

## **BGE 84 II 636**

Bundesgericht (BGE), 1958-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_84\\_II\\_636](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_84_II_636)

FR: ATF 84 II 636

IT: DTF 84 II 636

### **Regeste**

Regeste 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 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 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?

### **Erwägungen**

#### **E. 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 ). BGE 84 II 636 S. 641 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 ).

#### **E. 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 236 f., 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, BGE 84 II 636 S. 642 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 berechnete 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 Rechtssicherheit dienen ( BGE 68 II 234 f., 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 verbindlich 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 Schlusssatz 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 165 f., 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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.