



Kommentar zu: Urteil: [4A_390/2015](#) vom 18. November 2015
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

Qualifikation einer Zusatzvereinbarung zu einem Mietvertrag

Abgrenzung des Vorvertrags von vorvertragsnahen Vertragstypen (Urteil des Bundesgerichts 4A_390/2015 vom 18. November 2015)

Autor / Autorin

Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

Das Bundesgericht qualifizierte in seinem Urteil vom 18. November 2015 eine Zusatzvereinbarung zu einem Mietvertrag – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – nicht als Vorvertrag zu einem Grundstückkaufvertrag, sondern als pactum de non contrahendo cum tertio. Dabei bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Art. 18 OR, wonach Erklärungen der Parteien erst dann nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt werden dürfen, wenn der übereinstimmende wirkliche Wille nicht festgestellt werden kann.

Sachverhalt

[1] Am 22. Oktober 2004 schloss A. mit B.B. und C.B. einen bis zum 31. Dezember 2006 befristeten Mietvertrag über die Liegenschaft D. in U. mit Mietbeginn ab 1. Januar 2005 ab. In einer Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag vereinbarten die Parteien u.a. Folgendes:

«- [...]»

- Mietvertrags-Auflösung per 30.06.2006 möglich, als Übergang zu Kaufvertrag.

- Kaufpreis D., in U.:

Fr. 800'000.00 [...]

Festpreiszusage bis 31.12.2006;

Anzahlung Fr. 40'000.00 [...] (5% des Kaufpreises), dafür verpflichtet sich [A.], bis zum 31.12.2006 keine weiteren Kaufinteressenten zu suchen.

- [...]»

[2] Der geplante Kauf der gemieteten Liegenschaft in U. kam jedoch nicht zustande. In der Folge entbrannte zwischen den Parteien im Wesentlichen ein Streit darüber, ob A. die CHF 40'000.00 aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückzahlen muss.

[3] Das Bezirksgericht Zofingen verneinte in seinem Urteil vom 21. Juni 2012 einen Anspruch von B.B. und C.B. auf Rückerstattung der Anzahlung. Gegen dieses Urteil erhoben beide Parteien Berufung an das Obergericht des Kantons Aargau. Mit Entscheid vom 2. Juli 2015 verpflichtete das Obergericht A., die Anzahlung zzgl. 5% Zins B.B. und C.B. zurückzuzahlen. Gegen diesen Entscheid gelangte A. mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte u.a., die Klage von B.B. und C.B. auf Rückzahlung der Anzahlung sei abzuweisen.

Erwägungen

[4] Das Bundesgericht stellte fest, dass das Bezirksgericht die CHF 40'000.00 als Haftgeld im Sinne eines Angeldes qualifiziert habe. Dieses sei A. verfallen, weil der Kaufvertrag aus Gründen gescheitert sei, die B.B. und C.B. zu vertreten hatten. Demgegenüber habe die Vorinstanz angenommen, die Zusatzvereinbarung sei ein Vorvertrag zu einem Grundstückkaufvertrag, welcher der öffentlichen Beurkundung bedürfe. Unter Hinweis auf [BGE 140 III 200](#) habe die Vorinstanz weiter festgehalten, dass auch Konventionalstrafen unter den Formzwang fielen, wenn diese Leistungspflichten sichern sollten. Im Ergebnis sei die Vorinstanz zum Schluss gelangt, dass die Abrede über die fragliche Anzahlung nach dem Willen der Parteien ein Haftgeld, Reugeld oder eine Konventionalstrafe für den Fall des Nichtzustandekommens des Grundstückkaufvertrages gewesen sei. Folglich sei die bloss einfach schriftlich verfasste Zusatzvereinbarung infolge Formmangels nichtig und B.B. und C.B. hätten aus ungerechtfertigter Bereicherung einen Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Anzahlung. (E. 3.1.)

[5] Ziel der Vertragsauslegung im Sinne von Art. 18 Abs. 1 [OR](#) sei es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (sog. *subjektive Vertragsauslegung*). Könne der tatsächliche Wille der Parteien nicht festgestellt werden, seien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen (sog. *objektivierte Vertragsauslegung*). Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip dürfe laut Bundesgericht jedoch nicht zu einem normativen Konsens führen, der so von keiner Partei gewollt sei. (E. 3.2.)

