

Sachverhalt Nr. 1

Mit öffentlich beurkundetem Vorvertrag vom 21. September 2017 verpflichtete sich Viktor, Kurt mehrere Parzellen für Fr. 1'720'000 zu verkaufen. Auf diesen Parzellen liess Kurt zwischen 2017 und 2018 verschiedene Neubauten errichten. Im November 2017 waren die meisten davon fertiggestellt. Am 3. November 2017 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. *Sind die Verträge gültig? Kann Viktor die Rückübertragung der Grundstücke verlangen? Oder kann Viktor verlangen, dass Kurt die restlichen Fr. 280'000 bezahlt?*

Lösungsvorschlag Nr. 1

Ein Kaufvertrag über ein Grundstück bedarf zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR). Viktor und Kurt haben einen Kaufpreis von Fr. 2 Mio. abgemacht, aber nur einen geringeren Kaufpreis beurkundet. Der *simulierte*, formgültige Vertrag über Fr. 1'720'000 ist nicht gewollt, während das *dissimulierte* Geschäft über Fr. 2 Mio. zwar gewollt (Art. 18 Abs. 1 OR), aber formnichtig ist.¹ Der Vertrag ist folglich nichtig.

Wie sähe die Lösung bei diesem – noch nicht definitiven – Lösungsstand aus? Aufgrund des Kausalitätsprinzips ist das Eigentum am Grundstück mangels gültiger causa nicht auf Kurt übergegangen. Im Mobilien- wie auch im Immobiliarsachenrecht gilt das Kausalitätsprinzip:² Eine Eigentumsübertragung erfolgt nur *ex iusta causa, d.h. mit einem gültigen Grund*. Viktor kann die Grundbuchberichtigungsklage erheben (Art. 975 Abs. 1 ZGB). Die Abgeltung der bereits erstellten Bauten erfolgt nach den Regeln von Art. 671 ff. ZGB. Viktor müsste den bereits bezahlten Kaufpreis nach Bereicherungsrecht an Kurt zurückerstatten.

Viktor beruft sich jetzt auf diese Formnichtigkeit und verlangt die Rückübertragung der Grundstücke. Es stellt sich die Frage, ob dies rechtsmissbräuchlich im Sinne des Art. 2 Abs. 2 ZGB sein könnte. Kurt und Viktor wussten genau, was sie taten. Sie bedürfen deshalb keines Übereilungsschutzes – darin liegt die wichtigste Bedeutung der Formvorschriften. Der Rechtsmissbrauch lässt sich anhand einer *Gesamtwürdigung der Umstände* beurteilen. Anerkannte Fallgruppen helfen, die richtigen Entscheidungen zu treffen. Die wichtigste und vorliegend anwendbare Fallgruppe ist die *beidseitige, freiwillige und irrumsfreie Erfüllung, vollständig oder zumindest zur Hauptsache*.³ Kurt hat den Kaufpreis grösstenteils bezahlt, Viktor hat die Grundstücke übertragen. Dabei befanden sich beide Parteien nicht in einem Irrtum – sie wussten gemäss Sachverhalt beide, dass der Vertrag formnichtig war. Viktor hat überdies zugelassen, dass Kurt bereits mit den Bauarbeiten beginnt.⁴ Es kann Viktor mit der Berufung auf den

¹ Der Sachverhalt basiert auf demjenigen von BGE 104 II 99 ff.: http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=BGE_104_II_99 (11.9.2019).

² Huguenin, OR AT BT, N 69: „Die Übereignung von Sachen folgt dem Kausalitätsprinzip. Für die Übertragung des Eigentums an Grundstücken ordnet Art. 974 Abs. 2 ZGB das Kausalitätsprinzip ausdrücklich an; für Fahrnis gilt es in Analogie zu dieser Bestimmung. Ist z.B. die Eintragung ins Grundbuch bereits erfolgt, das Grundgeschäft aber wegen Formmangels ungültig, kann der Verkäufer im Rahmen der Liquidation des Vertrages auf Berichtigung des Grundbuchs (Art. 975 Abs. 1 ZGB) und der Käufer auf Rückerstattung des Kaufpreises klagen (...).“; vgl. BGE 55 II 302 E. 2; statt vieler auch BGE 121 III 345 E. 2a.

³ Vgl. BGE 140 III 200 E. 4.2 und CHK-Kut, OR 11 N 20, mit weiteren Hinweisen und weiteren Fallgruppen: Die Berufung auf den Formmangel ist nicht missbräuchlich, wenn der formungültige Vertrag in Unkenntnis des Formmangels abgeschlossen und erfüllt wird; missbräuchlich ist die Berufung auf den Formmangel, wenn sie durch die Partei erfolgt, die den Formmangel arglistig herbeigeführt hat; Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn die Berufung auf den Formmangel zweckwidrig erfolgt, um sich Gewährleistungsansprüchen zu entziehen oder eine Wertsteigerung auszunützen.

⁴ Vgl. BGE 104 II 99 ff., 106 f.: „Insbesondere würdigt das Obergericht die entstehenden Schwierigkeiten bei einer nachträglichen Auseinandersetzung zwischen den Parteien über die Entschädigung für Investitionen nicht - in einem gewissen Gegensatz zu BGE 86 II 405 - um ihrer selbst willen, sondern ausdrücklich "unter diesen speziellen Umständen", d.h. namentlich der Tatsache, dass der Kläger im Bewusstsein der Widerrechtlichkeit der Schwarzabrede mit entsprechendem Risiko die Bauinvestitionen des Beklagten vor dem Eigentumsübergang zugelassen hat. Solche Betrachtungsweise ist nicht zu beanstanden (...).“

Formmangel nur darum gehen, die Bezahlung der Schwarzzahlung zu bewirken. Das verdient keinen Schutz, weil es zweckwidrig ist.⁵

Ist die Berufung auf den Formmangel rechtsmissbräuchlich, bleibt die Frage nach dem restlichen Kaufpreis. Strittig ist nach wie vor, ob der Verkäufer Anspruch auf die Schwarzgeldzahlung hat.⁶ Das Rechtsmissbrauchsverbot als *Abwehranspruch* dient *eigentlich* nicht dazu, einen Erfüllungsanspruch auf die Schwarzzahlung abzuleiten (strittig) – gerade das wollte die Rechtsmissbrauchseinrede eigentlich verhindern.⁷ Man kann es aber auch anders betrachten: Wenn Kurt die Schwarzgeldzahlung unter Berufung auf die Formnichtigkeit verweigert, verhält er sich selber auch rechtsmissbräuchlich, denn er hat gleich wie Kurt den Vertrag zur Hauptsache irrtumsfrei und freiwillig erfüllt (strittig; das Bundesgericht sieht dies manchmal anders).⁸

Sachverhalt Nr. 2

Wie verhält es sich, wenn Käufer Kurt und Verkäufer Viktor sich über die Lieferung am Freitag, 21. September, spätestens 10 Uhr von 20 kg frischen Forellen gegen Barzahlung von Fr. 250 geeinigt haben und Käufer Kurt die Annahme der in jeder Hinsicht korrekt gelieferten Fische ohne Angaben von Gründen verweigert? Was ist, wenn die Bezahlung erst eine Woche nach Lieferung fällig ist?

Lösungsvorschlag Nr. 2

Beim Barkauf kommt Art. 214 Abs. 1 OR zur Anwendung: *«Ist die verkaufte Sache gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben und befindet sich der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge, so hat der Verkäufer das Recht, ohne weiteres vom Verträge zurückzutreten.»* «Ohne Weiteres» bedeutet, dass er auf die sonst notwendige Nachfrist verzichten kann. Der erwähnte Rücktritt ist als gesamtes Wahlrecht im Sinne des Art. 107 Abs. 2 OR zu verstehen – nicht nur der Rücktritt steht offen. Kurt kann folglich auf der Leistung des Kaufpreises beharren oder auf diesen verzichten und den Verzicht mit dem positiven oder negativen Interesse kombinieren.⁹ Der

