

# Form der Verträge

---

<p><strong>IMPRESSUM<br />

<br />

Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone</strong></p>

<p><strong>FS 21 Mag. iur. LL.M. Magda Aref, MLaw Giovanni Dazio, RA MLaw Bruno Mahler</strong></p>

<p><strong>HS 20</strong><span style="background-color:rgb(255, 255, 255); color:rgb(51, 51, 51); font-family:sans-serif,arial,verdana,trebuchet ms; font-size:13px"> <strong>Mag. iur. LL.M. Magda Aref, RA M.A. HSG Merens Derungs, RA

MLaw Oliver Dalla Palma, LL.M.<br />

FS 20 MLaw Keivan Mohasseb, Mag. iur. LL.M. Magda Aref, MLaw Fleur Baumgartner, MLaw Giovanni Dazio</strong><br />

<strong>HS 19 Mag. iur. LL.M. Magda Aref, RA M.A. HSG Merens Derungs, MLaw Sandro Bernet<br />

FS 19 MLaw Fleur Baumgartner, MLaw Keivan Mohasseb, RA M.A. HSG Merens Derungs<br />

HS 18 MLaw Olivia Wipf, MLaw Corina Moschen, MLaw Fleur Baumgartner<br />

FS 18 RA M.A. HSG Richard Allemann, MLaw Thomas Grob, RA MLaw Patricia Reichmuth, MLaw Corina Moschen</strong><br />

<strong>HS 17 RA M.A. HSG Richard Allemann, MLaw Thomas Grob, RA MLaw Patricia Reichmuth, MLaw Olivia Wipf<br />

FS 17 RA MLaw Patricia Reichmuth, RA M.A. HSG Linus Cathomas, MLaw LL.M. Merens Cahannes, RA MLaw Luca Angstmann<br />

FS 16 MLaw Olivia Wipf, MLaw Merens Cahannes LL.M., MLaw Melanie Gottini</strong><br />

<strong>HS 15 RA lic. iur. Olivier Baum, RA MLaw Alexander Wherlock<br />

FS 15 MLaw Felix Buff, RA M.A. HSG Kaspar Projer, RA lic. iur. Olivier Baum<br />

HS 14 RA M.A. HSG Yves Mauchle, MLaw Martin Monsch<br />

FS 14 RA MLaw Daniel Brugger, RA M.A. HSG Simon Bühler, MLaw Felix Buff, MLaw Barbora Castell, RA M.A. HSG Yves Mauchle<br />

HS 13 RA MLaw Daniel Brugger, RA M.A. HSG Simon Bühler, MLaw Martin Monsch<br />

HS 12 MLaw Adriano Huber, RA M.A. HSG Valentin Jentsch, lic. iur. Matthias Trautmann<br />

HS 11 lic. iur. Benedict Burg, RA lic. iur. oec. Jan H. Hoffmann, lic. iur. Matthias Trautmann</strong><br />

---

1. Grundsatz der Formfreiheit	5
2. Gesetzliche Formvorschriften	5
2.1. Einfache Schriftlichkeit	6
2.1.1. Anforderungen	6
2.1.2. Anwendungsfälle	8
2.2. Qualifizierte Schriftlichkeit	9
2.2.1. Eigenhändigkeit	9
2.2.2. Formzwang für Nebenpunkte	9
2.2.3. Formularpflicht	9
2.3. Öffentliche Beurkundung	10
3. Umfang des Formzwanges	11
4. Verletzung von Formvorschriften	13
4.1. Rechtsprechung	14
4.2. Kritik der Lehre	16
4.3. Fallgruppen	16
5. Gewillkürte Formvorschriften	17
6. Übungsfälle	19

---

**HS 10 RA lic. iur. Lukas Beeler, lic. iur. Benjamin Büchler,**  
**HS 09 RA lic. iur. Alex Domeniconi, lic. iur. Thomas Steininger,**  
**HS 08 lic. iur. Irène Schilter, lic. iur. Martina Isler,**  
**HS 07 lic. iur. Andrea Galliker,**  
**SS 07 RA in lic. iur. et rer. pol. Catherine Chammartin, lic. iur. Matthias**  
**Hirsche,**  
**SS 06 lic. iur. Paul Felix Wegmann, lic. iur. Sarah Dobler, lic.**  
**SS 05 lic. iur. Sarah Dobler,**  
**SS 04 lic. iur. Karin**  
**Eugster**

Zitiervorschlag: von der Crone et. al.; RechtEck, die Internetplattform zum  
Obligationenrecht Allgemeiner Teil; <http://www.rechteck.uzh.ch/>[...]; besucht am  
25.03.2023.

### Rechtspolitische Ausgangslage

Vertragsrecht soll den einfachen, raschen und kostengünstigen Rechtsverkehr verwirklichen, der es den Parteien ermöglicht, ihre ökonomischen Ziele mit möglichst geringen Transaktionskosten zu verfolgen.

#### Form und Effizienz?

- Grundsatz: Effizienzkriterium spricht grundsätzlich gegen Formvorschriften.
- Ausnahme: Effizienzgewinn durch Rechtssicherheit.

Beispiele für Vereinfachung / Sicherung des Rechtsverkehrs durch Register:

- Art. 216 Abs. 1 OR: Grundstückkaufvertrag; Grundbucheintrag (Art. 656 Abs. 1 ZGB, Art. 943 ZGB) verschafft Klarheit u.a. über die Belastungen auf dem Grundstück.
- Art. 640 OR: Eintrag der AG ins Handelsregister; Handelsregistereintrag vereinfacht die Informationsbeschaffung über Aktiengesellschaften (Art. 640 OR).

Andere Zwecke der Formvorschrift:

- Sozialschutz (Art. 40d OR, Art. 344a OR, Art. 9 ff. KKG, Art. 3 lit. k ff. UWG)
- Warnzweck (Art. 243 OR)
- Schutz der Vertragsschliessenden (Art. 418q OR, Art. 493 OR, Art. 9 ff. KKG)

Eine Formvorschrift kann einem oder mehreren Zwecken dienen.

Bsp. Vertrag auf Einräumung eines Wohnrechts

- Bedarf der öffentlichen Beurkundung (Art. 776 Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 746 Abs. 2 ZGB und Art. 657 Abs. 1 ZGB).
- Zwecke:
  - Erleichterung der Grundbuchführung
  - Schutz des Grundeigentümers

Schutzvorschriften wie z.B. Art. 9 KKG sollen den Konsumenten schützen, indem sie ihm die notwendigen Grundlagen für seinen Konsumentenscheid bereitstellen:

- Sind die Konsumenten in der Lage, diese Informationen auszuwerten?
  - Erkennen die Konsumenten, dass sie nur prozedural, nicht aber inhaltlich geschützt werden?
  - Fragen Konsumenten nach, wenn ihnen etwas nicht klar ist?
-

# 1. Grundsatz der Formfreiheit

---

## Grundsatz der Formfreiheit

In der Regel sind Verträge ohne Rücksicht auf ihre Form gültig (Art. 11 OR). Der Austausch übereinstimmender Willenserklärungen in irgendeiner Form genügt für den Eintritt der Rechtswirkung. Bsp. mündlich, handschriftlich oder per E-Mail.

Es gibt zwei Ausnahmen vom Grundsatz der Formfreiheit:

- gesetzliche Formvorschriften (Art. 11 OR)
- gewillkürte Formvorschriften (Art. 16 OR)

# 2. Gesetzliche Formvorschriften

---

## Formvorschrift als Gültigkeitserfordernis

- Ist eine Form vorgeschrieben, ist deren Einhaltung Gültigkeitserfordernis für den Vertrag (Art. 11 OR).
- Gesetzliche Formvorschriften sind (in favorem negotii) eng auszulegen.
- Abänderung von formgebundenen Verträgen (vgl. Art. 12 OR).
- Aufhebung einzelner Forderungen aus formgebundenen Verträgen (vgl. Art. 115 OR).

## Abänderung und Aufhebung formgebundener Verträge

Gemäss Art. 12 OR gelten gesetzliche (nicht aber gewillkürte) Formvorschriften auch für die Abänderung von Verträgen. Die Bestimmung gilt über ihren Wortlaut hinaus für alle gesetzlichen Formvorschriften.

Nicht vom Formzwang erfasst ist entgegen dem Wortlaut von Art. 12 OR die Abänderung objektiv und subjektiv unwesentlicher Vertragspunkte, was auch dann gilt, wenn diese bereits in der Urkunde geregelt worden sind (BGE 123 III 97 E. 2).

Gemäss Art. 115 OR ist auch bei formgebundenen Verträgen die Aufhebung der einzelnen Forderungen formlos möglich. (2)

Nach dem Wortlaut von Art. 115 OR ist diese Bestimmung und nicht Art. 12 OR anwendbar auf die vollständige oder teilweise Aufhebung einzelner Forderungen. (3)

Während der Wortlaut dieser Bestimmung die umfassende Geltung dieser Regel nahelegt, schränkt ein Teil der Lehre ihren Anwendungsbereich ein auf Fälle, in denen nach Aufhebung der Forderung kein den Gläubiger der aufgehobenen Forderung belastender Vertragsinhalt mehr übrig bleibt. Unter Art. 115 OR würde demnach die Aufhebung von einseitig und unvollkommen zweiseitigen Verträgen fallen, die Aufhebung von synallagmatischen Verträgen jedoch nur, wenn die aufgehobene Forderung einziger noch nicht abgewickelter Vertragsinhalt ist. Ansonsten wird die Aufhebung Art. 12 OR unterstellt. (4)

---

## 2.1. Einfache Schriftlichkeit

### Begriff

Die einfache Schriftlichkeit (Art. 13 - Art. 15 OR) ist die schwächste gesetzliche Formvorschrift. (5)

---

### 2.1.1. Anforderungen

Voraussetzungen:

- Erklärung in Schriftform und
- Unterzeichnung des Schriftstücks durch den Verpflichteten

#### Anforderungen

Die Erklärung muss schriftlich erfolgen und unterzeichnet sein:

- Unterzeichnen muss nur, wer sich verpflichtet, bzw. wer verfügt.
  - Bei einseitigen Schuld- oder Verfügungsgeschäften :
    - Es genügt folglich eine Unterschrift, nämlich diejenige der sich verpflichtenden oder verfügenden Partei (Art. 13 Abs. 1 OR).
    - Beispiel: Schenkungsversprechen, Art. 243 Abs. 1 OR:
      - Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form.
      - Der Beschenkte kann jedoch die Schenkung auf beliebige Weise annehmen.
  - Bei zweiseitigen Verträgen:
    - Schrifterfordernis bezieht sich auf beide Erklärungen.
    - Aber Urkundeneinheit ist nicht erforderlich:
      - Bsp.: Briefwechsel oder Vertragsdoppel mit jeweils der Unterschrift der sich verpflichtenden Partei genügt:
        - Der Antragsteller unterzeichnet die Offerte und stellt sie dem Antragsempfänger zu.
        - Der Antragsempfänger erklärt in einem separaten, dem Antragsteller zugestellten

---

3)

Vgl. Gauch/Schluemp/Emmenegger, N 3127; von Tuhr/Peter, S. 242 f.; Guhl/Koller, § 14 N 2.

4)

Vgl. Gauch/Schluemp/Schmid, N 580; ZK-Schönenberger/Jäggi, Art. 12 N 19, 21; Huguenin, N 367, 735; BSK OR I-Schwenzer, Art. 12 N 6; BK-Schmidlin, Art. 12 N 7 ff., insb. N 10 ff., wobei letzterer vom dargestellten Konzept insofern abweicht, als er synallagmatische Verträge allgemein Art. 12 OR unterstellt, unabhängig davon, ob der Gläubiger der erlassenen Forderung seinerseits noch durch eine Schuld belastet wird oder ob er diese bereits erfüllt hat (N 12).

Schriftstück sein Einverständnis ("Ich bin mit Ihrem Antrag vom X über Y einverstanden.")

- Grundsätzlich ist Eigenhändigkeit der Unterschrift erforderlich (Art. 14 Abs. 1 OR)
- Ausnahmen:
  - Nachbildung auf mechanischem Weg genügt nur, soweit sie verkehrsüblich ist (insbesondere bei in grosser Zahl ausgegebenen Wertpapieren, Art. 14 Abs. 2 OR; "faksimilierte Unterschrift").
  - Qualifizierte elektronische Signatur (Art. 14 Abs. 2bis OR)
  - Sonderregel für Blinde (Art. 14 Abs. 3 OR)
  - Personen, die nicht unterschreiben können, ist es gestattet, die Unterschrift durch ein beglaubigtes Handzeichen zu ersetzen bzw. die Vertragserklärung öffentlich beurkunden zu lassen (Art. 15 OR)
- Die Unterschrift muss die Identifikation des Erklärenden erlauben. Normfall: voller Name ("Unterschrift ist Namenszug"). Bei Verkehrsüblichkeit auch der blosser Familien- oder Vorname, ein Pseudonym ("Dagobert") oder die Angabe der Verwandtschaftsbeziehung ("Dein Vater"). Nicht ausreichend sind Initialen.
- Die Unterschrift muss so individuell sein, dass sie den Aussteller erkennen lässt. Leserlich braucht die Unterschrift nicht zu sein.
- Die Unterschrift muss den Erklärungstext decken; typischerweise ist sie unterhalb des Textes platziert (daher: Unter-Schrift und nicht Ober-Schrift).
- Die Unterschrift kann dem Text zeitlich vorausgehen. Wird die Vervollständigung der Urkunde einer anderen Person (insbesondere dem Vertragspartner) überlassen, handelt es sich um ein Blankett.
- Wird im unterzeichneten Vertragstext auf einen anderen, nicht unterzeichneten Vertragstext verwiesen (z.B. Allgemeine Geschäftsbedingungen), so wird damit dem Schriftefordernis auch für den verwiesenen Text genüge getan (vgl. BGE 108 II 416).
- Die Unterschrift kann auch durch Vertreter erfolgen. In diesem Fall muss der Vertreter mit eigenem Namen unter Angabe des Vertretungsverhältnisses unterschreiben.
- Der Text kann auf irgendeine Art geschrieben sein: Von Hand oder maschinell, vorgedruckt oder individuell verfasst.
- Bei mehreren Blättern muss die Zusammengehörigkeit erkennbar sein (durch körperliche Verbindung oder in anderer Weise, z.B. durch Paginieren oder aufgrund des inhaltlichen Zusammenhangs).

### Spezielle Formen der Schriftlichkeit

#### Blankett

Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

- Formelle Blankoerklärung: Der Unterzeichnende überlässt einer anderen Person lediglich die Verurkundung des bereits formfrei Vereinbarten. Mit der nachträglichen Vervollständigung wird die Schriftform gewahrt.
- Materielle Blankoerklärung: Der Unterzeichnende ermächtigt eine andere Person die Erklärung zu vervollständigen, wobei über den zu ergänzenden Inhalt noch nichts vereinbart wurde. Die Ermächtigung muss die Formvorschriften einhalten, welche für die zu ergänzende Erklärung gelten. (6)

Problematisch ist in beiden Fällen die Gefahr des Missbrauchs, indem (bei der formellen

6)

Vgl. Huguenin, N 352; BK-Schmidlin, zu Art. 12-15 N 24 ff.; von Tuhr/Peter, 242; z.T. abweichend ZK-Schönenberger/Jäggi, Art. 13 N 41 ff., welche für die Frage der Einhaltung der Formvorschriften darauf abstellen, ob Zweck der diese Vorschriften statuierenden Normen der Schutz des Erklärenden oder ausschliesslich der Schutz Dritter ist und nur im zweiten Fall die Formgültigkeit der vervollständigten Blanketterklärung bejahen.

Blankoerklärung) die Erklärung nicht i.S.d. Vereinbarten ergänzt bzw. (bei der materiellen Blankoerklärung) die Ermächtigung überschritten wird. Diesfalls muss der Unterzeichnende im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten die vervollständigte Erklärung gegen sich gelten lassen (vgl. auch Art. 1000 OR). (7)

Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit vgl. Art. 251 StGB.

#### Telefax

Umstritten ist, ob die Übermittlung einer Willenserklärung mittels Telefax das Formerfordernis der einfachen Schriftlichkeit zu erfüllen vermag.

Dafür spricht, dass dem Empfänger die Unterschrift auf der Fernkopie ersichtlich ist. Das Original mit eigenhändiger Unterschrift verbleibt zwar beim Unterzeichnenden, doch stellt dies eine technische Notwendigkeit dar. (8)

Demgegenüber ist die technische Notwendigkeit bei der Zusendung von Fotokopien zu verneinen, weshalb diese gemäss h.L. dem Erfordernis einfacher Schriftlichkeit nicht zu genügen vermag.

#### Elektronische Signatur

Werden die Formerfordernisse der einfachen Schriftlichkeit durch E-Mail erfüllt?

In der Vergangenheit wurde diese Frage in der Lehre eher verneint.

Probleme:

- Garantie der Integrität des Dokuments
- Eigenhändige Unterschrift

Am 1. Januar 2005 ist das BG über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (ZertES), SR 943.03 in Kraft getreten. Infolgedessen wurde der Art. 14 OR durch den Abs. 2bis ergänzt, welcher die qualifizierte elektronische der eigenhändigen Unterschrift gleichstellt.

Durch die Verwendung der qualifizierten elektronischen Signatur kann die Identität des Senders festgestellt (Identität) und nachgewiesen werden, ob das Dokument während der Übermittlung verändert wurde (Authentizität). Die Formvorschriften der einfachen Schriftlichkeit sind folglich bei Verwendung dieser Technologie erfüllt (Totalrevision des Bundesgesetzes hängig; Botschaft erlassen).

Die Gleichstellung der elektronischen Signatur bezieht sich nur auf die eigenhändige Unterschrift, d.h., sie vermag keine vom Gesetz verlangten eigenschriftlichen Angaben zu ersetzen (z.B. Art. 505 ZGB).

---

## 2.1.2. Anwendungsfälle

### Anwendungsbeispiele für einfache Schriftlichkeit:

- Abtretung (Verfügungsgeschäft), Art. 165 Abs. 1 OR
- Vorkaufsvertrag bezüglich eines Grundstücks, sofern der Kaufpreis nicht zum voraus bestimmt wird, Art. 216 Abs. 3 OR
- Schenkungsversprechen, Art. 243 Abs. 1 OR
- Gesamtarbeitsvertrag, Art. 356c Abs. 1 OR
- Kreditauftrag, Art. 408 Abs. 2 OR
- Leibrentenvertrag, Art. 517 OR
- Aufhebung des Erbvertrages, Art. 513 Abs. 1 ZGB
- Teilungsvertrag, Art. 634 Abs. 2 ZGB
- Vertrag über Abtretung der Erbanteile, Art. 635 Abs. 1 ZGB

---

7)

Vgl. von Tuhr/Peter, S. 161 f., insb. FN 32; BK-Schmidlin, Art. 12-15 N 30; ZK-Schönenberger/Jäggi, Art. 13 N 48, Art. 1 N 426.

8)

Vgl. Gauch/Schluep/Schmid, N 518; BSK OR I-Schwenzer, Art. 13 N 14b; BK-Schmidlin, Art. 13 N 32; Huguenin, N 355.



- Pfandvertrag über eine Forderung, Art. 900 Abs. 1 ZGB

---

## 2.2. Qualifizierte Schriftlichkeit

### Begriff

Diese Form besteht aus der einfachen Schriftlichkeit, qualifiziert durch zusätzliche inhaltliche oder formelle Anforderungen.

Rechtspolitische Motivation?

---

### 2.2.1. Eigenhändigkeit

Die unterschriebene Erklärung muss (zumindest zum Teil) eigenhändig geschrieben sein.  
Beispiele:

- Testament (Art. 505 Abs. 1 ZGB)
- Bürgschaft bei natürlichen Personen mit Haftungsbetrag bis CHF 2000.- (Art. 493 Abs. 2 OR)

---

### 2.2.2. Formzwang für Nebenpunkte

Vereinzelt wird die Formvorschrift auch auf Nebenpunkte ausgedehnt. Das Gesetz kann ausdrücklich bestimmen, welche Angaben unter den Formzwang fallen.

Beispiel:

Konsumkreditvertrag (Art. 9 KKG): inhaltliche Vorgaben (Warn- und Informationszweck)

---

### 2.2.3. Formularpflicht

Pflicht zur Verwendung von genehmigten Formularen (Rechtsschutz).

Beispiele im Mietrecht:

- Art. 266I Abs. 2 OR: Vom Kanton genehmigtes Formular für Kündigung durch den Vermieter (Beispiel: im Kanton Uri verwendetes Formular).
  - Art. 269d OR: Vom Kanton genehmigtes Formular zur Mitteilung von Mietzinserhöhungen und einseitigen Vertragsänderungen (Beispiel: im Kanton Zürich verwendetes Formular).
-

## 2.3. Öffentliche Beurkundung

### Begriff

- Die öffentliche Beurkundung ist eine qualifizierte Form der Schriftlichkeit. Sie ist die strengste gesetzliche Form.
- Die öffentliche Beurkundung beinhaltet eine Verurkundung des Vertragsinhalts unter Mitwirkung einer Urkundsperson (Notar).
- Die Urkundsperson hat zu bestätigen (nach vorgängiger Abklärung),
  - dass der verurkundete Vertragsinhalt dem erklärten Willen der Parteien entspricht und
  - dass die in der Urkunde erwähnten Vertragsparteien identisch sind mit den Personen, die ihr gegenüber ihren Vertragswillen erklärt haben (=der Begriff der öffentlichen Beurkundung).
- Aus dem Bundesrecht ergibt sich:
  - der Begriff der öffentlichen Beurkundung
  - der Umfang des Beurkundungszwangs
- Das Verfahren wird jedoch durch die Kantone bestimmt.

Öffentliche Urkunden haben verstärkte Beweiskraft (Art. 9 ZGB). Diese bezieht sich jedoch nur auf den Inhalt, der überhaupt der öffentlichen Beurkundung bedarf.

### Anwendungsfälle

Anwendungsbeispiele für öffentliche Beurkundung:

- Grundstückkaufvertrag (Art. 216 Abs. 1 OR, Art. 657 Abs. 1 ZGB)
- Verträge zur Begründung eines Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrechts an einem Grundstück (Art. 216 Abs. 2 OR)
- Bürgschaft mit Haftungsbetrag über CHF 2000.- (Art. 493 Abs. 2 OR)
- Verpfändungsvertrag (Art. 522 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 512 Abs. 1 ZGB)
- Aufhebung oder Abänderung gesetzlicher Eigentumsbeschränkungen (Art. 680 Abs. 2 ZGB)
- Vertrag über die Errichtung eines Grundpfandes (Art. 799 Abs. 2 ZGB)

### Kantonales Recht

- Gemäss Art. 55 SchIT ZGB bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung hergestellt wird.
  - Die Kantone können bspw. vorsehen, dass neben der Urkundsperson Zeugen mitzuwirken haben (vgl. BGE 72 II 39) oder
  - dass die Urkunde durch die Parteien zu unterzeichnen ist.
- Das Bundesrecht greift jedoch in verschiedener Hinsicht in die kantonale Hoheit ein:
  - Zunächst gibt es verschiedene Gesetzesbestimmungen, die dem kantonalen Verfahrensrecht vorgehen. Bspw. sieht Art. 499 ZGB vor, dass beim Erbvertrag zwei Zeugen mitzuwirken haben.
  - Weiter darf die kantonale Regelung "nicht so weit gehen, dass sie die Wirksamkeit des Bundeszivilrechts beeinträchtigt oder verunmöglicht.

Sie darf insbesondere nicht die Gültigkeit eines formbedürftigen Vertrages von der Beurkundung einer Tatsache abhängig machen, die von Bundesrechts wegen keiner besonderen Form bedarf", vgl. BGE 99 II 162). Dies bedeutet, dass die Kantone für dem Bundesrecht unterstehende Verträge keine zusätzlichen Formvorschriften einführen können.

- Die Kantone dürfen beispielsweise nicht die Wirksamkeit der Stellvertretung beim Grundstückkaufvertrag und damit die Gültigkeit des öffentlich beurkundeten Vertrages von der Einhaltung besonderer Formvorschriften abhängig machen, die dem Bundeszivilrecht widersprechen (vgl. BGE 99 II 162). So ist § 15 Abs. 3 der Notariatsverordnung ZH, der eine beglaubigte Vollmacht verlangt, eine bloße Ordnungsvorschrift, dessen Missachtung die Wirksamkeit der Beurkundung nicht beeinträchtigt.
- Die Kantone bestimmen, wer auf ihrem Gebiet zur Beurkundung sachlich zuständig ist:
  - Bspw. können sie diese Aufgabe auf Beamte übertragen (z.B. Kanton Zürich) oder
  - dem "freien Notariat" überlassen (z.B. Kanton St. Gallen).
- Die Kantone regeln die innerkantonale örtliche Zuständigkeit:
  - Bspw. können sie vorsehen, dass eine Urkundsperson nur für Liegenschaften eines bestimmten Sprengels (z.B. Gemeinde oder Bezirk) zuständig ist.
- Zur Frage der interkantonalen Zuständigkeit vgl. BGE 113 II 501. Darin hat das Bundesgericht festgehalten, dass es den Kantonen gestattet sein muss, die Beurkundung von Grundstückkaufverträgen über ausserkantonale Liegenschaften abzulehnen.

### 3. Umfang des Formzwanges

---

#### Grundsatz

Alle objektiv wesentlichen Vertragspunkte müssen die Formvorschriften erfüllen. Einzelne Formvorschriften bestimmen ihren genauen Umfang selbst, z.B. Art. 9 KKG. Umstritten ist, inwieweit subjektiv wesentliche Vertragspunkte vom Formzwang erfasst werden:

- Ein Teil der Lehre möchte alle subjektiv wesentlichen Abreden dem Formzwang unterstellen.
  - Ein anderer Teil der Lehre lehnt den Formzwang für subjektiv wesentliche Vertragspunkte generell ab.
  - Eine Mittelstellung nimmt das Bundesgericht und ein dritter Teil der Lehre ein: Es
-

unterstellt jene subjektiv wesentlichen Vertragspunkte dem Formzwang, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstyps bilden (so jedenfalls beim Grundstückkauf).

#### Rechtsprechung zu den subjektiv wesentlichen Punkten

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts werden nur solche subjektiv wesentlichen Punkte vom Formzwang erfasst, welche in den Rahmen des entsprechenden Vertragstypus fallen. Dies wird anhand von zwei kumulativen Kriterien überprüft:

- Besteht ein Zusammenhang zur rechtlichen Situation der Kaufsache?
- Wird das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung beeinflusst?

Das Bundesgericht unterscheidet:

- Innerer Kreis der Bestimmungen, die einen direkten Zusammenhang sowohl zum Austauschverhältnis als auch zur Kaufsache haben.
- Äusserer Kreis der Bestimmungen, der für den Abschluss zwar *condicio sine qua non* sein kann, aber weder direkt den Preis noch die Kaufsache betrifft.

Beispiele zum Grundstückkauf:

- Parzellierungspflicht/Überbauungspflicht: Betrifft unmittelbar die Kaufsache selbst und ist damit verurkundungspflichtig.
- Unternehmer- und Architektenklausel: Sofern das Versprochene nicht als zusätzliche Gegenleistung einer Partei in das kaufrechtliche Austauschverhältnis (Grundstück/Kaufpreis) einfließt, bedürfen solche Klauseln keiner Aufnahme in die öffentliche Urkunde. Beinhaltet jedoch die Abrede eine solche Gegenleistung, so fällt sie unter den Formzwang.

Kritik an dieser Rechtsprechung:

Die Abgrenzungskriterien sind unscharf: Jede subjektiv wesentliche Vertragsbedingung hat ihren Preis. Ein Bezug zum Austauschverhältnis besteht somit immer. Die Rechtsprechung des BGer läuft im Kern auf einen Wesentlichkeitstest (*materiality test*) hinaus. Es wäre besser, man würde dies direkt so sagen.

#### Anmerkungen zu BGE 113 II 402

Anmerkungen

Zweck der öffentlichen Beurkundung von Grundstückkaufverträgen:

- Grundlage für die Registerführung
- Warnzweck
- Fiskalische Gründe: Grundstückgewinnsteuer

Die öffentliche Beurkundung muss sich folglich erstrecken auf:

---

- Bezeichnung des Grundstücks inklusive allfällige unmittelbar für das Grundstück relevante Aspekte
- Parzellierungspflicht, Überbauungspflicht, da der Verkaufsgegenstand unmittelbar betroffen ist.
- Gegenleistung; der Wert muss feststellbar sein, weniger die Erfüllungsmodalitäten

Krediteinräumung als Element der Gegenleistung:

Dagegen spricht, dass der Kredit zu Marktkonditionen gewährt wurde.

Dafür spricht, dass laut Sachverhalt mittels der Krediteinräumung "Differenzen über den Kaufpreis" beigelegt wurden.

In casu ist subjektiv wesentlich:

- Krediteinräumung als Voraussetzung für den Abschluss des Kaufvertrags.
- Für eine Aufnahme in den Kreis der beurkundungspflichtigen Elemente spricht, dass die Partei, welche auf die Klausel besteht, diese sich wohl regelmässig abkaufen lassen würde. Es gibt so gesehen keine subjektiv wesentliche Klausel, die nicht auch einen Einfluss auf das Austauschverhältnis hat.

## 4. Verletzung von Formvorschriften

---

### Formungültigkeit

Formvorschriften sind grundsätzlich ein Gültigkeitserfordernis, Art. 11 Abs. 2 OR. (13)

Ein Vertrag, der den Formvorschriften nicht genügt, ist ungültig und nach Auffassung des BGer nichtig.

---

13)

Vgl. unter anderen Huguenin, N 368 ff.; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2ème éd., Berne 1997, pp. 259 ff.

#### 4.1. Rechtsprechung

#### Grundsatz der Nichtigkeit

Die Nichtigkeit formungültiger Verträge bedeutet:

- Der Formmangel ist unheilbar unwirksam.
- Die Nichtigkeit muss von Amtes wegen beachtet werden.
- Jedermann, d.h. sowohl Vertragsparteien als auch Dritte, kann den Mangel geltend machen.
- Ungültigkeit ex tunc: bereits Geleistetes kann zurückgefordert werden mittels Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR), evt. Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 ZGB). (14)

#### Ausnahme: Rechtsmissbrauch

Das BGer lässt die Nichtigkeitsfolgen nicht eintreten, falls die Berufung darauf gegen das Rechtsmissbrauchsverbot verstösst (Art. 2 Abs. 2 ZGB). In diesem Fall ist die Formnichtigkeit unter den Parteien unbeachtlich und der Vertrag ist "so zu behandeln, wie wenn er gültig wäre" (BGE 98 II 313 E. 2).

Beispiele für Rechtsmissbräuchlichkeit:

- Freiwillige und irrtumsfreie Erfüllung in der Hauptsache.
- Partei, die sich auf den Formmangel beruft,
  - hat diesen arglistig herbeigeführt,
  - bewusst in Kauf genommen oder
  - zum eigenen Vorteil gewollt.
- Zweckwidrige Berufung auf den Formmangel, z.B. um sich die Wertsteigerung eines Grundstückes zunutze zu machen oder vertragliche Gewährleistungsansprüche zu umgehen.

Demjenigen, welcher die Einrede des Rechtsmissbrauchs erhebt, steht gestützt darauf an sich kein Erfüllungsanspruch zu. Dennoch wird z.T. ein solcher gewährt, u.U. auch i.S. eines Schadenersatzanspruchs aus Vertrauenshaftung.

#### Erfüllungsanspruch

Das BGer lehnt es grundsätzlich ab, aus der Einrede des Rechtsmissbrauchs einen Erfüllungsanspruch abzuleiten.

Diesen Grundsatz hat das BGer im konkreten Einzelfall auch schon durchbrochen:

- BGE 112 II 107: Übertragung von Grundeigentum, enthalten in einer Erschliessungsvereinbarung, welche nicht öffentlich beurkundet worden war.
- BGE 116 II 700: Provisionsanspruch des Handlungsreisenden, Problem der fehlenden Schriftform.

Beide Verträge waren zur Hauptsache erfüllt worden. Im weiteren beruhte der

Formmangel im Gegensatz zur "Schwarzzahlung" nicht auf einer rechtswidrigen oder unsittlichen Absicht der Parteien.

In einem neueren Entscheid (abgedruckt in ZBGR 80 (1999) 387 ff.) ging das Bundesgericht in einem Fall rechtsmissbräuchlicher Berufung auf den Formmangel durch den Käufer von einem Schadenersatzanspruch des Verkäufers aus Vertrauenshaftung in der Höhe der noch ausstehenden Gegenleistung aus. Die für die Vertrauenshaftung erforderliche rechtliche Sonderverbindung wurde mit Blick auf das formungültige Vertragsverhältnis bejaht.

Dies entspricht im Ergebnis einem Erfüllungsanspruch, sofern die noch teilweise ausstehende Leistung eine Geldleistung ist, vermag aber einen Erfüllungsanspruch auf eine noch teilweise ausstehende Sachleistung nicht zu ersetzen.

In der Lehre wird der Entscheid trotz Zustimmung zum Ergebnis überwiegend kritisiert: abgelehnt werden der dogmatische Ansatz der Begründung (da es sich um ein Problem der Formlehre handle), der zu weite Anwendungsbereich, mit dem die Formvorschriften unterlaufen würden, und schliesslich die Heranziehung der Vertrauenshaftung zur Geltendmachung des (positiven) Erfüllungsinteresses.

#### Haftung für Formungültigkeit

Wer sich erfolgreich auf die Formungültigkeit berufen hat, kann allenfalls gestützt auf die culpa in contrahendo von seinem Vertragspartner Schadenersatz verlangen. Dabei genügt für das Verschulden Fahrlässigkeit (Art. 26 Abs. 1 OR analog).

#### Konversion

Konversion: Ein formungültiges Rechtsgeschäft kann in ein Ersatzgeschäft, dessen weniger weit reichenden Formvorschriften erfüllt sind, umgedeutet werden, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Das Ersatzgeschäft ist inhaltlich im formungültigen Rechtsgeschäft enthalten.
- Das Ersatzgeschäft reicht nicht weiter als das beabsichtigte Rechtsgeschäft.
- Den Parteien werden keine strengeren Verpflichtungen auferlegt.
- Das Ersatzgeschäft strebt einen ähnlichen Zweck und Erfolg an.

Beispiele:

- Nichtiger Erbvertrag in öffentliche letztwillige Verfügung (vgl. BGE 93 II 223);
- Limitiertes (Art. 216 Abs. 2 OR) in nicht limitiertes (Art. 216 Abs. 3 OR) Vorkaufsrecht.

Betrifft der Formmangel nur einen Teil des Vertrages, so kommt Art. 20 Abs. 2 OR analog zur Anwendung. Der Vertrag erlangt somit im Umfang des formgültigen Teils Geltung, wenn dies dem hypothetischen Parteiwillen entspricht.

---

#### 4.2. Kritik der Lehre

##### Lehrmeinungen

Ein Teil der Lehre lehnt die Rechtsfigur der absoluten Formnichtigkeit ab:

- Die Formungültigkeit soll grundsätzlich nicht von Amtes wegen beachtet werden.
- Der Formmangel soll durch Vertragserfüllung heilbar sein. (18)

---

#### 4.3. Fallgruppen

##### Technische Fehler

Verletzung von technischen Beurkundungsvorschriften:

Beispiele:

- Teilnahme einer im Arbeitsverhältnis zu einer der Parteien stehenden Person als Zeuge. Geltendmachung durch den Arbeitgeber / durch die Gegenseite.
- Falsche Angabe der Vertretungsverhältnisse. Geltendmachung durch die vertretene Person / durch die Gegenseite.

##### Schwarzgeldzahlung

Die Parteien vereinbaren, dass der Käufer dem Verkäufer neben dem öffentlich verkündeten Kaufpreis "unter dem Tisch" / "schwarz" eine zusätzlich Zahlung leistet.

Konsequenz der falschen Verurkundung des Kaufpreises beim Grundstückkauf (Art. 216 Abs. 1 OR, Art. 657 Abs. 1 ZGB):

- Der verkündete Vertrag ist simuliert, der dissimulierte Vertrag (Art. 18 OR) ist nicht verkündet.
- Konsequenz: Formnichtigkeit als Nichtigkeit. Der Vertrag ist schlechthin unwirksam. Ausnahme: Rechtsmissbrauchsverbot.

---

18)



## 5. Gewillkürte Formvorschriften

---

### Vertraglich vorbehaltene Form

Die Parteien vereinbaren, dass:

- Für einen an sich formlos gültigen Vertrag das Erfordernis einer bestimmten Form gelten soll (Art. 16 OR; z.B. einfache Schriftlichkeit i.S.v. Art. 13 - 15 OR). Neben den gesetzlich geregelten Formen können die Parteien auch eine beliebige andere Form vereinbaren.
- Eine gesetzliche Formvorschrift durch das Erfordernis einer strengeren Form ersetzt werden soll (z.B. das Erfordernis der einfachen durch qualifizierte Schriftlichkeit).

Häufigste Form: Verhandlungen über einen schriftlichen Vertragsentwurf. Dies ist gleichbedeutend mit einem stillschweigend vereinbarten Formvorbehalt.

Achtung: Der vertragliche Formvorbehalt kann in beliebiger Form vereinbart werden (d.h. auch stillschweigend). Formvorbehalte können jederzeit formfrei wieder aufgehoben werden. Sie unterstehen in allen Teilen der Parteiautonomie. Darin unterscheiden sie sich grundlegend von gesetzlichen Formvorschriften.

### Vermutung der Abschlussform

Art. 16 OR stellt zwei Vermutungen auf:

- Die erste Vermutung: Nach Art. 16 Abs. 1 OR wird vermutet, dass die Parteien vor Einhaltung der Form nicht gebunden sein wollen. Die Parteien haben eine Abschlussform - und nicht eine bloße Beweisform - vereinbart.
  - Die Vermutung ist widerlegbar durch den Nachweis,
    - dass die Parteien eine bloße Beweisform vereinbart haben (und keine Abschlussform).
    - dass der Vertrag zustande gekommen ist, obwohl die Willenserklärungen der Parteien nicht in der vereinbarten Form erfolgt sind.  
(An den Nachweis des Zustandekommens des Vertrages sind hohe Anforderungen zu stellen; ein wichtiges Indiz sind Erfüllungshandlungen).
- Die zweite Vermutung: Nach Art. 16 Abs. 2 OR wird vermutet, dass sich die Parteien bei Vereinbarung der schriftlichen Form auf die gesetzliche Form der einfachen Schriftlichkeit (Art. 13 - 15 OR) beziehen.

### Beweislastverteilung

Bei Art. 16 OR handelt es sich um gesetzliche, widerlegbare Vermutungen.

---

Ihre Hauptwirkung ist daher die Beweislastverteilung: Wer geltend machen will, der Formvorbehalt habe eine andere Bedeutung als diejenige, die sich aus der Vermutung ergibt, hat dies nachzuweisen.

Achtung: Grundvermutung wird durch Art. 11 OR gesetzt: keine Formvorschrift.

## Vertragsänderung

Art. 12 OR gilt nur für gesetzliche Formvorschriften. Vertragsänderungen sind deshalb formfrei möglich.

Die Einhaltung von Formvorschriften kann auch für Vertragsänderungen vorbehalten werden. Wenn dem so ist, besteht allerdings immer noch die Möglichkeit, dass diese Bestimmung ihrerseits in der Zwischenzeit formfrei wegbedungen worden ist.

Der Vorbehalt für Änderungen hat dann aber immerhin wieder die Wirkungen einer Vermutung nach Art. 16 Abs. 1 OR.

## Rechtsfolgen

### Herrschende Lehre

- Rechtsbindungswille fehlt bei der unter Vorbehalt einer besonderen Form abgegebenen Willenserklärung, sofern die Vermutung nach Art. 16 Abs. 1 OR nicht widerlegt wird.

### Minderheitsmeinung

- Gleiche Rechtsfolgen wie bei Verletzung einer gesetzlichen Formvorschrift
  - Konsens würde demnach bestehen, der Vertrag wäre aber ungültig (Art. 11 Abs. 2 OR)
  - Nicht überzeugend: ein verbindlicher Antrag und/oder Annahme kann in diesen Fällen (abgesehen von der widerlegten Vermutung) mangels Rechtsbindungswille nicht gefunden werden
-

## 6. Übungsfälle

---

### Übungsfälle

Übungsfälle zu den Formvorschriften:

- IK OR AT, HS 2017, Fall 2
  - IK OR AT, HS 2016, Fall 2
  - IK OR AT, HS 2014, Fall 2
-