

LEX KOLLER UND ZIVILRECHT - UNWIRKSAMKEIT UND NICHTIGKEIT



DR. IUR. HANSPETER GEISSMANN
RECHTSANWALT
geissmann@geissmannlegal.ch

I. AUSGANGSLAGE

Gemäss heutiger Fassung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG, Lex Koller), Art. 26, sind Rechtsgeschäfte über einen Erwerb, für den der Erwerber einer Bewilligung bedarf, ohne rechtskräftige Bewilligung bzw. vor rechtskräftiger Erteilung einer Bewilligung unwirksam. Derartige unwirksame Rechtsgeschäfte werden unter bestimmten Umständen nichtig, nämlich:

- wenn der Erwerber das Rechtsgeschäft vollzieht, ohne um die Bewilligung nachgesucht zu haben oder bevor die Bewilligung in Rechtskraft tritt;
- wenn die Bewilligungsbehörde die Bewilligung rechtskräftig verweigert oder widerrufen hat;
- wenn der Grundbuchverwalter oder Handelsregisterführer die Anmeldung abweist (dann, wenn nicht bereits vorgängig die Bewilligungsbehörde die Bewilligung verweigert hat);
- wenn die Steigerungsbehörde den Zuschlag aufhebt (in den Fällen, in denen die Bewilligungsbehörde die Bewilligung nicht vorgängig verweigert hat).

Unwirksamkeit und Nichtigkeit sind von Amtes wegen zu beachten (Art. 26 Abs. 3 BewG). Sie haben zur Folge, dass versprochene Leistungen nicht gefordert werden dürfen, und dass erbrachte Leistungen innerhalb bestimmter Fristen zurückgefordert werden können. Zudem haben sie zur Folge, dass von Amtes wegen auf Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes geklagt wird.

Die heutige Fassung von Art. 26 BewG ist (mit einer kleinen Ausnahme betreffend Gerichtsstand) absolut identisch mit der Fassung gemäss Lex Friedrich, gilt also seit Inkraftsetzung der Lex Friedrich vom 01.01.1985. Die Begriffe Unwirksamkeit und Nichtigkeit und die entsprechenden Folgen waren zudem in den Hauptpunkten bereits vorher im alten Bundesbeschluss (Lex Furgler) angelegt und enthalten.

Was relativ klar und einfach interpretierbar und umsetzbar daherkommt, enthält in Tat und Wahrheit einige Unsicherheiten. Der Grund dafür dürfte darin liegen, dass das BewG grundsätzlich öffentliches Recht ist, dass auch die gesamten Bestimmungen im Zusammenhang mit den Fragen zur Bewilligungspflicht von Grundstücksgeschäften öffentliches Recht sind, die nun aber ganz direkte und

sehr eingreifende zivilrechtliche Folgen haben. Mit andern Worten begegnen sich öffentliches Recht und Zivilrecht in diesem Art. 26 sowie auch in Art. 27 BewG in

direktester Art, und daraus ergeben sich teilweise Schwierigkeiten. Eines dieser Themen soll im Folgenden aufgegriffen werden.

II. UNWIRKSAMKEIT

Gemäss Art. 26 Abs. 1 BewG bleiben Rechtsgeschäfte über einen Erwerb, für den der Erwerber einer Bewilligung bedarf, ohne rechtskräftige Bewilligung unwirksam. Klar und unbestritten ist, dass nicht jedes Rechtsgeschäft im Zusammenhang mit einem Grundstückerwerb (vorläufig) unwirksam ist, sondern nur dasjenige, das auch tatsächlich der Bewilligungspflicht unterliegt. Nun gibt es allerdings verschiedene Rechtsgeschäfte, bei denen unsicher ist, ob sie bewilligungspflichtig sind oder nicht – und auch von denen sind nur diejenigen tatsächlich unwirksam, die (was sich erst später herausstellt) einer Bewilligungspflicht unterliegen. Mit andern Worten ist davon auszugehen, dass jedes Rechtsgeschäft über einen Grundstückerwerb, bei dem nicht absolut ausgeschlossen werden kann, dass es der Bewilligungspflicht gemäss BewG unterliegt, in diesem ersten Stadium einer Unsicherheit unterliegt, nämlich genau der Unsicherheit, ob es rechtswirksam ist oder nicht, und dies ist erst dann geklärt, wenn die (öffentlichrechtliche) Frage, ob dieses Geschäft bewilligungspflichtig ist oder nicht, rechtskräftig entschieden ist. Mit andern Worten tun die Parteien gut daran, bei jedem Rechtsgeschäft über ein schweizerisches Grundstück, das auch nur ansatzweise einem Verdacht auf Bewilligungspflicht unterliegt, die Frage der Bewilligungspflicht bei den Behörden (im Rahmen einer Feststellungsverfügung) rechtskräftig abzuklären. Dies kann vor oder nach Abschluss des Rechtsgeschäftes erfolgen.

Wie gesagt bleiben nur diejenigen Rechtsgeschäfte, die tatsächlich einer Bewilligungspflicht unterliegen, vor Erteilung der Bewilligung unwirksam – aber welche Rechtsgeschäfte von dieser Unwirksamkeit betroffen sind, weiss man während einer gewissen Zeit nicht. Was bedeutet dies nun zivilrechtlich? – Im Merkblatt des Bundesamtes für Justiz "Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland", Stand 08.01.2019, wird unter Ziff. 11 ausgeführt, dass das bewilligungspflichtige Rechtsgeschäft unwirksam bleibe, solange keine rechtskräftige Bewilligung vorliege, dies steht in Art. 26 Abs. 1 BewG und ist unbestritten; der nächste Satz in diesem Merkblatt ist aber verwirrend: "Die Vertragsparteien sind indessen daran gebunden". Mit andern Worten geht das Bundesamt für Justiz im Merkblatt davon aus, oder man kann diesen Satz zumindest so verstehen, dass tatsächlich eine Bindung der Parteien an dieses unwirksame Rechtsgeschäft existiert, was doch

einigermassen erstaunt. Dieser Satz ist nämlich anders zu verstehen. Denn klar ist, dass nur das tatsächlich bewilligungspflichtige Rechtsgeschäft vor Erteilung der Bewilligung unwirksam ist, nicht aber ein solches Rechtsgeschäft, das materiell betrachtet gar nicht bewilligungspflichtig ist – nur weiss man dies in einem frühen Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäftes noch nicht definitiv. Dieser Satz im Merkblatt muss so interpretiert werden, dass er nur den "guten Rat" an die Parteien enthält, sich vorläufig in dem Sinn daran zu halten, dass beide Parteien diejenigen Schritte tun, die dafür notwendig sind, um diese offene Frage rechtskräftig zu klären.

Was geschieht, wenn eine Partei plötzlich ausschert – der Verkäufer zum Beispiel plötzlich ein besseres Angebot hat, dies seinem ausländischen Vertragspartner auch so mitteilt und Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes geltend macht (weil er z.B. einem Schweizer verkaufen will)? – dann haben die beiden Parteien einen Konflikt. Nachdem eben nur bewilligungspflichtige Rechtsgeschäfte vor der Erteilung einer Bewilligung unwirksam sind, hätte der "Ersterwerber" die Möglichkeit, eine Feststellungsverfügung einzuholen, dass nämlich dieses Geschäft in Tat und Wahrheit gar nicht der Bewilligungspflicht unterliegt. Und wenn dies festgestellt ist, dann wäre das "Erstgeschäft" nie unwirksam gewesen, sondern es hätte nur für einen gewissen Zeitraum zur Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eine Unsicherheit bestanden, die nun eben beseitigt worden wäre. Dann wäre eben dieses "Erstgeschäft" bei nicht vorhandener Bewilligungspflicht auch gar nie unwirksam gewesen, sondern im Gegenteil voll wirksam, und der Verkäufer hätte sich daran halten müssen und nicht einfach einem zweiten verkaufen dürfen. Diese "vorläufige Bindung" gemäss Merkblatt des Bundesamtes für Justiz ist in diesem Sinne zu relativieren. Ist die Frage der Bewilligungspflicht rechtskräftig geklärt, dann treten die Folgen von Art. 26 BewG ein (Nichtigkeit), oder es ist eben voll rechtswirksam. Ist die Frage der Bewilligungspflicht des Geschäftes anders beurteilt worden, indem die Bewilligungspflicht verneint wurde, dann war das Geschäft gar nie bewilligungspflichtig, weshalb es auch nie unwirksam war. Somit kann es auch nicht zu einer Nichtigkeit geführt haben.

Selbstverständlich ist, dass das hier Ausgeführte in allen Fällen von bewilligungspflichtigen Grundstücksge-

schäften gilt – unabhängig davon, aus welchem Grund die Bewilligungspflicht besteht. Diese Bewilligungspflicht kann sich aufgrund objektiver Gründe beim Gegenstand des Rechtsgeschäftes ergeben, indem es sich zum Beispiel um Bauland oder Wohngrundstücke handelt, welche von Ausländern grundsätzlich nicht bewilligungsfrei

erworben werden können. Es kann aber auch sein, dass die Bewilligungspflicht subjektiv beim Erwerber ansetzt, indem noch unsicher ist, ob der Erwerber als ausländische Person und damit der Bewilligungspflicht unterliegend gilt oder nicht.

III. NICHTIGKEIT

Unter bestimmten Voraussetzungen wird das unwirksame zum nichtigen Rechtsgeschäft, die Voraussetzungen dafür sind in Art. 26 Abs. 2 BewG einzeln aufgezählt. Nichtigkeit ist ebenfalls von Amtes wegen zu beachten. Die Folgen der Nichtigkeit sind im Prinzip klar und sind im übrigen Zivilrecht geregelt: versprochene Leistungen dürfen (da nicht rechtsgültig vereinbart) nicht gefordert werden; tatsächlich erbrachte Leistungen können zurückgefordert werden. All dies macht grundsätzlich keine besonderen Probleme. Nachdem nun aber das BewG auch nichtige Geschäfte sanktionieren muss bzw. "zum Rechten sorgen muss", und dies nicht immer im Sinne der Parteien ist (da diese Parteien zum Beispiel unter bewusster Umgehung des BewG gehandelt haben und diesen Zustand am liebsten aufrecht erhalten möchten), sieht Art. 26 Abs. 4 lit. c BewG noch die Behördenklage vor, welche in Art. 27 BewG im Einzelnen geregelt wird. Die in Art. 27 Abs. 1 und 2 BewG enthaltenen Bestimmungen entsprechender Behördenklagen (also die von den Behörden ausgehen und sich gegen eine oder meist beide Parteien richten), machen grundsätzlich keine grossen Probleme, solange es um die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes (eigentliche Rückabwicklung) oder um die Auflösung einer juristischen Person oder auch um die Anordnung einer öffentlichen Versteigerung nach den Vorschriften über die Zwangsverwertung von Grundstücken geht.

Nach Art. 27 Abs. 3 BewG besteht aber eine weitere Möglichkeit, wie dem Gesetz Genüge getan wird, indem man es eigentlich den Parteien überlässt, zum Rechten zu sorgen. Die Klage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes entfällt, wenn die Parteien ihn selbst wiederhergestellt haben, oder wenn ein gutgläubiger Dritter das Grundstück erworben hat.

Die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes durch die Parteien selbst macht eine Behördenklage überflüssig (zudem ist die Abschöpfung unrechtmässiger Vermögensvorteile gemäss Art. 33 BewG auch hier möglich). Die Wiederherstellung zwischen den Parteien ist dabei der Normalfall bzw. entspricht eigentlich dem Normalfall gemäss Zivilrecht bei eben zivilrechtlicher Nichtigkeit; nun gibt aber Art. 27 Abs. 3 BewG noch die Möglichkeit,

dass die Behördenklage auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes entfällt, wenn ein gutgläubiger Dritter das Grundstück erworben hat. Zudem kann die Klage gemäss Praxis auch dann entfallen, wenn (wohl unter Mitwirkung der Behörden) ein Vergleich abgeschlossen wird, wodurch dem BewG Genüge getan wird, was insbesondere dadurch zu erfolgen hätte, dass das entsprechende Grundstück an einen gutgläubigen Dritten veräussert würde. Der Erwerb durch einen gutgläubigen Dritten stellt zivilrechtlich ein eigenes Rechtsgeschäft dar, indem der Erwerb durch einen Gutgläubigen für sich selbst die vorgängige Nichtigkeit heilt. Ein Erwerber, der hier durch ein nichtiges Rechtsgeschäft «erworben» hat, hat ja nicht rechtsgültig erworben, denn aufgrund der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes ist er gar nicht rechtmässiger Eigentümer geworden. Entsprechend kann er auch nicht an einen weiteren Dritten rechtsgültig übertragen. Der Gutgläubensschutz korrigiert hier, indem der Erwerb des gutgläubigen Dritten vom (nicht rechtmässigen) Veräusserer rechtsgültig ist, eben gestützt auf den guten Glauben, welchen der gutgläubige Dritte hat. Der gute Glaube stellt dabei den Rechtsgrund für ein rechtsgültiges Rechtsgeschäft dar. Nun ist zwar nicht auszuschliessen, dass es den typischen gutgläubigen Erwerb auch im Rahmen eines solchen Geschäftes gemäss BewG gibt, aber dies dürfte eher eine Seltenheit sein. Und das BewG bzw. die das BewG anwendenden Behörden scheinen diesen gutgläubigen Erwerb so stark wie möglich zu fördern, da rechtswidrige Zustände möglichst beseitigt werden sollen. Deswegen hat man in der Rechtsanwendung bzw. in der Praxis den Begriff des "gutgläubigen Erwerbs" im Zusammenhang mit dem BewG grosszügig ausgeweitet. Klar ist, dass ein gutgläubiger Erwerb im Sinne von Art. 27 Abs. 3 BewG nur dadurch geschehen kann, dass nicht erneut ein rechtswidriger Zustand geschaffen wird. Mit anderen Worten könnte nicht ein Ausländer bzw. eine bewilligungspflichtige Person unter Anwendung dieses grosszügigen Gutgläubensbegriffs rechtsgültig erwerben, sonst würde diese grosszügige Auslegung des Gutgläubensbegriffs zu einem neuen rechtswidrigen Zustand führen. Gutgläubig kann also in diesem Zusammenhang eigentlich nur sein, wer subjektiv nicht der Bewilligungspflicht des BewG unterliegt. Echten guten Glauben

braucht dieser aber gemäss Praxis offenbar nicht – es genügt, dass der Erwerber nicht am seinerzeitigen unrechtmässigen Geschäft direkt oder indirekt mitgewirkt hat. In diesem Sinne können auch unter Anwendung des grosszügigen Gutglaubensbegriffs allfällige Hilfspersonen, Mitwisser oder geradezu Beteiligte am fraudulösen Geschäft (wie z.B. Treuhänder, Anwälte oder Financiers) nicht gutgläubig sein. Gutgläubig ist in diesem Sinne jeder, der mit dem seinerzeitigen nichtigen Geschäft weder direkt noch indirekt zu tun hatte – er darf aber (insbesondere im Zeitpunkt des eigenen Erwerbs) Kenntnis haben davon, dass das ursprüngliche Geschäft rechtswidrig war – es wird also eine eigene und neue Kategorie von gutem Glauben durch das BewG bzw. die Praxis eingeführt. Dagegen ist meines Erachtens nichts einzuwenden – denn auch dadurch wird ein rechtswidriger Zustand beseitigt, indem das Grundstück schlussendlich zu jemandem

kommt, der es tatsächlich haben darf. Gestützt auf Art. 33 BewG sind auch hier unrechtmässige Vermögensvorteile abschöpfbar.

Ohne diese neue Kategorie von "gutem Glauben" wäre es auch kaum möglich, dass unter Mitwirkung der Behörden Vergleiche abgeschlossen würden. Solche Vergleiche müssen bewirken, dass rechtswidrige Zustände beseitigt werden, was nur dann möglich ist, wenn eine andere nicht bewilligungspflichtige Person das Grundstück erwirbt. Dass sie im Rahmen dieses Vergleichs Kenntnis davon bekommt, dass das ursprüngliche Erwerbsgeschäft unwirksam bzw. nichtig war, liegt auf der Hand und lässt sich gar nicht ausschliessen. Wenn man also solche Vergleiche fördern will (und das will man tatsächlich), dann ist es auch notwendig, hier den "Gutglaubens"-Begriff so grosszügig wie möglich anzuwenden.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften in der Schweiz unter Beteiligung von Ausländern gibt es gewisse Geschäfte, die klar sind – dass eben zum Beispiel die Bewilligungspflicht entweder ausgeschlossen werden kann oder mit Sicherheit besteht. Daneben gibt es aber sehr viele Geschäfte, bei denen Unsicherheit besteht. Den Parteien kann in solchen Fällen nur geraten werden, sich eingehend beraten zu lassen und bei noch bestehenden Zweifeln die Frage der Bewilligungspflicht klären zu lassen. Dies geschieht auf dem Weg, dass man bei der kantonalen Bewilligungsbehörde einen Antrag stellt, dass festzustellen sei, dass ein bestimmtes Grundstücksgeschäft nicht der Bewilligungspflicht unterliegt. Natürlich muss das Feststellungsinteresse vorhanden sein, was in der Regel relativ einfach nachzuweisen ist. Mit einem entsprechenden rechtskräftigen Entscheid über die Frage der Bewilligungspflicht hat man Klarheit geschaffen – dann geht es noch darum, sich tatsächlich daran zu halten und diesen Entscheid zu respektieren.

Falls ein solcher Feststellungsentscheid nie gefällt wurde und sich zu einem späteren Zeitpunkt im Zusammenhang mit einem entsprechenden Grundstücksgeschäft Fragen betreffend Lex Koller ergeben, sind die Parteien gut beraten, zumindest dann sich der Sache anzunehmen und nicht zu versuchen, sich irgendwie durchzuwursteln. Man muss sich der Probleme annehmen – allenfalls auch einen unangenehmen Weg gehen. Es ist zu berücksichtigen, dass eine Nichtigkeit in diesem Zusammenhang unbefristet ist und jederzeit geltend gemacht werden kann. Wenn sich schlussendlich aber herausstellt, dass tatsächlich ein nichtiges Rechtsgeschäft geschlossen wurde, dann bestehen für die Parteien immer noch Möglichkeiten, vernünftige Lösungen zu finden, eben zum Beispiel durch eine Rückabwicklung, durch Abschluss eines Vergleichs (in der Regel in Zusammenarbeit mit den Behörden) oder durch Verkauf an einen gutgläubigen Dritten.

22. Juli 2021 / Dr. iur. Hanspeter Geissmann

GEISSMANN RECHTSANWÄLTE AG

MELLINGERSTRASSE 2A, FALKEN, POSTFACH 2078, BADEN, TEL +41 56 203 00 11

TURNERSTRASSE 6, POSTFACH, 8042 ZÜRICH, TEL +41 44 204 53 63