



| | |
|---------------------------|----------------|
| Fall-Nr.: | HG.2005.29 |
| Stelle: | Handelsgericht |
| Rubrik: | Handelsgericht |
| Publikationsdatum: | 14.06.2006 |
| Entscheiddatum: | 14.06.2006 |

Entscheid Handelsgericht, 14.06.2006

Art. 2 Abs. 2, Art. 657 ZGB (SR 210); Art. 63 Abs. 1, Art. 216 OR (SR 220). Die Vereinbarung eines Reugeldes wie auch einer Konventionalstrafe, welche im Rahmen eines Grundstücksgeschäfts zu bezahlen sind, ist, wenn sie nicht öffentlich beurkundet wird, nichtig. Die Klägerin kann eine Kautions-/Anzahlung nicht zurückfordern, wenn sie sich über die Schuldpflicht nicht im Irrtum befunden hat. Die Rückforderung ist auch wegen Rechtsmissbrauchs ausgeschlossen, wenn derjenige, der im Hinblick auf die Nichteinhaltung der Form die Erfüllung seines Versprechens verweigert oder die Leistung zurückfordert, arglistig, d.h. mit der Absicht, sich gegebenenfalls später von einer nicht mehr gewünschten vertraglichen Bindung zu befreien, die Einhaltung der Form verhindert hatte (Handelsgericht, 14. Juni 2006, HG. 2005.29).

Erwägungen

I.

1. Bei der X. AG (Klägerin) handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Kanton St. Gallen, welche als Zweck insbesondere den An- und Verkauf, die Vermittlung sowie die Vermietung von Liegenschaften anführt (kläg.act. 1). Die Beklagte ist eine Kommanditgesellschaft deutschen Rechts, welche ihren Sitz in B. hat (kläg.act. 2).

Am 12. Februar 2004 schlossen die Klägerin "als Käuferin" und die Beklagte "als Verkäuferin" einen Rahmenvertrag über den Erwerb von elf Gewerbeimmobilien der Beklagten ab (kläg.act. 3). Dieser wurde durch zwei Nachträge vom 18. Februar 2004



(kläg.act. 4) und vom 14. Juli 2004 (kläg.act. 5) ergänzt. Für diese Gewerbeimmobilien wurde ein Gesamtkaufpreis von EUR 43'750'000.-- vereinbart (kläg.act. 3 Ziff. 2 Abs. 1, Ziff. 3 Abs. 2 und 3). Die Klägerin verpflichtete sich, die vollständige Übernahme der elf Gewerbeimmobilien innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Rahmenvertrags sicherzustellen (kläg.act. 3 Ziff. 3 Abs. 5). Sollten nach Ablauf der Frist von sechs Monaten nicht alle elf Objekte durch die Klägerin oder durch deren verbundene Unternehmen oder Privatpersonen veräussert sein, so sollte die Kaufverpflichtung auf die Klägerin übergehen (kläg.act. 3 Ziff. 3 Abs. 6). Im zweiten Nachtrag wurde insbesondere die Frist für den sukzessiven Übergang der einzelnen Objekte bis zum 31. Dezember 2004 verlängert (kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 1, 5 und 6). Gemäss Ziff. 5 des Rahmenvertrags bzw. Ziff. 5 des ersten Nachtrags hatte die Klägerin eine "Anzahlung" bzw. "Kautions" in der Höhe von EUR 500'000.-- zu leisten. Diese Kautions sollte bei Übernahme des letzten der elf Objekte mit dem Kaufpreis für dieses Objekt verrechnet werden; bei Nichterfüllung des Rahmenvertrages sollte die Anzahlung/Kautions an die Verkäuferin (Beklagte) verfallen. Entsprechend überwies die Klägerin am 5. März 2004 unter dem Zahlungsvermerk "Kautions gemäss Rahmenvertrag vom 18.02.2004" EUR 500'000.-- an die Beklagte (kläg.act. 8).

Wie bereits erwähnt, wurde im zweiten Nachtrag die ursprünglich vorgesehene Frist für die (sukzessive) Übernahme der elf Gewerbeimmobilien durch die Klägerin bis zum 31. Dezember 2004 verlängert, wobei die Reihenfolge der Übernahme der Objekte und die Termine im Einzelnen vereinbart wurden. So sollte insbesondere die Übernahme der Liegenschaft "O., V.-Strasse, Discounter" bis zum 31. Juli 2004 erfolgen (kläg.act. 5 Ziff. 3, insbes. Abs. 1, 5, 10). Für den Fall, dass nach Ablauf der Frist am 31. Dezember 2004 nicht alle elf Objekte durch die Klägerin, durch deren verbundene Unternehmen oder Privatpersonen veräussert waren, wurde im Rahmenvertrag bzw. zweiten Nachtrag festgehalten, dass die Kaufverpflichtung auf die Klägerin übergehen sollte (kläg.act. 3 Ziff. 3 Abs. 6, kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 6, 7). Gemäss Ziff. 3 Abs. 8 des zweiten Nachtrags hatte die Beklagte als Verkäuferin innerhalb der Vertragslaufzeit das Recht, einzelne Objekte aus diesem Rahmenvertrag herauszunehmen und nach eigener Entscheidung nach einer schriftlichen Anmeldefrist von 21 Tagen zu veräussern, wobei innerhalb dieser Frist die Käuferin weiterhin das Recht besass, dieses Objekt zu übernehmen (vgl. kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 9).



M. I. von der M. GmbH, in K., war unbestrittenermassen bei der Übernahme der Objekte als Vermittler zwischen der Beklagten und der Klägerin tätig. In dieser Funktion hatte er unmittelbar vor Abschluss des zweiten Nachtrages vom 12. Juli 2004 den Parteien insbesondere Vorschläge in Bezug auf die Verlängerung der Fristen für den Übergang gemäss Ziff. 3 des Rahmenvertrags unterbreitet (kläg.act. 9).

Unbestrittenermassen hat A. E., Verwaltungsratspräsident der Klägerin und direkter Ansprechpartner der Beklagten betreffend die Übernahme der elf Liegenschaften, seine Büros bei der E. Immobilien AG in Z., weshalb verschiedene Korrespondenzen unter dieser Adresse geführt wurden. Mit Schreiben vom 23. September 2004 hielt die Beklagte gegenüber A. E. von der Klägerin fest, dass die Frist für die Übernahme des Objekts O. ("Übernahme bis zum 31.07.2004"; vgl. kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 10) ausgelaufen sei, und sie damit auch die Gefährdung der Abwicklung der Objekte S., B. und F. für Oktober ("Übernahme bis zum 31.10.2004"; vgl. kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 10) sehe, und bat die Klägerin um Stellungnahme, wie die Abwicklung der Objekte im Einzelnen realistisch erfolgen könne (kläg.act. 10). Mit E-Mail vom 6. Oktober 2004 sandte M. I. der Beklagten einen Vertragsentwurf betreffend das Objekt in O. (kläg.act. 11), worauf die Parteien Verhandlungen insbesondere betreffend Sicherung des Kaufpreises führten (kläg.act. 12, 13). Mit Schreiben vom 21. Oktober 2004 ersuchte die Klägerin um zügige Sicherstellung der vorgeschlagenen Abwicklung des Objektes in O. und hielt fest, dass die Verhandlungen mit Kunden in Bezug auf die anderen Objekte noch nicht abgeschlossen seien (kläg.act. 14). Die Beklagte stellte in ihrem Schreiben vom 28. Oktober 2004 (kläg.act. 15) fest, "dass eine Abnahme der Gesamtobjekte im Rahmen unserer bisher abgeschlossenen Vereinbarungen nicht zum Tragen kommt". Nachdem gemäss dem zweiten Nachtrag zum Rahmenvertrag das Objekt in O. bis zum 31. Juli 2004 zu übernehmen gewesen wäre, und die Objekte in S., B. und F. bis zum 31. Oktober 2004 hätten übernommen werden müssen (kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 10), forderte die Beklagte die Klägerin im erwähnten Schreiben auf, diese vier Objekte in ihrer Gesamtheit abzunehmen. Sie ersuchte die Klägerin, "innerhalb der Anmeldefrist von 21 Tagen, die damit ab heute zu Laufen beginnt, uns für die vorgenannten Objekte (d.h. O., S., B. und F.; vgl. kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 8) ein notariell beglaubigtes Käuferangebot inkl. Bankbürgschaft zuzusenden" (kläg. act. 15 a.E.). Eine Übernahme der vier Objekte bis zum 31. Oktober 2004 erfolgte durch die Klägerin nicht. Sie stellte erst im November 2004 der Beklagten Verkaufsunterlagen



ausschliesslich betreffend das Objekt in O. zu (vgl. kläg.act. 16-21). M. I. sandte der Beklagten mit E-Mail vom 26. November 2004 (kläg.act. 19) eine Kopie des von der Käuferin, R. AG in V. bereits unterzeichneten Käuferangebotes betreffend das Objekt O. (kläg.act. 20) und ein unwiderrufliches Zahlungsverprechen einer Bank für das entsprechende Objekt (kläg.act. 21) zu. Ferner sandte M. I. der Beklagten mit dem erwähnten E-Mail (kläg.act. 19) eine - von der Beklagten vorliegend eingereichte - "Provisionsvereinbarung" zwischen den Parteien zu (bekl.act. 2). Die Beklagte macht in Bezug auf diese "Provisionsvereinbarung" geltend, die Klägerin habe in dieser - zusätzlichen - Vereinbarung betreffend das Objekt in O. eine Vermittlungsprovision zu Gunsten der Klägerin in der Höhe von EUR 478'646.-- zuzüglich eventuell anfallender Umsatzsteuer vorgesehen. Hätte die Beklagte diese Provisionsvereinbarung unterzeichnet und erfüllt, wäre die von der Klägerin geleistete Kautionszahlung auf diesem Wege praktisch in vollem Umfang wieder an die Klägerin zurückgeflossen. In der Folge kam der Kaufvertrag zwischen der Beklagten und der R. AG betreffend das Objekt in O. nicht zustande. Mit Schreiben vom 29. November 2004 (bekl.act. 3) stellte die Beklagte - was von der Klägerin bestritten wird - fest, dass die 21-Tages-Frist für die Übersendung eines notariell beglaubigten Käuferangebots am 18. November 2004 abgelaufen sei, und dass bis zum 29. November 2004 kein entsprechendes Käuferangebot für die vier Objekte (O., S., B., F.) übersandt worden sei.

Die Klägerin forderte am 7. Dezember 2004 die geleistete Anzahlung von EUR 500'000.-- zurück. Sie hielt fest, sie verzichte auf die Abwicklung des Rahmenvertrages, nachdem die Beklagte ihr das Objekt in O. nicht verkaufe (kläg.act. 22). Die Beklagte teilte der Klägerin am 9. Dezember 2004 mit, eine Rückzahlung der "Anzahlung/Kautionszahlung" werde nicht erfolgen, weil diese bei Nichterfüllung des Rahmenvertrages an die Beklagte verfalle (kläg.act. 23). In Anwendung von kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 8 löste sie die Objekte O. und S. aus und forderte die Klägerin auf, die übrigen Objekte bis zum 31. Januar 2005 zum vereinbarten Preis zu erwerben (kläg.act. 23 S. 2). Am 17. Januar 2005 forderte die Klägerin die Beklagte erneut zur Rückerstattung der Anzahlung/Kautionszahlung von EUR 500'000.-- auf (bekl.act. 6). Der Rechtsvertreter der Beklagten setzte der Klägerin am 10. März 2005 unpräjudiziell eine Nachfrist bis 31. März 2005 zur Erfüllung des Rahmenvertrages an (bekl.act. 4). Der Rechtsvertreter der Klägerin hielt am 18. März 2005 fest, dass ein Nichterfüllungstatbestand seitens der Klägerin nicht gegeben gewesen sei, und das



Käuferangebot für das Objekt O. in der mit der Beklagten abgesprochenen Frist und Form erfolgt sei (kläg.act. 25). Die Beklagte erklärte am 1. April 2005, dass sie auf die nachträgliche Leistung verzichte und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlange (bekl.act. 5).

2. Mit der vorliegenden Klage vom 6. April 2005 verlangt die Klägerin die im Zusammenhang mit dem Rahmenvertrag geleistete Anzahlung/Kautions in der Höhe von EUR 500'000.-- nebst Zins zurück. Sie macht geltend, es liege hinsichtlich des Rahmenvertrages mit der Beklagten kein Nichterfüllungstatbestand vor, sondern die Beklagte habe einen Verkauf des Objekts O. trotz Vorliegen eines öffentlich beurkundeten Käuferangebots samt unwiderruflichem Zahlungsverprechen einer Bank zu Unrecht verweigert. Im Übrigen könnte die von den Parteien vereinbarte Pflicht der Klägerin zur Übernahme von elf Objekten von vornherein nur bei öffentlicher Beurkundung bestehen. Gleiches gelte für die geleistete Anzahlung/Kautions von EUR 500'000.--, welche gemäss dem für Grundstücksgeschäfte anwendbaren schweizerischen Recht nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung formgültig nur mit öffentlicher Beurkundung vereinbart werden könne.

Die Beklagte beantragte mit Klageantwort vom 11. Juli 2005 die kostenfällige Abweisung der Klage. Sie machte insbesondere geltend, die Klägerin habe den Rahmenvertrag nicht vertragsgemäss erfüllt, indem das Käuferangebot für O. verspätet erfolgt sei und die Klägerin keine Käuferangebote für die Objekte S., B. und F. gemacht habe. Die im Rahmenvertrag vorgesehene Anzahlung/Kautions stelle eine Vereinbarung über eine Konventionalstrafe gemäss Art. 160 OR dar, wobei es sich vorliegend um eine vorab bezahlte, auflösend bedingte Konventionalstrafe gehandelt habe. Beim vorliegenden Rahmenvertrag samt zugehörigen Nachträgen handle es sich um einen Innominatvertrag mit stark dienstleistungsgeschäftlichen Komponenten, welcher keinem Formzwang unterstehe. Wegen der Nichterfüllung des Rahmenvertrags samt der zugehörigen Nachträge durch die Klägerin sei die Konventionalstrafe in jedem Fall, d.h. auch wenn dem Gläubiger kein Schaden erwachsen sei, geschuldet. Als Eventualstandpunkt machte sie geltend, ein Anspruch auf Rückleistung bestehe auch deshalb nicht, da sich die Klägerin über die Schuldpflicht nicht im Irrtum befunden habe. Ihr habe bekannt sein müssen, dass – sofern von ihrem Rechtsstandpunkt



ausgegangen werde – das vorliegende Vertragsverhältnis nach dem schweizerischen Recht klarerweise die Form der öffentlichen Beurkundung verlange.

II.

1. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts St. Gallen ist unbestrittenermassen gegeben. Die Klägerin ist im schweizerischen Handelsregister und die Beklagte in einem entsprechenden ausländischen Register eingetragen, die vorliegende Streitigkeit hängt mit der gegenseitigen geschäftlichen Tätigkeit zusammen und der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-- (Art. 14 Abs. 1 ZPO).

In Ziff. 8 des der vorliegenden Klage zugrunde liegenden Rahmenvertrages (kläg.act. 3) vereinbarten die Parteien den Gerichtsstand St. Gallen (vgl. Art. 17 Abs. 1 lit. a LugÜ).

2. Die Parteien haben unbestrittenermassen eine Rechtswahl getroffen, wonach auf diesen Rahmenvertrag ausschliesslich schweizerisches Recht angewendet wird (kläg.act. 3 Ziff. 8). Wird entsprechend den Vorbringen der Beklagten davon ausgegangen, dass es sich beim vorliegenden Rahmenvertrag samt zugehörigen Nachträgen um einen Innominatvertrag handelt, ist die getroffene Rechtswahl ohne weiteres gültig (Art. 116 IPRG). Ist aber in Übereinstimmung mit der Klägerin davon auszugehen, dass im Rahmenvertrag eine Kaufverpflichtung der Klägerin für Liegenschaften vereinbart wurde, ist Folgendes festzuhalten:

a) Gemäss Art. 119 Abs. 2 IPRG ist eine Rechtswahl bei Verträgen über Grundstücke oder deren Gebrauch zulässig. So ist es etwa möglich, dass die Vertragsparteien in der Schweiz die schuldrechtlichen Verpflichtungen betreffend ein Kaufsobjekt im Ausland dem den Parteien besser vertrauten Wohnsitzrecht unterstellen (I. Schwander, Grundstückkauf: Internationales Privatrecht und Internationales Zivilprozessrecht, in: A. Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, 2.A., Bern 2001, S. 441 Rz. 11; Giger, Berner Kommentar, N 457 zu Art. 216 OR; Vischer/Huber/Oser, Internationales Vertragsrecht, 2.A., Bern 2000, Rz. 678). Die Möglichkeit der Rechtswahl gemäss Art. 119 Abs. 2 IPRG beschränkt sich jedoch auf den obligatorischen Teil des Rechtsgeschäftes. Der dingliche Teil richtet sich nach den Regeln des internationalen Sachenrechts, d.h. der



lex rei sitae. Nach dem Sachstatut (Art. 99 IPRG) entscheidet sich namentlich die Frage, ob zur Übertragung des Grundstückes ein sachenrechtliches Verfügungsgeschäft, insbesondere ein Registereintrag, zur vertraglichen Einigung der Parteien hinzutreten muss (Vischer/Huber/Oser, a.a.O., Rz. 674; Keller/Kren Kostkiewicz, Zürcher Kommentar, 2.A., N 14 zu Art. 119 IPRG; Schwander, Grundstückkauf, S. 443f. Rz. 17 ff.). Für Kaufverträge bezüglich in der Schweiz gelegener Grundstücke sieht Art. 119 Abs. 3 Satz 2 IPRG zwingend die schweizerische Form vor, mithin wird eine Rechtswahl bezüglich Form der Verträge über schweizerische Grundstücke ausgeschlossen (BGE 82 II 553 E.3; Schwander, Grundstückkauf, S. 448 Rz. 34; Giger, N 459 zu Art. 216 OR). Vorliegend vereinbarten die Parteien die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts in Bezug auf die Übernahme von Gewerbeimmobilien, welche nicht in der Schweiz, sondern in Deutschland liegen.

b) Geht es um Grundstücke im Ausland, so hält Art. 119 Abs. 3 Satz 1 IPRG in Bezug auf die Form fest, dass diese dem Recht des Staates untersteht, in dem sich das Grundstück befindet, es sei denn, dieses Recht lasse die Anwendung eines anderen Rechts zu. Dabei handelt es sich um eine Gesamtverweisung, d.h. eine Rück- oder Weiterverweisung ist zu beachten (Schwander, Grundstückkauf, S. 449 N 35). Eine Rechtswahl bezüglich des auf die Form anwendbaren Rechts ist nach IPRG nur dann möglich, wenn das Grundstück im Ausland liegt und das Recht des Grundstückstaates für Formfragen ein anderes Recht zulässt (BGE v. 15.10.2001, 5C.58/2001 und 5C.59/2001, E.4b; Keller/Kren Kostkiewicz, N 31 zu Art. 119 IPRG; Schwander, Grundstückkauf, S. 449 Rz. 35 a.E.). Eine Rechtswahl bezüglich des auf die Form anwendbaren Rechts ist nach deutschem Recht, d.h. nach dem IPR des Rechts am Lageort, gültig. Das deutsche Recht erhebt für schuldrechtliche Verträge über inländische Grundstücke den Anspruch der ausschliesslichen Geltung der jeweiligen lex rei sitae nicht. Es kann daher im Ausland, wenn es das Recht des Abschlussortes, wie es vorliegend der Fall ist, zulässt, auch ein Kaufvertrag über ein in Deutschland gelegenes Grundstück abgeschlossen werden (Palandt/Heldrich, Bürgerliches Gesetzbuch, 62.A., München 2003, Art. 11 EGBGB N 12 und N 20; Giger, N 459 zu Art. 216 OR; BSK OR I-Schwenzer, Art. 11 N 32; Keller/Girsberger, N 64 zu Art. 124 und 119 Abs. 3 IPRG; BSK ZGB II-Laim, Art. 657 N 53). Insgesamt ist damit festzuhalten, dass in Ziff. 8 des Rahmenvertrages auch in Bezug auf die Form gültig die ausschliessliche Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts vereinbart worden ist.



3. Die Klägerin geht davon aus, dass das vorliegende Reuegeld formgültig nur mit öffentlicher Beurkundung habe vereinbart werden können, wogegen die Beklagte vorbringt, es handle sich beim Rahmenvertrag inklusive den beiden Nachträgen um einen formlos gültigen Innominatvertrag mit stark dienstleistungsgeschäftlichen Komponenten.

a) Die Verträge auf Eigentumsübergang, insbesondere Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 657 Abs. 1 ZGB, Art. 216 Abs. 1 OR). Grundsätzlich ist die öffentliche Beurkundung erforderlich für Grundgeschäfte unter Lebenden, auf Grund derer die sachenrechtliche Zuordnung eines Grundstücks auf eine bestimmte Person geändert werden soll (BSK ZGB II-Laim, Art. 657 N 9; Meier-Hayoz, Berner Kommentar, N 11, 13 zu Art. 657 ZGB). Dem Formzwang unterliegen Verträge auf Eigentumsübertragung an Grundstücken ohne Rücksicht auf die juristische Form, in die sie gekleidet sind, so insbesondere der Kaufvertrag (216 Abs. 1 OR), der Vorvertrag (Art. 22, 216 Abs. 2 OR) und etwa auch die vertraglich vereinbarte Verpflichtung, einen Käufer für ein bestimmtes Grundstück zu beschaffen und für das Erfüllungsinteresse einzustehen, falls ein unbestimmter Dritter den Kaufvertrag mit dem festgelegten Inhalt nicht abschliesse (BGE 50 II 250 ff.; Meier-Hayoz, N 15, 16, 24 zu Art. 657 ZGB; BSK ZGB II-Laim, Art. 657 N 11, 12). Ein öffentlich zu beurkundender Kaufvertrag liegt etwa auch dann vor, wenn bereits beim Abschluss des Kaufvertrages vereinbart wird, der Käufer sei befugt, einen noch zu bestimmenden Dritten an seine Stelle in den Vertrag eintreten zu lassen; dieses "Substitutionsrecht" ist in die öffentliche Urkunde aufzunehmen (BGE 105 III 11 ff.; BSK ZGB II-Laim, Art. 657 N 11). Der öffentlichen Beurkundung bedarf auch die Abänderung eines objektiv oder subjektiv wesentlichen Punktes des Grundstückkaufvertrages (Meier-Hayoz, N 44 zu Art. 657 ZGB). Nicht dem Formerfordernis von Art. 657 ZGB untersteht etwa ein nicht auf eine Grundeigentumsübertragung ausgerichteter Immobilienleasingvertrag, wobei dieser jedoch dann formbedürftig ist, wenn der Immobilienleasingvertrag mit einem dem Formzwang unterliegenden Grundgeschäft kombiniert ist (BSK ZGB II-Laim, Art. 657 N 48). Sofern eine Kombination eines Grundstückkaufvertrages mit anderen Verträgen vorliegt, indem objektiv wesentliche Punkte des Kaufvertrages mit weiteren Abreden verknüpft werden, so dass diese mit dem Grundstückkaufvertrag untrennbar zu einem Ganzen verschmelzen, so sind auch diese weiteren Abreden öffentlich zu beurkunden



(Ch. Leuenberger, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in: A. Koller [Hrsg.], Der Grundstückkauf, S. 67 Rz. 114). Bei gemischten Verträgen, in welchen die typenbestimmenden Elemente des Grundstückkaufvertrages nicht oder nicht vollständig vorhanden sind und damit Verträge sui generis darstellen, sind die Formvorschriften des Grundstückkaufvertrages (Art. 216 Abs. 1 OR) nur analog anwendbar. Der Vertrag sui generis, der die Übertragung eines Grundstücks zum Gegenstand hat, bedarf jedoch nach Art. 657 ZGB der öffentlichen Beurkundung (Leuenberger, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, S. 68 Rz. 116, insbes. Anm. 114). Die Bestimmung von Art. 216 Abs. 1 OR bezieht sich auf Kaufverträge, also auf obligatorische Vereinbarungen, das Eigentum an einem Grundstück gegen ein Entgelt (Preis) zu übertragen, wobei unerheblich ist, ob das Grundstück auf den Vertragspartner oder einen vom Vertragspartner bestimmten oder noch zu bestimmenden Dritten übertragen werden soll (BSK OR I-Hess, Art. 216 N 3; Giger, N 22 ff. zu Art. 216 OR). Der Formzwang gilt auch für Vorverträge, also für die vertraglichen Verpflichtungen, zu einem späteren Zeitpunkt einen Kaufvertrag über ein Grundstück abzuschliessen (BSK OR I-Hess, Art. 216 N 3; Giger, N 27 ff. zu Art. 216 OR).

Auf den Formmangel kann sich jedermann zu jeder Zeit berufen und der Richter hat die Formnichtigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen (BGE 106 II 141; 104 II 101; BSK ZGB II-Laim, Art. 657 N 60; Giger, N 373 zu Art. 216 OR).

b) In der Überschrift des Rahmenvertrags (kläg.act. 3) wird festgehalten, dass es um den "Erwerb von Gewerbeimmobilien" geht, wobei die Klägerin "als Käuferin" und die Beklagte "als Verkäuferin" bezeichnet werden. In Ziff. 1 des Rahmenvertrags werden die elf Grundstücke, welche von der Klägerin als Käuferin erworben werden, genau umschrieben, und der "Kaufpreis für diese Gewerbeimmobilien" wird in Ziff. 2 des Rahmenvertrages auf einen bestimmten Gesamtbetrag festgelegt. In Ziff. 5 des Rahmenvertrags wird eine Anzahlung vereinbart und festgehalten, dass diese auf den "Gesamtkaufpreis" zu leisten sei und mit dem "Kaufpreis" für das zuletzt übernommene Objekt verrechnet werde (vgl. kläg.act. 4 Ziff. 5). In Ziff. 4 und 6 des Rahmenvertrags wird im Hinblick auf eine "Due Dilligence" von der Vorlage der "kaufpreisrelevanten Verträge" gesprochen, und es wird vorausgesetzt, dass die Kaufverträge in Bezug auf die einzelnen Objekte notariell zu beurkunden sind. Aus Ziff.



3 Abs. 2 des Rahmenvertrags ist zu schliessen, dass der Kaufpreis je Objekt auf das Zwölfwache der Jahresnettomiete festgelegt wurde, wobei eine Abweichung davon bei einzelnen Objekten vereinbart werden konnte. Festgelegt war jedoch der von der Klägerin mit Übergang der elf Objekte zu bezahlende "Gesamtkaufpreis" (kläg.act. 3 Ziff. 3 Abs. 3; kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 3). In Ziff. 3 Abs. 4 des Rahmenvertrages wird festgehalten, dass eine Vertragserfüllung auch dann vorliegt, wenn Dritte die Liegenschaften übernehmen (vgl. kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 4).

Die Beklagte brachte nun vor, eine Gesamtbetrachtung des Rahmenvertrags inklusive die Nachträge zeige, dass primär nicht ein Kaufvertrag und auch kein bloss auf den Abschluss eines oder mehrerer Kaufverträge gerichteter Vorvertrag im Sinne von Art. 22 OR vorliege, sondern ein Dienstleistungsgeschäft im Vordergrund stehe. Entgegen den Vorbringen der Beklagten war der Kaufpreis für die einzelnen Objekte von den Parteien genau festgelegt worden, indem dieser, wie bereits erwähnt, das Zwölfwache der jeweiligen Jahresnettomiete betragen sollte (kläg.act. 3 Ziff. 1 a.E., Ziff. 3 Abs. 2; kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 2 und 9). Dieser blieb auch dann bestimmt, wenn die Parteien für einzelne Objekte individuell einen anderen Kaufpreis vereinbaren konnten, nachdem von den Parteien der Gesamtkaufpreis für alle Objekte definitiv festgelegt worden war (kläg.act. 3 Ziff. 3 Abs. 3; kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 3). Beide Parteien gehen davon aus, dass die Klägerin nicht verpflichtet war, die Grundstücke selber zu erwerben, sondern dass ihr die Möglichkeit offen stand, einen direkten Weiterverkauf durch die Beklagte an Dritte zu bewerkstelligen (kläg.act. 3 Ziff. 3 Abs. 4; kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 4). Gemäss Ziff. 3 Abs. 5 des Rahmenvertrages verpflichtete sich aber die Klägerin, die vollständige Übernahme der Liegenschaften durch Dritte im vereinbarten Zeitraum sicherzustellen (vgl. kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 5). Diese Bestimmung steht in engem Zusammenhang mit der Regelung im folgenden Absatz (kläg.act. 3 Ziff. 3 Abs. 6; kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 6), wonach die Klägerin eine eigene Kaufverpflichtung für die elf Liegenschaften einging, sofern es ihr nicht gelingen sollte, innert der gemäss Rahmenvertrag vereinbarten Frist von sechs Monaten bzw. der gemäss zweitem Nachtrag verlängerten Frist bis 31. Dezember 2004 eine Veräusserung aller Objekte an Dritte zu bewerkstelligen. Entgegen den Vorbringen der Beklagten verpflichtete sich die Klägerin nicht nur, Dienstleistungen betreffend Vermittlung von Liegenschaften zu erbringen, sondern sie ging eine suspensiv bedingte Kaufverpflichtung für elf Objekte bei einem fest vereinbarten Kaufpreis ein. Die Klägerin schloss damit mit der Beklagten



einen Vorvertrag ab, wonach sie sich, sofern sie nicht Dritte als Käufer finden sollte, verpflichtete, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt Kaufverträge über Grundstücke abzuschliessen.

Insgesamt ist damit auf Grund des Wortlauts und der Auslegung des Rahmenvertrages und des zweiten Nachtrages davon auszugehen, dass die Parteien einen Vorvertrag über abzuschliessende Grundstückkaufverträge, verbunden mit weiteren vertraglichen Verpflichtungen, abschlossen. Die Beklagte anerkannte denn auch an Schranken, dass die Kaufverpflichtung der Klägerin betreffend die elf Grundstücke hätte öffentlich beurkundet werden müssen. Sie ging aber davon aus, dass lediglich Teilnichtigkeit vorliege, da die Parteien den Vertrag auch abgeschlossen hätten, wenn sie um die Ungültigkeit der Kaufverpflichtung gewusst hätten. Die Frage, ob Teilnichtigkeit vorliegt, kann offen gelassen werden. Entscheidend ist, dass der Rahmenvertrag (inklusive der zweite Nachtrag), soweit er einen Vorvertrag über abzuschliessende Grundstückkaufverträge beinhaltet, dem Formzwang von Art. 657 ZGB und Art. 216 Abs. 1 und 2 OR untersteht und insoweit nichtig ist, als er in Bezug auf wesentliche Vertragspunkte nicht öffentlich beurkundet ist.

4. Vorliegend verlangt die Klägerin die Rückerstattung der Anzahlung/Kautions von EUR 500'000.-- mit der Begründung, dass es sich dabei um ein Reuegeld handle, welches für Grundstücksgeschäfte formgültig nur mit öffentlicher Beurkundung vereinbart werden könne.

a) Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung unterstehen sowohl die objektiv wesentlichen als auch die subjektiv wesentlichen Elemente des Grundstücksgeschäfts dem Formzwang (BSK ZGB II-Laim, Art. 657 N 55; Meier-Hayoz, N 84 ff. zu Art. 657 ZGB; Leuenberger, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, S. 58 ff.). Zu beurkunden sind aber auch Nebenabreden, wenn sie in einem so engen Zusammenhang zu den objektiv wesentlichen Punkten des Grundstückkaufvertrages stehen, dass sie gleichsam als Teil dieser Punkte zu betrachten sind. Es geht somit um jene Bestimmungen, welche Leistung und Gegenleistung präzisieren oder die Leistungspflicht bekräftigen. Der Beurkundungspflicht unterliegt insbesondere das Versprechen einer Konventionalstrafe, um die Übertragung des Eigentums oder die Zahlung des Kaufpreises zu sichern, oder eines Reuegeldes für den Fall des Rücktritts



vom Vertrag (Haab, Zürcher Kommentar, N 17 zu Art. 657 ZGB; Meier-Hayoz, N 85 zu Art. 657 ZGB; Leuenberger, Abschluss des Grundstückkaufvertrages, S. 65 N 100f.; Giger, N 264f. zu Art. 216 OR; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 8.A., Zürich 2003, Rz. 4084).

b) Während die Klägerin geltend machte, es handle sich bei der Anzahlung/Kautions von EUR 500'000.-- (kläg.act. 3 Ziff. 5; kläg.act. 4 Ziff. 5) um ein Reugeld, machte die Beklagte geltend, es sei eine Konventionalstrafe gemäss Art. 160 OR vereinbart worden. Die Frage braucht nicht entschieden zu werden, nachdem ein Reugeld wie auch eine Konventionalstrafe, die im Rahmen eines Grundstückgeschäfts vereinbart worden sind, mangels öffentlicher Beurkundung nichtig sind. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Parteien ein Haftgeld vereinbart haben, nachdem die Leistung bei Vertragsschluss erbracht worden ist und bei Nichterfüllung des Rahmenvertrags der Beklagten verfällt (OR I-Ehrat, Art. 158 N 6; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Rz. 4081). Erfüllt der Schuldner seine Vertragsschuld nicht, so hat die Zahlung des Haftgeldes die Funktion einer zum Voraus entrichteten und kumulativ geschuldeten Konventionalstrafe; sie verbleibt deshalb beim Gläubiger (BSK OR I-Ehrat, Art. 158 N 5; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, Rz. 4078).

Die Missachtung der Formvorschriften von Art. 657 ZGB und Art. 216 OR bei der Vereinbarung der Anzahlung/Kautions von EUR 500'000.-- führt zur Nichtigkeit dieser Bestimmung.

5. Die Beklagte wandte für den Fall der Bejahung eines Formmangels ein, die Klägerin könne die geleistete Kautions nicht zurückfordern, da sie sich über die Schuldpflicht nicht im Irrtum befunden habe. Ferner machte sie geltend, die Klägerin habe den Rahmenvertrag in keiner Weise erfüllt. In vertragswidriger Weise seien keine Käuferangebote für die Objekte S., B. und F. erfolgt, welche bis zum 31. Oktober 2004 hätten übernommen werden sollen (kläg.act. 5). Auch das Käuferangebot für das Objekt O. sei unter jedem Titel verspätet erfolgt, bzw. seien die entsprechenden Urkunden der Beklagten gar nie zugegangen. Schliesslich sei dieses Käuferangebot mit der ungehörigen Bedingung einer Provisionsvereinbarung verbunden gewesen. In rechtsmissbräuchlicher Weise habe die Klägerin versucht, über die



Provisionsvereinbarung die verfallene Kaution/Anzahlung "zurückzuholen" und so einen eigenen Schaden zu verhindern.

a) Rückerstattungsansprüche können aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen, was insbesondere für die Verjährungsfrist (d.h. Art. 127 ff. OR oder Art. 60, 67 OR) von Bedeutung ist (BGE 114 II 152 E.2c/aa; 130 III 504 E.6.1 = Pra 2005 Nr. 6). Eine unerlaubte Handlung fällt vorliegend ausser Betracht, so dass ausschliesslich zu prüfen ist, ob ein Anspruch aus Vertrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung vorliegt.

Nach herrschender Lehre und Praxis schliesst ein vertraglicher Anspruch einen Bereicherungsanspruch aus. Besteht ein vertraglicher Anspruch, indem eine vertraglich geschuldete Leistung erbracht wird, so besteht auf Grund des gültigen Vertrages ein Rechtsgrund, weshalb der Leistungsempfänger nicht in ungerechtfertigter Weise bereichert sein kann (BGE 130 III 504 E.6.1; 126 III 119 E.3b). In der neueren Lehre und Rechtsprechung besteht eine generelle Tendenz, Ansprüche vermehrt auf vertragliche denn auf bereicherungsrechtliche Grundlagen zu stützen. Dabei ist im Einzelnen zu prüfen, ob der Anspruch einen vertraglichen Charakter aufweist (BGE 130 III 504 E. 6.1f.; 126 III 119 E.3.c). In BGE 114 II 152 hielt das Bundesgericht fest, bei einem Vertragsrücktritt gemäss Art. 109 OR werde das Vertragsverhältnis in ein Liquidationsverhältnis umgewandelt, womit die Rückleistungspflicht vertraglicher Natur sei. In gleicher Weise ging das Bundesgericht bei einem Anspruch auf Rückerstattung zuviel bezahlter Akontozahlungen davon aus, dass sich dieser aus Vertrag ergebe. Ergibt sich bei der definitiven Abrechnung über die Gewinnbeteiligung ein Negativsaldo, so kann dieser aus Vertrag zurückgefordert werden (BGE 126 III 119). Wird aber der Vertrag bedingungslos erfüllt, ist davon auszugehen, dass ein allfälliger Anspruch auf Rückerstattung nicht vertraglicher Natur ist (BGE 127 III 421 E.3c/bb a.E.; 130 III 504 E.6.2). Wenn etwa eine Krankenkasse die Rechnungen vorbehaltlos beglichen hat, kann sie einen allfälligen Anspruch auf Rückerstattung nur allenfalls wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern. Dies gilt auch bei der Rückforderung von zuviel bezahlten Darlehens- oder Pachtzinsen oder bei einer zu Unrecht bezogenen Versicherungsleistung (BGE 127 III 421 E.3c/bb m.w.H.). In gleicher Weise bestehen auch Bereicherungsansprüche bei Rückforderungen aus nichtigen Verträgen (BGE 110 II 335) oder bei Rückforderungen aus künftigem



Vertragsschluss, welcher nicht zustande kam (BGE 119 II 20). Ferner sind auch Leistungen, die auf Grund eines suspensiv bedingten Vertrages erbracht wurden, nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückzuerstatten, wenn die Bedingung nicht eingetreten ist (BGE 129 III 264 E.3.2.2 und E.4.1 a.E. = Pra 2003 Nr. 176).

Vorliegend leistete die Klägerin die Anzahlung/Kaution auf Grund einer mangels Einhaltung der gesetzlichen Form nichtigen Vereinbarung. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich nicht um einen vertraglichen Anspruch, sondern dieser ist nach den Regeln von Art. 62 ff. OR zu beurteilen.

b) Hat jemand aufgrund eines nichtigen Vertrages (Art. 20 Abs. 1 OR) oder aufgrund eines formungültigen Vertrages (Art. 22 Abs. 2, Art. 216 Abs. 1 und 2 OR; Art. 657 ZGB) geleistet, so hat er einen Rückforderungsanspruch (BGE 115 II 28 ff.; BSK OR I-Schulin, Art. 63 N 3). Die Beklagte machte geltend, die Klägerin habe sich sowohl mit Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 17. Januar 2005 wie auch in der Klageschrift auf die Formungültigkeit des Rahmenvertrages inklusive Nachträge berufen, womit davon auszugehen sei, dass sie Kenntnis vom Formmangel gehabt und sich bei Leisten der Kaution in Bezug auf ihre Schuldpflicht nicht im Irrtum befunden habe. Dies umso weniger, als es sich bei der Klägerin um eine schweizerische Aktiengesellschaft handle, welche insbesondere den Handel mit und die Vermittlung von Liegenschaften bezwecke.

aa) Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nach Art. 63 Abs. 1 OR nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat (*condictio indebiti*). Auch der Rechtsirrtum fällt unter Irrtum im Sinne von Art. 63 OR, etwa wenn jemand die Mietzinserhöhung zahlt, obwohl diese wegen Formmangels ungültig war, weil er die Formvorschrift und die sich hieraus ergebenden Rechte nicht kannte, oder wenn jemand auf Grund eines nichtigen Vertrages (Provisionsvertrag) leistet, den er für nicht widerrechtlich hielt (BSK OR I-Schulin, Art. 63 N 4). Bei vollkommen zweiseitigen (*synallagmatischen*) Schuldverträgen führt jedoch die Anwendung von Art. 63 Abs. 1 OR zu stossenden Ergebnissen, wenn die eine Partei im Bewusstsein der fehlenden Durchsetzbarkeit freiwillig leistet und die andere Partei die Gegenleistung gestützt auf die Unwirksamkeit des Vertrags entweder



verweigert oder mit Erfolg zurückverlangt. Bei gestörten Austauschverhältnissen darf die Rückforderung nicht von der Voraussetzung der irrtümlichen Leistung abhängig gemacht werden, sondern es genügt, dass der bei der Leistung vorausgesetzte Leistungsgrund ausbleibt. Leistet ein Vertragspartner, obwohl ihm die fehlende Durchsetzbarkeit der Gegenleistung bekannt ist, liegt der Leistungsgrund in der Erwartung, der Leistungsempfänger werde ebenfalls freiwillig leisten. Bleibt die Gegenleistung aus, ist die eigene Leistung grundlos erfolgt und zurückzuerstatten (BGE 115 II 29f.; Gauch/Schluop/Schmid/Rey, OR AT, Bd. I, Rz. 1577f.; A. Koller, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: A. Koller [Hrsg.], Der Grundstückskauf, S. 112 Rz. 93; A. Koller, Die Konditionssperre von Art. 63 Abs. 1 OR, AJP 2006, S. 468 ff.). Vorliegend hatte sich die Klägerin gemäss Rahmenvertrag und den Nachträgen im wesentlichen verpflichtet, eine Anzahlung/Kautionsleistung zu leisten und elf Gewerbeimmobilien bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu übernehmen bzw. dafür zu sorgen, dass die Liegenschaften bis zu diesem Termin von einem Dritten erworben wurden. Dieser letzteren Verpflichtung ist die Klägerin in keiner Weise nachgekommen, indem sie innerhalb der bis zum 31. Dezember 2004 verlängerten Frist (kläg.act. 5) keine der Liegenschaften erworben hatte bzw. diese durch einen Dritten erworben worden waren. Hingegen war die Beklagte ihren diesbezüglichen Vertragspflichten nachgekommen, indem sie die elf Liegenschaften der Klägerin gehörig angeboten hatte. In Bezug auf zehn Liegenschaften hatte die Klägerin weder ihre Bereitschaft erklärt, diese zu übernehmen, noch hat sie entsprechende Vorbereitungen getroffen. Auch in Bezug auf das Objekt in O. erfolgte die Übernahme entgegen dem zweiten Nachtrag (kläg. act. 5 Ziff. 3 Abs. 10) nicht bis zum vereinbarten Zeitpunkt vom 31. Juli 2004. Damit hat die Klägerin den Rahmenvertrag inklusive die Nachträge in Bezug auf die Übernahme der elf Liegenschaften nicht erfüllt. Dabei ist unerheblich, dass die Klägerin der Beklagten im November 2004, mithin nach Ablauf der vereinbarten Frist, ein Käuferangebot in Bezug auf das Objekt O. unterbreitet hatte. Insgesamt ist aufgrund des Verhaltens der Klägerin nach Vertragsschluss zu schliessen, dass sie die Kautionsleistung/Anzahlung leistete, wobei sie mit einer erheblichen Wahrscheinlichkeit damit rechnete bzw. in Kauf nahm, innert der vereinbarten Frist nicht imstande zu sein, für die elf Liegenschaften einen Drittkäufer zu finden, bzw. sie nicht willens oder finanziell imstande war, selber die Liegenschaften zu übernehmen, obwohl ihr diese von der Beklagten vertragsgemäss angeboten worden waren. Die bestehende



Erfüllungsbereitschaft der Beklagten zeigte sich insbesondere auch darin, dass sie sich bereit erklärt hatte, im zweiten Nachtrag die Übernahmefristen zu verlängern (kläg.act. 3 Ziff. 3 Abs. 1, kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 10; vgl. kläg. act. 7, wo die Beklagte ausdrücklich darauf hinweist, "dass dieser zweite Nachtrag nun Grundlage ist, um die Objektübernahmen auch vollständig durchzuführen"). Angesichts der erstellten Erfüllungsbereitschaft der Beklagten und der in Bezug auf Übernahme der elf Liegenschaft nicht bestehenden Erfüllungsbereitschaft der Klägerin kann diese die geleistete Kautions-/Anzahlung nur zurückfordern, wenn sie diese irrtümlich geleistet hat.

bb) Ist mithin davon auszugehen, dass bei der Beklagten (nicht aber in Bezug auf die elf Liegenschaften bei der Klägerin) Erfüllungsbereitschaft bestand, ist Folgendes festzuhalten: Wenn die Gegenpartei (d.h. vorliegend die Beklagte) ihrerseits erfüllungsbereit ist, ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn die Leistung freiwillig und irrtumsfrei erfolgte. Im Falle irrtümlicher Leistung ist die Rückforderung zulässig, unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots (Koller, Vom Formmangel und seinen Folgen, S. 112f. Rz. 94). In einem Fall, in welchem eine Mietzinserhöhung wegen Nichtverwendung des amtlichen Formulars nichtig war, hielt das Bundesgericht fest, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens schliesse nicht aus, dass der Mieter sich nach der Zahlung des erhöhten Mietzinses auf die Nichtigkeit der Erhöhung (Art. 2 ZGB) berufen könne. Dabei konnte die Frage offen bleiben, ob der Mieter im Wissen um die Ungültigkeit der Zinserhöhung geleistet hatte (BGE 110 II 494 E.4). In einem weiteren Fall, in dem es ebenfalls um die Rückforderung von Mietzinsen, die auf eine nichtige Erhöhungsmittelung hin bezahlt wurden, ging, hielt das Bundesgericht unter Hinweis auf Art. 63 Abs. 1 OR fest, es würde offensichtlich gegen die ratio legis von Art. 18 BMM verstossen, wenn vom Mieter, der über seine Rechte mit eben diesem amtlichen Formular informiert werden muss, verlangt würde, dass er die Unkenntnis dieser Rechte oder der formellen Voraussetzungen des Bundesbeschlusses (BMM) nachweise. Einzig bei Rechtsmissbrauch sei eine Ausnahme vom Rückforderungsrecht zuzulassen, d.h. dort, wo der Mieter sich des Formfehlers bewusst war und in der Absicht schwieg, um allenfalls später davon zu profitieren (BGE 113 II 187 = Pra 1988 Nr. 171; vgl. Koller, Vom Formmangel und seinen Folgen, S. 103 N 63).

Vorliegend steht fest, dass der Klägerin zumindest im Nachhinein der Formmangel des Rahmenvertrags und der Nachträge bekannt war, nachdem der Rechtsvertreter im



