



Kommentar zu: Urteil: [4A_573/2016](#) vom 19. September 2017
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Formungültigkeit eines Vorvertrages

Autor / Autorin

Carmen Spichiger, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & PARTNERS
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_573/2016 vom 19. September 2017 urteilte das Bundesgericht, dass die rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Formungültigkeit eines Vorvertrages nicht geschützt werde. Es ordnete in der Folge die Erfüllung des formungültigen Vorvertrages an, obwohl bis dahin noch keine Leistungserfüllung stattgefunden hatte.

Sachverhalt

[1] A.F. und A.H. waren Eigentümer von 4 Parzellen. Z erwarb die Parzellen Nr. 3 und Nr. 4, X die Parzellen Nr. 1 und Nr. 2. Es war vorgesehen, dass die Parzelle 2 anschliessend zwischen X und Z aufgeteilt wird. Am 28. Oktober 2005 unterzeichneten das Ehepaar A (A.F. und A.H.) und X den Kaufvertrag betreffend die Parzelle 2 (Totalfläche 40'682 m²). Gemäss Kaufvertrag war ein Teil dieser Fläche (28'182 m²) an die Bauern T. H. und T. F. verpachtet, wobei die von der Pacht betroffene Fläche auf der Parzelle 2 nicht genau bestimmbar war und offenbar auch über die Zeit variierte. X übernahm den Pachtvertrag mit T.H. und T. F.

[2] Am selben Tag, also am 28. Oktober 2005, schlossen X, als Verkäuferin, und Z, als Käufer, einen öffentlich beurkundeten Vorvertrag über den Kauf einer Fläche von 28'182 m² auf der Parzelle 2 zu einem Preis von CHF 76'091.40 ab. Der Vorvertrag verpflichtete die Parteien zum Abschluss eines definitiven Kaufvertrages, sobald sie die erforderlichen Bewilligungen gemäss dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 ([BGBB](#)) erhalten haben. Der Vorvertrag sah zudem eine Konventionalstrafe in der Höhe von CHF 76'091.40 für den Fall vor, dass eine Partei den Abschluss des definitiven Kaufvertrages verhindern sollte. Die Konventionalstrafe musste gemäss Wortlaut des Vorvertrages auch dann bezahlt werden, wenn der Kaufvertrag schlussendlich durch ein gerichtliches oder schiedsgerichtliches Urteil zustande kommen sollte.

[3] Am 23. November 2005 schlossen die Verkäuferin (X), als Verpächterin, und der Käufer (Z), als Pächter, zudem einen Pachtvertrag betreffend eine Fläche von 28'182 m² für eine Dauer von 30 Jahren ab. Gleichzeitig verpflichtete sich die Verkäuferin (X), den Pachtvertrag mit T.H. und T.F. per

31. Dezember 2011 aufzulösen. In der Folge wirkte die Verkäuferin (X) freiwillig bei der Bestimmung der massgebenden Fläche auf der Parzelle 2 durch den Geometer mit. Mit Verfügung vom 1. Juni 2012 teilte der Regierungsstatthalter des Berner Juras den Parteien mit, dass keine Bewilligung für den Verkauf des Vertragsobjekts notwendig sei und der Käufer (Z) das Grundstück erwerben könne. Am 24. August 2012 informierte die Verkäuferin (X) den Käufer (Z), dass sie den Vorvertrag nicht mehr erfüllen und die ganze Parzelle 2 für sich behalten wolle.

[4] Daraufhin erhob der Käufer (Z) Klage gegen die Verkäuferin (X) vor dem Regionalgericht Berner Jura-Seeland (Aussenstelle Berner Jura). Mit Urteil vom 9. Dezember 2015 ordnete das Regionalgericht die Übertragung des Eigentums der streitigen Parzelle an den Käufer (Z) gegen Bezahlung des Kaufpreises von CHF 76'091.40 an. Gleichzeitig verurteilte es die Verkäuferin (X) zur Bezahlung einer reduzierten Vertragsstrafe in der Höhe von CHF 20'000. Dagegen legte die Verkäuferin (X) Berufung vor dem Obergericht des Kantons Bern ein. Das Obergericht wies die Berufung in seinem Urteil vom 1. September 2016 ab. Gegen dieses Urteil erhob die Verkäuferin (X) Beschwerde in Zivilsachen vor dem Bundesgericht. Die Verkäuferin (X) beantragte, es sei festzustellen, dass der Vorvertrag sowie der Pachtvertrag vom 23. November 2005 nichtig sind. Subsidiär machte die Verkäuferin (X) geltend, dass die Konventionalstrafe keinen kumulativen Charakter habe und die Bezahlung der Konventionalstrafe ausreiche, um sie von jeglichen weiteren Verpflichtungen gegenüber dem Käufer (Z) zu befreien.

Erwägungen

[5] Das Bundesgericht hielt fest, dass die «promesse de vente» (deutsch Verkaufsversprechen) in zwei Formen vorkomme, nämlich als «promesse unilatérale» unter Beteiligung einer Partei und als «promesse bilatérale» unter Beteiligung zweier Parteien. Es entspreche konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der Vorvertrag («promesse [bilatérale] de vente») (Art. 22 des Obligationenrechts [\[OR\]](#)) bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthalten müsse. Gewisse Autoren seien zwar anderer Meinung und wollen Vorvertrag und Hauptvertrag auseinanderhalten. Im vorliegenden Fall könne die Frage aber offengelassen werden (E. 4.2 Ingress und E. 4.2.1).

[6] Das Bundesgericht führte weiter aus, dass der Vorvertrag über einen Grundstückkauf, wie der Grundstückkauf selber (Art. 216 Abs. 1 OR), der öffentlichen Beurkundung bedürfe (Art. 216 Abs. 2 OR). Die öffentliche Beurkundung müsse alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte beinhalten. Sie müsse sich zudem auf die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte erstrecken, aber nur insoweit, als diese ihrer Natur nach ein Element des Kaufvertrages bilden. Dies sei der Fall bei Vertragselementen, welche das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung berühren. Diese Elemente seien in der öffentlichen Urkunde mit genügender Präzision zu beschreiben. Die Angabe einer Fläche genüge nicht, vielmehr müsse bestimmt (oder bestimmbar) sein, wo auf dem Grundstück sich die Fläche befinde. Zudem müssen in der öffentlichen Urkunde alle Gegenleistungen für das Grundstück und der Kaufpreis, welcher mit dem effektiv vereinbarten Kaufpreis übereinstimme, festgehalten sein. Wenn dies nicht der Fall sei, sei die Urkunde nichtig (Art. 11 Abs. 2 OR). Die Nichtigkeit des formungültigen Vorvertrages über einen Grundstückkauf sei zwingend und von Amtes wegen festzuhalten (E. 4.2.2 und 4.2.3).

[7] Das Bundesgericht urteilte, dass im vorliegenden Fall zwar die Fläche des Grundstücks in der öffentlichen Urkunde bestimmt, der Urkunde aber keinen Plan betreffend Form und Lage des Kaufgegenstandes beigefügt worden sei. Es fehle damit an der notwendigen öffentlichen Beurkundung aller wesentlichen Vertragselemente, weshalb der Vorvertrag nichtig sei (E. 4.3).

[8] Weiter prüfte das Bundesgericht, ob die Berufung auf den Formmangel im vorliegenden Fall rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches ([ZGB](#)) war. Wenn ein Rechtsmissbrauch vorliege, müssen die rechtlichen Folgen bestimmt werden. Diese können nicht explizit Art. 2 Abs. 2 ZGB entnommen werden. Vielmehr sei diejenige Lösung zu wählen, die es am besten erlaube, den Rechtsmissbrauch zu beseitigen oder dessen Folgen zu korrigieren. Ein

Rechtsmissbrauch liege u.a. dann vor, wenn ein Recht ausgeübt werde, ohne dass ein Interesse an der Ausübung des Rechts vorliege, das Recht nicht schonend ausgeübt werde, ein Recht ausgeübt werde, wobei die betroffenen Interessen in einem krassen Missverhältnis stehen, die Ausübung des Rechts zum eigenen früheren Verhalten im Widerspruch stehe oder das Recht zweckwidrig ausgeübt werde (E. 5.1).

[9] Das Bundesgericht führte weiter aus, dass es bei der Prüfung des Rechtsmissbrauchs bei nichtigen Grundstückkäufen ein grosses Gewicht auf die freiwillige und gegenseitige Erfüllung des nichtigen Vertrages lege. Im Falle der vollständigen Vertragserfüllung sei der Rechtsmissbrauch regelmässig zu bejahen. Rechtsmissbrauch liege aber im Regelfall auch dann vor, wenn der Vertrag zwar nicht zur Gänze, aber zur Hauptsache erfüllt worden sei (E. 5.2.1).

[10] Umgekehrt könne eine Partei, welche noch nicht oder jedenfalls nicht zur Hauptsache erfüllt habe, in der Regel nicht mit dem Argument des Rechtsmissbrauchs zur Erfüllung gezwungen werden. In solchen Fällen sei eher eine Schadenersatzpflicht dieser Partei gestützt auf culpa in contrahendo in Betracht zu ziehen. Das Bundesgericht wende aber keine strikten Regeln an, weshalb es bei Vorliegen besonderer Umstände durchaus möglich sei, dass ein Rechtsmissbrauch vorliege, auch wenn der betroffene Vertrag noch nicht oder nicht zur Hauptsache erfüllt worden sei (E. 5.2.3).

[11] Insbesondere liege auch ein Rechtsmissbrauch vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig gebraucht werde. Das sei dann der Fall, wenn eine Partei sich zum Schutz ihrer Interessen auf zwingendes Recht berufe, wobei die Interessen in Tat und Wahrheit nicht mehr existieren oder auf andere Weise bereits geschützt seien. Das gelte insbesondere auch, wenn sich eine Partei zweckwidrig auf einen Formmangel berufe (E. 5.3).

[12] Das Bundesgericht urteilte, dass im vorliegenden Fall die Verkäuferin (X) freiwillig bei der Bestimmung der betroffenen Fläche auf der Parzelle 2 mitgewirkt und sich dabei zu keiner Zeit auf die Nichtigkeit des Vorvertrages berufen habe. Entsprechend habe sie sich zweckwidrig auf die Formungültigkeit berufen. Es liege deshalb ein Rechtsmissbrauch seitens der Verkäuferin (X) vor, auch weil sie die, durch ihr Verhalten bei der Feststellung der betroffenen Fläche auf der Parzelle 2 erweckte berechnete Erwartung des Käufers (Z) durch andere Massnahmen, wie die Vereinbarung einer Konventionalstrafe und den Abschluss eines Pachtvertrages, zusätzlich verstärkt habe (E. 5.4).

[13] Zum subsidiären Argument der Verkäuferin (X), dass die Konventionalstrafe keinen kumulativen Charakter habe, führte das Bundesgericht aus, dass eine Konventionalstrafe (Art. 160 OR), welche die Sicherung der Erfüllung einer Verpflichtung bezwecke, von dieser Verpflichtung abhängig sei und ihrem rechtlichen Schicksal als Nebenrecht folge. Wenn der Vorvertrag, welcher die Konventionalstrafe enthalte, nichtig sei, gelte dies auch für die Konventionalstrafe (Art. 163 Abs. 2 OR). Wenn aber die Geltendmachung der Nichtigkeit des Vorvertrages als rechtsmissbräuchlich beurteilt und die Erfüllung des Vorvertrages verlangt werden könne, so könne auch die Bezahlung der Konventionalstrafe verlangt werden. Eine Ausnahme bilde die Konventionalstrafe, die lediglich das negative Interesse, namentlich im Zusammenhang mit einer culpa in contrahendo-Haftung, erstatte. In einer solchen Konstellation könne die Konventionalstrafe auch in einem einfachen schriftlichen Vorvertrag gültig vereinbart werden ([BGE 140 III 200](#) E. 5 S. 202 ff.) (E. 6.1.1).

[14] Das Bundesgericht urteilte, dass im vorliegenden Fall die Konventionalstrafe unbestrittenermassen die Erfüllung des Vorvertrages sichere und aufgrund der rechtsmissbräuchlichen Berufung der Verkäuferin (X) auf die Formungültigkeit des Vorvertrages, die Erfüllung der Konventionalstrafe verlangt werden könne (E. 6.1.2).

[15] Im Weiteren urteilte das Bundesgericht, dass sich der kumulative Charakter der Konventionalstrafe klar aus dem Wortlaut des Vorvertrages ergebe (E. 6.2, 6.3).

[16] Das Bundesgericht wies die Beschwerde vollumfänglich ab (E. 8).

Kurzkomentar

[17] Der vorliegende Fall ist ein «Lehrbuchfall» und gab dem Bundesgericht die Gelegenheit, verschiedene Rechtsfragen abzuhandeln.

[18] Als Erstes bestätigte das Bundesgericht seine konstante Rechtsprechung zum Umfang des Formzwangs bei Grundstückkaufverträgen (und Vorverträgen betreffend Grundstücke). Es führte aus, dass die objektiv wesentlichen Punkte zu beurkunden seien, worunter das Bundesgericht die typenwesentlichen Punkte, also Kaufgegenstand und Kaufpreis, versteht (ALFRED KOLLER, Der Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, 111). Die subjektiv wesentlichen Punkte seien nur insoweit zu beurkunden, als sie «ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstückkaufvertrages betreffen» ([BGE 113 II 402](#) E. 2a). Damit folgt das Bundesgericht in Bezug auf den Umfang des Formzwangs beim Grundstückkaufvertrag der sogenannten eingeschränkten subjektiven Theorie (MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, 477). Diese Theorie ist nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen. Sie vermischt Formumfang und Konsensumfang und verkennt, dass der Formumfang betreffend Nebenabreden lediglich objektiv, d.h. abstrakt, und keinesfalls individuell-konkret anhand der konkreten Willenserklärungen der Parteien bestimmt werden darf, zumal die Urkundsperson bei der Beurkundung weder den wirklichen noch den hypothetischen Willen der Parteien wirklich feststellen kann (zum Ganzen VISCHER/GALLI, a.a.O., 478 ff.). Es sollte deshalb besser der gemässigten objektiven Theorie gefolgt werden, wonach die typenwesentlichen Punkte und die Nebenabreden soweit zu beurkunden sind, als Letztere den unentbehrlichen Geschäftskern des Vertrages beschlagen, d.h. mit den typenwesentlichen Vertragspunkten untrennbar verbunden sind (zum Ganzen VISCHER/GALLI, a.a.O., 476, 480 ff.).

[19] Das Bundesgericht fasste weiter seine konstante Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch im Allgemeinen zusammen. Es rief in Erinnerung, dass sich der Gehalt der Rechtsmissbrauchsbestimmung von Art. 2 Abs. 2 ZGB nur mittels Bildung von Fallgruppen erschliessen lässt. Gemäss dem hier besprochenen Urteil liegt ein Rechtsmissbrauch u.a. in folgenden Fallkategorien vor: (1) Ausübung eines Rechts, ohne dass ein Interesse an der Rechtsausübung vorliegt, (2) nicht schonende Ausübung eines Rechts, (3) Ausübung eines Rechts, wobei die betroffenen Interessen in einem krassen Missverhältnis stehen, (4) Ausübung eines Rechts im Widerspruch zu eigenem früheren Verhalten, oder (5) zweckwidrige Ausübung eines Rechts (s. zu diesen Fallgruppen auch BSK ZGB I-HONSELL, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 2 N 37 ff.). Die Erkenntnis und entsprechend das Verdienst, dass Art. 2 Abs. 2 ZGB wie jede Generalklausel mittels Fallgruppen und Typisierungen erschlossen werden kann, ist MERZ zuzuschreiben (BSK ZGB I-HONSELL, a.a.O., Art. 2 N 37 mit Hinweis auf BK-MERZ, Einleitung und Personenrecht, Bern 1962, Art. 2 ZGB N 285 ff.). Das Verdienst des hier besprochenen Urteils ist, dass es in Erinnerung ruft, dass nicht nur der Tatbestand, sondern auch die Rechtsfolge von Art. 2 Abs. 2 ZGB mittels Typisierungen zu erschliessen ist, weil Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht **eine** Rechtsfolge vorschreibt (s. auch MARKUS VISCHER, Entscheidbesprechungen, Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein, Miete, Pacht, (3) BGER 4A_703/2016: Kündigung Mietvertrag: Begründung der Kündigung kein Gültigkeitserfordernis, AJP 2017, 1137, 1139, wonach die Anordnung der Anfechtbarkeit einer missbräuchlichen Kündigung in Art. 271 Abs. 1 OR und Art. 273 OR ein Anwendungsfall einer gesetzlichen Typisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB in Bezug auf die Rechtsfolge ist). Das Bundesgericht führte entsprechend im hier besprochenen Urteil aus, dass die Rechtsfolge eines Rechtsmissbrauchs nicht explizit Art. 2 Abs. 2 ZGB entnommen werden könne, und bestätigte damit implizit, dass Art. 2 Abs. 2 ZGB nicht **eine** Rechtsfolge anordnet, sondern die Rechtsfolgen in Fallgruppen bestimmt werden müssen. Es ist dabei diejenige Lösung zu wählen, die es am besten erlaubt, den Rechtsmissbrauch zu beseitigen oder dessen Folgen, auch die zukünftigen Folgen, zu korrigieren.

[20] Das Bundesgericht rief weiter seine konstante Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch beim formungültigen Grundstückkauf im Besonderen in Erinnerung. Danach kann ein Rechtsmissbrauch nicht nur vorliegen, wenn der ungültige Vertrag zur Gänze oder zur Hauptsache freiwillig erfüllt wurde, sondern bei Vorliegen besonderer Umstände auch dann, wenn der ungültige Vertrag noch nicht zur Gänze oder zur Hauptsache freiwillig erfüllt wurde.

[21] Schlussendlich bestätigte das Bundesgericht auch seine konstante Rechtsprechung zur Konventionalstrafe bei Grundstücksgeschäften. Implizit führte es im vorliegend kommentierten Urteil aus, dass nach seiner Auffassung eine (kumulative) Konventionalstrafe, welche die Erfüllung eines Grundstückvertrages sichert, ebenfalls öffentlich zu beurkunden ist. Das ist auch nach der hier vertretenen gemässigten objektiven Theorie der Fall (VISCHER/GALLI, a.a.O., 485). Gleichzeitig führte das Bundesgericht aus, dass bei einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf einen Formmangel in Bezug auf den Grundstückkaufvertrag im Allgemeinen auch die Berufung auf den Formmangel in Bezug auf die (kumulative) Konventionalstrafe im Besonderen rechtsmissbräuchlich ist. Das Bundesgericht wies zudem im hier besprochenen Urteil darauf hin, dass es bei Grundstücksgeschäften nicht nur die (kumulative) Konventionalstrafe, welche die Erfüllung eines Grundstückvertrages sichert, gibt, sondern auch die Konventionalstrafe, welche die Zahlung des negativen Interesses bei der culpa in contrahendo-Haftung abdeckt. In letzterem Fall muss die Konventionalstrafe nicht öffentlich beurkundet werden, sondern kann in einem einfachen schriftlichen Vertrag, wie einer Reservationsvereinbarung, enthalten sein (s. auch 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, zum im vorliegend kommentierten Urteil auch erwähnten [BGE 140 III 200](#)).

MLaw CARMEN SPICHIGER, Anwältspraktikantin, Walder Wyss.

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss.

Zitiervorschlag: Carmen Spichiger / Markus Vischer, Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Formungültigkeit eines Vorvertrages, in: dRSK, publiziert am 8. Februar 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch