Urteilskopf

84 II 636

85. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. Dezember 1958 i.S. Solco Basel AG gegen Müller.
Regeste (de):
Art. 2 ZBG, Art. 216 Abs. 2 OR.

Handelt gegen Treu und Glauben, wer sich der Schadenersatzklage wegen Nichterfüllung eines Vorvertrages zu einem Grundstückkauf mit der Begründung widersetzt, die öffentliche Beurkundung sei nicht vorschriftsgemäss vor sich gegangen?

Regeste (fr):
Art. 2 CC et 216 al. 2 CO.

Celui qui résiste à une action en dommages-intérêts pour inexécution d'une promesse d'acheter un immeuble agit-il contrairement aux règles de la bonne foi s'il se prévaut du fait que l'acte authentique n'a pas été dressé régulièrement?

Regesto (it):
Art. 2 CC e 216 cp. 2 CO.

Colui che si oppone a un'azione per risarcimento di danni per inesecuzione di una promessa di compera di un fondo agisce contrariamente alle norme della buona fede se si prevale del fatto che l'atto pubblico non è stato rogato regolarmente?

Sachverhalt ab Seite 636

A.- Am 16. Juli 1955 unterzeichneten Dr. W. als Verwaltungsratspräsident der Solco Basel A. G. einerseits und Werner Müller anderseits im Bureau W.s ein als "Vorvertrag zu einem Kaufvertrag" überschriebenes Schriftstück. Darin versprach Müller der Solco Basel A. G., ihr die Liegenschaften Zürcherstrasse Nr. 11 und 13 in Basel, die zusammen 1397,5 m2 messen, zum Preise von Fr. 395.– je m2 abzukaufen und den endgültigen Kaufvertrag spätestens am 1. Oktober 1955 abzuschliessen. Das Schriftstück war nach Art eines öffentlich beurkundeten Vertrages abgefasst. Es begann mit den Worten: "Vor mir, dem unterzeichneten öffentlichen Notar zu Basel sind erschienen die mir persönlich bekannten Herr Dr. W.... und Herr Werner Müller... und haben mir erklärt...". Der Schlussatz lautete: "Geschehen zu Basel den 16. Juli 1955, nachdem urkundlich dessen dieser Vorvertrag von den Parteien nach geschehener Lesung und Genehmigung, sowie von mir dem Notar unter Beisetzung meines amtlichen Siegels hienach unterzeichnet worden ist". W. sandte diese Urkunde nach der Unterzeichnung dem Notar Dr. Sch. in Basel, und dieser setzte in Abwesenheit der Parteien seine Unterschrift und sein Siegel darunter.

Im gleichen Verfahren kam am 28. September 1955 ein "Nachtrag" zu diesem Vorvertrag zustande. Er ging im wesentlichen dahin, dass die Frist zum Abschluss des endgültigen Kaufvertrages bis 15. Oktober 1955 erstreckt werde und der Käufer der Verkäuferin spätestens an diesem Tage Fr. 100 000 anzahle. Am 3. Oktober 1955 schrieb Dr. W. dem Müller, wenn diese Frist nicht eingehalten werden sollte, würde die Solco Basel AG die sich aus dem Verzug ergebenden Folgen eintreten lassen. Mit Briefvom 17. Oktober 1955 teilte er Müller mit, sie werde auf nachträgliche Erfüllung verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn Müller den Vertrag nicht spätestens am 26. Oktober 1955 erfüllen werde. Müller antwortete am 18. Oktober 1955, sein Kaufsinteressent werde am 20. Oktober 1955 nach Basel kommen und wahrscheinlich versuchen, den Kaufpreis noch einmal herunterzudrücken. Er bat Dr. W., zur Erzielung eines Erlöses von mindestens Fr. 415.– je m2 mitzuwirken, so dass ihm, Müller, für seine Bemühungen ein gewisser Betrag übrig bleibe. Müller begab sich jedoch am 20. Oktober nicht zu Dr. W. Da er auch bis 26. Oktober 1955 nicht erfüllte, schrieb W. ihm am 28. Oktober 1955, die Solco Basel AG verzichte auf nachträgliche Leistung und verlange Ersatz des aus der Nichterfüllung des Vertrages entstehenden Schadens. Am 1. August 1956 schrieb Dr. W. dem Müller, die Solco Basel AG könne nun die beiden Liegenschaften zu einem Preise, der erheblich unter Fr. 395.– je m2 liege, anderweitig verkaufen; sie werde das tun und Müller für den Preisunterschied belangen, wenn er nicht ein neues und annehmbares Angebot mache. Müller erhielt den Brief nicht, da er abwesend war. Am 7. August 1956 verkaufte die Solco Basel AG die beiden Liegenschaften zum Preise von Fr. 320.– je m2 anderweitig. Dr. W. gab Müller am 9. August 1955 vom Mindererlös Kenntnis und ersuchte ihn um einen Vergleichsvorschlag. Am 22. August 1956 antwortete Müller, die Solco Basel AG habe ihn durch

Verschweigen bestimmter Tatsachen zum Abschluss des Vorvertrages verleitet und habe darin einen bedeutend übersetzten Kaufpreis ausbedungen. Zudem habe Müller den Vorvertrag in der Meinung unterzeichnet, er falle dahin, wenn er nicht erfüllt werde. Man hätte ihn bei der Unterzeichnung des Vertrages auf die Folgen der Nichterfüllung aufmerksam machen sollen.

B.- Am 22. September 1956 reichte die Solco Basel AG gegen Müller Klage ein. Sie beantragte, er sei zu verurteilen, ihr den Mindererlös von Fr. 104'812.50, die Mäklerprovision von Fr. 6700.– und die Insertionskosten von Fr. 322.50, zusammen Fr. 111'835.–, zu ersetzen und die Schuld vom Tage der Einreichung der Klage an zu 5% zu verzinsen. Der Beklagte beantragte, die Klage abzuweisen. Er machte unter anderem geltend, der Vorvertrag sei ungültig, weil er nicht in dem vom Basler Notariatsgesetz vorgeschriebenen Verfahren verurkundet worden sei, und zudem habe der Beklagte geglaubt, Gegenstand des Vertrages sei ein zugunsten des Beklagten vereinbartes Kaufsrecht. Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt hiess die Klage gut, das vom Beklagten angerufene Appellationsgericht wies sie dagegen im Urteil vom 10. Juli 1958 ab. Das Appellationsgericht kam zum Schluss, die im kantonalen Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch und im baselstädtischen Notariatsgesetz geregelte Form der öffentlichen Beurkundung sei insofern erfüllt, als alle erforderlichen Unterschriften vorhanden seien, doch sei der verurkundende Notar Dr. Sch. mit den Parteien nicht zusammengetroffen und habe sich nicht vergewissert, ob der Beklagte vom Inhalte der Urkunde Kenntnis genommen und ihn genehmigt habe. Diese Verstösse gegen § 237 EG und § 3 des Notariatsgesetzes machten den Vertrag nicht ungültig, aber gemäss § 237 Abs. 4 und 233 letzter Absatz anfechtbar. Das Anfechtungsrecht sei nicht dahingefallen und es sei rechtzeitig und gültig ausgeübt worden. "Überwiegende Gründe" im Sinne des § 233 letzter Abs.

EG, aus denen der Richter die Beurkundung trotz des Formmangels aufrecht halten könnte, lägen nicht vor. Indem das Gesetz dem Richter diese Möglichkeit gebe, wolle es den Rechtsmissbrauch verbieten. Der Beklagte fechte jedoch die Beurkundung nicht rechtsmissbräuchlich an. Die missachteten Formvorschriften wollten verhindern, dass die Beteiligten die Urkunde unterzeichneten, ohne ihren Inhalt genau zu kennen und sich frei entschlossen zu haben. Da der Beklagte der Meinung gewesen sein wolle, er sei zum Kaufe nicht verpflichtet, sondern erwerbe nur ein Kaufsrecht, missbrauche er das Anfechtungsrecht nicht zu einem Zwecke, der diesem fremd sei. Die Klägerin behaupte zwar, der Beklagte habe den Inhalt des Vertrages genau gekannt und ausdrücklich gewollt. Die Klägerin vermöge jedoch den ihr obliegenden Beweis hiefür nicht zu erbringen. Auch kenne das kantonale Prozessrecht keine Regel, wonach der Beklagte die Behauptung der Klägerin gegen sich gelten lassen müsste, weil er seinen früheren Rechtsberater Dr. B., den Bureaukollegen Dr. W.s, von der beruflichen Schweigepflicht über das Beweisthema nicht entbinde. Es bestehe ein gewisser Verdacht, dass der Beklagte die Unkenntnis seiner Kaufsverpflichtung nur vorschütze, um sich den Folgen einer missglückten Spekulation zu entziehen, aber einen schlüssigen Beweis hiefür habe die Klägerin nicht erbracht. Ob die Anfechtung rechtsmissbräuchlich wäre, wenn der Beklagte die Kaufsverpflichtung erwiesenermassen mit Wissen und Willen eingegangen wäre, könne somit dahingestellt bleiben. Im übrigen stehe fest, dass der Beklagte den Formfehler nicht kannte, als er die Urkunde unterzeichnete. Er habe auch nicht nachträglich in Kenntnis des Fehlers am Vertrage festgehalten. In dieser Hinsicht liege also Rechtsmissbrauch nicht vor. Es beständen auch keine Billigkeitsgründe, den Vertrag aufrecht zu halten. Es sei nicht mit Sicherheit bekannt, ob der Beklagte den Vertrag auch unterzeichnet hätte, wenn ihn der Notar darüber belehrt hätte, dass er eine Kaufsverpflichtung

eingehe. Anderseits habe der Verwaltungsratspräsident der Klägerin die Gesetzwidrigkeit der Beurkundung gekannt und gewollt. Auch habe die Klägerin ihre Liegenschaften immerhin noch mit Gewinn anderweitig verkaufen können. Dass sie in finanzielle Schwierigkeiten geraten sei, sei nicht dargetan. Mit der Schadenersatzklage bezwecke sie im wesentlichen nur, weiteren Gewinn zu ziehen. Gutheissung der Klage hätte anderseits den Konkurs des Beklagten zur Folge oder würde diesen zum mindesten finanziell ausserordentlich hart treffen. Freilich habe der Beklagte nur eine Liegenschaftsspekulation verfolgt, die an sich keinen besonderen Schutz verdiene; aber seine Verkaufsbemühungen hätten auch der Klägerin gedient, die einen entsprechend hohen Preis nirgends zu erzielen vermocht habe. Verschiedene Umstände sprächen im übrigen dafür, dass der Beklagte beim ganzen Geschäft der Gegenpartei nicht ebenbürtig gewesen sei. Dazu komme, dass sein Rechtsberater Dr. B. als jüngerer Bureaukollege Dr. W.s sich in einem gewissen Interessenkonflikt befunden habe. Überhaupt handelten Advokaten des gleichen Bureaus nicht pflichtgemäss, wenn sie Parteien mit gegensätzlichen Interessen verträten.

C.- Die Klägerin hat gegen das Urteil des Appellationsgerichts die Berufung erklärt mit dem Antrag, es aufzuheben und die Klage gutzuheissen. Der Beklagte beantragt, auf die Berufung nicht einzutreten, sie allenfalls abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Vorverträge zum Kauf eines Grundstückes bedürfen der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 2 OR). Was unter dieser zu verstehen ist und welchen Mindestanforderungen sie zu genügen hat, sind Fragen des eidgenössischen Rechts. Dagegen bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird (Art. 55 SchlT ZGB).

Die Schriftstücke über den Vorvertrag vom 16. Juli und den Nachtrag vom 28. September 1955 weisen alle Merkmale auf, die eine öffentliche Urkunde von Bundesrechts wegen haben muss. Das ist auch die Auffassung des Appellationsgerichts und wird von keiner Partei bestritten. Der Beklagte und das Appellationsgericht beanstanden nur das Verfahren, in dem die beiden Urkunden zustande gekommen sind. Sie setzen daran aus, der verurkundende Notar Dr. Sch. sei entgegen § 237 EG ZGB und § 3 des baselstädtischen Notariatsgesetzes mit den Parteien nicht zusammengetroffen und habe sich nicht vergewissert, ob der Beklagte vom Inhalt der Urkunden Kenntnis genommen und ihn genehmigt habe. Ob dieser Vorwurf begründet sei und er den Richter berechtige, die beiden Urkunden auf Anfechtung hin ungültig zu erklären, sind Fragen des kantonalen Rechts. Indem die Klägerin vorbringt, das Appellationsgericht messe dem Verfahrensmangel zu grosse Bedeutung bei, die Gegenwart des Notars bei der Unterzeichnung der Schriftstücke durch die Parteien wäre nur eine reine Formalität gewesen, beanstandet sie somit die Auslegung des kantonalen Rechts. Das ist im Berufungsverfahren nicht zulässig (Art. 43, 55 Abs. 1 lit. c OG).

2. Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, er verstosse gegen Art. 2 ZGB, indem er sich auf die Ungültigkeit des Vertrages berufe. Wer einen Vertrag wegen Formmangels nicht gelten lassen will, missbraucht das Recht nur, wenn seine Einwendung wegen besonderer Umstände gegen Treu und Glauben verstösst (BGE 68 II 236f.,BGE 72 II 41,BGE 78 II 227, BGE 84 II 375). Die Klägerin sieht einen solchen Umstand darin, dass der Beklagte durch Dr. B. vor der Unterzeichnung des Vertrages jede wünschbare Aufklärung erhalten habe, sich bewusst gewesen sei, dass er sich vorbehaltlos zum Kaufe verpflichte, und diese Verpflichtung gewollt habe. Soweit sie damit sagen will, das in § 237 EG ZGB und § 3 des Notariatsgesetzes vorgeschriebene Beurkundungsverfahren habe nicht eingehalten zu werden brauchen,

um den Beklagten vor unüberlegtem Handeln zu schützen, ist sie nicht zu hören. Das Bundesgericht hat davon auszugehen, dass die Nichtbeachtung dieser Bestimmungen den Beklagten zur Anfechtung der Verträge berechtigte und den Richter angesichts der Umstände des Falles verpflichtete, sie ungültig zu erklären. Daran ändert die Berufung auf Art. 2 ZGB nichts. Diese Norm schränkt an sich nur die Anwendung von Sätzen des eidgenössischen Rechtes ein, steht dagegen der Anwendung von kantonalen Vorschriften, soweit solche massgebend sind, nicht im Wege. Fragen kann sich daher nur, ob die Berufung einen Mangel im Beurkundungsverfahren an sich, gleichgültig worin er bestanden habe, rechtsmissbräuchlich sei, wenn die Partei der Form zu ihrem Schutze nicht bedarf. Das trifft nicht zu. Die öffentliche Beurkundung im Verkehr mit Grundstücken soll in erster Linie auch der Sicherung des Beweises und der Rechtssichercheit dienen (BGE 68 II 234f.,BGE 78 II 224). Wer geltend macht, ein Vertrag sei gemäss Art. 216 Abs. 2 OR ungültig, obschon er sich beim Abschluss seines Inhaltes und seiner Tragweite bewusst war, missbraucht daher sein Recht nicht zu einem dieser Bestimmung fremden Zwecke. Dem Beklagten gereicht es nicht von Bundesrechts wegen zum Vorwurf, dass er sich auf den Formfehler beruft, gleichgültig, ob er durch Dr. B. aufgeklärt worden ist und den Inhalt der unterschriebenen Verträge gekannt und gewollt hat oder nicht. Alle Ausführungen, mit denen die Klägerin darzutun versucht, dass der Beweis für dieses Wissen und Wollen vom Appellationsgericht unrichtig gewürdigt worden und zudem nicht von der Klägerin zu erbringen gewesen sei, sind somit gegenstandslos.
Gegen Treu und Glauben kann verstossen, wer sich auf einen Formfehler beruft, obschon er ihn beim Abschluss des Vertrages bewusst in Kauf genommen oder ihn zum eigenen Vorteil sogar gewollt hat (BGE 53 II 166,BGE 78 II 228). Dem Beklagten kann dieser Vorwurf nicht gemacht werden, denn das Appellationsgericht stellt ver-

bindlich

BGE 84 II 636 S. 643

fest, dass er den Formmangel bei der Unterzeichnung der Urkunde nicht kannte. Die Klägerin vermag ihm auch nicht vorzuwerfen, er habe sich erst anderthalb Jahre nach Abschluss des Vertrages auf dessen Ungültigkeit berufen, weil er eine ihm später unbequem gewordene Bindung habe lösen wollen. Das Appellationsgericht erachtet als nicht bewiesen, ja sogar als sehr unwahrscheinlich, dass der Beklagte den Formmangel vor dem 7. September 1956 gekannt habe. An diese Beweiswürdigung ist das Bundesgericht gebunden. Erfuhr der Beklagte erst am 7. September 1956, dass der Vertrag nicht richtig beurkundet worden war, so verstösst es nicht gegen Treu und Glauben, wenn er sich nicht schon früher auf den Mangel berief. Es kann bei dieser Sachlage keine Rede davon sein, dass er diesen genehmigt habe, wie die Klägerin sagt. Sein Schweigen beruhte auch nicht auf einer Spekulation. Die Klägerin hatte ihm schon am 28. Oktober 1955 geschrieben, dass sie auf nachträgliche Erfüllung des Vertrages verzichte und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlange. Von da an kam somit, wie beide Parteien wussten, ein Begehren um Erfüllung seitens der einen oder anderen nicht mehr in Frage. Insbesondere wusste die Klägerin, dass sie die Liegenschaften anderweitig verkaufen könne, ohne Gefahr zu laufen, den Beklagten entschädigen zu müssen. Der Beklagte hat denn auch nach Empfang der erwähnten Mitteilung nie auf Erfüllung beharrt oder die Klägerin auch nur veranlasst, vom anderweitigen Verkaufe der Liegenschaften abzusehen. Dass sie ihm diese bis zum 26. Oktober 1955 zur Verfügung hielt, wodurch ihr angeblich die Gelegenheit entgangen sein soll, mit einem Dritten, der annähernd gleichviel geboten habe, weiterzuverhandeln, gereicht dem Beklagten nicht zum Vorwurf. Das war die Folge der Verträge vom 16. Juli und 28. September 1955, die von der Klägerin gewollt waren und deren ungenügende Verurkundung der Beklagte nicht kannte. Die Berufung auf den Formmangel seitens des Beklagten widerspricht um so weniger Treu und

BGE 84 II 636 S. 644

Glauben, als der Verwaltungsratspräsident der Klägerin wusste, dass der einleitende Satz und der Schlussatz der beiden Urkunden unwahr waren. Die Klägerin ist nicht hinters Licht geführt worden, sondern hat, wie das Appellationsgericht feststellt, die Gesetzwidrigkeit der Beurkundung gekannt und gewollt. Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Berufung auf einen Formmangel rechtsmissbräuchlich sein könne, wenn der Vertrag erfüllt worden ist (BGE 50 II 148,BGE 53 II 165f.,BGE 72 II 43). Auch dieser Sachverhalt liegt nicht vor. Der Beklagte verlangt nicht eine erbrachte Leistung unter Berufung auf einen Formmangel zurück, sondern widersetzt sich der Schadenersatzforderung der Klägerin aus dem mangelhaft beurkundeten Geschäft. Er hat ein schützenswertes Interesse, dies zu tun. Er hätte es selbst dann, wenn ihn die Forderung der Klägerin nicht ausserordentlich hart treffen würde, wie das Appellationsgericht feststellt. Auch kommt nichts darauf an, dass er die Liegenschaften erwerben wollte, um sie mit Gewinn weiterzuverkaufen. Dieser Zweck war der Klägerin bekannt und hat übrigens mit dem Formmangel und der Haltung des Beklagten nichts zu tun. Der Beklagte handelt nicht gegen Treu und Glauben, wenn er sich auf den nachträglich entdeckten Formmangel beruft, nachdem sich herausgestellt hat, dass der vereinbarte Preis weit übersetzt war, und ihm die Klägerin die Liegenschaften gar nicht mehr übertragen kann, sondern nur noch darauf ausgeht, erhofften Gewinn einzuziehen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 10. Juli 1958 wird bestätigt.