



Kommentar zu: Urteil: [4A_235/2018](#) vom 24. September 2018
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Zum Begriff der schwebenden Ungültigkeit

Zivilrechtliche Folgen einer fehlenden Bewilligung nach Art. 26 BewG

Autor / Autorin

Raffael Gnaedinger, Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_235/2018 vom 24. September 2018 beurteilte das Bundesgericht die Rückabwicklung eines formungültigen, dissimulierten Grundstückskaufvertrags ohne erforderliche BewG-Bewilligung. Es erläuterte die zivilrechtlichen Folgen einer fehlenden Bewilligung gemäss Art. 26 BewG und bestätigte, dass gemäss BewG bewilligungspflichtige Rechtsgeschäfte bis zum Erhalt der rechtskräftigen BewG-Bewilligung in der Schwebe seien.

Sachverhalt

[1] A. (Verkäufer, Vermieter, Beschwerdeführer) und B. (Käufer, Mieter, Beschwerdegegner) unterzeichneten am 6. März 1993 einen als Mietvertrag bezeichneten Vertrag (nachfolgend: Vertrag) betreffend die 3-Zimmerwohnung Nr. 76 im Haus X. in U. (nachfolgend: Wohnung). Der Vertrag bezeichnete den Verkäufer als Vermieter und den Käufer als Mieter und sah einen jährlichen Mietzins von CHF 8'000 vor. Mit Schreiben vom 27. September 2013 (nachfolgend: Kündigungsschreiben) kündigte der Verkäufer den Vertrag auf den 31. Dezember 2013 mit der Begründung, der Mietzins für das Jahr 2013 sei nicht bezahlt worden (Sachverhalt Teil A).

[2] Der Käufer bestritt eine entsprechende Forderung, da nie ein Mietverhältnis vorgelegen habe. Gemäss Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanzen vereinbarten der Käufer und der Verkäufer, dass der Käufer die streitgegenständliche Wohnung zu einem Preis von CHF 220'000 zu Eigentum erwerbe. Hierfür übergab der Käufer dem Verkäufer im Winter 1992/93 einen Betrag von CHF 220'000 in bar. Beiden Parteien war bekannt, dass in der Schweiz für den gültigen Erwerb von Grundstücken eine öffentliche Beurkundung vorzunehmen ist. Sie waren deshalb übereingekommen, die öffentliche Beurkundung wegen der Ausländergesetzgebung um 10 Jahre hinauszuschieben. Bis dahin konnte der Käufer die Wohnung gegen Bezahlung der Nebenkosten nutzen. Zu

diesem Zweck unterzeichneten sie einen fingierten Mietvertrag. Im ersten Jahr nach der Übereinkunft überwies der Käufer die Nebenkosten von CHF 2'604.30 mittels Posteinzahlung an die Verwaltung. Danach tätigte er bis ins Jahr 1999 jährlich per Postanweisung eine Zahlung von CHF 8'000 an den Verkäufer, welcher ihm den Betrag abzüglich der jährlichen Nebenkosten jeweils ein paar Tage später in bar zurückerstattete. Nach 1999 bis und mit dem Jahr 2012 übergab der Käufer dem Verkäufer das Geld für die Nebenkosten in bar. Trotz mehrfacher Aufforderung des Käufers erfolgte bis heute keine Eintragung im Grundbuch. Im Mai 2011 anerkannte der Verkäufer, den Kaufvertrag zum Kaufpreis von CHF 300'000 abzuschliessen, womit der Käufer und seine Ehefrau aber nicht einverstanden waren. Der Verkäufer ist zwischenzeitlich nicht mehr Eigentümer der Wohnung, sondern Nutzniesser, da er die Wohnung Ende 2011 mittels Erbvorbezug an seine beiden Söhne übertrug (Sachverhalt Teile A, B.a und B.b, siehe auch E. 2).

[3] Am 6. Februar 2014 reichte der Käufer beim Bezirksgericht Visp Klage gegen den Verkäufer ein und beantragte u.a., das Kündigungsschreiben für nichtig zu erklären. Eventualiter sei der Verkäufer zu verpflichten, den Restbetrag des Kaufpreises in der Höhe von CHF 200'000 zurückzuerstatten. Am 3. April 2014 reichte der Verkäufer seinerseits beim Bezirksgericht Klage gegen den Käufer ein mit den Begehren, der Käufer sei zu verpflichten, (1) den Mietzins für das Jahr 2013 in der Höhe von CHF 8'000 nebst Zins zu 5% seit Klageeinreichung zu bezahlen, und (2) die Wohnung unverzüglich zu räumen und ordnungsgemäss zu übergeben (Sachverhalt Teil B.a).

[4] Mit Urteil vom 4. März 2016 erklärte das Bezirksgericht das Kündigungsschreiben für nichtig und wies die Klagebegehren des Verkäufers ab. Es erwog, dass kein Mietvertrag vorliege, weshalb das Kündigungsschreiben nichtig und das Begehren des Verkäufers auf Zahlung eines Mietzinses von CHF 8'000 abzuweisen sei. Tatsächlich hätten die Parteien einen Kaufvertrag gewollt. Dieser sei zwar mangels öffentlicher Beurkundung nichtig; jedoch sei die Berufung auf den Formmangel durch den Verkäufer rechtsmissbräuchlich, weshalb auch dessen Ausweisungsbegehren abzuweisen sei (Sachverhalt Teil B.a).

[5] Gegen dieses Urteil reichte der Verkäufer beim Kantonsgericht Wallis Berufung ein und beantragte im Wesentlichen die Gutheissung seiner Klage gemäss den erstinstanzlich gestellten Rechtsbegehren. Die Vorinstanz hiess die Berufung teilweise gut und wies den Käufer an, die Wohnung innert einer Frist von 30 Tagen zu räumen und mit sämtlichen Schlüsseln zu übergeben, sobald der Verkäufer ihm den Gesamtbetrag von CHF 200'000 zurückbezahlt oder zu seinen Gunsten auf ein Sperrkonto bei einer Schweizer Bank überwiesen hat. Nach Ansicht der Vorinstanz ist der tatsächlich gewollte Kaufvertrag zufolge Formungültigkeit nichtig, die Berufung auf die Formnichtigkeit aber nicht rechtsmissbräuchlich. Der Betrag von CHF 200'000 sei daher zufolge ungerechtfertigter Bereicherung wie vom Käufer beantragt zurückzuerstatten (Sachverhalt Teil B.b).

[6] Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 20. April 2018 beantragte der Verkäufer dem Bundesgericht im Wesentlichen, es sei das Urteil der Vorinstanz kostenfällig aufzuheben, der Käufer zu verpflichten, ihm den Mietzins für das Jahr 2013 von CHF 8'000 nebst Zins zu 5% seit Klageeinreichung zu bezahlen und die Wohnung unverzüglich zu räumen und ihm ordnungsgemäss zu übergeben (Sachverhalt Teil C). Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut.

Erwägungen

[7] Vor Bundesgericht machte der Verkäufer geltend, das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland ([BewG](#)) sei anwendbar und gehe als *lex specialis* den Bestimmungen des [OR](#) vor (E. 3).

[8] Das Bundesgericht erwog, dass der gewollte Verkauf zweifellos unter das BewG falle, da der Käufer seit 1992/93 im Ausland Wohnsitz habe (Art. 1 BewG). Solange die erforderliche Bewilligung nicht verweigert worden sei (Art. 26 Abs. 2 lit. b BewG), der Bewilligungsentscheid also ausstehe, sei das Verpflichtungsgeschäft gemäss Art. 26 Abs. 1 BewG unwirksam. Es bleibe in der Schwebe, vergleichbar einem aufschiebend bedingten Geschäft. Der Vollzug des Rechtsgeschäfts durch den Erwerber ohne oder vor Rechtskraft der Bewilligung führe, so das Bundesgericht, zur Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts (Art. 26 Abs. 1 lit. a BewG). Mit Vollzug sei nach der

