Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4C.175/2003 /Ima

Urteil vom 28. Oktober 2003
I. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichter Walter, Bundesrichterin Klett,
Gerichtsschreiber Huguenin.

Parteien

A. _____,
Kläger und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Beat Hunziker, Zelglistrasse 15,
5001 Aarau,

gegen

B. _____,
Beklagten und Berufungsbeklagten, vertreten durch Fürsprecher Marcel Aebi, Hetex Areal,
Lenzburgerstrasse 2, 5702 Niederlenz.

Gegenstand

Abtretung von Gesellschaftsanteilen; Formungültigkeit

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Nidwalden, Zivilabteilung Grosse Kammer,
vom 27. März 2003.

Sachverhalt:

A.

A.a Die Parteien waren ab dem Jahre 1998 die einzigen Gesellschafter der X. _____ AG einerseits
und der Y. _____ GmbH andererseits, beide Gesellschaften domiziliert in Stansstad. Am 5./8.
Februar 1999 vereinbarten sie in einfacher Schriftform, dass der Kläger aus den beiden
Gesellschaften ausscheide und sein Aktienpaket an der X. _____ AG auf die Gesellschaft sowie
seine Stammanteile an der Y. _____ GmbH auf den Beklagten übertrage.

Unter dem Titel "Finanzielle Auseinandersetzung" vereinbarten die Parteien, dass dem Kläger ein
Betrag von Fr. 672'825.30 für das Ausscheiden aus den Gesellschaften zustehe. Davon entfielen Fr.
296'130.30 auf die X. _____ AG (Aktienkapitalanteil von Fr. 166'000.-- abzüglich Negativsaldo aus
Kapitalverkehr von Fr. 9'869.70 zuzüglich Stehbeträge von Fr. 90'000.-- und Provisionsanteil von
Fr.50'000.--) und Fr. 376'695.-- auf die Y. _____ GmbH (Stammeinlage von Fr. 10'000.-- zuzüglich
Saldo aus Kapitalverkehr von Fr. 156'695.--, Stehbeträge von Fr. 10'000.-- und Provisionsanteil von
Fr. 200'000.--). Die Parteien rundeten diesen Betrag auf Fr. 670'000.-- ab und einigten sich auf eine
Tilgung in vier Raten von Fr. 400'000.--, Fr. 170'000.--, Fr. 75'000.-- und Fr. 25'000.-- mit
unterschiedlichen Fälligkeitsterminen.

A.b Die erste Rate von Fr. 400'000.-- wurde durch den Beklagten bezahlt. Danach kam es zwischen
den Parteien zu Auseinandersetzungen über den Vollzug der Vereinbarung. Der Beklagte verweigerte
weitere Zahlungen.

B.

Am 21. März 2000 belangte der Kläger den Beklagten vor Kantonsgericht Nidwalden auf Bezahlung
der zweiten Rate von Fr. 170'000.-- nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 1999.

Mit Urteil vom 13. März 2002 wies das Kantonsgericht die Klage ab, soweit es darauf eintrat.

Mit Urteil vom 27. März 2003 wies das Obergericht des Kantons Nidwalden die Appellation des
Klägers gegen dieses Urteil ab.

C.

Der Kläger führt eidgenössische Berufung mit den Sachanträgen, das Urteil des Obergerichts vom
27. März 2003 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, ihm Fr. 170'000.--, eventuell Fr.
160'000.-- zu bezahlen, beides nebst Zins zu 5% seit 1. Juli 1999 und unter Gewährung definitiver
Rechtsöffnung.

Der Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

D.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Von hier nicht gegebenen Ausnahmen abgesehen hat das Bundesgericht im Berufungsverfahren seiner Entscheidung die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz zu Grunde zu legen (Art. 63 Abs. 1 OG). Die Feststellungen einer unteren kantonalen Instanz sind mitbeachtlich - und verbindlich - wenn die obere Instanz sie ausdrücklich übernommen hat (BGE 95 II 555 E. 6; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, N 4.7 zu Art. 63 OG). So verhält es sich im vorliegenden Fall.

Soweit allerdings der Kläger in seiner Berufungsschrift von tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht, die weder im Urteil des Kantonsgerichts noch in demjenigen des Obergerichts eine Stütze finden, ist er nicht zu hören.

2.

2.1 Nach den Feststellungen des Kantonsgerichts hatte die Vereinbarung vom 5./8. Februar 1999 das Ausscheiden des Klägers aus der X. _____ AG einerseits sowie der Y. _____ GmbH anderseits zum Gegenstand, wobei die von ihm gehaltenen Aktien auf die Gesellschaft übergangen und sein Anteil an der GmbH vom Beklagten übernommen wurde. Die Übertragung des Anteils an der GmbH sei nicht öffentlich beurkundet worden. Dies - so die rechtlichen Erwägungen des Kantonsgerichts - habe die Nichtigkeit dieses Teils der Vereinbarung zur Folge. Indessen sei der Vertrag in seinem rechtlichen Schicksal unteilbar und daher im Ganzen nichtig. Da der Beklagte sich nicht rechtsmissbräuchlich auf den Formmangel berufe, sei die Klage abzuweisen.

2.2 Das Obergericht schloss sich diesen Erwägungen ausdrücklich an. Zusätzlich erwog es, der Formmangel sei bereits deshalb nicht geheilt worden bzw. die Berufung darauf nicht rechtsmissbräuchlich, weil der Beklagte seine Verpflichtungen nur teilweise erfüllt habe. Daran ändere nichts, dass der frühere Zustand nicht wieder hergestellt werden könne, weil die Y. _____ GmbH zwischenzeitlich aufgelöst und im Handelsregister gelöscht worden sei. Dies schliesse zwar sachen- oder bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche hinsichtlich der bereits erbrachten Leistungen nicht aus, doch würden solche von keiner Seite geltend gemacht. Demzufolge wies das Obergericht die Appellation des Klägers ab und bestätigte das kantonsgerichtliche Urteil.

2.3 Der Kläger rügt zur Hauptsache Verletzungen von Art. 2 ZGB sowie der Art. 41 ff. und 62 ff OR, im Eventualstandpunkt zusätzlich eine solche von Art. 20 Abs. 2 OR. Er macht geltend, das Obergericht habe bundesrechtswidrig einen Rechtsmissbrauch des Beklagten verneint, sodann in Verletzung des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen die Klage nicht unter delikts- oder bereicherungsrechtlichen Grundsätzen geprüft und jedenfalls eine Teilnichtigkeit des Vertrags zu Unrecht ausgeschlossen.

3.

3.1 Die Abtretung eines Anteils an einer GmbH sowie die Verpflichtung zur Abtretung bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 791 Abs. 4 OR). Wirksam wird sie mit der Eintragung in das Anteilbuch, welche der Zustimmung der Gesellschafter mit qualifiziertem Mehr bedarf (Art. 791 Abs. 1 und 2 OR). Sie ist zudem im Handelsregister einzutragen (Art. 781 Ziff. 4 und 5 in Verbindung mit Art. 937 OR; BGE 64 I 287). Die Abtretung eines Anteils an einen andern Gesellschafter untersteht denselben Vorschriften, namentlich auch dem Erfordernis der öffentlichen Beurkundung (Art. 796 OR).

Der öffentlichen Beurkundung bedürfen sowohl das Verpflichtungs- wie das Verfügungsgeschäft über einen Gesellschaftsanteil, jedenfalls aber letzteres, sofern darin eine Bestätigung der Verpflichtung und damit die Heilung eines darauf bezogenen Formmangels erblickt wird (von Steiger, Zürcher Kommentar, N 13 zu Art. 791 OR; Oertle/du Pasquier, Basler Kommentar, N 2 zu Art. 791 OR; Wohlmann, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII/2, S. 358; a.A. Janggen/Becker, Berner Kommentar, N 4 zu Art. 791 OR, welche Autoren bloss das Verfügungsgeschäft dem Erfordernis der öffentlichen Beurkundung unterstellen). Im vorliegenden Fall fielen die beiden Geschäfte zusammen, was nach der gesetzlichen Ordnung einer öffentlich beurkundeten Willenserklärung des Abtreters, d.h. des Klägers, bedurft hätte (von Steiger, a.a.O., N 5 zu Art. 791 OR; Oertle/du Pasquier, a.a.O., N 2 zu Art. 791 OR). Unstreitig wurde diese Form nicht gewahrt. Die Abtretung ist daher grundsätzlich nichtig (von Steiger, a.a.O., N 13 zu Art. 791 OR; vgl. zu den Folgen eines Formmangels allgemein BGE 116 II 700 E. 3b; 112 II 330 E. 2).

3.2 Der Kläger erblickt in der Berufung des Beklagten auf den Formmangel einen Rechtsmissbrauch.

Lehre und Rechtsprechung sind sich einig, dass der Nichtigkeit und damit Unwirksamkeit formungültiger Rechtsgeschäfte auch Grenzen gesetzt sind. In der Lehre wird überwiegend die

Auffassung vertreten, die Ungültigkeit des an einem Formmangel leidenden Geschäfts sei besonderer Art und daher zum einen im Regelfall nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen und zum andern durch Vertragserfüllung "heilbar" (BGE vom 7. Januar 1999, publ. in ZBGR 1999 S. 387 ff., E. 3a mit zahlreichen Hinweisen; BGE vom 16. November 2001, publ. in SJ 2002 I 405 ff., E. 2a; aus der neuesten Literatur namentlich Hausheer/ Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, N 140 und 148 zu Art. 2 ZGB; Honsell, Basler Kommentar, 2. Aufl., N 46 zu Art. 2 ZGB). Das Bundesgericht nimmt demgegenüber die Einschränkung im Wesentlichen aus Art. 2 ZGB vor. Es hält die Formungültigkeit für unbeachtlich und die Berufung darauf für unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und - wegen widersprüchlichen Verhaltens - einen offenbaren Rechtsmissbrauch darstellt. Ob dies im Einzelfall zutrifft, hat das Gericht in Würdigung aller Umstände des konkreten Falles zu prüfen, wobei namentlich das Verhalten der Parteien bei und nach Abschluss des Vertrags zu würdigen ist. 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 (BGE 116 II 700 E. 3b; 112 II 107 E. 3c und 330 E. 2; vgl. auch BGE 127 III 506 E. 4). Eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Formmangel schliesst die Rückforderung des Geleisteten aus und begründet darüber hinaus einen klagbaren Anspruch auf die ausstehende Restleistung (so schon BGE 53 II 162 E. 2, aus der jüngeren Rechtsprechung BGE 112 II 107 E. 3c; im Ergebnis der Rechtsprechung zustimmend Alfred Koller, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: derselbe (Hrsg.), Der Grundstückskauf, 2. Aufl., S. 77 ff., Rz 116 ff.). 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 (ZBGR 1999, S. 387 ff.; im Ergebnis zustimmend, gegenüber der Begründung jedoch kritisch namentlich Wiegand, recht 1999, S. 225 ff.; Schmid, BR/DC 1999, S. 155 f.; Bucher, recht 2001, S. 65 ff.; weniger kritisch Hirsch, SJ 2000 I 539 ff.). Den in einem Teil der

Lehre geäusserten Befürchtungen an einer allzu starken Relativierung der Formstrenge trägt das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung dadurch Rechnung, dass es einen Rechtsmissbrauch nur zurückhaltend bejaht, weil bloss der offenbare Missbrauch eines Rechts keinen Schutz finden kann (zit. BGE vom 16. November 2001, E. 2b mit Hinweisen).

Im Ergebnis sind sich Lehre und Rechtsprechung darin einig, dass in aller Regel die Berufung auf den Formmangel eines bereits vollständig erfüllten Vertrags unstatthaft ist. Bei erfolgter Erfüllung in der Hauptsache oder in wesentlichen Teilen kann sich sodann nach der einen wie der andern juristischen Konstruktion ein Anspruch auf die Restleistung ergeben. Erforderlich ist indessen stets, dass die bisherige Erfüllung freiwillig und irrtumsfrei erfolgte und die verletzte Form nicht in höherem, öffentlichem Interesse vorgeschrieben ist. Die Berufung auf den Formmangel kann daher grundsätzlich nur unstatthaft sein, wenn die Parteien bei Abschluss und Erfüllung des Vertrags wissen oder in zurechenbarer Weise wissen konnten, dass das durch sie getätigte Rechtsgeschäft der gesetzlichen Formpflicht widerspricht (BGE 112 II 330 E. 2b; zit. BGE vom 16. November 2001 E. 2a; Schmidlin, Berner Kommentar, N 54 f. zu Art. 11 OR; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Band I, Rz 562; Hausheer/Jaun, a.a.O., N 147 zu Art. 2 ZGB; Honsell, a.a.O., N 46 zu Art. 2 ZGB).

3.3 Das Kantonsgericht und ihm folgend das Obergericht haben für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass die Parteien die Vereinbarung vom 5./8. Februar 1999 in Unkenntnis der Formvorschrift für die Abtretung des Anteils an der GmbH abschlossen und teilweise erfüllten, und dass der Beklagte sich sofort auf die Formungültigkeit berief, als er von den Formerfordernissen Kenntnis erhielt. Soweit der Kläger in seiner Berufungsschrift von anderen tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht, ist er nicht zu hören. Wurde aber die Vereinbarung in Unkenntnis des Formmangels abgeschlossen und teilweise erfüllt, ist die nachträgliche Berufung auf den Formmangel weder rechtsmissbräuchlich noch aus der Annahme einer Konvaleszenz oder aus einem teleologisch reduzierten Normverständnis (dazu Honsell, a.a.O., N 46 zu Art. 2 ZGB) ausgeschlossen. Die Vorinstanz hat daher kein Bundesrecht verletzt, wenn sie dem Einwand des Formmangels mit der Verneinung des eingeklagten Erfüllungsanspruchs stattgab. Die Berufung ist insoweit unbegründet.

4.

Der Kläger wirft dem Obergericht sodann vor, in Missachtung der Pflicht zur Rechtsanwendung von Amtes wegen die eingeklagte Forderung nicht auch unter delikts- und bereicherungsrechtlichen Aspekten geprüft zu haben.

4.1 Sowohl der kantonale Richter wie das Bundesgericht sind verpflichtet, die Rechtswirkungen des prozessual gültig vorgetragenen oder festgestellten Sachverhalts im Rahmen der prozesskonform gestellten Anträge von Amtes wegen zu beurteilen, ohne an die Auffassungen der Parteien gebunden zu sein (BGE 125 III 82 E. 3; 116 II 594 E. 3b; 99 II 67 E. 4). Das kantonale Gericht verletzt Bundesrecht, wenn es sich in einem Prozess über Ansprüche aus dem Bundeszivilrecht mit

prozessual ordnungsgemäss aufgestellten Rechtsbehauptungen der Parteien nicht auseinandersetzt (BGE 95 II 242 E. 3 und 255 E. 8).

Im Berufungsverfahren wendet das Bundesgericht das Recht ausschliesslich auf den von der Vorinstanz verbindlich festgestellten Sachverhalt an. Vorausgesetzt wird zudem, dass eine Bundesrechtsverletzung mit einer den Anforderungen von Art. 55 Abs. 1 lit. c OG genügenden Begründung geltend gemacht wird.

4.2 Der Kläger macht geltend, der Beklagte habe über den abgetretenen Geschäftsanteil an der Y._____ GmbH in Form des Liquidationserlöses und über die klägerischen Aktien an der X._____ AG eigenmächtig verfügt, weshalb dieser im Umfang der Nominalwerte der Beteiligungen ungerechtfertigt bereichert sei. Die in der Berufungsschrift behaupteten tatbeständlichen Grundlagen dieses Anspruchs gehen indessen aus dem angefochtenen Entscheid nicht hervor, und der Kläger macht nicht geltend, der Sachverhalt sei insoweit bundesrechtswidrig festgestellt worden. Damit ist der Rüge die tatsächliche Grundlage entzogen.

Der Kläger übersieht im Weiteren, dass der Bereicherungsanspruch subsidiärer Natur ist und einem vertraglichen Anspruch nachgeht (BGE 126 III 119 E. 3b mit Hinweisen). Gesellschaftsrechtliche Ansprüche sind insoweit den vertraglichen gleichgestellt. Dass der Kläger aber im kantonalen Verfahren einen solchen gesellschaftsrechtlichen Anspruch auf Beteiligung am Liquidationsergebnis der GmbH geltend gemacht hätte, ergibt sich aus dem angefochtenen Entscheid ebenso wenig wie die Begründung eines Anspruchs aus befugter oder unbefugter Verfügung über eine aktienrechtliche Beteiligung.

4.3 Entsprechendes gilt für die behauptete deliktsrechtliche Anspruchsgrundlage. Namentlich ist aus dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt nicht ersichtlich, inwiefern der Beklagte, der die formungültige Vereinbarung vom 5./8. Februar 1999 irrtümlich für rechtsbeständig hielt und vollzog, schuldhaft rechtswidrig eine Vermögensschädigung des Klägers bewirkt haben soll (Art. 41 OR). Die Auseinandersetzung der Parteien hat vielmehr auch insoweit vorerst auf der Grundlage der nicht rechtswirksam beendeten Gesellschaftsverhältnisse zu erfolgen.

5.

In seinem Eventualstandpunkt macht der Kläger geltend, das Obergericht habe bundesrechtswidrig auf eine vollumfängliche Nichtigkeit der Vereinbarung vom 5./8. Februar 1999 geschlossen. Die Formungültigkeit habe vielmehr nur die Abtretung des Anteils an der GmbH zum vereinbarten Preise von Fr. 10'000.-- beschlagen, wogegen alle übrigen, formgenüchlich bestimmten Beträge gestützt auf Art. 20 Abs. 2 OR weiterhin geschuldet seien. Der eingeklagte Betrag von Fr. 170'000.-- reduziere sich damit auf mindestens Fr. 160'000.--.

Betrifft der unmögliche, rechts- oder sittenwidrige Inhalt eines Vertrags nur einzelne Teile, so sind nur diese nichtig, sofern nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne die nichtigen Teile nicht geschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie der herrschenden Lehre ist Art. 20 Abs. 2 OR analog auch auf einen teilweise formnichtigen Vertrag anzuwenden (grundlegend BGE 60 II 98; aus der jüngeren Rechtsprechung etwa BGE 120 II 341 E. 5d; Schmidlin, a.a.O., N 169 zu Art. 11 OR; Koller, a.a.O., S. 121 f.; Hausheer/Jaun, a.a.O., N 139 zu Art. 2 ZGB; kritisch Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, a.a.O., Rz 581 f.).

Mit einleuchtender Begründung, auf welche verwiesen werden kann, haben das Kantonsgericht wie das Obergericht eine Teilnichtigkeit der Vereinbarung vom 5./8. Februar 1999 verneint. Abgesehen davon, dass die formbedingte Teilnichtigkeit ohnehin die Ausnahme bildet (Hausheer/Jaun, a.a.O. N 139 zu Art. 2 ZGB), stellt die zu beurteilende Vereinbarung offensichtlich ein in sich geschlossenes Ganzes dar, welches die endgültige gesellschaftsrechtliche Auseinandersetzung der Parteien zum Gegenstand hatte. Nach dem insoweit massgebenden hypothetischen Parteiwillen, der seinerseits auf verbindlichen tatsächlichen Feststellungen zu den wahren Absichten der Parteien gründet (Kramer, Berner Kommentar, N 351 zu Art. 19-20 OR), ist vertrauensrechtlich ohne weiteres davon auszugehen, dass die Parteien angesichts ihrer konkreten Absichten bei Kenntnis des Formverstosses nicht bloss eine teilweise Beendigung ihrer gesellschaftlichen Beziehungen gewollt hätten. Eine Bundesrechtsverletzung ist auch insoweit nicht auszumachen.

Im Übrigen verkennt der Kläger, dass die Formnichtigkeit der Vereinbarung über die Abtretung seines Anteils an der GmbH nicht nur den Preis für den Stammanteil als solchen, sondern die gesamten für dieses Ausscheiden vereinbarten Leistungen beschlägt, mithin Verpflichtungen des Beklagten über insgesamt rund Fr. 376'000.--. Damit blieben bei Annahme einer blossen Teilnichtigkeit allein noch die für das Ausscheiden des Klägers aus der Aktiengesellschaft vereinbarten rund Fr. 296'000.-- geschuldet, welche indessen mit den bereits erbrachten Fr. 400'000.-- offensichtlich getilgt sind. Soweit der Kläger daher weitere Fr. 160'000.-- fordert, lässt sich dieser Anspruch auch mit einer blossen Teilnichtigkeit des Vertrags nicht begründen.

6.

Die Berufung ist als unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 und 159 Abs. 1 und 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'500.-- wird dem Kläger auferlegt.

3.

Der Kläger hat den Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Nidwalden, Zivilabteilung Grosse Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. Oktober 2003

Im Namen der I. Zivilabteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: