

# GR\_GERICHTE ZF 2006 3 vom 1. Mai 2006

GR Gerichte, 2006-05-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_ZF 2006 3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZF_2006_3)

FR: GR\_GERICHTE ZF 2006 3 du 1 mai 2006

IT: GR\_GERICHTE ZF 2006 3 del 1 maggio 2006

## Regeste

Rückforderung aus Kaufvertrag | OR Kauf/Tausch/Schenkung

## Erwägungen

### E. 2

betreffend Rückforderung aus Kaufvertrag, hat sich ergeben: A. Gegenstand des im vorliegenden Verfahren interessierenden Kaufvertrages bildet die ursprüngliche Parzelle Nr. 126, Plan 8, Liegenschafts- und Servitutregister (LSR) der Gemeinde A., B., Wohnhaus, Assek. Nr. 116 und Stall Assek. Nr. 116-A mit 8'012 m<sup>2</sup> Gebäudegrundfläche, Hofraum, Wiese und Weidwald. Auf dem LSR-Blatt der fraglichen Parzelle Nr. 126 wurde am 8. September 1960 die Anmerkung „Landw. Liegenschaft“ eingetragen. Am 25. April 1974 stellte der damalige Eigentümer, C., bei der Gemeinde A. ein Baugesuch für die Erstellung eines 2-Zimmer-Wohnhäuschens auf der Parzelle. Gegen den ablehnenden Entscheid der Gemeinde erhob C. Rekurs beim Verwaltungsgericht. Mit Entscheid vom 23. Oktober 1974 wies das Verwaltungsgericht die Gemeinde an, die Angelegenheit neu zu beurteilen, wobei die Gemeinde darauf aufmerksam gemacht wurde, dass der Gefahr einer Zweckentfremdung mittels der Auflage eines Zweckentfremdungsverbotes begegnet werden könne. Daraufhin erteilte die Gemeinde am 3. September 1975 die Baubewilligung mit folgender Auflage: „4. Das Futterhäuschen dient ausschliesslich landwirtschaftlichen Zwecken. Es darf keine Zweckentfremdung, insbesondere nicht für Unterkunfts- und Wohnzwecke, erfolgen (...)“. Die Nutzung der Baute wurde zudem auf 180 Tage im Jahr beschränkt. Im Jahre 1977 wurde das Grundstück aus dem Anwendungsbereich über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen entlassen. Deshalb wurde 1978 die Anmerkung „Landw. Liegenschaft“ auf dem LSR-Blatt der Parzelle Nr. 126 gelöscht. Bei der Einführung des Eidgenössischen Grundbuchs in der Gemeinde A. mutierte dieses Grundstück zur Parzelle Nr. 190. B. Am 24. November 1991 verstarb C. und hinterliess D. (Ehefrau) und die beiden Töchter J. und I.. Im Jahre 1993 starb auch D.. Nachdem ein Abtretungsvertrag mit I. mit Urteil des Bezirksgerichts Plessur vom 4. November 1994 rückgängig gemacht worden war, wurde Parzelle Nr. 190 am 1. Februar 1995 in das Gesamteigentum der Erbgemeinschaft des C. sel., bestehend aus J. und I., übertragen.

### E. 3

C. Gegen Ende 1994 bekundete H. Interesse am Kauf der Parzelle Nr. 190. Mit Schreiben vom 28. Februar 1995 erkundigte sich H. bei der Gemeinde A., welche kommunalen und kantonalen Auflagen zu berücksichtigen seien, da ein definitiver Kauf wesentlich davon abhänge, ob die Liegenschaft vollumfänglich als Dauerwohnbaute genutzt werden könne. Mit Antwort vom 11. Mai 1995 teilte die Gemeinde A. H. mit, es sei eine ausschliesslich landwirtschaftliche Nutzung der Parzelle vorgegeben, auch wenn das „Futterhäuschen“ in der Vergangenheit als Dauerwohnbaute genutzt worden sei. Am 21. Juli 1995

unterbreitete H. – im Einverständnis der Erbengemeinschaft C. sel. – der Gemeinde A. ein Gesuch um Einzonung eines Teils der Parzelle Nr. 126 in die Dorferweiterungszone. Am 27. Dezember 1995 reichte E. bei der Gemeinde A. ein Baugesuch um nachträgliche Bewilligung des Anbaus (gedeckter Freilauf für Tierhaltung) sowie der widerrechtlichen Umbauten im/am „Futterhäuschen“ ein, da die Parzelle zu diesem Zeitpunkt von E. als Mieter/Pächter genutzt wurde. D. Mit Vertrag vom 16. Februar 1996 erwarb H. von der Erbengemeinschaft der D. und des C. sel., bestehend aus J. und I., die Parzelle Nr. 190 zum Kaufpreis von Fr. 180'000.--. Eine Bewilligung des Grundbuchinspektorates zum Erwerb der Parzelle ausserhalb der Bauzone im Sinne von Art. 61 Abs. 1 BGG wurde nicht eingeholt. Zur Finanzierung des Kaufpreises gewährte die Schweizerische Bankgesellschaft H. eine Hypothek in Höhe von Fr. 140'000.--. Sowohl der Kaufvertrag wie auch die Kapital-Grundpfandverschreibung wurden am 30. Mai 1996 in das Liegenschafts- und Servitutenregister A. eingetragen. Es wurde keine Bewilligung des Grundbuchinspektorates zur Überschreitung der Pfandbelastungsgrenze nach Art. 76 BGG eingeholt. E. Ohne bei der Gemeinde ein entsprechendes Anschlussgesuch eingereicht zu haben, begann H. im Februar 1996 mit Grabarbeiten für einen Kanalisationsanschluss des Futterhäuschens. Am 7. März 1996 verfügte die Gemeinde die Baueinstellung, woraufhin H. am 8. März 1996 das Baugesuch für den Anschluss an die öffentliche Kanalisation nachreichte. Die öffentliche Auflage des Bauvorhabens erfolgte am 29. März bis 18. April 1996, woraufhin die Gemeinde das Gesuch an das Departement des Innern und der Volkswirtschaft Graubünden (DIV) überwies. In einem Prüfverfahren für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone (nachfolgend BAB-Verfahren) stimmte dieses am 20. August 1996 der Erteilung einer Ausnahmegewilligung für das Vorhaben zu. Zur Sicherung des rechtmässigen Zustandes wurde die Bestimmung mit folgender Auflage verbunden, welche am 25.

#### **E. 4**

September 1996 auf dem LSR-Blatt der Parzelle Nr. 190 angemerkt wurde: „Die bestehende Baute darf in Zukunft ausschliesslich für landwirtschaftliche Zwecke genutzt werden (Zweckentfremdungsverbot)“. Mit Entscheid vom 20. September 1996 erteilte auch die Gemeinde A. H. unter Auflagen die Bewilligung für den Kanalisationsanschluss des „Futterhäuschens“ an das öffentliche Abwassersystem. Die Auflage gemäss Verfügung des DIV vom 20. August 1996 wurde in den Gemeindeentscheid integriert. F. Am 7. und 20. Februar 1997 fasste die Gemeindeversammlung A. Beschlüsse betreffend Totalrevision der kommunalen Ortsplanung. Entgegen dem Antrag von H. vom 21. Juli 1995 wurde die Parzelle Nr. 190 nicht in die Bauzone aufgenommen, sondern gesamthaft der Landwirtschaftszone zugewiesen. Gegen diese Beschlüsse erhob H. am 25. Juli 1997 Planungsbeschwerde an die Regierung mit dem sinngemässen Begehren, der überbaute Teil der Parzelle Nr. 190 sei der Bauzone zuzuweisen. Mit Beschluss vom 9. Juni 1998 wies die Regierung die Beschwerde ab. Dagegen rekurrierte H. am 6. Juli 1998 an das Verwaltungsgericht. Mit Verfügung vom 25. Oktober 2000 wurde das Rekursverfahren wegen Rückzugs abgeschrieben. G. Am 10. September 1997 gelangte H. an das Grundbuchinspektorat Graubünden, wies dieses auf den Kaufvertrag vom 16. Februar 1996 hin und machte geltend, dass ihm erst im Rahmen einer Zonenplanbeschwerde bekannt worden sei, dass die gekaufte Liegenschaft den Beschränkungen des BGG unterliege und er somit das Grundstück gar nicht rechtmässig hätte erwerben können. Am 6. November 1997 nahm die Gemeinde A. auf der fraglichen Parzelle gemeinsam mit H. einen Augenschein vor. Dabei wurde festgestellt, dass im Keller- und im Erdgeschoss des

„Futterhäuschens“ bauliche Massnahmen im Hinblick auf eine dauernde Bewohnung vorgenommen worden waren. Das Landwirtschaftsamt führte am 21. November 1997 im Auftrag des Grundbuchinspektorats und im Beisein von H. ebenfalls einen Augenschein auf der fraglichen Parzelle in A. durch. Dabei kam es zum Schluss, dass die Parzelle als nicht-landwirtschaftliches Grundstück zu qualifizieren sei. Gestützt darauf erliess das Grundbuchinspektorat Graubünden am 8. Dezember 1997 eine Verfügung gemäss Art. 84 BGG in der festgestellt wurde, dass die Parzelle Nr. 190 nicht als landwirtschaftliches Grundstück im Sinne von Art. 6 BGG zu qualifizieren sei und nicht in den Anwendungsbereich des BGG falle. Am 7. Januar 1998 führte H. bei der kan-

## **E. 5**

tonalen Landwirtschaftskommission Beschwerde gegen die Feststellungsverfügung des Grundbuchinspektorats. Mit Entscheid vom 13. August 1998, mitgeteilt am 27. August 1998, hiess die Landwirtschaftskommission des Kantons Graubünden die Beschwerde von H. gut und unterstellte die Parzelle Nr. 190 dem Geltungsbereich des BGG. Die Erbinnen des C. und der D. führten gegen diesen Entscheid erst am 23. März 1999 Rekurs ans Verwaltungsgericht. Mit Urteil vom 19. August 1999 trat das Verwaltungsgericht auf das zu spät ergriffene Rechtsmittel nicht ein. H. Mit Verfügung vom 3. Dezember 1999 verweigerte das Grundbuchinspektorat Graubünden sowohl die Bewilligung zum Erwerb der Parzelle Nr. 190 durch H. gemäss Kaufvertrag vom 16. Februar 1996 als auch die Bewilligung zur Überschreitung der Belastungsgrenze für die Errichtung der Kapitalgrundpfandverschreibung vom 30. Mai 1996. Gleichzeitig verfügte es die Berichtigung des Grundbuchs. Am 7. Februar 2000 wurden J. und I. als Gesamteigentümerinnen infolge Erbengemeinschaft der fraglichen Parzelle ins Grundbuch eingetragen. I. Am 5. Oktober 2000 wurde die Abparzellierung und die Entlassung von „Futterhäuschen“ und Stall aus dem Geltungsbereich des BGG durch das Grundbuchinspektorat bewilligt. Aus der Abparzellierung resultierte neben der bestehenden Parzellen Nr. 190 (neu: 628 m<sup>2</sup> mit „Futterhäuschen“ und Stall) die Parzelle Nr. 829, Plan 2 (7'385 m<sup>2</sup> Wiese und Stauden). J. und I. reichten am 31. Oktober 2001 ein Baugesuch bei der Gemeinde A. ein, um über Art. 24d Abs. 1 RPG eine ganzjährige landwirtschaftsfremde Wohnnutzung des „Futterhäuschens“ zu erreichen. Am 6. Februar 2002 wurde das angemerkte „Zweckentfremdungsverbot“ gelöscht. am 10. Oktober 2003 erteilte das Grundbuchinspektorat Graubünden den Nichtlandwirten F. und G. die Bewilligung zum Erwerb der landwirtschaftlichen Parzelle Nr. 829. Mit öffentlich beurkundetem Kaufvertrag vom 24. Oktober 2004 erwarben letztere die Parzellen Nr. 190 und Nr. 829. Der Verkaufserlös von Fr. 113'600.-- wurde H. ausbezahlt. J. H. liess am 3. Mai 2004 eine Forderungsklage beim Vermittleramt des Kreises Schanfigg anmelden. Nachdem sich die Parteien an der Sühneverhandlung vom 16. Juni 2004 und während der Offenhaltung des Protokolls bis zum 29. Juni 2004 nicht einigen konnten, wurde am 6. Juli 2004 der Leitschein mit folgenden Rechtsbegehren ausgestellt: „Klägerisches Rechtsbegehren:

## **E. 6**

1. Die Beklagten seien solidarisch zu verpflichten, dem Kläger Fr. 150'000.-, allenfalls einen Betrag nach richterlichem Ermessen, nebst 5 % Zins seit 25. August 1998 zu bezahlen. 2. Unter vermittleramtlicher, gerichtlicher und aussergerichtlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. Mehrwertsteuer. Beklagtisches Rechtsbegehren: 1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. 2. Unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge

zu Lasten des Klägers. Widerklage: Der Widerbeklagte sei zu verpflichten, den Widerklägerinnen Fr. 38'725.15 zuzüglich 5 % Zins seit dem 16. Juni 2004 zu bezahlen. Unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer auf die ausseramtliche Entschädigung zu Lasten des Widerbeklagten.“ Am 8. Juli 2004 gelangte H. an den Kreispräsidenten Schanfigg und verlangte eine Korrektur des Leitscheins, zumal Rechtsanwalt lic. iur. Luzi Bardill am 16. Juni 2004 im Auftrag der Erbegemeinschaft C. sel. Widerklage eingereicht habe, auf dem Leitschein vom 6. Juli 2004 jedoch nicht vermerkt sei, dass die Widerklage von der Erbegemeinschaft C. sel. anhängig gemacht worden sei. Der Beklagtische Rechtsvertreter lehnte eine Korrektur ab, da das an der Vermittlungstagfahrt formulierte Rechtsbegehren im Leitschein richtig wiedergeben sei. Mit Gesuch vom 18. August 2004 an den Bezirksgerichtspräsidenten Plessur verlangte H., es sei der Leitschein zur Verbesserung an den Kreispräsidenten Schanfigg zurückzuweisen. Mit Verfügung vom 8. Oktober 2004 lehnte das Bezirksgerichtspräsidium Plessur dieses Gesuch ab. K. Mit Prozesseingabe vom 18. August 2004 prosequierte H. die Klage unverändert an das Bezirksgericht Plessur. Die Prozessantwort datiert vom 17. November 2004. J. und I. beantragten die kostenfällige Abweisung der Klage. Für den Fall, dass die Passivlegitimation bejaht wird, erhoben sie folgende „eventuelle Widerklage“: „1. Der Widerbeklagte sei zu verpflichten, den Widerklägerinnen Fr. 38'725.15 zuzüglich 5 % Zins seit dem 16. Juni 2004 zu bezahlen. 2. Unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7,6 % Mehrwertsteuer auf die ausseramtliche Entschädigung zulasten des Widerbeklagten.“

#### **E. 7**

Zudem wurde dem Kanton Graubünden der Streit verkündet und das Begehren gestellt, es sei über den Rückgriffsanspruch im Sinne von Art. 32 ZPO zu entscheiden. Der Kanton Graubünden beantragte sodann mit Widerklageantwort vom 18. Januar 2005: „1. a) Die vor Bezirksgericht Plessur hängigen Verfahren Nr. 110-2004-51, N. 110-2004-58 und Nr. 110-2004-59 seien zu vereinigen. b) Eventualiter: Die Verfahren Nr. 110-2004-51 und Nr. 110-2004-59 seien bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils im vorliegenden Prozess Nr. 110-2004-58 zu sistieren. 2. Die im Prozess Nr. 110-2004-58 geltend gemachte Widerklage sei nach richterlichem Ermessen gutzuheissen. 3. Unter amtlicher und ausseramtlicher Kostenfolge – zuzüglich 7,6 % MWSt. – unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten der Beklagten und Widerklägerinnen bzw. des Klägers und Widerbeklagten.“ Am 18. Januar 2005 liess H. die vollumfängliche Abweisung der Widerklage beantragen, soweit darauf eingetreten werden könne. L. Mit Urteil vom 1. September 2005, mitgeteilt am 10. Januar 2006, erkannte das Bezirksgericht Plessur: „1. In teilweiser Gutheissung der Klage werden J. und I. in solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, H. Fr. 75'068.70 zuzüglich Zins zu 5% auf Fr. 66'400.-- seit 15. September 1999, auf Fr. 8'518.50 seit 7. Februar 2000 und auf Fr. 150.20 seit 3. Mai 2004 zu leisten. 2. Die Widerklage wird abgewiesen. 3. Auf das Begehren um Beurteilung der Rückforderungsansprüche gegenüber dem Kanton Graubünden wird nicht eingetreten. 4. Die Kosten des Kreisamtes Schanfigg von Fr. 200.-- sowie des Bezirksgerichtes Plessur von Fr. 8'881.70 (Gerichtsgebühren Fr. 4'500.--, Schreibgebühren Fr. 761.--, Barauslagen Fr. 620.70, Streitwertzuschlag Fr. 3'000.--) gehen zu 2/5, d.h. Fr. 3'552.70 zu Lasten von H. und zu 3/5, d.h. Fr. 5'329.-- zu Lasten der solidarisch haftenden J. und I.. Die Kosten des Bezirksgerichtes Plessur werden mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Die solidarisch haftenden J. und I. haben H. ausseramtlich mit Fr. 3'141.40 zuzüglich 7,6% MWST zu entschädigen. Die solidarisch haftenden J. und I. haben den Kanton Graubünden ausseramtlich mit Fr. 5'000.-- zuzüglich

7.6 % MWST zu entschädigen. 5. (Mitteilung)“ M. Dagegen liessen J. und I. am 25. Januar 2006 Berufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären. Sie beantragen:

#### **E. 8**

„1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben. 2. Die Klage des Berufungsbeklagten sei vollumfänglich abzuweisen. 3. Die Widerklage sei gutzuheissen, und der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, den Berufungsklägern Fr. 38'725.15 zuzüglich 5 % Zins seit dem 16. Juni 2004 zu bezahlen. 4. Auf das Begehren der Berufungskläger um Beurteilung der Rückfordrungsansprüche gegenüber dem Kanton Graubünden sei einzutreten, und es sei im Falle der Gutheissung der Klage in entsprechender Höhe des zugesprochenen Betrages über den Rückgriffsanspruch im Sinne von Art. 32 ZPO zu entscheiden. 5. Unter vollumfänglicher Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich die gesetzliche Mehrwertsteuer) für beide Instanzen zu Lasten des Berufungsbeklagten.“ Am 6. Februar 2006 liess H. Anschlussberufung an das Kantonsgericht von Graubünden erklären. Er liess folgende Anträge stellen: „1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit auf sie überhaupt eingetreten werden kann. 2. In Abänderung von Ziff. 1 des Dispositivs des angefochtenen Urteils seien J. und I. in solidarischer Haftbarkeit zu verpflichten, H. Fr. 150'000.--, zuzüglich Zins zu 5 % seit 15. September 1999 zu leisten. 3. In Abänderung von Ziff. 4 des Dispositivs des angefochtenen Urteils seien die Kosten des Kreisamtes Schanfigg von Fr. 200.-- sowie die Kosten des Bezirksgerichtes Plessur von Fr. 8'881.70 vollumfänglich den Beklagten und Widerklägern zu überbinden, welche zudem zu verpflichten seien, H. für das Verfahren vor Bezirksgericht Plessur ausseramtlich mit Fr. 18'000.--, nebst 7,6 % Mehrwertsteuer, zu entschädigen. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das Verfahren vor Kantonsgericht von Graubünden zu Lasten der Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten.“ N. An der mündlichen Berufungsverhandlung vom 1. Mai 2006 waren die drei Rechtsvertreter, Rechtsanwalt lic. iur. Luzi Bardill, Rechtsanwalt lic. iur. et oec. Pius Fryberg und Rechtsanwalt lic. iur. Fadri Ramming anwesend. J. und I. zogen ihre Widerklage zurück. Im Übrigen liessen sie ihre schriftlichen Berufungsanträge bestätigen. H. beantragte die kostenfällige Abweisung der Berufung und die Gutheissung der Anschlussberufung. Der Kanton Graubünden liess folgende Anträge stellen: „1. Ziffer 1 des Antrages der Berufungsklägerinnen sei gutzuheissen und das angefochtene Urteil sei aufzuheben. 2. Ziffer 2 des Antrages der Berufungsklägerinnen sei gutzuheissen und die Klage des Berufungsbeklagten sowie dessen Anschlussberufung seien vollumfänglich abzuweisen.

#### **E. 9**

3. a) Ziffer 4 des Antrages der Berufungsklägerinnen sei abzuweisen. b) Eventualiter seien sämtliche Rückgriffsansprüche gegenüber dem Kanton Graubünden vollumfänglich abzuweisen. 4. Unter amtlicher und ausseramtlicher Kostenfolge für das Verfahren vor beiden Instanzen – zuzüglich 7,6 % MWSt. – unter solidarischer Haftbarkeit zu Lasten der Berufungsklägerinnen bzw. des Berufungsbeklagten.“ Die drei Rechtsvertreter gaben von ihren Vorträgen im Sinne von Art. 51 Abs. 1 lit. b OG schriftliche Ausführungen zu den Akten. Auf die Begründung der Anträge sowie auf das angefochtene Urteil wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Die Zivilkammer zieht in Erwägung: 1. Vor Vorinstanz ist die Frage aufgeworfen worden, ob die Passivlegitimation der Beklagten gegeben sei. Nach Ansicht der Beklagten hätte H. die vorliegende Klage gegen die notwendige Streitgenossenschaft der Erbgemeinschaft richten sollen und nicht gegen J. und I. persönlich. J. und I. komme im vorliegenden Verfahren keine

Parteistellung zu. Der Grundstückkaufvertrag vom 16. Februar 1996 sei im Namen der Erbgemeinschaft des C. sel. abgeschlossen worden und nach Rückabwicklung desselben sei erneut dieselbe Erbgemeinschaft Eigentümerin der fraglichen Parzelle geworden. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden, zumal die Erbgemeinschaft als Gemeinschaft zu gesamter Hand keine juristische Person darstellt und nicht parteifähig ist. Sie kann als solche nicht klagen oder beklagt werden (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, N 13 f. zu § 5), weshalb der Kläger zu Recht die Klage gegen J. und I. eingeleitet hat. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob J. und I. allenfalls solidarisch für Schulden haften, die aus vertraglichen Verpflichtungen der Erben selbst in gemeinsamen Angelegenheiten entstanden sind. Das Bundesgericht bejaht diese Frage (BGE 93 II 11, E. 2.a) in entsprechender Anwendung der für die Gemeinderschaft und für die einfache Gesellschaft geltenden Vorschriften, welche eine solidarische Haftung vorsehen (Art. 342 Abs. 2 ZGB, Art. 544 Abs. 3 OR). 2. Die Parteien haben am 16. Februar 1996 einen öffentlich beurkundeten Grundstückkaufvertrag über Parzelle Nr. 190 abgeschlossen. Am 30. Mai 1996 wurde dieses im Liegenschafts- und Servitutenregister der Gemeinde A. eingetra-

#### **E. 10**

gen. Gemäss rechtskräftiger Entscheidung der kantonalen Landwirtschaftskommission vom 13. August 1997 fällt die fragliche Parzelle in den Anwendungsbereich des BGGB. Nach Art. 61 BGGB braucht, wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben will, eine Bewilligung. Im Kanton Graubünden ist das Grundbuchinspektorat für die Bewilligungserteilung zuständig (Art. 1 Abs. 1 lit. c kantonale Landwirtschaftsverordnung, BR 910.050). Gemäss Art. 70 BGGB sind Rechtsgeschäfte, die den Bestimmungen über den Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken (Art. 61 bis 69) zuwiderlaufen, nichtig, weil dem Erwerb öffentlichrechtliche Hindernisse entgegenstehen. Vorliegend verweigerte das Grundbuchinspektorat mit in Rechtskraft erwachsener Verfügung vom 3. Dezember 1999 die Bewilligungen zum Erwerb der Parzelle Nr. 190 durch H. gemäss Kaufvertrag vom 16. Februar 1996 sowie zur Überschreitung der Belastungsgrenze für die Errichtung der Kapitalgrundpfandverschreibung vom 30. Mai 1996. Das Grundbuchinspektorat ordnete zugleich die Berichtigung des Grundbuches an, womit die Beklagten wiederum Eigentümerinnen der Parzelle Nr. 190 zu gesamter Hand wurden. 3. Die Vorinstanz hat rund die Hälfte der geltend gemachten Forderung von H. geschützt. Im Wesentlichen ist das Bezirksgericht Plessur wegen fehlender Bewilligung gemäss Art. 61 BGGB von der Nichtigkeit ex tunc des fraglichen Grundstückkaufvertrages vom 16. Februar 1996 ausgegangen und hat für die Rückabwicklung Bereicherungsrecht angewendet. In diesem Zusammenhang stellte die Vorinstanz fest, dass der Kläger bei der Leistung des Kaufpreises noch keine Kenntnis davon hatte, dass eine Bewilligungspflicht nicht beachtet worden war. Dass, wie von den Beklagten behauptet, eine Bereicherung nicht mehr vorhanden sei, sei beweismässig nicht erstellt. In seiner Planungsbeschwerde vom 25. Juli 1997 habe der Kläger zum ersten Mal gestanden, von dritter Seite darauf aufmerksam gemacht worden zu sein, dass beim Abschluss der Kaufvertrages die Bestimmungen des BGGB missachtet worden seien. Bis dahin seien ihm auch die notwendigen und nützlichen Verwendungen von den Beklagten zu ersetzen. Das Verhalten von H. sei schliesslich nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Dies gelte sowohl für die Tatsache, dass der Kläger vom Grundbuchinspektorat eine Feststellungsverfügung nach Art. 84 BGGB verlangt habe, um abzuklären, ob Parzelle Nr. 190 als landwirtschaftliches Grundstück zu qualifizieren sei, dessen Erwerb einer

Bewilligung bedarf, als auch für das Ergreifen des Rechtsmittels gegen diese Verfügung.  
4. a) Die Beklagten machen hauptsächlich geltend, der Kläger habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten, weshalb ihm seine erbrachte Kaufpreisleistung sowie weitere mit dem Grundstückkaufvertrag im Zusammenhang stehende Auf-

#### **E. 11**

wendungen nicht zu erstatten seien. Er habe die an der Dorfzone angrenzende Parzelle erworben, nachdem er sich bereits mehr als ein halbes Jahr vorher um die Einzonung bemüht habe, weshalb nicht behauptet werden könne, der Kläger sei bis zu seiner Äusserung in der Planungsbeschwerde vom 25. Juli 1997 gutgläubig gewesen. Es sei dem Kläger offensichtlich klar gewesen, dass landwirtschaftliche Charakterzüge einer Liegenschaft besonderer Abklärungen und Formerfordernisse bedürfen. Als das Grundstück sodann - nicht wie erhofft - in die Bauzone aufgenommen worden sei, habe der Kläger nach Möglichkeiten gesucht, um den Grundstückkaufvertrag rückgängig zu machen. Gemäss Ansicht der Beklagten hätte H. verschiedene Möglichkeiten gehabt, um völlig legitimer Eigentümer der Liegenschaft zu bleiben, was dem ursprünglichen Vertragsinn entsprachen hätte. So hätte H. überhaupt nichts unternehmen müssen oder zumindest die Verfügung, welche die Nichtanwendbarkeit des bürgerlichen Bodenrechtes feststellte, unangefochten in Rechtskraft erwachsen lassen. Der Kläger habe aber nicht mehr Eigentümer der Liegenschaft bleiben wollen, weshalb er gegen diese Verfügung erfolgreich rekurriert habe. Die Tatsache, dass H. ein Rechtsmittel ergriffen habe, sei nicht rechtsmissbräuchlich. Hingegen sei der Grund, weshalb er dieses Rechtsmittel erhoben habe, als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Schliesslich hätten die Bemühungen der Wiederveräusserung der Parzelle Nr. 190 gezeigt, dass eine Abparzellierung sowie Entlassung des Hauptteils der Parzelle aus dem Geltungsbereich des BGG und anschliessendem Erwerb durch Nichtlandwirte möglich gewesen wäre. Der von den Beklagten eingerufene Kanton Graubünden vertritt ebenfalls die Auffassung, dass das Verhalten von H. als rechtsmissbräuchlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu qualifizieren sei. Der Kläger habe den Kaufvertrag in voller Kenntnis der planungsrechtlichen Voraussetzungen erworben, damit die Liegenschaft als Dauerwohnbaute hätte benutzt werden können, nämlich der erforderlichen Einzonung in die Bauzone. Er habe das bestehende Risiko auf der planungsrechtlichen Ebene wissentlich und willentlich in Kauf genommen. Die offenkundige Treuwidrigkeit von H. bestehe darin, dass er die Verwirklichung des Vertragswillens (Kauf bzw. Verkauf der Parzelle) verhindert habe, weil sich das von ihm individuell und bewusst in Kauf genommene Risiko zwischenzeitlich zu verwirklichen drohte. b) Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 2 ZGB). Art. 2 Abs. 2 ZGB ist zwingendes Recht und ist von Amtes wegen zu beachten. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs gilt nicht nur für den Bereich des ZGB, das OR und das übrige Privatrecht, sondern auch für das öffentliche Recht (Honsell, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl., Basel 2002, N 24 ff.

#### **E. 12**

zu Art. 2 ZGB). Wann ein solcher Missbrauch eines Rechts vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen, wobei die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind. Zu diesen Fallgruppen ist die Rechtsausübung zu zählen, die ohne schützenswertes Interesse erfolgt. Ebenso kann allgemein gesagt werden, dass die Geltendmachung eines Rechts missbräuchlich ist, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und

dadurch erweckte berechnigte Erwartungen enttäuscht. In- dessen ist im Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit unter Berufung auf zwingen- des Recht nur dann ein Rechtsmissbrauch zu erblicken, wenn zusätzliche beson- dere Umstände gegeben sind (BGE 129 III 493 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen). Denn wenn die Rechtsordnung einer gesetzlichen Regelung so grosse Bedeutung zumisst, dass sie diese der Parteidisposition entzieht, kann die Durchsetzung der gesetzlichen Regelung an sich nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden (Honsell, Basler Kommentar, a.a.O., N 44 zu Art. 2 ZGB). Besondere Umstände, welche die Berufung auf zwingendes Recht als missbräuchlich erscheinen lassen sind zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen sind oder sonst wie gewahrt wurden oder wenn die Partei mit der Geltend- machung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren. Solche Umstände können auch vorliegen, wenn die Partei sich auf zwingendes Recht be- ruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hat (BGE 129 III 493 E. 5.1). Rechtsmissbrauch kann schliess- lich auch vorliegen, wenn ein mit einem Rechtsinstitut verknüpftes subjektives Recht in einer Weise ausgeübt wird, die über den Sinn dieses Rechtsinstituts hinausgeht oder dasselbe in Frage stellt. In der Lehre wird dies als zweckwidrige Rechtsausü- bung oder als Institutsmissbrauch bezeichnet. Zum Institutsmissbrauch rechnet man auch die missbräuchliche Inanspruchnahme verfahrensrechtlicher Befugnisse (Honsell, Basler Kommentar, a.a.O., N 51 zu Art. 2 ZGB).

c) Im vorliegenden Fall gilt es zu berücksichtigen, dass das Eigentum des Klägers kraft öffentlichen Rechts rückgängig gemacht worden ist. Die Beklagten sind demnach wieder Eigentümerinnen der fraglichen Parzelle geworden, während dem Kläger lediglich ein Teil der in Zusammenhang mit dem Grundstückkauf er- brachten Leistungen erstattet worden sind. H. wurde nämlich, wie bereits ausge- führt, lediglich der Verkaufserlös von Fr. 113'600.-- ausbezahlt. Dies entspricht dem Betrag, welchen die Beklagten beim Wiederverkauf der Parzelle an F. und G. erzielt

### **E. 13**

haben. Er selber hat einen Kaufpreis von Fr. 180'000.-- geleistet. Unter diesen Um- ständen ist aber den Beklagten die Einrede des Rechtsmissbrauchs zu verweigern, weil sie sich selber rechtsmissbräuchlich verhalten. Wem aufgrund zwingenden öf- fentlichen Rechts die gesamte Vertragsleistung erstattet worden ist, muss auch dem Gegner zugestehen, dass diesem seine erbrachte Kaufpreisleistung sowie weitere mit dem Grundstückkaufvertrag im Zusammenhang stehende Aufwendungen er- setzt werden. Erhebt diejenige Partei, welche – im Gegensatz zur Vertragspartei – ihre gesamte Vertragsleistung aufgrund zwingenden Rechts zurückerhalten hat, den Einwand des Rechtsmissbrauchs, um zu verhindern, dass die Gegenpartei ebenfalls ihre erbrachte Leistung zurückfordern kann, verhält sie sich ihrerseits wi- dersprüchlich und verdient deshalb keinen Rechtsschutz (ähnliche Argumentation Jörg Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 8. Aufl., Zürich 2003, N 567). Selbst wenn das Verhalten der Beklagten nicht als widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren wäre, ist der Einwand der Beklagten – die Klage sei wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Klägers abzuweisen – nicht zu hören. Das Institut des Rechtsmissbrauchs bietet in der vorhandenen Sachlage keine Handhabe, um dem Kläger die Rückerstattung seiner Leistung zu verweigern. Es gilt zu beachten, dass der Grundstückkaufvertrag vom 16. Februar 1996 in An- wendung zwingenden Rechts als

nichtig qualifiziert wurde. Das Grundbuchinspek- torat verweigerte mit in Rechtskraft erwachsener Verfügung vom 3. Dezember 1999 die Bewilligung zum Erwerb der Parzelle Nr. 190 durch H. und ordnete eine Grund- buchberichtigung an, wonach H. als Eigentümer im Grundbuch zu streichen sei und an seiner Stelle wiederum J. und I. als Eigentümerinnen zufolge Erbengemeinschaft einzutragen seien. Die Grundbuchberichtigung wurde am 7. Februar 2000 vollzo- gen. Es besteht ein wichtiges öffentliches Interesse, dass der Zugang zu landwirt- schaftlichem Boden als bäuerlicher Produktionsfaktor nicht dem freien Markt über- lassen wird. Dieses öffentliche Interesse ist höher zu werten als individuelle Inter- essen der Parteien. Wenn die Rechtsordnung einer gesetzlichen Regelung so grosse Bedeutung zumisst, dass sie diese der Parteidisposition entzieht, kann die Durchsetzung der gesetzlichen Regelung an sich – wie bereits ausgeführt - nicht als rechtsmissbräuchlich qualifiziert werden. Somit kann die Tatsache nicht als rechtmisbräuchlich qualifiziert werden, dass H. vom Grundbuchinspektorat eine Feststellungsverfügung gemäss Art. 84 BGGB verlangt hat, um abzuklären, ob Pa- rzelle Nr. 190 dem BGGB untersteht und in der Folge diese Verfügung mit einem Rechtsmittel angefochten hat. Zusätzliche besondere Umstände im Sinne der Lehre und Rechtsprechung (vgl. Erw. 4.b), welche die Berufung auf zwingendes Recht als

#### **E. 14**

rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen, liegen hier nicht vor. Solche besondere Umstände sind, wie bereits ausgeführt, zu bejahen, wenn die von der angerufenen Norm zu schützenden Interessen entfallen oder sonst wie gewahrt wurden oder wenn die Partei mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet, dass der anderen Partei dadurch verunmöglicht wurde, ihre eigenen Interessen zu wahren. Keine dieser Konstellationen ist hier gegeben. Im Weiteren können solche Umstände auch vorliegen, wenn die Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen und damit beim Rechts- erwerb unredlich gehandelt hat (BGE 129 III 493 E. 5.1). Es ist vorliegend davon auszugehen, dass der Kläger zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Kenntnis davon hatte, dass der Grundstückkauf einer Bewilligungspflicht unterliegt. Erst im Rahmen der Planungsbeschwerde vom 25. Juli 1997 äusserte sich H. erstmals da- hingehend, er sei von dritter Seite darauf aufmerksam gemacht worden, dass das BGGB missachtet worden sei (bB 36). Einen anderen Schluss lassen die Akten – entgegen der Ansicht der Beklagten und des Kantons Graubünden - nicht zu. Die Beklagten behaupten, H. hätte seit dem Einzonungsgesuch im Sommer 1995 Zwei- fel über die Anwendbarkeit des BGGB haben müssen. Selbst wenn der Kläger da- von Kenntnis gehabt hätte, dass das BGGB Anwendung findet, bedeutet dies nicht, dass der in juristischen Angelegenheiten unerfahrene H. wusste, was das BGGB beinhaltet und insbesondere, dass Art. 61 Abs. 1 BGGB eine Bewilligungspflicht für den Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks vorschreibt. Der Kanton Graubünden will aus dem Umstand, dass der Grundbuchverwalter dem Rechtsver- treter der Beklagten mit Brief vom 8. Februar 1995 den Kaufvertragsentwurf zur Stellungnahme unterbreitet hat, ableiten, aufgrund der Mitwirkungs- und Auf- klärungspflicht habe zumindest die eine Partei Kenntnis von der Bewilligungspflicht gehabt. Selbst wenn die Beklagten über die Bewilligungspflicht aufgeklärt worden wären, kann nicht behauptet werden, der Kläger habe gewusst, dass für den Erwerb des fraglichen Grundstücks eine Bewilligung des Grundbuchinspektorats erforder- lich ist. Hatte H. nach dem Gesagten keine Kenntnis von der besagten Bewilligungs- pflicht, so kann dem Kläger nicht angelastet werden, er habe

sich bewusst einverstanden erklärt, einen Grundstückskaufvertrag ohne die erforderliche Bewilligung abzuschliessen, um später, im Widerspruch dazu, ein Bewilligungsverfahren einzuleiten. Somit kann nicht gesagt werden, der Kläger habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten. Schliesslich kann dem Kläger auch nicht vorgeworfen werden, er habe ein Rechtsmittel zweckwidrig verwendet, indem er den Entscheid des Grundbuchinspek-

#### **E. 15**

torats, welcher sein Eigentum garantiert hätte, mit Beschwerde an die Landwirtschaftskommission angefochten hat. Zweck des Rechtsmittels war die Prüfung, ob die Parzelle in den Anwendungsbereich des BGGB fällt. Es wurde in jenem Verfahren weder die Nichtigkeit des Kaufvertrages noch die Rückabwicklung angestrebt. d) Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass die Beklagten den Einwand des Rechtsmissbrauchs nicht erheben können, weil sie sich selber rechtsmissbräuchlich verhalten haben. Selbst aber wenn die Beklagten sich nicht rechtsmissbräuchlich verhalten haben sollten, kann nicht behauptet werden, der Kläger habe die Rückabwicklung des Kaufvertrages rechtsmissbräuchlich herbeigeführt. 5. a) Fest steht, dass das Grundbuchinspektorat mit Verfügung vom 3. Dezember 1999 die Bewilligung zum Erwerb der Parzelle Nr. 190 durch H. verweigert und verfügt hat, dass H. als Eigentümer im Grundbuch zu streichen sei und an seiner Stelle wiederum J. und I. als Eigentümerinnen zufolge Erbengemeinschaft einzutragen seien. Die Grundbuchberichtigung wurde am 7. Februar 2000 vollzogen. Die Vertragsleistung der Beklagten aus dem Grundstückskaufvertrag wurde demnach kraft öffentlichen Rechts rückgängig gemacht. Zur Begründung wurde im Wesentlichen festgehalten, die nach Art. 61 BGGB notwendige Bewilligung könne nachträglich nicht erteilt werden, weil der Kläger kein Selbstbewirtschafter sei, kein wichtiger Grund vorliege und ein übersetzter Preis vereinbart worden sei (Art. 63 f. BGGB). Der Grundstückskaufvertrag sei gemäss Art. 70 BGGB ex nunc nichtig und die Eintragung im Grundbuch habe aufgrund des Kausalitätsprinzips keinen Eigentumsübergang zur Folge. Als Gegenstück dieser kraft öffentlichen Rechts durchzuführenden Grundbuchberichtigung könne H. Geldleistungen unter dem bereicherungsrechtlichen Blickwinkel des nicht verwirklichten Grundes im Sinne von Art. 62 Abs. 2 OR zurückfordern, wobei ein Entscheid hierüber dem ordentlichen Zivilrichter obliege (kB 7). b) Verträge, die gegen eine Norm des öffentlichen Rechts verstossen, sind nicht in jedem Fall nichtig, aber immer dann, wenn diese Rechtsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird (Jürg Schmid, a.a.O., N 684). Art. 70 BGGB erklärt Rechtsgeschäfte für nichtig, welche den Bestimmungen über den Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken (Art. 61-69) zuwiderlaufen. Die Nichtigkeit nach Art. 19 und 20 OR bedeutet, dass ein Vertrag keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen zu erzeugen vermag. Sie wirkt grundsätzlich ex tunc, ist unheilbar, von Amtes wegen zu beachten und ihr Zweck besteht darin, den vor Vertrags-

#### **E. 16**

schluss herrschenden Zustand wiederherzustellen (vgl. Claire Huguenin, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl., Basel 2003, N 53 ff. zu Art. 19/20 OR). Die Beschränkung der vertragsrechtlichen Abschlussfreiheit durch das Bewilligungsverfahren ist jedoch zu unterscheiden von den unter Art. 19/20 OR fallenden Beschränkungen, da diese die Vertragsfreiheit der Parteien lediglich bezüglich der Inhalts- und nicht der Abschlussfreiheit beschränkt (Jörg Schmid, a.a.O., N 720 f.) Das BGGB gibt weder Antwort auf die Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Nichtigkeit noch wird

eine Anspruchsgrundlage für sich allenfalls ergebende Rückleistungsansprüche genannt. Demnach ist zunächst zu ermitteln, ob die Nichtigkeit ex nunc oder ex tunc wirken soll. Danach ist zu prüfen, ob sich – wie vom Kläger vertreten – die Annahme eines vertraglichen Liquidationsverhältnisses rechtfertigt. c) Die Vorinstanz hat überzeugend dargelegt, dass vorliegend lediglich die Nichtigkeit mit Wirkung ex tunc, das heisst auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück, gerechtfertigt erscheint (Erw. 5.b). Auf die genannten Erwägungen wird im Sinne von Art. 229 Abs. 3 ZPO verwiesen. Es gilt insbesondere zu berücksichtigen, dass kein Dauerschuldverhältnis vorliegt, wo die Rechtswirkungen auf die Zukunft (ex nunc) zu beschränken sind (vgl. BGE 129 III 329). Die Annahme einer Nichtigkeit ex nunc würde zur Folge haben, dass die Leistungen, die bis zur Bewilligungsverweigerung erbracht wurden, nicht rückabgewickelt würden. Das Grundstück wurde jedoch bereits kraft öffentlichen Rechts rückübertragen, weshalb auch dem Käufer zuzugestehen ist, die erbrachten Leistungen zurückzuerlangen. Zu prüfen bleibt, auf welche Anspruchsgrundlage sich der Kläger dabei stützen kann. d) Der Kläger vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, das Bundesgericht habe sich bereits in BGE 114 II 157 der von einer neueren Lehrmeinung vertretenen Umwandlungstheorie angeschlossen, wonach der Rücktritt von einem Vertrag zu einer inhaltlichen Umgestaltung des Vertragsverhältnisses führe, das zunächst als vertragliches Abwicklungsverhältnis fortbestehe. Zwar lasse der Rücktritt unerfüllte Leistungspflichten für die Zukunft untergehen. Soweit aber geleistet worden sei, begründe er obligatorische Rückleistungspflichten, welche auch vertragliche Treue- und Schutzpflichten einschliesse. Jede Partei werde also verpflichtet, das Erhaltene entweder in natura oder wertmässig zurückzuerstatten. Die Rückleistungspflichten seien vertraglicher Natur, also weder Pflichten aus ungerichtfertiger Bereicherung (Art. 62 ff. OR), noch sachenrechtliche Herausgabepflichten (Art. 641 Abs. 2 ZGB), weshalb der Kläger die volle Leistung zurückfordern

#### **E. 17**

könne. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Das Kantonsgericht schliesst sich auch in diesem Punkt der Auffassung der Vorinstanz an, wonach die erbrachten Leistungen aufgrund des nichtigen Vertrages gestützt auf Bereicherungsrecht (Art. 62 ff. OR) zurückgefordert werden können. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil, S. 15 f. Erw. 5.c, verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Zu Recht weist das Bezirksgericht Plessur darauf hin, dass dem vorliegenden Grundstückkaufvertrag die notwendige öffentlich-rechtliche Bewilligung fehlt. Es liegt ein ex tunc nichtiges Vertragsverhältnis vor, das gar nie zustande gekommen ist. Es fehlt damit bereits die vertragliche Grundlage, welche die Umwandlung in ein obligatorisches Rückabwicklungsverhältnis ermöglichen würde. Der Berufungskläger wendet dagegen ein, wesentlich sei, dass die Parteien einen Kaufvertrag abgeschlossen haben, welcher in allen Teilen vollzogen worden sei. Es spiele keine Rolle, ob der Kaufvertrag von Anfang an nichtig gewesen sei oder nicht. Es gehe einzig darum, den Zustand herzustellen, welcher vor Abschluss des Vertrages bestanden habe. Somit ergebe sich aber der Rückforderungsanspruch des Klägers aus Vertrag, welcher – auch wenn er von Anfang an nichtig gewesen sei – durch das Grundbuchamt vollzogen worden sei. Der Kläger übersieht bei seiner Argumentation, dass im vorliegenden Fall ein öffentliches Interesse betroffen ist. Dieses ist nun nicht einfach deshalb unbeachtlich geworden, weil die verbotene Leistung erbracht worden ist. Daher rechtfertigt es sich, die Rückabwicklung den ausservertraglichen Regeln zu unterstellen (vgl. Nicolas Rouiller, Der widerrechtliche Vertrag:

die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit, Bern 2002. S. 287 f.). Anders wäre zu entscheiden gewesen, wenn es sich um ein ganz oder teilweise bereits abgewickelter Dauerschuldverhältnis gehandelt hätte, wo die Rückabwicklung nach reinen Vindikations- und Bereicherungsgrundsätzen auf erhebliche Schwierigkeiten stösst oder sich als unmöglich erweist (BGE 129 III 328). Entgegen der Ansicht des Klägers entspricht dieses Ergebnis auch den Schlussfolgerungen des Bundesgerichtes in einem neuen Entscheid (BGE 129 III 503). Hauptthema dieses Entscheides bildet zwar die Frage nach dem Beginn der relativen Verjährungsfrist für den Bereicherungsanspruch. Doch ist den Ausführungen des Bundesgerichts ganz klar zu entnehmen, dass in ähnlich gelagerten Fällen wie den vorliegenden Bereicherungsrecht zur Anwendung gelangt. 6. a) Gemäss Art. 62 OR hat derjenige, welcher in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Diese Verbindlichkeit tritt insbesondere dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat. Der Bereicherungsanspruch ist

### **E. 18**

ein relatives, das auf Abschöpfung des ungerechtfertigten Vermögensvorteils zielt. Die Bereicherung kann durch Zuwendung ohne jeden gültigen Grund entstehen. Hierunter sind die Fälle zu rechnen, in denen sich die Parteien über den Rechtsgrund nicht geeinigt haben, und jene Fälle, in denen die zu erfüllende Forderung nicht besteht. In der Regel handelt es sich dabei um Leistung einer Nichtschuld. Wenn in Erwartung eines Vertragsabschlusses bereits (teilweise) erfüllt wird und anschliessend der Vertrag nicht zustande kommt, liegt eine Zuwendung aus einem nicht verwirklichten Grund vor. Die Zuwendung aus nachträglich weggefallenem Grund liegt hingegen vor, wenn jemand aufgrund eines bestehenden Vertrages ganz oder teilweise erfüllt hat und der Vertrag im Nachhinein wegfällt (Hermann Schulin, Basler Kommentar, a.a.O., N 11 ff. zu Art. 62 OR). Wie die Vorinstanz richtig erwogen hat (S. 17, Erw. 6.b), liegt vorliegend eine Leistung ohne jeden gültigen Grund vor, da die Parteien ihre Hauptleistungspflichten aus dem Grundstückkaufvertrag erfüllten, ohne zu wissen, dass eine Bewilligung des Grundbuchinspektors notwendig gewesen wäre, und in der Annahme einer bestehenden Leistungspflicht. b) Die Bereicherung, wie sie (seinerzeit) eingetreten ist, muss in vollem Umfang ausgeglichen werden. Soweit Wertersatz geschuldet ist, bestimmt sich die Ersatzforderung nach dem Verkehrswert der Bereicherung (objektive Berechnung). Sodann müssen bei grundlos geleisteter Zahlung die tatsächlich erlangten Zinsen zurückerstattet werden (BGE 116 II 689, 692). Vorliegend hat der Kläger einen Kaufpreis von Fr. 180'000.-- geleistet. Um diese Summe wurden die Beklagten bereichert und der Kläger entreichert. Beim Wiederverkauf des fraglichen Grundstücks an F. und G. wurde der Verkaufserlös von Fr. 113'600.-- direkt dem Kläger ausbezahlt. Demnach verbleibt eine Restforderung von Fr. 66'400.--. Den Akten kann nicht entnommen werden, dass die Beklagten den Betrag zinsbringend angelegt haben. Wie bereits ausgeführt, erfolgte die Leistung ohne jeden gültigen Rechtsgrund (vgl. Erw. 6.a). Bleibt zu prüfen, ob der Kläger die Leistung im Irrtum über die Schuldspflicht erbracht hat. Denn wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat (Art. 63 Abs. 1 OR). Es ist unbestritten, dass der Kläger den Kaufpreis freiwillig bezahlt hat. Umstritten ist hingegen die Frage, ob der Kläger im Irrtum über die Schuldpflicht geleistet habe. Wie bereits in Erw. 4.c dargelegt, ist vorliegend davon auszugehen, dass der Kläger zum

Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine Kenntnis davon hatte, dass der Grundstückkauf einer Bewilligungspflicht unterliegt. Erst im Rahmen der Planungsbeschwerde vom 25. Juli 1997 äusserte sich H. erstmals dahingehend, er sei von dritter Seite darauf auf-

#### **E. 19**

merksam gemacht worden, dass das BGBB missachtet worden sei. Den Akten können keine Indizien entnommen werden, wonach H. bereits früher Kenntnis von der besagten Bewilligungspflicht hatte. Der Kläger hat somit freiwillig und im Irrtum über die Schuldpflicht bezahlt. c) Die Beklagten machen geltend, aus der Erbschaft sei J. lediglich Fr. 20'000.-- ausbezahlt worden. Der Rest der Erbschaft habe für die Teilungskosten verwendet werden müssen, weshalb H. selbst bei korrektem Verhalten lediglich Fr. 20'140.60 hätten zugesprochen werden können. Aber auch dieser Betrag sei in der Zwischenzeit in gutem Glauben verbraucht worden, weshalb keine Bereicherung mehr vorhanden sei. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die Rückerstattung kann gemäss Art. 64 OR insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste. Leitender Grundgedanke dieser Ausnahmebestimmung ist der, dass der gutgläubig Bereicherte nach der Rückerstattung der Bereicherung nicht schlechter dastehen soll, als wenn die Bereicherung nicht eingetreten wären (BGE 82 II 439). Der Bereicherungsanspruch vermindert sich daher um den „Bereicherungsschaden“, der dem Bereicherten erwächst: dadurch, dass er im Vertrauen auf die Endgültigkeit der Bereicherung entweder eine Verfügung trifft, die sein Vermögen beeinträchtigt (z.B. eine Schenkung vornimmt oder sich auf eine Vergnügungsreise begibt); oder dass er eine vermögenserhaltende Massnahme unterlässt. Kein solcher „Bereicherungsschaden“ liegt hingegen insoweit vor, als der Bereicherte durch Verbrauch einer grundlosen Zuwendung notwendige Ausgaben (Unterhaltskosten, Heilungskosten) deckt (Ersparnisbereicherung). Massgebend ist der Zeitpunkt, in dem der Bereicherungsanspruch erstmals geltend gemacht wird, spätestens der Zeitpunkt der Klageerhebung (Jörg Schmid, a.a.O., N 1518 ff. mit weiteren Hinweisen). Die Beklagten tragen die Beweislast für Umstände, die eine Rückerstattungspflicht ausschliessen oder vermindern (Art. 8 ZGB). Vorliegend verweisen die Beklagten lediglich auf die bei den Akten liegenden Unterlagen der erbrechtlichen Teilung (bB 24 und 25), um zu beweisen, dass keine Bereicherung mehr vorhanden sei. Zwar kann diesen Akten entnommen werden, dass J. Fr. 20'140.60 ausbezahlt worden sind. Es gilt aber zu berücksichtigen, dass vorab erhebliche Schulden des Erblassers beziehungsweise der Erbengemeinschaft beglichen worden sind. Bei der Bezahlung von Schulden der Erbengemeinschaft handelt es sich aber nicht um einen „Bereicherungsschaden“ im Sinne von Lehre und Rechtsprechung, sondern um eine Ersparnisbereicherung. Insoweit entfällt die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung. Was die ausbezahlte Summe

#### **E. 20**

von Fr. 20'140.60 betrifft, fehlt jeglicher Beweis, dass J. im Vertrauen auf die Endgültigkeit der Bereicherung eine Verfügung getroffen hat, die ihr Vermögen beeinträchtigt hat, oder eine vermögenserhaltende Massnahme unterlassen hat. Somit kann der Einwand der Beklagten nicht gehört werden, es sei im Zeitpunkt der Rückforderung keine Bereicherung mehr vorhanden. Ebensowenig ist der Einwand stichhaltig, bei Anwendung des bauerlichen Bodenwerts hätte der Verkauf der Liegenschaft lediglich einen Erlös von

etwa Fr. 20'000.-- erzielt, so dass die Erbschaft als überschuldet anzusehen gewesen wäre und die Beklagten diese ausgeschlagen hätten. Tatsache ist nämlich, dass nach der Rückübertragung des Eigentums die Berufungsklägerinnen die Liegenschaft für Fr. 113'600.-- weiterverkaufen konnten. d) Wie die Vorinstanz korrekt ausgeführt hat, kann die Kondiktion des restlichen Kaufpreises schliesslich auch nicht gestützt auf Art. 66 OR verweigert werden. Gemäss Art. 66 OR muss die Leistung in der Absicht vorgenommen worden sein, einen rechtswidrigen oder sittenwidrigen Erfolg herbeizuführen. Wie bereits mehrfach ausgeführt, wusste der Kläger im Zeitpunkt der Vertragsschliessung nicht, dass der Grundstückkauf einer Bewilligungspflicht unterliegt. Es kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO). e) Im Resultat kann somit festgehalten werden, dass der Kläger einen Anspruch auf Rückleistung des restlichen Kaufpreises in Höhe von Fr. 66'400.-- gegenüber den solidarisch haftenden Beklagten hat (vgl. Erw. 1). 7. Im Weiteren verlangt der Kläger auch Ersatz für weitere Kosten, die ihm im Zusammenhang mit dem Grundstückkauf entstanden sind. Im Bereicherungsrecht regelt Art. 65 OR den Ersatz von notwendigen und nützlichen Verwendungen. Art. 65 OR findet jedoch nur Anwendung, soweit der Bereicherungsanspruch die Rückerstattung der Sache selbst betrifft (vgl. Hermann Schulin, Basler Kommentar, a.a.O., N 1 zu Art. 65 OR). Vorliegend ist das fragliche Grundstück bereits mittels Grundbuchberichtigung an die Beklagten übertragen worden, weshalb nachfolgend zu prüfen ist, ob Art. 939 ZGB als Grundlage für den Ersatz von den vom Kläger getätigten Verwendungen dienen kann. a) Gemäss Art. 939 Abs. 1 ZGB kann der gutgläubige Besitzer, wenn der Berechtigte die Auslieferung der Sache verlangt, für die notwendigen und nützlichen Verwendungen Ersatz beanspruchen und die Auslieferung bis zur Ersatzleistung verweigern. Verwendungen im Sinne von Art. 939 ZGB sind alle aus freien Stücken im Interesse der Sache gemachten Leistungen. Verwendungen können zu einer

## **E. 21**

körperlichen Veränderung der Sache führen (Umbau, Neuanlage, Ausbesserung, Sicherungsarbeiten). Daneben kommen aber auch andere Aufwendungen für die Sache in Frage, wie die Bestreitung von Lasten der Sache (Steuern und Beiträge für die Sache wie Grundsteuern, Strassenbeiträge, ausserdem grundpfandgesicherte Zinsen) und Massnahmen zu ihrer Erhaltung (Versicherungsprämien, Kosten für Wartung von Tieren) sowie Kosten der Abhaltung von Gefahren, welche die Sache bedrohen. Auch die Ablösung von Pfand- und Pfändungsrechten stellt eine Verwendung dar. Keine Verwendungen sind Auslagen aus dem Rechtsgeschäft, aus dem der Besitz herrührt, zum Beispiel der Kaufpreis. Notwendig sind die Verwendungen, die den Regeln einer ordnungsgemässen Verwaltung und Bewirtschaftung der Sache entsprechen. Nützlich sind die Verwendungen, die ohne notwendig zu sein, nach den Grundsätzen einer umsichtigen Bewirtschaftung zum Vorteil der Sache, insbesondere zur Steigerung ihres Wertes oder Ertrages, gemacht werden. Die Höhe des Ersatzanspruches wird primär durch die tatsächlichen Aufwendungen des Besitzers bestimmt. Der Ersatzanspruch für Verwendungen kann nur geltend gemacht werden, wenn die Sache dem Berechtigten herauszugeben ist oder wenn sie auf anderem Wege vom Berechtigten erlangt worden ist. Wenn der unberechtigte Besitzer die Sache dem Anspruchsteller ausgehändigt hat ohne Verwendungersatz zu verlangen, ist er damit ausgeschlossen. Das gilt aber nicht, wenn der berechtigte Besitzer die Sache nicht durch Besitzübertragung, sondern auf anderem Wege erlangt hat. Dann kann der Anspruch auf Verwendungersatz selbständig geltend gemacht werden. (Emil. W. Stark, Berner Kommentar, IV/3./1., Bern 2001, N 2 ff. zu Art.

939 ZGB; Emil W. Stark, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 2. Aufl., Basel 2003; N 1 ff. zu Art. 939 ZGB). b) Vorliegend kann der Kläger den Anspruch auf Verwendungsersatz selbständig geltend machen, zumal das Grundstück aufgrund einer kraft öffentlichen Rechts durchgeführten Grundbuchberichtigung an die Gesamteigentümerinnen zurückübertragen worden ist und er nicht die Möglichkeit hatte, seine Ansprüche auf Verwendungsersatz geltend zu machen. Es gilt somit als nächstes zu prüfen, ob der Kläger gutgläubig im Sinne von Art. 939 Abs. 1 ZGB besessen hat. Entscheidend ist die Frage, ob der Erwerber glaubt und glauben darf, dass er berechtigter Besitzer sei (Emil W. Stark, Berner Kommentar, a.a.O., N 5 zu Art. 938- 940 ZGB). Wie bereits ausgeführt (vgl. Erw. 4.c), war dem Kläger im Zeitpunkt des Erwerbs des fraglichen Grundstücks nicht bekannt, dass Art. 61 Abs. 1 BGG eine Bewilligungspflicht für den Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks vorschreibt. Erst im Rahmen seiner Planungsbeschwerde vom 25. Juli 1997 äusserte er sich dahingehend, von dritter Seite darauf aufmerksam gemacht worden zu sein,

## **E. 22**

dass beim Abschluss des Kaufvertrages die Bestimmungen des BGG missachtet worden seien. Anlässlich einer Besprechung beim kantonalen Grundbuchinspektorat sei er darauf aufmerksam gemacht worden, dass der Grundstückkaufvertrag vom 16. Februar 1996 nichtig sei. Wann diese Besprechung stattgefunden hat, kann den Akten nicht entnommen werden. Spätestens seit dem 25. Juli 1997 kann der Kläger nicht mehr als gutgläubiger Besitzer betrachtet werden, weshalb die Beklagten ihm bis dahin die notwendigen und nützlichen Verwendungen zu ersetzen haben. Wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat (Art. 229 Abs. 3 ZPO), fallen darunter die tatsächlichen Aufwendungen für die Installationsarbeiten im Zusammenhang mit Abwasserentsorgung, Elektrizität und Kanalisationsanschluss (Rechnungen der K. AG vom 5. März 1996, Fr. 5'850.05, kB 10; P. L. vom 28. März 1996, Fr. 3'740.30, kB 11, M. AG vom 30. April 1996, Fr. 5'341.45, kB 12, der Gemeinde A. vom 20. September 1996, Fr. 3'205.--, kB 15) und von N. vom 10. April 1997 (Fr. 2'000.--, kB 19). Ebenfalls zu erstatten sind die Prämien für die Gebäudeversicherung (Fr. 124.70, kB 17), welche objektiv notwendig waren. Nicht zu vergüten ist die Rechnung der Gebäudeversicherung für das Jahr 1996, da diese Rechnung nicht zu den Akten gegeben wurde. c) Keine Verwendungen sind, wie bereits ausgeführt, Auslagen aus dem Rechtsgeschäft, aus dem der Besitz herrührt, wie zum Beispiel der Kaufpreis. Daher sind die Kosten des Vertragsabschlusses (Gebührenrechnung Grundbuchamt, Fr. 1'243.85, kB 8) und die Handänderungssteuer der Gemeinde A. (Fr. 1'800.--, kB 9) nicht zurückzuerstatten. Ist der Kaufpreis keine Verwendung im Sinne von Art. 939 ZGB, so kann auch die Finanzierung des Kaufpreises - unabhängig davon, ob durch Eigen- oder Fremdkapital - nicht als objektiv nützliche oder notwendige Verwendung gemäss Art. 939 ZGB qualifiziert werden. Aus diesem Grund sind die vom Kläger geltend gemachten Aufwendungen für die Verzinsung des Eigen- und Fremdkapitals in der Höhe von Fr. 63'000.-- nicht zu vergüten. Ebenfalls nicht auszugleichen sind die eigens verursachten Kosten für die Wasserzähler (Fr. 424.--, kB 14) sowie die Kosten für die Anmerkung des Zweckentfremdungsverbots (Fr. 18.--, kB 16). Schliesslich haben die Beklagten nicht diejenigen Kosten zu bezahlen, welche der Kläger durch die Nutzung der Parzelle verursacht hat, wie Fernsehgebühren (Fr. 264.--, kB 17) und Wasserverbrauch (Fr. 214.50, kB 18). d) Wenn dem herausgabepflichtigen Besitzer ein Ersatzanspruch für Verwendungen zusteht, muss er sich darauf nach Art. 939 Abs. 3 ZGB den Nutzen anrechnen lassen, den er tatsächlich aus der Sache gezogen hat. Zu den Nutzen

gehören nicht nur die natürlichen und zivilen Früchte der Sache, sondern auch

### **E. 23**

sonstige Vorteile, welche die Sache durch ihren Gebrauch gewährt, wie das Bewohnen eines Hauses (Emil W. Stark, Berner Kommentar, a.a.O., N 9 zu Art. 938 ZGB und N 15 ff. Art. 939). Die Vorinstanz hat zu Recht festgehalten, dass die im Recht liegenden Rechnungen zu den Umbauarbeiten und dem Verbrauch von Wasser und Strom sowie der Abfuhr von Privatkehricht darzulegen vermögen, dass der Kläger die Liegenschaft in den Jahren 1996 bis 1999 genutzt hat. Damit sei dem Kläger der Miet- oder Pachtzins für ein gleichwertiges Objekt erspart geblieben. Der amtlichen Grundstückschätzung der Parzelle Nr. 190 vom 10. Dezember 1999 lasse sich entnehmen, dass mit einer Vermietung ein Ertrag von Fr. 5'980.-- jährlich erzielt werden könne. Dieser Wert könne zur Bemessung des Nutzens des Klägers herangezogen werden. Im Weiteren berücksichtigte die Vorinstanz die Tatsache, dass die Nutzung des „Futterhäuschen“ auf 180 Tage im Jahr beschränkt war (bB 21; kB 3,5). Da die Liegenschaft von Februar 1996 bis Dezember 1999 im Besitz des Klägers gewesen sei, müsse er sich für 24 Monate (4 Jahre x 180 Tage) den wertmässigen Nutzen von Fr. 11'960.-- anrechnen lassen. Dies ist nicht zu beanstanden. e) Für die Dauer des bösgläubigen Besitzes, demnach ab dem 25. Juli 1997, hat der Kläger nur Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, die auch für die Berechtigten notwendig gewesen wären (Art. 940 Abs. 2 ZGB). Wie die Vorinstanz auch in diesem Zusammenhang richtig festgehalten hat, sind die Prämien für die Gebäudeversicherung von insgesamt Fr. 367.20 (kB 20, 23, 32) als notwendige und im Interesse der Sache getätigten Verwendungen zu qualifizieren. Die Prämien der Jahre 2001 bis 2003 sind hingegen von den Beklagten selber geleistet worden (bB 108). Nicht zu erstatten sind auch die vom Kläger geltend gemachten Kosten für den Fernsehempfang (Fr. 264.--, kB 20; Fr. 72.--, kB 27), Strom (Fr. 80.--, kB 26; Fr. 319.90, kB 28; Fr. 120.--, kB 29; Fr. 120.--, kB 30), für seinen Privatkehricht (Fr. 335.40, kB 25) und das Wasser (Fr. 204.--, kB 21; Fr. 189.--, kB 24; Fr. 149.--, kB 34). Ebenfalls nicht zu vergüten sind die Kosten für das durch den Kläger instanziierte Beschwerdeverfahren (Fr. 967.--, kB 22), die Verfügung des Grundbuchinspektorates (Fr. 375.--, kB 33), die im Jahre 2002 veröffentlichten Inserate (Fr. 482.15, kB 37) und die Schätzung (Fr. 70.--, kB 31). 8. Zu prüfen bleibt, ob die vom Kläger geltend gemachten Forderungen gestützt auf eine andere Anspruchsgrundlage als der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) und des Besitzesrechtes (Art. 939 f. ZGB) zu schützen sind. Die Vorinstanz erwog, dass weder eine vertragliche noch eine ausservertragliche Haftung in Frage käme. Auf die zutreffenden Ausführungen kann verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO).

### **E. 24**

9. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Beklagten dem Kläger den restlichen Kaufpreis von Fr. 66'400.-- zurückzahlen haben und zudem mit dem nichtigen Verkaufsgeschäft zusammenhängende Aufwendungen von insgesamt Fr. 20'628.70 zu vergüten haben. Von den Aufwendungen von Fr. 20'628.70 sind Fr. 11'160.-- zu subtrahieren. Dieser Betrag entspricht dem Nutzen, den der Kläger aus der Sache gezogen hat (vgl. Art. 939 Abs. 3 ZGB). Der Kläger verlangt überdies 5 % Zins ab dem 15. September 1999. Gemäss Art. 104 Abs. 1 OR beträgt der gesetzliche Verzugszins 5 %. Bezüglich Beginn der Verzinsung kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO). 10. Die Beklagten machten widerklageweise eine Forderung von Fr. 38'725.15 nebst Zins geltend. Anlässlich der Hauptverhandlung vor

Kantongericht liessen die Beklagten ihre Widerklage fallen. Vom Rückzug der Widerklage wird so- mit Vormerk genommen. 11. In der Prozessantwort vom 17. November 2004 verkündeten die Be- klagten dem Kanton Graubünden im Sinne von Art. 30 ZPO den Streit. Sie stellten den Antrag, es sei ebenfalls über den Rückgriffsanspruch im Sinne von Art. 32 ZPO zu entscheiden. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Grund- buchverwalter habe seine gesetzlichen Pflichten als Notar und Grundbuchführer verletzt, indem er den landwirtschaftlichen Charakter der fraglichen Parzelle ver- kannt habe. Der Kanton Graubünden habe nun den beträchtlichen Schaden zu tra- gen. Die Vorinstanz trat auf das Begehren um Beurteilung der Rückforderungsan- sprüche gegenüber dem Kanton Graubünden nicht ein, da die Beklagten ihren Rückforderungsanspruch nicht beziffert haben. Die Bezifferung eines Maximalfor- derungsbetrages wäre nach Ansicht des Bezirksgerichtes Plessur möglich gewe- sen, zumal den Beklagten bereits seit der Vermittlung bekannt gewesen sei, dass der Kläger ihnen gegenüber Ansprüche von maximal Fr. 150'000.-- geltend mache und sie in einem bereits instanziierten Verfahren gegenüber dem Kanton Ansprüche in Höhe von Fr. 38'725.15 dem Gericht zur Beurteilung unterbreitet hätten. Es gilt vorliegend zu berücksichtigen, dass die Beklagten bereits am 15. April 2004 eine Klage gegenüber dem Kanton Graubünden anhängig gemacht haben. Sie fordern die Bezahlung von Fr. 38'715.15 (Proz. Nr. 110-2004-51). Diese Klage ist noch hängig. Die Streitverkündung an den Kanton erfolgte erst später, nämlich in der Prozessantwort vom 17. November 2004. Ist der Streit über ein bestimmtes Recht oder Rechtsverhältnis zwischen den Parteien hängig, so fehlt ein Rechtschut-

## **E. 25**

zinteresse an der Zulassung einer zweiten identischen Klage, wenn erwartet werden kann, dass im ersten Prozess ein vollstreckbares Sachurteil ergehen wird (Vo- gel/Spühler, a.a.O., N 42 ff. zu § 8). Es besteht nämlich die Gefahr widersprechen- der Urteile (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessord- nung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 8 zu § 107). Eine Klage ist mit einer anderen identisch, wenn Parteien und Streitgegenstand identisch sind. Der Streitgegenstand wird durch das Rechtsbegehren in Verbindung mit dem behaupteten Lebensvorgang be- stimmt. Identität des Streitgegenstandes liegt vor, wenn aus demselben Lebensvor- gang dasselbe Rechtsbegehren oder ein Teil davon geltend gemacht wird (Vo- gel/Spühler, a.a.O., N 5 und N 16 zu § 8). Es steht vorliegend ausser Zweifel, dass es sich um identische Klagen handelt. Zwar hat der Litisdenunziat durch die Streit- verkündung lediglich die Stellung als Nebenpartei. Art. 34 ZPO statuiert jedoch ei- nen Vorbehalt für den Fall, dass das Gericht über den Rückgriffsanspruch des Litis- denunzianten gegenüber dem Eingerufenen entscheidet. Damit das Urteil über eine Regressforderung gegenüber dem Litisdenunzianten direkt vollstreckbar ist, muss er mit Parteistellung in das hängige Prozessverfahren integriert werden. Demnach ste- hen sich in beiden Verfahren dieselben Parteien gegenüber. Zudem stützt sich die vorliegende Forderung auf denselben Lebensvorgang, welcher auch der Klage vom 15. April 2004 zu Grunde gelegt wurde. Die Rechthängigkeit ist nach Praxis des Bundesgerichts – entgegen der anders lautenden Bestimmung in der ZPO (Art. 51 Ziff. 2) - von Amtes wegen zu prüfen (BGE 112 II 272). Da vorliegend bereits eine identische Klage rechthängig ist, kann somit wegen fehlenden Rechtsschutzinter- esses auf die Regressforderung nicht eingetreten werden. 12. a) Da nach dem Gesagten Berufung und Anschlussberufung ab- zuweisen sind, rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens den Par- teien je zur Hälfte aufzuerlegen und die ausseramtlichen Kosten wettzuschlagen. Es gilt zu berücksichtigen, dass H. mit rund der Hälfte seiner

Forderung durchge- drungen ist. b) Was die Kosten- und Entschädigungspflicht des Eingerufenen betrifft, gilt es zu beachten, dass gemäss Art. 34 ZPO den Nebenparteien lediglich die auf- grund ihrer Anträge entstandenen gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten auf- erlegt werden können (vgl. dazu auch PKG 1997 Nr. 9). Solcherlei zusätzliche Kos- ten sind im Berufungsverfahren nicht entstanden, weshalb der Kanton Graubünden nicht mit Gerichtskosten belastet werden kann. Gemäss Praxis des Kantonsgerich- tes kann einer Nebenpartei, wie es der Eingerufene darstellt, keine aussergerichtli- che Entschädigung zugesprochen werden (PKG 1989 Nr. 13 mit weiteren Hinwei-

#### **E. 26**

sen). Verbindlich kann das Urteil nur im Verhältnis der unterstützten Hauptpartei und ihrem Streitgehilfen werden. Inwiefern die ohne Erfolg unterstützte Hauptpartei für ihre Kosten auf den Streithelfer Regress nehmen kann, ist eine Frage des ma- teriellen Rechtes, die im Streitfall in einem Prozess zwischen den genannten Per- sonen zu entscheiden ist. Der Streithilfe liegt stets ein Rechtsverhältnis zwischen der unterstützten Hauptpartei und ihrem Streitgehilfen zugrunde, an welcher der Prozessgegner nicht beteiligt ist. Durch seine Streithilfe nimmt der Streithelfer Inter- essen wahr, die in diesem Rechtsverhältnis begründet sind. Es besteht daher kein Grund, der es rechtfertigen könnte, dem Streithelfer einen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Prozessgegner einzuräumen. Dem Kanton Graubünden kann somit keine ausseramtliche Entschädigung zugesprochen werden. c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt sich auch keine Än- derung der vorinstanzlichen Verteilung der amtlichen und ausseramtlichen Kosten, gilt es doch zu beachten, dass vor Vorinstanz die Widerklage im Umfang von rund Fr. 39'000.-- noch strittig war. Vor der Zivilkammer wurde denn auch nicht geltend gemacht, dass an der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung (Zif- fer 4 des Dispositivs) selbst dann etwas zu ändern sei, wenn es im Wesentlichen beim bezirksgerichtlichen Urteil sein Bewenden haben sollte. Mit keinem Wort gerügt und begründet wurde auch, dass der Kanton Graubünden im vorinstanzli- chen Verfahren eine aussergerichtliche Entschädigung zugesprochen wurde, so dass darauf nicht weiter einzugehen ist.

#### **E. 27**

Demnach erkennt die Zivilkammer :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.