



Kommentar zu: Urteil: [2C_20/2021](#) vom 19. November 2021
Sachgebiet: Sachenrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. öffentlich-rechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Nochmals zum Begriff der schwebenden Ungültigkeit eines Vertrags

Meinungsvielfalt am Bundesgericht

Autor / Autorin

Markus Vischer, Dario Galli

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

brunner.arbitration

In seinem Urteil [2C_20/2021](#) und [2C_21/2021](#) vom 19. November 2021 entschied das Bundesgericht, dass nach BGGB bewilligungspflichtige Rechtsgeschäfte bis zum Bewilligungsentscheid schwebend ungültig seien.

Sachverhalt

[1] Die C AG (nachfolgend: Gesellschaft) ist Eigentümerin von sechs Grundstücken. B (Beschwerdegegner) ist Eigentümer von drei Grundstücken. Die Grundstücke der Gesellschaft und von B werden landwirtschaftlich genutzt und bilden die Grundlage eines Bauernhofs (nachfolgend: Bauernhof) (Sachverhalt Teil A.a).

[2] Der Bauernhof gehörte ursprünglich A (Beschwerdeführer). Mit Sacheinlagevertrag verkaufte A den Bauernhof am 2. März 1988 an die damals neu zu gründende Gesellschaft. Von den insgesamt 50 Namenaktien übernahmen B und die Ehefrau von A je eine und A die restlichen 48 Aktien (Sachverhalt Teil A.a).

[3] Am 3. Januar 1995 schlossen B und A einen Kaufvertrag «über sämtliche 50 Aktien» der Gesellschaft (Sachverhalt Teil A.b).

[4] Am 17. Februar 1998 fand bei der Gesellschaft eine Kapitalerhöhung um weitere 50 Aktien statt. B zeichnete 39 Aktien, A zehn Aktien und seine Ehefrau eine Aktie. Gemäss Aktionärbindungsvertrag vom 29. Juni 1998 sollten alle elf Namenaktien von A und seiner Ehefrau nach Beendigung der Pacht entschädigungslos an B fallen (Sachverhalt Teil A.b).

[5] Der Bauernhof wurde ursprünglich an A verpachtet. Nachdem dieser das Pensionsalter erreicht hatte, verpachteten B und die Gesellschaft mit separaten Pachtverträgen vom 17. Februar 1998 die je in ihrem Eigentum stehenden Grundstücke der Ehefrau von A. Mit Nachtrag vom 5. März 2011 verlängerten die Parteien das Pachtverhältnis (Sachverhalt Teil A.b).

[6] Ende 2015 kündigte B den Pachtvertrag per 31. Dezember 2016. Die Ehefrau von A erhob daraufhin Klage beim Richteramt Thal-Gäu und verlangte, es sei festzustellen, dass der Pachtvertrag vom 5. März 2011 nichtig sei. Nach unterschiedlichen Urteilen auf kantonaler Ebene wurde dieses Feststellungsbegehren letztlich vom Bundesgericht mit Urteil [4A_260/2018\[1\]](#) vom 28. November 2018 abgewiesen. Mit diesem Urteil erstreckte das

Bundesgericht das Pachtverhältnis jedoch um drei Jahre. Mit Urteil [4A_74/2020](#) vom 28. Mai 2020 wies das Bundesgericht schliesslich den Kostenentscheid an das Obergericht des Kantons Solothurn zurück. Mit Urteil vom 6. Mai 2020 wies der Amtsgerichtspräsident des Richteramts Thal-Gäu die Ehefrau von A per 30. Juni 2020 aus dem Bauernhof aus, was vom Obergericht des Kantons Solothurn mit Urteil vom 6. Juli 2020 bestätigt wurde. Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht nicht ein (Urteil [4A_400/2020](#) vom 9. Dezember 2020) (Sachverhalt Teil A.c).

[7] Am 7. Dezember 2018 hatte A allein – ohne Wissen und Unterschrift von B – ein ausgefülltes Gesuch um Bewilligung des Erwerbs des Bauernhofs durch B (Aktienkaufvertrag vom 3. Januar 1995) eingereicht, verbunden mit dem Antrag, die Erwerbsbewilligung nicht zu erteilen und den Kaufvertrag vom 3. Januar 1995 für nichtig zu erklären (Sachverhalt Teil A.d).

[8] Mit Verfügung vom 24. September 2019 verweigerte das Volkswirtschaftsdepartement des Kantons Solothurn die Bewilligung des Erwerbs des Bauernhofs. Das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn hiess die Beschwerde von B mit Urteil vom 6. November 2020 gut, hob die angefochtene Verfügung auf und bewilligte den Erwerb des Bauernhofs durch Erwerb der Aktien der Gesellschaft durch B (Sachverhalt Teil C).

[9] Dagegen führten das Bundesamt für Justiz ([2C_20/2021](#)) und A ([2C_21/2021](#)) separat Beschwerde beim Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde des Bundesamtes für Justiz teilweise gut, hob das vorinstanzliche Urteil auf und wies das Verfahren zu ergänzender Sachverhaltsfeststellung und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Auf die Beschwerde von A trat das Bundesgericht nicht ein (Sachverhalt Teil C und E. 9.1).

Erwägungen

[10] Das Bundesgericht führte aus, dass auf den Erwerb gerichtete Rechtsgeschäfte nach dem BGGB keine rechtlichen Wirkungen entfalten. Sie seien schwebend ungültig, aber nicht nichtig. Mit dem Bewilligungsentscheid würden sie entweder in die Gültigkeit überführt oder zunichte gemacht (E. 4.2).

[11] Die hier diskutierte Aktienübertragung bleibe deshalb ungültig, solange der Erwerb nicht bewilligt sei (E. 4.3).

[12] Vorliegend habe die erste zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts im Verfahren [4A_260/2018](#) unterstellt, die Gesellschaft habe ein landwirtschaftliches Gewerbe gehalten, weshalb der Kaufvertrag vom 3. Januar 1995 der Bewilligungspflicht unterlegen habe. Es sei jedoch unklar, ob die streitbetroffenen Grundstücke allein oder zusammen mit den zugepachteten Grundstücken von B ein landwirtschaftliches Gewerbe nach Art. 7 [BGGB](#) bilden oder bildeten (E. 6 Ingress).

[13] Jedenfalls stehe die Bewilligung bis heute aus, wobei sich die Frage stelle, zu welchem Zeitpunkt B als Erwerber der Aktien die Voraussetzungen gemäss Art. 63 f. BGGB erfüllt haben müsse, damit die Bewilligung erteilt werden könne (E. 6 Ingress).

[14] Gemäss Bundesamt für Justiz sei auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen, ansonsten Bewilligungsverfahren künstlich verzögert würden. Solche Missbräuche gälte es zu unterbinden. Objektiv betrachtet, so das Bundesgericht, träfe dies jedoch nicht zu. Ein Verfügungsgeschäft gestützt auf ein schwebend ungültiges Verpflichtungsgeschäft würde die Position des Erwerbers nicht verbessern, riskiere er doch den vom ihm anlässlich des Verfügungsgeschäfts gezahlten Kaufpreis (E. 6.3).

[15] Gewisse Aufschlüsse vermittele ein Vergleich mit der Rechtslage im Bereich des Erwerbs von Grundstücken durch Personen im Ausland. Ähnlich wie das BGGB unterwerfe auch das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) gewisse Erwerbe von Grundstücken einer Bewilligungspflicht. Damit eine Person im Ausland ein Grundstück erwerben könne, müssten die Bewilligungsvoraussetzungen praxisgemäss im Zeitpunkt der Anmeldung zum Grundbucheintrag erfüllt sein. Das BewG sähe in Art. 26 Abs. 2 lit. a. die Nichtigkeit des auf den Erwerb gerichteten Rechtsgeschäfts vor, wenn der Erwerber es vollziehe, ohne um die Bewilligung nachzusuchen oder bevor die Bewilligung in Rechtskraft trete. Die sich in Bezug auf das BGGB stellende Rechtsfrage stelle sich deshalb für Grundstückserwerbe durch Personen im Ausland nicht (E. 6.4).

[16] Anders als im rund acht Jahre zuvor verabschiedeten BewG habe der Gesetzgeber im BGGB davon abgesehen, den Vollzug eines noch nicht bewilligten Erwerbs generell mit der Nichtigkeit zu sanktionieren. Vielmehr seien die betreffenden Rechtsgeschäfte gemäss BGGB bis zum Bewilligungsentscheid schwebend ungültig (E. 6.5.1).

[17] Es sei nicht ersichtlich, weswegen es den Bewilligungsbehörden generell verboten sein soll, Veränderungen des Sachverhalts während dieser Schwebephase zulasten oder zugunsten des Erwerbers zu berücksichtigen, solange sich die einzelnen Bewilligungsvoraussetzungen nicht konkret auf den Zeitpunkt des zu bewilligenden Rechtsgeschäfts beziehen (E. 6.5.2).

[18] Abgesehen von Rechtsgeschäften, die der Erwerber in Umgehungsabsicht geschlossen habe, sei deshalb für die Beurteilung der Bewilligungsvoraussetzungen grundsätzlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Bewilligungsentscheids abzustellen (E. 6.5.3).

[19] Allerdings könne das Bundesgericht mangels Feststellungen im angefochtenen Urteil, ob die Gesellschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe oder bloss landwirtschaftliche Grundstücke halte, ob die Bewilligung gestützt auf Art. 64 Abs. 1 Ingress BGGB erteilt werden könne und ob der für die Aktien gezahlte Preis angemessen oder übersetzt sei, kein eigenes Urteil in der Sache selbst fällen, weshalb die Sache in teilweiser Gutheissung der Beschwerde des Bundesamtes für Justiz an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Auf die Beschwerde von A sei dagegen nicht einzutreten (E. 9.1).

Kurzkomentar

[20] Wie dem referierten Urteil zu entnehmen ist, musste sich das Bundesgericht schon diverse Male mit diesem im Kanton Solothurn sich abspielenden Fall befassen.[\[2\]](#)

[21] Der dem hier zur Diskussion stehenden Bundesgerichtsurteil zugrundeliegende Sachverhalt ist komplex und nur sehr schwer nachzuvollziehen.[\[3\]](#) Es hilft dabei nicht, dass das Bundesgericht in seinen Urteilen den Fall unterschiedlich und insbesondere mit verschiedenen Buchstaben für die Hauptdarsteller anonymisiert hat.

[22] Gemäss Lehre und Rechtsprechung sind bei unwirksamen Rechtsgeschäften drei Kategorien zu unterscheiden:[\[4\]](#)

- *Nichtige* Rechtsgeschäfte, die ungültig sind und nicht gültig werden können;
- *Unvollendete* Rechtsgeschäfte, die ungültig sind, aber noch gültig werden können, sobald ein fehlendes Stück des Tatbestands nachgeholt wird;
- *Resolutiv anfechtbare* Rechtsgeschäfte, die zunächst gültig sind, aber infolge Anfechtung ungültig werden; dies im Unterschied zu suspensiv anfechtbaren Rechtsgeschäften, die zunächst ungültig sind, aber gültig werden, wenn sie nicht binnen Frist angefochten werden.

[23] Das Bundesgericht bestätigt im vorliegenden Urteil, dass abgeschlossene Rechtsgeschäfte gemäss BGGB bis zum Bewilligungsentscheid schwebend ungültig sind, also zur vorstehend aufgeführten zweiten Kategorie der unvollendeten Rechtsgeschäfte gehören (vgl. E. 6.4 und 6.5.1).

[24] Diesbezüglich bestätigt also das Bundesgericht, bzw. genauer die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts, im hier zur Diskussion stehenden Urteil das Urteil des Bundesgerichts, bzw. genauer, der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, [4A_260/2018](#) vom 28. November 2018.

[25] Weniger gnädig ist die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts im referierten Urteil mit ihren Kollegen von der I. zivilrechtlichen Abteilung in Bezug auf die Bewilligungspflicht des zur Beurteilung stehenden Geschäfts. So führt sie aus, es sei im Urteil [4A_260/2018](#) unterstellt worden, der fragliche Aktienkauf unterliege einer Bewilligungspflicht gemäss BGGB. Ob eine solche Bewilligungspflicht aber bestehe, sei nicht klar und genauer abzuklären, weshalb die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen werden müsse.

[26] Die geschilderte Rechtslage nach BGGB unterscheidet sich von der Rechtslage nach BewG. Denn gemäss Art. 26 Abs. 2 lit. a [BewG](#) wird ein bis dahin infolge der fehlenden (rechtskräftigen) Bewilligung schwebend ungültiges Geschäft nichtig,[\[5\]](#) wenn es vollzogen wird.[\[6\]](#) Die Nichtigkeit tritt bei Vollzug des gemäss BewG nicht

(rechtskräftig) bewilligten Geschäfts *ex tunc* ein.^[7] Ein solches Geschäft gehört damit bis zu seinem Vollzug in die in Rz. 22 aufgeführte zweite Kategorie und nach seinem Vollzug in die in Rz. 22 aufgeführte erste Kategorie. Folglich unterscheidet sich die Rechtslage gemäss BewG und BGGB nach Vollzug eines solchen Geschäfts deutlich.^[8]

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

Dr. iur. DARIO GALLI, LL.M., Rechtsanwalt, Walder Wyss AG.

[1] Besprochen von TIMON NYDEGGER/MARKUS VISCHER, [Schwebend ungültiger Erwerb eines landwirtschaftlichen Gewerbes](#), in: dRSK, publiziert am 21. Februar 2019.

[2] Siehe Urteil des Bundesgerichts [4A_508/2020](#) vom 25. März 2021 (besprochen von ROBIN WEISSENRIEDER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Treuepflichten der Parteien eines schwebend ungültigen Vertrags](#), in: dRSK, publiziert am 30. Juni 2021); Urteil des Bundesgerichts [4A_10/2021](#) vom 1. März 2021; Urteil des Bundesgerichts [4A_400/2020](#) vom 9. Dezember 2020; Urteil des Bundesgerichts [4A_74/2020](#) vom 28. Mai 2020; Urteil des Bundesgerichts [4A_260/2019](#) vom 23. Oktober 2019; Urteil des Bundesgerichts [4A_260/2018](#) vom 28. November 2018 (besprochen von NYDEGGER/VISCHER [Nr. 1]).

[3] So bereits WEISSENRIEDER/GALLI/VISCHER (Nr. 2), Rz. 1; NYDEGGER/VISCHER (Nr. 1), Rz. 1.

[4] RAFFAEL GNÄDINGER/DARIO GALLI/MARKUS VISCHER, [Zum Begriff der schwebenden Ungültigkeit](#), in: dRSK, publiziert am 29. März 2019, Rz. 11 m.w.N.

[5] Hier kommentiertes Urteil des Bundesgerichts [2C_20/2021](#) und [2C_21/2021](#) vom 19. November 2021 E. 6.4 und 6.5.1; siehe zur schwebenden Ungültigkeit auch Urteil des Bundesgerichts [4A_235/2018](#) vom 24. September 2018 E. 3 (bestätigt in Urteil des Bundesgerichts [5A_532/2019](#) vom 4. Mai 2020 E. 4.1 [besprochen von GNÄDINGER/GALLI/VISCHER, vgl. Nr. 4]); WOLFGANG WENDRICH, Disharmonie zwischen den Nichtigkeiten des Vertrags nach Artikel 20 OR und Artikel 26 des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken von Personen im Ausland, Diss. Zürich 1990 = ZStP Band 77, Zürich 1990, S. 78 und 111; ADRIAN URWYLER, Bewilligungsgesetz und Privatrecht, Diss. Freiburg 1990, Zürich 1990, S. 141 ff., S. 153 f.; RUDOLF SCHWAGER, Überfremdung des Bodens – Privatrechtliche Aspekte der Lex Friedrich, Baurechtstagung 1987/Tagungsunterlage III, S. 68 ff., S. 73 f.; GILBERT KOLLY, L'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger – Aspects de droit privé de la Lex Friedrich, Journées du droit de la construction 1987/Documentation III, S. 129 ff.

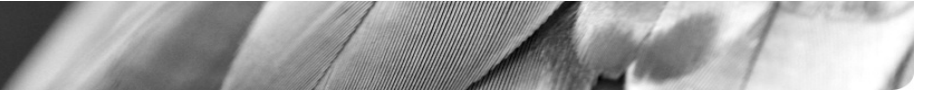
[6] Hier kommentiertes Urteil des Bundesgerichts [2C_20/2021](#) und [2C_21/2021](#) vom 19. November 2021 E. 6.4 und 6.5.1; WENDRICH (Nr. 5), S. 71 ff.; URWYLER (Nr. 5), S. 145, 147 und 153 f.; RUDOLF SCHWAGER, Die privatrechtlichen Bestimmungen der Lex-Friedrich – Grundzüge, Grundprobleme und Ungereimtheiten, ZBGR 1987, S. 137 ff., S. 145 ff.; SCHWAGER (Nr. 5), S. 72 f.

[7] Urteil des Bundesgerichts [4A_378/2022](#) vom 30. März 2023 E. 5.1.2; WENDRICH (Nr. 5), S. 78 f. und 86; URWYLER (Nr. 5), S. 153.

[8] So hier kommentiertes Urteil des Bundesgerichts [2C_20/2021](#) und [2C_21/2021](#) vom 19. November 2021 E. 6.4 und 6.5.1.

Zitiervorschlag: Markus Vischer / Dario Galli, Nochmals zum Begriff der schwebenden Ungültigkeit eines Vertrags, in: dRSK, publiziert am 29. April 2023

EDITIONS WEBLAW



Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

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

weblaw.ch