[6] Das Bundesgericht rief in Erinnerung, dass durch den Vorvertrag die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werde (Art. 22 Abs. 1 [OR](#)). Der Vorvertrag verschaffe somit einer oder beiden Parteien das Recht, den Abschluss des Hauptvertrages zu verlangen (sog. *positive Verpflichtung*). Ein Vorvertrag enthalte gleichzeitig aber auch implizit die *negative Verpflichtung*, diesen Hauptvertrag nicht mit einer Drittpartei abzuschliessen. Nach den Feststellungen der Vorinstanz hätten beide Parteien übereinstimmend ein Vertragsverständnis gehabt, wonach durch Abschluss der Zusatzvereinbarung noch keine Kaufverpflichtung vereinbart worden sei. Gestützt auf diese Feststellung erwog das Bundesgericht, dass die streitgegenständliche Zusatzvereinbarung nicht als Vorvertrag qualifiziert werden könne, auch wenn die Parteien bereits den Kaufpreis bestimmt hatten. Es handle sich hierbei um eine sog. *Punktuation*, d.h. die Fixierung eines im Verlauf von Vertragsverhandlungen erreichten Zwischenergebnisses. Indem die Vorinstanz die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt und dadurch die Zusatzvereinbarung als Vorvertrag qualifiziert habe, habe sie Bundesrecht verletzt. (E. 3.3./3.4.)

[7] Die Verpflichtung von A. während zwei Jahren auf die Suche von anderen Kaufinteressenten zu verzichten, qualifizierte das Bundesgericht als Exklusivvereinbarung (sog. *pactum de non contrahendo cum tertio*). Das Bundesgericht erwog, die Gegenleistung dafür sei die Zahlung der CHF 40'000.00 gewesen. Dies ergebe sich namentlich aus der Verknüpfung im Vertragstext mit dem Wort *dafür* («Anzahlung Fr. 40'000.00 [...], dafür

verpflichtet sich [A.], bis zum 31.12.2006 keine weiteren Kaufinteressenten zu suchen»). Somit sollte dieser Betrag A. verfallen, sofern es nicht zum Kauf komme und A. keinen Drittkäufer suche. Wäre es hingegen zu einem Kauf gekommen, wäre der fragliche Betrag in den Augen des Bundesgerichts an den Kaufpreis angerechnet worden. Im Ergebnis hielt das Bundesgericht fest, dass A. nicht verpflichtet sei, die Anzahlung zurückzuerstatten und hiess die Beschwerde teilweise gut. (E. 3.4./5.)

Kurzkommentar

[8] Die Abgrenzung des Vorvertrags zu vorvertragsnahen Vertragstypen kann *in praxi* – wie das vorliegende Urteil exemplarisch aufzeigt – Schwierigkeiten bereiten. Neben der klassischen Figur des Vorvertrags gibt es im Stadium vor Abschluss des Hauptvertrags noch weitere Formen der einseitigen oder zweiseitigen Selbstbindung, welche eine sachliche Nähe zum Vorvertrag aufweisen (ERNST A. KRAMER, in: Arthur Meier-Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991, Art. 22 N. 53). Dazu können neben den vom Bundesgericht erwähnten Erscheinungsformen auch die *Letter of Intent*, das *Memorandum of Understanding*, Vorfeldvereinbarungen, Vereinbarungen über den Verhandlungsablauf (*Instructions to Proceed*) oder Rahmen- sowie Grundverträge gezählt werden (siehe Auflistung bei: CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 22 N. 24 ff.). Die Bezeichnung dieser vorvertragsnahen Vertragstypen ist in der (internationalen) Vertragspraxis ambivalent und es stellen sich heikle Abgrenzungsprobleme (WOLFGANG STRAUB, Informatikrecht, Bern 2004, S. 75). In Anwendung von Art. 18 OR ist daher jeweils der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien zu ermitteln (ERNST A. KRAMER, a.a.O., Art. 22 N. 54; siehe generell dazu: DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Stellvertretungsrecht bei Abschluss eines Trödelvertrags](#), in: dRSK, publiziert am 31. August 2015, N. 12 m.w.H.). Sollten die Parteien eine Vereinbarung bspw. irrtümlicherweise als *Letter of Intent* bezeichnet haben, obwohl sie eigentlich einen Vorvertrag abschliessen wollten, wird dem natürlichen Konsens der Parteien durch die *falsa demonstratio non nocet*-Regel zum Durchbruch verholfen (ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN, in: Arthur Meier-Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986, Art. 18 N. 83). Diesfalls sind allerdings die Formvorschriften anwendbar, die sich auf den tatsächlich gewollten Vertrag beziehen ([BGE 57 II 142](#) E. 1 S. 147 f.).

[9] Wie das Bundesgericht in Erwägung 3.3. treffend festhält, lassen sich Vorverträge von vorvertragsnahen Vertragstypen anhand ihres Wesensmerkmals, der *Kontrahierungspflicht*, abgrenzen. Im Einzelfall muss somit stets durch Auslegung ermittelt werden, ob eine Kontrahierungspflicht vereinbart wurde (siehe Urteil des Bundesgerichts [4C.409/2005](#) vom 21. März 2006 E. 2.3.1). *In casu* gelangte das Bundesgericht zum Ergebnis, dass die Parteien keine endgültige Vertragsbindung entstehen lassen wollten und qualifizierte die CHF 40'000.00 als Gegenleistung für die Exklusivvereinbarung. Folgerichtig war A. nicht zur Rückerstattung verpflichtet, da diese Abrede formfrei geschlossen werden konnte. Dieses Urteil ist u.E. im Ergebnis korrekt. Allerdings ist die Begründung des Urteils teilweise dogmatisch fragwürdig und widersprüchlich. Denn laut Bundesgericht wären die fraglichen CHF 40'000.00 – ohne dies genauer zu begründen – im Falle eines Kaufes an den Kaufpreis angerechnet worden.

