



## Anfechtung und Rückabwicklung verbundener Verträge

ALFRED KOLLER\*

Anlass für die vorliegenden Bemerkungen gab der Bundesgerichtsentscheid 4A\_335/2018 vom 9. Mai 2019. Darin ging es um eine Stockwerkeigentumswohnung, über welche die Streitparteien einen Vorvertrag zu einem Kauf und einen Mietvertrag, der bis zum Abschluss des Kaufvertrags gelten sollte, geschlossen hatten. In der Folge stellte sich heraus, dass ein käuflicher Erwerb der Wohnung aus rechtlichen Gründen nicht möglich war. Die Mieterin focht daher die beiden Verträge, welche eine wirtschaftliche Einheit und damit eine sog. Vertragsverbindung bildeten, wegen Willensmangels an und verlangte u.a. Ersatz für die von ihr im Mietobjekt vorgenommenen Änderungsarbeiten. Die Vermieterin lehnte jede Ersatzpflicht ab und verlangte ihrerseits eine Entschädigung für die Inanspruchnahme der Wohnung durch die Mieterin nach dem Dahinfallen des Mietvertrags. Nachstehend wird der besagte Entscheid auszugsweise wiedergegeben und (kritisch) besprochen.

Les réflexions de la présente contribution concernent l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_335/2018 du 9 mai 2019. Cette décision portait sur un appartement en propriété par étages. Les parties en cause avaient conclu une promesse de vente et d'achat assortie d'un bail à terme fixe jusqu'à la vente définitive de l'appartement. Il s'est avéré ultérieurement que l'acquisition de l'appartement était impossible pour des raisons juridiques. La locataire a donc contesté les deux contrats qui, formant une unité économique, constituaient un contrat complexe, en invoquant un vice du consentement. Elle concluait entre autres à l'indemnisation des travaux de rénovation qu'elle avait effectués dans l'objet loué. La bailleuse a contesté toute obligation d'indemnisation, concluant pour sa part à des dommages-intérêts pour l'occupation de l'appartement par la locataire après l'extinction du contrat de bail. La présente contribution reproduit des extraits de l'arrêt et les soumet à une analyse (critique).

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Entscheid 4A\_335/2018 vom 9. Mai 2019
  - A. Der Sachverhalt
  - B. Die massgeblichen Erwägungen
- III. Bemerkungen

### I. Einleitung

Vor rund einem Jahr hatte sich das Bundesgericht mit der Anfechtung und Rückabwicklung einer Vertragsverbindung (Verbindung aus Miete und Vorvertrag zu einem Grundstückskauf) zu befassen (BGer, 4A\_335/2018, 9.5.2019). Während Vertragsverbindungen in der Praxis häufig anzutreffen sind, findet sich dazu auffallend wenig Gerichtspraxis, jedenfalls hinsichtlich der Frage, wie sich die Rechtslage im Falle einer wirksamen Anfechtung präsentiert. Der Entscheid soll daher im Folgenden dargestellt (II.) und besprochen (III.) werden.<sup>1</sup> Vorangestellt

aber sei eine begriffliche Klärung der Vertragsverbindung und eine Abgrenzung vom gemischten Vertrag:

Bei einer Vertragsverbindung (contrat composé oder complexe) werden mehrere selbständige Verträge zu einer wirtschaftlichen Einheit verknüpft,<sup>2</sup> indem sie je mit Rücksicht auf den anderen abgeschlossen werden und sich in diesem Sinne gegenseitig bedingen (vgl. z.B. BGE 131 III 528 E. 7.1.1 m.w.Hw.). Demgegenüber sind bei einem gemischten Vertrag (contrat mixte) verschiedene Verträge so miteinander verschmolzen, dass sie nicht mehr als selbständige Verträge wahrgenommen werden können (gleicher Entscheid). Lässt sich beispielsweise der Verkäufer eines Grundstücks als Voraussetzung für den Verkauf Bauarbeiten auf dem Grundstück übertragen, so liegt eine Vertragsverbindung (Verbindung aus Kauf und Werkvertrag) vor, falls für das Grundstück und die Bauleistungen je selbständige Preise abgemacht werden, hingegen ein gemischter Vertrag, wenn ein Gesamtpreis vereinbart wird. Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein, im konkreten Fall aber lag zweifellos eine Vertragsverbindung vor. Das Bundesgericht ist denn auch ohne weiteres von einer solchen ausgegangen, ohne das Vorliegen eines gemischten Vertrags auch nur ernsthaft in Betracht zu ziehen (E. 4.2).

\* ALFRED KOLLER, Prof. em. Dr. iur., Rechtsanwalt in St. Gallen.

<sup>1</sup> Entscheidbesprechungen finden sich auch bei PASCAL PICHONNAZ, Commentaire de l'arrêt du TF 4A\_335/2018 du 9 mai 2019, Le contrat complexe et la mise en œuvre du principe «centre de la gravité de la relation contractuelle», en particulier en cas d'invalidation pour cause d'erreur, BR 2019, 333 ff., und AURÉLIE GANDOUY, TF 4A\_335/2018 (09.05.2019), Invalidité ex tunc d'un contrat composé pour cause d'erreur, Droit du bail 2019, 35 ff.

<sup>2</sup> Vgl. § 358 Abs. 3 BGB.

Das, was hier als Vertragsverbindung bezeichnet wird, wird vom Bundesgericht regelmässig als zusammengesetzter Vertrag bezeichnet, so auch im referierten Entscheid (E. 4.1). Auf diese Ausdrucksweise wird hier verzichtet, da damit der Eindruck erweckt wird, bei der Vertragsverbindung handle es sich wie beim gemischten Vertrag um einen einzigen Vertrag, während es sich in Wirklichkeit – wie gesehen – um mehrere selbständige, wenn auch wirtschaftlich zusammenhängende Verträge handelt.

Der zu besprechende Entscheid ist zwar nicht zur amtlichen Publikation bestimmt. Das ändert aber nichts daran, dass er grundlegende Fragen der Irrtumsanfechtung und – vor allem – der Rückabwicklung im Falle einer erfolgreichen Anfechtung berührt. Es ist daher zu begrüssen, dass der Entscheid – in der Übersetzung von Frau Bernadette Hänni-Fischer – in der «Praxis» erscheinen wird. In verdankenswerter Weise hat mir der zuständige Redaktor, Dr. iur. Beat Zumstein, die Übersetzung schon im Voraus zukommen lassen (die Publikation erfolgt vermutlich erst im Juni-Heft). Die nun folgende Urteils wiedergabe entspricht im Wesentlichen der Praxis-Übersetzung. Allerdings wurden einzelne für die Urteilsbesprechung unwesentliche Passagen weggelassen, andere Passagen wurden geringfügig anders formuliert.

