



Konsens- oder Formmangel? Konkretisierung der Unterscheidung anhand zweier Bundesgerichtsentscheide

ALFRED KOLLER*

Die im Titel angesprochene Unterscheidung ist theoretisch völlig klar: Ein Konsensmangel liegt vor, wenn sich Vertragsparteien mit Bezug auf einen für das Zustandekommen des Vertrags (Art. 1 OR) wesentlichen Punkt – z.B. den Kaufpreis – nicht geeinigt haben, ein Formmangel, wenn der (rechtsgenügeliche) Konsens nicht in eine allenfalls erforderliche Form (Art. 11 OR) gegossen wurde (es wurde beispielsweise bei einem Grundstüekkauf die Preisabrede nicht öffentlich beurkundet). In der Praxis werden jedoch die beiden Arten von Mängeln nicht selten vermengt, von Parteien wie auch von Gerichten. Das wird im Folgenden anhand von zwei Bundesgerichtsentscheiden illustriert.

La distinction annoncée dans le titre est, en théorie, tout à fait claire : il y a vice de consentement lorsque les parties au contrat ne sont pas parvenues à un accord sur un point essentiel pour la conclusion du contrat (art. 1 CO) – par exemple sur le prix de vente – et vice de forme lorsque le consentement (juridiquement valable) n'a pas été concrétisé dans la forme nécessaire (art. 11 CO), le cas échéant (dans le cas d'une vente d'un immeuble, par exemple, l'accord sur le prix n'a pas fait l'objet d'un acte authentique). Dans la pratique, toutefois, les deux types de vices sont souvent confondus, tant par les parties que par les tribunaux. Ceci est illustré ci-dessous par deux arrêts du Tribunal fédéral.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. BGE 95 II 309
 - A. Die Entscheidung
 - 1. Sachverhalt (vereinfacht)
 - 2. Erwägungen (Auszug)
 - B. Bemerkungen
- III. BGer 4A_24/2008 vom 12. Juni 2008
 - A. Die Entscheidung
 - 1. Sachverhalt (vereinfacht)
 - 2. Erwägungen (Auszug)
 - B. Bemerkungen

I. Einleitung

1. Ein *Konsensmangel* liegt vor, wenn sich die Parteien mit Bezug auf einen für das Zustandekommen eines Vertrags (Art. 1 OR) wesentlichen Vertragspunkt nicht geeinigt haben, ein *Formmangel*, wenn der (rechtsgenügeliche) Konsens nicht in eine allenfalls erforderliche Form (Art. 11 OR) gegossen wurde. Beispielsweise liegt bei einem Grundstüekkauf ein Konsensmangel vor, wenn sich die Parteien hinsichtlich des Kaufpreises nicht geeinigt haben, ein Formmangel, wenn die rechtsgenügeliche Preiseinigung nicht öffentlich beurkundet wurde. Die Unterscheidung ist theoretisch völlig klar. Ein Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt jedoch, dass die beiden Mängel in der Praxis nicht selten vermengt werden. Nicht wenige Verfahren hätten wohl vermieden und nicht wenige Entscheide klarer gefasst werden können, wenn sich die Beteiligten (Parteien bzw. Gerichte) der Unterscheidung deutlich bewusst gewesen wären.

Im Folgenden soll die in Frage stehende Unterscheidung anhand von zwei Entscheidungen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – BGE 95 II 309 und BGer 4A_24/2008 – illustriert und konkretisiert werden. Beide Entscheide betreffen entgeltliche Veräusserungsgeschäfte über Grundstücke, der erste einen *Grundstüektausch*, der zweite einen Grundstüekkauf, genauer einen *Kaufrechtsvertrag*, bei dem es sich nach wohl herrschender, auch vom Bundesgericht vertretener Auffassung um einen durch die Ausübung des Kaufrechts bedingten «gewöhnlichen» Kauf handelt (z.B. BGE 86 II 33 E. a; 132 III 18 E. 4.3). Die Unterscheidung zwischen Konsens- und Formmangel setzt Klarheit darüber voraus, welche Anforderungen das Gesetz – bei den betreffenden Vertragstypen – an einen rechtsgenügelichen Konsens bzw. an die Form stellt. Damit befassen sich – wenn auch in aller Kürze – die folgenden Ausführungen:

2. Der *Konsens* (Art. 1 OR) muss sich auf alle wesentlichen Vertragspunkte beziehen, auf die subjektiv wie auf die objektiv wesentlichen. Subjektiv wesentlich ist ein Punkt, der für eine Partei so wichtig ist, dass sie den Vertrag ohne Einigung darüber – für die Gegenpartei erkennbar – nicht schliessen würde (vgl. BGE 118 II 32 E. 3d a.E.; illustrativ OGer ZH, ZR 1991 Nr. 2 E. III/3).¹ Objektiv wesentlich sind jene Punkte, deren Regelung nicht dem Richter überlassen werden kann und die daher notwendig der Vereinbarung durch die Parteien bedürfen,

* ALFRED KOLLER, Prof. em. Dr. iur., Rechtsanwalt in St. Gallen.

¹ Statt vieler PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich 2014, N 341; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 6.18, je m.w.Nw.

soweit das Gesetz keine einschlägige Regel enthält. Um welche Punkte es sich handelt, hängt vom jeweiligen Vertragstyp ab.²

Bei den entgeltlichen Grundstückenveräußerungsgeschäften sind Leistung und Gegenleistung objektiv wesentliche Punkte: bei einem Grundstückkauf also Kaufgegenstand und Kaufpreis (Art. 184 Abs. 3 OR),³ bei einem Grundstückstausch die zu tauschenden Grundstücke. Das bedeutet freilich nicht, dass bereits bei Vertragsabschluss im Einzelnen bestimmt werden muss, welche Leistungen zu erbringen sind, vielmehr genügt es, wenn die Parteien angeben, wie der Leistungsumfang später bestimmt werden kann (sie verweisen z.B. auf einen durch Expertise zu bestimmenden Preis oder eine vom Geometer vorzunehmende Mutation). Es genügt mit anderen Worten bloss Bestimmbarkeit der Leistungen. Für den Kaufpreis ist dies im Gesetz ausdrücklich vorgesehen (Art. 184 Abs. 3 OR⁴), für den Kaufgegenstand gilt diese Bestimmung entsprechend, ebenso – bei einem Grundstückstausch – für die zu tauschenden Grundstücke. Dem Vertrag müssen sich also lediglich die Kriterien entnehmen lassen, mittels derer der Preis bzw. der Vertragsgegenstand später konkretisiert werden kann.

3. Der allgemeine Grundsatz, wonach Verträge zu ihrer Gültigkeit keiner bestimmten Form bedürfen (Art. 11 OR), kommt bei den Grundstückenveräußerungsverträgen nicht zum Tragen. Diese bedürfen – abgesehen von gewissen Vorkaufsverträgen⁵ – der *öffentlichen Beurkundung*. Das gilt insbesondere auch für Kaufrechts- und Tauschverträge (Art. 216 Abs. 2 OR bzw. Art. 216 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 237 OR). Das Beurkundungsverfahren bestimmt sich – mit gewissen Einschränkungen – nach kantonalem Recht (Art. 55 Abs. 1 SchlT/ZGB),⁶ der Umfang des Formzwangs hingegen nach Bundesrecht.

² S. im Einzelnen KOLLER (FN 1), N 6.27 ff.

³ Art. 212 Abs. 1 OR, wonach bei Bestehen eines Marktpreises der Kaufpreis nicht objektiv wesentlicher Punkt ist und daher keiner vertraglichen Vereinbarung bedarf (gegebenenfalls gilt der Marktpreis), spielt beim Grundstückkauf keine Rolle.

⁴ S. dazu im Einzelnen BSK OR I-KOLLER, Art. 184 N 47, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019; ALFRED KOLLER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Band I, Bern 2012, § 3 N 22 mit Fn 14.

⁵ Gemeint sind «Vorkaufsverträge, die den Kaufpreis nicht zum Voraus bestimmen» (Art. 216 Abs. 3 OR), diese bedürfen gemäss der betreffenden Bestimmung lediglich der einfachen Schriftlichkeit (Art. 13–15 OR). Andere Vorkaufsverträge (solche, die den Kaufpreis zum Voraus bestimmen) bedürfen hingegen ebenfalls der öffentlichen Beurkundung.

⁶ KOLLER (FN 1), N 12.68 mit Präzisierungen.

Der Formzwang erfasst bei einem *Kaufrechtsvertrag* über ein Grundstück alle objektiv wesentlichen Punkte, von den subjektiv wesentlichen hingegen nur jene, welche vertragstypisch sind bzw. – in der Diktion des Bundesgerichts – «ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des [durch die Ausübung des Kaufrechts bedingten] Grundstückkaufvertrages betreffen» (BGE 113 II 402, 404; BGer, 4A_24/2008, 12.6.2008, E. 3.1). Nicht vertragstypisch sind u.a. Verträge (z.B. Werkverträge), welche zwar zusammen mit dem Kaufrechtsvertrag abgeschlossen werden, jedoch nicht von dessen Synallagma erfasst sind. Sie bedürfen daher nicht der öffentlichen Beurkundung, mögen sie auch für den Abschluss des Kaufrechtsvertrages subjektiv wesentlich sein (illustrativ BGE 86 II 33; 113 II 402).⁷ Bei einem *Grundstückstausch* gilt das Gesagte entsprechend.

II. BGE 95 II 309

A. Die Entscheidung

1. Sachverhalt (vereinfacht)

Luigi Costa versprach Christian Stoffel und Roman Casty mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 14. Dezember 1962, ihnen von seiner Parzelle Nr. 317, Grundbuch Pontresina, ein bestimmtes Stück Wiesland, dessen Fläche mit ca. 380 m² angegeben wurde, zu übereignen. Stoffel und Casty verpflichteten sich ihrerseits, «Herrn Luigi Costa sen. innert sechs Monaten nach Unterzeichnung dieses Vertrages ein gleichwertiges Stück Boden abzutauschen». Da es Stoffel und Casty nicht gelang, ein gleichwertiges Stück Land zu erwerben und Costa zu übereignen, klagte dieser beim Kantonsgericht Graubünden auf Schadenersatz (Ersatz des positiven Vertragsinteresses). Die Beklagten trugen auf Abweisung der Klage an. Sie machten geltend, der Vertrag sei mangels genügender Bestimmtheit des von ihnen versprochenen Tauschgegenstandes formnichtig (Art. 216 OR); dem Kläger könne daher lediglich eine Bereicherungsforderung zustehen, diese sei aber verjährt. Mit dieser Auffassung drangen sie nicht durch, weder beim Kantonsgericht noch – auf Berufung⁸ hin – beim Bundesgericht.

⁷ Aus der Lehre s. z.B. CHRISTOPH MÜLLER, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 11 OR N 174; KOLLER (FN 4), § 5 N 24 mit weiteren Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Fn 15).

⁸ Heute: Beschwerde in Zivilsachen.

2. Erwägungen (Auszug)

«2. Verträge auf Übertragung von Grundeigentum bedürfen zu ihrer Verbindlichkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 657 Abs. 1 ZGB). Das gilt insbesondere für den Kauf (Art. 216 Abs. 1 OR) und für Tauschverträge (Art. 237 OR), wenn sie ein Grundstück zum Gegenstand haben.

Die öffentliche Urkunde hat nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes alle wesentlichen Punkte des Vertrages zu decken [...]. Insbesondere muss aus ihr hervorgehen, welches Grundstück Gegenstand des Vertrages ist (BGE 90 II 24; BGE 95 II 42, Erw. 1). Diese Anforderung ist jedoch nur dann zu stellen, wenn die Vertragschliessenden die Verpflichtung zur Übertragung eines ganz bestimmten Grundstückes begründen wollen, wie es in den in BGE 90 II 21 ff. und BGE 95 II 42 veröffentlichten Fällen zutraf. Wenn die Kauf- oder Tauschsache nach dem Sinne des Vertrages noch nicht bestimmt ist, sondern von der einen oder anderen Partei aus einer Mehrheit von Grundstücken soll ausgewählt werden können, kann die öffentliche Urkunde die Sache nicht bezeichnen. Es genügt dann, wenn aus der Urkunde oder dem Gesetz hervorgeht, welcher Partei die Wahl zusteht und wie das Grundstück beschaffen sein muss. [...]

3. – Im vorliegenden Falle ergibt sich [...], dass die Beklagten dem Luigi Costa als Gegenleistung für das von ihm veräusserte Wiesland von ca. 380 m² nicht ein bestimmtes anderes Grundstück, sondern nur «ein gleichwertiges Stück Boden» versprochen. [...] Das Kantonsgericht stellt denn auch verbindlich fest, Costa habe «gleichwertiges, d.h. überbaubares Land, und zwar angrenzend an eine seiner Parzellen» erwartet. Die Beklagten ihrerseits geben zu, dass sie Costa einfach ein Ersatzgrundstück versprochen, wobei sie die Auffassung vertreten, es habe irgendwo im Oberengadin liegen dürfen.

Das Recht, den Tauschgegenstand auszuwählen, stand nach Art. 72 OR den Beklagten als Schuldner zu, gleichgültig ob sie die Wahl aus allem im Oberengadin liegenden Boden oder nur aus den an die Grundstücke Costas angrenzenden Parzellen treffen durften. Die wahlberechtigte Partei brauchte in der öffentlichen Urkunde somit nicht genannt zu werden.

Fragen kann sich nur, ob diese Urkunde nähere Angaben über die Lage des Tauschgegenstandes hätte enthalten müssen. Das ist zu verneinen. Die Vereinbarung, die Beklagten schuldeten «ein gleichwertiges Stück Boden», genügte vollauf. Wie das Kantonsgericht zutreffend annimmt, heisst «gleichwertig» in vergleichbarer Lage und von vergleichbarem Mass, so dass der Tauschgegenstand den gleichen Wert habe wie das von Costa veräusserte

Stück Wiesland. Ausserhalb des Oberengadins durfte das Ersatzgrundstück auch nach der Auffassung der Beklagten nicht liegen. Sie haben denn auch zugegebenermassen einige Male versucht, Costa eine Parzelle zu verschaffen, die an eines seiner Grundstücke angrenzte. Die Umschreibung des Tauschgegenstandes als «gleichwertiges Stück Boden» machte nach den Umständen und den Grundsätzen von Treu und Glauben die geschuldete Leistung für die Vertragschliessenden und gegebenenfalls für den Richter bestimmbar.

Entgegen der Auffassung der Beklagten leidet daher der Vertrag vom 14. Dezember 1962 nicht an einem Formmangel.»

B. Bemerkungen

Die Parteien hatten die von ihnen getroffene Vereinbarung (Abtausch von ca. 380 m² von der Parzelle 317, Grundbuch Pontresina, gegen «ein gleichwertiges Stück Boden») vollständig öffentlich beurkunden lassen. Dass irgendwelche Abreden nicht beurkundet worden wären, lässt sich dem Entscheid nicht entnehmen und wurde von den Parteien offenbar auch gar nicht geltend gemacht. Ein Formmangel stand daher in Wirklichkeit – anders als z.B. in BGE 86 II 33 – nicht zur Diskussion. Zwar beriefen sich die Beklagten auf einen Formmangel, in der Sache aber machten sie andere Mängel geltend:

Vorab waren sie offenbar der Meinung, der Tauschgegenstand als objektiv wesentlicher Punkt sei mit der Wendung «ein gleichwertiges Stück Boden» nicht hinreichend umschrieben, sondern hätte noch der näheren Präzisierung hinsichtlich der Lage des Grundstücks bedurft. Diese Ansicht hat das Bundesgericht zu Recht verworfen. Denn der Tauschgegenstand muss – gleich wie der Kaufgegenstand bei einem Kaufvertrag – im Vertrag nicht individuell bestimmt sein, vielmehr müssen lediglich die Kriterien angegeben werden, mittels derer er sich – allenfalls zusammen mit gesetzlichen Dispositivregeln (z.B. Art. 71 f. OR) – später bestimmen lässt. Er kann daher auch bloss gattungsmässig umschrieben sein. Dabei steht es den Parteien frei, wie sie die obligationsgemässe Gattung bestimmen wollen. Mit der Wendung, es sei ein «gleichwertiges Stück Boden» abzutauschen, genügten daher die Parteien dem Bestimmbarkeitserfordernis vollauf (die Bezeichnung der Parzellenlage war kein objektiv wesentlicher Punkt).

Eine andere Frage war, ob die Parteien unter der fraglichen Wendung dasselbe verstanden hatten (tatsächlicher Konsens) oder nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) hatten verstehen müssen (normativer Konsens). Nur

wenn dies zu bejahen war, war ein Vertrag im Rechtssinne (Art. 1 OR) zustande gekommen. Andernfalls war die vertragliche Einigung infolge Dissenses in einem objektiv wesentlichen Punkt (Tauschgegenstand) – vorbehaltlich Art. 2 Abs. 2 ZGB – unverbindlich. Das war offenbar der Standpunkt der Beklagten. Sie scheinen geltend gemacht zu haben, man habe sich nicht darauf geeinigt, ob das abzutauschende Land an das vom Kläger abgetretene habe grenzen müssen oder ob es irgendwo im Oberengadin habe liegen dürfen. Sie hätten zu Recht Letzteres angenommen, der Kläger hingegen Ersteres. Das Bundesgericht hat einen rechtsgenügenden Konsens ohne nähere Klärung dieser Frage bejaht. Meines Erachtens war durchaus zweifelhaft, ob dem Konsenserfordernis Genüge getan war. Die Frage konnte jedoch offengelassen werden, weil die Berufung der Beklagten auf einen Dissens am Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) scheiterte, nachdem sie dem Kläger unstreitig kein ihrem Vertragsverständnis entsprechendes Stück Land angeboten hatten bzw. hatten anbieten können (vgl. Art. 25 Abs. 2 OR)⁹.

Nachgetragen sei eine Bemerkung zum Umfang des Formzwanges: Entgegen E. 2 des referierten Entscheids müssen jedenfalls nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht «alle wesentlichen Punkte des Vertrages» öffentlich beurkundet werden, sondern nur alle *objektiv* wesentlichen, von den subjektiv wesentlichen hingegen nur jene, die vertragstypisch sind (oben I./Ziff. 3 mit Verweisen).

III. BGer 4A_24/2008 vom 12. Juni 2008

A. Die Entscheidung

1. Sachverhalt (vereinfacht)

Mit öffentlicher Urkunde vom 1. Februar 2001 räumte C. dem A. und dem B. ein Kaufsrecht an einem ihm gehörigen Grundstück (Parzelle Nr. 1) ein. Als Kaufpreis wurde ein Betrag von CHF 600'000 zuzüglich wertvermehrender Aufwendungen abgemacht. C. liess auf dem Grundstück Nr. 1 einen Kaminofen für CHF 6'452.30 einbauen. Knapp anderthalb Jahre später übten A. und B. ihr Kaufsrecht aus. C. weigerte sich jedoch, ihnen das Eigentum an der Kaufrechtsparzelle zu übertragen. A. und B. klagten daher beim Kantonsgericht des Kantons Obwalden auf Eigentumsübertragung der Liegenschaft Nr. 1 gegen Zahlung von CHF 606'452.30 (CHF 600'000 plus CHF 6'452.30 für den Ofen). Eventualiter habe das Ge-

richt den Kaufpreis für die fragliche Liegenschaft festzusetzen. Mit Urteil vom 27. Februar 2007 wies das Kantonsgericht die Klage ab. Eine gegen dieses Urteil von den Klägern erhobene Appellation wies das Obergericht des Kantons Obwalden ab. Es kam in Übereinstimmung mit der ersten Instanz zum Schluss, dass der Kaufrechtsvertrag mangels genügender Bestimmbarkeit des Kaufpreises nach Art. 216 Abs. 2 OR formnichtig sei. Das Bundesgericht hiess die von A. und B. erhobene Beschwerde in Zivilsachen gut.

2. Erwägungen (Auszug)

«3. Die Beschwerdeführer rügen eine Verletzung von Art. 216 Abs. 2 OR durch die Vorinstanz. Danach bedürfen Verträge, die Kaufsrechte an einem Grundstück begründen, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.

3.1 Das Kaufsrecht ist ein Gestaltungsrecht, dessen rechtswirksame Ausübung Rechte und Pflichten wie aus einem gewöhnlichen Kaufvertrag begründet (BGE 132 III 18 E. 4.3 S. 22; 121 III 210 E. 3c S. 212). Der aus einem Kaufrechtsvertrag Berechtigte kann – unabhängig vom Willen des Verpflichteten – die Sache durch einseitige Willenserklärung kaufen. Wie beim gewöhnlichen Kaufvertrag muss als objektiv wesentlicher Vertragspunkt insbesondere der Kaufpreis vereinbart werden. Auch beim Kaufsrecht genügt, dass der Kaufpreis bestimmbar ist (vgl. zur Publikation vorgesehenes Urteil 5A_207/2007 vom 20. März 2008 E. 3.3 [= BGE 134 III 332] für das Vorkaufsrecht mit Hinweisen). Der Preis muss, wenn er nicht ziffernmässig festgelegt ist, durch Namhaftmachung der Bemessungskriterien so weit bestimmt sein, dass der gewollte Preis objektiv, ohne neue Einigung der Parteien ermittelt werden kann (so bereits BGE 22 [1896] 640). Ist umstritten, ob der Preis bestimmbar ist, sind die Willenserklärungen der Parteien auszulegen. Dabei sind formbedürftige Rechtsgeschäfte nach denselben Grundsätzen auszulegen wie formfreie, das heisst, es ist nach den gesamten Umständen zu ermitteln, was die Parteien tatsächlich gewollt haben oder – wenn sich dies nicht feststellen lässt – wie ihre Erklärungen nach Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) zu verstehen sind (BGE 127 III 248 E. 3c S. 254, 529 E. 3c S. 532; 122 III 361 E. 4 S. 366). [...]

Steht der nach den allgemeinen Auslegungsmethoden ermittelte Vertragsinhalt fest, ist bei formbedürftigen Verträgen in einem weiteren Schritt zu beurteilen, ob der Inhalt in der gesetzlich vorgeschriebenen Form hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist (BGE 122 III 361 E. 4 S. 366; 121 III 121 E. 4 b/bb S. 124). Wie die öffentliche Beurkundung vorzunehmen ist, bestimmt das kantonale

⁹ KOLLER (FN 1), N 6.61.

Recht (Art. 55 Abs. 1 SchlT/ZGB). Der Begriff der öffentlichen Beurkundung ist jedoch ein solcher des Bundesrechts, welches auch den Umfang des Formzwanges bestimmt (BGE 113 II 402 E. 2a S. 403 f.; 106 II 146 E. 1 S. 147, je mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der herrschenden Lehre fallen dabei alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkte unter die Formvorschrift, die ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages betreffen (BGE 113 II 402 E. 2a S. 404 mit weiteren Hinweisen). [...]

3.2 Die öffentliche Urkunde vom 1. Februar 2001 sieht zu Lasten der Liegenschaft Nr. 1 und zu Gunsten der Beschwerdeführer ein Kaufrecht zu einem Kaufpreis von Fr. 600'000.– [...] zuzüglich wertvermehrender Aufwendungen vor. Was unter wertvermehrenden Aufwendungen verstanden wird, ist umstritten. Die Vorinstanz hat hinsichtlich der Preisabrede «zuzüglich wertvermehrender Aufwendungen» keinen übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen festgestellt. Deshalb ist für die Auslegung des Kaufrechtsvertrags das Vertrauensprinzip massgebend.

Der Begriff «wertvermehrende Aufwendung» ist gebräuchlich und findet sich beispielsweise im Mietrecht, Steuerrecht und bäuerlichen Bodenrecht (Art. 260a Abs. 3 OR, Art. 34 lit. d DBG, Art. 31 Abs. 1 BGG). Nach dem üblichen Sprachgebrauch werden darunter Anschaffungen von bisher nicht vorhandenen Einrichtungen oder der Ersatz von bestehenden durch höherwertige neue Einbauten in eine Liegenschaft verstanden, wobei vorausgesetzt wird, dass die Sache einen Wertzuwachs bzw. einen Mehrwert erfährt [...]. Die Parteien durften und mussten daher unter «wertvermehrenden Aufwendungen» Einbauten verstehen, die am Kaufrechtsgegenstand selber vorgenommen und dessen Wert steigern würden. Da sie über die Bewertung solcher wertvermehrender Aufwendungen keine besonderen Abreden trafen, ist die Preisbestimmung nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass der tatsächlich bezahlte Preis für die wertvermehrende Anschaffung zu entgelten ist. Die Beschwerdeführer bestimmen den Preis für den Ofen insofern zutreffend mit Fr. 6'452.30. [...]

3.4 Weiter ist zu prüfen, ob der ermittelte Vertragsinhalt in der gesetzlichen Form hinreichend zum Ausdruck gebracht worden ist.

Die Parteien haben den Kaufpreis mit «Fr. 600'000.– zuzüglich wertvermehrender Aufwendungen» bestimmt und öffentlich beurkundet. Sie haben damit alle zur Bestimmung des Kaufpreises notwendigen Faktoren verurkundet. [...] Der von den Parteien mit insgesamt Fr. 606'452.30 bestimmte Kaufpreis ist damit auch in der

gesetzlichen Form hinreichend zum Ausdruck gebracht worden.

3.5 Indem die Vorinstanz einen Verstoß gegen Art. 216 Abs. 2 OR bejahte, hat sie Bundesrecht verletzt.»

B. Bemerkungen

Wie in BGE 95 II 309 konnte von einem Formmangel – entgegen der Ansicht des Obergerichts des Kantons Obwalden – von vornherein nicht die Rede sein. Denn die Parteien hatten die von ihnen getroffene Vereinbarung, insbesondere die Kaufpreisabrede, vollständig in der von Art. 216 Abs. 2 OR verlangten Form (öffentliche Beurkundung) zum Ausdruck gebracht. Auch konnte nicht zweifelhaft sein, dass der Kaufpreis im Vertrag genügend bestimmt war, vorausgesetzt, die Parteien hatten sich – tatsächlich oder normativ – auf ein gemeinsames Verständnis der «wertvermehrenden Aufwendungen» geeinigt. Ein tatsächlicher Konsens war nicht erstellt (E. 3.2, erster Absatz), hingegen hat das Bundesgericht mit überzeugenden Gründen einen normativen Konsens bejaht (E. 3.2, zweiter Absatz). Sowohl dem Konsens- als auch dem Formerfordernis war somit *offensichtlich* Genüge getan. Dass die Beschwerdeführer überhaupt genötigt waren, das Bundesgericht zu bemühen, hatte seinen Grund darin, dass sich die kantonalen Gerichte über die sich stellenden Fragen kein klares Bild gemacht und daher letztlich am Ziel vorbeigeschossen hatten.

In ähnlicher Weise wurden Konsens- und Formfrage auch in BGE 145 III 365 vermischt, hier freilich nicht mit Bezug auf ein Grundstückgeschäft, sondern ein arbeitsvertragliches Konkurrenzverbot: Frau A. war Angestellte der B. AG, welche Engroshandel mit Lebensmitteln aller Art betreibt. Sie hatte sich vertraglich verpflichtet, «nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses jede konkurrenzierende Tätigkeit zu unterlassen». Für den Fall einer Verletzung des Konkurrenzverbotes war eine Konventionalstrafe von CHF 30'000 abgemacht. Nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses liess sich A. bei der C. GmbH anstellen, welche als Gastronomieunternehmen wie die B. AG Kaffee und Heissgetränke verkauft. In der Folge klagte die B. AG auf Zahlung der Konventionalstrafe. Die Klage wurde erstinstanzlich abgewiesen, in zweiter Instanz jedoch gutgeheissen. A. rief mit Beschwerde in Zivilsachen das Bundesgericht an. Sie machte u.a. geltend, die Formulierung, sie habe «jede konkurrenzierende Tätigkeit» zu unterlassen, sei ungenügend bestimmt, weshalb das Konkurrenzverbot der Formvorschrift von Art. 340 Abs. 1 OR nicht genüge. Von einem Formmangel konnte jedoch von vornherein nicht die Rede sein, weil die einschlägi-

ge Abmachung umfassend schriftlich festgehalten war. Fraglich konnte lediglich sein, ob die Parteien das Verbot «hinsichtlich Ort, Zeit und Gegenstand» (Art. 340a Abs. 1 OR) näher hätten bestimmen müssen. Das Bundesgericht hat dies zu Recht verneint (E. 3.4 und 3.5 mit Hinweisen auf abweichende Ansichten).

Allerdings ist das Verbot, sich «jeder konkurrenzierenden Tätigkeit» zu enthalten, zu weit gefasst und daher auf das zulässige Mass (Art. 340a Abs. 1 OR) zu reduzieren (Art. 340a Abs. 2 OR). Es ist also teilweise nichtig, aber nicht wegen eines Form- und auch nicht wegen eines Konsensmangels, sondern wegen Verstosses gegen eine zwingende, die Vertragsfreiheit beschränkende Bestimmung. Im Ergebnis entspricht dies der bundesgerichtlichen Auffassung. Das Bundesgericht hat jedoch die verschiedenen Mängel nicht klar unterschieden (s. z.B. S. 371 Mitte, das Rubrum auf S. 365 und das Fazit in E. 3.6). Das dürfte auch der Grund sein, weshalb der Entscheid übermässig lang und schwer verständlich ausgefallen ist. Im Übrigen hat das Bundesgericht die Beschwerde gegen den die Klage gutheissenden Entscheid des Kantonsgerichts Luzern teilweise gutgeheissen und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen, ohne dass sich aus den amtlich publizierten Erwägungen die *ratio decidendi* ableiten liesse. Wer diese in Erfahrung bringen will, muss die nicht amtlich publizierten Erwägungen (E. 4 und 5) zu Rate ziehen. Insgesamt kein Musterbeispiel höchstrichterlicher Rechtsprechung!