⁵ Vgl. BGE 104 II 99 ff., 107: „Missbrauch sieht das Obergericht auch darin, dass es dem Kläger vorab darum gehe, vom Beklagten die nur mündlich vereinbarte Zahlung von zusätzlichen Fr. 100'000.- nachträglich doch noch erhältlich zu machen. Es verweist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass der Kläger in der erstinstanzlichen Replik ausführen liess: "Der Kläger will eigentlich nur die versprochene Geldleistung, d.h. die Fr. 100'000.- nebst Ersatz des ihm entstandenen Schadens...". Solches Bestreben ist in der Tat durch den Zweck der Form nicht gedeckt. Wer mit der Geltendmachung eines Formmangels die Leistung einer unterbliebenen Schwarzzahlung zu betreiben sucht, missbraucht das Recht.“

⁶ Vgl. die Darstellung der Streitlage bei CHK-Kut, OR 11 N 20.

⁷ Vgl. BGE 104 II 99 ff., 104 und 107: „Wer mit der Geltendmachung eines Formmangels die Leistung einer unterbliebenen Schwarzzahlung zu betreiben sucht, missbraucht das Recht.“

⁸ Vgl. CHK-Kut, OR 11 N 20, Huguenin, N 371: „Ist der Vertrag von den Parteien indessen freiwillig und irrtumsfrei erfüllt worden, stellt die Berufung auf den Formmangel ein widersprüchliches Verhalten dar (*venire contra factum proprium*), welches nach Art. 2 Abs. 2 ZGB keinen Rechtsschutz verdient. Dies gilt unter Umständen sogar dann, wenn der Vertrag noch nicht vollständig, aber zur Hauptsache, erfüllt wurde, namentlich die Schwarzzahlung noch aussteht.“ i.V.m. N 374: „Indessen: Wurde der Vertrag freiwillig, irrtumsfrei und mindestens in der Hauptsache erfüllt, – so das Bundesgericht in einem neueren Entscheid – besteht ein Anspruch auf die Restleistung. Diese unter Berufung auf einen Formmangel zu verweigern, wäre ebenfalls rechtsmissbräuchlich.“; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 556 f. und Schwenzer, N 31.34; den Restanspruch bejahend BGER 4C.175/2003, E. 3.2: „So hat das Bundesgericht etwa entschieden, dass 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 (...). Eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Formmangel schliesst die Rückforderung des Geleisteten aus und begründet darüber hinaus einen klagbaren Anspruch auf die ausstehende Restleistung (...). Im genannten Entscheid vom 7. Januar 1999 hat das Bundesgericht einen Anspruch auf restanzliche Erfüllung eines irrtumsfrei bereits überwiegend erfüllten Vertrags zudem aus dem Gedanken der Vertrauenshaftung bejaht (...).“ und BGER 4C.299/1998 in recht 2001, 68 ff. (Anspruch aus Vertrauenshaftung); vgl. BGE 112 II 107 ff., 112; den Erfüllungsanspruch ablehnend BGER 5C.275/2002, E. 2.3: „Zum zweiten übersehen die Kläger, dass es bei Art. 2 Abs. 2 ZGB um die Verweigerung von Rechtsschutz für offenbaren Rechtsmissbrauch geht. In diesem Sinn hat das Rechtsmissbrauchsverbot als Abkomme der römisch-rechtlichen *exceptio doli* negative Wirkung bzw. defensiven Charakter und es ist deshalb grundsätzlich ausgeschlossen, gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB auf Erfüllung eines - vorliegend ohnehin zwischen Dritten geschlossenen - Vertrages resp. auf Erbringung ausstehender Leistungen zu klagen (...).“; vgl. BGER 4C.21/2007, E. 5.3: „Decisivo ai fini del presente giudizio è il fatto che, stando a quanto accertato dalla Corte ticinese, il convenuto non ha mai intrapreso alcunché per concretizzare la promessa di donazione. Questo significa infatti che, quand'anche si potesse imputare al convenuto un comportamento abusivo, l'attore non potrebbe comunque trarne beneficio poiché, per un principio invalso, l'art. 2 cpv. 2 CC - eccezion fatta per il caso descritto al consid. 3.1, in cui il contratto è già stato adempiuto nella sua parte essenziale - non conferisce il diritto di esigere dalla controparte l'adempimento di un contratto inficiato nella forma (...).“

