

2. Privatrecht/Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein/ Droit des obligations – en général

2.7.1. Obligationenrecht – Allgemeiner Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie générale – en général

2.7.1.2. Wirkung/Effet

BGer 4A_235/2018: Rückabwicklung eines nichtigen Grundstückkaufs

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_235/2018 vom 24. September 2018, A. gegen B., Grundstückserwerb durch Personen im Ausland, Simulation.



ALFRED KOLLER*

Rückabwicklung eines nichtigen Grundstückkaufvertrags: Einrede aus Art. 82 OR. – Erhebung der Einrede mittels eines Klagebegehrens, auf das wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung nicht einzutreten ist? – Steht die Einrede auch für eine verjährte Rückleistungsforderung offen?

I. Zusammenfassung des Entscheids (mit unwesentlichen Sachverhaltsvereinfachungen)

1. V (im Urteilstext: A.) schloss mit dem in Deutschland wohnhaften K (im Urteilstext: B.) im März 1993 einen Kaufvertrag über eine Wohnung im Kanton Wallis. Da eine Eigentumsübertragung wegen der «Lex Koller» (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland [BewG; SR 211.412.41]) vorerst nicht in Frage kam, wurde der Vertrag nicht öffentlich beurkundet und die Grundbucheintragung aufgeschoben (diese sollte erst ca. 10 Jahre später stattfinden). Im Übrigen aber wurde der Kaufvertrag erfüllt: V räumte dem K den Besitz an der Wohnung ein, K bezahlte den Kaufpreis von CHF 220'000. Nebst dem Kaufvertrag schlossen die Parteien eine weitere – als Mietvertrag bezeichnete – Vereinbarung. Darin verpflichtete sich V, dem K die Wohnung gegen einen «Mietzins» in Höhe von CHF 8'000 pro Jahr zu überlassen. In Wirklichkeit durfte K die Wohnung gegen Übernahme der weitaus tieferen Nebenkosten (z.B. CHF 2'604.30 im ersten Jahr) nutzen; ein Entgelt für die Gebrauchsüberlassung als solche war nicht geschuldet. Mit Schreiben vom 27. September 2013 kün-

digte V den «Mietvertrag» auf den 31. Dezember 2013 mit der Begründung, der «Mietzins» für das Jahr 2013 sei nicht bezahlt worden. K machte Ungültigkeit der Kündigung geltend, da nie ein Mietverhältnis vorgelegen habe.

2. K reichte am 6. Februar 2014 beim Bezirksgericht Visp Klage gegen V ein. Er beantragte, das Kündigungsschreiben sei für nichtig zu erklären. Eventualiter sei der Beklagte (V) zur Rückerstattung des Kaufpreises zu verpflichten. Am 3. April 2014 erhob V seinerseits – beim selben Gericht – Klage gegen K. Er stellte den Antrag, der Beklagte (K) sei zur Zahlung des Mietzinses für das Jahr 2013 und zur unverzüglichen Räumung der Wohnung zu verpflichten. Das Gericht trat auf das Eventualbegehren des K nicht ein, da es insoweit an einer gültigen Klagebewilligung und damit an einer Prozessvoraussetzung fehle. Dagegen hiess es das Hauptbegehren des K gut, wogegen es die Klage des V vollumfänglich abwies. Es erwog, die Kündigung vom 27. September 2013 sei nichtig, da der Mietvertrag simuliert sei und daher kein Mietverhältnis vorliege. Der Kaufvertrag sei mangels öffentlicher Beurkundung ebenfalls nichtig. Die Berufung auf den Formmangel sei jedoch rechtsmissbräuchlich, weshalb das Ausweisungsbegehren abzuweisen sei.

Die von V eingereichte Berufung hiess das Kantonsgericht Wallis teilweise gut. Den Mietvertrag hielt es ebenfalls für simuliert; die Parteien hätten in Wirklichkeit eine Gebrauchsleihe gewollt. Diese sei mit der Kündigungserklärung vom 27. September 2013 per Ende 2013 aufgelöst worden. Das Mietzinsbegehren des V wies es daher ab. Den Kaufvertrag hielt das Kantonsgericht wie die erste Instanz zwar für formnichtig, verneinte jedoch eine rechtsmissbräuchliche Berufung auf den Formmangel und hiess dementsprechend das Ausweisungsbegehren gut (Art. 641 ZGB), allerdings nur Zug um Zug gegen Rückerstattung des von K bezahlten Kaufpreises (Art. 82 OR). Das Dispositiv lautet, soweit hier von Interesse, wie folgt:

«... [K] wird angewiesen, die Wohnung Nr. [...] innert einer Frist von 30 Tagen zu räumen und mit sämtlichen Schlüsseln zu übergeben, sobald ... [V] ihm den Gesamtbetrag von Fr. 220'000.– zurückbezahlt oder zu seinen Gunsten auf ein Sperrkonto bei einer Schweizer Bank überwiesen hat.

Bei unbenutztem Ablauf der Frist wird ... [V] ermächtigt, das Objekt selbständig zu räumen oder zur Räumung die Amtshilfe der Kantonspolizei in Anspruch zu nehmen. Allfällige Kosten der Kantonspolizei gehen zu Lasten von ... [K]. Soweit der Gesamtbetrag von Fr. 220'000.– auf ein Sperrkonto zu Gunsten von ... [K] überwiesen worden ist, kann dieser mit einer Bestätigung von ... [V] oder des Gemeinderichters die Ausbezahlung verlangen, sobald er die Wohnung geräumt¹ hat.»

* ALFRED KOLLER, Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Privat- und Handelsrecht, Rechtsanwalt in St. Gallen.

¹ Räumung war hier offenbar unter Einschluss der Schlüsselübergabe zu verstehen.

3. Die von V eingereichte zivilrechtliche Beschwerde wies das Bundesgericht mit Bezug auf das Mietzinsbegehren ab. Hingegen hiess es das Ausweisungsbegehren bedingungslos gut, machte es also nicht von der gleichzeitigen Rückzahlung des Kaufpreises abhängig. Es erwog, zwar sei ein entsprechender Rückforderungsanspruch des K gegeben, dieser habe es jedoch unterlassen, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu erheben (Art. 82 OR); der Anspruch müsse daher unberücksichtigt bleiben. Im Übrigen stellte es fest, der Anspruch sei – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – verjährt (Art. 24 Abs. 4 lit. b BewG²). Ob auch ein verjährter Anspruch zur Einrede des Art. 82 OR berechtigt, liess es offen (E. 4.3.2).

II. Bemerkungen

1. Der Parteiwille war auf Veräusserung der Wohnung gegen eine Geldzahlung (von CHF 220'000) gerichtet, nicht auf bloss vorübergehende Überlassung des Gebrauchs. Es lag daher kein Gebrauchsüberlassungsvertrag vor (unten Ziff. 4, Kleindruck), weder Miete (diese war nur simuliert) noch Gebrauchsleihe, sondern Kauf. Dieser war freilich ungültig. Es fehlte ihm nicht nur die erforderliche Form (Art. 216 OR, öffentliche Beurkundung), sondern auch die nach der «Lex Koller» erforderliche Erwerbsbewilligung (Art. 26 Abs. 1 BewG).³ Während die Berufung auf einen Formmangel unter bestimmten Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich sein kann und der Mangel gegebenenfalls unbeachtlich ist, lässt sich die fehlende Erwerbsbewilligung nicht über das Rechtsmissbrauchsverbot ersetzen;⁴ Art. 2 Abs. 2 ZGB kann also nicht zur Ausschaltung der «Lex Koller» herangezogen werden. Demnach waren die Parteien berechtigt, die Rückabwicklung des Vertrags (Rückgabe des Kaufpreises bzw. Rückgabe der Wohnung) zu verlangen (zu weiteren möglichen Rückabwicklungsansprüchen s. unten Ziff. 4).

2. Nach ganz herrschender Auffassung setzt sich das Synallagma des Kaufvertrags im Rückabwicklungsverhältnis fort (BGE 83 II 18 E. 7; BGer, SemJud 1998, S. 221 E. 4⁵). Es gilt somit das Zug-um-Zug-Prinzip. Dieses ist jedoch nicht von Amtes wegen zu berücksichtigen, sondern nur auf Einrede hin (Art. 82 OR). Im konkreten Fall hat das Bundesgericht angenommen, K habe die Einrede aus Art. 82 OR nicht rechtswirksam erhoben, dementsprechend hat es den Anspruch des V auf Rückgabe der Wohnung nicht von der gleichzeitigen Rückzahlung des Kaufpreises abhängig gemacht. Das überzeugt nicht: K hatte mit dem Eventualbegehren in rechtsgenügender Weise zum Ausdruck gebracht, dass er im Falle einer Rückabwicklung des Kaufs die Wohnung nur im Austausch mit dem Kaufpreis zurückerstatten wollte. Mehr konnte von ihm nicht verlangt werden, insbesondere nicht eine ausdrückliche Anrufung von Art. 82 OR. Die Einrede scheiterte auch nicht daran, dass der Rückzahlungsanspruch des K verjährt war. Denn:

3. Eine verjährte Forderung kann zwar gegen den Willen des Schuldners nicht mehr klageweise durchgesetzt werden (der Schuldner kann durch Erhebung der Verjährungseinrede die Klage zu Fall bringen), auf ausserprozessualen Wege ist sie aber nach wie vor durchsetzbar, wenn auch mit Einschränkungen. *Einmal* kann sie zur Verrechnung gestellt werden, wenn bereits vor Eintritt der Verjährung eine Verrechnungslage bestanden hatte (Art. 120 Abs. 3 OR); soweit die Verrechnung offensteht, kann sich der Gläubiger auch gegen den Willen des Schuldners für seine Forderung Befriedigung verschaffen (illustrativ BGE 107 II 50). *Zum Zweiten* bleibt ein allfälliges Faustpfandrecht trotz Verjährung der (pfandgesicherten) Forderung bestehen: Der Gläubiger kann das Pfand verwerten lassen, wie wenn seine Forderung nicht verjährt wäre (Art. 140 OR), und sich aus dem Erlös befriedigen.⁶ *Schliesslich* lässt die Verjährung Einreden, die dem Gläubiger die Durchsetzung seiner Forderung erleichtern, nicht oder jedenfalls nicht generell untergehen (s. Art. 60 Abs. 3 und Art. 67 Abs. 2 OR). Insbesondere wird die Einrede aus Art. 82 OR durch die Verjährung nicht beseitigt. Ist also bei einem synallagmatischen Austauschverhältnis eine der beiden Forderungen verjährt, so hindert dies deren Gläubiger (hier: K) nicht daran, seine Leistung (hier: Rückgabe der Wohnung) so lange zurückzubehalten,

² Das Kantonsgericht Wallis hatte statt dieser Bestimmung die Verjährungsregel von Art. 67 OR angewendet und dementsprechend die Verjährung verneint.

³ Art. 26 BewG unterscheidet zwei Ungültigkeitstatbestände: Nichtigkeit und Unwirksamkeit. Beide berechtigen zur Rückforderung einer allenfalls bereits erbrachten Leistung gemäss Art. 26 Abs. 4 BewG. Wie sie voneinander abzugrenzen sind und welcher Tatbestand in casu vorlag, konnte daher vom Bundesgericht offengelassen werden.

⁴ Im konkreten Fall dürfte im Übrigen die Berufung auf den Formmangel nicht rechtsmissbräuchlich gewesen sein, jedenfalls nicht, wenn man der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgt. Denn Rechtsmissbrauch kommt nach dem Bundesgericht erst in Frage, wenn der Kaufvertrag mindestens «in der Hauptsache» erfüllt ist (BGE 116 II 700, 702; w.Nw. bei ALFRED KOLLER, Vom Formmangel und seinen Folgen, in: Alfred Koller [Hrsg.], Der Grundstückskauf, 3. A., Bern 2017, § 3 N 73). Davon kann aber kaum gesprochen werden, solange – wie in casu – der Grundbucheintrag noch nicht erfolgt ist.

⁵ Ebenso die einmütige Lehre, z.B. KOLLER (FN 4), § 3 N 44 (mit Bezug auf den Grundstückskauf im Allgemeinen); WOLFGANG WENDRICH, Disharmonie zwischen den Nichtigkeiten des Vertrags nach Art. 20 OR und Art. 26 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Diss. Zürich, Zürich 1990, 80 (speziell mit Bezug auf die Rückabwicklung nach dem BewG).

⁶ Faktisch wirkt sich daher die Verjährung nur aus, wenn der Erlös hinter dem Forderungsbetrag zurückbleibt.

bis ihm die vom Schuldner (V) geschuldete Leistung (hier: Kaufpreis) Zug um Zug angeboten wird.⁷

4. Erweist sich ein Vertrag als nichtig, so können nebst den Rückleistungsansprüchen noch weitere Ausgleichsansprüche bestehen, so etwa auf Nutzungs-, Verwendungs- oder Schadenersatz.⁸ Im konkreten Fall hätte K gestützt auf Art. 62 OR nebst dem Kaufpreis insbesondere auch den von V daraus gezogenen Nutzen (Zins) herausverlangen können (BGE 61 II 12 E. 4; 80 II 152 E. 3; 84 II 179 E. 4).⁹ V seinerseits hätte nebst der Rückgabe der Wohnung auch eine Gebrauchsentschädigung beanspruchen können (referierter Entscheid E. 4.3.3 a.E.). Beide hatten jedoch keine entsprechenden Forderungen geltend gemacht, weshalb eine Anspruchsprüfung zu unterbleiben hatte (Dispositionsmaxime).¹⁰ Faktisch verhielt es sich also so, dass K für die Überlassung der Wohnung zum Gebrauch CHF 220'000 bezahlt hat und V zudem den aus dieser Summe gezogenen Nutzen behalten durfte. Dieses Ergebnis war nicht nur krass ungerecht, sondern es entsprach – wie gesehen – auch nicht der Rechtslage, denn richtigerweise hätte K nur gegen Rückzahlung der CHF 220'000 zur Rückerstattung der Wohnung verpflichtet werden dürfen. Im praktischen Ergebnis wären also V und K so zu stellen gewesen, wie wenn sie statt eines nichtigen Kaufvertrages eine Gebrauchsleihe über die Wohnung bzw. ein unentgeltliches Darlehen über CHF 220'000 vereinbart hätten.¹¹

Dass *tatsächlich* eine Gebrauchsleihe vorgelegen hat, trifft indes – entgegen der Ansicht des Kantonsgerichts Wallis – nicht zu. Denn die Gebrauchsleihe ist wie jeder Gebrauchsüberlassungs-

vertrag auf *vorübergehende* Überlassung einer Sache zum Gebrauch gerichtet.¹² In casu aber ging der Parteiwille auf *definitive* Überlassung der Wohnung. Dementsprechend sollte K – anders als bei einer Gebrauchsleihe – nicht zur Rückgabe verpflichtet sein und wurde auch kein gestufter Besitz (mittelbarer und selbständiger Besitz von V, unmittelbarer und unselbständiger Besitz von K), sondern Eigenbesitz des K begründet.¹³

⁷ Herrschende Lehre, z.B. MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 68–96 OR, Die Erfüllung der Obligation, 3. A., Zürich 2000, Art. 82 OR N 101; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 40.32 m.w.Nw. in Fn 12; a.A. HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 184–418 OR, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. A., Zürich 1936, Vor Art. 127–142 OR N 14. Das Bundesgericht hat die Frage (Verhältnis von Verjährung und Art. 82 OR) im referierten Entscheid offengelassen (E. 4.3.2). Das konnte es, weil es – wie gesagt – davon ausgegangen ist, es habe gar keine Einredeerhebung stattgefunden.

⁸ S. KOLLER (FN 4), § 3 N 43 (betr. die Rückabwicklung formnichtiger Grundstückkaufverträge); DERS. (FN 7), N 31.126 ff. (betr. die Rückabwicklung nichtiger Verträge im Allgemeinen).

⁹ Art. 63 Abs. 1 OR stand dem nicht entgegen (referierter Entscheid E. 4.1; eingehend KOLLER [FN 7], N 31.13 und 31.38).

¹⁰ Weshalb die – anwaltlich vertretenen – Parteien auf eine Anspruchserhebung verzichteten, ist dem referierten Entscheid nicht zu entnehmen. Möglicherweise sind sie davon ausgegangen, dass sich Bereicherungszins und Gebrauchsentschädigung in etwa die Waage halten und sich daher der mit der Anspruchssubstantiierung verbundene Aufwand nicht lohnt.

¹¹ Dass K die Nebenkosten zu tragen hatte, schliesst eine Leihe nicht aus (Art. 307 OR; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Bern 2012, § 12 N 17).

¹² KOLLER (FN 11), § 12 N 2.

¹³ K sollte über die Wohnung wie ein Eigentümer verfügen dürfen. Er hat sich denn auch entsprechend verhalten und erhebliche Umbau- und Renovationsarbeiten vorgenommen.