[10] Die in der Wirtschaftspraxis als Anzahlung (oder Reservierungsgebühr) bezeichnete Abrede stellt im Rechtsinne ein *Haftgeld* dar, welches zur *Sicherung eines erst versprochenen künftigen Vertragsschlusses* dient und vor dem eigentlichen Vertragsschluss gegeben wird (sog. *arra pacto imperfecto data*). Dieses Haftgeld soll verfallen, wenn der Geber den Vertragsschluss verweigert (THOMAS PIETRUSZAK, in: Heinrich Honsell [Hrsg.], Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 158 N. 5; HERMANN BECKER, in: Hermann Becker [Hrsg.], Berner Kommentar, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Bern 1945, Art. 158 N. 2; ARNOLD ESCHER/ANDREAS VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1984, § 88 S. 288 f.). Die h.L. qualifiziert die *arra pacto imperfecto data* als *Vorvertrag*, wobei als Parteiwille vermutet werden dürfe, dass es sich um *Angeld* handle (EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, § 29 S. 519; FELIX R. EHRAT/MARKUS WIDMER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 158

N. 10). Die Verabredung von Haftgeld stärkt die *vertragliche Bindungswirkung* mit Bezug auf den abzuschliessenden Hauptvertrag (statt vieler: KATJA ROTH PELLANDA/DIETER DUBS, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen – Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Zürich 2012, Art. 158 N. 3 m.w.H.). Unterliegt der Hauptvertrag einem gesetzlichen Formerfordernis gilt dieses auch für den Vorvertrag mit Bezug auf die *arra pacto imperfecto data* (THOMAS PIETRUSZAK, a.a.O., Art. 158 N. 8; Urteil des Bundesgerichts [4C.399/2005](#) vom 10. Mai 2006 E. 4.4.3 *in fine*; a.A. NICOLAS R. HERZOG, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Diss. iur. Zürich 1999, N. 205). Etwas anderes gilt freilich in Bezug auf Klauseln, welche bloss das *negative Vertragsinteresse* in Form einer Konventionalstrafe abgelteten wollen. Diese können formfrei geschlossen werden, wenn die Parteien damit nicht die formbedürftige Hauptverpflichtung bekräftigen wollen (Urteil des Bundesgerichts [4A_281/2014](#) vom 17. Dezember 2014 E. 3.2; [BGE 140 III 200](#) E. 5.3; DAVIDE GIAMPAOLO/MARKUS VISCHER, [Gültigkeit von Konventionalstrafen in formmangelbehafteten Vorverträgen zu Grundstückkäufen \(Art. 216 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 2 OR\)](#), in: dRSK, publiziert am 27. Februar 2015, N. 9 f.).

[11] Aus dem Gesagten folgt, dass die Zahlung einer Geldsumme nicht Gegenleistung für eine Exklusivvereinbarung und zugleich Haftgeld sein kann, da sich die beiden Rechtsinstitute *begriffslogisch ausschliessen*. Schliessen die Parteien nämlich eine Exklusivvereinbarung ab, haben sie noch keinen endgültigen Bindungswillen in Bezug auf das fragliche Rechtsgeschäft. Die bezahlte Summe dient einzig dazu, die verpflichtete Partei dafür zu entschädigen, dass sie während eines bestimmten Zeitraumes den Vertrag nicht mit Dritten abschliesst. Demgegenüber besitzen die Parteien, welche in einem Vorvertrag eine *arra pacto imperfecto data* vereinbaren, diesen endgültigen Bindungswillen hinsichtlich des versprochenen Hauptvertrages und sichern den künftigen Vertragsschluss durch Hingabe des Haftgeldes. Das Haftgeld dient diesfalls als Anzahlung, welche die Bindungswirkung verstärkt. Der Ansicht des Bundesgerichts in Bezug auf die *bivalente Funktion* der in Frage stehenden Anzahlung kann demnach nicht gefolgt werden. Eine «Umwandlung» der bereits im Rahmen der Exklusivvereinbarung geleisteten CHF 40'000.00 in eine Anzahlung an den Grundstückkaufpreis hätte *in casu* einer ausdrücklichen nachträglichen Parteiabrede bedurft, welche überdies hätte öffentlich beurkundet werden müssen, da die «Anzahlung» ein *objektiv wesentlicher Punkt* darstellt (Art. 216 Abs. 1 [OR](#)).

Zitiervorschlag: Dario Galli / Markus Vischer, Qualifikation einer Zusatzvereinbarung zu einem Mietvertrag, in: dRSK, publiziert am 25. Februar 2016

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch