

Nichtigkeitsbegriff und Konzept einer einheitlichen vertragsrechtlichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge

Dr. iur. Domenico Acocella, Rechtsanwalt und Urkundsperson (Schwyz/Zürich)

I. Zur Neudefinition der Nichtigkeit

Das Bundesgericht hält in seiner Rechtsprechung zwar formal nach wie vor am traditionellen Begriff der Nichtigkeit im Sinne einer ursprünglichen absoluten Unwirksamkeit fest. In concreto bestimmt es aber mehr und mehr die Nichtigkeitsfolgen nach dem Zweck der nichtigkeitsanordnenden Normen¹. Da die Nichtigkeit immer im Hinblick auf einen Nichtigkeitsgrund und den damit verfolgten Regelungszweck angeordnet wird², ergibt sich in der Tat erst aus dem Zweck, welche Nichtigkeitsfolgen eintreten, und was die gesetzlich nicht definierte Nichtigkeit letztlich bedeutet. Die Nichtigkeit definiert sich nach ihren Rechtsfolgen und nicht umgekehrt. Es ist daher den neueren Lehrmeinungen zuzustimmen, welche einen flexiblen, rechtsfolgenorientierten Nichtigkeitsbegriff postulieren³. Dogmatisch handelt es sich nicht um eine teleologische Restriktion, sondern um eine teleologisch fundierte neue Definition der Nichtigkeit.

II. Zur vertraglichen Rückabwicklung gescheiterter Verträge

Der Zweck der nichtigkeitsauslösenden Norm kann die Aufrechterhaltung des Vertrages mit verändertem Inhalt zulassen⁴. Ist die Rückabwicklung des Vertrages durchzuführen, so wird im Allgemeinen darauf hingewiesen, dass eine normzweckorientierte Auslegung des Bereicherungs- und Vindikationsrechts stattfinden muss⁵. Aus der Neudefinition der Vertragsnichtigkeit folgt m.E. aber konsequenterweise, dass die nichtigkeitsauslösende Norm nicht nur über die Frage der Aufrechterhaltung oder der Rückabwicklung des Vertrages, sondern auch darüber entscheidet, wie die Rückabwicklung durchgeführt werden soll. Die

¹ BGE 129 III 209 ff.; BGE 123 III 292 ff.

² Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft (3. A., Berlin 1979) 548; Cahn, Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997 16.

³ Huguenin Jacobs, BSK (2. A., Basel 1996) N 55 zu Art. 20 OR; Cahn (zit. Anm. 2) 16 ff.; Kramer, Juristische Methodenlehre (Bern 1998) 121 Fn. 388; Rouiller, Der widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit (Diss. Basel, Bern 2002) 533.

⁴ BGE 123 III 292 ff.

⁵ Huguenin Jacobs (zit. Anm. 3) N 17 zu Art. 21 OR.

Gründe und der Inhalt der Vertragsrückabwicklung beeinflussen sich wechselseitig, weshalb der Lebenssachverhalt, in dem es zur Vertragsabwicklung kommt, als Einheit betrachtet werden muss⁶.

Die einzelnen die Rückabwicklung anordnenden Normen sprechen sich überhaupt nicht oder nur lückenhaft über deren Durchführungsmodus aus, weshalb von einer Gesetzeslücke auszugehen ist. Die Regelungslücke ist auf dem Wege der richterlichen Rechtsfortbildung durch eine der jeweiligen Vorschrift angemessene Rückabwicklungsordnung zu füllen⁷. Angesichts des neudefinierten Nichtigkeitsbegriffs erscheint die automatische Anwendung von Bereicherungs- und Vindikationsrecht, das eine vom Nichtigkeitsgrund und von der davon betroffenen Leistungsbeziehung losgelöste Rückabwicklungsordnung darstellt, nicht als normzweckgerecht.

Es ist wertungsmässig nicht einsichtig, dass das, was im Hinblick auf einen vermeintlich bestehenden Vertrag geleistet wurde, unter ausserkontraktlichen Regeln zurückgefordert werden soll⁸. Das gilt in erster Linie für die unpassende Anwendung der einjährigen Verjährungsfrist nach Art. 67 OR⁹. Weitere Widersprüche zur Interessenlage der Parteien ergeben sich etwa aus der Möglichkeit der Berufung auf den Wegfall der Bereicherung, aus der Doppelspurigkeit von Bereicherungs- und Vindikationsansprüchen und aus dem Verlust von vertraglichen Treue- und Schutzpflichten¹⁰.

Einen ersten grundlegenden Schritt vollzog das Bundesgericht in BGE 114 II 152, in welchem es erkannte, dass beim Vertragsrücktritt das Vertragsverhältnis in ein Liquidationsverhältnis umgewandelt wird, so dass namentlich die Rückleistungspflichten gemäss Art. 109 Abs. 1 OR als vertragliche zu qualifizieren seien. Da die Interessenlage der Parteien sich nach erfolgtem Leistungsaustausch auch bei wegen Willensmängeln unverbindlichen oder nichtigen

⁶ König, Ungerechtfertigte Bereicherung (Heidelberg 1985) 84.

⁷ Die einzelnen Rechtsregeln sind hauptsächlich auf dem Analogieweg zu bilden, wobei nicht durchwegs zwingend die gleichen Rechtsregeln für den Vertragsrücktritt und für die Vertragsanfechtung gelten müssen und auch nicht zwingend eine analoge Anwendung von Vertragsregeln Platz greifen muss.

⁸ Bucher, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?, ZSR II 1983 338.

⁹ Bucher (zit. Anm. 8) 338; Entscheid des Bezirksgerichts Höfe (Schwyz) vom 29.9.1983, SJZ 1984 373 f.; Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern v. 13.10.1987, ZBJV 1990 378 ff.

¹⁰ Schmidlin, BK (Bern 1995) N 56 ff. zu Art. 31 OR; Schwenzer, OR AT (2. A., Basel 2000) 350 f.; Honsell, OR BT (6. A., Bern 2001) 41 f.; Bucher (zit. Anm. 8) 297 f.; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, OR AT, Bd. I (7. A., Zürich 1998) N 1527, 1576 ff.

Verträgen weitgehend gleich präsentiert, ist in der Lehre¹¹ die Frage aufgeworfen worden, ob die Rückabwicklung gescheiterter Vertragsverhältnisse nach einheitlichen Rechtsgrundsätzen durchgeführt werden soll. Die Frage ist m.E. zu bejahen.

Bezüglich der wegen Willensmängeln unverbindlichen Verträge besteht der Normzweck der entsprechenden Vorschriften darin, dass der Irrende nicht an den von ihm nicht gewollten Vertrag gebunden werden darf¹². Zu dieser Zweckerreichung ist es nicht erforderlich, den Vertrag völlig zu negieren. So wie sich bei Art. 109 Abs. 1 OR aus dessen Sinn und Zweck ergibt, dass der Vertrag nicht schlechthin aufgehoben wird, sondern als Liquidationsverhältnis fortbesteht, wird auch nach Art. 23 OR der einseitig unverbindliche Vertrag nicht einfach ignoriert, sondern in ein Rückabwicklungsverhältnis umgewandelt, das auf dem formalen Vertragsschluss gemäss Art. 1 OR gründet¹³. Dogmatisch handelt es sich um die teleologisch fundierte neue Begriffsbestimmung der einseitigen Unverbindlichkeit gemäss Art. 23 OR.

Die angeführten Wertungsgesichtspunkte sprechen auch für ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis beim nichtigen Vertrag nach Art. 20 OR¹⁴. Wie beim verzugsbedingten Rücktritt vom Vertrag und bei dessen Unverbindlichkeit wegen Willensmängeln ist es wertungsmässig auch hier nicht gerechtfertigt, dass die Parteien die erbrachten Leistungen nach ausserkontraktlichen Regeln zurückfordern. Zudem muss das Bereicherungsrecht zwecks Vermeidung stossender Ergebnisse im Hinblick auf die Interessenlage der Parteien und auf den Normzweck der Nichtigkeitsanordnenden Norm modifiziert angewandt werden, was nicht immer geschieht oder möglich ist¹⁵. Durch die hier vorgeschlagene Lösung wird die Problematik generell bereinigt. Mit der Neudefinition der Nichtigkeit lässt sich dogmatisch eine auf Rückabwicklung gerichtete Vertragswirkung annehmen, die sich auch hier auf den formalen Vertragsschluss gemäss Art. 1 OR abstützen lässt¹⁶.

¹¹Merz, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, ZBJV 1985 204 f.; Gauch, Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug, recht 1989 126 f.; Wiegand, Bemerkungen zum Picasso-Entscheid, recht 1989 111; BGE 126 III 122.

¹²Wiegand (zit. Anm. 11) 111.

¹³Für ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis auch Schmidlin (zit. Anm. 10) N 97 ff. zu Art. 31 OR; Wiegand (zit. Anm. 11) 111; Koller, OR AT, Bd. I (Bern 1996) 306 (de lege ferenda); a.M. Glasl, Die Rückabwicklung im Obligationenrecht (Diss. Zürich 1992) 250 ff.; Rochat, Inefficacit  du titre d'aliénation et renaissance de l'action réelle mobili re (Diss. Lausanne, Zürich 2002) 369.

¹⁴Nicht ausgeschlossen ist, dass aufgrund eines speziellen Nichtigkeitsgrundes Abweichungen möglich sind.

¹⁵BGE 102 II 401; Gauch/Schlu p/Schmid/Rey (zit. Anm. 10) N 1576 ff.

¹⁶Gauch (zit. Anm. 11) 127 Fn. 43. Das vertragliche Rückabwicklungsverhältnis behält seine Funktion als causa für die erfolgte Eigentumsübertragung, weshalb auch die Vereinbarkeit mit dem Kausalitätsprinzip gegeben ist. Für vertragliche Rückforderungsansprüche beim widerrechtlichen Vertrag auch Rouiller (zit. Anm. 3) 433.

III. Folgerungen

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis dort angenommen werden kann, wo an einen Vertragsschluss im Sinne von Art. 1 OR angeknüpft werden kann¹⁷. Der neueren Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁸ lässt sich eine generelle Tendenz, Ansprüche vermehrt auf vertragliche denn auf bereicherungsrechtliche Grundlage zu stützen, entnehmen, und das Bundesgericht hat in BGE 129 III 328 dieser Tendenz folgend zu erkennen gegeben, dass im Falle eines irrtumsbehafteten Vertrages ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis auf den ursprünglichen formalen Konsens gegründet werden könnte. Etwas mehr als einen Monat später hat es allerdings in BGE 129 III 271 ohne Bezugnahme auf den vorerwähnten Entscheid festgehalten, dass ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis beim suspensiv bedingten Vertrag nicht angenommen werden könne, es sei denn, man wolle einzig aufgrund des faktisch wirkenden Abschlusses des nichtigen, irrtumsbehafteten oder bedingten Vertrages ein Rückabwicklungsverhältnis künstlich konstruieren. Indessen entfaltet der bedingte Vertrag rechtliche Wirkungen bereits dann, wenn sich die Parteien verbindlich auf ihren Vertrag einigen und ihn abschliessen¹⁹. Er begründet von Anfang an Verpflichtungen, deren Verletzung zu vertraglichem Schadenersatz führt (Art. 152 OR)²⁰. Entsprechend dient der Vertragsschluss bei Ausfall der Bedingung als Grundlage für ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis. Aus keiner Vorschrift über die Bedingungen (Art. 151 ff. OR), namentlich nicht aus Art. 153 Abs. 2 OR, der sich über die Modalitäten der Herausgabe des inzwischen gezogenen Nutzens ausschweigt, lässt sich ableiten, dass dem Vertragsschluss jegliche vertragsrechtliche Bedeutung rückwirkend genommen werden soll.

¹⁷ Was z.B. bei der Leistungserbringung im Hinblick auf einen abzuschliessenden Vertrag nicht der Fall ist (BGE 119 II 20 ff.; allerdings hätte in diesem Fall aufgrund des Wortlauts der „Quittung/Vereinbarung“ eher ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch angenommen werden müssen).

¹⁸ BGE 126 III 122.

¹⁹ Peter, Das bedingte Geschäft (Zürich 1984) 308.

²⁰ Guhl/Koller, Schweizerisches Obligationenrecht (9. A., Zürich 2000) 59; Merz, SPR VI/1 (Basel 1984) 158.