



Mitwirkend: Obergerichter Roland Schmid, Präsident, und Ersatzoberrichter Marius Weder, die Handelsrichterin Dr. Eliane E. Ganz, die Handelsrichter Christoph Pfenninger und Thomas Andermatt sowie der Gerichtsschreiber Andreas Baeckert

Urteil vom 20. Januar 2022

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

1. **B._____ AG,**

2. ...

Beklagte

1 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Die B._____ AG sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 100'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 6. Dezember 2019 zu bezahlen und die C._____ AG sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 50'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 6. Dezember 2019 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei die B._____ AG zu verpflichten, der Klägerin CHF 150'000.00 zu bezahlen.
3. Subeventualiter sei die C._____ AG zu verpflichten, der Klägerin CHF 150'000.00 zu bezahlen.
4. Die Rechtsvorschläge in den Betreibungen gegen die Beklagten seien entsprechend dem Gerichtsurteil aufzuheben.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Geändertes Rechtsbegehren gemäss Replik:

(act. 33 S. 2)

- " 1. Die B._____ AG sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 150'000.00 nebst Zins zu 5 % seit 6. Dezember 2019 zu bezahlen.
2. Der Rechtsvorschlag in der Betreibung ... des Betreibungsamtes Engstringen (8102 Oberengstringen) der Klägerin gegen die B._____ AG sei entsprechend dem Gerichtsurteil aufzuheben.
3. Die Klage gegen die Beklagte 2 bzw. die C._____ AG wird zurückgezogen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine Aktiengesellschaft mit Sitz in D._____, welche gemäss Handelsregistereintrag ... [Zweck] bezweckt. Weiter bezweckt die Gesellschaft den Erwerb, das Erstellen sowie das Halten, das Vermieten und das

Veräussern von Liegenschaften sowie das Halten und das Verwalten von Beteiligungen.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in E._____, welche gemäss Handelsregistereintrag die Planung und Ausführung von ... [Zweck] bezweckt.

b. Prozessgegenstand

Die Parteien haben am 8. Juli 2019 einen Reservations- und Übernahmevertrag betreffend ein Grundstück samt Bauprojekt unterzeichnet (act. 3/3). Es ist unbestritten, dass dieser Vertrag mangels öffentlicher Beurkundung formungültig ist. Gegenstand des vorliegenden Prozesses ist die Frage, ob die Klägerin aufgrund der gestützt auf den Reservations- und Übernahmevertrag geleisteten Zahlungen in der Höhe von CHF 50'000.– und CHF 100'000.– einen Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten hat.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass sie gegenüber der Beklagten einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung von CHF 150'000.– habe. Eventualiter beruft sie sich auf eine vertragliche Rückerstattungspflicht. Demgegenüber macht die Beklagte in ihrem Hauptstandpunkt geltend, der Betrag von CHF 150'000.– sei als Pauschalvergütung bzw. Konventionalstrafe zu leisten gewesen, und zwar für den Fall, dass die Klägerin ihren Verpflichtungen aus dem Reservations- und Übernahmevertrag nicht nachkomme bzw. den Vertrag kündige oder die spätere öffentliche Beurkundung des Vertrags ablehne. Die Beklagte könne die entsprechende Zahlung daher behalten, ohne einen effektiven Schaden nachzuweisen. Eventualiter bestreitet die Beklagte die Aktivlegitimation der Klägerin betreffend die Rückforderung der Zahlung in der Höhe von CHF 100'000.–.

B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 16. Januar 2020 (Datum Poststempel) machte die Klägerin die vorliegende Klage rechtshängig (act. 1; act. 2; act. 3/2-16). Mit Verfügung vom 20. Januar 2020 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten einen Vorschuss von CHF 11'000.– zu leisten (act. 4). Die Klägerin leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (vgl. act. 6). Mit Verfügung vom 27. Januar 2020

wurde den vormaligen Beklagten 1 und 2 Frist zur Erstattung ihrer schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 7). Innert der (aufgrund der im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom Bundesrat angeordneten Verlängerung der Gerichtsferien) erstreckten Frist (act. 13) erstatteten die beiden Beklagten, vertreten durch denselben Rechtsvertreter, zwei separate Klageantworten (act. 15; act. 16; act. 17/1-28). Mit Verfügung vom 25. Juni 2020 wurde die Prozessleitung an Ersatzoberrichter Marius Weder als Instruktionsrichter delegiert (act. 18). Am 27. Januar 2021 wurde eine Vergleichsverhandlung durchgeführt (vgl. act. 29). Die Vergleichsgespräche führten zu keiner Einigung (vgl. Prot. S. 9 f.). Daraufhin wurde der Klägerin am 28. Januar 2021 Frist zur Einreichung der Replik angesetzt (act. 31). Am 10. Februar 2021 reichte die Klägerin fristgerecht ihre Replik ein (act. 33; act. 34/17-20), welche den Beklagten mit Verfügung vom 15. Februar 2021 zugestellt wurde. Gleichzeitig wurde das Verfahren in Bezug auf die damalige Beklagte 2 zufolge Klagerückzugs als erledigt abgeschrieben (act. 35). Mit Verfügung vom 16. Februar 2021 wurde der verbleibenden Beklagten Frist zur Erstattung der Duplik angesetzt (act. 37). Die Duplik erfolgte fristgerecht am 3. Mai 2021 (act. 39) und wurde der Klägerin mit Verfügung vom 10. Mai 2021 und unter Hinweis auf Aktenschluss zugestellt (act. 40). In der Folge ergingen weitere Eingaben (act. 42; act. 44; act. 46). Nach Erhalt der Verfügung vom 19. Oktober 2021 erklärte die Beklagte, auf die Hauptverhandlung nicht verzichten zu wollen (act. 51; act. 55). Die Hauptverhandlung fand am 20. Januar 2022 statt (Prot. S. 18 f.). Weitere Eingaben ergingen nicht. Das Verfahren ist spruchreif, weshalb ein Urteil zu fällen ist (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

1.1.1. Örtliche Zuständigkeit

Die Beklagte hat ihren Sitz in E._____, weshalb die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO zu bejahen ist.

1.1.2. Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 6 Abs. 2 und 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH). Ein Schlichtungsverfahren entfällt im vorliegenden Fall gemäss Art. 198 lit. f ZPO.

1.2. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen erweisen sich als erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Damit ist auf die Klage einzutreten.

1.3. Klagerückzug und Klageänderung

Mit Eingabe vom 10. Februar 2021 erstattete die Klägerin die Replik, änderte ihr Rechtsbegehren wie eingangs erwähnt und zog gleichzeitig die Klage gegen die damalige Beklagte 2 zurück (act. 33).

Der Rückzug der Klage beendet das Verfahren, weshalb es in Bezug auf die frühere Beklagte 2 mit Verfügung vom 15. Februar 2021 als erledigt abgeschlossen wurde (act. 35).

Die Klageänderung ist zulässig, weil das geänderte bzw. neue Rechtsbegehren nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen sind und in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem bisherigen Anspruch steht (vgl. Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO).

2. Rechtsnatur der Reservationszahlungen

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist, dass die Beklagte gestützt auf den von den Parteien schriftlich abgeschlossenen Reservations- und Übernahmevertrag vom 8. Juli 2019 (act. 3/3) CHF 150'000.– erhalten hat (act. 1 Ziff. II.3, II.5, II.7, III.3; act. 16 Rz. 37, 40; act. 33 Ad Ziff. 47, Ad. Ziff. 58-59; act. 39 Rz. 6, 28, 32).

2.2. Streitpunkte

2.2.1. Die Klägerin macht geltend, es handle sich bei den im Reservations- und Übernahmevertrag vorgesehenen, an die Beklagte geleisteten Zahlungen von insgesamt CHF 150'000.– um eine Anzahlung bzw. Teilzahlung (act. 1 Ziff. II.1, II.3, II.8, II.9; act. 16 Ziff. II.5). Im Reservations- und Übernahmevertrag sei nirgends eine Bestimmung über Reuegeld oder Konventionalstrafe im Falle des Nichtabschlusses des beabsichtigten Kaufrechtsvertrages enthalten (act. 1 Ziff. III.2). Dem Entwurf des öffentlich zu beurkundenden Kaufrechtsvertrags betreffend die im Reservationsvertrag vereinbarten Stockwerkeinheiten sei zu entnehmen, dass der gesamte Betrag von CHF 150'000.– als erfolgte Anzahlung an den Landanteil zugunsten der damaligen Beklagten 2 hätte verbucht werden sollen (act. 1 Ziff. II.8).

2.2.2. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei den gestützt auf den Reservations- und Übernahmevertrag geleisteten Zahlungen gemäss übereinstimmendem wirklichen Willen der Parteien um eine Pauschalvergütung bzw. um eine Konventionalstrafe handle. Diese sei dann geschuldet, wenn die Klägerin ihren Verpflichtungen aus dem Reservations- und Übernahmevertrag nicht nachkomme bzw. den Vertrag kündige oder die spätere öffentliche Beurkundung des Vertrages ablehne (act. 39 Rz. 6).

2.3. Rechtliches

2.3.1. Auslegungsregeln des Obligationenrechts

Bei der Vertragsauslegung ist in erster Linie auf den übereinstimmenden tatsächlichen Willen der Parteien abzustellen (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 115 II 464 E. 2.c). Ist ein solcher nicht nachgewiesen, sind die Erklärungen der Parteien «aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten». Man spricht hierbei vom mutmasslichen Willen, welcher durch die objektivierte Auslegung festgestellt wird (BGE 138 III 659 E. 4.2.1).

Bei der Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel (BGer 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.). Massgeblich für die Bedeutung eines Wortes ist jedoch weniger dessen unmittelbarer Wortsinn als seine Stellung im Kontext und wiederum dessen Stellung im Gesamtkonzept des Vertrages (WIEGAND, in: WIDMER LÜCHINGER/OSER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., 2020, Art. 18 OR N 24). Jedoch hat es immer beim Wortlaut sein Bewenden, wenn die übrigen Auslegungsmittel nicht sicher einen anderen Schluss erlauben (BGer 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.2 ff.).

Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände zu berücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Partieverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände lassen erkennen, wie die Parteien selbst den Vertrag seinerzeit gemeint hatten, und sind deshalb nur für die Feststellung des wirklichen Parteiwillens von Relevanz (BGE 132 III 626 E. 3.1).

Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Parteiwillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet. Denn während es sich bei der Frage nach dem mutmasslichen Willen um eine Rechtsfrage handelt, beruht die Feststellung des tatsächlichen Willens auf Beweiswürdigung (BGE 121 III 118 E. 4.a).

2.3.2. Anzahlung

Die Anzahlung ist eine Geldleistung, die der Empfänger nach dem Willen der Parteien auf den vereinbarten Preis anzurechnen hat. Sie stellt die erste Rate eines in mehreren Teilzahlungen zu leistenden Preises dar (BERGER, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., 2018, N 1816). Hat die beim Vertragsabschluss erbrachte Geldleistung den Charakter einer Anzahlung, verfällt sie bei beidseitiger Erfüllung des Vertrages (der Hauptleistungen) dem Empfänger als zum Voraus bezahlter Teil des vereinbarten Preises. Erbringt der Geber (z.B. der Käufer) später seine Leistung nicht oder nicht gehörig und verlangt der Empfänger Schadenersatz wegen Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung, hat sich der Empfänger die Anzahlung auf seinen Ersatzanspruch anrechnen zu lassen. Wählt der Empfänger den Vertragsrücktritt, hat der Geber Anspruch auf Rückerstattung der Anzahlung, wobei der Empfänger mit seinem Ersatzanspruch verrechnen kann (BERGER, a.a.O., N 1824 f.).

2.3.3. Konventionalstrafe

Die Konventionalstrafe ist ein aufschiebend bedingtes Leistungsversprechen des Schuldners gegenüber dem Gläubiger für den Fall der Nichterfüllung oder der nicht gehörigen Erfüllung einer bestimmten vereinbarten Schuldpflicht (ROTH PELLANDA, in: FURRER/SCHNYDER [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., 2016, Art. 160 OR N 1 m.H. auf BGE 122 III 420 E. 2.a). Sie ist in Art. 160 ff. OR geregelt. Die Abrede, dass Teilzahlungen im Falle des Rücktritts dem Gläubiger verbleiben sollen, ist nach den Vorschriften über die Konventionalstrafe zu beurteilen (Art. 162 Abs. 1 OR).

2.4. Auslegung und Würdigung

Gemäss Rz. 7 des Reservations- und Übernahmevertrags (act. 3/3) beträgt der Kaufpreis für das Grundstück 1 in F. _____ CHF 550'000.–. Gemäss Rz. 9 f. hat eine Zahlung in der Höhe von CHF 50'000.– innert sieben Banktagen nach Unterzeichnung der Reservation zu erfolgen, während CHF 500'000.– bei Eigentumsübertragung zehn Tage nach Versand der Baubewilligung zu bezahlen sind. Der Übernahmepreis für das bewilligte Bauprojekt beträgt gemäss Rz. 16 CHF 625'000.–. Eine Zahlung in der Höhe von CHF 100'000.– hat innert sieben

Banktagen nach Unterzeichnung der Reservation zu erfolgen, während CHF 525'000.– bei Eigentumsübertragung zehn Tage nach Versand der Baubewilligung zu bezahlen sind (Rz. 18 f.). Gemäss Rz. 11 muss die Reservation von der Klägerin bis spätestens am 8. Juli 2019 unterzeichnet, Land und Projekt bis am 17. Juli 2019 *anbezahlt* werden. Bei Nichteinhalten dieser Termine kann die Beklagte ohne irgendwelche Entschädigungen über Land sowie Projekt frei verfügen und an einen Dritten verkaufen. Eine Bestimmung, wonach es sich bei den vorab zu leistenden Zahlungen um Konventionalstrafen bzw. Pauschalvergütungen handelt, welche unabhängig von einem allfälligen Abschluss des Hauptvertrags geschuldet sind, enthält die Reservations- und Übernahmevereinbarung nicht. In Rz. 27 wird festgehalten, dass Anpassungen am Reservations- und Übernahmevertrag schriftlich zu erfolgen haben und dass keine mündlichen Nebenabreden bestehen.

Aufgrund des Wortlauts und der Systematik des Reservations- und Übernahmevertrags ist davon auszugehen, dass die Parteien die dort vereinbarten, innert sieben Banktagen nach Unterzeichnung der Reservation zu leistenden Beträge als Anzahlungen – und nicht als Konventionalstrafe oder Pauschalvergütung – verstanden haben und auch so verstehen durften und mussten. Der Reservationsvertrag bezweckt wohl eine gewisse vorläufige bzw. vorgelagerte Bindung der Parteien. Allerdings ist diese eher lose und kurzfristig. Dies ergibt sich einerseits aus der oben genannten Klausel, wonach die Beklagte bei Nichteinhaltung der Zahlungstermine frei wird. Andererseits spricht dafür auch der Umstand, dass sich die Parteien der Formnichtigkeit und damit Unverbindlichkeit des Reservations- und Übernahmevertrags unbestrittenermassen bewusst waren. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Formnichtigkeit für beide Seiten Risiken birgt und daher nicht per se auf eine Konventionalstrafe bzw. Pauschalvergütung zugunsten der Beklagten im Sinne eines Risikoausgleichs schliessen lässt. Nach dem Gesagten lässt sich auch gestützt auf den Zweck des Vertrags nichts Anderes als eine Anzahlung ableiten.

Mit E-Mail-Nachricht vom 7. Oktober 2019 sendete G._____ einen Entwurf des Kaufrechtsvertrags, welcher hätte öffentlich beurkundet werden sollen, an

H._____ (act. 3/10). Daraus geht hervor, dass dieser Vertragsentwurf aus Sicht von G._____ «fast in Ordnung» war. Gemäss Ziff. III.a des Vertragsentwurfs beträgt der Kaufpreis für die Wohnungen Nr. 1.01., 1.0.2, 1.0.4, 1.1.1, 1.1.2, 1.1.4, 1.2.1 und 1.2.2 insgesamt CHF 848'520.–. Zum Zahlungsmodus wird sodann ausgeführt, dass die Käuferschaft für die Landanteile bereits eine Anzahlung von insgesamt CHF 100'000.– geleistet hat. Für die Wohnungen Nr. 1.0.3, 1.1.3, 1.2.3 und 1.2.4 hat die Käuferschaft gemäss Ziff. III.b-e eine Anzahlung von je CHF 12'500.–, d.h. insgesamt CHF 50'000.–, geleistet. Falls die Kaufrechte nicht innert der vereinbarten Frist ausgeübt werden, verfallen diese sowie die vorgenannten Anzahlungen und Letztere sind an die Klägerin zurückzubezahlen (Ziff. V.8). Auch diese Formulierungen sprechen dafür, dass die Parteien bei den geleisteten Zahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 150'000.– von Anzahlungen ausgegangen sind.

Den geltend gemachten tatsächlichen bzw. normativen Konsens hinsichtlich einer vereinbarten Konventionalstrafe oder Pauschalvergütung begründet die Beklagte mit den Behauptungen, dass die Klägerin bzw. H._____ hinsichtlich grosser Projekte unerfahren seien, dass G._____ Geschäfte üblicherweise quasi per Handschlag abschliesse, aber Vorbehalte gegenüber H._____ gehabt habe und dass den Parteien die Formnichtigkeit des Reservations- und Übernahmevertrags unstrittig bekannt gewesen sei. Die blosser Unerfahrenheit einer Partei und sich daraus ergebende Vorbehalte der anderen Partei führen allerdings nicht dazu, dass eine implizit vereinbarte Konventionalstrafe oder Pauschalvergütung anzunehmen wäre, zumal der Reservations- und Übernahmevertrag einen Schriftlichkeitsvorbehalt enthält. Sodann birgt die Formnichtigkeit des Reservations- und Übernahmevertrags, welche den Parteien unbestrittenermassen bewusst war, – wie bereits erwähnt – Unsicherheiten für beide Seiten und spricht per se ebenfalls nicht dafür, dass die Parteien eine Konventionalstrafe oder Pauschalvergütung vereinbaren wollten. Zusammenfassend lassen die von der Beklagten genannten Umständen nicht auf einen tatsächlichen oder normativen Konsens hinsichtlich einer vereinbarten Konventionalstrafe oder Pauschalvergütung schliessen. Auf die Abnahme des für diese Behauptungen offerierten Beweismittels (Parteibefragung G._____) kann demnach verzichtet werden.

2.5. Fazit

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Parteien im Reservations- und Übernahmevertrag vom 8. Juli 2019 (act. 3/3) zwei Anzahlungen in der Höhe von CHF 50'000.– und CHF 100'000.– und keine Konventionalstrafe oder Pauschalvergütung vereinbart haben.

3. Formmangel

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist, dass die Parteien am 8. Juli 2019 schriftlich einen Reservations- und Übernahmevertrag abgeschlossen haben (act. 1 Ziff. II.1; act. 3/3; act. 16 Rz. 28; act. 39 Rz. 5). Öffentlich beurkundet wurde der Vertrag nicht (act. 1 Ziff. II.11; act. 3/3; act. 33 Ziff. II.5; act. 39 Rz. 5).

3.2. Streitpunkte

3.2.1. Die Klägerin ist der Auffassung, dass die gesamte Reservationsvereinbarung aufgrund der fehlenden öffentlichen Beurkundung nichtig sei. Der Erwerb des Bodens und der Stockwerkeinheiten einerseits und derjenige des Bauprojekts andererseits seien eng verbunden bzw. untrennbar verknüpft. Sie stellten gegenseitig subjektiv und objektiv wesentliche Bestandteile dar und seien somit einheitlich zu behandeln (act. 1 Ziff. II.11, III.2; act. 33 Ziff. II.4, II.5, Ad. Ziff. 26-28). Selbst wenn der Reservations- und Übernahmevertrag eine Bestimmung über Reuegeld oder Konventionalstrafe enthielte, hätte die Ungültigkeit mangels öffentlicher Beurkundung auch deren Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit im Sinne von Art. 20 OR zur Folge (act. 1 Ziff. III.2). Der Vertrag sei nicht erfüllt worden. Es sei nur eine Teilzahlung (CHF 150'000.– von total CHF 1'175'000.–) seitens der Klägerin erfolgt, aber keine Erfüllung seitens der Beklagten. Somit bestehe gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Rückerstattungsanspruch (act. 33 Ziff. II.5).

3.2.2. In der Klageantwort führt die Beklagte aus, die Klägerin habe maximal einen Anspruch auf CHF 50'000.– aus ungerechtfertigter Bereicherung. Dagegen bringe sie ihren Schadenersatzanspruch zur Verrechnung (act. 16 Rz. 52, 59). In

der Duplik bringt die Beklagte sodann vor, die Reservationszahlungen seitens der Klägerin im Betrag vom gesamthaft CHF 150'000.– stünden der Beklagten als Pauschale zur Deckung des negativen Interesses zu (act. 39 Rz. 6-8, 28, 32) und seien von der Formnichtigkeit des Reservations- und Übernahmevertrags nicht betroffen (act. 39 Rz. 34).

3.3. Rechtliches

Kaufverträge und Vorverträge über Grundstücke sind nur dann gültig, wenn sie öffentlich beurkundet werden (Art. 216 Abs. 1 und 2 OR). Bloss schriftliche Reservationsvereinbarungen sind demzufolge nichtig (vgl. BGer 4A_109/2018 vom 8. November 2018 E. 3). Betrifft der Formmangel nur einen Teil des Rechtsgeschäfts, ist Art. 20 Abs. 2 OR analog anzuwenden (BGer 4C.175/2003 vom 28. Oktober 2003 E. 5; MÜLLER, in: AEBI-MÜLLER/MÜLLER [Hrsg.], Berner Kommentar, Art. 1 - 18 OR, 2018, Art. 11 N 220; KOLLER, in: KOLLER [Hrsg.], Der Grundstückskauf, § 3 N 97). Es kommt somit entscheidend auf den hypothetischen Parteiwillen an. Hätten die Parteien den Vertrag ohne den formungültigen Teil nicht geschlossen, so ist der Vertrag in seiner Gesamtheit ungültig. Andernfalls hat der Vertrag ohne den formungültigen Teil Bestand, unter Umständen – je nach dem hypothetischen Parteiwillen – auch mit Modifikationen. Nichtigstellung des ganzen Vertrages ist die Regel. Denn neben dem formungültigen Vertragsteil, der aus lauter objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragspunkten besteht, wird kaum je ein Vertragsteil mit selbständiger Bedeutung übrigbleiben. Im Falle einer Vertragsverbindung könnte zwar der mit dem Grundstückskauf verbundene, nicht formbedürftige Vertrag (z.B. Werkvertrag) selbständig Bestand haben, doch wird dies dem Parteiwillen regelmässig zuwiderlaufen (KOLLER, a.a.O., § 3 N 97; BGer 4A_282/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 3.1).

Die Berufung auf die Formnichtigkeit des Vertrags gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich nicht als rechtsmissbräuchlich (BGE 140 III 200 E. 4). Die Formnichtigkeit ist jedoch im Verhältnis unter den Parteien unbeachtlich und die Berufung darauf unstatthaft, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst und daher einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt (BGE 92 II 323 E. 3). Lehre und Rechtsprechung differenzieren

dabei, ob der formungültige Vertrag zwar geschlossen, nicht jedoch erfüllt ist, oder aber, ob das Geschäft bereits abgewickelt ist, der Vertrag damit seinen primären schuldrechtlichen Zweck erfüllt hat, die Parteien jedoch nachträglich in Streit geraten (z.B. wegen Sachgewährleistungsansprüchen oder wenn die verkaufte Sache zurückgefordert wird). In aller Regel wurde in der Rechtsprechung ein Rechtsmissbrauch im Falle der noch nicht erfolgten Erfüllung verneint und die Berufung auf den Formmangel bzw. die Ungültigkeit des Vertrages zugelassen. Demgegenüber wird ein Rechtsmissbrauch in der Regel bejaht, wenn der formnichtige Vertrag bereits erfüllt ist (FASEL, in: WIDMER LÜCHINGER/OSER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, N 20 f. mit zahlreichen Hinweisen).

3.4. Würdigung

Der vorliegende Reservations- und Übernahmevertrag (act. 3/3) beinhaltet zum einen Bestimmungen betreffend den Kauf des Grundstücks und regelt zum anderen den Kauf des für dieses Grundstück bereits bestehenden, d.h. vollständig geplanten, aber noch nicht bewilligten, Bauprojekts (inkl. Drittkosten und Baubewilligungsgebühren). Es stellt sich demnach die Frage, ob sich der Formzwang und die sich daraus ergebende Formnichtigkeit mangels öffentlicher Beurkundung auch auf denjenigen Teil des Vertrags bezieht, welcher den Erwerb des Bauprojekts zum Gegenstand hat.

Wie aus den Rechtsschriften beider Parteien sowie aus dem Reservations- und Übernahmevertrag selbst hervorgeht, lag für das zu verkaufende Grundstück im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein komplettes Bauprojekt vor und das Bewilligungsverfahren war bereits im Gange. Da die Formnichtigkeit grundsätzlich nur denjenigen Vertragsteil bezüglich des Grundstücks betrifft, ist nach dem oben Gesagten in sinngemässer Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR zu prüfen, ob die Parteien den Vertrag ohne den formungültigen Teil nicht geschlossen hätten. In dieser Hinsicht ist festzuhalten, dass der Erwerb eines auf eine bestimmte Parzelle zugeschnittenen Bauprojekts sinnlos ist, wenn nicht gleichzeitig das entsprechende Grundstück gekauft wird. Es ist daher davon auszugehen, dass der Projekterwerb einerseits und der Grundstückkauf andererseits, welche gleichzeitig

vereinbart worden sind, nach dem Willen der Parteien zwingend miteinander verknüpft waren. Der blosserwerb des Bauprojekts wäre mit anderen Worten nicht möglich bzw. von den Parteien – zumindest in dieser Form – nicht gewollt gewesen, zumal auch die finanziellen Werte der beiden Vertragsbestandteile (Grundstück und Projekt) durch deren Kombination beeinflusst werden. Die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens führt demnach zum Ergebnis, dass die Parteien den Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen hätten. Dies entspricht auch den Ausführungen der Klägerin (vgl. act. 33 Ziff. II.4 f.). Die Beklagte behauptet in dieser Hinsicht jedenfalls nichts Gegenteiliges. Die Frage, ob eine Konventionalstrafe unter den Formzwang fallen würde (vgl. dazu BGer 4A_109/2018 vom 8. November 2018 E. 3.1-3.3), kann vorliegend offen bleiben, da die Parteien gemäss obenstehender E. 2 keine Konventionalstrafe, sondern Anzahlungen vereinbart haben.

Der formnichtige Vertrag wurde vorliegend – bis auf die an die Beklagte geleisteten Anzahlungen in der Höhe von CHF 150'000.– an den Gesamtpreis von CHF 1'175'000.– (vgl. act. 3/3) – nicht erfüllt. Die Beklagte hat das Grundstück, welches Gegenstand des Reservations- und Übernahmevertrags war, in der Zwischenzeit an eine Dritte veräussert (vgl. act. 33 Ziff. II.3 m.H. auf act. 34/19; act. 39 Rz. 28 [zu pauschal]). Die Erfüllung, mithin der Abschluss des Hauptvertrags betreffend Kauf des Grundstücks bzw. Kaufrecht für das Grundstück und Erwerb des Projekts, ist demnach gar nicht mehr möglich. Weder die Klägerin noch die Beklagte machen denn auch geltend, eine solche noch zu wollen. Vor diesem Hintergrund ist nicht von Bedeutung, aus welchen Gründen das Zustandekommen des Hauptvertrags ausblieb. Es muss der Klägerin möglich sein, sich auf die Formnichtigkeit des Reservations- und Übernahmevertrags zu berufen (in diesem Sinne auch BGer 4A_109/2018 vom 8. November 2018 E. 4.1). Als rechtsmissbräuchlich ist dieses Vorgehen nicht zu qualifizieren, obschon beiden Parteien bei Abschluss des Reservations- und Übernahmevertrags bewusst war, dass ein Formmangel vorlag. Die Frage, ob die Klägerin oder die Beklagte das Nichtzustandekommen des bereits als Entwurf vorgelegenen Kaufrechtsvertrags (vgl. act. 3/10) zu verschulden hat, kann nach dem Gesagten ebenfalls offen bleiben.

3.5. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Formungültigkeit auch auf die nicht beurkundungsbedürftigen Vertragsteile erstreckt. Der Reservations- und Übernahmevertrag vom 8. Juli 2019 (act. 3/3) ist demnach in seiner Gesamtheit ungültig. Die Berufung der Klägerin auf die Formnichtigkeit stellt keinen Rechtsmissbrauch dar.

4. Anspruch der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung

4.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist, dass die Beklagte im Zusammenhang mit dem Reservations- und Übernahmevertrag vom 8. Juli 2019 (act. 3/3) zwei Zahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 150'000.– erhalten hat (act. 1 Ziff. II.3; act. 16 Rz. 37, 40; act. 33 Ziff. II.4, II.5, Ad Ziff. 47, Ad Ziff. 58-59; act. 39 Ziff. II.A, Rz. 6, 8, 28, 32).

4.2. Streitpunkte

4.2.1. Die Klägerin ist der Auffassung, sie habe gegenüber der Beklagten einen bereicherungsrechtlichen Anspruch in der Höhe von CHF 150'000.– (act. 1 Ziff. III.3; act. 33 Ad Ziff. 47, Ad Ziff. 58-59). Die zweite Überweisung in der Höhe von CHF 100'000.– sei nicht durch die Klägerin direkt, sondern durch deren einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsrat H._____ in eigenem Namen, aber im Auftrag der Klägerin erfolgt. Gestützt auf die Mitteilung bzw. Darlegung in der Zahlung habe sich klar ergeben, dass dieser Betrag für den abgeschlossenen Reservationsvertrag und für die Klägerin geleistet worden sei. Für den Fall, dass dies wider Erwarten rechtlich anders qualifiziert werden sollte, werde eine entsprechende Zahlungs- bzw. Abtretungserklärung von H._____ an die Klägerin eingereicht (act. 33 Ziff. II.2 m.H. auf act. 17/23 und act. 34/18, Ad Ziff. 58-59).

4.2.2. Die Beklagte macht im Eventualstandpunkt geltend, der Anspruch von H._____ auf Rückerstattung von CHF 100'000.– sei weder mittels Legalzession i.S.v. Art. 401 Abs. 1 OR noch mittels Abtretung i.S.v. Art. 164 Abs. 1 OR auf die Klägerin übergegangen, weshalb die Klägerin im Umfang von CHF 100'000.–

nicht aktivlegitimiert sei. Unstreitig habe nicht die Klägerin die zweite Überweisung in der Höhe von CHF 100'000.– vorgenommen, sondern deren einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsrat H._____ persönlich aus seinem Vermögen. Folglich sei nicht die Klägerin entreichert i.S.v. Art. 62 OR, sondern H._____, weshalb grundsätzlich ihm allein ein allfälliger Bereicherungsanspruch in Höhe von CHF 100'000.– zustehe (act. 16 Rz. 40 m.H. auf act. 3/9 und act. 17/23, 63; act. 39 Rz. 9 ff.).

4.3. Rechtliches

4.3.1. Grundsätzliches zur Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

Das Gericht darf sein Urteil nur auf die von den Parteien behaupteten Tatsachen stützen (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Es ist an der Person, welcher die Beweislast obliegt (vgl. Art. 8 ZGB), die Tatsachen hinreichend darzutun und zu beweisen, aus deren Vorliegen sie ihren Anspruch herleitet. Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 127 III 365 E. 2.b; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2). Der Behauptungslast ist durch das Aufstellen eines schlüssigen, vollständigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihr Begehren stützt, so dass der Tatsachenvortrag bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGE 127 III 365 E. 2.b; BGer 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Aufl., 2016, Art. 55 N 21 m.w.H.). Kommt eine Partei ihrer Behauptungslast nicht nach, bleiben die betreffenden Tatsachen unberücksichtigt (BRÖNNIMANN, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 152 N 30). Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift nur, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in Einzeltatsachen zergliedert

so umfassend und klar darzulegen und dazugehörige Beweisanträge zu stellen, dass darüber Beweis abgenommen werden könnte und substantiiertes Bestreiten möglich ist (BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1 m.H.; BGer 4A_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1 m.H.; BGE 127 III 365 E. 2.b m.H.). Wird dem Gebot der Substantiierung ungenügend nachgekommen, ergeht ein Sachentscheid ohne Beweisabnahme. Ein Beweisverfahren darf nicht dazu dienen, ungenügende Parteivorbringen nachträglich zu vervollständigen (BGE 108 II 337 E. 3 m.w.H.).

Das Gegenstück zur Behauptungslast bildet die Bestreitungslast. Die Gegenpartei hat im Einzelnen darzutun, welche behaupteten Tatsachen anerkannt und welche bestritten werden (Art. 222 Abs. 2 ZPO). Je detaillierter die Behauptungen sind, desto höher sind die Anforderungen an die Bestreitungen (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3). Bei detaillierten Behauptungen genügen pauschale Bestreitungen nicht. Dies erlaubt dem Gericht, ausser die Bestreitungen werden an anderer Stelle ausgeführt, von unbestrittenen Tatsachen auszugehen (BGE 141 III 433 E. 2.6; BGer 4A_443/2017 vom 30. April 2018 E. 4.1; BGer 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 4.3; WALTER, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 8 N 191; KILLIAS, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 222 N 17).

4.3.2. Ungerechtfertigte Bereicherung

Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten (Art. 62 Abs. 1 OR). Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch setzt demnach zunächst eine Bereicherung voraus. Diese besteht in einer Vermögensvermehrung, welche eine Vergrösserung des Vermögens (*lucrum emergens*) oder eine Nichtverminderung des Vermögens (*damnum cessans*) sein kann (SCHULIN/VOGT, in: WIDMER LÜCHINGER/OSER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 62 N 5-7). Sodann muss eine Entreicherung vorliegen, d.h. die Vermögensvermehrung muss zulasten eines anderen erfolgt sein. Die Bedeutung dieses Begriffes ist in der Lehre umstritten (SCHULIN/VOGT, a.a.O., Art. 62 N 8). Gemäss bundesgerichtlicher

Rechtsprechung setzt der Bereicherungsanspruch keine unmittelbare Vermögensverschiebung zwischen dem Bereicherungsgläubiger und dem Bereicherungsschuldner voraus; es sei vielmehr die Bereicherung auszugleichen, die der Bereicherte auf Kosten eines anderen erlangt hat (BGE 129 III 422 E. 4; BGer 4C.338/2006 vom 27. November 2006 E. 3.1). Schliesslich muss die Bereicherung ungerechtfertigt, die Zuwendung mithin ohne Rechtsgrund erfolgt sein (SCHULIN/VOGT, a.a.O., Art. 62 N 10).

Weitgehend unbestritten ist, dass eine Leistung, die gestützt auf einen (form-)nichtigen Vertrag erbracht wurde, ohne gültigen Rechtsgrund erfolgte. Dies hat deshalb zu gelten, weil der Vertrag schlechthin (unheilbar) unwirksam ist. Leidet der Vertrag mit anderen Worten an einem «unheilbaren» Entstehungsmangel, fehlt ein gültiger Rechtsgrund für die Leistung. Wurde eine Leistung in der Annahme erbracht, dass es später zum Vertragsabschluss komme (Suspensivbedingung), bleibt dieser in der Folge aber aus, ist sie aus nicht verwirklichtem Grund erfolgt (MONFERRINI/VON DER CRONE, Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge, SZW 5/2011, S. 490; Urteil des Handelsgerichts HG130071 vom 8. Juni 2015 E. 4.2.7). Hat jemand in Kenntnis der Ungültigkeit des Vertrages eine Leistung erbracht, dann ist ihm zwar die Rückforderung nach Art. 63 Abs. 1 OR verwehrt, aber nicht die Berufung auf die Nichtverwirklichung des Rechtsgrundes nach Art. 62 Abs. 2 OR. Sonst könnte es bei synallagmatischen Verträgen zu stossenden Ergebnissen kommen: Würde nämlich die Rückerstattung abgelehnt, könnte der Leistungsempfänger die Leistung ohne Gegenleistung behalten (SCHULIN/VOGT, a.a.O., Art. 63 N 3b m.H. auf BGE 115 II 28 E. 1.a).

4.3.3. Legalzession i.S.v. Art. 401 Abs. 1 OR

Der einfache Auftrag ist in Art. 394 ff. OR geregelt. Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, gehen sie auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist (Art. 401 Abs. 1 OR). Demnach kommt es bei gegebenen Voraussetzungen zu einer Subrogation in eine Forderung ohne Vornahme einer Zession. Die erwähnte Rechtsfolge setzt jedoch (nebst Bestehen eines Auftrags mit entsprechendem Inhalt und einer ab-

tretungsfähigen, d.h. zumindest bestimmbarer Forderung) zweierlei voraus: den Erwerb der Forderung durch den Beauftragten in indirekter Stellvertretung des Auftraggebers, d.h. im eigenen Namen von bzw. «gegen» Dritte, sowie die Erfüllung sämtlicher Pflichten des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten (soweit vorhanden): Vergütung, Auslagen-, Verwendungs-, Schadenersatz (SCHALLER, in: HONSELL [Hrsg.], KUKO Obligationenrecht, 2014, Art. 401 N 1 f.).

4.3.4. Abtretung i.S.v. Art. 164 Abs. 1 OR

Gemäss Art. 164 Abs. 1 OR kann der Gläubiger eine ihm zustehende Forderung grundsätzlich ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten. Bei der Abtretung sind zwei Rechtsgeschäfte zu unterscheiden: der Verpflichtungsvertrag (Grundgeschäft) und der Verfügungsvertrag. Das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft können zusammenfallen. Ersteres kann formfrei geschlossen werden, während Letzteres schriftlich erfolgen muss (Art. 165 OR).

4.4. Würdigung

Die Klägerin verzichtet darauf, die Voraussetzungen des behaupteten Bereicherungsanspruchs im Einzelnen darzulegen. Da das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO), ist nachfolgend gleichwohl zu prüfen, ob aufgrund des sich aus den Rechtsschriften ergebenden Sachverhalts ein Bereicherungsanspruch zu bejahen ist.

4.4.1. Bereicherung

Unbestritten und erwiesen ist die Vermögensvermehrung auf Seiten der Beklagten. Durch die an sie geleisteten Anzahlungen in der Höhe von CHF 150'000.– haben sich ihre Aktiven vermehrt.

4.4.2. Entreichung

Im Umfang von CHF 50'000.– stammt die Vermögensvermehrung unbestrittenermassen aus dem Vermögen der Klägerin, welche dadurch entsprechend entreichert ist. Unklar bzw. umstritten ist die Entreichung im Hinblick auf die zweite Anzahlung in der Höhe von CHF 100'000.–. Diese wurde der Beklagten von ei-

nem auf H._____ lautenden Konto überwiesen (vgl. act. 3/9; act. 17/23). Die Klägerin macht einen Bereicherungsanspruch in der Höhe von CHF 150'000.– geltend. Für die diesem Anspruch zugrundeliegenden Tatsachen trägt sie demnach die Beweislast (vgl. Art. 8 ZGB).

Die Klägerin legt nicht dar, inwiefern sie durch die genannte Anzahlung entreichert wäre. Ob die Klägerin mit der Formulierung, H._____ habe den Betrag von CHF 100'000.– «zwar im eigenen Namen, aber im Auftrag für die A._____ AG an die B._____ AG überwiesen» (vgl. act. 33 Ziff. II.2), einen Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR bzw. eine Stellvertretung behaupten will, bleibt mangels weiterer Präzisierung unklar. Weder behauptet sie das Vorliegen einer Legalzession im Sinne von Art. 401 Abs. 1 OR noch macht sie Ausführungen zu den einzelnen Voraussetzungen einer Legalzession, während die Beklagte deren Vorliegen bestreitet. Eine Legalzession im Sinne von Art. 401 Abs. 1 OR ist demnach weder behauptet, geschweige denn erwiesen, und eine Entreichung der Klägerin damit nicht dargetan.

Die Klägerin bezieht sich eventualiter auf ein als «Zahlungserklärung/Abtretungserklärung» bezeichnetes Dokument, welches vom 2. Juni 2020 datiert (act. 34/18). Darin bestätigt H._____, dass er die Überweisung an die Beklagte in der Höhe von CHF 100'000.– im Auftrag der Klägerin getätigt habe und er sich daraus ergebende Ansprüche an die Klägerin abtrete. In der Rechtschrift selbst behauptet die Klägerin zwar nicht explizit, dass H._____ den vorliegend geltend gemachten Bereicherungsanspruch an die Klägerin abgetreten habe. Durch den direkten und klaren Verweis auf die schriftliche Abtretungserklärung kommt die Klägerin ihrer Substantierungsobliegenheit in dieser Hinsicht gleichwohl nach. Beim Bereicherungsanspruch handelt es sich um eine abtretbare Forderung. H._____ kommt diesbezüglich die Verfügungsmacht zu. Die Voraussetzungen einer Abtretung sind damit grundsätzlich erwiesen, zumal auch das Schriftlichkeitserfordernis erfüllt ist. Allerdings behauptet die Beklagte, dass es sich bei der Abtretungserklärung um eine Fälschung handle. Die Partei, die sich auf eine Urkunde beruft, hat gemäss Art. 178 ZPO deren Echtheit zu beweisen, sofern die Echtheit von der anderen Partei bestritten wird; die Bestreitung muss

ausreichend begründet werden. Die bestreitende Partei muss konkrete Umstände dartun, die beim Gericht ernsthafte Zweifel an der Authentizität des Dokuments (Inhalt oder Unterschrift) zu wecken vermögen. Nur wenn ihr dies gelingt, muss die beweisbelastete Partei den Echtheitsbeweis antreten. Das Gesetz verlangt eine besondere Substantiierung. Eine pauschale Bestreitung der Echtheit genügt nicht (DOLGE, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, ZPO, Art. 178 N 2). Da die Beklagte nicht begründet, weshalb sie die Abtretungserklärung als Fälschung erachtet, ist auf die Abnahme der diesbezüglich angebotenen Beweise zu verzichten. Dass die Klägerin die Abtretungserklärung erst nach der Vergleichsverhandlung im zweiten Schriftenwechsel eingereicht hat, begründet jedenfalls keine Zweifel an deren Echtheit, zumal die Klägerin sie als Beweis für ihre dort vorgebrachte Eventualbegründung verwendet. Mit der Abtretung ist die Klägerin mithin Gläubigerin eines allfälligen Bereicherungsanspruchs, welcher aus der Zahlung von H._____ an die Beklagte in der Höhe von CHF 100'000.– resultiert. Eine allenfalls fehlende eigene Entreicherung der Klägerin ist insofern nicht von Relevanz.

4.4.3. Ungerechtfertigte Bereicherung

Ein Rechtsgrund für die an die Beklagte geleistete Anzahlung in der Höhe von CHF 100'000.– besteht nicht, da der zugrundliegende Reservations- und Übernahmevertrag nichtig ist (vgl. dazu E. 3).

4.4.4. Rückforderung

Vorliegend handelt es sich um eine irrtumsfreie (Teil-)Erfüllung einer Nichtschuld, weshalb eine Rückforderung gestützt auf Art. 63 Abs. 1 OR nicht möglich ist. Allerdings kann sich die Klägerin gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf die Nichtverwirklichung des Rechtsgrundes nach Art. 62 Abs. 2 OR berufen.

4.5. Fazit

Die Klägerin hat gegenüber der Beklagten einen bereicherungsrechtlichen Anspruch in der Höhe von CHF 150'000.–.

4.6. Verzugszins

Die Klägerin fordert auf den eingeklagten Gesamtbetrag von CHF 150'000.– so dann einen Verzugszins zu 5% seit dem 6. Dezember 2019 (act. 33 S. 2). Diesbezüglich gilt was folgt:

Ein Verzugszins kann gefordert werden, wenn der Schuldner mit der Zahlung einer fälligen Geldleistung in Verzug ist, wobei ein Zins von 5% für das Jahr zu bezahlen ist (Art. 104 Abs. 1 OR). Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Ist die Zeit der Erfüllung weder durch Vertrag noch durch die Natur des Rechtsverhältnisses bestimmt, so kann die Erfüllung sogleich geleistet und gefordert werden (Art. 75 OR). Demnach tritt die Fälligkeit bei Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung ein, sobald diese Forderungen entstanden sind, was bei Eintritt des anspruchsbegründenden Ereignisses der Fall ist (SCHALLER, Die Anspruchsmethode, in: AJP 1/2011, S. 3 ff., S. 14). Wurde für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Die Mahnung ist entbehrlich, weil sich der Schuldner unter den genannten Voraussetzungen ohne besonderen Hinweis darüber im Klaren sein muss, wann er seine Verbindlichkeit zu erfüllen hat (LÜCHINGER/WIEGAND, in: LÜCHINGER/OSER [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., 2020, Art. 102 N 10).

Die Klägerin beruft sich zur Begründung ihrer Zinsforderung auf das Kündigungsschreiben vom 29. November 2019, welches die Beklagte offensichtlich erhalten hat (act. 1 Ziff. II.11, act. 3/14; vgl. act. 16 Rz. 68). In besagtem Schreiben hat die Klägerin den Reservations- und Übernahmevertrag «gekündigt» und die Beklagte aufgefordert, die einbezahlte Anzahlung bis zum 5. Dezember 2019 zu überweisen (act. 3/14). Vor dem Hintergrund der Formungültigkeit des Reservations- und Übernahmevertrags (vgl. dazu E. 3) und der sofortigen Fälligkeit des entsprechenden Bereicherungsanspruchs war für die Beklagte gestützt auf die unmissverständliche Zahlungsaufforderung im genannten Schreiben klar, wann sie zu leisten hat. Mit dem unbenutztem Ablauf der angesetzten Zahlungsfrist wurde

demnach eine Verzugszinspflicht ausgelöst. Die Beklagte befindet sich demnach seit dem 6. Dezember 2019 in Verzug. Demzufolge ist der von der Klägerin geforderte Verzugszins zu 5% auf dem Betrag von CHF 150'000.– ab dem 6. Dezember 2019 ausgewiesen.

5. Verrechnungsweise geltend gemachter Schadenersatzanspruch

5.1. Unbestrittener Sachverhalt

Unbestritten ist, dass die Parteien am 8. Juli 2019 schriftlich einen Reservations- und Übernahmevertrag abgeschlossen haben (act. 1 Ziff. II.1; act. 3/3; act. 16 Rz. 28; act. 39 Rz. 5). Öffentlich beurkundet wurde der Vertrag nicht, weshalb dieser formungültig ist (act. 1 Ziff. II.11; act. 3/3; act. 33 Ziff. II.5; act. 39 Rz. 5). Der zunächst beabsichtigte Hauptvertrag (Kaufrechtsvertrag) kam nicht zustande (act. 1 Ziff. 11; act. 16 Rz. 41-43; act. 33 Ad Ziff. 48).

5.2. Streitpunkte

In der Klageantwort macht die Beklagte geltend, ihr sei aus dem Vertragsrücktritt der Klägerin ein Schaden entstanden, den sie gegen den Anspruch der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung zur Verrechnung bringe. Ihr Schaden beinhalte die Kosten der unnütz gewordenen Begründung des Stockwerkeigentums in der Höhe von CHF 24'802.10, die Kosten des unnütz gewordenen Entwurfs des Kaufrechtsvertrages von CHF 1'552.40 sowie Aufwendungen der Beklagten im Betrag von CHF 22'613.40. Schliesslich sei ihr aufgrund der Verzögerung des Bauprojektes ein Schaden im Umfang von CHF 285'000.– entstanden, wobei sie diesen Schaden im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels substantiieren werde. Ihre Schadenersatzforderungen überstiegen die Forderung der Klägerin bei Weitem, weshalb die Klage abzuweisen sei (act. 16 Rz. 42, 49 f., 51, 52-54).

5.2.1. Die Klägerin bestreitet den geltend gemachten Schaden (act. 33 Ad Ziff. 41-43, Ad Ziff. 49-50, Ad Ziff. 51, Ad Ziff. 52-54). Sie bringt zudem vor, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung könne bei Wissen über die Ungültigkeit des Vertrags wegen fehlender Form zum Vornherein kein Schaden aus culpa in contrahendo geltend gemacht werden (act. 33 Ziff. II.5, Ad Ziff. 33, Ad Ziff. 68).

5.3. Rechtliches

Verstösst ein Verhandlungspartner gegen die Pflicht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, haftet er dem anderen bei gegebenen Voraussetzungen für den dadurch entstehenden Schaden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., 2020, N 963). Die Anwendung der Regeln über die *culpa in contrahendo* setzt voraus, dass (1) zwischen Schädiger und Geschädigtem Vertragsverhandlungen geführt werden, (2) der Schädiger ein schutzwürdiges Vertrauen beim Geschädigten hervorruft, (3) der Schädiger eine vorvertragliche Pflicht verletzt, (4) der Verhandlungspartner dadurch einen Schaden erleidet, (5) dieser kausal ist und (6) den Schädiger ein Verschulden trifft (HUGUENIN, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., 2019, N 1534).

Die Haftung aus *culpa in contrahendo* beruht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf der Überlegung, dass sich potentielle Vertragspartner während den Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten haben. Die Verhandlungspartner sollen gegenseitig auf die Richtigkeit, die Ernsthaftigkeit und die Vollständigkeit ihrer Erklärungen vertrauen dürfen. Sie schulden einander nach Massgabe von Treu und Glauben Schutz und Aufklärung. Wie weit diese Schutz- und Aufklärungspflichten reichen, entscheidet sich nicht allgemein, sondern hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Das Vertragsverhandlungsverhältnis verpflichtet die Parteien nicht dazu, einen Vertrag abzuschliessen. Nicht treuwidrig handelt deshalb jene Partei, die sich dazu entschliesst, die Vertragsverhandlungen abubrechen. Sie hat darüber grundsätzlich auch nicht Rechenschaft zu geben. Eine Haftung aus *culpa in contrahendo* kommt in einem solchen Fall selbst dann nicht zum Zug, wenn die Parteien vorgängig zeitaufwendige Verhandlungen unterhielten oder Investitionen im Vertrauen in den Vertragsabschluss tätigten. Grundsätzlich hat jede Partei das Risiko für vergeblich aufgebrauchte Zeit und nutzlosen Aufwand selbst zu tragen. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben kann aber darin liegen, dass eine Partei den Verhandlungspartner über ihren fehlenden Vertragsabschlusswillen nicht aufklärt und den Partner im falschen Glauben lässt, dass es zu einem Vertragsabschluss kommen werde. Die Verletzung

der Aufklärungspflicht kann Schadenersatzansprüche auslösen (BGer 4C.320/2002 vom 3. Februar 2003 E. 3.2 m.w.H.). Ein Anspruch aus *culpa in contrahendo* ist ausgeschlossen, wenn die Ungültigkeit des Vertrages wegen Formmangels gleichermassen auf die Nachlässigkeit der einen wie der andern Partei zurückzuführen ist (BGE 106 II 36 E. 5).

5.4. Würdigung

Die Beklagte macht lediglich in der Klageantwort Ausführungen zu den behaupteten Schadenersatzforderungen. Diese genügen den Anforderungen an die Substantiierungsobliegenheit nicht. Insbesondere legt die Beklagte nicht dar, inwiefern die Klägerin vorvertragliche Pflichten verletzt haben soll. Auch der Schaden ist grösstenteils nicht substantiiert. Schliesslich wird nicht dargetan, inwiefern die Klägerin ein schutzwürdiges Vertrauen bei der Beklagten hervorgerufen hat und sie ein Verschulden trifft. Letzteres sowie der geltend gemachte Schaden ist zudem bestritten. Ferner verweist die Klägerin zu Recht auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Anspruch aus *culpa in contrahendo* dann ausgeschlossen ist, wenn die Ungültigkeit des Vertrages wegen Formmangels gleichermassen auf die Nachlässigkeit der einen wie der anderen Partei zurückzuführen ist. Eine Pflicht zum Ersatz des Schadens, der sich aus der Nichtigkeit eines Vertrages aus Formgründen ergibt, hat das Bundesgericht bisher nur in Fällen von Arglist auferlegt (vgl. BGE 106 II 36 E. 5 m.w.H.). Vorliegend war beiden Parteien unbestrittenermassen bewusst, dass der Reservations- und Übernahmevertrag öffentlich beurkundet werden müsste; sie haben damit dessen Formungültigkeit sowie die entsprechenden Risiken mit dem bloss schriftlichen Abschluss bewusst in Kauf genommen. Ein betrügerisches Vorgehen der Klägerin wird nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich.

5.5. Fazit

Es ist daher festzuhalten, dass ein Haftungsanspruch der Beklagten nicht erwiesen ist. Eine Verrechnung mit dem bereicherungsrechtlichen Anspruch der Klägerin ist demnach ausgeschlossen.

6. Beseitigung des Rechtsvorschlages

Mangels Verrechnungsforderung der Beklagten ist sodann die von der Klägerin verlangte Beseitigung des Rechtsvorschlages zu prüfen (vgl. act. 33 S. 2).

Wird die in Betreuung gesetzte Forderung ganz oder teilweise zugesprochen, erfolgt die Beseitigung des Rechtsvorschlages in diesem Umfang. Die Forderung muss als notwendige Voraussetzung identisch sein mit derjenigen, die in Betreuung gesetzt wurde (STAEHELIN, in: STAEHELIN/BAUER/STAEHELIN, Basler Kommentar, SchKG, 2. Aufl., 2010, Art. 79 N 10a).

Aus den in dieser Hinsicht unbestrittenen Vorbringen der Klägerin, den eingereichten Unterlagen (act. 3/16, act. 34/17) sowie dem Rechtsbegehren ergibt sich ohne Weiteres, dass die eingeklagte Forderung mit der in Betreuung gesetzten Forderung gemäss Zahlungsbefehl vom 19. Dezember 2019 übereinstimmt. Im Weiteren sind auch Gläubigerin und Schuldnerin mit den Parteien im vorliegenden Verfahren identisch. Folglich ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Engstringen (Zahlungsbefehl vom 19. Dezember 2019) im Umfang der Klagegutheissung, entsprechend CHF 150'000.– nebst Zins zu 5% seit 6. Dezember 2019, zu beseitigen.

7. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Zusammenfassend hat sich gezeigt, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Reservations- und Übernahmevertrag formungültig ist. Die gestützt darauf an die Beklagte geleisteten Anzahlungen in der Höhe von insgesamt CHF 150'000.– erfolgten demnach ohne Rechtsgrund. Die Klägerin hat einen entsprechenden bereicherungsrechtlichen Rückerstattungsanspruch gegenüber der Beklagten. Da eine Verrechnungsforderung der Beklagten nicht ausgewiesen wurde, ist die Klage gutzuheissen und der Rechtsvorschlag antragsgemäss im entsprechenden Umfang zu beseitigen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1 ZPO) und beläuft sich vorliegend auf CHF 150'000.–. Bei diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr CHF 10'750.–. Ausgangsgemäss ist die Gerichtsgebühr der Beklagten als unterliegende Partei vollumfänglich aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

8.2. Parteientschädigungen

Antragsgemäss ist der Klägerin eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an einer allfälligen Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlung und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Zuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Vorliegend hat die Klägerin nach dem ersten Schriftenwechsel mit der Replik eine weitere Rechtsschrift eingereicht (act. 33); eine Vergleichsverhandlung wurde ebenfalls durchgeführt. Die Grundgebühr ist daher leicht zu erhöhen. Unter weiterer Berücksichtigung der durchschnittlichen Schwierigkeit des Falls ist die von der Beklagten zu bezahlende Parteientschädigung, mithin in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 11 AnwGebV, auf CHF 16'000.– festzusetzen.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 150'000.– nebst Zins zu 5% seit dem 6. Dezember 2019 zu bezahlen.

- Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes Engstringen (Zahlungsbefehl vom 19. Dezember 2019) wird im Umfang von CHF 150'000.– nebst Zins zu 5% seit 6. Dezember 2019 beseitigt.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'750.–.
 3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und im Umfang von CHF 9'200.– aus dem von der Klägerin geleisteten (und verbliebenen) Vorschuss bezogen. Der Klägerin wird diesbezüglich das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt. Der Restbetrag (CHF 1'550.–) wird von der Beklagten direkt eingefordert.
 4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 16'000.– zu bezahlen.
 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
 6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 150'000.–.

Zürich, 20. Januar 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Andreas Baeckert