⁹ BSK OR I-Koller, Art. 214 N 2: «Bar- und Praenumerandokauf. Hier kann der Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers «ohne weiteres» vom Verträge zurücktreten. Eine Nachfristansetzung i.S.v. Art. 107 ist nicht vorausgesetzt. Der Verkäufer wird insoweit gegenüber der allgemeinen Regelung begünstigt. Abgesehen hiervon entspricht Art. 214 (Abs. 1/2) dem Art. 107: Einmal muss der

Selbsthilfeverkauf, der einen geringeren Erlös als den versprochenen Kaufpreis abwirft, wäre dann mit dem Verzicht auf die Leistung und der Wahl des Nichterfüllungsschadens (positives Interesse) unter Anwendung der Differenztheorie einforderbar.¹⁰

Bei der postnumerando-Variante wäre theoretisch nur der Gläubigerverzug anwendbar, da der Kaufpreis noch gar nicht fällig ist – es sei denn, man bejahe eine generelle Annahmepflicht, wie es Teile der Lehre tun.¹¹ Kurt ist im Gläubigerverzug. Die „Sache“ ist aber eindeutig für eine Hinterlegung nicht geeignet, denn sie ist dem schnellen Verderben ausgesetzt. Für diesen Fall sieht Art. 93 Abs. 1 OR vor, nach vorgängiger Androhung mit Bewilligung des Richters die Sache öffentlich verkaufen zu lassen. Dass dies bei frischen Fischen nicht geht und der ganze Aufwand sich für 20 kg nicht lohnt, leuchtet ein. Art. 93 Abs. 2 OR sieht deshalb vor, dass bei Sachen von geringem Wert ein Selbsthilfeverkauf ohne *Androhung durch den Richter* erfolgen kann. Eine richterliche Genehmigung wäre dennoch nötig,¹² doch erscheint auch diese hier als überflüssig, wenn der Schuldner bereit ist, einen allfälligen Mindererlös zu tragen.¹³

Eine realitätsnähere, adäquate und gesetzeskonforme Lösung ergibt sich aber durch das Verhalten Kurts: *Wer nicht annehmen will, will auch nicht bezahlen.*¹⁴ Koller sagt dazu treffend: *«Ist der Käufer nicht zur Annahme verpflichtet, besteht also eine blosser Annahmepflicht, so verschafft die Nichtannahme der Kaufsache das Recht, nach Art. 107 vorzugehen, nicht. Doch ist zu beachten, dass in der Weigerung, die Ware anzunehmen, nach der Rsp. i.A. auch eine konkludente Zahlungsverweigerung zu sehen ist; die Bestimmung gelangt dann aus diesem Grund zur Anwendung, soweit sie nicht durch Art. 214 verdrängt wird (BGE 110 II 148, 151; 49 II 28, 32 f.; ZR 1926, 227 Nr. 150, 323 Nr. 207 [...]; die frühere Rsp. war teilweise zurückhaltender: vgl. z.B. BGE 28 II 263, 270 E. 7 [...]; ZBJV 1904, 673; 1921, 238). Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Anwendbarkeit von Art. 107 spielt daher die Rechtsnatur der Annahmepflicht (Rechtspflicht oder Obliegenheit?) praktisch keine grosse Rolle.»*¹⁵

Verkäufer dem Käufer «sofort» («unverzüglich») i.S.v. Art. 107 Abs. 2) Mitteilung machen, wenn er auf dessen Leistung verzichten will. Zum andern entspricht das «Rücktrittsrecht» von Art. 214 Abs. 1 inhaltlich dem Wahlrecht von Art. 107 Abs. 2 (Merz Th., 71, 96). Der Verkäufer, der auf die Leistung des Käufers verzichten will, kann somit – bei Verschulden des Käufers – den Vertrag auflösen, die eigene Leistung zurückbehalten (Rücktritt im technischen Sinn) und Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen (Art. 109 Abs. 2; BGE 90 II 294); oder er kann am Vertrag festhalten, die eigene Leistung erbringen und Ersatz des positiven Vertragsinteresses beanspruchen (Austauschtheorie; BGer, SJ 1987, 607 f. E. 2b; ZBJV 1913, 285, 295 mit eingehender Begründung; BK-Giger, N 42).»

¹⁰ Zu den verschiedenen Wahlrechten vgl. Huguenin, N 906.

¹¹ Vgl. Huguenin, N 2463: *„Die Rechtsprechung und ein kleiner Teil der Lehre sprechen sich dafür aus, dass der Käufer in Schuldnerverzug gerät, wenn er die Annahme der Kaufsache verweigert. Der überwiegende Teil der Lehre dagegen betrachtet die «Annahmepflicht» grundsätzlich als blosser Obliegenheit. Wird sie missachtet, kommen lediglich die Regeln über den Gläubigerverzug nach Art. 91 ff. OR zur Anwendung. Nur wenn die Verkäuferin ausnahmsweise ein besonderes und für den Käufer erkennbares Interesse an der Wegschaffung der Ware hat, besteht eine echte Annahmepflicht, deren Verletzung Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR) auslöst. 199 Als Beispiel hierfür kann der Kauf eines Warenlagers wegen Räumung angeführt werden“, unter Hinweis auf BGE 111 II 156 E. 2; BSK OR I-Koller, Art. 211 N 5: „Es ist für beliebige Verträge anerkannt, dass der Gläubiger zur Annahme rechtlich verpflichtet ist, wenn der Schuldner daran ein besonderes Interesse hat und dieses Interesse dem Gläubiger bei Vertragsabschluss erkennbar war (...). Bei Vorliegen dieser Voraussetzung trifft den Käufer auch abgesehen von Art. 211 eine klagbare Pflicht, die Kaufsache anzunehmen. Ihn weitergehend (generell) zur Annahme zu verpflichten, kann nicht der Sinn von Art. 211 sein. Die Bestimmung ist einschränkend zu interpretieren – i.S. einer Beweislastregel: Es gilt die widerlegbare Vermutung, dass ein besonderes Annahmeverhalten des Verkäufers besteht und demgemäss eine Annahmepflicht des Käufers. Diese Vermutung rechtfertigt sich mit Rücksicht darauf, dass der Kauf Umsatzvertrag ist und der Verkäufer im Normalfall, auf den unsere Bestimmung Bezug nimmt, die Kaufsache «los» sein will; das gilt namentlich im kaufmännischen Verkehr (...). Die Rechtslage beim Kauf ist somit nicht prinzipiell anders als bei andern Verträgen. Hier wie dort hängt die Bejahung einer Annahmepflicht von einem speziellen Annahmeverhalten ab. Während aber ein solches Interesse beim Kauf den gesetzlichen Normalfall bildet, bildet es ausserhalb des Kaufrechts den vom Schuldner zu beweisenden Ausnahmefall.“*

¹² Vgl. Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N 2459: *„Art. 93 Abs. 2 erleichtert den Selbsthilfeverkauf bei Sachen mit Börsen- oder Marktpreis oder von unverhältnismässig geringem Wert. Der Verkauf braucht entgegen Art. 93 Abs. 1 nicht öffentlich zu erfolgen; auch kann eine vorgängige Androhung durch den Richter unterbleiben. Den Interessen der Gläubigerin wird durch die richterliche Bewilligungspflicht Rechnung getragen.“*

¹³ Vgl. Bucher, OR AT, 323 f.: *„Auch ohne richterliche Bewilligung muss der Verkauf auf eigene Verantwortung mit gleicher Wirkung möglich sein. Es hat der Richter im Hauptprozess zu entscheiden, ob der Verkauf zulässig war oder nicht, wobei diesfalls der Schuldner wohl glaubhaft zu machen hat, dass ein Verkauf aufgrund richterlicher Bewilligung keinen höheren Erlös gebracht hätte.“*

¹⁴ Vgl. BGE 110 II 148 E. 1a: *„Cependant lorsque le refus d'accepter la chose ou d'accomplir les actes préparatoires – comme de passer commande par exemple – est lié au refus de payer le prix, il y a demeure de l'acheteur, débiteur du prix, avec les effets visés aux art. 103 à 109 CO.“*

¹⁵ BSK OR I-Koller, Art. 211 N 13.