



Kommentar zu: Urteil: [4A\\_637/2014](#) vom 15. September 2015  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

## Formungültiger Vorvertrag zu einem Kaufrechtsvertrag

### Abgrenzung des Reugelds vom Haftgeld

#### Autor / Autorin

Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

#### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil vom 15. September 2015 hat das Bundesgericht seine Praxis (BGE 140 III 200) bestätigt, wonach Klauseln in Vorverträgen, welche einen (mittelbaren) Erfüllungszwang in Bezug auf die formbedürftige Hauptverpflichtung bewirken, ebenfalls vom Formzwang erfasst sind.*

### Sachverhalt

[1] C. räumte A. (Beschwerdeführer) und D. mit öffentlicher Urkunde vom 20. Mai 2009 ein abtretbares Kaufsrecht auf dem in ihrem Eigentum stehenden Grundstück in Lugano ein.

[2] Der Beschwerdeführer und D. schlossen am 27. Oktober 2009 zusammen mit B. (Beschwerdegegner) eine in einfacher Schriftlichkeit verfasste Vereinbarung mit dem Titel «Abtretungsversprechen eines Kaufsrechts» ab. Darin hielten sie fest, dass vom Gesamtpreis in der Höhe von CHF 2'550'000.– der Beschwerdegegner eine Anzahlung von CHF 100'000.– zu bezahlen habe. Sie vereinbarten weiter, dass die Anzahlung ein vertragliches Reugeld für den Fall sei, dass die notarielle Urkunde betreffend die Abtretung des Kaufsrechts nicht unterzeichnet werden sollte. Die Parteien hatten sich unabdingbar verpflichtet, die zugehörige notarielle Urkunde innert fünf Tagen nach der Räumung der Immobilie durch die Mieter und in jedem Fall vor dem 30. April 2010 (effektives Verfallsdatum des ursprünglichen Kaufsrechts) zu unterzeichnen.

[3] Der Erwerb des Kaufsrechts war zusätzlich von vier Bedingungen abhängig: Fehlen von noch geltenden Mietverträgen (1), Vorlage von Bestätigungen betreffend die Einhaltung der geltenden Rechtsvorschriften bezüglich der elektrischen und sanitärischen Anlagen (2), Zahlungsbelege betreffend die Gas- und Elektrizitätsrechnungen (3) und schliesslich die erfolgte Zahlung der Versicherungsprämien für die Immobilie für die Jahre 2008–2009 (4).

[4] Nachdem der Beschwerdegegner am 29. Oktober 2009 dem Beschwerdeführer und D. CHF 100'000.– auf deren Konto überwiesen hatte, teilte er ihnen am 4. Dezember 2009 mit, dass er nicht mehr am Erwerb des Kaufsrechts interessiert sei, und bat vergeblich um die Rückzahlung der Anzahlung.

[5] Der Bezirksrichter des Bezirks Lugano hat den Beschwerdeführer und D. mit Urteil vom 8. August 2013 unter solidarischer Haftbarkeit verurteilt, dem Beschwerdegegner CHF 100'000.– zu bezahlen, und die gegen die Zahlungsbefehle erhobenen Rechtsvorschläge beseitigt.

[6] Mit Urteil vom 30. September 2014 hat das Appellationsgericht des Kantons Tessin das gegen dieses Urteil erhobene Rechtsmittel des Beschwerdeführers abgewiesen. Hiergegen gelangte der Beschwerdeführer am 6. November 2014 mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

## Erwägungen

[7] Der Beschwerdeführer rügte vor Bundesgericht eine Verletzung von Art. 2 Abs. 2 [ZGB](#). Er behauptete, dass die von der Rechtsprechung vorgesehenen Bedingungen für die Anerkennung eines Rechtsmissbrauchs erfüllt seien, insbesondere weil die Parteien gegenseitig in Kenntnis des Formmangels den Vertrag erfüllt hätten. Er machte weiter geltend, dass in jedem Fall die Nichtigkeit der Vereinbarung nicht das darin enthaltene Reugeld betreffe. (E. 4.)

[8] Das Bundesgericht stellte fest, der Beschwerdeführer bestreite zwar nicht, dass das Abtretungsversprechen des Kaufsrechts der Form der öffentlichen Beurkundung bedürfe. Allerdings behaupte er, dass die durch den Formmangel hervorgerufene Nichtigkeit nicht das zwischen den Parteien vereinbarte Reugeld betreffe, da es sich hierbei um keine wesentliche Klausel handle. Das Bundesgericht erklärte, dass eine Nebenabrede, womit die Parteien die Hauptverpflichtung zu bekräftigen beabsichtigen und deren Abschluss sich als nichtig erweist, dem Schicksal der Hauptverpflichtung folgt ([BGE 140 III 200](#) E. 5.3 m.w.H.). Aufgrund der unbestrittenen Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Urteil der Vorinstanz sei der Zweck des Reugelds genau der soeben beschriebene. Daraus folge, dass sich diese Rüge des Beschwerdeführers als unbegründet erweise und das vereinbarte Reugeld nichtig sei. (E. 5.)

[9] Der Beschwerdeführer beanstandete weiter, dass sich der Beschwerdegegner rechtsmissbräuchlich verhalte, indem er sich auf die Nichtigkeit des Vertrags berufe. Zur Begründung führte er namentlich an, dass die Parteien in Kenntnis des Formmangels die Vereinbarung erfüllt hätten, da die vier Bedingungen erfüllt worden seien und die Anzahlung getätigt worden sei. (E. 6.)

[10] Um zu bestimmen, ob bei einem Grundstücksverkauf ein Rechtsmissbrauch vorliegt, messe die Rechtsprechung dem möglichen Umstand besondere Bedeutung zu, dass die Parteien freiwillig und in Kenntnis des Formmangels den nichtigen Vertrag vollständig oder zumindest in der Hauptsache erfüllt haben ([BGE 140 III 200](#) E. 4.2 m.w.H.). Vorliegend seien jedoch nur die vorbereitenden Bedingungen erfüllt worden, die wesentliche Voraussetzung für die Erfüllung des Vorvertrags sei jedoch nicht erfüllt: Es fehle nämlich der Abschluss des Abtretungsvertrags betreffend das Kaufsrecht in notarieller Form ([BGE 140 III 200](#) E. 4.2). Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass dem Beschwerdeführer nicht einmal die Behauptung helfe, der Beschwerdegegner habe auf den Erwerb des Kaufsrechts ohne triftige Gründe verzichtet. Diese Argumentation berücksichtige nämlich nicht die Tatsache, dass die Möglichkeit, die Meinung bis zur Unterzeichnung der notariellen Urkunde zu ändern, dem nicht erfüllten Formerfordernis immanent sei: Die in Art. 216 [OR](#) vorgesehene Form der öffentlichen Beurkundung habe insbesondere den Zweck, die Parteien vor übereilten Entscheidungen zu schützen und ihnen eine fachkundige Beratung zu gewährleisten ([BGE 140 III 200](#) E. 4.2 m.w.H.). Das Bundesgericht gelangte daher zum Ergebnis, dass sich der Beschwerdegegner nicht rechtsmissbräuchlich verhalten habe und wies die Beschwerde ab. (E. 6./7.)

## Kurzkommentar

[11] Dem Bundesgericht bot dieses Urteil die Gelegenheit, sich erneut mit der Frage zu beschäftigen, wann eine Nebenabrede (i.c. ein «Reugeld», siehe zur Qualifikation aber Rz. 22 hiernach) in einem Vorvertrag zu einem Kaufrechtsvertrag an einem Grundstück dem Formzwang von Art. 216 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 2 [OR](#) unterstellt ist. Es bestätigte seine Praxis, wonach Klauseln in Vorverträgen, welche einen (mittelbaren) Erfüllungszwang in Bezug auf die formbedürftige Hauptverpflichtung bewirken, ebenfalls vom Formzwang erfasst sind. Demgegenüber sind Ersatzvereinbarungen wie z.B. Konventionalstrafen zur Absicherung der *culpa in contrahendo* oder Schadenspauschalierungen zur Abgeltung des negativen Interesses nicht öffentlich zu beurkunden (*leading case* [BGE 140 III 200](#) E. 5.3 und 5.5 = Pra 2014, S. 817 f., besprochen von DAVIDE GIAMPAOLO/MARKUS VISCHER, [Gültigkeit von Konventionalstrafen in formmangelbehafteten Vorverträgen zu Grundstückskäufen \[Art. 216 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 2 OR\]?](#), in: dRSK, publiziert am 27. Februar 2015; siehe auch Urteil des Bundesgerichts [4A\\_281/2014](#) vom 17. Dezember 2014 E. 3.2., besprochen von ANNINA LIPPUNER/MARKUS VISCHER, [Formungültige Abgeltungsvereinbarung eines Grundstückkaufvorvertrages](#), in: dRSK, publiziert am 6. März 2015).

[12] Leistet eine Partei bei Vertragsschluss (oder unmittelbar danach) eine Geldzahlung, handelt es sich um ein sog. *Handgeld* (Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2007 E. 4.4, in: CaS 2007, S. 474 f.; siehe auch EUGEN BUCHER, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 515; PETER WIDMER, Rechtsfragen beim Vereinswechsel von Berufsfussballspielern, in: BJM 2002, S. 72). Der Gesetzgeber stellt in Art. 158 [OR](#) diverse dispositive Regeln auf, wie solche bei Vertragsschluss erbrachten Zahlungen zu behandeln sind (BERNHARD BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Bern 2012, N. 1807; kritisch MARC WOLFER, Reurecht und Reugeld auf vertraglicher Grundlage, Diss. St. Gallen 2011 = SGRW Band Nr. 22, Zürich/St. Gallen 2012, N. 61 und Fn. 143). Der deutsche Gesetzestext verwendet den Terminus Handgeld nicht, sondern spricht von Haftgeld, Reugeld, Angeld und Draufgeld, ohne aber diese Begriffe zu definieren (KUKO OR-THOMAS PIETRUSZAK, Basel 2014, Art. 158 N. 1; siehe auch [BGE 84 II 151](#) E. 2). Diese Begriffe sollen im Folgenden erläutert werden. Zum besseren Verständnis sei einleitend darauf hingewiesen, dass Haft- und Reugeld Unterarten des Handgeldes darstellen und die Unterscheidung zwischen An- und Draufgeld grundsätzlich nur beim Haftgeld bedeutsam ist.

[13] Wird bei Vertragsschluss ein Handgeld gezahlt, ist in einem ersten Schritt mittels Auslegung gemäss Art. 18 [OR](#) zu ermitteln, ob es sich um ein Haft- oder ein Reugeld handelt (CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N. 1242). Nach der gesetzlichen Vermutung von Art. 158 Abs. 1 [OR](#) sind solche Zahlungen als Haftgeld zu qualifizieren.

[14] Unter *Haftgeld* (*arra confirmatoria* oder *arra pacto perfecto data*) i.S.v. Art. 158 [OR](#) wird gemeinhin eine Summe verstanden, welche bei Vertragsschluss oder unmittelbar danach – zum Beweis des Vertragsschlusses – *tatsächlich* geleistet wird (sog. *Bekräftigungsgeld*, siehe THEODOR BÜHLER, Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in: Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier [Hrsg.], Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg i.Üe. 1982, S. 159; BK-HERMANN BECKER, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, 2. Aufl., Bern 1945, Art. 158 N. 1; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSANNE EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, N. 3862; ARNOLD ESCHER/ANDREAS VON TUHR, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, 3. Aufl., Zürich 1984, § 88 S. 287). Wird dagegen lediglich *versprochen*, zu einem späteren Zeitpunkt einen bestimmten Betrag zu leisten, fällt diese Abrede nicht unter die gesetzlichen Bestimmungen über das Haftgeld ([BGE 133 III 43](#) E. 3.2.1).

[15] Wird das Haftgeld auf die Hauptleistung angerechnet, d.h. dient es mithin der Vertragserfüllung und stellt somit die erste Rate einer in mehreren Teilzahlungen zu leistenden Geldsumme dar, spricht man von *Angeld* resp. Anzahlung (BERGER, a.a.O., N. 1808; KUKO OR-PIETRUSZAK, a.a.O., Art. 158 N. 3). *Draufgeld* (oder Aufgeld) bedeutet demgegenüber eine zur Forderung des Berechtigten zusätzlich hinzukommende Zuwendung (BSK OR I-FELIX R. EHRAT/MARKUS WIDMER, 6. Aufl. 2015, Art. 158 N. 1). In alter Zeit hatte das Draufgeld (wohl) den Sinn, den Vertragsschluss durch Sachhingabe wie z.B. einer Münze oder durch ein Weinpand zu bekräftigen (BERGER,

a.a.O., N. 1809; BUCHER, a.a.O., S. 516 Fn. 5). Im heutigen Wirtschaftsverkehr spielt das Draufgeld jedoch keine nennenswerte Rolle mehr, da viele Verträge in einfacher Schriftlichkeit abgefasst werden (ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 27 N. 7). Entsprechend ist die gesetzliche Vermutung, dass ein Haftgeld vermutungsweise als Draufgeld anzusehen ist, sofern Vertrag oder Ortsgebrauch nicht etwas anderes bestimmen (Art. 158 Abs. 2 [OR](#)), restriktiv zu handhaben (statt vieler BUCHER, a.a.O., S. 516 f.).

[16] Abzugrenzen ist dieser Grundtypus des Haftgeldes (*arrha confirmatoria*) einerseits von der *arrha poenalis* (siehe sogleich Rz. 17 hiernach) und andererseits von der *arrha pacto imperfecto data* (siehe sogleich Rz. 18 hiernach).

[17] In der heutigen Vertragspraxis wird das Haftgeld oft zur Sicherung der Vertragserfüllung verwendet (sog. *arrha poenalis*). Dabei vereinbaren die Parteien, dass das Haftgeld im Falle der Nichterfüllung des Vertrags durch den Geber beim Empfänger verbleibt. Es handelt sich funktionell um eine zum Voraus entrichtete Konventionalstrafe (zum Ganzen KUKO OR-PIETRUSZAK, a.a.O., Art. 158 N. 4; ESCHER/VON TUHR, a.a.O., § 88 S. 288). Auf die *arrha poenalis* gelangen entsprechend die Bestimmungen über die Konventionalstrafe, insbesondere Art. 163 Abs. 3 [OR](#), analog zur Anwendung ([BGE 133 III 43](#) E. 3.4 und 3.7).

[18] Dient das Haftgeld der Sicherung eines vorvertraglich geschuldeten künftigen Vertragsschlusses, spricht man von der *arrha pacto imperfecto data* (einlässlich DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Qualifikation einer Zusatzvereinbarung zu einem Mietvertrag](#), in: dRSK, publiziert am 25. Februar 2016, N. 10; siehe auch NICOLAS R. HERZOG, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Diss. Zürich 1999, N. 204). Im Wirtschaftsverkehr wird sie häufig als «Anzahlung» oder «Reservierungsgebühr» bezeichnet. Wird damit der künftige Vertragsschluss gesichert, nimmt die h.L. an, dass es sich um einen Vorvertrag handelt (statt vieler BUCHER, a.a.O., S. 519; BSK OR I-EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 158 N. 10). Unterliegt der Hauptvertrag einem gesetzlichen Formerfordernis gilt dieses auch für den Vorvertrag mit Bezug auf die *arrha pacto imperfecto data* (Urteil des Bundesgerichts [4C.399/2005](#) vom 10. Mai 2006 E. 4.4.3 *in fine*). Eine «Anzahlung» oder «Reservierungsgebühr» kann jedoch auch nur dazu dienen, als Konventionalstrafe die *culpa in contrahendo* abzusichern oder als Schadenspauschalierung das negative Vertragsinteresse (z.B. den Planungsaufwand) abzugelten. Eine solche Ersatzvereinbarung kann *formlos* vereinbart werden ([BGE 140 III 200](#) E. 5.3 und 5.5 = Pra 2014, S. 817 ff.; ALFRED KOLLER, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückskauf, 2. Aufl., Bern 2001, § 3 N. 124 ff.; kritisch MARC WOLFER, Urteilsbesprechung [BGE 140 III 200](#), in: AJP 2015, S. 965 f.; zur Abgrenzung der Konventionalstrafe von der Schadenspauschalierung, z.B. LOUIS ISELI, Aus der Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Luzern, in: ZBJV 2012, S. 878 ff. oder Urteil des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 23. Oktober 1984, in: SJZ 1986, S. 66 ff.; ferner zur Qualifikation der *Break-up fee*, z.B. CHRISTIAN TANNÒ, Break-up fee-Vereinbarungen in Unternehmenszusammenschlussverträgen nach schweizerischem, deutschem, britischem und US-amerikanischem Gesellschaftsrecht, Diss. Zürich 2012 = SSHW Band Nr. 307, Zürich/St. Gallen 2012, N. 610 ff.; MARC WOLFER, Reverse Break Fee-Vereinbarungen, in: GesKR 2012, S. 433 ff.). Wie bei der *arrha poenalis* verfällt die *arrha pacto imperfecto data* im Sinne einer Konventionalstrafe, wenn der Geber den Vertragsschluss verweigert (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N. 3863; Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 24. März 2014 E. 4.2, in: ZWR 2014, S. 279 f.; GALLI/VISCHER, a.a.O., N. 10). Es ist deshalb davon auszugehen, dass die *arrha pacto imperfecto data* bei Nichterfüllung des Vorvertrags, d.h. Nichteingehen des Hauptvertrags durch den Geber, ebenso wie die ihr verwandte *arrha poenalis* der Herabsetzung durch den Richter gemäss Art. 163 Abs. 3 [OR](#) unterliegt (vgl. KUKO OR-PIETRUSZAK, a.a.O., Art. 158 N. 5).

[19] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine bei Vertragsschluss geleistete Zahlung vermutungsweise als Haftgeld (*arrha confirmatoria*) anzusehen ist, welche einzig den Vertragsschluss dokumentiert (Art. 158 Abs. 1 [OR](#); BK-BECKER, a.a.O., Art. 158 N. 3; OFK-DANIEL STAFFELBACH, Obligationenrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 158 N. 3). Sofern nicht ein anderslautender Parteiwille ermittelt werden kann, sind solche Zahlungen grundsätzlich als gewöhnliche Anzahlungen, welche der Vertragserfüllung dienen, zu qualifizieren.

[20] Eine *Reuklausel* ermöglicht hingegen beiden Parteien gegen Überlassung der entsprechenden Summe (sog. *Reugeld*), ohne Angabe eines Grundes, d.h. willkürlich, vom Vertrag zurückzutreten (Art. 158 Abs. 3 [OR](#); INGBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, N. 72.01; einlässlich WOLFER, a.a.O., N. 10 ff.; ALFRED KOLLER, Reugelder bei Grundstückkaufverträgen, in: ZBJV 2009, S. 73 ff.). Es handelt sich hierbei um einen Anwendungsfall der sog. *alternativen Ermächtigung*, da der Berechtigte die Wahl besitzt, entweder den Vertrag zu erfüllen oder gegen Überlassung des Reugeldes zurückzutreten ([BGE 84 II 151](#) E. 2; siehe auch BÜHLER, a.a.O., S. 160 f.). Erfüllen die Parteien den Vertrag, d.h. üben sie das Rücktrittsrecht nicht aus, ist das Reugeld als Anzahlung zu qualifizieren (Art. 158 Abs. 3 [OR](#) *e contrario*; so der überwiegende Teil der Lehre, z.B. HUGUENIN, a.a.O., N. 1249; a.A. BSK OR I-EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 158 N. 11). Zu beachten gilt, dass nach Rechtsprechung des Bundesgerichts Reugelder nicht analog zu Art. 163 [OR](#) herabgesetzt werden können (Urteil des Bundesgerichts [4C.97/2004](#) vom 23. Juni 2004 E. 3.1.2). Abzugrenzen ist das Reugeld von der sog. *Wandelpön* (Art. 160 Abs. 3 [OR](#)), einer Unterart der Konventionalstrafe. Die Wandelpön gewährt im Gegensatz zur Reuklausel nur einer Partei, d.h. dem Schuldner, gegen Leistung der Konventionalstrafe ein Rücktrittsrecht vom Vertrag. Die Wandelpön ist sodann erst im Moment des Rücktritts geschuldet und unterliegt als Konventionalstrafe zudem der Herabsetzung durch den Richter (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N. 3810; KUKO OR-PIETRUSZAK, a.a.O., Art. 158 N. 6).

[21] Dem Haft- und Reugeld ist gemeinsam, dass beide grundsätzlich *formfrei* abgeschlossen werden können, wobei sie aber als vertragliche Nebenabreden einen gültigen Vertrag voraussetzen. Unterliegt der Vertrag (z.B. ein Grundstückkauf) einem Formerfordernis, gilt dies auch für die Haftgeld- und Reuklausel (KUKO OR-PIETRUSZAK, a.a.O., Art. 158 N. 7 f.). Ist der Vertrag ungültig oder wird er durch Parteiübereinkunft aufgehoben, ist ein bereits geleistetes Haft- oder Reugeld zurückzuerstatten (Art. 62 ff. bzw. Art. 109 [OR](#); siehe auch BSK OR I-EHRAT/WIDMER, a.a.O., Art. 158 N. 8 und 12 m.w.H.). Diese zwei Rechtsinstitute können anhand der Bindungswirkung zum Vertrag voneinander abgegrenzt werden. Ein Haftgeld (sowie eine Konventionalstrafe) verstärkt die vertragliche Bindung, wohingegen ein Reugeld (und eine Wandelpön) diese mindert resp. die Möglichkeit eines willkürlichen Rücktritts bietet (gl. A. CHK-KATJA ROTH PELLANDA, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen [Art. 1–183 OR], 3. Aufl. 2016, Art. 158 N. 3).

[22] *In casu* verpflichtete sich der Beschwerdegegner eine Anzahlung von CHF 100'000.– zu leisten. Diese Anzahlung sollte nach dem Parteiwillen beim Beschwerdeführer und D. verbleiben, wenn es nicht zur Unterzeichnung des Hauptvertrags, d.h. dem Kaufrechtsvertrag, kommen sollte. Die Zahlung erfolgte lediglich zwei Tage nach Vertragsschluss. Bei dieser Anzahlung handelt es sich u.E. um ein Haftgeld (*arrha pacto imperfecto dato*). Sinn und Zweck dieser Abrede war es nämlich, einen (mittelbaren) Erfüllungszwang in Bezug auf den Abschluss des Kaufrechtsvertrags zu schaffen. Keinesfalls sollte die vertragliche Bindung durch Einräumung eines Rücktrittsrechts (Reugeld) geschwächt werden (für weitere Beispiele aus der Rechtsprechung, z.B. Urteil des Kantonsgerichts Wallis vom 24. März 2014, in: ZWR 2014, S. 277 ff.; Urteil des Bundesgerichts [4C.271/2003](#) vom 17. Februar 2004). Entgegen der von Parteien gewählten Bezeichnung handelt es sich folglich eben gerade nicht um ein Reugeld. Die falsche Bezeichnung der fraglichen Klausel als «Reugeld» ist gemäss der *falsa demonstratio non nocet*-Regel jedoch unbeachtlich. Folgerichtig ist die streitgegenständliche Vereinbarung als formbedürftige Haftgeldabrede zu qualifizieren, welche – wie das Bundesgericht treffend urteilte – mangels öffentlicher Beurkundung nichtig ist.

[23] Mit dem Bundesgericht und entgegen dem Beschwerdeführer ist das Verhalten des Beschwerdegegners aufgrund des von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalts nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Nach stetiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Vertrags wegen Formmangels insbesondere dann rechtsmissbräuchlich, wenn die Parteien freiwillig und in Kenntnis des Formmangels den nichtigen Vertrag vollständig oder zumindest in der Hauptsache erfüllt haben (statt vieler [BGE 140 III 200](#) E. 4.2 m.w.H. = Pra 2014, S. 815). Vorliegend war gemäss der Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nicht erwiesen, dass der Beschwerdeführer überhaupt Kenntnis vom Formerfordernis gehabt hat (E. 3). Ferner haben die Parteien – wie das Bundesgericht richtigerweise festhielt – den Vorvertrag in der Hauptsache nicht erfüllt (E. 5). Der Vorvertrag wäre in seiner Hauptsache erfüllt worden, wenn die Parteien den öffentlich zu

beurkunden Kaufsvertrag unterzeichnet hätten. Daran ändert – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdegegner bereits eine Anzahlung geleistet hat (siehe zum Ganzen auch PASCAL PICHONNAZ/SÉBASTIEN GUIROLAN, Le contrat de réservation: outil pratique et réalités juridiques, in: Not@lex 2013, S. 148 ff.). Die Berufung des Beschwerdegegners auf die Nichtigkeit der streitgegenständlichen Vereinbarung und die Rückforderung der Anzahlung war u.E. folglich zulässig. Das Urteil des Bundesgerichts verdient daher auch in diesem Punkt Zustimmung.

**Zitiervorschlag:** Dario Galli / Markus Vischer, Formungültiger Vorvertrag zu einem Kaufsvertrag, in: dRSK, publiziert am 26. August 2016

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

**Weblaw AG** | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**