www.jusletter.ch

PD Dr. Christoph Brunner / Dr. Markus Vischer

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2010 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide

Der Beitrag führt im Sinne eines «update» den Überblick über die auf dem Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie der in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2010 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert.

Rechtsgebiet(e): Kaufrecht; Kommentierte Rechtsprechungsübersicht

Zitiervorschlag: Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2010 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 3. Oktober 2011

ISSN 1424-7410, www.jusletter.ch, Weblaw AG, info@weblaw.ch, T +41 31 380 57 77 Editions Weblaw

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung
II. Auslegungs- und Abgrenzungsfragen
1. Auslegung eines Kaufrechtsvertrags als Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen
III. Grundlagenirrtum, Mängelrüge
1. Grundlagenirrtum; Sachverhaltsrügen
2. Mängelrüge
IV. Vertragsrücktritt und Schadenersatz
1. Rücktritt vom Kaufvertrag gem. Art. 107 Abs. 2 OR; Leistungsverweigerungsrecht gem. Art. 82 OR
2. Schadenersatzberechnung beim Vertragsrücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 Abs. 2 OR
V. Für M & A-Praxis relevante Entscheide
1. M & A Transaktionen mittels verschiedenen Verträgen
2. Unternehmensverkauf und Gewährleistung
3. Unternehmenskauf – Natur des Unternehmensübertragungsvertrags und anwendbares Gewährleistungsrecht
4. Mitverpflichtung einer AG im Aktienkaufvertrag
5. Minderwertberechnung nach Ertragswertverfahren
6. Verschweigen einer drohenden Klage; Verjährung
VI. Grundstückkauf
1. Formerfordernisse von Zahlungsmodalitäten sowie Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachgewährleistung
2. Das Verschulden im Gewährleistungsrecht des Grundstückkaufs
3. Verhältnis einer Freizeichnungsklausel zur Vertragsungültigkeit wegen Grundlagenirrtum
3. Vorkaufsrecht; Ausnahmen des Vorkaufsrechts gem. Art. 216c Abs. 2 OR
VII. Sonstiges
1. Selbsthilfeverkauf i.S.v. Art. 93 OR

I. Vorbemerkung

[Rz 1] Der nachstehende Beitrag führt im Sinne eines «update» den Überblick über die auf dem Internet zur Verfügung stehenden «unpublizierten Entscheide» sowie der in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheide des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht für das Jahr 2010 weiter. Die wichtigsten Entscheide werden zu diesem Zweck zusammengefasst und kurz kommentiert. Frühere Rechtsprechungsübersichten zum Kaufvertragsrecht finden sich für das Jahr 2008 und 2009 im Jusletter vom 26. Juli 2010 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2007 im Jusletter vom 13. Oktober 2008 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2006 im Jusletter vom 12. November 2007 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2005 im Jusletter vom 19. Juni 2006 (Christoph Brunner/Markus Vischer), für das Jahr 2004 im Jusletter vom 18. April 2005 (Markus Vischer) und für die Jahre 2000–2003 im Jusletter vom 18. Oktober 2004 (Angela Geisselhardt).

II. Auslegungs- und Abgrenzungsfragen

1. Auslegung eines Kaufrechtsvertrags als Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen

Urteil des Bundesgerichts 4A_575/2009 vom 11. Februar 2010 (CB)

[Rz 2] Im Jahr 1999 räumten die Schwestern G und A dem F (Beschwerdegegner) in einem öffentlich beurkundeten Vertrag auf ihrer im Miteigentum stehenden Liegenschaft ein auf zehn Jahre befristetes Kaufrecht zu einem Kaufpreis von CHF 625'000.– ein. Dieses konnte von F frühestens auf den Zeitpunkt des Ablebens beider Kaufrechtsgeberinnen ausgeübt werden, wobei sie sich vorbehielten, unter gewissen Umständen ihre Zustimmung zur Kaufrechtsausübung schon zu einem früheren Zeitpunkt zu erteilen. Sie verpflichteten sich ausdrücklich und unwiderruflich während der Dauer des Kaufrechts keine neuen Belastungen auf dem Kaufobjekt vorzunehmen, es sei denn, der Beschwerdegegner würde dazu schriftlich zustimmen. Das Kaufrecht wurde daraufhin im Grundbuch vorgemerkt. Am 2. Juni 2007 verstarb die letzte Kaufrechtsgeberin und Alleineigentümerin der Liegenschaft. Der Beschwerdegegner informierte ihre Erben (Beschwerdeführer) im Juli 2007 darüber, dass er das Kaufrecht ausüben wolle. Die Erben verweigerten die Zustimmung zur Eigentumsübertragung im Grundbuch.

[Rz 3] Die Klage des Beschwerdegegners, die Beschwerdeführer seien zu verpflichten, der Eigentumsübertragung im Grundbuch zuzustimmen, wurde vom Amtsgericht Luzern-Stadt und in zweiter Instanz vom Obergericht des Kantons Luzern im Wesentlichen gutgeheissen. Die Beschwerdeführer erhoben daraufhin beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen und beantragten die Abweisung der Klage und die Feststellung, dass der Kaufrechtsvertrag formungültig sei. Die Beschwerdeführer machten geltend, dass es sich bei der Einräumung des Kaufrechts um ein Rechtsgeschäft von Todes wegen handle, welches mangels Erfüllung der Formerfordernisse gemäss Art. 512 Abs. 1 ZGB ungültig sei. Begründet wurde dies damit, dass es sich beim fraglichen Kaufrechtsvertrag um eine Schenkung handle, weil keine Entschädigung für die Gewährung des Kaufrechts eingeräumt worden sei. Da deren Wirkung vertraglich bis zum Tod des Schenkers suspendiert wurde, komme die Schenkung einer letztwilligen Verfügung gleich und werde in Art. 245 Abs. 2 OR den Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen unterstellt. Vorliegend hätte daher die Form des Erbvertrags eingehalten werden müssen, was nicht geschehen sei.

[Rz 4] Das Bundesgericht lehnte die Argumentation der Beschwerdeführer ab. Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauslegung (Art. 18 Abs. 1 OR) ist nach dem Parteiwillen bei Vertragsabschluss zu beurteilen, ob das Rechtsgeschäft dazu bestimmt ist, das Vermögen des

Verpflichteten zu dessen Lebzeiten (Rechtsgeschäft unter Lebenden) oder erst den Nachlass (Rechtsgeschäft von Todes wegen) zu belasten. Letzteres ist immer dann anzunehmen, wenn sich der Schenker bis zu seinem Ableben die völlig freie Verfügung über das Schenkungsobjekt vorbehält, nicht jedoch ohne Weiteres, wenn er abredegemäss die Nutzniessung daran bis zu seinem Tode behält. Wenn die Parteien die Formvorschriften nicht beachten und beide Arten von Rechtsgeschäften möglich sind, ist nach dem Leitentscheid BGE 99 II 268, 274 entsprechend des Grundsatzes des *favor negotii* eher von einem gültigen Rechtsgeschäft unter Lebenden als einem ungültigen Rechtsgeschäft von Todes wegen auszugehen. Weiter indiziert die Vormerkung des Kaufrechts im Grundbuch, dass die Parteien ein Geschäft unter Lebenden abschliessen wollten, weil diese bereits das Vermögen des Kaufrechtsgebers zu Lebzeiten beschwert, da die Verkäuflichkeit der Liegenschaft dadurch empfindlich beeinträchtigt wird (E. 2.2).

[Rz 5] Der Umstand, dass keine Entschädigung für das Kaufrecht vereinbart wurde, kann zwar für ein Rechtsgeschäft von Todes wegen sprechen. Vorliegend überwogen indessen die gegenteiligen Indizien. So verpflichteten sich die Schwestern explizit, die Liegenschaft nur mit Zustimmung des Beschwerdegegners zusätzlich zu belasten. Auch waren keine Anhaltspunkte für ein Umgehungsgeschäft ersichtlich, zumal offensichtlich keine pflichtteilsgeschützten Erben vorhanden waren. Die Kaufrechtsgeberinnen hätten zudem ohne Weiteres die für Erbverträge erforderliche Form wählen können, was sie nicht getan hatten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann in der gewählten Form des Rechtsgeschäfts ein weiteres Indiz für dessen Natur als ein solches unter Lebenden erblickt werden (E. 2.3 mit Nachweisen). Folglich war der vorliegende Kaufrechtsvertrag, entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführer, als Rechtsgeschäft unter Lebenden zu qualifizieren, weshalb keine Formungültigkeit des Vertrages vorlag.

Bemerkung

[Rz 6] Die Begründung des Bundesgerichts überzeugt. Der Grundsatz, dass *in favor negotii* im Zweifel eher von einem gültigen Rechtsgeschäft unter Lebenden als einem ungültigen Rechtsgeschäft von Todes wegen auszugehen ist, dient der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden.

III. Grundlagenirrtum, Mängelrüge

1. Grundlagenirrtum; Sachverhaltsrügen

Urteil des Bundesgerichts 4A_343/2009 vom 5. Januar 2010 (CB)

[Rz 7] Am 15. Februar 2006 schlossen die Käufer A und B (Beschwerdeführer) und die Verkäuferin C. (Beschwerdegegnerin) einen öffentlich beurkundeten Vorvertrag, welcher die Parteien verpflichtete, einen Kaufvertrag über ein Grundstück zum Preis von CHF 625'000.– abzuschliessen. Ziffer 8 des Vorvertrags sah vor, dass bei Nichterfüllung des Vorvertrags seitens der Käufer die geleistete Anzahlung im Umfang von CHF 60'000.– als Konventionalstrafe zu Gunsten der Verkäuferin fällig wird. In einem Schreiben an die Beschwerdegegnerin vom 26. Juni 2007 erklärten die Beschwerdeführer, dass sie den Vertrag gemäss Art. 31 OR nicht einhalten würden und forderten die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung. Sie machten das Vorliegen eines Grundlagenirrtums nach Art. 24 OR geltend, welcher darin bestünde, dass die im Vorvertrag zugesicherte Erschliessung der Parzelle durch eine Zufahrtsstrasse fehle, weil das Bau- und Justizdepartement am 8. November 2006 auf die Erschliessung durch einen Fussweg entschieden habe. Für alle Vertragsbeteiligten sei klar gewesen, dass die Beschwerdeführer die Bauparzelle nur bei Vorhandensein dieser Zufahrtsstrasse erwerben wollten.

[Rz 8] Die Klage der Beschwerdeführer auf Freigabe der auf dem Sperrkonto geleisteten Anzahlung in Höhe von CHF 60'000.– (zzgl. Zinsen) wurde sowohl vom Amtsgericht als auch vom Obergericht des Kantons Solothurn abgewiesen. Beide Instanzen hiessen jedoch die Widerklage der Beschwerdegegnerin auf Leistung der Konventionalstrafe im Umfang von CHF 60'000.– (zzgl. Zinsen) bzw. Freigabe der geleisteten Anzahlung gut.

[Rz 9] Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführer hätten nicht glaubhaft dargelegt, dass für sie die Zufahrtsmöglichkeit auf dem Grundstück ein wesentlicher Vertragsbestandteil gewesen sei. Weder im Vorvertrag noch im integrierten Gestaltungsplan seien irgendwelche diesbezüglichen Zusicherungen gemacht worden. Zudem habe es den Beschwerdeführern als vorsichtige Käufer und Bauherren klar sein müssen, dass ein vom Regierungsrat genehmigter Gestaltungsplan nur von der Genehmigungsbehörde selbst abgeändert oder aufgehoben werden kann. Wäre die mögliche Zufahrt zum Grundstück derart wichtig gewesen, wäre deren Zusicherung mit Sicherheit in dem sehr ausführlich geregelten Vorvertrag aufgenommen worden. Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass ein allenfalls bestehender Irrtum ihrer eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben sei.

[Rz 10] Das Bundesgericht erwog, dass die Beschwerdeführer in der Beschwerde nicht aufzeigten, inwiefern die Vorinstanz willkürlich zu ihrer Schlussfolgerung gekommen wäre, dass keine Zusicherung seitens der Beschwerdegegnerin bezüglich einer Zufahrts- und Parkmöglichkeit vorgelegen habe. Insbesondere konnten die Beschwerdeführer nicht beweisen, dass sie den Vorvertrag ohne die Möglichkeit, über eine Zufahrtsstrasse mit ihren Autos auf ihr Grundstück zu gelangen und die Fahrzeuge auf ihrem Grundstück abzustellen, nicht abgeschlossen hätten. Ein Grundlagenirrtum lag somit nicht vor, und eine Verletzung von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR musste ausscheiden. Entsprechend wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.

Bemerkung

[Rz 11] Die Beschwerde musste abgewiesen werden, da es beim vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt blieb. Diesbezüglich ruft das Bundesgericht in Erinnerung, dass der Beschwerdeführer, der die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, sich nicht damit begnügen kann, den bestrittenen Feststellungen eigene tatsächliche Behauptungen gegenüberzustellen oder darzulegen, wie die Beweise seiner Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie «offensichtlich unrichtig», d.h. «willkürlich» ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG) (E. 1.2). Auch ein Verweis in der Beschwerde auf Ausführungen der Beschwerdeführer vor den Vorinstanzen ist unbeachtlich, da die Begründung der Beschwerde in der Eingabe selbst enthalten zu sein hat (E. 2).

2. Mängelrüge

Urteil des Bundesgerichts 4D_25/2010 vom 29. Juni 2010 (CB)

[Rz 12] Die Eheleute A beauftragten das Architektenbüro A und W damit, die Renovierungsarbeiten in ihrer Wohnung auszuführen. Das Architektenbüro wiederum beauftragte den X (Beschwerdeführer), das Parkett zu verlegen. Für die Arbeitsausführungen engagierte der Beschwerdeführer die Y AG (Beschwerdegegnerin). Das Parkett wurde im Juni 2006 verlegt und die Eheleute zogen Ende Juli 2006 in die Wohnung ein. Am 11. August 2006 setzte das Architektenbüro A und W die Beschwerdegegnerin darüber in Kenntnis, dass die Eheleute sich über Mängel am Parkett beschwert hätten und ein Expertengutachten diesbezüglich erstellt werden würde. Am 11. August 2006 untersuchte der Experte B das Parket in Anwesenheit des Beschwerdeführers. Am 4. September 2006 wurde das Gutachten dem Beschwerdeführer zugestellt, worin ausgeführt wurde, dass das gelieferte Material mangelhaft sei. Am 5. Oktober 2006 unterrichtete der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin über den Mangel und liess sie wissen, dass er sie für diesen verantwortlich mache.

[Rz 13] Der Beschwerdeführer erhob beim Zivilgericht Lausanne Klage gegen die Beschwerdegegnerin auf Schadenersatz im Umfang von CHF 18'205.75 (zzgl. Zins). Das Gericht wies die Klage mit der Begründung ab, dass die Mängelrüge zu spät erfolgt sei. In zweiter Instanz wurde der Rekurs von der Rekurskammer des Kantons Waadt mit der gleichen Begründung abgewiesen. Daraufhin erhob der Beschwerdeführer subsidiäre Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht (die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen war gem. Art. 74 Abs. 1 BGG nicht erreicht), wobei er eine Verletzung des Willkürverbotes nach Art. 9 BV durch die kantonalen Gerichtsurteile geltend machte.

[Rz 14] Das Bundesgericht äusserte sich insbesondere zum Erfordernis der Rechtzeitigkeit einer Mängelrüge. Es hielt fest, das bei einem Kaufvertrag (die Vorinstanz hatte den Vertrag als Kaufvertrag qualifiziert) Mängel, die erst nach Übergabe der Kaufsache zum Vorschein treten, sofort gerügt werden müssen, andernfalls die Sache mit den Mängeln gemäss Art. 201 Abs. 3 OR als genehmigt gälte. Beim gelieferten Parkett handelte es sich zwar um eine von der Beschwerdegegnerin speziell für den Beschwerdefürer angefertigte Sache und infolgedessen um einen Werkvertrag. Dies ändert indessen nichts, da Art. 370 Abs. 3 OR dieselbe Regelung enthält wie Art. 201 Abs. 3 OR. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt eine Mängelrüge innerhalb von zwei oder drei Arbeitstagen nach Entdeckung des Mangels als «sofort» im Sinne der genannten Bestimmungen (BGE 98 II 191 E. 4; BGE 76 II 221 E. 3). Werden die Mängel hingegen erst nach siebzehn oder zwanzig Tagen nach Entdeckung des Mangels gerügt, sei dies zu spät (BGE 118 II 142 E. 3b; BGE 107 II 172 E. 1b). Vorliegend erfolgte die Mängelrüge mehr als einen Monat nach Entdeckung der Mängel und war folglich verspätet.

[Rz 15] Der Beschwerdeführer machte geltend, dass er die Mängel vor dem 5. Oktober 2006 rügte, und zwar durch Zustellung eines Auszugs aus dem Expertengutachten an die Beschwerdegegnerin. Das Bundesgericht hielt fest, dass eine Mängelrüge zwar keiner speziellen Form bedürfe, sie jedoch inhaltlich zumindest schildern müsse, wie die Mängel genau ausgestaltet seien, dass die Leistung aufgrund dessen vertragswidrig gewesen sei und die Gegenpartei für die Mängel verantwortlich gemacht werde. Die Zustellung eines Auszugs aus dem Expertengutachten erfülle diese Voraussetzungen nicht und stelle daher keine ausreichende Mängelrüge dar. Abgesehen davon sei die fragliche Zustellung des Gutachtens vom Beschwerdeführer nicht hinreichend bewiesen worden.

[Rz 16] In der Folge wies das Bundesgericht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ab.

Bemerkung

[Rz 17] Der Entscheid illustriert die strenge Praxis des Bundesgerichts betreffend dem in Art. 201 Abs. 1 und Abs. 3 OR sowie in Art. 370 Abs. 3 OR statuierten Erfordernis, die Mängelrüge «sofort» zu erheben. Wie bereits in früheren Jahren berichtet, wendet das Bundesgericht das gesetzliche sofortige Rügeerfordernis offenbar nach wie vor sehr strikte an[1].

[Rz 18] Man kann sich fragen, ob im vorliegenden Entscheid das Bundesgericht nicht zumindest hinsichtlich der inhaltlichen Voraussetzungen an das Rügeerfordernis einen

[1] Vgl. Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2006, in: Jusletter 12. November 2007, Rz. 17, Fn. 8; dies., Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2005 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter vom 19. Juni 2006, Rz. 17 ff., 55.

weniger strengen Massstab hätte anlegen sollen. Die Auffassung, eine Zustellung eines Auszugs aus dem Expertengutachten, das die Mängel zweifellos detailliert auflistet, an den Verkäufer sei ungenügend, weil dies nicht zum Ausdruck bringe, dass der Käufer den Verkäufer für die Mängel verantwortlich halten wolle[2], scheint doch etwas formalistisch und mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht ohne Weiteres vereinbar zu sein. Allerdings ist zu beachten, dass das Bundesgericht die Frage vorliegend nur unter dem Aspekt der Willkür prüfte. Eine gewisse Lockerung der Rechtsprechung erscheint auch in Anbetracht der folgenden zwei Aspekte wünschenswert zu sein.

[Rz 19] Erstens ist das OR bezüglich des Zeitpunkts der Rügeerhebung bedeutend strenger und damit verkäuferfreundlicher bzw. käuferfeindlicher als das internationale Einheitsrecht, welches in Art. 39 Abs. 1 CISG vorsieht, dass der Käufer eine Vertragswidrigkeit nicht sofort, sondern «innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen», erklären muss.

[Rz 20] Zweitens laufen derzeit (erneut[3]) Bestrebungen betreffend einer Verlängerung der Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche im Kaufrecht des OR. Der Bundesrat teilt die Einschätzung der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, dass die geltende einjährige Verjährungsfrist im Fall von Gewährleistungsansprüchen im Kaufrecht zu kurz ist. Wenn die Mängel der Sache erst nach Ablauf eines Jahres aufträten, habe der Käufer keine Möglichkeit mehr, die vertraglich vereinbarte Leistung zu erhalten. Die vorgeschlagene Verlängerung der Verjährungsfrist auf zwei Jahre stellt nach Ansicht des Bundesrates einen vernünftigen Beitrag dar, um dieses Ungleichgewicht auszugleichen[4]. In diesem Zusammenhang sollte man sich aber auch überlegen, ob das Erfordernis einer sofortigen Rügepflicht nicht ebenfalls gelockert werden sollte.

[2] Siehe E. 3: «L'envoi d'un avis d'expert en vue d'en prendre connaissance et de se déterminer à son propos n'exprimait en aucune façon la volonté du recourant de tenir l'intimée pour responsable, ce d'autant plus que le rapport n'exprimait pas la volonté du recourant. La cour cantonale n'a donc pas enfreint arbitrairement le droit fédéral en considérant que le simple envoi d'un extrait dudit rapport ne suffisait pas pour constituer un avis des défauts donné par le recourant à l'intimée.»

[3] Zu den fallen gelassenen Bestrebungen betreffend Einführung eines Bundesgesetzes über den elektronischen Geschäftsverkehr, vgl. Christoph Brunner / Markus Vischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Kaufvertragsrecht im Jahr 2005 – «unpublizierte» und «publizierte» Entscheide, in: Jusletter 19. Juni 2006, Rz. 54.

[4] Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Den Konsumentenschutz massvoll stärken, Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats, Medienmitteilungen, Der Bundesrat, 20. April 2011; Jurius, Konsumentenschutz: Längere Verjährungsfristen für Garantien, in: Jusletter 2. Mai 2011.

IV. Vertragsrücktritt und Schadenersatz

1. Rücktritt vom Kaufvertrag gem. Art. 107 Abs. 2 OR; Leistungsverweigerungsrecht gem. Art. 82 OR

Urteil des Bundesgerichts 4A_27/2010 vom 30. August 2010 (CB)

[Rz 21] Im Juni 2006 verpflichtete sich die Y AG (Beschwerdegegnerin) vertraglich, der X AG (Beschwerdeführerin) die Produktionsabteilung am Standort Niederönz (inkl. Warenlager und Arbeitsverträge der zwei Angestellten) zum Kaufpreis des Inventarwerts des Warenlagers bei Auslieferung abzgl. 100'000.– (zzgl. MwSt.) zu übertragen. Unter anderem verpflichtete sich die Beschwerdegegnerin zusätzlich, sämtliche Kundenanfragen an die Beschwerdeführerin weiterzuleiten. Am 17. Juli 2006 wurde ein Inventar erstellt, in dem der Wert des Warenlagers auf CHF 278'680.– beziffert wurde. Dieses Datum wurde von den Parteien zugleich als massgeblicher Übernahmetermin bestimmt. Zwischen Juni und September 2006 liess die Beschwerdeführerin das Warenlager in mehreren Tranchen an ihren Standort transportieren. Die Beschwerdegegnerin stellte ihr einen Kaufpreis von CHF 178'680.– zzgl. MwSt. in Rechnung. Die Beschwerdeführerin erhob zwar keine Einwände gegen die Rechnungsstellung, bat jedoch aufgrund von Liquiditätsschwierigkeiten um Verlängerung der Zahlungsfrist, was die Beschwerdegegnerin ablehnte. Die Beschwerdegegnerin stellte am 9. November 2006 eine Mahnung aus. Am 7. Februar 2007 teilte die Beschwerdeführerin ihr mit, dass sie vom Vertrag zurücktrete, weil die Beschwerdegegnerin 3 Monate nach Vertragsschluss die Weiterleitung der Kundenanfragen pflichtwidrig eingestellt habe. Die Klage der Beschwerdegegnerin auf Zahlung des Kaufpreises und des Preises für diverse Warenbezüge und Lieferungen wurde vom Handelsgericht des Kantons Bern gutgeheissen. Daraufhin erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde in Zivilsachen.

[Rz 22] Das Handelsgericht stellte in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Beschwerdegegnerin gegen Ende 2006 keine Kundenanfragen mehr an die Beschwerdeführerin weitergeleitet hatte, wobei eine entsprechende Mahnung und Nachfristansetzung seitens der Beschwerdeführerin nicht erfolgt war. Das Handelsgericht prüfte, ob die Beschwerdeführerin nach Art. 107 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten durfte und verneinte dies mit drei eigenständigen Begründungen: 1. die Weiterleitungspflicht sei bloss eine Nebenpflicht und keine Hauptpflicht; 2. dem Schuldner (Beschwerdegegnerin) sei keine angemessene Nachfrist zur Erfüllung angesetzt worden und die Beschwerdeführerin hätte nicht nachweisen können, dass eine solche gestützt auf Art. 108 OR entbehrlich gewesen wäre; 3. die Beschwerdeführerin habe sich zum Zeitpunkt der Rücktrittserklärung im Schuldnerverzug befunden, nachdem sie auch auf Mahnung hin die Zahlung verweigert

habe, weshalb die Beschwerdegegnerin nach Art. 82 OR ein Leistungsverweigerungsrecht inne gehabt habe und die Weiterleitung der Kundenanfragen habe einstellen dürfen. Aus all diesen Gründen war die Beschwerdeführerin gemäss Handelsgericht nicht berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten.

[Rz 23] Die Beschwerdeführerin rügte in ihrer Beschwerde in Zivilsachen nur zwei der drei Begründungen des Handelsgerichts. Einerseits handle es sich bei der Weiterleitungspflicht nicht um eine Neben-, sondern um eine Hauptpflicht. Andererseits sei eine Mahnung und Nachfristansetzung bzgl. der Erfüllung der Weiterleistungspflicht entbehrlich gewesen. Mit der dritten Begründung, d.h. der Bejahung eines Leistungsverweigerungsrechts der Beschwerdegegnerin nach Art. 82 OR, setzte sich die Beschwerdeführerin jedoch gar nicht auseinander. Da aber der angefochtene Entscheid auf mehreren selbständigen Begründungen beruhte, hätte die Beschwerdeführerin darlegen müssen, dass jede von ihnen Recht verletzte, andernfalls ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. BGE 133 IV 119 E. 6.3.). Die Beschwerde wurde abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden konnte.

Bemerkung

[Rz 24] Der Entscheid dient zunächst als Warnung vor einer Prozessfalle: Beschwerdeführer sind gut beraten, jeweils genau zu analysieren, ob der anzufechtende Entscheid auf mehreren selbständigen (Alternativ- bzw. Haupt- und Eventual-) Begründungen beruht. Diesfalls hat die beschwerdeführende Partei darzulegen, dass jede von ihnen Recht verletzt, andernfalls wird das Bundesgericht wie gesehen auf die Beschwerde nicht eintreten. Da vorliegend die Beschwerde auf eine der Begründungen, die den angefochtenen Entscheid selbständig trug, nicht einging, prüfte das Bundesgericht bloss, ob bezüglich dieser Begründung ein offensichtlicher Mangel vorlag. Dies war nicht der Fall.

[Rz 25] Die Begründung der Vorinstanz, wonach die Beschwerdegegnerin die Weiterleitung der Kundenanfragen gestützt auf Art. 82 OR einstellen durfte, war gemäss dem Bundesgericht durchaus zutreffend. Denn wenn eine Schuldnerin gestützt auf Art. 82 OR ein Leistungsverweigerungsrecht geltend macht, kann sie hinsichtlich der zurückbehaltenen Leistung nicht in Verzug geraten. Hat die Beschwerdegegnerin also die Weiterleitung der Kundenanfragen gestützt auf Art. 82 OR zu Recht eingestellt, konnte sich die Beschwerdeführerin diesbezüglich auf keinen Leistungsverzug berufen, der eine Rücktrittsmöglichkeit gestützt auf Art. 107 Abs. 2 OR begründet hätte. Sie konnte nicht vom Vertrag zurücktreten und schuldete den Kaufpreis nach wie vor (E. 3.3).

2. Schadenersatzberechnung beim Vertragsrücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 Abs. 2 OR

Urteil des Bundesgerichts 4A_251/2010 vom 12. August 2010 (CB)

[Rz 26] Y (Beschwerdegegner) war der Willensvollstrecker des 2007 Verstorbenen A. Im Rahmen dieser Aufgabe war er damit betraut, eine Yacht in Monaco zu verkaufen, welche der Verstorbene erst kürzlich erworben und mittels Leasing finanziert hatte. Im Juli 2007 schlossen der Beschwerdegegner und der Käufer X (Beschwerdeführer) einen Kaufvertrag in Höhe von EUR 1'050'000.–, wobei ca. 1/3 des Kaufpreises an das laufende Leasing und der Restbetrag per Check bezahlt werden sollte. Der Vertrag wurde dem Schweizer Recht unterstellt. Der Beschwerdeführer bezahlte den Kaufpreis jedoch nicht, weshalb dieser vom Beschwerdegegner erfolglos durch Mahnung in Verzug gesetzt und ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung angesetzt wurde, die der Beschwerdeführer ungenutzt verstreichen liess. Aufgrund dessen informierte der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer darüber, dass er ihn für den durch das Nichterfüllen des Vertrages entstandenen Schaden zur Verantwortung ziehen wolle. Im September 2007 verkaufte der Beschwerdegegner die Yacht an einen anderen Käufer zum Preis von EUR 1'150'000.–, wobei aber der Käufer den laufenden Leasingvertrag nicht übernahm und daher der Beschwerdegegner EUR 450'000.– (inkl. Strafgebühr) bezahlen musste, um den Leasingvertrag beenden zu können. Des Weiteren erhielt der Kapitän der Yacht vom Beschwerdegegner eine Verkaufskommission von EUR 92'000.–.

[Rz 27] Ende September 2007 reichte der Beschwerdegegner im Kanton Genf Klage gegen den Beschwerdeführer ein auf Schadenersatz in Höhe von CHF 163'190.– (zzgl. Zinsen). Diese Summe setzte sich u.a. zusammen aus den Kosten der vorzeitigen Beendigung des Leasingvertrages, der an den Kapitän entrichteten Verkaufskommission und den Kosten für den Unterhalt der Yacht für die Monate Juli und August 2007. Die Vorinstanz des Bundesgerichts verurteilte den Beschwerdeführer zur Zahlung von CHF 151'600.– (zzgl. Zinsen). Gegen diesen Entscheid legte der Beschwerdeführer Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht ein.

[Rz 28] Das Bundesgericht äusserte sich insbesondere zur umstrittenen Frage der Berechnung des Schadenersatzes. Der Beschwerdegegner hatte offenbar den Vertrag aufgehoben und seinen Schadenersatz auf Art. 109 Abs. 2 OR gestützt, wonach «Ersatz des aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsenen Schadens» geschuldet ist. Das Bundesgericht hielt fest, dass bei einem Vertragsrücktritt nach Art. 107 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 109 OR entsprechend der bisherigen Rechtsprechung das negative Interesse und nicht, wie von einem Teil der Lehre vertreten (Jermann, Thévenoz, Morin), das positive Interesse verlangt werden könne. Gemäss dem Bundesgericht kann der Gläubiger das positive

Interesse nach Art. 107 Abs. 2 OR nur verlangen, wenn er auf die Aufrechterhaltung des Vertrages besteht, was nicht der Fall ist, wenn er vom Vertrag zurücktritt. Dementsprechend war der vorliegende Schaden nach dem negativen Interesse zu berechnen, d.h. der Gläubiger war vermögensrechtlich so zu stellen, wie wenn er den aufgelösten Vertrag nicht geschlossen hätte.

[Rz 29] Sodann hielt das Bundesgericht fest, dass die Ablösungssumme für die Beendigung des Leasingvertrags und die an den Kapitän entrichtete Verkaufskommission Folgen des zweiten und nicht des fraglichen Kaufvertrags seien und daher dem Beschwerdegegner insofern kein Anspruch auf Schadenersatz im Sinne des negativen Interesses zustehe. Ähnliches gelte für die Kosten für den Unterhalt der Yacht; auch diese seien keine Folgen des Vertragsschlusses mit dem Beschwerdeführer, da sie sowieso angefallen wären. Des Weiteren verneinte das Bundesgericht den Anspruch des Beschwerdegegners auf entgangenen Gewinn. Für die Annahme, dass der Beschwerdegegner einen Kaufvertrag zu ähnlichen Konditionen mit einem Dritten geschlossen hätte, aber aufgrund des dahingefallenen Vertrages darauf verzichten musste, reiche das Vorliegen mehrerer, mehrheitlich unbekannter, Kaufinteressenten nicht. In der Folge hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut und wies die Sache an die Vorinstanz zurück.

Bemerkung

[Rz 30] Vorab ist zu bemerken, dass aus der im Bundesgerichtsentscheid enthaltenen Darstellung des Sachverhalts leider nicht hervorgeht, weshalb das Bundesgericht ohne Weiteres davon ausgehen konnte, dass der Beschwerdegegner effektiv den Rücktritt gem. Art. 107 Abs. 2 i.V.m. Art. 109 OR erklärte und das negative Interesse verlangte. Im Sachverhalt steht bloss «*X. [der Beschwerdeführer] n'a pas remis ce chèque et il n'a pas non plus payé autrement. Après mise en demeure et fixation d'un dernier délai, Y.[der Beschwerdegegner] lui a fait savoir le 20 juillet 2007 qu'il le tenait pour responsable du dommage causé par l'inexécution du contrat.*» Aus dieser Formulierung folgt jedenfalls nicht die Geltendmachung des negativen Interesses; vielmehr weist sie eher auf die Geltendmachung des positiven Interesses hin[5].

[Rz 31] Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die rechtliche Unterscheidung zwischen dem Wahlrecht «Verzicht auf Primärleistung unter Forderung von Schadenersatz wegen Nichterfüllung» (positives Interesse) und «Verzicht auf Primärleistung und Rücktritt vom Vertrag bzw. negatives Interesse» einem Nichtjuristen (oder auch ausländischen Juristen) nicht geläufig ist und Erklärungen daher jeweils anhand der Auslegungsregeln unter Berücksichtigung des Vertrauensprinzips zu ermitteln sind. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, ob der Gläubiger in diesem Zeitpunkt bereits gewisse Schadensposten geltend macht und ob diese nur im Rahmen des positiven oder des negativen Interesses geltend gemacht werden können. Der Unterschied zwischen den zwei Wahlmöglichkeiten beschränkt sich vielfach auf die Art und Weise der Berechnung des Schadenersatzes, da dem Gläubiger auch im Rahmen des positiven Interesses frei steht, nach der Differenztheorie vorzugehen, also nicht weiter zur Gegenleistung verpflichtet ist[6]. Oft dürfte insoweit davon auszugehen sein, dass der Gläubiger das positive Interesse verlangt[7]. Führt die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, so ist anzunehmen, dass der Gläubiger nur auf die Primärleistung verzichten will bzw. gar keine wirksame Wahlerklärung vorliegt. Eine spätere Ausübung des Wahlrechts (positives oder negatives Interesse) sollte in dieser Situation zulässig sein. In der Lehre wird zudem bei fehlendem Schutzbedürfnis des Schuldners ein generelles *jus variandi* für den Gläubiger gefordert[8]. Die Ablehnung eines solchen *jus variandi* mit der dogmatischen Begründung, die Ausübung des genannten Wahlrechts stelle die Ausübung eines Gestaltungsrechts dar und sei daher unwiderruflich[9] erscheint aufgrund des Gesetzeswortlauts und einer auf einen gerechten Interessenausgleich zielenden Auslegung nicht als zwingend. Indem der Gläubiger einer Schadensminderungsobliegenheit unterliegt, dürften die legitimen Interessen des Schuldners oft hinreichend geschützt sein. Auch im Hinblick auf internationale Verhältnisse ist eine zu formalistische Handhabung des Wahlrechts nach Art. 107 Abs. 2 OR abzulehnen. Nach dem UN-Kaufrecht (CISG) verliert der Gläubiger sein Recht, das positive Interesse geltend zu machen gerade nicht dadurch, dass er die Vertragsaufhebung erklärt (vgl. Art. 45 Abs. 2, 61 Abs. 2 CISG)[10].

[Rz 32] Daneben ist der Entscheid interessant im Hinblick auf die beweisrechtlichen Anforderungen der Geltendmachung eines Schadens durch den im Vertrauen auf den dahingefallenen Vertrag gestützten Verzicht auf Abschluss eines anderen Vertrags im Rahmen des negativen Interesses. Insofern hält das Bundesgericht klar fest, dass für die Schadensberechnung gestützt auf einen solchen «entgangen Vertrag mit einem Dritten» genügend Beweise vorhanden sein müssen (welche Drittperson(en) hat bzw. haben im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wie viel geboten?).

[5] Vgl. Art. 107 Abs. 2 OR in der französischen Fassung: «…le créancier qui en fait la déclaration immédiate peut renoncer à ce droit et réclamer des dommages- intérêts pour cause d'inexécution ou se départir du contrat».

[6] Nach der Differenztheorie kann der Gläubiger den Schaden direkt zwischen der geschuldeten Gegenleistung und der Schadenersatzforderung berechnen (vgl. etwa Art. 215 OR).

[7] CR CO I-Thévenoz, Art. 107 N 22 m.Nw.

[8] Vgl. die Nachweise bei BSK OR I-Wiegand, Art. 107 N 15.

[9] Vgl. etwa Wiegand, a.a.O.; BGE 123 III 22.

[10] Vgl. Christoph Brunner, UN-Kaufrecht – CISG, Bern 2004, Art. 74 N 5 f.

V. Für M & A-Praxis relevante Entscheide

1. M & A Transaktionen mittels verschiedenen Verträgen

Urteil des Bundesgerichts 4A_520/2009 vom 6. Januar 2010 (MV)

[Rz 33] A und B verkauften ihre Aktien der Y Holding AG an die X Holding AG mittels eines Aktienkaufvertrages. Daneben gewährte C (Ehefrau von B) der Y Holding AG ein Darlehen in der Höhe von CHF 1 Mio. Die Darlehensgewährung wurde im Aktienkaufvertrag vereinbart. Weiter garantierte die X Holding AG der C die Darlehensrückzahlung. Auch diese Garantie war Teil des Aktienkaufvertrags. Zudem wurde ein Kaufvertrag über Aktien der E SA zwischen C und D einerseits und der F AG (ein Unternehmen der X Holding AG) andererseits geschlossen.

[Rz 34] Nachdem die Y Holding AG in Konkurs gefallen war, forderte C mit Klage vom 28. Juli 2006 von der X Holding AG gestützt auf die Garantie die Bezahlung von CHF 1 Mio. nebst Zins aus dem Darlehen, welches sie der Y Holding AG gewährte. Mit Urteil vom 7. November 2008 verpflichtete das Amtsgericht Luzern-Stadt die X Holding AG zur Zahlung von CHF 1 Mio. nebst Zins an C. Die gegen diesen Entscheid von der X Holding AG erhobene Appellation wies das Obergericht des Kantons Luzern am 17. August 2009 ab. Dagegen wehrte sich die X Holding AG mit einer Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht.

[Rz 35] Die X Holding berief sich in ihrer Beschwerde unter anderem darauf, sie habe die Verbindlichkeit des Aktienkaufvertrags als notwendige Grundlage und Voraussetzung für die Verpflichtung aus der Garantie verstanden und nach Treu und Glauben verstehen dürfen. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass ein Irrtum als wesentlich gelte, wenn er einen bestimmten Sachverhalt betreffe, der vom Irrenden als notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet wurde und nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch als eine solche betrachtet werden durfte. Die X Holding AG habe nicht darlegen können, dass die Verbindlichkeit des Aktienkaufvertrags auch objektiv als notwendige Grundlage der Garantie galt. Sie habe sich lediglich auf Begleitumstände wie die Unterzeichnung der Mitwirkungsklausel im Aktienkaufvertrag, die Aufhebungsklausel im Kaufvertrag über die Aktien der E SA und auf die Positionierung im Gesamtgeschäft berufen. Das Bundesgericht hielt fest, dass keine materielle Abhängigkeit zwischen dem Aktienkaufvertrag und der Garantie bestehe. Der Darlehensvertrag und die Garantie seien, trotz der Aufnahme in die gleiche Vertragsurkunde wie der Aktienkaufvertrag, eigenständige Verträge. Der Umstand, dass der Kaufvertrag auch von C unterzeichnet wurde, vermöge dies nicht zu ändern. Die Argumentation der X Holding AG, wonach kein Drittgeschäft vorliege, verwarf die Vorinstanz mit der Begründung, dass nicht substantiiert sei, dass C am gesamten Vertragswerk auf Seiten der Verkäuferschaft mitgewirkt habe. Vielmehr sei sie – mit Ausnahme der formellen Unterzeichnung – während der ganzen Verhandlung nie in Erscheinung getreten. Die X Holding AG hielt dieser Begründung in ihrer Beschwerde nichts entgegen, weshalb sie vom Bundesgericht abgewiesen wurde.

Bemerkung

[Rz 36] Die Lehre vertritt die Ansicht, dass es sich bei zusammengesetzten Verträgen um Verknüpfungen von Verträgen handelt, bei der diese Verträge in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen[11]. In der Lehre wird in diesem Zusammenhang auch von einem «Finalnexus» gesprochen. Ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines Finalnexus ist, dass in den Einzelverträgen einseitige oder wechselseitige Bezüge der Schuldverhältnisse aufeinander gemacht werden[12]. Die Aufnahme verschiedener Vereinbarungen in die gleiche Vertragsurkunde führt noch nicht per se zur Annahme von zusammengesetzten Verträgen. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, welche Bedeutung die Parteien den gekoppelten Einzelverträgen im Hinblick auf die Gestaltung der Gesamtrechtslage beimessen und in welchem Abhängigkeitsverhältnis diese Verträge nach ihrer rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung zueinander stehen[13]. Zur Ermittlung dieser Interessenlage ist vorab auf den übereinstimmenden inneren Willen der Parteien, bei dessen Fehlen auf das Vertrauensprinzip abzustellen. Im vorliegenden Fall hat das Bundesgericht das Vorliegen von zusammengesetzten Verträgen verneint. Das ist schwierig nachzuvollziehen, hat doch die X Holding die Garantie wohl nur gewährt, weil sie die Y Holding AG gekauft hat.

[Rz 37] Für die M&A-Praxis ergibt sich daraus, dass die gegenseitigen Abhängigkeiten der einzelnen Verträge einer M&A-Transaktion in diesen Verträgen klar festzuhalten sind.

2. Unternehmensverkauf und Gewährleistung

Urteil des Bundesgerichts 4A_601/2009 vom 8. Februar 2010 (MV)

[Rz 38] Am 25. Februar 2005 schlossen Y und X einen Unternehmensübertragungsvertrag. Der Preis des Unternehmens wurde auf CHF 140'000.– festgesetzt. Die Bezahlung sollte in drei Tranchen erfolgen. 10% des Preises wurde bei Unterzeichnung des Unternehmensübertragungsvertrags bezahlt. Die Hälfte des Restbetrags überwies der Käufer X im Zeitpunkt der Übernahme des Unternehmens am 1. Mai 2005.

---

[11] Zum Ganzen: Walter R. Schlup, Zusammengesetzte Verträge: Vertragsverbindung oder Vertragsverwirrung, in: Honsell/Portmann/Zäch/Zobl, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, FS Heinz Rey, Zürich/Basel/Genf 2003, 285 ff.

[12] BSK OR I-Amstutz/Schluep, Einl. vor Art. 184 ff. OR N 10 und 77, Schluep (FN 13), 291.

[13] BGE 115 II 454 f.

Der verbleibende Betrag sollte am 1. August 2005 beglichen werden. Im Vertrag vereinbarten die Parteien, dass der Kauf erst mit Bezahlung der letzten Tranche verbindlich werden soll.

[Rz 39] Im Unternehmensübertragungsvertrag vom 25. Februar 2005 wurde festgehalten, dass sich Y als Verkäufer für eine gewisse Zeit verpflichte als technischer Berater im Unternehmen zu verbleiben und so die Unternehmensübertragung – auch hinsichtlich möglicher Kundenbelange – unterstütze.

[Rz 40] Bereits vor Unterzeichnung des Unternehmenskaufvertrages unterzeichneten die Parteien an einem unbekannten Datum vor dem 25. Februar 2005 ein Dokument mit dem Titel «Projekt Verkauf des Unternehmens Y Heizungsservice». Darin wurde unter anderem festgehalten, dass die bestehenden Kunden informiert und dem angestellten Personal gekündigt werden muss. Gemeinsam mit der Kündigung wurden die Mitarbeitenden schriftlich darauf aufmerksam gemacht, dass sie keine die Unternehmung konkurrierende Tätigkeit ausüben dürfen. Eingänge aus Rechnungen an Kunden für vor dem 1. Mai 2005 ausgeführte Arbeiten standen gemäss Vereinbarung weiterhin Y zu. Im Gegenzug musste er aber auch anfallende Lieferantenrechnungen bis zum 1. Mai 2005 übernehmen.

[Rz 41] Unter den von den in der Folge ausgesprochenen Kündigungen betroffenen Personen war auch A, der Schwiegersohn von Y. Ab Januar 2005, also noch während seiner Anstellung bei Y, informierte dieser die bestehende Kundschaft über sein baldiges Ausscheiden aus der Gesellschaft. Er teilte weiter mit, dass er künftig als Selbständigerwerbender die gleichen Dienste wie die Gesellschaft anbieten werde. Über diese Abwerbungsversuche des A war Y seit spätestens Februar 2005 informiert. Zahlreiche Kunden kündigten in der Folge ihre Wartungsverträge bei der Gesellschaft.

[Rz 42] Am 21. April 2005 wurde die eingetragene Einzelfirma des Y im Handelsregister gelöscht. Gleichentags wurde die neue Einzelfirma des X im Handelsregister eingetragen. Am 8. Mai 2005 teilte X in einem Schreiben an Y mit, dass er durch das Verhalten von A einen beträchtlichen Schaden erlitten habe und die letzte Tranche des ausstehenden Kaufpreises nicht wie vereinbart überweisen werde. Er machte geltend, dass die Unternehmung seit Vertragsunterzeichnung die Hälfte ihres Werts verloren habe.

[Rz 43] In der Folge betrieb Y den X für die dritte Kaufpreistranche und erhielt daraufhin provisorische Rechtsöffnung. Die kantonalen Gerichte wiesen die Aberkennungsklage des X ab, worauf dieser, nach einem ersten Erfolg vor Bundesgericht[14], erneut ans Bundesgericht gelangte.

[Rz 44] Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass es sich bei einem solchen Unternehmensübertragungsvertrag um einen Vertrag sui generis (Innominatkontrakt) handle. Auf diesen seien diejenigen Regelungen anzuwenden, die am besten zur Natur des jeweiligen Vertrags passen. In casu seien dies die Regeln der Sachgewährleistung aus dem Kaufrecht.

[Rz 45] Nach dem Bundesgericht ergab die Auslegung des undatierten Dokuments und des Unternehmensübertragungsvertrags nach dem Vertrauensprinzip, dass Y dem X zugesichert habe, dass seine Arbeitnehmenden keine Kunden des Unternehmens abwerben würden. Es handle sich dabei um eine Zusicherung im Sinne von Art. 197 OR. Die Zusicherung sei gemäss Bundesgericht auch kausal für den Entscheid von X gewesen, den Unternehmensübertragungsvertrag einzugehen.

[Rz 46] Bezüglich der Gewährleistung von Sachmängeln hielt das Bundesgericht fest, dass diese nur geltend gemacht werden können, wenn sie bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs und nicht erst später vorhanden sind. Bei Verträgen, die unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen werden, gehe Nutzen und Gefahr der Sache erst mit dem Eintritt der Bedingung auf den Erwerber über (Art. 185 Abs. 3 OR). Das Bundesgericht prüfte daher, ob vorliegend durch die Aufteilung der Kaufpreiszahlung zwischen den Parteien ein bedingter Vertrag geschlossen wurde oder lediglich ein suspensiver Termin vereinbart war. Die Parteien statuierten im Unternehmensübertragungsvertrag, dass es sich um einen bedingten Kauf «vente conditionnelle» mit einer aufgeschobenen Wirkung handle «…la vente sera effective après le dernier paiement». Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass eine Bedingung nur vorliege, wenn es sich um den Eintritt eines ungewissen zukünftigen Ereignisses handle. Die Bezahlung eines Kaufpreises werde in casu aber von beiden Parteien als sicher angesehen und sei darum kein solches ungewisses Ereignis. Das Vorliegen eines bedingten Vertrags nach Art. 185 Abs. 3 OR wurde daher verneint.

[Rz 47] Das Bundesgericht stellte sich in der Folge weiter die Frage, ob es sich um ein besonderes Verhältnis oder eine besondere Verabredung nach Art. 185 Abs. 1 OR handle. Dies würde dazu führen, dass Nutzen und Gefahr – trotz Vertragsschluss – beim Verkäufer verbleiben. Das Vorliegen einer besonderen Verabredung verneinte es. Dagegen bejahte es das Vorliegen besonderer Verhältnisse: Im Unternehmensübertragungsvertrag zwischen den Parteien wurde festgehalten, dass der Unternehmensübergang erst per 1. Mai 2005 erfolge. Der Handelsregistereintrag der Gesellschaft sei am 21. April 2005 zu löschen und neu einzutragen. Rechnungen und Einkünfte, die vor dem 1. Mai 2005 anfielen, seien noch vollumfänglich dem Verkäufer Y zuzuweisen. Das Bundesgericht stellte daher fest, dass trotz Vertragsschluss zwischen Y und X, letzterer nach Vertragsschluss vom 25. Februar 2005 noch keine Verfügungsbefugnis über die gekaufte Gesellschaft hatte. Die alleinige Verfügungsgewalt blieb beim Verkäufer. Es bejahte daher besondere Verhältnisse nach

[14] Urteil des Bundesgerichts 5A_516/2007 vom 24. Januar 2008 betreffend Frist zur Erhebung der Aberkennungsklage.

Art. 185 Abs. 1 OR und liess die Preisgefahr erst am 21. April 2005 auf den Käufer übergehen.

[Rz 48] Der Rekurs wurde teilweise gutgeheissen und eine Minderung des Kaufpreises grundsätzlich bejaht. Nach dem Bundesgericht bezwecke die Minderung die Wiederherstellung des Gleichgewichts und sei deshalb nach der sogenannten relativen Methode zu berechnen. Die Praxis bediene sich zur Vereinfachung der Berechnung zweier Vermutungen, nämlich dass der Wert des Kaufgegenstands ohne Mängel dem vereinbarten Kaufpreis und dass der Minderwert den Wiederherstellungskosten entspreche. Massgeblicher Zeitpunkt für die Minderwertberechnung sei der Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Gefahr.

Bemerkung[15]

[Rz 49] Das Bundesgericht vertritt in seiner neueren Rechtsprechung und auch im hier diskutierten Urteil die Auffassung, dass ein Vorvertrag, der alle Essentialia Negotii des entsprechenden Hauptvertrags erfüllt, schon den Hauptvertrag bildet. Das ist in casu vertretbar, hat doch Y bereits vor der Unterzeichnung des Unternehmensübertragungsvertrags mit dem Vollzug begonnen und z.B. seinem Schwiegersohn A gekündigt.

[Rz 50] Das Bundesgericht hat das Versprechen von Y, dass seine Arbeitnehmenden keine Kunden des Unternehmens abwerben, als Zusicherung nach Art. 197 OR gewertet und den Artikel zu Recht weit ausgelegt. Allerdings wäre in casu die Annahme einer Nebenpflicht von Y wohl realistischer gewesen. Das Bundesgericht hätte dann aber kaum von einer schuldhaften Verletzung einer solchen Nebenpflicht ausgehen können, da Y sogar einen Anwalt eingeschaltet hatte, um A zur Raison zu bringen.

[Rz 51] Das Bundesgericht vertritt im hier diskutierten Entscheid die Auffassung, es liege dann ein suspensiver Termin und keine suspensive Bedingung vor, wenn für die Parteien das zukünftige Ereignis subjektiv sicher ist. Die herrschende Lehre ist hier anderer Meinung. So soll eine objektive und nicht eine subjektive Betrachtungsweise darüber entscheiden, ob eine Bedingung oder ein Termin vorliegt. Aus diesem Grund verabredeten die Parteien im Unternehmensübertragungsvertrag eine aufschiebende Bedingung und nicht einen suspensiven Termin. Denn es war objektiv unsicher, ob der Betrag am 1. August 2005 eingeht oder nicht. Dies führt aber noch nicht direkt zu Art. 185 Abs. 3 OR. Denn die Parteien hatten in concreto den Eintritt oder Nichteintritt nicht abgewartet, sondern bereits gestützt auf das undatierte Dokument mit dem Vollzug des Vertrags begonnen und so implizit den bedingten Vertrag zu einem unbedingten gemacht.

[Rz 52] Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, dass X und Y keine besondere Verabredung nach Art. 185 Abs. 1 OR getroffen haben. Die Vereinbarung über die Handhabung der Geldeingänge von Kundenrechnungen und die Bezahlung von Lieferantenrechnungen ist nur eine Verabredung zum Übergang des Nutzens. Eine solche Verabredung impliziert noch keine gleichartige Verabredung über den Übergang der Gefahr.

[Rz 53] Das Bundesgericht geht von besonderen Verhältnissen im Sinne von Art. 185 Abs. 1 OR aus, wenn der Kaufgegenstand nach der Unterzeichnung des Kaufvertrages primär im Interesse des Verkäufers in der alleinigen Verfügungsmacht des Verkäufers verbleibt.

[Rz 54] Zur Problematik der Qualifikation des Unternehmensübertragungsvertrags als Innominatvertrag siehe die Bemerkungen zum folgenden BGE.

3. Unternehmenskauf – Natur des Unternehmensübertragungsvertrags und anwendbares Gewährleistungsrecht

Urteil des Bundesgerichts 4A_554/2009 vom 1. April 2010 (MV)

[Rz 55] Im Januar 2001 inserierten Y und Z, Eigentümer eines freiburgischen Möbelgeschäfts, die Absicht, das Unternehmen zu veräussern, worauf sich X meldete. Im Juli desselben Jahres unterschrieben die Parteien einen entsprechenden Vertrag. Bald nach dem Erwerb des Unternehmens wurde X bewusst, dass dessen Umsatz nicht mit seinen Erwartungen übereinstimmte. Er musste das Unternehmen schliessen und bereits am 7. November 2001 wurde es im Handelsregister gelöscht.

[Rz 56] Nach erfolgloser Ausschöpfung des kantonalen straf- und zivilrechtlichen Instanzenzuges, gelangte X mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und verlangte die Aufhebung des letztinstanzlichen kantonalen Urteils, welches ihn zur Zahlung des Restkaufpreises an Y und Z verpflichtete. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

[Rz 57] In seinem Urteil qualifizierte das Bundesgericht den unterzeichneten Unternehmensübertragungsvertrag als Innominatkontrakt und erklärte die Regeln des Kaufvertrags für anwendbar, soweit charakteristische Leistungen wie die Übertragung des Mobiliars, des Warenlagers und des Kundenstammes vorliegen. Die fehlende Lieferung von Anhängen des Kaufvertrags erachtete das Bundesgericht, entgegen der Meinung von X, nicht als Hindernis für das Zustandekommen des Vertrags, da es sich lediglich um accidentialia negotii handelte. Gegen die Einwände von X der Übervorteilung, des Grundlagenirrtums sowie der absichtlichen Täuschung führte das Bundesgericht stets den ungenutzten Ablauf der relevanten Verwirkungsfristen an. Ansprüche aus Sachgewährleistung wurden vom Bundesgericht ebenfalls verneint, da es X während des gesamten Verfahrens versäumt hatte, Mängel geltend zu machen. Die Einrede der Verjährung nach Art. 60 Abs. 3 OR wurde X ebenfalls verwehrt, mit der

[15] Für eine ausführliche Kommentierung siehe Markus Vischer, Unternehmensübertragungsvertrag, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts A4_601/2009 vom 8. Februar 2010, GesKR 1/2011, 81 ff.

Begründung, es liege keine unerlaubte Handlung gegen ihn vor.

Bemerkung[16]

[Rz 58] Das Bundesgericht vertritt einmal mehr die Auffassung, beim geschilderten Unternehmensübertragungsvertrag handle es sich um einen Vertrag sui generis. Damit bestätigt es, ohne dies eingehend zu erläutern, die bereits in BGE 129 III 18 E. 2.1 S. 21 vertretene Auffassung. Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Nach der mittlerweile herrschenden Lehre ist der Unternehmensübertragungsvertrag sowohl beim Asset Deal, wie im vorliegenden Fall, als auch beim Share Deal, als Fahrniskaufvertrag zu qualifizieren. Entgegen der Überlegung des Bundesgerichts, es könne aufgrund der Verschiedenartigkeit der Leistungen nicht ohne weiteres ein Fahrniskauf angenommen werden, können auch Rechtsobjekte, die nach der Verkehrsauffassung oder dem Parteiwillen als Fahrnis gelten, Gegenstand des Fahrniskaufs sein. Ein Unternehmen, definiert als wirtschaftlicher Organismus, in dem Kapital und Arbeitskraft planmässig zum Zweck der Leistungserstellung zusammenwirken, kann folglich ohne weiteres zum Gegenstand eines Fahrniskaufs gemacht werden. Es spielt dabei keine Rolle, ob der Share Deal bzw. der Asset Deal traditionell nach dem OR oder nach dem FusG durchgeführt wird. Die abweichende Meinung des Bundesgerichts, wonach der nach dem OR durchgeführte Asset Deal ein Innominatkontrakt sei, ist folglich nicht korrekt.

[Rz 59] Immerhin erklärt das Bundesgericht im angesprochenen Entscheid die Regeln des Fahrniskaufvertrages (Art. 197 ff. OR) für anwendbar, sofern Leistungen wie der Verkauf des Mobiliars, des Warenlagers und des Kundenstammes vorliegen. Dementsprechend prüft das Bundesgericht bezüglich dieser Leistungen, ob die kaufrechtliche Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR gegeben ist, verneint dies jedoch aufgrund der fehlenden Mängelrüge durch den Beschwerdeführer[17].

4. Mitverpflichtung einer AG im Aktienkaufvertrag

Urteil des Bundesgerichts 4A_117/2010 vom 14. Juni 2010 (MV)

[Rz 60] B war Alleinaktionär und einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der A AG. Er verkaufte sämtliche Aktien an C und D. Im Aktienkaufvertrag wurde auch ein von der A AG an B gewährtes Aktionärsdarlehen erwähnt. Das Darlehen sollte über einen Dividendenbezug von B zurückbezahlt werden. Am 29. Oktober 2004 hielt die A AG eine ausserordentliche Generalversammlung ab, an der, wie im Aktienkaufvertrag vereinbart, der bisherige Verwaltungsrat zurücktrat und an dessen Stelle die Käufer (C und D) als neue Verwaltungsräte gewählt wurden.

[Rz 61] Mit Klage vom 6. Juli 2007 beantragte die A AG beim Kreisgericht Alttoggenburg-Wil, B sei zu verpflichten, das gewährte Darlehen zurückzuzahlen. In der Folge verkündete B in seiner Klageantwort C und D den Streit. Diese nahmen als Nebenintervenienten auf der Seite der A AG am Verfahren teil. Am 8. Juli 2008 wies das Kreisgericht die Klage ab. Eine von der A AG erhobene Berufung wies das Kantonsgericht St. Gallen mit Entscheid vom 19. Mai 2009 ebenfalls ab.

[Rz 62] Das Kantonsgericht stellte zunächst einen übereinstimmenden tatsächlichen Willen zwischen dem Verkäufer (B) und den Käufern (C und D) fest, wonach die Einforderung des an B gewährten Darlehens bei einer reibungslosen Abwicklung des Aktienkaufvertrages ausgeschlossen werden sollte. Es hielt weiter fest, dass B die A AG, in seiner Eigenschaft als vertretungsberechtigtes Organ, unmittelbar mitverpflichten wollte. Es sei unbestritten, dass die Darlehenstilgung in den Kaufpreis eingerechnet wurde. Aus verschiedenen Indizien, insbesondere dem Verhalten der A AG und von C und D, schloss das Kantonsgericht, dass die Nebenintervenienten die A AG bei Vertragsschluss ebenfalls als verpflichtet ansahen. Damit bejahte das Kantonsgericht einen übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen des Verkäufers (B) und der Käufer (C und D), mit dem Aktienkaufvertrag in Bezug auf das Darlehen auch die A AG zu verpflichten.

[Rz 63] Eine von der AG gegen den Entscheid des Kantonsgerichts erhobene Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons St. Gallen am 10. Januar 2010 ab, worauf die A AG Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht erhob.

[Rz 64] Das Bundesgericht schützte die vorinstanzlichen Ausführungen und trat auf die Beschwerde nicht ein.

Bemerkung

[Rz 65] Die Gerichte bedienten sich im vorliegenden Fall eines Kunstgriffs, um zu erreichen, dass der Aktienkaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer auch für einen Dritten, nämlich die vom Aktienkaufvertrag erfasste A AG, verbindlich ist. Zu diesem Zwecke argumentierten sie, dass der Verkäufer

[16] Dieser Entscheid wurde bereits von MARKUS VISCHER / MICHELE CASALE, Unternehmenskauf – Natur des Geschäftsübertragungsvertrags und anwendbares Gewährleistungsrecht, Weblaw Push-Service Entscheid vom 18. Juni 2010 besprochen.

[17] Zum Ganzen: VISCHER (FN 17), 81 ff.; MARKUS VISCHER, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2010, 129 ff.; MARKUS VISCHER, Die Rolle des Verschuldens im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 2009, 129 ff.; MARKUS VISCHER, Qualifikation des Geschäftsübertragungsvertrages und anwendbare Sachgewährleistungsbestimmungen, SZW 2003, 335 ff.; siehe im Übrigen schon ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, La Cession de Controlle, Mode de Cession de l'Entreprise, Genf 1977, 93 ff, 118 ff. zur Qualifikation des Unternehmenskauf als Kauf im Sinne von Art. 184 ff. OR.

B als einzelzeichnungsberechtigtes Organ gleichzeitig die A AG verpflichtet habe. So erreichten sie, dass die Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer auch für die A AG verbindlich war und diese nicht auf Rückzahlung des Darlehens gegen B klagen konnte.

[Rz 66] Der Kunstgriff brachte im konkreten Fall das gewünschte Resultat, allerdings auch nur, weil die Gerichte gesellschaftsrechtliche Aspekte völlig ausser Acht liessen. So ist ein Verzicht auf eine Darlehensforderung ohne Gegenleistung gesellschaftsrechtlich kaum gültig, ebenso wenig wie eine Verrechnung mit einer gesellschaftsrechtlich nicht vorschriftsgemäss beschlossenen Dividende.

[Rz 67] Für den M&A-Anwalt bleibt wichtig, in einer M&A-Transaktion die verschiedenen Parteien und vertraglichen Verhältnisse klar auseinander zu halten (und die gegenseitigen Abhängigkeiten der verschiedenen Verträge zu regeln[18]).

5. Minderwertberechnung nach Ertragswertverfahren

Urteil des Bundesgerichts 4A_291/2010 vom 2. August 2010 (MV)

[Rz 68] Am 14. Mai 2004 kaufte Y von Z ein Grundstück mit Wohnhaus zum Preis von CHF 5 Mio. Die Verkäuferin Z bediente sich zu diesem Zweck der Maklerin X SA. Vor Abschluss des Kaufvertrages liess die X SA dem Käufer Y verschiedene Unterlagen zukommen, wie unter anderem einen Mieterspiegel per 31. Mai 2004. Daraus ging hervor, dass das Mietverhältnis mit V als Mieter per 31. Dezember 2007 ausläuft. Bereits am 1. Juli 2004 kündigte V allerdings das Mietverhältnis fristgerecht per 31. Dezember 2004. Über diesen Umstand informierte die X SA den Käufer Y am 24. September 2004 und erklärte, die Kündigung sei aufgrund einer Vereinbarung zwischen den Mietparteien möglich, welche diese zwei Jahre zuvor geschlossen hätten. Y monierte wenige Tage später, die ihm zugestellten Unterlagen hätten den alleinigen Schluss zugelassen, der Mietvertrag würde nicht vor Ende 2007 auslaufen. Daraufhin entschuldigte sich die X SA mit Brief vom 18. Oktober 2004, Y nicht über das Kündigungsrecht von V aufgeklärt zu haben und bot ihre Hilfe bei der Suche eines Nachmieters an. Am 14. Februar 2005 empfahl die X SA dem Käufer Y, einen Mietvertrag mit der R SA abzuschliessen. Da die R SA jedoch zusätzliche Parkplätze forderte, die zuerst auf Kosten von Y hätten fertiggestellt werden müssen, lehnte dieser die Mietofferte ab.

[Rz 69] Am 22. August 2006 reichte Y in Genf Klage gegen Z auf Minderung des Kaufpreises ein, insbesondere aufgrund des Mietausfalls in der Höhe von CHF 222'624.– zuzüglich Zinsen. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen, hauptsächlich mit dem Argument, Y sei ein mit Immobilien vertrauter Geschäftsmann und hätte weitere Unterlagen konsultieren sollen, wodurch ihm das Kündigungsrecht hätte bekannt sein müssen.

[Rz 70] Mit Urteil vom 16. April 2010 verurteilte das Zivilgericht des Kantons Genf Z, Y den Betrag von CHF 219'385.– zuzüglich Zinsen zu bezahlen, insbesondere weil die einschlägige Kündigungsklausel lediglich der X SA bekannt gewesen war, welche es unterlassen hatte, die Vertragsparteien davon in Kenntnis zu setzen. Die Bemessung des Schadens erfolgte dabei nach der Miete, wie sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestanden hatte, also monatlich CHF 6'094.–. Dieser Betrag wurde mit der Anzahl Monate, die bis zum vorgesehenen Vertragsende ausstanden multipliziert, was zu einem Gesamtbetrag von CHF 219'385.– führte.

[Rz 71] Die X SA, welcher die Verkäuferin den Streit verkündet hatte, reichte daraufhin Beschwerde beim Bundesgericht ein und machte u.a. geltend, die kantonale Instanz hätte den Schaden fälschlicherweise nicht nach Art. 97 ff. OR berechnet, sondern nach Art. 197 ff. OR. Die Richter hätten dadurch die Schadensminderungspflicht ausser Acht gelassen sowie ein Mitverschulden des Y fälschlicherweise nicht geprüft. Das Bundesgericht führte dazu aus, Y habe auf Minderung des Kaufpreises geklagt und das Kündigungsrecht von V stelle einen Mangel der Kaufsache dar. Der Minderwert des Grundstücks bemesse sich folglich nach der Mieteinbusse und die Frage nach einem allfälligen Schadenersatz stelle sich nicht.

[Rz 72] Schliesslich hielt das Bundesgericht fest, Y treffe kein Mitverschulden bezüglich der fehlenden Kenntnis des Kündigungsrechts und die Ablehnung des Angebots der R SA sei aufgrund der für Y nachteiligen Konditionen gerechtfertigt gewesen. Die Beschwerde der X SA wurde deshalb abgewiesen.

Bemerkung[19]

[Rz 73] Das Bundesgericht verpasste die Gelegenheit, den Berechnungsfehler der kantonalen Instanz zu korrigieren. Richtigerweise hätte der Mietausfall nach dem Ertragswertverfahren, d.h. durch die Ermittlung des Barwerts der ausgefallenen zukünftigen Mieterträge, bestimmt werden müssen[20]. Die unterbliebene Diskontierung hätte vom Bundesgericht ohne entsprechende Rüge korrigiert werden können, da es das anwendbare Recht im Sinne von Art. 95 BGG gem. Art. 106 Abs. 1 BGG frei und von Amtes wegen prüft.

[18] S. vorstehende Bemerkung zum Urteil des Bundesgerichts 4A_520/2009 vom 6. Januar 2010 (MV).

[19] Dieser Entscheid wurde bereits von Michele Casale / Markus Vischer, Minderwertberechnung nach Ertragswertverfahren, Weblaw Push-Service Entscheid vom 21. Oktober 2010 besprochen.

[20] Vischer, Schaden (FN 19), 129, insb. 136 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_480/2007 vom 27. Mai 2008, in welchem Entscheid das Bundesgericht den Minderwert in einem vergleichbaren Fall korrekt berechnete.

6. Verschweigen einer drohenden Klage; Verjährung

Urteil des Bundesgerichts 4A_301/2010 vom 7. September 2010 (MV)

[Rz 74] Die in der Luftfahrt tätige X SA verkaufte im Jahr 1997 sämtliche Aktien ihrer Tochtergesellschaft an die in der gleichen Branche tätige Y AG. Das Share Purchase Agreement enthielt dabei weitreichende Zusicherungen der Verkäuferin bezüglich der Richtigkeit und Vollständigkeit der im Rahmen der Due Diligence zur Verfügung gestellten Informationen. So wurde der Käuferin versichert, dass die Tochtergesellschaft nicht in laufende Gerichtsverfahren involviert sei und keine Tatsachen vorlägen, welche die Gefahr eines Rechtsstreits bergen. Die Gewährleistungsfrist wurde auf ein Jahr ab dem Closing festgesetzt.

[Rz 75] Die verkaufte Tochtergesellschaft hatte im Jahr 1992 der C AG ein Flugzeug verkauft. Nachdem die C AG eine Kaufpreisrate nicht fristgerecht bezahlt hatte, trat die Tochtergesellschaft vom Vertrag zurück. Dabei behielt sie, entsprechend der vertraglichen Vereinbarung, die bereits geleisteten Teilzahlungen in der Höhe von CHF 3.7 Mio. Die C AG bestritt die Gültigkeit der Vertragsauflösung, weshalb die Tochtergesellschaft nicht berechtigt sei, das Geld zu behalten. Dieser Vorfall zwischen der C AG und der gekauften Tochtergesellschaft wurde der Y AG weder im Rahmen der Due Diligence noch im Disclosure Letter mitgeteilt. Im Jahr 2002 klagte die C AG schliesslich auf Rückzahlung der CHF 3.7 Mio. aufgrund der Unzulässigkeit der Vertragsauflösung. Der darauffolgende Rechtsstreit zwischen der Tochtergesellschaft und der C AG wurde im Jahr 2007 in dem Sinne entschieden, dass der zurückbehaltene Betrag eine offensichtlich übermässige Konventionalstrafe darstelle und entsprechend reduziert werden müsse. Daraufhin klagte die Y AG gegen die X SA auf eine entsprechende Minderung des Kaufpreises um den an die C AG bezahlten Betrag sowie auf den Ersatz des aus dem Verfahren sowie dem Vertrag mit der C AG entstandenen Schadens. In zweiter Instanz verurteilte das Kantonsgericht die X SA zu den entsprechenden Zahlungen, wogegen die X SA Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht erhob.

[Rz 76] Vor Bundesgericht machte die X SA insbesondere die Verjährungseinrede gemäss Art. 210 Abs. 1 OR geltend. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass die einjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 3 OR nicht mehr zur Anwendung komme, wenn der Verkäufer den Käufer absichtlich täuscht. Als Täuschung gilt laut den Ausführungen des Bundesgerichts nicht bloss die falsche Information über Eigenschaften des Kaufgegenstandes, sondern auch das Verschweigen gewisser Tatsachen, welche durch Gesetz, Vertrag oder Treu und Glauben mitgeteilt werden müssen. Im Einzelnen genüge es, dass der Verkäufer einen Mangel, den der Käufer nicht erkennen kann, im Wissen um dessen Wichtigkeit für den Käufer, verschweige. Das Vorliegen von Eventualvorsatz reiche dabei aus. Das Argument der Klägerin, sie sei stets der Überzeugung gewesen, den Vertrag mit der C AG korrekt aufgelöst zu haben, weshalb sie sich eines drohenden Rechtsstreits nicht bewusst gewesen war, liess das Bundesgericht nicht gelten. In der Folge kam deshalb die zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 210 Abs. 3 OR zur Anwendung.

Bemerkung[21]

[Rz 77] Der vorliegende Entscheid ist deshalb beachtlich, weil die unterlassene Mitteilung einer falsch eingeschätzten Tatsache, die später zu einem Rechtsstreit führt, dem Verkäufer als Arglist ausgelegt wird und zur Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist nach Art. 127 OR führt. Damit werden die Aufklärungspflichten des Verkäufers sehr weit gezogen[22].

VI. Grundstückkauf

1. Formerfordernisse von Zahlungsmodalitäten sowie Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachgewährleistung

Urteil des Bundesgerichts 4A_331/2010 vom 27. September 2010 (MV)

[Rz 78] A arbeitete als Architekt am Bau zweier Liegenschaften von B mit. B liess sich sodann einen Schuldbrief ausstellen, welcher das Stockwerkeigentum einer der Liegenschaften belastete. Noch bevor das Wertpapier ausgestellt wurde, schlossen A und B am 27. Dezember 2004 vor einem anderen Notar einen Kaufertrag, wonach A das entsprechende Stockwerkeigentum von B erwerben sollte. Der Preis war dabei zahlbar «nach Vereinbarung der Parteien, spätestens jedoch bei Vollzug des Geschäftes». Das Stockwerkeigentum wurde dabei «frank und frei von Hypotheken» verkauft. Der Vertrag erwähnte den Schuldbrief nicht. Nach Abschluss des Vertrages vereinbarten die Parteien, den Kaufpreis mit Honorarforderungen von A, der zu diesem Zeitpunkt noch nicht als Eigentümer im Grundbuch erschien, zu verrechnen. Als A wenig später von der Existenz des am 18. Januar 2005 effektiv errichteten Schuldbriefs erfuhr, informierte er B darüber, welcher ihm das Wertpapier mit Brief seiner Bank vom 28. April 2005 zustellen liess. A entschied sich den Schuldbrief zu behalten und sein künftiges Recht am Grundstück nicht zu entlasten.

[Rz 79] Kurz darauf entstanden zwischen den Parteien Unstimmigkeiten bezüglich der Verrechnung der

[21] Dieser Entscheid wurde bereits von Michele Casale / Markus Vischer, Unternehmenskauf – Verschweigen einer drohenden Klage, Weblaw Push-Service Entscheid vom 17. Januar 2011 besprochen.

[22] Zu den Aufklärungspflichten des Verkäufers im Allgemeinen: Vischer, Verschulden (FN 19), 131 ff., insb. 135, und Markus Vischer, Due diligence bei Unternehmenskäufen, SJZ 2000, 231 ff.

Honorarforderungen mit dem Kaufpreis. B setzte A daraufhin in Verzug und setzte ihm eine Nachfrist zur Bezahlung des Kaufpreises. B erklärte dabei, widrigenfalls vom Vertrag zurückzutreten und Schadenersatz geltend zu machen. A bestritt, im Verzug zu sein.

[Rz 80] B verkaufte das bewusste Stockwerkeigentum schliesslich einem Dritten, welcher einen Teil des Kaufpreises zurückhielt, da sich der Schuldbrief noch im Besitz von A befand. A verweigerte allerdings die Herausgabe des Schuldbriefs, worauf B vor dem Bezirksgericht Sion gegen A auf Herausgabe klagte. Nachdem das Kantonsgericht A verurteilte, B den Schuldbrief herauszugeben, gelange A mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht, von welchem er die Aufhebung des Urteils und die Anerkennung seines rechtmässigen Besitzes verlangte.

[Rz 81] Das Bundesgericht sah den Vertragsschluss zwischen A und B, für welchen die Formerfordernisse von Art. 216 Abs. 1 OR gelten, als gültig an. Demgegenüber hatte das Kantonsgericht den Vertragsschluss wegen eines Formmangels für ungültig befunden, weil die Verrechnung als ungewöhnliche Modalität der Kaufpreiszahlung nicht im Kaufvertrag enthalten war. Das Bundesgericht stellte diesbezüglich klar, dass einzig die objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragsbestandteile, die einen Einfluss auf das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung haben, öffentlich beurkundet werden müssen. Eine Parteivereinbarung über die Modalität der Zahlung, wie vorliegend die Verrechnung, habe indessen keinen Einfluss auf das beschriebene Leistungsverhältnis. Aus diesem Grund stellen die Zahlungsmodalitäten von ihrer Natur her kein Element des Kaufvertrages dar. Ungeachtet der herrschenden Lehre, auf welche das Kantonsgericht verwiesen hatte[23], sei die gewährte Begründung nicht mit Art. 216 Abs. 1 OR vereinbar. Der Vertrag sei somit gültig, da kein Formmangel vorliege.

[Rz 82] Des Weiteren sah das Bundesgericht in der Belastung der Liegenschaft mit dem Schuldbrief einen Sachmangel im Sinne von Art. 197 OR, ohne dies weiter zu begründen.

[Rz 83] Zur Klärung der Frage, welche Ansprüche aufgrund des Schuldbriefs entstanden sind, seien weitere Informationen erforderlich. Die Sache wurde deshalb zu neuer Beurteilung ans Kantonsgericht zurückgewiesen

Bemerkung[24]

[Rz 84] Bemerkenswert am vorliegenden Entscheid sind unter anderem die Ausführungen zu Art. 216 Abs. 1 OR. Öffentlich beurkundet werden müssen alle objektiv und subjektiv wesentlichen Vertragsbestandteile. Die Praxis folgt damit im Wesentlichen, wenn auch nicht uneingeschränkt, der subjektiven Theorie. Die objektive Theorie, welche ausschliesslich für die objektiv wesentlichen Vertragselemente (essentialia negotii) den Beurkundungszwang vorsieht, wird vom Bundesgericht abgelehnt[25]. Reine Zahlungsmodalitäten, welche keinen Einfluss auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung haben, können beim Grundstückkaufvertrag formfrei vereinbart werden. Die nachträgliche, formfreie Vereinbarung, den Kaufpreis mittels Verrechnung zu tilgen, stellt somit, entgegen der herrschenden Lehre, keine Verletzung der Formvorschriften gemäss Art. 216 Abs. 1 OR dar.

[Rz 85] Weiter bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht davon ausgeht, es liege ein Sachmangel nach Art. 197 Abs. 1 OR vor. Das ist erstaunlich, hat das Bundesgericht und ihm folgend die herrschende Lehre doch bis jetzt stets angenommen, dass die Belastung des Kaufgegenstands mit einem dinglichen Recht Dritter ein Rechts- und kein Sachmangel darstelle und dass ein Mangel entweder ein Rechts- oder ein Sachmangel sei. Das ist allerdings nicht korrekt: Nach richtiger Auffassung ist ein Rechtsmangel im Sinne von Art. 192 OR immer auch ein Sachmangel im Sinne von Art. 197 OR, weshalb der Käufer bei gegebenen anderen Voraussetzungen[26] nach seiner Wahl alternativ nach Art. 192 ff. OR oder nach Art. 197 ff. OR vorgehen kann[27]. Möglicherweise kam das Bundsgericht im konkreten Fall in Abweichung seiner bisherigen Rechtssprechung zur Auffassung, es liege ein Sachmangel im Sinne von Art. 197 OR vor, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Mangel noch nicht vorhanden war. Dass der Mangel aber im Zeitpunkt des Vertragsabschusses vorhanden ist, ist eine Voraussetzung der Haftung nach Art. 192 ff. OR, nicht aber der Haftung nach Art. 197 ff. OR, bei welcher der Zeitpunkt des Gefahrübergangs massgebend ist[28].

2. Das Verschulden im Gewährleistungsrecht des Grundstückkaufs

Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2010 vom 26. November 2010 (MV)

[Rz 86] Mittels öffentlich beurkundetem Vorvertrag vom 23. Juni 2006 einigten sich X und die Y AG auf den Verkauf einer Wohnung für CHF 2'500'000.–. Der Vorvertrag enthielt eine Freizeichnungsklausel, welche besagte, dass X die Wohnung in ihrem aktuellen Zustand und unter Ausnahme von Art. 199 OR ohne Garantie für offene oder versteckte Mängel

[23] Michel Mooser, Le droit notarial en Suisse, 2005, p. 254, note de pied no 1425; Koller hält fest, dass Zahlungsmodalitäten ev. subjektiv wesentliche Vertragsbestandteile werden können, BSK OR I-Koller, Art. 184 OR N 42.

[24] Dieser Entscheid wurde bereits von Michele Casale / Markus Vischer, Grundstückkauf – Formerfordernisse von Zahlungsmodalitäten sowie Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachgewährleistung, Weblaw Push-Service Entscheid vom 25. Januar 2011 besprochen.

[25] BSK OR I-Hess, Art. 216 N 6.

[26] Bei Art. 192 OR u.a. die gänzliche oder teilweise Entwehrung.

[27] Siehe eingehend zu diesem Thema: Markus Vischer, Rechtsgewährleistung beim Unternehmenskauf, SJZ 2005, 233 ff.; Vischer, Schaden (FN 19), 129 f., insb. FN 4.

[28] Statt vieler: BSK OR I-Honsell, Art. 192 OR N 4 und Art. 197 OR N 11.

übernimmt. Nachdem an der in Frage stehenden Wohnung diverse Umbauarbeiten vorgenommen wurden, bemerkte X, dass der Fussboden in der Küche nicht ebenerdig war. Diese Feststellungen teilte X der Y AG am 27. Oktober 2006 mit. Gleichzeitig verlangte er die Überprüfung der Unebenheit des Fussbodens, bzw. der Gebäudestruktur, durch einen Spezialisten sowie die Integration einer Klausel in den definitiven Kaufvertrag, welche besagen sollte, dass die Y AG jegliche Verantwortung für die Gebäudestruktur übernehme. In der Folge beauftragte die Y AG den Architekten G mit der verlangten Untersuchung. Mit Brief vom 3. November 2006 erklärte dieser, dass die von X verlangten Untersuchungen vorgenommen wurden, der Fussboden jedoch ebenerdig sei und die ausgeführten Arbeiten den geltenden Normen entsprechen. Am 15. Dezember 2006 kam es unter Berücksichtigung einer dem Vorvertrag identischen Freizeichnungsklausel zum definitiven Verkauf der Wohnung. Kurz nach Abschluss des definitiven Kaufvertrages erstellte die H SA im Auftrag von X ein weiteres Expertengutachten, welches enthüllte, dass der Fussboden entgegen den Feststellungen des Architekten G nicht ebenerdig sei und nicht den Anforderungen der geltenden Normen entspreche. Aufgrund dieser Abweichungen war X gezwungen, diverse Verbesserungsarbeiten vornehmen zu lassen.

[Rz 87] Am 28. November 2008 gelangte X an die erste Instanz des Kantons Genf und verlangte Schadenersatz im Umfang von CHF 480'581.– plus Zinsen für die Beseitigung des besagten Mangels. Das Gericht erster Instanz stellte jedoch fest, dass der Y AG kein Fehlverhalten vorgeworfen werden könne, worauf X an das Appellationsgericht des Kantons Genf gelangte. Dieses kam jedoch wiederum zum Schluss, dass die Y AG für den entstandenen Schaden nicht haftbar gemacht werden könne.

[Rz 88] Gegen das Urteil des Appellationsgerichts erhob X Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht. Unter anderem rügte X dabei die willkürliche Nichtanwendung des Art. 97 OR durch die Vorinstanzen. Insbesondere brachte der Beschwerdeführer vor, dass die Vorinstanz entgegen den Prinzipien der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts das Vorliegen eines Verschuldens des Beschwerdegegners verneint habe.

[Rz 89] Das Bundesgericht hielt fest, dass den Verkäufer grundsätzlich ein Verschulden treffe, falls er den Mangel gekannt habe oder hätte kennen müssen. Da Art. 97 OR die Verschuldensvermutung aufstelle, obliege es dem Verkäufer zu beweisen, dass er den Mangel nicht gekannt habe oder nicht hätte kennen müssen. Habe der Verkäufer Zweifel betreffend das Vorhandensein eines Mangels, obliege es ihm, eine entsprechende Prüfung vorzunehmen. Gehe der Verkäufer dem Ursprung seines Zweifels nicht nach, könne sich dieser grundsätzlich nicht mehr aus der Verantwortung ziehen.

[Rz 90] In casu rief die vom 27. Oktober 2006 datierte Reklamation von X bei der Y AG Zweifel betreffend die Mängelfreiheit des Verkaufsobjektes hervor. Diese Zweifel liess die Y AG jedoch beseitigen, indem sie den Architekten G mit der Erstellung eines Expertenberichts beauftragte, welches aber dann fälschlicherweise bestätigte, dass die am Verkaufsobjekt ausgeführten Arbeiten den geltenden Normen entsprechen. Diesbezüglich führte das Bundesgericht aus, dass es Aufgabe des Architekten gewesen wäre, weitergehende Untersuchungen betreffend möglicher Mängel des Fussbodens zu empfehlen, hätte dieser solche festgestellt. Da eine solche Empfehlung jedoch ausblieb, sei es der Y AG nicht möglich gewesen, weitergehende Untersuchungen anzuordnen.

[Rz 91] Dementsprechend kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Y AG kein Verschulden treffe, da sie den Mangel weder gekannt habe noch hätte kennen müssen.

Bemerkung[29]

[Rz 92] In casu entschied das Bundesgericht, dass die Verkäuferin gemäss Art. 97 OR nicht haftet, da dieser kein Verschulden vorgeworfen werden kann. Das Bundesgericht führt aus, dass die Verkäuferin kein Verschulden trifft, da sie den Mangel am Verkaufsobjekt weder gekannt hat noch hätte kennen müssen. Begründet wird dies in erster Linie damit, dass die Verkäuferin auf das Expertengutachten des Architekten habe vertrauen können und somit keinen Anlass gehabt habe, weitergehende Nachforschungen anzustellen. Mit anderen Worten stellt das Bundesgericht fest, dass die Verkäuferin ihren vorvertraglichen Untersuchungspflichten (und anschliessenden vorvertraglichen Aufklärungspflichten)[30] in genügender Art und Weise nachgekommen ist.

[Rz 93] Das Bundesgericht übersieht diesbezüglich jedoch, dass der Verkäuferin bei der Erfüllung ihrer vorvertraglichen Untersuchungspflicht (und anschliessender vorvertraglicher Aufklärungspflicht) nicht nur ihr eigenes Verhalten zuzurechnen ist, sondern auch das Verhalten von Personen, derer sie sich zur Erfüllung dieser Pflicht bedient[31]. Durch die Beauftragung des Architekten hat die Verkäuferin eine Hilfsperson im Sinne von Art. 101 OR beigezogen. Da es sich bei Art. 101 OR um eine Zurechnungsnorm für Drittverhalten handelt, hätte sich die Verkäuferin das Fehlverhalten des Architekten anrechnen lassen müssen[32]. Demzufolge hätte das Bundesgericht die Haftbarkeit der Verkäuferin auch dann bejahen müssen, wenn dieser kein unmittelbares Verschulden vorgeworfen werden kann.

---

[29] Dieser Entscheid wurde bereits von Philipp Chiani / Markus Vischer, Das Verschulden im Gewährleistungsrecht des Grundstückkaufs, Weblaw Push-Service Entscheid vom 23. März 2011 besprochen.

[30] Dazu im Allgemeinen Vischer, Verschulden (FN 19), 131 ff.; Vischer, Due diligence (FN 24), 231 ff.

[31] Vischer, Due diligence (FN 24), 232.

[32] BSK OR I-Wiegand, Art. 101 OR N 11.

3. Verhältnis einer Freizeichnungsklausel zur Vertragsungültigkeit wegen Grundlagenirrtum

Urteil des Bundesgerichts 4A_551/2010 vom 2. Dezember 2010 (MV)

[Rz 94] Beschwerdegegnerin Y interessierte sich Ende 2005 für den Kauf eines Chalets im Wallis, welches sie bis zu ihrer baldigen Pensionierung vermieten wollte, um den Kauf finanzierbar zu machen. Danach beabsichtigte sie, das Chalet dauerhaft selber zu bewohnen. Der Verkäufer und spätere Beschwerdeführer X versicherte ihr im Vorfeld des Kaufs, das Grundstück würde über eine eigene, ausreichende Quelle verfügen, weshalb ein Anschluss an die kommunale Wasserversorgung nicht nötig sei. Der im Februar 2006 abgeschlossene Kaufvertrag enthielt folgende Freizeichnungsklausel: «L'habitation et le garage sont vendus dans leur état actuel. L'acquereuse déclare les avoir visités et les accepter comme tels, ...».

[Rz 95] Kurz nach dem Einzug des ersten Mieters wurde im Haus Feuchtigkeit festgestellt. Zudem stellte sich heraus, dass die Wasserversorgung unzureichend war, worauf der Mieter sogleich kündigte. Y liess daraufhin ein Expertengutachten über den Zustand des Chalets erstellen, welches ergab, dass das Chalet aufgrund der unzureichenden Wasserversorgung unbewohnbar sei und sein Wert 50% unter dem Verkaufspreis läge. Im Januar 2007 machte Y die Ungültigkeit des Kaufvertrags aufgrund des Vorliegens eines Grundlagenirrtums geltend.

[Rz 96] Die mit dem Streit befassten kantonalen Gerichte kamen zum Schluss, dass die Trinkwasserqualität mangelhaft sowie die Versorgung längerfristig nicht gesichert sei. Zudem seien erhebliche Sanierungsarbeiten aufgrund der eindringenden Feuchtigkeit unerlässlich. Diese Mängel seien für die Käuferin nicht erkennbar gewesen. Das Kantonsgericht Wallis erklärte den Kaufvertrag folglich aufgrund eines Grundlagenirrtums für ungültig, worauf X mittels Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht gelangte.

[Rz 97] Das Bundesgericht bejahte das Vorliegen eines Grundlagenirrtums gem. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR ebenfalls und stellte klar, dass ein solcher nicht vorliege bei Tatsachen, die durch eine Freizeichnungsklausel explizit von der Gewährleistung ausgenommen wurden[33]. Das Gericht erkannte jedoch, dass eine derartige Freizeichnungsklausel nicht für Mängel gelte, die gänzlich jenseits desjenigen liegen, was ein Käufer vernünftigerweise erwarten müsse[34]. Dabei sei eine Freizeichnungsklausel gemäss der jüngsten Rechtsprechung gleich wie jede Willensbekundung nach dem Vertrauensprinzip zu interpretieren, sollte ein übereinstimmender Wille, wie im vorliegenden Fall, nicht festgestellt werden können. Um zu beurteilen, ob ein Mangel ausserhalb des für die irrende Partei Vorstellbaren liege, müsse man insbesondere das wirtschaftliche Ziel der Vereinbarung berücksichtigen. Y wollte das Chalet zunächst vermieten und schliesslich dauerhaft selber bewohnen, was aufgrund des mangelhaften Zustands des Gebäudes nicht möglich gewesen wäre. Da es sich beim Chalet zudem um ein altes Gebäude handelte, umfasse die Freizeichnungsklausel nach dem Vertrauensprinzip lediglich typische Mängel wie Alterung und Abnutzung, nicht aber eine unzureichende Wasserversorgung. Dass der Verkäufer zudem versicherte, die Wasserversorgung sei in Ordnung, bestätige, dass das Problem ausserhalb des von den Parteien berücksichtigten Rahmens lag. Überdies würden die Reparaturkosten Abweichungen von 10% des Kaufpreises, die ein Käufer eines alten Hauses tolerieren müsse[35], wesentlich übersteigen.

[Rz 98] Im Ergebnis stützte das Bundesgericht die Auffassung des Kantonsgerichts, dass die Freizeichnungsklausel der Ungültigerklärung wegen Grundlagenirrtum nicht entgegen stehe.

Bemerkung[36]

[Rz 99] Das Bundesgericht hält fest, dass ein Grundlagenirrtum gem. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR bezüglich Tatsachen nicht geltend gemacht werden kann, die durch eine Freizeichnungsklausel explizit von der Gewährleistung ausgenommen wurden. Allerdings erfasse eine Freizeichnungsklausel solche Tatsachen nicht, die jenseits desjenigen liegen, was ein vernünftiger Käufer bedenken muss. Dabei ist die Freizeichnungsklausel wie jede Willensbekundung nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, falls ein übereinstimmender Wille nicht festgestellt werden kann. Dem wirtschaftlichen Ziel der Vereinbarung kommt bei der Auslegung vorrangige Bedeutung zu.

3. Vorkaufsrecht; Ausnahmen des Vorkaufsrechts gem. Art. 216c Abs. 2 OR

Urteil des Bundesgerichts 4A_22/2010 vom 15. April 2010 (CB)

[Rz 100] Im September 1982 verkaufte A der von ihm als Alleinaktionär gehaltenen X AG (Beschwerdegegnerin) verschiedene Liegenschaften. Dabei behielt er sich zu seinen und seiner Erben Gunsten ein unlimitiertes Vorkaufsrecht auf die Dauer von 25 Jahren vor, welches im Grundbuch auf die damals maximale Dauer von 10 Jahren vorgemerkt wurde. Im Juli 1983 verkaufte A sämtliche Aktien der Beschwerdegegnerin an F, welcher dann im Jahr 2001/2002 diese an

[33] BGE 126 III 66.

[34] BGE 130 III 689.

[35] BGE 130 III 689.

[36] Dieser Entscheid wurde bereits von Michele Casale / Markus Vischer, Verhältnis einer Freizeichnungsklausel zur Vertragsungültigkeit wegen Grundlagenirrtum, Weblaw Push-Service Entscheid vom 16. März 2011 besprochen.

die X Holding AG veräussern wollte. Um den Erwerb der Beschwerdegegnerin finanzierbar zu machen und weil die X Holding AG die Beschwerdegegnerin nur ohne Liegenschaften kaufen wollte, vereinbarten F und die X Holding AG, dass F die besagten Liegenschaften vor dem Verkauf der Beschwerdegegnerin selbst erwerben und anschliessend zwecks Weiterführung des bisherigen Geschäftsbetriebs an die Beschwerdegegnerin vermieten würde. Dementsprechend kaufte F die Liegenschaften, jedoch zu einem Kaufpreis, der erheblich unter dem Verkehrswert lag. Der Grundstückkaufvertrag wurde von zwei Bedingungen abhängig gemacht; einerseits, dass der Aktienkaufvertrag zwischen F und der X Holding AG zustande käme und andererseits, dass die X Holding AG die zweite Kaufpreisrate des Aktienkaufvertrags überweisen würde. Beides hatte innerhalb einer bestimmten Frist zu erfolgen, wobei F vor deren Ablauf starb, weshalb die Grundstücke an G, die Witwe von F, übergingen.

[Rz 101] Daraufhin reichten die Erben von A (Beschwerdeführer) beim Richteramt Thal-Gäu Klage gegen die Beschwerdegegnerin ein, und zwar auf Schadenersatz aus Nichterfüllung des Vorkaufsvertrags infolge der Eigentumsübertragung der Liegenschaften auf G. Die Klage wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen. Daraufhin legten die Beschwerdeführer beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen ein.

[Rz 102] Das Bundesgericht äusserte sich insbesondere zur Frage, ob ein Vorkaufsfall eingetreten war. Es stellte vorweg fest, dass die Aufzählung in Art. 216c Abs. 2 OR nicht abschliessende ist. Es liegt neben den in Abs. 2 erwähnten Ausnahmen («Nicht als Vorkaufsfall gelten namentlich die Zuweisung an einen Erben in der Erbteilung, die Zwangsversteigerung und der Erwerb zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben») auch dann kein Vorkaufsfall vor, wenn das Geschäft nicht auf die wirtschaftliche Umsetzung und Verflüssigung des im Grundstück verkörperten Werts abzielt, sondern nur eine Vermögensumstrukturierung darstellt. Ebenso ist kein Vorkaufsfall gegeben, wenn das Geschäft nur unter der speziellen Berücksichtigung persönlicher Beziehungen abgeschlossen wird und mit einem Dritten nicht zum Tragen käme, oder wenn die Gegenleistung für die Eigentumsübertragung einen Inhalt hat, der nur gerade vom Käufer gegenüber dem Verkäufer erbracht werden kann.

[Rz 103] Das Bundesgericht entschied, das beide Ausnahmen im vorliegenden Fall zutrafen und daher kein Vorkaufsfall eingetreten war. F hatte als Alleinaktionär der Beschwerdegegnerin deren Grundstück gekauft, wodurch kein Verkauf an Dritte erfolgt war, sondern nur eine Vermögensumstrukturierung. Weiter lag der Kaufpreis der Liegenschaft weit unter dem Verkehrswert. Dies liess sich nur damit erklären, dass F. wirtschaftlich vor und nach dem Verkauf an den Grundstücken berechtigt blieb. Einem Dritten wären die Grundstücke nicht zum selben Preis überlassen worden. Folglich erwarb G die Liegenschaften nicht als aussenstehende Drittperson, sondern als Rechtsnachfolgerin. Daher erkannte das Bundesgericht, dass kein Vorkaufsfall vorlag, weshalb es die Beschwerde abwies.

VII. Sonstiges

1. Selbsthilfeverkauf i.S.v. Art. 93 OR

Urteil des Bundesgerichts 4A_640/2009 vom 2. März 2010 (CB)

[Rz 104] Das Geschäftsreiseflugzeug der X AG (Beschwerdeführerin) wurde von der Y AG (Beschwerdegegnerin) gewartet und instand gestellt. Da die Beschwerdeführerin das Flugzeug trotz mehrfacher Aufforderung nicht abholen liess, ersuchte die Beschwerdegegnerin beim Zivilgericht Basel-Stadt um eine Bewilligung zum Selbsthilfekauf i.S.v. Art. 93 Abs. 1 OR. Dieses Gesuch wurde gutgeheissen. Nachdem die Beschwerdeführerin gegen den Entscheid vor dem Appellationsgericht Basel-Stadt erfolglos Beschwerde führte, erhob sie beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen.

[Rz 105] Das Bundesgericht stellte einleitend fest, dass es sich beim angefochtenen Entscheid nicht um einen solchen über eine vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 98 BGG handelt, weil über die Bewilligung zum Selbsthilfeverkauf ausserhalb eines Hauptverfahrens entschieden wurde.

[Rz 106] Ausführlich äusserte sich das Bundesgericht zur Frage der örtlichen Zuständigkeit der ersten Instanz. Diese wurde von der Beschwerdeführerin damit bestritten, dass die Bewilligung zum Selbsthilfeverkauf streitige Gerichtsbarkeit bilde und nicht, wie von der Vorinstanz befunden, freiwillige Gerichtsbarkeit nach Art. 11 GestG (nun abgelöst durch Art. 19 ZPO). Sie begründete ihre Ansicht damit, dass durch den Selbsthilfeverkauf erheblich in die Rechte des Gläubigers eingegriffen und die ursprüngliche Sachleistungsschuld in eine Geldleistungsschuld umgewandelt werde, wodurch mit dem Entscheid nach Art. 93 OR zivilrechtliche Verhältnisse im Sinne einer res iudicata geregelt würden. Das Bundesgericht hingegen schützte die Anwendung der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sie hielt fest, dass durch die Bewilligung zum Selbsthilfekauf selber noch keine Umgestaltung des Schuldverhältnisses zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner erfolgt, da der Beschwerdegegnerin in casu lediglich bewilligt wurde, nach vorgängiger Androhung mit einer Frist von sechs Wochen das Flugzeug öffentlich versteigern zu lassen. Dem Gläubiger stehe es innerhalb dieser Frist frei, die Sache entgegenzunehmen und damit den Selbsthilfeverkauf und die Umgestaltung der Rechtsverhältnisse abzuwenden. Folglich sei das Gesuchsverfahren zur richterlichen Bewilligung zum Selbsthilfeverkauf ein Fall der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.S.v. Art. 11 GestG.

[Rz 107] Des Weiteren war umstritten, ob die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs und die speziellen Voraussetzungen des Selbsthilfeverkaufs erfüllt waren. Die Beschwerdeführerin machte einerseits geltend, dass in casu

keine Sachleistung (wie von Art. 93 OR vorausgesetzt; vgl. Marginalie zu Art. 92 OR) vorläge, da die schuldnerische Hauptverpflichtung in einer Arbeitsleistung (Wartung oder Reparatur einer Sache) bestehe. Andererseits habe sich die Beschwerdeführerin zur Zeit der Gesuchseinreichung nicht im Annahmeverzug befunden. Das Bundesgericht hingegen schloss sich der Vorinstanz an. Es erwog, dass die Nebenpflicht zur Rückgabe des Flugzeugs eine Sachleistung i.S.v. Art. 93 OR darstellt. Weiter befand sich die Beschwerdeführerin zum fraglichen Zeitpunkt im Annahmeverzug, da sie ihre Mitwirkungspflicht i.S.v. Art. 91 OR verletzte und damit die Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes selbst verunmöglichte. In der Folge wies das Bundesgericht die Beschwerde ab.

Dr. Markus Vischer, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Walder Wyss AG, Zürich.

PD Dr. Christoph Brunner, LL.M., ist Partner in der Anwaltskanzlei Python & Peter, Bern und Genf, und Leiter des Ressort Nationales und internationales Kaufrecht sowie internationale Handelsverträge bei Jusletter.

---

* * *