

## DIE RÜCKABWICKLUNG UNWIRKSAMER KAUFVERTRÄGE

Wissenschaftl. Assistent Dr. Rona SEROZAN

1 — Die Rückforderung der auf Grund eines unwirksamen Kaufvertrages erbrachten Leistungen erfolgt im schweizerischen und türkischen Recht.

a. in bezug auf bewegliche Sachen mittels einer Kondiktion (wenn Fehleridentität vorliegt) oder mittels einer Vindikation (wenn keine Fehleridentität vorliegt; Abstraktionsprinzip),

b. in bezug auf im Grundbuch eingetragene und nicht eingetragene aber aussergrundbuchlich ersessene Grundstücke mittels einer Vindikation (Legalitätsprinzip),

c. in bezug auf im Grundbuch nicht eingetragene und nicht bereits ersessene Grundstücke mittels einer Kondiktion (*condictio possessionis*) und schliesslich

d. in bezug auf den Kaufpreis mittels einer Kondiktion (kein Miteigentum; keine Geldwertvindikation).

2 — Der Käufer, welcher kein Eigentumsrecht an der übertragenen beweglichen Sache erworben hat (regelmässige Fehleridentität) geniesst laut ausdrücklicher Vorschrift des ZGB 895/864 ein Retentionsrecht zur Sicherung seines Kaufpreisrückforderungsanspruchs. Dagegen geniesst der Grundstückskäufer auf den in seinem Besitz befindlichen Grundstücken und der Fahrniskäufer auf denjenigen beweglichen Sachen, die wegen unfreiwilligem Besitzverlust (Urteilsunfähigkeit) dem Tatbestand des Retentionsrechtes entzogen sind, ein dinglich wirkendes Zurückbehaltungsrecht. Letzteres widerspricht keineswegs — wie scheint — dem richtig verstandenen Zweck des Gesetzes, die Geschäftsunfähigen zu schützen.

3 — Das schw. — türk. Zurückbehaltungsrecht gewährt dem Rechtsinhaber keine Verwertungsbefugnis, ist auch in bezug auf Grundstücke anwendbar und setzt keinen auf dem Willen des Schuldners beruhenden Besitz des Gläubigers voraus. (Anders das Retentionsrecht)

4 — Die Gewährung eines dinglich wirkenden Zurückbehaltungsrechts (im Gesetz nur zugunsten des gutgläubigen Besitzers zur Sicherung seines Anspruchs auf Ersatz seiner notwendigen und nützlichen Aufwendungen und zugunsten des gutgläubigen Käufers einer Marktware zur Sicherung seines Anspruchs auf Rückforderung des bezahlten Kaufpreises — sog. Lösungsrecht — anerkannt) ist das Ergebnis eines *argumentum a minore ad maius*.

Wenn nämlich das Zurückbehaltungsrecht selbst bei unfreiwilligem Besitzverlust (ZGB 934/902, 939/907) und selbst für eine *actio contraria* (ZGB 939/907), ja sogar für ein unbeanspruchbares Recht (ZGB 934/902) anwendbar ist, um wieviel mehr muss es bei freiwilliger Besitzübertragung (Kaufvertrag!) und für eine *actio directa* (Kaufpreisrückforderung) anwendbar sein. Wenn das Gesetz im Fahrnisrecht dem Käufer ein Verwertungsrecht (Retentionsrecht) gewährt, muss es doch im Grundstücksrecht zumindest ein blosses Zurückbehaltungsrecht (keine Verwertungsbefugnis) gewährt haben wollen.

5 — Die Einräumung eines dinglichen Zurückbehaltungsrechtes anstelle der bis heute vorgeschlagenen analogen Anwendung der Einrede des nichterfüllten Vertrages verdient deshalb den Vorzug, weil ersteres m. E. *ipso iure* letzteres hingegen bloss *ope exceptionis* wirkt und (wichtiger:) das Zurückbehaltungsrecht im Gegensatz zur Einrede des nichterfüllten Vertrages auch gegenüber Drittpersonen wirkt. Im schw. und türk. Recht, wo dem Besitz — von Ausnahmen abgesehen — keine Erhaltungs- und Kontinuitätsfunktion wie im deutschen Recht zukommt, vermag nur ein dinglich wirkendes Zurückbehaltungsrecht den Sicherungsinteressen des Käufers gerecht zu werden.

6 — Der Einwand, die hier vorgeschlagene Analogie vertrage sich nicht mit dem Grundsatz des *numerus clausus* der dinglichen Rechte, geht von einem falschen Verständnis dieses Grundsatzes aus.

7 — Betreffend der Sicherungsinteressen des Verkäufers hinsichtlich seines Rückforderungsanspruches kann dagegen die sog.

Saldo-Theorie herangezogen werden. (Auf dem im Besitz des Verkäufers befindlichen Geld ist weder ein Retentionsrecht noch ein Zurückbehaltungsrecht vorstellbar.)

8 — Die Annahme der sog. Saldo-Theorie ist — im Gegensatz zum deutschen Recht, wo dies sich als Frage der Schliessung einer verdeckten Gesetzeslücke in § 812 BGB darstellt — im schw. Recht bloss eine Frage der Auslegung des OR 62, wo von der Rückerstattung der Bereicherung die Rede ist. Im türk. Recht dagegen wo OR 61 — vom schw. OR 62 abweichend — von Rückerstattung des ohne rechtlichen Grund erlangten spricht, ist die Anwendung der Saldo-Theorie — ebenso wie im deutschen Recht — als Ergebnis der Schliessung einer verdeckten Gesetzeslücke anzusehen.

9 — Die Ansicht, die Saldo-Theorie versage bei Vorleistungen auf nichtige Kaufverträge und vertrage sich nicht mit dem Zweck des Gesetzes, die Geschäftsunfähigen zu schützen, ist zurückzuweisen. Dass der Vorleistende auf eigene Gefahr handelt, entspricht völlig dem Geist des Gesetzes. Andererseits widerspricht die Saldo-Theorie keineswegs dem Zweck des Gesetzes, die Geschäftsunfähigen zu schützen. Die herr. gegenteilige Auffassung krankt an der leider zur Tradition gewordenen Übertreibung des betreffenden Schutzzweckes.

10 — Die unangemessene Lösung, die sich daraus ergibt, dass sowohl der Käufer als auch der Verkäufer nach Geltendmachung des Gegenanspruchs ihre Gutgläubigkeit einbüssen und nunmehr in die missliche Lage eines bösgläubig Bereicherten bzw. bösgläubigen Besitzers geraten (*mala fides superveniens nocet*), ist nicht etwa dadurch zu überwinden, dass man den nichtigen Kaufvertrag als gewissermassen wirksam anerkennt und die Parteien zur Verfügung über die ausgetauschten Sachen ermächtigt (so aber PAWLOWSKI), sondern dadurch, dass man das Zurückbehaltungsrecht bzw. die Saldo-Theorie als einen Rechtfertigungsgrund, als eine Versöhnung mit der Rechtsordnung ansieht, welche die Unrechtmässigkeit des Besitzes und der Bereicherung aufhebt.

Was die Schadenszufügung seitens des unrechtmässigen Besitzers bzw. des zu Unrecht Bereicherten anbetrifft, so kann man eine Haftung des Schädigers aus dem Verhaltenspflichtenverhältnis ableiten, bei welchem eine schuldhaft Schutzpflichtverletzung zum Schadenersatz nach Vertragsgrundsätzen verpflichtet.

11 — Das Rückabwicklungsverhältnis kann nicht als ein gewissermassen wirksamer Kaufvertrag (so PAWLOWSKI) angesehen werden. Eine derartige Auffassung schießt über die Grenzen der Auslegung von Willenserklärungen hinaus und übersieht ferner das dialektische Verhältnis zwischen dem normativen (potentiellen) und dem faktischen (aktuellen).