

Obligationenrecht Droit des obligations

Obligationenrecht - Grundstückkauf - KGE (I. Zivilrechtliche Abteilung) vom 24. März 2014, X. AG c. Y. und Z. - TCV C1 13 250

Grundstückkauf: Vorvertrag (Art. 216 OR)

- Unterliegt der Hauptvertrag einem gesetzlichen Formerfordernis, so gilt dieses auch für den Vorvertrag oder eine Haft- oder Reuegeldabrede (E. 4).
- Ein kantonales Beurkundungsverbot vermag Formvorschriften des Bundesrechts nicht ausser Kraft zu setzen (E. 5).
- Eine Vertragspartei, welche sich auf die Formungültigkeit eines Vertrages, hier eines Haftgeldvertrages beruft, verstösst im Allgemeinen nicht gegen Treu und Glauben (E. 7).

Vente immobilière : promesse de vente (art. 216 CO)

- Lorsque la loi subordonne le contrat principal à l'observation d'une forme, celle-ci s'applique également à la promesse de contracter ou à une convention d'arrhes et de dédit (consid. 4).
- Une interdiction cantonale d'instrumenter un acte authentique ne saurait faire obstacle à l'application des prescriptions de forme du droit fédéral (consid. 5).
- Une partie contractante, qui se prévaut d'un vice de forme d'un contrat, en l'espèce d'une convention d'arrhes, ne contrevient pas, en principe, aux règles de la bonne foi (consid. 7).

Sachverhalt und Verfahren (gekürzt)

Die X. AG plante, in einer Oberwalliser Ferienstation ein Mehrfamilienhaus zu errichten. Y. und Z., ein italienische Ehepaar, zeigte sich am Kauf einer Stockwerkeigentumseinheit interessiert. Deshalb beauftragten die Parteien einen Notar mit der Ausarbeitung eines Kaufvertragsentwurfs. Dieser sowie ein ins Italienische übersetzter Baubeschrieb samt Bauplänen wurden den Eheleuten ausgehändigt. In der Kanzlei der Urkundsperson unterzeichneten die Parteien am 1. März 2010 folgende von der Urkundsperson aufgesetzte Erklärung:

Dichiarazione

I signori Y. e Z., Italia, dichiarano di pagare la somma die franchi svizzeri 30 000.-- sul conto clienti del notaio (...) come acconto sul prezzo d'acquisto relativo al PPP (...).

Se l'autorità del cantone Valesè non concede il permesso del acquisto, il notaio è obbligato di pagare indietro la somma di franchii svizzeri 30 000.-- agli signori Y. e Z.

Nel caso che l'autorizzazione sarà concesso e i signori Y. e Z. nonostante si ritirano del contratto di compravendita, la somma di franchi svizzeri 30 000.-- verrà pagato alla dita X. SA come indennità.

Die Eheleute überwiesen die Fr. 30 000.- wie veinbart. Im Auftrage der Parteien holte die Urkundsperson die erforderliche Bewilligung gemäss dem Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) ein. Nach deren Erhalt weigerten sich die Eheleute, den Kaufvertrag abzuschliessen. In der Folge vermochten sich die Parteien über die Verwendung der Fr. 30 000.- nicht zu einigen. Auf Klage der Eheleute Y. und Z. erkannte das Bezirksgericht Brig am 9. September 2013 die Fr. 30 000.- diesen zu und wies den Notar an, ihnen den Betrag abzüglich seiner Ansprüche aufgrund seiner notariellen Tätigkeit zu überweisen. Dagegen erhob die X. AG am 8. Oktober 2013 Berufung beim Kantonsgericht mit dem Antrag, die Fr. 30 000.- seien ihr zuzusprechen und auszubezahlen.

Aus den Erwägungen

3.2 Ziel der „Dichiarazione“ war eine gegenseitige Absicherung. Dies hat denn auch der mit den Vorbereitungsarbeiten beauftragte Notar so bestätigt und ausgesagt. Mithin hätten zum einen die Berufungsbeklagten beim Abschluss des Vertrages bereits eine Anzahlung geleistet gehabt und zum anderen wäre das Geld der Berufungsklägerin verfallen, wenn sich die Berufungsbeklagten nach Erhalt der Kontingentszuteilung geweigert hätten, den Kaufvertrag zu unterzeichnen.

Die Berufungsbeklagten haben gestützt auf diese "Dichiarazione" Fr. 30 000.- zur Sicherung eines erst verabredeten künftigen Vertragschlusses bezahlt. Sie haben mithin ein Handgeld zur Sicherung eines künftigen Vertragsschlusses abgeliefert. Die Vorinstanz hat die Vereinbarung vom 1. März 2010 zu Recht als "arrha pacto imperfecto

data" oder "Haftgeldvertrag" qualifiziert (vgl. Bundesgerichtsurteil 4C.271/2003 vom 17. Februar 2004 E. 2.2; Favre, *Le transfert conventionnel de contrat*, S. 413; Gauch/Schluep/Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 9. A.*, Zürich/Basel/Genf 2008, N. 3863).

4. Es stellt sich nun die Frage, ob diese "Dichiarazione" öffentlich hätte beurkundet werden müssen, wie dies von der Vorinstanz festgehalten und von der Berufungsklägerin kritisiert wird.

4.1 Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Parteien bei Unterzeichnung der Erklärung einen mündlichen Vorvertrag im Sinne von Art. 216 Abs. 2 OR abgeschlossen haben. Dem ist nicht so.

„Die Vorbereitung und Durchführung des Vertragsabschlusses durch eine rechtskundige, neutrale Person im Rahmen eines Verfahrens, das mehrfach Gelegenheit bietet, Unklarheiten zu beseitigen und (vorläufige) Willensbildungen nochmals zu überdenken, ermöglichen die notwendige gedankliche Auseinandersetzung der Parteien mit dem beabsichtigten Rechtsgeschäft. Sie gewährleisten einen möglichst aufgeklärten Entscheid der Vertragsparteien darüber, ob sie den beurkundungsbedürftigen Vertrag abschliessen wollen oder nicht“ (Arnet, *Form folgt Funktion*, in: ZBJV 2013 S. 403 f.).

Selbst wenn sich die Parteien nach den diversen Verhandlungen alsdann in allen wesentlichen Punkten einig sind, haben sie noch keinen Vertrag miteinander abgeschlossen, auch nicht einen mündlichen, wenn das Rechtsgeschäft formbedürftig abgeschlossen werden muss. Der Abschluss des Vertrages erfolgt erst mit der Unterzeichnung des formbedürftigen Rechtsgeschäfts, mithin bei einem Kauf von Immobilien, bei der Unterzeichnung des öffentlich beurkundeten Vertrages vor und mit dem Notar. Eine vor Beobachtung der gesetzlichen Form bestehende Bindung widerspräche dem Zweck der Formvorschrift (Bundesgerichtsurteil 4C.271/2003 vom 17. Februar 2004 E. 2.2; Escher/Von Tuhr, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II [mit Supplement]*, 3. A., Zürich 1984, S. 288 f.; Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., N. 3863).

4.2 Die Parteien haben nun aber vorliegend in einfacher Schriftlichkeit eine als „Dichiarazione“ bezeichnete Vereinbarung unterzeichnet. Die darin abgemachte Leistung sollte „der Sicherung des erst für die Zukunft versprochenen Abschlusses eines bestimmten Vertrages

dienen. Diese als "arrha pacto imperfecto data" bezeichnete Leistung stellt im eigentlichen Sinn ein "Haftgeld" dar, deren Hingabe beruht ihrerseits auf einem Vertrag, der sich im Hinblick auf den erst zu schliessenden Vertrag als Vorvertrag darstellt" (Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, § 29/III S. 519). „Wird der Vorvertrag erfüllt und der Hauptvertrag somit abgeschlossen, fällt der Sicherungszweck dahin. Mit Recht wird daher in der Lehre vermutet, im Fall des Abschlusses des Hauptvertrages sei das Handgeld zurückzuerstatten oder an die geschuldete Leistung anzurechnen. Kommt der Hauptvertrag dagegen nicht zustande, weil der Vorvertragsschuldner sich weigert, verfällt das Haftgeld im Sinne einer wohl exklusiven Konventionalstrafe. Unzulässig ist diese Verfallsabrede beim formfrei abgeschlossenen Vorvertrag, wenn der Hauptvertrag von Gesetzes wegen formbedürftig ist“ (Gauch/Schluep/Emmenegger, a.a.O., N. 3863). Eine vor Beobachtung der gesetzlichen Form bestehende Bindung widerspräche dem Zweck der Formvorschrift. Die Parteien können demnach, sofern eine Vertragsform gesetzlich vorgeschrieben ist, nicht formfrei verabreden, eine Anzahlung solle verfallen, wenn der Anzahlende den Vertrag nicht schliesst (Escher/Von Tuhr, a.a.O., S. 288 f.). Unterliegt der Vertrag (Hauptvertrag) einem gesetzlichen Formerfordernis, so gilt dieses auch für eine Haft- oder Reugeldabrede. Dasselbe gilt bei einem formbedürftigen Vorvertrag mit Bezug auf die „arrha pacto imperfecto data“ (Bundesgerichtsurteil 4C.399/2005 vom 10. Mai 2006 E. 4.4.3; Honsell, Kurzkommentar OR, Obligationenrecht Art. 1 - 529, Basel 2008, N. 8 zu Art. 158 OR).

4.3 Vorliegend haben die Parteien vereinbart, einen Kaufvertrag bezüglich des StWE-Anteiles Nr. ..., gelegen auf dem Gebiete der Gemeinde ..., abzuschliessen. Dabei handelt es sich beim abzuschliessenden Kaufvertrag um einen Vertrag, der ein Grundstück betrifft und somit zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedarf (Art. 216 Abs. 1 OR). Vorverträge bedürfen zu ihrer Gültigkeit ebenfalls der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR).

Mithin hätte die von den Parteien am 1. März 2010 abgeschlossene „Dichiarazione“ als Vorvertrag zum Hauptvertrag zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedurft.

5. Die Berufungsklägerin teilt diese Meinung nicht. Sie verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 14 Abs. 3 Reglement über den

Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 21. Dezember 2012 (BewR) oder Art. 16 Abs. 3 altReglement über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 21. November 2007 (aBewR), wonach öffentlich beurkundete Verträge, wie Kaufverträge, Kaufvorverträge, Pfandrechtsverträge zur Sicherung eines Grundstückerwerbes oder alle anderen Verträge, die den Erwerb von Grundstücken im Sinne von Artikel 4 BewG als Ferienwohnungen an Personen im Ausland betreffen und ein Kontingent benötigen, nicht beurkundet oder abgeschlossen werden dürfen, bevor ein Kontingent zugesichert wurde.

Sie vertritt die Meinung, dass aufgrund dieses Artikels eine öffentliche Beurkundung nicht notwendig sei und die Vorinstanz, als sie festgestellt habe, die „Dichiarazione“ hätte öffentlich beurkundet werden müssen, sich über das zitierte Reglement hinweg gesetzt habe, was rechtlich nicht haltbar sei. Sie ist daher der Überzeugung, da es aufgrund des oben zitierten Reglements nicht möglich sei, gewisse Verträge vor Erhalt der Zusicherung des Kontingents öffentlich zu beurkunden, sei dies in einfacher Schriftlichkeit zulässig. Dem ist keinesfalls so.

Sie verkennt nämlich dabei, dass das Bundesrecht ausdrücklich die Beurkundungspflicht der Kaufverträge, welche ein Grundstück zum Gegenstand haben, statuiert (Art. 216 OR). Das BewG bezweckt, den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland einzuschränken, um die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern (Art. 1 BewG). Entsprechende Rechtsgeschäfte über den Erwerb von Liegenschaften sind unwirksam, wenn keine entsprechende Bewilligung vorliegt (Art. 26 Abs. 1 BewG). Das Umgehen der Bewilligungspflicht ist strafbar (Art. 28 BewG). Das oben erwähnte Beurkundungsverbot stammt aus einem Ausführungsreglement des Walliser Staatsrats zum eidgenössischen BewG. Die kantonale Exekutive will damit den Abschluss von Verträgen, welche dem BewG unterliegen, einschränken. Sie kann damit jedoch keinesfalls gesetzliche Formvorschriften des eidgenössischen Rechts abändern. Die Berufungsklägerin kann demnach aus dem Verbot gemäss Art. 14 Abs. 3 BewR oder Art. 16 Abs. 3 aBewR nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Es bleibt somit dabei, dass der Hauptvertrag (Grundstückkaufvertrag) hätte öffentlich beurkundet werden müssen und somit auch der Vorvertrag. Die Vertragsparteien können demnach mit einer einfach

schriftlichen Vereinbarung nicht verabreden, eine Anzahlung solle verfallen, wenn die Kaufinteressenten den Grundstückskaufvertrag nicht abschliessen. Die Vorinstanz hat mithin zu Recht festgehalten, die „Dichiarazione“ vom 1. März 2010 hätte öffentlich beurkundet werden müssen und da dem nicht so sei, sei sie nichtig.

(...)

7. Die Berufung auf die Formungültigkeit eines Vertrages gilt als unstatthaft, wenn sie - etwa wegen widersprüchlichen Verhaltens - gegen Treu und Glauben verstösst und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt. Das Gericht hat dies in Würdigung aller Umstände des konkreten Falles zu prüfen, wobei namentlich das Verhalten der Parteien bei und nach Abschluss des Vertrags zu würdigen ist. Der Richter hat auch zu berücksichtigen, ob der Schutzzweck einer Formvorschrift bezüglich der Partei verletzt worden ist, die sich auf den Formmangel beruft (BGE 138 III 123 E. 4.2).

7.1 Die Berufungsklägerin argumentiert, die Kaufinteressenten hätten die Dichiarazione in Kenntnis von deren Ungültigkeit unterzeichnet.

Das Gesuch zum Erhalt eines Kontingents enthält u.a. eine von den Kaufinteressenten unterzeichnete Absichtserklärung. Diese enthält das bereits oben erwähnte Verbot gemäss Art. 16 Abs. 3 aBewR. Die unterzeichnete Haftgeldvereinbarung wird in der dortigen beispielhaften Aufzählung nicht ausdrücklich erwähnt. Der Zusammenhang zwischen einem Haftgeldkontrakt und einem Vertrag, der "den Erwerb von Grundstücken im Sinne von Artikel 4 BewG als Ferienwohnungen an Personen im Ausland" betrifft, ist zumindest für juristische Laien nicht augenscheinlich.

Die Berufungsbeklagten haben sich von ihrem Rechtskonsulten beraten lassen. Es kann von einem italienischen Juristen jedoch nicht erwartet werden, er erkenne die formelle Mangelhaftigkeit eines in einer schweizerischen Notariatskanzlei nach eidgenössischem Recht redigierten, einfach schriftlich abgeschlossenen Vertrags.

Der Notar bestätigt ferner, er habe die Parteien über das Verfahren der Kontingentszuteilung und die Ehegatten über die Tatsache, dass vor der Zusicherung des Kontingents durch die zuständige Behörde keine öffentlich beurkundeten Verträge wie Kaufverträge, Vorverträge, Pfandrechtsverträge zur Sicherung des Grundstückerwerbs usw.

unterschrieben oder abgeschlossen werden dürfen, orientiert. Er bestätigt auch, die "Dichiarazione" sei in seiner Kanzlei vorbereitet und den Parteien in seiner Anwesenheit zur Unterzeichnung vorgelegt worden. Es ist hingegen nirgends davon die Rede, die Urkundsperson habe den Parteien erklärt, die "Dichiarazione" könnte unzulässig oder formell problematisch sein. Das Verhalten des Notars erzeugte bei juristischen Laien vielmehr zusätzliches Vertrauen in die Gültigkeit der unterzeichneten Urkunde. Die Unterzeichnung der "Dichiarazione" wäre denn auch zwecklos gewesen, wenn alle Beteiligten bereits zu diesem Zeitpunkt deren Nichtigkeit gekannt hätten.

Die Auffassung der Berufungsklägerin, die Berufungsbeklagten hätten die Unzulässigkeit der „Dichiarazione“ gekannt resp. erkennen müssen, ist gemäss obigen Ausführungen nicht nachgewiesen. Die Vorinstanz hat daher zu Recht angenommen, die Kaufinteressenten hätten die Illegalität der "Dichiarazione" zum Zeitpunkt deren Unterzeichnung nicht erkannt.

7.2.1 Die Berufungsbeklagten haben am 1. März 2010 vor dem Notar die Haftungserklärung unterzeichnet und zeitnah (5. März) Fr. 30 000.- auf dessen Treuhandkonto überwiesen. Sie sind wiederholt ins Wallis gereist, um den Baufortschritt der sie interessierenden Wohnung zu prüfen und Abänderungs- und Ausbauwünsche zu besprechen. Sie haben sich ferner in Italien eine Küche ausgesucht und dem Verkäufer entsprechende Pläne übermittelt. Nachdem ihnen vom Notar mitgeteilt wurde, das Kontingent für den Kauf der Wohnung sei erteilt worden und der Vertrag müsse nun innert Monatsfrist abgeschlossen werden, weigerten sie sich, den Vertrag abzuschliessen. Als Gründe dafür gaben sie an, dass die Überbauung grosse Verspätung aufwies und dass ihnen von seiten der Bauherrschaft keine Antworten auf die Fragen betreffend das Ende der Bautätigkeit, der genauen Umschreibung der allgemeinen Teile und des Besitzesantrittes erteilt worden waren. Diese Vorwürfe wurden durch das Beweisergebnis entkräftet. Vielmehr geht daraus hervor, dass die Berufungsbeklagten versuchten, die Zahlung des Kaufpreis hinauszuschieben und zwar 30 Tage nach Inbesitznahme der Wohnung und nachdem sie die „dichiarazione di conformità al venditore“ unterzeichnet haben. Damit war die Berufungsklägerin laut Notar jedoch nicht einverstanden.

Die Kaufinteressenten versuchten mithin, den Kaufvertrag in eine für sie bessere und annehmbare Weise zu ändern. Sie haben den Vertrag nicht unterzeichnet, als die Verkäuferin ihr diesbezügliches Anliegen nicht akzeptierte. Die Berufungsbeklagten wollten demnach einen erfolgreichen Verhandlungsabschluss, der aber schlussendlich daran scheiterte, dass die Verkäuferin der zusätzlichen Forderung der Berufungsbeklagten nach einer späteren Zahlung des Kaufpreises nicht nachkommen wollte. Des Risikos, dass Vertragsverhandlungen auch noch im letzten Moment und an Details scheitern können, war sich die im Immobiliengeschäft tätige Berufungsklägerin bewusst, insbesondere da es sich vorliegend um einen Immobilienkaufvertrag mit Ausländern handelte. Dieses Risiko ist sie eingegangen und sie muss nun auch die Konsequenzen ihrer Risikobereitschaft tragen. Die Berufungsbeklagten haben einen für sie noch günstigeren Kaufvertrag abschliessen wollen, dem die Berufungsklägerin nicht zustimmen konnte. Dieses Verhalten der Berufungsbeklagten ist nicht aussergewöhnlich und sie haben demnach die Verhandlungen nicht grundlos abgebrochen. Sie haben sich auch nicht widersprüchlich verhalten.

7.2.2 Der strukturierte, aufwändige Ablauf des Beurkundungsverfahrens soll die Parteien davor bewahren, sich in unbedachter Weise rechtsgeschäftlich zu binden (Arnet, a.a.O., S. 403). Dieser Übereilungsschutz gilt auch für den in casu öffentlich zu beurkundenden Haftgeldvertrag. Die ausländischen Kaufinteressenten haben einer im Immobilienhandel erfahrenen Person als Verkäuferin gegenübergestanden. Sie haben sich als einzige zur Leistung eines Haftgelds verpflichtet und die zugesagte Summe kurz nach Abschluss der Vereinbarung auf ein Treuhandkonto überwiesen. Die drohende, empfindliche Vertragsstrafe hat die Berufungsbeklagten zur späteren öffentlichen Beurkundung veranlassen sollen. Der für diesen Fall vom Gesetzgeber erwünschte Übereilungsschutz wäre durch die einfach schriftliche "arrha pacto imperfecto data" umgangen und der Schutzzweck der öffentlichen Beurkundung verletzt worden. Die Berufungsbeklagten sind in casu als schwächere, zu schützende Partei zu qualifizieren, welche sich auf den Schutzzweck der Beurkundungspflicht berufen darf, ohne Recht zu missbrauchen.

7.3 Die Berufungsbeklagten verstossen demnach nicht gegen Treu und Glauben, wenn sie sich nachträglich auf die Formungültigkeit des Haftgeldvertrags berufen.