

S. 221 / Nr. 42 Obligationenrecht (d)

BGE 78 II 221

42. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Mal 1952 i. S. Kathriner gegen Furrer.

Regeste:

Liegenschafts Kauf.

Verurkundung eines höheren als des dem wirklichen Willen der Parteien entsprechenden Kaufpreises. Nichtigkeit des verurkundeten Geschäfts wegen Simulation, des wirklich gewollten wegen Fehlens der öffentlichen Beurkundung; Umfang des Formzwanges (Erw. 1).

Nichtbeachtung der Nichtigkeit, weil ihre Beachtung gegen Treu und Glauben verstiesse (Rechtsmissbrauch); Voraussetzungen hiefür (Erw. 2).

Art. 216 Abs. 1, 18, 115 OR; Art. 2 ZGB.

Vente d'immeubles.

Acte de vente indiquant un prix supérieur à celui qui a été réellement voulu par les parties. Nullité de l'opération telle que la constate l'acte de vente (pour cause de simulation), nullité de l'opération réellement voulue (faute d'avoir été constatée en la forme authentique). Importance de l'exigence concernant la forme de l'acte (consid. 1).

Cas dans lesquels il est contraire aux principes de la bonne foi de considérer la vente comme nulle (abus de droit) (consid. 2).

Vendita d'immobili.

Atto di vendita che indica un prezzo superiore a quello realmente voluto dalle parti. Nullità dell'operazione così com'è accertata dall'atto di vendita (a causa di simulazione), nullità dell'operazione realmente voluta (per mancanza della forma autentica). Importanza del requisito della forma dell'atto (consid. 1).

casi in cui è contrario ai principi della buona fede considerare la vendita come nulla (abuso di diritto) (consid. 2).

A. - Mit öffentlich beurkundetem Vertrag vom 22. Oktober 1949 verkaufte der Bauunternehmer Kathriner dem Bahnhofwirt Furrer in Samen ein noch unfertiges Haus in der Goldmatt-Samen zum Preise von Fr. 80000.-. Dieser war zu entrichten durch Zahlungsübernahme der aufhaftenden Hypotheken von Fr. 42400.-, sowie durch Errichtung eines Inhaberschuldbriefs im 4. Rang von Fr. 4000.- und von drei Grundpfandverschreibungen im 5.-7. Rang von Fr. 11600.- Fr. 15000.- und Fr. 7000.-. Gemäss Ziffer 4 des Vertrages räumte der Käufer dem

Seite: 222

Verkäufer ein auf 5 Jahre befristetes Rückkaufsrecht ein, wozu der Vertrag des näheren Folgendes bestimmte:

«Der Verkäufer kann hievon nach dreimonatlicher schriftlicher Voranzeige, aber frühestens am 1. Dezember 1952 Gebrauch machen. Das Rückkaufsrecht erlischt, wenn der Verkäufer die im vorliegenden Kaufvertrag übernommenen Verpflichtungen nicht klaglos erfüllt oder auf jeden Fall spätestens am 1. Dezember 1954.»

Ziffer 6 des Vertrages sodann überband dem Verkäufer die Verpflichtung, «die rückständigen Bauarbeiten in eigenen Kosten bis spätestens Frühjahr 1950 auszuführen.»

Am Tage der Kaufsverurkundung, jedoch dieser vorgängig, trafen die Parteien eine Nebenabmachung, worin sich der Verkäufer gegenüber dem Käufer verpflichtete, sofort nachdem der Kauf des Hauses Goldmatt unterschrieben und nachdem die Kaufrestanz-Grundpfandverschreibungen errichtet sind, die letzte Grundpfandverschreibung von Fr. 7000.- . . mit Blanko-Zessions-Unterschrift an den Käufer Furrer... herauszugeben. Das ist der interne Vertragswille der Parteien in dem Sinne, dass der intern vereinbarte Kaufpreis nur Fr. 73000.- beträgt».

Seite: 223

B. - Im August 1950 erhob der Käufer Furrer gegen den Verkäufer Kathriner Klage mit dem Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass das im Kaufvertrag vom 22. Oktober 1949 zugunsten des Beklagten stipulierte Rückkaufsrecht wegen Nichterfüllung der übernommenen Verpflichtungen (Nichtausführung der Fertigstellungsarbeiten bis zum Frühjahr 1950) erloschen sei, und es sei die Löschung dieses Rückkaufsrechts im Grundbuch gerichtlich anzuordnen.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Nach seiner Darstellung handelte es sich bei dem sog. Kaufabschluss in Wirklichkeit um ein blosses Deckungsgeschäft für ein Darlehen, mit dem Zweck, ihm ans einer finanziellen Notlage zu helfen. Da der Kaufpreis von Fr. 80000.- unter den Gestehungskosten des Hauses (Fr. 95000. einschliesslich einer Subvention von Fr. 11000.-) liege,

habe er ein grosses Interesse am Weiterbestand des Rückkaufsrechts. Dieses könne er vor dem 1. Dezember 1952 nicht geltendmachen, und solange könne es vom Kläger auch nicht angefochten werden. Der Pflicht zur Fertigstellung des Hauses habe man beim Kaufabschluss keine besondere Bedeutung beigemessen, geschweige denn den Bestand des Rückkaufsrechts davon abhängig machen wollen.

Ferner erhob der Beklagte Widerklage auf Verurteilung des Klägers zur Bezahlung oder Herausgabe der letzten Grundpfandverschreibung von Fr. 7000.-, die der Käufer Furrer als persönliche Sicherung für sich behalten habe, ohne jedoch für dieselbe Zahlung zu leisten.

C. - Das Kantonsgericht Obwalden schützte mit Urteil vom 8. März 1951 die Klage, erklärte demzufolge das zu Gunsten des Beklagten bestellte Rückkaufsrecht als dahingefallen und wies das Grundbuchamt Samen an, dessen Löschung vorzunehmen. Die Widerklage wies es ab.

D. - Das Obergericht Obwalden bestätigte diesen Entscheid mit Urteil vom 26. Juni 1951.

E. - Gegen den obergerichtlichen Entscheid hat der Beklagte die Berufung ergriffen mit dem erneuten Antrag auf Abweisung der Klage und Gutheissung der Widerklage.

Der Kläger trägt auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Entscheides an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung

1.- a) Aus der Nebenabmachung der Parteien vom 22. Oktober 1949 ergibt sich, dass der im öffentlich beurkundeten Kaufvertrag vom gleichen Tage angegebene Kaufpreis von Fr. 80000.- simuliert war. Der wirkliche, dem Willen der Parteien entsprechende Kaufpreis belief sich auf Fr. 73,000.-, wie die Parteien in ihrer schriftlichen Nebenabmachung bestätigt haben, indem sie dort erklärten: «Das ist der interne Vertragswille der Vertragsparteien in dem Sinn, dass der vereinbarte Kaufpreis nur Fr. 73000.- beträgt».

Seite: 224

b) Der öffentlich beurkundete Kaufvertrag war somit simuliert und infolgedessen nichtig (Art. 18 OR). Der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes aufgestellte Grundsatz, dass bei formloser Vereinbarung eines höheren Kaufpreises, Leistung einer Anzahlung und nachheriger Verurkundung des noch verbleibenden niedrigeren Preises keine Simulation anzunehmen sei (BGE 49 II 469, 50 II 148, 52 II 61), lässt sich auf den Fall der Verurkundung eines höheren als des wirklich gewollten Kaufpreises nicht übertragen; denn hier besteht keine Möglichkeit, die im Zeitpunkt der Verurkundung noch bestehende Kaufpreisschuld mit dem zu verurkundenden Betrag in Übereinstimmung zu bringen. Es erübrigt sich daher, die Haltbarkeit der erwähnten Rechtsprechung einer erneuten Überprüfung zu unterziehen.

c) Der dem wirklichen Willen der Parteien entsprechende Vertrag zum Kaufpreis von Fr. 73000.- aber war mangels Beobachtung der in Art. 216 Abs. 1 OR vorgeschriebenen Form der öffentlichen Beurkundung ungültig. Denn beurkundungspflichtig ist der Grundstückkaufvertrag als Ganzes; dem Formzwang unterliegen alle subjektiv und objektiv wesentlichen Vertragspunkte, also namentlich auch die Festsetzung des Kaufpreises (BGE 75 II 148, 68 II 233, 53 II 164). Aus dem Zweck der Formvorschrift von Art. 216 OR folgt, dass der wahre Kaufpreis verurkundet sein muss; denn die Form wird nicht bloss im Interesse der einen Partei verlangt, wie z. B. bei der Bürgschaft, sondern sie bezweckt den Schutz beider Parteien vor übereilem Handeln sowie die Erhöhung der Rechtssicherheit im Liegenschaftsverkehr im Interesse der Allgemeinheit (BGE 68 II 234). Aus diesem Grunde ist daher die von v. TUHR, ZSR N F 40 S. 45, N 10 b, in Erwägung gezogene Auffassung abzulehnen, der Formvorschrift bei Verurkundung eines höheren als des wirklich gewollten Kaufpreises sei genügt, weil dieser in jenem enthalten sei. Es würde dem Schutzzweck der Formvorschrift zuwiderlaufen, wenn man den Veräusserer verpflichten

Seite: 225

wollte, das Eigentum an einem Grundstück gestützt auf eine formlose Vereinbarung zu einem niedrigeren als dem in der Urkunde genannten Preis zu übertragen (vgl. RGZiv 78 S. 119 ff.). Zum selben Ergebnis führt auch die Überlegung, dass der Kaufpreis nicht einen Rahmenbegriff darstellt, sondern in einem bestimmten Betrag besteht, der als solcher verurkundet werden muss.

Der streitige Kaufvertrag kann auch nicht etwa als gültig betrachtet werden mit der Begründung, Art. 115 OR gestatte auch bei einem formbedürftigen Geschäft die gänzliche oder teilweise Aufhebung der dadurch begründeten Forderung, und damit auch den teilweisen Erlass einer Kaufpreisforderung aus Grundstückkauf, durch formlose Abrede. Diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf die nachträgliche Abänderung eines gültig zustandegekommenen Geschäftes, während im vorliegenden Falle die Nebenabmachung über den wirklichen Kaufpreis von Fr. 73000.- vor der Verurkundung des Kaufvertrages getroffen wurde. Zum voraus aber ist ein ganzer oder teilweiser Erlass des in der Urkunde genannten Kaufpreises (entgegen der Ansicht von OSER, 2. Aufl. Art. 12 OR N. 3) nicht möglich. Erlass eines Teiles des Kaufpreises setzt einen gültig zustandegekommenen Kaufvertrag voraus. Daran fehlt es aber bei der Verurkundung eines von den Parteien gar nicht gewollten, also

bloss simulierten höheren Kaufpreises. Mangels eines dahingehenden Geschäftswillens entsteht trotz Verurkundung die Forderung auf den höheren Kaufpreis nicht. Die Simulation ist eben ihrem Wesen nach nicht bloss als vorweggenommene Wiederaufhebung der Vertragswirkungen zu verstehen, sondern sie verhindert überhaupt die Entstehung eines gültigen Vertrages (ENNECERUS, BGB Allg. Teil, § 156 N. 6).

Die Möglichkeit einer Kaufpreisreduktion vor der Verurkundung lässt sich auch nicht damit begründen, dass gleichzeitig mit dem Abschluss eines formbedürftigen

Seite: 226

Geschäftes getroffene formlose Nebenabreden gültig seien, soweit sie eine Abschwächung der Hauptverpflichtung bewirken (v. THUR OR I § 30 bei N. 77, OSER a.a.O. HAAB ZGB Art. 657 N. 19). Dies gilt wohl dort, wo die Form, wie z.B. bei der Bürgschaft, zum Schutze nur der einen Partei vorgesehen ist (BGE 44 II 64). Auf Fälle dagegen, wo die Formvorschrift den Schutz beider Parteien bezweckt, wie gerade beim Grundstückkauf, lässt sich der erwähnte Grundsatz nicht schlechthin übertragen. So ist es zwar statthaft, einen in seiner möglichen maximalen Höhe verurkundeten Kaufpreis bezüglich eines Teilbetrags durch gleichzeitige formlose Vereinbarung von einer Bedingung abhängig zu machen (BGE 75 II 146 f.). Das läuft dem von der Form angestrebten Schutz beider Parteien nicht zuwider, da eine Verschiedenheit des Kaufpreises je nach dem Ausfall der Bedingung als innerlich gerechtfertigt erscheint. Anders verhält es sich dagegen mit der formlos zum voraus vereinbarten bedingungslosen Herabsetzung des verurkundeten Kaufpreises. Hier wird wohl die Verpflichtung des Käufers vermindert, gleichzeitig aber die Stellung des Verkäufers verschlechtert, da er bei Gültigkeit der formlos vereinbarten Preisfestsetzung die Liegenschaft zu einem geringeren als dem verurkundeten Preis übertragen müsste. Dein Schutzzweck der Formvorschrift wäre somit in Bezug auf den Verkäufer nicht genügt. Das schliesst auch, wie in Einschränkung der in BGE 75 II 146 f. verwendeten, etwas zu allgemeinen Formulierung festzuhalten ist, eine analoge Anwendung von Art. 115 OR aus, die v. THUR, OR I § 30 N. 77 vertritt mit der Begründung, die nach Art. 115 mögliche formlose Aufhebung von Forderungen aus formpflichtigen Verträgen könne auch im voraus (vor Entstehung der Forderung) vorgenommen werden.

2.- Die Nichtigkeit des verurkundeten Geschäftes wegen Simulation und des wirklich gewollten wegen Formmangels ist an sich von Amteswegen zu beachten. Sie ist dagegen nach der Rechtsprechung dort unbeachtlich,

Seite: 227

wo die Berufung darauf einen Rechtsmissbrauch darstellt und darum gegen Treu und Glauben verstösst.

Im vorliegenden Falle ist allerdings die Einrede des Rechtsmissbrauchs vom Kläger nicht ausdrücklich erhoben worden, jedoch nur deshalb, weil der Beklagte die Nichtigkeit des Vertrages nicht, jedenfalls nicht in klarer Weise, geltendgemacht hatte; hat er doch noch in der Berufungsschrift auf der Gültigkeit des Geschäftes einschliesslich des streitigen Rückkaufsrechtes beharrt und auch an der Widerklage festgehalten, mit der er Erfüllung des simulierten, beurkundeten Vertrags durch Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung des verurkundeten Kaufpreises von Fr. 80000.- verlangt. Ist aber die Nichtigkeit von Amteswegen zu beachten, so muss auch von Amteswegen geprüft werden, ob ihre Berücksichtigung nicht gegen Treu und Glauben verstossen würde.

Ob ein Rechtsmissbrauch vorliege, hat der Richter ohne Bindung an starre Regeln in jedem einzelnen Falle unter Würdigung der gesamten Umstände nach freiem Ermessen zu prüfen. (BGE 72 II 44). Dabei ist die beidseitige freiwillige Erfüllung des formnichtigen Geschäftes von grosser Bedeutung (BGE 72 II 43 Erw. 3 und dort erwähnte Entscheide; ferner GUHL, schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., S. 97 oben), so insbesondere, wenn bei der Verurkundung eines zu niedrigen Preises die Differenz zum wirklich gewollten Preis nach der Verurkundung nachbezahlt wird. Im vorliegenden Falle verhält es sich allerdings gerade umgekehrt: Es wurde ein zu hoher Kaufpreis verurkundet, der durch Errichtung von Grundpfandverschreibungen getilgt wurde, und erst hinterher gab der Verkäufer gestützt auf eine vorher getroffene Abrede den Betrag zurück, der den wirklich gewollten Preis überstieg, indem er die für diesen Differenzbetrag errichtete Grundpfandverschreibung an den Käufer zurückzedierte. Entscheidend ist jedoch, ob damit ein Tatbestand gegeben sei, dem für die Frage der Anwendbarkeit von Art. 2 ZGB die gleiche Bedeutung zukomme, wie der nachträglichen

Seite: 228

Leistung eines der Verurkundung entzogenen Mehrbetrages. Das ist zu bejahen; denn auch in diesem Falle wurde unter den Parteien freiwillig die Vermögenssituation hergestellt, die ihrem wirklichen, zum verurkundeten in Gegensatz stehenden Willen entsprach.

Ob die freiwillige Erfüllung des formnichtigen Vertrages für sich allein genüge, um die spätere

Geltendmachung des Form mangels als rechtsmissbräuchlich erscheinen zu lassen, braucht heute nicht entschieden zu werden. Denn im vorliegenden Falle treten zu der Tatsache der Erfüllung, bezw. der ihr gleichzusetzenden Herstellung der wirklich gewollten Vermögenssituation, noch verschiedene weitere Umstände hinzu, die gemäss der Rechtsprechung hinsichtlich der Frage nach einem Rechtsmissbrauch von ausschlaggebender Bedeutung sind.

a) So hat der Beklagte beim Vertragsschluss den Formfehler nicht nur in Kauf genommen (was bei jedem Falle von Simulation notwendigerweise zutrifft), sondern ihn sogar zum eigenen Vorteil gewollt. Das erhellt eindeutig aus den tatbeständlichen Feststellungen der Vorinstanz. Diese hat die Darstellung des Beklagten, wonach mit der Rückgabe der Grundpfandverschreibung von Fr. 7000.- das Darlehen von Fr. 3400.- gesichert werden sollte, verworfen und festgestellt, dass die Parteien ganz einfach unter sich einen Kaufpreis von bloss Fr. 73000.- vereinbaren wollten. Dass der Kläger die Verurkundung des höheren Kaufpreises gewünscht habe, beispielsweise um einer späteren Liegenschaftsgewinnsteuer zu entgehen oder aus ähnlichen Gründen, ist vom Beklagten auch nicht einmal behauptet worden. Also muss er es gewesen sein, der ein Interesse an der Verurkundung eines zu hohen Kaufpreises hatte. Wie er selber geltend macht, war das Haus einschliesslich der Subventionen von Fr. 11000.- auf Fr. 95000.- zu stehen gekommen, so dass er daraus mit Fr. 84000.- belastet und darum in erster Linie daran interessiert war, einen diesem Betrag möglichst nahe kommenden Kaufpreis zu erzielen oder

Seite: 229

dann aber zum mindesten vorzugeben, um Vorwürfe der ihn bedrängenden Gläubiger zu vermeiden. Die Anrufung des Formfehlers durch die Partei, die diesen zum eigenen Vorteil selbst gewollt hat, stellt aber nach der Rechtsprechung einen Rechtsmissbrauch dar (BGE 53 II 166; vgl. ferner den Entscheid des bern. Appellationshofs in ZBJV 78 S. 477, wo es sich ebenfalls um die Verurkundung eines zu hohen Kaufpreises handelte).

b) Von Bedeutung ist es dann namentlich auch, wenn sich ein Anfechtender nicht deswegen auf den Formmangel beruft, «weil der vom Gesetz mit der Formvorschrift des Art. 216 Abs. 1 OR im wesentlichen verfolgte Zweck: Schutz der Beteiligten vor Übervorteilung, vereitelt worden wäre, sondern um sich wegen angeblich nachträglich entdeckten materiellen Mängeln des Kaufgeschäftes von demselben lossagen zu können» (BGE 53 II 166). Im vorliegenden Falle möchte der Verkäufer die Formnichtigkeit dazu missbrauchen, sich den Folgen der Nichterfüllung übernommener Vertragspflichten (Fertigstellung des Hauses) zu entziehen. Unter diesen Umständen drängt es sich aber in noch vermehrtem Masse auf, ihm die Berufung auf den Formmangel zu verwehren, weil sonst die Formvorschrift des Art. 216 OR einem ihr fremden Zweck dienstbar gemacht würde. Gewiss hat der Beklagte ein Interesse an der Berücksichtigung der Formnichtigkeit, weil er so dem Streit über die Frage, ob er ihm obliegende Vertragspflichten verletzt habe, ausweichen könnte. Ein solches Interesse verdient aber keinen Rechtsschutz. Der Vertragspartner, der den Formfehler gewollt und gefördert hat, kann keinen rechtsschutzwürdigen Anspruch darauf haben, bei nachträglichen Mängelprozessen oder andern Streitigkeiten über die Frage der richtigen Erfüllung besser dazustehen, als wenn er sich ordnungsgemäss an die Formvorschrift gehalten hätte. Auch er muss sich vielmehr, nachdem der Kaufvertrag vollzogen und damit die von den Parteien wirklich gewollte Situation hergestellt

Seite: 230

ist, materiell auf den Prozess um die Frage der richtigen Vertragserfüllung einlassen.

Aus diesen Erwägungen muss deshalb im vorliegenden Falle die Formnichtigkeit des Geschäftes nach dem Grundsatz von Treu und Glauben unberücksichtigt bleiben.

3.- Ist aber das Kaufgeschäft als rechtsgültig zu behandeln, so ist das angefochtene Urteil zu bestätigen. Denn gemäss den verbindlichen Feststellung der Vorinstanz hat der Beklagte die ihm obliegenden Fertigstellungsarbeiten bis im Frühjahr 1950 nicht vorgenommen, was nach dem klaren Wortlaut von Ziffer 6 des Vertrages zum Hinfall seines Rückkaufsrechtes und damit zum Schutz der Klage führt. Ebenso ist die Widerklage abzuweisen, da nach dem Willen der Parteien der Beklagte auf den Fr. 73,000.- übersteigenden Betrag des verurkundeten Kaufpreises keinen Anspruch haben sollte.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 26. Juni 1951 wird bestätigt