des Kantons Aargau, SJZ 1955, S. 93 f. E. 3 und 4).

Versehen unterläuft und die Parteien dies vor Beendigung des Beurkundungsvorganges nicht mehr feststellen.

2. Abgrenzung von Bundesrecht und kantonalem Recht bei der Bestimmung der Mangelfolgen

- 8 1. Nach Art. 216 OR sind nicht oder nicht richtig verurkundete Grundstückkaufverträge ungültig. Das ist dem Grundsatz nach unbestritten und angesichts des klaren Gesetzeswortlauts auch kaum ernstlich bestreitbar⁵. Fraglich ist hingegen die Rolle, welche neben dieser bundesrechtlichen Anordnung dem kantonalen Beurkundungsverfahren zukommt, dies jedenfalls in Bezug auf Verfahrensmängel (hinsichtlich der Inhaltsmängel siehe Nr. 12):
- 9 – Das *Bundesgericht* hat in BGE 106 II 151 f. unter Berufung auf seine frühere Rechtsprechung⁶ festgestellt, soweit das kantonale Recht die Einzelheiten der öffentlichen Beurkundung regle, bestimme es auch darüber, «ob es sich um Gültigkeits- oder blosse Ordnungsvorschriften handelt». Und weiter: Das kantonale Recht sei «massgebend nicht nur für den Entscheid darüber, ob der Verstoss gegen eine Formvorschrift den Vertrag ungültig mache, sondern auch für die Frage, ob es sich um absolute oder relative Wirkungen der Ungültigkeit handle».
- 10 – Die erste dieser beiden Aussagen entspricht der einhelligen *Lehre*. Eine wachsende Anzahl Autoren lehnt hingegen die zweite Aussage ab: Zwar könnten die Kantone darüber bestimmen, ob der Verstoss gegen eine Beurkundungsregel Ungültigkeit der Beurkundung zur Folge habe oder nicht; ob es sich um eine absolute oder eine relative, d.h. von den Parteien geltend zu machende Ungültigkeit handle, sei jedoch nicht eine in die kantonale Kompetenz fallende Frage. Daher könnten die Kantone insbesondere nicht vorsehen, ein Beurkundungsmangel habe lediglich Anfechtbarkeit zur Folge. So neustens 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 beurkun-

⁵ Einzelne sind allerdings der Meinung, zwar lasse der mit einem Formmangel behaftete Vertrag keine Verbindlichkeiten entstehen, wohl aber gebe er, einmal erfüllt, einen genügenden Grund für das Behalten der empfangenen Leistungen ab. Der Vertrag soll also nur beschränkt ungültig bzw. soll er – positiv ausgedrückt – beschränkt gültig sein. S. zu dieser Ansicht unten Nr. 22 ff.

⁶ BGE 84 II 641, 39 II 611 f. Dieser zweite Entscheid stützt jedoch die in BGE 106 II 151 f. vertretene Ansicht nicht (Nr. 11 a.E.).

det ist, oder ob dies nicht der Fall ist»⁷. Im gleichen Sinne schon früher OSER/SCHÖNENBERGER⁸, SCHÖNENBERGER/JÄGGI⁹ und SCHMID^{10, 11}.

Wenn nach Art. 55 SchlT ZGB «die Kantone bestimmen, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird», so ist damit mittelbar auch gesagt, dass die Kantone darüber befinden können, ob die Verletzung einer Beurkundungsvorschrift die Ungültigkeit der Beurkundung zur Folge hat oder nicht. Es scheint daher nahe zu liegen, dass sie auch darüber befinden können, ob die Ungültigkeit in einem speziellen (Anfechtungs-)Verfahren geltend gemacht werden muss oder nicht. Einzelne Kantone haben denn auch eine entsprechende Kompetenz für sich in Anspruch genommen, so etwa Zug (§ 9 des Gesetzes über die öffentliche Beurkundung und die Beglaubigung in Zivilsachen) und Basel-Stadt (§ 233 Abs. 3 des EG zum ZGB)¹². Solche Vorschriften schaffen jedoch einen unerwünschten Schwebezustand, der aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtspraktikabilität von Bundesrechts wegen nicht hingenommen werden kann. Zwar fehlt eine einschlägige ausdrückliche Bestimmung. So wie jedoch anerkannt ist, dass das kantonale Beurkundungsverfahren ungeschriebenen bundesrechtlichen Minimalanforderungen zu genügen hat, so muss auch anerkannt werden, dass es ungeschriebenem Bundesrecht widerspricht, es den Parteien anheim zu stellen, ob sie einen Beurkundungsmangel geltend machen wollen oder nicht. Die hier vorgetragene Auffassung scheint im Übrigen früher – im Ergebnis – auch diejenige des Bundesgerichts gewesen zu sein (BGE 39 II 612¹³).

Das Gesagte gilt für Verfahrensmängel (Nr. 4). Die Folgen von Inhaltsmängeln beurteilen sich zum Vornherein ausschliesslich nach Art. 216 OR, da Art. 55 SchlT ZGB hier keine Rolle spielt und auch sonst keine Bestimmung ersichtlich ist, welche den Kantonen eine Regelungskompetenz verleihen würde. Wird also der Kaufvertrag (Parteiwille) nicht, unvollständig oder ungenau verurkundet, ist er formungültig im Sinne von Art. 216 OR¹⁴.

⁷ BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 3.

⁸ ZürKomm, N 13 zu Art. 216 OR; ferner LIVER, ZBJV 1982, S. 117 unten.

⁹ ZürKomm, N 102 zu Art. 11 OR.

¹⁰ SCHMID, Nr. 134.

¹¹ Anders namentlich die Kommentatoren von Art. 657 ZGB: am deutlichsten HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZürKomm, N 33, die unter Hinweis auf das baselstädtische Beurkundungsrecht ausdrücklich die vom Bundesgericht vertretene Meinung vortragen; sodann MEIER-HAYOZ, BerKomm, N 129, und LEE-MANN, BerKomm, N 36. Ebenfalls im Sinne der bundesgerichtlichen Auffassung ZBGR 1926, S. 177 unten/178 (Kantonsgericht St. Gallen), und neuerdings PIOTET, S. 26 f., der eine Anfechtung analog Art. 520 ZGB befürwortet (kritisch dazu BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 3 Anm. 5).

¹² Weitere Nachweise bei BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 3 Anm. 5.

¹³ Dieser Entscheid wird freilich in BGE 106 II 151 ebenfalls für die dort vertretene Auffassung angeführt.

¹⁴ Die Formungültigkeit erstreckt sich allerdings nicht notwendig auf den gesamten Vertragsinhalt. Nr. 121.

- 13 **2.** 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 blossen Ordnungsvorschrift anzunehmen^{15, 16}, «denn Formvorschriften sind, als künstliche Beschränkungen des Rechtsverkehrs, einengend auszulegen»¹⁷. Aus Art. 11 Abs. 2 OR folgt nichts anderes. Die Bestimmung betrifft den Fall, da eine *bundesrechtliche* Formvorschrift über «Bedeutung und Wirkung» der Form nichts bestimmt; alsdann ist die Beobachtung der Form für die Gültigkeit des Vertrages vorausgesetzt¹⁸. 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 massgeblich¹⁹.

3. Von der Formungültigkeit als Mangelfolge (Art. 216 OR): die verschiedenen Ungültigkeitstheorien

- 14 Nachstehend sind die Folgen eines Formmangels darzustellen, insoweit es sich um Formmängel (Inhalts- und Verfahrensmängel) handelt, die Ungültigkeit des Vertrages nach Art. 216 OR zur Folge haben. Sonstige Beurkundungsmängel bleiben ausser Betracht; es interessiert also im Folgenden nicht, welche Konsequenzen der Verstoss gegen eine Ordnungsvorschrift des kantonalen Beurkundungsrechts hat. Des Weiteren wird unterstellt, dass der Formmangel den ganzen Vertrag betrifft (zur Rechtslage, wenn nur Teile davon betroffen sind, siehe unten Nr. 119 ff.).
- 15 Was unter Formungültigkeit i.S.v. Art. 216 OR zu verstehen ist, ist umstritten. Es besteht eine Vielzahl unterschiedlicher Ansichten, welche sich jedoch zum grössten Teil auf zwei Grundtypen reduzieren lassen (zu «Sondertypen» s. Anm. 41):
- 16 **I.** Die verschiedenen **Nichtigkeitstheorien** gehen alle davon aus, «dass die von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen rechtlich schlechthin unwirk-

¹⁵ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZürKomm, N 102 zu Art. 11 OR.

¹⁶ 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.; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZürKomm, N 102 zu Art. 11 OR).

¹⁷ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZürKomm, N 102 zu Art. 11 OR.

¹⁸ Vgl. BGE 108 II 299 f.

¹⁹ Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZürKomm, N 102 zu Art. 11 OR.

sam sind, also für keine Partei irgendeine vertragliche Berechtigung oder Verpflichtung begründen» (BGE 39 II 226)²⁰. 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. Der Rückerstattungsanspruch ist also ein *Rückabwicklungsanspruch* (Einzelheiten in Nr. 52 ff.).

Allerdings schränken die Vertreter der Nichtigkeitstheorien die Nichtigkeitsfolgen in verschiedener Hinsicht ein. Die wichtigsten Einschränkungen sind die folgenden: 17

– Hat eine Partei den Vertrag *in Kenntnis der Formungültigkeit, d.h. irrtumsfrei, erfüllt*, so hat sie vermutungsweise (grundsätzlich) keinen Rückabwicklungsanspruch²¹. 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 (Nr. 63 ff.): 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 Grundstückkauf irrtumsfrei erfüllt hat, die Rückforderung der erbrachten Leistung *generell* (nicht nur vermutungsweise) abgeschnitten, vorausgesetzt, die Gegenleistung wurde ebenfalls erbracht (unten Nr. 66 ff.). 18

Im Falle *irrtümlicher* Erfüllung ist die Rückforderung grundsätzlich zulässig. Ausnahmen ergeben sich aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (unten Nr. 72 ff.). 19

– 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 rechtsmiss- 20

²⁰ KELLER und SCHÖBI nehmen an, der formungültige Vertrag sei «nicht nichtig, sondern nicht vollkommen, mithin nicht zustandegekommen» (KELLER, SJZ 1988, S. 309; KELLER/SCHÖBI, S. 25 unten). In der Sache aber stellen sich die beiden Autoren auf den Boden der Nichtigkeitstheorie.

²¹ Vorbehalten ist der Fall, dass die Leistung unfreiwillig (unter Zwang oder unter dem Druck einer Zwangsvollstreckung) erfolgte (Nr. 59). Diefalls ist die Rückforderung im Allgemeinen zulässig. Nachstehend wird Freiwilligkeit der Leistung unterstellt.

bräuchlich anzusehen ist (Art. 2 Abs. 2 ZGB)²². 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 (Nr. 41).

- 21 **Kontrovers** ist, ob der Richter die Formungültigkeit von Amtes wegen zu beachten hat oder nicht. Die Theorie der *absoluten* Nichtigkeit bejaht dies²³, die Theorie der *relativen* Nichtigkeit²⁴ ist gegenteiliger Ansicht und meint, die Beachtung der Formungültigkeit setze die Erhebung einer entsprechenden Einrede voraus²⁵ (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.
- 22 **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 zurück-

²² Nachweise in Nr. 96 f. und Anm. 110.

²³ Für absolute Nichtigkeit die konstante frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts (z.B. BGE 98 II 316, 106 II 151; weitere Nachweise bei GIGER, BerKomm, N 373 zu Art. 216 OR). In BGE 112 II 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 einem neusten Entscheid ist es zu seiner früheren Rechtsprechung zurückgekehrt, allerdings ohne Diskussion der Frage (nicht amtlich publizierter Entscheid vom 7.1.1999, abgedruckt in ZBGR 1999, S. 387 ff., auszugsweise bzw. sinngemäss wiedergegeben auch bei WIEGAND, S. 225 ff., LEUENBERGER CHRISTOPHE, ZBJV 1999, S. 173, und SCHMID JÖRG, BR 1999, S. 155 Nr. 281). Für absolute Nichtigkeit die ganze ältere Lehre (z.B. OSER/SCHÖNENBERGER, ZÜRKOMM, N 28 zu Art. 11 OR; VON TUHR/PETER, S. 225 und 237 f.; BECKER, BerKomm, N 8 zu Art. 11 OR; PAOLETTO, S. 130 ff.; MÜLLER, S. 25 ff.; SEROZAN, S. 27; DROIN, S. 11 f. und 49) und neuerdings z.B. SCHWENZER, Nr. 31.36; GUHL/KOLLER, § 14 Nr. 29; KOLLER, OR AT, Nr. 750, 767.

²⁴ 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.

²⁵ Z.B. MERZ, Vertrag, Nr. 344 ff.; VOLKEN, S. 472 ff.; MEIER-HAYOZ, BerKomm, N 130 ff. zu Art. 657 ZGB; SCHMID, Nr. 665 i.V.m. Nr. 645; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Nr. 562.

gefordert werden²⁶, jedenfalls dann nicht, wenn auch die Gegenleistung erbracht wurde²⁷. Dabei spielt keine Rolle, ob die Leistung irrtumsfrei (in Kenntnis der Formungültigkeit) oder irrtümlich erfolgte. Uneinigkeit besteht über die Art der unvollkommenen Obligation: VON BÜREN²⁸ nimmt sittliche Pflichten an («Ein Mann, ein Wort»)²⁹, SCHMIDLIN³⁰ Naturalobligationen.

In der Frage, ob die Unklagbarkeit von Amtes wegen oder bloss auf Einrede hin zu beachten ist, spricht sich SCHMIDLIN im ersteren Sinne aus³¹ (insoweit übereinstimmend mit der Theorie der absoluten Nichtigkeit), VON BÜREN in letzterem³² (insoweit übereinstimmend mit der Theorie der relativen Nichtigkeit). SCHMIDLINs Naturalobligationen stehen also den Spiel- und Wettschulden näher als den verjährten Schulden, bei VON BÜRENS sittlichen Pflichten verhält es sich gerade umgekehrt.

VON BÜRENS Auffassung ist ohne ersichtlichen Widerhall geblieben. Demgegenüber hat SCHMIDLIN immerhin MERZ zu überzeugen vermocht³³. Seine Auffassung sei daher noch näher präzisiert. Die fehlende Klagbarkeit kann nach SCHMIDLIN «prinzipiell von jedermann jederzeit angerufen werden»³⁴. 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 vermag³⁵. Der zu ersetzende Schaden soll «genau in der Differenz zwischen der freiwillig erbrachten und der

²⁶ Vorbehalten ist der Fall unfreiwilliger Leistung (SCHMIDLIN, ZSR 1990, S. 239).

²⁷ Im Falle einseitiger Erfüllung kann die erbrachte Leistung zurückgefordert werden, wenn die Gegenpartei ihrerseits nicht leistungsbereit ist.

²⁸ VON BÜREN, OR AT, S. 147.

²⁹ 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, Nr. 51).

³⁰ SCHMIDLIN, ZSR 1990, S. 223 ff. Im Ansatzpunkt gleich schon seine Ausführungen im BerKomm (N 40 ff. zu Art. 11 OR), allerdings mit anderen Schlussfolgerungen für den Grundstückskauf (vgl. die Vorauffage, Nr. 218-221).

³¹ SCHMIDLIN, ZSR 1990, S. 240.

³² VON BÜREN, OR AT, S. 145.

³³ MERZ, Vertrag, Nr. 438 ff.; anders noch im BerKomm, N 510 zu Art. 2 ZGB. HONSELL, OR BT, S. 158, hält eine «Ungültigkeit im Sinne der Naturalobligationen» für «erwägenswert».

³⁴ SCHMIDLIN, BerKomm, N 38 und 110 zu Art. 11 OR.

³⁵ SCHMIDLIN, ZSR 1990, S. 245 ff.

noch ausstehenden Restleistung» bestehen³⁶. Geschuldet ist also das Erfüllungsinteresse. Der Richter könne auch auf Realersatz erkennen (Art. 43 OR). «Daher ist der Schuldner aufgrund seines deliktisch arglistigen Verhaltens auf Erfüllung oder Erfüllungsersatz zu verurteilen.»³⁷ Diese Möglichkeit setze keine Erfüllung in der Hauptsache voraus, denn «als qualifizierender Umstand der Arglist» reiche «schon der Beginn der Erfüllung aus»^{38, 39}.

25 Überblickt man das Gesagte, so unterscheiden sich die Nichtigkeitstheorien von der Theorie der beschränkten Gültigkeit zwar im dogmatischen Ansatzpunkt radikal, im praktischen Ergebnis aber besteht über weite Strecken Einigkeit. Einmal werden Erfüllungsansprüche bei noch nicht erfülltem Vertrag verneint⁴⁰, 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 (Rest-)Erfüllung verlangt werden kann⁴¹.

26 **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 pubblico». An-

³⁶ SCHMIDLIN, ZSR 1990, S. 248.

³⁷ SCHMIDLIN, ZSR 1990, S. 248.

³⁸ SCHMIDLIN, ZSR 1990, S. 247, s. auch S. 258.

³⁹ Neuerdings hat das Bundesgericht – angeregt durch SCHMIDLIN – ebenfalls eine Schadenersatzlösung gewählt, diese jedoch über das Institut der Vertrauenshaftung begründet und im Übrigen offen gelassen, ob parallel zum Schadenersatzanspruch auch ein Erfüllungsanspruch bestand (nicht amtlich publizierter Entscheid vom 7.1.1999, ZBGR 1999, S. 387 ff.).

⁴⁰ Dabei ist aber zu beachten, dass die Auffassungen darüber, wann ein formungültiger Vertrag vorliegt, wesentlich auseinander gehen, 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 (§ 2 Nr. 87). Dementsprechend bejaht VON BÜREN bei unrichtiger Preisverurkundung Erfüllungsansprüche, die herrschende Auffassung lehnt solche ab. Eigenständige Theorien haben auch GUGGENHEIM UND SPIRO entwickelt (SCHWENZER, BasKomm, N 23 zu Art. 11 OR); Kritik der Theorie SPIROS bei KOLLER, ZBJV 1990, S. 129 f.

⁴¹ Eine eigenständige Theorie vertritt GIGER (Rechtsfolgen norm- und sittenwidriger Verträge, Zürich 1989, S. 94 ff., 110 ff.; ders., BerKomm, 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» (BerKomm, 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, S. 232 f.).

ders 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 GIGER⁴² 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 OR⁴³); 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»⁴⁴ oder die Pflicht eines Schwängerers, auch ohne gerichtlich begründete Verpflichtung Unterhaltsbeiträge an das aussereheliche Kind zu leisten⁴⁵ (s. auch Nr. 262 ff. der Voraufgabe).

Die Formungültigkeit i.S.v. Art. 216 OR ist somit als gänzliche Ungültigkeit zu verstehen – man mag von Nichtigkeit sprechen⁴⁶. Um Details hat sich allerdings der Gesetzgeber nicht gekümmert. Daher stellen sich in verschiedenen Punkten Auslegungsfragen, welche durch die grundsätzliche Entscheidung für die Ungültigkeit des Vertrags nicht präjudiziert sind. 27

4. Weiteres Vorgehen. Die verschiedenen Auffassungen über die Formungültigkeit i.S.v. Art. 216 OR messen – wie gesehen – alle dem Umstand, ob bereits 28

⁴² GIGER, BerKomm, N 357 ff. zu Art. 216 OR.

⁴³ Vgl. auch den früheren, Ende 1999 ausser Kraft getretenen Art. 416 OR.

⁴⁴ VON TUHR/PETER, S. 34. VON TUHR/PETER beziehen sich auf die bis 31.12.1999 in Kraft gewesene Fassung von Art. 328 ZGB.

⁴⁵ VON TUHR/PETER, S. 35.

⁴⁶ S. nebst den oben in Anm. 23 zitierten Entscheiden BGE 116 II 702 m.w.Nw.

erfüllt wurde oder nicht, erhebliche Bedeutung bei. Dem passt sich der weitere Gang der Untersuchung an:

- 29 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 schliesslich VI. von der Rechtslage bei beidseitiger teilweiser Erfüllung.

II. Rechtslage vor der Erfüllung

1. Überblick

- 30 **1. Die grundsätzliche Rechtslage.** Der formungültige Vertrag erzeugt – nach der hier für richtig befundenen Nichtigkeitstheorie – keinerlei rechtsgeschäftliche Wirkungen⁴⁷. 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.
- 31 «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 ...»⁴⁸ Das versteht sich nach dem Gesagten ohne weiteres. Wären nämlich die Parteien gezwungen, die Form nachzuholen, würde der formungültige Vertrag mittelbar Erfüllungsansprüche verschaffen, was gerade ausgeschlossen sein soll.
- 32 Auch vertragliche *Nebenverpflichtungen* entstehen nicht. Daher stehen z.B. dem Käufer keine Gewährleistungsansprüche nach Art. 197 ff. OR zu. Ebenso wenig kann Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden. Denn derjenige, der sich auf die Unverbindlichkeit des Vertrages beruft und sich so dem Vollzug widersetzt, begeht keine Vertragsverletzung (BGE 58 II 366, 68 II 236, 90 II 33, vgl. ferner 95 II 42 f. und 84 II 636 ff.)⁴⁹. Im Allgemeinen fällt ihm auch keine culpa in contrahendo zur Last, und noch viel weniger begeht er ein Delikt. Ausserver-

⁴⁷ Statt vieler BECKER, *BerKomm*, N 9 und 14 zu Art. 11 OR; SCHÖNENBERGER/JÄGGI, *ZürKomm*, N 78 ff. zu Art. 11 OR; BAUMANN, *ZürKomm*, N 276 zu Art. 2 ZGB.

⁴⁸ HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, *ZürKomm*, N 36 zu Art. 657 ZGB; ebenso BGE 49 II 64, 50 II 253.

⁴⁹ Aus der Lehre vgl. z.B. MEIER-HAYOZ, *BerKomm*, N 136 zu Art. 657 ZGB; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Nr. 547a.

tragliche Haftungsfolgen scheiden daher im Normalfall ebenfalls aus. Zum Schicksal einer Konventionalstrafenverabredung s. unten Nr. 125.

2. In Ausnahmefällen kann es bei der umschriebenen Rechtslage nicht sein Bewenden haben. Das ist unbestritten. Nicht endgültig geklärt ist hingegen, welche Fälle als Ausnahmefälle zu betrachten sind und welche Rechtslage gegebenenfalls besteht. In dieser letzteren Hinsicht besteht eine bunte Palette möglicher und in Lehre und Rechtsprechung auch vertretener Lösungsansätze: Im Vordergrund steht die Zuerkennung von Schadenersatzansprüchen, wobei sowohl hinsichtlich Haftungsgrund (Vertrauenshaftung, Art. 41 OR, culpa in contrahendo) als auch Haftungsumfang (positives oder negatives Vertragsinteresse) keine Einigkeit besteht. Z.T. werden auch Erfüllungsansprüche in Erwägung gezogen. 33

Nach der hier vertretenen Ansicht ist vorab zu prüfen, ob ausnahmsweise Erfüllungsansprüche bestehen. Ist dies zu bejahen, treten Schadenersatzansprüche, soweit sie neben dem Erfüllungsanspruch überhaupt Bestand haben können, in den Hintergrund. Sind Erfüllungsansprüche zu verneinen, ist weiter zu prüfen, ob (wenigstens) Schadenersatzansprüche bestehen. 34

2. Erfüllungsanspruch in Rechtsmissbrauchsfällen?

A. Rechtsmissbrauchstatbestände

Nach MERZ⁵⁰ ist Rechtsmissbrauch beim nicht erfüllten Vertrag zum Vornherein ausgeschlossen: «Wenn bejaht würde, dass die Berufung auf den in Kauf genommenen oder absichtlich herbeigeführten Formmangel im noch nicht erfüllten Vertrag rechtsmissbräuchlich sei, müsste Art. 2 ZGB den Erfüllungsanspruch vermitteln. Das ist jedoch ... zu verneinen.»⁵¹ Dem ist entgegenzuhalten, dass jedes Recht missbraucht werden kann, auch das Recht, sich auf Formungültigkeit zu berufen bzw. die Erfüllung wegen Formungültigkeit zu verweigern. Das Bundesgericht hat sich mehrfach in dieser Richtung geäußert, so in BGE 86 II 261/62: «Wer einen Vertrag wegen Formmangels nicht gelten lassen will, missbraucht das Recht nur [aber immerhin!], wenn seine Haltung wegen besonderer Umstände offensichtlich gegen Treu und Glauben verstösst.» Solche besonderen Umstände können namentlich in arglistigem Verhalten «anlässlich der Beurkundung ... oder der vorausgegangenen Verhandlungen» einer Partei

⁵⁰ BerKomm, N 496 zu Art. 2 ZGB.

⁵¹ «Vorbehältlich des Anspruchs auf vollständige Erfüllung des (in der Hauptsache) erfüllten Vertrages», präzisiert MERZ.

liegen (BGE 90 II 27)^{52, 53}. Das Bundesgericht hat Arglist indes noch nie bejaht⁵⁴.

- 36 Hat sich eine Partei weder vor noch bei der Beurkundung arglistig verhalten, fällt ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nach bundesgerichtlicher Auffassung regelmässig ausser Betracht⁵⁵. 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 262)⁵⁶.
- 37 Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. «Auch wenn eine Schutzfunktion oder überhaupt ein sachlicher Sinn der Formvorschrift im Einzelfall nicht zu ersehen ist, muss diese, um nicht generell unwirksam zu sein, angewendet werden.»⁵⁷ 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» darstellen⁵⁸. 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 «be-

⁵² So prüfte das Bundesgericht in BGE 86 II 262, ob die Verkäuferin, die sich dem Vertragsvollzug widersetzte, arglistig dazu Anlass gegeben hatte, dass ein verurkundungsbedürftiger Vertragsbestandteil nicht verurkundet wurde. Vgl. ferner die nicht amtlich publizierte E. 4 von BGE 106 II 146 ff. (ZBGR 1981, S. 54: «Die Beklagten behaupten nicht, B. habe den Formmangel arglistig herbeigeführt.») sowie BGE 54 II 332 («Nichteinhaltung der Form ... in doloser Weise verschuldet»).

⁵³ Zu einem weiteren Fall, wo speziell der Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens eine Rolle spielte, vgl. BGE 75 II 148 und dazu MERZ, BerKomm, N 503 zu Art. 2 ZGB.

⁵⁴ 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) Fall als rechtsmissbräuchlich qualifiziert: BGE 77 II 161 ff. (dazu BUCHER, Rechtsmissbrauch, S. 69; SCHMID, Nr. 706).

⁵⁵ Ausnahmen sind immerhin denkbar. So etwa, wenn eine Partei die andere immer wieder mit dem Versprechen der Vertragserfüllung hingehalten hat.

⁵⁶ Ebenso BGE 90 II 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.»

⁵⁷ BUCHER, Rechtsmissbrauch, S. 70; ebenso DESCHENAUX, SPR II, S. 193; MERZ, Vertrag, Nr. 341; SCHWENZER, BasKomm, N 18 zu Art. II OR.

⁵⁸ LIVER, BerKomm, Allgemeine Einleitung vor Art. 1 ZGB, N 112.

sonderer 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»⁵⁹. 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» (BGE 54 II 331)⁶⁰. Indes vermag nicht jedes illoyale Verhalten den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs zu begründen. Gerade im Bereiche der Formen trifft dies nicht zu. Sonst hätten die Formvorschriften, wie FLUME⁶¹ zutreffend bemerkt, nur noch die Bedeutung unverbindlicher Empfehlungen.

B. Erfüllungsanspruch als Rechts(missbrauchs)folge

Es ist umstritten, ob die rechtsmissbräuchliche Erfüllungsverweigerung einen Erfüllungsanspruch zu begründen vermag oder ob höchstens Schadenersatzansprüche in Betracht fallen. 38

1. Meinungsstand. Die *bundesgerichtliche Rechtsprechung* ist schwankend. In BGE 39 II 226 ff. hat das Bundesgericht die Frage (in einem obiter dictum) offen gelassen, in späteren Entscheiden erweckt es den Eindruck, Erfüllungsansprüche seien ausgeschlossen. Art. 2 Abs. 2 ZGB sei «nur in einem negativen Sinne» anrufbar; die Bestimmung dürfe «nicht zur positiven Handhabe für die Behebung des Formmangels werden, indem man einen wegen Formmangels ungültigen Vertrag über den Umweg des Rechtsmissbrauches doch als verbindlich erklärt» (BGE 68 II 236 f., ferner 72 II 43 und neuerdings 104 II 102 f.). Diese Formel von der bloss negativen Wirkungskraft von Art. 2 Abs. 2 ZGB hat das Bundesgericht in andern Entscheiden aber aufgegeben. So hat es wiederholt erklärt, bei Erfüllung «in der Hauptsache» und rechtsmissbräuchlicher Weigerung einer Vertragspartei, die Resterfüllung vorzunehmen, könne diese über Art. 2 Abs. 2 ZGB erzwungen werden (neustens BGE 116 II 700; Nr. 96). Erfüllungsansprüche sind also nach bundesgerichtlicher Auffassung mit Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht unvereinbar. In einem neusten Entscheid hat nun das Bun- 39

⁵⁹ LARENZ/WOLF, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 8. A. München 1997, S. 527, § 27 Nr. 48.

⁶⁰ MERZ, BerKomm, N 483 zu Art. 2 ZGB.

⁶¹ Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3. A. Berlin/Heidelberg/New York 1979, S. 276.

desgericht an den Rechtsmissbrauch Haftungsfolgen geknüpft und offen gelassen, ob daneben auch ein Erfüllungsanspruch bestehe⁶².

- 40 In der *Lehre* wird die Formel von der negativen Wirkungskraft von Art. 2 Abs. 2 ZGB zum Teil ebenfalls verwendet⁶³. Andere Autoren schliessen hingegen auf diese Bestimmung abgestützte Erfüllungsansprüche nicht aus, so jedenfalls bei Verträgen, die in der Hauptsache erfüllt sind. MERZ (oben Nr. 35) hält es geradezu für selbstverständlich, dass die Handhabung von Art. 2 Abs. 2 ZGB auch bei nicht erfülltem Vertrag zu einem Erfüllungsanspruch führt; da er jedoch diese Rechtsfolge für unangemessen hält, negiert er schlicht die Möglichkeit rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (wiederum Nr. 35).
- 41 **2. Herleitung des Erfüllungsanspruchs.** Ich für meinen Teil halte an der schon in der Voraufgabe vertretenen Ansicht fest, wonach Art. 2 Abs. 2 ZGB Erfüllungsansprüche nicht ausschliesst. Ob der Vertrag bereits zur Hauptsache erfüllt oder noch gänzlich unerfüllt ist, kann entgegen BGE 104 II 104⁶⁴ keine Rolle spielen^{65, 66} und lässt sich jedenfalls vom Wortlaut der Bestimmung her nicht rechtfertigen. 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 ist^{67, 68}. 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:

⁶² Nicht amtlich publizierter Entscheid vom 7.1.1999, ZBGR 1999, S. 387 ff.

⁶³ Z.B. MERZ, BerKomm, N 485 zu Art. 2 ZGB (zur Auffassung von MERZ vgl. auch oben Nr. 35 und unten Anm. 67); CAVIN, SPR VII/1, S. 135; DESCHENAUX, SPR II, S. 193; neuerdings WIEGAND/BRUNNER, S. 5.

⁶⁴ Das Bundesgericht hält fest, dass im «Fall, wo ein formnichtiger Vertrag gänzlich unerfüllt bleibt, die Berufung auf Rechtsmissbrauch nicht Erfolg haben» kann, «weil sonst aus Art. 2 ZGB ein Erfüllungsanspruch vermittelt würde», stellt dann aber in der gleichen Erwägung fest, dass bei Erfüllung in der Hauptsache ein Erfüllungsanspruch – gestützt auf Art. 2 ZGB notabene – besteht.

⁶⁵ 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 Nr. 117] und aus der kantonalen Rechtsprechung ZBGR 1973, S. 234, und 1926, S. 176 ff.).

⁶⁶ Ebenso BAUMANN, ZürKomm, N 277 zu Art. 2 ZGB; a.A. z.B. SCHWENZER, BasKomm, N 22 zu Art. 11 OR.

⁶⁷ So im Ergebnis auch SCHÖNENBERGER/JÄGGI, ZürKomm, N 79 i.V.m. N 96 und 98 zu Art. 11 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Nr. 557; KOLLER, OR AT, Nr. 760; ders., ZBJV 1990, S. 131 f. Neuerdings will MERZ, Vertrag, Nr. 449, beim «Tatbestand der arglistigen Irreführung des Partners» einen Erfüllungsanspruch gewähren (anders noch die im BerKomm vertretene Auffassung, oben Anm. 50); ebenso SCHWENZER, Nr. 31.34.

⁶⁸ Auch mit Bezug auf das deutsche Recht ist anerkannt, dass der formungültige Vertrag unter Umständen (namentlich im Falle von Arglist) zu erfüllen ist: LARENZ/WOLF (zit. in Anm. 59), S. 527, § 27 Nr. 48.

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 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 Bundesgerichtsentscheidungen⁶⁹. Vgl. z.B. BGE 42 54 II 323 ff., 86 II 258 ff., 90 II 21 ff. und 106 II 146 ff. (nicht amtlich publizierte E. 4⁷⁰). Das letzte Urteil betrifft ein im Grundbuch vorgemerktes, noch nicht ausgeübtes Kaufrecht. Der Belastete verlangte klageweise die Löschung des Kaufrechts, die Berechtigten widersetzten sich. Das Bundesgericht stellt vorerst fest, der Kaufrechtsvertrag sei formungültig. Sodann prüft es, ob das klägerische Lösungsbegehren rechtsmissbräuchlich sei, und verneint 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 43 erklärte das Bundesgericht, im Falle eines grundbuchlich noch nicht behandelten formungültigen Grundstückkaufes könnte «angesichts der sachenrechtlichen Formalordnung der Richter selbst im Falle eines Rechtsmissbrauches [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. Dem ist nicht zuzustimmen. 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, § 4 Nr. 25 ff.) erwirken kann. Weiter gehend 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, vgl. § 4 Nr. 39). Diesfalls dient das Urteil (nicht der Vertrag) dem Käufer als Rechtsgrundaussweis für den Grundbucheintrag; er

⁶⁹ Vgl. BUCHER, Rechtsmissbrauch, S. 73 ff.

⁷⁰ Publiziert in ZBGR 1981, S. 54 f.

kann dann den Eintrag auch gegen den Willen des Verkäufers von sich aus (ohne erneute Hilfe des Richters) erwirken, Art. 665 Abs. 2 ZGB (§ 4 Nr. 28). Vgl. auch § 4 Nr. 23 f., 34.

- 44 **3. Rechtsstellung der Parteien im Falle der Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs.** Ist eine Berufung auf die Formungültigkeit unzulässig, so ist es rechtlich zu halten, wie wenn der Vertrag formgültig wäre⁷¹. Das bedeutet insbesondere, dass der Käufer mit dem Eintrag ins Grundbuch «ganz normales Eigentum» erlangt. Causa des Eigentumsübergangs ist der von den Parteien formungültig, aber wegen des Rechtsmissbrauchsverbots für den Verkäufer doch rechtswirksam abgeschlossene Vertrag. Es ist nicht etwa so, dass der Käufer nur formal (im Grundbuch) Eigentümer wird, während die materielle Eigentümerstellung beim Verkäufer verbleibt. Das bedarf deshalb der Hervorhebung, weil das Bundesgericht in verwandtem Zusammenhang schon anders entschieden hat: In BGE 86 II 401 stand ein formungültiger Vertrag zur Debatte, der zwar keine Erfüllungsansprüche verschaffte, den aber die Parteien trotzdem erfüllten, und zwar freiwillig und in Kenntnis der Formungültigkeit. Das Bundesgericht nahm daher an, den Parteien stünden keine Rückabwicklungsansprüche zu. Insbesondere sei dem Verkäufer die Grundbuchberichtigungsklage abgeschnitten. Trotzdem, sagte das Bundesgericht, werde der Käufer «zufolge Formmangels seines Erwerbsaktes materiell nicht Eigentümer». Grundbucheintrag und materielle Rechtslage stimmen also nach dieser Entscheidung nicht überein. Diese Auffassung ist in der Lehre auf beinahe einhellige Kritik gestossen⁷². Sie kann jedenfalls nicht auf den vorliegenden Kontext übertragen werden: Wenn der Käufer schon einen Anspruch auf Besitzübertragung und Grundbucheintragung hat, so kann dies sinnvollerweise nur bedeuten, dass er auch Anspruch auf die umfassende Eigentümerstellung hat. Er soll nun frei darüber befinden können, was er mit dem Grundstück «anfängt», ob er es überbauen, vermieten, veräussern will usw. Das entspricht im Ergebnis auch einem späteren, nicht amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheid i.S. Stocker/In-Albon AG vom 13.10.1986.
- 45 Der Gegenstand dieses BGE bildende Grundstückkaufvertrag war allerdings bereits zur Hauptsache erfüllt, während es vorliegend nur um Grundstückkaufverträge geht, deren Erfüllung noch gänzlich aussteht. Entscheidend aber ist, dass das Bundesgericht in jenem Entscheid einen Anspruch des Käufers auf Grundbucheintragung bejahte und dem eingetragene

⁷¹ Man mag hier von Heilung des Mangels sprechen. Doch muss man sich bewusst sein, dass der Formmangel letztlich bestehen bleibt, die Heilung insofern eine reine Fiktion ist (vgl. KOLLER, OR AT, Nr. 778). Ebenso HONSELL, OR BT, S. 158, der von einer «De-facto-Gültigkeit des erfüllten nichtigen Vertrages» spricht.

