

## Übungen Obligationenrecht Allgemeiner Teil

Rechtsanwalt Prof. Dr. Arnold F. Rusch LL.M.  
Universität Fribourg, Sitzung Nr. 4  
11./18. November 2020

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

### Fragen zur Form

- Wann muss man eine Form beachten?
- Welche Formen gibt es?
- Was ist die Folge der Nichtbeachtung?
- Worin liegt die *ratio legis* der Formvorschriften?

### BGE 104 II 99 ff.

- Formmangel: Welche Form wäre es?
- Folge: Nichtigkeit, Art. 20 Abs. 1 OR
- Aber: Ist dies ein sinnvolles Ergebnis?**
- Kriterien des Rechtsmissbrauchs?
  - Zweckwidrigkeit
  - Schutzbedürftigkeit: Grad und Freiwilligkeit der Erfüllung? Kenntnis des Formmangels bei Vertragsschluss und Erfüllung?
  - Formmangel arglistig herbeigeführt?

### Art. 216 OR

- 1 Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstande haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.
- 2 Vorverträge sowie Verträge, die ein Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.
- 3 Vorkaufsverträge, die den Kaufpreis nicht zum voraus bestimmen, sind in schriftlicher Form gültig.

### Art. 22 OR

- 1 Durch Vertrag kann die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werden.
- 2 Wo das Gesetz zum Schutze der Vertragschliessenden für die Gültigkeit des künftigen Vertrages eine Form vorschreibt, gilt diese auch für den Vorvertrag.

**Art. 11 OR**

1 Verträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt.

2 Ist über Bedeutung und Wirkung einer gesetzlich vorgeschriebenen Form nicht etwas anderes bestimmt, so hängt von deren Beobachtung die Gültigkeit des Vertrages ab.

**Art. 18 Abs. 1 OR**

Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.

BSK OR I-Fasel, Art. 216 N 21: „Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass mindestens im Falle einer freiwilligen Abwicklung des formungültigen Geschäftes (insb. der beidseitigen Erfüllung eines Liegenschaftskaufs) eine nachträgliche Berufung auf Formungültigkeit des Vertrages grundsätzlich als rechtsmissbräuchlich qualifiziert wird, von welchem Prinzip höchstens dann abgewichen würde, wenn aus irgendwelchen zusätzlichen Gesichtspunkten nicht die Berufung auf Nichtigkeit des Vertrages, sondern umgekehrt die Aufrechterhaltung des durch die Erfüllung des formungültigen Vertrages geschaffenen Zustandes unbillig, ja selber rechtsmissbräuchlich erscheinen würde.“

BSK OR I-Fasel, Art. 216 N 21: „In BGer, 7.1.1999, 4C.299/1998 (...) beurteilte das BGer bei einem mittels Inhabergrundpfand gesicherten Darlehen und einer Stundungsabrede der Parteien bezüglich eines Teils der Kaufpreisschuld, dass diese Verhältnisse beurkundungspflichtig gewesen wären, so dass der formungültige Grundstückkaufvertrag nichtig und damit unheilbar unwirksam war (...). Das Bundesgericht bestätigt seine Rsp., wonach die den Vertrag freiwillig, irrtumsfrei und mindestens zur Hauptsache erfüllende Partei rechtsmissbräuchlich handle, wenn sie den Restanspruch der Gegenpartei unter Verweis auf den Formmangel verweigere (...). Die Rückforderung des Geleisteten bleibt ausgeschlossen, darüber hinaus gewährt das Bundesgericht trotz formungültigen Vertragsabschlusses gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB einen klagbaren Anspruch auf den ausstehenden Rest.“

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

**Metallmanufaktur AG**  
**Bürgin**

**Hauptschuldner**  
**Weber**

**Koller**  
**Gläubiger**  
**des Haupt-**  
**schuldners**

**Anwalt**  
**Kollers**

**Art. 493 OR**

1 Die Bürgschaft bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Erklärung des Bürgen und der Angabe des zahlenmässig bestimmten Höchstbetrages seiner Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst.

2 Die Bürgschaftserklärung natürlicher Personen bedarf ausserdem der öffentlichen Beurkundung, die den am Ort ihrer Vornahme geltenden Vorschriften entspricht. Wenn aber der Haftungsbetrag die Summe von 2000 Franken nicht übersteigt, so genügt die eigenschriftliche Angabe des zahlenmässig bestimmten Haftungsbetrages und gegebenenfalls der solidarischen Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst.

3-5 (...)

6 Der gleichen Form wie die Bürgschaft bedürfen auch die Erteilung einer besonderen Vollmacht zur Eingehung einer Bürgschaft und das Versprechen, dem Vertragsgegner oder einem Dritten Bürgschaft zu leisten. Durch schriftliche Abrede kann die Haftung auf denjenigen Teil der Hauptschuld beschränkt werden, der zuerst abgetragen wird.

7 (...)

**Art. 111 OR**

Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet.

**CHK-Kut, OR 11 N 23:** „(i) Das Ersatzgeschäft muss inhaltlich im formungültigen Geschäft enthalten sein, (ii) es darf nicht weiter reichen als das von den Parteien beabsichtigte Geschäft und keiner der Parteien strengere Verpflichtungen auferlegen und muss (iii) einen ähnlichen Zweck und Erfolg anstreben wie das nichtige Geschäft. (iv) Die Konversion findet ihre Grenze am Zweck der Formvorschrift, welche die Ungültigkeit des vereinbarten Rechtsgeschäfts begründet, dh sie ist ausgeschlossen, wenn sie auf eine Umgehung dieser Vorschrift hinauslaufen oder zumindest deren Sinn und Zweck widersprechen würde (...).“

Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag kaufte Kurt von Viktor 2019 das Haus Nr. 8. Bei Vertragsunterzeichnung leistete Kurt eine Anzahlung von Fr. 30'000 in bar an den Kaufpreis von Fr. 185'000. Wegen Problemen bei der Finanzierung des Bauprojekts unterzeichneten Kurt und Viktor später im Jahr 2019 folgende schriftliche Vereinbarung Nr. 1: „Haus Nr. 8 wird direkt an einen dritten Käufer weiterverkauft. Die Anzahlung bar Fr. 30'000 wird Kurt zurückbezahlt bei Eigentumsübertragung der Liegenschaft auf den neuen Käufer.“ Da kein neuer Käufer gefunden werden konnte, schlossen Kurt und Viktor 2020 eine weitere Vereinbarung Nr. 2. Für den Fall des Verkaufes bestimmten die Parteien, Viktor habe aus einem allfälligen Gewinn nach Abzug der Kosten die Anzahlung von Fr. 30'000 bar an Kurt zurückzuerstatten. Bei einem Gewinn von weniger als Fr. 30'000 sollte eine entsprechend reduzierte Rückerstattung erfolgen. Kann Kurt gestützt auf eine der Vereinbarungen Fr. 30'000 zurückverlangen?

Viktor \_\_\_\_\_ Kurt  
 Kauf  
 Vereinbarung 1/2  
 Dritter?  
 Wer verkauft dem Dritten, Viktor oder Kurt?

**Art. 12 OR**

Ist für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben, so gilt diese Vorschrift auch für jede Abänderung, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, die mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen.

**Art. 115 OR**

Eine Forderung kann durch Übereinkunft ganz oder zum Teil auch dann formlos aufgehoben werden, wenn zur Eingehung der Verbindlichkeit eine Form erforderlich oder von den Vertragschliessenden gewählt war.

**BGer 4A\_49/2008, E. 2.1:** «Bei der Abgrenzung zwischen Art. 12 OR und Art. 115 OR ist entscheidend darauf abzustellen, ob der unter Einhaltung der Formerfordernisse abgeschlossene Vertrag immer noch, zumindest teilweise, in Kraft steht oder gemäss der betreffenden Vereinbarung der Parteien in seiner Gesamtheit dahingefallen ist. Eine derartige Vertragsaufhebung kann formfrei erfolgen.»