Schreiben vom 17. Januar 2005 den Standpunkt vertrat, dass das Vertragsverhältnis die Form der öffentlichen Beurkundung verlange (bekl.act. 6). Entsprechend berief sich die Klägerin auch in der Klage darauf, dass die Leistung der Kautions/Anzahlung formgültig nur mit öffentlicher Beurkundung hätte vereinbart werden können (Klage S. 7 f.). Entscheidend ist nun aber, dass der Klägerin, welche gewerbsmässig und - wie sich im vorliegenden Verfahren zeigt - in grossem Umfang mit Liegenschaften im In- und Ausland handelt (vgl. kläg.act. 1), zweifellos die beim Abschluss von Grundstückkaufverträgen in der Schweiz zu beachtenden Formvorschriften kannte bzw. kennen musste. Ferner musste der Klägerin als professionelle Immobilienhändlerin bekannt sein, dass, um Umgehungen zu verhindern, auch wesentliche Nebenpunkte wie die Leistung einer Kautions/Anzahlung von EUR 500'000.-- dem Formzwang unterstehen. Dies kann im Übrigen auch daraus geschlossen werden, dass in Ziff. 8 des Rahmenvertrags ausdrücklich die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts und der Gerichtsstand St. Gallen vereinbart worden war. Nachdem es im Rahmenvertrag um elf Liegenschaften in Deutschland geht, und auch die Beklagte ihren Sitz in Deutschland hat, ist davon auszugehen, dass Rechtswahl und Gerichtsstand von der Klägerin verlangt worden war (so auch im klägerischen Entwurf einer Provisionsvereinbarung, bekl.act. 2) oder diese zumindest um die Tragweite dieser Vertragsklausel vollständig im Bild sein musste. Insgesamt wusste bzw. musste die Klägerin wissen, dass die Verpflichtung zur Übernahme von elf Liegenschaften und die Leistung einer Kautions/Anzahlung durch die Käuferin, welche bei Nichterfüllung des Rahmenvertrags verfällt, nach schweizerischem Recht, dessen Anwendbarkeit die Parteien ausdrücklich vereinbart hatten, nur mit öffentlicher Beurkundung gültig vereinbart werden konnte. Indem die Klägerin freiwillig und ohne Irrtum über die Ungültigkeit des Rahmenvertrages eine Nichtschuld geleistet hat, kann sie die Kautions/Anzahlung von EUR 500'000.-- nicht zurückfordern. Im Übrigen könnte die Klägerin in Bezug auf einen behaupteten Irrtum nicht einwenden, sie habe nicht wissen müssen, welche Formvorschriften bei Abschluss eines Vorvertrages zwischen einem schweizerischen und einem deutschen Unternehmen betreffend Grundstücke in Deutschland gelten sollen. Entscheidend ist einzig, dass die Parteien für die Übernahme der Grundstücke in Deutschland und die Leistung einer entsprechenden Kautions/Anzahlung schweizerisches Recht gültig (vgl. die vorstehenden Ausführungen) vereinbart hatten und die Klägerin über die Bedeutung der diesbezüglichen



Formvorschriften des schweizerischen Rechts im Bild war bzw. sein musste. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Parteien davon ausgingen, die jeweiligen Kaufverträge seien in Deutschland notariell zu beurkunden (kläg.act. 3 Ziff. 4 und 6), nachdem es dabei um den Vollzug der Kaufverträge und nicht um die Gültigkeit des Rahmenvertrags als Vorvertrag und der geleisteten Kautions/Anzahlung ging. Eine Rückforderung der Kautions/Anzahlung von EUR 500'000.-- ist damit, nachdem die Klägerin diese freiwillig und ohne Irrtum geleistet hat, ausgeschlossen. Die Klage ist deshalb abzuweisen.

c) Die Klage wäre aber auch, wenn die Klägerin die Kautions/Anzahlung irrtümlich geleistet hätte, wegen Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) abzuweisen. Wer einen Vertrag wegen Formmangels nicht gelten lassen will, missbraucht das Recht nur, wenn seine Haltung wegen besonderer Umstände offensichtlich gegen Treu und Glauben verstösst. Auf besondere Umstände ist insbesondere zu schliessen, wenn derjenige, der im Hinblick auf die Nichteinhaltung der Form die Erfüllung seines Versprechens verweigert oder eine erbrachte Leistung zurückfordert, arglistig, d.h. mit der Absicht, sich gegebenenfalls später von einer nicht mehr gewünschten vertraglichen Bindung zu befreien, die Einhaltung der Form verhindert hatte (BGE 86 II 261 f.; 90 II 27; Koller, Vom Formmangel und seinen Folgen, S. 93 ff.; Merz, Berner Kommentar, N 483 ff. zu Art. 2 ZGB). Im Falle irrtumsfreier Erfüllung ist das Begehren um Rückabwicklung vermutungsweise rechtsmissbräuchlich und kann somit vorbehältlich besonderer Umstände nicht verlangt werden (BGE 112 II 333 E.2a; 104 II 101 f. E.3; Koller, Vom Formmangel und seinen Folgen, S. 103 N 63). Eine Rückforderung ist zwar zulässig, wenn jemand zwecks Erfüllung eines zweiseitigen Vertrags leistet und die erwartete Gegenleistung ausbleibt (BGE 115 II 28 ff.; 119 II 21 f.; vgl. Koller, AJP 2006, S. 468 f.), nicht aber, wenn die Gegenleistung gehörig angeboten, jedoch vom Leistenden deren Annahme zu Unrecht verweigert wird.

In Übereinstimmung mit der Klägerin ist davon auszugehen, dass es gegen die ratio legis verstossen würde, den Liegenschaftskäufer durch das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung vor Übereilung zu schützen, um ihm dann eben diesen Schutz zu verwehren, wenn er irrtümlich ohne den Schutz gehandelt hat. Vorliegend kann dieser Grundsatz jedoch keine Anwendung finden, nachdem die Klägerin - wie erwähnt - bei Vertragsschluss wusste bzw. wissen musste, dass ein dem



schweizerischen Recht unterstellter Rahmenvertrag betreffend die Übernahme von Liegenschaften und eine in diesem Zusammenhang vereinbarte Kautions ohne öffentliche Beurkundung nicht gültig vereinbart werden konnte. Die Klägerin leistete zwar die Kautions, erfüllte aber den Rahmenvertrag und den zweiten Nachtrag nicht, indem sie die elf ihr gehörig angebotenen Liegenschaften innert der im zweiten Nachtrag verlängerten Fristen nicht übernahm bzw. die Übernahme durch einen Dritten bewerkstelligte. Dabei übernahm sie insbesondere auch die Liegenschaft in O. nicht entsprechend dem zweiten Nachtrag bis zum 31. Juli 2004, was die Beklagte am 23. September 2004 entsprechend rügte (kläg.act. 10). Aber auch wenn davon auszugehen wäre, dass die Beklagte stillschweigend einer Änderung der vertraglich vereinbarten Übernahmefristen zugestimmt hätte, ist davon auszugehen, dass sie sich entgegen den Vorbringen der Klägerin nicht vertragswidrig geweigert hatte, der von der Klägerin im November 2004 beigebrachten Verkäuferin das Objekt O. zu verkaufen, womit die Klägerin berechtigt gewesen wäre, auf die weitere Abwicklung des Rahmenvertrages zu verzichten und wegen Nichterfüllung des Vertrags die geleistete Anzahlung zurückzufordern (vgl. kläg.act. 22). Im Schreiben vom 21. Oktober 2004 räumte die Klägerin selber ein, dass sie die Terminsetzung gemäss zweitem Nachtrag aus in ihrem Verantwortungsbereich liegenden Gründen nicht einhalten werde (kläg.act. 14 S. 2 Abs. 3), und ersuchte um Zustimmung zur vorgeschlagenen Abwicklung des Objekts O. (kläg.act. 14 S. 2 Abs. 2, 4 und 5). Mit Schreiben vom 28. Oktober 2004 (kläg.act. 15) forderte die Beklagte die Klägerin auf, die gemäss zweitem Nachtrag bis 31. Juli bzw. 31. Oktober 2004 zu übernehmenden Objekte O., S., B. und F. in ihrer Gesamtheit zu übernehmen. Ferner ersuchte sie die Klägerin, "innerhalb der Anmeldefrist von 21 Tagen, die damit ab heute zu Laufen beginnt, uns für die vorgenannten Objekte ein notariell beglaubigtes Käuferangebot inkl. Bankbürgschaft zuzusenden" (kläg.act. 15 letzter Absatz). Die Beklagte stützte sich dabei auf die Bestimmung von Ziff. 3 Abs. 8 des zweiten Nachtrags (kläg.act. 5), wonach die Verkäuferin, d.h. die Beklagte, das Recht hat, einzelne Objekte aus dem Rahmenvertrag herauszunehmen und nach eigener Entscheidung zu veräussern, nach einer schriftlichen Anmeldefrist von 21 Tagen. Dabei soll die Käuferin, d.h. die Klägerin, innerhalb dieser Anmeldefrist weiterhin das Recht besitzen, dieses Objekt zu übernehmen. Die Klägerin machte in diesem Zusammenhang geltend, die ihr von der Beklagten angesetzte 21tägige Frist habe erst mit Zugang des Chargé-Schreibens bei der Klägerin zu laufen begonnen. Damit habe



sie rechtzeitig von ihrem Recht gemäss Ziff. 3 Abs. 8 des zweiten Nachtrags in Bezug auf das Objekt O. Gebrauch gemacht (kläg.act. 16-21). Die Beklagte bestritt, dass die 21tägige Frist erst mit dem Zugang des Schreibens der Beklagten (kläg.act. 15) am 2. November 2004 (bekl.act. 7) zu Laufen begonnen habe. Die Parteien haben im Rahmenvertrag und im zweiten Nachtrag keinerlei Regelungen über den Beginn von Fristen und insbesondere der in kläg.act. 5 Ziff. 3 Abs. 8 vorgesehenen Anmeldefrist von 21 Tagen getroffen. Damit war die Beklagte berechtigt, der Klägerin vorzuschlagen, dass die Anmeldefrist ab Datum des Schreibens vom 28. Oktober 2004 (kläg.act. 15) zu laufen beginnen sollte. Nachdem die Klägerin auf diese Fristansetzung nicht reagierte, hat sie die von der Beklagten genannte Fristberechnung stillschweigend akzeptiert. Damit wäre sie berechtigt gewesen, bis 18. November 2004 der Beklagten ein notariell beglaubigtes Käuferangebot zu übermitteln. Die Klägerin machte innert dieser Frist von ihrem Recht keinen Gebrauch, sondern kündigte der Beklagten am 16. November 2004 (kläg.act. 16) lediglich an, dass sie ihr im Laufe des Novembers 2004 ein Käuferangebot unterbreiten werde. Damit steht fest, dass die Klägerin innert der 21tägigen Frist ihr Recht zur Übernahme des Objekts O. nicht vertragsgemäss ausgeübt hatte, womit ihr vertragliches Recht, die Liegenschaft zu erwerben, entfiel. Die Klägerin warf der Beklagten deshalb am 7. Dezember 2004 (kläg.act. 22) zu Unrecht die Verletzung des Rahmenvertrages betreffend das Objekt O. vor und war nicht berechtigt, gestützt darauf auf die Abwicklung des Rahmenvertrages unter Rückforderung der Kautions-/Anzahlung und Geltendmachung des Erfüllungsinteresses zu verzichten.

Etwas anderes ergibt sich aber auch nicht, wenn in Übereinstimmung mit der Klägerin davon ausgegangen wird, dass die 21tägige Frist mit dem Zugang des Schreibens der Beklagten (kläg.act. 15) am 2. November 2004 zu laufen begonnen hätte. In diesem Fall wäre die 21tägige Anmeldefrist am 23. November 2004 abgelaufen, wobei auch bis zu jenem Zeitpunkt ein Käuferangebot der Klägerin nicht vorlag. Die Klägerin sandte zwar der Beklagten am 17. und 24. November 2004 eine Korrespondenz zwischen ihr und einem Notar in Deutschland (kläg.act. 17), woraus hervorgeht, dass die Klägerin die Beurkundung eines Käuferangebots und einer Urkunde zur Bestellung einer Grundschuld in der Schweiz beabsichtigte. Erst am 26. November 2004 (kläg.act. 19), d.h. nach Ablauf der 21tägigen Frist (gemäss Fristberechnung der Klägerin), sandte die Klägerin der Beklagten per E-Mail das notariell beglaubigte Käuferangebot und ein



unwiderrufliches Zahlungsverprechen einer Bank vom 26. November 2004 betreffend das Objekt O. (kläg.act. 20, 21) sowie "eine Ausfertigung des zugehörigen Provisionsvertrages" (bekl.act. 2) zu. Nachdem das Käuferangebot verspätet erfolgt war, handelte die Beklagte vertragskonform, als sie der Klägerin am 29. November 2004 mitteilte, dass sie das Objekt O. (wie auch die Objekte S., B. und F.) anderweitig verkaufe (bekl.act. 3). Nachdem die Klägerin innert der 21tägigen Anmeldefrist kein Käuferangebot eingereicht hatte, hatte die Beklagte das Recht (nicht aber die Pflicht), die Objekte O., S., B. und F. aus dem Rahmenvertrag herauszunehmen und nach eigener Entscheidung zu veräussern. Hingegen bestand nach wie vor eine Verpflichtung der Klägerin, wenn die Beklagte von ihrem Herauslösungsrecht nicht Gebrauch machte, die vier Liegenschaften entsprechend dem Rahmenvertrag und dem zweiten Nachtrag zu übernehmen. Der Rahmenvertrag bestand somit trotz des Schreibens der Beklagten vom 29. November 2004 weiter und der Klägerin oblag nach wie vor die Pflicht, die übrigen Objekte zu den vereinbarten Zeitpunkten zu übernehmen. Sie hat keines der Objekte übernommen und damit den Rahmenvertrag inkl. die Nachträge verletzt.

Die Klägerin, welche vertragswidrig keines der elf Objekte übernommen hat, handelt rechtmisbräuchlich, wenn sie bei Abschluss des Rahmenvertrags die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts, mithin die öffentliche Beurkundung, vereinbarte, eine Kautions gestützt auf den Rahmenvertrag leistete, obwohl dieser nicht öffentlich beurkundet und damit nichtig war, und nunmehr die Kautions zurückfordert, wobei sie sich gleichzeitig aus der vertraglichen Bindung zu befreien versucht, indem sie der Beklagte zu Unrecht die Verletzung des Rahmenvertrags vorwirft (vgl. insbes. kläg.act. 22) und gleichzeitig die Einrede der Formungültigkeit des Rahmenvertrages inkl. Nachträge erhebt. Dieses offensichtlich gegen Treu und Glauben verstossende Verhalten verdient keinen Rechtsschutz, womit auch aus diesem Grund ein Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung der Kautions/Anzahlung über EUR 500'000.-- besteht. Im Übrigen kann ein zusätzlicher Hinweis dafür, dass der Klägerin ein arglistiges und damit rechtmisbräuchliches Verhalten vorzuwerfen ist, auch darin gesehen werden, dass die Klägerin der Beklagten am 26. November 2004 neben dem Käuferangebot (als Kopie) und dem unwiderruflichen Zahlungsverprechen (als Kopie) über den Rahmenvertrag und die Nachträge hinaus und damit als Offerte für eine Vertragsänderung einen Entwurf einer Provisionsvereinbarung zwischen der Klägerin



und der Beklagten (bekl.act. 2) zusandte (kläg.act. 19 Abs. 1). Dabei brachte die Klägerin klar zum Ausdruck, dass das Käuferangebot und das Zahlungsverprechen nur unter der Bedingung geleistet würden, dass sich die Beklagte mit dem Provisionsvertrag einverstanden erklärte. Entsprechend sollte die Beklagte den Provisionsvertrag unterzeichnet an die Klägerin zurücksenden, worauf diese bereit gewesen wäre, der Beklagten das "Käuferangebot als Urkunde im Original" und das "Original des unwiderruflichen Zahlungsverprechens" zuzusenden (kläg.act. 19 Abs. 2). Mit der Provisionsvereinbarung hätte sich die Beklagte verpflichten sollen, auf den notariellen Kaufvertrag betreffend das Objekt O. eine Vermittlungsprovision von EUR 478'646 zuzüglich eventuell anfallender Umsatzsteuer, sofern der Kaufvertrag rechtskräftig zustande kommt, zu bezahlen (bekl.act. 2 Ziff. 1). Damit versuchte die Klägerin, das von ihr im Rahmenvertrag und den Nachträgen übernommene unternehmerische Risiko insbesondere betreffend die Übernahme der elf Liegenschaften zu eliminieren und sich die geleistete Kautions/Anzahlung bereits beim Verkauf einer Liegenschaft (entgegen kläg.act. 3 Ziff. 5 und kläg.act. 4 Ziff. 5) zurückerstatten zu lassen. Die Klägerin, welche den Vertrag nicht erfüllt hat, kann damit auch wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens die Kautions/Anzahlung von der Beklagten, welche ihrerseits ihre Leistungen gemäss Rahmenvertrag und Nachträge gehörig angeboten hat, nicht zurückverlangen. Die Klage ist deshalb auch wegen Rechtsmissbrauchs abzuweisen.