



Kommentar zu: Urteil: [4A_62/2017](#) vom 22. November 2017
Sachgebiet: Vertragsrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: I. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Vertragsrecht

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

Verkauf eines Bäckerei-Konditorei-Tearooms

Teilungültigkeit eines Geschäftsübertragungsvertrags zufolge absichtlicher Täuschung

Autor / Autorin

Dario Galli, Markus Vischer

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Christoph Brunner

PETER & KIM
ATTORNEYS AT LAW

In seinem Urteil 4A_62/2017 vom 22. November 2017 hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung bestätigt, wonach die Rechtsfolgen einer absichtlichen Täuschung, die bloss einzelne Teile des Vertrags betrifft, aus dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) oder aus Art. 20 Abs. 2 OR analog abgeleitet werden.

Sachverhalt

[1] Mit Vertrag vom 30. Oktober 2012 (nachfolgend Geschäftsübertragungsvertrag) verkaufte X. (Verkäufer, Beschwerdeführer, nachfolgend Verkäufer) Z. (Käufer, Beschwerdegegner, nachfolgend Käufer) die Geschäftseinrichtung des Bäckerei-Konditorei-Tearooms «xxx» in F. (nachfolgend Tearoom) für CHF 150'000 und übergab dem Käufer den Betrieb per 31. Januar 2013. Art. 8 des Geschäftsübertragungsvertrags machte die Gültigkeit der Vereinbarung davon abhängig, dass der Mietvertrag über den Tearoom auf den Käufer übertragen wird. Bei der Unterzeichnung des Geschäftsübertragungsvertrags leistete der Käufer eine Anzahlung von CHF 20'000.

[2] Im Zuge der Verhandlungen mit der Hausverwaltung, welche B. (nachfolgend Vermieterin) vertrat, erfuhr der Käufer, dass die Vermieterin einige Monate vor Abschluss des Geschäftsübertragungsvertrags den Mietvertrag über den Tearoom wegen Zahlungsrückstands des Verkäufers gekündigt hatte. Am 23. Januar 2013 schloss der Käufer mit der Vermieterin, vertreten durch die Hausverwaltung, einen neuen Mietvertrag über den Tearoom mit Wirkung per 1. Februar 2013 ab.

[3] Mit Schreiben vom 28. Januar 2013 teilte die Treuhänderin des Käufers dem Verkäufer mit, dass der Geschäftsübertragungsvertrag durch eine absichtliche Täuschung zustande gekommen sei. Die Treuhänderin warf

dem Verkäufer u.a. vor, den Käufer nicht über die Kündigung des Mietvertrags informiert zu haben und teilte dem Verkäufer mit, dass die vereinbarte Zahlung nicht zu leisten sei.

[4] Der Käufer trug am 29. Januar 2013 sein Einzelunternehmen im Handelsregister ein, nahm zwei Tage später die Räumlichkeiten des Tearooms in Besitz und betreibt seither den Tearoom.

[5] Mit Eingabe vom 28. Oktober 2013 klagte der Verkäufer gegen den Käufer auf Zahlung von CHF 130'471.90 zuzüglich Zinsen. Die Kammer für vermögensrechtliche Angelegenheiten des Kantons Waadt («*Chambre patrimoniale cantonale*») hiess mit Urteil vom 28. Januar 2016 die Klage des Verkäufers gut. Am 11. November 2016 gab die Berufungskammer in Zivilsachen des Waadtländer Kantonsgerichts («*Cour d'appel civile*») im Verfahren PT13.047549-161556, 613 (publiziert als HC-2016-1113) der Berufung des Käufers statt und wies die Klage des Verkäufers vollumfänglich ab. Hiergegen gelangte der Verkäufer mit einer Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht und beantragte u.a., es sei das Urteil der ersten Instanz zu bestätigen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, hob den vorinstanzlichen Entscheid auf und wies die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück.

Erwägungen

[6] Der Verkäufer, so das Bundesgericht, werfe der Vorinstanz vor, zu Unrecht den kausalen Charakter der Täuschung angenommen zu haben. Nach Ansicht des Verkäufers habe die etwaige Unkenntnis des Käufers bezüglich der vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses weder einen Einfluss auf den Vertragsschluss noch auf den Preis des zu übertragenden Geschäfts gehabt (E. 2).

[7] Das Bundesgericht erinnerte daran, werde die vertragsschliessende Partei durch absichtliche Täuschung der anderen Partei zum Vertragsabschluss verleitet, so sei der Vertrag für sie gemäss Art. 28 Abs. 1 [OR](#) auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher gewesen sei. Das Bundesgericht fuhr fort, eine absichtliche Täuschung setze eine erfolgreiche Irreführung voraus. Es sei nicht nötig, dass durch die Irreführung ein Irrtum über eine wesentliche Vertragsgrundlage im Sinne von Art. 24 [OR](#) hervorgerufen werde. Es genüge, dass der Getäuschte den Vertrag nicht oder nicht zu denselben Bedingungen abgeschlossen hätte (E. 2.1).

[8] Die Vorinstanz habe die Auffassung vertreten, dass der Verkäufer dem Käufer die Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsrückstands verschwiegen habe, um ihn zum Abschluss des Geschäftsübertragungsvertrags zu verleiten. Im Ergebnis habe die Vorinstanz den kausalen Charakter der absichtlichen Täuschung mit der Begründung bejaht, dass der Käufer, wenn er über den vorgenannten Punkt informiert gewesen wäre, den Geschäftsübertragungsvertrag trotzdem abgeschlossen hätte, wenn auch zu anderen Bedingungen (*dolus incidens*) (E. 2.2).

[9] Das Bundesgericht erwog, gemäss Art. 8 des Geschäftsübertragungsvertrags verpflichtete sich der Verkäufer, die Übertragung des Mietverhältnisses auf den Käufer zu veranlassen. Der Verkäufer habe also eine inexistente Tatsache angedeutet, nämlich dass er im Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäftsübertragungsvertrags Mieter der Geschäftsräumlichkeiten war. Darin sei eine absichtliche Täuschung zu erblicken. Es sei davon auszugehen, so das Bundesgericht, dass die Kenntnis von der vorzeitigen Kündigung des Mietvertrags geeignet gewesen wäre, die Bereitschaft des Käufers zu beeinflussen, den Geschäftsübertragungsvertrag abzuschliessen. Das Bundesgericht folgerte, die Vorinstanz habe nicht gegen Bundesrecht verstossen, indem sie angenommen habe, dass der Geschäftsübertragungsvertrag durch eine absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 Abs. 1 [OR](#) zustande gekommen sei (E. 2.3).

[10] Der Verkäufer rügte im Verfahren vor Bundesgericht weiter, dass der Käufer sein Recht, den Vertrag für ungültig zu erklären, nicht nach den Regeln von Treu und Glauben ausgeübt habe. Denn der Käufer betreibe den Tearoom und profitiere von den Einrichtungen, den Kunden sowie vom guten Ruf, ohne jedoch hierfür den Preis zu bezahlen (E. 4).

[11] Jede absichtliche Täuschung, so das Bundesgericht, erlaube dem Getäuschten, den Vertrag auf Grundlage von Art. 28 OR für ungültig zu erklären. Dieses Prinzip gelte jedoch nicht ausnahmslos. Betreffe die absichtliche Täuschung eine Abrede von gänzlich untergeordneter Bedeutung («*clause très accessoire*»), müsse der Richter prüfen, ob das Opfer der Täuschung den Vertrag nicht trotzdem zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen hätte. Gleiches gelte, wenn der Getäuschte den Vertrag auch ohne Täuschung abgeschlossen hätte, aber mit einem anderen Inhalt (*dolus incidens*) und eine vollständige Ungültigerklärung des Vertrags stossend erscheine («*paraît choquante*»). Diesfalls könne der Richter die Ungültigerklärung verweigern und sich darauf beschränken, die Leistungen des Getäuschten zu reduzieren und zwar so weit, wie diese Partei den Vertrag abgeschlossen hätte, wenn sie nicht irregeführt worden wäre. Die analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR komme in solchen Fällen in Betracht. Im Allgemeinen müsse das Recht, den Vertrag für ungültig zu erklären, nach den Regeln von Treu und Glauben (Art. 2 [ZGB](#)) ausgeübt werden (E. 4.1).

[12] Das Bundesgericht erwog, der Käufer habe den Geschäftsübertragungsvertrag einige Tage vor Inbesitznahme der Räumlichkeiten als Mieter für ungültig erklärt. Eine vollständige Ungültigerklärung des Geschäftsübertragungsvertrags, die das Recht des Getäuschten beinhalte, die geleistete Anzahlung zurückzufordern und die Zahlung des Restbetrags für die Geschäftsübernahme zu verweigern, scheine im vorliegenden Fall gegen die Regeln von Treu und Glauben zu verstossen. Zum Zeitpunkt als der Käufer den Vertrag für ungültig erklärt habe, habe er gewusst, dass er trotzdem von den zum Tearoom zugehörigen und dem Verkäufer gehörenden Objekten sowie von den immateriellen Vermögenswerten (*Goodwill*), die an den Betrieb gekoppelt sind, profitieren würde. Unter solchen Umständen könne nur eine partielle Ungültigerklärung in analoger Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR in Betracht kommen, die darin bestehe, die Leistung des Erwerbers, d.h. den Kaufpreis, um den Betrag zu reduzieren, den der Käufer bezahlt hätte, wenn er nicht getäuscht worden wäre. Demnach habe die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie jeglichen Anspruch des Verkäufers gegenüber dem Käufer verneint habe. Der Sachverhalt, der sich aus dem angefochtenen Urteil ergebe, reiche nicht aus, damit das Bundesgericht ermitteln könne, welchen Kaufpreis der Käufer für die Übernahme des Tearooms bezahlt hätte, wenn er nicht getäuscht worden wäre. Im Lichte der vorangehenden Ausführungen sei die Beschwerde deshalb teilweise gutzuheissen und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (E. 4.2).

Kurzkommentar

[13] Gegenstand des referierten Urteils bildete der Kauf eines Bäckerei-Konditorei-Tearooms in Form eines *Asset Deals*. Die Autoren haben dieses Urteil bereits einlässlich in der Zeitschrift «GesKR» besprochen (MARKUS VISCHER/DARIO GALLI, Teilungültigkeit eines mit Willensmängeln behafteten Geschäftsübertragungsvertrags, GesKR 2018, S. 222 ff.; siehe ferner die Besprechung von BLAISE CARRON, [Invalidation du contrat pour cause de dol: notion, principe et exceptions](#) [arrêt 4A_62/2017], Newsletter Bail.ch janvier 2018, [besucht am 2. Juli 2018]). Daher soll im Folgenden der Fokus nur noch auf zwei Punkte gelegt werden, welche in jener Besprechung nur am Rande thematisiert wurden: Einerseits wird die Rechtsnatur des Geschäftsübertragungsvertrags analysiert (Rz. 14 ff.) und andererseits wird das Verhältnis zwischen Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 20 Abs. 2 OR bei teilweise ungültigen Verträgen zufolge absichtlicher Täuschung durch eine Vertragspartei besprochen (Rz. 17 ff.).

[14] *Rechtsnatur des Geschäftsübertragungsvertrags*. Die Rechtsnatur des Geschäftsübertragungs- bzw. Unternehmensübertragungsvertrags («*contrat de remise de commerce*» / «*contratto di cessione d'azienda*») ist umstritten. Das Bundesgericht und Teile der Lehre vertreten die Auffassung es handle sich um einen Innominatkontrakt *sui generis* (Urteil des Bundesgerichts [4A_554/2009](#) vom 1. April 2010 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts [4A_601/2009](#) vom 8. Februar 2010 E. 3.2.1; [BGE 129 III 18](#) E. 2.1 S. 21 = Pra 2003 Nr. 30 S. 153; SILVIO VENTURI/MARIE-NOËLLE ZEN-RUFFINEN, in: Commentaire romand, Code des obligations I, 2. Aufl., Basel 2012, N 11 zu Art. 184 OR; WOLFGANG WIEGAND, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003, ZBJV 2004, S. 828 ff., S. 861; PIERRE TERCIER/LAURENT BIERI/BLAISE CARRON, Les contrats spéciaux, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2016, Rz. 484).

[15] Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich beim Geschäftsübertragungsvertrag um einen *Kaufvertrag* (ebenso URS SCHENKER, Unternehmenskauf, Bern 2016, S. 17 Anm. 56; MARKUS VISCHER,

Unternehmensübertragungsvertrag, GesKR 2011, S. 81 ff., S. 83 f.; MADELEINE SIMONEK/PAUL EITEL/KARIN MÜLLER, Unternehmensrecht II. Nachfolge und Umstrukturierung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 181 Rz. 18a; RUDOLF TSCHÄNI/HANS-JAKOB DIEM/MATTHIAS WOLF, M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 85 Rz. 66). Denn Kaufgegenstand können nicht nur Sachen im Sinne des Sachenrechts sein – also unpersönliche, körperliche für sich bestehende Gegenstände, welche der menschlichen (tatsächlichen und rechtlichen) Herrschaft unterworfen werden können (dazu z.B. WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Basel 2015, N 6 der Vorbemerkung zu Art. 641 ff. ZGB). Vielmehr können alle Rechtsobjekte, welche nach dem *Parteiwillen* als Sachen im Sinne von Art. 184 ff. OR gelten, Kaufgegenstand sein (gl.M. HANS GIGER, Berner Kommentar, Bern 1979, N 26 zu Art. 187 OR; VISCHER, a.a.O., GesKR 2011, S. 84; JÜRIG LUGINBÜHL, Leistungsstörungen beim Unternehmens- und Beteiligungskauf, Diss. Zürich 1993 = SSHW Band 151, Zürich 1993, S. 89 f.; SCHENKER, a.a.O., S. 17 Anm. 56; MAX KELLER/KURT SIEHR, Kaufrecht, 3. Aufl., Zürich 1995, S. 9; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, § 5 Rz. 12; wohl a.M. PIERRE CAVIN, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, SPR VII/2, Basel 1977, S. 8 *in initio* [vgl. aber die Relativierung auf S. 11]).

[16] Das gelegentlich in der Lehre vorgebrachte Argument, der *Asset Deal* müsse wegen der Verschiedenartigkeit der Leistungen als Innominatkontrakt *sui generis* qualifiziert werden (z.B. TERCIER/BIERI/CARRON, a.a.O., Rz. 484: «Le contrat de remise de commerce [...] doit être qualifié de contrat sui generis [...] en raison de la diversité des prestations qu'il impose»; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 10. Dezember 1986 i.S. P. *gegen* Stettler [ohne Geschäftsnummer] E. 2a, in: SJ 1987, S. 177 ff, S. 179 f.), ist u. E. nicht stichhaltig (so bereits MARKUS VISCHER, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2003, S. 335 ff., S. 336). Es ist streng zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu unterscheiden (statt vieler CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf, Rz. 62 ff.). Folglich ist die Verschiedenartigkeit der Leistungen erst beim Vollzug des Unternehmenskaufs relevant, bei welchem verschiedene Übertragungshandlungen nötig sind, nicht aber schon beim Verpflichtungsgeschäft (zu den Übertragungshandlungen im Allgemeinen z.B. TSCHÄNI/DIEM/WOLF, a.a.O., S. 85 ff. Rz. 68 ff.). Anzumerken bleibt, dass dieser dogmatische Streit aber keine praktischen Wirkungen entfaltet, da das Bundesgericht in aller Regel auf den Geschäftsübertragungsvertrag Kaufrecht, insbesondere Sachmängelgewährleistungsrecht, anwendet (VISCHER, a.a.O., SZW 2003, S. 336 ff.; ALFRED KOLLER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, N 11 *in fine* zu Art. 184 OR).

[17] *Verhältnis zwischen Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 20 Abs. 2 OR*. Das Bundesgericht hat im besprochenen Urteil festgehalten, dass die Ungültigerklärung gemäss Art. 28 Abs. 1 OR wie jedes andere Recht nach Treu und Glauben ausgeübt werden müsse (vgl. E. 4.1). In der Vergangenheit hat das Bundesgericht bei teilweise ungültigen Verträgen, die durch eine absichtliche Täuschung zustande gekommen sind, zwei Fallgruppen gebildet, bei denen das Recht zur vollständigen Vertragsanfechtung treuwidrig und somit nach Auffassung des Bundesgerichts rechtsmissbräuchlich ausgeübt wird. Dies ist einerseits dann der Fall, wenn die Täuschung eine Klausel von gänzlich untergeordneter Bedeutung betrifft («*clause très accessoire*») und der Getäuschte den Vertrag nichtsdestoweniger zu denselben Bedingungen abgeschlossen hätte, und andererseits, wenn ein *dolus incidens* vorliegt und die vollständige Aufhebung des Vertrags stossend erscheint («*paraît choquante*») (z.B. [BGE 99 II 308](#) E. 4c S. 309; [BGE 81 II 213](#) E. 2c S. 219). Das Bundesgericht hat weiter – wie bereits in früheren Urteilen – die analoge Anwendung von Art. 20 Abs. 2 OR bei teilweise ungültigen Verträgen, die mit Willensmängeln behaftet sind, bestätigt (siehe auch Urteil des Bundesgerichts [4A_504/2008](#) vom 6. Juli 2009 E. 2.2; [BGE 130 III 49](#) E. 3.2 S. 56; [BGE 125 III 353](#) E. 3 S. 356 f.; [BGE 99 II 308](#) E. 4c S. 309; [BGE 96 II 101](#) E. 3a S. 106; [BGE 107 II 419](#) E. 3a S. 423; [BGE 107 II 144](#) E. 3 S. 148; [BGE 78 II 216](#) E. 5 S. 218 *in initio*).

[18] *In casu* verweigerte das Bundesgericht die vollständige Ungültigerklärung des Geschäftsübertragungsvertrags. Im Ergebnis ist dieses Urteil zutreffend. Allerdings ist das Urteil aus dogmatischer Hinsicht etwas bedauerlich, weil das Bundesgericht den Fall über Art. 2 Abs. 2 ZGB löst und nicht Art. 20 Abs. 2 OR analog anwendet (vgl. E. 4.2 des besprochenen Urteils).

[19] Art. 2 ZGB stellt eine Generalklausel dar, welche durch Typisierungen und Fallgruppen erschlossen und somit konkretisiert werden muss (HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, in: Berner Kommentar, Bern 2012, N 68 f. zu Art. 2 ZGB; HEINRICH HONSELL, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014, N 3 und 37 zu Art. 2 ZGB; CARMEN SPICHIGER/MARKUS VISCHER, [Rechtsmissbräuchliche Berufung auf Formungültigkeit eines Vorvertrages](#), in: dRSK, publiziert am 8. Februar 2018, Rz. 19). Diese Aufgabe obliegt nicht nur dem Richter, sondern auch dem Gesetzgeber (VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN, La propriété par étages en droit public, in: Bénédicte Foëx [Hrsg.], La propriété par étages aujourd'hui, Genf/Zürich/Basel 2016, S. 123 ff., S. 144 *in fine*; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, a.a.O., N 75 ff. zu Art. 2 ZGB; ARIANE MORIN, La mise en oeuvre des droits dans la perspective du droit des obligations, JdT 2002 III, S. 80 ff., S. 84 *in fine*).

[20] Eine solche Konkretisierung von Art. 2 Abs. 2 ZGB stellt Art. 20 Abs. 2 OR dar. Vor diesem Hintergrund ist die Vorgehensweise des Bundesgerichts, bei Verträgen, die zufolge eines Willensmangels teilweise ungültig sein sollen, auf die Generalklausel von Art. 2 Abs. 2 ZGB statt auf die positiv gesetzliche Konkretisierung von Art. 20 Abs. 2 OR zurückzugreifen, etwas unelegant (vgl. zu dieser «inelegantia iuris» KARL SPIRO, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 1952, S. 449 ff., S. 505 Anm. 4). Dogmatisch befriedigender wäre es, die Rechtsfolgen einer absichtlichen Täuschung, die bloss einzelne Teile des Vertrags betrifft, aus Art. 20 Abs. 2 OR analog abzuleiten, da der Gesetzgeber diese Bestimmung eigens für solche Fälle geschaffen hat (so bereits PAUL PIOTET, De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice du consentement, ZSR 1957 I, S. 97 ff., S. 128; siehe auch ROLAND HÜRLIMANN, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR, Diss. Freiburg 1984 = AISUF Band 65, Freiburg 1984, Rz. 331).

MLaw, DARIO GALLI, Rechtsanwalt, Walder Wyss.

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

Zitiervorschlag: Dario Galli / Markus Vischer, Verkauf eines Bäckerei-Konditorei-Tearooms, in: dRSK, publiziert am 5. Juli 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

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

weblaw.ch