#### Vereinbarung Nr. 1

*Haus Nr. 8 wird direkt an einen dritten Käufer weiterverkauft. Die Anzahlung bar Fr. 30'000 wird Kurt zurückbezahlt bei Eigentumsübertragung der Liegenschaft auf den neuen Käufer.*

#### Vereinbarung Nr. 2

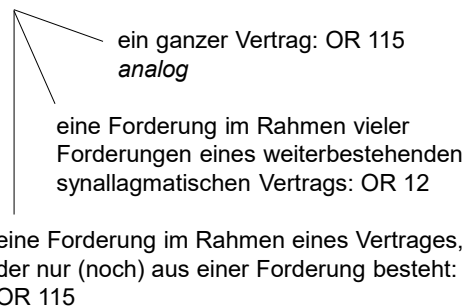
*Viktor hat bei einem allfälligen Verkauf aus einem allfälligen Gewinn nach Abzug der Kosten die Anzahlung von Fr. 30'000 bar an Kurt zurückzuerstatten. Bei einem Gewinn von weniger als Fr. 30'000 erfolgt eine entsprechend reduzierte Rückerstattung.*

#### OR 12 vs OR 115

BGer 5A\_251/2010, E. 6.1.2: *„En revanche, selon l'art. 115 CO, la remise de dette n'est soumise au respect d'aucune forme spéciale, même si, en vertu de la loi ou de la volonté des parties, l'obligation n'a pu prendre naissance que sous une certaine forme. Cela étant, dans un contrat synallagmatique parfait, si la dette remise totalement ou partiellement ne constitue pas la seule obligation restant à exécuter et qu'il subsistera, à charge du créancier disposant, une contre-prestation non supprimée à l'occasion de la remise de dette, la forme requise selon l'art. 12 CO pour toute modification du contrat prévaut (...).”*

#### OR 12 vs OR 115

Aufgehoben wird...



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

**BGE 113 II 402 ff., 404:** «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der herrschenden Lehre fallen dabei sowohl die objektiv als auch die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte unter die Formvorschrift des Grundstückkaufvertrages (...). Allerdings folgt daraus nicht, dass der Formzwang sich auf sämtliche Punkte erstreckt, die für den Abschluss des in Frage stehenden Vertrages wesentlich sind (...). Denn wie die jüngere Lehre richtig differenziert, sind mit den wesentlichen Vertragspunkten, die der Form bedürfen, nur solche Abmachungen gemeint, ...

**BGE 113 II 402 ff., 404 f.:** «...die ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages betreffen (...). Dies ist auch die Meinung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (...). Der Formzwang erstreckt sich bloss auf Abmachungen im Rahmen des Kaufvertrages, nicht auf sonstige Übereinkünfte, auch wenn für die Parteien der Bestand der einen Abrede *conditio sine qua non* für die Zustimmung zur zweiten darstellt (...). Objektive Nebenabreden fallen mithin nur dann zufolge subjektiver Wesentlichkeit unter den Formzwang, wenn sie ihrer Natur nach vom ...»

**BGE 113 II 402 ff., 404 f.:** «...Rahmen eines Kaufvertrages erfasst werden. Dabei müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Einerseits muss die eingegangene Verpflichtung ihren Rechtsgrund in einem Anspruch haben, der nicht ausserhalb des natürlichen Inhalts der Vereinbarung steht, indem das Versprochene die Gegenleistung für den Preis oder für die Überlassung des Eigentums darstellt. Andererseits muss die Verpflichtung in den Rahmen eines Kaufvertrages fallen, die rechtliche Situation der Kaufsache beeinflussen und unmittelbar den Geschäftsinhalt betreffen.»

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

#### **Art. 216 OR**

- 1 Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstande haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.
- 2 Vorverträge sowie Verträge, die ein Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht an einem Grundstück begründen, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung.
- 3 Vorkaufsverträge, die den Kaufpreis nicht zum voraus bestimmen, sind in schriftlicher Form gültig.

#### **Art. 22 OR**

- 1 Durch Vertrag kann die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werden.
- 2 Wo das Gesetz zum Schutze der Vertragschliessenden für die Gültigkeit des künftigen Vertrages eine Form vorschreibt, gilt diese auch für den Vorvertrag.

**BGer, 4A\_281/2014, 17.12.2014, E. 3.2:** «*Unter den Formzwang fallen u.a. auch mit dem Vorvertrag verbundene Konventionalstrafen, die Leistungspflichten bekräftigen sollen, deren Eingehung die Einhaltung der Formvorschriften erfordern würde (...). Hingegen sind Vereinbarungen über Konventionalstrafen bzw. Pauschalvergütungen formlos gültig, wenn sie einzig den Zweck haben, das sogenannte negative Interesse abzugelten, wie beispielsweise Planungsaufwand zu ersetzen, die eine Partei im Vertrauen auf den künftigen Vertragsabschluss gemacht hat (...).*»