

Kommentar zu: Urteil: [4A\\_530/2016](#) vom 20. Januar 2017  
Sachgebiet: Vertragsrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Ungültigkeit eines Grundstückkaufs infolge Nichteinhaltung der Form, Simulation und zugrundeliegendem Mantelgesellschaftshandel

### Autor / Autorin

Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM  
ATTORNEYS AT LAW

*In seinem Urteil 4A\_530/2016 vom 20. Januar 2017 hat das Bundesgericht die Ausweisung zweier Mieter aus der von ihnen gemieteten Liegenschaft geschützt. Es hat dabei seine ständige Rechtsprechung zum Umfang des Formzwangs bei Grundstückkaufverträgen und zum Mantelgesellschaftshandel bestätigt.*

### Sachverhalt

[1] Die C. AG (Vermieterin, Klägerin, Beschwerdegegnerin) ist Eigentümerin einer Stockwerkeigentumseinheit in der Gemeinde U. (nachfolgend Liegenschaft). A.A. und B.A. (Mieter 1 und 2, Beklagten 1 und 2, Beschwerdeführer 1 und 2) bewohnen die Liegenschaft.

[2] Die Vermieterin hat die Liegenschaft mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 23. Juni 2005 (nachfolgend Kaufvertrag) vom Mieter 1 zum Preis von CHF 1'275'000 erworben. Der Kaufpreis wurde durch Übernahme der bestehenden Grundpfandschulden von CHF 875'000 gegenüber der Bank G. sowie eines Hypothekendarlehens in Höhe von CHF 400'000 gegenüber der E. GmbH getilgt. Zuvor, nämlich am 14. Juni 2005 (*recte* evtl.: 8. Juni 2005), hatten die Mieter mit der E. GmbH einen öffentlich beurkundeten Kreditvertrag (nachfolgend Kreditvertrag) abgeschlossen. Darin wurde festgehalten, dass die E. GmbH gegenüber verschiedenen Firmen des Mieters 1 (H.I. AG, H.J. AG und H.K. AG, zusammen «H.-Firmen») offene Kreditforderungen von total CHF 1'780'000 (*recte* evtl.: CHF 1'788'916.63) habe. Diese wurden von den Mietern als Solidarschuldner übernommen und von der E. GmbH durch verschiedene Darlehen gewährt (nachfolgend Umschuldung).

[3] Die Einzelheiten dieses Liegenschaftsverkaufs wurden in einer Zusatzvereinbarung zum Kreditvertrag vom 8./14. Juni 2005 zwischen der E. GmbH, der Vermieterin und den Mietern geregelt (nachfolgend

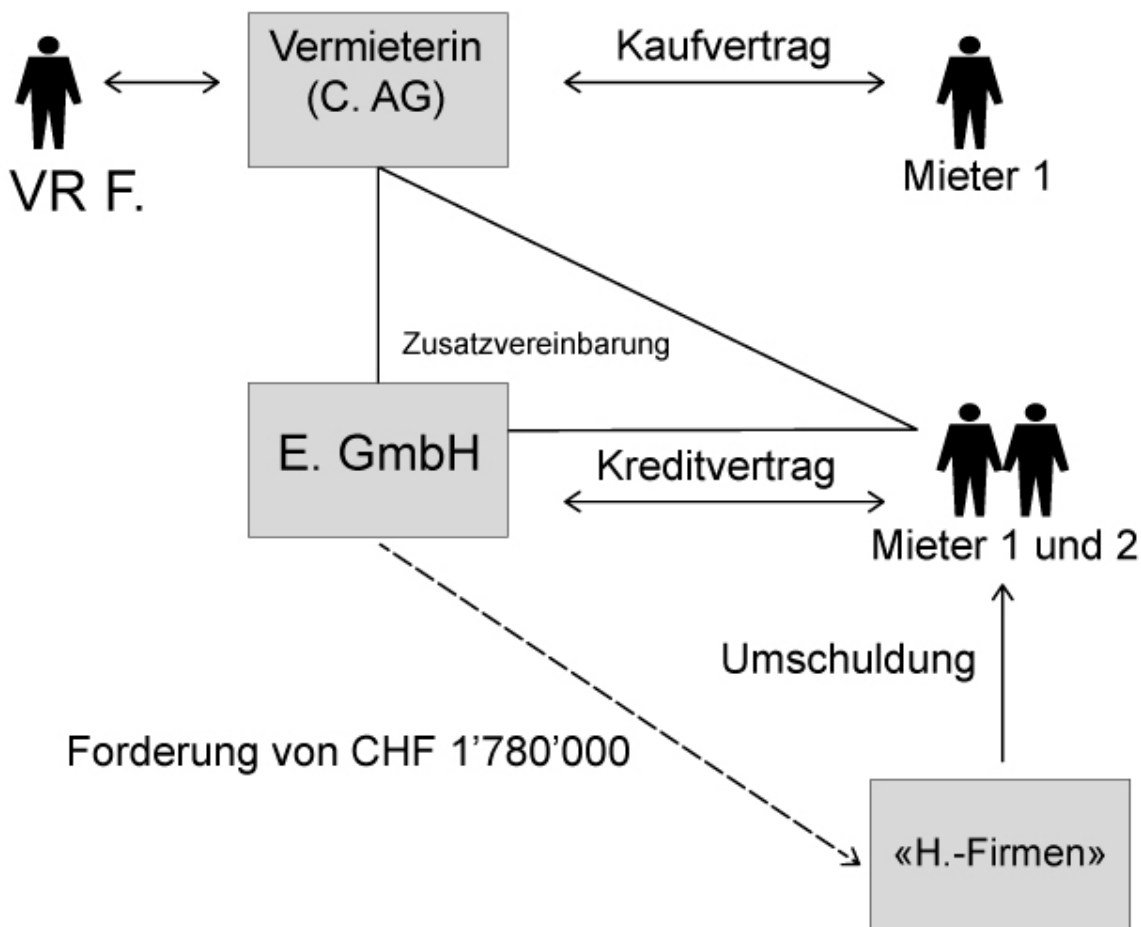
Zusatzvereinbarung). Darin wurde unter dem Titel «1. Ausgangslage» auf die mit dem Kreditvertrag vorgenommene Umschuldung hingewiesen und festgehalten:

«Im Rahmen dieser [Umschuldung] sind die Parteien übereingekommen, dass der heutige alleinige Eigentümer [der Liegenschaft diese] per Stichtag 1. Juni 2005 an die [Vermieterin] [...] verkauft. [...]. Es ist die heutige Absicht aller Parteien, dass [diese Liegenschaft] wieder in das Eigentum von [Mieter 1] und/oder [Mieter 2] überführt wird, sofern ihre finanzielle Lage dies innert angemessener Frist zulässt und [Mieter 1] und [Mieter 2] dies dannzumal noch wollen. [...].»

[4] Unter dem Titel «2. Vereinbarung» verpflichtete sich die Vermieterin, die Liegenschaft ab 1. Juni 2005 fest bis 30. Juni 2010 an die Mieter zu vermieten. Sie verpflichtete sich sodann, den Mietern ein Kaufrecht an der Liegenschaft einzuräumen. Dieses Kaufrecht konnte erstmals ausgeübt werden, wenn die Mieter die bestehenden Schulden gegenüber der E. GmbH gemäss Kreditvertrag vollständig getilgt haben. Dannzumal hätten sie die Liegenschaft zum Preis von CHF 1'200'000 kaufen können. Sofern das Kaufrecht nicht bis zum 31. Dezember 2012 ausgeübt worden sei, erlösche es.

[5] Mit Klage vom 15. November 2012 begehrte die Vermieterin beim *Kreisgericht Gaster-See* die Ausweisung der Mieter aus der Liegenschaft. Mit Entscheid vom 29. Mai 2015 hiess das *Kreisgericht* das Exmissionsbegehren gut. Die gegen diesen Entscheid erhobene Berufung der Mieter wies das *Kantonsgericht St. Gallen* (nachfolgend Vorinstanz) mit Entscheid vom 2. August 2016 ab. Hiergegen gelangten die Mieter mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragten u.a. die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

[6] Grafische Darstellung des Sachverhalts:



## Erwägungen

[7] Die Mieter bestritten im Verfahren vor Bundesgericht die Partei- und Prozessfähigkeit der Vermieterin. Sie machten geltend, dass diese seit 1993 tatsächlich aufgelöst worden sei und nur noch ein Aktienmantel bestanden habe. Insbesondere wiesen sie darauf hin, eine ihrer Substanz entleerte Aktiengesellschaft erlange die Rechtspersönlichkeit nicht wieder, indem sie (wieder) am Rechtsverkehr teilnehme. Die Vorinstanz habe erwogen, im Juni 2005 habe der Mieter 1 die Liegenschaft an die Vermieterin verkauft. Im Gegenzug habe die Vermieterin Schulden übernommen. Die Vermieterin verfüge mithin über Aktiven und Passiven, verwalte diese und sei im Jahr 2005 in der Lage gewesen, eine erhebliche Verschuldung zu übernehmen und den Zinsendienst zu erfüllen. Damit liege keine ihres Inhalts entleerte, substanzlose Gesellschaft (Mantelgesellschaft) vor, die im Handelsregister gemäss Art. 938a des Obligationenrechts ([OR](#); [SR 220](#)) zu löschen wäre, sondern allenfalls eine im Juni 2005 reaktivierte Gesellschaft. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genüge eine bloss vorübergehende Untätigkeit nicht. Die Weiterführung einer ruhenden Gesellschaft unter Aufbringung neuer Mittel bleibe möglich, und auch die Aktivierung bzw. Reaktivierung eines Aktienmantels sei – bei gleichzeitiger Behandlung analog einer Gesellschaft mit Gründungsmängeln – gemäss Lehre und Rechtsprechung zulässig. Die Mieter hielten dem entgegen, der Abschluss des Kaufvertrags sowie die Übernahme der Grundpfandschulden hätten nicht zur Wiedererlangung der Rechtspersönlichkeit der Vermieterin geführt. Das Bundesgericht hielt fest, dies stelle keine genügende Rüge dar und befasste sich nicht mit diesen Vorbringen (E. 2./2.1./2.2.).

[8] Die Mieter beriefen sich weiter auf Nichtigkeit des Kaufvertrags. Sie machten geltend, F. habe die Vermieterin als Aktienmantel erworben. Dieser Erwerb sei nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichtig. Daher sei auch der von der Vermieterin abgeschlossene Kaufvertrag nichtig. Nach Ansicht der Vorinstanz verhielten sich die Mieter widersprüchlich, wenn sie der Vermieterin die Rechtspersönlichkeit absprächen. Sie hätten doch nach ihrer eigenen Darstellung die Liegenschaft fiduziarisch auf die Vermieterin übertragen, um sie dem Zugriff der Gläubiger des Mieters 1 zu entziehen. Dies sei jedoch nur möglich, wenn der Vermieterin Rechtspersönlichkeit zukomme (E. 3./3.1.).

[9] Das Bundesgericht erwog, der offenbare Missbrauch eines Rechtes finde keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [[ZGB](#); [SR 210](#)]). Die Geltendmachung eines Rechts sei missbräuchlich, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten stehe und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäusche. Die Mieter behaupteten Simulation des Kaufvertrags und als Folge davon die Nichtübertragung der Liegenschaft auf die Vermieterin. Wie nachfolgend dargelegt werde (E. 5.2., vgl. unten Rz. 10), sei aber auch nach Darstellung der Mieter die Übertragung des Eigentums an eine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete und über handlungsfähige Organe verfügende Gesellschaft gewollt gewesen. Daher verhielten sich die Mieter widersprüchlich und missbräuchlich, wenn sie sich auf die Übertragung des Grundeigentums beriefen, mit dem sie die Liegenschaft den Gläubigern entziehen wollten, dann aber im vorliegenden Verfahren Nichtigkeit der von der Vermieterin getätigten Rechtsgeschäfte geltend machten, weil diese auf einem Mantelkauf beruhe. Damit seien die Mieter nicht zu hören (E. 3./3.1./3.2.).

[10] Das Bundesgericht stellte fest, die Mieter beriefen sich einerseits auf Simulation des Kaufvertrags und sprächen andererseits von einer fiduziarischen Grundstückübertragung. Beides sei auseinanderzuhalten. Bei einer fiduziarischen Rechtsübertragung wollten die Parteien das Recht uneingeschränkt übertragen. Die Rechtsübertragung, das Verfügungsgeschäft, sei also gewollt und nicht simuliert. Das schliesse allerdings andere Fälle nicht aus, wo auch nach dem Willen der Parteien keine Eigentumsübertragung gewollt sei, das Verfügungsgeschäft also simuliert sei und dem Fiduziar lediglich nach aussen eine Legitimation verschaffen solle. Gehe es um die Übertragung des Eigentums an Grundstücken, so sei allerdings – auch soweit der fiduziarische Rechtsübergang tatsächlich gewollt sei – zu berücksichtigen, dass die Übertragung einen gültigen Rechtsgrund erfordere. Für eine gültige fiduziarische Eigentumsübertragung genüge es daher nicht, dass die Parteien die Übertragung als solche gewollt haben, sondern es sei überdies erforderlich, dass sie den Eigentumsübergang durch den kausalen Rechtsakt haben herbeiführen wollen, der als Grund für jenen genannt sei. Wollten die Parteien eine Sache durch Übertragung des Eigentums dem Zugriff der Gläubiger des bisherigen Eigentümers

entziehen und schlössen sie zu diesem Zweck einen Kaufvertrag, während ihr wirklicher Wille gar nicht auf einen solchen gerichtet sei, so sei der Kaufvertrag wegen Simulation nichtig; denn ernstlich gewollt sei hier nur die Eigentumsübertragung, nicht aber auch der Kauf. Dieser sei lediglich vorgeschützt. Hinter ihm sei ein anderer Vertrag versteckt, der sich vom ersten seinem Wesen nach unterscheide. Sei dies der Fall, so liege Simulation vor. Die Wirksamkeit der von den Parteien ernstlich gewollten Eigentumsübertragung aber, die als Kausalgeschäft einen gültigen Rechtgrund voraussetze, sei davon abhängig, ob das dem wirklichen Willen der Parteien entsprechende Grundgeschäft, d.h. die Vereinbarung, die Sache vor den Gläubigern in Sicherheit zu bringen, gültig zustande gekommen sei. In Bezug auf Grundstücke sei für einen gültigen Eigentumsübergang die öffentliche Beurkundung des Grundgeschäfts notwendig. Fehle diese, sei der Vertrag wegen Formmängeln ungültig und die Eigentumsübertragung wegen Fehlens eines gültigen Rechtsgrunds unwirksam. Vorliegend gehe es nicht darum, dass die Eigentumsübertragung nicht gewollt und also simuliert gewesen wäre, was auch die Mieter ausdrücklich festhalten würden. Sie würden aber geltend machen, dass nur eine zeitlich beschränkte Eigentumsübertragung gewollt gewesen sei, während die Vermieterin behaupten würde, die Eigentumsübertragung habe definitiven Charakter (E. 5.1./5.2.).

[11] Das Bundesgericht führte aus, formbedürftige Rechtsgeschäfte seien nach denselben Grundsätzen auszulegen wie formfreie. Es sei nach den gesamten Umständen zu ermitteln, was die Parteien tatsächlich gewollt haben oder wie ihre Erklärungen nach Treu und Glauben zu verstehen seien. Die Vorinstanz habe zutreffend festgestellt, dass wer sich auf eine Simulation nach Art. 18 Abs. 1 OR berufe, den vom Vertragswortlaut abweichenden wirklichen Willen der Parteien zu beweisen habe. Sie habe verneint, dass der wirkliche Wille der Parteien nicht auf einen Kaufvertrag gerichtet gewesen sei. Diese Feststellung beruhe auf Beweiswürdigung. Die Mieter müssten diese somit als willkürlich ausweisen können. Das gelinge ihnen jedoch nicht (E. 7./7.1.).

[12] Es könne ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Parteien beabsichtigt haben, die Liegenschaft später wieder an die Mieter zurückzuübertragen. Dies werde im Ingress der Zusatzvereinbarung ausdrücklich gesagt und entsprechend sei auch ein Rückkaufsrecht vorgesehen gewesen. Gleichzeitig sei das Rückkaufsrecht aber davon abhängig gemacht worden, dass die Mieter zuvor die mit dem Kreditvertrag als Solidarschuldner übernommenen Schulden von CHF 1'788'916.63 bei der E. GmbH tilgten. Da gleichzeitig vereinbart worden sei, das Rückkaufsrecht erlösche, sofern es nicht bis zum 31. Dezember 2012 ausgeübt werde, habe die Regelung einen Zwang auf die Mieter bewirkt, die Schulden in diesem Zeitraum abzutragen. Eine solche Regelung habe sowohl aus Sicht der Gläubigerin und der mit ihr verbundenen Vermieterin Sinn gemacht als auch aus Sicht der Mieter, wenn man entsprechend ihren Vorbringen davon ausgehe, dass sie so den Zugriff von Gläubigern des Mieters 1 auf die Liegenschaft verhindern wollten. Die Mieter rügten nun sinngemäss, nicht nur der Kaufvertrag, sondern überhaupt die im Recht liegende Vertragsdokumentation sei zum Schein erstellt worden. Auch die bereits am 15. Juli 2004 von ihnen unterzeichneten Bürgschaften, auf die im Kreditvertrag Bezug genommen werde, seien nur zur «äusseren Plausibilisierung» eingegangen worden, d.h. um die erst später mit dem Kreditvertrag erfolgte Umschuldung zu plausibilisieren und so gegen aussen eine völlige Überschuldung der Mieter persönlich auszuweisen. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, es leuchte ein, dass das Rückkaufsrecht unter die Bedingung der Schuldentilgung gestellt worden sei, wenn man von der Übernahme der Schulden der Mieter ausgehe. Es bleibe letztlich unklar, welches Interesse F. an der von den Mietern behaupteten problematischen, aufwendigen und riskanten Konstruktion hätte haben sollen. Auf seiner Seite habe das offenkundige Interesse darin bestanden, den dokumentierten Kreditausfall möglichst zu kompensieren. Die Mieter brächten keine Gründe vor, die diese Interessenlage in einem andern Licht erscheinen liessen. Die Vorinstanz habe daher ohne Willkür geschlossen, den Mietern gelinge der Beweis nicht, dass der tatsächliche Wille nicht auf einen Kaufvertrag gerichtet gewesen war (E. 7.2.).

[13] Schliesslich war im Verfahren vor Bundesgericht strittig, ob der Kaufvertrag formungültig ist, weil das in der Zusatzvereinbarung vorgesehene Rückkaufsrecht nicht beurkundet worden war (E. 8.).

[14] Die Vorinstanz habe erwogen, der Beurkundungszwang betreffe nicht nur die *essentialia negotii*, sondern durchaus auch die *accidentalia negotii*, wenn sie die Leistung und Gegenleistung präzisierten

(Konventionalstrafen, Übernahme von Hypotheken etc.). Er beschränke sich aber auf die kaufvertragstypischen, objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte. In der Darstellung beider Parteien stehe das Rückkaufsrecht nicht im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag, sondern vielmehr mit dem Kreditvertrag resp. und insbesondere mit der Zusatzvereinbarung. Der innere Zusammenhang mit dem Kreditvertrag, welchen die Zusatzvereinbarung wie den Kaufvertrag (bloss) «ergänzen» sollen, ergebe sich auch aus dem Wortlaut dieser Zusatzvereinbarung. Gemäss diesem solle nämlich eine Rücküberführung der Liegenschaft in das Eigentum der Mieter nicht etwa dann geschehen, «wenn ihre finanzielle Lage dies zulasse», sondern wenn die Schulden der Mieter gegenüber der E. GmbH gemäss dem Kreditvertrag «vollständig getilgt» seien. Das Rückkaufsrecht sei damit nicht Teil des Synallagmas des Kaufvertrags, sondern des Kreditvertrags resp. seiner Zusatzvereinbarung (E. 8.1.).

[15] Sowohl die objektiv als auch die subjektiv wesentlichen Vertragspunkte fielen unter die Formvorschriften des Grundstückkaufvertrags. Allerdings folge gemäss Bundesgericht daraus nicht, dass der Formzwang sich auf sämtliche Punkte erstrecke, die für den Abschluss des in Frage stehenden Vertrages wesentlich seien. Im subjektiv wesentlichen Bereich sei er auf diejenigen Vertragspunkte einzuschränken, die ihrer Natur nach ein Element des betreffenden Vertragstyps bildeten. Verpflichtungen, die für den Grundstückkaufvertrag artfremd seien, bedürften daher keiner Aufnahme in die öffentliche Urkunde, sofern das Versprochene nicht als zusätzliche Gegenleistung einer Partei in das kaufrechtliche Austauschverhältnis einflüsse. Es genüge also nicht, wenn die eine Verpflichtung bloss Anlass zu andern ist, zwei Verträge bspw. in kausaler Abhängigkeit zueinander ständen bzw. der Bestand der einen Abrede *conditio sine qua non* für die Zustimmung zur zweiten darstelle. Zutreffend habe die Vorinstanz daher darauf abgestellt, dass die Rücküberführung der Liegenschaft in das Eigentum der Mieter von der Bedingung abhing, dass die Schulden der Mieter gegenüber der E. GmbH vollständig getilgt seien und somit Teil des Kreditvertrags und der Zusatzvereinbarung gewesen sei. Insbesondere sei entgegen den Mietern für den Umfang des Formzwangs betreffend den Grundstückkaufvertrag nicht entscheidend, ob dieser Teil eines zusammengesetzten Vertrags gewesen sei und ohne die Abrede des Rückkaufsrechts nicht geschlossen worden wäre. Die Vorinstanz sei daher auch unter dem Aspekt der nicht erfolgten Beurkundung des Rückkaufsrechts zu Recht von einem formgültig abgeschlossenen Kaufvertrag ausgegangen (E. 8.2./8.3.).

### Kurzkommentar

[16] Das besprochene Bundesgerichtsurteil, dem ein komplexes Mehrparteienverhältnis und Geflecht von Verträgen zugrunde liegt, drehte sich im Kern um die Frage, ob die Ausweisung der Mieter aus der Liegenschaft im Zuge des Exmissionsverfahrens – welches *nota bene* nicht wie in der Praxis üblich im Summarverfahren (Art. 257 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [[ZPO](#); [SR 272](#)]) durchgeführt werden konnte – verhindert werden kann. Obwohl es sich hierbei eigentlich um eine mietrechtliche Streitigkeit handelt, wirft das Urteil viele kaufvertrags- und gesellschaftsrechtliche Fragen auf. Nachfolgend unterziehen die Autoren das Urteil einer kritischen Würdigung, wobei sie sich einleitend mit der behaupteten Formungültigkeit des Kaufvertrags zufolge Nichtbeurkundung des Rückkaufsrechts auseinandersetzen (unten Rz. 17 ff.). Sodann gehen die Autoren auf das Argument der Mieter ein, wonach der Kaufvertrag zufolge Simulation ungültig sei (unten Rz. 22 ff.). Schliesslich setzen sich die Autoren mit den Ausführungen des Bundesgerichts zum Mantelgesellschaftshandel auseinander (unten Rz. 26 ff.).

[17] *Formungültigkeit des Kaufvertrags*. Die Mieter versuchten, die Ausweisung aus der Liegenschaft u.a. dadurch zu verhindern, indem sie die Formungültigkeit des Kaufvertrags behaupteten (E. 8.1.-8.3.). Wären sie mit diesem Argument durchgedrungen, hätte dies zur Folge gehabt, dass der Kaufvertrag nichtig i.S.v. Art. 20 [OR](#) gewesen wäre ([BGE 90 II 34](#) E. 3 S. 38; a.M. ist die h.L., welche eine Heilung des Formmangels zulassen und den Formmangel nicht *ex officio* beachten will, bspw. PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 558 ff. m.w.H. oder EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 169 f.). Die Liegenschaft wäre daher mangels eines gültigen Verpflichtungsgeschäfts (d.h. einer gültigen *causa*) zurück in das Eigentum des Mieters 1 gefallen (sog. *Kausalitätsprinzip*, vgl. Art. 974 Abs. 2 [ZGB](#)).

[18] Kaufverträge, die ein Grundstück zum Gegenstand haben, bedürfen zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 [OR](#), vgl. auch Art. 657 Abs. 1 [ZGB](#)). Welche Vertragsbestimmungen eines Grundstückkaufvertrags beurkundet werden müssen, lässt sich aus dieser allgemein gehaltenen Norm nicht herauslesen. Der Umfang des Formzwangs ist entsprechend seit jeher umstritten.

[19] In ständiger Rechtsprechung vertritt das Bundesgericht die Auffassung, dass sämtliche objektiv wesentlichen (= *essentialia negotii*) und, von den objektiv unwesentlichen Punkten (= *accidentalialia negotii*), die subjektiv wesentlichen Punkte, also jene Punkte, welche subjektiv *conditio sine qua non* für den Vertragsschluss sind, der Formstrenge unterliegen (*Leading Case* [BGE 113 II 402](#) E. 2a S. 404 f.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts [4A\\_573/2016](#) vom 19. September 2017 E. 4.2.2.; [BGE 106 II 146](#) E. 1. S. 148; [BGE 95 II 309](#) E. 2. S. 310.). Um eine zweckwidrige Überdehnung des Formzwangs auf sämtliche subjektiv wesentlichen Punkte zu verhindern, schränkt das Bundesgericht die Beurkundungspflicht auf jene Punkte ein, welche «ihrer Natur nach unmittelbar den Inhalt des Grundstücksvertrags betreffen» (sog. «*cadre naturel*», [BGE 113 II 402](#) E. 2a S. 404.). Artfremde Verpflichtungen bedürfen gemäss Bundesgericht «keiner Aufnahme in die öffentliche Urkunde, sofern das Versprochene nicht als zusätzliche Gegenleistung in das kaufrechtliche Austauschverhältnis einfliesst» (Urteil des Bundesgerichts [4A\\_530/2016](#) vom 20. Januar 2017 E. 8.2. mit Hinweis auf [BGE 119 II 135](#) E. 2a S. 138 = Pra 1993 Nr. 209 S. 791 f. und [BGE 113 II 402](#) E. 2a S. 404). Der Formzwang erstreckt sich mit anderen Worten nur auf Vereinbarungen im Rahmen des Kaufvertrags, nicht aber auf sonstige Übereinkünfte, selbst wenn bspw. zwei Verträge in kausaler Abhängigkeit zueinanderstehen (Urteil des Bundesgerichts [4A\\_530/2016](#) vom 20. Januar 2017 E. 8.2.; [BGE 113 II 402](#) E. 2a S. 404 f.; a.M. z.B. HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, S. 188).

[20] Die Mieter behaupteten, der Kaufvertrag sei formungültig, weil das in der Zusatzvereinbarung vorgesehene Rückkaufsrecht nicht öffentlich verurkundet worden, sondern lediglich Teil der in einfacher Schriftlichkeit gehaltenen Zusatzvereinbarung war (vgl. E. 8.). Bevor auf dieses Argument eingegangen wird, ist hervorzuheben, dass Verträge, die ein *Vorkaufs-, Kaufs- oder Rückkaufsrecht* an einem Grundstück begründen, zu ihrer Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung bedürfen (Art. 216 Abs. 2 [OR](#)) und zwar unabhängig davon, ob diese nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (oben Rz. 19) einen beurkundungspflichtigen subjektiv wesentlichen Punkt des Grundstückkaufvertrags darstellen. Stellt sich heraus, dass für eine Partei die Einräumung des Rückkaufsrechts einen subjektiv wesentlichen Punkt darstellt und dieser «im Rahmen des Kaufvertrags» liegt, besteht quasi ein «*doppelter Formzwang*». Das Rückkaufsrecht muss in einem solchen Fall natürlich nur einmal öffentlich beurkundet werden.

[21] Vorliegend stellte sich die Frage, ob der ganze Kaufvertrag mangels öffentlicher Beurkundung des Rückkaufsrechts formungültig ist. Die Vorinstanz und das Bundesgericht haben das Argument der Formungültigkeit u.E. zu Recht verworfen und den Kaufvertrag als formgültig qualifiziert (vgl. E. 8.1./8.3.). Die Einräumung des Rückkaufsrechts als Nebenpunkt würde nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nur dann dem Formzwang zufolge subjektiver Wesentlichkeit unterliegen, wenn es unmittelbar den Inhalt des Kaufvertrags betrifft (oben Rz. 19). Diesen Nachweis konnten die Mieter nicht erbringen. Insbesondere haben sie die Behauptung, das Rückkaufsrecht sei ein wesentlicher Teil des Kaufpreises gewesen, erst in der Berufung vorgebracht, ohne sich zur Zulässigkeit dieses Novums zu äussern (vgl. E. 8.1. *in fine*). Entgegen der Ansicht der Mieter spielt es für den Umfang des Formzwangs gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung keine Rolle, ob die Vereinbarung des Rückkaufsrechts *conditio sine qua non* für den Abschluss des Kaufvertrags gewesen ist, solange das Rückkaufsrecht nicht als zusätzliche Gegenleistung in das kaufvertragliche Austauschverhältnis einfliesst (vgl. E. 8.3.). *In casu* war das Rückkaufsrecht gemäss der Zusatzvereinbarung an die Bedingung gekoppelt, dass die Mieter ihre Schulden bei der E. GmbH tilgen. Mit dem Bundesgericht und der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass das Rückkaufsrecht aufgrund dieser Suspensivbedingung einen inneren Konnex zum Kreditvertrag bzw. zur Zusatzvereinbarung aufwies und nicht wie von den Mietern behauptet zum Kaufvertrag.

[22] *Ungültigkeit des Kaufvertrags wegen Simulation*. Im Verfahren vor Bundesgericht bestritten die Mieter die Gültigkeit des Kaufvertrags auch mit dem Argument, dass der Kauf der Liegenschaft simuliert gewesen sei; der

wirkliche Wille der Parteien sei auf den Abschluss eines fiduziarischen Rechtsgeschäfts gerichtet gewesen (vgl. E. 4./5./7.).

[23] Der tatsächlich zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag ist als sog. *Sicherungskauf* zu qualifizieren. Der Sicherungskauf weist zwei Wesensmerkmale auf, welche *in casu* beide erfüllt sind ([BGE 86 II 221](#) E. 4 S. 226 f.; DIETER ZOBL/CHRISTOPH THURNHERR, Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 884–887 [ZGB](#), 3. Aufl., Bern 2010, Systematischer Teil N. 1387 f.). *Erstens* wurde die Liegenschaft zwecks Sicherung der Forderung der E. GmbH aus dem Kreditvertrag auf die Verkäuferin zu Eigentum übertragen (sog. Sicherungsübereignung). *Zweitens* wurde den Mietern gleichzeitig ein Rückkaufsrecht eingeräumt, welches sie aber nur ausüben konnten, wenn sie ihre Schulden aus dem Kreditvertrag gegenüber der E. GmbH getilgt haben.

[24] Die Mieter behaupteten, der Sicherungskauf sei simuliert gewesen; der wirkliche Wille der Parteien sei auf ein fiduziarisches Rechtsgeschäft (= dissimuliertes Rechtsgeschäft) gerichtet gewesen (vgl. E. 4.). Welche Art von Treuhand angeblich gewollt gewesen sei, haben die Mieter jedoch nicht erläutert. Es bleibt also Raum für Spekulationen. Wahrscheinlich wollten die Mieter geltend machen, dass die Parteien mit Bezug auf das Grundgeschäft ernstlich eine Verwaltungstreuhand (*fiducia cum amico*) gewollt haben. Mittels der Verwaltungstreuhand – auch fremdnützige Treuhand genannt – wird das Treugut auf einen Treuhänder übertragen mit der Abrede, dass Letzterer das Treugut im Interesse des Treugebers verwalten oder allenfalls darüber verfügen soll. Die Verwaltungstreuhand dient m.a.W. nicht der Sicherung einer Forderung (ERNST A. KRAMER/BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 [OR](#), Bern 1986, Art. 18 N. 120 f.; BERNHARD BERGER, Treuhand- und Trustverhältnisse in der Einzelzwangsvollstreckung und im Konkurs, ZZZ 2008/2009, S. 147 f.; Urteil des Bundesgerichts [5P.265/2002](#) vom 28. Oktober 2002 E. 2.3.2). Es sprechen zwei Gründe dafür, dass die Mieter von einer Verwaltungstreuhand statt von einer Sicherungstreuhand als dissimuliertes Geschäft ausgegangen sind. *Erstens* behaupteten die Mieter, die gesamte Vertragsdokumentation (Kreditvertrag, Zusatzvereinbarung, Bürgschaften) sei simuliert gewesen. Somit fehlt es an einer zu sichernden Forderung durch die Sicherungstreuhand. *Zweitens* sichern sowohl der angeblich simulierte Sicherungskaufvertrag als auch die Sicherungstreuhand eine Forderung bspw. durch Übereignung eines Grundstücks. Angesichts der juristischen und wirtschaftlichen Gleichwertigkeit dieser beiden Rechtsgeschäfte ist es u.E. nicht plausibel, dass die Mieter statt eines Sicherungskaufs ernstlich eine Sicherungstreuhand gewollt haben.

[25] *In casu* ging es also um die Frage, ob sich der wirkliche Wille der Parteien statt auf den Sicherungskauf (= simuliertes Geschäft) auf eine Verwaltungstreuhand (= dissimuliertes Geschäft) gerichtet hat. Das Bundesgericht hat eine Simulation des Kaufvertrags mit einer verklausulierten Begründung zu Recht verneint (vgl. E. 7.2.). Im Wesentlichen hat es ausgeführt, dass keine Indizien vorlägen, dass die Parteien als dissimuliertes Geschäft eine Verwaltungstreuhand vereinbart hätten. Denn es sprächen gute Gründe aus Sicht beider Parteien für einen Sicherungskauf. Die Mieter hätten nämlich die Liegenschaft vor dem Zugriff der Sozialversicherungen schützen können und die Vermieterin sowie die mit ihr verbundene Gläubigerin, die E. GmbH, seien für die Forderung aus dem Kreditvertrag sichergestellt gewesen. Für das Bundesgericht war es daher nachvollziehbar, dass die Liegenschaft zur Sicherheit an die Vermieterin verkauft worden ist, zumal das befristete Rückkaufsrecht die Mieter unter Druck gesetzt hat, die Schulden innert eines gewissen Zeitraums abzutragen.

[26] *Nichtigkeit des Kaufvertrags zufolge Vorliegen einer Mantelgesellschaft und eines Mantelgesellschaftshandels.* Die Mieter bestritten vor Bundesgericht schliesslich die Partei- und Prozessfähigkeit (Art. 66 f. [ZPO](#)) der Vermieterin. Sie behaupteten, dass diese 1993 aufgelöst worden sei und seither nur noch eine Mantelgesellschaft bestanden habe (E. 2.). Entsprechend stelle der Kauf der Vermieterin durch F. oder durch eine von ihm kontrollierte Gesellschaft – nach Ansicht der Mieter – einen nichtigen Mantelgesellschaftshandel dar, was zur Folge habe, dass der Kaufvertrag auch nichtig sei (E. 3.).

[27] Leider beschäftigte sich das Bundesgericht nicht mit den Vorbringen der Mieter, da die Mieter diese ungenügend gerügt hatten. Es verwies im Wesentlichen auf die Ausführungen der Vorinstanz. Den Vorwurf des nichtigen Mantelgesellschaftshandels entkräftete das Bundesgericht mit dem Argument des Rechtsmissbrauchs

(E. 3.2.). Es sei widersprüchlich, wenn die Mieter nach ihrer eigenen Darstellung die Liegenschaft zwecks Gläubigerschädigung auf die Vermieterin zu Eigentum übertragen wollten, aber sich später auf die Nichtigkeit des Kaufvertrags beriefen, weil diese einen Aktienmantel darstelle.

[28] Die behauptete Ungültigkeit des Kaufvertrags zufolge nichtigen Mantelgesellschaftshandels (vgl. E. 3.) hätte u.E. auch ohne Rückgriff auf das Rechtsmissbrauchsverbot gelöst werden können, wenn das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Mantelgesellschaftshandel überdenken bzw. aufgeben würde. In ständiger Rechtsprechung vertritt das Bundesgericht die Auffassung, dass der Mantelgesellschaftshandel nichtig ist (*Leading Case* [BGE 64 II 361](#) E. 1. S. 362; [BGE 123 III 473](#) E. 5c S. 483 f.; siehe auch das *obiter dictum* im Urteil des Bundesgerichts [4A\\_270/2016](#) vom 7. Oktober 2016 Sachverhalt Teil A.b.). Für eine Legalisierung des Mantelgesellschaftshandels spricht im Wesentlichen das Argument, dass nach h.M. die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nur angenommen wird, wenn diese vom Gesetz positivrechtlich angeordnet wird oder der Sinn und Zweck der verletzten Norm es gebietet (statt vieler CLAUDE HUGUENIN/BARBARA MEISE, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 19/20 N. 54 m.w.H.). Da der Gesetzgeber den Mantelgesellschaftshandel nicht positivrechtlich regelt, kann das Bundesgericht folglich auch keine Nichtigkeitsfolge anordnen (MARKUS VISCHER, Mantel- und Vorratsgesellschaften und insbesondere auch der Mantel- und Vorratsgesellschaftshandel aus zivilrechtlicher Sicht, AJP 2013, S. 571).

[29] Der Vorwurf des nichtigen Mantelhandels setzt zwingend eine Mantelgesellschaft voraus. Die Mieter begründeten das Vorliegen einer Mantelgesellschaft mit dem Argument, dass der Vermieterin die Partei- und Prozessfähigkeit fehle, weil sie seit 1993 tatsächlich aufgelöst sei (vgl. E. 2.). Auch hier kann man wiederum nur spekulieren, was die Mieter genau damit gemeint haben. Wollten die Mieter geltend machen, der Vermieterin fehle die Rechtspersönlichkeit (= Parteifähigkeit) an sich? Dafür spricht wohl, dass im vorliegenden Urteil die angebliche faktische Auflösung der Vermieterin 1993 erwähnt wird (vgl. E. 2./2.2.). Oder wollten die Mieter geltend machen, die Vermieterin sei nicht mehr handlungsfähig (= Prozessfähigkeit), z.B. weil die Eigentumsverhältnisse an den Aktien unklar waren und folglich seit Jahren Nichtorgane (GV, VR) bei der Vermieterin nichtige oder zumindest anfechtbare Beschlüsse gefasst haben (zur Problematik der unklaren Eigentumsverhältnisse an Aktien: SAMUEL LIEBERHERR/MARKUS VISCHER, Due diligence bezüglich Eigentum an den Aktien beim Aktienkauf, AJP 2016, S. 293 ff.)? Für letztere Variante liegen wohl zu wenig Indizien im Sachverhalt vor. Wie dem auch sei, nach hier vertretener Auffassung hätte sich das Bundesgericht aus folgenden drei Gründen ohnehin nicht mit der von den Mietern behaupteten fehlenden Partei- und Prozessfähigkeit der Vermieterin beschäftigen müssen:

[30] *Erstens* – selbst unter der Prämisse, dass der Mantelgesellschaftshandel nichtig ist – verliert die AG wegen des Mantelgesellschaftshandels ihre Rechtspersönlichkeit nicht. Dies gilt im Übrigen auch in sämtlichen anderen Konstellationen, in denen ein Aktienkaufvertrag aus sonstigen Gründen nichtig ist.

[31] *Zweitens* sind Mantelgesellschaften – wie MARKUS VISCHER einlässlich dargelegt hat – nicht *per se* widerrechtlich oder unsittlich (VISCHER, a.a.O., AJP 2013, S. 569 ff.).

[32] *Drittens* ist die Löschung der AG im Handelsregister gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts eine notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für den Verlust der Rechtspersönlichkeit (Urteil des Bundesgerichts [2C\\_408/2012](#) vom 25. September 2012 E. 3.1 und 3.2; Urteil des Bundesgerichts [4A\\_231/2011](#) vom 20. September 2011 E. 2.; siehe ferner Urteil des Bundesgerichts [4A\\_16/2010](#) vom 6. April 2010 E. 5.1.2 «*L'iscrizione nel registro di commercio crea in effetti l'apparenza dell'esistenza della società, mentre la sua cancellazione induce a presumere che la liquidazione è terminata e che la società ha cessato di esistere [...]*» [Hervorhebung hinzugefügt]). Die AG verliert somit nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ihre Rechtspersönlichkeit nur, wenn die Liquidation abgeschlossen und die AG im Handelsregister gelöscht worden ist. *In casu* wurde die Vermieterin unbestrittenermassen nicht aus dem Handelsregister gelöscht und besass folglich zweifellos ihre Rechtspersönlichkeit. Das Bundesgericht hätte das Argument der Mieter, wonach die Vermieterin keine Rechtspersönlichkeit mehr besessen habe, weil sie angeblich die Geschäftstätigkeit aufgegeben habe, also bei konsequenter Anwendung der eigenen Rechtsprechung einfach entkräften können (vgl. E. 2.).



[33] Nach hier vertretener Auffassung ist die Aufgabe und Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit mit Bezug auf die Rechtspersönlichkeit (bzw. Partei- und Prozessfähigkeit) der AG ohnehin irrelevant. Das Argument der Mieter ist m.a.W. nie stichhaltig. Die AG verliert ihre Rechtspersönlichkeit u.E. erst und nur durch Löschung im Handelsregister (einlässlich MARKUS VISCHER, Untergang der AG: Konstitutive oder deklaratorische Wirkung der Löschung im Handelsregister?, GesKR 2015, S. 259 f. m.w.H.; VISCHER, a.a.O., AJP 2013, S. 567 f.; ebenso z.B. JEAN NICOLAS DRUEY/EVA DRUEY JUST/LUKAS GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 15 Rz. 6). Die Löschung wirkt m.a.W. *absolut konstitutiv* (a.M. z.B. CHRISTOPH STÄUBLI, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 746 N. 1 oder ROLAND RUEDIN, Droit des sociétés, 2. Aufl., Bern 2006, Rz. 2056). *Ergo* haben auch die Aufgabe und allenfalls die Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit keinen Einfluss auf die Rechtspersönlichkeit der AG (gl.M. FLORIAN S. JÖRG, Gründerhaftung: Vorratsgründung und Mantelhandel, in: Peter V. Kunz/Florian S. Jörg/Oliver Arter [Hrsg.], Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, S. 53 f.), zumal die AG gar keine Pflicht zum Tätigwerden hat (VISCHER, a.a.O., AJP 2013, S. 564 *in fine*).

Dr. iur. MARKUS VISCHER, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss.

MLaw, DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss.

**Zitiervorschlag:** Dario Galli / Markus Vischer, Ungültigkeit eines Grundstückkaufs infolge Nichteinhaltung der Form, Simulation und zugrundeliegendem Mantelgesellschaftshandel, in: dRSK, publiziert am 6. November 2017

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

**EDITIONS WEBLAW**

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 [info@weblaw.ch](mailto:info@weblaw.ch)

**weblaw.ch**