## II. Der Entscheid 4A\_335/2018 vom 9. Mai 2019

### A. Der Sachverhalt

Nach genferischem Recht unterliegt der Verkauf vermieteter Wohnungen in Gebieten, in denen Wohnungsnot herrscht, einer Bewilligungspflicht (Art. 39 LDTR [Loi genevoise sur les démolitions, transformations et rénovations de maisons d'habitation {mesures de soutien en faveur des locataires et de l'emploi} du 25 janvier 1996]). Nach Abs. 2 der erwähnten Bestimmung hängt die Erteilung der Bewilligung von einer Abwägung der im Spiele stehenden öffentlichen und privaten Interessen ab; Abs. 3 stellt die widerlegbare Vermutung auf, dass der Verkauf an einen Mieter nach drei Jahren Mietdauer zu bewilligen ist, falls jener die Wohnung in dieser Zeit selbst genutzt, sie also zum Beispiel nicht untervermietet hat. Die A. AG war Eigentümerin einer der Bewilligungspflicht unterliegenden Stockwerkeinheit. Am 3. Dezember 2010 schloss sie mit Frau B. einen Kauf-Vorvertrag (Art. 216 Abs. 2 OR) über diese Stockwerkeinheit (promesse de vente et d'achat) sowie einen Mietvertrag, der bis zum Abschluss des Kaufvertrags gelten sollte. Der Kaufvertrag sollte nach Ablauf einer dreijährigen Mietdauer, spätestens aber am 30. April 2014 abgeschlossen werden. Der – von der Bewilligungsbehörde (DCTI

[Département des constructions et des technologies de l'information]) festgesetzte – monatliche Mietzins betrug CHF 1321.–, der Kaufpreis CHF 2'700'000.–. Dem Mieter wurde gestattet, in der seinerzeit noch nicht ausgebauten und daher unbewohnbaren Wohnung auf eigene Kosten die erforderlichen Bauarbeiten vorzunehmen. Gemäss Art. 66 der Besonderen Bestimmungen («clauses particulières») zum Mietvertrag sollten die Kosten – entgegen Art. 260a Abs. 3 OR – definitiv zu Lasten des Mieters gehen, dies selbst für den Fall, dass die erforderliche Erwerbsbewilligung nicht erteilt werden sollte. Damit war jedoch nicht zu rechnen, da nach der damaligen Praxis der Bewilligungsbehörde die Bewilligung nach Ablauf von drei Jahren Mietdauer mit effektiver Nutzung durch den Mieter-Käufer ohne weiteres, also ohne die in Art. 39 Abs. 2 LDTR vorgeschriebene Interessenabwägung, erteilt wurde. Im Urteil 1C\_357/2012 hat jedoch das Bundesgericht diese Praxis für rechtswidrig erklärt. Ein hierauf von der A. AG in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten kam zum Schluss, dass eine Bewilligungserteilung im konkreten Fall praktisch aussichtslos sei, da das öffentliche Interesse an der Erhaltung von Mietwohnraum das private Interesse am Verkauf bzw. Kauf der Wohnung überwiege. Davon in Kenntnis gesetzt, focht B. die beiden mit der A. AG abgeschlossenen Verträge am 5. März 2014 wegen Täuschung an, ohne jedoch die Wohnung zu verlassen. Den Mietzins von CHF 1321.– zahlte sie bis Ende April 2014, danach blieb jegliche weitere Zahlung aus.

Im Juni 2014 erhob B. unter Berufung auf Art. 28 OR (Täuschung) Klage auf Rückerstattung der investierten Baukosten im Betrage von CHF 623'320.–. Die A. AG trug auf Abweisung der Klage an und erhob ihrerseits Widerklage mit dem Begehren, B. habe ihr bis zum Auszug aus der Wohnung CHF 6200.– monatlich zu bezahlen. In zweiter Instanz wurde die A. AG – in analoger Anwendung von Art. 260a Abs. 3 OR – verurteilt, B. CHF 500'000.– zu zahlen; B. ihrerseits wurde verpflichtet, der A. AG bis zum Verlassen der Mietwohnung CHF 1321.– monatlich seit 30. April 2014 zu bezahlen (Entscheid der Cour de justice du canton de Genève vom 13. April 2013). Das Gericht verneinte eine Täuschung, bejahte jedoch einen Grundlagenirrtum. Die A. AG erhob gegen diesen Entscheid erfolglos Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Das Bundesgericht stellte vorab fest, beim (angefochtenen) Vertragsverhältnis der Parteien handle es sich um einen zusammengesetzten Vertrag (Vertragsverbindung), nicht um einen gemischten Vertrag (E. 4). Sodann prüfte und bejahte es das Vorliegen eines Grundlagenirrtums (E. 5.1), wobei es mittels «substitution de motifs» über den Umstand hinweg sah, dass B. den

Vertrag ausdrücklich nur wegen Täuschung, nicht auch wegen Grundlagenirrtums angefochten hatte (E. 5). Mit den Folgen der Anfechtung befasste es sich in E. 5.2, 6 und 7.<sup>3</sup>

## B. Die massgeblichen Erwägungen

4. Beim Vorhandensein mehrerer zusammenhängender Verträge ist zunächst das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu qualifizieren.

4.1 Stellen verschiedene Parteivereinbarungen nach dem Willen der Parteien keine selbständigen Verträge, sondern miteinander verknüpfte und voneinander abhängige Vertragsbestandteile dar, liegt nach der Rechtsprechung ein gemischter (mixte) oder ein zusammengesetzter (composé, complexe ou couplé) Vertrag vor, der als Einheit aufzufassen ist (BGE 131 III 528 E. 7.1.1, in: Pra 2006, Nr. 43; BGE 118 II 157 E. 3a S. 162). Von einem zusammengesetzten Vertrag spricht man, wenn eine Vereinbarung mehrere unterschiedliche Verträge vereinigt, die aber voneinander abhängig sind (BGER, 4C.160/1997, 28.10.1997, E. 4b, in: SJ 1998, 320), von einem gemischten Vertrag, wenn eine einzige Vereinbarung Elemente von verschiedenen Nominatverträgen enthält (BGE 131 III 528 E. 7.1.1, in: Pra 2006, Nr. 43; BGE 120 V 299 E. 4a S. 304 f.; BGE 109 II 462 E. 3d S. 466, in: Pra 73, Nr. 83).

Liegt ein gemischter oder zusammengesetzter Vertrag vor, ist es grundsätzlich weder möglich, ihn einem Vertragstyp mit klaren charakteristischen Elementen zuzuordnen, noch abschliessend zu bestimmen, welchen Rechtsregeln er zu unterstellen ist. Dabei wird der Vertrag nur selten gesamthaft einem bestimmten gesetzlich geregelten Vertrag (Nominatvertrag) zugeordnet werden können, da die Bestandteile eines solchen Vertrags grundsätzlich nicht derart vorherrschen, dass alle typenfremden Elemente ohne weiteres darin aufgehen. Es ist deshalb genau zu prüfen, welche Rechtsfrage sich stellt und welche gesetzlichen Bestimmungen oder Rechtsgrundsätze zu ihrer Beantwortung heranzuziehen sind. Soweit die Vertragsbestandteile unterschiedlicher Natur sind, rechtfertigt es sich, für sie Bestimmungen verschiedener Nominatverträge anzuwenden (zum Beispiel Arbeitsvertrag,

Gesellschaftsvertrag, Liefervertrag, Auftrag, Mietvertrag; BGE 131 III 528 E. 7.1.1, in: Pra 2006, Nr. 43; BGE 118 II 157 E. 2c S. 160 f. mit Hinweisen).

Dies bedeutet, dass die verschiedenen zu beantwortenden Fragen nach den Gesetzesvorschriften oder Rechtsgrundsätzen zu beurteilen sind, die für jede von ihnen passend sind. Für jede Frage – zum Beispiel diejenige nach dem Rücktritt vom Vertrag – müssen aber die Rechtsbestimmungen ein und desselben Vertrags gelten (BGE 131 III 528 E. 7.1.1, in: Pra 2006, Nr. 43; BGE 118 II 157 E. 3a S. 162; BGE 110 II 380 E. 2 S. 382, in: Pra 74, Nr. 10; BGE 109 II 462 E. 3d S. 466, in: Pra 73, Nr. 83). Angesichts der gegenseitigen Abhängigkeit der einzelnen Bestandteile des gemischten oder zusammengesetzten Vertrags ist es nicht möglich, dass die gleiche Frage je nach Vertragsbestandteil unterschiedlich beantwortet wird (BGE 131 III 528 E. 7.1.1, in: Pra 2006, Nr. 43; BGE 118 II 157 E. 3a S. 162).

Bei der Bestimmung der für jede Streitfrage anwendbaren gesetzlichen Normen ist auf den «Regelungsschwerpunkt» abzustellen, wobei der Vertrag als Einheit aufzufassen ist. Daher ist die Tragweite jedes einzelnen Elements eines gemischten oder zusammengesetzten Vertrags unter Würdigung der gesamten Rechtslage zu prüfen. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Wichtigkeit des einen oder anderen Elements für die Gesamtvereinbarung ist die Interessenlage der Parteien, wie sie sich aus der von ihnen gewählten vertraglichen Regelung ableiten lässt (BGE 131 III 528 E. 7.1.1, in: Pra 2006, Nr. 43; BGE 118 II 157 E. 3a mit Hinweisen).

4.2 Im vorliegenden Fall haben die Parteien am 3. Dezember 2010 zwei getrennte, voneinander abhängige Verträge abgeschlossen, nämlich einen öffentlich beurkundeten Vorvertrag über eine Stockwerkeinheit (Art. 216 Abs. 2 OR) und einen Mietvertrag im Sinne von Art. 253 ff. OR. Es handelt sich um einen zusammengesetzten Vertrag.

Dabei stellen sich verschiedene Streitfragen: das Datum, an dem der zusammengesetzte Vertrag endet, nachdem er für ungültig erklärt wurde, sowie die sich daraus ergebenden finanziellen Konsequenzen, von denen allein die Entschädigungen für die von der Mieterin vorgenommenen Erneuerungsarbeiten in der Wohnung und für deren «widerrechtliche» Nutzung nach dem 30. April 2014 streitig bleiben.

5. Zunächst ist die Frage der Ungültigerklärung des zusammengesetzten Vertrags und damit auch der Zeitpunkt seiner Beendigung zu prüfen. Die künftige Käuferin hatte mit Schreiben vom 5. März 2014 dessen Nichtigkeit beziehungsweise dessen Ungültigkeit wegen Täuschung geltend gemacht (und verlangte Ersatz für den erlittenen

<sup>3</sup> Der Umstand, dass die A. AG Frau B. die vermietete Stockwerkeinheit nicht zu Eigentum verschaffen konnte, begründete hinsichtlich des Kauf-Vorvertrags Leistungsunmöglichkeit der AG. Welche rechtlichen Konsequenzen diese zeitigte (vgl. dazu ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Bern 2017, N 57.03 und 57.05 ff.), bildete nicht Gegenstand des Urteils und wurde vom Bundesgericht nicht geprüft.

Schaden). Davon abweichend kam die Vorinstanz mit Motivsubstitution zum Ergebnis, dass sich die Klägerin in einem wesentlichen Irrtum befunden hatte. [...]

5.1 Als Erstes ist die Frage des wesentlichen Irrtums zu prüfen.

5.1.1 Nach Art. 23 OR ist der Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden hat. Wesentlich ist der Irrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR namentlich dann, wenn er einen bestimmten Sachverhalt betraf, der vom Irrrenden nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als notwendiger Vertragsbestandteil betrachtet wurde.

Damit der Irrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR wesentlich ist, muss er sich zunächst auf einen subjektiv wesentlichen Sachverhalt beziehen: aus Sicht der sich im Irrtum befindenden Partei muss man davon ausgehen können, dass der Irrtum sie subjektiv dazu bewogen hat, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen. Es muss sich sodann auch rechtfertigen lassen, die Tatsache, auf die der Irrtum zurückzuführen ist, als objektiv wesentlichen Bestandteil des Vertrags zu betrachten: Der Vertragspartner muss nach Treu und Glauben erkennen können, dass der Irrtum eine Tatsache betrifft, die objektiv geeignet war, den Irrrenden zu veranlassen, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen (BGE 136 III 528 E. 3.4.1; 135 III 537 E. 2.2, in: Pra 2010, Nr. 40; BGE 132 III 737 E. 1.3 S. 741; 129 III 363 E. 5.3, in: Pra 2004, Nr. 10; BGE 118 II 58 E. 3a, in: Pra 82, Nr. 142). [...]

Der wesentliche Irrtum kann sich auch auf einen zukünftigen Sachverhalt beziehen. Die Partei, die den Vertrag für ungültig erklären will, muss geglaubt haben, dass ein künftiger Sachverhalt mit Gewissheit eintreten wird, in dem Sinne, dass sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sicher war, dass er eintreten wird. Bei der Gegenpartei muss diese Sicherheit nicht vorgelegen haben, es muss ihr aber nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr erkennbar gewesen sein, dass diese Sicherheit für die sich auf Irrtum berufende Partei eine Vertragsvoraussetzung und nicht eine blosser Erwartung darstellte, dass sich somit der Irrtum für diese Partei auf ein wesentliches Vertragselement bezog (BGE 118 II 297 E. 2; BGE 117 II 218 E. 4 S. 224, in: Pra 82, Nr. 8; BGer, 4C.34/2000, 24.4.2001, E. 3c/aa, nicht veröffentlicht in BGE 127 III 300; BGer, 4A\_286/2018, 5.12.2018, E. 4.1; siehe auch BGer, 4A\_595/2008, 20.3.2009, E. 4, nicht veröffentlicht in BGE 135 III 295, jedoch in Pra 2009, Nr. 121; BGer, 4A\_28/2007, 30.5.2007, in BGE 133 III 421 nicht veröffentlichte E. 2.3). [...]

5.1.2 Aus den Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz geht zunächst hervor, dass zum Zeitpunkt des Vertrags-

abschlusses «die [beiden] Parteien davon ausgingen, dass das DCTI seine damalige Praxis, wie in seinem Brief vom 5. April 2005 an den Notar beschrieben, anwenden und die Bewilligung zur Veräusserung erteilen würde, wenn die Bedingungen gemäss Art. 39 Abs. 3 LDTR erfüllt sind», und etwas später, dass die Klägerin «zu Unrecht geglaubt habe, dass das DCTI die Bewilligung zur Veräusserung automatisch erteilen werde, wenn die Bedingungen von Art. 39 Abs. 3 LDTR erfüllt sind».

Es ist daher davon auszugehen, dass sich die Klägerin subjektiv über einen künftigen Sachverhalt geirrt hat, das heisst über die Gewissheit der Erteilung der Bewilligung zur Veräusserung beziehungsweise über den Umstand, dass das DCTI seine Praxis nicht ändern würde, und die Beklagte dem gleichen Irrtum unterlag, weil sie vom gleichen Grundsatz ausging.

Im Übrigen war es für die Beklagte, selbst wenn sie sich nicht im Irrtum befunden haben sollte, was sie gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG nicht in rechtsgenügender Form bestritten, nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr erkennbar, dass die Klausel des Vorvertrags, die bei Eintritt der Resolutivbedingung keine Entschädigung vorsah, und Art. 66 der Besonderen Bestimmungen zur Miete, die jegliche Entschädigung für Arbeiten, die einen Mehrwert zur Folge hatten, ausschloss, für die Klägerin nicht annehmbar gewesen wären; die Wohnung wurde ihr nämlich im Rohzustand übergeben, war daher nicht bewohnbar und erforderte grössere Arbeiten, um sie während den drei Jahren nutzen zu können, die für die Erfüllung der Bedingungen von Art. 39 Abs. 3 LDTR erforderlich waren. Die Vorinstanz vertrat daher zu Recht die Auffassung, dass es der Beklagten, die wusste, dass die Wohnung unbewohnbar war und die Klägerin dort Arbeiten vornahm, nach Treu und Glauben nicht entgehen konnte, dass die Gewissheit des Erhalts der Veräusserungsbewilligung für die Klägerin ein wesentlicher Bestandteil des Vertrags war.

5.1.3 Die Kritik in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gegenüber der Vorinstanz vermag diese Schlussfolgerung nicht zu ändern. [...]

5.2 Da ein wesentlicher Irrtum in Bezug auf einen künftigen Sachverhalt feststeht, ist zu prüfen, welche Auswirkungen die von der Klägerin geltend gemachte Ungültigkeit auf den abgeschlossenen zusammengesetzten Vertrag hat.

5.2.1 Nach der Rechtsprechung ist ein Vertrag, der wegen wesentlichen Irrtums rechtswirksam aufgehoben wurde (Art. 31 Abs. 1 und 2 OR), wie übrigens auch der wegen eines Formmangels nichtige (Art. 216 OR), der gemäss Art. 40f OR widerrufen, der nicht wirksam abgeschlossene oder der suspensiv bedingte Vertrag, grundsätzlich von Anfang an (ex tunc) ungültig. Bereits erbrachte Leis-

tungen sind zurückzuerstatten, und zwar nach den Regeln der Vindikation, soweit es sich um Sachleistungen handelt (Art. 641 Abs. 2 ZGB), bei anderen Leistungen nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR). In solchen Fällen ist der Vertrag wegen Mängel bei der Vertragsentstehung nicht gültig zustande gekommen (BGE 137 III 243 E. 4.4.3 und 4.4.7). [...]

Eine Ausnahme von der Hinfälligkeit des Vertrages *ex tunc* gilt für Dauerschuldverhältnisse, die teilweise oder vollständig erfüllt wurden: Für diese Verträge muss durch Verallgemeinerung und analoge Anwendung von Art. 320 Abs. 3 OR angenommen werden, dass eine Art ausserordentliche Kündigung mit *Ex-nunc*-Wirkung Platz greift; für den erfüllten Teil wird die Parteivereinbarung nicht geändert und bleibt bis zur Aufhebung des Vertrags gültig (was die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses überflüssig macht, das zum selben Ergebnis führt) (BGE 137 III 243 E. 4.4.4; 129 III 320 E. 7.1.2–7.1.3).

5.2.2 Für die Beantwortung der Frage, in welchem Zeitpunkt der zusammengesetzte Vertrag, der aufgrund eines wesentlichen Irrtums – *ex tunc* oder *ex nunc* – für ungültig erklärt wurde, endet, ist der Regelungsschwerpunkt zu suchen, der es erlaubt, die auf diese Frage anwendbaren Regeln zu bestimmen, wobei daran zu erinnern ist, dass die Beendigung des zusammengesetzten Vertrags einheitlich geregelt werden muss (vgl. oben E. 4.1).

5.2.3 Im vorliegenden Fall stellte die Vorinstanz fest, dass die Klägerin die Wohnung erwerben und nicht Mieterin werden sollte. Nur weil der Verkauf der Wohnung gemäss Art. 39 LDTR eine vorangehende Bewilligung des DCTI erforderte, machte die Beklagte der Klägerin einen von dieser akzeptierten Vorschlag, einen Mietvertrag und einen Vorvertrag (Verkaufs- und Kaufversprechen) statt eines Kaufvertrags abzuschliessen. Dieser doppelte Schritt sollte es erlauben, die Bedingungen von Art. 39 Abs. 3 LDTR zu erfüllen, um die Bewilligung zur Veräusserung zu erhalten und damit den Verkauf abzuschliessen. Mit anderen Worten zielte dieses Vorgehen darauf ab, dass die Klägerin die betreffende Wohnung drei Jahre lang als Mieterin bewohnen sollte, um die Bedingungen von Art. 39 Abs. 3 LDTR zu erfüllen und Eigentümerin zu werden.

Daraus ergibt sich, dass der Regelungsschwerpunkt im Erwerb der Stockwerkeinheit bestand und dass die Ungültigerklärung wegen wesentlichen Irrtums zur Nichtigkeit des zusammengesetzten Vertrags *ex tunc* führt und nicht *ex nunc*, wie die Vorinstanz entschied. Es ist nicht möglich, ein für den Vorvertrag und den Mietvertrag unterschiedliches Enddatum festzulegen. [...]

6. Somit ist die zweite streitige Frage zu prüfen, nämlich die von der Klägerin verlangte Entschädigung für

den Mehrwert der Arbeiten, die sie in der Wohnung vorgenommen hatte, indem der Regelungsschwerpunkt im Zusammenhang mit dieser Frage zu suchen ist (vgl. oben E. 4.1).

6.1 Weil die Beklagte die Nutzung der Wohnung am 15. November 2010 der Klägerin übertrug, in der diese unter anderem länger als vereinbart blieb, mit Zustimmung der Beklagten Erneuerungsarbeiten vornahm und den festgelegten Mietzins bis zum 30. April 2014 bezahlte, liegt der allgemeine Regelungsschwerpunkt hinsichtlich der Frage der für den Mehrwert der ausgeführten Arbeiten geschuldeten Entschädigung in einem faktischen mietvertragsähnlichen Verhältnis, weil der zusammengesetzte Vertrag von Anfang an ungültig war (E. 5.2.3). Im Zusammenhang mit dieser Frage rechtfertigt es sich somit, ergänzend die Bestimmungen des Mietvertrags von Art. 253 ff. OR anzuwenden. [...]

6.2 Weist die Sache bei Beendigung des Mietverhältnisses dank der Erneuerung oder Änderung, welcher der Vermieter zugestimmt hat, einen erheblichen Mehrwert auf, so kann der Mieter gemäss Art. 260a Abs. 3 OR für diesen Mehrwert eine entsprechende Entschädigung verlangen.

6.2.1 [...]

6.2.2 Gemäss dem Sachverhalt der Vorinstanz befand sich die Wohnung der Klägerin im Rohbau und war nicht bewohnbar; die Beklagte hat ihre schriftliche Zustimmung für die Ausführung der notwendigen Arbeiten bereits im ersten Vorvertrag vom 5. und 11. November 2010 gegeben, damit die Klägerin die Wohnung während etwas mehr als drei Jahren effizient nutzen konnte; diese Arbeiten haben für die Eigentümerin einen erheblichen Mehrwert geschaffen, weil sie jetzt über eine ausgebaute und eingerichtete Wohnung verfügt. Die Vorinstanz wies den Einwand, diese Arbeiten seien zu Beginn unrechtmässig gewesen, zurück, weil die Mieterin die Arbeiten nachträglich in Übereinstimmung mit der behördlichen Bewilligung gebracht habe, wie dies vom DALE (Département de l'aménagement du logement et de l'environnement) in seinem Schreiben vom 23. September 2016 festgestellt wurde.

Die Vorinstanz stellte fest, dass sich die Rechnungen für die von der Mieterin ausgeführten Arbeiten, bevor sie rechtskonform erbracht waren, auf total CHF 623'320.– belaufen und dass die Beklagte die Rechnung nicht beanstandet und sich darauf beschränkt, zu behaupten, die Arbeiten seien unrechtmässig und verschwenderisch.

Sie hat die Auswirkungen der unrechtmässigen Arbeiten in der Berechnung der von ihr festgelegten Entschädigung berücksichtigt. Sie setzte den von der Klägerin geforderten Betrag nach billigem Ermessen um 20%

herab, was sie begründet hat, und setzte die geschuldete Entschädigung auf CHF 500'000.– fest. Sie erklärte, dass dieser Betrag im Übrigen den Kosten entspreche, welche für die Instandstellung der Nachbarwohnung angefallen sind, wie dies der mit den Arbeiten beauftragte Architekt während der Gerichtsverhandlung bestätigt hat.

6.3 Die Vorinstanz hat Art. 260a Abs. 3 OR analog angewendet, dies in der Meinung, dass die Arbeiten zwecks Instandstellung einer im Rohzustand überlassenen Wohnung nicht als eigentliche Erneuerungs- oder Änderungsarbeiten aufgefasst werden können. Die Frage, ob Art. 260a Abs. 3 OR direkt oder nur sinngemäss anwendbar ist, kann offenbleiben, weil sie in keiner Weise Gegenstand einer Rüge der Beschwerdeführerin ist und keinerlei Auswirkung auf die Höhe der Entschädigung hat. [...]

7. Schliesslich ist die dritte streitige Frage zu prüfen, das heisst die Forderung der Beklagten auf Bezahlung eines Betrags von monatlich CHF 6200.– für die Nutzung der Wohnung durch die Klägerin in der Zeit nach dem 30. April 2014 bis zu deren Freigabe, indem der Regelungsschwerpunkt im Zusammenhang mit dieser Frage zu suchen ist (vgl. oben E. 4.1).

Auch für diese Frage liegt der Regelungsschwerpunkt in einem faktischen Vertragsverhältnis, das einem Mietvertrag ähnlich ist.

7.1 Verbleibt der Mieter nach Beendigung des Mietvertrags in den Räumlichkeiten, hat der Vermieter einen vertraglichen Anspruch auf Rückgabe der Räumlichkeiten gestützt auf Art. 267 Abs. 1 OR. Er verfügt auch über die dingliche Eigentumsklage nach Art. 641 Abs. 2 ZGB.

Beeinflusst vom deutschen Recht hat die Rechtsprechung dem Vermieter einen Anspruch auf eine Entschädigung für die Nutzung der Räumlichkeiten nach Vertragsende eingeräumt, indem sie von einem faktischen, dem Mietvertrag ähnlichen Verhältnis ausgeht, mit der Begründung, dass es nicht gerecht wäre, wenn der Vermieter, der dem Mieter die Nutzung der Sache nach Ablauf des Mietvertrags gegen seinen Willen überlassen muss, schlechter gestellt wäre als der Vermieter, der sie ihm während des Mietvertrags zur Verfügung stellt; es wäre insbesondere stossend, wenn er bloss einen Anspruch auf Schadenersatz hätte und den Schaden nachweisen müsste, ein Beweis, der unter Umständen schwer zu erbringen wäre (BGE 63 II 368 E. 3 S. 372; BGE 119 II 437 E. 3b/bb, in: Pra 83, Nr. 226; BGE 131 III 257 E. 2). Auf den Begriff des faktischen, einem Mietvertrag ähnlichen Vertragsverhältnisses ist indessen nur in besonderen Situationen zurückzugreifen (BGE 119 II 437 E. 3b/bb, in: Pra 83, Nr. 226; BGE 131 III 257 E. 2). Diese Recht-

sprechung nimmt dem Vermieter nicht die Möglichkeit, gestützt auf Art. 102 ff. OR einen weitergehenden Schaden geltend zu machen (BGE 131 III 257 E. 2.1).

7.2 Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Klägerin der Beklagten die Wohnung nicht bei Ablauf des Mietvertrags am 30. April 2014 zurückgegeben hat. Sie entschied daher, dass ihr die Klägerin wegen «widerrechtlicher» Nutzung der Wohnung eine Entschädigung zu bezahlen hat, die dem vereinbarten Anfangsmietzins von monatlich CHF 1321.– entspricht, und dies ab dem 1. Mai 2014 bis zur tatsächlichen Freigabe der Wohnung. Die von der Beklagten geltend gemachte Forderung von CHF 6200.– wies sie mit der Begründung ab, es sei ihr der Nachweis misslungen, dass sie die Wohnung für diesen Betrag hätte weitervermieten können. [...]

7.3 Wenn die Beschwerdeführerin behauptet, sie hätte die Wohnung zu einem höheren Mietzins weitervermieten können, weil sie nicht mehr von der Schutzfrist des LDTR erfasst gewesen sei, stützt sie sich auf eine nicht festgestellte Tatsache [...]. Sie hat sich jedoch nicht auf eine unvollständige Feststellung des Sachverhalts berufen, indem sie darauf hingewiesen hätte, wo sie diese Tatsache in ihren Eingaben vor der ersten Instanz behauptet und eine entsprechende Beweisofferte gemacht habe, wie es Art. 106 Abs. 2 BGG und die einschlägige Rechtsprechung verlangen (vgl. E. 2.1). [...]

Angesichts der Tatsache, dass die Beklagte verpflichtet wird, der Klägerin für den von ihr geschaffenen Mehrwert der Wohnung eine Entschädigung von CHF 500'000.– zuzüglich Zinsen zu bezahlen, scheint der «Mietzins» von CHF 1321.–, wie er seinerzeit vom DCTI festgelegt worden war, dem betreffenden Mehrwert keine Rechnung zu tragen. Es hätte jedoch der Beklagten obliegen, weitergehenden Schaden gemäss Art. 102 ff. OR nachzuweisen (Art. 8 ZGB). Sie hat dies nicht getan und daher die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. [...]

### III. Bemerkungen

1. B. hatte die Vertragsverbindung wegen Täuschung (Art. 28 OR) angefochten. Die Vorinstanz hat eine Täuschung verneint, jedoch die Anfechtung wegen Grundlagenirrtums (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) für wirksam gehalten. Das Bundesgericht spricht von einer «substitution de motifs» (E. 5). Damit wird der Eindruck erweckt, eine Täuschungsanfechtung könne vom Richter ohne weiteres in eine Irrtumsanfechtung umgewandelt (umgedeutet) werden. Indes dürfen vom Richter nur die von der betroffenen Partei geltend gemachten Anfechtungsgründe geprüft werden. Welche Gründe dies im Einzelfall sind,

ist Auslegungsfrage und entscheidet sich nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, im Regelfall also nach dem Vertrauensprinzip.<sup>4</sup> Da der Anfechtungsgrund nicht ausdrücklich genannt sein muss, kann eine Täuschungsanfechtung konkludent auch eine Irrtumsanfechtung enthalten. So dürfte es sich in casu verhalten haben, weil die A. AG aus der Täuschungsanfechtung nach Treu und Glauben schliessen musste, die Anfechtung erfolge hilfsweise auch wegen wesentlichen Irrtums.

Das Bundesgericht bestätigt seine Praxis, wonach man sich – entgegen einem Teil der Lehre – auch hinsichtlich der Zukunft irren kann.<sup>5</sup> Hierfür ist vorausgesetzt, dass sich der behauptete Irrtum auf einen Sachverhalt bezieht, dessen Realisierung der präsumtive Irrtende als sicher angenommen hat, er insoweit also keinen Zweifel hatte (er muss geglaubt haben, «qu'un fait futur se produirait certainement», E. 5.1.1). Ob ein solcher Irrtum rechtserheblich ist, bestimmt sich nach dem referierten Entscheid (E. 5.1.1) nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR, wogegen nach der hier vertretenen Ansicht die Regeln über die *clausula rebus sic stantibus* zum Zuge kommen. So oder so hängt die Rechtserheblichkeit davon ab, dass der Irrtum subjektiv und objektiv wesentlich ist.<sup>6</sup> Im konkreten Fall hatte B. den Vertrag nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz in der sicheren Erwartung geschlossen, dass die Erwerbsbewilligung für die in Frage stehende Wohnung nach Ablauf der dreijährigen Mietdauer ohne weiteres erteilt würde. Irgendwelche Zweifel hatte sie insoweit nicht. Das Irrtumserfordernis war also erfüllt. Der Irrtum war zudem subjektiv wesentlich, weil B. bei wahrer Kenntnis der Sachlage (Änderung der Bewilligungspraxis bzw. Nichterteilung der Erwerbsbewilligung) den Vertrag bzw. die beiden Verträge nicht geschlossen hätte. Auch die objektive Wesentlichkeit war gegeben, weil die A. AG nach Treu und Glauben nicht davon ausgehen durfte, dass die Verträge im Falle einer – auch für sie – unerwarteten Bewilligungsverweigerung Bestand haben würden.<sup>7</sup> Vom Grundlagenirrtum war der ganze Vertrag erfasst, insbesondere auch Art. 66 der «*clauses particulières*» zum Mietvertrag betreffend die Wegbedingung der Entschädigungsregelung von Art. 260a Abs. 3 OR für den Fall, dass die Erwerbsbewilligung nicht erteilt werden sollte (E. 5.1.2).

2. Die Anfechtung hatte zur Folge, dass der Vorvertrag zum Abschluss eines Kaufvertrages dahinfiel, und zwar *ex tunc*, also mit rückwirkender Kraft (E. 5.2.3). B. hatte daher Anspruch auf Rückerstattung der Anzahlung auf den Kaufpreis (CHF 1'350'000.–). Die Rückerstattung war bei Klageeinleitung bereits erfolgt und bildete daher nicht Prozessgegenstand. Strittig war hingegen, inwieweit B. Anspruch auf Ersatz der Kosten, welche ihr durch die Instandstellung des Miet- bzw. Kaufobjekts entstanden waren (CHF 623'320.–), beanspruchen konnte. Das Bundesgericht hat Art. 260a Abs. 3 OR zur Anwendung gebracht, allerdings ohne überzeugende Begründung (s. im nächsten Absatz). M.E. hätte Art. 939 ZGB herangezogen werden müssen.<sup>8</sup> B. hätte nach dieser Bestimmung, da gutgläubig, die notwendigen und nützlichen Verwendungen ersetzt verlangen können, und zwar – anders als nach Art. 260a Abs. 3 OR – unabhängig von dem bei Mietende noch vorhandenen Mehrwert.<sup>9</sup> Lediglich luxuriöse Aufwendungen wären nicht ersatzfähig gewesen; unter diesem Gesichtspunkt hätte B. die durch «*travaux illicites*» entstandenen Kosten nicht ersetzt verlangen können.

Nach dem Gesagten geht der Anspruch aus Art. 939 ZGB über jenen von Art. 260a Abs. 3 OR hinaus. Das rechtfertigt sich deshalb, weil im einen Fall (Art. 939 ZGB) die Verwendungen auf die zu erstattende Sache in der Erwartung getätigt werden, die Sache auf Dauer behalten zu können und daher in den dauerhaften Genuss der Verwendungen zu gelangen, während im anderen Fall (Art. 260a Abs. 3 OR) die Verwendungen von vornherein im Wissen darum erfolgen, dass die Sache später (bei Mietende) herausgegeben werden muss. Da im konkreten Fall B. die Verwendungen in der Annahme, die gemietete Wohnung zu Eigentum erwerben zu können, getätigt hatte, war die Anwendung von Art. 260a Abs. 3 OR fehl am Platze (eine analoge Anwendung unter Verdrängung von Art. 939 ZGB rechtfertigte sich nicht). Das Bundesgericht hat gar nicht den Versuch unternommen, die gegenteilige Annahme sachlich zu rechtfertigen. Es begnügte sich mit der Erwägung, der Mietvertrag bilde für die Frage des Verwendungsersatzes das «*centre de gravité de la relation contractuelle*» (E. 6/6.1).

Die von B. für die Instandstellung des Miet- bzw. Kaufobjekts aufgewendeten Kosten von insgesamt CHF 623'320.– wurden im Umfang von ca. 80% für ersatzfähig erklärt. Die Reduktion um rund 20% erfolgte mit Rücksicht auf die von B. getätigten «*travaux illicites*». Im Ergebnis mag der so resultierende Betrag von CHF 500'000.– in etwa dem Betrag entsprochen haben, den B. nach Art. 939 ZGB zugute gehabt hätte. Nähere Feststellungen lassen sich dazu nicht machen, weil sich im Bun-

<sup>4</sup> KOLLER (FN 3), N 14.178.

<sup>5</sup> Wie das Bundesgericht z.B. auch PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. A., Zürich 2014, N 801, m.Hw. auf die gegenteilige Auffassung in N 800, Fn 157.

<sup>6</sup> KOLLER (FN 3), N 29.15 ff.

<sup>7</sup> Vgl. KOLLER (FN 3), N 14.48.

<sup>8</sup> Oder Art. 65 OR (s. unten Ziff. 4).

<sup>9</sup> KOLLER (FN 3), N 31.135.

desgerichtsentscheid keine substantiierten Anhaltspunkte finden, inwieweit die vorgenommenen Arbeiten notwendig oder nützlich waren. Auch Angaben zum Mehrwert fehlen. Es findet sich lediglich der Hinweis, dass die Instandstellungsarbeiten in der Nachbarwohnung CHF 500'000.– Kosten verursachten (E. 6.2.2).

3. Die Anfechtung hatte ferner zur Folge, dass der Mietvertrag am Tage der Anfechtung (8. März 2014) dahinfiel. Da die Anfechtung ex tunc wirkte (E. 5.2.3), hätte B. die Rückabwicklung verlangen können. Darauf hat sie offenbar verzichtet, stattdessen hat sie den Vertrag – im Einverständnis mit der A. AG – bis zu dem abgemachten spätesten Vertragsende (30. April 2014) erfüllt.<sup>10</sup> Danach verblieb sie gegen den Willen der A. AG (und ohne Mietzinzzahlung) in der Wohnung. Sie war also in Rückgabeverzug. Nach dem referierten Entscheid befanden sich die Parteien nun in einem vertragsähnlichen Zustand («rapport contractuel de fait», E. 7.1), gleich wie beim Rückgabeverzug des Mieters nach Beendigung eines gültigen Mietvertrags (grundlegend BGE 63 II 368, ferner etwa 119 II 437 E. 3.1). Die A. AG hatte daher einen (vertraglichen) Entschädigungsanspruch für die widerrechtliche Inanspruchnahme der Wohnung nach dem 30. April 2014. Dessen Höhe bestimmte sich nach dem objektiven Mietwert der Mietsache, und dieser entsprach vermutlich dem bisherigen Mietzins (BGE 131 III 257 E. 2.1).<sup>11</sup> Die A. AG machte geltend, der bisherige Mietzins (CHF 1321.–) könne in concreto nicht massgeblich sein, da die Mietzinssperre per Ende April 2014 weggefallen sei (E. 7.3) und sie daher die Wohnung nach diesem Datum zu einem weitaus höheren Mietzins hätte vermieten können. Den hypothetisch erzielbaren Mietertrag bezifferte sie auf CHF 6200.– pro Monat. Die Vorinstanz hielt diesen Nachweis nicht für erbracht und sprach auch für

die Zeitspanne des Rückgabeverzugs nur den bisherigen Mietzins zu. Das Bundesgericht, für welches das Beweisergebnis verbindlich war (E. 7.3), hat den Entscheid bestätigt. Dabei war es sich bewusst, dass der zugesprochene Betrag von CHF 1321.– monatlich hinter dem erzielbaren Mietertrag zurückblieb, da er den von B. erbrachten (und von der A. AG abzugelenden) Bauleistungen keine Rechnung trug (E. 7.3 a.E.). Hält man sich vor Augen, dass der Kaufpreis für die im Rohzustand befindliche Wohnung CHF 2'700'000.– betrug, so lag der Mietzins von CHF 1321.– zweifellos *weit* unter dem für vergleichbare Wohnungen erzielbaren Mietertrag und damit weit hinter dem objektiven Mietwert (der von der A. AG beanspruchte Betrag von CHF 6200.– dürfte kaum überrissen gewesen sein). Dem hätte durch (analoge<sup>12</sup>) Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR Rechnung getragen werden müssen, falls die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt waren, insbesondere der objektive Mietwert «ziffernmässig» nicht «nachweisbar» war (vgl. BGer, 4A\_276/2018, 22.7.2019, E. 3.3).<sup>13</sup>

Das Bundesgericht hat – wie gesagt – angenommen, der von den Parteien geschlossene «contrat composé» sei ex tunc dahingefallen. Für den Mietvertrag hat es – im Unterschied zur Vorinstanz (E. 5.1.1) – keine Ausnahme gemacht. Mit der Anfechtung fiel daher der Mietvertrag dahin, wie wenn er nie geschlossen worden wäre. Ex post betrachtet, bestand also zwischen den Parteien nie ein (gültiges) Vertragsverhältnis. Ein solches ist erst mit der Anfechtung bzw. dem Rückgabeverzug von B. entstanden, freilich nicht ein Vertragsverhältnis i.S.v. Art. 1 OR, sondern bloss ein faktischer Vertrag, welcher aber – gleich wie ein wirksamer Vertragskonsens – einen vertraglichen Anspruch auf Abgeltung der Inanspruchnahme der Wohnung durch B. begründete. Dass dies sachlich und dogmatisch wenig überzeugt, liegt auf der Hand. Die Auffassung des Bundesgerichts ist umso überraschender, als es der Anfechtung von Dauerverträgen wie dem Mietvertrag seit BGE 129 III 320 E. 7.1.2/3 Wirkung ex nunc beimisst und diese Rechtsprechung im referierten Entscheid bestätigt (E. 5.2.1). Weshalb sie im konkreten Fall nicht zum Zuge gelangte, wird nicht ausgeführt. Zwar hatten die Parteien nicht bloss einen Mietvertrag geschlossen, sondern eine Verbindung aus Miete und Vorvertrag zu einem Kauf, aber nach der vom Bundesgericht verwendeten Formel vom «centre de gravité de la relation contractuelle» hätte es nahe gelegen, den «Mietrechtsteil» hinsichtlich der Anfechtung wie eine Miete zu behandeln. M.E. ist die Theorie vom faktischen Vertrag im vorliegenden Kontext abzulehnen.<sup>14</sup> Damit gelangt man in Fällen

<sup>10</sup> Im Falle einer Rückabwicklung hätten die Parteien ihre Leistungen bereicherungsrechtlich (Art. 62 OR) zurückerstatten müssen: die A. AG die erhaltenen Mietzinse von monatlich CHF 1321.–, B. Wertersatz für den Mietgebrauch (KOLLER [FN 3], N 30.51 f.). Da der Wertersatz, der grundsätzlich nach dem objektiven Mietwert des Mietobjekts zu bestimmen ist, nicht über den vertraglich abgemachten Mietzins hinausgehen kann, wäre die Rückabwicklung auf ein «Nullsummenspiel» hinausgelaufen.

<sup>11</sup> ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Band I, Bern 2012, § 9 N 315. In einzelnen Bundesgerichtsentscheiden wird der Eindruck erweckt, die Gebrauchsentschädigung könne zwar *unter*, nicht aber *über* dem bisherigen Mietzins liegen (z.B. BGer, 4A\_276/2018, 22.7.2019, E. 3.1). Dass sie aber auch darüber liegen kann, ergibt sich beispielsweise aus BGE 119 II 437 E. 3b/bb («loyer précédemment convenu ou d'une indemnité [supérieure] adaptée à l'usage local»); § 557 Abs. 1 a.F. BGB, auf den der Entscheid verweist, hatte dies noch ausdrücklich vorgesehen (dazu KARL LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Besonderer Teil, Band 1, 13. A., München 1986, 272 f.).

<sup>12</sup> Analog, weil es sich bei Art. 42 Abs. 2 OR unmittelbar um eine Bestimmung zur Berechnung von Schadenersatz, und nicht des objektiven Mietwerts, handelt.

<sup>13</sup> Gegebenenfalls wäre der objektive Mietwert nach der erwähnten Bestimmung ermessensweise festzusetzen gewesen. Den nach Art. 42 Abs. 2 OR geschätzten Betrag hätte die A. AG gegebenenfalls auch – nach Art. 103 OR – als Schadenersatz verlangen können (vgl. E. 7.1 a.E.).

<sup>14</sup> KOLLER (FN 11), § 9 N 315; vgl. auch DERS. (FN 3), N 13.199, 14.29, 30.40.

wie dem vorliegenden zu einem insgesamt stimmigen Ergebnis, da sowohl für die Zeit vor der Anfechtung als auch für die Zeit danach ausschliesslich aussservertragliche Ansprüche bestehen: *auf Seiten des Vermieters* die Vindikation zwecks Rückerhalt der Mietsache sowie ein Bereicherungsanspruch auf Abgeltung des Mietgebrauchs sowohl bis zur Anfechtung als auch für die Zeit der widerrechtlichen Inanspruchnahme durch den Mieter; *auf Seiten des Mieters* ein Bereicherungsanspruch auf Rückerstattung einer bereits erfolgten Anzahlung auf den Kaufpreis und ein Anspruch auf Verwendungersatz nach Art. 939 ZGB.

4. Das vorstehend (Ziff. 2 und 3) zur Rückabwicklung verbundener Verträge Gesagte bedarf einzelner Ergänzungen und Präzisierungen:

Da es sich bei verbundenen Verträgen um selbständige, wenn auch nach dem Vertragswillen gegenseitig bedingte Verträge handelt, folgen sie grundsätzlich je ihren eigenen Regeln, in unserem Fall also Art. 184 ff. bzw. 253 ff. OR.<sup>15</sup> Das vom Bundesgericht entwickelte Rechtsanwendungsprinzip des «centre de gravité de la relation contractuelle» (E. 4.1) ist insoweit ohne jede Bedeutung. Auch soweit sich aus der gegenseitigen Bedingtheit der Verträge besondere, im Gesetz nicht geregelte Rechtsanwendungsprobleme ergeben, ist nicht auf das fragliche Prinzip zurückzugreifen. Massgeblich sind vielmehr die allgemeinen Grundsätze der Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Im Vordergrund steht dabei der Analogieschluss. Als Beispiel diene Art. 82 OR, welcher bei einer Vertragsverbindung in der Weise – analog – zur Anwendung kommt, dass jede Partei ihre Leistung aus dem einen Vertrag zurückbehalten kann, wenn die Gegenpartei den anderen Vertrag pflichtwidrig nicht erfüllt (BGE 78 II 32 E. 1a).<sup>16</sup> Das Bundesgericht selbst bringt in dem eben zitierten Entscheid Art. 82 OR zur Anwendung, ohne dass es in irgendeiner Weise auf das «centre de gravité de la relation contractuelle» abstellen würde. Dieses spielte bei der Prüfung, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen ein Zurückbehaltungsrecht besteht, offensichtlich keine Rolle.

Entsprechendes gilt etwa hinsichtlich der Beendigung verbundener Verträge. Diese können wegen ihrer gegenseitigen Verknüpfung – jedenfalls grundsätzlich – nur gemeinsam beendet werden, und zwar unabhängig davon, wo sich das «centre de gravité de la relation contractuelle» befindet. Die Anfechtung hatte sich daher in casu auf beide Verträge zu beziehen. Da weder das Miet- noch das Kaufrecht einschlägige Irrtumsregeln kennen, war inso-

weit auf die allgemeinen Regeln zurückzugreifen. Das Bundesgericht hat Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR zur Anwendung gebracht, m.E. kam die – ungeschriebene (Art. 1 Abs. 2 ZGB) – *clausula rebus sic stantibus* zum Zuge (oben Ziff. 1). So oder so hing allerdings die Rechtswirksamkeit der Anfechtung – wie gesagt – vom Vorliegen eines subjektiv und objektiv wesentlichen Irrtums ab. Einen solchen hat das Bundesgericht zu Recht bejaht. Ob die Anfechtung jeweils *ex tunc* oder *ex nunc* wirkt, entzieht sich einer allgemeinen Aussage.<sup>17</sup> Im konkreten Fall hat das Bundesgericht zu Recht im ersteren Sinne entschieden. Die A. AG konnte daher die der B. überlassene Wohnung vindizieren (Art. 641 Abs. 1 ZGB) und – konkurrierend<sup>18</sup> – kondizieren (Art. 62 OR). Ein vertraglicher Anspruch analog Art. 267 Abs. 1 OR stand ihr hingegen nicht zu. Zwar kennt das Gesetz Fälle, in denen ein ungültiger Vertrag einen vertraglichen (genauer: vertragsgleichen) Anspruch erzeugt (z.B. Art. 320 Abs. 3 OR). Solche Bestimmungen beruhen jedoch durchwegs auf besonderen Gründen, welche es ausnahmsweise rechtfertigen, vom grundsätzlichen Erfordernis eines gültigen Konsens abzusehen.<sup>19</sup> Im konkreten Fall war kein solcher Ausnahmetatbestand gegeben.

Das Bundesgericht hat hingegen mit grösster Selbstverständlichkeit Art. 267 Abs. 1 OR zur Anwendung gebracht (E. 7.1). Indes setzt diese Bestimmung – wie das gesamte mietvertragliche Vertragstypenrecht (Art. 253 ff. OR) – Gültigkeit des Mietvertrags voraus, soweit sich nicht im Einzelfall eine analoge Anwendung rechtfertigt. Weshalb die Bestimmung beim Dahinfallen eines Vertrages *ex tunc* analog anwendbar sein sollte, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen dürfte eine analoge Anwendung von Art. 267 Abs. 1 OR *generell* ausser Betracht fallen, da er letztlich keinen normativen Gehalt hat, sondern lediglich wiedergibt, was sich schon aus dem mietvertraglichen Konsens ableiten lässt: dass nämlich die Mietsache, da bloss zum vorübergehenden Gebrauch überlassen, bei Vertragsende zurückzugeben ist.

Die von der A. AG auf Herausgabe belangte B. konnte ihre auf die Sache gemachten Verwendungen nach Art. 939 ZGB (im Falle der Vindikation) oder – mit gleichem Ergebnis – Art. 65 OR (im Falle der Kondiktion) ersetzt verlangen.<sup>20</sup> Stattdessen Art. 260a Abs. 3 OR analog heranzuziehen, rechtfertigte sich – wie gesehen

<sup>15</sup> BSK OR I-KOLLER, Art. 187 N 8, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2019.

<sup>16</sup> Aus der Lehre s. z.B. MARIUS SCHRANER, *Zürcher Kommentar, Obligationenrecht*, Art. 68–96 OR, *Die Erfüllung der Obligationen*, 3. A., Zürich 2000, Art. 82 OR N 185.

<sup>17</sup> KOLLER (FN 3), N 29.16.

<sup>18</sup> KOLLER (FN 3), N 33.25. Nach herrschender Auffassung wird allerdings die Kondiktion durch die Vindikation verdrängt (aus der Lehre s. z.B. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID [FN 5], N 1500, m.w.Nw. in Fn 12, aus der Rechtsprechung BGE 84 II 369 E. 4; 135 III 474 E. 3.3.1).

<sup>19</sup> Vgl. KOLLER (FN 3), N 14.28 f.

<sup>20</sup> Folgt man allerdings der herrschenden Auffassung, wonach die Vindikation die Kondiktion verdrängt (FN 18), scheidet die Anwendung von Art. 65 OR aus.

(oben Ziff. 2) – nicht (eine unmittelbare Anwendung fiel nach dem vorstehend Gesagten von vornherein ausser Betracht).<sup>21</sup>

Das Bundesgericht ist freilich – wie hinsichtlich Art. 267 Abs. 1 OR – anderer Meinung (E. 6.3). Das sagt es zwar nicht ausdrücklich, wohl aber dem Sinne nach: Die Vorinstanz hatte Art. 260a Abs. 3 OR analog zur Anwendung gebracht, «dies in der Meinung, dass die Arbeiten zwecks Instandstellung einer im Rohzustand überlassenen Wohnung nicht als eigentliche Erneuerungs- oder Änderungsarbeiten [nur solche sind in Art. 260a Abs. 3 OR erwähnt] aufgefasst werden können» (E. 6.3). Für eigentliche Erneuerungs- oder Änderungsarbeiten hätte sie offenbar die Bestimmung direkt zur Anwendung gebracht. Das Bundesgericht lässt die Frage der direkten oder analogen Anwendung – in E. 6.3 – offen, geht also unausgesprochen davon aus, dass die Bestimmung – nach der Anfechtung eines Mietvertrags – auch direkt zur Anwendung kommen kann. Indes regelt Art. 260a Abs. 3 OR nur die Frage des Verwendungersatzes bei einem gültigen und regulär (ordentlich oder ausserordentlich) beendeten Mietvertrag. Seinen direkten Anwendungsbereich auch auf ungültige Mietverträge zu erstrecken, widerspricht jedem etablierten Rechtsverständnis. Entsprechendes gilt auch für alle anderen Bestimmungen des Mietrechts, wiederum entgegen der Auffassung des Bundesgerichts (s. E. 6): Das Bundesgericht scheint in der Tat davon auszugehen, dass ein nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR angefochtener, ex tunc zu Fall gebrachter Mietvertrag direkt den Art. 253 ff. OR unterfällt und daher beispielsweise der Vermieter das Mietobjekt nach Art. 267 Abs. 1 OR herausverlangen kann (E. 7.1, oben im Text).

5. In E. 4.1 befasst sich das Bundesgericht in allgemeiner Weise mit der Rechtsanwendung bei gemischten und bei verbundenen Verträgen und geht dabei – wie auch schon in früheren Entscheidungen (z.B. BGE 131 III 528 E. 7.1) – davon aus, dass die Rechtsanwendung in beiden Fällen dieselbe ist. Diese Gleichstellung ist verfehlt. Jedenfalls bei verbundenen Verträgen sind die vom Bundesgericht entwickelten Rechtsanwendungsprinzipien und insbesondere das Prinzip des «centre de gravité de la relation contractuelle» – wie gesehen – bedeutungslos, m.E. sind sie es auch bei gemischten Verträgen. Es sei insoweit auf das im OR AT Gesagte verwiesen.<sup>22</sup> Hier beschränke ich mich auf einige wenige Bemerkungen: Das Bundesgericht tritt in der genannten Erwägung zwar nicht ausdrücklich, aber der Sache nach die sog. Kombinationstheorie. Diese lässt sich vorab dogmatisch nicht überzeugend begründen

(das Bundesgericht unternimmt schon gar keinen entsprechenden Versuch), vor allem aber fehlt ihr die sachliche Rechtfertigung. Richtigerweise sind die sich stellenden Rechtsfragen nicht nach der Formel vom «centre de gravité de la relation contractuelle», sondern nach den allgemeinen Grundsätzen über die richterliche Lückenfüllung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) zu beantworten. Praktisch im Vordergrund steht daher die Gesetzesanalogie.

Ob beispielsweise bei einem aus Kauf und Schenkung gemischten Vertrag die Schenkungsform (Art. 243 OR) zu wahren ist oder ob es beim Grundsatz der Formfreiheit (Art. 11 OR) bleibt, ist richtigerweise danach zu entscheiden, ob sich die analoge Anwendung von Art. 243 OR aufdrängt, und nicht danach, wo sich das «centre» des Vertrags befindet. Dieses Kriterium versagt übrigens notwendig dort, wo Schenkungs- und Kaufanteil gleichwertig sind, also keiner der Teile überwiegt.

<sup>21</sup> Die Rückabwicklungsregeln sind grundsätzlich dispositiver Natur. Mit Rücksicht hierauf hatte die A. AG geltend gemacht, B. habe in Art. 66 der Besonderen Bestimmungen zum Mietvertrag rechtswirksam auf jeden Kostenersatz verzichtet. Indes war diese Klausel ebenfalls vom Irrtum von B. erfasst und fiel daher der Anfechtung zum Opfer (oben Ziff. 1 a.E.).

<sup>22</sup> KOLLER (FN 3), N 10.37 ff. (zur Rechtsanwendung bei Innominatverträgen im Allgemeinen) und 10.42 f. (zur Rechtsanwendung bei gemischten Verträgen im Besonderen).