⁷² Z.B. CAVIN, SPR VII/1, S. 135; MEIER-HAYOZ, BerKomm, N 133 zu Art. 657 ZGB; SCHWENZER, BasKomm, N 22 zu Art. 11 OR.

nen Käufer die materielle Eigentümerstellung zusprach. Unter sachlichen Gesichtspunkten ist der Entscheid also durchaus einschlägig. Das Bundesgericht führte im Übrigen aus, die Annahme, mit dem Grundbucheintrag gehe auch das Eigentum auf den Käufer über, liege schon dem Entscheid i.S. Stocker/In-Albon AG vom 17.12.1985 zugrunde. (Die beiden Entschiede sind auszugsweise in der ZWR 1986, S. 314 ff., abgedruckt.)

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die rechtsmissbräuchliche Weigerung, einen formungültigen Vertrag zu erfüllen, verschafft der Gegenpartei einen Erfüllungsanspruch. Setzt die Gegenpartei ihren Anspruch durch und erfüllt sie ihrerseits den Vertrag, so erlangen beide Parteien dieselbe Rechtsstellung, wie wenn ein Formmangel nicht bestehen würde. 46

3. Schadenersatzansprüche

1. Schadenersatzansprüche als Rechtsmissbrauchsfolge. Erfüllt der Verkäufer (Käufer) den über Art. 2 Abs. 2 ZGB begründeten Erfüllungsanspruch nicht, so kommt er nach Massgabe von Art. 102 OR in Verzug und haftet im Verschuldensfalle nach Art. 103 OR für den Verspätungsschaden des Käufers (Verkäufers). Ebenso kann er aus Art. 107 Abs. 2 OR oder Art. 97 OR haftbar werden. In allen diesen Fällen ist aber primäre Sanktion des Rechtsmissbrauchs der Erfüllungsanspruch. Der Schadenersatzanspruch ist nur Sekundärfolge. Eine andere Frage ist, ob ein Schadenersatzanspruch auch als primäre Rechtsmissbrauchsfolge – nebst dem Erfüllungsanspruch – in Betracht kommt. M.E. ist dies zu verneinen (Nr. 101; das dort Gesagte gilt hier entsprechend). 47

2. Schadenersatzansprüche in Fällen, in denen die Erfüllungsverweigerung nicht rechtsmissbräuchlich ist. Ist die Erfüllungsverweigerung nicht rechtsmissbräuchlich und scheiden daher Erfüllungsansprüche aus, so kann sie immerhin Schadenersatzansprüche begründen (vgl. die Voraufgabe, Nr. 365 ff. m.w.Nw.). Als Anspruchsgrundlage kommt vorab das Institut der culpa in contrahendo in Betracht⁷³. Wo ein Verschulden «in contrahendo» (bei Vertragsabschluss) fehlt, ist auf das allgemeinere Institut der Vertrauenshaftung⁷⁴ 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 Vordergrund. 48

⁷³ SCHWENZER, BasKommi, N 28 f. zu Art. 11 OR.

⁷⁴ Die culpa in contrahendo ist ein Untertatbestand der Vertrauenshaftung (GÜHL/KOLLER, § 13 Nr. 7).

- 49 Ob eine Erfüllungsverweigerung im Einzelfall mit Erfüllungsansprüchen oder mit Haftungsfolgen zu sanktionieren ist, entscheidet sich nicht nach logischer Notwendigkeit, sondern nach Wertungsgesichtspunkten. Richtig und im Sinne der Formvorschriften dürfte es sein, grundsätzlich höchstens Schadenersatz zu gewähren. «Nur wenn dies zu einem rechtsethisch untragbaren Ergebnis führen sollte, kommt subsidiär die Erfüllungshaftung kraft rechtsethischer Notwendigkeit zur Anwendung.»⁷⁵ Im Übrigen ist aber zu betonen, dass die Erfüllungsverweigerung in aller Regel weder Haftungsfolgen zeitigt noch Erfüllungsansprüche begründet.
- 50 **3.** Ganz anders präsentiert sich die Haftungslage für jene, welche Erfüllungsansprüche als Rechtsmissbrauchsfolge ausschliessen. Für sie kommen zum Vorneherein nur Schadenersatzansprüche in Betracht. Das gilt etwa für SCHMIDLIN, der von der hier vertretenen Ansicht auch insoweit abweicht, als er Schadenersatzansprüche ausschliesslich aus Art. 41 OR ableiten will⁷⁶.

III. Rechtslage nach beidseitiger (gänzlicher) Erfüllung

- 51 Beidseitig erfüllt ist der Vertrag, wenn jene Vermögenslage hergestellt ist, die dem wirklichen, nicht dem allenfalls davon abweichenden verkündeten Parteiwillen 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. Nr. 111 ff.).

1. Überblick

- 52 **1.** Es gilt der **Grundsatz**, dass die Erfüllung die Formungültigkeit nicht heilt. Daraus folgt:
- 53 **a.** Den Leistungen fehlt eine gültige causa, weshalb sie – zeitlich unbeschränkt⁷⁷ – rückforderbar sind. Das bedeutet:
- 54 – *Der Verkäufer ist Eigentümer geblieben.* Er kann daher die Rückübertragung des Besitzes verlangen sowie die Grundbuchberichtigungsklage nach

⁷⁵ CANARIS CLAUS-WILHELM, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, S. 542.

⁷⁶ SCHMIDLIN, ZSR 1990, S. 246 ff. SCHMIDLIN lässt allerdings die anderen im Text erwähnten Anspruchsgrundlagen ungeprüft.

⁷⁷ Vorbehalten bleibt selbstverständlich die Verjährung. Zudem spielt der Zeitfaktor bei Beantwortung der Frage, ob einem Rückabwicklungsbegehren das Rechtsmissbrauchsverbot entgegensteht, eine Rolle (Nr. 80); vgl. auch GÜHL/KOLLER, § 38 Nr. 47.

- Art. 975 ZGB anstellen⁷⁸ (z.B. BGE 106 II 152). 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 39 ff.).
- *Der Käufer kann den Kaufpreis nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen* (BGE 106 II 41). Gegebenenfalls hat er Anspruch auf «Befreiung von den übernommenen Grundpfandschulden» (BGE 87 II 34 E. 5). 55
- b.** Zu den Rückleistungsansprüchen können weitere Ansprüche kommen (Einzelheiten in der Voraufgabe, Nr. 248 ff.). So kann der Käufer gestützt auf Art. 62 OR neben dem Kaufpreis auch den vom Verkäufer gezogenen Zins⁷⁹ herausverlangen (BGE 61 II 20, 80 II 159 und 84 II 186)⁸⁰. Umgekehrt steht dem Verkäufer u.U. ein Anspruch auf Herausgabe der aus dem Grundstück gezogenen Nutzungen zu (Art. 938 ZGB, BGE 84 II 378). 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. 56
- Diese weiteren Rückabwicklungsansprüche sind gesetzlich nicht koordiniert, was zu verschiedenen Unstimmigkeiten führt (vgl. in der Voraufgabe die Nr. 248 f., 251 f.). 57
- 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. KRENGER⁸¹ 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 58

⁷⁸ D.h. er kann verlangen, dass der Eintrag des Käufers gelöscht und wieder er im Grundbuch eingetragen werde.

⁷⁹ Beweispflichtig dafür, dass das Kapital Zinsen abgeworfen hat, ist der Käufer (BGE 106 II 41).

⁸⁰ Aus der kantonalen Rechtsprechung vgl. z.B. ZBJV 1937, S. 72.

⁸¹ KRENGER ANDREAS, Die Grundbuchberichtigungsklage, Diss. Basel 1987, S. 188.

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.

- 59 **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 Einigkeit⁸². Strittig ist hingegen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen freiwillig erbrachte Leistungen zurückgefordert werden können. Die Theorie der beschränkten Gültigkeit schliesst hier jede Rückforderung aus. Weniger weit gehen die Nichtigkeits-theorien. Zwei Hauptströmungen lassen sich erkennen (vgl. schon vorne Nr. 18):
- 60 – 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. Dies trifft vermutungsweise dann zu, wenn die (freiwillige) Leistung irrtumsfrei erbracht wurde. Bei irrtümlicher Leistung bleibt es hingegen beim Grundsatz der Rückforderbarkeit, und es müssen besondere Umstände vorliegen, um im Einzelfall Rechtsmissbrauch annehmen zu können.
- 61 – Nach anderer 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 Übereinstimmung mit dem Bundesgericht).
- 62 Aus den in Nr. 26 erwähnten Gründen wird die Theorie der beschränkten Gültigkeit abgelehnt. Entscheidende Bedeutung kommt damit der Frage zu, ob irrtumsfrei oder irrtümlich erfüllt wurde. Diese beiden Fälle werden nun gesondert untersucht. Dabei wird durchwegs unterstellt, dass die Leistungen freiwillig erbracht wurden.

⁸² Soweit ersichtlich, hatte sich die Praxis noch nie mit Fällen unfreiwilliger Erfüllung zu befassen.

2. Die Rechtslage im Falle (freiwilliger) irrtumsfreier Erfüllung

A. Die «Rechtsmissbrauchstheorie» des Bundesgerichts

1. Nach Auffassung des Bundesgerichts kann die Rückabwicklung des erfüllten formungültigen Vertrages immer verlangt werden, sofern das Begehren nicht (ausnahmsweise) rechtsmissbräuchlich ist⁸³. Die Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit ist dabei «nicht allgemein nach starren Regeln, sondern nach den Umständen des Einzelfalles» zu beurteilen (konstante Rechtsprechung⁸⁴, neustens BGE 112 II 333 E. 2a⁸⁵). Immerhin soll im Falle irrtumsfreier Erfüllung das Begehren um Rückabwicklung **vermutungsweise rechtsmissbräuchlich** sein (BGE a.a.O., 104 II 101 f. E. 3, vgl. auch schon 92 II 325 f. E. 3)⁸⁶. Die Rückabwicklung kann somit vorbehältlich besonderer Umstände nicht verlangt werden⁸⁷. 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 haben⁸⁸. Sollte einer Partei die Rückabwicklung ausnahmsweise offen stehen, kann sie ihren Anspruch nur gegen Rückerstattung der Gegenleistung durchsetzen. Mit andern Worten kann die auf Rückleistung belangte Partei ihre eigene Leistung ebenfalls zurückfordern;

⁸³ Zu beachten ist, dass das Bundesgericht oft nur von freiwilliger Erfüllung spricht, wo es in Wirklichkeit freiwillige und irrtumsfreie Erfüllung meint.

⁸⁴ BGE 112 II 111 E. 3b, 104 II 101, 93 II 104, 92 II 325 E. 3, 90 II 156 E. 2, 86 II 232 E. 6 mit weiteren Hinweisen.

⁸⁵ Zu dieser Entscheidung vgl. KOLLER, BR 1987, S. 68 ff.

⁸⁶ Anders z.B. BGE 72 II 43 E. 3 bzw. 93 II 97 ff., 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 333).

⁸⁷ Nach BGE 104 II 107 E. 4d wird ein rechtsmissbräuchliches Verhalten einer Partei durch «ein rechtsmissbräuchliches 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 327 E. 5; MERZ, BerKomm, N 477 zu Art. 2 ZGB.

⁸⁸ So auch ein Teil der Lehre, z.B. MERZ, BerKomm, N 466 f. zu Art. 2 ZGB; REICHEL, S. 33 ff.; VOLKEN, S. 470 ff. Das Rechtsmissbrauchsverbot hat seine «Durchgangsfunktion» erfüllt (ZELLER, S. 267), weshalb MERZ, BerKomm, N 509 zu Art. 2 ZGB, 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» auffasst (ebenso HONSELL, OR BT, S. 158). Ob man das eine oder andere annimmt, ist nach BUCHER (Rechtsmissbrauch, S. 80) eine «Frage des persönlichen Geschmackes».

und dies auch dann, wenn sie keinen selbständigen Rückforderungsanspruch hätte (vgl. bereits oben Nr. 16).

- 64 **2. Rechtsmissbrauchsfolgen.** Ist das Begehren um Rückabwicklung eines formungültigen Vertrages rechtsmissbräuchlich, so ist es abzuweisen. Ein Recht auf Rückabwicklung besteht dann nicht: Der Käufer kann den Kaufpreis nicht zurückverlangen, der Verkäufer nicht das Grundstück. Namentlich kann auch die Grundbuchberichtigungsklage 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 Abschluss der Grundbuchberichtigungsklage automatisch auch der Eigentumsübergang verbunden ist (BGE 50 II 148 f. E. 5⁸⁹). Anders dann BGE 86 II 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». Das Bundesgericht hat sich von dieser Entscheidung nie ausdrücklich distanziert. Hingegen hat es in verwandtem Zusammenhang anders entschieden (oben Nr. 45), und man darf wohl erwarten, dass es bei erneuter Prüfung der Frage seine frühere Rechtsprechung bestätigen und der in der Lehre einhellig erhobenen Kritik⁹⁰ Tribut zollen wird.
- 65 BGE 86 II 401 scheint sowohl sachlich als auch dogmatisch verfehlt⁹¹. 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 nicht⁹²). Man mag

⁸⁹ So verstanden wird BGE 50 II 142 ff. auch von HOMBERGER, ZürKomm, N 6 zu Art. 974 ZGB, und von SCHMID, Nr. 772.

⁹⁰ Z.B. CAVIN, SPR VII/1, S. 135; MEIER-HAYOZ, BerKomm, N 133 zu Art. 657 ZGB.

⁹¹ Vgl. BUCHER, Aktionendenken, S. 61 f.; ders., Rechtsmissbrauch, S. 65; MERZ, BerKomm, N 510 zu Art. 2 ZGB.

⁹² Die herrschende Lehre (z.B. FURRER, S. 100 f.; CAVIN, SPR VII/1, S. 135 und 136 unten; SCHMID, Nr. 688 f.; KRENGER [zit. in Anm. 81], S. 183) scheint freilich anderer Meinung zu sein, glaubt also, dass der Eigentümererwerb an einem Grundstück nach Art. 974 ZGB unter allen Umständen einen formgülti-

in diesem Zusammenhang von Heilung des Formmangels sprechen, 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 konnte⁹³. Er hat hier vielmehr nur die Bedeutung einer *causa-Verabredung*, ähnlich wie dies bei Handgeschäften der Fall ist.

B. Stellungnahme: genereller Ausschluss der Rückabwicklung (Art. 63 Abs. 1 OR)

Die «Rechtsmissbrauchstheorie» des Bundesgerichts ist m.E. abzulehnen, weil sich der Ausschluss der Rückabwicklung im Falle (freiwilliger) irrtumsfreier Erfüllung schon aus Art. 63 Abs. 1 OR ergibt: 66

1. Nach dieser Bestimmung 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 zulässig – unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs. 67

Nach seiner systematischen Stellung scheint allerdings Art. 63 Abs. 1 OR nur auf *Bereicherungsansprüche* Anwendung zu finden. Im vorliegenden Kontext käme er also nur auf den Rückleistungsanspruch des Käufers zur Anwendung, nicht hingegen auf jenen des Verkäufers (Vindikationsanspruch). Der Gesetzeswortlaut ist jedoch allgemein gehalten. Vor allem aber ist von der Sache her nicht ersichtlich, weshalb die Bestimmung nur anwendbar sein sollte, falls ein Bereicherungsanspruch zur Diskussion steht⁹⁴. Gegen diese Beschränkung 68

gen Vertrag voraussetzt. Das war auch der Grund, weshalb die Theorie entwickelt wurde, in Rechtsmissbrauchsfällen finde eine eigentliche Heilung des Formmangels statt (der ungültige Vertrag werde in einen gültigen umgewandelt, Anm. 93), was bei nüchterner Betrachtungsweise nicht zutreffen kann (der Vertrag ist und bleibt ungeeignet, Erfüllungspflichten zu erzeugen). Das Kausalitätsprinzip darf nicht verabsolutiert werden. Es soll nur verhindern, dass in Fällen, in denen der Erwerber keinen genügenden Grund für das Behalten der Leistung vorweisen kann, er trotzdem Eigentümer wird. Diesem Gesichtspunkt wird aber durch die im Text vertretene Ansicht vollständig Rechnung getragen.

⁹³ Vgl. KOLLER, OR AT, Nr. 778. Anders z.B. SCHMID, Nr. 689, wonach der Rechtsmissbrauch «den zunächst ungültigen in einen gültigen Vertrag umwandelt», ferner etwa MERZ, *Berkomm*, N 468 zu Art. 2 ZGB; VON TUHR/PETER, S. 238; DESCHENAUX, *SPR II*, S. 191 f.; FURRER, S. 97 ff. Wo das Bundesgericht von Heilung spricht (z.B. BGE 111 II 143 Rubrum; ZBGR 1985, S. 256), meint es damit nicht eine Heilung im Sinne dieser Lehrmeinung.

⁹⁴ 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 306 die Rückleistung vermehrt auf dem Wege der *vindicatio* stattfindet. Weshalb dies jedoch den Anwendungsbereich von Art. 63 OR verändert haben sollte, ist nicht erfindlich.

spricht auch die ratio legis der Bestimmung: Art. 63 Abs. 1 OR lässt «sich der Maxime des unzulässigen widersprüchlichen Verhaltens unterordnen»⁹⁵, 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 finden⁹⁶. Demzufolge kann bei beidseitiger (freiwilliger) irrtumsfreier Erfüllung eines formungültigen Grundstückkaufvertrages keine der Parteien die Rückabwicklung verlangen.

- 69 MERZ⁹⁷ stellte 1966 fest, Art. 63 Abs. 1 OR werde im Zusammenhang mit formungültigen Grundstückkaufverträgen nicht angerufen. Das hat sich teilweise geändert. MERZ selbst hat sich für die Anwendung dieser Bestimmung ausgesprochen (BerKomm, N 475 zu Art. 2 ZGB), ebenso etwa BUCHER (OR AT, S. 669 Anm. 57), GICER (BerKomm, N 381 zu Art. 216 OR), SCHWENZER (Nr. 31.41) und v.a. VON BÜREN (OR AT, S. 146).
- 70 Fordert eine Partei ihre Leistung mit Erfolg zurück (was nur in Betracht fällt, wenn sie irrtümlich geleistet hat), so kann sie dies nur gegen Rückerstattung der erhaltenen Gegenleistung (vgl. Nr. 63). Mit anderen Worten kann nun auch die Gegenpartei ihre Leistung zurückfordern. Art. 63 Abs. 1 OR steht dem nicht entgegen, wenn man seine ratio legis im Auge behält: Die auf Herausgabe belangte – an sich nicht rückforderungsberechtigte – Partei handelt nicht widersprüchlich, wenn sie nun ihrerseits die von ihr erbrachte Leistung zurückverlangt (vgl. BGE 115 II 28, dazu Nr. 93).
- 71 2. Soweit die Rückabwicklung des formungültigen Vertrages nach Art. 63 Abs. 1 OR ausgeschlossen ist, ist der Formmangel im oben (Nr. 65) umschriebenen Sinne geheilt. Die Anwendung von Art. 63 Abs. 1 OR führt also zur gleichen Rechtslage wie die «Missbrauchsrechtsprechung» des Bundesgerichts. Das überrascht angesichts der auf Art. 2 Abs. 2 ZGB aufbauenden ratio legis der Bestimmung nicht.

⁹⁵ MERZ, BerKomm, N 475 zu Art. 2 ZGB; GUHL/KOLLER, § 27 Nr. 15.

⁹⁶ 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 hinten in Nr. 112 abgedruckt); dem Entscheid kann freilich nicht in allen Punkten gefolgt werden (Nr. 113).

⁹⁷ MERZ, BerKomm, N 475 zu Art. 2 ZGB.

3. Die Rechtslage im Falle irrtümlicher Leistung

Bei (freiwilliger) *irrtümlicher* Erfüllung eines formungültigen Grundstückkaufs bleibt es beim Grundsatz, dass die erbrachten Leistungen zurückverlangt werden können. Anderes könnte nur dann angenommen werden, wenn der formungültige Grundstückkaufvertrag sittliche Pflichten i.S.v. Art. 63 Abs. 2 OR oder sonstige unvollkommene Obligationen erzeugen würde. Beides trifft – wie gesagt – nicht zu (Nr. 26 ff.). Die Rückabwicklung ist bei dieser Ausgangslage nur ausgeschlossen, wenn sich das entsprechende Begehren als rechtsmissbräuchlich erweist. Fraglich ist, wann Rechtsmissbrauch zu bejahen ist: 72

A. Die Auffassung des Bundesgerichts

«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 334 E. 2b erweckt den Eindruck, Rechtsmissbrauch sei bei irrtümlicher Erfüllung eines formungültigen Vertrages zum Vornherein ausgeschlossen. Das entspricht jedoch nicht der Auffassung des Bundesgerichts. 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 (E. 3). Klare Richtlinien zur Feststellung eines Rechtsmissbrauchs lassen sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht entnehmen. Im Einzelfall können verschiedene Gesichtspunkte eine Rolle spielen, namentlich die folgenden⁹⁸: 73

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 Nr. 36 f.). Nach der Erfüllung soll dies anders sein (z.B. BGE 78 II 229, 54 II 332, 53 II 166, 50 II 146 f.). Es finden sich freilich auch gegenteilige Entscheide (BGE 87 II 33 E. 4c und 86 II 403 f. E. 2c). Das Bundesgericht hat sich in dieser Frage nach seiner eigenen Feststellung (BGE 112 II 336) «sehr unterschiedlich, ja widersprüchlich» geäußert. Im eben erwähnten Entscheid erkannte das Bundesgericht auf Rechtsmissbrauch der Käuferin; ein wesentliches 74

⁹⁸ Vgl. auch die Rechtsprechungsübersichten bei CAVIN, SPR VII/1, S. 134 f., und MERZ, BerKomm., N 461 ff. zu Art. 2 ZGB.

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 335 E. 3a). Das führt praktisch zur Feststellung, dass nach der Erfüllung gar kein Formzweck mehr da ist, auf den sich die Parteien berufen können: Jede Berufung auf die Formungültigkeit ist – nach Ansicht des Bundesgerichts – zweckwidrig!

- 75 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 Vertragsform⁹⁹. 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 Übereilung. 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.
- 76 **b.** «*Hypothetische Erfüllungsverweigerung*». In BGE 112 II 330 ff. wäre das Ergebnis womöglich anders ausgefallen, wenn erwiesen gewesen wäre, dass sich die Käuferin «bei sofortiger Aufdeckung des Mangels anders verhalten, sich insbesondere auf den Schutz- oder Sicherungszweck der Beurkundung berufen und von der Erfüllung abgesehen hätte» (S. 336). Offenbar will das Bundesgericht denjenigen, der aus Irrtum über die Formungültigkeit erfüllt, nicht schlechter stellen als denjenigen, der die Formungültigkeit noch rechtzeitig erkennt und die Erfüllung verweigert. Eine Schlechterstellung besteht immerhin insofern, als derjenige, der erfüllt hat, den Nachweis anzutreten hat, dass er die Erfüllung unter Berufung «auf den Schutz- oder Sicherungszweck der Beurkundung» verweigert hätte, während – wie gesagt – die Erfüllung aus beliebigem Grund verweigert werden darf (Nr. 36).
- 77 **c.** Verschiedentlich hat das Bundesgericht der *Art des Formmangels* Bedeutung beigemessen.
- 78 Illustrativ wiederum BGE 112 II 330 ff.: 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 Ver-

⁹⁹ Vgl. SCHÖNENBERGER/JÄGGL, ZürKomm, N 80 zu Art. 11 OR; SPIRO, Unrichtige Beurkundung, S. 10 f.

treten 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).

Vgl. ferner BGE 72 II 44 f.: 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 gehört¹⁰⁰.

d. Arglistige Herbeiführung oder zumindest Inkaufnahme des Mangels. Das Bundesgericht hat verschiedentlich dem Umstand Bedeutung beigezogen, dass ein Vertragsgegner einen Formmangel «in arglistiger Weise selber verschuldet» (BGE 86 II 404) oder «ihn beim Abschluss des Vertrages bewusst in Kauf genommen oder ihn zum eigenen Vorteil sogar gewollt hat» (BGE 84 II 642)¹⁰¹.

e. Zuwarten mit der Geltendmachung der Formungültigkeit, nachdem eine Partei davon Kenntnis erhalten hat. So BGE 92 II 327¹⁰²: «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 1¹/₄ Jahre später beschritten.»

B. Stellungnahme

1. Diese Rechtsprechung geht m.E. zu wenig weit: Wie gesagt, handelt derjenige, der sich unter Berufung auf einen Formmangel nicht an einen Vertrag hält, an sich schon illoyal (Nr. 37). Nur misst das Gesetz dem keine Bedeutung bei, im Gegenteil entspricht es unmittelbar dem Sinn der Formvorschriften, dass niemand an sein nicht formrichtig erklärtes Wort gebunden ist. Das gilt an sich auch nach der Erfüllung. Doch ist jetzt zu beachten, dass ein «Besitzstand» auf-

¹⁰⁰ Vgl. zu diesem Entscheid MERZ, BerKomm, N 470 zu Art. 2 ZGB.

¹⁰¹ Ferner z.B. BGE 90 II 157 und 158, 90 II 298 («che la mancata menzione dell'intero prezzo fu voluta dall'attore nel proprio interesse»), 78 II 228; weitere Nachweise bei MERZ, BerKomm, N 493 zu Art. 2 ZGB.

¹⁰² Zu diesem Entscheid MERZ, ZBJV 1968, S. 49 ff.; BAUMANN, ZürKomm, N 280 zu Art. 2 ZGB.

gegeben werden muss, wenn der Berufung auf den Formmangel stattgegeben wird. Das lässt die Anrufung des Formmangels in einem ganz anderen Licht erscheinen. M.E. rechtfertigt sich die Rückabwicklung auch im Falle irrtümlicher Erfüllung grundsätzlich nicht. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände sollte der Formmangel mit Erfolg angerufen werden können, so etwa dann, wenn der Gegner des irrtümlich Leistenden den Mangel arglistig herbeigeführt hat. Demgegenüber ist der Irrtum etwa bei Schwarzgeldgeschäften regelmässig unbeachtlich: Eine Partei, welche den Notar ausschaltet, soll später nicht einwenden können, bei der Verurkundung des Kaufpreises habe die richtige notarielle Mitwirkung gefehlt, auch dann nicht, wenn ihr das Bewusstsein der durch die falsche Preisverurkundung verursachten Formungültigkeit ausnahmsweise gefehlt hat¹⁰³.

- 83 In der Regel können somit auch bei irrtümlicher Erfüllung des formungültigen Vertrages die Leistungen nicht zurückverlangt werden¹⁰⁴. Dieses Ergebnis scheint Art. 63 Abs. 1 OR zu widersprechen, wo vorgesehen ist, dass derjenige, der eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, das Geleistete nur (aber immerhin!) dann zurückfordern kann, «wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat». Die irrtümlich erbrachte Leistung ist also nach dieser Bestimmung rückforderbar, sofern sie – wie hier immer vorausgesetzt – freiwillig erfolgte. Art. 63 Abs. 1 OR gilt jedoch nur mit den Vorbehalten, die sich aus dem Rechtsmissbrauchsverbot ergeben. Und er ist auf Fälle einseitiger Leistung zugeschnitten, nicht auf Fälle, in denen ein formungültiger Vertrag abgewickelt wurde. Hier ist zu beachten, dass beide Parteien erhalten haben, was sie sich (wenn auch formungültig) versprochen haben.
- 84 Noch weiter zu gehen und auch bei irrtümlicher Erfüllung eine Rückforderung *generell* auszuschliessen, scheint mir unzutreffend. Es besteht hierfür weder die nötige Rechtsgrundlage noch sachlich zwingender Anlass. Schon die Annahme einer Rechtsmissbrauchsvermutung gerät im Übrigen in ein gewisses Spannungsverhältnis zum Gedanken (Nr. 37), Formvorschriften müssten generell durchgesetzt werden, um dem ihnen zugedachten Zweck zu genügen.

¹⁰³ In diesem Sinne BGE 50 II 148.

¹⁰⁴ Diese Lösung vermag auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit mehr zu befriedigen als die bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche klare Richtlinien zur Feststellung des Rechtsmissbrauchs vermissen lässt. Viele Entscheide lassen insoweit eine ausserordentliche Unsicherheit erkennen. Für den Rechtsunterworfenen lässt sich schlechterdings nicht ausmachen, wann ein irrtümlich erfüllter Vertrag rückabzuwickeln ist, wann nicht. Diese Rechtsunsicherheit ist «prozessfördernd» und läuft damit dem Zweck jeder Formvorschrift strikt zuwider. Ein Grossteil der Lehre empfindet die bundesgerichtliche Rechtsprechung ebenfalls als unbefriedigend, z.B. CAVIN, SPR VII/1, S. 135; MERZ, ZBJV 1965, S. 429; BUCHER, Rechtsmissbrauch, S. 80; SEIRO, Replik, S. 215 f; ders., Unrichtige Beurkundung, S. 12.

2. Nachzutragen bleibt, dass dann, wenn eine Partei ihre Leistung (ausnahmsweise) zurückverlangen kann, sie dies nur gegen Erstattung der Gegenleistung tun kann. Das wurde in verwandtem Zusammenhang bereits mehrfach erwähnt (Nr. 63, 70). 85

IV. Rechtslage nach einseitiger Erfüllung

Besondere Probleme bietet der Fall, 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: 86

1. Erfüllungsanspruch?

Nach herrschender Ansicht kann aus einem formungültigen Vertrag höchstens dann ein Erfüllungsanspruch resultieren, wenn der Vertrag zur Hauptsache erfüllt ist (Anspruch auf Resterfüllung, unten Nr. 96). Bei bloss einseitig erfülltem Vertrag fällt ein Erfüllungsanspruch demzufolge ausser Betracht. 87

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 Nr. 41). 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. 88

Dass die Rechtsmissbrauchsfolge in der Zuerkennung eines klagbaren Erfüllungsanspruchs besteht, wurde an anderem Ort begründet (oben Nr. 41)¹⁰⁵. 89

¹⁰⁵ So auch MEYER-HAYOZ, BerKomm, N 142 zu Art. 657 ZGB, unter Hinweis auf ZBJV 1948, S. 450 ff.

- 90 In dem in ZBGR 1926, S. 176 ff., abgedruckten Entscheid gewährte das Kantonsgericht St. Gallen dem Verkäufer den Kaufpreisanspruch, obwohl jener 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?

- 91 Kann die Partei, welche erfüllt hat, ihre Leistung zurückfordern? In dieser Hinsicht kommt es massgeblich auf die Erfüllungsbereitschaft der Gegenpartei an:
- 92 **1. Bei fehlender Erfüllungsbereitschaft der Gegenpartei kann die Leistung zurückgefordert werden**¹⁰⁶, und zwar auch dann, wenn (ausnahmsweise: Nr. 88) auf Erbringung der Gegenleistung geklagt werden könnte, denn der Partei, welche ihre Leistung erbracht hat, darf die Erhebung der Klage nicht zugemutet werden.
- 93 Die Rückforderung ist auch dann zulässig, wenn die Leistung in Kenntnis der Formungültigkeit erfolgt war. Art. 63 Abs. 1 OR steht dem nicht entgegen. Bei wörtlicher Interpretation wäre freilich anders zu entscheiden. Die Bestimmung 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 28¹⁰⁷). 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.
- 94 **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

¹⁰⁶ BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979, S. 147; VON BÜREN, OR AT, S. 148; BECKER, BerKomm, N 9 zu Art. 11 OR; REICHEL, S. 39.

¹⁰⁷ GUHL/KOLLER, § 27 Nr. 10.

und irrtumsfrei (in Kenntnis der Formungültigkeit) erfolgt war (Art. 63 Abs. 1 OR). Im Falle irrtümlicher Leistung ist die Rückforderung zulässig, unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots. Die gleiche Ansicht vertritt neuerdings auch BAUMANN, ZürKomm, N 283 f. zu Art. 2 ZGB.

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: 95

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 «annähernd» oder «zur Hauptsache» (BGE 112 II 112¹⁰⁸, ebenso 116 II 702, 104 II 104 f. E. 3d¹⁰⁹) erbracht wurde und die Weigerung, 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 hauptsächliche Erfüllung des dissimulierten Vertrages an (BGE 112 II 112, 104 II 104). 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 (Nr. 39). Diese Rechtsprechung wird in der Literatur weitgehend zustimmend gewürdigt¹¹⁰, und auch die kantonalen Gerichte sind ihr gefolgt¹¹¹. Dagegen gestellt hat sich neuerdings SCHMIDLIN, und im Anschluss daran hat das Bundesge-

¹⁰⁸ Zu diesem Entscheid vgl. KOLLER, BR 1987, S. 70.

¹⁰⁹ 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».

¹¹⁰ MERZ, BerKomm, N 476 zu Art. 2 ZGB, mit Hinweisen auf kantonale Entscheide; MEIER-HAYOZ, BerKomm, N 142 zu Art. 657 ZGB; BUCHER, Aktionendenken, S. 43. A.A. wohl CAVIN, SPR VII/1, S. 135.

¹¹¹ Z.B. Obergericht Aargau, SJZ 1955, S. 94 E. 4 (s. Nr. 97).

richt offen gelassen, ob in Rechtsmissbrauchsfällen ein Anspruch auf Resterfüllung oder ob vielmehr nur ein Schadenersatzanspruch besteht (nicht amtlich publizierter Entscheid 4 C.299/1998 vom 7.1.1999 = ZBGR 1999, S. 387 ff.); zu diesem Entscheid s. unten Nr. 101.

- 97 Beispiel (in Anlehnung an SJZ 1955, S. 94 E. 4 [Obergericht Aargau]): 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».
- 98 **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 Nr. 41). 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 Resterfüllung enttäuscht, was umso schwerer wiegt, je weiter die Erfüllung fortgeschritten ist.
- 99 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 werden¹¹². 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 ff. und 112 II 107 ff.)¹¹³.

¹¹² Gleich im Ergebnis BAUMANN, ZürKomm, N 286 zu Art. 2 ZGB.

¹¹³ Aus der kantonalen Rechtsprechung vgl. Appellationsgericht Basel-Stadt, ZBGR 1973, S. 234 ff., v.a. S. 234 unten, und Kantonsgericht St. Gallen, ZBGR 1926, S. 176 ff.

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 165, 112 II 111 E. 3). Im ersteren Fall ist eher auf Rechtsmissbrauch zu schliessen als im letzteren. 100

3. Neuerdings hat das Bundesgericht – wie erwähnt – offen gelassen, ob die rechtsmissbräuchliche Weigerung, die Restleistung zu erbringen, einen Erfüllungsanspruch zu begründen vermag. «Jedenfalls» aber bestehe ein Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens. Das Bundesgericht zieht also die Möglichkeit einer Konkurrenz von Erfüllungsanspruch und Nichterfüllungsanspruch in Betracht: Beides soll u.U. nebeneinander bestehen können. Wo indes ein Erfüllungsanspruch besteht, ist ein rechtserhebliches Interesse, stattdessen den Nichterfüllungsschaden ersetzt zu verlangen, nicht ersichtlich. Der Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens ist ja letztlich nichts anderes als Erfüllungsersatz, man sollte ihn daher nur dort zuerkennen, wo Erfüllung ausbleibt. Diese Auffassung liegt unserer Haftungsordnung zugrunde (vgl. Art. 97 und 107 Abs. 2 OR, aber auch Art. 26 Abs. 2, 39 Abs. 2 OR)¹¹⁴. Die Frage, ob die rechtsmissbräuchliche Verweigerung der Resterfüllung einen Erfüllungsanspruch begründet, kann daher nicht offen gelassen werden, sondern ist in erster Linie zu klären. M.E. ist sie zu bejahen, aus bereits bekannten Gründen: Der Rechtsmissbrauch hat zur Folge, dass der Formmangel keine Berücksichtigung finden darf und daher die von den Parteien getroffene Vereinbarung Geltung erlangt (oben Nr. 41). Konsequenz kann nur die Zuerkennung des Erfüllungsanspruchs sein. Anderer Ansicht ist SCHMIDLIN, der sich allerdings mit unserer Begründung nicht auseinander setzt und auch sonst keine Argumente vorbringt, welche gegen den Erfüllungsanspruch sprechen¹¹⁵. 101

Das Bundesgericht geht stillschweigend davon aus, dass statt eines finanziellen Ausgleichs auch Realersatz (Art. 43 OR) verlangt werden kann (so ausdrücklich SCHMIDLIN¹¹⁶, auf den sich das Bundesgericht beruft). Daher kommt es zum Schluss, der Nichterfüllungsschaden 102

¹¹⁴ Ähnlich WIEGAND, S. 227.

¹¹⁵ SCHMIDLIN, ZSR 1990, S. 245, stört sich daran, dass herrschende Lehre und Rechtsprechung den Rechtsmissbrauch nur dort mit einem Erfüllungsanspruch sanktionieren, wo der Vertrag bereits in der Hauptsache erfüllt ist, andernfalls aber höchstens einen Schadenersatzanspruch zuerkennen. Art. 2 Abs. 2 ZGB wisse von einer solchen Unterscheidung nichts. Daraus jedoch den Schluss zu ziehen, die rechtsmissbräuchliche Erfüllungsverweigerung könne keine Erfüllungsansprüche erzeugen, scheint unzutreffend. Vielmehr ist zu folgern, die rechtsmissbräuchliche Erfüllungsverweigerung sei generell mit einem Erfüllungsanspruch zu sanktionieren, unabhängig davon, wie weit die Erfüllung fortgeschritten ist.

¹¹⁶ ZSR 1990, S. 249.

bestehe in der «Differenz zwischen der freiwillig erbrachten und der noch ausstehenden Restleistung»¹¹⁷. «Schlussendliches Resultat» des Schadenersatzanspruches ist also «die Erfüllung des Vertrages» (WIEGAND, S. 227). Gegen das Resultat ist nichts einzuwenden, viel einfacher aber kann es über die Annahme eines Erfüllungsanspruches begründet werden.

2. Rückgabeansprüche?

- 103 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 zum Vornherein nur gegen Rückgabe der vom Gegner erhaltenen Leistung verlangt werden kann. Allfällige Rückgabeansprüche sind somit als Ansprüche auf Vertragsrückabwicklung zu verstehen (vgl. Nr. 63, 70, 85).

A. Anspruch auf Rückgabe der vollständig erbrachten Leistung?

- 104 Diese Frage kann nicht einheitlich beantwortet werden. Es ist vielmehr zu unterscheiden, analog wie im Falle einseitiger Erfüllung:
- 105 **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 (Nr. 66 ff., 94). Demgegenüber ist im Falle irrtümlicher Erfüllung die Leistung grundsätzlich rückforderbar; der Grundsatz wird jedoch praktisch zur Ausnahme, da die Rückforderung im Normalfall rechtsmissbräuchlich und damit ausgeschlossen ist (Nr. 82 f.).
- 106 **2.** Anders ist zu entscheiden, wenn die Resterfüllung verweigert wird. Diesfalls besteht der fragliche Rückforderungsanspruch (Vorbehalt in Nr. 112 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.

¹¹⁷ Nicht amtlich publizierter Entscheid vom 7.1.1999 (ZBGR 1999, S. 387); das Bundesgericht übernimmt wörtlich eine Formulierung SCHMIDLINS, ZSR 1990, S. 248. SCHMIDLIN stützt jedoch «seinen» Anspruch auf Art. 41 OR, wogegen das Bundesgericht das Institut der Vertrauenshaftung heranzieht.

zwar den Besitz am Kaufgrundstück übertragen, aber noch nicht das Eigentum)¹¹⁸.

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. Nr. 92). 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?

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.

2. Ist ein Resterfüllungsanspruch nicht gegeben, gilt das oben in Nr. 94 Gesagte entsprechend. Es besteht also kein Rückforderungsanspruch im Falle (freiwilliger) irrtumsfreier Erfüllung; im Falle irrtümlicher Erfüllung besteht der Anspruch, vorbehaltlich der Rechtsmissbrauchsfälle.

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 ff. (Ziff. 1), der allerdings keine Zustimmung verdient (Ziff. 2).

¹¹⁸ Dem Rückforderungsanspruch steht weder Art. 63 Abs. 1 OR noch Art. 2 Abs. 2 ZGB entgegen. Die oben in Nr. 93 gemachten Erwägungen gelten hier entsprechend.

- 112 **1. BGE 104 II 99 ff.** 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».
- 113 **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 sein¹¹⁹. Bei dem vom Bundesgericht beurteilten Sachverhalt führte jedoch die 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

¹¹⁹ 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, 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.

Rechtsschutz hätte finden dürfen¹²⁰. Aus dem ohnehin mit Vorsicht anzuwendenden Art. 66 OR folgt nichts anderes¹²¹.

M.E. hätte in Übereinstimmung mit der oben angegebenen Rechtslage dem Verkäufer das Recht auf Rückgabe der Grundstücke zugestanden werden müssen. 114
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 kannte)¹²².

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.-. Verkündet 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 115

¹²⁰ 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 ff.: 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.» S. ferner BGE 84 II 369 ff. und 98 II 316: «Sie [sc. die Konkursmasse] kann nicht einerseits den Vertrag als nichtig hinstellen und andererseits daraus Vorteile zugunsten der Konkursmasse ableiten.»

¹²¹ Der Entscheid ist in der Lehre auf breite Kritik gestossen: KOLLER, ZBJV 1990, S. 141 f.; MERZ, ZBJV 1980, S. 1; ders., Vertrag, Nr. 446; GUHL/KOLLER, § 14 Nr. 26; KRAMER, BetKomm, N 191 zu Art. 18 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Nr. 567. Vgl. ferner OSER/SCHÖNENBERGER, ZürKomm, 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 Nr. 13.

¹²² A.A. KOLLER THOMAS (Privatrecht und Steuerrecht, 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/REY, Nr. 569a, vor, es gehöre nicht zur «Zweckaufgabe» von Formvorschriften, «Steuerhinterziehungen zu verhindern, weshalb es die Frage der Formungültigkeit ohne Rücksicht auf die steuerrechtlichen Motive einer Falschbeurkundung zu beurteilen gilt». Gleich im Ergebnis SCHMIDLIN, ZSR 1990, S. 260.

(Einsparung von Handänderungsgebühren); zum ändern, 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

- 116 Das vorstehend unter V. Gesagte gilt mutatis mutandis auch dann, wenn beide Parteien erst teilweise erfüllt haben. Illustrativ BGE 53 II 162 ff.¹²³.
- 117 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 Grundbuch 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 sieben 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.
- 118 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

- 119 Ein Formmangel hat die Ungültigkeit aller formbedürftigen Vertragspunkte zur Folge (A.). In der Regel bewirkt die Formungültigkeit zusätzlich die Ungültig-

¹²³ Vgl. ferner BGE 112 II 107 ff. betr. den Abtausch von Landparzellen im Rahmen eines umfassenden Vertragsganzen.

keit 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.). Im Einzelnen:

A. Ungültigkeit aller formbedürftigen Vertragsteile

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 nahe zu liegen. 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 Anwendung¹²⁴. «Das Kriterium des hypothetischen Parteiwillens, auf das es in Art. 20 Abs. 2 ankommt, hat diesbezüglich hinter den Schutzzweck der Formvorschriften zurückzutreten.»¹²⁵

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 Nr. 122). 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 Modifikationen¹²⁶. Nichtgeltung des ganzen Vertrages ist die Regel.

¹²⁴ Vgl. HÜRLIMANN ROLAND, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984, Nr. 314; SCHMID, Nr. 787; GUHL/KOLLER, § 14 Nr. 32; SEROZAN, S. 14 f.; YUNG, S. 648 f.; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, ZürKomm, N 17 zu Art. 657 ZGB. Das Bundesgericht nimmt ebenfalls an, dass sich der Formmangel auf alle formbedürftigen Punkte erstreckt (BGE 86 II 261, 60 II 99). Es leitet dies jedoch z.T. aus Art. 20 Abs. 2 OR ab, nicht aus dem Zweck der Formvorschrift (z.B. BGE 90 II 38 E. 3). – A.A. ZR 1988 Nr. 18, S. 47 ff.; MEIER-HAYOZ, BerKomm, N 128 zu Art. 657 ZGB; BECKER, BerKomm, N 12 zu Art. 11 OR; LEEMANN, BerKomm, N 40 zu Art. 657 ZGB; SPIRO, Bedeutung, S. 196. SCHMID, Nr. 789 ff., scheint – wie BGE 90 II 38 – 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 ZR 1997, S. 106 E. d.

¹²⁵ HÜRLIMANN (zit. in Anm. 124), Nr. 314.

¹²⁶ 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. 124), Nr. 196 ff.; ferner KOLLER, OR AT, Nr. 880/888 ff.; ders., ZBJV 1986, S. 565.

Denn neben dem formungültigen Vertragsteil, der aus lauter objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkten besteht¹²⁷, wird kaum je ein Vertragsteil mit selbständiger Bedeutung übrig bleiben. So versteht sich z.B. von selbst, dass Klauseln über Vertragsmodalitäten (z.B. Zahlungsbedingungen) von den Parteien nicht unabhängig vom formungültigen Vertragsteil gewollt sein können¹²⁸.

- 122 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 Parteiwille, nicht der hypothetische. Ob das eine oder das andere zutrifft, ist oft nicht leicht auszumachen. Ob beispielsweise bei einer Vertragsverbindung (§ 1 Nr. 24 f.) aus einem Grundstückkauf und einem zweiten Vertrag die für die Vertragsverbindung typische Abhängigkeit der Verträge auf dem wirklichen oder hypothetischen Parteiwillen beruht, entzieht sich oft einer eindeutigen Aussage.
- 123 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 verlieren¹²⁹.

C. Zulässigkeit von Ersatzregeln

- 124 Es ist denkbar, dass die Parteien für den Fall der Formungültigkeit bzw. der Nichterfüllung des formungültigen Vertrages eine Ersatzvereinbarung treffen; sie machen z.B. eine Konventionalstrafe ab oder sie sehen 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. Dann stellt sich die Frage, ob eine solche Regel, die nach dem Parteiwillen von der Formungültigkeit nicht erfasst sein soll, davon trotzdem erfasst wird oder nicht.
- 125 Betrachtet man solche Klauseln, wie dies zum Teil geschieht¹³⁰, als formbedürftig, so ist die Lösung die in Nr. 120 umschriebene: Die Vereinbarung ist ungültig, und dies unabhängig davon, ob die Klausel selbst vom Formmangel betroffen

¹²⁷ Vgl. neustens BGE 119 II 138, 113 II 404 (dazu KOLLER, BR 1989, S. 95 f.). Ein Teil der Lehre will allerdings den Formzwang auch auf gewisse nicht wesentliche Punkte erstrecken (vgl. § 2 Nr. 68 ff., 73).

¹²⁸ 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 (Nr. 120).

¹²⁹ GUHL/KOLLER, § 40 Nr. 21.

¹³⁰ Nachweise in Anm. 135.

fen ist oder nicht. Verneint man hingegen die Formbedürftigkeit, und dafür sprechen die besseren Gründe (Nr. 127), so kann die Ersatzvereinbarung ungültig sein, sie muss es aber nicht. Entscheidend ist dann der Formzweck bzw. ob der Formzweck durch die Ersatzvereinbarung beeinträchtigt wird oder nicht¹³¹. Das ist mit Bezug auf Abmachungen, welche mittelbar einen Erfüllungszwang schaffen (sollen), zu bejahen. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang von «Nebenabreden, wodurch die Leistungspflicht einer Partei bekräftigt werden soll» (BGE 39 II 226), und erwähnt die Abmachung einer Konventionalstrafe oder eines Reugeldes. Gleichzustellen ist etwa eine Klausel, wonach die eine Partei der anderen für den Fall der Nichterfüllung das positive Vertragsinteresse zu ersetzen hat. Demgegenüber dürfte eine Klausel, welche lediglich auf den Ersatz des negativen Vertragsinteresses gerichtet ist (s. die zweite Klausel aus Nr. 124), regelmässig zulässig sein¹³². Dasselbe gilt ferner etwa für eine Ersatzvereinbarung, wonach der Verkäufer dem Käufer für den Fall der Ungültigkeit des Grundstückkaufvertrages eine entgeltliche Dienstbarkeit einräumt.

Nur der Schutzzweck der Formvorschriften entscheidet über die Verbindlichkeit von (nicht formbedürftigen) Ersatzvereinbarungen. Demgegenüber sollte nicht das im Zusammenhang mit Konventionalstrafen angerufene Akzessorietätsprinzip bemüht werden. Auch dort nicht, wo die Ersatzvereinbarung als Konventionalstrafe aufzufassen ist. Die Akzessorietät rechtfertigt sich nämlich nur dort, wo die Parteien für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrages *generell* eine Konventionalstrafe vorgesehen haben; hier dürfte es dem mutmasslichen Parteiwillen entsprechen, dass die Konventionalstrafe im Falle der Vertragsungültigkeit nicht geschuldet, sie in diesem Sinne akzessorisch ist. Wo hingegen die Parteien speziell für den Fall der Vertragsungültigkeit eine Haftung vorsehen, soll die Vereinbarung gerade nicht akzessorisch sein. Die Nichtgeltung einer solchen Haftungsregel kann dann nur aus dem Formzweck abgeleitet werden¹³³. 126

Ersatzvereinbarungen der besagten Art sind jedenfalls dann nicht formbedürftig, wenn sie nicht subjektiv wesentlich sind (zu denken ist an den Fall, da die Klausel nach dem Vertragsabschluss vereinbart wurde)¹³⁴. Für den Fall subjek- 127

¹³¹ Vgl. MERZ, BerKomm, N 492 zu Art. 2 ZGB.

¹³² Wer anderer Ansicht ist, hat zu prüfen, ob sich ein Ersatzanspruch nicht aus culpa in contrahendo ergibt. Das wird regelmässig zu bejahen sein.

¹³³ Es muss generell der Satz gelten, dass Ersatzvereinbarungen, welche die Rechtslage im Fall der Vertragsungültigkeit festlegen, nicht akzessorisch sind, somit ihr Schicksal nicht ohne weiteres dem Vertragsschicksal folgt. Vielmehr trifft dies nur zu, wenn im Falle der Vertragsungültigkeit der Zweck der Ungültigkeitsnorm auch die Ungültigkeit der Ersatzregel verlangt (vgl. KOLLER, BR 1987, S. 22 f., wo die Ansicht vertreten wird, dass die Nichtigkeit nach Art. 20 BewB eine «Haftgeldvereinbarung» nicht erfasst; GUHL/KOLLER, § 7 Nr. 46). Das ist freilich nicht unbestritten (a.A. z.B. Kantonsgericht St. Gallen, GVP SG 1985 Nr. 40, S. 89 ff.).

¹³⁴ A.A. mit Bezug auf die Vereinbarung einer Konventionalstrafe LEUGENBERGER, § 2 Nr. 70 ff. i.V.m. Nr. 100.

tiver Wesentlichkeit kann nichts anderes gelten¹³⁵. Wer gegenteilig entscheidet, nimmt in Kauf, dass die Nichtverurkundung der Ersatzvereinbarung die Ungültigkeit des ansonsten formgerecht verurkundeten Grundstückkaufs zur Folge hat. Das dürfte kaum dem Sinn des Gesetzes entsprechen.

2. Berücksichtigung des Formmangels von Amtes wegen?

- 128 1. Wie erwähnt, ist die Frage umstritten, ob der Formmangel im Prozessfall von Amtes wegen zu beachten ist oder nur auf Einrede hin (Nr. 21). Das Bundesgericht hat sich früher konstant in ersterem Sinn ausgesprochen, die Frage in BGE 112 II 330 ff. offen gelassen und sich neuerdings wiederum für Berücksichtigung von Amtes wegen ausgesprochen¹³⁶.
- 129 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 (Nr. 37). 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 Prozess vielmehr selbst um die Abklärung der Rechtslage bemühen, ins Leere¹³⁷. 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 schützwürdiger sei als die Parteien eines formungültigen Vertrages.
- 130 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

¹³⁵ Die Frage der Formbedürftigkeit wird vor allem mit Bezug auf die Abmachung von Konventionalstrafen diskutiert. Vgl. einerseits BOCHER, OR AT, S. 524, und VON BÜREN, OR BT, S. 74 (Formbedürftigkeit verneinend), andererseits das Bundesgericht in ZR 1963 Nr. 34, S. 90, und COMMENT, S. 2 (Formbedürftigkeit bejahend). Weitere Hinweise zum Meinungsstand bei BRÜCKNER, ZBGR 1994, S. 24 Anm. 80, der sich selber für Formbedürftigkeit ausspricht.

¹³⁶ Nicht amtlich publizierter Entscheid vom 7.1.1999, ZBGR 1999, S. 387 ff.

¹³⁷ Abgesehen davon, läuft der fragliche Einwand auf eine generelle Infragestellung der Rechtsanwendung von Amtes wegen hinaus.

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. Nr. 75). Diesfalls obliegt es dem Richter, die Schutzfunktion der Formvorschrift im Prozess «zu Ende zu führen».

In der Lehre wird die Ansicht vertreten, wenn der Formmangel die von Amtes wegen zu beachtende Nichtigkeit des Vertrages bewirke, sei Rechtsmissbrauch «begrifflich ausgeschlossen»¹³⁸. Denn «im Hinweis auf die Formnichtigkeit» liege «kein Einsatz eines subjektiven Rechtes»¹³⁹. 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 zum Vornherein kein Rechtsmissbrauch liegen kann. Rechtsmissbräuchlich ist hingegen allenfalls die Weigerung, einen formungültigen Vertrag zu erfüllen, oder das Begehren, eine bereits erbrachte Leistung zurückzuerhalten¹⁴⁰. 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.

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 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**¹⁴¹. So zumal dann, wenn sich die Berücksichtigung des Formmangels zu Ungunsten *beider* Parteien auswirken kann. Die Parteien sollen diesfalls die

¹³⁸ SCHMID, Nr. 732. An anderer Stelle (Nr. 675 ff.) vertritt aber SCHMID selbst die Auffassung, gewisse Formmängel seien von Amtes wegen zu beachten.

¹³⁹ GERNHUBER, S. 154 f.

¹⁴⁰ Das Recht zur Erfüllungsverweigerung bzw. das Recht, eine Leistung zurückzufordern, sind mit andern Worten nach Art. 2 Abs. 2 ZGB «missbrauchbare» Rechte. Wer dies verneint, hat eine zu enge Auffassung vom Recht(smmissbrauch) i.S.v. Art. 2 ZGB.

¹⁴¹ Diese Gelegenheit hatten wohl die Parteien in BGE 86 II 398 ff. und 90 II 34 ff. nicht.

Möglichkeit haben, sich zu vergleichen und damit den **Folgen einer ungewollten Berücksichtigung des Formmangels zu entgehen**¹⁴². 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 zugunsten des Käufers aus. Der Verkäufer könnte sich jedoch in der Folge – ohne Rechtsmissbrauch (vgl. BGE 90 II 39, dazu Anm. 120) – 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.

- 134 Dies drängt sich hingegen weniger auf, wenn die Berücksichtigung des Formmangels zur Gutheissung des Begehrens einer Partei führt, ohne dass der betreffenden Partei daraus irgendein Nachteil entstehen könnte. 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 295¹⁴³).
- 135 **3. Zu präzisieren** bleibt, was überhaupt mit der Berücksichtigung des Formmangels von Amtes wegen gemeint ist:
- 136 – 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 kei-

¹⁴² 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).

¹⁴³ Zu diesem Entscheid KOLLER, ZSR 1986 I, S. 231 Anm. 10.

ne Partei darauf beruft. Die Verhandlungsmaxime wird also nicht ausgeschlossen (BGE 85 II 568 f.)¹⁴⁴.

- 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 prüfen¹⁴⁵, ohne dass jedoch der Richter von sich aus diesbezügliche Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen hätte (vgl. eben Nr. 136). 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.
- «Eine Berücksichtigung des Formmangels durch den Richter kommt zum vornherein nur dann in Frage, wenn sie zur Stützung des Rechtsbegehrens einer Partei dient.»¹⁴⁶ Der Richter hat also den Formmangel nur zu berücksichtigen, wenn die Ungültigkeitsannahme zur Gutheissung des Antrags einer Partei führt. Dieser in der Lehre¹⁴⁷ oft wiederholte Satz ist irreführend. Denn die Berücksichtigung der Formungültigkeit führt in jedem Fall in der einen oder andern Weise zur Stützung des einen oder andern Rechtsbegehrens. Dass die Berücksichtigung des Formmangels «zur Stützung des Rechtsbegehrens einer Partei» führen muss, ist somit ein überflüssiges Postulat.

3. Berufung Dritter auf Formmängel?

- I. Eine weitere Streitfrage (Nr. 21) geht dahin, ob sich auch Dritte auf die Formungültigkeit berufen können. Die Frage 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 bejahe¹⁴⁸; umgekehrt folge aus der Einredentheorie ohne wei-

¹⁴⁴ KOLLER, BR 1987, S. 69, mit Hinweisen.

¹⁴⁵ Z.B. ZBGR 1984, S. 105 (Bundesgericht); BGE 78 II 227.

¹⁴⁶ SCHMID, Nr. 672, im Anschluss an BUCHER, OR AT, S. 170; ebenso GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, Nr. 562.

¹⁴⁷ BUCHER, Rechtsmissbrauch, S. 78; KOLLER, BR 1987, S. 69; SCHMID, Nr. 672.

¹⁴⁸ So SCHMID, Nr. 683.

teres, dass sich Dritte nicht auf den Mangel berufen könnten bzw. erst dann, wenn eine Partei den Mangel mittels Einrede geltend gemacht habe¹⁴⁹. Indessen handelt es sich letztlich um getrennte Fragen, die auch einer gesonderten Betrachtung bedürfen.

- 140 **2.** Die Kontroverse spielt namentlich dort eine Rolle, wo sich ein Gläubiger des Verkäufers auf dessen Eigentum (insbesondere in einem Pfändungsverfahren) berufen will.
- 141 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.
- 142 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 ff.). 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 dienen¹⁵⁰. Auch wenn dies zutreffen sollte¹⁵¹, 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 Gläubiger so lange auf das Eigentum des Verkäufers berufen können, als es dieser selbst tun kann.
- 143 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.

¹⁴⁹ Vgl. z.B. BGE 106 II 151 und MEIER-HAYOZ, BerKomm, 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».

¹⁵⁰ SCHMID, Nr. 685.

¹⁵¹ Was nicht der Fall sein dürfte: Die öffentliche Beurkundung hat zumindest als Nebenzweck auch den Schutz Dritter, namentlich Vorkaufsberechtigter, im Auge. Vgl. SCHMIDLIN, BerKomm, N 115 zu Art. 11 OR; SCHWENZER, Nr. 31.38.

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 insoweit nicht anderer Ansicht. Daher kann z.B. der Käufer einer mit einem Kaufsrecht belasteten Parzelle gegenüber den Inhabern des Kaufsrechts die Ungültigkeit des Kaufrechtsvertrages geltend machen (vgl. BGE 106 II 152). 144

4. Formungültiger Grundstückkaufvertrag als Vorkaufsfall?

1. Die im Titel aufgeworfene Frage¹⁵² ist dem Grundsatz nach zu verneinen: Der Vorkaufsberechtigte kann das mit dem Vorkaufsrecht (vgl. dazu § 11 Nr. 40 ff.) belastete Grundstück nur an sich ziehen, wenn das betreffende Grundstück gültig, namentlich auch formgültig, verkauft worden ist¹⁵³. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass die Anrufung des Formmangels durch den Verkäufer im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten rechtsmissbräuchlich ist. Als dann ist es zu halten, wie wenn ein gültiger Vorkaufsfall eingetreten wäre¹⁵⁴. Hauptbeispiel ist die missbräuchliche Simulation eines zu hohen Kaufpreises. Mit einem solchen Tatbestand hatte sich das Luzerner Obergericht in LGVE 1985 I Nr. 5, S. 9 ff.¹⁵⁵, zu befassen: 145

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 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 Ziff. 1 ZGB. Das 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 146

¹⁵² S. dazu KOLLER, OR AT, Nr. 721 und 762.

¹⁵³ Z.B. LIVER, SPR V/1, S. 207; GUHL/KOLLER, § 41 Nr. 28.

¹⁵⁴ Dasselbe gilt, wenn sich der Verkäufer im Verhältnis zum Käufer nicht auf den Formmangel berufen kann (zu diesen Fällen vgl. z.B. Nr. 67 f., 94): LIVER, wie in Anm. 153.

¹⁵⁵ Vgl. dazu KOLLER, BR 1988, S. 17 f.

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.

- 147 **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.¹⁵⁶

¹⁵⁶ 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 Grundstücksteils zu bestimmen.