Lehre nicht die Bezahlung des Kaufpreises gemeint, sondern der Grundbucheintrag. Die Abgrenzung zwischen Unwirksamkeit und Nichtigkeit im Sinn des Bewilligungsgesetzes könne vorliegend offengelassen werden. Denn sowohl die Unwirksamkeit wie die Nichtigkeit lösen die Rechtsfolgen gemäss Art. 26 Abs. 4 BewG aus. Versprochene Leistungen – hier die Übertragung des Grundeigentums – dürfen nicht gefordert werden und bereits erbrachte (Haupt)Leistungen – hier die Bezahlung des Kaufpreises – können zurückgefordert werden (E. 3).

[9] Das Bundesgericht hielt weiter fest, der Kaufvertrag sei mangels öffentlicher Beurkundung (Art. 216 Abs. 1 OR) ohnehin nichtig. Beide Parteien seien davon ausgegangen, dass der Grund für das Verbleiben des Käufers in der Wohnung – nämlich deren künftigen Erwerb in Vollzug des vereinbarten Kaufvertrags – nicht mehr bestehe. Entsprechend habe der Verkäufer den «Mietvertrag» auf den 31. Dezember 2013 gekündigt und der Käufer die Rückerstattung des von ihm geleisteten Kaufpreises verlangt. Ist der Käufer nicht mehr berechtigt, die Wohnung zu besitzen, könne der Eigentümer gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB die Herausgabe des Eigentums verlangen. Zur Geltendmachung der Vindikation sei auch der Nutzniesser berechtigt. Der Verkäufer sei somit als Nutzniesser der Wohnung berechtigt, vom Käufer zu verlangen, dass er die Wohnung freigebe und verlasse (E. 3).

[10] Das Bundesgericht kam daher zum Schluss, die Vorinstanz habe zu Recht die Ausweisung des Käufers angeordnet (E. 3). Die Vorinstanz habe jedoch zu Unrecht die verjährte Kaufpreisforderung in Höhe von CHF 200'000 berücksichtigt und somit auch zu Unrecht die Rückgabe der Wohnung von der Rückzahlung dieses Betrags abhängig gemacht (E. 4, insbesondere E. 4.3.3). Das Bundesgericht verpflichtete den Käufer, die Wohnung innert einer Frist von 30 Tagen zu räumen und dem Verkäufer mit sämtlichen Schlüsseln zu übergeben (siehe Dispositiv Ziffer 1).

Kurzkomentar

[11] Art. 11 des Bundesbeschlusses vom 23. März 1961 über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewB; AS 1961 206 f.) sah für bewilligungspflichtige Rechtsgeschäfte ohne Bewilligung die Nichtigkeit vor. Die zur Anwendung des Bundesbeschlusses geschaffene eidgenössische Rekurskommission schränkte die Wirkungen dieser Rechtsfolge ein, indem sie entsprechende Rechtsgeschäfte bis zum Bewilligungsentscheid als unvollendet und schwebend beurteilte (BGE 99 Ib 244 E. 3 S. 249). Dieser Schwebezustand wurde anlässlich der Revision des BewB im Jahre 1972 mit dem Begriff der «Unwirksamkeit» umschrieben (ADRIAN URWYLER, Bewilligungsgesetz und Privatrecht, Diss. Freiburg, Zürich 1990, S. 136). In den Gesetzesmaterialien wird der neue Terminus «Unwirksamkeit» nicht näher erläutert (BBI 1972 II 1263), sondern direkt auf ANDREAS VON TUHR/ALFRED SIEGWART (Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Zürich 1942, S. 213 f.; für die aktuelle Auflage siehe ANDREAS VON TUHR/HANS PETER, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 223 ff.) und DANIEL GUGGENHEIM (L'invalidité des actes juridiques, Diss. Genf 1970 = Bibliothèque de Droit Privé Band 112, Paris 1970, S. 79) verwiesen. Diesen Autoren zufolge ist zu unterscheiden zwischen nichtigen, unvollendeten und anfechtbaren Rechtsgeschäften (VON TUHR/PETER, a.a.O., S. 223 ff.; VON TUHR/SIEGWART, a.a.O., S. 213 ff.):

- *Nichtige* Rechtsgeschäfte sind solche, die ungültig sind und nicht gültig werden können.
- *Unvollendete* Rechtsgeschäfte sind zwar ungültig, diese können im Gegensatz zu nichtigen Rechtsgeschäften allerdings noch gültig werden, sobald ein fehlendes Stück des Tatbestands nachgeholt wird.
- *Resolutiv anfechtbare* Rechtsgeschäfte sind zunächst gültig, werden jedoch zufolge Anfechtung ungültig (bspw. Art. 230 Abs. 1 OR). Demgegenüber sind *suspensiv anfechtbare* Rechtsgeschäfte zunächst ungültig, werden aber gültig, wenn nicht binnen Frist eine Anfechtung (bspw. wegen eines Willensmangels) vorgenommen wird.

[12] Parteien *unvollendeter* Rechtsgeschäfte bleiben während des Schwebezustands an ihre Vereinbarung gebunden, so dass deren Zustandekommen nur noch vom Eintritt des fehlenden Stücks des Tatbestands abhängt (VON TUHR/PETER, a.a.O., S. 224 f.; VON TUHR/SIEGWART, a.a.O., S. 214, 219 f.). Mit dem 1985 in Kraft getretenen BewG wurde dieses Konzept durch die Auflistung der Rechtsfolgen in Art. 26 Abs. 4 BewG verdeutlicht (vgl. auch

WOLFGANG WENDRICH, Disharmonie zwischen den Nichtigkeiten des Vertrags nach Artikel 20 OR und Artikel 26 BewG, Diss. Zürich 1990 = ZStP Band 77, Zürich 1990, S. 118).

[13] Das Bundesgericht begründete im referierten Urteil (siehe auch die Urteilsbesprechungen zu anderen Aspekten des Urteils von ALFRED KOLLER, BGer 4A_235/2018: Rückabwicklung eines nichtigen Grundstückkaufs, AJP 2/2019, S. 226 ff. und ANDREAS SCHNEUWLY, Rückabwicklung bei Umgehung des Bewilligungsgesetzes, ius.focus 2018, Nr. 298) die «Ungültigkeit» des dissimulierten Grundstückkaufvertrags zwar letztlich mit der Nichteinhaltung der Formvorschriften und der damit einhergehenden Nichtigkeit (siehe E. 3; a.M. die wohl überwiegende Lehre, welche nicht von absoluter Nichtigkeit formwidriger Grundstückkaufverträge, sondern von einer Ungültigkeit *sui generis* derselben ausgeht, siehe dazu CHRISTOPH BRUNNER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2017](#), in: Jusletter 24. September 2018, Rz. 44 m.w.H.; CHRISTOPH BRUNNER/MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, [Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2016](#), in: Jusletter 20. November 2017, Rz. 27 m.w.H.; zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf im Allgemeinen: MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf, Anwaltsrevue 2017, S. 473 ff.). Im referierten Urteil streifte das Bundesgericht jedoch auch den «Unwirksamkeitsbegriff» gemäss BewG. Es bestätigte ausdrücklich, dass Verpflichtungsgeschäfte (von nach BewG bewilligungspflichtigen Rechtsgeschäften i.S.v. Art. 4 BewG) bis zur rechtskräftigen Bewilligung, wie ein suspensiv bedingtes Rechtsgeschäft in der Schwebe bleiben (siehe E. 3, so schon BGE [105 II 308](#) E. 3 S. 312 *in fine*; siehe auch URS MÜHLEBACH/HANSPETER GEISSMANN, Lex F. Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Brugg/Baden 1986, Art. 26 BewG N 1 f.; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 724). Denn obgleich ein Vollzug nicht stattfand, erwog das Bundesgericht, dass die Übertragung des Eigentums nicht gefordert werden durfte und dass der bezahlte Kaufpreis hätte zurückgefordert werden können (siehe E. 3). Nach BewG bewilligungspflichtige Rechtsgeschäfte sind mit anderen Worten in Bezug auf die Erteilung der rechtskräftigen BewG-Bewilligung (in der Praxis auch «*Lex-Koller*-Bewilligung» oder «*Lex-Friedrich*-Bewilligung» genannt) schwebend ungültig.

[14] In seinem Urteil [4A 260/2018](#) vom 28. November 2018 qualifizierte das Bundesgericht hingegen einen Kaufvertrag über die Aktien einer Aktiengesellschaft, deren Aktiven u.a. aus einem landwirtschaftlichen Gewerbe im Sinne des Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht ([BGBB](#)) bestanden, zufolge fehlender Bewilligung nach Art. 61 BGBB zu Unrecht als schwebend gültig, statt als schwebend ungültig (siehe die Urteilsbesprechung von TIMON NYDEGGER/MARKUS VISCHER, [Schwebend ungültiger Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes](#), in: dRSK, publiziert am 21. Februar 2019, Rz. 9 f., auch zu den vom Bundesgericht synonym verwendeten Begriffen der Ungültigkeit und der Unwirksamkeit, wobei u.E. der Begriff «Ungültigkeit» dem Begriff «Unwirksamkeit» vorzuziehen ist). Nach der hier vertretenen Auffassung ist das Konzept der schwebenden Ungültigkeit nach BewG oder BGBB bewilligungspflichtiger Rechtsgeschäfte – entgegen der vom Bundesgericht im Urteil [4A 260/2018](#) vom 28. November 2018 vertretenen Ansicht – dogmatisch korrekt. Denn Sinn und Zweck privatrechtsgestaltender Bewilligungen (z.B. nach BGBB oder BewG) liegt darin, bestimmte Rechtsgeschäfte von der behördlichen Genehmigung abhängig zu machen. Dies spricht gegen die schwebende Gültigkeit, die auch ein resolutiv bedingtes Rechtsgeschäft hätte (gl.M. NYDEGGER/VISCHER, a.a.O., Rz. 9; JONAS RÜEGG, Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte an Grundstücken, Diss. Luzern 2014 = LBR Band 89, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 566; gl.M. betreffend Art. 7 Abs. 3 LPG ERNST A. KRAMER, Berner Kommentar, Bern 1991, Art. 19/20 OR N 268).

[15] Die «unbedingten» Wirkungen eines nach BewG bewilligungspflichtigen Rechtsgeschäfts bestehen bei bzw. nach Vertragsschluss einzig darin, dass der Erwerber trotz (schwebender) Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts nach Treu und Glauben verpflichtet ist, sich um die Erlangung einer Bewilligung zu bemühen (RUDOLF SCHWAGER, Die privatrechtlichen Bestimmungen der Lex Friedrich, in: ZBGR 1987, S. 137 ff., 140). Da sich die Parteien i.d.R. der Bewilligungspflicht bewusst sind, ist anzunehmen, dass sie sich für die übliche Dauer des Bewilligungsverfahrens binden wollen, wobei besondere Umstände aber eine längere Bindungsdauer rechtfertigen können, wie bspw. ein Geschäftszweck, wonach mit Beurkundung und Vollzug zugewartet werden soll (NICOLAS ROULLER, Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit, Diss. Basel 2002 = ASR Heft 557, Bern 2002,

S. 168 f.). Das Unterlassen dieser Bemühungen untersteht den ordentlichen Verzugsregeln von Art. 102 ff. OR und begründet unter Umständen eine Schadenersatzpflicht (SCHWAGER, a.a.O., S. 140; PETER WIPFLI, Die Genehmigungspflicht beim Grundstückerwerb, Diss. Zürich, Zürich 1966, S. 85).

MLaw RAFFAEL GNÄDINGER, Anwaltspraktikant, Walder Wyss.

MLaw DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss.

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

Zitiervorschlag: Raffael Gnaedinger / Dario Galli / Markus Vischer, Zum Begriff der schwebenden Ungültigkeit, in: dRSK, publiziert am 29. März 2019

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch